

Lehrbuch

des

**Pandektenrechts.**

Von

**Dr. Bernhard Windscheid,**

ordentlichem Professor des römischen Civilrechts an der Universität  
zu München.

Zweiter Band. Erste Abtheilung.

**Müsseldorf,**

Verlagshandlung von Julius Buddeus.

1865.

# Inhaltsverzeichnis

zur ersten Abtheilung.

## Viertes Buch.

Das Recht der Forderungen.

### Erstes Kapitel.

Von den Forderungen überhaupt.

	Seite
250—251a. I. Begriff des Forderungsrechts . . . . .	1
II. Gegenstand des Forderungsrechts.	
252. A. Uebershaupt . . . . .	6
253. Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Leistung . . . . .	9
254. Bestimmtheit und Unbestimmtheit der Leistung . . . . .	11
255. Alternative und generische Obligation . . . . .	13
B. Hervorzuhebende besondere Gegenstände der Forderungsrechte.	
256. 1. Erblassung . . . . .	19
257. 258. 2. Leistung des Interesse . . . . .	25
259—261. 3. Leistung von Zinsen . . . . .	33
III. Inhalt des Forderungsrechts.	
262. A. Uebershaupt. Uebersicht des Folgenden . . . . .	41
263. B. Nachteile des Schuldners, welcher den Gläubiger zum Prozesse nöthigt . . . . .	42
264. C. Unmöglichkeit der Leistung . . . . .	45
265. Verschuldung . . . . .	48
D. Zahlungsfähigkeit und Concur.	
266. 1. Zahlungsunfähigkeit . . . . .	52
267. 268. Rechtswohlthat des Nothbedarfs . . . . .	53
269—272. 2. Concur . . . . .	58



		Seite
352.	3. Zusammenkommen von Forderung und Schuld in derselben Person (Confusion) . . . . .	290
	4. Novation.	
353.	a. Begriff und Wirkung . . . . .	292
354.	b. Voraussetzungen . . . . .	296
355.	c. Die begründende Seite der Novation . . . . .	303
356.	S. g. novatio necessaria . . . . .	307
357.	5. Erlaß . . . . .	308
358.	Erzwungener Erlaß. Qualificirter Erlaß . . . . .	313
359.	6. Tod des Gläubigers oder Schuldners . . . . .	314
360.	7. Unmöglichkeit der Leistung . . . . .	319
361.	8. Andere Aufhebungsthatfachen . . . . .	321

## Viertes Buch.

### Das Recht der Forderungen\*.

#### Erstes Capitel.

##### Von den Forderungsrechten überhaupt.

##### I. Begriff des Forderungsrechtes\*\*.

###### §. 250.

Die Forderungsrechte bilden eine Unterart der persönlichen Rechte. Persönliche Rechte sind diejenigen Rechte, welche zum unmittelbaren Inhalt die Unterwerfung fremden Willens haben (§. 41). Aus dem Kreise dieser Rechte muß man, um zum Begriff der Forderungsrechte zu gelangen, die Familienrechte aussondern, d. h. diejenigen Rechte, welche, wie sie auf einem Familienverhältniß beruhen, so die dem Familienverhältniß innewohnende sittliche Idee zum Ausdruck zu bringen bestimmt sind (§. 41).

\* Besondere Bearbeitungen des Rechtes der Forderungen sind: Bucher das Recht der Forderungen. 1815, 2. Auflage 1830. — Unterholzner quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechtes von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. 2 Bde. 1840. — Savigny das Obligationenrecht. 2 Bde. 1851. 1853. — Molitor les obligations en droit romain. 3 t. 1851—1853. — Koch das Recht der Forderungen. 3 Bde. 1836, 2. Aufl. 1858. — Die beiden letzten Werke sind mit Rücksicht auf das französische bez. das preussische Recht geschrieben. Das Werk von Savigny ist unvollendet. Die Werke von Unterholzner und Molitor sind nach dem Tode ihrer Verfasser herausgegeben worden.

\*\* Savigny Oblig. I §. 2—4. Pring krit. Blätter II S. 3—11, Band. I S. 361 fg. S. 634 fg. Runge die Obligation und die Singularsuccession §. 1—7, Lehre von den Inhaberpapieren §. 54—58. Unger öffentl. Privat. I S. 539—553.



Die übrig bleibenden persönlichen Rechte sind die Forderungsrechte.

## §. 251.

Die Forderungsrechte haben zum unmittelbaren Inhalt die Unterwerfung fremden Willens (§. 250).

1. Sie haben zum Inhalte die Unterwerfung fremden Willens. Das heißt näher: es darf kraft derselben gefordert werden<sup>1</sup>, daß eine fremde Person ihren Willen in gewisser Weise zu einem äußern Verhalten bestimme, daß sie in gewisser Weise handle<sup>2</sup>. Die Handlung, welche kraft eines Forderungsrechtes verlangt werden kann, hat regelmäßig einen Geldwerth; aber nothwendig ist dieß nicht<sup>3</sup>.

§. 251. <sup>1</sup> D. h. es kann der Wille dahin geltend gemacht werden, daß —. Brinz (Lit. Blätter S. 10, 11, Pand. S. 536) möchte in Anlehnung an einen Sprachgebrauch des älteren deutschen Rechtes unter „fordern“, „Klagen“, unter „Forderungsrecht“, „Klagerecht“ verstehen. Ich halte das nicht für begründet. Wenn wir heutzutage Jemandem ein Forderungsrecht zuschreiben, so denken wir dabei an die, freilich im Hintergrund stehende, Klagebefugniß nicht mehr, als wir daran bei jedem andern Rechte denken.

<sup>2</sup> Die Forderungsrechte sind Rechte auf eine Handlung; aber sie sind nicht Rechte an einer Handlung oder über eine Handlung (Puchta Pand. §. 219, Inst. I. §. 30, Savigny Oblig. I. S. 4, System I S. 339, Kunze die Obligationen z. S. 3—6). Indem man die Forderungsrechte Rechte an einer Handlung oder über eine Handlung nennt, stellt man die Handlung, welche kraft derselben gefordert werden kann, der Sache gleich, dem Existirenden das Nichtexistirende, dem Bleibenden das Vorübergehende. Das kann nicht aufklären, sondern muß verwirren und irreführen. Von dieser Auffassung aus ist Kunze zu der Vorstellung gelangt, daß die Handlung als Object des Forderungsrechtes untergehen könne, und entwickelt aus derselben ein, wie er glaubt, entscheidendes Argument gegen die Möglichkeit der Sondernachfolge in Forderungsrechte (vgl. §. 329 Note 10). Dagegen Windscheid die Actio S. 154 fg. (Lit. Ueberschau VI S. 221 Note \*). Wegen die hier bekämpfte Auffassung des Forderungsrechtes haben sich ferner ausgesprochen: Brinz Lit. Bl. II S. 4, Bekker Feib. krit. Zeitschr. III S. 450, Fitting Correalobl. S. 29.

<sup>3</sup> Dieß stimmt nicht mit der herrschenden Meinung überein. Nach der herrschenden Meinung soll es zum Wesen des Forderungsrechtes gehören, daß die Handlung, auf welche es geht, ihrem Werth nach in Geld angeschlagen werden könne. Diese Meinung beruft sich vorzüglich auf I. 9 §. 2 D. de statulib. 40. 7: — „ea enim in obligatione consistere, quae pecunia sui praestantibus possunt“. Allein die Entscheidung, zu deren Begründung hier dieser Satz aufgestellt wird, ist, daß eine Obligation auf Verschaffung des Eigenthums

2. Sie haben zum unmittelbaren Inhalt die Unterwerfung fremden Willens. Im letzten Resultat bildet die Unterwerfung fremden Willens den Inhalt auch der dinglichen Rechte;

an einem freien Menschen nicht bestehen könne, und Verschaffung des Eigenthums an einem freien Menschen ist nicht sowohl eine Handlung ohne Vermögenswerth, als eine unmögliche Handlung. Ueberdieß weiß Jeder, wie mißlich es ist, solche gelegentlich gemachte allgemeine Ansprüchliche der Quellen beim Worte zu nehmen. Nun gibt es zwar ferner eine Reihe von Quellenstellen, in welchen der wirkliche Grund der ein Forderungsrecht zurückweisenden Entscheidung der ist, daß der Gläubiger an der verschuldeten Handlung kein Vermögensinteresse habe, so namentlich I. 7 D. de praeser. verb. 19. 5, I. 38 §. 17 I. 95 D. de V. O. 45. 1; allein diese Stellen erklären sich vollkommen aus der Nothwendigkeit der Geldcondemnation, in deren Voraussetzung sie geschrieben sind. Und trotz dieser Nothwendigkeit werden in anderen Stellen Forderungsrechte auch ohne Vermögensinteresse des Gläubigers anerkannt, so in I. 11 §. 1 D. quod vi 43. 24, I. 3 §. 13 D. de hom. lib. ex. 43. 29 und namentlich in I. 54 pr. D. mand. 17. 1; es ist anzunehmen, daß der Juber hier auf eine durch sein Ermessen zu bestimmende Selbsumme (vgl. I. 14 §. 1 D. de serv. corr. 11. 3) verurtheilt habe (Windscheid Feib. krit. Zeitschr. II S. 538—540, Mommsen Lehre vom Interesse S. 124—133). Wollte der Magistratus die Sache selbst in die Hand nehmen, so konnte er auch mit Verhängung von Selbststrafen vorgehen, wie das namentlich für den Fall der Verpflichtung zu einer schiedsrichterlichen Entscheidung bezeugt ist, I. 3 §. 1 I. 32 §. 12 D. de recept. 4. 8. Zur Vergleichung können auch diejenigen Stellen hieher gezogen werden, in welchen ein Zwang zu einer Leistung, die keinen Geldwerth hat, anerkannt ist, ohne daß auf dieselbe ein Forderungsrecht überhaupt erwachsen ist, I. 7 D. de annuis 33. 1, I. 92 D. de cond. 35. 1, I. 44 D. de manum. just. 40. 4, — so wie diejenigen Stellen, in welchen in anderen Beziehungen einem Interesse, welches kein Geldinteresse ist, Berücksichtigung geschenkt wird, I. 35 D. de min. 4. 4, I. 36 D. de bon. lib. 38. 1, I. 71 D. de oriet. 21. 2 (anders I. 131 §. 1 D. de V. O. 45. 1). Im heutigen Recht nun darf weder die Condemnations- noch die Executionsfrage Schwierigkeit machen; die Condemnationsfrage nicht, weil wir das Princip der Geldcondemnation nicht mehr haben, die Executionsfrage nicht, weil dem Richter auf Grund des J. R. A. §. 162 und der Praxis die Befugniß, sein Urtheil auch durch Strafen zu erzwingen, nicht bestritten werden darf (s. die Lehrbücher des Civilprocesses von Martiu §. 262, Linde §. 374, Bayer §. 336, Osterloh §. 235, Wegell §. 50 a. G.; Wächter Erörter. II S. 27). Für das heutige Recht darf daher als Princip aufgestellt werden, daß einem im Uebrigen rechtsbeständigen Forderungsrecht nicht deswegen die Anerkennung verweigert werden darf, weil die Leistung, auf welche es geht, keinen Geldwerth hat. Daraus folgt freilich nicht, daß der Richter in allen Fällen seinen Arm zu leißen habe, wo etwas gefordert wird, was keinen Geldwerth hat. Der Richter wird seine Befugnisse

aber sie bildet nicht den unmittelbaren Inhalt derselben. Der unmittelbare Inhalt der dinglichen Rechte ist, daß kraft derselben ein bestimmter Willensinhalt für eine Sache geltend gemacht werden darf; das Recht, zu verlangen, daß mit diesem Willen sich kein anderer Wille in Widerspruch setze, ergibt sich daraus erst in zweiter Linie. Dies läßt sich auch so ausdrücken: die Forderungsrechte gehen in den ihnen entsprechenden Ansprüchen auf, nicht die dinglichen Rechte (§. 43). Oder auch: zum Begriff des Forderungsrechtes gehört eine ihm gegenüberstehende Verpflichtung, nicht so zum Begriff des dinglichen Rechtes<sup>4</sup>.

### §. 251<sup>a</sup>

Was die Bezeichnungsweise angeht, so wird statt „Forderungsrecht“ auch „Forderung“ schlecht hin gesagt<sup>1</sup>. Die dem Forderungsrechte gegenüberstehende Verpflichtung heißt „Schuld“; jedoch zeigt der Sprachgebrauch eine entschiedene Neigung, diesen Ausdruck

nicht überschreiten, wenn er seine Hilfe überall versagt, wo der Forderung eine bloße Laune zu Grunde liegt, und sie nur gewährt, wo die Forderung der Ausdruck eines nach seinem Ermessen berechtigten Interesse ist. Aber wenn ich z. B. mir von meinem Nachbar versprochen lasse, daß derselbe ein mich in meinen Arbeiten störendes Clavier spielen unterlasse, wird man dann meinem Nachbar die Freiheit gestatten wollen, ungekräft den Vertrag zu brechen? Zu eng ist es daher, wenn Buchta §. 220 (vgl. auch Buchla Stellvert. S. 190. 191) von dem Selbstinteresse nur da absehen will, „wo die Forderung für den Gläubiger zugleich eine sittliche Pflicht ist“. Ohne alle Beschränkung hat sich (mit besonderer Rücksicht auf den Vertrag zu Gunsten eines Dritten) für die Zulässigkeit von Forderungsrechten auf Leistungen ohne Geldwerth erklärt (nur bei der römischen Stipulation sei es anders gewesen) Heyer Abhandlungen No. 1 (1841) und Zeitschr. für Civ. u. Pr. II. F. III. 1. (1847); jedoch ist seine Beweisführung nicht genügend. Vgl. darüber Sintenis II §. 102 Note 4, Sirtauner Billigkeit S. 63 sq., Buchla Stellvert. S. 4 sq., Bangerow III S. 309; aber auch die Bemerkung Rudorff's zu Buchta §. 220 Note 1. S. noch Hering Geist des röm. Rechts III S. 316. 319. 320. Aus der Praxis: Scuff. Archiv II. 272, Buchla und Budde Entscheidungen des O. A. G. zu Kassel II. 31.

<sup>4</sup> Nichts Anderes ist auch, wenn ich nicht irre, der Kern der Gedankengänge, mit denen Brinz (Note \*\*) dem Begriff des Forderungsrechtes näher zu kommen gesucht hat.

§. 251<sup>a</sup>. <sup>1</sup> Es wird die Thatsache genannt statt des Rechtes auf die Thatsache wie wir „Anspruch“ sagen statt „Recht zum Ansprechen“, „Nießbrauch“ statt „Recht zum Nießbrauchen“, und wie die Römer „actio“ sagen statt „ius agendi“,

auf Geldschulden zu beschränken<sup>2</sup>. Neben diesen Ausdrücken haben wir aus der römischen Rechtsprache den Ausdruck „Obligation“ recipirt, bezeichnen aber damit nach dem Vorgange des römischen Rechtes nicht bloß die dem Forderungsrechte gegenüberstehende Verpflichtung, sondern auch das Forderungsrecht selbst, sowie das Gesamtrechtsverhältniß, von welchem Forderungsrecht und Verpflichtung nur die beiden Seiten sind<sup>3</sup>. Der Forderungsbe-

„usufructus“ statt „ius utendi fructu“. Vgl. §. 43 Note 1, §. 44 Note 1, §. 205 Note 1. — Delbrück (die Uebernahme fremder Schulden S. 3—15) nimmt für „Forderung“ im Gegensatz zum Forderungsrecht einen besonderen, auf deutscher Rechtsanschauung beruhenden, Begriff in Anspruch. „Forderung“ soll das Forderungsrecht in seiner abstracten Eigenschaft als Vermögenswerth bezeichnen, und so die „Forderung“ gar nicht in das Obligationenrecht gehören. S. darüber Windscheid krit. Ueberschau I S. 88—88, Kunze die Obligation §. 25—27. Vgl. auch §. 252 Note 1 a. E.

<sup>2</sup> Genauer: auf Verpflichtungen, deren Gegenstand die Verschaffung des Eigenthums an einer Geldsumme ist. In diesem Sinne ist „Schuld“, was die Römer *res alienum* nennen (s. namentlich l. 213 §. 1 D. de V. S. 50. 16). Vgl. auch die Ausführungen von Brinz, Pand. §. 92. — Delbrück (Note 1), entsprechend seiner Auffassung der „Forderung“, sieht auch in dem Ausdruck „Schuld“ die Bezeichnung für einen selbstständigen Begriff, die Verpflichtung in ihrer abstracten Eigenschaft als Vermögensminderung, als negativer Vermögenswerth.

<sup>3</sup> Der römische Ausdruck *obligatio* bezeichnet, wie der deutsche Ausdruck Verpflichtung: 1) die Thatsache des Verpflichtens (z. B. l. 20 D. de iud. 5. 1, l. 19 D. de V. S. 50. 16); 2) den durch diese Thatsache hervorgerufenen Zustand des Verpflichtetseins. In diesem Sinne definiert pr. I. de obl. 3. 13 die *obligatio* als „*ius vinculum, quo necessitate adstringimur alienius rei solvenda secundum poenas civitatis iura*“. Der Ausdruck wird aber auch 3) zur Bezeichnung des der Verpflichtung gegenüberstehenden Forderungsrechtes gebraucht, in gleicher Weise wie der Ausdruck *servitus* die ganz gewöhnliche Bezeichnung für das Dienstbarkeitsrecht ist. Es ist das eine Ungenauigkeit des Sprachgebrauchs, welche in der römischen Rechtsprache durchaus festgewurzelt und so häufig ist, daß es überflüssig erscheint, besondere Beispiele dafür anzuführen. Nur auf l. 30 D. de O. et A. 44. 7 sei hier hingewiesen, wo sogar von einer „*obligatio creditorum*“ die Rede ist, und darauf, daß eine Hineinziehung zu diesem Sprachgebrauch sich auch in der zweiten, in den Quellen enthaltenen Begriffsbestimmung der *obligatio* geltend macht. l. 3 pr. D. de O. et A. 44. 7. „*Obligationum substantia . . . in eo consistit, ut . . . alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*“. Um so mehr konnte der Ausdruck *obligatio* 4) da gebraucht werden, wo es nicht auf einseitige Hervorhebung des Forderungsrechtes oder der Verpflichtung,

rechtigte heißt „Gläubiger“, der ihm gegenüberstehende Verpflichtete „Schuldner“.

## II. Gegenstand des Forderungsrechtes.

### A. Ueberhaupt\*.

#### §. 252.

Unter Gegenstand des Forderungsrechtes wird hier die Handlung verstanden, zu welcher das Forderungsrecht den Schuldner verpflichtet<sup>1</sup>. Den Gegenstand des Forderungsrechtes in diesem Sinne bezeichnet man durch den Ausdruck „Leistung“.

sondern auf die Bezeichnung des Gesamtrechtsverhältnisses ankam. Von dem Sinne des Wortes „obligatio“ handeln die Aufsätze von Hugo in dessen civil. Magazin I. 9 (1791) und III. 20 (1812), und von Niebel das. V. 3 (1825). Vgl. auch Kunze die Obligation etc. §. 5, Windscheid die Actio etc. S. 169 Note 3, Kunze Inhaberpapiere S. 243 Note 7. — Für unser „Forderungsrecht“ hatten die Römer keinen entsprechenden Ausdruck, sondern mußten sich mit dem allgemeinen „Anspruch (actio)“ behelfen, obgleich ein engerer Sprachgebrauch unter actio bloß die obligatorische actio verstand (I. 28 D. de O. et A. 44. 7, I. 178 §. 2 D. de V. S. 50. 16), so daß häufig die Ausdrücke actio und obligatio als gleichbedeutend gebraucht werden, vgl. u. a. I. 8 §. 11 D. ad SC. Vell. 16. 1, I. 10 D. de A. E. V. 19. 1, I. 7 §. 1 D. de cap. min. 4. 5.

<sup>4</sup> Creditor — debitor, I. 10 I. 11 I. 12. pr. D. de V. S. 50. 16. Ursprünglich war der Sprachgebrauch ein engerer, I. 5. §. 3 D. de O. et A. 44. 7. Ein allgemeiner Ausdruck für das Obligationssubject überhaupt ist „reus“, obgleich dieser Ausdruck sich später fast ganz auf den Schuldner zurückgezogen hat; aber vgl. §. 1. I. 1 D. de duob. reis 45. 2. „Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur, qui promittit, reus promittendi habetur“. — Den Ausdrücken „creditor“ und „debitor“ entsprechen die Ausdrücke „creditorum“ und „debitum“, §. 1. I. 3 D. fam. hore. 10. 2, I. 1 D. de compon. 16. 2.

§. 252. <sup>1</sup> Der Ausdruck „Gegenstand des Forderungsrechtes“ ist mehrdeutig. Man kann unter diesem Ausdruck verstehen, wie hier geschieht, die Handlung, welche kraft des Forderungsrechtes gefordert werden kann. Man kann darunter aber auch dasjenige verstehen, was in dem Forderungsrechte rechtlich beherrscht wird; dies ist, wie bei dem dinglichen Rechte die Sache, so bei dem Forderungsrechte die Person, näher der Wille der Person (§. 38). Endlich aber läßt sich noch ein anderer Sprachgebrauch, obgleich er ungenau ist, schwer abweisen, wonach auch die Sache, deren Leistung (Verschaffung zu Besitz, Genuß, Eigenthum) kraft des Forderungsrechtes verlangt werden kann, als Gegenstand des Forderungsrechtes bezeichnet wird. Es wäre sehr erwünscht, wenn man dieser

In Betreff der Leistung sind folgende Gegenstände zu bemerken.

1. Die Leistung kann eine positive oder eine negative sein, d. h. sie kann ein Thun oder ein Unterlassen zum Inhalte haben<sup>2</sup>. Die bei weitem wichtigsten Leistungen sind die positiven<sup>3</sup>; unter ihnen aber wieder sind von besonderer Wichtigkeit diejenigen, welche zum Inhalte das Verschaffen von Eigenthum, ein Geben im streng juristischen Sinne des Wortes<sup>4</sup>, haben. Außerdem kann die positive Leistung zum Inhalte haben: Verschaffung irgend eines andern Rechtes, Befreiung von einer dinglichen oder obligatorischen Last, Hingabe einer Sache zum bloßen factischen Haben oder zum Gebrauch oder zur Benutzung, irgend eine andere Thätigkeit. Der Inhalt der Leistung kann auch aus Thun und Unterlassen, oder aus den verschiedenen Arten des Thuns gemischt sein<sup>4</sup>.

Mehrdeutigkeit durch Einführung neuer Ausdrücke entgehen könnte; aber solche Ausdrücke bieten sich nicht dar. So bleibt nichts übrig, als auf jene Mehrdeutigkeit aufmerksam zu machen, und davor zu warnen, daß man nicht unbekannt den Ausdruck bald in diesem, bald in jenem Sinne gebrauche. — Vgl. auch Kunze die Obligation etc. §. 34, welcher selbst unter „Gegenstand der Obligation“ das von derselben geforderte Handeln als solches versteht, im Gegensatz zu seinem Inhalte gedacht. Köppen Erbrecht S. 246—248 sieht als Gegenstand des Forderungsrechtes das Vermögen des Schuldners an, welches dadurch gemindert werde; er bleibt also in ähnlicher Weise, wie Delbrück (251<sup>a</sup> Note 1), auf den er auch verweist, bei dem öconomischen Resultat des Forderungsrechtes stehen, und berücksichtigt nicht dessen juristische Structur.

<sup>1</sup> Auch das Unterlassen ist eine Handlung, eine Willensbestimmung, nur nicht eine Bestimmung des Willens zur Thätigkeit, sondern eine Bestimmung zur Unthätigkeit. Diesen Gedanken brücken zwei neuere Schriftsteller (§. 36) Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast §. 11, Maxen über Beweislast, Einreden und Exceptionen S. 200—210) so aus: die Forderungsrechte auf Unterlassen seien Forderungsrechte auf Verzicht auf das Recht zum Thun.

<sup>2</sup> Beispiele von negativen Leistungen aus den Quellen: I. 75 §. 7 D. de V. O. 45. 1, I. 13 pr. D. comm. proed. 8. 4. Hierher gehören auch die deutschen Bannrechte, d. h. diejenigen Rechte, kraft deren Jemand verbieten kann, daß die Einwohner eines gewissen Bezirkes gewisse Bedürfnisse bei einem Andern, als bei ihm, bedrängten (Diermann, Mählenzwang, Backofenzwang etc.).

<sup>3</sup> Man sagt aber nicht: das Eigenthum geben, sondern nach dem bekannten Sprachgebrauch, welcher das Eigenthumsrecht mit seinem Gegenstand identificirt (§. 42 Note 4): eine Sache geben.

<sup>4</sup> Die Römer gebrauchten zur Bezeichnung der möglichen Verschiebenheit

2. Die Leistung kann eine vorübergehende oder eine dauernde sein<sup>5</sup>, d. h. sie kann die Willenshätigkeit in einer nur vorübergehenden, oder in einer dauernden Weise in Anspruch nehmen. Dauernd ist die negative Leistung; aber auch die positive kann es sein<sup>6</sup>.

3. Die Leistung kann eine einfache oder eine zusammengesetzte sein<sup>7</sup>. Einfach ist die Leistung, welche auf das Bewirken eines einzigen Erfolges gerichtet ist; zusammengesetzt ist die Leistung, deren Erfolg nur durch eine Mehrheit von Willenshätigkeiten, jede mit einem unterschiedenen Erfolg, erreicht werden kann<sup>8</sup>. Die zusammengesetzte Leistung besteht aus einer Mehrheit von Leistungen; aber diese Mehrheit wird unter einem verbindenden Gesichtspunkt als Einheit gedacht. Wo der verbindende Gesichtspunkt fehlt, hat man nicht eine zusammengesetzte Leistung, sondern eine Mehrheit von Leistungen schlechthin<sup>9</sup>.

des Inhalts der Leistung die Ausdrücke: *dare*, *facere*, *praestare* (l. 3 pr. D. de O. et A. 44. 7). *Dare* geht in seinem strengen Sinne auf Verschaffung eines Rechtes an einer Sache (nach Civilrecht), im weiteren Sinne aber bezeichnet es jede andere Verschaffung, z. B. *dare operas* (u. a. l. 8 pr. D. de op. lib. 38. 1). Ebenso bezeichnet *facere* sowohl den Gegensatz zum *dare*, als es das dare mit umfaßt (l. 2 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 218 D. de V. S. 60. 16). Sehr bestritten ist der Sinn des Ausdruckes *praestare* (die obligatorische Leistung überhaupt? Leistung aus *dare* und *facere* gemischt? Defectleistung? Sicherheitsleistung? Einsetzen für Etwas?). Vgl. Unterholzner I §. 98, Marczoll Zeitschr. für Civilr. u. Pr. X. 8, Puchta Inst. II §. 165 von Note 1 an, Savigny Oblig. I S. 299–301 und Syst. V Heil. XIV Nr. XXV–XXIX, Rudorff Zeitschr. für geschichtl. RW. XIII S. 187 Note 9, Huschke das. XIII S. 249–254, Brinz Pand. §. 135. Uebrigens ist das römische Recht weit davon entfernt, an diese Ausdrücke eigenthümliche, von einander verschiedene Rechtsregeln anzuknüpfen. Savigny Obl. I S. 301.

<sup>5</sup> Savigny Obl. I S. 302.

<sup>6</sup> Z. B. die Leistung des Vermiethers, des Vormundes.

<sup>7</sup> Sintenis II S. 36. 37, Gerber Jahrb. für Dogm. II S. 43–52, Muthé zur Lehre von der römischen *Actio* S. 118 fg.

<sup>8</sup> Beispiele: eine einfache Leistung ist die negative Leistung, das Geben; eine zusammengesetzte ist die Vermögensverwaltung, die Leistung des Gesellschafters.

<sup>9</sup> Die Leistung dessen, der sich anheischig macht, die Schulden eines Andern zu bezahlen (Alles, was die Eigenschaft hat, Schuld dieses Andern zu sein) ist eine zusammengesetzte Leistung. Wer sich anheischig macht, für einen Andern dessen Schuld a und dessen Schuld b zu bezahlen, verpflichtet sich nicht zu einer

## Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Leistung\*.

### §. 253.

4. Die Leistung kann eine theilbare oder eine untheilbare sein. Theilbar ist<sup>1</sup> die Leistung, welche unbeschadet ihres Wesens in Bruchtheile zerlegt werden kann, so daß also jede Theilleistung eine Leistung des gleichen Inhalts ist, wie die Gesamtleistung, und sich von der Gesamtleistung nur quantitativ unterscheidet; untheilbar ist diejenige Leistung, bei welcher eine solche Zerlegung nicht möglich ist<sup>2</sup>. Unter Theilen einer Leistung sind also Bruch-

zusammengesetzten Leistung, sondern zu mehreren Leistungen, wenn auch der Andere außer a und b keine Schulden hat. Vgl. l. 29 pr. D. de V. O. 45. 1. „Scire debemus, in stipulationibus tot esse stipulationes, quot summae sunt, totque esse stipulationes, quot species sunt. . . . Quamvis autem placuerit, tot esse stipulationes, quot summae, totque esse stipulationes, quot res, tamen, si pecuniam quis, quae in conspectu est, stipulatus sit, vel acerrum pecuniae, non tot sunt stipulationes, quot numerorum corpora, sed una stipulatio: nam per singulos denarios singulas esse stipulationes absurdum est. Stipulationem quoque legatorum constat unam esse, quamvis plura corpora sint vel plura legata. Sed et familiae vel omnium servorum stipulatio una est. Item quadrigae aut lecticariorum stipulatio una est. At si quis illud et illud stipulatus sit, tot stipulationes sunt, quot corpora“. L. 86 l. 140 pr. eod., l. 75 §. 9 eod., l. 16 §. 1 l. 140 §. 1 eod., l. 21 pr. D. de rec. 4. 8, l. 58 pr. D. de fidei. 46. 1.

\* Die neueste und ausführlichste Schrift über diesen Gegenstand ist die §. 253. von Hbbelohde: die Lehre von den untheilbaren Obligationen (1862). Andere monographische Bearbeitungen dieser Lehre sind: Kubo Versuch einer Erklärung der Fragmente lex II, III, IV, LXXXV Dig. de verborum obligationibus (1822), de Scheurl commentatio ad LL. 2, 3, 4, 72 & 85 D. de verborum obligationibus (Inauguralabhandlung 1835). Außerdem sind zu vergl. vor Allem Savigny Obl. I §. 29–36; ferner Hbbentrop zur Lehre von den Correal-Obligationen §. 21–24, Brinz krit. Wäcker IV S. 45–52 u. Pandekten §. 199, Baugerow III S. 7–18, Sintenis II S. 40–55.

<sup>1</sup> Wäcker Archiv f. civ. Pr. XXVII S. 187, Kubo S. 32 fg., Scheurl S. 49 fg., Savigny §. 32, Hbbelohde S. 22.

<sup>2</sup> Dies ist der juristische Begriff der Theilbarkeit der Leistung, während der Sprachgebrauch des Lebens geneigt ist, theilbar diejenige Leistung zu nennen, welche nicht anders, als durch eine Reihe einzelner, von einander abgegrenzter Handlungen beschafft werden kann, wie z. B. Errichtung eines Bauwerkes. Im juristischen Sinne ist die Errichtung eines Bauwerkes eine untheilbare Leistung, weil die einzelnen Handlungen, durch welche sie bewerkstelligt wird, zum Inhalt nicht die Errichtung eines Bauwerkes haben (die Errichtung eines Bauwerkes ist nur ihr Zweck). Vgl. l. 80 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2

theile, Rechnungatheile zu verstehen<sup>2</sup>. Im Einzelnen ist theilbar die Leistung, welche zum Inhalte die Verschaffung des Eigenthums<sup>3</sup> oder eines andern theilbaren Rechtes<sup>4</sup> hat, untheilbar diejenige, welche zum Inhalte die Verschaffung eines untheilbaren Rechtes<sup>5</sup> hat; in gleicher Weise ist zu unterscheiden, wenn die Leistung die Befreiung von dem Recht eines Andern zum Inhalte hat<sup>1</sup>. Leistungen, welche nicht die Bewirkung eines rechtlichen Erfolges zum Inhalte haben, positive wie negative, sind regelmäßig untheilbar<sup>6</sup>, jedoch ist es auch bei ihnen nicht durchaus ausgeschlos-

(Note 8). Man nehme auf der andern Seite das Geben einer Summe Geldes; diese Leistung ist theilbar, weil das Geben einer jeden Summe, welche kleiner ist, als die verschuldete, immerhin das Geben einer Summe Geldes ist. Eine Leistung, welche in jenem vulgären Sinne eine theilbare genannt wird, ist nicht sowohl eine theilbare, als eine zusammengesetzte; was man ihre Theile nennt, sind nicht sowohl ihre Theile, als ihre Bestandtheile (§. 252 Nr. 3). Es verhält sich also mit dem Begriff der Theilbarkeit bei Leistungen gerade so, wie bei Sachen (§. 140 Note 1). Vgl. Seuff. Arch. XVII 15 (?).

<sup>3</sup> Bei theilbaren Sachen kann der Theil auch ein körperlicher sein; dies fällt natürlich bei Leistungen, welche keinen Körper haben, hinweg. Die Bruchtheile, von welchen man bei Sachen spricht, beziehen sich ebenfalls auf etwas Unkörperliches, den Werth der Sache (§. 140 zweiter Absatz).

<sup>4</sup> Soll das Eigenthum an einer Quantität vertrittbarer Sachen verschafft werden, so ist die Leistung theilbar, weil die zu leistende Quantität es ist, l. 2 §. 1 l. 54 pr. l. 85 §. 1 l. 117 D. de V. O. 45. 1, l. 9 §. 1 l. 29 D. de solut. 46. 3. Soll das Eigenthum an einer theilbaren Sache, z. B. einem Grundstücke, verschafft werden, so ist die Leistung theilbar, weil die zu leistende Sache es ist. Unter allen Umständen aber ist die Leistung, welche Verschaffung des Eigenthums zum Inhalte hat, theilbar durch f. g. überl. Theilung (Werththeilung) der zu leistenden Sache. L. 2 §. 1 l. 3 D. de V. O. 45. 1, l. 9 §. 1 l. 84 §. 1 D. de solut. 46. 3. Ubbelohde §. 6.

<sup>5</sup> L. 5 D. de usufr. 7. 1, l. 13 §. 1 D. de accept. 46. 4. Ubbelohde §. 9. 10.

<sup>6</sup> L. 17 D. de serv. 8. 1, l. 25 §. 9—11 D. fam. herc. 10. 2, l. 2 §. 1 l. 72 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 13 §. 1 D. de accept. 46. 3. Ubbelohde §. 8.

<sup>7</sup> Ubbelohde §. 10.

<sup>8</sup> L. 72 pr. D. de V. O. 45. 1. „Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti vine . . . Idem puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi (darüber Savigny Oblig. I §. 335 fg., Ubbelohde §. 7, Arndts §. 204 Anm. 2), vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile; horum enim divisio corrumpit stipulationem . . .“. L. 80 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2; — „si

fen, daß der durch sie zu erreichende Erfolg bruchtheilweise verwirklicht werden könne<sup>7</sup>. — Je nachdem die Leistung theilbar oder untheilbar ist, ist es auch das auf die Leistung gerichtete Forderungsrecht. Die practische Bedeutung der Unterscheidung zwischen theilbaren und untheilbaren Forderungsrechten liegt darin<sup>8</sup>, daß das theilbare Forderungsrecht theilweise aufgehoben werden<sup>9</sup>, und daß es sich in eine Mehrheit von einander unabhängiger Forderungsrechte spalten kann, während das Eine und das Andere bei den untheilbaren Forderungsrechten unmöglich ist<sup>12</sup>.

### Bestimmtheit und Unbestimmtheit der Leistung\*.

#### §. 254.

Der Inhalt der Leistung kann durch die das Forderungsrecht begründende Thatsache mehr oder weniger genau bestimmt sein<sup>1</sup>. Unter den Fällen, in welchen die Bestimmtheit keine vollständig genaue ist, ist folgender Unterschied von juristischer Wich-

opus municipibus heres facere iussus est, individuum videtur legatum; neque enim ullum balneum, aut ullum theatrum aut stadium fuisse intelligitur, qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non addidit . . .“. L. 85 §. 2 D. de V. O. 45. 1. Für Unterlassungen: l. 2 §. 5. 6 l. 3 l. 4 pr. l. 85 §. 3 D. de V. O. 45. 1.

<sup>9</sup> Hierher gehört z. B. die Nichtbehelligung mit einem Anspruch; diese Nichtbehelligung kann vorhanden sein oder nicht vorhanden sein nach Bruchtheilen des Anspruchs. L. 4 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 44 §. 6 D. fam. herc. 10. 4 (vgl. übrigens Ubbelohde §. 285—294). Noch deutlicher tritt die Theilbarkeit der Leistung hervor, wenn das zu leistende Thun quantitativ bestimmt ist, z. B. eine bestimmte Anzahl von Arbeitstagen. L. 54 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 15 §. 1 D. de op. lib. 38. 1.

<sup>10</sup> Savigny §. 322—325 §. 349—351, Ubbelohde §. 19—21.

<sup>11</sup> L. 2 §. 1 l. 85 pr. §. 2 D. de V. O. 45. 1, l. 13 §. 1 D. de accept. 46. 4.

<sup>12</sup> Von der Befandlung, welche bei untheilbaren Forderungsrechten im Falle einer Mehrheit der Gläubiger oder Schuldner eintritt, wird unten (§. 299) näher die Rede sein.

\* Savigny Obl. I §. 37 fg., Sintenis II §. 26—36, Holzschuher III §. 208.

<sup>1</sup> Ueber die strengen Anforderungen, welche die Römer an das „certum“ §. 254. als Obligationsgegenstand machen (stipulatio certi, condictio certi), f. Savigny Obl. I §. 388 Note c und System V Weil. XIV Nr. XXXII—XLVI.

tigkeit. Entweder liegt neben der Unbestimmtheit zu gleicher Zeit die Verweisung auf eine Quelle vor, durch welche die Unbestimmtheit zur Bestimmtheit erhoben werden soll; oder es ist dieß nicht der Fall. Im letzten Falle ist die Ergänzung der Unbestimmtheit ein Recht des Schuldners; soweit der Schuldner nicht gebunden ist, hat derselbe freie Hand<sup>2</sup>. Ist aber die Unbestimmtheit von der Art, daß der Schuldner sich aller Leistungspflicht entziehen kann, so ist ein Forderungsrecht nur scheinbar vorhanden<sup>3</sup>. Die Quelle, auf welche zur Ergänzung der Unbestimmtheit verwiesen ist, kann die Erklärung einer der Parteien sein, oder die Erklärung eines Dritten<sup>4</sup>, oder das richterliche Ermessen<sup>5</sup>, oder irgend eine andere Thatsache<sup>6</sup>. Ist die Entscheidung auf den Willen des Schuldners gestellt, so ist wieder zuzusehen, ob nicht derselbe dadurch aller Gebundenheit ledig, und in Folge davon ein Forderungsrecht gar nicht vorhanden ist<sup>7</sup>. Versagt die bezeichnete Quelle der Entscheidung, so ist es, als wenn auf eine solche gar

<sup>2</sup> Bgl. l. 90 pr. D. de V. O. 45. 1.

<sup>3</sup> L. 94 l. 96 l. 115 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 71 pr. D. de leg. 10 30, l. 36 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 69 §. 4 D. de I. D. 23. 3, l. 17 C. mand. 4. 35, l. 1 C. de dot. prom. 5. 11. L. 71 pr. cit.: — „magis derisorium est, quam utile legatum“. Bgl. l. 17 l. 46 §. 3 l. 108 §. 1 D. de V. O. 45. 1. S. auch §. 314 Note 2. Bgl. Senff. Archiv XIII. 219, XV. 211, XVI. 26.

<sup>4</sup> In l. 25 pr. D. loc. 19. 2. heißt es: „Si mercos promissa sit generaliter alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non videtur“. Gewicht ist zu legen auf das Wort „generaliter“; der Sinn desselben ist, daß gar keine bestimmte Person genannt worden sei. Der Gegensatz ist in dem Folgenden enthalten: „sine autem quanti Titius aestimaverit —“.

<sup>5</sup> So namentlich bei den actiones bonas fidei, arbitrarias, in sequum et honum conceptae. Bgl. §. 46. Auch kann hängt die Entscheidung vom Richter ab, wenn der Inhalt der Leistung nicht sowohl durch den nackten Willen einer bezeichneten Person, als durch ihr billiges Ermessen (arbitrium boni viri, im Gegensatz zum arbitrium schlechtthin) bestimmt werden soll. L. 24 pr. D. loc. 19. 2, l. 76—80 D. pro soc. 17. 2, l. 69 §. 4 D. de I. D. 23. 3, l. 1 §. 1 D. de leg. 11<sup>o</sup> 31, l. 22 §. 1 D. de R. I. 50. 17. Bgl. l. 35 D. mand. 17. 2.

<sup>6</sup> Z. B. Kauf um den Preis, um welchen der Verkäufer seinerseits die Sache angekauft hat. Bgl. l. 7 §. 1. 2 l. 37 D. de contr. emt. 18. 1, l. 35 §. 5. 6 eod., l. 27 D. de leg. 11<sup>o</sup> 31.

<sup>7</sup> Bgl. §. 386 Note 6. 7.

nicht verwiesen worden wäre<sup>8</sup>. Ist es ungewiß, ob aus derselben eine Entscheidung herzuleiten sein wird, und die Unbestimmtheit ist von der Art, daß sie die Existenz des Forderungsrechtes in Frage stellt, so liegt einstweilen nur ein bedingtes Forderungsrecht vor<sup>9</sup>.

### §. 255.

Besonders hervorzuheben sind unter den Fällen der Unbestimmtheit der Leistung diejenigen, wo der Inhalt der Leistung nur alternativ oder nur generisch bestimmt ist. Man nennt in diesen Fällen die Obligation selbst eine alternative oder eine generische.

1. Alternative Obligation. Der Schuldner soll Dieses oder Jenes leisten<sup>2</sup>. Eines muß er leisten; unbestimmt ist nicht, ob, sondern, was er leisten muß. Deswegen darf die alternative Obligation nicht als bedingte Obligation gedacht werden<sup>3</sup>. Was aber der Schuldner zu leisten hat, hängt nach dem zuvor Gesagten von seiner Wahl ab, nicht von der des Gläubigers<sup>4</sup>; soll der Gläubiger die Wahl haben, so muß dieß bei der Begründung

<sup>8</sup> Nur darf der Schuldner die Entscheidung nicht versagen, wenn die nähere Bestimmung des Inhaltes der Leistung ihm überlassen worden ist; er würde dadurch das Forderungsrecht vereiteln. Bleibt er daher hartnäckig, so wird er sich gefallen lassen müssen, daß der Gläubiger statt seiner die Entscheidung treffe. So z. B. bei der alternativen Obligation (§. 255 zu Note 11).

<sup>9</sup> L. 75 D. pro socio 17. 2, l. 25 pr. D. loc. 19. 2, l. 141 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 15 C. de contr. emt. 4. 38, §. 1 l. de emt. et vend. 3. 23.

<sup>1</sup> Ueber die alternative Obligation sind zu vergleichen: Bangerow III §. 215. S. 18—32, Savigny Obl. I §. 38, Fitting Correalobl. S. 136—169. S. auch Polzschüper III §. 210.

<sup>2</sup> Z. B. diese oder jene Sache geben, diese Sache geben oder diese Arbeit verrichten u. d. Natürlich kann die Zahl der Leistungseinhalte, unter welchen die Auswahl getroffen werden soll, auch größer als zwei sein.

<sup>3</sup> Dagegen geht das alternative Vermächtniß auf die Erben über (l. 19 D. de opt. leg. 33. 5), während für das bedingte bekanntlich das Gegentheil gilt. Bgl. auch l. 72 §. 4 D. de sol. 46. 3 mit l. 31 D. de V. O. 45. 1. — Ausnahmeweise kann allerdings die alternative Obligation eine bedingte in der That sein, wenn nämlich die Entscheidung auf eine Quelle gestellt ist, welche auch versagen kann, wie in l. 141 §. 1 D. de V. O. 45. 1 (§. 254 Note 9).

<sup>4</sup> §. 33. de l. de sol. 4. 6, l. 10 §. 6 D. de I. D. 23. 3, l. 106 D. de V. O. 45. 1, l. 25 pr. l. 34 §. 6 D. de contr. emt. 18. 1.

der Obligation besonders festgesetzt sein<sup>5</sup>. — Die alternative Obligation kann zu einer einfachen werden, d. h. sie kann sich auf einen Leistungsinhalt concentriren, so daß sowohl das Recht, einen andern Leistungsinhalt zu wählen, wegfällt, als auch alle andern rechtlichen Folgen eintreten, welche eingetreten sein würden, wenn die Obligation von Anfang an nur diesen einen Leistungsinhalt zum Gegenstand gehabt hätte<sup>6</sup>. Eine solche Concentration tritt ein 1. durch wirklich vollzogene Leistung<sup>7</sup>; 2. durch Vertrag

<sup>5</sup> L. 75 §. 8 l. 112 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 10 §. 6 D. de I. D. 23. 3. — Natürlich kann dem Gläubiger die Wahl für einen gegebenen Fall auch durch gesetzliche Bestimmung zugesprochen werden; aber der von Savigny *Nbl.* I S. 395 angeführte Fall (l. 17 §. 5 D. comm. 13. 6) gehört hierher nicht: in demselben hat der Gläubiger die Wahl, ob er den vorliegenden Thatbestand so oder so qualificiren, und demgemäß aus demselben dieses oder jenes Forderungsrecht herleiten will. — Hat der Gläubiger die Wahl, so muß man sagen, daß jeder Leistungsinhalt sogleich in obligations sei, da dem Gläubiger nichts hindert, seinen Willen sofort dahin geltend zu machen, daß gerade dieser Inhalt ihm geleistet werde. Daher die Entscheidung in l. 76 D. de leg. 10 30. (A. M. Fitting a. a. O.; s. darüber Windscheid *lit. Bierschjahrchr.* III S. 165—167.) Anders wenn dem Schuldner die Wahl zusteht; in diesem Falle kann man sofort von keinem Leistungsinhalte sagen, daß gerade er verschuldet werde, sondern erst durch die wirkliche Leistung stellt sich der verschuldete Leistungsinhalt heraus. Daher l. 75 §. 4 D. de leg. 10 30, l. 50 §. 1 D. de leg. 11 31. Von der andern Seite ist es freilich ebenso wahr, daß jeder Leistungsinhalt der wirklich verschuldet werden kann, und als möglicher Gegenstand des Forderungsrechtes individuell bezeichnet ist. Eine Folge davon ist, daß der Schuldner in Beziehung auf keinen ungebunden ist, woraus allein sich l. 95 §. 1 D. de sol. 46 3 (Note 14), l. 5 §. 2 D. qui et a quib. 40. 9 erklären. Insofern kann man denn doch auch in diesem Falle sofort von einem jeden Leistungsinhalte sagen, daß er in obligations sei; vgl. l. 128 D. de V. O. 45. 1, l. 11 §. 1 D. de leg. 11 31.

<sup>6</sup> Dieß gilt namentlich von der Verantwortlichkeit des Schuldners für eine eintretende Unmöglichkeit, sowie von dem Uebergange der Gefahr auf den Käufer.

<sup>7</sup> Die Leistung muß vollständig gemacht sein. Theilweise Leistung des einen der mehreren Leistungsinhalte ist gar keine Leistung, da es ungewiß ist, ob der andere Theil desselben Leistungsinhaltes hinzukommt, und das Forderungsrecht nicht theilweise mit dem einen, theilweise mit dem andern Leistungsinhalte befriedigt werden kann. Der Schuldner ist also einseitigen auch nicht theilweise befreit, sondern wird erst (auf das Ganze) befreit, wenn er den andern Theil desselben Leistungsinhaltes hinzuleistet. Thut er das nicht, sondern leistet er den andern Leistungsinhalt, so kann er das zuerst Geleistete wegen ermangelnder Voraussetzung (wegen nicht

zwischen den Parteien<sup>8</sup>. 3. Durch eine einseitige und nicht in bindender Absicht abgegebene Erklärung des wahlberechtigten Schuldners oder Gläubigers tritt die Concentration an und für sich nicht, sondern nur dann ein, wenn dieß in dem die Obligation begründenden Rechtsgeschäft ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt worden ist<sup>9</sup>. 4. Der Proceß (Streitbeginn) bewirkt die

erreichte Absicht der Befreiung) zurückfordern. L. 26 §. 13. 14 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 §. 1 D. de V. O. 45. 1 (vgl. Bangerow III S. 14, *Erleben conditiones sine causa* II S. 206), l. 85 §. 4 eod., l. 15 D. de leg. 11 31 — Einfluß des Irrthums bei der Leistung: l. 19 D. de leg. 11 31; l. 10 C. de cond. ind. 4. 5, l. 26 §. 13 i. f. D. eod. 12. 6. Ueber l. 21 D. eod. f. Bangerow III S. 19.

<sup>8</sup> Vgl. l. 25 pr. D. de pec. const. 13. 5, l. 27 §. 6 D. de pact. 2. 14.

<sup>9</sup> Das Wahlrecht enthält eine Verminderung der Unfreiheit des Schuldners, eine Vermehrung der Macht des Gläubigers; die dadurch gewährte vortheilhafte rechtliche Stellung kann, wenn darüber bei der Begründung der Obligation keine andere Bestimmung getroffen ist, nur durch Gründe verloren werden, durch welche Rechte überhaupt verloren werden. Vgl. l. 17 D. de accept. 46. 4, l. 21 §. 6 D. de A. E. V. 19. 1. Senff. *Archiv* I. 189, IV. 20. Ob bei der Begründung der Obligation eine Bestimmung des Inhaltes getroffen sei, daß das Wahlrecht auch durch eine bloße Erklärung soll verloren werden, muß, wenn das begründende Rechtsgeschäft sich nicht ungewiß darüber ausgesprochen hat (vgl. l. 11 §. 1 D. de leg. 10 30), durch Auslegung festgestellt werden. Dabei wird es vor allen Dingen darauf ankommen, ob überhaupt über das Wahlrecht eine ausdrückliche Bestimmung getroffen ist, oder nicht; in letzterem Falle wird es für eine Auslegung des bezeichneten Inhaltes meistens an allem Anhalt fehlen. Die Quellen schließen sie geradezu aus, L. 138 §. 1 D. de V. O. 45. 1. „Quum puro (d. h. eben: ohne ausdrückliche Einräumung des Wahlrechts) stipulatus sum: illud aut illud dari, licet tibi quoties voles mutare voluntatem in eo quod praestiturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressas et eius quae inest.“ Vgl. auch l. 106 D. eod. S. auf der andern Seite l. 84 §. 9 D. de leg. 10 30 und, was das Wahlrecht des Gläubigers angeht, l. 112 pr. D. de V. O. 45. 1 (wo eine Interpretation an die lateinischen Verbalformen „voluero“ und „volom“ angeknüpft wird), auch l. 95 pr. D. de sol. 46. 3. — In der neueren Zeit hat sich Ihering (*Jahrb. f. Dogm.* I. S. 31—33) mit Lebhaftigkeit gegen die heutige Anwendbarkeit dieser Grundsätze ausgesprochen; er hält sie nur „vom Standpunkt der römischen Stipulationstheorie“ aus für gerechtfertigt. Ich sehe in denselben umgekehrt den richtigen Ausdruck des vorliegenden Rechtsverhältnisses, und habe es nur für vorfichtig gehalten, die eine oben bemerkte Modification hinzuzufügen. Ihering scheint mir die „voluntas quae inest“ mißzusehen; der Ausdruck geht nicht auf eine stillschweigende Willenserklärung, sondern auf das, was sich aus der Willenserklärung von selbst ergibt, (vgl. auch Demelius *Zeitschr. f. Civ. u. Pr.* XVII N. 8. S. 27). Hat der Gläubiger oder der



Concentration dann, wenn dem Gläubiger die Wahl zusteht, und derselbe seine Klage auf einen bestimmten Leistungsinhalt gerichtet hat<sup>10</sup>, während der Schuldner das ihm zustehende Wahlrecht durch den Streitbeginn nie, und erst dann, und zwar zu Gunsten des Gläubigers verliert, wenn er auch der Execution gegenüber hartnäckig bleibt<sup>11</sup>. 5. Endlich kann sich die alternative Obligation auf einen der mehreren Leistungsinhalte auch dadurch concentriren, daß einer derselben unmöglich wird<sup>12</sup>. Eine solche Unmöglichkeit hat eine Concentration der Obligation auf den andern Leistungsinhalt nur dann nicht zur Folge, wenn sie durch die Schuld des Schuldners eingetreten ist, und der Gläubiger die Wahl hat: hier bleibt es dem Gläubiger unbenommen, statt des unmöglich gewordenen Leistungsinhaltes sein Interesse an demselben zu fordern. Außerdem ist zu bemerken, a) daß der Schuldner, wenn er die Wahl hat, und die Unmöglichkeit ohne seine Schuld eingetreten ist, nicht die Befugniß verliert, den Gläubiger auch mit dem Werth des unmöglich gewordenen Leistungsinhaltes abzu-

Schuldner Schaden davon, daß er sich auf eine, nicht in Absicht sich zu binden, abgegebene Erklärung des andern Theils verlassen hat, so ist das, abgesehen von der möglicherweise begründeten actio de dolo, seine Sache. Im Resultat derselben Ansicht wie Ihering ist Demelius Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. §. XVII. 2: ich kann auch seine Schuld nicht überzeugend finden. Uebereinstimmend Arndts §. 203 Anm. 3, krit. VJchr. V S. 339. Vgl. noch Lang Beiträge zur Hermeneutik S. IX ff., Sinteruis II §. 83 Note 53, Bangerow III S. 19–20.

<sup>10</sup> L. 112 pr. D. de V. O. 45. 1. Vgl. §. 125 Note 9, §. 126 Note 7. Der Gläubiger braucht jedoch in der Klage nicht zu wählen, sondern kann verlangen, daß ihm der Schuldner auf diese oder jene Leistung verurtheilt werde. Definitiv wählen muß er erst, wenn er Execution begehrt. Wächter Erörter. III S. 117.

<sup>11</sup> §. 33 I. de act. 4. G; vgl. l. 11 §. 1 D. de leg. II<sup>o</sup> 31. Auch durch den Verzug verliert der Schuldner nicht sein Wahlrecht. Wächter Erörter. III S. 117 Note 64, Bangerow III S. 21, 22, Rommensen Beiträge zum Obligationenr. III S. 259 fg. Ueber l. 2 §. 3 D. de eo quod certo loco 13. 4 f. Wächter und Rommensen a. a. O., Keat's Lehre vom Erfüllungsort S. 3. 4.

<sup>12</sup> L. 2 §. 3 D. de eo quod certo loco 13. 4, l. 34 §. 6 D. de contr. emt. 18. 1, l. 95 pr. §. 1 D. de sol. 46. 3, l. 16 D. de V. O. 45. 1. Bei anfänglicher Unmöglichkeit des einen Leistungsinhaltes tritt die Concentration gleich zu Anfang ein, l. 128 D. de V. O. 45. 1, l. 72 §. 4 D. de sol. 46. 3.

finden<sup>13</sup>; b) daß der Schuldner, wenn die Unmöglichkeit durch seine Schuld eingetreten ist, selbst in dem Falle, wo er die Wahl hat, nicht frei wird, wenn hinterher auch der andere Leistungsinhalt ohne seine Schuld unmöglich wird; er muß dann den Gläubiger dafür entschädigen, daß dieser nun durch seine Schuld weder den einen noch den andern Leistungsinhalt erhält<sup>14</sup>.

2. Generische Obligation<sup>15</sup>. Der Inhalt der Leistung ist nur nach Merkmalen, nicht concret bestimmt. Der Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der des Gebens einer nur nach Merkmalen bestimmten Sache, oder mehrerer solcher Sachen<sup>16</sup>. Der Kreis der Sachen, auf welchen die angegebenen Merkmale verweisen, kann ein mehr oder weniger enger sein; die Sachen können

<sup>13</sup> L. 47 §. 3 D. de leg. I<sup>o</sup> 30 und arg. l. 95 §. 1 D. de solut. 46. 3. Deswegen ist aber dieser Leistungsinhalt nicht weniger aus der Obligation ausgeschieden, und daher hat nicht etwa, wenn auch der zweite Leistungsinhalt ohne Schuld des Schuldners unmöglich geworden sein sollte, dieser die Verpflichtung, den Werth des ersten zu leisten. — Nur mit Beschränkung will dem Schuldner die hier bezeichnete Befugniß zugestehen Vetter Jahrb. d. gem. R. v. S. 374.

<sup>14</sup> Dabei ihm aber die zu Note 13 bemerkte Befugniß zu Statt kommen. L. 95 §. 1 D. de sol. 46. 3. — „si factio debitoris alter (der eine von den beiden verschuldeten Schlägen) sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim non alius peti possit, quam qui solvi etiam potest, . . . tamen si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem; sane quoniam impunita non debent esse admessa, doli actio non immerito desiderabitur“ Es ist wohl keiner Frage unterworfen, daß die Römer der Formel des bonae fidei iudicium gegenüber eine actio doli nicht für erforderlich gehalten; und noch weniger, daß sie im bonae fidei iudicium den Beklagten auch wegen bloßer Fahrlässigkeit verurtheilt haben würden, so daß heutzutage von dem Erforderniß des „factio debitoris“ abgesehen werden darf. So auch die herrschende Meinung. — Ueber den Einfluß der Unmöglichkeit der Leistung auf die alternative Obligation gibt es eine besondere Abhandlung von Zimmermann Archiv für civ. Pr. 1. 23 (1820); außerdem sind zu vergleichen Fuchs das. XXXIV S. 235–241 (1851), Rommensen Unmöglichkeit der Leistung §. 26 (1853), Bangerow III §. 569 Anm. 2, Holzschuher III S. 31–36.

<sup>15</sup> Vgl. Ihering Jahrb. für Dogm. IV. 5 (1861), Vetter Jahrb. des gem. R. V. 15 (1862).

<sup>16</sup> Eine generische Obligation ist es aber auch, wenn Jemand zu einer nur ihrer Art nach bezeichneten Arbeit verpflichtet ist. Vgl. l. 54 §. 1 D. de V. O. 45. 1.



vertretbar oder nicht vertretbar sein (§. 142)<sup>17</sup>. Die generische Obligation ist eben so wenig eine bedingte, wie die alternative: es steht auch hier die Leistungspflicht fest, und nur der Leistungsinhalt ist ungewiß<sup>18</sup>. Auch für das Wahlrecht gilt hier das Gleiche, wie bei der alternativen Obligation, so daß also der Gläubiger die Wahl nur dann hat, wenn darüber eine Bestimmung getroffen ist<sup>19</sup>. Was die Möglichkeit der Concentration der generischen Obligation auf einen concreten Leistungsinhalt und die Art und Weise angeht, wie eine solche Concentration erfolgt, so gelten bei der generischen Obligation zwar im Uebrigen die gleichen Grundsätze, wie bei der alternativen<sup>20</sup>, mit Ausnahme jedoch des Falls, wo jeder andere Leistungsinhalt bis auf Einen

<sup>17</sup> Beispiele: ein brauchbares Pferd, — ein brauchbares Reitpferd, — ein vor der Front brauchbares Reitpferd, — ein Pferd dieser Art vier Jahre alt u. Ein Wispel Weizen, — ein Wispel polnischen Weizens, — ein Wispel polnischen Weizens so und so viele Pfund schwer. Ein Wispel Weizen aus dieser Schiffsladung; ein Odm Wein aus diesem Stückfaß. Eines von meinen Gemälden. — In den Fällen, wo der Kreis der Sachen, aus welchem geleistet werden soll, durch andere Merkmale, als solche, welche die Art bestimmen, bezeichnet ist (wie in den drei letzten der genannten Beispiele) nimmt Savigny (Ubt. 1 §. 389 Note q und t und S. 400) eine alternative, keine generische Obligation an. S. davor Rommensen Unmöglichkeit der Leistung S. 341 Note, Thering a. a. D. S. 406, Beller a. a. D. S. 365. Es ist jedoch anzusehen, ob nicht die generische Bezeichnung nur eine Abkürzung der alternativen ist, d. h. ob nicht auch bei der generischen Bezeichnung bestimmte vorgestellte Individuen in's Auge gefaßt waren. Oder will man verschiedenes Recht in Anwendung bringen (Note 21), je nachdem der Eigentümer zweier Pferde „eines von meinen Pferden“ oder „entweder mein Pferd A oder mein Pferd B“ verspricht?

<sup>18</sup> Das Vermächtniß einer generisch bestimmten Sache geht auf die Erben über, vgl. 3. D. 1. 25 §. 17 D. fam. her. 10. 2. Für eine bedingte Obligation erklärt die generische Obligation Rommensen a. a. D. S. 337. 341. S. davor Windscheid Heibelberg. krit. Zeitschr. S. 137 Note 21, Beller a. a. D. S. 368—370 S. 398—400. S. auch §. 390 Note 9.

<sup>19</sup> L. 32 §. 3 D. de cond. ind. 12. 6, 1. 52 D. mand. 17. 1, §. 22 I. de leg. 2. 20.

<sup>20</sup> Namentlich also daß die Concentration zwar durch die wirkliche Leistung (vgl. 1. 2 §. 1 I. 85 §. 4 D. de V. O. 45 1, 1. 9 §. 1 I. 34 §. 1 D. de sol. 46. 3), sowie durch einen darauf gerichteten Vertrag der Parteien erfolgt, durch eine Erklärung aber, welche nicht in bindender Absicht abgegeben und von der andern Seite nicht acceptirt worden ist, nur dann, wenn diese in dem begünstigten Rechtsgefäß so bestimmt ist (vgl. 1. 117 D. de V. O. 45. 1). Diese Frage ist in neuerer Zeit namentlich mit Rücksicht auf den Kauf generisch be-

unmöglich wird; durch eine solche Unmöglichkeit concentrirt die Obligation sich nicht auf den einen möglich geliebten Leistungsinhalt<sup>21</sup>. Von der andern Seite haftet der Schuldner, wenn durch seine Schuld jede Leistung unmöglich wird, nach den gewöhnlichen Grundsätzen.

## B. Hervorzuhebende besondere Gegenstände der Forderungsrechte.

### 1. Geldleistung\*.

#### §. 256.

### Unter den besonderen Gegenständen der Forderungsrechte

stimmter Sachen verhandelt worden: von welcher Zeit an trägt der Käufer die Gefahr? S. besonders Thü Handelrecht I §. 78, Thering und Beller in den in Note 15 citirten Abhandlungen. Die genannten Schriftsteller kommen darin überein, daß einseitige Ausscheidung des zu Liefernden durch den Verkäufer die Gefahr auf den Käufer nicht übertrage; über die sonst zwischen ihnen bestehende Meinungsverschiedenheit s. §. 390 Note 8. Für den Uebergang der Gefahr auch durch einseitige Ausscheidung hat sich ausgesprochen Syer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XV S. 23 fg.

<sup>21</sup> Wenn beim Kauf alternativ bezeichneter Gegenstände alle ohne Schuld des Verkäufers untergehen, so trägt der Käufer die Gefahr des letzten (1. 84 §. 6 D. de contr. emt. 18. 1); andern bei dem Kauf generisch bezeichneter Gegenstände, (1. 35 §. 7 eod., 1. 1 §. 1 I. 5 1. 14 §. 1 D. de perie. 18. 6). Kommt bei der alternativen Obligation eine der bezeichneten Sachen in das Eigenthum des Gläubigers, oder steht sie gleich von Anfang in dem Eigenthum des Gläubigers, so kann dieselbe, auch wenn sie hinterher wieder aus dem Eigenthum des Gläubigers hinaustritt, weder gefordert noch geleistet werden (1. 72 §. 4 D. de sol. 46. 3, 1. 128 D. de V. O. 45. 1); bei der generischen Obligation muß auf Grund der vorher genannten Entscheidung auch in dieser Beziehung für das Gegentheil entschieden werden. Allerdings war unter den römischen Juristen auch die Meinung vertreten, daß die generische Obligation in dieser letzteren Beziehung nicht anders zu behandeln sei, als die alternative, und es ist sogar eine diese Meinung geltend machende Stelle von den Compilatoren recipirt worden (1. 66 §. 3 D. de leg. 110 31); aber gegenüber den oben genannten Stellen über die Tragung der Gefahr beim Kaufvertrage darf auf diese Stelle kein Gewicht gesetzt werden. Man wird also sagen müssen, daß bei der generischen Obligation keine zu dem bezeichneten Genus gehörige Sache auch nur in dem Sinne in obligations sei, wie dieß bei der alternativen Obligation jede der alternativ bezeichneten Sachen allerdings ist (§. 255 Note 5), woraus sich die practische Bedeutung des in Note 17 Bemerkten ergibt. Vgl. auch Beller a. a. D. §. 4. 7, Rommensen Unmöglichkeit der Leistung S. 341 (dazu Windscheid Heibelberg. krit. Zeitschr. S. 138 Note 21 a. C.).

\* S. Husfeldt über die rechtliche Natur der Geldschulden, Berlin 1851

gibt es einige, von welchen wegen ihrer umfassenden Bedeutung sogleich hier in dieser allgemeinen Betrachtung gehandelt werden muß. Dahin gehört vor Allem die Leistung von Geld.

Die Gelbleistung ist nicht nur eine der wichtigsten unter den Leistungen, auf welche ein Forderungsrecht gleich von Anfang an gerichtet sein kann, sondern es ist auch jede andere obligatorische Leistung, welche einen Vermögenswerth hat, im Stande, sich unter Umständen in eine Gelbleistung zu verwandeln. In Betreff der Gelbleistung sind nun folgende juristische Regeln zu bemerken.

1. Es kann vorkommen, daß der Name der Münzen, in welchen eine Gelbschuld ausgedrückt ist<sup>1</sup>, auf Münzen verschiedenen Werthes paßt<sup>2</sup>. Es ist dann durch Auslegung zu bestimmen, welche Münze wirklich gemeint ist, im Zweifel aber, für die Münze geringeren Werthes zu entscheiden<sup>3</sup>.

2. Eine Gelbschuld braucht nicht nothwendigerweise in derjenigen Münzsorte getilgt zu werden, in welcher sie ausgedrückt ist<sup>4</sup>, es müßte dieß denn bei der Begründung besonders bestimmt

(Wiederabdruck eines im Jahre 1807 erstatteten Gutachtens). Pfeiffer praktische Ausführungen I. 7 und VII. 5 (1825. 1844), Souffray Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. IX. 12 (1851), Frits Erläuterungen II S. 12—21, Unterholzner I S. 113—116, Bangerow III S. 570, Savigny Oblig. II S. 40—48, Arndts S. 205, Sintenis II S. 85, Holzschuher III S. 212, Bessler, deutsch. Privatr. II S. 122.

1 Eine jede Gelbschuld ist in Münzen ausgedrückt. Denn „Münze“ ist die Bezeichnung für die Quantitäten, in welchen der Geldstoff (heutzutage ausschließlich das edle Metall) vom Verkehr als Werthmesser (Rechnungsmünze) und Werthäquivalent (effective Münze, ausgeprägte Münze) gebraucht wird. (Die effective Münze ist auch Rechnungsmünze; aber die Rechnungsmünze braucht nicht nothwendiger Weise effective Münze zu sein.)

2 Wie dieß namentlich mit dem Namen der in Deutschland am Meisten gebrauchten Rechnungsmünzen, des Thalers und des Gulden, vielfach der Fall gewesen ist und zum Theil noch jetzt der Fall ist. Vgl. Savigny S. 419—423.

3 Nach dem Grundsatz, daß im Zweifel die mildere Auslegung vorzuziehen ist, und bei vertragsmäßigen Gelbschulden speciell nach dem Grundsatz, daß gegen denjenigen auszuliegen ist, welcher deutlicher hätte reden sollen. S. S. 84 Note 5 und 6. Savigny S. 466. 467

4 Es ist dieß gar nicht möglich, wenn die Münzsorte, in welcher sie ausgedrückt ist, bloß Rechnungsmünze ist. Aber es ist nicht nothwendig, auch wenn die Münzsorte, in welcher sie ausgedrückt ist, effectiv vorhanden ist; denn das Wesen auch der effectiven Münze besteht lediglich darin, daß sie eine

sein<sup>5</sup>. Von der andern Seite braucht der Gläubiger nicht jede Münzsorte anzunehmen. Er braucht Scheidemünze nur bis zu dem gesetzlich bestimmten Betrag anzunehmen<sup>6</sup>; er braucht keine

bestimmte Quantität edlen Metalls darstellt. Daher ist die Verpflichtung zur Leistung einer bestimmten Anzahl von effectiven Münzen ihrem wesentlichen Inhalt nach nichts Anderes, als die Verpflichtung zur Leistung einer bestimmten Quantität edlen Metalls in Münzform. — Die allgemeine deutsche Wechselordnung (Art. 37) und das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch (Art. 336) gestatten Zahlung in einer andern als der im Vertrage bezeichneten Münzsorte nur unter der Voraussetzung, daß diese Münzsorte (Rechnungsmünze oder) am Zahlungsort nicht im Umlauf ist, denken dabei aber nur an den Fall, wo die bezeichnete Münze keine Landesmünze ist. Der Münzvertrag vom 24. Januar 1857 zwischen den durch die Münzconvention vom 30. Juli 1858 vereinigten Zollvereinsstaaten und dem Kaiserthume Oesterreich und dem Fürstenthume Liechtenstein bestimmt in Art. 18 in Betreff der neuen Vereinsgoldmünzen (Krone und halbe Krone), daß denselben die Eigenschaft eines die landesgesetzliche Silberwährung vertretenden Zahlungsmittels nicht beigelegt und zu ihrer Ausnahme in dieser Eigenschaft Niemand gesetzlich verpflichtet werden dürfe.

5 Dabei ergeben sich Auslegungssfragen, namentlich was Darlehensschulden angeht. a) Liegt nicht schon darin, daß ein Darlehn in einer gewissen Münzsorte hingegeben wird, die stillschweigende Vereinbarung, daß es in derselben Münzsorte zurückgegeben werden solle? Offenbar nicht. Sehr mit Unrecht hat man sich für das Gegentheil auf I. 99 D. de sol. 46. 3. berufen. Vgl. Savigny S. 470, Bangerow S. 33. b) Wie aber, wenn in der Darlehensurkunde ausdrücklich gesagt ist, daß die dargeliehene Summe in dieser oder jener Münzsorte hingegeben worden sei? Auch das braucht keineswegs von der Auflegung der Verpflichtung zur Rückzahlung in der nämlichen Münzsorte verstanden zu werden: es liegt sogar die andere Auslegung viel näher, daß damit nur der Betrag der hingeliehenen Summe genauer hat bestimmt werden sollen. Besonders deutlich tritt dies dann hervor, wenn eine Angabe über den Werth, zu welchem die betreffende Münzsorte berechnet worden sei, hinzugefügt ist. c) Nicht anders ist der Fall zu beurtheilen, wo es in der Darlehensurkunde heißt, daß ein Darlehen von so und so viel „Stück“ einer gewissen Münzsorte gegeben worden sei. Vgl. Pfeiffer a. a. O. S. 9—11.

6 Scheidemünze ist eine Münze, welche diejenige Quantität edlen Metalls, welche sie bezeichnet, nicht darstellt. Vgl. Savigny S. 414—416. Der Betrag, bis zu welchem Scheidemünze angenommen werden müsse, ist durch den R. N. von 1576 S. 76 auf 25 Gulden (damalige Gulden = etwa 59 Gulden im 24 fl. Fuß, Sintenis S. 85 Note 18, Euffert S. 249 Note 5) festgesetzt worden. S. aber Glük XII. S. 67 (dazu Gbner Staatsrecht S. 397) und den Art. 14 a. E. des in Note 4 genannten Münzvertrages: „Niemand darf in den Landen der vertragenden Staaten genöthigt werden, eine Zahlung, welche den Werth der kleinsten groben Münze erreicht, in Scheidemünze anzunehmen“.

verrufenen<sup>7</sup>, und nur solche Münzen anzunehmen, welche am Zahlort in Umlauf sind<sup>8</sup>. — Auch wenn bestimmt worden ist, daß nur in einer gewissen Münzsorte gezahlt werden dürfe, muß sich der Gläubiger dennoch Zahlung in einer andern Münzsorte gefallen lassen, wenn die bestimmte Münzsorte zur Zeit der Zahlung aus dem Verkehr verschwunden<sup>9</sup>, oder so selten geworden ist, daß sie ohne unverhältnißmäßige Opfer nicht mehr beschafft werden kann<sup>10</sup>.

3. Wodurch bestimmt sich der wirkliche Werth einer Münze? Er bestimmt sich, wie schon aus dem Gesagten hervorgeht (Nr. 1), nicht durch ihren Namen. Er bestimmt sich aber auch nicht durch den Ausspruch der Staatsgewalt, welche die Münze geschaffen hat (Nennwerth<sup>11</sup>). Er bestimmt sich endlich auch nicht definitiv durch die Quantität edlen Metalls, welche die Münze wirklich enthält (Metallwerth<sup>12</sup>); denn es ist möglich, daß der Verkehr ihr einen andern, höheren oder geringeren, Werth beilegt, als sie nach der Quantität edlen Metalls, welche sie wirklich enthält, haben sollte. Dann ist ihr wirklicher Werth dieser ihr Verkehrswerth (Curswerth)<sup>13</sup>. — Nach diesen Grundsätzen ist zu

<sup>7</sup> D. h. keine Münzen, denen die Eigenschaft, Geld zu sein, durch die Staatsgewalt, welche sie ausgegeben hat, wieder entzogen worden ist. Vgl. I. 24 §. 1 D. de pign. act. 13. 7.

<sup>8</sup> Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Münzen inländische oder ausländische sind. Inländische Münzen brauchen nicht mehr angenommen zu werden, wenn sie nicht mehr im Umlauf sind; ausländische müssen angenommen werden, wenn sie am Zahlungsorte Curs haben. Dem Gläubiger muß diejenige Quantität edlen Metalls, welche er verlangen kann, in einer Form verschafft werden, in welcher er sie als Werthäquivalent wirklich verwenden kann. Vgl. Unterholzner I S. 231, 232, Wangerow S. 32, Sintenis S. 59, 60. Pfeiffer S. 57 will ausländische Münzen nur unter der Voraussetzung zulassen, daß sie im Inlande eine gesetzliche Werthbestimmung erhalten haben; es hängt dieß mit seiner ganzen Auffassung des Geldes (Note 13) zusammen.

<sup>9</sup> Es ist dann für den Schuldner eine unverschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung eingetreten.

<sup>10</sup> Arg. I. 71 §. 3 do leg. 10 30. Unterholzner S. 235, Wangerow S. 36, Savigny S. 468. 1, Sintenis §. 85 Note 27.

<sup>11</sup> Statt „Nennwerth“ sagen Viele „äußerer Werth“. Dieser Ausdruck ist deswegen nicht zu empfehlen, weil er auch den Curswerth mit umfaßt.

<sup>12</sup> Der Metallwerth wird auch, im Gegensatz zum „äußeren Werth“ (Note 12), „innerer Werth“ genannt.

<sup>13</sup> Daß im Text Gesagte ist weit davon entfernt, unbestritten zu sein.

entscheiden, wenn es sich um die Bestimmung des Werthes handelt, zu welchem ein Gläubiger genöthigt werden kann, eine Münzsorte anzunehmen<sup>14</sup>, oder um die Bestimmung des Werthes einer Münzsorte, welche nicht mehr, oder nicht mehr ohne unverhältnißmäßige Opfer beschafft werden kann (Nr. 2 a. E.)<sup>15</sup>. Handelt es sich dagegen

Audere Schriftsteller haben sich für den Metallwerth ausgesprochen (vgl. Savigny S. 478, 479); namentlich aber wird der Nennwerth als entscheidend für den wahren Werth einer Münze mit Lebhaftigkeit verteidigt, so in den oben bei \* genannten Abhandlungen von Pfeiffer und Souhary, und von Sintenis und Beseler a. a. O. Die letztere Ansicht geht davon aus, daß der Staat es sei, welcher das Geld zum Geld mache; ist dieß richtig, so ist auch er es, durch den dem Geld sein Werth gegeben wird. Dieser Auffassung gegenüber hat, nach dem Vorgange Kellers (vgl. namentlich die bei \* citirte Schrift von Juselius), in der neueren Zeit besonders Savigny (S. 407—408 S. 454) die andere, hier vertretene, geltend gemacht, daß die Thätigkeit des Staates bei der Schaffung des Geldes nur eine vermittelnde sei, und die definitive Entscheidung über das, was Geld sei, also auch, in welchem Werthe es Geld sei, nur durch die öffentliche Anerkennung gegeben werde. Es ist allerdings keiner Frage unterworfen, daß der Staat durch ein Gesetz die Annahme einer Münze zu einem bestimmten Werthe vorschreiben kann, und daß der Richter an ein solches Gesetz gebunden ist, wie an jedes andere. Aber ist eine solche gesetzliche Vorschrift schon darin enthalten, daß der Staat (durch die Aufschrift der Münze, oder eine öffentliche Bekanntmachung) einfach ausspricht, daß die Münze einen gewissen Werth habe? Dieß wird von den Gegnern behauptet, von Savigny (S. 444, 447), gewiß mit Recht, zugegeben. Ueber die Stellen des römischen und canonischen Rechtes, welche man für unsere Frage zu verwerthen gesucht hat, s. Savigny §. 44.

<sup>14</sup> Er kann nicht genöthigt werden, sie zu einem andern Werthe, als ihrem Curswerthe anzunehmen, muß sie aber auch zu diesem Werthe annehmen. Hat daher die Münzsorte, in welcher Zahlung geleistet wird, ihrem Nennwerth gegenüber einen höheren oder geringeren Metallwerth (Uebereinstimmung des letzteren mit dem Curswerth vorausgesetzt), so erniedrigt oder erhöht sich die Zahl der zu leistenden Stücke in gleichem Verhältniß. Ebenso wenn dem Metallwerthe gegenüber der Curswerth ein höherer oder geringerer ist.

<sup>15</sup> Ist die Münzsorte ganz aus dem Verkehr verschwunden, so daß von einem Curswerthe nicht mehr geredet werden kann, so ist ihr Metallwerth zu leisten (vgl. Senff. Arch. II. 15). Ist sie noch im Verkehr, kann aber ohne unverhältnißmäßige Opfer nicht beschafft werden, so ist auch hier ihr Curswerth zu leisten, d. h. derjenige Werth, zu dem der Gläubiger sie ausbringen kann. — Man hat behauptet, daß, wenn eine Forderung ausdrücklich auf eine bestimmte Anzahl von Stücken einer gewissen Münzsorte gestellt, und diese Münzsorte zur Antiquität und Münzseltenheit geworden sei, der Schuldner den Werth, welchen sie als solche habe, den s. g. Marktpreis leisten müsse (Sintenis S. 65, 66).

um die Bestimmung des Werthes der Münzsorte, in welcher eine Geldschuld ausgedrückt ist, so ist es zwar auch hier unzweifelhaft, daß nicht die Benennung entscheidend ist<sup>16</sup>; was dagegen das Verhältniß des Nennwerthes zum Metallwerth und Curswerth betrifft, so ist zu erwägen, ob nicht in einem gegebenen Falle angenommen werden müsse, daß der Wille der Parteien eher auf den Nennwerth, als auf den Curswerth gerichtet war, und nur in dem Falle, wo das Forderungsrecht die Rückgabe eines Empfangenen zum Gegenstande hat, ist auch hier der Curswerth mit Entschiedenheit festzuhalten<sup>17</sup>. — Unter allen Umständen ist die Behauptung zurückzuweisen, daß bei der Bestimmung des Inhalts einer Geldschuld auch auf den Tauschwerth des Geldes überhaupt Rücksicht genommen werden müsse<sup>18</sup>.

Für den Fall, wo eine wirkliche Geldschuld vorliegt, ist dies unrichtig; es ist richtig nur für den Fall, wo die Münzstücke als Waare in Betracht gekommen sind.

<sup>16</sup> Wer Gulden oder Thaler des einen Münzfußes zu fordern hat, braucht nicht Gulden oder Thaler eines anderen leichteren Münzfußes anzunehmen, und kann nicht Gulden oder Thaler eines anderen schwereren Münzfußes fordern. Dieser Punkt ist unbestritten. *Seuff. Arch. II. 15. 148.*

<sup>17</sup> So namentlich beim Darlehn. Wirklich empfangen worden ist nur der Werth, zu welchem die empfangenen Geldstücke ausgegeben werden konnten. Wird dagegen zu einer Zeit, wo der Curswerth vom dem Nennwerth abweicht, eine Schuld anderer Art festgesetzt, so ist, in Betracht, daß diese Abweichung nichts Normales ist, die Annahme sehr naheliegend, daß auf sie keine Rücksicht genommen worden sei. Jedoch ist dabei der Fall noch auszufordern, wo die Schuld ausdrücklich auf eine bestimmte Anzahl von Stücken einer gewissen Münzsorte gestellt worden ist. Hier ist die wahrscheinliche Absicht der Parteien die, daß Münzen geleistet werden sollen, wie zur Zeit der Contrahierung der Geldschuld vorhanden sind, so daß zwar auch nicht auf ihren Curswerth gegenüber dem Metallwerth, wohl aber auf ihren Metallwerth gegenüber ihrem Nennwerth Rücksicht genommen werden muß. — Die im Texte (zu Note 14 fg.) gemachte Unterscheidung wird gewöhnlich nicht hervorgehoben. Vielleicht trägt ihre Beachtung zur Versöhnung der streitenden Ansichten bei.

<sup>18</sup> Der Tauschwerth des Geldes hängt ab von dem Verhältnisse, welches der Verkehr dem Werth der edlen Metalle zu dem Werth der Güter überhaupt anweist. Dieses Verhältniß ist kein constantes, und man hat nur die Behauptung aufgestellt, daß, wenn dasselbe sich zwischen der Entstehung und der Tilgung einer Geldschuld geändert habe, auch darauf Rücksicht genommen, also um so viel Mehr oder Weniger geleistet werden müsse. Das ist irrig. Der Inhalt einer Geldschuld ist: Verschaffung einer Quantität von Münzen, die im Verkehr als Repräsentanten einer bestimmten Quantität edlen Metalls

4. Es gibt nicht bloß Metallgeld, von welchem bisher allein die Rede gewesen ist, sondern auch Papiergeld. Papiergeld ist kein wirkliches Geld, sondern nur Zeichengeld; es stellt die Quantität edlen Metalls, welche es bezeichnet, nicht dar, sondern nur vor<sup>19</sup>. Deswegen braucht Niemand es als Zahlungsmittel anzunehmen, wenn dieß nicht durch eine besondere gesetzliche Vorschrift angeordnet ist (s. g. Zwangscurs). Sein Werth bestimmt sich lediglich durch den Curs<sup>20</sup>.

## 2. Leistung des Interesses.

### §. 257.

Zur Leistung des Interesse verpflichtet sein, heißt: verpflichtet sein zur Ausgleichung des Nachtheils, welcher in der Vermögenslage einer Person durch irgend eine, positive oder negative, Thatfache eingetreten ist. Es soll dieser Person geleistet werden, wie viel ihr daran liegt<sup>1</sup>, daß nicht geschehen wäre, was geschehen ist,

verwerthet werden können. Welche Macht dadurch dem Eigenthümer gewährt wird, ist für den Inhalt der Geldschuld gleichgültig. *Vgl. Savigny S. 493—495 S. 461—463, Bangerow S. 35 unt., Sintenis §. 85 Note 20.*

<sup>19</sup> Das Papiergeld hat eine ähnliche Natur wie die Scheidemünze; nur daß die letztere die Quantität edlen Metalls, welche sie bezeichnet, wenigstens annäherungsweise darstellt.

<sup>20</sup> Die im Text, in Betreff des Papiergeldes aufgestellten Grundsätze sind unbestritten.

\* Das Hauptwerk über die Lehre vom Interesse ist das von Fr. Mommsen: *Die Lehre vom Interesse* (der „Beiträge zum Obligationenrecht“ zweite Abtheilung, 1855). Dazu die Anzeige von Windscheid *Heidelb. krit. Zeitschrift II S. 525—563*. Frühere „Versuche“ (Puchta §. 224. a) der Bearbeitung dieser Lehre sind: Schumann *Lehre vom Schadensersatz, 2 Theile* (1807). Fr. Hänel *Versuch einer kurzen und faßlichen Darstellung der Lehre vom Schadensersatz* (1823). v. Wening-Jugenheim (der Jüngere) *die Lehre vom Schadensersatz* (1841). Ueber die ältere Literatur s. Mommsen a. a. O. in der Vorrede. *Unterholzner I §. 125—131, Bangerow III S. 39—56, Sintenis II §. 86, Unger Oesterreichische Vierteljahrsschrift XIV S. 110 fg., Holzschuher III §. 218.*

<sup>1</sup> *Quanti (quod) eius interest, q. d. moram factam non esse* (l. 36 §. 2 D. de usufr. 7. 2. l. 114 D. de V. O. 45. 1), *rem evictam non esse* (l. 23 C. de evict. 8. 45.) Andere Bezeichnungen der Quellen für das Interesse

daß geschehen wäre, was nicht geschehen ist. In dieser Beziehung auf eine bestimmte Person und deren besondere Verhältnisse liegt das Wesen des Interesse; es bildet somit den Gegensatz zu dem Werthe, der durch Anlegung eines objectiven, für Jedermann geltenden Maßstabes gefunden wird (s. g. Sachwerth)<sup>2</sup>.

Unter den Gründen, aus welchen eine Verpflichtung zur Leistung des Interesse hervorgehen kann, ist der wichtigste die Verschuldung; Jemand muß für die Folgen einer Thatsache deswegen aufkommen, weil er an derselben Schuld ist. Eine solche Verschuldung kann dann noch entweder ein selbstständiges Delict bilden<sup>3</sup>, oder sie kann eine Verschuldung nur sein kraft einer für die betreffende Person besonders begründeten Rechtspflicht<sup>4</sup>. — Verschuldung ist aber nicht der einzig mögliche Grund der Verpflichtung zur Leistung des Interesse. Dieselbe kann auch ohne alle Verschuldung kraft eines Rechtsgeschäftes oder einer richterlichen Verfügung oder unmittelbar kraft einer Rechtsbestimmung eintreten<sup>5</sup>.

Die Leistung des Interesse kann nicht bloß den Gegenstand eines Forderungsrechtes bilden; auch kraft eines dinglichen Anspruches kann möglicherweise Interesse gefordert werden<sup>6</sup>. Abweichende Grundsätze gelten für diesen letzteren Fall nicht.

stnd: nihilis, damnum, causa rei (Rommisen §. 5). Ueber den Ausdruck quanti ea res est s. die folgende Note.

<sup>2</sup> Verum rei pretium, vera rei aestimatio (vgl. z. B. l. 2 §. 13 D. vi bon. rapt. 47. 8, l. 179 D. de V. S. 50. 16). Den Ausdruck „quanti ea res est“ gebrauchen die Quellen bald für den Sachwerth, im Gegensatz zum Interesse, bald geben sie ihm den weiteren Sinn, daß er das letztere mit umfaßt. Vgl. z. B. l. 179 l. 193 D. de V. S. 50. 16, l. 1 §. 4 D. si quis ius 2. 3, l. 9 §. 8 D. ad ex. 10. 4; l. 68 D. de R. V. 6. 1, l. 3 §. 11 D. uti possid. 43. 17. Rommisen §. 6; abweichend Savigny Syst. V. Bilf. XII. Vgl. auch Windscheid a. a. O. S. 529.

<sup>3</sup> Z. B. Betrug, Entwendung, Beschädigung. Vergleiche auch Seuff. Arch. IX. 25.

<sup>4</sup> Z. B. der Schuldner erfüllt seine Verbindlichkeit nicht zur rechten Zeit; er verlegt sich durch seine Arglist oder seine Nachlässigkeit in die Unmöglichkeit, seine Verbindlichkeit zu erfüllen. Vgl. auch Seuff. Arch. V. 145.

<sup>5</sup> Ein Vertrag z. B. kann, wie auf eine andere Leistung, so auch auf Ersatz des Nachtheils gerichtet werden, welcher dem Gläubiger aus einem bestimmten Umstand erwachsen werde oder erwachsen sei.

<sup>6</sup> Der dingliche Anspruch verwandelt sich, wie der obligatorische, in einen

## §. 258\*.

Näher bestimmt sich der Inhalt der Interesteleistung durch folgende Regeln.

1. Der Verpflichtete muß Ersatz geben für den Nachtheil, welcher in der Vermögenslage des Gläubigers in Folge einer gewissen Thatsache eingetreten ist. Ob dieser Nachtheil positiver Schaden ist, oder entbehrter Gewinn, ist gleichgültig<sup>1</sup>. Es kann aber kein Ersatz begehrt werden für übermäßigen Luxus<sup>2</sup>, und keiner für unehrenhaften Gewinn<sup>3</sup>. Hat die betreffende Thatsache nicht bloß Nachtheil, sondern auch Gewinn hervorgebracht, so ist wirklicher Nachtheil nur, was nach Abzug des Gewinnes übrig bleibt<sup>4</sup>. Was den Zeitpunkt betrifft, auf welchen bei Feststellung

Anspruch auf Leistung des Interesse, wenn seine Erfüllung dem Verpflichteten durch dessen Schuld unmöglich geworden ist. Ebenso kann auch die Verzögerung seiner Erfüllung den Verpflichteten zur Leistung des Interesse verbindlich machen. Vgl. §. 43 Note 5, §. 124.

\* Vgl. außer den bei dem vorigen §. Genannten noch O. Ruffhaumer a. 258. über das Raab des Schadensersatzes 1855 (darüber Windscheid Heid. krit. Zeitschr. III S. 72—74.)

<sup>1</sup> L. 13 pr. D. ratam rem 46. 8: — „in quantum mea interluit, i. e. quantum mihi abest, quantumque lucrari potui“. L. 33 D. loc. 19. 2: — „quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur“. L. 7 C. arb. tut. 5. 51, l. 21 §. 2 D. quod met. causa 4. 2, l. 33 pr. i. f. D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 1 un. C. de sentent. quas pro eo 7. 47, R. D. A. 1600 §. 139. Ueber l. 71 §. 1 D. de furt 47. 2. f. Rommisen S. 135—137, Pangeron S. 44. Heutzutage pflegt man zu reden von damnum emergens und lucrum cessans.

<sup>2</sup> L. 40 pr. D. de damno infecto 39. 2: — „honestus modus servandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda“. L. 13 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2 Rommisen S. 233—234.

<sup>3</sup> L. 33 D. de R. V. 6. 1. Vgl. l. 11 l. 71 §. 1 D. de furtis 47. 2 (Note 1 a. C.). — Auch kein Ersatz für Gewinn von Gewinn? S. auf der einen Seite l. 2 §. 5 D. de adm. rer. 50. 8, l. 15 D. de usur. 22. 1, auf der andern l. 3 eod. Rommisen S. 189—190.

<sup>4</sup> Das folgt aus der Natur der Sache. Bewiesen aber wird es nicht, wenigstens nicht direct, durch l. 11 D. de neg. gestis 3. 5, freilich auch nicht widerlegt durch l. 23 §. 1 D. pro socio 17. 2; beide Stellen handeln nicht von dem Fall, wo Nachtheil und Gewinn durch einen und denselben Umstand hervorgerufen sind (was l. 23 §. 1. cit. angeht: die admissio socii und die praepositio servi lösen sich auf in so viele einzelne Gestaltungen der Geschäftsführung, als einzelne Gesellschaftsgeschäfte zu führen sind). Abweichende An-

des Umfangs des durch die betreffende Thatfache hervorgerufenen Nachtheils gesehen werden muß, so ist der Beschädigte regelmäßig befugt, den Ersatz alles Nachtheils zu verlangen, der ihm bis zur Zeit, wo er das Interesse fordert, also wenn es zum Prozesse kommt, bis zur Zeit des Urtheils erwachsen ist; es kann jedoch nach gesetzlicher Regel oder dem präsumtiven Willen der Parteien auch ein früherer Zeitpunkt maßgebend sein<sup>4</sup>. — Ist zur Bestimmung des Interesse eine Schätzung in Geld nöthig<sup>5</sup>, so darf auf besondere Neigungen und Liebhabereien des Gläubigers keine Rücksicht genommen werden<sup>6</sup>. Existirt der zu schätzende Gegenstand nicht mehr, so ist der Schätzung derjenige Zustand zu Grunde zu legen, in welchem sich derselbe zur Zeit des Unterzuges befand<sup>7</sup>. Ist in Betreff des zu schätzenden Gegenstandes eine Preisänderung eingetreten, so kann der Gläubiger den Werth der Zeit fordern, wo ihm der Gegenstand wirklich entzogen worden ist<sup>7</sup>.

sichten bei Friz Erläut. II S. 73, Vangerow III S. 39—40, theilweise bei Mommsen S. 195—196, Windscheid a. a. D. S. 548—549. Vgl. Seuff. Arch. VII. 156, X. 257.

<sup>4</sup> L. 8 §. 1 D. de edendo 2. 13, l. 12 §. 1 D. si quis eant. 2. 11. Der Beschädigte ist aber nicht verpflichtet, bei der Beantwortung der Frage, ob wirklich durch die betreffende Thatfache ihm ein Nachtheil überhaup, und welcher Nachtheil, erwachsen ist, dem Gegner bis zur Zeit des Urtheils hinanzufolgen. Windscheid a. a. D. S. 549—553 und unten Note 15 Nr. 4. Mommsen handelt von dieser Frage in §. 19.

<sup>5</sup> Die Interesselieferung kann Leistung von Geld zum unmittelbaren Inhalt haben; dieß ist der Fall, wenn es eben Geld ist, welches dem Gläubiger durch die betreffende Thatfache entzogen worden ist. Es kann aber dem Gläubiger durch die betreffende Thatfache auch etwas Anderes entzogen worden sein, als Geld; dann geht der Anspruch des Gläubigers zunächst auf dieses Andere, auf eine durch Schätzung zu bestimmende Geldsumme nur insofern, als die Leistung dieses Anderen unmöglich ist, oder nicht erzwungen werden kann.

<sup>6</sup> S. g. Affectionswerth. Bei der Bestimmung des Interesse muß Rücksicht genommen werden auf die besonderen tatsächlichen Verhältnisse, in welchen sich der Gläubiger befindet, und darin besteht eben sein Wesen, — aber nicht auf die besonderen subjectiven Stimmungen des Gläubigers. Dieß wird bewiesen durch l. 33 pr. D. ad leg. Aq. 9. 2. Vgl. l. 6 §. 2 D. de operis 7. 2, l. 63 pr. D. ad leg. Aq. 9. 2. und Mommsen S. 214—217.

<sup>7</sup> L. 3 D. de cond. trit. 13. 3.

<sup>7</sup> Vgl. über diese schwierige Frage Mommsen S. 217—231, Windscheid a. a. D. S. 554—558 (das von mir an dieser Stelle Gesagte ist aber

aber auch den höheren der Zeit des Urtheils<sup>8</sup>. — Für den Fall, wo das Interesse wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung einer Obligation gefordert wird, tritt zu den hier aufgestellten Regeln die beschränkende hinzu, daß als Interesse nie Mehr in Anspruch genommen werden kann, als das Doppelte des Wertes des Obligationsgegenstandes selbst, vorausgesetzt, daß dieser Werth ein sicherer ist<sup>9</sup>.

nach dem in § 280 Note 15 Entwickelten zu modificiren). Im Einzelnen bemerke man Folgendes. Wenn ein Gläubiger Ersatz verlangt für eine dem Schuldner unmöglich gewordene Leistung, so ist, — abgesehen vom Falle des Verzuges; darüber §. 280 Nr. 4 — der Werth der Zeit, wo die Forderung geltend gemacht wird, (wenn es zum Prozesse kommt, des Urtheils,) in Anschlag zu bringen, weil dieses die Zeit ist, wo dem Gläubiger die Sache entzogen wird (wo er sie erhalten haben würde, wenn die Unmöglichkeit nicht eingetreten wäre). Dieß ist selbst für den Fall wahr, wo die Verpflichtung des Schuldners auf Leistung zu einer früheren Zeit ging. Denn dadurch, daß die Leistung zu dieser Zeit nicht gemacht worden ist, ist dem Gläubiger nicht die Leistung selbst entzogen worden, sondern nur ein Zeitvorteil in Betreff derselben. L. 22 D. de R. C. 12. 1, l. 4 D. de cond. trit. 13. 3, l. 59 l. 60 D. de V. O. 45. 1 erklären sich ans der römischen Nothwendigkeit der Selbstdemnation; l. 11 D. de re iud. 42. 1 setzt Verzug voraus. Vgl. übrigens auch Mommsen Beitr. II S. 226, 227, III S. 211—213. Anders wenn der Eigentümer Ersatz verlangt für eine ihm durch einen Andern vernichtete oder beschädigte Sache. Hier ist ihm die Sache entzogen worden (ganz theilweise) zur Zeit der Vernichtung bez. Beschädigung, und daher ist die Schätzung nach dem Werth dieser Zeit zu machen.

<sup>8</sup> Er kann sagen, daß, wenn ihm die Sache nicht entzogen worden wäre, er jetzt eine Sache des höheren Preises haben würde. Dem Schuldner steht freilich der Gegenbeweis offen, daß der Gläubiger die Sache früher veräußert haben würde.

<sup>9</sup> Der aufgestellte Satz beruht auf der l. un. C. de contentis quo pro so quod interest proferantur 7. 47, von Justinian. Diese Stelle hat Veranlassung zu einer ganzen Reihe von Streitfragen gegeben, und, was schlimmer ist, zu Streitfragen, die, theilweise wenigstens, kann niemals zu einer Aue befriedigenden Lösung werden gebracht werden können. Namentlich wird darüber gestritten, ob die bezeichnete Beschränkung nicht auch in solchen Fällen zur Anwendung gebracht werden müsse, wo Ersatz für etwas Anderes, als für Nichterfüllung einer Obligation, gefordert wird? Für die im Texte ausgesprochene Verneinung dieser Frage ist die herrschende Meinung. Vgl. Vangerow III S. 51—53, Mommsen S. 235. Sobald ein Streit darüber, wann man sagen dürfe, daß der Werth des Obligationsgegenstandes ein sicherer sei? Auf der einen Seite wird gesagt: nur dann, wenn die Obligation auf Leistung einer Sache oder einer Quantität von Sachen geht; auf der andern: nur dann nicht, wenn die Obligation geradezu auf das Interesse gestellt ist.

2. Der Verpflichtete muß Ersatz geben für den Nachtheil, welcher in der Vermögenslage des Gläubigers in Folge einer gewissen Thatsache eingetreten ist. Es ist nicht erforderlich, daß der eingetretene Nachtheil die unmittelbare<sup>10</sup> und nothwendige<sup>11</sup> Folge der betreffenden Thatsache gewesen sei: auch für denjenigen Nachtheil muß Ersatz gegeben werden, welcher erst durch andere Thatsachen vermittelt worden ist<sup>12</sup>, wenn gleich durch solche, die auch hätten ausbleiben können<sup>13</sup>; und auch das macht keinen Unterschied, ob diese Thatsachen vorhergesehen werden konnten, oder nicht<sup>14</sup>. Aber jedenfalls muß es wahr sein, daß der Nach-

Vangerow S. 53—54. In der neueren Zeit aber hat Mommsen S. 235—238 eine ältere Meinung wieder geltend gemacht, welche dahin geht, daß in erster Linie gar nicht auf den Obligationsgegenstand, sondern auf die dafür bedungene Gegenleistung zu sehen sei, ob nämlich dieselbe in Geld bestehe, oder nicht; erst wenn sie in Geld nicht bestehe, komme es auf den Obligationsgegenstand selbst an. Ueber die l. un. cit. gibt es eine besondere Abhandlung von W. Sell in Sell's Jahrb. I. 5 (1841); außerdem sind zu vergleichen Friß Erklärungen II S. 86—92, Vangerow III S. 50—56, Mommsen S. 235—238, Sutenis II §. 86 Note 32. Seuff. Arch. XI. 140. 224, XIV. 215, XV. 9, XVII. 7.

<sup>10</sup> Ueber die Behauptung, daß das sogenannte indirecte Interesse (Interesse extra rom, im Gegensatz des Interesse circa rom) nicht in allen Fällen geltend zu werden brauche, s. Mommsen §. 24—26.

<sup>11</sup> Nothwendigkeit (Unvermeidlichkeit) der Folge verlangen auch Neuere noch, offenbar in Verkennung des wahren Wesens des Causalzusammenhanges. Vgl. außer den bei Mommsen S. 142 Note 3 Genannten noch Sutenis S. 71.

<sup>12</sup> Darin besteht ja gerade das Wesen des Interesse, daß auf die besondern Verhältnisse, welche sich bei dem Gläubiger vorfinden, Rücksicht genommen wird. Beispiele: ein Schuldner erfüllt seine Verbindlichkeiten nicht; wenn der Gläubiger den verschuldeten Gegenstand seinerseits unter einer Conventionalstrafe einem Dritten versprochen hat, so muß der Schuldner ihm auch diese Conventionalstrafe ersetzen. Jemand verkauft ein krankes Stück Vieh; er muß dem Käufer auch den Schaden ersetzen, welchen derselbe dadurch erleidet, daß das kranke Thier andere gesunde Thiere des Käufers ansteckt. Vgl. l. 21 §. 2 l. 22. 23 pr. §. 4 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 18 pr. D. commod. 13. 6, l. 13 pr. §. 2 D. de A. E. V. 19. 1, l. 19 §. 1 D. loc. 19. 2.

<sup>13</sup> Es ist nicht nothwendig, daß der Käufer eines kranken Thieres dasselbe mit anderen Thieren in Verührung bringt. Es ist nicht nothwendig, daß derjenige, der eine geklebene Sache widerrechtlich mit auf Reisen unimmt, unterwegs ausgeraubt wird (l. 18 pr. D. commod. 13. 6). Vgl. Seuff. Arch. IV. 114.

<sup>14</sup> Mommsen S. 164—171. Seuff. Arch. XV. 208. Nur dann braucht für unvorhergesehenen Nachtheil kein Ersatz gegeben zu werden, wenn es

theil nicht eingetreten sein würde, wenn die betreffende Thatsache nicht gewesen wäre<sup>15</sup>. Der Nachweis dieses Causalzusammenhanges wird leichter sein, wo es sich um einen positiven Schaden,

die Pflicht des Segners gewesen wäre, über die Möglichkeit desselben Aufklärung zu geben. Demelius Jahrb. f. Dogm. V S. 77—79.

<sup>15</sup> Man unterscheide folgende Fälle. a) Der Nachtheil ist in Wirklichkeit durch eine ganz andere Thatsache hervorgerufen worden; die Thatsache, für welche eingestanden werden muß, würde ihn nur auch hervorgerufen haben, wenn jene andere Thatsache nicht dazwischen gekommen wäre. Beispiel: Jemand bringt einem fremden Thiere eine tödtliche Wunde bei; dann aber wird dasselbe vom Blitz erschlagen. (Nachtheil: Tod des Thieres.) b) Der Nachtheil kann zwar auf die Thatsache, für welche eingestanden werden muß, zurückgeführt werden, aber auch auf eine andere. Beispiel: ein Schuldner setzt sich durch seine Schuld in die Unmöglichkeit, seine Verbindlichkeit zu erfüllen; hinterher aber geht die Sache ohne seine Schuld unter. (Nachtheil: Nichterfüllung der Obligation.) c) Der Nachtheil ist durch die Thatsache, für welche eingestanden werden muß, wirklich erzeugt worden; aber hätte diese Thatsache ihn nicht erzeugt, so würde statt der selben eine andere ihn erzeugt haben. Beispiel: ein Frachtschiff labet die zu transportirenden Gegenstände contractwidrig auf ein anderes, als das bestimmte Schiff; das erste Schiff geht unter, aber auch das zweite. d) Der Nachtheil ist durch die betreffende Thatsache erzeugt worden; aber hinterher, nachdem er erzeugt worden ist, tritt eine andere Thatsache ein, welche, wenn er nicht bereits erzeugt gewesen wäre, ihn ebenfalls hervorgerufen haben würde. Beispiel: Jemand zerstört ein fremdes Haus; dann tritt ein allgemeiner Brand ein, in welchem sämtliche Häuser dieser Stadtgegend zu Grunde gehen. In den drei ersten Fällen ist es nicht wahr, daß der Nachtheil nicht eingetreten sein würde, wenn die Thatsache, für welche eingestanden werden muß, nicht wirklich gewesen wäre; wohl dagegen in dem vierten. In den drei ersten Fällen ist daher eine Verpflichtung zur Leistung des Interesse nicht begründet, wohl in dem vierten. Vgl. zu a) l. 11 §. 3 l. 15 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2 (l. 51 pr. §. 2 ood. enthält eine abweichende, nicht durchgebrungene Meinung des Julian; die von Vangerow III §. 681 Anm. 2 vorgeschlagene systematische Vereinigung scheidet meiner Ansicht nach, der in §. 2 das. für das zweite Delict angenommenen Schätzungszeit); zu b) l. 27 §. 2 D. de R. V. 6. 1 („legis autem Aquilinae actio durat“ — auf Ersatz des durch die Verwundung des Sklaven sofort, unabhängig von aller durch den Besitz begründeten Verpflichtung zur Herausgabe, herbeigeführten Nachtheils), l. 36 §. 3 D. de H. F. 5. 3, l. 21 D. de act. vel hered. vend. 18. 4, l. 4 i. f. D. de imp. 25. 1, l. 45 D. de O. et A. 44. 7; zu c) l. 10 §. 1 D. de lege Rhodia 14. 2, l. 7 §. 4 D. quod vi aut cl. 43. 24; zu d) l. 7 §. 4 cit. i. f., l. 37 D. mand. 17. 1, l. 16 §. 2 D. de evict. 21. 2 (vv. et quam actionem). Zu b) ist aber hinzuzufügen, daß, wenn ein nachtheiliger Erfolg auf ein Delict so gut des Einen, wie eines Andern, zurückgeführt werden kann, Alle für denselben haften, l. 51 §. 1 ad leg. Aq. 9. 2. Vgl. über die hier besprochenen schwie-



schwieriger, wo es sich um einen entbehrten Gewinn handelt<sup>16</sup>. Nur in einem Falle braucht für den Nachtheil, welcher wirklich in Folge der betreffenden Thatsache eingetreten ist, Ersatz nicht gewährt zu werden: wenn er nämlich von dem Benachtheiligten durch gehörige Sorgfalt hätte vermieden werden können<sup>17</sup>.

rigen Fragen Rommjen S. 145—156, Windscheid a. a. O. S. 542—543 S. 549—552. S. auch Seuff. Arch. I. 210, II. 89, XIII. 22, XV. 189, 208.

<sup>16</sup> Im ersten Fall ist nur ein Zusammenhang zwischen vorhandenen Thatsachen aufzuweisen; im zweiten Fall ist nachzuweisen, daß, wenn eine Thatsache gewesen wäre, eine andere gewesen sein würde. Diese Schwierigkeit des Beweises bei entbehrtem Gewinn hat einen zu scharfen Ausdruck gefunden in Quellenäußerungen, in welchen geradezu geleugnet wird, daß im Interesse auch Ersatz für entbehrten Gewinn gefordert werden könne, so in l. 29 § 3 D. ad leg. Ag. 9. 2, l. 33 pr. i. f. eod., l. 21 §. 3 D. de A. E. V. 19. 1, l. 19 D. de per. 18. 6. Auf Grund dieser Stellen ist auch wohl behauptet worden, daß der entbehrte Gewinn nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen zum Interesse gerechnet werden dürfe, so von Buchta §. 225 Nr. 3. u. 4, B. W. Pfeiffer vermischte Aufsätze S. 227 fg. Das ist irrig; die Forderung des entbehrten Gewinnes im Interesse hat keine andere Voraussetzung, als die, daß der nöthige Causalzusammenhang nachgewiesen werden könne. S. l. 8 l. 51 §. 8 D. de evict. 21. 2; l. 23 pr. l. 51 pr. §. 2 D. ad leg. Ag. 9. 2, l. 3 D. de eod. furt. 13. 1, l. 52 §. 28 D. de furtis 47. 2; l. 23 §. 2 D. ad leg. Ag. 9. 2; l. 17 l. 18 l. 24 §. 4 D. loc. 19. 2; l. 39 §. 1 D. de leg. 19 30; l. 3 D. si quadrupes 9. 1, l. 7 pr. ad leg. Ag. 9. 2, l. 7 D. de his qui effud. 9. 3; l. 34 pr. D. de leg. III<sup>o</sup> 32; l. 12 D. de A. E. V. 19. 1; l. 2 §. 8 D. de eo quod certo loco 13. 4; R. D. X. 1600 §. 139. Rommjen §. 17. 26 (Windscheid a. a. O. S. 546—548), Pangerow III S. 44—49, Sintenis §. 86 Note 21, Unger S. 114 (Note 6). Seuff. Arch. II. 155, XI. 130, XII. 15. 105, XIII. 11, XV. 8, XVII. 224.

<sup>17</sup> L. 203 D. de R. I. 50. 17. „Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire“. Einzelne Entscheidungen in: l. 11 §. 12 D. de A. E. V. 19. 1, l. 23 §. 8 D. de sed. ed. 21. 1; l. 45 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1; l. 29 §. 1 l. 56 §. 3 l. 66 pr. D. de evict. 21. 2; l. 61 §. 5 i. f. §. 7 D. de furtis 47. 2; l. 28 §. 1 l. 30 §. 4 l. 52 pr. ad leg. Ag. 9. 2. Auch l. 21 §. 3 D. de A. E. V. 19. 1 in den Worten: „non magis quam si triticum emerit cet.“ gehört hierher (vgl. Seuff. Arch. XII. 226). Rommjen S. 157—160, Demelius Jahrb. f. Dogm. V S. 58—71, Arndts krit. Beschr. V S. 172 fg. — Dagegen schadet es dem Gläubiger nicht, daß er es veräumt hat, einen Gewinn zu ziehen, den er in Folge der Nachtheil erzeugenden Thatsache hätte ziehen können. Vgl. Seuff. Arch. IX. 273, XI. 190, XIII. 235, XV. 209.

Jedoch gilt diese Ausnahme wieder nicht, wo der Grund, wegen dem das Interesse geleistet werden muß, Arglist ist<sup>18</sup>.

3. Der Verpflichtete muß Ersatz geben für den Nachtheil, welcher in der Vermögenslage des Gläubigers in Folge einer gewissen Thatsache eingetreten ist. Hat sich aber der Gläubiger im Interesse eines Andern zum Gläubiger gemacht, so bildet den Inhalt seiner Interessensforderung der von diesem Andern erlittene Nachtheil<sup>19</sup>.

In Betreff des Beweises des Interesses ist zu bemerken, daß, wo dasselbe auf Grund einer Arglist des Verpflichteten gefordert wird, der Kläger zum Eide nach den oben (§. 133. Nr. 2. b) entwickelten Grundsätzen zugelassen zu werden verlangen kann<sup>20</sup>.

### 3. Leistung von Zinsen.

#### §. 259.

Zinsen sind eine Vergütung für den Gläubiger wegen der einstweiligen Entbehrung des Genusses dessen, was er zu fordern

<sup>18</sup> L. 45 §. 1 i. f. D. de A. E. V. 19. 1, l. 9 §. 4 D. ad leg. Ag. 9. 2 („utique“). Rommjen S. 257—259, Demelius a. a. O. S. 71—75. — Muß nicht zu der angeführten Ausnahme noch die andere hinzugefügt werden, daß auch dann kein Ersatz gefordert werden könne, wenn die Verschuldung eines Dritten mitgewirkt hat? S. l. 52 pr. D. ad leg. Ag. 9. 2 („medici inscientia“), l. 22 §. 4 D. ratam rom 46. 8, und über diese Stellen Rommjen S. 160—164, Windscheid a. a. O. S. 543—546, Demelius a. a. O. S. 69—71, Unger S. 115 (Note 7 a. C.). Vgl. Seuff. Arch. XIII. 28.

<sup>19</sup> Dadurch, daß er im Interesse eines Andern contrahirt, macht er dessen Interesse zu dem seinigen. (Beispiel: ein Verkäufer von Waaren schließt einen Frachtvertrag ab über den Transport der Waaren an den entfernt wohnenden Käufer.) Dieser wichtige Satz ist direct anerkannt in l. 14 D. si quis caut. 2. 11, l. 81 §. 1 D. de V. O. 46. 1, vgl. auch l. 28 D. de neg. gestis 3. 5, l. 8 §. 3 D. mand. 17. 1. E. namentlich den sehr verdienstlichen Aufsatz von Zimmermann (in Lübeck) im Neuen Archiv für Pandektenrecht I S. 48—82 und Seuff. Arch. XI. 36, XIV. 23.

<sup>20</sup> Vgl. außer den am angeführten Ort Genannten noch Unterholzner I S. 257—262. Freiheit des richterlichen Ermessens: Rommjen S. 231—232; Seuff. Arch. II. 155 a. C., IX. 111, XIII. 29. Vgl. auch noch XIII. 272.

\* Dig. 22. 1 de usuris (et fructibus et causis et omnibus accessionibus et Windscheid, Pandekten. II. Band.



hat<sup>1</sup>. Aber nicht jede Vergütung dieser Art fällt unter den Begriff der Zinsen; dazu ist weiter erforderlich; a) daß das, was der Gläubiger zu fordern hat, eine Quantität vertretbarer Sachen sei<sup>2</sup>; b) daß die Vergütung in Sachen derselben Art bestehe<sup>3</sup>. Die bei weitem wichtigsten Zinsen sind die Geldzinsen<sup>4</sup>; aber sie sind nicht die einzigen<sup>5</sup>.

Die Zinsverbindlichkeit versteht sich nicht von selbst; sie muß besonders begründet sein. Begründet sein kann sie durch Rechtsgeschäft<sup>6</sup>, durch richterliche Verfügung, unmittelbar durch Rechtsfaß; im letzten Fall spricht man von gesetzlichen Zinsen<sup>7</sup>.

Die Zinsverbindlichkeit setzt immer eine Hauptverbindlichkeit voraus; aber sie kann zu der Hauptverbindlichkeit in einem ver-

mora.) Cod. 4. 32 de usuris. — Friz Erläuter. II S. 20—71, Unterholzner I §. 150—159, Wangerow I §. 76—77, Sintenis II. §. 87, Reger in der Oesterreichischen Vierteljahrsschr. XIV S. 117 fg. S. auch Savigny System VI §. 268—269.

§. 259. <sup>1</sup> Deswegen gehören die Zinsen zu den Früchten, — wenn auch nicht zu den natürlichen (l. 121 D. de V. S. 50: 16), doch zu den juristischen Früchten (l. 84 D. h. t., l. 29 §. 2 D. de acq. ed. 21. 1). Vgl. §. 144 Note 5 u. 6.

<sup>2</sup> In l. 25 C. h. t. wird vorausgesetzt, daß das Hingegebene zur Veräußerung oder gegen einen Anschlag in Geld hingegeben sei; vgl. l. 3 §. 4 D. h. t. l. 8 C. si cert. pot. 4. 2. Was l. 17 §. 8 D. h. t. angeht, so ist anzunehmen, daß die zu verwendende Summe durch das Vermächtniß bestimmt gewesen sei.

<sup>3</sup> In l. 16. 17 C. h. t., wird das zu Leistende nicht als Zins, sondern als Vertretung des Zinses aufgefaßt. Vgl. l. 11 §. 1 D. de pign. 20. 1, l. 1 C. h. t., l. 14 eod.

<sup>4</sup> Unter den Geldzinsen sind wieder die wichtigsten die Darlehenszinsen.

<sup>5</sup> L. 26 §. 1 C. h. t., l. 12 l. 23 eod.

<sup>6</sup> Namentlich durch Vertrag. Aber auch durch einseitiges Versprechen und durch testamentarische Anordnung, l. 10 D. de poll. 50. 12, l. 3 §. 6 D. de ann. leg. 33. 1.

<sup>7</sup> Unterholzner S. 323—327, Sintenis S. 99, Arndts §. 207 Num. 2, Unger S. 119. 120 (Note 3). — Kann eine Zinsverbindlichkeit auch durch Verjährung entstehen? Man hat es behauptet wegen l. 6 pr. D. h. t., die aber nur von einer Beweisvermutung zu verstehen ist. Besondere Abhandlungen über die rechtliche Bedeutung lange fortgesetzter Zinszahlung: Gesterding Verh. über die Rechtsgelehrten Nr. 1 (1817), Müller civilrechtl. Abhandl. Nr. 7 (1833), P. Keller in Selts's Jahrb. III. 5 (1845); vgl. außerdem Unterholzner Verjährungslehre II §. 253, Friz Erläuter. II S. 30—33, Sintenis II §. 87 Note 4, Holzschuher III S. 56—58, Seuff. Arch. II. 263, XVI. 32. S. auch §. 302 Note 2.

schiedenen Verhältnis stehen. a) Sie ist, wenngleich eine abhängige, doch eine für sich bestehende Verbindlichkeit<sup>8</sup>. b) Sie ist keine für sich bestehende Verbindlichkeit<sup>9</sup>, sondern nur Bestandtheil der Hauptverbindlichkeit. Im letzten Falle theilt sie ohne Weiteres jede rechtliche Bestimmtheit der Hauptverbindlichkeit, und wenn der Gläubiger das Kapital ohne Vorbehalt angenommen hat, kann er keine Zinsen mehr nachfordern<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Sie ist eine Nebenverbindlichkeit, accessorische Verbindlichkeit (vgl. §. 143 Note 9). Als solche geht sie mit der Hauptverbindlichkeit unter, d. h. es verfallen von nun an keine Zinsen mehr, während die bereits verfallenen nicht aufhören, verschuldet zu sein. L. 7 D. h. t., l. 18 D. de nov. 46. 2, l. 6 l. 19 C. h. t. Nur durch Verjährung des Hauptanspruches wird auch der Anspruch auf die bereits verfallenen Zinsen ausgeschlossen (§. 108 Note 7). — Erstreckung des für die Hauptschuld bestehenden Pfandrechtes auf die Zinsverbindlichkeit: §. 226 Note 4 und 5.

<sup>9</sup> Von dieser Art ist die Verbindlichkeit zur Leistung derjenigen Zinsen, von welchen es in den Quellen heißt, daß sie nicht „in obligations“ seien, sondern „officio iudicis praestantur“, wofür namentlich die Verzugszinsen gezahlt werden (l. 49 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 54 pr. D. de loc. 19. 2, l. 38 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1). Es soll mit jenen Ausdrücken gesagt sein, daß eine besondere actio auf die Zinsen nicht statfinde (vgl. l. 4 C. dep. 4. 34), daß aber die Fassung der Formel aus der Hauptverbindlichkeit den Iudex befähige, auch auf Zinsen zu sprechen (namentlich gehört hierher das „quidquid paret N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> dare facere oportere ex fide bona“ der actio bonae fidei, aber nicht allein dieses, vgl. j. B. l. 12 l. 23 C. h. t., Savigny Syst. VI S. 129—132). In die Sprache des heutigen Rechtes übersetzt heißt das eben, daß auf die Zinsen eine für sich bestehende Verbindlichkeit nicht begründet sei, daß aber die Hauptverbindlichkeit auch sie mit umfasse. Zu bemerken ist übrigens, daß die Römer zu den Zinsen, die nicht „in obligations“ seien, auch die aus Vertrag verschuldeten rechnen, wenn dieser Vertrag keine stipulatio war (l. 24 D. de presser. verb. 19. 5, l. 1 l. 3 4 C. h. t., Paul. R. S. II. 14 §. 1), was nach heutigem Rechte, wo der Vertrag als solcher gleich viel gilt, wie die römische stipulatio, wegfällt.

<sup>10</sup> D. h. auch die erfallenen Zinsen nicht. L. 49 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1. „Praetii sorte licet post moram soluta, usuras peti non possunt, quum haec non sint in obligations, sed officio iudicis praestantur“. Wenn der Schuldner das Kapital in dem Sinne anbietet, um sich von seinem ganzen Schulverhältnis zu befreien, und der Gläubiger das Angebotene ohne nähere Erklärung annimmt, so kann derselbe hinterher nicht sagen, er habe nicht Alles empfangen, was ihm verschuldet gewesen sei. Anders wenn er sich seine Zinsforderung ausdrücklich vorbehalten hat. Anders aber auch, wenn er von seiner Zinsforderung gar nichts gewußt hat. Die angeführte Stelle setzt sowohl Wissen des Gläubigers, als Mangel des Vorbehalts voraus, und ihre Schlüßworte wollen nur sagen, daß deswegen eben Vorbehalt nöthig sei, weil auf

## §. 260.

Die Höhe der Zinsen<sup>1</sup> bestimmt sich zunächst durch die Festsetzung, welche in der die Zinsverbindlichkeit begründenden Willenserklärung oder Rechtsvorschrift darüber getroffen ist. Jedoch kann durch Willenserklärung nicht jedes beliebige Zinsmaß festgesetzt werden<sup>2</sup>, es muß dabei eine gewisse Grenze innegehalten werden, während die Bestimmungen über die Höhe

die Zinsen kein besonderes Forderungsrecht gehe. Andere jedoch (so Wächter II S. 343, Sintenis II S. 97 Note 24, vgl. auch §. 281 Note 9) sind strenger, und verstehen die Stelle dahin, daß sie sagen wolle, nach Tilgung des Kapitals sei der Zinsanspruch schlechthin ausgeschlossen. Aber warum sollte er schlechthin ausgeschlossen sein? Ist doch von dem quidquid des *facere oportere* immer noch Etwas übrig, wie ja auch umgekehrt das quidquid verwendet werden konnte, um bloß die Zinsen einzulagern (I. 23 D. de exc. rei iud. 44. 2). Die Wirksamkeit des Vorbehaltes ist auch anerkannt in dem Erkenntniß bei Seuff. Arch. VI. 321 (D. A. G. zu Oldenburg); darüber hat entschieden das Erkenntniß das. XII. 254 (D. A. G. zu Jena). Vgl. auch VII. 14, VIII. 117; X. 26. S. auch Arnolds krit. Vierteljahrschrift V S. 179—183. — Ueber die Behauptung, daß auch das Urtheil über die Hauptschuld, selbst wenn es zuerkennend sei, den Anspruch auf die nicht geforderten und bezwungen nicht zuerkennenden Zinsen ausschliesse, s. §. 130 Note 29. Im klassischen römischen Recht machte sich hier die sog. negative Function der *exceptio rei iudicatae* geltend, indem in Betracht kam, daß in dem quidquid der Formel der gesammte Inhalt des Schulverhältnisses zur richterlichen Cognition gestellt, also einer zweiten actio entzogen war. Allein auch abgesehen davon, daß diese negative Function der *exceptio rei iudicatae* später abgestorben ist, konnte selbst nach klassischem Recht durch eine entsprechende Fassung der Formel oder eine hinzugefügte *praescriptio* die consummirende Kraft des Urtheils auf das wirklich Geforderte beschränkt werden (I. 23 D. de exc. rei iud. 44. 2): warum soll denn heutzutage das Urtheil über den Bereich des wirklich Geforderten wirken? Freilich findet sich selbst die Behauptung, daß in der Hauptschuld die Zinsen, um die es sich handelt, stillschweigend mit gefordert seien (dagegen Seuff. Arch. XII. 91, vgl. das. X. 296). — Die in dieser Note bekämpfte Ansicht wird namentlich vertreten von Sintenis II S. 96—99; übereinstimmend mit dem hier Gesagten Unger S. 122 (Note 8.)

§. 260.

<sup>1</sup> Die Höhe der Zinsen pflegt bei uns wie bei den Römern in Hunderttheilen (Procenten) des Kapitals ausgedrückt zu werden. Nur beziehen wir die Hunderttheile auf das Jahr, während die Römer sie auf den Monat bezogen. So ist *centesima usura* bei den Römern = 12 $\frac{1}{2}$ %; niedrigere Zinssätze brücken sie in Zwölftheilen (*uncia*) dieser *centesima usura* aus. Vgl. Unterholzner §. 152.

<sup>2</sup> Heutzutage von 5 $\frac{1}{2}$ %; das Nähere darüber im folgenden §.

gesetzlicher Zinsen, welche sich in den Quellen finden<sup>3</sup>, theilweise über diese Grenze hinausgehen<sup>4</sup>. Fehlt es an einer Festsetzung

<sup>3</sup> Unter diesen Bestimmungen sind von allgemeinerer Bedeutung: 1) daß der *Fiscus* 6 $\frac{1}{2}$ % soll fordern dürfen, I. 17 §. 6 D. h. t.; 2) daß der Verwalter fremden Geldes, welcher dasselbe für sich gebraucht, die höchsten Zinsen soll bezahlen müssen, welche gesetzlich ausgemacht werden können, I. 38 D. de negot. 3. 5, I. 7 §. 4. 10 D. de adm. et per. 26. 7, I. 16. de us. pupill. 5. 56. Die übrigen hierher gehörigen Bestimmungen beziehen sich auf besondere Fälle, und sind an ihrem Orte zu nennen; vgl. z. B. §. 129 Note 5<sup>a</sup>, §. 169<sup>a</sup> Note 4 lit. a, §. 280 Note 7. 8; Unterholzner S. 329—330, Puchta §. 228, Arnolds §. 208 Anm. 2.

<sup>4</sup> Ueber die vom römischen Recht bestimmte Grenze (6 $\frac{1}{2}$ %) gehen hinaus die Urtheilszinsen und die nach §. 169<sup>a</sup> Note 4 lit. a zu zahlenden Zinsen (beide 12 $\frac{1}{2}$ %, I. 2. C. de us. rei iud. 7. 54, I. 4 C. de aed. priv. 8. 10); über die vom heutigen Recht bestimmte Grenze (5 $\frac{1}{2}$ %) gehen hinaus die fiskalischen Zinsen (I. 17 §. 6 D. h. t., Note 3). Vielsach wird aber behauptet, daß heutzutage dieses Zinsmaß auf das heutige gesetzlich erlaubte Zinsmaß von 5 $\frac{1}{2}$ % zu reduciren sei. Theilweise hat diese Behauptung auch guten Grund. Denn was zuerst die 12 $\frac{1}{2}$ % der I. 4 C. de aed. priv. angeht, so läßt sich mit Fug bezweifeln, ob dieselben auch nur für das römische Recht, wenn wir uns nämlich auf den Standpunkt der Justinianischen Compilation stellen, festgehalten werden dürfen, und ob nicht vielmehr angenommen werden müsse, daß die Compiler nur aus Versehen veräumt haben, nach Aenderung des gesetzlichen Zinsmaßes „*cum centesimis usuris*“ in „*cum legitimis usuris*“ oder „*cum semisibus usuris*“ zu verwechseln. Vgl. die I. 26 §. 1 C. de usur. 4. 32: „*et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus extra stipulationem exigi usuras solent*“, und die Unbedeutlichkeit, mit welcher dieser Vorschrift gegenüber in I. 2 C. de us. rei iud. die Ausnahme hervorgehoben wird. Aber auch in Betreff der dem *Fiscus* zugewilligten 6 $\frac{1}{2}$ % erscheint es sehr wahrscheinlich, daß dieselben nichts sein sollen, als das erlaubte Zinsmaximum des römischen Rechts. Ist das Gesagte richtig, so kann es keinem Anstand unterliegen, daß in beiden Fällen das heutige Zinsmaximum von 5 $\frac{1}{2}$ % zur Anwendung kommen muß. Dagegen sehe ich für eine gleiche Herabsetzung der Urtheilszinsen keinen genügenden Anhalt. Man beruft sich auf den R. D. A. 1600 §. 139. Aber derselbe spricht nur von Verzugszinsen, und wenn man geltend macht, daß es sich auch in dem genannten Falle wenigstens im weiteren Sinne um Verzugszinsen handle, so scheint mir dabei übersehen, daß die Bestimmung des römischen Rechts doch entschieden auch ein Strafmoment in sich trägt. Auch ein fester, abändernder Gerichtsgebrauch wird sich nicht nachweisen lassen. — Uebrigens ist die im Vorstehenden behandelte Meinungsverschiedenheit nicht die einzige, welche in Betreff der Frage nach der heutigen Anwendbarkeit der römischen Bestimmungen über die Höhe der gesetzlichen Zinsen hervorgetreten ist. So ist namentlich auch behauptet worden, daß, wie der höhere römische Zinssatz bei uns auf die heutigen 5 $\frac{1}{2}$ % zu erzie-

über die Höhe der Zinsen, so ist im Zweifel auf den Ortsgebrauch zu sehen<sup>2</sup>, vorausgesetzt daß derselbe das erlaubte Zinsmaß nicht überschreitet<sup>3</sup>.

### §. 261.

Die Zinsverbindlichkeit unterliegt gewissen gesetzlichen Beschränkungen. Die allgemeine Tendenz derselben ist, den Schuldner gegen Druck zu schützen<sup>4</sup>.

1. Die erste dieser Beschränkungen ist die bereits im vorigen §. erwähnte in Betreff des Zinsmaßes: durch Willenserklärung<sup>5</sup> kann keine Zinsverbindlichkeit auf mehr als 5% begründet werden<sup>6</sup>.

drigen, so der niedrigere auf dieselben zu erhöhen sei. — Vgl. besonders Friß Erläut. II S. 40—46 S. 55—61, außerdem Gild XXI S. 101—103, Unterholzner S. 317 und §. 159 Note o, Seuffert §. 233, Puchta §. 228, Arnolds §. 210, Sintenis II S. 100—102, Holzschuher III §. 215 S. 78.

<sup>5</sup> Das gilt sowohl für den Fall, wo die Zinsverbindlichkeit auf Willenserklärung, als für den Fall, wo sie auf Rechtsatz beruht; in beiden Fällen ist es in Ermangelung anderer, nach anderer Richtung weisender, Auslegungsmomente für das Wahrscheinliche zu erachten, daß Zinsen gemeint seien, wie sie an dem betreffenden Orte regelmäßig gewährt werden. Für gesetzliche Zinsen ist dies in den Quellen auch ausdrücklich anerkannt: L. 1 pr. l. 37 D. h. t., l. 7 §. 10 D. de admin. 26. 7, l. 39 §. 1 D. de leg. I<sup>o</sup> 30. Schwankt der Ortsgebrauch, so ist nach allgemeinen Auslegungsregeln (§. 84 Note 5 und 6) für den geringsten Betrag zu entscheiden. — Das HGB. (Art. 287) bestimmt die gesetzlichen Zinsen auf 6%.

<sup>6</sup> L. 1 pr. D. l. 26 §. 1 C. h. t.

<sup>2</sup> Das canonische Recht verbietet auf Grund von Mos. II. 22 V. 25, III. 25 V. 35—37, V. 23 V. 20—21 alles Zinsnehmen (C. 14 qu. 4—6, tit. X. 5. 19, in VI<sup>o</sup> 5. 5, in Cl. 5. 5). Dieses Verbot ist aber in Deutschland zuerst umgangen (Interessförderung, Rentenlauf), sodann durch eine constante, in Reichsgesetzen (R. P. D. 1577 XX. 6, R. D. A. 1600 §. 139, J. N. A. §. 174) anerkannte, Gewohnheit abgeschafft worden. Zu gleicher Zeit wurde die römische Zinsentheorie recipirt. Unterholzner S. 314, Friß Erläut. II S. 46—51.

<sup>3</sup> Die Gesetze haben zunächst nur den Zinsvertrag im Auge; aber das Gleiche muß in ihrem Sinne auch für die testamentarische Anordnung und die richterliche Verfügung gelten.

<sup>4</sup> Das classische römische Recht erlaubte 12% Justinian (l. 26 §. 1 C. h. t.) 6%, aber mit gewissen Ausnahmen (vgl. auch Nov. 32—34). Die römische Regel ist in Deutschland nie durch ein allgemeines Gesetz abgeschafft worden. Dagegen ist für den in der früheren Zeit das Zinsgeschäft vertretenden

Ausgenommen ist jedoch der Fall, wo die Zinsen Prämie für eine übernommene Gefahr sind<sup>4</sup>.

2. Rückständige Zinsen können nicht wieder zinstragend gemacht werden, weder indem dieselben zum Kapital geschlagen werden, noch indem aus denselben ein neues Kapital gebildet wird<sup>5</sup>.

3. Sobald die rückständigen Zinsen die Höhe des Kapitals erreicht haben, hört der fernere Zinsenlauf auf<sup>6</sup>.

Rentenlauf allerdings der Procentfuß reichsgesetzlich auf 5% bestimmt worden (zuletzt R. P. D. 1577 XVII. 9), und wo in den Reichsgesetzen von Zinsen die Rede ist, betrachten sie überall 5% als das höchste erlaubte Zinsmaß. So R. P. D. 1677 XX. 6 (Zinsen der Juden), J. N. A. 1654 §. 174 (Zinsen für Schulden aus der Zeit des dreißigjährigen Krieges), vgl. R. D. A. 1600 §. 139 (Verzugszinsen). Auch ist der früher noch von Manchen verteidigte „sechste Zinsthaler“ in der neueren Zeit ganz aufgegeben. Vgl. Friß Erläut. II S. 51—55, Unterholzner S. 154 Note r, Sintenis §. 87 Note 46, Holzschuher III §. 215 Nr. 6. — Das HGB. (Art. 293) erlaubt bei Handelsgeschäften 6%, bei Darlehen, welche ein Kaufmann empfängt, und bei Schulden eines Kaufmanns aus seinen Handelsgeschäften, auch Mehr. Vgl. Seuff. Arch. XI. 24. 129, XVII. 16.

<sup>4</sup> So bei dem *foenus nauticum*. S. §. 371.

<sup>5</sup> S. g. *anatoemismus*, — *coniunctus*, *separatus*. L. 26 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 29 D. h. t., l. 27 D. de re ind. 42. 1, l. 20 C. ex quib. caus. inf. 2. 12, l. 3 C. de us. rei ind. 7. 54, l. 28 C. h. t. Eine Ausnahme liegt nicht darin, daß Jemand Zinsen von den Zinsen verlangen kann, die ein Anderer für ihn eingenommen, oder die er für einen Andern gezahlt hat, l. 10 §. 3 D. mand. 17. 1, l. 7 §. 12 l. 58 §. 1. 4 D. de adm. et per. 26. 7, l. 37 D. h. t.); in beiden Fällen sind es nicht unbezahlte Zinsen, die wieder Zinsen tragen. Man hat aus diesen Stellen wohl den Satz hergeleitet, daß das gesetzliche Verbot nicht Platz greife, sobald eine Novation, oder doch durch Novation ein neuer Gläubiger oder ein neuer Schuldner eintrete; ich halte das für unbegründet. Vgl. Friß Erläut. II S. 64—65, Puchta §. 229 Note II, Sintenis §. 87 Note 84, Holzschuher III §. 215 Nr. 4. Seuff. Arch. II. 150. Eine willkürliche Ausnahme macht das HGB. (Art. 291) für den Contocurrentüberfluß. Vgl. Seuffert Pand. §. 233 Note 10; Seuff. Arch. II. 149, VII. 290, VIII. 21, X. 207, XVI. 19. 202, XVII. 16. S. auch nach Holzschuher III §. 215 Nr. 5.

<sup>6</sup> Keine Zinsen *ultra duplum*, oder, wie man heutzutage zu sagen pflegt, *ultra alteram tantum*. L. 26 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 10 l. 27 §. 1 C. h. t. Nach späteren Verfügungen Justinians soll der Zinsenlauf sogar dann aufhören, wenn die gezahlten Zinsen die Höhe des Kapitals erreicht haben (l. 29 l. 30 C. h. t., Nov. 121, 138, 160); aber diese Stellen sind glücklicherweise nicht glossirt. Uebrigens ist die heutige Anwendbarkeit auch

Geschäfte, welche zur Umgehung dieser Verbote abgeschlossen werden, sind ebenso nichtig<sup>7</sup>, als diejenigen, welche direct gegen sie verstoßen<sup>8</sup>. Sind Zinsen in Widerspruch mit denselben gezahlt worden, so müssen dieselben zuerst auf das Kapital angerechnet, sodann zurückgegeben, werden<sup>9</sup>.

Der im Text genannten Regel weder in Theorie noch Praxis unbestritten, und auch wo sie anerkannt wird, wird vielfach die Beschränkung hinzugefügt, daß der Gläubiger es an der nöthigen Sorgfalt in der Beitreibung der Zinsen habe fehlen lassen müssen. S. Pfeiffer prakt. Ausföhr. VII S. 40—42 S. 45—46, Holzschuher III S. 215 Nr. 1. Seuff. Arch. II 269, IX. 14, X. 207 (238), XV. 188, XVIII. 26. Fällt die Regel auch dadurch weg, daß ein rechtskräftiges Urtheil gegen den Schuldner vorliegt? Dafür Pfeiffer prakt. Ausföhr. VII. 4. — S. noch Seuff. Arch. V. 14, X. 239, XVII. 222. — Literatur (außer der citirten Abhandlung von Pfeiffer): W. Sell in Sell's Jahrb. I. 2 (1841); vgl. außerdem Friß Erläuter. II S. 61—63. — OGB. Art. 293: „Die Zinsen können bei Handelsgeschäften in ihrem Gesamtbetrage das Kapital überschreiten“. Vgl. Seuff. Arch. II 149, VII. 290, VIII. 21, X. 207.

<sup>7</sup> In dem Erl. des D. A. O. zu Lübeck bei Seuff. VIII. 242 wird angenommen, daß die Uebertretung der Buchergesetze sogar von Amtswegen zu berücksichtigen sei.

<sup>8</sup> Dies ist nichts Besonderes (§. 70 Note 2); aber gerade hier liegt die Gefahr der Umgehung besonders nahe. Vgl. I. 44 D. h. t., I. 13 §. 26 D. de A. E. V. 19. 1, I. 15 I. 16 I. 26 §. 1 C. h. t. Seuff. Arch. III. 155. In den zuletzt genannten Stellen verbietet Justinian namentlich, dem Schuldner unter irgend einem Vorwande („siliquarum uominis vel sportularum“, heutzutage etwa als Provision, Zahlgeld) Etwas von dem dargeliehenen Kapital abzuziehen; das Abgezogene soll weder verzinst, noch zurückgegeben zu werden brauchen. (Vgl. übrigens Seuff. Arch. I. 26, III. 308, VIII. 22, 225, XI. 129, XVI. 21, 202, XVII. 16; Tögl's Handelsr. I §. 111 Note 5<sup>b</sup>.) Nicht hierher gehört der Vorabzug der Zinsen selbst; obgleich darin ein Zinswucher insofern liegen kann, als der Gläubiger dadurch außer den Zinsen auch dasjenige bestrebt, was dieselben bis zu ihrer Fälligkeit an Zinsen zu tragen im Stande sind. Vgl. über die verschiedenen Ansichten in Betreff dieses Punktes Röder Abhandl. über praktische Fälle des Civildrechts Nr. 4 (1833), Friß Erläut. II S. 66—71, Vangerow I §. 77 Anmerk. 2, Sintonis II §. 87 Note 55, Holzschuher III S. 73, 74. — Zu den Umgehungsgeschäften gehört auch der f. g. contractus molatras (Verkauf eines beliebigen Gegenstandes auf Credit und sofortiger Rückkauf desselben um eine geringere Summe). Vgl. noch Seuff. Arch. IX. 297, X. 153, 154.

<sup>9</sup> L. 26 pr. D. de cond. ind. 12. 6, I. 18 I. 26 §. 1 C. h. t.; vgl. Paul. R. S. II. 14 §. 2, 4. Röder Abhandlungen Nr. 5, Vangerow I §. 76 Anm. 2 Nr. 3, Witte Verleumdungslagen S. 71 fg. Seuff. Arch. IX. 297.

### III. Inhalt des Forderungsrechtes.

#### A. Ueberhaupt. Uebersicht des folgenden.

##### §. 262.

Unter Inhalt des Forderungsrechtes wird hier sein rechtlicher Gehalt verstanden, die Macht, welche es dem Gläubiger gewährt<sup>1</sup>. Dieser rechtliche Gehalt ist im Allgemeinen bereits dahin bezeichnet worden, daß der Gläubiger vom Schuldner eine gewisse Leistung zu verlangen befugt ist (§. 250, 251); hier ist er näher zu bestimmen, und dabei von folgenden einzelnen Punkten zu handeln.

1. Wie ist es, wenn der Schuldner dem Verlangen des Gläubigers nicht nachkommt? Dann hat der Gläubiger nach allgemeinen Grundsätzen, wie einerseits die Pflicht (§. 123), so andererseits das Recht (§. 122), den Richter anzurufen; wenn auch der verurtheilte Schuldner die Leistung noch verweigert, so tritt Zwang gegen ihn ein. Es ist aber nicht unter allen Umständen für den Schuldner gefahrlos, den Gläubiger zur Beschreitung des Rechtsweges zu nöthigen. Darüber das Nähere in §. 263.

2. Wie ist es, wenn dem Schuldner die Leistung unmöglich

<sup>1</sup> In Betreff des Ausdruckes „Inhalt des Forderungsrechtes“ macht sich §. 262. eine gleiche Mehrdeutigkeit geltend, wie in Betreff des Ausdruckes „Gegenstand des Forderungsrechtes“ (§. 262 Note 1). Der Sprachgebrauch erlaubt es, unter „Inhalt des Forderungsrechtes“ auch die Leistung (den Inhalt der Leistung) zu verstehen, zu welcher das Forderungsrecht den Schuldner verpflichtet. Es ist z. B. nicht sprachwidrig, zu sagen: der Inhalt der Darlehensforderung sei die Rückzahlung der dargeliehenen Geldsumme. In diesem Sinne den Ausdruck genommen, bezeichnet er also gerade dasjenige, was hier Gegenstand des Forderungsrechtes genannt wird. Vgl. Savigny Obl. I S. 295: „— Gegenstand der Obligation, welchen man auch als Inhalt derselben bezeichnen kann“. Kunze (Oblig. §. 34) nennt „Gegenstand der Obligation“ das Leisten als solches, „Inhalt der Obligation“ das Leisten bestimmten Inhalts, und gebraucht statt „Inhalt der Obligation“ auch den Ausdruck „Vermögensstoff der Obligation“. Puchta (§. 220—237) handelt unter der Rubrik „Inhalt der Obligation“ 1) von dem Gegenstand, 2) von den Subjecten, 3) von dem Schutz derselben, Arndts (§. 201—217) unter der Rubrik „Wesen und Inhalt der Obligationen“ außer von den genannten drei Punkten auch vom Begriff der Obligation.

ist? Dann ist er nach Verschiedenheit der Fälle entweder frei, oder zu einem Erfag in Geld verpflichtet. Darüber §. 264. 265.

3. Wie ist es ferner, wenn das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers nicht hinreicht? Man spricht in diesem Falle von Zahlungsunfähigkeit, und wenn eine Mehrheit von Gläubigern vorhanden ist, von Concurſ. Darüber §. 266—272.

4. Eine besondere Betrachtung macht sodann nöthig die Zeit, zu welcher, und der Ort, an welchem der Gläubiger die Leistung verlangen kann. Darüber §. 273—282.

5. Die dem Gläubiger durch das Forderungsrecht gewährte rechtliche Macht kann in künstlicher Weise noch gesteigert werden. Darüber §. 283—286.

6. Auf der andern Seite gibt es auch Forderungsrechte, welche dem Gläubiger nicht die volle Macht gewähren, welche das Forderungsrecht an und für sich gibt. Man kann sie nur uneigentlich Forderungsrechte nennen; gewöhnlich bezeichnet man sie durch den Ausdruck: natürliche Verbindlichkeiten. Darüber §. 287—289.

## B. Nachtheile des Schuldners, welcher den Gläubiger zum Proceß nöthigt.

### §. 263.

Diese Nachtheile treten entweder schon dann ein, wenn der Schuldner es zur Klage kommen läßt, oder nur dann, wenn er den Gläubiger durch sein Leugnen zum Beweise nöthigt, oder endlich nur dann, wenn er auch bis zum Urtheil den Gläubiger nicht befriedigt.

1. Ein Nachtheil schon in Folge der Klage trifft denjenigen, welcher mit einem Vermächtniß zu Gunsten einer Kirche oder frommen Stiftung beschwert ist; er muß, wenn er es zur Klage kommen läßt, das Doppelte zahlen<sup>1</sup>.

2. Die Nachtheile, welche den Schuldner in Folge des Leugnens treffen, bestehen entweder ebenfalls in einer Steigerung des

6. 283 <sup>1</sup> §. 19. 28. 26 l. de act. 4. 6, vgl. l. 46 §. 7 C. de ep. et cl. 1. 3 (lex roat.). (Früheres Recht: §. 7. l. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, Gai. II. 282, IV. 9. 171, Paul. R. S. I. 19 §. 1; Ruborff an dem in Note 2 genannten Orte §. 399—417.)

Klägerischen Anspruchs auf das Doppelte<sup>2</sup>, oder in einer Schmälerung der Vertbeidigung.

a) Eine Steigerung des Anspruchs auf das Doppelte tritt ein bei der Forderung aus dem Aquilischen Gesetz, wenn der Schuldner die verübte Beschädigung<sup>3</sup>, und bei der Forderung aus einem vom Schuldner ausgestellten Empfangsbekanntniß, wenn derselbe seine Handschrift oder den Empfang ableugnet<sup>4</sup>.

b) Eine Schmälerung der Vertbeidigung tritt in folgenden Fällen ein<sup>5</sup>. Der Bürge, welcher die Bürgschaft leugnet, verliert

<sup>2</sup> Die Quellen sagen: *lis in iudicio crescit in duplum*. Vgl. über diese Lehre, namentlich auch ihre ursprüngliche Bedeutung und geschichtliche Entwicklung: C. Sell in Sell's Jahrb. II. 1. 5 (1848), Huschke *Rezum* S. 175—212 und *Zeitschr. f. gesch. RW.* XIII S. 256—284 (1846), Ruborff *das.* XIV. 9 (1848).

<sup>3</sup> l. 2 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, §. 19. 28. 26 l. de act. 4. 6, l. 4 C. ad leg. Aq. 3. 36. Ruborff a. a. O. S. 374—375 S. 391—392. S. übrigens auch unten die Lehre vom Aquilischen Gesetze.

<sup>4</sup> Nov. 18 e. 8, Auth. *Contra C. de non num. pec.* 4. 30. In gleicher Weise wird der Gläubiger, welcher die Handschrift der von ihm ausgestellten Quittung oder den Empfang ablängnet, um den Betrag seiner Forderung gestraft. S. die cit. Stellen. — Die Verurtheilung auf das Doppelte fällt weg, wenn der Beklagte auch nur auf zugesprochenen Eid hin gesteht; jedoch muß er die bis dahin aufgelaufenen Kosten zahlen. Das Gleiche muß von dem Fall der Note 3 gelten. Bringt der leugnende Beklagte in zweiter Linie Einreden vor, so wird er dennoch verurtheilt, wenn er dieselben auch beweist, freilich nun nicht auf das Doppelte. Die Nov. 18. e. 8 cit. erkennt dieß für die Einrede der Zahlung ausdrücklich an. Auch hier ist das Gleiche für den Fall der Note 3 zu behaupten. Die Meinung, daß in beiden Fällen der leugnende Beklagte alle Einreden verliere und somit auf das Doppelte verurtheilt werde, (Sell S. 183, Ruborff S. 471) steht in Widerspruch mit Nov. 18 e. 8 und findet in l. 43 pr. D. de R. I. 50. 17 keinen ausreichenden Belag. S. über diese und andere Fragen Sell S. 175—238, Ruborff S. 469—475, *Sintenis* II S. 346 und *das.* Note 73.

<sup>5</sup> Vgl. zu dem Folgenden noch §. 196 Note 7, §. 197 Note 1, §. 235 Note 26. — Zu den nachstehend genannten Bestimmungen fügt man gewöhnlich die fernere hinzu, daß der Eigentümer eines Thieres, welcher aus einem von demselben angerichteten Schaden belangt dessen Eigentum ableugnet, das Recht zur *noxas datio* verliere, — ohne zu beachten, daß nach l. 1 §. 15 D. de paup. 9. 1 dieser Nachtheil nur dann eintreten soll, wenn die Ablehnung auf eine *interrogatio in iuro* geschähen ist. Will man aber dem Recht der *interrogatio in iuro* an diesem Punkte practische Geltung zuschreiben, so ist kein Grund vorhanden, nicht auch die Bestimmungen der l. 11 §. 3. 4 l. 17 D. de interrog. 11. 1 zur Anwendung zu bringen.

die Rechtswohlthat der Theilung und der Vorausklage<sup>6</sup>. Der Gesellschafter, welcher die Gesellschaft leugnet, verliert die Rechtswohlthat des Nothbedarfs<sup>7</sup>. Der Empfänger einer unverschuldeten Leistung, welcher den Empfang leugnet, verliert den Beweisvorteil<sup>8</sup>.

3. Nichtbefriedigung bis zum Urtheil hat Verurtheilung auf das Zwiefache zur Folge bei der Forderung auf Rückgabe einer zur Zeit der Noth hinterlegten<sup>9</sup>, einer vermieteten und einer zum Precarium gegebenen Sache<sup>10</sup>; bei der Forderung auf Rücknahme einer gekauften Sache wegen Fehlerhaftigkeit<sup>11</sup>; bei der Forderung gegen die Pächter öffentlicher Einkünfte auf Wiedergabe des von ihnen oder ihren Leuten weggenommenen, so wie auf Ersatz der von ihnen oder ihren Leuten böswilliger Weise angerichteten Beschädigung<sup>12</sup>; — sie hat Verurtheilung auf das Vierfache zur Folge bei der Forderung aus dem Zwange<sup>13</sup>. In dem Fall der in der Note<sup>14</sup> genannten Stelle wird die Verurtheilung um ein Drittel gesteigert.

Es ist jedoch die heutige Anwendbarkeit der im Vorstehenden genannten Bestimmungen vielfach bestritten<sup>15</sup>.

<sup>6</sup> L. 10 §. 1 D. de fidei. 46. 1. Was die Rechtswohlthat der Vorausklage angeht, s. die Lehre von der Bürgschaft.

<sup>7</sup> L. 67 §. 3 D. pro soc. 17. 2, l. 22 §. 1 D. de re iud. 42. 1.

<sup>8</sup> Er muß jetzt die Verschuldung beweisen, nicht der Kläger die Nichtverschuldung. L. 25 pr. D. de prob. 22. 3.

<sup>9</sup> Die Forderung geht nach dem prätorischen Edict von Haus aus auf das Doppelte (§. 17 l. do act. 4. 6, l. 1 §. 1 D. dep. 16. 3); aber durch Herausgabe des Einfachen kann die Verurtheilung abgewendet werden. Die Institutionen (§. 23. 26 l. do act. 4. 6) stellen nügenau diesen Fall zu den Fällen, wo *lis in iustitias crescit in duplum*. Ruborff S. 457—463.

<sup>10</sup> Dieß nach einer Bestimmung des Kaiser Jeno v. J. 484, l. 10 C. unde vi 8. 4 (in abgekürzter Gestalt l. 34 C. de loc. 4. 65).

<sup>11</sup> L. 45 D. de acq. ed. 21. 1.

<sup>12</sup> L. 1 pr. 1. 5 pr. D. de publ. 39. 4.

<sup>13</sup> §. 25. 27 1. do act. 4. 6, l. 14 §. 1 D. quod met. causa 4. 2.

<sup>14</sup> L. 33 pr. C. de inoff. test. 3. 28. Sinterus III §. 196 Note 20.

<sup>15</sup> Ueber diese schwierige Frage bemerkt man Folgendes. 1) Am wenigsten bestritten ist die heutige Anwendbarkeit der unter Nr. 2 lit. b angeführten Bestimmungen. Vgl. Weßell Civilproz. 2 Aufl. S. 280. (s. jedoch Seuff. Arch. XVII. 37). 2) Was die Steigerung des Anspruches auf das Zwei- und Vierfache betrifft (No. 1, 2, 3), so ist über die heutige Geltung dieser Steigerung von den Civilisten von jeher in Zusammenhang mit der Frage gestritten worden, ob überhaupt die römischen *actiones poenales* heutzutage noch Geltung

## C. Unmöglichkeit der Leistung.

### §. 264.

Veruft sich derjenige, von welchem eine Leistung gefordert wird, auf die Unmöglichkeit der Leistung, so ist zu unterscheiden,

haben. Dabei ist die Zahl der Bejahenden der Zahl der Verneinenden gegenüber immer eher größer gewesen, als kleiner. S. §. 326 Note 5. Noch entschiedener gilt dieß von den Prozeualisten. S. die Nachweisungen bei Glück VI S. 185 Note 70, und die Lehrbücher des Civilprozesses von Martin §. 39, Ende §. 118, Puffter §. 133, Payer S. 74, Osterloh §. 121, Weßell §. 30. 3) Eine die Steigerung des Anspruches anerkennende constante Praxis ist nirgends bezeugt; ja es geben wohl umgekehrt die Verteidiger der Steigerung selbst zu, daß in der Praxis nur auf das Einfache gesprochen werde. S. namentlich Stryk Us. mod. Pand. lib. IX tit. 2 §. 20. Von der anderen Seite fehlt es doch aber nicht ganz an Zeugnissen für die practische Anwendung, wie der römischen Strafflagen überhaupt, so speciell der hier in Frage stehenden; s. §. 326 Note 5. 4) Will man sich auch über diese Anwendungsfälle als vereinzelte hinwegsetzen, und demgemäß für die römischen Strafflagen überhaupt, und die hier in Frage stehenden speciell, einen *non usus* annehmen, so fragt es sich doch, ob in diesem *non usus* der Ausdruck eines zu Grunde liegenden Rechtsbewußtseins gefunden werden dürfte. Ist es nun schon äußerst bedenklich, diese Frage für die Strafflagen überhaupt zu bejahen (s. dieses Lehrbuch a. a. D.), so kommt gerade für diejenigen, um welche es sich hier handelt, Folgendes hinzu. Offenbar ist ein Unterschied zwischen den Strafen, welche eine Buße für einen Bruch der Rechtsordnung verhängen, und solchen, welche im Hinblick auf bestimmte Interessen zu einem Thun oder Unterlassen bestimmen wollen. Wenn es der treibende Gedanke ist, welcher der Entwicklung des Strafrechts zu Grunde liegt, das Strafen der ersten Art nur von dem Staate als dem Wächter der Rechtsordnung eingefordert werden sollen, so werden doch die Strafen der zweiten Art von diesem Gesichtspunkt nicht berührt. Daß aber die Strafen, welche hier zur Frage stehen, wenigstens der Mehrzahl nach, von dieser letztern Art sind, liegt auf der Hand. Vgl. auch Nov. 18 c. 10: — „*non quia amarioribus legibus delectamur, sed quia lites eorum minores effimus, quatenus timore poenas citius dicant, quod constiteri competit*“. 5) Am Wenigsten möchte gegen die Anwendbarkeit der Verdoppelung bei Vermächtnissen zu Gunsten von Kirchen und frommen Stiftungen einzuwenden sein; hier wird die practische Geltung der Verdoppelung selbst von solchen Schriftstellern zugegeben, welche im Uebrigen die römischen Strafflagen auf das Mehrfache ausschließen, so von Lauterbach Coll. theor.-practic. ad libros de legat. n<sup>o</sup> 55, Boehmer de act. II c. 3 §. 77, Heineccius elem. iur. IV 6 §. 11. 27, Müller ad Leyser. obs. 38; vgl. auch Sell a. a. D. S. 250. 6. Was die unter Nr. 3 genannten Bestimmungen angeht, so ist in

ob die Unmöglichkeit schon von Anfang an vorhanden gewesen ist, d. h. schon zur Zeit der Thatsache, auf welche der Gläubiger sein Forderungsrecht gründet (ursprüngliche Unmöglichkeit), oder ob sie erst nach dieser Thatsache eingetreten ist (nachfolgende Unmöglichkeit).

1. Bei der ursprünglichen Unmöglichkeit ist ferner zu unterscheiden zwischen objectiver Unmöglichkeit, d. h. Unmöglichkeit an sich, und subjectiver Unmöglichkeit, d. h. Unmöglichkeit bloß für den Schuldner<sup>1</sup>. Die objective Unmöglichkeit läßt das Forderungsrecht, welches die betreffende Thatsache zu erzeugen an und für sich fähig gewesen wäre, gar nicht entstehen, und es kann weder die Leistung selbst, noch statt derselben ein Geldäquivalent gefordert werden<sup>2</sup>.

Betreff derselben noch speciell zu erwägen, ob sie nicht, wenigstens theilweise, ihren Grund haben in dem nach classischem römischem Recht dem Urtheil vorgehenden richterlichen Vorbescheid (arbitratus iudicis), und daher mit diesem weggefallen sind. Aber „es ist sehr wohl möglich, daß (dieser Vorbescheid) auch schon in Justinians Zeit nicht mehr vorkam, und daß der §. 81 I. de act. 4. 6, der darauf hinweist, gedankenlos aus einem alten Juristen abgeschrieben worden ist“ (Savigny Syst. V S. 145). — Vgl. im Allgemeinen Glüd V S. 390, VI S. 182 fg., Sell a. a. O. 246—251, Rudorff a. a. O. S. 466—478, Sinteris II S. 343—348, Klein Schmidt Arch. f. pr. RW. N. F. I. 3 Scuff. Arch. XIV. 245, XVII. 37 (gegen die heutige Geltung).

\* Fr. Rommjen die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse (der „Beiträge zum Obligationenrecht“ erste Abth. 1853). Dazu Windscheid in der Zeit. krit. Zeitschr. II S. 106—145. Pring in der Zeit. Ueberschau V S. 278—302, Rommjen Lehre von der Mora S. 406—428. — Savigny Obi. I §. 37, II §. 81, Unterholzner I §. 100—102, Sinteris II S. 22—25.

1. Beispiele: Geben einer Sache, die bereits untergegangen ist — Geben einer Sache, welche nicht im Eigenthum des Schuldners steht; eine nicht existierende Sache kann nicht gegeben werden, eine Sache, welche nicht im Eigenthum des Schuldners steht, kann der Schuldner nicht geben. L. 137 §. 4. 5 D. de V. O. 45. 1, wo unterschieden wird zwischen „impedimentum naturale“ und dem Mangel der „facultas dandi“; vgl. auch L. 55 D. de A. E. V. 19. 1. Der Gegensatz läßt sich auch durch die Ausdrücke „absolute, relative Unmöglichkeit“ bezeichnen, obgleich Andere diese Ausdrücke in anderem Sinn gebrauchen (Rommjen S. 4. 5, Pring S. 283. 284). Ueber Timetnes f. Rommjen S. 2—9.

<sup>2</sup> L. 185 D. de R. I. 50. 17. „Impossibilium nulla obligatio“. L. 1 §. 9. 10 D. de O. et A. 44. 7, l. 34 l. 35 pr. l. 83 §. 5 l. 103 D. de V. O. 45. 1, §. 1. 2 l. de inut. stip. 3. 19; l. 15 pr. l. 34 §. 1 l. 57 pr. §. 1 D.

Dagegen hindert die bloß subjective ursprüngliche Unmöglichkeit das Entstehen des Forderungsrechtes nicht; dasselbe hat statt der unmöglichen Leistung zum Gegenstand die Leistung eines Geldäquivalentes<sup>3</sup>. Näher wird von der ursprünglichen Unmöglichkeit in der Lehre von der Entstehung der Forderungsrechte gehandelt werden (§. 315)<sup>4</sup>.

2. Bei der nachfolgenden Unmöglichkeit kommt es nicht darauf an, ob sie eine objective oder eine subjective ist, sondern darauf, ob den Schuldner in Betreff derselben eine Schuld trifft, oder nicht. Trifft ihn eine Schuld nicht, so ist er frei<sup>5</sup>, und muß nur leisten, was das die Unmöglichkeit herbeiführende Ereigniß ihm von dem Leistungsgegenstand noch gelassen oder statt des Leistungsgegenstandes gegeben hat<sup>6</sup>. Trifft dagegen den

de contr. emt. 18. 1, l. 1 l. 7 D. de her. vend. 18. 4, l. 49 §. 3 D. de leg. II<sup>o</sup> 31, l. 39 §. 8—10 D. de leg. I<sup>o</sup> 30.

<sup>3</sup> L. 84 D. de V. O. 45. 1, l. 137 §. 4. 5 eod., l. 15 §. 8 i. f. D. de usurp. 41. 3; l. 28 D. de contr. emt. 18. 1; l. 49 §. 3 D. de leg. II<sup>o</sup> 32, l. 39 §. 7 l. 40 l. 71 §. 3 D. de leg. I<sup>o</sup> 31. Vgl. l. 104 §. 2 D. de leg. I<sup>o</sup> 30, l. 55 D. de A. E. V. 19. 1, l. 103 i. f. D. de V. O. 45. 1 (Rommjen S. 16, Windscheid S. 110 Note 1).

<sup>4</sup> Dasselbst wird namentlich die Frage beantwortet werden, ob nicht bei objectiver Unmöglichkeit der Versprechende dem anderen Contractanten, welcher die Unmöglichkeit nicht gekannt hat, wenigstens zu einer Entschädigung dafür verpflichtet ist, daß derselbe in der Erwartung eines gültigen Vertrages getäuscht worden ist; ferner die Frage, ob der Versprechende sich auf die subjective Unmöglichkeit nie berufen kann.

<sup>5</sup> Vgl. unter vielen Stellen l. 1 §. 4 D. de O. et A. 44. 7, l. 37 l. 51 D. de V. O. 45. 1, l. 107 D. de sol. 46. 3; l. 26 §. 1 l. 47 §. 4. 6 D. de leg. I<sup>o</sup> 30, l. 22 §. 3 ad SC. Treb. 36. 1. Man pflegt diesen Satz auch wohl so auszudrücken: der Schuldner haftet nicht für Zufall (vgl. l. 23 D. de R. I. 50. 17); aber damit ist nichts Neues gesagt, sondern eben nur das Negative, daß der Schuldner nicht haftet, wenn ihn in Betreff der Unmöglichkeit keine Schuld trifft. Ueber den Sinn, in welchem die Quellen von „casus“ reden, f. Rommjen S. 241—247. Unbrauchbar und in dieser Allgemeinheit unrichtig ist die Regel: casus sentit dominus. Wächter Arch. f. civ. Pr. XV S. 117—138, Rommjen S. 247—252. Ueber die Stellen, auf welche man diese Regel gestützt hat, vgl. namentlich den letzteren S. 250 Note 32.

<sup>6</sup> L. 1 §. 47 l. 2 D. dep. 16. 3, §. 3 i. f. l. de emt. 3. 23, l. 35 §. 4 D. de contr. emt. 18. 1, l. 21. i. f. D. de her. vel act. vend. 18. 4, l. 13 §. 12. 17 D. de A. E. V. 19. 1, l. 14 pr. D. de furt. 47. 2. Rein Widerspruch liegt, wie Rommjen S. 289 glaubt, in l. 83 §. 5 D. de V. O. 45. 1,



Schuldner eine Schuld, so ist er zur Leistung eines Geldäquivalentes, und zwar näher zur Leistung des Interesses des Gläubigers (§. 257) verpflichtet<sup>1</sup>, kann aber auch seinerseits Abtretung der Ansprüche verlangen, welche dem Gläubiger in Betreff des zu leistenden Gegenstandes zustehen<sup>2</sup>.

## Verschuldung\*.

## §. 265.

Die Frage, wann man sagen könne, daß dem Schuldner in Betreff der eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung eine Schuld zur Last falle, ist nicht für alle Forderungsrechte in gleicher Weise beantwortet. Der Gegensatz, um welchen es sich hier handelt, ist im Allgemeinen der, ob dem Schuldner bloß die Arglist<sup>1</sup>, d. h. die willentliche Herbeiführung der Unmöglichkeit,

1. 98 §. 8 D. de sol. 46. 3. — Zu dem, was der Schuldner statt des zu leistenden Gegenstandes hat, gehört auch die Versicherungssumme; s. namentlich l. 13 §. 12 D. de A. E. V. cit. vr. damni forte infecti. Pippmann Jahrb. f. Dogm. VII. 2, Kunze bei Holzschuher III S. 825. 826. Vgl. aber auch Mommsen S. 118 fg., Thering Jahrb. f. Dogm. VII S. 472—474.

<sup>2</sup> Das dabei stattfindende rechtliche Verhältnis ist nicht etwa so zu denken, daß das bisher bestandene Forderungsrecht durch die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung untergegangen, zugleich aber durch die Verschuldung des Schuldners ein anderes Forderungsrecht gegen denselben begründet worden sei. Sondern das jetzt vorhandene Forderungsrecht ist das alte, was sich darin practisch erweist, daß alle für das alte Forderungsrecht geltenden rechtlichen Bestimmungen fort dauern, z. B. Pfand, Bürgschaft, Concursprivilegium, Verzug, Uebergang auf die Erben etc. Auch in dem Gegenstand des Forderungsrechts hat sich, wenn die Unmöglichkeit bloß eine subjective ist, rechtlich nichts geändert; verpflichtet ist der Schuldner nach wie vor zu der ursprünglichen Leistung, und daß ein Geldäquivalent von ihm eingetrieben wird, ist nur Nothbehelf. Ist freilich die Unmöglichkeit eine objective, so kann das Forderungsrecht auf die ursprüngliche Leistung ebenso wenig fortbestehen, wie es darauf bei dem jetzt vorhandenen Zustand hätte entstehen können; es besteht nur mit verändertem Gegenstand fort. Vgl. übrigens auch Mommsen a. a. D. S. 229 fg. und Beiträge III S. 413.

<sup>3</sup> L. 25 §. 8 l. 60 §. 2 D. loc. 19. 2, l. 12 D. de re ind. 42. 1 (§. 328 Note 11). Vgl. l. 63. 69 D. de R. V. 6. 1 (§. 337 Note 1).

<sup>4</sup> Vgl. §. 101 und die daselbst bei \* und in Note 5 citirten Schriftsteller. Außerdem Unterholzner I § 133—137.

<sup>1</sup> Dolus. Daß die Quellen diesen Ausdruck da scheuen, wo das Motiv

oder auch die Nachlässigkeit<sup>2</sup>, d. h. der Mangel an der gehörigen Willensanstrengung, um die Unmöglichkeit zu vermeiden<sup>3</sup>, zur Schuld angerechnet wird.

1. Wegen Arglist haftet der Schuldner bei allen Forderungsrechten<sup>4</sup>. Das Gegenteil kann nicht einmal ausgemacht werden<sup>5</sup>.

2. Ebenso haftet der Schuldner bei allen Forderungsrechten wegen grober Nachlässigkeit<sup>6</sup>, d. h. wegen einer Nachlässigkeit, die so weit geht, daß sie in die Arglist überschlägt<sup>7</sup>.

der Handlung kein unsittliches ist, ist bereits in §. 101 Note 6 bemerkt worden (wo aber das Citat aus Paffe zu lesen ist: S. 76—79).

<sup>2</sup> Die technische Bezeichnung der Quellen für Nachlässigkeit ist „culpa“, obgleich das Wort auch in dem Sinne von „Schuld überhaupt“ vorkommt. S. §. 101 Note 7. Den Gegensatz zur culpa im technischen Sinne bezeichnet der Ausdruck diligentia. Eine besondere Art der diligentia bildet die custodia: custodia ist die auf Schutz einer Sache gerichtete diligentia. Die Quellen sagen übrigens sowohl: culpam praestare, als: diligentiam praestare, custodiam praestare. Sie häufen auch wohl die Ausdrücke culpa und diligentia, culpa und custodia, diligentia und custodia. Paffe §. 38, 54—55, 76—78, 87—90. Vgl. aber auch §. 384 Note 6.

<sup>3</sup> Dieser Mangel kann sich sowohl in einem Thun, als in einem Unterlassen betätigen (culpa in faciendo, in non faciendo). S. l. 91 pr. D. de V. O. 45. 1 und Paffe §. 27—34. — Daß auch in der Nachlässigkeit ein Willensfehler liegt, ein Mangel an der nöthigen Spannung des Willens, drückt das deutsche Wort sehr gut aus.

<sup>4</sup> Die Verpflichtung zu einer Leistung schließt mit Nothwendigkeit die Verpflichtung ein, die Leistung nicht willentlich unmöglich zu machen.

<sup>5</sup> L. 23 D. de R. I. 50. 17, l. 27 §. 3 D. de pactis 2. 14, l. 17 pr. D. eomm. 13. 6, l. 1 §. 7 D. dep. 16. 3, l. 6 §. 9 D. de A. E. V. 19. 1. Seuff. Arch. XVI. 27.

<sup>6</sup> Die technische Bezeichnung der Quellen ist „lata culpa“. Vgl. Paffe §. 21—23.

<sup>7</sup> L. 213 §. 2 D. de V. S. 50. 16. „Lata culpa est nimia negligentia, i. e. non intelligere, quod omnes intelligunt“. L. 233 pr. eod.: „Latas culpae finis est, non intelligere id, quod omnes intelligunt“. Wenn der Schuldner sich auf eine Nachlässigkeit dieser Art beruft, so kann ihm gar nicht geglaubt werden, daß er bloß nachlässig gewesen sei; sollte er sich aber auch wirklich die Folgen seiner Handlung nicht klar gemacht haben, so ist doch der hierin liegende Willensfehler kaum ein geringerer, als der Fehler des auf das Unrecht geradezu gerichteten Willens. Daher heißt es auch von einer solchen Nachlässigkeit „prope dolum est“ (l. 29 pr. D. mand. 17. 1.), „dolo comparabitur“ (l. 1 §. 1 D. si mens. 11. 6), oder geradezu „dolum est“ (l. 226 D. de V. S. 50. 16, l. 32 D. dep. 16. 3). Vgl. außerdem l. 8 pr. D. de odendo 2. 13, l. Windscheid, Pandekten. II. Band.



3. Auch die gewöhnliche Nachlässigkeit, d. h. ein Benehmen, welches unterhalb des Maßes der Sorgfalt bleibt, die ein ordentlicher Mann aufzuwenden pflegt<sup>9</sup>, schlägt in die Arglist dann über, wenn der Schuldner in eigenen Angelegenheiten sorgfältiger zu sein pflegt<sup>10</sup>. Daher wird auch wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit in dem bezeichneten Falle von jedem Schuldner gehaftet<sup>10</sup>.

4. Abgesehen von diesem Fall bildet die Verhaftung wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit nur die Regel; diese Regel erleidet aber Ausnahmen<sup>11</sup>. Namentlich tritt eine Ausnahme da ein, wo das Verhältniß, aus welchem das Forderungsrecht erwachsen ist, lediglich zum Vortheil des Gläubigers gereicht<sup>12</sup>, obgleich

2 §. 5 D. de her. vend. 18. 4, 1. 5 §. 15 D. ut in poss. 36. 4, 1. 8 §. 3 D. de prer. 43. 26, 1. 1 §. 2 D. si is qui test. 47. 4. — Mommsen Beitr. III S. 347 hat es versucht, diese Art der Nachlässigkeit auf den Begriff des unentschuldbaren Irrthums zurückzuführen. Dagegen Windscheid Feib. krit. Zeitschr. III S. 278—280.

<sup>9</sup> S. §. 101 Note 8 und vgl. noch Mommsen a. a. O. S. 360—373 und dazu Windscheid a. a. O. S. 281. Der hier gebrauchte Ausdruck „gewöhnliche Nachlässigkeit“ soll den quellenmäßigen Ausdruck „levis culpa“ wiedergeben. Mit diesem letzteren Ausdruck soll nicht etwa ein besonders leichter Grad der Nachlässigkeit bezeichnet werden, sondern eben nur, daß die Nachlässigkeit nicht lata culpa ist; der Begriff der levis culpa ist ein rein negativer. Die Quellen bezeichnen übrigens die levis culpa gewöhnlich als culpa schlechthin; wenn gesagt wird, daß Jemand nicht bloß wegen dolus, sondern auch wegen culpa haften, so heißt das, daß er auch wegen levis culpa haften, während die Haftung wegen lata culpa als selbstverständlich vorausgesetzt wird. Haffs §. 43.

<sup>9</sup> L. 32 D. dep. 16. 3... „Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi ad eum modum curam in deposito praestat, fraude non caret“. S. auch l. 22 §. 3 D. ad SC. Treb. 36. 1. Die Annahme, daß die von dem Schuldner in eigenen Angelegenheiten vermiedene levis culpa ebenfalls lata culpa genannt werde, findet in diesen Stellen keine Rechtfertigung, und danach ist das oben §. 101 Note 10 Gesagte zu berichtigen. Vgl. Haffs S. 171 S. 194—206.

<sup>10</sup> Mommsen Beitr. III S. 377 fg. will die Regel so gestellt wissen, daß der Schuldner nur bei absichtlicher Zurücksetzung der fremden Angelegenheiten haften. S. dagegen Windscheid Feib. krit. Zeitschr. III S. 281 fg.

<sup>11</sup> Haffs §. 92—99<sup>b</sup>, Bethmann-Hollweg in dem Anh. IV zu Haffs's Schrift S. 553—579, Mommsen Beitr. III S. 391—406. Vgl. auch Brinz S. 594.

<sup>12</sup> L. 5 §. 2 D. comm. 18. 6, 1. 17 §. 2 D. de praeser. verb. 19. 5, 1. 108

doch auch diese Ausnahme wieder nicht streng durchgeführt wird<sup>13</sup>.

5. Bei einigen der Forderungsrechte, bei welchen Verhaftung wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit stattfindet, wird dem Schuldner die Entschuldigung gestattet, daß er in eigenen Angelegenheiten nicht sorgfältiger zu sein pflege<sup>14</sup>. Man kann das so ausdrücken: der Schuldner haften nur für relative Sorgfalt<sup>15</sup>.

6. Was den Beweis angeht<sup>16</sup>, so ist es die Pflicht des Schuldners, welcher sich auf die Unmöglichkeit der Leistung beruft, die Umstände darzulegen und nachzuweisen, unter welchen die Unmöglichkeit eingetreten ist, und der Richter hat dann auf Grund dieser Umstände zu erwägen, ob den Schuldner eine Schuld

§. 12 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30; 1. 28 D. de R. I. 50. 17 (Haffs S. 224 Note 2, Fuchs's Rhein. Mus. VII S. 74).

<sup>13</sup> So namentlich nicht in allen den Fällen, wo der unmittelbare Inhalt des Forderungsrechtes der ist, daß Jemand im Interesse eines Andern thätig werden soll, bei Auftrag, Geschäftsführung, Vormundschaft etc. — Der Stipulationsschuldner haften für culpa in faciendo, nicht für culpa in non faciendo, 1. 91 pr. D. de V. O. 45. 1. D. h. das römische Recht ist der Ansicht, daß aus dem Forderungsrecht als solchem sich wohl die Verpflichtung zur Vermeidung einer fahrlässigen Thätigkeit ergebe, nicht aber die Verpflichtung zur Vermeidung einer fahrlässigen Unterlassung. A. W. Bethmann-Hollweg in dem in Note 11 citirten Aufsatz, welcher aus dem Forderungsrecht als solchem die Verpflichtung zur Vermeidung einer jeden Fahrlässigkeit herleitet, und in der Entscheidung der 1. 91 pr. cit. nur einen Einfluß der Formelconception sieht. S. auch Brinz S. 592.

<sup>14</sup> Haffs §. 39—42, Mommsen Beitr. III S. 374—390 und dazu Windscheid Feib. krit. Zeitschr. III S. 281—284.

<sup>15</sup> Andere heutzutage gebrauchte Bezeichnungen sind: der Schuldner haften für diligentia quara suis (sc. rebus adhibere solet), — so auch die Quellen, vgl. z. B. l. 25 §. 16 D. fam. her. 10. 2, 1. 72 pr. D. pro soc. 17. 2, 1. 17 pr. D. de I. D. 23. 3—; oder der Schuldner haften für culpa levis in concreto. — Das Einstehen für relative Sorgfalt ist eine Milderung der Haftung wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit; daher braucht, wer für relative Sorgfalt einsteht, nie Mehr zu leisten, als die Sorgfalt eines ordentlichen Mannes. Haffs §. 41.

<sup>16</sup> Haffs §. 57. 74, Mommsen a. a. O. S. 390, Windscheid a. a. O. S. 283; Ueber Verbindlichkeit zur Beweisführ. Nr. VI §. 21—52, G. Gerber Beitr. zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast S. 68—80, Maxen über Beweislast etc. S. 179—190, Sintenis II S. 340—343, Wächter II §. 113, Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. III S. 82, Seuff. Arch. I. 338 (VII. 31), VII. 225, XI. 237, XIII. 225; I. 168, IV. 113, 114, V. 306, VII. 310; III. 226; X. 41.

der Art trifft, wie sie zu seiner Beurtheilung erfordert wird<sup>17</sup>. Muß der Richter zu diesem Ende eine Vergleichung des vorliegenden Verhaltens des Schuldners mit dessen gewöhnlichem Verhalten anstellen<sup>18</sup>, so liegt der Nachweis der Art und Weise dieses Verhaltens in dem in Nr. 3 genannten Fall dem Gläubiger ob, dagegen in dem in Nr. 5 genannten Fall dem Schuldner<sup>19</sup>.

## D. Zahlungsunfähigkeit und Concurſ.

### 1. Zahlungsunfähigkeit.

#### §. 266.

Daß das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung des

<sup>17</sup> Die Sache liegt prozessualisch so. Der Kläger beruft sich auf sein Forderungsrecht, und weist die Entstehung desselben nach. Der Beklagte setzt entgegen, daß dieses Forderungsrecht durch die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung untergegangen sei. Aber nicht jede irgendwie eingetretene Unmöglichkeit der Leistung vernichtet das Forderungsrecht; daher muß der Beklagte darthun, daß die Unmöglichkeit in der erforderlichen Weise eingetreten sei. Er muß diesen Beweis auch dann führen, wenn er bloß für Arglist haftet; die Behauptung, daß der Gläubiger das Dasein der Arglist des Schuldners erweisen müsse, läßt sich nicht rechtfertigen. Auf l. 18 §. 1 D. de prob. 22. 3 darf man sich nicht berufen; denn der Kläger braucht die Arglist des Gegners nicht zu behaupten. Vgl. auch l. 1 §. 16 D. de p. 16. 3 und Wächter a. a. D. Note 3. Die Beweispflicht des Beklagten, welcher auch für Nachlässigkeit haftet, ist anerkannt in l. 9 §. 4 D. loc. 19. 2, l. 5 C. de pign. act. 4. 24.

<sup>18</sup> Die Art und Weise des Verhaltens eines ordentlichen Mannes bildet nicht den Gegenstand des Beweises der Parteien; sie gehört zum Recht, welches der Richter wissen muß.

<sup>19</sup> In beiden Fällen wird vorausgesetzt, daß aus den feststehenden Umständen sich Nachlässigkeit ergebe; denn ergibt sich aus denselben Arglist, so ist der Schuldner ohne Weiteres zu verurtheilen, ergibt sich aus denselben Mangel aller Nachlässigkeit, so ist er ohne Weiteres freizusprechen. Im ersten Falle nun ist die Nachlässigkeit an und für sich Befreiungsgrund, und nur dann Befreiungsgrund nicht, wenn sie größer ist, als die gewöhnliche des Schuldners. Im zweiten Fall ist die Nachlässigkeit an und für sich Befreiungsgrund nicht, Befreiungsgrund nur dann, wenn die gewöhnliche des Schuldners gleich groß ist. — Die richtige Unterscheidung zwischen den unter Nr. 3 und 5 bezeichneten Fällen ist ohne Zweifel der schwierigste Punkt in der Lehre von der culpa. In anderer Weise stellt die Unterscheidung Rommſen (s. darüber Note 10), während Brinz S. 593 nach dem Vorgang des Donellus den Unterschied wieder ganz leugnet.

Gläubigers nicht ausreicht, hat auf den rechtlichen Bestand der Forderung keinen Einfluß<sup>1</sup>; der Schuldner muß, was er jetzt nicht zu leisten im Stande ist, nachleisten, sobald er zu neuem Vermögen gelangt.

Wo particularrechtlich in Folge der Zahlungsunfähigkeit Schuldhaft oder Ehrenminderung eintritt<sup>2</sup>, kann der Schuldner diesen Nachtheilen durch freiwillige Abtretung seines Vermögens an den oder die Gläubiger<sup>3</sup> entgehen<sup>4</sup>. Jedoch wird zur Vermögensabtretung nur derjenige Schuldner zugelassen, welcher ohne seine Schuld in Vermögensverfall gerathen ist<sup>5</sup>.

Rechtswohlthat des Nothbedarfs\*.

#### §. 267.

Nicht in allen Fällen ist der Gläubiger befugt, das ganze Vermögen des Schuldners zu seiner Befriedigung hinzunehmen; in gewissen Fällen genießt der Schuldner die Rechtswohlthat,

<sup>1</sup> Martial (II. 3) spottet:

Sexte, nihil debes. Nil debes, Sexte fatemur.

Debet enim, si quis solvere, Sexte potest.

<sup>2</sup> Wie dieß nach römischen Rechte der Fall war (s. die Stellen in der Note 4). Ueber die heutige Geltung der Schuldhaft s. namentlich Wehll Civilproz. §. 50. I. 2.

<sup>3</sup> Cessio bonorum. Dig. 42. 3 de cessione bonorum, Cod. 7. 71 qui bonis cedere possunt. Unterholzner I §. 175, Sintonis II §. 159—160, Holzschuher III §. 232 Nr. 1—3.

<sup>4</sup> L. 1 l. 8 C. h. t., l. 11 C. ex quib. caus. inf. 2. 12.

<sup>5</sup> Diese Beschränkung ist ausdrücklich anerkannt in l. 1 C. Th. qui bonis 4. 20, während sie in der Justinianischen Compilation nicht erwähnt wird. Aber daß sie in derselben vorausgesetzt werde, läßt sich mit Zug nicht bezweifeln. S. l. 8 pr. C. h. t. und Reymann-Hollweg Handb. des Civilpr. I S. 345, Wehll a. a. D. Note 47. Für das heutige Recht vgl. auch die Fortsetzung des Reichsabtritts-Anfangs von 1671 Nr. 10 (Ermunghaus S. 513). A. M. Holzschuher a. a. D. Nr. 1. Seuff. Arch. XIV. 88.

\* Holtius in der Bibliothéque du Jurisconsulto et du Publiciste I p. 9. 267. 389—405 (1826), wiederholt in dessen Abhandlungen, übersetzt von Entro, Nr. 5. Franck Arch. f. civ. Pr. XXIII. 14 (1840). Sintonis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV. 13 (1841). Unterholzner I §. 181. 182, Sintonis II S. 160—166, Vangerow I §. 174 Ann. 1 u. 2, Holzschuher III §. 231.

zurückbehalten zu dürfen, wie viel er zur Nothdurft des Lebens bedarf<sup>1</sup>. Diese Rechtswohlthat steht zu<sup>2</sup>

- 1) Soldaten gegen alle Forderungen<sup>3</sup>;
- 2) Ascendenten gegen die Forderungen ihrer Descendenten<sup>4</sup>;
- 3) dem Ehegatten gegen die Forderungen des anderen Ehegatten<sup>5</sup>, — dem Ehemann auch gegen die Forderung aus der Verdingung der Ehefrau<sup>6</sup>;

<sup>1</sup> Die bei den Römern hergebrachte Bezeichnung für diese Rechtswohlthat ist „beneficium competentiae“. Die Quellen bezeichnen sie als Rechtswohlthat der Verurtheilung in id quod facere debitor potest, quantum facere debitor potest. Mit diesem Ausdruck soll zunächst nichts Anderes bezeichnet werden, als daß der Schuldner nur auf den Betrag seines Vermögens verurtheilt werden dürfe, vgl. namentlich l. 82 D. ad leg. Falc. 35. 2, §. 37 I. de act. 4. 6, l. 49 D. de pactis 2. 14, l. 21 D. de re iud. 42. 1, auch Theoph. IV. 6 §. 37. Für die Römer lag eine Wohlthat hierin insofern, als der Schuldner, weil er nicht zahlungsunfähig gemacht werden konnte, auch den Nachtheilen der Zahlungsunfähigkeit nicht verfiel. Eine liberalere Interpretation hat aber später (dieses „später“ leznet Unterholzner §. 181 Note d) das faeros posse von einem Reichtönnen ohne Mangel verstanden (l. 19 §. 1 D. de re iud. 42. 1, l. 173 pr. D. de R. l. 50. 17). Dadurch ist der ursprüngliche Inhalt der Rechtswohlthat überholt und überflüssig gemacht worden. — Andere nehmen auch für das neueste Recht noch einen doppelten Inhalt der Rechtswohlthat an. Dieser bestehe 1) dem Urtheile gegenüber die Befugniß, zu verlangen, daß man nicht über den Betrag des Vermögens verurtheilt werde, 2) der Execution gegenüber die Befugniß, zu verlangen, daß Einem der Nothbedarf gelassen werde. Dagegen spricht l. 173 pr. D. de R. l. 50. 17 („in condemnatione . . . non totum . . . extorquendum est“). S. namentlich Francke S. 388—397, Bangerow Ann. 1; auch Arndts §. 225 Note 1. Vgl. übrigens auch unten §. 268 Note 5.

<sup>2</sup> Im Folgenden sind nur die Fälle genannt, in welchen die Rechtswohlthat nach gesetzlicher Regel zusteht; daß sie auch durch Vertrag begründet werden kann, versteht sich von selbst. S. l. 49 D. de pactis 2. 14.

<sup>3</sup> L. 6 pr. l. 18 D. de re iud. 42. 1. Vgl. Polzschußer a. a. O. Nr. 4.

<sup>4</sup> §. 38 I. de act. 4. 6, l. 54 D. sol. matr. 24. 3, l. 16 D. de re iud. 42. 1.

<sup>5</sup> L. 20 D. de re iud. 42. 1. Die Behauptung, daß die Rechtswohlthat auch nach Verdingung der Ehe in Betreff der aus der Zeit der Ehe herrührenden Forderungen fortbauere (Bangerow S. 291), läßt sich nicht rechtfertigen. Ein Grund dafür läßt sich auch nicht daraus entnehmen, daß dem Manne die Rechtswohlthat gegen den Dotalsanspruch zusteht (Nr. 8); denn dieser Anspruch rührt nicht bloß aus der Zeit der Ehe her, sondern hat auch seinen Grund in der Ehe. Vgl. l. 52 D. de re iud. 42. 1.

<sup>6</sup> L. 27 §. 2 l. 28 D. de rel. 11. 7. A. R. Puchta §. 245. aa.

4) Personen, welche erst kürzlich aus der väterlichen Gewalt ausgetreten sind, ohne dabei einen beträchtlichen Theil des väterlichen Vermögens erhalten zu haben, gegen die aus der Zeit der väterlichen Gewalt herrührenden Forderungen, mit Ausnahme der Delictsforderungen<sup>7</sup>;

5) Personen, welche ihren Gläubigern ihr Vermögen abgetreten haben, gegen die aus der Zeit vor der Vermögensabtretung herrührenden Forderungen<sup>8</sup>;

6) dem Gesellschafter gegen die Gesellschaftsforderung<sup>9</sup>;

7) dem Schenker gegen die Schenkungsforderung<sup>10</sup>;

8) dem gewesenen Ehemann, seinen Kindern aus derselben Ehe und seinem Vater, gegen die gesetzliche Forderung auf Herausgabe der Dos<sup>11</sup>;

<sup>7</sup> L. 2—7 D. quod cum eo 14. 5, l. 37 §. 2 D. de adm. et per. 26. 7, l. 19 D. de re iud. 42. 1. Unterholzner §. 181 Note q., Bangerow S. 294, Diebel SG. Macdonianum S. 13—16.

<sup>8</sup> §. 40 I. de act. 4. 6, l. 4 pr. l. 6. 7 D. de cess. bon. 42. 3, l. 3 C. de bon. auct. iud. 7. 72. Wegen l. 4 §. 1 D. de cess. bon. hat man behauptet, daß die Rechtswohlthat auch gegen die nach der Vermögensabtretung entstandenen Forderungen begründet sei (Thibaut civ. Abhandl. Nr. 16). Aber 1) ist es nicht notwendig, diese Stelle von unserer Rechtswohlthat zu verstehen (Unterholzner §. 181 Note u, Puchta §. 245 Note v. 2) Ist sie von derselben zu verstehen, so ist es erlaubt, in ihr eine historische Nothiz zu sehen, und dadurch den Widerspruch namentlich mit §. 40 I. cit. zu vermeiden. 3) Ist ein Widerspruch vorhanden, so heben sich beide Stellen auf, und es liegt für die behauptete Ausdehnung kein Beweis vor. Senff. Arch. III. 258, VI. 127, VIII. 106, XII. 332, XIV. 88. Polzschußer a. a. O. Nr. 10; vgl. auch denf. Nr. 8.

<sup>9</sup> Der §. 38 I. de act. 4. 6 gibt die Rechtswohlthat dem Gesellschafter überhaupt, l. 63 pr. D. pro socio 17. 2 ausdrücklich auch dem „socius unius rei“, während l. 16 D. de re iud. 42. 1 sie auf den „socius omnium bonorum“ beschränkt. Ich glaube nicht, daß der Widerspruch der zuletzt genannten Stellen zu beseitigen ist; ich nehme daher an, daß sie sich gegenseitig aufheben und nur die allgemeine Verfügung des §. 38 cit. übrig bleibt. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Gans Arch. f. civ. Pr. II. 21, Gensler das. II. 22, Meusel das. II. 33 (S. 343), Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV. 9, Frig Erlaut. II S. 118—120, Unterholzner l. §. 181. o., Bangerow I S. 293, Polzschußer a. a. O. Nr. 1. Der neueste Vereinigungsversuch ist der von Meuter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XXI. 1 (1863).

<sup>10</sup> L. 33 D. de I. D. 23. 3, l. 33 pr. D. de don. 39. 5, l. 19 §. 1 D. de re iud. 42. 1.

<sup>11</sup> §. 37 I. de act. 4. 6, l. 12 l. 14 pr. l. 15 §. 2 l. 16. 17 §. 2 l. 18

9) der Ehefrau<sup>12</sup> und dem Schwiegervater gegen die Forderung auf Leistung einer versprochenen Dos, dem Schwiegervater jedoch unbedingt nur dann, wenn er während bestehender Ehe belangt wird.<sup>13, 14</sup>

### §. 268.

Derjenige, welchem diese Rechtswohlthat zusteht, kann verlangen, daß ihm das zum Leben, nicht aber, daß ihm das zum standesmäßigen Leben Erforderliche gelassen werde<sup>1</sup>. Dabei kann er anderweitige Schulden, welche er hat, nicht in

pr. D. sol. matr. 24. 3, l. 21 D. de re iud. 42. 1, l. un. §. 7 C. de rei ux. act. 6. 18. Daß die Rechtswohlthat nicht bloß der Frau, sondern auch ihren Erben gegenüber zusteht, folgt aus der zuletzt genannten Stelle, und sagt ausdrücklich l. 27 D. sol. matr. — Ohne allen Zweifel ist dem Manne die Rechtswohlthat auch gegen jede andere ihn nach heutigem Particularrechte in seiner Eigenschaft als Ehemann treffende Verpflichtung zur Herausgabe von Vermögen zugestehen. Vgl. l. 52 D. de re iud. 42. 1.

<sup>12</sup> Gewiß während bestehender Ehe, nach der allgemeinen Regel in Nr. 3; aber auch nach aufgelöster Ehe, nach dem allgemeinen Ausspruch der l. 17 §. 1 D. sol. matr. 24. 3.

<sup>13</sup> L. 17 pr. D. sol. matr. 24. 3, l. 21. 22 pr. D. de re iud. 42. 1, l. 84 D. de I. D. 23. 3. L. 84 cit. — „si directo matrimonio petitur, ex causa et persona id tribuendum puto. Quid enim, si socer specio futuras dotis indaxerit generum, et cum sciret, se praestare dotem non posse, id egerit, ut genero insidiaretur“? — Auch dem extraneus promissor gibt die Rechtswohlthat l. 33 D. de I. D. 23. 3, während sie ihm ausdrücklich abgesprochen wird in l. 84 eod., l. 41 pr. D. de re iud. 42. 1. Bei dem Widerspruch dieser Stellen muß man sagen, daß für diese Ausdehnung der Rechtswohlthat kein Zeugniß vorliegt. Ueber Vereinigungsversuche s. Meyerfeldt Rhein. Mus. VII S. 111 fg., Sintenis I §. 91 Anm. 67, Bangerow I S. 292.

<sup>14</sup> Ohne Grund ist, besonders in früherer Zeit, behauptet worden, daß die Rechtswohlthat noch in einer Reihe von anderen Fällen außer den hier genannten begründet sei, so namentlich zu Gunsten der Descendenten, zu Gunsten der Geschwister (wegen l. 63 D. pro soc. 17. 2), zu Gunsten des Schwiegervaters (wegen l. 16 D. sol. matr. 24. 3), ex iure tertii (wenn der Schuldner aus den Mitteln eines Dritten lebt). Vgl. über diese und andere Fälle Bangerow S. 291. 292. 294—296, Polzschuher a. a. Nr. 3 und

S. 290. S. 292 Note \*.

<sup>1</sup> — „no egent“, l. 178 D. de R. I. 50. 17; ebenso l. 19 §. 1 D. de re iud. 42. 1. L. 30 eod.: — „ita ut . . . aliquid sufficiens relinquatur“. L. 6 D. de cess. bon. 42. 3: — „unde ergo modum hunc aestimabimus, utrum ex quantitate eius quod acquisitum est, an ex qualitate? Et putem, ex quantitate id aestimandum esse . . .“. L. 7 eod., l. 3 C. de bon. auct. iud. 7. 72.

Abzug bringen, mit Ausnahme des Schenkers<sup>2</sup>. Gesehen wird auf den Zustand des Vermögens zur Zeit, wo die Rechtswohlthat in Anspruch genommen wird<sup>3</sup>, und mitgerechnet wird, was der Schuldner arglistiger Weise aus seinem Vermögen verbracht hat<sup>4</sup>. — Geltend gemacht wird die Rechtswohlthat durch Einrede gegen die Forderung des Gläubigers<sup>5</sup>, welche Einrede aber nicht bloß im Laufe des Prozesses<sup>6</sup>, sondern auch noch in der Executionsinstanz vorgebracht werden kann<sup>6</sup>. Dagegen kann das einmal Geleistete nicht mehr zurückgefordert werden<sup>7</sup>. — Die Rechtswohlthat ist höchst persönlicher Natur, und geht daher

Polzschuher a. a. D. Nr. 5. Es ist keiner Frage unterworfen, daß der Nothbedarf des Schuldners sich auch auf die Bedürfnisse seiner Frau und seiner Kinder erstreckt. Für standesmäßigen Unterhalt das Urtheil des D. A. G. zu Respod bei Buchta und Wunde Entscheidungen IV S. 95.

<sup>2</sup> L. 53. 54. D. sol. matr. 24. 3, l. 12 D. de don. 39. 5, l. 16 l. 19 pr. l. 49. 50 D. de re iud. 42. 1. Kein Widerspruch liegt in l. 3 D. quod cum eo l. 4. 5, wo die Worte „nisi si quis privilegiarius etc.“ nur sagen wollen, daß der privilegiarius dem Bestrebigten das, was er erhalten habe, wieder abnehmen könne. A. M. Unterholzner S. 388, der noch eine fernere Ausnahme für den Fall der Vermögensabtretung annimmt. Vgl. übrigens auch Polzschuher a. a. D. Nr. 9.

<sup>3</sup> Also auf die Zeit des Urtheils, wenn die Rechtswohlthat dem Urtheil, auf die Zeit der Execution, wenn sie der Execution gegenüber in Anspruch genommen wird. Nur von der Zeit des Urtheils sprechen l. 63 §. 6 D. pro. soc. 17. 2, l. 16 pr. D. sol. matr. 24. 3.

<sup>4</sup> L. 18 §. 1 D. sol. matr. 24. 3, l. 63 pr. §. 7 D. pro soc. 17. 2, l. 68 §. 1 eod., l. 67 pr. D. de re iud. 42. 1.

<sup>5</sup> Nicht durch Replik gegen die Gegenforderung: Seuff. Arch. XII. 111.

<sup>6</sup> Die Verufung auf die Rechtswohlthat der Alage gegenüber wird exceptio genannt in l. 63 §. 2 D. pro socio 17. 2, l. 17 §. 1 D. sol. matr. 24. 3, l. 41 pr. D. de re iud. 42. 1, l. 7 D. de exc. 44. 1, l. 33 D. de nov. 46. 2. Vgl. l. 22 pr. D. de exc. 44. 1. „Exceptio est conditio, quae modo eximit reum condemnatione, modo minuit condemnationem“. Vgl. Keller röm. Civilproz. S. 143—145 (3. Aufl. S. 146—148). — Sintenis a. a. D. S. 339—341 ist der Meinung, daß nach heutigem Prozeßrecht mit der Einrede nicht mehr Minderung der Urtheilssumme, sondern nur ein Vorbehalt in Betreff der Execution erreicht werde. Auch ich glaube, daß der Richter zu diesem Verfahren befugt ist, da damit den Interessen des Beklagten vollkommen Genüge geschieht, ohne daß der Kläger zur Anstellung eines neuen Prozesses genöthigt wird. S. auch Franke a. a. D. S. 403.

<sup>7</sup> L. 17 §. 2 D. sol. matr. 24. 3, l. 33 pr. D. de don. 39. 5, l. 41 §. 2 D. de re iud. 42. 1. Seuff. Arch. I. 395.

<sup>8</sup> L. 8. 9 D. de cond. ind. 12. 6.

weder auf die Erben über, noch kann sie von dem Bürgen oder von anderen Personen, welche für den Schuldner haften, geltend gemacht werden<sup>8</sup>. — Sie fällt aus gegenüber Delictansprüchen, und wenn den Schuldner der Vorwurf der Arglist trifft<sup>9</sup>. Verzicht auf dieselbe ist nur insofern wirksam, als nicht eine sittliche Pflicht zur Schonung des Schuldners besteht<sup>10</sup>. — Es versteht sich von selbst, daß wenn der Schuldner neues Vermögen erwirbt, er nachleisten muß, was er schuldig geblieben ist<sup>11</sup>.

## 2. Concurs\*.

### §. 269.

Wenn der zahlungsunfähige Schuldner mehrere Gläubiger hat, so bleibt es jedem derselben überlassen, sich Befriedigung zu verschaffen, wie er kann; der Ausfall trifft also denjenigen,

<sup>8</sup> L. 63 §. 1. 2 D. pro socio 17. 2, l. 23—25 l. 41 pr. D. de ro ind. 42. 1, l. 7 pr. D. de exc. 44. 1, l. 4 §. 3 D. quod cum eo 14. 5, l. 12. 13. 14 pr. 1. 15 §. 1 D. sol. matr. 24. 3, §. 4 l. de repl. 4. 14. Holzschuber a. a. O. Nr. 7.

<sup>9</sup> L. 4 §. 1. 2 D. quod cum eo 14. 5, l. 10 l. 22 §. 1 l. 52 D. de ro ind. 42. 1, l. 21 §. 6 D. de act. rer. am. 25. 1, l. un. §. 7 C. de rei ux. act. 5. 18. Vgl. auch noch Holzschuber a. a. O. Nr. 6.

<sup>10</sup> Eine solche sittliche Pflicht besteht namentlich zwischen Ehegatten, und hier ist die Ungültigkeit des Verzichts ausdrücklich anerkannt (l. 14 §. 1 D. sol. matr. 24. 3). Aber sie besteht in gleicher Weise auch zwischen Ascendenten und Descendenten. Den Verzicht hält in allen Fällen für unverbindlich Sintenis a. a. O. 318—320.

<sup>11</sup> L. 8 C. sol. matr. 5. 18. Die Rechtswohlthat afficirt nicht den rechtlichen Bestand des Forderungsvrechtes, sondern schiebt nur die Vollstreckbarkeit desselben oder die volle Vollstreckbarkeit desselben einweilen abet. Vgl. l. 47 §. 2 D. de pec. 15. 1: — „socius universum debet“. Dehwegen darf man auch nicht die Verbindlichkeit des Schuldners dieser Rechtswohlthat gegenüber eine bloß natürliche Verbindlichkeit nennen. Savigny Obl. I S. 105, Erleben conditiones sine causa I S. 110, 111. — Im älteren römischen Recht stellte der Nachforderung die prozeßualische Consumtion Schwierigkeiten entgegen. Ein Mittel, dieser Schwierigkeit zu begegnen, war ein von dem Schuldner zu leistendes Versprechen; davon noch l. 47 §. 2 D. de pec. 15. 1, l. 63 §. 4 D. pro soc. 17. 2, l. un. §. 7 C. de rei ux. act. 5. 18. S. aber auch l. 8 C. sol. matr. 5. 18. Vgl. Franke a. a. O. S. 414—427, Sintenis a. a. O. S. 327 fg.

\* Dig. 42. 5 de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendendis. Cod. 7. 72 de bonis auctoritate iudicis possidendis seu vendendis. — Orelli

welcher sich meldet, wenn kein Vermögen mehr vorhanden ist<sup>1</sup>. Dieses Verhältniß ändert sich aber, sobald über das Vermögen des Schuldners Concurs eröffnet ist, was durch eine gerichtliche Verfügung geschieht<sup>2</sup>. Die Bedeutung des Concurses ist die, daß das Vermögen des Schuldners durch richterliche Autorität unter die einzelnen sich meldenden Gläubiger vertheilt wird, und in anderer Weise kein Gläubiger mehr zu seiner Befriedigung gelangen kann<sup>3</sup>. Die für den Concurs maßgebenden prozeßualischen Grundsätze gehören nicht hierher<sup>4</sup>. Hierher gehören nur diejenigen Grundsätze, nach welchen das Vermögen des Schuldners unter die einzelnen Gläubiger vertheilt wird.

### §. 270.

Der oberste dieser Grundsätze ist der, daß alle Gläubiger sich gleich stehen, jeder also nach Verhältniß seiner Forderung befriedigt wird<sup>1</sup>. Dieser Grundsatz erleidet jedoch Ausnahmen; ein

die Ordnung der Gläubiger bei Sontprozessen (5. Aufl. 1813). Unterholzner I S. 183—185, Bangerow III S. 592—594, Sintenis II S. 222—228, Holzschuber III S. 232 Nr. 4—13. S. auch die in Note 4 citirten Schriften von Dabelow Kap. 21, Kori Buch 2, Schweppe S. 67—80.

<sup>1</sup> L. 6 §. 6. 7 (Note 3) l. 10 §. 16 l. 24 D. quae in fr. cred. 42. 7.

<sup>2</sup> Ueber die Ansicht, daß bei freiwilliger Gläubigerabtretung eine richterliche Verfügung nicht erforderlich sei, s. Beyer (Note 4) S. 126 Note 2 S. 180—181. — Nach römischem Recht traten die Wirkungen des Concurses ein, sobald einer der Gläubiger zum Zweck der Execution missio in possessionem bonorum erlangt hatte, l. 6 §. 7 D. quae in fr. cred. (Note 3).

<sup>3</sup> L. 6 §. 7 D. quae in fr. cred. 42. 8. „Sciendum, Iulianum scribere, coque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recipit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum oxaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praecipere ceteris post bona possessa, cum iam par conditio omnium creditorum facta esset“.

<sup>4</sup> S. darüber Dabelow ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurs der Gläubiger (2. Aufl. 1801). Kori System des Concursprozesses (2. Aufl. 1828). Schweppe das System des Concurses der Gläubiger (3. Aufl. 1829). v. Beyer Theorie des Concursprozesses (4. Aufl. 1850). In den drei ersten der hier genannten Schriften ist zugleich über die Rangordnung der Gläubiger gehandelt.

<sup>1</sup> L. 6 C. h. t.

Vorzugsrecht unter den einzelnen Gläubigern kann begründet werden

1) durch ein Pfandrecht, mit welchem eine Forderung versehen ist<sup>2</sup>, wobei natürlich die privilegierten Pfandrechte (§. 246) den nicht privilegierten vorgehen<sup>3</sup>;

2) durch eine gesetzliche Vorschrift, welche einer Forderung ein Vorzugsrecht im Concurs einräumt (Concursprivilegium)<sup>4</sup>. Von den Concursprivilegien näher im folgenden §.

Der Satz, daß es auch Forderungen gebe, welche anderen Forderungen nachstehen, nämlich die Strafforderungen, läßt sich aus den Quellen nicht begründen<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Der Gläubiger, welcher ein Pfandrecht für seine Forderung nicht hat, wird in den Quellen *chirographarius creditor* genannt, s. l. 10 C. qui pot. s. 18 und die in der vorigen Note citirte Stelle; vgl. auch l. 4 cod., l. 38 §. 1 D. de reb. aut. iud. 42. 5. -- Es versteht sich von selbst, daß das Vorzugsrecht der Pfandforderung nicht über das Pfandobject hinausreicht. -- Nach römischem Recht brauchten die Pfandgläubiger gar nicht in den Concurs einzutreten, l. 6. 10 C. h. t. Mayer §. 10.

<sup>3</sup> Es wird dieß hier nur deswegen hervorgehoben, weil es hergebracht ist, aus den Pfandforderungen, je nachdem sie ein Privilegium haben oder nicht, zwei Concursclassen (die zweite und dritte, über die erste s. §. 271 Note 16.) zu bilden.

<sup>4</sup> Die Quellen bezeichnen das Concursprivilegium als *privilegium exigendi*. L. 24 §. 1 D. h. t., l. 1. 25 D. de R. C. D. 12 1, l. 1 de cess. bon. 42. 3. In l. 62 §. 10 D. pro soc. 17. 2 heißt es: „*exigendo privilegio utatur*“. A. M. G. M. Acher *disquisitiones historicas* (Heidelberg 1855) p. 17 seq., welcher glaubt, daß mit dem Ausdruck *privilegium exigendi* ein gesetzliches Pfandrecht bezeichnet werde. Seine Ausführung ist nicht überzeugend. -- Die Forderungen, welche mit einem Concursprivilegium versehen sind, machen die vierte, die gewöhnlichen chirographarischen Forderungen die fünfte Concursklasse aus.

<sup>5</sup> Diesen Satz stellen z. B. Puchta §. 248 Nr. 1 und Arndts §. 227 auf. Aber wenn es auch gerechtfertigt ist, aus l. un. C. poen. fiscal. 10. 7, obgleich diese Stelle zunächst nur von fideicommisstrischen Strafforderungen handelt, eine allgemeine Regel für alle Strafforderungen herzuleiten, so wird doch der Inhalt dieser Regel: *poenas exactio postponitur* (vgl. auch l. 17 D. de l. F. 49. 14) in l. 37 D. de l. F. so bestimmt dahin interpretirt, daß unter dem „*postponi*“ ein „*non anteponi*“ zu verstehen sei, daß in der That nichts Anderes übrig bleibt, als den bezeichneten Satz aufzugeben. In letzter Linie müßte jedenfalls gesagt werden, daß bei dem Widerspruch der genannten Stellen kein Zeugniß für denselben vorliege. Vgl. auch Unterholzner §. 183. o. Vangerow S. 248.

### §. 271.

Die Concursprivilegien haben ihren Grund entweder in einer Eigenschaft des Gläubigers, oder in einer Besonderheit des Forderungsrechtes; die letzteren (Nr. 6—10) gehen auf die Erben und sonstigen Rechtsnachfolger über, nicht die ersteren (Nr. 1—5)<sup>1</sup>. Im Einzelnen steht ein Concursprivilegium zu<sup>2</sup>

1) dem Fiscus<sup>2</sup>;

2) dem Landesherren und seiner Gemahlin<sup>4</sup>;

3) den Stadtgemeinden<sup>5</sup>;

— allen diesen Personen jedoch mit Ausnahme ihrer Strafforderungen<sup>6</sup>; —

4) der Ehefrau und ihren Kindern, auch der putativen Ehefrau und der Braut, für ihre Totalforderung<sup>7</sup>;

5) dem Bevormundeten für seine Forderung aus der Verwaltung seines Vermögens gegen wahre und falsche Vormünder, sowie gegen bloße Geschäftsführer<sup>8</sup>;

<sup>1</sup> L. 68 l. 196 D. de R. I. 50. 17 (§. 29 Note 5), l. 19 §. 1 D. de reb. s. 271. aut. iud. 42. 5, l. un. C. de priv. dotis 7. 74, l. 42 D. de adm. et per. 26. 7.

<sup>2</sup> In manchen Fällen concurrirt mit dem Concursprivilegium ein gesetzliches Pfandrecht. Dieß erklärt sich daraus, daß zuerst das Concursprivilegium verliehen worden ist, später das gesetzliche Pfandrecht. Das gesetzliche Pfandrecht geht aber nicht immer eben so weit, wie das Concursprivilegium, s. Nr. 4. 5. -- Derjenige, mit dessen Geld ein privilegirter Gläubiger abgefunden worden ist, tritt an dessen Stelle, l. 24 §. 3 D. h. t., l. 2 D. de cess. bon. 42. 3.

<sup>3</sup> L. 10 pr. D. de pactis 2. 14, l. 34 D. h. t., l. 6 pr. D. de l. F. 49. 14, Paul. S. R. V. 12 §. 10.

<sup>4</sup> L. 6 §. 1 D. de l. F. 49. 14.

<sup>5</sup> L. 38 §. 1 D. h. t. Sintenis §. 94 Note 12.

<sup>6</sup> S. §. 270 Note 5. Die Praxis stellt vielfach den Stadtgemeinden Kirchen, und wohl alle Corporationen gleich. Sintenis §. 94 Note 13. Smellin weiß davon nichts, vgl. S. 213. 576.

<sup>7</sup> L. un. C. de priv. dotis 7. 74, l. 22 §. ult. D. sol. matr. 24. 3, l. 17 §. 1 l. 18 l. 19 pr. D. h. t., l. 74 D. de l. D. 23. 3. Vgl. l. 12 C. qui pot. s. 18. Der Uebergang auf die Kinder rechtfertigt sich aus l. 12 cit. §. 1 und Nov. 91 pr. c. l. Daß kein Uebergang auf die Erben stattfindet, sagt ausdrücklich l. un. cit.

<sup>8</sup> L. 19 §. 1 — l. 23 D. h. t., l. 9 §. 1 l. 42 l. 44 §. 1 D. de adm. et per. 26. Kein Uebergang auf Erben und andere Rechtsnachfolger: l. 19 §. 1 cit., l. 42 cit.

6) der Forderung aus einem Darlehen zum Zweck der Wiederherstellung eines Gebäudes, des Kaufs, der Erbauung oder Ausrüstung eines Schiffes, sowie der Forderung aus dem Verkaufe eines Schiffes<sup>9</sup>;

7) der Forderung auf verhältnismäßigen Ersatz der auf ein gemeinschaftliches Gebäude verwendeten Reparaturkosten<sup>10</sup>;

8) der Forderung auf Erstattung von Geld, welches bei einem Banquier unverzinslich hinterlegt worden ist<sup>11</sup>, nach einer häufigen Praxis der Forderung aus jeder Hinterlegung<sup>12</sup>;

9) der Forderung auf Erstattung dessen, was auf die Beerdigung des Schuldners oder eines Andern, den dieser zu beerdigen verpflichtet war, verwendet worden ist<sup>13</sup>; endlich nach der Praxis

10) den durch die letzte Krankheit des Schuldners entstandenen Forderungen, sowie der Forderung auf rückständigen Gesindelohn<sup>14</sup>.

Vor den Pfandrechten geben die Concursprivilegien nach römischen Rechte keinen Vorzug<sup>15</sup>. Die Praxis aber hat einige derselben herausgehoben, und sogar den Pfandrechten vorgezogen: das Privilegium der Leichenkosten, der Kosten der letzten Krankheit, des Gesindelohns, der öffentlichen Abgaben<sup>16</sup>.

Was das Verhältniß der Concursprivilegien unter sich an-

<sup>9</sup> L. 24 §. 1 l. 26 l. 34 D. h. t., l. 25 D. de R. C. 12. 1, l. 1 D. de cess. bon. 42. 3.

<sup>10</sup> L. 52 §. 10 D. pro socio 17. 2.

<sup>11</sup> L. 24 §. 2 D. h. t., l. 7 §. 2. 3 l. 8 D. dep. 16. 3. Vgl. übrigens Sintonis §. 94 Note 31.

<sup>12</sup> Smelin §. 559: „nach einer unbestrittenen Praxis“. Unterholzner §. 391, Wangerow §. 249.

<sup>13</sup> L. 45 D. de rel. 11. 7, l. 17 pr. D. h. t. Vgl. l. 14 §. 3—5 l. 37 D. de rel. Samhaber Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIII. 16, Walthert das. R. F. XVII. 13.

<sup>14</sup> Dabelow §. 596—606, Schweppe §. 68, Smelin §. 64. 65. 68; Unterholzner §. 391, Wangerow §. 245. Seuff. Arch. III. 309, X. 329, XII. 257.

<sup>15</sup> L. 9 C. qui pot. 8. 18 (vgl. l. 74 D. de I. D. 23. 3). — Scheinbare Ausnahme bei dem Privilegium der Leichenkosten, Paul. S. R. I. 21 §. 15, l. 45 D. de rel. 11. 7, l. 14 §. 1 D. eod. Wangerow §. 249—250.

<sup>16</sup> Die hier genannten Forderungen bilden die erste Concursklasse (§. 270 Note 3. 4). Dabelow §. 596—615, Schweppe §. 68, Smelin §. 63—77, Sintonis §. 94 Note 30.

geht, so ist die Regel die, daß dieselben sich gleich stehen, und namentlich das höhere Alter keinen Vorzug gibt<sup>17</sup>. Davon gelten jedoch folgende Ausnahmen.

1. Den übrigen Privilegien geht vor das Privilegium der Leichenkosten<sup>18</sup>, der fisciischen Forderungen<sup>19</sup>, und der Forderung gegen den Banquier, soweit das deponirte Geld noch vorhanden ist<sup>20</sup>.

2. Das Privilegium der Totalforderung geht anderen jüngeren Privilegien vor<sup>21</sup>.

3. Das Privilegium der Forderung gegen den Banquier, insoweit das deponirte Geld nicht mehr vorhanden ist, steht allen anderen Privilegien nach<sup>22</sup>.

### §. 272.

Zu dem Gesagten sind noch folgende Bemerkungen hinzuzufügen.

<sup>17</sup> L. 32. D. h. t.

<sup>18</sup> S. die in Note 15 citirten Stellen.

<sup>19</sup> L. 34 l. 1. f. D. h. t., Paul. S. R. V. 12 §. 10.

<sup>20</sup> L. 7 §. 2. 3 D. dep. 16. 3. Vgl. Note 22. — Zwischen diesen drei Privilegien unter sich einen Unterschied zu machen, läßt sich aus den Quellen nicht rechtfertigen. Gewöhnlich gibt man dem Privilegium der Leichenkosten einen absoluten Vorzug. Aber wenn es auch in l. 45 D. de rel. 11. 7 heißt: „quae etiam omne creditum solet precedere“, so wird doch in l. 7 §. 2 D. dep. 16. 3 in gleicher Weise gesagt: „quoties foro cedant numularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum“, und Jobann: „et ante privilegia . . . depositariorum ratio habetur“. Was den Fiskus angeht, s. Paul. S. R. V. 12 §. 10: „Privilegium haec est, inter omnes creditores primum locum tenere“. Jedoch ist diese Frage für das heutige Recht ohne Bedeutung, da die beiden erstgenannten Forderungen bereits in den früheren Concursklassen zur Befriedigung gelangen.

<sup>21</sup> L. 9 C. de I. D. 5. 12. Die Annahme, daß das Totalprivilegium nicht bloß jüngeren Privilegien vorgehe, erscheint doch trotz l. 12 pr. C. qui pot. 8. 18 zu gewagt. Vgl. Wangerow §. 251—252.

<sup>22</sup> L. 24 §. 2 D. h. t. Ueber das Verhältniß dieser Stelle zu der in Note 20 genannten gehen die Meinungen sehr auseinander. Der hier vertretenen (Wangerow'schen) Ansicht macht allerdings Schwierigkeit l. 8 D. dep. 16. 3. Aber ist es denn nöthig, anzunehmen, daß die Compilatoren durch Anrüdung dieser Stelle auch das im Vorhergehenden über den Rang des Privilegiums Gesagte haben aufnehmen wollen? Vgl. Wangerow §. 252—256.

1. Zu vertheilende Masse ist nur, was übrig bleibt, nachdem a. die fremden, nur factisch, mit dem Vermögen des Schuldners vereinigten, Vermögensbestandtheile ausgedondert worden sind. Man pflegt die Personen, welche ein Recht auf eine Aussonderung dieser Art haben, Vindicanten<sup>1</sup> zu nennen. Zu den Vindicanten gehören auch diejenigen Berechtigten, denen zwar nur ein Forderungsrecht zusteht, welche aber dasselbe auch in der Form der Erhebung eines Eigenthumsanspruchs geltend zu machen befugt sind<sup>2</sup>. b. Auch nach dieser Aussonderung sind, ehe an die Gläubiger des Schuldners Etwas gelangt, vorher die f. g. Massagläubiger zu befriedigen, d. h. diejenigen, welche von der Masse als solcher etwas zu fordern haben<sup>3</sup>.

2. Gewisse Gläubiger haben das Recht, aus einem besonderen Theil des Vermögens des Schuldners Befriedigung mit Ausschluß der übrigen Gläubiger zu verlangen<sup>4</sup>, über welchen Theil dann möglicherweise ein besonderer Conkurs entstehen kann<sup>5</sup>. Der Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der, wo Jemand durch Erbschaft Schuldner geworden ist: in diesem Falle können die Erbschaftsgläubiger<sup>6</sup> Aussonderung der Erbschaft verlangen<sup>7</sup>. —

Eine fernere civilrechtliche Wirkung des Concurses ist die,

§. 272.

<sup>1</sup> Oder Separatisten ex iure domini. Bayer §. 51.

<sup>2</sup> S. §. 174 Note 6 und die dort citirten Quellenzeugnisse und Schriftsteller.

<sup>3</sup> Entweder in Folge eines Rechtsgeschäftes mit der Gläubigerschaft, oder aus einem sonstigen Grunde, z. B. aus Realasten, die während des Concurses erfallen. Bayer §. 50. Nach gemeinem Rechte gehören auch die Concurskosten hierher. Schweppe §. 91.

<sup>4</sup> S. g. Separatisten ex iure crediti. Bayer §. 21.

<sup>5</sup> S. g. Particularconcurs im Gegensatz zum Universalconcurs.

<sup>6</sup> Zu denen auch die Vermächtnisnehmer gehören. Dig. 42. 6 de separationibus. Cod. 7. 72. Das Nähere im Erbrecht. Vgl. noch Polzschuber a. a. D. Nr. 13.

<sup>7</sup> Ueber die anderen Fälle, welche man, mit Recht oder Unrecht, hierher zu stellen pflegt, s. Bayer a. a. D., Dabelow Kap. 12, Schweppe §. 148, Smelln §. 57—62. S. auch PWB. Art 122. „Im Falle des Concurses der Gesellschaft werden die Gläubiger derselben aus dem Gesellschaftsvermögen abgesondert befriedigt, und können aus dem Privatvermögen des Gesellschafters nur wegen des Ausfalls ihre Befriedigung suchen“. Ehöl Vaudelbr. I S. 236.

daß der Schuldner dadurch das Verfügungsrecht über sein Vermögen verliert<sup>2</sup>.

## E. Zeit der Leistung.

### 1. Rechte Zeit der Leistung.

#### §. 273\*.

Das Forderungsrecht kann möglicherweise eine Zeitbestimmung in sich tragen, kraft Rechtsvorschrift<sup>1</sup>, oder, was gewöhnlicher ist, kraft der das Forderungsrecht begründenden Willenserklärung<sup>2</sup>; möglicherweise ist es ein zeitlich unbestimmtes. Trägt das Forderungsrecht eine Zeitbestimmung in sich, so ist der Gläubiger vor der bezeichneten Zeit nicht berechtigt, die Leistung einzufordern<sup>3</sup>. Ist das Forderungsrecht ein zeitlich unbestimmtes, so ist der Gläubiger sofort berechtigt, die Leistung einzufordern<sup>4</sup>, und muß dem Schuldner nur diejenige Zeitfrist gönnen, welche die Leistung ihrer Natur nach nöthig macht<sup>5</sup>. Eine Leistung, mit deren Einforderung der Gläubiger nicht mehr zu warten

\* Nach heutigem, nicht nach römischem Recht. L. 9 vgl. l. 10 §. 16 D. quo in fr. cred. 42. 8. Bayer §. 23. 24.

<sup>1</sup> Unterholzner I §. 109—111. 169, Savigny Obi. I §. 50, Sinteris II S. 151—154.

<sup>2</sup> S. j. B. l. au. §. 7 C. de rei ux. act. 5. 13.

<sup>3</sup> §. 2 I. de V. O. 3. 15, §. 26 I. de inut. stip. 3. 19, l. 50 D. de O. et A. 44. 7, l. 42 D. de V. O. 45. 1, l. 41 pr. eod., l. 17 §. 3 D. de manum. test. 40. 4, l. 217 §. 1 D. de V. S. 50. 16, l. 11 §. 6 D. de leg. III<sup>o</sup> 82. Scuff. Arch. III. 14, IV. 108, XIII. 228; III. 151, VIII. 249, IX. 15, XII. 233, XIV. 121, XV. 7. 218, XVII. 18; V. 273. Vgl. §. 96. Auch Polzschuber III §. 227 Nr. 8. a.

<sup>4</sup> §. 2. I. de V. O. 3. 15, l. 42 D. de V. O. 45. 1, l. 213 pr. D. de V. S. 50. 16.

<sup>5</sup> L. 213 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 14 l. 186 D. de R. l. 50. 17, l. 41 §. 1 l. 42 D. de V. O. 45. 1. Scuff. Arch. VIII. 240.

<sup>6</sup> L. 186 D. de R. l. 50. 17, l. 14 l. 41 §. 1 l. 60 l. 73 pr. l. 98 §. 1 l. 137 §. 2. 3 D. de V. O. 45. 1, l. 2 §. 6 D. de eo quod certo loco 13. 4, §. 5 I. de V. O. 3. 15, §. 27 I. de inut. stip. 3. 19. Ueber l. 72 §. 2 D. de V. O. s. Unterholzner S. 227, Sinteris §. 91 Note 12. Vgl. l. 105 D. de sol. 46. 3; l. 71 §. 2 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30, l. 21 D. de iud. 5. 1. Besonderes Recht des Constitutum: l. 21 D. de pec. const. 13, 5; Brunó Zeitshr. f. Rechtsgesch. I S. 62. 91.

Windscheid, Pandekten. II. Band.



braucht, nennt man eine fällige Leistung; man sagt aber auch von dem Forderungsrechte selbst, daß es fällig sei<sup>6</sup>.

Eine andere Frage ist, ob der Schuldner, wenn die Leistung fällig ist, die Einforderung des Gläubigers abwarten darf, ob er nicht verpflichtet ist, die Leistung, sobald sie fällig ist, unaufgefordert zu machen? Diese Frage ist, wenn das Forderungsrecht ein zeitlich unbestimmtes ist, für die regelmäßigen Fälle zu verneinen; nur in Ausnahmefällen verlangt das Recht von dem Schuldner unaufgeforderte Leistung. Trägt das Forderungsrecht eine Zeitbestimmung in sich, so ist auf den Sinn derselben zu sehen. Der Sinn derselben kann möglicherweise der sein, daß der Schuldner allerdings zu der bezeichneten Zeit solle leisten müssen, ohne die Aufforderung des Gläubigers abwarten zu dürfen; möglicherweise aber kann auch eine solche Zeitbestimmung lediglich in dem Sinne getroffen sein, daß der Gläubiger vor der bezeichneten Zeit die Leistung nicht solle einfordern dürfen. Das Nähere über diese Frage in §. 278.

Eine noch andere Frage ist es, zu welcher Zeit der Schuldner berechtigt sei, zu leisten, d. h. zu welcher Zeit er durch Leistung dem Forderungsrechte Genüge thue, und daher von dem Gläubiger Annahme der Leistung verlangen könne? Auf diese Frage ist zu antworten: der Schuldner ist regelmäßig zur Leistung berechtigt sogleich nach Entstehung des Forderungsrechtes, vorausgesetzt daß die gewählte Zeit keine unpaßende ist. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn eine Zeitbestimmung für die Leistung lediglich im Interesse des Gläubigers getroffen worden ist<sup>7</sup>.

#### Interusurium.

##### §. 274.

Es kann das Bedürfnis entstehen, den gegenwärtigen Werth

<sup>6</sup> Die Quellen sagen: dies venit. L. 218 pr. D. de V. S. 50. 16. „Ceteris diem significat, incipere debere pecuniam; venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus est, et cessit et venit dies; ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit; ubi sub conditione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc conditione“.

<sup>7</sup> L. 39 D. de sol. 46. 3, l. 33 §. 16 D. de V. O. 45. 1 (l. 70 D. de sol. 46. 3), l. 41 §. 1 l. 137 §. 2 D. de V. O., l. 17 D. de R. I. 50. 17. Vgl. l. 43 §. 2 D. de leg. II<sup>o</sup> 31, l. 15 D. de ann. leg. 33. 1. Mommsen Beiträge zum Obligationenr. III S. 156—158.

einer erst künftig fälligen Forderung zu bestimmen<sup>1</sup>. Dieser Werth ist, vorausgesetzt daß das Forderungsrecht sich nicht auch auf die Nutzungen des Leistungsgegenstandes erstreckt, geringer, als der Nominalwerth der Forderung. Der Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der einer künftig fälligen unverzinslichen Geldforderung; die Differenz zwischen dem gegenwärtigen und dem Nominalwerth der Forderung pflegt man hier Interusurium<sup>2</sup> zu nennen (in der kaufmännischen Sprache Rabát oder Disconto). Die Berechnung des Interusurium<sup>3</sup> geschieht in der Weise, daß ein Kapital gesucht wird, welches mit Hinzufügung der davon bis zum Verfalltermine zu ziehenden Zinsen dem Gläubiger die ihm geschuldete Summe gewährt. Ob dabei auch auf Zinsezinsen

<sup>1</sup> Z. B. bei der Berechnung der falcidischen Quart, wenn in der Erbschaft 6. 274. Forderungen sich befinden, welche noch nicht fällig sind, oder wenn ein Vermächtniß auf die Auszahlung einer noch nicht fälligen Forderung geht, oder es selbst erst nach einer gewissen Zeit auszahlt werden soll (l. 1 §. 10 l. 45 pr. l. 66 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2). Oder ein Schuldner zahlt zur Befriedigung seiner Gläubiger eine noch nicht fällige Forderung voll aus, wo der Empfänger zurückgeben muß, was er über den gegenwärtigen Werth der Forderung erhalten hat (l. 10 §. 12 l. 17 §. 1 D. quas in fr. ered. 42. 8). Oder ein Schuldner wird ausnahmsweise zur Leistung vor dem Verfalltage gezwungen (l. 24 §. 2 D. sol. matr. 24. 3). Oder die Parteien werden darüber einig, daß eine künftig fällige Forderung mit Reducirung auf ihren gegenwärtigen Werth gleich jetzt abgetragen werden solle. — Man darf aber nicht den Satz aufstellen, daß der Gläubiger auch gegen seinen Willen mit dem gegenwärtigen Werth seiner künftig fälligen Forderung abgefunden werden könne. Vgl. Bangerow III S. 201—202, Pöschel Zeitschr. f. R. Pflege und Verwalt. in Sachsen N. F. XIX S. 386—400.

<sup>2</sup> Der Ausdruck interusurium bezeichnet eigentlich den Zins, welcher von der schuldigen Summe bis zum Verfalltage gezogen werden kann, l. 9 §. 8 D. de pes. 15. 1, l. 66 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. Entsprechende allgemeine Ausdrücke sind: commodum temporis, medii temporis commodum, representationis commodum (l. 24 §. 2 D. sol. matr. 24. 3, l. 82 pr. D. de leg. II<sup>o</sup> 31, l. 45 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 1 §. 10 eod., l. 1 §. 2 l. 12 D. de dato prael. 33. 4, l. 10 §. 12 D. quas in fr. ered. 42. 8). Vgl. Friz Erläut. II S. 129—131.

<sup>3</sup> Schröder civil. Abhandlungen Nr. 2 (1816). F. Zacharia über die richtige Berechnung des Interusurium (1831). Dettinger Arch. f. civ. Pr. XXIX. 2 (1846). P. F. Reil das Interusurium (1854). Friz Erläut. II S. 128—136, Unterholzner I §. 132, Bangerow III §. 587 Anm., Sintenis II S. 155—156.

Rücksicht zu nehmen sei<sup>4</sup>, hängt davon ab, ob und in wie weit nach den besonderen Umständen des Falles der Gläubiger sich in der Lage befindet, die gezogenen Zinsen wieder zinsbar anlegen zu können<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Dieß thut die f. g. Leibniz'sche Berechnung (Leibniz meditatio iuridico-mathematica de interusura simplice in den Acta eruditorum von 1683 p. 426 599), im Gegensatz zu der f. g. Hoffmann'schen Berechnung (G. A. Hoffmann Klugheit Haus zu halten oder Prudentia oeconomica, nebst einem Anhang vom interusuraum, 1731). — Eine dritte Art der Berechnung, die f. g. Carpzev'sche (Ben. Carpzev opus decisionum ill. Saxon. 1704 P. III doc. 276), findet die gesuchte Summe einfach dadurch, daß sie an dem Nominalwerth der Forderung den Betrag der Zinsen der Zwischenzeit in Anrechnung bringt, — also dem Gläubiger abzieht, was derselbe zu viel erhalten haben würde, wenn ihm gegeben worden wäre, was ihm nicht gegeben wird. Diese letztere Art der Berechnung, so handgreiflich unrichtig sie ist, liegt doch der einzigen Quellestelle zu Grunde, in welcher die Größe des Interusuraum bestimmt wird, l. 88 §. 3 D. ad leg. Falc. 35. 2. Man ist aber darüber einverstanden, daß wir durch diesen Versuch der Lösung einer reinen Rechnungsaufgabe nicht gebunden sind. (Es ist übrigens zu bemerken, daß die in der genannten Stelle unmittelbar beantwortete Frage eine andere ist. Die Frage, welche daselbst aufgeworfen wird, ist: wenn A 100 als Vermächtniß erst jetzt erhält, B 100 bereits vor einer gewissen Zeit erhalten hat, um wie viel hat A weniger als B? Die richtige Antwort wäre gewesen: A hat 100, B  $100 + x$ . Statt dessen sagt die Stelle, indem sie den Standpunkt der Zeit, wo auch A erhält, verläßt, und sich auf den Standpunkt der Zeit stellt, wo B erhalten hat: das Vermächtniß des B beträgt 100, das des A  $100 - x$ .)

<sup>5</sup> Dieser Gedanke ist namentlich in der Keil'schen Schrift ausgeführt, während Dettinger sich bemüht, die Leibniz'sche Berechnung als die allein richtige nachzuweisen. Dieser Beweis war, wenn gefragt wird, welche Berechnung die mathematisch genaue sei, nicht nöthig; auf juristische Momente nimmt Dettinger keine Rücksicht. (Daß die Hoffmann'sche Berechnung keine mathematisch genaue ist, tritt namentlich dann hervor, wenn man dem Anspruch des Gläubigers (wie viel muß der Gläubiger jetzt erhalten, um nach Ablauf der bestimmten Zeit sein volles Kapital zu haben?) den Anspruch des Schuldners (wie viel muß der Schuldner vom Kapital zurückbehalten, um nach Ablauf der bestimmten Zeit soviel zu haben, als er in der Zwischenzeit von dem Kapital, wenn er es noch nicht gezahlt hätte, an Zinsen hätte ziehen können?) gegenüberstellt. Wenn hier Gläubiger und Schuldner in gleicher Weise den Zins nicht wieder als zinstragendes Kapital in Anrechnung bringen, muß der Fehler natürlich um so größer werden. Dettinger S. 85 fg. Ein anderes Argument, welches Dettinger gebraucht (S. 74 fg), ist, daß er einen Fall konstruirt, wo ein Gläubiger mehrere Forderungen hat, die zu verschiedenen Zeiten fällig sind, etwa eine erst nach einem Jahr, eine zweite nach zwei Jahren, und daß er nun zweijährige Zinsen nicht von derjenigen Summe in Anrechnung bringt, welche der Gläubiger auf seine zweite Forderung

## §. 275.

Ausnahmsweise darf der Gläubiger trotz der Fälligkeit der Leistung dieselbe noch nicht einfordern.

1. Zufolge der dem Schuldner zustehenden Rechtswohlthat des Nothbedarfs (§. 267).

2. Wenn diejenigen Gläubiger, welche von dem Gesamtbetrage der Schulden des Schuldners den größeren Theil zu fordern haben, Gewährung eines Zahlungsausstandes beschließen, so sind dadurch die übrigen Gläubiger gebunden, jedoch nur auf fünf Jahre. Ist der Betrag der Forderungen auf beiden Seiten gleich, so entscheidet die Mehrzahl der Forderungsberechtigten. Ist auch die Zahl der Forderungsberechtigten gleich, so gilt der Ausstand als gewährt<sup>1</sup>.

3. Der Schuldner kann einen Ausstand auch durch eine Verfügung des Landesherrn erhalten (f. g. Moratorium<sup>2</sup>). Ist eine solche Verfügung auf Grund falscher Vorbringungen erwirkt worden, so ist sie ungültig<sup>3</sup>. Die Frage, ob das ertheilte Mora-

wirklich erhält, sondern von einer Summe, welche durch Verkleinerung der Summe, die der Gläubiger auf seine erste Forderung erhält, und von welcher nur einjährige Zinsen in Ansatz gebracht werden, erhöht worden ist.)

\* Holzschuher III §. 290.

<sup>1</sup> Diese Bestimmungen traf Justinian in l. 8 C. qui bonis oculo 7. 71. §. 275. Pfeiffer practische Ausführungen IV. 3. — Findet das Zwangsrecht der Majorität auch noch nach eröffnetem Concurs Statt? Spangenberg Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VI S. 235 fg. Kann die Minorität Sicherstellung verlangen? Bejahend entschieden in den Urtheilen bei Seuff. Arch. V. 264; darüber Pfeiffer S. 66. Kommt die Stundung den Värgen der Minorität zu Gute? Nein, nach Analogie von l. 58 §. 1 D. mand. 17. 1 (§. 358 Note 4).

<sup>2</sup> Unterholzner I S. 371, Sintenis II S. 158, Scuffert §. 252, Bayer Concursproz. §. 36. Ueber den legislativischen Werth des Instituts Mittermaier Arch. f. civ. Pr. XVI. 17. — Die Bezeichnung „Moratorium“ rührt ohne Zweifel von dem in l. 2 C. de prec. 1. 19 vorkommenden Ausdruck „moratoria praescriptio“ her, welcher Ausdruck aber nichts bezeichnen will, als verzögerliche Einrede überhaupt. — Seuff. Arch. XIV. 84.

<sup>3</sup> H. P. O. 1577 Tit. 23 §. 4. Die Bestimmung der l. 4 C. de prec. 1. 19, daß die Verfügung auch dann nicht gelten solle, wenn den Gläubigern nicht für

torium auch die später entstandenen Forderungen ergreife, ist eine Auslegungsfrage<sup>4</sup>.

## 2. Verzug<sup>5</sup>.

### a. Begriff.

#### §. 276.

Wenn der Schuldner die Zeit, zu welcher er die Leistung zu machen verpflichtet war, hat verstreichen lassen, ohne die Leistung zu machen, so ist er in Verzug<sup>4</sup>. Im eigentlich technischen Sinn des Wortes wird aber nur von demjenigen Schuldner gesagt, daß er in Verzug sei, welchem der Verzug zur Schuld angerechnet werden kann<sup>2</sup>. Der juristische Verzug, — welcher

die künftige Befriedigung Bürgschaft geleistet worden sei, wird heutzutage nicht mehr beachtet (Wayer a. a. O. und die das. Note 9 Citirten); jedenfalls hindert sie den Landesherrn nicht, die Bürgschaftseistung zu erlassen.

<sup>4</sup> Ist das Moratorium auf Grund einer vom Schuldner gestellten Sicherheit erteilt, so ist nicht anzunehmen, daß der Landesherr durch dasselbe auch den späteren Gläubigern, welche diese Sicherheit nicht haben, habe entgegenzutreten wollen. — Was den Bürgen angeht, so muß auch hier die Analogie von l. 58 §. 1 D. mand. 17. 1 (Note 1) entscheiden. S. auch Holzschuher a. a. O. Nr. 11. — Brauchen während des Moratoriums auch keine Zinsen gezahlt zu werden? Holzschuher a. a. O. Nr. 8 und III §. 216 Nr. 4.

\* Dig. 22. 1 de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora. — v. Rabai die Lehre von der Mora (1837). C. W. Wolff zur Lehre von der Mora (1841). Fr. Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht 3. Abth.: die Lehre von der Mora (1855). In der letzteren Schrift: Windscheid Heid. krit. Zeitschr. III S. 258—278 (1856). Eine Uebersicht der älteren Literatur bei Rabai S. V—XIV. Unterholzner I §. 52—59, Friedl. Erläut. II S. 326—347, Dagerow III §. 588, Sintenis II §. 93, Illiger in Palmers's Vierteljahresschr. XIV S. 125 fg., Holzschuher III §. 233.

s. 276. <sup>1</sup> Der lateinische Ausdruck ist „mora“. Es braucht nicht erst gesagt zu werden, daß dieser Ausdruck keine notwendige Beziehung auf die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit hat; vgl. j. R. l. 5 D. de off. proe. l. 16: — „quid enim si necessariam moram in itinere patitur“? Mora bezeichnet auch Zeitablauf im Allgemeinen, vgl. j. R. l. 15 D. de neg. gest. 3. 5, l. 58 D. de H. P. 5. 3, l. 51 D. de pos. 15. 1 und Mommsen §. 1 Note 9.

<sup>2</sup> S. namentlich l. 24 pr. D. h. t. 22. 1 und l. 127 D. de V. O. 45. 1. L. 24 pr. cit. „Si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram; utique si in isto ad iudicium provocavit“.

fortan Verzug schlechthin genannt werden wird, — hat wichtige rechtliche Folgen (§. 279); dieß macht es nöthig, seine Voraussetzungen näher zu bestimmen (277. 278)<sup>2</sup>.

### b. Voraussetzungen.

#### §. 277.

Der Verzug setzt voraus

1) ein gültiges, mit keiner Einrede behaftetes und klagbares Forderungsrecht<sup>1</sup>;

2) daß diejenige Zeit, zu welcher der Schuldner die Leistung zu machen verpflichtet war, ohne Leistung verstrichen sei. Welches diese Zeit sei, ist im Allgemeinen bereits in §. 273 gesagt worden; näher wird davon im folgenden §. gehandelt werden. Es muß jedoch

3) der Schuldner auch gewußt haben, daß er leisten, und gerade jetzt, und gerade so leisten müsse, wie es von ihm verlangt wird<sup>2</sup>. Unentschuldbarer Irrthum gilt jedoch dem Wissen gleich<sup>3</sup>. Endlich muß

— Zur Bezeichnung dieser doppelten Art des Verzuges gebraucht Wolff die Ausdrücke „objektiver, subjectiver Verzug“. Man wird die Bezeichnung nicht unpaßend finden dürfen; aber mit Recht erklärt sich Mommsen (§. 1) dagegen, daß der objective Verzug dem subjectiven als besonderes Rechtsinstitut gegenüber gestellt werde.

<sup>1</sup> Auch der Gläubiger kann in Verzug sein, in Betreff der Annahme der Leistung, zu welcher der Schuldner bereit ist, — mora creditoris oder mora accipiendi im Gegensatz zur mora debitoris oder mora solvendi. Es ist nicht gerechtfertigt, den Verzug des Gläubigers mit dem Verzug des Schuldners in derselben Darstellung zusammenzufassen. Der Verzug des Schuldners gehört in die Lehre vom Inhalt, der Verzug des Gläubigers in die Lehre von der Aufhebung des Forderungsrechtes. S. §. 345. 346.

<sup>1</sup> L. 54 D. de pact. 2. 14, l. 40 D. de R. C. 12. 1, l. 78 pr. D. de leg. §. 277. 110 31, l. 127 D. de V. O. 45. 1, l. 88 D. de R. I. 50. 17.

<sup>2</sup> Daßer 63 D. de R. I. 50. 17: „Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur dolo facere“, und ebenso l. 24 pr. D. h. t. (§. 275 Note 2). Dagegen l. 82 §. 1 D. de V. O. 45. 1: „et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere“. Scuff. Arch. VII. 291. S. auch l. 21 i. f. l. 22 D. h. t., l. 3 pr. eod. vgl. mit l. 89 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 99 D. de R. I. 50. 17, und vgl. auch l. 13 pr. D. dep. 16. 3.

<sup>3</sup> L. 5 D. de R. C. 12. 1, l. 42 D. de R. I. 50. 17. Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note Mommsen S. 57—61.

4) dem Schuldner auch kein sonstiger Entschuldigungsgrund zur Seite stehen, durch welchen es gerechtfertigt wird, daß er nicht rechtzeitig geleistet hat<sup>4</sup>. Ob dieß der Fall ist, hat zwar der Richter im einzelnen Fall nach seinem Ermessen zu bestimmen<sup>5</sup>, wenn sich aber der Schuldner darauf beruft, daß ihm die rechtzeitige Leistung unmöglich geworden sei, so sind die in §. 264 entwickelten Grundsätze maßgebend. War daher das Hinderniß, welches die rechtzeitige Leistung ausgeschlossen hat, schon zur Zeit der Begründung des Forderungsrechtes vorhanden, so kann sich der Schuldner auf dasselbe berufen, wenn es ein objectives, nicht, wenn es ein bloß subjectives war<sup>6</sup>. Ist dagegen das Hinderniß erst später eingetreten, so ist zu unterscheiden, ob der Schuldner an demselben Schuld ist oder nicht, und dabei wird der Richter darauf Rücksicht nehmen müssen, ob der Schuldner nach dem Inhalt des obligatorischen Verhältnisses bloß für Arglist, oder auch, und in wie weit, für Nachlässigkeit haftet<sup>7</sup>. Auch Zahlungsunfähigkeit, wenn sie durch unverschuldete Unglücksfälle herbeigeführt worden ist, muß als Entschuldigungsgrund angesehen werden<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> L. 5 D. de R. C. 12. 1: — „animadverti debet, . . . in potestate tua fuerit id nec ne, aut dolo malo factis, quominus esset vel fuerit nec ne. . .“ L. 17 §. 8 h. t.: — „quid enim potest imputari ei, qui solvere, etiamsi rollet, non potuit“? S. außerdem l. 21 l. 23 pr. D. h. t., und vgl. auch l. 9 §. 1 eod., l. 23 §. 1 D. de resc. 4. 8, l. 47 pr. D. de leg. 1<sup>o</sup> 30.

<sup>5</sup> L. 91 §. 3 D. de V. O. 45. 1: — „esse enim hanc questionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientias perniciose . . . erratur“. Vgl. auch l. 32 pr. D. h. t. Stuff. Arch. XII. 134, XIII. 12.

<sup>6</sup> L. 137 §. 4 D. de V. O. 45. 1.

<sup>7</sup> Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, es läßt sich aber nicht abweisen. Wenn Jemand bei dauernder Unmöglichkeit nur für Arglist haftet, wie will man ihn dann für Nachlässigkeit verantwortlich machen, wenn die Unmöglichkeit bloß eine zeitweilige ist? Vgl. auch l. 13 pr. D. dep. 16 3. Ober warum soll er umgekehrt im letzteren Fall milder behandelt werden, wenn ihn die dauernde Unmöglichkeit schon bei Nachlässigkeit zur Schuld angerechnet wird? Aus der l. 5 D. de R. C. 12. 1 (Note 4) ein argumentum a contrario herleiten zu wollen, ist gewiß unzulässig (Mommsen S. 76). Ueber die verschiedenen Ansichten s. Rabai S. 10, Wolff S. 255 fg., Mommsen S. 14. 23. 67—69.

<sup>8</sup> Dieser Satz wird von der herrschenden Meinung nicht anerkannt, aber

## §. 278.

Die Zeit, zu welcher der Schuldner die Leistung zu machen verpflichtet ist, muß regelmäßig erst durch Aufforderung des Gläubigers bestimmt werden; regelmäßig kommt der Schuldner erst in Verzug durch die Mahnung (273)<sup>1</sup>. Dieß erleidet aber Ausnahmen.

1. Mahnung ist nicht erforderlich, wenn bei der Begründung des Forderungsrechtes eine Zeitbestimmung in dem Sinne hinzugefügt worden ist, daß der Schuldner zu dieser Zeit leisten

er folgt aus dem angestellten Princip. Vgl. Seuffert §. 245 Note 13, Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 112. Dawidow spricht auch nicht l. 137 §. 4 D. de V. O. 45. 1. Denn diese Stelle handelt von dem Falle, wo die Mittellosigkeit des Schuldners gleich zu Anfang, schon zur Zeit des abgegebenen Versprechens, vorhanden war; für diesen Fall ist die zu Note 6 bemerkte Regel maßgebend. — Einfluß des Concurres: Seuff. Arch. VI. 117, X. 323, XIII. 306.

<sup>2</sup> Der Satz, daß der juristische Verzug durch jeden Entschuldigungsgrund ausgeschlossen werde, ist nicht allgemein anerkannt. Einige Schriftsteller wollen bei den in den Quellen ausdrücklich genannten Entschuldigungsgründen stehen bleiben, oder lehren doch, daß der Schuldner sich auf solche Entschuldigungsgründe nicht berufen könne, welche ihren Grund in seiner Person haben. Man hat dieser Meinung den, nicht sehr glücklichen, Ausdruck gegeben: zur mora sei keine culpa erforderlich. Vertheidigt wird sie namentlich von Schönmann Handbuch des Civilrechts II Nr. 11 und Lehre vom Schadenersatz II S. 10 fg., Benfey in der Allg. Lit. Zeit. von 1842 S. 351 fg., Geron Zeitschr. f. Civilr. und Pr. R. §. II S. 218—240, Puchta §. 268. a, 269. h, Sinteris<sup>2</sup> II §. 93 Note 50 und S. 208, C. Esmarch inter moram solvendi et culpam a debitore praestandam quae sit differentia ex iure Romano quaeritur (Habilitationsschrift, 1852; dieser Schriftsteller beschränkt aber die Wirkungen des Verzuges sehr). Gegen dieselbe sind namentlich zu vergleichen Rabai §. 2, Wolff S. 252 fg. (s. aber auch denf. S. 287—301), Mommsen §. 2. 8, Bangerow III §. 588 Anm. 1. Unter den Argumenten für diese Meinung spielt eine Hauptrolle die cit. l. 137 §. 4 D. de V. O. Aber diese Stelle enthält, wie bereits bemerkt wurde, nur den Satz, daß die ursprüngliche subjective Unmöglichkeit von dem Schuldner als Entschuldigungsgrund nicht geltend gemacht werden könne.

<sup>1</sup> Die Mahnung heißt in den Quellen interpellatio. L. 32 pr. D. h. t. §. 278. „Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, i. e. si interpellatus oportuno loco non solverit“. L. 36 §. 3 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30, l. 23. 24 D. de V. O. 45. 1, Paul. R. S. III. 8 §. 4. Vgl. l. 24 D. quando dies 36. 2. S. auch l. 53 pr. D. de fideic. lib. 40. 5: — „libertas non privata, sed publica res est, at ultro is, qui eam debet, offerre debeat“.

müsse<sup>2</sup>, nicht bloß in dem Sinne, daß der Gläubiger vor dieser Zeit nicht fordern dürfe<sup>3</sup>. Die Behauptung, daß die Festsetzung eines Leistungstermines die Mahnung immer unnötig mache, läßt sich ebenso wenig rechtfertigen, als die entgegengesetzte,<sup>4</sup> daß sie es nie thue<sup>5</sup>; die Frage kann

<sup>2</sup> Einen Fall dieser Art hat l. 10 C. de A. E. V. 4. 49 im Auge. „Cum venditorum carnis fide conventionis rupta tempore placito hanc non exhibuisse proponas, ex empto actione eum, quanti intersit tua, si tunc praestita fuisset, apud praesidem provinciae convenire potes“. Zwar hat man diese Stelle von dem Falle verstehen wollen, wo nach der bestimmten Zeit das Fleisch dem Käufer nicht mehr brauchbar, und daher die Erfüllung der Verpflichtung des Verkäufers nicht mehr möglich sei (Mommson S. 88); aber es liegt auf der Hand, daß diese Erklärung in die Stelle etwas hinein trägt, was nicht in derselben gesagt ist. Zweifelhafter ist es, ob auch l. 114 D. de V. O. 45. 1 hierher zu beziehen ist. „Si fundum certo die praestari stipuler, et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur, consecutum me, quanti mea interest, noram factam non esse“. Es ist nämlich möglich, daß durch den Ausdruck „per promissorem steterit“ die geschehene Mahnung mit hat bezeichnet werden sollen. Dagegen darf man auch nicht einwenden (Vangerow S. 216), daß eine wirkliche Mahnung nicht vor Ablauf der dem Schuldner festzusetzenden Leistungszeit geschehen könne; denn dieser Satz kann eben als richtig nicht anerkannt werden (§. 279 Note 4). Vgl. auch die, in diesem Zusammenhang gewöhnlich nicht beachtete, l. 11 D. de rs ind. 42. 1.

<sup>3</sup> Hierher gehört z. B. der Fall, wo beim Mietvertrage über die Fristen, in denen der Mietzins gezahlt werden soll, eine Vereinbarung getroffen ist. L. 17 §. 4 D. h. t. „Ex locato qui convenitur, nisi convenerit, ut tardius pecuniae illatae usuras praestare deberet, non nisi ex mora usuras praestare debet“. Man hat zwar eingewendet, daß diese Stelle nur eine gesetzliche bestimmte Zahlungszeit im Auge habe (Mommson S. 91, Vangerow S. 219); aber sie sagt doch ganz allgemein „tardius“, und zu spät gezahlt ist gewiß auch das zur vereinbarten Zeit nicht gezahlte Mietzins.

<sup>4</sup> Daß „dies adiectus interpellat pro homine“ ist seit der Zeit der Glossatoren bis in die neuere Zeit die herrschende Meinung gewesen, und namentlich war in Deutschland seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts aller Zweifel an der Richtigkeit dieser Regel verschwunden. Bestritten wurde sie wieder von Sabigny in seinen Vorlesungen, und zuerst öffentlich von Neustetel Arch. f. civ. Pr. V. 8 (1822). Seit dieser Zeit sind in Betreff derselben die Juristen in zwei Lager gespalten. Als Gegner der Regel sind ferner aufgetreten namentlich: v. Schröter (hier in besonders ausführlicher Darstellung) Zeitschrift f. Civ. u. Pr. IV. 5 (1831) und VII. 3 (1834), Wolff §. 27—29, Frig Erläut. II S. 331 fg., Unterholzner I S. 115—117, Fuchta S. 269 Note q, Sintenis II §. 93 Note 71, Brinz S. 551; vertheidigt wird sie u. A. von Madai §. 24, Mommson §. 11, Seuffert §. 245, Vangerow

nur die sein, was im Zweifel, wenn die besonderen Umstände des vorliegenden Falles der Auslegung keine Hand-

III §. 588 Anm. 2, Arndts §. 251 Note 6, Holzschuber III §. 233 Nr. 2. Nähere Literaturangaben bei Schröter IV S. 100—128, Madai §. 16—23, Mommson S. 102—104, Vangerow S. 206—208. Jedoch wird nicht von allen den genannten Schriftstellern die Meinung, welche sie für die richtige halten, als die absolut richtige hingestellt, vielmehr angegeben, daß die Fristbestimmung möglicherweise auch den entgegengesetzten Sinn haben könne; s. auf der einen Seite Schröter IV S. 106, Frig S. 332, auf der anderen Mommson S. 109—113 S. 116—119, Seuffert §. 245 Note 8 (Bl. f. R. Anwend. zunächst in Bayern I Nr. 1. 2), Vangerow S. 211 unt. Vgl. auch Bruns Zeitschr. f. R. G. I S. 65—67 S. 105. Daß diese doppelte Möglichkeit anerkannt werde, scheint mir bei dieser ganzen Controverse das Erste und Wesentlichste zu sein. Eines näheren Beweises für dieselbe bedarf es nicht, da sie aus der Natur der Sache folgt; nicht darüber kann gestritten werden, ob nicht die Zeitbestimmung möglicherweise sowohl den einen, wie den anderen Sinn haben könne, sondern nur darüber, welchen sie im Zweifel habe (Note 5). S. überdies die in Note 2 und 3 genannten Quellenstellen. Es ist allerdings zuzugeben, daß die an dem angeführten Orte gegebene Erklärung dieser Stellen keine zwingend notwendige ist; aber um so mehr ist zu behaupten, daß sich aus den Quellen ein stringenter Beweis für die ausschließliche Richtigkeit der einen oder der anderen Meinung nicht hebringen läßt. Unter den Stellen, auf welche man sich außer den genannten Stellen von der einen und anderen Seite sonst noch berufen hat, haben die meiste Beweiskraft, und zwar gegen die Regel, die in Note 1 genannten; aber auch sie schließen doch die Möglichkeit von Ausnahmen nicht aus. Die übrigen sind noch viel weniger entscheidend, und zum Theil sogar von Anhängern derselben Meinung, für welche sie geltend gemacht werden, aufgegeben. Die hauptsächlichsten sind: l. 47 D. de A. E. V. 19. 1, l. 33 D. de V. O. 45. 1, l. 135 §. 2 eod., l. 8 D. si quis eant. 2. 8, l. 12 C. de contr. stip. 8. 38, l. 2 C. de iure emp. 4. 66, c. 4 X. de loc. et cond. 3. 18 — l. 49 §. 3 D. de V. O. 45. 1, l. 3 C. in quib. caus. i. i. r. 2. 41, l. 5 C. de A. E. V. 4. 49, l. 87 §. 1. D. de leg. II 31. Vgl. Mommson S. 84—98. Auch auf die dem R. D. A. v. 1600 vorangegangenen Verhandlungen, und speziell eine in denselben von den kaiserlichen Commissarien abgegebene Erklärung, wodurch der Satz: dies adiectus interpellat pro homine anerkannt ist, hat man sich berufen (Seuffert in seinem Archiv zu VI. 163); aber diese Erklärung ist in das Reichsgesetz selbst nicht aufgenommen worden. Mommson S. 99—101. So bleibt endlich nur die Frage übrig, ob nicht unsere Controverse durch ein unzweifelhaftes Gewohnheitsrecht entschieden sei, und darauf allein stellen auch Mommson und Arndts Alles ab. Ein Gewohnheitsrecht liegt nun in Betreff derselben allerdings vor, aber auch dadurch ist nicht festgestellt, daß die Regel: dies adiectus interpellat pro homine unter allen Umständen richtig sei. S. die folgende Note.

habe dar bieten, als gewollt anzunehmen sei. Diese Frage ist auf Grund eines allgemeinen deutschen Gewohnheitsrechtes dahin zu beantworten, daß im Zweifel die Hinzufügung eines Leistungstermines dahin verstanden werden müsse, daß dadurch die Mahnung überflüssig gemacht wird<sup>5</sup>. Für den gesetzlichen Leistungstermin gilt dies nicht; für diesen bleibt es vielmehr bei der Regel, daß Verzug nicht ohne Mahnung eintritt<sup>6</sup>.

2. Mahnung ist ferner nicht erforderlich bei den Forderungsrechten, welche auf Herausgabe eines dem Gläubiger durch Delict, z. B. Entwendung<sup>7</sup> oder widerrechtliche Besitzentziehung<sup>8</sup>, entzogenen Gegenstandes gehen.

3. Ebenso wenig ist Mahnung erforderlich bei den Forderungsrechten der Minderjährigen<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Sieht man bloß auf das römische Recht, so wäre auf Grund der l. 32 pr. D. h. t. (Note 1) unzweifelhaft im entgegengesetzten Sinn zu entscheiden. Aber daß die deutsche Praxis von jeher an dem Satz: *dis adiectas interpellat pro hominis festigata* hat, ist von keiner Seite bestritten. S. auch die Urtheile bei Senffert Arch. I. 392, VI. 163, X. 144, XI. 140. Das dadurch begründete Gewohnheitsrecht ist auch dadurch nicht wieder aufgehoben worden, daß die ihm zu Grunde liegende Rechtsüberzeugung in der neueren Zeit keine allgemeine mehr ist; es wird an der abweichenden Ueberzeugung sein, ihrerseits eine entgegengesetzte Meinung zu bewirken. Aber dieses Gewohnheitsrecht hat gewiß nicht den Sinn, daß das Gegentheil nicht solle ausgemacht werden können, und also auch nicht den Sinn, daß das Gegentheil nicht solle festgehalten werden dürfen, wenn es sich durch Auslegung als von den Parteien gewollt ergebe. Vgl. Mommsen S. 104—107, Windscheid Feib. krit. Zeitschr. III S. 257. 258 (abweichend).

<sup>6</sup> Mommsen S. 116.

<sup>7</sup> L. 8 § 1 l. 20 D. de cond. fart. 13. l. 1. 17 § 2 l. 29 D. rer. am. 25. l. 1. 7 C. de cond. ob turp. caus. 4. 7. Es entscheidet nicht der heutige Begriff des Diebstahls, sondern der römische des *furtum*: l. 16 D. de cond. fart. 13. l. 1. 1 § 25 D. dep. 16. 3. Vgl. übrigens l. 30 § 1 D. de iuref. 12. 2.

<sup>8</sup> L. 1 § 1. 34. 35 l. 19 D. de vi 43. 16. l. 1 C. de his quas vi 2. 20.

<sup>9</sup> L. 87 § 1 D. de leg. 110 31, l. 3 § 2 D. de adm. leg. 34. 4, l. 26 § 1 D. de iudic. lib. 40. 5, l. 3 C. in quib. caus. i. i. r. 2. 41, l. 5 C. de A. E. V. 4. 49. S. auch l. 17 § 3 D. h. t. Wenn es in l. 87 § 1 cit. heißt: „*tamen non pro mora hoc habendum est*“, so soll damit nur auf das Besondere aufmerksam gemacht werden, daß der Verzug hier wieder aufhöre, sobald der Minderjährige großjährig geworden sei. In l. 5 cit. wollen die Worte: „*licet nulla mora interesserit*“ nur sagen, daß nach den gewöhnlichen Grundsätzen hier kein Verzug vorliege. Andere nehmen an Grund dieser Stellen

4. Wenn die Mahnung wegen Abwesenheit des Schuldners oder eines sonstigen, die Person desselben betreffenden Umstandes unmöglich ist, so kann sie durch eine vor Gericht abgegebene Erklärung ersetzt werden<sup>12</sup>.

In anderen Fällen tritt ohne Mahnung nicht Verzug mit allen an denselben angeknüpften rechtlichen Folgen, sondern nur eine beschränktere Wirkung, namentlich eine gesetzliche Zinsverbindlichkeit, ein<sup>13</sup>.

zu Gunsten des Minderjährigen keinen Verzug, sondern nur ein gesetzliches Zinsprivilegium an, so namentlich Wolff §. 9, Mommsen §. 12. Aber ich halte die Schwierigkeiten, welche die genannten Stellen der Annahme eines wirklichen Verzuges darbieten, für geringer, als die der entgegengesetzten Ansicht aus l. 3 § 2 D. de adm. leg. 34. 4 erwachsenden. Ein wirklicher Verzug wird angenommen auch von Rabai §. 26. Vgl. Senff. Arch. I. 190. Den Minderjährigen stellt die Kirche gleich das Urtheil bei Senff. II. 130; dagegen Rabai S. 157. S. noch Senff. Arch. V. 102, VII. 13.

<sup>12</sup> L. 2 D. de iant. foen. 22. 2: — „*si nemo sit, qui a parte promissoris interpellari possit*“. L. 23 § 1 D. h. t.: — „*si forte non exstat qui conveniantur*“. Die Beschränkung auf den Fall der Abwesenheit (Mommsen S. 76 Note 6) rechtfertigt sich durch l. 5 § 20 D. ut in poss. 36. 4 nicht. Es kann jedoch sehr wohl der Umstand, welcher die Mahnung unmöglich macht, auch die Nichterfüllung entschuldigen, und dadurch den Verzug ausschließen; so, wenn der Schuldner unmißlich oder wahnsinnig, oder gar noch ungeboren ist. Aber einen solchen Entschuldigungsgrund kann auch die Abwesenheit gewähren. Vgl. l. 23 pr. D. h. t.

<sup>13</sup> Die Fälle, welche hierher gehören sind folgende. a. Der Fiskus bezieht Zinsen von seinen Forderungen vom Augenblicke ihrer Fälligkeit, l. 17 § 5. 6 l. 43 D. h. t., l. 10 § 1 D. de publ. 39. 4. (vgl. übrigens Senff. Arch. XVIII. 22. 23). b. Von Vermächtnissen zu Gunsten frommer Zwecke müssen 6 Monate nach Insinuation des Testaments Frächte, Zinsen und anderer Zuwachs entrichtet werden, Nov. 131 c. 12, l. 46 § 4 C. de epis. l. 3 (lex rest.). c. Der Ehemann, welcher mit der Herausgabe der Dos ein Jahr nach Auflösung der Ehe wartet, zahlt Zinsen, l. un. § 7 C. de rei uz. act. 5. 13. Umgekehrt zahlt d. auch derjenige, welcher eine Dos versprochen hat, Zinsen, wenn er mit der Entrichtung der Dos zwei Jahre zögert; er müßte denn der Vater der Frau sein. Befiehlt die Dos nicht in einer Selbsumme, so treten mit Ablauf dieser Frist die Folgen des Streitbeginnes gegen ihn ein, l. 31 § 2 C. de I. D. 6. 12. — Von Andern wird in diesen Fällen wahrer Verzug angenommen. Vgl. Buchta §. 269, Mommsen S. 127—129. — Vgl. HGB. Art. 289. „*Kaufleute unter einander sind berechtigt, in beiderseitigen Handelsgeschäften auch ohne Verabredung oder Mahnung von jeder Forderung seit dem Tage, an welchem sie fällig war, Zinsen zu fordern*“.

## §. 279\*

Eine bestimmte Form der Mahnung ist nicht vorgeschrieben<sup>1</sup>. Die Mahnung ist aber ungültig, wenn sie von dem Schuldner etwas Anderes verlangt, als derselbe zu leisten verpflichtet ist. So ist sie namentlich ungültig, wenn sie von dem Schuldner Leistung an einem Orte verlangt, an welchem<sup>2</sup>, oder zu einer Zeit, zu welcher derselbe nicht zu leisten braucht<sup>3</sup>. Dagegen ist es nicht erforderlich, daß die Mahnung an dem Leistungsorte oder zu der Leistungszeit selbst erfolge<sup>4</sup>. Geschehen muß die Mahnung durch den Gläubiger, vorausgesetzt daß derselbe handlungsfähig ist<sup>5</sup>; oder durch Jemanden, der zur Vertretung des Gläubigers befugt ist. In gleicher Weise muß die Mahnung

\* Rabai §. 5—12, Wolff §. 22, Mommsen §. 5—7.

1 Namentlich ist nicht Gerichtlichkeit der Mahnung erforderlich. In der Forderung liegt aber eine Mahnung; nur nicht auch schon in der Einreichung der Klageschrift bei Gericht. Vgl. Holzschuher Nr. 4. — § 288 Abs. 2. „Die Uebersendung der Rechnung gilt für sich allein nicht als Mahnung“.

2 L. 32 pr. D. h. t. „Mora fieri intelligitur . . . , si interpellatus opportuno loco non solverit, quod apud iudicem examinabitur“.

3 L. 49 §. 3 D. de V. O. 45. 1. „Si promissor hominis ante diem, in quem promiserat, interpellatus sit, et servus decesserit, non videtur per eum statuisse“.

4 Dies wird nicht allgemein anerkannt, und namentlich nicht, was die Zeit der Mahnung angeht. Aber es folgt aus dem Begriff der Mahnung, und ein Gegenbeweis aus den Quellen kann nicht geführt werden. Die in Note 2 und 3 angeführten Stellen setzen offenbar voraus, daß Leistung gerade an dem Orte und zu der Zeit der Mahnung verlangt werde. Deswegen glaube ich auch nicht, daß aus l. 32 pr. D. h. t. (Note 2) das Erforderniß hergeleitet werden dürfe, daß die Mahnung an einem passenden Ort geschehen müsse. Zwar sind in dieser Stelle die Worte „opportuno loco“ nicht mit „non solverit“ zu verbinden, sondern mit „interpellatus“; aber ihr Sinn ist doch der, daß die Mahnung ungültig sei, — nicht wenn sie an einem unpassenden Orte erfolge, sondern — wenn sie an einem unpassenden Orte Leistung verlange.

5 Mahnen kann nur, wer über die Forderung auch verfügen kann. Mommsen §. 51.

6 L. 24 §. 2 D. h. t. Man könnte aus dieser Stelle entnehmen wollen, daß auch ein nicht autorisierter Vertreter des Gläubigers mahnen könne. Aber sie will ohne Zweifel dem negotiorum gestor nur in Betreff der aus seiner Geschäftsführung entstandenen Forderungen die Befugniß zurkennen, den Schuldner in Verzug zu setzen. Mommsen §. 53.

gerichtet werden an den Schuldner<sup>7</sup>, vorausgesetzt, daß derselbe handlungsfähig ist<sup>8</sup>, oder an den zur Vertretung des Schuldners Befugten<sup>9</sup>.

Der Schuldner muß zwar der Mahnung sofort gehorchen; aber daraus folgt nicht, daß er gerade in demselben Momente leisten müßte, in welchem die Mahnung an ihn gestellt wird. Eine gewisse Zeit muß ihm für die Verwirklichung der Leistung immer gelassen werden; das Nähere ist dem richterlichen Ermessen anheimzugeben<sup>10</sup>.

## c. Wirkungen\*.

## §. 280.

Die Wirkung des Verzuges ist im Allgemeinen die, daß der Schuldner zur Leistung des Interesse verpflichtet ist<sup>1</sup>. Besondere Anwendungen dieses Satzes sind folgende<sup>2</sup>.

7 L. 32 §. 1 D. h. t.

8 L. 24 D. de V. O. 45. 1.

9 Rabai §. 53 fg., Wolff §. 271 fg., Mommsen §. 56, Sintonis II §. 93 Note 59.

10 Auch auf diesen Fall beziehen sich die allgemeinen Aussprüche der l. 32 pr. D. h. t. und l. 91 §. 3 D. de V. O. 45. 1. Vgl. l. 105 D. de sol. 46. 3 (— „hoc enim cum sacco adire debet“); auch l. 21 §. 12 D. de rec. 4. 8, l. 5 §. 1 D. de coll. 37. 6. Rabai §. 14, Mommsen §. 63—55.

\* Rabai §. 44—45, Wolff §. 37—42, Mommsen §. 19—29.

1 L. 36 §. 2 D. de usufr. 7. 1: — „aliud dici non posse ait, quum in §. 280. id obligatum esse heredem, quanti legatarii interit, moram factam non esse“. L. 114 D. de V. O. 45. 1 (§. 278 Note 2). S. außerdem l. 9 §. 8 D. ad exh. 10. 4, l. 21 §. 3 l. 31 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 26 D. de leg. III<sup>o</sup> 32, l. 113 §. 1 D. de V. O. 45. 1. Senff. Arch. II. 155, III. 136, V. 156. — Man hat dem Verzuge auch die Wirkung beilegen wollen, daß der Schuldner durch denselben das ihm zustehende Wahrecht verliere. S. dagegen Mommsen §. 259 fg., Fangerow III §. 21. 22 (§. 255 Note 11). Man hat ferner gesagt, daß bei gegenseitigen Verträgen der Gläubiger durch den Verzug des Schuldners das Recht gewinne, vom Vertrage zurückzutreten. Auch das ist nicht richtig; der Gläubiger hat nur das Recht, die Leistung des Schuldners zurückzuweisen, wenn sie ihm unbrauchbar geworden ist. Mehr läßt sich auch aus l. 24 §. 4 D. loc. 19. 2 nicht herleiten. Vgl. Mommsen §. 257. Einzuzusügen ist jedoch: 1) es kann als stillschweigend bedungen erscheinen, daß der Verzug des einen Contractanten dem andern ein Rücktrittsrecht geben solle; 2) es ist in's Auge zu fassen, ob nicht der Gläubiger dadurch besondere Rechte



1. Der Schuldner ist verpflichtet, dem Gläubiger allen Gewinn zu ersetzen, welchen derselbe bei rechtzeitiger Leistung von dem Leistungsgegenstande hätte ziehen können<sup>2</sup>, namentlich<sup>3</sup> Früchte<sup>4</sup> und Zinsen<sup>5</sup>. Die Verzugszinsen betragen bei Geldschulden<sup>6</sup> 5%<sup>7</sup>.

gewinnt, daß der säumige Schuldner zugleich in mora accipiendi sich befindet. Diese mora accipiendi kann namentlich relevant sein für die Entscheidung der Frage, ob nicht der Verkäufer die nicht abgenommene Waare weiter verkaufen dürfe. Dafs er es, so entsteht der Schein eines Rücktrittsrechtes, welches in der That nicht vorhanden ist. Scuff. Arch. II. 154, III. 164, X. 155, XI. 141, 230, 232, XIV. 123; II. 154, (V. 156,) VIII. 351, XI. 139, 231, 232; IX. 139, XVI. 208. Thöl Handelsrecht §. 86, 87, Pauli im neuen Arch. f. Handelsr. III S. 123. (g. Unbedingtes Rücktrittsrecht gestartet beim Kaufvertrag das HBD. Art. 354—359. — Ueber andere vermeintliche Folgen der Mora f. Rabai §. 55, Wolff §. 468—470, Mommsen §. 27; vgl. jedoch dazu im Text Nr. 4.

<sup>2</sup> Nicht die einzig möglichen, aber die am Häufigsten zur Sprache kommenden. Vgl. l. 3 D. de in lit. iur. 12. 3, l. 57 i. f. D. sol. matr. 24. 3.

<sup>3</sup> Omnis causa. L. 17 §. 1 D. de R. V. 6. 1, l. 8 D. h. t., l. 8 §. 6 D. de proc. 43. 26.

<sup>4</sup> Vgl. außerdem l. 17 §. 1 D. de R. V. 6. 1, l. 14 pr. D. h. t., l. 39 §. 1 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30.

<sup>5</sup> L. 38 §. 15 D. h. t., l. 8 l. 39 D. eod., l. 39 §. 1 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30, l. 26 D. de leg. 11<sup>o</sup> 32, l. 18 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 17 §. 1 l. 62 D. de R. V. 6. 1. L. 39 §. 1 D. cit.: — „Fructus autem hi deducuntur in petitionem, non quos heres percipit, sed quos legatarius percipere potuit“. Vgl. auch §. 124 Note 6. Zur historischen Entwicklung: Gai. II. 280, Paul. S. R. III. 8. §. 4, l. 38 §. 7 D. h. t.

<sup>6</sup> L. 32 §. 2 D. h. t., l. 2 C. dep. 4. 34, l. 78 §. 2 l. 87 §. 1 D. de leg. 11<sup>o</sup> 31, N. D. N. v. 1600 §. 139. Bei den stricti iudicii actiones machte den Römern auch hier die Formel Schwierigkeit, welche Schwierigkeit jedoch, wenn es sich um einen andern Leistungsgegenstand als Geld handelte, später überwunden worden ist. L. 22 D. de don. 39. 5, l. 1 C. de cond. ind. 4. 5, l. 4 C. de cond. ob. turp. caus. 4. 7, l. 3 C. de usur. 4. 32, l. 12 l. 23 eod. Scuff. Arch. I. 59. Vgl. auch §. 259 Note 9 und 10.

<sup>7</sup> Bei Forderungen auf andere fungible Sachen so viel, als der Gläubiger nachweisen kann, daß er bei rechtzeitiger Leistung von dem Kapital an Zinsen gezogen haben würde. Vgl. Scuff. Arch. IV. 103, X. 142.

<sup>8</sup> Wenn nicht der Gläubiger nachweisen will, daß er mehr hätte ziehen können. Nach römischem Rechte konnten ohne weiteren Beweis nur ortsfällige Zinsen verlangt werden. Auf 5% hat der N. D. N. von 1600 §. 139 die Verzugszinsen beim Darlehen normirt; für die Ausdehnung auf alle Verzugszinsen ist die herrschende Meinung. Rabai §. 359, Wolff §. 452, Mommsen §. 246, Frib. Erläut. II S. 56, Sintenis II S. 102. Die

Sie fallen weg bei Schulden aus Schenkungen<sup>9</sup>, bei Schulden des Fiscus aus Contracten, welche er selbst abgeschlossen hat<sup>10</sup>, bei fiscalischen Geldstrafen<sup>11</sup>.

2. Tritt nach dem Verzug Unmöglichkeit der Leistung ein<sup>12</sup>, so befreit dieselbe den Schuldner selbst dann nicht, wenn sie ohne seine Schuld eingetreten ist<sup>13</sup>. Nicht einmal das hilft dem Schuldner, daß er nachweisen kann, daß, wenn er auch zur rechten Zeit geleistet hätte, der Leistungsgegenstand dem Gläubiger dennoch verloren gegangen sein würde; der Gläubiger kann diese Entgegnung durch den Hinweis darauf beseitigen, daß es in keiner Weise feststehe, daß er nicht den Leistungsgegenstand vor dem Verluste in seinen Werth umgekehrt haben würde. Erst wenn der Schuldner nachweisen kann, daß der Gläubiger einen solchen Umsatz nicht vorgenommen haben würde, ist er frei<sup>14</sup>. — In

Ansicht Puchta's (§. 228. bb), daß der N. D. N. auch für das Darlehen die Verzugszinsen nicht auf 5% habe fixiren wollen, ist ohne Anklang geblieben. Vgl. die Bemerkung Rudorff's zu der angeführten Stelle. Scuff. Arch. XII. 14. — HBD. Art. 267; 6<sup>o</sup>.

<sup>9</sup> L. 22 D. de don. 39. 5. Doch ist die Beweislast dieser Stelle nicht unbestreitbar. Ueber l. 16 pr. D. h. t. und l. 1 pr. D. de poll. 50. 12 f. Rabai §. 387—380, Mommsen §. 242, Windscheid Handb. fr. Rechtsr. III S. 267. Vgl. noch Mommsen §. 250—252.

<sup>10</sup> L. 17 §. 5 D. h. t., l. 2 C. de fac. usur. 10. 8. Scuff. Arch. XVIII. 24.

<sup>11</sup> L. 9 D. de neg. conv. 27. 8, l. 1 C. de fac. usur. 10. 8.

<sup>12</sup> Rabai §. 44—47, Wolff §. 40, Mommsen §. 20, Savigny Syst. VI §. 273—276, Pangerow III §. 588 Note 3, Sintenis II S. 192—194.

<sup>13</sup> L. 5 D. de R. C. 12. 1, l. 12 §. 3 D. dop. 16. 3, l. 25 §. 2 D. sol. matr. 24. 3, l. 39 §. 1 l. 108 §. 11 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30, l. 82 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 31 pr. D. de nov. 46. 1, l. 95 pr. D. de sol. 46. 3, l. 3 C. de us. et fr. 6. 47; l. 7 §. 2 l. 8 pr. l. 16 l. 20 D. de cond. furt. 13. 1, l. 1 §. 34 l. 19 D. de vi 43. 16, l. 1 C. de his quas vi 2. 20, l. 2 C. de cond. furt. 4. 8, l. 9 C. de furt. 6. 2. In diesem Sinne heißt es in den Quellen, daß durch den Verzug eine „perpetuatio“ der Obligation bewirkt werde, l. 24 §. 2 D. h. t., l. 91 §. 3 D. de V. O. 45. 1, l. 58 §. 1 D. de fidei. 46. 1.

<sup>14</sup> Die Frage, wie es sich mit der Verhaftung des Schuldners verhalte, wenn ihm nach dem Verzug die Leistung ohne seine Schuld unmöglich wird und der Leistungsgegenstand dem Gläubiger auch bei rechtzeitiger Leistung (durch daselbe oder ein anderes Ereigniß) verloren gegangen sein würde, war schon bei den Glossatoren streitig, und die Quellen gewähren in Betreff derselben ein reines Resultat nicht. Sucht man zunächst eine Entscheidung aus Windscheid, Pandekten. II. Band.



gleicher Weise ist zu entscheiden, wenn der Leistungsgegenstand nach dem Verzuge verschlechtert, und dadurch für den Schuldner

allgemeinen Grundsätzen zu gewinnen, so bietet sich eine doppelte Auffassung dar. Es kommt darauf an, für welchen Moment man annehmen will, daß durch den Verzug dem Gläubiger der Leistungsgegenstand entzogen werden sei; Ereignisse, welche nach diesem Momente eingetreten sind, sind für den Entschädigungsanspruch des Gläubigers gleichgiltig, wenn sie auch den Verlust des Leistungsgegenstandes in gleicher Weise herbeigeführt haben würden (§. 258 Note 15). Als diesen Moment kann man nun möglicherweise den Moment ansehen, wo hätte geleistet werden sollen, aber nicht geleistet worden ist; dann kann der Schuldner darauf, daß der Gläubiger auch bei rechtzeitiger Leistung den Leistungsgegenstand verloren haben würde, sich nicht berufen. Man kann aber auch sagen: durch die damalige Nichtleistung ist dem Gläubiger nicht der Leistungsgegenstand entzogen worden, sondern nur ein Zeitvorteil in Bezugung auf denselben; der Leistungsgegenstand wird dem Gläubiger nur dadurch entzogen, daß er ihm überhaupt nicht, also auch jetzt nicht geleistet wird. In diesem Fall kann der Schuldner alle Ereignisse, welche bis zum jetzigen Zeitpunkt den Verlust des Leistungsgegenstandes ebenfalls herbeigeführt haben würden, geltend machen, und der Gläubiger kann sich dem gegenüber seinen Entschädigungsanspruch nur durch den Gegenbeweis sichern, daß er den Leistungsgegenstand vorher in seinen Werth umgesetzt haben würde. Es scheint mir nicht bezweifelbar werden zu dürfen, daß diese letztere Auffassung die richtigere ist. — Sieht man nun auf den Inhalt der Quellen, so ergibt sich folgendes. 1) Auf der einen Seite stehen die in Note 13 genannten Stellen, welche mit vollkommener Unbedingtheit den Satz aussprechen, daß nach dem Verzug dem Schuldner auch die unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung nicht mehr zu Gute komme, und demgemäß dem Verzug die Wirkung einer „*perpetuatio*“ der Obligation zuschreiben. Diese Stellen weisen entschieden auf die erste der besprochenen Auffassungen hin. 2) Von der anderen Seite ist aber auch die entgegengesetzte Auffassung nicht unvertreten. Es finden sich Stellen, in welchen der Zweifel nicht abgewiesen wird, ob der Schuldner auch dann verhaftet sei, wenn bei rechtzeitiger Leistung der Gläubiger den Leistungsgegenstand dennoch gegenwärtig nicht haben würde, und in welcher als Gegengewicht gegen diesen Zweifel auf die Möglichkeit des Verkaufes vor dem Verlust hingewiesen wird (l. 12 §. 4 D. ad exh. 10. 4, l. 14 §. 1 D. dep. 16. 3, l. 14 §. 11 D. quod metus c. 4. 2, l. 47 §. 6 D. de leg. 1º 30, l. 20 §. 21 l. 40 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 15 §. 3 D. de R. V. 6. 1). Ob dieß aber in dem Sinne geschieht, daß der Gläubiger nur dann Entschädigung solle fordern dürfen, wenn er beweise, daß er verkauft haben würde, oder ob durch diese Hinweisung jener Zweifel ohne Weiteres als beseitigt gelten soll, ist schwer zu entscheiden. Ich habe mich früher (Heib. krit. Jahrb. II S. 556—558, III S. 263—265), und noch im ersten Band dieses Lehrbuchs (§. 124 Note 9), für die erste Alternative ausgesprochen. Wenn ich jetzt meine Meinung zurücknehme, und mich für die zweite erkläre, so bestimmt mich

eine Unmöglichkeit gehöriger Leistung herbeigeführt, worden ist<sup>16</sup>.

3. Das Gesagte gilt auch für den Fall, wenn der Leistungsgegenstand nach dem Verzuge eine Preisminderung erleidet<sup>17</sup>. Trotz dem, daß es bei derselben ohne Weiteres feststeht, sowohl

dazu nicht die Betrachtung der vorerwähnten Stellen, in Beziehung auf welche ich auch jetzt noch der Meinung bin, daß sie eher für das Gegentheil sprechen, sondern vor Allen l. 3 §. 3 D. de A. E. V. 19. 1. In dieser Stelle wird gesagt, daß bei einer nach dem Verzuge eingetretenen Preisminderung der Gläubiger den höheren Werth der Zeit des Verzuges solle fordern können. Eine Preisminderung begründet eine partielle Unmöglichkeit der Erfüllung (Unmöglichkeit der Leistung des Leistungsgegenstandes in gehöriger Qualität); — für die partielle Unmöglichkeit können keine anderen Grundsätze gelten, als für die totale; — die Preisminderung würde gerade so eingetreten sein, wenn zur rechten Zeit geleistet worden wäre; — davon daß der Gläubiger nur dann einen Entschädigungsanspruch haben solle, wenn er vor der Preisminderung verkauft haben würde, enthält die Stelle keine Spur; — eine andere von mir früher vorgeschlagene Erklärung (Heib. krit. Zeitschr. III S. 265) thut ebenfalls der Stelle zu viel Gewalt an, als daß sie auf Anerkennung rechnen dürfte: — so sehe ich dieser Stelle gegenüber keinen Ausweg, und halte dafür, daß es schwieriger ist, sie zu Gunsten der vorerwähnten Stellen zu biegen, als das Umgekehrte, obgleich freilich auch dieß nicht leicht ist. Dazu kommt noch l. 8 §. 1 D. de cond. furt. 13. 1, welche mit der früher von mir vertretenen Ansicht nur dann vereinbar ist, wenn man den Juristen zu gleicher Zeit annehmen läßt, daß zwar die Werthsteigerung, nicht aber die Werthminderung, auch beim Gläubiger eingetreten sein würde. — Jedenfalls wird man auf Grund der bei Nr. 2 erwähnten Stellen nicht umhin können, dem Schuldner wenigstens die Möglichkeit offen zu halten, nachzuweisen, daß der Gläubiger nicht verkauft haben würde. — Für das so gewonnene Resultat ist denn auch die herrschende Meinung; s. namentlich Savigny, Romm. u. Bangerow a. a. O. Für die Beweispflicht des Gläubigers in Betreff des Verkaufes sind S i n t e n i s II §. 93 Note 44, Unger S. 132 Note 10. Eine ganz unbedingte Verhaftung des Schuldners behaupten M a d a i S. 296 fg., Schilling in der Rec. des Madaischen Buches krit. Jahrb. f. deutsche R. Jahrg. 1838 S. 253. 254, Friß Erläut. II S. 359 fg. Eine Mittelmeinung (s. namentlich P n c h t a §. 268. c, S i n t e n i s II §. 93 Note 45) will unbedingte Verhaftung wenigstens beim Verzuge in Folge eines Delictes eintreten lassen; s. dagegen R o m m e n s e n S. 197, B a n g e r o w S. 223.

<sup>16</sup> L. 8 §. 1 D. de cond. furt. 13. 1, l. 3 D. de cond. trit. 13. 3, l. 2º §. 2 D. sol. matr. 24. 2, l. 108 §. 11 D. de leg. 1º 30, l. 37 D. mand. 17. 1. Auch in diesen Stellen, wie in denen der Note 13, wird eine Beschränkung der Verhaftung des Schuldners nicht hervorgehoben.

<sup>17</sup> Savigny Syst. VI §. 277, R o m m e n s e n §. 21.

daß der Schuldner an derselben nicht Schuld ist, als auch, daß sie den Gläubiger ebenfalls betroffen haben würde, wenn ihm auch zur rechten Zeit geleistet worden wäre, muß der Schuldner dennoch Ersatz für den höheren Werth der Zeit des Verzuges geben, wenn er nicht nachweisen kann, daß der Gläubiger den Leistungsgegenstand, wenn er ihn damals erhalten hätte, auch bis jetzt behalten haben würde<sup>18</sup>. Derjenige, welcher einem Andern eine Sache widerrechtlich entzogen hat, ist sogar zum Ersatz des höchsten Werthes der Zwischenzeit verpflichtet<sup>19</sup>. Ist der Leistungsgegenstand ganz oder theilweise untergegangen, so kann der Gläubiger in gleicher Weise den höheren Werth der bezeichneten Zeitpunkte verlangen, nicht minder aber auch, wenn eine Preissteigerung eingetreten ist, den höheren Werth der Jetztzeit, das Letztere nur dann nicht, wenn der Schuldner beweisen kann, daß der Gläubiger nicht bis jetzt behalten haben würde<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> L. 3 §. 3 D. de A. E. V. 19. 1; f. auch l. 37 D. mand. 17. 1, welche Stelle sich so allgemein ausdrückt, daß sie auf den Fall der Preisänderung mit bezogen werden kann. Die Beschränkung wird auch hier nicht hervorgehoben. Seuff. Arch. IV. 21, 22, XIV. 10. Vgl. l. 37. 44.

<sup>19</sup> L. 8 §. 1 D. de cond. furt. 18. 1; vgl. l. 50 pr. D. de furt. 47. 2. Von dieser Stelle gilt dasselbe, wie das in Note 18 von l. 37 D. mand. Gesagte. — Andere (so z. B. Wolff S. 456, Fuchta §. 268. f. Arndts §. 251. 7) leiten aus diesen Stellen eine allgemeine Regel für alle Fälle des Verzuges her; f. dagegen Mommsen S. 208, 209, Sinteris §. 93 Note 41. Seuff. Arch. II. 152, IV. 103, XI. 140, XII. 135, XII. 240.

<sup>20</sup> Der Gläubiger kann bei der Berechnung des ihm durch den Verzug zugefügten Nachtheils bis auf den Zeitpunkt hinabgehen, wo er Ersatz fordert (§. 268 Note 8). — Ist eine Preissteigerung bei noch vorhandenem Leistungsgegenstand eingetreten, so versteht es sich von selbst, daß der Schuldner für dieselbe keinen Abzug machen kann. Seuff. Arch. V. 263; vgl. II. 153, XV. 10. Für das classische römische Recht dagegen, welches nur eine Selbcondemnation kannte, war die Frage eine wohl aufzuwerfende, ob bei der Schätzung auch auf diesen höheren Werth der Jetztzeit Rücksicht zu nehmen sei. Sie wird bejahend beantwortet in l. 3 §. 3 l. 21 §. 3 D. de A. E. V. 19. 1. Die zuerst genannte Stelle enthält aber noch die weitere Bestimmung, daß der Kläger in gleicher Weise wie zwischen dem Werth der Zeit, zu welcher hätte geleistet werden sollen, und der Zeit der Klage, so auch zwischen dem Werth des Ortes, an welchem hätte geleistet werden sollen, und des Ortes der Klage die Wahl habe. Diese Bestimmung hat mit der Nothwendigkeit der Selbcondemnation ihre Grundlage verloren, und ist deshalb heutzutage unanwendbar. Es ist nicht abzusehen, weshalb heutzutage, wenn auf Wein (die l. 3 §. 3 cit. handelt von einem Weintausch), der z. B. in Bordeaux hätte geliefert

4. Nach dem Verzuge hat der Tod des Berechtigten oder des Verpflichteten keinen Einfluß mehr auf den Bestand des Forderungsrechtes<sup>21</sup>. Dagegen wird der Ablauf der Anspruchsverjährung durch den Verzug nicht unwirksam gemacht, während, wenn das Forderungsrecht durch Privatbestimmung auf eine gewisse Zeit beschränkt ist, der Verzug allerdings verhindert, daß der Schuldner durch Ablauf dieser Zeit befreit werde<sup>22</sup>.

#### d. Aufhebung\*.

##### §. 281.

Der Verzug hört auf

1) dadurch, daß der Schuldner seiner Verpflichtung nachkommt,

werden sollen, nach dem Verzuge des Schuldners in Lübeck geklagt wird, der Richter auf Leistung in Lübeck erkennen sollte. Ueber die verschiedenen Ansichten f. Rabai S. 331, Mommsen S. 220, Windscheid S. 266, Bächter Erört. II S. 61. Seuff. Arch. II. 157.

<sup>21</sup> Dawiker die herrschende Meinung. S. namentlich Mommsen S. 265—268. Aber es folgt aus dem Princip, und ist ausdrücklich anerkannt für die Totalforderung, Ulp. VI. 7, fr. Vat. §. 95. 97. 112. Daß die Detailforderung nach Justinianischem Rechte nicht mehr unvererblich ist, kann doch der Beweiskraft dieses Argumentes keinen Eintrag thun. Als Gegengrund führt man an, daß in den Quellen gesagt werde, es trete Vererblichkeit mit der Fittesentstation ein; der Schluß a contrario scheint mir hier mehr als bedenklich. Man beruft sich ferner darauf, daß das int. und vi gegen die Erben des Verpflichteten nur auf die Vererblichkeit gehe. Aber es ist ersichtlich, daß man bei Delictobligationen eine besondere Behandlung eintreten ließ. Auf l. 59 §. 5 D. mand. 17. 1 darf man die hier verteidigte Meinung freilich nicht gründen.

<sup>22</sup> Das Letztere folgt aus dem Princip, freilich nicht aus l. 59 §. 5 D. mand. 17. 1, auf welche Stelle es Manche stützen (Rabai S. 402, Frits Erört. II S. 367, Unterholzner S. 122). Daß die Anspruchsverjährung durch den Verzug nicht ausgeschlossen werde, darf mit Sicherheit aus dem Schweigen der Quellen geschlossen werden; bei der Genauigkeit, mit welcher dieselben die Erfordernisse der Unterbrechung der Anspruchsverjährung bestimmen (§. 107), würden sie die Mahnung gewiß nicht übergangen haben, wenn sie der Ansicht gewesen wären, daß durch dieselbe die Verjährung auch nur indirect ausgeschlossen werde. Auch liegt bei der Anspruchsverjährung die Sache insofern anders, als bei derselben dasjenige, was den Schuldner befreit, nicht sowohl der Ablauf der Zeit als solcher ist, sondern die Unthätigkeit des Gläubigers während einer gewissen Zeit, so daß die Frage eine offene bleibt, was als gehörige Thätigkeit angesehen werden dürfe.

\* Rabai §. 66—68, Wolff §. 45—57, Mommsen §. 34. 35.

und dem Gläubiger gehörige Leistung anbietet<sup>1</sup>, wozu aber auch gehört, daß er dem Gläubiger mit anbiete, worum seine Verpflichtung durch den Verzug bereits gesteigert worden ist<sup>2</sup>;

2) dadurch, daß der Gläubiger auf sofortiger Leistung zu bestehen, indem er dem Schuldner Ausstand bewilligt<sup>3</sup>, oder in sonstiger Weise von dem Verlangen sofortiger Leistung Abstand nimmt<sup>4</sup>.

3) Der Verzug, welcher zu Gunsten des Gläubigers eines Minderjährigen ohne Mahnung eingetreten ist, hört auf mit der Großjährigkeit des Gläubigers<sup>5</sup>. In analoger Weise ist zu entscheiden in Betreff des Verzuges, welcher gegen den Abwesenden

§. 281. 1 L. 91 §. 3 I. 73 §. 2 D. de V. O. 45. 1, 1. 17 D. de per. 18. 6, 1. 26 D. sol. matr. 24 §. 1. 72 §. 1 D. de sol. 46. 3; 1. 72 §. 3 eod., 1. 8 pr. D. de cond. furt. 13. 1, 1. 2 C. de cond. furt. 4. 8. Die Quellen sprechen in diesem Falle von *purgatio* oder *emendatio moras*. Scuff. Arch. XII. 156.

<sup>2</sup> Mommsen S. 323. 324. Auch hierauf bezieht sich ohne Zweifel die l. 91 §. 3 D. de V. O. 45. 1: — „*esset enim hanc quaestionem de bono et aequo*“. Ist Verzicht auf das Recht, den Verzug durch gehörige Anbietung zu beseitigen, zulässig? Dagegen Mommsen S. 326; dafür Rabai S. 497, Windscheid Heid. krit. Zeitschr. III S. 276. — Durch den Beginn des Prozesses wird dieses Recht nicht verloren, wie man auf Grund von l. 84 D. de V. O. 45. 1, 1. 17 D. de proc. const. 13. 5. behauptet hat. Mommsen S. 328, Wächter Erbt. III S. 26. 40.

<sup>3</sup> Von diesem Fall handelt l. 54 D. de pact. 2. 14. Vgl. über diese Stelle Mommsen S. 329 Note 1, Knipz Einfl. der bedingten Novation auf die Obl. S. 104—106, Windscheid krit. Ueberschau II S. 245 unt., Rösmer bedingte Novation S. 216—220. Der letztere Schriftsteller leugnet, daß der Verzug durch eine Heißwillingung beendet werde. Knipz a. a. D. (vgl. noch S. 116. 117) behandelt die Frage als eine Auslegungsfrage.

<sup>4</sup> Hierher gehört unter Anderem auch der Fall, wo der Schuldner sich hinterher bereit erklärt, vor den Richter zu gehen, dann aber der Gläubiger die Klage nicht erhebt. Daß dadurch der Verzug aufhört, ist unzweifelhaft; aber man darf sich dafür nicht auf l. 23 §. 1 l. 47 D. h. t. berufen. (Diese Stellen handeln von dem Fall, wo der Schuldner auf geschehene Mahnung sich sogleich zur Uebernahme des Prozesses bereit erklärt, dann aber der Gläubiger „*omittit repetendi debiti instantiam*“; in welchem Falle keine rechte Mahnung vorliegt, und der Schuldner in Verzug gar nicht kommt.) Dem Schuldner gegenüber, welcher durch Desist in Verzug ist, schadet die Nichterhebung des Prozesses nicht, l. 20 D. de cond. furt. 13. 1, vgl. l. 19 D. de vi 43. 16.

<sup>5</sup> L. 87 §. 1 D. de leg. II<sup>o</sup> 31 (§. 278 Note 11).

(§. 278 Nr. 4) ohne Mahnung eingetreten ist<sup>6</sup>. Daß endlich

4) der Verzug auch aufhört, wenn das Forderungsrecht selbst aufhört, versteht sich von selbst<sup>7</sup>. Durch das Aufhören des Forderungsrechtes wird aber nicht bloß bewirkt, daß der Schuldner fortan nicht mehr in Verzug sei, sondern es wird dadurch der Schuldner auch von derjenigen Steigerung seiner Verbindlichkeit befreit, welche der Verzug bereits erzeugt hat<sup>8</sup>. Dieß nur dann nicht, wenn der Gläubiger sich die Verzugsrechte ausdrücklich oder stillschweigend vorbehalten hat<sup>9</sup>.

## F. Ort der Leistung\*.

### §. 282.

Der Ort der Leistung kann möglicherweise durch die Natur der Leistung in der Weise bestimmt sein, daß Leistung an einem andern Orte gar nicht möglich ist<sup>1</sup>; es versteht sich von selbst,

<sup>6</sup> Rabai S. 224; a. M. Mommsen S. 320 Note 2. In l. 32 §. 1 D. h. t. findet dieser Satz freilich keine Stütze.

<sup>7</sup> Im Besonderen von der Aufhebung des Forderungsrechtes durch Novation: l. 8 pr. D. de nov. 46. 2, 1. 17 D. de cond. furt. 13. 1; über l. 29 §. 1 D. de V. O. 45. 1, s. Ueber Stipulation S. 286 fg., Mommsen S. 331 Note 4, Windscheid krit. Ueberschau II S. 246, Knipz (s. unten) S. 77—94, Rösmer (s. unten) S. 147—159. Bedingte Novation: l. 14 pr. 1. 31 pr. D. de nov. 46. 2, 1. 72 §. 1—3 D. de sol. 46. 3, l. 56 §. 8 D. de V. O. 45. 1. Vgl. (für Weibes, bedingte und unbedingte Novation) Knipz Einfl. der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation S. 31 fg. und dazu Windscheid krit. VJSchr. II S. 242 fg., Rösmer die bedingte Novation S. 142 fg. und dazu S. Witte krit. VJSchr. VI S. 49—52, v. Saphir's Novation und Delegation S. 152 fg.

<sup>8</sup> Denn der Verzug erzeugt nicht ein neues Forderungsrecht, sondern bewirkt nur eine besondere Gestaltung des ursprünglichen. Vgl. Rösmer a. a. D. S. 163 fg.

<sup>9</sup> Das Letztere ist nicht allgemein anerkannt, s. §. 259 Note 10. Wolff S. 505 fg. und Mommsen S. 330—331 schreiben dem Vorbehalte nur die Wirkung zu, dem Gläubiger eine *naturalis obligatio* zu erhalten. Irrig auch Windscheid Heid. krit. Zeitschr. III S. 277.

\* Nach die Lehre vom Erfüllungsort (1862). Unterholzner I S. 108, Savigny Syst. VIII §. 370, Obl. I §. 49, Sinteris II §. 92.

<sup>1</sup> So namentlich bei allen Leistungen factischer Natur, welche sich auf s. 282. unbewegliche Sachen beziehen.

daß dann Leistung auch nur an diesem Orte gefordert werden kann. Der Ort der Leistung kann ferner durch die Willkür der Parteien bestimmt sein; auch in diesem Falle kann die Leistung an keinem andern Orte, als dem bestimmten, gefordert werden<sup>2</sup>. Eine solche Bestimmung braucht nicht mit ausdrücklichen Worten getroffen zu sein; es genügt, daß die Auslegung sie als gewollt erkennen kann<sup>3</sup>. Ist ein Leistungsort nicht bestimmt, so ist die Regel die, daß der Gläubiger Leistung an jedem Orte fordern darf, an welchem er im Falle der Weigerung eine Verurtheilung des Schuldners zu erlangen vermag, und wirklich erlangt<sup>4</sup>. Diese

<sup>2</sup> §. 33 1. de act. 4. 6, l. 47 pr. §. 1 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30. — Bei den Römern ergab sich in diesem Falle unter Umständen eine Schwierigkeit aus dem Satze, daß der Jurex nur auf den Ort des Gerichtes verurtheilen konnte. Wurde daher an einem andern, als dem bestimmten Orte geklagt, und die der Obligation entsprechende Formel war nicht so weit, daß sie dem Jurex die Befugniß gewährte, den Unterschied zwischen dem Werth der Leistung an dem festgesetzten Orte und ihrem Werthe am Gerichtsorte in Anschlag zu bringen, so konnte der Jurex gar nicht verurtheilen. In einem solchen Falle half aber der Prätor durch eine actio arbitraria (s. g. actio de eo quod certo loco), durch welche er dem Jurex die ihm an und für sich fehlende Reducionsbefugniß dennoch gewährte. Dig. 13. 4, Cod. 3. 18. Es liegt auf der Hand, daß diese actio arbitraria heutzutage ohne alle Bedeutung ist. Heutzutage wird, wo auch geklagt werden mag, auf den festgesetzten Leistungsort verurtheilt, und eine Schätzung tritt nach allgemeinen Grundsätzen nur dann — und nur zu Gunsten des Gläubigers — ein, wenn der Schuldner im Verzuge oder die Leistung unmöglich ist. Bächter Erörterungen II S. 122 Note 119. Ueber das römische Recht s. dens. das. S. 58—61, Bethmann-Hollweg Versuch S. 37—45. — Alternative Bestimmung des Ortes: l. 2 §. 3 D. de eo quod certo loco 13. 4; vgl. darüber die bei §. 255 Note 11 Citirten.

<sup>3</sup> L. 47 pr. D. de leg. 1<sup>o</sup> 30: — „ubi testator voluit, vel ubi proximilimo est, cum voluisse“. §. 1 cod.: — „nisi aliu mors fuit testantis“. L. 50 pr. l. 52 §. 1 2 D. de iud. 5. 1. Vgl. Savigny Syst. VIII S. 214—226, Reay §. 3. Im Besonderen läßt sich nicht ohne Grund annehmen, daß beim Leihvertrage die Absicht der Contractanten auf ein Zurückbringen der geliehenen Sache gehe. Vgl. l. 12 §. 1 D. comm. 13. 6. — HGB. Art. 324. „Die Erfüllung des Handelsgeschäftes muß an dem Orte geschehen, welcher im Vertrage bestimmt oder nach der Natur des Geschäftes oder der Absicht der Contractanten als Ort der Erfüllung anzusehen ist“.

<sup>4</sup> Die Quellen sagen, die Leistung müsse an demjenigen Orte gemacht werden, an welchem auf dieselbe geklagt werde. L. 38 de iud. 5. 1, l. 47 §. 1 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30, l. 1 D. de annuis 33. 1; l. 11 §. 1 D. ad exh. 10. 4, l. 12 §. 1 D. dep. 16. 3, l. 47 pr. D. de leg. 1<sup>o</sup> 30; vgl. l. 22 D. de R. C.

Regel erleidet jedoch Ausnahmen. 1) Wenn die Forderung auf Uebergabe einer individuell bestimmten Sache oder einer Quantität solcher Sachen gerichtet ist, so braucht der Schuldner nur an dem Orte zu leisten, wo der Leistungsgegenstand sich befindet, jedoch mit der doppelten Maßgabe, einmal, daß dieser Vortheil ihm nicht zu Gute kommt, wenn er den Leistungsgegenstand unrechtllicher Weise an einen andern Ort gebracht hat, und sodann, daß er jedenfalls genöthigt werden kann, den Leistungsgegenstand, wenn der Gläubiger es verlangt, auf dessen Gefahr und Kosten

12. 1, l. 4 D. de cond. furt. 13. 1. In welchem Orte kann aber der Gläubiger die Leistung ohne Klage fordern, mit der Wirkung, daß die Verweigerung der Leistung an diesem Orte Unrecht ist, und der Schuldner dadurch in Verzug kommt? Die Quellen beantworten diese Frage nicht ausdrücklich; man muß annehmen, daß sie die Beantwortung derselben für selbstverständlich gehalten haben. Daraus ergibt sich die im Text aufgestellte Regel. Der Gläubiger kann Leistung an jedem Orte verlangen, an welchem ein Gerichtsstand des Schuldners begründet ist; erhebt er aber die Klage gegen den die Leistung an diesem Orte verweigenden Schuldner nicht an diesem Orte, sondern an einem andern Orte, an welchem der Schuldner ebenfalls seinen Gerichtsstand hat, so liegt darin ein Verzicht auf die Beschaffung der Leistung an dem zuerst bezeichneten Orte, so daß das Unrecht, welches der Schuldner durch die Verweigerung begangen hat, nun wieder aufgehoben, und er nie im Verzuge gewesen ist. — Bächter Erört. II S. 123, Mommsen Erört. III S. 224—226, Reay S. 25 fg. S. 74 fg. halten die römische Regel für unanwendbar. Ihre Gründe scheinen mir nicht überzeugend. In Betreff des Ortes, welcher heutzutage an die Stelle des Klageortes zu treten habe, stellen die beiden ersten Schriftsteller eine Regel nicht auf. Reay bezeichnet als diesen Ort bei Obligationen zu Gunsten des Gläubigers den Wohnort des Schuldners, bei Obligationen zu Gunsten des Schuldners (S. 83 fg.) das „Quasi-Domicil“ bez. den „Bestimmungsort“ des zu Leistenden (auf Grund von l. 61 §. 5 D. de furt. 47. 2, l. 7 D. test. quemadm. 29. 3). Dabei hält er dafür, daß Kauf, Miethe- und Darlehensvertrag als zum Vortheil des Käufers, Miethers und Darlehensempfängers abgeschlossen anzusehen seien (S. 94 fg.). Ueber den Erfüllungsort bei Obligationen, bei welchen „sein Theil einen Vortheil hat“, handelt Reay S. 22. — HGB. Art. 324: „Besteht es an diesen Voraussetzungen (Note 3), so hat der Verpflichtete an dem Orte zu erfüllen, an welchem er zur Zeit des Vertragsabschlusses seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnort hatte“. Nur Selbstzahlungen soll umgekehrt der Schuldner dem Gläubiger an dessen Handelsniederlassungs- oder Wohnort auf seine (des Schuldners) Gefahr und Kosten übermachen müssen (Art. 325). Diese Bestimmungen sind wiederholt für den Kaufvertrag in Art. 342. — Seuff. Arch. VII. 292, X. 24.

an denselben Ort zu schaffen, an welchem der Gläubiger ihn gemäß der Regel fordern kann<sup>2</sup>. 2) Vermächtnisse brauchen nur an dem Orte ausgezahlt zu werden, wo sich der größere Theil der Erbschaft befindet<sup>3</sup>. —

Eine andere Frage ist es, an welchem Orte der Schuldner berechtigt ist, zu leisten, d. h. durch Leistung dem Forderungsrecht Genüge thut, und daher von dem Gläubiger Annahme der Leistung verlangen kann? Auf diese Frage ist zu antworten: 1) ist ein Leistungsort bestimmt, so darf der Schuldner nur an diesem Orte leisten, der Ort mußte denn lediglich in seinem Interesse bestimmt sein<sup>4</sup>; 2) ist kein Leistungsort bestimmt, so darf der Schuldner, wenn er das zu Leistende dem Gläubiger zu bringen hat, an jedem Orte leisten, wo er den Gläubiger findet, vorausgesetzt,

<sup>1</sup> L. 38 D. de iud. 5. 1, l. 11 §. 1 D. ad. exh. 10. 4, l. 12 §. 1 D. dep. 16. 3, l. 26 §. 1 l. 47 pr. §. 1 l. 108 pr. D. de leg. 1<sup>o</sup> 30. S. ferner l. 1 §. 3 l. 2 pr. l. 4 §. 2 l. 5 D. de per. et com. 18. 6, l. 9 D. de A. E. V. 19. 1. Auch l. 3 §. 4 D. eod. gehört wohl hierher, da unter „vinum quod a Brundisio venit“ kaum etwas Anderes verstanden werden kann, als: in Brundisium lagernder Wein (vgl. übrigens Mommsen Beitr. III S. 217, Reay S. 44—46). Bei strikti iudicii actiones hatte der Schuldner diesen Vortheil nicht, l. 12 §. 1 dep. cit., l. 137 §. 4 D. de V. O. 45. 1. Mommsen S. 215—218, Reay §. 9—11 §. 13—18. — Der letztere Schriftsteller behauptet (§. 17), daß heutzutage der Gläubiger Transport der Sache (auf seine Gefahr und Kosten) an einen beliebigen von ihm zu bezeichnenden Ort verlangen könne. Derselbe Schriftsteller gibt (S. 82 unt.) dem Gläubiger das Recht, Insendung auf seine Gefahr und Kosten zu verlangen, auch in Betreff generisch bestimmter Sachen, namentlich also auch in Betreff verkaufter nicht individuell bestimmter Quantitäten (S. 103 fg.). Dagegen Shering Jahrb. f. Dogm. IV S. 421. 427. 428. — HGB. Art. 324 (vgl. Note 3. 4): „Wenn jedoch eine bestimmte Sache übergeben werden soll, welche sich zur Zeit des Vertragsabschlusses mit Wissen der Contractanten an einem andern Ort befand, so geschieht die Uebergabe an diesem Orte“. Seuff. Arch. IV. 91.

<sup>2</sup> L. 50 pr. D. de iud. 5. 1, l. un. C. ubi fideic. 3. 17. In diesen Stellen wird der im Text genannte Satz nur für Fideicommissa anerkannt; es ist wohl keinem Zweifel unterworfen, daß in die in denselben vertretene freiere Entwicklung im Sinne des Justinianischen Rechtes als für Vermächtnisse überhaupt geltend angesehen werden muß. Bethmann-Dollweg Verf. S. 48 Note 110, Mommsen S. 217 Note 11, Reay S. 80.

<sup>3</sup> L. 2 §. 7 l. 9 D. de eo quod certo loco 13. 4, l. 122 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 9 C. de sol. 3. 43. Reay S. 15. 20.

daß der Ort kein unpassender ist<sup>5</sup>; hat der Gläubiger zu holen, so darf der Schuldner an seinem Wohnorte leisten<sup>6</sup>.

## G. Steigerung der Macht des Gläubigers.

### 1. Uebershaupt.

#### §. 283.

Die dem Gläubiger durch das Forderungsrecht gewährte Macht kann in künstlicher Weise noch gesteigert werden: 1) durch Eid des Schuldners; 2) dadurch, daß der Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeit noch einmal verspricht; 3) durch Festsetzung einer Strafe für den Fall der Nichtleistung (s. g. Conventionalstrafe); 4) durch Verknüpfung eines Pfandrechtes mit der Forderung; 5) durch Herbeiziehung eines Dritten, welcher auf dieselbe Leistung haftet. Die Steigerung, welche der Eid des Schuldners der Macht des Gläubigers gewährt, ist nicht von rechtlicher, sondern nur von factischer Natur, insofern der Schuldner durch den Eid in seinem Gewissen gebunden wird; die Frage, ob ein an und für sich ungültiges Versprechen durch einen hinzugefügten Eid zu einem gültigen gemacht werden kann, gehört nicht hierher (s. §. 324). Vom Pfandrecht ist bereits oben

<sup>5</sup> L. 39 D. de solut. 46. 3. — „quid enim si inopportuno... loco obtulerim?“ Etwa es wird dem Gläubiger angeboten, während er sich auf einer Vergnügungsreise befindet.

<sup>6</sup> Auszugehen ist davon, daß die Unbestimmtheit des Forderungsrechtes in Begehung auf den Leistungsort, sobald der Gläubiger von seinem Rechte, denselben zu bestimmen, keinen Gebrauch macht (Note 4), dem Schuldner zu Gute kommen muß; daher die Regel zu Note 8. Von der anderen Seite hat der Gläubiger, wenn er zu holen hat, nicht überhaupt zu holen, sondern beim Schuldner zu holen, und der Schuldner befindet sich für das Recht da, wo er seinen Wohnsitz hat. Derselbe Gegensatz, wie zwischen Bringen und Holen, macht sich da geltend, wo das Forderungsrecht auf Verrichtung einer Arbeit gerichtet ist: hat der Schuldner sich zur Verrichtung der Arbeit beim Gläubiger einzustellen, oder hat der Gläubiger die Arbeit beim Schuldner abzunehmen? Alles Vorstehende natürlich immer unter der Voraussetzung, daß auch nicht stillschweigend ein Leistungsort bestimmt sei. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Puchta §. 246. i und Vorl. dazu, Sinteris II S. 174—176, Savigny Obl. I S. 514—516, Mommsen Beiträge III S. 223—224, Reay S. 21 fg.

gehandelt worden (§. 224 fg.), von der Herbeiziehung eines ferneren Verpflichteten wird unten gehandelt werden (letzter Abschnitt des speziellen Obligationenrechts). Vom Erfüllungsverprechen und von der Conventionalstrafe ist hier näher zu handeln.

## 2. Erfüllungsverprechen.\*

### §. 284.

Wenn der Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeit dem Gläubiger noch einmal verspricht<sup>1</sup>, so hat der Gläubiger zwei Forderungsrechte auf eine und dieselbe Leistung, von denen aber jedes durch die Erfüllung des andern getilgt wird<sup>2</sup>. Immerhin ist es für den Gläubiger nicht ohne praktischen Werth, daß er auf die geschuldete Leistung ein zweites Forderungsrecht hat<sup>3</sup>. Es kann jetzt das ursprüngliche untergehen, ohne daß er das Recht auf die Leistung verliert<sup>4</sup>. Von der anderen Seite darf man freilich nicht sagen, daß das neue Forderungsrecht den Untergang des ursprünglichen in allen Fällen überdauere; es kommt auf die Natur und Tragweite der betreffenden Aufhebungsthatfache an<sup>5</sup>. Ein anderer Vortheil, welchen das Erfüllungsverprechen dem Gläubiger zu gewähren im Stande ist, ist von speciellerer Art; der Correalgläubiger schließt dadurch, daß er von dem Schuldner ein Erfüllungsverprechen erlangt, seinen Mitgläubiger von dem Forderungsrecht aus<sup>6</sup>.

\* Dig. 13. 5 de pecunia constituta. Cod. 4. 18 de constituta pecunia. — Brun & Das constitutum debiti, Zeitschr. f. Rechtsw. 1. 2 (1861). Unterholzner II §. 761—764, Sinteris II §. 310—314.

1 Das römische Recht gewährte aus einem Erfüllungsverprechen ein Akzessorrecht auch ohne Stipulationsform. Die technische Bezeichnung des römischen Rechts für das (formlose) Erfüllungsverprechen ist *constitutum* (*constituere so soluturum, constituere debitum, constituere decem, Stichum etc.* Brun & S. 1).

2 L. 18 §. 3 D. h. t.

3 Brun & S. 105—109.

4 So z. B. durch Verjährung, l. 18 §. 1 D. h. t. (Brun & S. a. a. O. und S. 71—73); durch den Tod des Gläubigers oder Schuldners (Brun & S. 107). Ferner gehört der Fall hierher, wenn bei der actio de pecunia das Pecunium, oder bei einer Forderung, welche eine Vereicherung voraussetzt, die Vereicherung wegfällt oder schwindet (l. 1 §. 8 l. 19 §. 2 l. 20 D. h. t.). Vgl. auch l. 28 D. de nov. 46. 2.

5 L. 3 D. de resc. vend. 18. 5, l. 36 D. de iurei. 12. 2. §. 301 Note 4—7.

6 L. 10 D. h. t. Vgl. §. 296 Note 2.

Das Erfüllungsverprechen setzt eine bestehende Schuld voraus; ist eine Schuld nicht vorhanden, so ist es nichtig<sup>7</sup>. Ebenso gehen die rechtlichen Beschränkungen der alten Schuld auf die durch das Erfüllungsverprechen begründete neue über<sup>8</sup>; es müßte denn das Gegentheil ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht sein.

Uebrigens braucht das Erfüllungsverprechen nicht genau auf die geschuldete Leistung gerichtet zu sein. Es kann an dem Inhalt oder der Modalität derselben etwas, zu Gunsten des Gläubigers oder des Schuldners, ändern<sup>9</sup>. Nur wenn es auf Mehr geht, als der Schuldner schuldig ist, ist es kein Erfüllungsverprechen mehr, sondern Begründung einer auch materiell neuen Schuld<sup>10</sup>. Geht das Erfüllungsverprechen nicht genau auf die geschuldete Leistung, so liegt es möglicherweise in der Absicht der Partheien, daß dadurch das bestehende Forderungsrecht aufgehoben werden soll<sup>11</sup>. Ist dies nicht der Fall, so kann jedenfalls das alte Forderungsrecht nicht mehr in Widerspruch mit dem in dem

7 L. 1 §. 1 l. 18 §. 1 l. 3 §. 1 D. h. t.; l. 1 §. 5. 8 l. 11 §. 1 l. 12 l. 24 eod. Bestehen einer Schuld ist für das Leistungsverprechen eine durch den Inhalt des Versprechens gegebene Bedingung, nicht etwa bloße Voraussetzung. L. 31 D. h. t. Es reicht aber eine natürliche Verbindlichkeit hin, l. 1 §. 7 D. h. t., jedoch nicht jede (f. §. 288 Note 4 und §. 289). Ob die Verbindlichkeit an und für sich nicht vorhanden, oder durch Einrede ausgeschlossen ist, macht keinen Unterschied, l. 3 §. 1 D. h. t. (a. M. Senff. Arch. XVI. 91). — Mit dem Erfüllungsverprechen kann eine Anerkennung der Schuld, deren Tilgung versprochen wird, verbunden sein; aber notwendig ist dies nicht. Brun & S. 77. 78. 93. 94; vgl. Bähr Anerkenn. S. 170. 171.

8 So namentlich die dem Schuldner zustehende Rechtswohlthat der Lebensnotdurft, l. 3 pr. D. h. t., l. 33 pr. D. de don. 39. 5. Vgl. l. 8 D. de iud. 5. 1, mit welcher Stelle l. 5 §. 1 D. h. t. dadurch zu vereinigen ist, daß die letztere Stelle auf ein Versprechen, in Rom zu zahlen, bezogen wird.

9 L. 1 §. 5 D. h. t. (Getreide statt Geld), l. 25 pr. eod. (einer der mehreren alternativ geschuldeten Gegenstände), l. 8 l. 30 eod. (Sinzinsfügung oder Wegnahme eines solationis causa adiectus, vgl. l. 59 D. de sol. 46. 3, Brun & S. 82 Note 75), l. 4 l. 5 pr. l. 16 pr. eod. (andere Zeit und anderer Ort der Leistung).

10 Nach römischem Rechte war es in diesem Falle nutzlos. L. 1 §. 8 l. 11 §. 1 l. 12 l. 24 D. h. t.

11 Das Erfüllungsverprechen bewirkt möglicherweise eine Novation, aber nicht notwendigerweise. L. 28 D. h. t., l. 15 D. de in rem verso 15. 3. Brun & S. 80 §. 115—117. A. M. Kuntze die Obligation §. 48.

Erfüllungsverprechen erklärten Willen der Partheien geltend gemacht werden<sup>12</sup>.

Endlich kann das Erfüllungsverprechen auch durch einen Andern, als den Schuldner<sup>13</sup>, und zu Gunsten eines Andern, als des Gläubigers<sup>14</sup>, abgegeben werden. Beide Anwendungen desselben gehören nicht hierher<sup>15</sup>.

### §. 284<sup>a</sup>.

Das Bestehen der Schuld, deren Erfüllung versprochen worden ist, muß im Befreiungsfall von dem Fordernden bewiesen werden. Dabei entsteht die Frage, ob dieser Beweis auch durch ein in dem Erfüllungsverprechen enthaltene<sup>1</sup> oder demselben ausdrücklich hinzugefügtes<sup>2</sup> Schuldbekentniß geführt werden kann. Diese Frage<sup>3</sup> ist nach allgemeinen Grundsätzen unbedingt zu bejahen, und zwar

<sup>12</sup> L. 25 pr. D. h. t. „Illud aut illud debuit, et constituit alicorum: an vel alterum, quod non constituit, solvere possit, quaesitum est? Dixi, non esso audiendum, si velit hodie fidem constitutae rei frangere“. Bruns S. 81.

<sup>13</sup> Constitutum debiti alieni. L. 2 l. 5 §. 2—4 l. 26—28 D. h. t. Bruns S. 97—101.

<sup>14</sup> L. 5 §. 2. 6. 7 l. 7 §. 1 D. h. t. Bruns S. 101—102.

<sup>15</sup> Im ersten Fall liegt Vereinzuehung eines anderen Verpflichteten, im zweiten keine Steigerung der Macht des Gläubigers vor.

<sup>1</sup> Ein Schuldbekentniß ist in dem Erfüllungsverprechen nicht notwendig enthalten, so nicht, wenn es z. B. lautet: „Was ich dem A. aus den für ihn geführten Geschäften noch schuldig bin, verspreche ich ihm am 1. des künftigen Monats zu zahlen“. Anders, wenn das Erfüllungsverprechen gerichtet wird z. B. „auf die 100, die ich dem A. aus den für ihn geführten Geschäften noch schuldig bin“. Vgl. §. 284 Note 7 a. E.

<sup>2</sup> Z. B. „Ich bekenne dem A. 100 schuldig geworden zu sein, und verspreche dieselben am 1. des künftigen Monats abzutragen“. — Das Schuldbekentniß kann, wie auch das Erfüllungsverprechen selbst, mündlich oder schriftlich abgegeben werden. Im letzteren Falle spricht man von einem Schuldschein.

<sup>3</sup> Zu dem Folgenden ist vor Allem zu vergleichen die Schrift von D. Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (1855), namentlich §. 43—45. 55 fg. Darüber Dernburg Heid. krit. Zeitschr. III S. 496—512 (1856), und Arnolds krit. Ueberschau IV S. 1—47 S. 219—247 (1857). Erörterung Bähr's: Jahrb. f. Dogm. II. 6. 8 (1858). S. ferner Brinz Lehrb. §. 100. 101 (1857), Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten x. I. Abth., namentlich §. 11 (1858), Windscheid krit. RZSchr. I S. 106—109 (1859),

nicht bloß für den Fall, wo die Thatfachen, auf welche die anerkannte Schuld zurückgeführt wird, in dem Schuldbekentniß genau angegeben sind<sup>4</sup>, sondern auch für den Fall, wo in dem Schuldbekentniß eine solche Bezeichnung fehlt<sup>5</sup>. Denn in dem Schuldbekentniß liegt mehr als ein Zeugniß gegen sich selbst; es liegt darin ein Vertrag, durch welchen der Aussteller verspricht<sup>6</sup>, die eingestandene Schuld als bewiesen gegen sich gelten

Brunns Zeitschr. f. RZSchr. I S. 94—97 S. 118—130 (1861), Weßell Syst. des Civilprocesses §. 22 (2. Aufl. 1864), v. Salpius Novation und Delegation §. 49. 79 (1864). Sutenis II S. 273—276 und §. 96 Note 25<sup>b</sup>.

<sup>4</sup> So genau, wie sie im Beweisverfahren specificirt werden müssen.

<sup>5</sup> Also namentlich auch für den Fall, wo das Schuldbekentniß einfach lautet: „Ich bekenne, dem A. 100 schuldig zu sein“. Ebenso wenn der Schuldgrund zwar im Allgemeinen bezeichnet, aber nicht speciell angegeben ist (Note 1). Vgl. Schlesinger S. 47 S. 136 fg., Bruns S. 118 fg.; a. R. Weßell S. 171. Beispiele aus den Quellen finden sich in l. 47 §. 1 D. de pact. 2. 14 („Ex ratione mensae, quam mecum habuisti, in hunc diem ex contractibus plurimis remanserunt apud me ad mensam meam trecenta octoginta sex; . . . summam auroorum, quam apud me . . . habes, refundam tibi . . .“); l. 61 pr. D. de O. et A. 44. 7 (L. Kalandius recognovi, quemadmodum infra scriptum est: reliqua a nobis debentur tot illi“). Ueber l. 20 D. de Inst. act. 14. 3 f. unten im speciellen Obligationenrecht V. B. 1 Note 17.

<sup>6</sup> Die Vertragsnatur des Schuldbekentnisses mit Energie geltend gemacht zu haben, ist namentlich das Verdienst Bähr's. Aber in Betreff des Inhalts des Vertrags hat er, wie ich jetzt glaube (a. a. O. habe ich mich auch in dieser Beziehung für Bähr ausgesprochen), nicht das Richtige gesehen. Nach Bähr ist das Schuldbekentniß eine Form für das einfache Versprechen; „ich bekenne 100 schuldig zu sein“ soll so viel heißen als: „ich verspreche 100 zu geben“, weswegen auch Bähr das Schuldbekentniß mit der Stipulation paratellisiert (s. g. accessorische Stipulation, stipulatio debiti). Ich glaube, das Schuldbekentniß kann nur diesen Inhalt haben; es hat ihn aber weder notwendig, noch auch nur zunächst. In einem Schuldbekentniß darf zunächst keine andere Absicht gefunden werden, als die, dem Empfänger ein Mittel in die Hand zu geben, eine bestehende, die anerkannte Obligation geltend zu machen. Dieß ist selbst für den Fall wahr, wo das Schuldbekentniß den Grund der anerkannten Obligation nicht bezeichnet. „Ich bekenne, daß ich dir 100 schuldig bin“, heißt, wenn man nicht in die Erklärung etwas hinein trägt, was die Worte nicht sagen: ich bekenne, daß ich dir jetzt, zur Zeit wo ich bekenne, 100 schuldig bin, also vorher, durch irgend eine Thatfache, schuldig geworden bin; es heißt nicht: ich mache mich dir dadurch zum Schuldner auf 100, daß ich mich dir als Schuldner auf 100 bekenne, und dir dadurch die Macht gebe, mich als Schuldner auf 100 zu behandeln. Um so mehr muß dieß behauptet



zu lassen, für dieselbe einen weiteren Beweis nicht fordern zu wollen<sup>1</sup>. Sieht man dagegen auf die positiven Vorschriften des

werden, wenn das Schuldbekenntniß den Grund der Schuld nennt. „Ich bekenne, dem A. für verkauften Weizen 100 schuldig zu sein“. So, wenn man bei dem Mächtigenden stehen bleibt. Das ist nun allerdings nicht nöthig; es kann sehr wohl sein, daß der Aussteller des Schuldbekenntnisses mit demselben etwas Anderes hat sagen wollen, als seine Worte ihrem grammatischen Sinn nach ausdrücken. Aber daß dieß der Fall sei, muß besonders nachgewiesen werden. Hierher gehört vor allen Dingen der Fall, wo es feststeht, daß der Aussteller des Schuldbekenntnisses gewußt hat, daß er nicht Schuldner sei. Wer sich zu einer Schuld bekennt, von der er weiß, daß sie nicht besteht, will dem Gegner die Möglichkeit geben, eine nicht bestehende Schuld gegen sich geltend zu machen, als wenn sie bestände, d. h. er will ihm ein Forderungsrecht gegen sich einräumen, dessen Inhalt er bestimmt nach einem fingirten anderen. Auch fällt der Fall, wo der Aussteller des Schuldbekenntnisses von dem Bestehen der Schuld überzeugt ist, ist, wie ich glaube, die Möglichkeit zuzugeben, daß das Schuldbekenntniß nicht auf die anerkannte Schuld gehe, sondern in dem Sinne gegeben sei, um sich durch das Bekenntniß zum Schuldner auf die bezeichnete Leistung zu machen; aber wer es behauptet, wird dafür besondere Gründe anführen müssen. Wohl in diesem Sinne erkennt Arndts, welcher im Uebrigen entscheidet, wie hier geschehen, an (§. 244), daß in einem nach durchgeführter Abrechnung ausgestellten Schuldschein ein einfaches Leistungsverprechen liegen könne. Mit Vähr geht Prinz; eigenthümlich Wegeß §. 171. In Betreff der Praxis s. Note 9 zweite Hälfte und Note 11 a. E.

<sup>7</sup> So namentlich Bruns, und im Wesentlichen auch Schlesinger, welcher Letztere aber (§. 137) eigenthümlicherweise behauptet, daß der Schuldbekenntnißvertrag „kein obligatorischer“ Vertrag sei. Bruns nennt ihn „Beweisvertrag“. — Der praktische Unterschied zwischen dieser Auffassung und der Vähr'schen ist folgender. Nach der hier vertretenen Auffassung kann die Kraft des Schuldbekenntnisses durch einfachen Gegenbeweis, durch Beweis der Nichtexistenz der anerkannten Verpflichtung, gebrochen werden. Nach der Vähr'schen Auffassung kann der Schuldschein wegen Nichtexistenz der anerkannten Verpflichtung nur angefochten werden nach den Grundsätzen der *condictio indebiti*: es ist daher außer dem Beweis der Nichtexistenz der anerkannten Verpflichtung noch weiter erforderlich Nachweis der Entschuldbarkeit des Irrthums, durch welchen der Aussteller zu dem Schuldbekenntniß bestimmt worden ist. Ferner: nach der Vähr'schen Auffassung kann aus dem Schuldbekenntniß als solchem geklagt werden, nach der hier vertretenen nur aus der anerkannten Schuld oder dem hinzugefügten Erfüllungsverprechen. — Es ist eine noch andere Auffassung des Inhalts des Schuldbekenntnisses möglich, eine Auffassung, welche wenigstens in der zuerst genannten Beziehung zu dem gleichen praktischen Resultate führen würde, wie die Vähr'sche. Man könnte sagen, der Aussteller des Schuldbekenntnisses verspreche nicht sowohl, die anerkannte Schuld als bewiesen anzunehmen, als

römischen Rechtes, so wird es höchst zweifelhaft, ob durch dieselben nicht gerade für den letzteren Fall<sup>8</sup> dem Schuldbekenntniß alle Beweisraft entzogen worden ist, so daß der Gläubiger, wo das Schuldbekenntniß den Schuldgrund nicht in der Weise genau angibt, daß auch auf diesen Schuldgrund als solchen Klage hätte gestellt werden können, trotz des Schuldbekenntnisses den Beweis

vielmehr, sie nicht bestreiten zu wollen. Wäre dieß wirklich der Inhalt des Schuldbekenntnisses, so müßte die dennoch geschehene Bestreitung als nicht geschehen betrachtet werden; der Fordernde brauchte also gar nicht zu beweisen, und könnte daher auch durch Gegenbeweis nicht zurückgeschlagen werden; es müßte vielmehr wieder der Schuldner die übernommene Verpflichtung auf Grund emanuelnder Voransetzung nach den Grundsätzen der *condictio indebiti* anfechten. Das Schuldbekenntniß wäre nach dieser Auffassung Anticipation eines gerichtlichen Beschlusses. Ist diesem Sinne fast Savigny (System v. S. 11) den „Recognitivvertrag“ wirklich auf (auch die Auffassung von v. Salsius a. a. O. kommt wohl hierauf hinaus), und ich gestehe, daß, wenn es sich *de lege forenda* handelte, ich nicht ansehe würde, diese Auffassung zur Geltung zu bringen. Was mich bestimmt, sie für das römische Recht aufzugeben, ist, daß das römische Recht dem Bekenntniß der Erfüllung der Schuld entschieden nur die Bedeutung eines reinen Beweismittels zuschreibt. Dieß geht hervor aus l. 19 §. 1 D. de accept. 46. 4, l. 6. 13. 21. 23 C. de solut. 8. 43. In diesen Stellen wird sehr bestimmt unterschieden: entweder muß in dem Empfangsbekenntniß nach Lage der Umstände ein Erlaßvertrag gefunden werden (*pacum de non petendo*), oder das Forderungsrecht bleibt unberührt, d. h. sobald der Beweis der Nichtzahlung erbracht worden ist, kann ohne Weiteres wieder gefordert werden, — während nach der hier fraglichen Auffassung das Bekenntniß auch ohne Erlaßwillen eine *exceptio* erzeugen müßte. Oder soll man sagen, hier handele es sich um das Bekenntniß einer Thatfache, nicht um das Bekenntniß eines Rechtsverhältnisses? Aber warum soll denn in beiden Fällen Verschiedenes gelten? Freilich wird in l. 40 pr. D. de pact. 2. 14 in dem Bekenntniß „*profitvor te non tenori*“ mehr als ein Vereismittel, es wird darin ein *pacum de non petendo* gefunden; aber es bleibt die Möglichkeit, daß diese Stelle Wissen von der Nichtgeltigkeit der Schuld voraussetze. Für vollständig erledigt möchte ich die Frage noch nicht halten. (Das Bekenntniß des Bestehens einer Schuld, oder einer verpflichtenden Thatfache konnte nach römischem Recht schon deswegen nicht Mehr sein, als Beweismittel, weil ihm zur Begründung einer Forderung die Form fehlte. Vgl. l. 26 §. 2 D. de p. 16. 3, l. 5. 6 C. si cert. 4. 2, l. 6 C. de compens. 4. 31.)

<sup>8</sup> Man spricht in demselben nach l. 25 §. 4 D. de prob. 22. 3 von einer *cautio indiscreta*.



eines speciellen Verpflichtungsgrundes erbringen muß<sup>9</sup>. Jedenfalls

<sup>9</sup> Daß dieß der Fall sei, nimmt die in Theorie und Praxis herrschende Meinung an, auf Grund von l. 25 §. 4 D. de prob. 22. 3 (deren Bestimmung in e. 14 X. de sdo instr. 2. 22 wiederholt ist) und l. 13 C. de non num. pec. 4. 30, — unglücklichsten Stellen, die schon viele Mißgeburten haben, und voraussichtlich noch viele verzeihen werden, ohne daß jemals ein reines Resultat erzielt werden wird. Vgl. über diese Stellen: Croy in Peise und Croy jur. Abhandlungen I S. 349 fg. (1827), Sinteris in Sell's Jahrb. I S. 292 fg. (1841), Gueiß formelle Verträge S. 198—219 (1845), Windscheid Lehre von der Voraussetzung S. 196—202 (1850) und krit. VJZchr. I S. 109. 126. 437 (1859), Bähr Anerkennung §. 38. 63—66 (1855), Dernburg Heid. krit. Zeitschr. III S. 508—510 (1856), Schiefinger zur Lehre von den Formalcontr. S. 39—63 S. 100 fg. S. 145 fg. (1833), Girtanner Stipulation S. 298—325 (1859), J. Witte Versicherungslagen S. 201—211 S. 245 fg. (1859), v. Salpin's Novation und Delegation S. 287—310; Van gerow III S. 419, Rudorff zu Buchta §. 267 h. Sinteris §. 96 Note 48, Pring S. 430, C. A. Senffert in Senffert's Pand. §. 274 Note 7, Arndts §. 233 Ann. 7. In der That scheinen die genannten Stellen die gemeine Meinung unabweislich zu beweisen. Bedenkt man aber, daß dieselben nicht von Schuldscheinen schlechtthin handeln, sondern von Stipulationsurkunden, welche für eine als bestehend angenommene Schuld aufgestellt sind (vgl. für diesen jetzt kaum noch bestrittenen Satz namentlich Gueiß a. a. D. S. 200 fg.), so ergibt sich wenigstens die Möglichkeit der Frage, ob die bezeichneten Stellen unter einer „cautio quas indiscrete loquitur“, d. h. in welcher der Aussteller nicht „specialiter . . causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit“ (l. 25 §. 4 cit., l. 13 C. cit. spricht von einem „specialiter causam edicere“), in der That eine cautio verstehen, in welcher der Grund der Schuld, und nicht vielmehr eine cautio, in welcher der Grund des Versprechens (eben das Bestehen einer Schuld) nicht angegeben ist. Für diese Auslegung hat sich namentlich Schiefinger ausgesprochen, ebenso Dernburg und Windscheid in der VJZchr., nicht dagegen Arndts krit. Ueberschau IV S. 247. Ich halte diese Erklärung noch immer für möglich der Pandektenstelle gegenüber; dagegen verweise ich an ihrer Durchführbarkeit gegenüber der Codexstelle. In derselben die Worte „omnino causam specialiter promissor edixit“ von einer Bezeichnung des *debitum*, und nicht von einer Bezeichnung der *antecedens causa debiti* zu verstehen, kann ich mich nicht mehr überwinden. Von der anderen Seite verlangt l. 13 C. cit. gewiß nicht specielle Bezeichnung der *causa*, sondern eben nur Bezeichnung der *causa* als einer *antecedens* (es soll das in der Urkunde Bezeugte nicht der Empfang eines Darlehens sein); und läßt sich nicht das „specialiter“ in l. 25 §. 4 cit. in gleicher Weise verstehen? (Ich nehme als feststehend an, daß die eine Stelle aus der anderen erklärt werden muß; mag die Pandektenstelle aus der Codexstelle entnommen sein, was ich für das Wahrscheinlichere halte, oder umgekehrt diese aus jener: eines von Beidem ist gewiß der Fall.) Hiernach wäre ein Schuldbekenntniß,

unterliegt das Schuldbekenntniß dem Gegenbeweis von Seiten des

in welchem der Aussteller bloß bekennt, „daß er 100 schuldig sei“, allerdings beweisunfähig; nicht aber ein Schuldbekenntniß, in welchem er z. B. bekennt, „daß er für gemachte Auslagen 100 schuldig sei“. Man hätte dann auch eine Verjährung mit den in Note 5 genannten Stellen, — Stellen, von welchen ich im Uebrigen annehme, daß sie den in dieser Note betrachteten weichen müssen, einmal, weil ich in l. 25 §. 4 cit. den eigentlichen Ausdruck der Willensmeinung der Compilatoren sehe, sodann, weil jene Stellen die Frage, ob die in ihnen genannten Schuldbekanntnisse zum Beweise hinreichen, nicht ausdrücklich entscheiden. S. auch Bruns Zeitschr. f. Rechtsw. I S. 129. — In anderer Weise unterscheidet Girtanner a. a. D. (unter Zustimmung von Fitting Zeitschr. f. Handelsr. III S. 293). Er versteht unter *cautio quas indiscrete loquitur* eine Stipulationsurkunde, in welcher das Schuldbekenntniß nicht abgesondert (abgesondert von der Stipulationsformel) gegeben ist, und läßt die l. 25 §. 4 cit. sagen, daß eine solche cautio, um zu beweisen, den Grund der Verschuldung nennen müsse („C. quas debet dare spondes“?). In noch anderer, aber wie mir scheint, ganz willkürlicher Weise sucht Bähr die l. 25 §. 4 cit. zu beseitigen; doch ist ihm Pring beigetreten. S. auch Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 154 Note 1. Witte findet in der l. 25 §. 4 cit. zwar den ihr von der gemeinen Meinung beigelegten Sinn, glaubt aber, daß sie als im Widerspruch „mit dem sonst im *corpus iuris* enthaltenen Recht“ stehend, keine Beachtung verdiene. — Auch die Praxis zeigt doch eine entschiedene Neigung, sich von der gemeinen Meinung zu emancipiren. Sie hat sich namentlich dadurch zu helfen gesucht, daß sie die Abrechnung als selbständigen Schuldgrund anerkannt hat, — obgleich gewiß nicht in der Abrechnung als solcher, welche eine reine Rechnungsoperation ist, ein neues Versprechen liegt, sondern höchstens (Note 6 a. E.) in dem Schuldbekenntniß selbst, welches auf Grund dieser Rechnungsoperation abgegeben wird. Aber freilich auf der anderen Seite: Abrechnung ist Verweisung auf *causa antecedens*, wenn auch nicht eine specialifizierte (vgl. oben, und die in Note 5 genannten Stellen: „ex ratione monetas“, „ex contractibus plurimis“, „religiosa“). Die Abrechnung wird als Schuldgrund anerkannt namentlich von dem OAG. zu Cassel nach Ausweis des Aufsatzes von Pfeiffer in den pract. Ausführungen VIII. 2 und Senff. Arch. VII. 246, XII. 17, XIV. 16; f. ferner VII. 302 (Kiel), XII. 17 (Kosob), XIII. 247 und XIV. 17 (Stuttgart). Dagegen III. 105 (Darmstadt), wo eine Bezeichnung des der Abrechnung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes oder Rechtsverhältnisses wenigstens der Gattung nach verlangt wird (Näheres im Arch. f. pract. RW. V S. 116 fg.). Vgl. ferner II. 326 (Dresden: Schuldbekenntniß ohne Angabe des Entstehungsgrundes der Schuld reicht zur Begründung der Klage hin), XII. 260 (Wolfsbützel: Anerkenntniß bildet ein selbständiges Klagefundament). Auf der andern Seite: Darmstadt: Anerkenntniß bildet ein selbständiges Klagefundament dann, wenn das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft oder Rechtsverhältniß wenigstens der

Beklagten<sup>10</sup>. — Liegt allein ein Schuldbekennniß vor, ohne daß mit demselben ein ausdrückliches Erfüllungsversprechen verbunden worden ist, so kann entweder aus dem in dem Schuldbekennniß anerkannten Schuldverhältniß gefordert werden, oder, wenn dasselbe nicht so genau bezeichnet ist, daß auf dasselbe eine Klage gegründet werden kann, aus dem eben durch die Ausstellung und Hingabe des Schuldbekennnisses stillschweigend abgegebenen Erfüllungsversprechen<sup>11</sup>; welches letztere freilich dem Inhaber einen Vortheil

Gattung nach bezeichnet ist), VI. 178 (Odenburg: der Schuldschein bildet einen Klagegrund, wenn die *causa debendi* speciell bezeichnet ist), VII. 252 (Cassel) und VIII. 180 (Zena: die *cautio indicata* beweist nicht vollständig, kann aber von Belang sein in Betreff des Betrages der Schuld und der Zahlungszeit). — Das S.W. erklärt bei den in Art. 301 näher bezeichneten „Anweisungen und Verpflichtungsscheinen“ ausdrücklich „die Angabe des Verpflichtungsgrundes oder das Empfangsbekennniß der *Valuta*“ für unnötig.

<sup>10</sup> Der Aussteller des Schuldbekennnisses verspricht seinen Beweis fordern zu wollen; aber er verzichtet nicht auf den Beweis des Gegentheiles.

<sup>11</sup> Das Schuldbekennniß wird zwar zum Zwecke des Beweises gegeben, der Beweis aber in der Absicht, um dem Gläubiger die Geltendmachung eines Forderungsrechtes möglich zu machen. Wird diese Absicht nicht erreicht, so darf gesagt werden, daß gerade durch die Vethätigung dieser Absicht in der Hingabe des Schuldscheins die Erfüllung der anerkannten Schuld wiederholt versprochen worden sei. In dem Schuldscheine kann also allerdings, auch wenn er bloß zur Sicherheit des Gläubigers gegeben worden ist (vgl. Note 6), ein Leistungsversprechen liegen; aber dieses Versprechen ist eben Erfüllungsversprechen, nicht selbständiges Leistungsversprechen, *constitutum*, nicht *stipulatio debiti*. Wird dem Schuldscheine das Leistungsversprechen ausdrücklich hinzugefügt, so ist dies unzweifelhaft („Ich bekenne, dem A. 100 schuldig zu sein, und verspreche dieselben baldigst abzutragen“); das in den Schuldscheine hineininterpretirte Leistungsversprechen kann keine andere Natur haben, als das in demselben ausdrücklich ausgesprochene. Vgl. Pruns S. 129, 130, Schlesinger S. 146, 156, auch Arndts §. 240 Anm. 4 a. E. Aus den Quellen: I. 31 D. de pec. const. 13. 5 (— „debitorem esse esse quasi heredem patri sui contentum“), I. 61 pr. D. de O. et A. 44. 7 (wo ausgesprochen wird, daß aus dem in Note 5 a. E. abgedruckten Schuldbekennniß ein Dritter nicht verpflichtet sei). Vgl. auch I. 24 D. de pec. const. 13. 5. (In I. 26 D. de pec. const. 13. 5, welche Stelle man ebenfalls hierherzieht, wird nicht in das Schuldbekennniß ein Erfüllungsversprechen hineininterpretirt, sondern das Schuldbekennniß als Erfüllungsversprechen interpretirt (es bezieht sich auf die Schuld eines Dritten). In I. 26 D. dep. 16. 3 wollen die Worte „obligationem nullam natam esse“, nicht leugnen, daß aus dem Schuldbekennniß, sondern, daß aus der dem Schuldbekennniß hinzugefügten Erklärung des Ausstellers, der Gegner sei sein Schuldner, für diesen eine Verpflichtung erwachsen sei.) Aus

nur unter der Voraussetzung gewährt, daß er mit dem Schuldbekennniß die Schuld auch beweisen kann.

### Conventionalstrafe\*.

#### §. 285.

Eine Conventionalstrafe ist eine Strafe, welche der Schuldner dem Gläubiger für den Fall der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit verspricht. Eine Conventionalstrafe kommt am häufigsten vor bei vertragsmäßig begründeten Forderungsrechten, und zwar in der Weise, daß sie sogleich bei Abschluß des Vertrages versprochen wird. Sie kann aber auch nach bereits begründetem Forderungsrecht versprochen werden, und nicht bloß, wenn das Forderungsrecht ein vertragsmäßiges ist.

1. Wann verfällt die Strafe? Geht das Forderungsrecht auf ein Unterlassen, so verfällt die Strafe, sobald der Schuldner thut, was er nach Inhalt seiner Verbindlichkeit nicht thun soll<sup>1</sup>. Geht das Forderungsrecht auf ein Thun, und für das Thun ist eine bestimmte Zeit vorgeschrieben, so verfällt die Strafe, sobald diese Zeit verstrichen ist, ohne daß der Schuldner gethan hat; Mahnung ist nicht erforderlich<sup>2</sup>. Ist für das Thun eine bestimmte Zeit nicht vorgeschrieben, so kommt es auf den Sinn des Strafversprechens an. Möglicherweise ist dieser Sinn der, daß die Strafe verfallen solle, wenn der Schuldner auf Anfordern des

der Praxis: Senff. Arch. III. 105, IX. 149, XII. 17. 260 (welche Urtheile aber theilweise das Leistungsversprechen, welches sie in dem Schuldbekennniß finden, als *stipulatio debiti* auffassen).

\* Unterholzner I §. 122, 123, Savigny Obl. II §. 80, Bangerow III §. 614, Sintenis II S. 109—120, Holzschuber III S. 344—350, Wolff zur Lehre von der Mora S. 36 ff., Fiebig Stipulation §. 24.

<sup>1</sup> L. 122 §. 6 D. de V. O. 45. 1.

<sup>2</sup> L. 23 D. de O. et A. 44. 7, I. 12 C. de contr. emt. 8. 38, vgl. I. 23 pr. D. de rec. 4. 8. Senff. Arch. IX. 32; s. aber auch XIV. 134. Ist es sicher, daß dasjenige, was gethan werden soll, bis zu der bestimmten Zeit nicht mehr vollbracht werden kann, so kann die Strafe auch schon vor Ablauf derselben eingefordert werden. L. 113 pr. D. de V. O. 45. 1. Senff. Arch. II. 278. Eine Milderung für einen besonderen Fall enthält I. 8 D. si quis caut. 2. 11.

Gläubigers nicht leiste<sup>2</sup>; im Zweifel wird aber als Sinn des Strafversprechens anzunehmen sein, daß die Strafe verfallen solle, wenn nicht sofort geleistet werde<sup>4</sup>. Jedoch darf auch in diesem letzteren Falle nicht nur dieses „sodort“ nicht buchstäblich genommen werden<sup>5</sup>, sondern es kann sich auch der Schuldner durch Nachholung der Leistung bis zum Beginn des Prozesses immer noch von der Strafe befreien<sup>6</sup>. Möglicherweise endlich kann die Meinung der Contrahenten auch die sein, daß der Schuldner leisten dürfe, wann er wolle, und die Strafe nur dann verfallen solle, wenn die Leistung überhaupt nicht erfolge; in diesem Falle kann die Strafe nicht eher gefordert werden, bis es sicher geworden ist, daß die Leistung nicht erfolgen wird<sup>7</sup>.

2. Theilweise Erfüllung wendet weder den Verfall der Strafe überhaupt, noch auch den Verfall der ganzen Strafe ab; es müßte denn ersichtlich sein, daß die Parteien das Gegentheil gewollt haben<sup>8</sup>.

3. Wird dem Schuldner die Erfüllung ohne seine Schuld

<sup>1</sup> Ganz klar ist dies z. B. in dem Fall, wo ein Dahnlehnsschuldner eine Strafe verspricht, ohne daß über die Rückzahlungskfrist etwas ausgemacht wird. Ein anderes Beispiel in l. 24 pr. D. quando dies 36. 2, deren Fall freilich entgegengesetzt entschieden wird in l. 19 pr. eod., l. 1 D. de peno leg. 33. 9, l. 115 §. 2 D. de V. O. 45. 1. Vgl. Note 16.

<sup>4</sup> L. 115 §. 2 D. de V. O. 45. 1. Vgl. auch die anderen in der vorigen Note zuletzt citirten Stellen, und über die verschiedenen Ansichten Friß Erlaut. II S. 318, Wolff a. a. O. S. 51 fg. und 70 fg., Vangerow III S. 362, Sinteris II S. 88 Note 12 a. G. Seuff. Arch. III. 37, VI. 172.

<sup>5</sup> L. 21 §. 12 D. de rec. 4. S. „Intra quantum autem temporis, nisi detur quod arbitri iusserit, committatur stipulatio, videndum est? Et si quidem dies adiectus non sit, Celsus scribit libro II. Dig., inesse quoddam modicum tempus, quod ubi praetorierit, poena statim peti potest“. Seuff. Arch. III. 37.

<sup>6</sup> Die in der vorigen Note citirte Stelle fährt fort: „et tamen, inquit, et si dederit ante acceptum iudicium, agi ex stipulata non poterit“. L. 52 eod. „Si, qui iussus est (ab) arbitro ex compromisso solvendo pecuniam, moram fecerit, poenam ex compromisso debet; sed postea solvendo poena liberatur“. L. 122 §. 2 D. de V. O. 45. 1. Vgl. §. 125 Note 10 a. G.

<sup>7</sup> L. 115 pr. D. de V. O. 45. 1.

<sup>8</sup> Vgl. l. 47 D. de A. E. V. 19. 1, l. 9 §. 1 D. si quis caut. 2. 11. Anwendung auf den Fall, wo sich das Forderungrecht durch Erbgang auf mehrere Schuldner oder Gläubiger theilt: l. 25 §. 13 D. fam. her. 10. 2, l. 5 §. 3. 4 l. 86 §. 6 D. de V. O. 45. 1; l. 2 §. 6 l. 3 §. 1 eod. Seuff. Arch. II. 277, VI. 171.

unmöglich, so ist er nach der Absicht der Parteien im Zweifel auch von der Strafe frei<sup>9</sup>. Dagegen kommt ihm unverschuldete Unmöglichkeit rechtzeitiger Erfüllung im Zweifel nicht zu Gute<sup>10</sup>, vorausgesetzt, daß das Hinderniß rechtzeitiger Erfüllung nicht an dem Gläubiger selbst liegt<sup>11</sup>. Jedoch können auch hier die Parteien etwas Abweichendes gewollt haben<sup>12</sup>.

4. Ebenso ist es eine reine Auslegungsfrage, welchen Einfluß der Verfall der Strafe auf die Hauptverbindlichkeit hat<sup>13</sup>. Die Parteien können gewollt haben, daß der Gläubiger a) neben der Strafe auch noch die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit solle

<sup>9</sup> Es darf im Zweifel nicht angenommen werden, daß die Parteien durch die Strafstipulation die Verbindlichkeit dem Einfluß gesetzlich anerkannter Aufhebungsgründe haben entziehen wollen. Seuff. Arch. III. 37, XVI. 206; vgl. auch XIII. 217.

<sup>10</sup> Es muß im Zweifel angenommen werden, daß die Parteien die Strafe in dem Sinne verabredet haben, um den Gläubiger auf alle Fälle gegen die Nachtheile verspäteter Erfüllung zu sichern. L. 77 D. de V. O. 45. 1. „Ad diem sub poena pecunia promissa et ante diem mortuo promissore, committatur poena, licet non sit hereditas eius adita“. Ebenso 21 §. 9 D. de rec. 4. 8, l. 9 D. de naut. foem. 22. 2. Zu l. 23 D. de O. et A. 44. 7 ist nicht von dem Gegensatz zwischen Schuld und Schuldlosigkeit des Schuldners, sondern davon die Rede, ob die Versäumung der rechten Zeit ihren Grund im Schuldner oder im Gläubiger hat (vgl. l. 51 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 49 §. 2 D. de V. O. 45. 1). L. 115 §. 2 D. de V. O. 45. 1 will nur sagen, daß bei nicht festgesetztem Leistungsstermine dem Schuldner die durch die Natur der Leistung bedingte Zeit gelassen werden müsse.

<sup>11</sup> L. 1 §. 3 D. de eo per quem fact. 2. 10, l. 23 §. 1. 3 l. 40 D. de rec. 4. 8, l. 8 D. de naut. foem. 22. 2, l. 122 §. 3 D. de V. O. 45. 1, l. 9 C. de usur. 4. 32.

<sup>12</sup> Von einem Falle, wo die Strafe verfällt, trotz dem, daß die Leistung dem Schuldner ohne seine Schuld definitiv unmöglich geworden ist, handelt l. 22 pr. D. ad leg. Ag. 9. 2. Daß die Parteien bei schuldloser Versäumung rechtzeitiger Erfüllung den Verfall der Strafe nicht gewollt haben, nehmen die Quellen da an, wo eine Handlung zum Zwecke der Rechtsverfolgung vor dem öffentlichen oder Schiedsrichter versprochen worden ist, l. 2 §. 1 — l. 4 §. 3 D. si quis caut. 2. 11, l. 21 §. 8 D. de rec. 4. 8. Vgl. auch l. 115 pr. i. f. D. de V. O. 45. 1 (über §. 1 eod. l. §. 286 Note 4). — Vgl. über die verschiedenen Ansichten in Betreff des unter Nr. 3 Vorgetragenen Wolff a. a. O. S. 17 fg. S. 38 fg., Unterholzner S. 250—252, Vangerow S. 361. 366, Savigny S. 279—281, Sinteris II S. 113 und S. 112 Note 12. Seuff. Arch. III. 37.

<sup>13</sup> Unterholzner S. 247—249, Savigny S. 275—278, Vangerow S. 362—366, Sinteris S. 114—118, Liebe S. 309—320.

fordern dürfen<sup>14</sup>, oder b) nach seiner Wahl die Strafe oder die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit<sup>15</sup>, oder endlich c) nur die Strafe<sup>16</sup>. — Ist der Sinn der Verabredung der Parteien der, daß der Schuldner die Wahl haben solle, ob er seine Verbindlichkeit erfüllen, oder etwas Anderes leisten wolle<sup>17</sup>, so ist das keine Verabredung zu Gunsten des Gläubigers mehr, und man darf dieses Andere nicht Strafe nennen<sup>18</sup>.

§. Gerber Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast §. 26, Maxen über Beweislast, Einreden und Exceptionen S. 216—242.

<sup>14</sup> L. 115 §. 2 D. de V. O. 45. 1, vgl. l. 122 §. 6 eod. „Dieses Verhältnis ist nicht zu vermuthen, sondern nur bei besonderer Verabredung, oder aus dem besondern Inhalte beider Verträge, anzunehmen“. Savigny S. 277. Scuff. Arch. III. 38, X. 246.

<sup>15</sup> L. 41. 42 l. 71 D. pro soc. 17. 2, l. 28 D. de A. E. V. 19. 1, l. 4 §. 7 D. de doli exc. 44. 4, l. 14 C. de pact. 2. 3; l. 10 §. 1 D. de pact. 2. 14, l. 12 §. 2 D. de pact. dot. 13. 4, l. 40 C. de transact. 2. 4. Die Strafe hat hier die Natur einer zu Gunsten des Gläubigers getroffenen Vorausschlagung seines Interesses, die ihn von dem Beweise der Höhe desselben entbindet (§. 7 l. de V. O. 3. 15). Dabei ist im Zweifel als Willensmeinung der Parteien anzunehmen, daß der Gläubiger, wenn er Eines gefordert hat, den Nachdruck des Andern noch ferner nachfordern dürfen, l. 41. 42 cit., l. 28 cit. Scuff. Arch. III. 38. Ebenso das Pöhl. Art. 398.

<sup>16</sup> L. 44 §. 6 D. de O. et A. 44. 7, l. 115 §. 2 l. f. D. de V. O. 45. 1; vgl. l. 1 §. 8 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 24 pr. D. quando dies 36. 2, l. 1<sup>o</sup> pr. eod., l. 1 D. de pena leg. 33. 9. Der Vortheil, welchen das Strafversprechen dem Gläubiger gewährt, besteht auch in diesem Falle darin, daß er der Nothwendigkeit, sein Interesse zu beweisen, entbunden ist. Vgl. l. 38 D. de ros. 4. 8. Von der andern Seite hat auch der Schuldner einen Vortheil von dem Strafversprechen, insofern es nur von seinem Willen abhängt, wozu er verbunden sein will, ob zur Erfüllung oder zur Leistung der Strafe. Jedenfalls aber ist, wenn der Schuldner Erfüllung wählt, die von ihm gemachte Leistung eben Erfüllung einer Verbindlichkeit. Er ist allerdings verbunden unter der Bedingung, si voluerit (§. 98); aber diese Bedingung ist eine auflösende, keine aufschiebende. Vgl. über die Construction dieses Falles, über welche, wie aus den angeführten Stellen hervorgeht, die römischen Juristen nicht einig waren, namentlich Pangerow, Liebe, Gerber und Maxen a. a. O.

<sup>17</sup> Der Unterschied gegen den vorigen Fall ist der, daß hier der Schuldner auch durch Nichterfüllung nicht zur Leistung der Strafe verpflichtet wird, sondern verpflichtet immer nur zur Erfüllung bleibt.

<sup>18</sup> Es ist in der That ein Mangel. Nichtsdestoweniger spricht man hier wohl von einer „Wandelpfand (mucta poenitentialis)“. Scuff. Arch. III. 42. 43.

5. Den Beweis der Nichterfüllung braucht nicht der Gläubiger zu führen; es ist an dem Schuldner, wenn er auf die Strafe in Anspruch genommen wird, seinerseits die Erfüllung dazuthun<sup>19</sup>.

### §. 286.

Ist die Verbindlichkeit, für deren Erfüllung eine Strafe versprochen wird, ungültig, während der Schuldner sie für gültig hält, so ist auch das Strafversprechen ungültig<sup>1</sup>. Anders, wenn der Versprechende die Ungültigkeit der Verbindlichkeit kennt<sup>2</sup>: in diesem Falle ist das Strafversprechen nur dann ungültig, wenn durch dasselbe ein unerlaubter Zweck durchgeführt werden soll<sup>3</sup>. —

Ein Versprechen, wodurch Jemand sich einfach für den Fall eines Thuns oder Unterlassens zu einer Leistung anheischig macht, ohne das Thun oder Unterlassen selbst zu versprechen, ist gar kein Strafversprechen mehr, und muß lediglich nach den Grundsätzen von den bedingten Verträgen beurtheilt werden<sup>4</sup>. —

Eine Strafe der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit kann nicht bloß versprochen, sondern auch durch den Erblasser<sup>5</sup> oder den Richter<sup>6</sup> auferlegt werden. Der Name „Conventionalstrafe“

<sup>19</sup> Steht es fest, daß die Hauptforderung entstanden ist, so steht es auch bis zum Beweise des Gegentheils fest, daß sie noch gegenwärtig besteht (§. 133. 1. a), also unerfüllt ist. Vgl. Gerber a. a. O. §. 25—30, Maxen a. a. O. Uebereinstimmend Scuff. Arch. VIII. 121. Anders das. XII. 143.

<sup>1</sup> L. 69 D. de V. O. 45. 1.

<sup>2</sup> Das Strafversprechen wird dann als Mittel angewendet, eine Verbindlichkeit erzwingbar zu machen, die es an und für sich nicht ist. Vgl. §. 19. 21 l. de inut. stip. 3. 19, l. 38 §. 2. 4. 17 D. de V. O. 45. 1. Scuff. Arch. III. 35. 36. 39, XIII. 217. S. aber auch XII. 261. — Für die Römer gehörte namentlich auch der Fall hierher, wo ein Strafversprechen einer fern lösen, von der Form nicht entbundenen, Berechnung hinzugesügt wurde.

<sup>3</sup> L. 61 D. de V. O. 45. 1, l. 134 pr. D. eod., l. 2 C. de inut. stip. 8. 39. Scuff. Arch. II. 28, III. 41.

<sup>4</sup> Namentlich fehlt es in diesem Falle an einem Anhalte, um den Versprechenden für verbindlich zu erklären, wenn er nicht sofort diejenige Handlung vornimmt, deren Unterlassung die Bedingung seines Versprechens bildet (§. 285 Note 3), oder für nicht verbindlich, wenn ihm die Vornahme der Handlung ohne seine Schuld unmöglich geworden ist (§. 285 Note 9). l. 115 §. 1. 2 D. de V. O. 45. 1. l. 8 eod. S. noch l. 44 §. 5 D. de O. et A. 44. 7, l. 68 D. de V. O. 45. 1.

<sup>5</sup> Vgl. die in §. 285 Note 16 citirten Stellen.

<sup>6</sup> S. R. A. §. 162. Vgl. §. 251<sup>a</sup> Note 3.

paßt in diesem Falle nicht; aber die rechtlichen Grundsätze sind die nämlichen.

## H. Die natürlichen Verbindlichkeiten\*.

### I. Begriff.

#### §. 287.

Bei der Bestimmung des Begriffes der natürlichen Verbindlichkeit ist auszugehen von dem Gegensatz zwischen der juristischen und der natürlichen Auffassung. Dieser Gegensatz macht sich, wie auf anderen Punkten des Rechts, so auch auf dem Gebiete des Obligationenrechts geltend. Es gibt Verbindlichkeiten wie für die juristische Auffassung, so auch für die natürliche Auffassung; letztere heißen eben bezwungen natürliche Verbindlichkeiten<sup>1</sup>. Es

\* A. D. Weber Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit (1784, 5. Aufl. 1825). Reinhardt die römische Lehre von der Verbindlichkeit im Allgemeinen und der natürlichen Verbindlichkeit insbesondere (vermischte Aufsätze 3. Heft, 1827). v. d. Pforden de obligationis civilis in naturalem transitu (1843). E. Christiansen zur Lehre von der naturalis obligatio und condictio indebiti (1844). Savigny Obl. I §. 5—14 (1851). Holtius Abhandlungen civilistischen und handelsrechtlichen Inhalts, übersetzt von Sutor Nr. 1 (1852, im Original erschienen 1845). Brinz kritische Blätter III S. 12—60 (1853). Bekker Jahrb. d. gem. R. IV. 13 (1860). Schwauert die Naturalobligationen des römischen Rechts (1861). v. Scheurl die römischen Naturalobligationen, Jahrb. f. Dogm. VII. 6 (1865). Ders. Recension des Werkes von Schwauert, krit. WZschr. VI S. 489 fg. S. außerdem Franke civilistische Abhandlungen S. 66 fg., Hüchel civilrechtl. Erörterungen II Nr. 1 S. 57 fg., Renaud Arch. f. civ. Prag. XXIX S. 432—444, Erglehen die condictio sine causa I S. 118—152, v. Schenkl Heid. fr. Zeitschr. I S. 506—517. Unterholzner I S. 6—9, Wächter Württemb. Privatw. II S. 480—487, Brinz (Lehrb.) I S. 571—581, Sintenis II S. 5—17.

<sup>1</sup> Die Quellen sagen: obligationes naturales. Den Gegensatz zur obligatio naturalis bildet die obligatio civilis. Der Ausdruck „civilis obligatio“ bezeichnet aber auch eine besondere Art der juristischen Verbindlichkeiten, die auf dem ius civile, im Gegensatz zum ius gentium, oder zum prätorischen Recht, beruhenden juristischen Verbindlichkeiten (Gai. III. 93, l. 5 pr. D. de pign. 20. 1, l. 1 §. 1 D. de nov. 46. 2). Die Behauptung Scheurl's (Heid. fr. Zeitschr. S. 504), daß der Ausdruck „civilis obligatio“ in den Quellen immer nur auf die juristische Verbindlichkeit der letzteren Art, nie auf die juristische Verbindlichkeit überhaupt gehe, wird nach meiner Ansicht

besteht aber nicht nothwendig ein Widerstreit zwischen der juristischen und der natürlichen Auffassung; in einem gegebenen Fall kann die eine sehr wohl mit der andern übereinstimmen, und so kann auch eine natürliche Verbindlichkeit sehr wohl zugleich eine juristische sein<sup>2</sup>. Von den natürlichen Verbindlichkeiten dieser Art ist hier nicht die Rede; hier ist nur die Rede von den Verbindlichkeiten, welche es bloß für die natürliche Auffassung, nicht auch zugleich für die juristische sind. Diese bloß natürlichen Verbindlichkeiten<sup>3</sup> sind nun zunächst dem Rechte durchaus gleichgültig, und viele derselben bleiben es auch. Im Leben wird Vieles als Verbindlichkeit, und wohl auch als Forderungsrecht bezeichnet<sup>4</sup>, was das Recht vollkommen unbeachtet läßt. Dagegen gibt es andere bloß natürliche Verbindlichkeiten, zu denen das Recht sich nicht durchaus ablehnend verhält; wenn es sie auch nicht vollkommen anerkennt, so mag es sie doch auch nicht vollkommen zurückweisen, sondern läßt sie in dieser oder jener Beziehung als Verbindlichkeiten allerdings gelten. Diese juristischen bloß-natürlichen Verbindlichkeiten sind es, um welche

durch l. 7 §. 2. 4 D. de pactis 2. 14, l. 5 §. 1 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 16 §. 3 in Verbindung mit §. 4 D. de fidei. 46. 1 von welchen Stellen namentlich die erste und die dritte beweisend sind, widerlegt. — Die Ausdrücke „naturalis“ und „civilis“ bezeichnen hier in derselben Weise den Gegensatz zwischen dem Natürlichen und dem Juristischen, wie in der Verbindung naturalis und civilis possessio, und den anderen in §. 148 Note 14 genannten Verbindungen; zu denselben ist noch hinzuzufügen: naturalis-civilis cognatio, naturalis-civilis solutio (l. 107 D. de sol. 46. 3), naturalis pignus (l. 2. C. de postlim. 8. 51), naturalis-civilis socium (Schömann Kreiswalder Nectovatsprogramm 1856 p. 5).

<sup>2</sup> In diesem Sinne wird in l. 126 §. 2 D. de V. O. 45. 1 die Darlehensobligation eine naturalis obligatio genannt, und in l. 15 pr. D. de cond. ind. 12. 6 die condictio indebiti als naturalis bezeichnet. S. noch l. 5 pr. D. de auct. 26. 8. Auch l. 84 §. 1 D. de R. 1. 50. 17 gehört wohl hierher. — In derselben Weise bezeichnet der Ausdruck „naturalis liberi“ nicht bloß die nicht juristischen Kinder (die Concubinentkinder), sondern auch diejenigen juristischen Kinder, welche zugleich natürliche (nicht Adoptivkinder) sind.

<sup>3</sup> Der Ausdruck „obligatio tantum naturalis“ findet sich in l. 5 pr. D. de pign. 20. 1.

<sup>4</sup> Man sagt z. B. ich bin dem Herrn So und So einen Gegenbesuch schuldig; wer im Spiele gewonnen hat, ist demselben schuldig; der Freund kann vom Fremde fordern, daß er ihm die Wahrheit sage. Man denke auch an die reprobirten Obligationen, z. B. Spielschulden und Spielforderungen.

es sich hier handelt. Wenn man sie natürliche Verbindlichkeiten schlechthin nennt, so geschieht dieß deswegen, weil einerseits die vom Rechte vollkommen anerkannten natürlichen Verbindlichkeiten eben auch juristische sind, und andererseits es sich von selbst versteht, daß, wo im Rechte von einer natürlichen Verbindlichkeit die Rede ist, nicht eine solche natürliche Verbindlichkeit gemeint ist, welche aller und jeder juristischen Beziehung entbehrt<sup>5</sup>. Man

<sup>5</sup> Ueber den Sinn, in welchem die Quellen von obligatio naturalis reden, herrscht keine Uebereinstimmung. (Vgl. den ausführlichen Bericht bei Schwauert S. 7—68.) Nach einer weit verbreiteten Meinung soll mit der Bezeichnung einer obligatio als naturalis auf ihre Anerkennung in der natürlichen Rechtsordnung hingewiesen sein, welche natürliche Rechtsordnung dann von den Verschiedenen noch verschieden gefaßt wird, als ius naturale im Sinne von Naturrecht (Weber), als ius naturale im Sinne von ius gentium (Savigny, v. d. Pfordten, Büchel, Erleben, Sintenis, Buchta, Arndts), als Billigkeit (Schenkl in der Heid. fr. Zeitschrift). Es ist nun auch keiner Frage unterworfen, daß die Quellen in diesem Sinne vielfach von obligatio naturalis wirklich reden, so namentlich wenn sie eine civilis obligatio als naturalis bezeichnen (vgl. mit l. 15 pr. D. de cond. ind. 12. G l. 14 eod., aber auch l. 64 eod.). Aber daß sie diesen Sinn immer mit dem Ausdruck naturalis obligatio verbinden sollten, und namentlich immer auch da, wo sie die Uneigentlichkeit, die Unvollkommenheit der Obligation hervorheben wollen, will doch nicht einleuchten; denn regelmäßig wird die natürliche Rechtsordnung auch vom ius civile anerkannt, — wo aber nicht, auch vollkommen nicht. Aus diesem Grunde haben Auber einen andern, oder doch einen zweiten Sinn von obligatio naturalis angenommen, und in der Bezeichnung einer Obligation als naturalis eine unmittelbare Hinweisung auf ihre rechtliche Unvollkommenheit gefunden (Büchel, Holtius, Schwauert, Bekker). Diese Ansicht hat mit der Schwierigkeit zu kämpfen, nachzuweisen, warum denn gerade das Unvollkommene als das Natürliche bezeichnet werde (vgl. Büchel S. 60, Holtius S. 6, Schwauert S. 231, Bekker S. 398). Die im Text entwickelte Ansicht löst diese Schwierigkeit in einer Weise, welche sie zugleich der Nothwendigkeit überhebt, einen doppelten Sinn von obligatio naturalis anzunehmen. Sie geht von einer Vorstellung aus, welche unbestimmt genug ist, um Alles das in sich aufzunehmen, was die Quellen mit dem Ausdruck obligatio naturalis nun einmal wirklich bezeichnen, von der Vorstellung der natürlichen Auffassung. Die natürliche Auffassung wird sich zunächst an das in der Natur der Sache Begründete, durch die Natur der Dinge von selbst Gegebene anschließen, und dasselbe möglichst getreu wiederzugeben suchen; in diesem Sinne ist die naturalis obligatio zugleich die obligatio der natürlichen Rechtsordnung. Aber die natürliche Auffassung wird sich auch gefallen lassen müssen, vom Rechte corrigirt und in manchen ihrer Anforderungen zurückgewiesen zu werden; dann erscheint die naturalis obligatio nicht sowohl als die obligatio einer Ord-

kann sie passend auch als uneigentliche Verbindlichkeiten bezeichnen<sup>6</sup>.

## 2. Rechtliche Bedeutung.

### §. 288.

Die rechtliche Bedeutung, welche der natürlichen (uneigent-

lich) Verbindung, mit welcher das Recht sich aneinanderlegt, als vielmehr als die obligatio des unjuristischen Verstandes. In diesem Sinne faßt die obligatio tantum naturalis auch Brinz (Pand. S. 377) auf; ebenso Christianen (S. 27, 81, 118). Vgl. auch Buchta Inst. III S. 69. — Und übereinstimmend im Wesentlichen jetzt auch Schenkl in den Aufsätzen in den Jahrb. f. Dogmatik und der krit. BSchr. Schenkl's Auffassung unterscheidet sich von der hier vertretenen nur dadurch, daß er in der Anschauung des unjuristischen Verstandes, auf welchen auch er die naturalis obligatio zurückführt, einen Trieb der Rechtsbildung erkennt, welchem das Recht durch theilweise Anerkennung der naturalis obligatio entgegenkomme. Die theilweise Anerkennung der naturalis obligatio wäre also gleichsam eine Abschlagszahlung, bis das Recht mehr zu leisten im Stande sei. In diesem Sinne hält auch Schenkl die naturalis obligatio (die eigentliche, vgl. folgende) für ein specifisch römisches Institut, für welches im heutigen Recht kein Platz mehr sei (S. 352, 353). R. G. wird diese Schenkl'sche Auffassung dem vorliegenden Quellenmaterial nicht gerecht (§. 289), und ich glaube auch nicht, daß jemals ein positives Recht sich der Anerkennung uneigentlicher Obligationen ganz wird entziehen können. Dagegen ist gewiß richtig die Bemerkung Schenkl's, daß naturales obligationes sich für ein positives Recht auch dadurch ergeben können, daß dasselbe in einem gegebenen Fall einer Obligation nur bestimmte Wirkungen, und namentlich die Klagwirkung, abpricht, während es ihr andere beläßt. Dieß ist der Fall beim SC. Macedonianum und den ihm gleichstehenden Bestimmungen, wenn es solche gibt (§. 289 Note 22).

<sup>6</sup> Daß die naturalis obligatio eigentlich keine obligatio sei, heben die Quellen sehr bestimmt hervor. L. 10 D. de V. S. 50. 16: — „quod si natura debeat, non est loco creditorum“. L. 16 §. 4 D. de fidei. 46. 1: — „licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores“. L. 41 D. de pec. 15. 1. „Nec servus quidquam debere potest, nec servo potest deberi. Sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus, quam ad ius civile referimus obligationem“. In diesem Sinne heißt es auch in l. 95 §. 4 D. de sol. 46. 3, daß die naturalis obligatio nur auf dem vinculum aequitatis beruhe. — Verwahrung einzulegen ist gegen die Ansicht Schwauert's (S. 225—230), daß in der naturalis obligatio nur eine Pflicht rechtlich anerkannt sei, ohne daß dieser Pflicht ein Recht entspreche. Das Recht kennt keine Pflichten ohne gegenüberstehende Rechte; es kennt nur Pflichten als Correlate von Rechten. Es kann wohl in der Verleihung eines Rechts von der Annahme ausgehen, daß eine Pflicht schon anderweitig begründet sei; aber soweit es selbst diese Pflicht anerkennt, verleiht es auch ein Recht.

lichen) Verbindlichkeit zukommt, ist zunächst negativ zu bestimmen. Die natürliche Verbindlichkeit gewährt dem Gläubiger — insofern man hier überhaupt von einem Gläubiger reden will<sup>1</sup> — nicht die Befugniß zur Klage<sup>2</sup>. Die Klagebefugniß schließt den Begriff der natürlichen Verbindlichkeit aus; wer die Befugniß hat, seinen Willen dem widerstrebenden Willen des Gegners gegenüber durch Anrufung einer höheren, im Nothfall Zwang verhängenden, Auctorität zur Geltung zu bringen, dem fehlt an der Fälle des Rechts gar nichts mehr: er hat ein Recht nicht bloß nach der natürlichen, sondern auch nach der juristischen Auffassung. Von der anderen Seite ist die Klagebefugniß so sehr die Voraussetzung der Realisirung der durch das Recht gewährten Macht, daß, wo sie fehlt, man wohl berechtigt ist, von einem nur uneigentlichen Rechte zu reden<sup>3</sup>. — Positiv läßt sich die rechtliche Bedeutung der natürlichen Verbindlichkeit nicht durch eine für alle Fälle derselben gleiche Regel bestimmen<sup>4</sup>; für jede

1 L. 42 §. 1 D. de O. et A. 44. 7. „Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem . . . habent . . .“ Vgl. l. 10 l. 108 l. 178 §. 3 D. de V. S. 50. 16, l. 16 §. 4 D. de fidei. 46. 1.

2 L. 16 §. 4 D. de fidei. 46. 1 (Note 11), l. 94 §. 3 D. de sol. 46. 3.

3 Die Klagebefugniß gehört nicht zum Begriff des Rechts (§. 37); aber sie bildet eine wesentliche Voraussetzung seiner Wirksamkeit.

4 Dieser Satz ist für die richtige Einsicht in die Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit von der äußersten Wichtigkeit. Es gibt nicht einen feststehenden Inhalt der natürlichen Verbindlichkeit, wie es einen feststehenden Inhalt der juristischen Verbindlichkeit gibt. Man darf daraus, daß Etwas in den Quellen als *naturalis obligatio* bezeichnet, oder daß ihm rechtliche Bedeutung in dieser oder jener Beziehung zugeschrieben wird, nicht ohne Weiteres schließen, daß es rechtliche Anerkennung in dem ganzen Umfang gefunden hat, welcher bei einer natürlichen Verbindlichkeiten überhaupt möglich ist. Dieß ist im Einzelnen auch immer, und namentlich darin anerkannt worden, daß man von den eigentlichen natürlichen Verbindlichkeiten uneigentliche unterscheidet, denen man geringere Wirkungen zuschrieb. So auch Savigny (§. 12) und Schwanert (§. 9—11), welcher Letztere mit dieser Unterscheidung den Ausdruck *naturaliter aders* in Verbindung bringt. Man muß aber noch weiter gehen und den Satz aufstellen, daß für jede natürliche Verbindlichkeit ihr rechtlicher Gehalt besonders bestimmt werden müsse. Dieser Gesichtspunkt ist namentlich von Schwanert verfolgt worden, und ich sehe darin das Hauptverdienst seines Buches. Es liegt auf der Hand, daß die consequente Durchsührung dieses Gesichtspunktes auch jede Unterscheidung, wie die zuvor bezeichnete, überflüssig macht.

einzelne natürliche Verbindlichkeit muß ihr rechtlicher Inhalt besonders festgestellt werden<sup>5</sup>. Nur das läßt sich sagen, daß die natürliche Verbindlichkeit möglicherweise außer der Klagebefugniß jede rechtliche Bedeutung haben kann, welche auch der juristischen Verbindlichkeit zukommt<sup>6</sup>. Im Einzelnen ist Folgendes zu nennen<sup>7</sup>.

1. Die natürliche Verbindlichkeit kann als Vermögensvermehrung für den Gläubiger, als Vermögensminderung für den Schuldner in Betracht kommen<sup>1</sup>.

Vgl. außerdem Brinz krit. Blätter III S. 57, Sintenis II S. 11—16, Keller Jahrb. d. gem. R. IV. 382, 383, Bekker das. S. 402.

<sup>5</sup> Brinz (krit. Blätter III S. 48—50) faßt die rechtliche Bedeutung der natürlichen Verbindlichkeit in die Formel zusammen: sie ist zahlbar (erfüllbar). D. h. also: sie wird als Verbindlichkeit rechtlich anerkannt für einen sich auf sie beziehenden Erfüllungssact. Ebenso Schwanert S. 222—225. Ich halte das nicht für eine glückliche Formulirung. Denn Bürgschaft und Pfandbestellung kann man doch nur sehr uneigentlich Erfüllungssacte nennen, und das Wesen der Compensation besteht nicht darin, daß in ihr die Verbindlichkeit erfüllt wird, sondern daß in ihr der Gläubiger Befriedigung gegen den Willen des Schuldners erlangt. — Christianfen spricht der natürlichen Verbindlichkeit alle und jede selbständige rechtliche Wirkungen ab, und sieht den Grund derjenigen rechtlichen Wirkungen, von welchen sie umgeben ist, lediglich in dem freien Willen des Schuldners. Wie er darauf *soluti rotentis* auch bei irrthümlicher Annahme einer *civilis obligatio* und Compensation zurückführt, muß man bei ihm selbst nachlesen (vgl. namentlich S. 17—21 S. 128 S. 138). — Aehnlich jetzt auch Schenkl in dem Aufsatz in den Jahrb. f. Dogm. S. 328 fg. und in der krit. R. Schr. S. 516 fg., indem er an die Stelle der Brinz'schen Formel: die nat. obl. sei zahlbar, die andere setzt: sie sei anerkannt; die der nat. obl. zukommende Rechtswirksamkeit sei keine „Ihr an sich zukommende, sondern durch Anerkennung vermittelte“ (Jahrb. S. 332). Auch in der *deductio* und *compositio* werde nur Anerkennung gefordert. Aber doch Anerkennung mit der unmittelbaren Folge eines Vermögensverlustes, und Anerkennung gefordert! Anders ist es auch bei der Zahlung nicht. Freilich sagt Schenkl an einem anderen Ort (Jahrb. S. 334), die nat. obl. trage „weder ein Forderungsrecht, noch irgend welche rechtliche Verbindlichkeit in sich“.

<sup>6</sup> Vgl. Savigny S. 45—50, Schwanert S. 191—222.

<sup>7</sup> So namentlich bei der Berechnung des *Peculium*. Das *Peculium* ist um so viel größer, als der Inhaber desselben von dem Eigentümer fordern kann, um so viel kleiner, als er demselben schuldig ist. L. 7 §. 6. 7 l. 9 §. 2. 4 l. 17 l. f. D. de pec. 15. 1, l. 38 §. 1. 2 D. de cond. ind. 12. 6, l. 20 §. 2 D. de stabulib. 40. 7 (Note 12). Ferner bei der Berechnung der Erbchaft, wenn der natürliche Gläubiger Erbe des natürlichen



2. Die rechtliche Bedeutung der natürlichen Verbindlichkeit kann sich darin zeigen, daß die zu ihrer Erfüllung gemachte Leistung vom Rechte eben als Erfüllung behandelt, nicht unter den Gesichtspunct der Schenkung<sup>8</sup> oder irgend einen anderen Gesichtspunct<sup>9</sup> gestellt wird.

3. Die natürliche Verbindlichkeit kann dem Gläubiger die Macht gewähren, sich in einem vorhandenen Zustand zu erhalten<sup>10</sup>. Dahin gehört vor allem die Befugniß, das zur Erfüllung der natürlichen Verbindlichkeit Geleistete zurückzubehalten<sup>11</sup>; ferner aber

Schuldners geworden ist, oder umgekehrt. L. 95 §. 2 D. de sol. 46. 3. S. auf der anderen Seite l. 1 §. 17 D. ad leg. Falc. 35. 2. l. 25 §. 11 D. de II. P. 5. 3.

<sup>8</sup> L. 19 §. 4 D. de don. 39. 5. Vgl. v. Meyerfelds Lehre von den Schenkungen §. 18.

<sup>9</sup> L. 21 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. l. 44 D. de sol. 46. 3 (der natürliche Gläubiger hat dem natürlichen Schuldner etwas unter der Bedingung der Erfüllung seiner Schuld vermachet; das Geleistete wird nicht als conditionis implendae gratia datum behandelt).

<sup>10</sup> Die natürliche Verbindlichkeit ist nicht tanglich zum Angriff, aber wohl kann sie tanglich sein zur Vertheidigung. Vgl. l. 94 §. 3 D. de sol. 46. 3.

<sup>11</sup> L. 16 §. 4 D. de fidei. 46. 1. „Naturales obligationes non eo solo sustinentur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest“. Ich verstehe diese vielgesprochene, in l. 10 D. de O. et A. 44. 7. wiederholte, Stelle so: wenn bestimmt werden soll, ob eine naturalis obligatio vorhanden sei, oder nicht, so darf man sich nicht darauf beschränken, zu untersuchen, ob eine actio, sondern man muß auch darauf sehen, ob soluti retentio stattfindet. Abweichende Ansichten bei Sangerow III. S. 5, Savigny S. 40, 41, Schwanert S. 83 fg., Francke Commentar zum Pandectenitel de her. pat. S. 294 in der Note. Vgl. außer der genannten Stelle noch l. 3 §. 7 D. quod quisque iuris 2. 7. l. 42 pr. D. de iuroi. 12. 2. l. 13 pr. l. 19 pr. l. 26 §. 12 l. 38 §. 1. 2 l. 41 l. 60 pr. l. 64 D. de cond. ind. 12. 6. Die Unzulässigkeit der Rückforderung gilt nicht bloß für den Fall, wo der Erfüllende gewünscht hat, daß er juristisch nicht Schuldner sei, — wo sie sich von selbst versteht, — sondern auch für den Fall, wo er die Schuld irrthümlich für eine juristische gehalten hat. L. 40 pr. l. 64 D. de cond. ind. 12. 6. Natürlich ist aber die Rückforderung da nicht ausgeschlossen, wo der natürliche Schuldner eine ganz andere Verbindlichkeit hat erfüllen wollen, deren Existenz er irrig angenommen hat. Von diesem Fall ist zu verstehen die (von der Erfüllung durch Obligation handelnde) l. 20 D. de SC. Mac. 14. 6 (der Novitende hält die Schuld, welche er novirt, für eine aus irgend einem andern Grunde, nicht aus Darlehn, entstandene). So Mühlendruck Arch. f. civ. Pr. II S. 429; andere Ansichten bei Renaud

auch die Befugniß, eine an den Gläubiger gestellte Forderung mit Berufung auf eine natürliche Verbindlichkeit zurückzuweisen<sup>12</sup>.

4. Die natürliche Verbindlichkeit kann eine hinreichende Grundlage bilden für ein Rechtsverhältniß, welches zu seinem Bestande eine Verbindlichkeit voraussetzt, — Pfandrecht<sup>13</sup>, Bürgschaft<sup>14</sup>, Novation<sup>15</sup>, Erfüllungsverprechen<sup>16</sup>.

### 3. Einzelne Fälle\*.

#### §. 289.

Die einzelnen Fälle der natürlichen Verbindlichkeit, welche in den Quellen anerkannt werden<sup>1</sup>, sind heutzutage nicht alle

das. XXIX. S. 497, Diegel SC. Macedonianum S. 135. 355, v. Salpius Novation und Delegation S. 303—306.

<sup>12</sup> Recht der Compensation. L. 6 D. de comp. 16. 2. „Etiam quod natura debetur venit in compensationem“. Diese Stelle auf Gegenforderungen aus demselben Grunde zu beschränken, wie Soltius S. 28 thut, ist willkürlich. Vgl. auch l. 8 §. 1 D. ratam rem 46. 8. Dagegen gehört l. 20 §. 2 D. de statulib. 40. 7 nicht hierher. Diefelbe sagt nur, daß bei der Berechnung des Peculium auch die natürlichen Schulden des Herrn an den Sklaven mit eingerechnet werden müssen (pr. der Stelle und l. 56 §. 1 D. de fidei. 46. 1). — Recht der Deducion bei der Berechnung des Peculium, wenn die Gläubiger desselben gegen den Eigenthümer klagbar werden. L. 38 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6.

<sup>13</sup> L. 5 pr. l. 14 §. 1 D. de pign. 20. 1. l. 13 pr. D. de cond. ind. 12. 6. Vgl. §. 225 Note 3.

<sup>14</sup> L. 6 §. 2 l. 7 l. 16 §. 3 l. 60 D. de fidei. 46. 1. l. 13 pr. D. de cond. ind. 12. 6.

<sup>15</sup> L. 1 §. 1 D. de nov. 46. 2.

<sup>16</sup> L. 1 §. 7 D. de pec. const. 13. 5 (§. 284 Note 7).

\* Büchel S. 64—119, Christianfen S. 84—114, Erxleben S. 123—134, Savigny S. 52—123, Brinz S. 13—28, Schwanert S. 244—481.

<sup>1</sup> Nach der Ansicht vieler erkennen die Quellen außer in den im folgenden §. 289. genannten Fällen eine natürliche Verbindlichkeit noch an: in Folge der Anspruchsverjährung, f. darüber §. 112 Note 5, — des freisprechenden Urtheils, f. §. 129 Note 7, — des beneficium competentias, f. §. 268 Note 11. — Die naturalis obligatio der l. 59 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1 ist rein zum Zweck einer theoretischen Vermittelung angenommen, f. §. 249 Note 4. — Natürliche Verbindlichkeit in Folge der Rückconfestation? Windscheid die Actio r. S. 56—58, Schwanert S. 424—433. — Natürliche Verbindlichkeit des mit der actio de peculio Haftenden auch über den Bestand des Peculium hinaus? L. 11 D. de cond. ind. 12. 6. Brinz S. 27, Erxleben S. 111—117, Schwanert Windscheid, Pandecten. II. Band. 8



mehr practisch<sup>2</sup>. Diejenigen, welche es noch sind, sind folgende.

§. 268 Note 58; anders Savigny S. 103—106; noch anders Keller Jahrb. f. Dogm. III S. 177. 178. — Natürliche Verbindlichkeit zur Zinszahlung? Dofür Thibaut Versuche II S. 152—169, Bangerow I §. 76 Num. 2 Nr. 2, Christiansen S. 92—96, wegen I. 26 pr. D. de cond. ind. 12. 6. Andere sehen dieser natürlichen Verbindlichkeit dadurch zu entgegen, daß sie in der cit. Stelle wissentliche Zahlung voraussetzen (Weber S. 149, Erleben S. 63). Das Richtige ist gewiß, mit Unterholzner II S. 46, §. Witte Bereicherungsklagen S. 69 sq., Sintenis II §. 87 Note 50 (in der neuen Auflage), Seuff. Arch. XVI. 49, anzunehmen, daß I. 26 pr. cit. nur die Klafforderung der Zinsen ausschließen will, nicht aber ihre Anrechnung auf das Kapital (L. 5 §. 2 l. 102 §. 3 D. de sol. 46. 3, l. 18 C. de usur. 4. 32). Man muß aber dann im Folgenden statt „sed“ lesen „sed et“. — Natürliche Verbindlichkeit in Folge eines nudum pactum? In der neueren Zeit mehren sich die Stimmen dagegen: Meyerfeld Schenkungen S. 344—346, Liebe Zeitschr. f. Civ. und Pr. XV S. 201, Gneiff formelle Verträge S. 169 sq., Unterholzner I §. 23, Holtius S. 7—16, Brinz krit. Bl. S. 16—25, Keller S. 395, Fering Geist des röm. R. I S. 128 Note 45, Girtanner Stipulation S. 401 sq., Scheurl Jahrb. f. Dogm. VII S. 343—346 und lt. WZSchr. VI S. 501, Kunze zu Folschuber III. S. 7; auf der anderen Seite namentlich Büchel S. 65—68, Savigny S. 53—54, auch Scheurl Heid. lt. Zeitschr. S. 516. Nach meiner Meinung sind die hier wirklich in Betracht kommenden Stellen nur: einer Theils l. 1 §. 2 D. de V. O. 45. 1, anderen Theils l. 5 §. 2 D. de sol. 46. 3, l. 3. 4 C. de usur. 4. 32, l. 11 §. 3 D. de pign. act. 13. 7. L. 1 §. 2 cit. spricht gegen die Annahme einer natürlichen Verbindlichkeit; die zuletzt genannten Stellen sagen unmittelbar nichts Anderes, als daß der Gläubiger Zinsen, die ihm durch nudum pactum versprochen worden sind, nicht zurückzugeben braucht, wenn sie ihm gezahlt worden seien, und daß er sich aus einem ihm gegebenen Pfande auch für sie befriedigen könne. Darin eine Anerkennung der *nuda pacta* überhaupt zu sehen, halte auch ich für bedenklich (vgl. namentlich l. 8 D. in quib. reus. pign. 20. 2). Vgl. übrigens §. 312 Note 9.

<sup>2</sup> Dazzu gehört namentlich die natürliche Verbindlichkeit des Slaven, der für die Römer bei Weitem wichtigste Fall der natürlichen Verbindlichkeit (l. 14 D. de O. et A. 44. 7, l. 13 pr. D. de cond. ind. 12. 6, Savigny a. a. D. S. 59. 60, Syst. II §. 65 und Heil. IV, Schwannert S. 244—299); ferner die natürliche Verbindlichkeit in Folge der *capitis diminutio* (l. 2 §. 2 D. de cap. min. 2. 5 vgl. l. 8 eod., Savigny S. 80, Schwannert S. 413—424), in Folge der Prozeßverjährung (l. 8 §. 1 D. ratam rem 46. 8, l. 30 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, Savigny S. 98, Schwannert S. 433—437), die natürliche Verbindlichkeit aus dem Sage: *quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipso eodem iure utatur* (l. 3 §. 7 D. tit. cit. 2. 2, Savigny S. 99, Schwannert S. 471—473).

1. Die natürliche Pflicht zur Dankbarkeit kommt insofern rechtlich in Betracht, als anerkannt wird, a) daß in dem Gegengeschenk, welches ein Beschenker macht, eine Minderung sowohl der ihm durch die Schenkung zugewendeten Vermögensvermehrung, als der vom Schenker gemachten Vermögensaufopferung enthalten ist<sup>3</sup>; b) daß die zum Dank für eine Lebensrettung gemachte Leistung nicht unter den Gesichtspunct der Schenkung fällt<sup>4</sup>.

2. Ebenso wird es nicht als Schenkung angesehen, wenn der Erbe seiner natürlichen Verpflichtung zur Entrichtung der ihm auferlegten Vermächtnisse auch bis zu dem Betrage nachkommt, welchen er nach positiver Rechtsvorschrift an denselben kürzen könnte<sup>5</sup>.

3. Was Jemand zum Zweck der Erfüllung einer ihm obliegenden sittlichen Verpflichtung leistet, kann er nicht zurückfordern, wenn er sich auch irrthümlicher Weise für rechtlich verpflichtet gehalten hat<sup>6</sup>. Deswegen haftet auch der Bürge<sup>7</sup> und

<sup>3</sup> L. 25 §. 11 D. de H. P. 5. 3, l. 10 §. 7 i. f. D. de in rem verso 15. 3. Vgl. auch l. 54 §. 1 D. de furtis 47. 2. Dagegen gilt die Forderung selbst auf das Gegengeschenk als Vermögensvermehrung nicht, l. 25 §. 11 cit.

<sup>4</sup> L. 34 §. 1 D. de don. 39. 5 (Paul. S. R. V. 11 §. 6). Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note §. 368 Note 10. 11. Auch Francke Commentar zum Pandektenittel de her. pot. S. 293. 294.

<sup>5</sup> L. 5 §. 15 D. de don. i. v. o. u. 24. 1, l. 19. 20 D. quae in fr. erit. 42. 8. Aber das irrthümlich Gezahlte kann zurückgefordert werden, l. 5 §. 15 cit. i. f., l. 9 §. 5 D. de iur. et facti ign. 22. 6. L. 1 C. ad leg. Falc. 6. 50, welche das Rückforderungsrecht verstat, ist von wissentlicher Leistung zu verstehen. S. noch l. 62 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 C. de fideic. 6. 42, und vgl. Christiansen S. 88—90.

<sup>6</sup> Dieser allgemeine Satz darf, wie ich glaube, auf Grund von l. 32 §. 2 D. de cond. ind. 12. 6 (die Frau gibt dem Manne eine Mitgift) und l. 26 §. 12 eod. (der Freigelassene leistet dem Freilasser *operas officiales*) behauptet werden. Vgl. namentlich l. 32 cit.: — „*ablata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solum repeti non potest*“. So auch Buchta Inst. III S. 66, Büchel S. 99, Erleben a. a. D. S. 149—152. A. M. Savigny S. 101. Auf der anderen Seite geht noch weiter Schwannert S. 118—120, welcher die Rückforderung in allen Fällen ausgeschlossen glaubt, wo derselben eine „Billigkeits- oder Pietätsrückicht“ entgegenstehe. Auch Brinz Pand. S. 575 hält eine „Billigkeitsklausel“ zum Ausschluß der *cond. indebiti* für hinreichend.

<sup>7</sup> L. 7 D. de fidei. 46. 1. „*Quod enim solum repeti non potest, conveniens est, huius naturalis obligationis fideiussores accipi posse*“.

der Novationsschuldner<sup>8</sup>, ferner sind gültig Verpfändung und Erfüllungsverprechen<sup>9</sup>. Um so weniger darf auf eine solche Leistung das Recht der Schenkung angewendet werden<sup>10</sup>.

4. Die natürliche Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen, welcher ohne die Mitwirkung seines Vormundes eine Verpflichtung eingegangen ist. Dieselbe wird vom Rechte als Verbindlichkeit anerkannt in allen Fällen<sup>11</sup>, in welchen es sich nicht darum

<sup>8</sup> Der neu eintretende nach Analogie des Bürgen; bleibt der festere Schuldner, so hatet derselbe schon deswegen, weil in der Novation von seiner Seite Leistung liegt.

<sup>9</sup> Von Dritten nach Analogie der Bürgschaft. Um so mehr muß der Schuldner selbst haften.

<sup>10</sup> Sessf. Arch. VI. 18. Jemand hatte der Mutter seiner unehelichen Kinder ein Schenkungsverprechen gegeben. Das D. A. O. zu Dresden entschied, daß er dieß gethan habe in Erfüllung der ihm obliegenden moralischen Verpflichtung, für die Mutter zu sorgen, und daß daher seine Zurechnung der Inflation nicht bedürfe. Gleichfalls in Anerkennung einer natürlichen Verbindlichkeit hat das D. A. O. zu Wolsenbüttel die Inflation für nicht erforderlich erklärt bei dem vom Vater dem Sohne zur Begründung einer selbständigen Erbschaft Gegebenen (Sessf. Arch. XII. 275), und entschieden, daß, wenn der Mann die Frau in eine Wittventasse oder Lebensversicherung einkaufe, dieß nicht unter das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten falle. (daf. XII. 167).

<sup>11</sup> Die Frage, bis zu welcher Grenze die natürliche Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen rechtliche Anerkennung gefunden habe, ist äußerst streitig. Der im Folgenden vorgetragene Mittelmeinung stehen zwei extreme Ansichten gegenüber. 1) Die Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen hat gar keine rechtliche Anerkennung gefunden; die Stellen der Quellen, in welchen eine solche enthalten ist, setzen Vereicherung des Geschlechtsunreifen voraus. So noch Puchta §. 287. h. 2) Sie hat die volle Anerkennung gefunden, welche überhaupt einer natürlichen Verbindlichkeit zu Theil werden kann. So namentlich Savigny §. 61 fg.; außerdem Friß Erläuter. II. S. 269—273, Böckel S. 76—83, Ersleben S. 125, Schenkl Feid. tr. Zeitschr. S. 507. 508, Kuborff Vormundsch. II S. 280, Sintenis I §. 17 Note 24. Die hier vorgetragene Mittelmeinung wird (wenigstens ihrem Grundgedanken nach) verteidigt von Glück IV S. 66 fg., Meber §. 71, Reinhardt §. 72. 73, Köstler in seiner Zeitschr. I S. 180 fg., Brandis Zeitschr. f. Civ. und Pr. VII S. 149 fg., vgl. auch Kuborff zu Buchta's Vorlesungen II S. 46 Note 5, Schenkl krit. VSchr. S. 521. Zwischen dieser Mittelmeinung und der unter 2 bezeichneten Ansicht nehmen wieder eine mittlere Stellung ein Keller Jahrb. d. gem. R. IV. 12, Schwannert §. 18, Bangerow I §. 279 Anm. (in der neuesten Auflage), denen zustimmt Arndts §. 230 Anm. a. G. S. darüber Note 16. Eigenthümlich auch Brinz krit. Bl. III

handelt; daß der Schuldner gegen seinen Willen zur Erfüllung genöthigt werden soll<sup>12</sup>. Dagegen wird sie, wo dieß letztere der Fall ist, als Verbindlichkeit nicht anerkannt. Deswegen kann der Gläubiger sie nicht nur nicht zur Compensation benutzen<sup>13</sup>, sondern es kann auch das auf Grund derselben irrtümlich Geleistete zurückgefordert werden<sup>14</sup>. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es der ursprüngliche Schuldner selbst ist, welcher die irrtümliche Leistung gemacht hat, oder sein Rechts-

S. 15, Pand. S. 572. In früherer Zeit hat man sich auch wohl durch die Unterscheidung zwischen *impuberes infantias* und *pubertati proximi* zu helfen gesucht. S. Friß a. a. O. S. 271 Note 78. — Die von Goldschmidt Arch. f. civ. Pr. XXXIX. 17 [1856] begonnene neue Bearbeitung der Frage ist bis jetzt nicht fortgesetzt worden.

<sup>12</sup> a) Die Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen wird als *naturalis obligatio* bezeichnet in l. 42 pr. D. de iur. 12. 2, l. 21 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 25 §. 1 D. quando dies 36. 3, l. 95 §. 4 D. de sol. 46. 3. b) Wenn Jemand Etwas vermacht, was ein Geschlechtsunreifer ihm schuldig ist, so ist das Vermächtniß nicht deswegen ungültig, weil er das Vermachte als ein Verschuldetes bezeichnet hat, l. 25 §. 1 D. quando dies 36. 3. c) Der mit einem Geschlechtsunreifen abgeschlossene Kaufvertrag bricht bei der in diem *addictio* den früheren Kauf, l. 14 §. 3 D. de in diem add. 18. 2. d) Die Erfüllung der Verbindlichkeit des Geschlechtsunreifen fällt weder unter den Gesichtspunkt der Schenkung, noch unter irgend einen anderen rechtlichen Gesichtspunkt, als eben den der Erfüllung, l. 19 §. 4 D. de don. 39. 5, l. 21 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 44 D. de sol. 46. 3. e) Verlust derselben ist Verlust ihres Beitrages, l. 95 §. 2 D. de sol. 46. 3. f) Es haften der Bürge, welcher für sie eingetreten ist, l. 2 D. de fidei. 46. 1, l. 35 D. de res. 4. 8, l. 127 D. de V. O. 45. 1, l. 95 §. 4 D. de sol. 46. 3 (über l. 25 de fidei. f. Girtonner Bürgsch. S. 21 fg.). g) Sie kann novirt werden und noviren, l. 1 §. 1 D. de nov. 46. 2, §. 3 l. quib. mod. tollitur 3. 29.

<sup>13</sup> Das Gegentheil wird nicht durch l. 3 §. 4 D. de neg. gest. 3. 5 bewiesen. In dieser Stelle ist nur der Sach enthalten, daß der Geschlechtsunreife nicht einfordern dürfe, was ihm aus einer gewissen Thatsache verschuldet wird, ohne seine eigene Verbindlichkeit aus dieser Thatsache zu erfüllen. Gegen das Compensationsrecht des natürlichen Gläubigers beweist auch, wenigstens ihrem Wortlaute nach, l. 4 §. 4 D. de dol. exc. 44. 4 (Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 375 Note 3). Daß dem Geschlechtsunreifen ein *pactum de non petendo* nicht entgegengesetzt werden darf, sagt l. 28 pr. D. de pact. 2. 14.

<sup>14</sup> L. 41 D. de cond. ind. 12. 6, l. 13 §. 1 eod. In diesem Sinne heißt es in l. 69 D. de O. et A. 44. 7: „*Popillus mutuum pecuniam accipiendo no quidem iure naturali obligator*“.

nachfolger<sup>15</sup>, und im ersten Fall, ob der Schuldner vor oder nach der Pubertät, mit oder ohne Beitritt des Vormundes, geleistet hat<sup>16</sup>.

5. Die natürliche Verbindlichkeit desjenigen, welchem als Hauskind gegen das Verbot des Macedonianischen Senatsbeschlusses ein Darlehn gegeben worden ist<sup>17</sup>, schließt die Rückforderung des irrthümlich Geleisteten aus<sup>18</sup>, und bildet eine genügende Grundlage für Bürgschaft, Pfandrecht, Novation, Erfüllungsverprechen<sup>19</sup>. Doch ist Verpfändung durch den Schuldner selbst, ebenso Novation und Erfüllungsverprechen, nur dann

<sup>15</sup> Das Gegentheil ist mit Unrecht auf Grund von l. 64 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1 behauptet worden. Brandis a. a. O. S. 152 läßt auf Grund dieser Stelle ganz consequent das Rückforderungsrecht des Geschlechtsanreises auch dann wegfallen, wenn an die Stelle seines Gläubigers ein Erbe getreten ist.

<sup>16</sup> Dies leugnen nicht nur diejenigen, welche der natürlichen Verbindlichkeit des Geschlechtsanreises überhaupt volle Wirkung zuschreiben, sondern auch Keller, Schwanert, Vangerow (Note 11). Sie nehmen an, daß ein Rückforderungsrecht nur wegen mangelnder Veräußerungsfähigkeit des Leistenden begründet sei, nicht aber wegen irriger Annahme einer juristischen Verbindlichkeit (vgl. l. 29 D. de cond. ind. 12. 6). Meiner Meinung nach liegt hier in den Quellen ein Widerspruch vor. Auf der einen Seite stehen l. 41 D. de cond. ind. 12. 6 („quia nec natura debet“), l. 13 §. 1 eod. („et locupletior factus est“), l. 69 D. de O. et A. 44. 7 („pupillus . . . no quidem iure naturali obligator“), auf der anderen l. 42 pr. D. de iurei. 12. 2, l. 21 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 64 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1. Eine Vereinigung halte ich, wenn man nicht hüten oder drücken Gewalt thun will, nicht für möglich. Es muß man sagen, daß die genannten Quellenzeugnisse sich gegenseitig aufheben, und daß demgemäß für den Ausschluß des Forderungsrechtes bei irrthümlicher Erfüllung einer Pupillarschuld kein Beweis vorliegt.

<sup>17</sup> Savigny S. 77, Schwanert S. 17.

<sup>18</sup> L. 9 §. 4 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 26 §. 9 l. 40 pr. D. de cond. ind. 12. 6, l. 14 D. de R. C. 12. 1, l. 19 D. de nov. 46. 2.

<sup>19</sup> L. 9 §. 3 — l. 11 l. 18 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 9 pr. eod., l. 2 D. quae res pignori 20. 3, l. 2 C. ad SC. Mac. 4. 28 (vgl. über diese Stelle §. 373 Note 17). Ueber l. 20 D. de SC. Mac. f. §. 288 Note 11. Die Gültigkeit des Erfüllungsverprechens ist nicht ausdrücklich bezeugt, aber deswegen nicht weniger unabweisbar. Vgl. übrigens l. 2 C. cit. „vel alias agnovit“. H. M. Diebel SC. Macedonianum S. 126 S. 131. — Der Ehrge kann gemäß der Regel zur Zahlung nicht genöthigt werden, wenn er einen Negress gegen den Hauptschuldner hat (l. 9 §. 3 cit.). In dem gleichen Fall steht auch dem dritten Verpfänder die o. c. SC. zu, l. 2 D. quae res pignori 20. 2.

wirksam, wenn der Schuldner diese Rechtsgeschäfte nach Auflösung der väterlichen Gewalt abschließt<sup>20</sup>. Die Compensationsbefugniß darf dem Gläubiger nicht gestattet werden<sup>21</sup>. — Eine gleiche natürliche Verbindlichkeit auch in anderen Fällen anzunehmen, wo die Obligation durch eine ähnliche Vorschrift, wie die des Macedonianischen Senatsbeschlusses für ungültig erklärt wird, ist bedenklich<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Die Verpfändung vor Auflösung der väterlichen Gewalt wird regelmäßig schon deswegen ungültig sein, weil dem Verpfändenden Eigenthum oder Dispositionsfähigkeit fehlt, vgl. l. 9 pr. D. de SC. Mac. 14. 6 („si paterfamilias factus“). Aber auch für obligatorische Rechtsgeschäfte wird die Ungültigkeit behauptet werden müssen, nach l. 2 C. ad SC. Mac. 4. 28, wo der Schluß a contrario kaum abzulehnen ist (§. 373 Note 18). Vgl. Wächter Wirrtomb. Privat. II S. 487, Diebel SC. Macedonianum S. 120 fg.

<sup>21</sup> Die herrschende Meinung erkennt auch sie an. Aber die Compensationsbefugniß ist nirgends bezeugt. Und wenn der Schuldner genöthigt werden kann, dem Gläubiger zu lassen, was er ihm gegeben hat, folgt daraus, daß er auch genöthigt werden kann, ihm zu lassen, was er ihm nicht gegeben hat? Gegen die Compensationsbefugniß Unterholzner I S. 149, Sinteris II S. 514, Schenkl Jahrb. f. Dogm. VII S. 341. 342, krit. R. Schr. VI S. 529.

<sup>22</sup> Eine nahe liegende Versuchung zu einer solchen Ausdehnung liegt darin, daß die römischen Juristen den Grund, warum die Macedonianische Vorschrift eine natürliche Verbindlichkeit bestehen lasse, darin setzen, daß diese Vorschrift zur Strafe des Gläubigers, nicht zum Vortheil des Schuldners, gegeben sei (l. 9 §. 4 D. de SC. Mac. 14. 6), und daß sie in Verbindung damit den allgemeinen Satz aufstellen: eine natürliche Verbindlichkeit bleibe immer übrig, wo eine Obligation nur zur Strafe des Gläubigers für unwirksam erklärt sei (l. 19 pr. l. 40 pr. D. de cond. ind. 12. 6). Aber es ist bekannt, wie äußerst gefährlich es ist, solche abstracte Aussprüche der römischen Jurisprudenz beim Worte zu nehmen (vgl. §. 123 Note 8). In der That, warum sollte der Sinn eines Gesetzes, welches ein Forderungsrecht zur Strafe abspricht, nothwendiger Weise der sein, daß das Forderungsrecht nur theilweise verloren gehen solle? Allerdings findet sich eine Anwendung desselben Gesichtspunktes in l. 3 §. 2. 7 D. quod quisque iur. 2. 2; aber hier ohne Verweisung auf die Strafatur der Bestimmung. Der hier vertretenen Ansicht sind Riccius S. 27. 186, Savigny Syst. V S. 375—377, Erlieben S. 130, Diebel SC. Mac. S. 139—141, Sinteris I §. 32 Anm. 43 und II §. 82 Anm. 15, und im Grunde auch Schwanert S. 350. 471 fg., welcher die Regel zwar zur allgemeinen Anwendung bringen will, aber mit Berücksichtigung des besonderen Willens des einzelnen Gesetzes. Fikt beschränkte Anwendung Vangerow I S. 189 und III S. 122 (wenn die Klage abgeprochen sei), Christianfen S. 106—111 (wenn dem Gläubiger Verluft des Forderungsrechtes zu dem

6. Die natürliche Verbindlichkeit zwischen dem Vater und dem Kinde in seiner Gewalt in Betreff desjenigen Theils des väterlichen Vermögens, welches dem Kinde zum factisch selbständigen Haben eingeräumt worden ist (Sondergut, Peculium<sup>23</sup>). Das Sondergut, obgleich es Theil des Vermögens des Vaters ist, erscheint doch äußerlich als Vermögen des Kindes<sup>24</sup>. Dadurch werden für die natürliche Auffassung obligatorische Beziehungen zwischen dem Hauptvermögen des Vaters und dem Sondergut möglich; für die juristische Betrachtung stellen dieselben sich lediglich als Kassenrechnung dar, welche rechtliche Bedeutung einzig dadurch gewinnt, daß sie in Betracht kommt, wo der Betrag des Peculium Dritten gegenüber zu bestimmen ist<sup>25</sup>. Durch die Auflösung der väterlichen Gewalt ändert sich an diesem Verhältnis nichts<sup>26</sup>. — Verpflichtungen zwischen Vater und Kind, welche keine Beziehung auf das bezeichnete Sondergut haben, sind keine bloß natürliche, sondern volle<sup>27</sup>.

Ende gedroht sei, um ihn von der Eingehung des Geschäftes abzuhalten), Scheurl Inst. f. Dogm. S. 343 (bei dem Edicte über das *ius iniquum* und dem *deorum D. Marci*, vgl. S. 358). Für unbedingte Anwendung Unterholzner I S. 511, v. d. Pfordten §. 9, selbst auch Scheurl Feib. krit. Zeitschr. S. 514. Eine besondere Ansicht noch bei Franke S. 71—73. — Savigny hat es früher versucht, an die Stelle dieser Regel die andere zu setzen, daß eine natürliche Verbindlichkeit dann übrig bleibe, wenn die Wirksamkeit der Obligation durch eine Vorschrift des *ius civile*, im Gegensatz zum *ius gentium*, ausgeschlossen werde. Er hat später, wie es scheint, diese Ansicht aufgegeben. Syst. V S. 377—379, Obi. I S. 78. Ähnlich wie Savigny, Feil Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 337 fg.

<sup>23</sup> S. g. *peculium profectitium*.

<sup>24</sup> S. das specielle Obligationenrecht V. B. 2 Note 2.

<sup>25</sup> So namentlich den Gläubigern gegenüber bei der *actio de peculio* (a. D. Note 14. 15); ferner demjenigen gegenüber, welchem der Vater das Sondergut vermacht (l. 5 l. 9 §. 4 D. de pec. leg. 33. 8, l. 6 pr. §. 1. 4. 5 l. 7 l. 8 §. 1. 2 l. 9 §. 1. 2 l. 10 l. 16 l. 21 l. 22 pr. D. eod.).

<sup>26</sup> Davaus erklärt sich einfach die berühmte l. 38 D. de cond. ind. 12. 6, l. *Frater a fratre*. Vgl. im Uebrigen v. d. Pfordten Abhandlungen S. 172 fg., Sententia III § 142 Note 19.

<sup>27</sup> Nach ursprünglichem römischem Recht war zwischen dem Vater und dem Kinde in der väterlichen Gewalt eine juristische Verbindlichkeit überhaupt nicht möglich (l. 4. 11 D. de ind. 5. 1, l. 16 D. de furtis 47. 2, l. 2 pr. D. de contr. emt. 18. 1, §. 6 l. de mut. stip. 3. 19). Denn eine juristische Verbindlichkeit setzt zwei sich selbständig gegenüberstehende Vermögenskreise voraus,

#### IV. Subjecte des Forderungsrechts.

##### Uebersicht.

##### §. 290.

Die Subjecte des Forderungsrechts sind auf der einen Seite der Gläubiger, das berechnigte Subject, auf der andern Seite der Schuldner, das verpflichtete Subject (§. 251. 251<sup>1</sup>). Dabei sind folgende Punkte in nähere Erwägung zu ziehen.

1. Regelmäßig ist das in dem Forderungsrecht berechnigte, wie das verpflichtete Subject ein bestimmtes Individuum. Es kann aber auch das Gegentheil der Fall sein. Davon näher in §. 291.

2. Es kann vorkommen, daß auf der Gläubiger- oder auf der Schuldnerseite oder auf beiden Seiten eine Mehrheit von Individuen steht. Davon näher in §. 292 fg.

3. Die Subjecte des Forderungsrechts können wechseln; an die Stelle des Gläubigers kann ein anderer Gläubiger, an die Stelle des Schuldners ein anderer Schuldner treten. Von diesem Verhältnis aber wird passender an einem andern Ort, unter dem Gesichtspunkt der Umwandlung des Forderungsrechts, gehandelt (§. 328 fg.).

und einen solchen Vermögenskreis hatte das Kind dem Vater gegenüber nicht. Eine natürliche Verbindlichkeit des Kindes gegen den Vater war auch abgesehen von der bezeichneten Kassenrechnung möglich, nicht aber umgekehrt (l. 56 §. 1 D. de fidei 46. 1). Unmählich aber hat das Kind dem Vater gegenüber vermögensrechtliche Selbständigkeit allerdings gewonnen (*peculium castrense* und *quasi castrense*, s. g. *peculium adventitium*), und soweit es sie gewonnen hat, muß nun auch die Möglichkeit einer juristischen Verbindlichkeit zwischen ihm und dem Vater anerkannt werden. Dieselbe ist in den Quellen für das *peculium castrense* ausdrücklich bezeugt (l. 4 D. de ind. 5. 1, l. 2 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 15 §. 1. 2 D. de castr. pec. 49. 17); aber auch für das *peculium adventitium* muß sie behauptet werden, obgleich hier die Compilatoren es unterlassen haben, die nöthige Consequenz zu ziehen. Von der früheren Unfähigkeit des Kindes ist nur übrig geblieben, daß es nichts aus dem Vermögen des Vaters erwerben kann (l. 6 pr. O. de bonis quae lib. G. 61); was aus dem Vermögen des Vaters an das Kind gelangt, wird *peculium profectitium*, und so wird auch eine Forderung, welche das Kind gegen den Vater aus dem Vermögen des Vaters erwirbt, Forderung des *peculium pro-*

## A. Unbestimmtheit des Subjects\*.

## §. 291.

Eine Unbestimmtheit des Subjects des Forderungsrechts liegt dann vor, wenn die Gläubigerschaft oder Schuldnerschaft an ein gewisses Verhältniß in der Weise angeknüpft ist, daß Jeder, welcher in dieses Verhältniß eintritt, Gläubiger oder Schuldner ist, aber auch nur so lange, als er in diesem Verhältniß steht. Unter den Verhältnissen, durch welche in dieser Weise die Gläubigerschaft und Schuldnerschaft vermittelt werden kann, sind von besonderer Wichtigkeit die Verhältnisse zu einer Sache, — Eigentum, sonstiges dingliches Recht, Besitz. Uebrigens ist diese künstliche Art der Verknüpfung eines Forderungsrechtes mit der Person im römischen Rechte weniger ausgebildet<sup>1</sup>, als im modernen Recht. Unter den hierher gehörigen Rechtsinstituten überragt alle anderen an Wichtigkeit das dem modernen Recht angehörende Institut der Forderungen aus Inhaberpapieren<sup>2</sup> und Ordrepapieren<sup>3</sup>.

testium, also eine bloß natürliche Forderung mit der oben bezeichneten beschränkten Wirkung. Ueber die verschiedenen Meinungen s. v. d. Pfordten Abhandl. S. 145 fg., Schwanert S. 332 fg., Seuffert (Pand.) S. 483, Sintenis §. 142 Note 8, Arndts §. 435. 436, und über die heutige Anwendbarkeit des Satzes, daß das Kind aus dem Vermögen des Vaters nicht erwerben kann, a. a. O. (Note 24) Note 2.

\* Savigny Obl. I §. 15.

§. 291. <sup>1</sup> Aus dem römischen Recht gehören hierher die Noxalanprüche, die s. g. actiones in rem scriptas (§. 46 Note G), und die mit der *servitus oneris ferendi* verbundene Reparaturpflicht (§. 211<sup>a</sup> Note B); in dem letzteren Fall ist sowohl der Gläubiger als der Schuldner unbestimmt. Auch die Verpflichtung zur Entrichtung einer verfallenen Grundsteuer würde hierher gehören, wenn es feststände, daß das römische Recht den bisherigen Eigentümer in derselben Weise entlastet hat, wie es den neu eintretenden Eigentümer für verpflichtet erklärt hat. S. 1. 7 pr. D. de publ. 39. 4, 1. 2. 3 C. sine causa 4. 47, 1. 2 C. de ann. et trib. 10. 16. Vgl. Dernburg Pfandrecht I S. 352—354; im Allgemeinen Vetter Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 508. S. 532—537.

<sup>2</sup> Die Lehre von den Inhaberpapierforderungen, deren Entwicklung in dieses Werk nicht gehört, hat in der neueren Zeit eine sehr reiche Literatur erhalten; ein Verzeichniß derselben bei Eßl Handelsrecht I §. 54<sup>a</sup> Note 1, hinzuzufügen Kunze Zeitschr. f. Handelsr. V S. 198 fg. VI S. 1 fg., Nögler das. V S. 327 fg. Hauptwerk: Kunze die Lehre von den Inhaber-

Von dem hier bezeichneten Fall ist ein anderer zu unterscheiden, derjenige nämlich, wo zwar auch die Gläubigerschaft und Schuldnerschaft von einem gewissen Verhältniß der Person abhängt, aber derjenige, welcher durch das betreffende Verhältniß einmal zum Gläubiger oder Schuldner gemacht worden ist, es auch definitiv bleibt, gleichgültig, ob er fortfährt, in diesem Verhältniß zu stehen, oder ob er aus demselben hinaustritt<sup>4</sup>. In

papieren oder Obligationen au porteur, 1857. Diejenige unter den von dieser Lehre zu beantwortenden Fragen, durch welche dieselbe mit dem gegenwärtigen Punkt des Systems zusammenhängt, ist die, wie die Verknüpfung des Forderungsrechts mit den verschiedenen Gläubigern zu denken sei. Diese Frage ist in sehr mannigfacher Weise beantwortet worden, wobei sich folgende Hauptrichtungen zeigen. 1) Das Forderungsrecht geht von einem Gläubiger auf den andern durch Cession über, womit man, wenn man es mit dem Ausdrucke streng nimmt, sagen will, daß der erste Gläubiger der eigentliche Gläubiger bleibe, und jeder folgende Papierinhaber nur ein Recht auf Anknüpfung des jenem Ersten fortwährend zustehenden Forderungsrechts erwerbe. 2) Das Forderungsrecht geht von einem Gläubiger auf den andern durch Singular-Cession über, d. h. jeder Inhaber ist wirklicher Gläubiger, aber immerhin leitet er sein Recht von dem Rechte seines Vormannes ab. 3) Kein Inhaber leitet sein Recht von dem Rechte des Vormannes ab, sondern das Forderungsrecht bewegt sich durch die in dasselbe gelegte Kraft durch die verschiedenen Papierinhaber hindurch, wobei es die Möglichkeit eines Fortbestehens auch ohne augenblicklichen Gläubiger (Fortbestehen in ruhendem Zustand: Dereliction des Papiers, Rückkehr des Papiers zum Schuldner) festsetzt. 4) Jeder Inhaber erwirbt ein neues Forderungsrecht. 5) Vor der Präsentation des Papiers besteht ein Forderungsrecht überhaupt nicht; das Papier gibt nur die Befugniß, sich durch Präsentation zum Gläubiger zu machen. Die Auffassung, welche der Darstellung im Texte zu Grunde liegt, ist die dritte. — Uebrigens denke man bei Inhaberpapierforderungen nicht bloß an Forderungen, welche auf Geben von Geld gerichtet sind; sondern auch z. B. an Theaterbillets, Eisenbahnbillets, Adelskarten, Esmarken &c.

<sup>3</sup> Der Hauptrepräsentant des Ordrepapiers ist der Wechsel; vgl. im Uebrigen PöB. Art. 301—305. Die Frage nach dem Verhältniß der Forderung zum Subject ist hier dieselbe, wie bei den Inhaberpapierforderungen; der Unterschied ist nur der, daß das Verhältniß, welches die Forderung mit sich durch die verschiedenen Gläubigerpersonen hindurchträgt, anders bestimmt ist, und daß das Accept und das Indossament neben der Obligation zu Lasten des Ausstellers andere ähnliche Obligationen (Obligationen mit unbestimmtem Gläubiger) zu Lasten des Acceptanten und des Indossanten begründet oder begründen kann. Vgl. Kunze Wechselrecht S. 312—317.

<sup>4</sup> Beispiel: Vermächtniß an denjenigen, der eine bestimmte Person heirathen wird (§. 25. 27 I. de leg. 2. 20).

diesem Falle ist nicht sowohl eine Unbestimmtheit des Subjects des Forderungsrechtes, als vielmehr eine Unbestimmtheit in der anfänglichen Bezeichnung des Subjectes vorhanden, welche Unbestimmtheit sich aber hinterher in eine Bestimmtheit auflöst<sup>5</sup>. Nur dann geht dieser Fall in den zuvor bezeichneten über, wenn das betreffende Verhältniß nicht bloß Ein Mal wirkt, sondern jeden in dasselbe Hineintretenden in gleicher Weise zum Gläubiger oder Schuldner macht<sup>6</sup>, insofern man nämlich dann die sämmtlichen aus diesem Verhältniß entstehenden Rechte und Verpflichtungen als Ausfluß eines Gesamtrechts und einer Gesamtverpflichtung denkt. Von dieser Art ist das wichtigste unter allen hierher gehörigen Rechtsinstituten, das Institut der Realkassen, ein Institut, welches ebenfalls nicht dem römischen Rechte angehört, sondern germanischen Ursprungs ist.

## B. Mehrheit der Subjecte\*.

### Einleitung.

#### §. 292.

Wenn Mehrere zusammen Etwas zu fordern haben, oder zusammen Etwas schuldig sind, so ist die Regel die, daß zwischen

<sup>5</sup> Beispiel aus dem römischen Recht: die mit der Emphyteuse und der Superficies verbundene Verpflichtung zur Entrichtung einer jährlichen Abgabe, — zu Lasten des jedesmaligen Emphyteuta und Superficiars, zu Gunsten des jedesmaligen Eigentümers.

<sup>6</sup> S. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts. Monographische Bearbeitungen dieser Lehre: Dunder die Lehre von den Realkassen (1837). Friedlieb die Rechtstheorie der Realkassen (1860, vgl. krit. VJSchr. IV S. 307—310). — Uebrigens ist noch immer Streit darüber, ob die Realkassen wirklich Obligationen sind, und nicht vielmehr zu den dinglichen Rechten gehören. S. über diese Frage aus der neueren Zeit noch Häberlin Zeitschr. f. deutsch. R. XVIII. 5 (1858), Gerber Jahrb. f. Dogm. II 2 (1858) und VI. 5 (1862), v. Meibom Jahrb. d. gem. R. IV S. 498 fg. (1860).

\* Ribbentrop zur Lehre von den Correalobligationen (1831). Savigny Obligationenrecht I §. 16—27 (1851). Brinz kritische Blätter Nr. 4 (1853). Keller die processualische Consumption §. 17 (1858). Hädert zur Theorie der Correalobligationen, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XII. 1 (1856). Vangerow III S. 65—109 (1856). Kunze die Obligation r. §. 30—57 (1856), vgl. dens. zu Holzschuher III S. 111—115 (1864). v. Helmsolt die Cor-

ihnen eine Theilung der Leistung nach Bruchtheilen eintritt. Nur scheinbar hat daher jeder Gläubiger Dasselbe zu fordern und ist jeder Schuldner Dasselbe schuldig, und nur scheinbar daher auch findet für alle Gläubiger und Schuldner ein und dasselbe Forderungsrecht Statt; in der Wirklichkeit ist, wie jeder Gläubiger etwas Anderes zu fordern hat, und jeder Schuldner etwas Anderes schuldig ist, so auch für jeden Gläubiger und jeden Schuldner ein besonderes, von dem Forderungsrecht des Andern unabhängiges, Forderungsrecht vorhanden. Diese Theilung tritt in gleicher Weise in dem Fall ein, wo die Gemeinschaftlichkeit der Berechtigung und Verpflichtung eine ursprüngliche ist, d. h. darauf beruht, daß die begründende Thatsache mehrere Personen zugleich erfaßt hat, als in dem Falle, wo die Gemeinschaftlichkeit eine nachfolgende ist, d. h. darin ihren Grund hat, daß an die Stelle des ursprünglich Einen Gläubigers oder Schuldners durch Erbgang eine Mehrheit von Personen getreten ist<sup>1</sup>.

realobligationen (1857). Demangeot des obligations solidaires en droit romain (1858). Windscheid zur Lehre von den Correalobligationen, krit. Ueberschau VI. 11 (1859). Fitting die Natur der Correalobligationen (1859). Stinzing zur Lehre von den Correalobligationen, krit. VJSchr. I. 18 (1859). Girtanner die Stipulation S. 254—289 (1859). Samhaber zur Lehre von den Correalobligationen (1861). Windscheid in der krit. VJSchr. III S. 161—179 (1861). Dworzak zur Lehre von der Correalobligation, Paimers's Herr. Vierteljahresschr. Bd. VIII Heft 2 (1861). D. Schönmann in der Beilage zur Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XIX S. 9—17 (1862). Frey Beitrag zur Lehre von den Correalobligationen und über den Ausfall der römischen Correalobligationen, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XVII. 6, XVIII. 8, XIX. 2 (1860—62). Davon die Gesamtrechtsverhältnisse im röm. R. S. 205—391 (1864). Unterholzner I §. 86—91, Sinteris II §. 89, Brinz §. 142—143. — Noch im Jahr 1829 konnte geschrieben werden (Guyet Abhandl. aus dem Gebiete des Civilrechts S. 262): „Es ist . . . nicht leicht aber irgend einen andern Hauptpunkt des römischen Rechts die Literatur so dürftig, wie über diesen“. Mancher möchte vielleicht diesen Zustand zurückwünschen. — Dogmengeschichtliche Uebersichten bei Windscheid in dem zuerst genannten Aufsatz, Dworzak, Samhaber, Frey in dem Aufsatz XVII. 1.

<sup>1</sup> Für diesen letzteren Fall war die Theilung in den 12 Tafeln ausdrück- §. 292. lich anerkannt: l. 6 C. fam. hore. 3. 36, l. 1 C. si un. ex plur. 8. 32. In Betreff des Falls ursprünglicher Gemeinschaftlichkeit f. l. 11 §. 1. 2 D. de duobus reis 45. 2, l. 5 C. si certum 4. 2, l. 1 l. 2 C. si plures 7. 55, l. 43 D. de re iud. 42. 1.

Die Theilung der Leistung, und damit des Forderungsrechts, unter die mehreren Gläubiger und Schuldner tritt aber nicht immer ein. Sie ist nicht möglich, wenn die Leistung eine Theilung ihrer Natur nach nicht zuläßt (§. 253). Auch wo Theilung möglich ist, kann sie durch die Willkür der Parteien oder gesetzliche Bestimmung ausgeschlossen sein. Dieß sind die beiden Fälle, von denen hier näher zu handeln ist; sie müssen jedoch, da für sie nicht durchweg das Nämliche gilt, in der Betrachtung auseinandergehalten werden. Zuerst wird von dem letzten Fall gehandelt werden; die hergebrachte Bezeichnung für denselben ist „Correalobligation“ (active Correalobligation oder Correalforderung, passive Correalobligation oder Correalschuld, Correalgläubiger, Correalschuldner<sup>2</sup>).

Mit der Correalobligation theilt die öconomische Bedeutung ein anderes Rechtsverhältniß, dessen juristische Structur eine wesentlich verschiedene ist, das Verhältniß, wo zwar auch bei einer Mehrheit der Gläubiger oder Schuldner nur einmalige Leistung gefordert werden kann, aber für jeden Gläubiger und Schuldner ein besonderes Forderungsrecht vorhanden ist. Wegen der Gleichheit der öconomischen Bedeutung muß dieses Verhältniß sogleich mit der Correalobligation, obgleich es im System an diesen Ort nicht gehört, abgehandelt werden. Man pflegt zur Bezeichnung desselben den Ausdruck „bloß solidarische Obligation“<sup>3</sup> zu gebrauchen.

<sup>2</sup> Diese Bezeichnungen beruhen auf dem in unseren Quellen Ein Mal (in l. 3 §. 3 D. de lib. leg. 34 3) vorkommenden Ausdruck „correas“. Gewöhnlich sprechen die Quellen von duo oder plures rei schlechtlin, oder mit dem Zusatz erodendi, dohendi (l. 34 pr. D. de roc. 4 8), oder stipulandi, promittendi (häufig), — welche Ausdrücke jedoch nicht streng technisch sind, vgl. l. 81 §. 10 D. de eod. ed. 21. 1 (Ribbentrop S. 158—169), l. 5 §. 15 D. commod. 13. 6, auch l. 45 D. de adm. et per. 26. 7.

<sup>3</sup> Auch das Correalverhältniß ist ein Solidarverhältniß, d. h. ein Verhältniß, bei welchem jeder Gläubiger und Schuldner „solidum“ zu fordern hat und schuldig ist. Aber das Correalverhältniß hat außer der Solidarität noch eine andere Eigenschaft, die der Einheit der Obligation. Savigny gebraucht zur Bezeichnung des bloß solidarischen Verhältnisses den Ausdruck „unächte Correalität“ oder „unächtes Correalverhältniß“. — Die Bezeichnung, daß jeder Gläubiger und Schuldner „solidum“ zu fordern habe und schuldig sei, ist quellennäßig (vgl. l. 3 §. 1 l. de duob. reis 3. 16, l. 2 D. eod. 45. 2, l.

## 1. Die Correalobligation.

### a. Rechtsverhältniß.

#### §. 293.

Die Correalobligation ist eine einzige Obligation mit einer Mehrheit der subjectiven Beziehungen<sup>1</sup>. Es ist nur Eine Obligation

55 §. 1 D. de adm. tut. 26. 7); aber sie sagt eigentlich nicht, daß nur einmalige Leistung gefordert werden könne, weswegen denn auch die Quellen keinen Anstand nehmen, dieselbe Bezeichnung da zu gebrauchen, wo Mehrere aus Einer Thatfache in der Weise auf das Ganze haften, daß auch Jeder leisten muß, vgl. l. 3 §. 1. 21 §. 9 D. de iur. 47. 2, l. 2 C. de cond. iur. 4. 8. Wo die Quellen hervorheben wollen, daß nur Ein Mal geleistet zu werden brauche, sagen sie, daß die Mehreren „idem“, „eandem pecuniam“ zu fordern haben bez. schuldig seien, vgl. l. 3 §. 1. 21 §. 5 D. de pact. 2. 14, l. 12 §. 3 D. de inoff. 5. 2, l. 17 §. 2 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 2 l. 18 l. 19 D. de duob. reis 45. 2, l. 38 pr. 1. 45 D. de adm. tut. 26. 7, l. 52 §. 3 D. de fidei. 46. 1. \* Inst. 3. 16 de duobus reis stipulandi et promittendi. Dig. 45. 2 de duobus reis constitendis. Cod. 8. 40 de duobus reis stipulandi et promittendi.

<sup>1</sup> Diese Formel zur Bezeichnung des Wesens der Correalobligation ist §. 293 zuerst von Keller (über Litiskonfession und Urtheil S. 446 fg.) aufgestellt, und durch die bei \* §. 292 bezichnete Schrift von Ribbentrop zur allgemeinen Anerkennung gebracht worden. In der neueren Zeit aber gewinnt eine andere Auffassung an Boden, welche auch bei der Correalobligation, wie bei dem bloßen Solidarverhältniß, eine formale Mehrheit der Obligationen für die einzelnen Gläubiger und Schuldner annimmt. Dieser Auffassung huldigen Rückert, Kunze, v. Helmsolt, Friß (der zwar äußerlich die Einheitsstheorie mit der Mehrheitsstheorie combinirt, aber die Annahme der Einheit nur auf einem kühnen Sprachgebrauch beruhen läßt), Schönemann, Sintonis in der neuen Auflage, E. A. Seuffert in der neuesten Auflage von seines Vaters Lehrbuch §. 223 Note 4. S. darüber Windscheid, Samhaber, Dvorzak a. a. O. Daß in dieser Streitfrage die Ausdrucksweise der Quellen nicht entscheiden kann, darf als anerkannt angesehen werden. Die Quellen sprechen sowohl von una obligatio (pr. l. h. t., l. 9 pr. D. de pact. 2. 14, l. 116 D. de V. O. 45. 1, l. 3 §. 1 l. 9 §. 1 D. h. t., l. 71 pr. D. de fidei. 46. 1, l. 16 pr. D. de acc. 46. 4, l. 14 D. ratam rem 46. 8), als von plures obligationes (l. 3 pr. l. 9 §. 2 l. 13 D. h. t., l. 5 D. de fidei. 46. 1, l. 31 §. 1 D. de nov. 46. 2, l. 128 D. de V. D. 45. 1). Die „plures obligationes“ erklärt die hier vertheiligte Ansicht von der Mehrheit der subjectiven Beziehungen der Einen Obligation; der entgegengesetzten Ansicht bietet sich für die una obligatio eine Erklärung in der einfachen Leistungspflicht dar (vgl. aber auch Windscheid krit. Ueberschau VI S. 212).



vorhanden, aber diese nicht bloß für Einen Gläubiger, für Einen Schuldner, sondern in gleicher Weise auch für einen andern oder

Entscheidend für die Einheit scheint mir aber noch immer zu sein, daß sich ohne die Annahme derselben nicht erklärt, warum gewisse Gründe der Aufhebung von Obligationen, wenn sie auch nur in der Person eines Gläubigers oder eines Schuldners eintreten, doch auch die übrigen Gläubiger beseitigen und auch die übrigen Schuldner befreien. Das gilt namentlich von Erlass, Erb, Urtheil, *litia contestatio*, vgl. Windscheid krit. Ueberschau VI S. 213—218, krit. VSchr. III S. 169—174, und unten §. 296 Note 3. 4. 6. 8. — Es gibt auch Auffassungen der Correalobligation, welche zwischen der Einheits- und der Mehrheitstheorie eine Vermittelung suchen (Hesse Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der Gütergemeinschaft S. 47. 48, Note 1, Bekker a. a. O., f. dagegen Ribbentrop S. 17 fg., Windscheid krit. Ueberschau S. 222), oder beide Theorien combiniren (Brackenbüß Identität und Connexität S. 145, f. dagegen Vangerow S. 70, — ferner Baron a. a. O. namentlich §. 19, f. darüber unt., — in gewisser Weise gehört auch Fritsch hierher, f. ob.), oder sich gegen denselben indifferent verhalten. Von der letzteren Art ist die namentlich durch Fitting a. a. O. (f. außerdem Koch Recht der Forderungen II S. 62, Girkanner Bürgschaft S. 75—79 S. 397—402 S. 568, Stipulation S. 252—274) vertretene Auffassung, welche die Correalobligation mit der alternativen Obligation zusammenstellt. Fitting sieht das Wesen der Correalobligation darin, daß einstweilen noch eine Unbestimmtheit in Betreff der Person des Gläubigers oder des Schuldners statfinde, und erst durch eine später eintretende Wahl gehoben werde. Dieser Auffassung hat sich im Wesentlichen Stinzing a. a. O. angeschlossen. S. gegen dieselbe Windscheid krit. VSchr. S. 164 fg. Doch glaube ich, daß in dieser Auffassung ein wahres Element liegt. Auch die Einheits- theorie wird, wenn sie nicht mit der Identität des Subjects auch die Identität der Leistung aufgeben will, nicht umhin können, die Correalobligation aufzufassen als gerichtet auf eine alternativ bestimmte Leistung, — Leistung durch A oder B, an A oder B. Nur, da sogleich jede Leistung gefordert werden kann, ist auch sogleich jede in obligations, und daher jeder in der Correalobligation Bezeichnete sogleich Gläubiger und Schuldner (§. 265 Note 5). S. auch Arndts 5. Aufl. §. 213 zu Ann. 6. — Von den Combinationstheorien sei hier noch der von Baron aufgestellten, als der neuesten über die Correalobligation überhaupt aufgestellten Theorie, näher gedacht. Baron nimmt für jeden der Gläubiger und Schuldner eine besondere, außerdem aber für die Gesamtheit der Gläubiger und Schuldner eine einzige Obligation an. Die Absicht nämlich bei der Begründung eines Correalverhältnisses sei die Schaffung einer einzigen, ungetheilten Obligation, diese Absicht könne aber der Vorschrift der 12 Tafeln „nomina sunt ipso iure divisa“ gegenüber bei einer Mehrheit der Subjecte nicht erteilt werden, deswegen bildeten die Contractanten aus ihren Einzelpersonen eine neue, einzige Person (Baron bezeichnet diese neue Person als „natürliche“ Person, verlangt zum wenigsten für dieselbe Anerkennung

mehrere andere Gläubiger oder Schuldner. Und zwar für jeden Einzelnen so, als wenn er der alleinige Gläubiger, der alleinige Schuldner wäre. Daher kann jeder Gläubiger die Forderung einziehen, ohne der Mitwirkung des Mitgläubigers zu bedürfen, von jedem Schuldner kann die Forderung eingezogen werden, ohne daß er sich auf das Vorhandensein eines Mitschuldners berufen dürfte<sup>2</sup>. Ist aber ein Mal geleistet worden, so ist jeder Gläubiger beseitigt und jeder Schuldner befreit<sup>3</sup>. Uebrigens kann der Gläubiger, wenn er will, seine Forderung auch theilen<sup>4</sup>.

Die bezeichnete strenge Verhaftung der Correal Schuldner kommt jedoch nicht überall rein zur Anwendung. Gewisse Correal Schuldner genießen die Begünstigung, daß sie nur subsidiarisch

als „singuläre“ Person, S. 71), welcher dann die einzige ungetheilte Obligation zugeschrieben werde. Aber das geschehe auch bloß zu dem Ende, damit für jeden Gläubiger und Schuldner als Glied der Gesamtheit eine Obligation in solidum statfinden könne; die Gesamtoobligation sei ein bloßes Durchgangsstadium, die Sonderobligationen ihr Ziel (S. 237). So läßt denn auch Baron die neue von ihm angenommene Gesamtperson nirgends, sei es handelnd oder leidend, hervortreten; seine Gesamtoobligation führt ihr Leben nur in der Person der einzelnen Gläubiger und Schuldner. Dabei geht er davon aus, daß ein Ereigniß, welches die eine Sonderobligation betrifft, die andere nicht berühre; anders sei es nur mit Erfüllung und Befreiung; durch diese Thatfachen werde auch die andere Sonderobligation aufgehoben — wegen der Obligationseinheit (S. 245 in Verbindung mit S. 234. 235). — Ueber eine eigenthümliche Wendung, welche Brinz der Einheits- theorie gegeben hat, f. Windscheid krit. Ueberschau S. 227—229, Fitting S. 5 fg., Dworzak S. 6, Arndts §. 213 Ann. 3; aber auch Rindorf zu Puchta §. 223.\*

<sup>2</sup> L. 31 §. 1 D. de nov. 46. 2: — „ex quibus colligitur, unumquemque perinde sibi acquisivisse, ac si solus stipulatus esset, excepto eo, quod etiam facto eius, eam quo commune ius stipulantis est, amittere debitorum potest“. L. 3 §. 1 D. h. t.: — „ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti“. An und für sich könnte das Rechtsverhältniß auch anders geordnet sein, nämlich so, daß die eine ungetheilte Obligation nur von den mehreren Gläubigern zusammen und nur gegen die mehreren Schuldner zusammen geltend gemacht werden dürfte. Diese Ordnung der Mitberechtigung ist wirklich durchgeführt beim Miteigentum (§. 169\*). — Darf der Gläubiger auch gleichzeitig jeden der mehreren Schuldner auf das Ganze belangen? S. u. ff. Arch. VI. 257, XII. 12. Variationsrecht? Vgl. Holzschuher III §. 220 Nr. 4.

<sup>3</sup> §. 1 I. h. t., l. 3 §. 1 D. h. t. u. a. m.

<sup>4</sup> L. 3 §. 1 l. 11 pr. D. h. t., l. 51 §. 1 D. de fidei. 46. 1, l. 8 §. 1 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30.



haften, nur für den Fall, daß der Gläubiger nicht im Stande sein sollte, von den andern Mitschuldnern Befriedigung zu erlangen. Diese Begünstigung bezieht sich entweder auf die ganze Schuld, so daß der Begünstigte in erster Linie für gar nichts haftet (Rechtswohlthat der Vorausklage)<sup>5</sup>, oder nur auf die auf die übrigen Mitschuldner fallenden Kopftheile, so daß der Begünstigte für seinen Kopftheil auch in erster Linie haftet (Rechtswohlthat der Theilung)<sup>6</sup>. Die erste Begünstigung genießt der Bürge in seinem Verhältniß zum Hauptschuldner<sup>7</sup>, ebenso aber auch jeder andere vertragsmäßige Correalschuldner, welcher die Schuld nur im Interesse seines Mitschuldners übernommen hat;<sup>8</sup> die zweite Begünstigung kommt zu Gute a) mehreren Bürgen, welche für dieselbe Schuld eingetreten sind<sup>9</sup>, b) dem vertragsmäßigen Correalschuldner, den die Schuld materiell nur zu seinem Theil angeht<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> S. g. beneficium excussionis oder ordinis.

<sup>6</sup> S. g. beneficium divisionis. — Das Nähere über diese beiden beneficia wird, um den Zusammenhang nicht zu sehr zu unterbrechen, unten in der Lehre von der Bürgschaft, wo sie ihre Hauptanwendung finden, vorgetragen werden. — Das P.O.B. Art. 281 schließt bei Handelsgeschäften die Einrede der Theilung und der Vorausklage ganz aus.

<sup>7</sup> Nov. 4 c. 1.

<sup>8</sup> Nov. 99 c. 1. Ist die in der Note 10 vertretene Auslegung dieser Stelle richtig, so ist der im Texte bezeichnete Satz eine nothwendige Consequenz. Nach der Nov. 99 c. 1 kann übrigens der belangte Schuldner nicht sowohl vorherige Anklage des Mitschuldners fordern, als vielmehr nur gleichzeitige Belangung desselben, worauf dann der Richter beide Prozesse verbinden, und im Endurtheil, wenn der Mitschuldner sich als insolvent ausweist, sofort den zuerst belangten Schuldner verurtheilen muß. Daher paßt der Ausdruck: Rechtswohlthat der Vorausklage für diesen Fall streng genommen nicht; er wird jedoch der Kürze wegen beibehalten.

<sup>9</sup> §. 4 l. de fidei. 3. 20, l. 26—28 l. 51 §. 4 D. eod. 46. 1, l. 7 D. de fidei. tut. 27. 7, l. 3 C. de pec. const. 4. 18. Ausnahme: l. 12 D. rem pupilli 46. 6.

<sup>10</sup> Nov. 99 c. 1. Freilich ist die Auslegung dieser Stelle sehr bestritten. Die hauptsächlichsten abweichenden Meinungen sind folgende. 1) Die Vorschrift der Novelle bezieht sich auf alle Correalschuldner, oder wohl gar auf alle Solidarschuldner, mit Ausnahme nur derjenigen, welche es aus Delict geworden sind. 2) Sie bezieht sich nur auf Correalschuldner, welche sich gegenseitig für einander verbürgt haben. 3) Sie bezieht sich auf Theilschuldner, welche sich für einander verbürgt haben. — Die hier gebilligte Auslegung ist die von Dagerow aufgestellte. Auf dieselbe scheint mir sowohl der Wortlaut der

Die Einheit der Correalobligation ist kein Hinderniß, daß deren mehrfache subjective Beziehung für die verschiedenen Subjecte auch verschieden gestaltet sei. So kann namentlich der eine Gläubiger oder Schuldner schlechthin, der andere unter einer Bedingung oder einer Befristung berechtigt oder verpflichtet sein, oder Jeder unter einer anderen Bedingung oder Befristung<sup>11</sup>. Es können auch die mehreren subjectiven Beziehungen der Correalobligation sich auf Eine Person vereinigen, so daß diese Person trotz der Einheit der Obligation mehrfach berechtigt oder verpflichtet ist<sup>12</sup>.

Stelle hinzuweisen (sie spricht von solchen, welche einerseits „ἀλλήληγγυῶν ὑπεύθυνοι“ geworden sind, andererseits besonders erklärt haben, daß Jeder für das Ganze haften solle), als die Natur der Sache; nach dieser Auslegung hat Justinian den sehr nahe liegenden Schritt gethan, daß er bei der passiven Correalobligation das derselben zu Grunde liegende materielle Rechtsverhältniß auch dem Gläubiger gegenüber zur Anerkennung gebracht hat. — Die herrschende Ansicht ist die unter 1) bezeichnete, und für dieselbe hat sich auch eine feste Praxis ausgesprochen (vgl. Seuff. Arch. VIII. 134, XII. 336, XIII. 95, 134; Holzschuber III §. 220 Nr. 3). Entscheidend scheint mir diese Praxis in einer doch vorzugsweise doctrinellen Frage nicht sein zu können. Auch ist sie bereits in dem Urtheil bei Seuff. XII. 13 verlassen, vgl. auch IL 173 und Burchardi Arch. f. civ. Pr. XIX §. 50. Literatur und Uebersicht der verschiedenen Ansichten bei Dagerow §. 573 Anm. 4; hinzuzufügen: v. Helmsolt §. 18 (für die dritte Meinung), Wieding Novella Justiniani 99, Berlini 1857 (für die gemeine Meinung, vgl. iv. BSchr. I. S. 285—290). — Die Nov. 99 c. 1 gibt sich als Ausbeugung der Nov. 4 c. 1. Daraus folgt, daß für sie im Einzelnen nicht die Grundsätze von dem benef. divisionis des Bürgen, sondern die Grundsätze der Nov. 4 c. 1 gelten. Daher hat namentlich der Schuldner hier die Befugniß, die Belangung des Mitschuldners zu fordern, auch ohne daß er den Beweis der Zahlungsfähigkeit desselben führen müßte (vgl. das specielle Obligationenrecht V. A. 2. c. Note 3. 4). Dieß ist nicht beachtet in den Erf. bei Seuff. IX. 140, XII. 336. (Umgekehrt geht zu weit das Erf. XIII. 95 [a. a. D. Note 3]). Von der anderen Seite kann der Schuldner auch hier nicht sowohl vorherige, als vielmehr nur gleichzeitige Belangung des Mitschuldners verlangen (Note 8). — Aus dem älteren Rechte: l. 47 D. loc. 19. 2.

<sup>11</sup> §. 2 l. h. t., l. 7 D. eod. Vgl. l. 9 §. 2 D. eod. — Nicht aber darf auch der Leistungsinhalt für die verschiedenen Subjecte ein verschiedener sein, l. 9 §. 1 l. 15 D. h. t.

<sup>12</sup> L. 13 D. h. t., l. 5 D. de fidei. 46. 1, l. 93 l. 95 §. 3 D. de sol. 46. 3. Vgl. Seuff. Arch. IX. 272.

## §. 294.

Unterliegt der Gläubiger, welcher das Ganze eingefordert hat, dem Rückgriff seiner Mitgläubiger auf Herausgabe eines verhältnismäßigen Theils des Eingeforderten, und hat umgekehrt der Schuldner, welcher das Ganze geleistet hat, einen Rückgriff gegen seine Mitschuldner auf Ersatz eines verhältnismäßigen Theils des Geleisteten<sup>1</sup>? Auf diese Frage gibt die Correalobligation als solche keine Antwort<sup>2</sup>; es kommt auf das derselben zu Grunde liegende materielle Rechtsverhältniß an<sup>3</sup>. Kraft dieses Rechtsverhältnisses kann übrigens ein Rückgriffsrecht nicht bloß auf einen Theil, sondern auch auf das Ganze begründet sein<sup>4</sup>. — In den Fällen, wo für den leistenden Schuldner ein Rückgriffsrecht begründet ist, kann derselbe außerdem von dem Gläubiger, welchen er befriedigt, verlangen, daß derselbe ihm seinen Anspruch gegen

9. 291. <sup>1</sup> W. Sell Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III. 21, IV. 2 (1840, 1841). v. Schröder das. VI. S. 409—435 (1843). Habicht rechtl. Erörterungen I S. 1 fg. (1843). Schmid Cession S. 369—374 (1863). Savigny §. 29—24, Bangerow III §. 573 Num. 3, Windscheid krit. Ueberschau VI. S. 229—234, Samhaber §. 19. Weitere Literaturangaben bei Schröder, Bangerow und Samhaber.

<sup>2</sup> A. M. in Betreff der Correalschuld Sell und Savigny, auch Bau Arch. f. pract. Arch. II S. 132 fg.; dieselben lassen einen Ersatzanspruch für den leistenden Correalschuldner ohne Weiteres eintreten. Für diese Ansicht spricht nicht I. 2 C. h. t. (Note 3), und ebenso wenig I. 65 D. de evict. 21. 3 (Bangerow S. 89). Gegen dieselbe spricht sehr entschieden I. 62 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, sowie, daß anerkanntermaßen der zahlende Bürge einen Rückgriff gegen den Mitsürgen nicht hat; f. außerdem I. 34 pr. D. de rec. 4. 8, I. 10 §. 10 D. de in rem verso 15. 3, I. 29 D. de lib. leg. 34. 3, — Stellen, auf welche erst Samhaber (a. a. O.) und Fitting (S. 40 Note 41, S. 108 Note 129) aufmerksam gemacht haben. S. auch Seuff. Arch. I. 331.

<sup>3</sup> Abgesehen von den Fällen, wo der Begründung der Correalobligation ein Gesellschafts- oder Auftragsverhältniß zu Grunde liegt, ist ein Rückgriff überall begründet, wo das Aequivalent für die erworbene Mitsforderung von allen Gläubigern beschafft, oder der Vortheil der eingegangenen Mitschuld allen Schuldner zu Gute gekommen ist (nach den Grundbüssen der *condictio sine causa* [§. 422 Note 4] und der *negotiorum gestio* [§. 431 Note 12]). Von dem letzteren Fall ist wahrscheinlich I. 2 C. h. t. zu verstehen. Vgl. auch Seuff. Arch. VII. 158.

<sup>4</sup> So namentlich bei der Bürgschaft.

die Schuldner, gegen welche dem Leistenden das Rückgriffsrecht zusteht, abtrete<sup>5</sup>. Diese Befugniß ist auch Mitbürgen eingeräumt worden, obgleich dieselben ein Rückgriffsrecht gegen einander nicht haben<sup>6</sup>.

## §. 295.

Nicht bloß durch die Leistung an einen Correalgläubiger und durch einen Correalschuldner werden auch die übrigen Gläubiger beseitigt und auch die übrigen Schuldner befreit: es gibt noch eine Reihe von andern Aufhebungsthatfachen, welche ebenfalls eine über die Person desjenigen Obligationssubjectes, in welchem sie zunächst eintreten, hinausgehende Wirkung haben. Dahin gehören vor Allem die Erfüllungsurrogate: Leistung an Erfüllungsort (§. 342), gerichtliche Hinterlegung (§. 347), durchgeführte Compensation<sup>1</sup>, — während die Compensationseinrede selbst, einem andern Gläubiger, als demjenigen, gegen welchen die Gegenforderung begründet ist, und von einem andern Schuldner, als demjenigen, welchem die Gegenforderung zusteht, nur insofern entgegengesetzt werden kann, als das Eingeforderte dem Mitgläubiger, welcher Schuldner in der Gegenforderung ist, herausgegeben, oder das Geleistete von dem Mitschuldner, welcher Gläubiger in der Gegenforderung ist, eriebt werden muß<sup>2</sup>. Ferner haben objective Wirkung Novation<sup>3</sup>

<sup>5</sup> L. 13 C. de loc. 4. 65. Vgl. I. 47 D. loc. 19. 2.

<sup>6</sup> L. 11 C. de fidei. 8. 41, I. 39 D. eod. 46. 1.

<sup>1</sup> Beweisstellen für das in Betreff dieser Thatfachen Gesagte lassen sich nicht beibringen; aber bezweigen ist es nicht weniger sicher. Unter durchgeführter Compensation wird eine durch Vertrag oder richterliches Urtheil vollzogene Compensation verstanden.

<sup>2</sup> L. 10 D. h. t. „Si duo rei promittendi socii non sunt, non proderit alteri, quod stipulator alteri pecuniam debet“. Das Nähere f. §. 350 Note 18. 19.

<sup>3</sup> L. 31 §. 1 D. de nov. 46. 2 (über den Sinn des Schlusses dieser Stelle f. v. Salpius Novation und Delegation S. 177), vgl. I. 8 §. 11 l. 20 D. ad SC. Vell. 16. 1, I. 33 §. 1 D. de stip. serv. 45. 3. L. 27 pr. D. de pact. 2. 14 handelt von *argentarii socii*, die keine eigentlichen Correalgläubiger sind. Savigny S. 174 fg., §. 297 Note 8. Ueber die verschiedenen Meinungen f. Bangerow S. 99—101. — Genaßt die objective Wirkung der Novation einen Beweis für die Einheit der Correalobligation? Ich glaube nicht. Denn wenn auch der Grund, warum die Novation das Forderungsrecht aufhebt, nicht darin liegt, daß der Gläubiger statt desselben ein anderes erhält, sondern in dem Willen des Gläubigers: so ist doch das

und Erlaß\*, vorausgesetzt, daß sie in der That auf die ganze Obligation, und nicht bloß auf die subjective Beziehung desjenigen

Resultat der Novation in der That das, daß der Gläubiger an Stelle des verlorenen Forderungsrechts ein anderes (für sich oder einen Dritten) hat, welches er durch Hingabe des verlorenen erworben, für das verlorne eingetauscht hat. In ihrem Resultate steht also die Novation der in solutum datio gleich, und deswegen wird man nicht umhin können, ihr im Falle einmaliger Leistungspflicht bei Mehrheit der Obligationssubjecte eine gleiche Wirkung zuzuschreiben, wie der Erfüllung selbst, d. h. objective Wirkung für alle Gläubiger und Schuldner ganz abgesehen davon, ob Einseitigkeit der Obligation vorliegt oder nicht, somit auch bei der bloß solidarischen Obligation. Auch wird in l. 81 §. 1 D. de nov. 46. 2 als Unterstützung für die objective Wirkung der Novation angeführt: „eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus“. Vgl. §. 353 Note 3, wo auch die Literatur angegeben ist.

\* Acceptilatio: l. 31 §. 1 D. de nov. 46. 2, l. 13 §. 12 l. 16 D. de accept. 46. 4. Hatte auch das pactum de non petendo in rom (über das pactum de non petendo in personam f. l. 25 §. 1 D. de pact. 2. 14, l. 3 §. 13 D. de lib. leg. 34. 3) Wirkung für die andern Correalgläubiger und gegen die andern Correalgläubiger? Unzweifelhaft für die andern Schuldner im Falle eines Regressanspruches: l. 21 §. 5 — l. 25 pr. l. 32 D. de pact. 2. 14, l. 9 §. 1 D. h. t. (vgl. Seuffert Pand. §. 291 Note 2\*). Eine weitergehende Wirkung des pactum, also für die andern Correalgläubiger bei nicht begründetem Regressanspruch, und für die andern Correalgläubiger überhaupt, leugnet die gemeine Meinung. Doch kommt dabei in Betracht, a) daß l. 25 §. 2 l. 26 de pact. 2. 14 aus dem pactum des Bürgen dem Hauptschuldner und dem Mitbürgen, wenn auch nicht exceptionem pacti, doch exceptionem doli gibt; b) daß, was Correalgläubiger angeht, l. 34 pr. D. de rec. 4. 8 wenigstens soviel sagt, daß bei vorhandenem Regressanspruch das Fordern des einen Gläubigers auch das Fordern des andern sei, während l. 27 pr. i. f. D. de pact. 2. 14, welche die Wirksamkeit des pactum für den andern Gläubiger leugnet, nicht nothwendigerweise auf den Fall eines Regressanspruches bezogen zu werden braucht. — Was das heutige Recht angeht, so haben wir in unserer Quittung einen der römischen acceptilatio durchaus entsprechenden Erlaßvertrag (§. 357 Note 15). Zwischen pactum de non petendo und directem Erlaßvertrag darf, wenn der Wille der Parteien unzweifelhaft darauf gerichtet ist, daß das Forderungsrecht in aller und jeder Beziehung unwirksam werden solle, heutzutage nicht mehr unterschieden werden (§. 357 Note 7). Der directe Erlaß aber, auch wenn er nicht in die Form der Quittung eingekleidet worden ist, hat Wirkung für die sämmtlichen Correalgläubiger und Schuldner trotz der Einseitigkeit der Correalobligation. — Was den Beweis angeht, der aus den genannten Bestimmungen des römischen Rechts für die Einseitigkeit der Correalobligation hergeleitet werden kann, so glaube ich (s. h. t. R. S. 170), daß die objective Wirkung der acceptilatio möglicherweise auch ohne die Annahme der Einseitigkeit der Correal-

Obligationssubjects, welches das Rechtsgeschäft vornimmt, gerichtet sind\*. Was von dem Erlasse überhaupt gilt, gilt auch von dessen besonderen Anwendungen im Vergleiche<sup>54</sup>, Schiedsrichter-

obligation erklärt werden kann (vgl. §. 357 Note 5), nicht aber auch die in l. 25 §. 2 l. 26 D. de pact. 2. 14 bezogene objective Wirkung des pactum de non petendo. — Vgl. zu dem Gesagten noch S. Ph. v. Willow Abhandlungen über einzelne Materien des römischen Rechts II Nr. 19 und Guyet Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts Nr. 11; ferner Bangerow S. 103—108 und die daselbst Citirten, außerdem Mükert S. 36—39, Scheurl Beiträge II S. 27. 28, Fitting S. 44 fg. S. 93 fg., E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. §. 291 Note 3. 4, Baron S. 293 fg. S. 308 fg.

<sup>5</sup> In Betreff des Erlasses s. die vorige Note. Was die Novation angeht, so glaube ich nicht, daß die Möglichkeit einer Novation geleugnet werden darf, durch welche an die Stelle eines Correalgläubigers ein anderer Correalgläubiger, an die Stelle eines Correalschuldners ein anderer Correalschuldner gesetzt wird, so daß nicht die Obligation zur Begründung einer andern Obligation, sondern die subjective Beziehung der Obligation zur Begründung einer andern subjectiven Beziehung verwendet wird; aber ich kann mich nicht überzeugen, daß (wie Henschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. II S. 153 fg., Arnolds §. 268 Ann. 6, Mükert S. 15 S. 41, Helmolt S. 142 annehmen, s. dagegen nam. Frig XIX S. 72. 73) in l. 31 §. 1 D. de nov. 46. 1 auf diese Möglichkeit hingewiesen und daselbst gesagt werde, die weitergehende Wirkung der Novation trete nur dann ein, wenn der Novirende „id specialiter agit“; diese Worte sind gewiß nur von der Novationsabsicht überhaupt zu verstehen (vgl. l. 29 eod.). — Die herrschende Meinung schreibt der Novation unbedingte objective Wirkung zu; die vorhin genannten Schriftsteller behaupten die Möglichkeit bloß subjectiver Wirkung ohne Beschränkung, also auch für den Fall einer Aenderung des Inhalts der Leistung.

<sup>54</sup> Savigny S. 179, Prinz S. 40 fg., Misch Vergleich S. 195 fg.

<sup>5</sup> In Betreff des Eides s. l. 28 pr. §. 1. 3 l. 42 §. 1. 2 D. de iur. 12. 2, l. 1 §. 3 D. quar. rer. actio 44. 5. L. 34 pr. D. de rec. 4. 8 spricht nur von dem Verfall der Strafe, nicht von der aus dem Schiedsvertrag erwachsenden Einrede. Natürlich muß auch hier der Vertragswille (und die Entscheidung, welcher er sich unterordnet) auf die Obligation selbst, nicht bloß auf die persönliche Beziehung des einen Obligationssubjects gerichtet sein. L. 28 §. 1 cit.: — „si modo idso interpositum est, ut de ipso contractu et de re, non de persona iurantis ageretur“. S. noch l. 1 §. 3 cit. — Jedenfalls beim Schiedsvertrag reicht schon nach römischen Recht nudum pactum hin. Die Beweiskraft für die Einseitigkeit der Correalobligation, welche darin liegt, glaubt Fitting §. 12 durch Hinweisung auf l. 26 §. 2 D. de iur. 12. 2 beseitigen zu können, indem er in dieser Stelle den Satz ausgesprochen findet, daß der Schiedseid gleiche objective Wirkung auch bei der bloß solidarischen Obligation habe. Aber es scheint mir (s. h. t. Vierteljahrsschr. III

und Schiedsvidvertrag<sup>6</sup>. Auch das die Obligation<sup>7</sup> aberkennende Urtheil wirkt gegen alle Gläubiger und für alle Schuldner, obgleich sie am Prozesse nicht Theil genommen haben<sup>8</sup>. — Dagegen wird durch Confusion nur eine Person aus der Obligation herausgenommen, während die Obligation selbst, also für die andern Gläubiger bez. Schuldner, fortbesteht<sup>9</sup>. Ebenso hebt die

§. 179) nicht zweifelhaft, daß die genannte Stelle von einem Bittgeschäftskfall handelt. Dafür spricht: a) der Zusammenhang mit §. 1; b) der Schluß der Stelle: „quod et in fideiussore debiti distinguendum est“; c) l. 2 §. 5 D. qui actio. 2. 8. „In fideiussorem, qui aliquem iudicio sicuti promiserit, tanti quanti ea res est actionem dat praestor“. Vgl. auch Baron S. 378.

<sup>7</sup> Die Obligation, nicht bloß eine persönliche Beziehung derselben.

<sup>8</sup> L. 42 §. 3 D. de iuri. 12. 2. (Daß diese Stelle die Wirkung der litis contestatio ignorirt, erklärt sich aus l. 28 C. de fidei. 8. 41: — „invenimus enim et in fideiussorum cautionibus plerumque ex pacto huiusmodi causae esse prospectum“.) Die objective Wirkung des Urtheils leugnen Kunze S. 210 fg., Fitting S. 70, 71, E. A. Seuffert in Seuffert's Band. §. 296 Note 2. — Dem Urtheil steht gleich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Sie wirkt objectiv, wenn sie die Obligation selbst, bloß subjectiv, wenn sie nur eine subjective Beziehung der Obligation aufheben will. Von letzterem Falle handelt l. 48 pr. D. de min. 4. 4. Vgl. Savigny S. 195, Baron S. 333.

<sup>9</sup> L. 71 pr. D. de fidei. 46. 1: — „et puto . . . confusione obligationis exiit personam“. Der Grund, warum die Confusion die Obligation aufhebt, ist, weil Niemand sein eigener Gläubiger oder Schuldner sein kann; dieser Grund fällt weg, wenn neben dem Gläubiger, welcher mit dem Schuldner zusammengefallen ist, noch ein zweiter Gläubiger, neben dem Schuldner, welcher mit dem Gläubiger zusammengefallen ist, noch ein zweiter Schuldner vorhanden ist. Fitting steht in der bloß subjectiven Wirkung der Confusion einen entscheidenden Beweis gegen die Einheit der Correaltobligation S. 103 fg.; dagegen Samhaber S. 118, Windscheid krit. BSchr. III S. 176. — Die l. 71 pr. cit. spricht nur von der passiven Correaltobligation, aber die herrschende Meinung läßt mit Recht ihre Entscheidung auch für die active gelten. A. M. Arndts Rechtslex. IV S. 18 Note 140 und Pand. §. 273 Ann. 1, Fitting S. 202, 203; dagegen Friß XIX S. 76—80, Baron S. 336, 357. Man bemerke über diese Frage Folgendes. a) Durch die Confusion verliert der Gläubiger sein Forderungsrecht nicht ohne Äquivalent, — er braucht eine Schuld nicht zu erfüllen, die ihm sonst zur Last fallen würde; weswegen auch die Quellen die confusio mit der solutio zusammenstellen (§. 352 Note 4). Daher war die Frage wohl erlaubt, ob nicht die Confusion auch bei der Correaltobligation „potestate solutionis“ (l. 50 D. de fidei. 46. 1) wirke, und in der That wird diese Frage in l. 71 pr. cit. aufgeworfen („iusta dubitatio est“), aber ausdrücklich verneint. Wäre sie bejaht worden, so hätte dieß zu einem

Anspruchsverjährung die Obligation nur für die betreffende Person auf<sup>10</sup>, obgleich die Unterbrechung der Verjährung, welche von einem Gläubiger oder gegen einen Schuldner bewirkt worden ist, auch den andern Gläubigern und gegen die andern Schuldner hilft<sup>11</sup>. Endlich bewirkt die in der Person eines Correalgläubigers oder Correalschuldners ohne die Schuld des Schuldners eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung nicht, daß auch der Mitgläubiger sein Forderungsrecht verliere und auch der Mitschuldner frei werde<sup>12</sup>, so wie umgekehrt die Verschuldung eines Mitschuldners nicht bewirkt, daß die Obligation für den Mitgläubiger, der an der Unmöglichkeit nicht Schuld ist, fortdauere<sup>13</sup>. Das Letztere ist

Ausschluß der objectiven Wirkung der Confusion nicht bloß bei der activen, sondern auch bei der passiven Correaltobligation geführt. Kann dem Mitgläubiger entgegengesetzt werden, daß er fordere, was der Schuldner (ehemalige Mitgläubiger) bereits mit dem Verluste seiner Forderung bezahlt habe, so kann dem Mitschuldner (jetzigem Gläubiger) entgegengesetzt werden, daß er fordere, wo für er bereits durch Befreiung von seiner Schuld bezahlt sei. b) Eine Selbstwahl des Mitgläubigers, welcher den Schuldner beerbt hat oder von ihm beerbt worden ist (Fitting), ist nicht möglich: aus dem einfachen Grunde nicht, weil der Correalgläubiger die Wahl nur zwischen den mehreren Schuldnern hat, er aber sein eigener Schuldner nicht ist, weil er es nicht sein kann.

<sup>10</sup> Weil nur für die betreffende Person eine Unthätigkeit vorliegt, in welcher die Anspruchsverjährung ihren Grund hat. A. M. Fuchta §. 235, Kunze S. 193, Fitting S. XIV, Arndts §. 277 Ann. 2.

<sup>11</sup> L. 5 C. l. t. Eine singuläre Vorschrift Justinians, welche übrigens als Grund die Einheit der Correaltobligation bezeichnet. Ist nicht wenigstens auf Grund dieser Vorschrift der Vollendung der Anspruchsverjährung Wirkung für alle Obligationssubjecte zuzuschreiben? So Kunze S. 193, Fitting S. XIV. Aber, wie nahe auch diese Ergänzung des Gebankens liegt, Justinian hat sie nicht ausgesprochen. Man darf auch nicht sagen, daß nach Justinians Vorschrift die Anspruchsverjährung sich immer nothwendig für alle Obligationssubjecte zugleich vollende; man denke z. B. an den Fall, wo für einen der Gläubiger oder Schuldner eine aufschiebende Bedingung oder Befristung gilt. Savigny S. 193, Friß XIX S. 90.

<sup>12</sup> Eine auf die Person eines Correalgläubigers beschränkte Unmöglichkeit der Erfüllung liegt vor, wenn derselbe den zu leistenden Gegenstand anderweitig erlangt, worüber das Nähere §. 360 Nr. 3. Eine unverschuldete Unmöglichkeit bloß für die Person eines Correalschuldners liegt vor, wenn die Unmöglichkeit durch die Schuld des Mitschuldners eingetreten ist.

<sup>13</sup> Dafür beweist: a) daß der Hauptschuldner nicht für die Schuld des Bürgen haftet, l. 19 D. de dolo 4. 3, l. 32 §. 5 D. de usur. 22. 1, l. 88 D. de V. O. 45. 1, l. 38 §. 4 D. de fidei. 46. 1, und ebenso b) der correus nicht

anders nur dann, wenn die Verpflichtung, in welcher der unschuldige Mitschuldner steht, nichts ist, als die Erstreckung der Verpflichtung des Schuldigen<sup>14</sup>.

### §. 296.

Kann eine Correalobligation sich auf eines der Obligations-  
subjecte auch in anderer Weise concentriren, als dadurch,  
daß eine eintretende Aufhebungsthatsache dieses eine Subject  
unberührt läßt? Anerkannt ist dieß nur für die active  
Correalobligation. Hier schließt jeder Gläubiger die andern  
Gläubiger aus: a) durch den Streitbeginn<sup>15</sup>; b) dadurch daß

für den Verzug des correus, l. 32 §. 4 D. de usur. 22. 1. Nichtsdestoweniger  
stellt die herrschende Ansicht den entgegengesetzten Satz auf, mit Berufung auf  
die Einheit der Correalobligation, und auf l. 18 D. h. t. „Ex duobus reis  
eiusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet“. Aber  
es scheint mir ein Irrthum zu sein, daß dieser Satz durch die Einheit der  
Correalobligation gefordert oder auch nur erklärt werde: warum sollte nicht  
auch hier, wie sonst, die Obligation für die eine subjective Beziehung absterben  
können, während sie für die andere fortbauert? Und was l. 18 cit. angeht,  
so hat Friß XIX S. 83 ff. auch Baron S. 288 fg.) nachgewiesen, daß  
es jedenfalls nicht unmöglich ist, diese Stelle in anderer Weise zu verstehen. Andere  
haben durch Emendation zu helfen gesucht („non“ oder nequaquam“ statt „quoque“,  
oder „stipulandi“ oder „credendi“ statt „promittendi“, Kunze S. 156 Note 9;  
„sociis“ statt „factis“, Bekker Jahrb. des gen. R. III S. 123 fg., — da-  
gegen Friß XIX S. 85), oder durch Annahme einer Interpolation mit Rücksicht  
auf l. 5 C. l. t. (Fitting S. 81 Note 96 und S. 241 Note 260, Girtanner  
Bürgsch. S. 499 und Stipulation S. 265 Note 217). Vgl. noch Müllert  
S. 19—33, Birch Arch. f. civ. Pr. XXXIX. 6, Samhaber S. 102 fg.

<sup>14</sup> So haften der Bürge für die Verschuldung des Hauptschuldners, der  
Pater bei der actio quod inusu und den entsprechenden Klagen für die Ver-  
schuldung des Sohnes. L. 11 §. 4. 5 D. de V. O. 45. 1.

<sup>15</sup> Im Römischen römischen Recht hob die litis contestatio die Obligation  
im Uebrigen auf, und ließ sie nur für diesen Proceß fortbauern (§. 124  
Note 1). Damit war von selbst gegeben, daß sie jeden andern Correalgläubiger  
ausschloß, ebenso aber auch jeden andern Correalschuldner befreite. Die  
consummirende Kraft der litis contestatio ist nun zwar im Justinianischen Rechte  
abgestorben; aber nichtsdestoweniger läßt sich nicht süglich beweisen, daß auch  
nach Justinianischem Recht jeder Correalgläubiger sein Forderungsrecht dadurch  
verliert, daß der Mitgläubiger den Proceß gegen den Schuldner erhebt und  
bis zum Streitbeginn durchführt. Nur wirkt jetzt die litis contestatio nicht  
mehr kraft ihrer prozessualen Natur, sondern als Ausübung des dem Correal-  
gläubiger zustehenden Wahlrechts, oder, was nur eine andere Wendung

er sich von dem Schuldner ein Erfüllungsversprechen geben  
läßt<sup>2</sup>.

### b. Entstehung.

### §. 297.

Eine Correalobligation kann, wie jede andere Obligation,  
begründet werden durch Rechtsgeschäft, richterliche Verfügung,  
gesetzliche Vorschrift. In allen diesen Fällen aber ist das Gemein-  
same das, daß die Wirkung einer und derselben Thatsache un-  
getheilt auf eine Mehrheit von Personen bezogen wird<sup>1</sup>.

1. Vertrag. a) Es wird ein Vertrag zwischen Mehreren ab-

desselben Gedankens ist, als Prävention (Occupation), — Gesichtspunkte, von  
welchen jedenfalls der erste in unsern Quellen neben dem Gesichtspunkt der  
Consumtion mit Entschiedenheit hervorgehoben wird (vgl. Fitting §. 31,  
Friß S. 98. 99). Beweis für das Gesagte ist: a) daß Justinian den Satz,  
daß ein Correalgläubiger durch den mit dem Mitschuldner begonnenen Proceß  
befreit werde, noch besonders aufgehoben hat (l. 28 C. de fidei. S. 41), während  
er von dem entsprechenden Satze für die Correalgläubiger kein Wort sagt;  
b) daß die Compileratoren eine Reihe von Stellen, in denen dieses letzteren  
Satzes gedacht wird, aufgenommen haben (l. 2. 16 D. h. t., l. 5 D. de fidei.  
46. 1, l. 31 §. 1 D. de nov. 46. 2), während sie die Stellen, welche von  
dem ersteren handeln, entweder ausgelassen oder unschädlich gemacht haben  
(z. B. l. 2 D. h. t., l. 8 §. 1 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30). Nichts destoweniger schreibt  
die herrschende Meinung dem Streitbeginn Einfluß ebensowenig auf die active  
Correalobligation zu, wie auf die passive (vgl. Bangerow S. 102). Die  
hier vertretene Ansicht ist namentlich von Fitting verteidigt worden, welcher  
nur darin zu weit geht, daß er die litis contestatio auch für das Römische  
römische Recht lebiglich nach dem Gesichtspunkte der Wahl wirken läßt. Diese  
Einseitigkeit hat vermieden Friß XIX §. 22—25. Vgl. noch Samhaber  
S. 95 fg. S. 131 fg., Windscheid krit. BSchr. III S. 172—174, Arndts  
§. 271 Anm. 4, E. A. Seuffert in Seuffert Pand. §. 295 Note 6,  
Baron S. 363 fg. (welcher die litis contestatio gegen die übrigen Gläubiger  
bewegen wirken läßt, weil er ihr noch für das Justinianische Recht consumm-  
rende Kraft zuschreibt).

<sup>2</sup> L. 10 D. de pec. const. 13. 5. Diejenigen, welche den Gesichtspunkt  
der Wahl oder Prävention nicht anerkennen, haben dieser Stelle gegenüber einen  
harten Stand. Vgl. Friß XIX §. 27 und die daselbst gemachten Literatur-  
angaben, Bruns Zeitschr. f. R. Gesch. I S. 81—83, Baron S. 302 fg.  
(welcher gegen die Gesichtspunkte der Wahl und Prävention polemisiert, und  
dafür lehrt, daß der Correalgläubiger kraft seines Gläubigerrechts die Befug-  
niß habe, — den Schuldner zu verpflichten, nur ihm zu zahlen).

<sup>1</sup> Vgl. Windscheid krit. Ueberschau S. 226—228.

geschlossen, — ein und derselbe Vertrag zwischen Allen, nicht für jeden Contrahenten ein besonderer<sup>12</sup>. Dabei wird aber die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung abgegeben, daß die durch den Vertrag begründete Obligation für alle Contrahenten ungetheilt bestehen solle<sup>2</sup>. Oder b) es wird ein Vertrag dahin abgeschlossen, daß in eine durch eine andere Thatsache begründete Obligation ein neuer Gläubiger oder Schuldner hineintreten solle<sup>3</sup>.

<sup>12</sup> Die Einheit des Vertrages tritt besonders deutlich in der Stipulationsformel hervor, welche die Quellen für die Begründung einer Correalobligation angeben. Pr. I. h. t. „Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat: spondeo; ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat: *utrique vestrum dare spondeo*. Nam si prius Titio sponderit, deinde alii interroganti spondent, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: *Maevi decem aureos dare spondeo, et Sui eosdem decem aureos dare spondeo? si respondeant singuli separatim: spondeo*. Vgl. l. 3 pr. l. 4 l. 6 §. 3 l. 12 pr. D. h. t., l. 28 §. 2 D. de stip. serr. 45. 3. Ueber die Frage, ob nach römischem Recht eine Correalobligation auch durch eine andere Vertragshandlung, als die Stipulation (und den *litteral contractus*) l. 9 pr. D. de pact. 2. 24, l. 34 pr. D. de rec. 4. 8, Savigny §. 148—150, v. Salpius Novation und Defeg. §. 97. 98), habe begründet werden können, s. l. 9 pr. D. h. t. l. 13 §. 9 l. 47 D. loc. 19. 2, l. 16 pr. D. de pec. const. 13. 5, und Ribbentrop §. 19. 20, Savigny §. 153—157, Pring §. 10, Kunze §. 169—172, Frig §. 153.

<sup>2</sup> L. 11 §. 1. 2 D. h. t. „Cum tabulis esset comprehensum, *illum et illum centum aureos stipulatos, neque adiectum. ita ut duo rei stipulandi essent, virilem partem singuli stipulati videbantur*. Et et contrario, cum ita cautum inveniretur: *tot aureos recte dari stipulatus est Iulius Carpus, spondimus ego Antonianus Achilleus et Cornelius Dius, partes viriles deberi, quia non fuerat adiectum, singulos in solidum spondisse, ita ut duo rei promittendi forent*“. L. 6. 9. 12 C. si cort. 4. 2. Deutsche Formeln: Einer für Alle, Alle für Einen; sammt und sonders. Vgl. Samhaber §. 164. — Die oft aufgestellte Behauptung, daß die solidarische Verhaftung der mehreren contrahirenden Schuldner immer ausdrücklich ausgemacht werden müsse, beruht auf einer irrigen Auslegung der Nov. 99 c. 1. Vgl. Bangerow §. 90. — PPD. Art. 299. „Wenn zwei oder mehrere Personen einem Andern gegenüber in einem Geschäft, welches auf ihrer Seite ein Handelsgeschäft ist, gemeinschaftlich eine Verpflichtung eingegangen sind, so sind sie als Solidarschuldner zu betrachten, sofern sich nicht aus der Uebereinkunft mit dem Gläubiger das Gegentheil ergibt“.

<sup>3</sup> Daß auch in dieser Weise eine Correalobligation begründet werden könne, ist nicht allgemein anerkannt; es wird von Manchen behauptet, daß

2. Bestwillige Verfügung. Auch hier ist erforderlich die Erklärung des Willens, daß jeder der Bedachten oder Beschwerdeten ungetheilt Gläubiger oder Schuldner sein solle<sup>4</sup>.

3. Daß Gleiche gilt auch für die richterliche Verfügung<sup>5</sup>.

die durch nachfolgenden Vertrag begründete Obligation immer wenigstens formal eine neue sei. Vgl. Frig XVIII §. 263 fg. und die daselbst Citirten, jetzt auch Baron §. 254 fg. (welcher zwischen activer und passiver Correalobligation unterscheiden will). Für die hier vertbeiligte Ansicht beruft man sich gewöhnlich vorzugsweise auf l. 3 pr. D. h. t.; es ist zuzugeben, daß diese Stelle nicht entscheidend ist. Ebensovienig sind entscheidend die anderen Stellen, welche man anzuführen pflegt, l. 9 §. 2 D. h. t., l. 7 §. 1 D. de auct. 26. 8, l. 8 §. 5 D. de nov. 46. 1. Aber es ist anerkannt, daß durch nachfolgende Stipulation ein fideiussor beigezogen werden kann, und wenn auch die Quellen den fideiussor nicht als *correus* bezeichnen, vielmehr den fideiussor und *reus* übercrall den *plures rei* entgegensetzen, so zeigt doch die Obligation des fideiussor in ihrem Verhältniß zur Hauptobligation alle charakteristischen Eigenschaften der Correalobligation, und in l. 1 §. 8 D. de O. et A. 44. 7 wird vom fideiussor ausdrücklich gesagt, daß er „*eodem obligatione*“ verhaftet sei. Vgl. Samhaber §. 169 fg.; für die entgegengesetzte Ansicht zuletzt Baron §. 262 fg., Arnolds §. 250 Anm. 4. Sodann: wenn die Parteien ausdrücklich erklären würden, daß auf den neu Eintretenden nur die vorhandene Obligation solle erstreckt werden: warum sollte ihrem Willen nicht Statt gegeben werden? — Hierher gehört auch das Rechtsverhältniß, welches bei der Cession vor der Anzeige an den Schuldner stattfindet, obgleich bei demselben für die Möglichkeit der Concentration auf die Person eines Gläubigers abweichende Grundsätze gelten. S. §. 331.

<sup>4</sup> Diese Willenserklärung liegt unter Andern darin, daß der Erblasser Mehrere alternativ belastet: *ille aut illo centum dato*. L. 25 pr. D. de leg. 110 32, l. 8 §. 1 D. de leg. 10 30 (wo die Worte „*et solum*“ interpolirt sind), l. 9 pr. i. f. D. h. t. (wo statt „*et Maorius*“ ohne Zweifel zu lesen ist „*aut Maorius*“). Wäre man einer solchen Verfügung gegenüber bei der Regel stehen geblieben, daß bei alternativer Belastung, wo nicht das Gegentheil gesagt ist, der Belastete die Wahl hat, so hätte der Vermächtnisnehmer von Keinem fordern können; so ließ man hier, beim Vermächtnisse, eine freiere Interpretation eintreten. — Aus dem Vermächtniß zu Gunsten des Einen oder des Andern entsteht seit Justinians Verfügung in l. 4 C. de V. 8. 6. 33 eine Theilsforderung. Vgl. l. 16. D. de leg. 110 31, l. 17 §. 1 l. 24 l. 67 §. 7 l. 77 §. 4 eod., l. 21 §. 1 D. de statul. 40. 7. Fitting §. 151 Note 179. S. noch Fitting §. 29, Frig XVIII §. 5, Baron §. 256 fg.

<sup>5</sup> L. 43 D. de re iud. 42. 1, l. 1. 2 C. si plures 7. 55. Uebrigens begründet das richterliche Urtheil (abgesehen von der Kostenverurtheilung) eigentlich eine Correalobligation nur dann, wenn das Urtheil irrig ist, weil es sonst nur ausspricht, was vorhanden ist. Vgl. Samhaber §. 166 fg.,

4. Gesetzliche Bestimmung. Unmittelbar durch gesetzliche Bestimmung tritt eine Correalobligation ein in Folge der Erstreckung der Verbindlichkeit der Gewaltunterworfenen auf den Gewalthaber und in den analogen Fällen<sup>5</sup>. Ferner stehen in einer gesetzlichen Correalverbindlichkeit die mehreren Eigentümer eines Schaden anrichtenden Thieres<sup>7</sup>.

## 2. Die bloße Solidarität.

### §. 298.

Auch hier kann jeder Gläubiger<sup>1</sup> das Ganze fordern, und jeder Schuldner ist das Ganze schuldig, auch hier werden durch

wo auch die Literatur sorgfältig verzeichnet ist (nachzutragen jedoch Helmeolt §. 10 Note 2, und jetzt Baron S. 260 fg.).

<sup>5</sup> Bei den f. g. actiones adiecticias qualitatis. Vgl. Samhaber S. 176 fg. und die daselbst Citirten, jetzt noch Baron S. 262 fg. Scuff. Arch. XIV. 93.

<sup>7</sup> Und nach römischem Recht die mehreren Eigentümer eines delinquierenden Sklaven. Der Grund der Correalität ist die Einheit des Delicts in Verbindung mit der Einheit des für Alle vorhandenen Eigentums (§. 169<sup>a</sup> Note 6). L. 1 §. 14 D. si quadrupes 9. 1, l. 8 D. de nox. act. 9. 4, l. 71. 8 l. 20 pr. D. de interr. 11. 1. Vgl. noch l. 11 §. 9 l. 27 §. 8 D. de pec. 15 l. Ribbentrop §. 26, Brinz S. 14—18, Bangerow S. 75, Baron S. 272—274.

<sup>8</sup> Das römische Recht kennt noch einen andern Fall einer auf gesetzlicher Bestimmung beruhenden Correalität, wenn nämlich zwei argentarii zusammen ihr Gewerbe betrieben; jedoch war diese Correalität, wenigstens was ihre active Seite angeht, eine sehr unausgebildete. Vgl. Auct. ad Her. II 13, l. 27 pr. D. de pact. 2. 14. Savigny S. 160—153; Köstler Zeitsch. f. Handelsr. IV. S. 269—275. — S. ferner l. 44 §. 1 D. de aed. ed. 21. 1. Gehört hierher auch l. 31 §. 10 cod. Vgl. Ribbentrop S. 158 fg. — Vgl. §§. Art. 112: „Die Gesellschafter haften für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen. Ein entgegenstehender Vertrag ist gegen Dritte ohne rechtliche Wirkung“.

<sup>1</sup> Gewöhnlich lehrt man, daß das bloß solidarische Rechtsverhältnis auf der Gläubigersseite nicht vorkommen könne. Das ist gewiß zu weit gegangen, obgleich es ebenso wahr ist, daß die Hauptanwendung dieses Rechtsverhältnisses auf der Schuldnersseite liegt. Einen sichern Fall bloß solidarischer Berechtigung einer Mehrzahl von Gläubigern enthält l. 14 pr. D. de nox. act. 9. 4 (— „ei itaque debetur, non qui prior agit, sed qui prior ad sententiam pervenit“). Vgl. auch Puchta §. 233. l.

einmalige Leistung alle Gläubiger beseitigt, und alle Schuldner frei<sup>2</sup>: aber für jeden Gläubiger und jeden Schuldner findet ein besonderes Forderungsrecht Statt. Die Folge davon ist die, daß eine Aufhebungsthatfache, welche in der Person eines Gläubigers oder Schuldners eintritt, sofern sie nicht Erfüllung ist oder der Erfüllung gleichsteht, für die übrigen Gläubiger und Schuldner gleichgültig ist<sup>3</sup>. Hiernach<sup>2a</sup> haben außer der Erfüllung objective Wirkung nur: Leistung an Erfüllungsstätt<sup>4</sup>, gerichtliche Hinterlegung<sup>4</sup>, durchgeführte Compensation<sup>4</sup>, Novation<sup>5</sup>, Quittung<sup>6</sup>. Auch darin unterscheidet sich das bloß solidarische Rechtsverhältnis von der Correalobligation, daß bei demselben die Möglichkeit der Concentration auf die Person eines Gläu-

<sup>2</sup> L. 14 §. 15 D. quod met. causa 4. 2, l. 1 §. 43 D. dep. 16. 3. u. a. m.

<sup>3</sup> Und so war nach römischem Recht namentlich die litis contestatio für die übrigen Gläubiger und Schuldner gleichgültig. L. 1 §. 10 l. 2 l. 3 l. 4. D. de his qui off. 9. 3, l. 1 §. 48 D. dep. 16. 3, l. 18 §. 1 D. de adm. 26. 7. u. a. m. Ribbentrop S. 1 Note 2. Hiervon ging Ribbentrop aus, als er dem Gegensatz zwischen der Correal- und bloß solidarischen Obligation denjenigen Ausdruck gab, welcher jetzt noch immer von der Mehrzahl der Schriftsteller als der richtige anerkannt wird.

<sup>2a</sup> Vgl. hierzu noch Römer bedingte Novation §. 23 in Verbindung mit §. 20—22.

<sup>4</sup> Vgl. §. 295 Note 1. An Beweisstellen fehlt es auch hier.

<sup>5</sup> Nach der in §. 295 Note 3 und §. 353 Note 3 entwickelten Bedeutung der Novation. Damit die Novation diese Wirkung habe, ist nicht notwendig, daß die neue Obligation an Werth der eingetauschten gleich sei, aber wohl, daß der Gläubiger sie als Äquivalent für die verlorene angesehen habe. Sonst liegt theilweiser Erlaß vor. Fitting §. 9, namentlich S. 56; vgl. übrigens auch Ribbentrop S. 271, Savigny S. 202 (S. 176), Bangerow S. 109.

<sup>6</sup> Insofern sie der römischen acceptilatio entspricht (§. 357 Note 15). Die acceptilatio aber ist Erklärung des Willens, daß Alles so gehalten werden solle, als wäre Erfüllung erfolgt (§. 357 Note 5). Sie ist vertragsmäßige Erklärung dieses Willens; — aber bei der Correalobligation wirkt sie unbeschränkt über die Person des andern Vertragssubjectes hinaus: warum sollte es hier anders sein? So auch — im Widerspruch mit der herrschenden Meinung — Fitting §. 8 nam. S. 48, vgl. §. 295 Note 4 a. G. Aber nicht dasselbe, wie von der Quittung (acceptilatio), darf von dem in die Form eines Empfangsbekenntnisses nicht eingeleiteten Erlaß gesagt werden. So auch l. 15 D. de tutelae 27. 3, l. 1 C. de transact. 2. 4. Nur wenn Jemand für den von einem Andern angerichteten Schaden erst in zweiter Linie haftet, kommt ihm der Jenem gewährte Erlaß gleichfalls zu Gute. L. 41. 45 D. de admin. 26. 7. — Ueber l. 28 §. 2 D. de iurei. 12. 2 f. §. 295 Note 6.



bigers wegfällt<sup>7</sup>. Im Uebrigen gelten die gleichen Grundsätze, und namentlich kommt es auch hier vor, daß der Gläubiger nicht von jedem der mehreren Schuldner sofort das Ganze fordern kann, sondern zuerst an Einen oder an Alle zu ihrem Theil sich halten muß, — Rechtswohlthat der Vorausklage und der Theilung<sup>8</sup>. Die eine und die andere Rechtswohlthat kommt demjenigen zu Gute, welcher wegen Verschuldung mit einem Andern zusammen auf Ersatz eines Schadens haftet: die erste, wenn der Andere an dem angerichteten Schaden in erster Linie Schuld ist<sup>9</sup>, die zweite, wenn der Andere sich mit ihm in gleicher Verschuldung befindet<sup>10</sup>. Um so mehr muß die Rechtswohlthat der Theilung demjenigen zugestanden werden, welche zusammen aus fremder Verschuldung haften<sup>11</sup>. So weit die Rechtswohlthat der Vorausklage und der Theilung reicht, ist auch für denjenigen, welcher mehr leistet, als er eigentlich zu leisten braucht, ein Rückgriff gegen den Mitschuldner<sup>12</sup>, sowie ein Anspruch gegen den

<sup>7</sup> Diese Wirkung kann weder durch *litis contestatio* erreicht werden (l. 14 pr. D. de nox. act. 9. 4), noch durch *constitutum*.

<sup>8</sup> S. §. 293 Note 5. 6.

<sup>9</sup> Anerkannt a) bei Mitvormündern: l. 3 §. 2 l. 39 §. 11 l. 55 §. 2 D. de admn. tut. 26. 7, l. 12 D. rem pup. 46. 6, l. 8 C. de adm. tut. 5. 37, l. 2 §. 3 C. de dir. tut. 5. 52, l. 2 C. de her. tut. 5. 54, l. 1 C. si tut. vel cur. 5. 64; b) bei Mitbeamten: l. 11—13 D. ad mun. 50. 1, l. 3 pr. l. 9 §. 8 D. de adm. rar. 50. 8, l. 1. 2. 4 C. quo quisque ord. 11. 35. In diesen Vorschriften nicht den Ausdruck eines allgemeinen Principes anzuerkennen, halte ich, namentlich auch dem weiten Umfang gegenüber, in welchem die Rechtswohlthat der Theilung und der Regress bei gleicher Lage der Parteien anerkannt sind (l. 22 D. dep. 16. 3, l. 4 D. de his qui off. 9. 3), nicht für gerechtfertigt.

<sup>10</sup> Anerkannt a) bei Mitvormündern: l. 38 pr. §. 1 D. de adm. tut. 26. 7, l. 1 §. 11. 12 D. de tutelae 27. 3; b) bei Mitbeamten: l. 45 D. de adm. tut. 26. 7, l. 7 D. de mag. conv. 27. 8, l. 3 C. eod. 5. 75; c) bei mehreren Depositarern (Erben eines Depositarers): l. 22 D. dep. 16. 3; d) bei mehreren Zollpächtern, welche aus Entweihung oder Beschädigung haften, l. 6 D. de public. 39. 4. In den beiden letzten Fällen wird die Rechtswohlthat der Theilung sogar für den Fall eines gemeinschaftlichen Dolus zugestanden; anders entscheidet für Mitbeamte l. 7 cit. — Ueber die auf Nov. 99 o. 1 geäußerte Meinung, nach welcher alle vertragsmäßigen Solidarschuldner die Rechtswohlthat der Theilung haben sollen, s. §. 293 Note 10, Bangerow S. 91.

<sup>11</sup> Vgl. l. 5 D. de his qui off. 9. 3.

<sup>12</sup> l. 30 D. de neg. gest. 3. 5, l. 1 §. 13. 14 D. de tutelae 27. 3, l. 2

Gläubiger, welchen er befriedigt, auf Abtretung der diesem zustehenden Forderung begründet<sup>14</sup>.

Die Entstehung des bloß solidarischen Rechtsverhältnisses<sup>15a</sup> setzt einerseits eine Mehrheit von Thatsachen voraus, auf der andern Seite, daß die durch diese mehreren Thatsachen begründeten mehreren Forderungsrechte sämmtlich auf denselben Zweck gerichtet sind, so daß, wenn das eine Forderungsrecht erfüllt ist, das andere gegenstandslos geworden ist<sup>14</sup>. Der Hauptfall des bloß solidarischen Rechtsverhältnisses ist der, wo Mehrere auf Ersatz eines und desselben Schadens haften, aus unerlaubtem Verhalten<sup>15</sup>, oder Ver-

C. de contr. ind. tut. 5. 58, l. 2 §. 8. 9 D. de adm. rar. 50. 8, l. 4 D. de his qui off. 9. 3. Den Fall der Böswilligkeit schließt (bei Mitvormündern) ausdrücklich aus l. 1 §. 14 cit. Vgl. Schmid Cession S. 359—369.

<sup>13</sup> L. 1 §. 13. 14. 18 l. 21 D. de tutelae 27. 3, l. 6 C. arb. tut. 5. 51. l. 2 C. de dir. tut. 5. 52, l. 2 C. de contr. ind. tut. 5. 58. Den Fall der Böswilligkeit schließen ausdrücklich aus (bei Mitvormündern) l. 1 §. 14 cit., l. 38 §. 2 D. de adm. tut. 26. 7.

<sup>15a</sup> Ueber die verschiedenen Ansichten s. die Uebersicht bei Samhaber §. 16; dazu jetzt Baron §. 16. 17.

<sup>14</sup> Der nahe liegende und bequeme Ausdruck: die mehreren Forderungsrechte müssen auf dieselbe Leistung gerichtet sein (vgl. §. 293 Note 3 a. G.), gibt über die Beziehung, in welcher die mehreren Forderungsrechte zu einander stehen müssen, keinen genügenden Aufschluß. Ist dieselbe Leistung vorhanden, wenn kraft des einen und des anderen Forderungsrechtes 100 Gulden gefordert werden können? Gewiß nicht. Oder wenn zwei Forderungsrechte auf Verschaffung des Eigenthums an einer individuell bestimmten Sache gehen? Ebensovienig (§. 360 Nr. 3). Wann dann? Vgl. auch §. 121 Note 10.

<sup>15</sup> Es macht dabei keinen Unterschied, ob dieses unerlaubte Verhalten unter dem Gesichtspunkt eines Delictis, oder unter dem Gesichtspunkt einer concreten Rechtspflicht zur rechtlichen Betrachtung kommt. Ueber den ersten Fall s. l. 1 §. 4 D. de eo per quem fact. erit 2. 10, l. 14 §. 15 l. 15 D. quod. met. causa 4. 2, l. 17 pr. D. de dolo 4. 3, l. 5 D. de nox. act. 9. 4, l. 3 pr. D. si mors. 11. 6, l. 7 §. 4 l. 8 D. quod falso tut. 27. 6, l. 1 §. 13 D. de vi 43. 16, l. 1 §. 1 de cond. furt. 4. 8 (Nöbbehtrop §. 14. 15); über den zweiten Fall l. 5 §. 15 D. comm. 13. 6, l. 1 §. 43 l. 22 D. dep. 16. 3, l. 15 D. de tutelae 27. 3 (l. 18 §. 1 D. de adm. tut. 26. 7), vgl. Nöbbehtrop §. 9. 10. 19. — In dem Befagten bemerke man noch: a) eine unerlaubte Handlung, welche Mehrere gemeinschaftlich vornehmen, ist eine unerlaubte Handlung für Jeden; nur scheinbar liegt hier Einheit der Handlung vor. Vgl. l. 1 §. 14 D. de tutelae 27. 3. „Plano si ex dolo communi conventus praestitorit tutor, neque mandandas sunt actiones, neque utilis competit, quia proprii delicti poenam subit . . .“ Ebenso l. 15 eod. (s. unten). Wird in

Windschreib, Panbellen. II. Band.



trag<sup>16</sup>, oder aus sonstigem Grunde<sup>17</sup>; aber es ist nicht der einzige Fall<sup>18</sup>.

### 3. Mehrheit der Gläubiger oder Schuldner bei Untheilbarkeit der Leistung\*.

#### §. 299.

Wenn Mehrere zusammen eine untheilbare Leistung zu for-

1. 15 §. 2 D. quod vi 48. 24 ausnahmsweise die Einheit der Handlung betont und bewegten Correalschuld für die mehreren Delinquenten angenommen, oder ist die Stelle anders zu erklären? Vgl. Ribbentrop S. 95 fg., Schmidt Interdiktenverfahren S. 200 fg., f. auch noch Baron S. 219—221.  
b) Wenn eine und dieselbe Sache bei Mehreren deponirt, oder Mehreren gegeben wird, oder wenn Mehrere ein Auftrag gegeben wird (vgl. noch 1. 60 §. 2 D. mand. 17. 1), oder Mehrere aus einem andern Grunde zur Bejorgung fremder Angelegenheiten verpflichtet sind, so liegt zunächst eine untheilbare Obligation vor. Die Folge dieser Untheilbarkeit ist, daß Jeder für seine Verschuldung in Betreff des Ganzen, nicht bloß in Betreff eines Theils einzustehen hat. Kößt er sich eine Verschuldung zu Schulden kommen, so nimmt dadurch seine Verpflichtung für ihn eine neue Gestalt an. Lassen sich mehrere Verpflichtete eine Verschuldung zu Schulden kommen, so sind sie auch dieser Solidar-schuldner. Dieß ist entschieden die Auffassung der Quellen. L. 5 §. 15 D. comm. 13. 6: — „sed esse verius ait, et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere“. L. 1 §. 14 D. de tutelae 27. 3 (f. ob.). L. 16 D. eod. „Si ex duobus tutoribus cum altero quis transgessisset, quamvis ob dolum communem, transactio nihil prodicit alteri; nec immerito, cum unusquisque doli sui poenam sufferat, . . . ut in duobus, quidvis res commo-data est, vel deposita, quibusque mandatum est.“ S. ferner l. 81 §. 1 D. de sol. 46. 3 (— „sed etsi sine Praetore sine dolo malo hoc fecero, liberabor, aut, quod verius est, non incidam in obligationem“) und l. 21 §. 1 D. dep. 16. 3 (l. 1 C. an serr. 4. 14). Baron S. 208.

<sup>16</sup> L. 21 l. 59 §. 3 D. mand. 17. 1, l. 52 §. 3 D. de fidei. 46. 1, l. 5 §. 1 i. f. D. quod iussum 15. 4.

<sup>17</sup> So haften mehrere Bewohner desselben Gemaches mit der actio de offusis et iniectis solidarisch. L. 1 §. 10 — l. 4 D. de his qui off. 9. 3. Warum sind sie nicht Correalschuldner, wie die mehreren Eigenthümer eines delinquirenden Sklaven oder schädenden Thieres? Wenn Mehrere zusammen wohnen, so ist das Wohnen des Einen nicht das Wohnen des Andern; aber wenn Mehrere zusammen Eigenthümer sind, so ist allerdings das Eigenthum des Einen das Eigenthum des Andern (§. 169\*).

<sup>18</sup> Namentlich entsteht eine bloß solidarische Verpflichtung noch dadurch, daß Jemand die Verpflichtung eines Andern (nicht übernimmt, sondern) zu erfüllen verspricht. L. 18. §. 3 D. de pec. const. 13. 5, vgl. l. 97 §. 1 D. de V. O. 45. 1.

bern haben oder eine untheilbare Leistung schuldig sind, so tritt zwar nach der Vorschrift des römischen Rechts ebenfalls Solidarität der Berechtigung und Verpflichtung ein<sup>1</sup>; aber diese Solidarität hat ihre Besonderheiten<sup>2</sup>. Einmal ist dieselbe unbedingt nur eine formale; der Gläubiger, welcher die Leistung eingezogen hat, muß seine Mitgläubiger unbedingt für ihren Antheil entschädigen, und ebenso unbedingt kann der Schuldner, welcher geleistet hat, von seinen Mitschuldnern Ersatz für ihren Antheil verlangen<sup>3</sup>. Sodann aber wird die Solidarität auch in formaler Beziehung nicht streng durchgeführt; abgebrochen wird von derselben in dem Falle, wo eine Mehrheit von Gläubigern vorhanden ist. Ist nämlich in diesem Falle die Leistung nicht von der Art, daß durch die dem einen der mehreren Gläubiger gemachte Leistung eine

\* Die Literatur dieser Lehre ist bei §. 253 angegeben.

<sup>1</sup> L. 2 §. 2 l. 85 §. 2 D. de V. O. 45. 1, l. 17 D. de serv. 8. 1, l. 19 §. 299. D. de S. P. R. 8. 3, l. 25 §. 9—11 D. fam. herc. 10. 2, l. 11 §. 23. 24 de leg. 110 32, l. 80 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 192 pr. D. de R. I. 50. 17.

<sup>2</sup> Diese Solidarität, — d. h. diejenige Solidarität, welche bloß deswegen eintritt, weil die Leistung untheilbar ist. Es kann bei Untheilbarkeit der Leistung auch einer der andern möglichen Gründe der Solidarität vorhanden sein. In diesem Falle gelten die im Vorhergehenden dargestellten Grundsätze.

<sup>3</sup> Die Quellen erkennen dieses Rückgriffsrecht direct nur für Mitschuldner an, und nur für solche Mitschuldner, welche es durch Erbgang geworden sind. — l. 25 §. 10 l. 44 §. 8 D. fam. herc. 10. 2, l. 49 §. 4 D. de leg. 110 31, l. 11 §. 23. 24 D. de leg. 110 32, l. 2 §. 2 D. de V. O. 45. 1. Allein es ist unzweifelhaft, daß es auch andern Mitschuldnern, und ebenso ungewissermaßen, daß es auch Mitgläubigern zu Gute kommen muß. Wenn es in einem gegebenen Falle auch durch kein anderes zu Grunde liegendes Rechtsverhältniß, wie z. B. Auftrag oder Gesellschaft (actio mandati, pro socio vgl. z. B. l. 52 §. 12 D. pro soc. 17. 2)) gerechtfertigt wird, so kann es doch jedenfalls darauf gestützt werden, daß man aufgewendet habe, was materiell theilweise dem Mitschuldner zur Last falle, daß der Mitgläubiger eingezogen habe, was materiell theilweise aus gebühre (actio negotiorum gestororum, condictio sine causa; daß bei der ersteren die ausschließliche formale Beziehung der Aufwendung und Einziehung auf den Aufwendenden und Einziehenden kein Hinderniß macht, dafür l. 81 §. 7 D. de neg. gest. 3. 5, l. 19 §. 2 D. comm. dir. 10. 3, f. überhaupt §. 431 Note 12). Vgl. A. Brinmann Verhältniß der actio communi dividendo und der actio negotiorum gestororum S. 108 fg. S. 151, Uebelschke in der bei §. 253 angeführten Schrift S. 261 S. 270—274.

Befriedigung auch der übrigen herbeigeführt wird\*, so braucht der Schuldner einem der Gläubiger allein nur zu leisten, wenn ihm Sicherheit gegen die Ansprüche der übrigen gegeben wird<sup>5</sup>, und kommt es dazu, daß von dem Schuldner statt der Naturalerfüllung eine Geldleistung erlangt wird, so erhält jeder Gläubiger nur seinen Antheil an derselben<sup>6</sup>. Dagegen tritt die gleiche Behandlung im Falle einer Mehrheit der Schuldner nicht ein; hier muß jeder Schuldner das Ganze leisten auch ohne Sicherheit, und auch dann, wenn an die Stelle der eigentlich verschuldeten Leistung ein Geldäquivalent tritt<sup>1</sup>. — Aus der Verschuldung

<sup>4</sup> Beispiele: mehrere Mitteigentümer sind berechtigt, die Herstellung eines Werkes zu fordern, durch welches ihr Grundstück vor Wassergefahr geschützt werden soll; Mehrere sind berechtigt, die Herausgabe einer hinterlegten Sache zu fordern. Die Herstellung des Werkes kommt allen Forderungsberechtigten zu Gute, wenn sie auch nur von Einem eingetrieben worden ist (L. 11 §. 1 D. de aqua et aqua 39. 3); die Leistung an einen Deponenten kommt aber nicht auch den andern Deponenten zu Gute.

<sup>5</sup> L. 1 §. 36 l. 14 pr. D. dep. 16. 3. Vgl. l. 54 §. 1 i. f. D. de V. O. 45. 1. Möglicherweise bedarf aber der Schuldner einer Sicherheit nicht, indem er allen Gläubigern gegenüber frei wird, auch ohne daß in der Erfüllung an den Einem eine Befriedigung Aller liegt. L. 81 §. 1 D. de solut. 46. 3. Ubbelohde a. a. O. S. 233—235. Senff. Arch. XV. 73: f. aber auch das. VII. 27.

<sup>6</sup> Er kann nicht Mehr verlangen, als sein Interesse beträgt. Nach dem classischen römischen Rechte trat der bezeichnete Fall schon ein, sobald es zur Condemnation kam. Daher l. 25 §. 9 D. fam. herc. 10. 2 (vgl. l. 4 §. 3 D. si serr. 8. 5), l. 1 §. 31. 44 l. 17 pr. D. dep. 16. 3. Im heutigen Rechte tritt er nur ein bei der Execution, oder wenn die Leistung unmöglich geworden ist. Von dem letzteren Falle handelt l. 8 pr. D. de op. lib. 38. 1, vgl. l. 54 §. 1 D. de V. O. 45. 1 (Ubbelohde S. 72. 73).

<sup>7</sup> Der Gläubiger bei der ungetheilten Obligation kann nicht Mehr verlangen, als sein Interesse, aber sein Interesse kann er auch ganz verlangen. Doch ist die herrschende Meinung mit dem im Texte aufgestellten Satz nicht einverstanden. Die herrschende Meinung geht davon aus, daß nach römischem Rechte die Geldcondemnation jeden der mehreren Schuldner in gleicher Weise nur auf seinen Theil getroffen habe, wie jeder der mehreren Gläubiger Verurtheilung nur auf seinen Theil erlangt habe. Diese Theilung wird dann vielfach auch für das heutige Recht, entweder (wenigstens was die Executionsgesetze angeht) direct festgehalten, oder es wird daraus für das heutige Recht eine Befugniß des Schuldners hergeleitet, zu verlangen, daß er nur in Gemeinschaft mit den andern Schuldnern verurtheilt werde (f. g. exceptio plurium

des Mitschuldners kann kein Schuldner in Anspruch genommen

litis consortium). Vgl. über die verschiedenen Ansichten Baugeron §. 567 Anm. 2. I Nr. 2 a. G. 6. Aufl. und die früheren, Sinteris II §. 84 Note 27, Ribbentrop S. 184, Wegell Civilproq. §. 63 von Note 39 an, Arndts §. 216 Anm., Ubbelohde S. 281—284. Gegen die herrschende Meinung in ihrem ganzen Umfang hat sich nur Savigny a. a. O. (§. 34) erklärt; Ubbelohde bestreitet sie in Betreff positiver Leistungen (a. a. O. S. 76—95 S. 251—256), tritt ihr bei in Betreff negativer (S. 105 Note 1\*), und dieser Meinung hat sich auch Arndts in der neuesten Auflage §. 216 Anm. 2 angeschlossen. Man bemerke über diese Frage Folgendes. a) Es ist anerkannt, daß aus der Obligation auf Befriedigung einer untheilbaren Dienstbarkeit jeder der mehreren Schuldner nach römischem Rechte auf das Ganze verurtheilt wurde, l. 25 §. 10 D. fam. herc. 10. 2, l. 2 §. 2 D. de V. O. 45. 1. Die herrschende Meinung hat nicht vermocht, einen genügenden Grund dafür anzugeben, weshalb es bei Obligationen auf andere untheilbare Leistungen anders gehalten worden wäre (f. darüber Ubbelohde S. 77—82; der neueste Versuch bei Baron Gesamtschuldverhältnisse S. 215 fg.). b) Ein Beweis gegen die herrschende Meinung liegt auch in l. 21 §. 5 D. de O. N. N. 39. 1 (Ubbelohde S. 103). c) Dieselbe beruft sich aber auf l. 72 pr. D. de V. O. 45. 1. Allein wenigstens Savigny's Annahme, daß in dieser Stelle nur eine historische Notiz referirt werde, überaus unthunlich ist, so erscheint doch Ubbelohde's Erklärung vollkommen annehmbar; nach derselben ist die Stelle von dem Falle zu verstehen, wo bereits bei Lebzeiten des ursprünglichen Schuldners durch dessen Schuld eine Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist, und dadurch seine Schuld in eine, in gewöhnlicher Weise zwischen seinen Erben theilbare, Verpflichtung verwandelt worden ist (l. 7 §. 1 i. 9 dep. 16. 3, l. 3 §. 3 in Verbindung mit l. 17 §. 2 D. comm. 13. 6). d) Ueber l. 11 §. 3 l. 6 §. 1 D. de aqua et aqua 39. 3 f. Ubbelohde §. 22. L. 49 §. 4 D. de leg. III<sup>o</sup> 32 gewährt der herrschenden Meinung anerkanntermaßen eine sehr beachtliche Stütze (Prinz; au dem bei §. 253 citirten Orte S. 46). e) Was speziell die Verpflichtung zu einem untheilbaren Nichtthun angeht, so beruft sich Ubbelohde a. a. O. darauf, daß es hier von den mehreren Schuldnern nicht, wie bei der Verpflichtung auf ein untheilbares Thun, heiße: singuli in solidum tenentur, sondern omnes tenentur u. dgl. Aber l. 2 §. 2 D. de V. O. 45. 1 sagt ganz allgemein: — „si divisionem res promissa non recipit, . . heredes promissoris singuli in solidum tenentur“, und die Erwähnung der Begegerichtigkeit wird dabei nur beispielesweise (valuti) hinzugefügt. S. auch l. 192 pr. D. de R. I. 50. 17. Ubbelohde macht ferner geltend, daß aus der Obligation auf Nichtthun nicht eher geklagt werden könne, bis sie sich durch ihre Verletzung in eine Geldobligation verwandelt habe. Gewiß; aber warum soll hier denn etwas Anderes gelten, als wenn eine Obligation auf Thun sich durch die Schuld des einen der Schuldner in eine Geldobligation verwandelt hat?

werden<sup>9</sup>, es müßte denn eine solche weitergehende Verhaftung besonders begründet sein<sup>9</sup>.

Was die Frage angeht, in wiefern die hier nicht erwähnten Aufhebungsfälle von Obligationen, wenn sie in der Person eines Gläubigers und Schuldners eintreten, für den Mitgläubiger und den Mitschuldner Wirkung haben, so ist von dem Principe auszugehen, daß die Verfügungen eines Mitgläubigers den Mitgläubigern keinen Eintrag thun können<sup>10</sup>; daß dagegen die Verfügungen eines Mitschuldners nach denselben Grundsätzen, wie bei der eigentlichen Correalobligation, auch den Mitschuldnern zu

<sup>9</sup> Ist die Leistung durch die Verschuldung eines Mitschuldners unmöglich geworden, so sind die andern Mitschuldner frei, und nur der eine schuldige läßt fort zu haften. L. 10 D. dep. 16. 3; vgl. l. 1 §. 43 eod., l. 5 §. 15 D. comm. 18. 5. Ueber l. 7 §. 1 D. eod. s. Ribbentrop S. 130 Note 12. Ist der Inhalt der Leistung ein Nichtthun, so haftet jeder Schuldner nur für sein eigenes Thun, nicht für das des Mitschuldners.

<sup>10</sup> Dieß ist z. B. der Fall, wenn Jemand eine Verpflichtung zum Nichtthun „für sich und seine Erben“ übernimmt. Jeder seiner mehreren Erben haftet dafür, daß „durch die Erben“ die betreffende Handlung nicht vorgenommen werde, also auch wegen des Thuns der Andern, vorbehaltlich jedoch seines Rücktritts gegen dieselben. Hiervon handeln l. 2 §. 5 l. 131 pr. D. de V. O. 46. 1, l. 25 §. 12 l. 44 §. 5 D. fam. her. 10. 2, vgl. l. 4 §. 1 l. 86 §. 3 D. de V. O. 45. 1. In gleicher Weise kann Jemand auch die Verpflichtung zu einem Thun für sich und seine Erben begründen. Und ebenso können sich mehrere Personen gleich von Anfang an zu einem Thun oder Nichtthun in dem bezeichneten Sinne verbindlich machen. Aber ohne eine besondere Begründung tritt die Verhaftung des einen Schuldners für die Pflichtwidrigkeit des andern nie ein. Gewöhnlich wird dieß verkannt, oder nicht besonders hervorgehoben. Auch Ubbelohde sieht jene Verhaftung für die Schuld des Mitschuldners wenigstens bei der durch Erbgang vermittelten Mehrheit der Schuldner und bei obligationes stricti iudicii als das Selbstverständliche an. A. a. O. S. 73 S. 108, vgl. S. 222 S. 236. — Es läßt sich die Frage aufwerfen, ob nicht auch bei Mehrheit der Gläubiger das Forderungrecht den Inhalt haben könne, daß einem jeden Gläubiger das Recht zustehe soll, Vermeidung der Pflichtwidrigkeit auch gegen den Mitgläubiger zu verlangen. Gewiß, — insofern der Gläubiger ein Interesse daran hat, daß die Pflichtwidrigkeit auch gegen den Mitgläubiger vermieden werde. L. 2 §. 6 l. 3 D. de V. O. 45. 1.

<sup>10</sup> Dieß folgt daraus, daß ein Mitgläubiger den übrigen Mitgläubigern auch durch Annahme der Leistung ihr Forderungrecht nicht zu entziehen im Stande ist.

Gute kommen<sup>11</sup>. In Folge des zuerst genannten Satzes fällt hier auch für den Gläubiger die Möglichkeit weg, das Forderungsrecht auf seine Person ausschließlich zu concentriren<sup>12</sup>.

## §. 300.

Nachträglich zu dem über die untheilbaren Obligationen Gesagten ist noch Folgendes zu bemerken.

1) Der Sinn, in welchem eine Mehrheit von Schuldnern eine untheilbare Leistung übernimmt, kann möglicherweise auch der sein, daß Jeder sich nur zu einer Mitwirkung bestimmter Art anheischig macht; dann haftet er auch nur für diese Mitwirkung, nicht für die ganze Leistung<sup>1</sup>.

2) Ist der Inhalt der Leistung ein Nichtthun, so theilt sie sich zwischen den mehreren Schuldnern selbst dann nicht, wenn sie an und für sich theilbar ist, d. h. der zu bewirkende Erfolg in Bruchtheilen dargestellt werden kann<sup>2</sup>. Von einer Theilung der Leistung kann hier nur unter der Voraussetzung die Rede sein, daß das Können, ohne welches das nicht zu Thunende nicht gethan werden kann, unter die mehreren Schuldner, und zwar definitiv, vertheilt ist<sup>3</sup>.

## Anhang.

## §. 301.

Eine Mehrheit der Forderungsrechte bei einmaliger Leistungspflicht (§. 298) kann auch stattfinden, ohne daß die Obligationssubjecte verschieden sind; derselbe Schuldner ist demselben Gläubiger, was er ihm schuldig ist, aus mehreren Forderungsrechten schuldig.

<sup>11</sup> Wenn die Solidarität in der That nur in Folge der Untheilbarkeit der Leistung eintritt, so ist auch Einheit der Forderung vorhanden. Vgl. Ubbelohde S. 265 fg. Senff. Arch. XV. 112.

<sup>12</sup> Vgl. Ubbelohde S. 261 unten.

<sup>1</sup> Ubbelohde S. 293—240 S. 243—250.

<sup>2</sup> Der Grund ist ein sehr einfacher: zweimaliges Thun je zu  $\frac{1}{2}$  macht ein ganzes Thun aus, aber zweimaliges Nichtthun je zu  $\frac{1}{2}$  ist weit davon entfernt, ein ganzes Nichtthun auszumachen.

<sup>3</sup> Ubbelohde S. 106 fg. Das Gesagte trifft zu bei dem in l. 4 §. 1 D. de V. O. 45. 1 genannten Fall, wo Jemand, der versprochen hat: amplius non agi, mehrere Erben hinterläßt. Vgl. über diese vielbesprochene Stelle (§. Cato) Ubbelohde S. 129 fg. und Bel. II.

Dieses Verhältniß kann seinen Grund darin haben, daß der Schuldner dem Gläubiger die Erfüllung seiner Verbindlichkeit noch besonders verspricht<sup>1</sup>; oder darin, daß er wiederholt verspricht, was er ihm schuldig ist<sup>2</sup>; oder darin, daß ein Solidar-schuldner den andern beerbt. Eine besondere Betrachtung macht dieses Verhältniß nur insofern nöthig, als auch hier gefragt werden muß, in wiefern eine Aufhebungsthatfache, welche das eine Forderungsrecht betrifft, ihre Wirkung auf das andere erstreckt<sup>3</sup>. Die Antwort auf diese Frage ist aber die gleiche, wie bei dem bloßen Solidarverhältniß, nämlich, daß allein die Erfüllung<sup>4</sup> des einen Forderungsrechtes, und was der Erfüllung gleichsteht<sup>5</sup>, auch das andere tilgt<sup>6</sup>. Nur ist in einem gegebenen Falle wohl zuzusehen, ob in der That die vorliegende Aufhebungsthatfache bloß Ein Forderungsrecht, und nicht vielmehr die sämtlichen zwischen dem Gläubiger und Schuldner bestehenden betroffen hat<sup>7</sup>.

## V. Entstehung des Forderungsrechtes.

### Einleitung.

#### §. 302.

Forderungsrechte entstehen, wie Rechte überhaupt (§. 68),

entweder durch Rechtsgeschäft, oder durch richterliche Willenserklärung, oder durch irgend eine andere Thatfache, an welche das Recht die Entstehung eines Forderungsrechtes anknüpft. Von den Rechtsgeschäften als Entstehungsgründen der Forderungsrechte ist im Folgenden näher zu handeln (§. 303 fg.). Der Richter begründet ein Forderungsrecht durch das verurtheilende Erkenntniß: das Nähere darüber ist bereits vorgetragen worden (§. 127 fg.), oder gehört in die Prozeßlehre. Unter den anderen Thatfachen, an welche das Recht die Entstehung eines Forderungsrechtes anknüpft, sind hervorzuheben die Vergehen (Delicte); auch von ihnen ist unten näher zu handeln (§. 326). Eine Orientirung unter den Entstehungsgründen von Forderungsrechten, welche nicht Rechtsgeschäfte und nicht Vergehen sind, gewährt die Betrachtung, daß diese anderen Entstehungsgründe entweder mehr nach der Seite der Rechtsgeschäfte, oder mehr nach der Seite der Vergehen hin liegen<sup>1, 2</sup>.

### A. Rechtsgeschäfte.

#### §. 303.

Für die Rechtsgeschäfte als Entstehungsgründe von Forderungsrechten gelten zunächst die gleichen Grundsätze, welche oben

<sup>1</sup> Erfüllungsversprechen, *constitutum debiti*. S. §. 234.

<sup>2</sup> Die Obligation, welche begründet wird, hat zum Inhalt nicht die Erfüllung einer andern, sondern sie hat nur den gleichen Inhalt, wie eine andere, mit der Aufgabe jedoch, daß nach der Absicht der Parteien die Erfüllung der einen auch die Erfüllung der andern sein soll (l. 18 D. de V. O. 45. 1), — f. g. accessorische Stipulation. L. 2 l. 9 pr. l. 16 l. 28 D. de nov. 46. 2, l. 38 §. 2 D. de solut. 46. 3, l. 3 D. de resc. vend. 18. 5. Vgl. Anerkennung §. 13, Liebe Stipulation §. 14, Sineist formelle Verträge S. 138 fg. S. 145 fg.

<sup>3</sup> S. Hierüber namentlich Röm. bedingte Novation S. 231—310 (vgl. §. 355 Note 17).

<sup>4</sup> L. 18 §. 3 D. de pec. const. 13. 5, l. 38 §. 2 D. de sol. 46. 3.

<sup>5</sup> Leistung an Erfüllungsgattung, gerichtliche Hinterlegung, durchgeführte Compensatio, Novation, Quittung.

<sup>6</sup> Vgl. l. 18 §. 1. D. de pec. const. 13. 5, l. 28 D. de nov. 46. 2 (S. 284 Note 4).

<sup>7</sup> So namentlich beim Erlaß, l. 3 D. de resc. vend. 18. 5, — beim Schiedsvertrag, l. 36 D. de iur. 12. 2.

<sup>1</sup> In diesem Sinne sagen unsere Quellen, indem sie an die Stelle der §. 302. Rechtsgeschäfte die Verträge setzen, daß die Obligationen „aut . . . ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio“ (§. 2 l. de obl. 3. 13, vgl. pr. l. de obl. quas quasi ex contr. 3. 27, pr. l. de obl. quas quasi ex delicto 4. 5). Die Obligationen quasi ex contractu und quasi ex maleficio oder delicto faßt eine andere Stelle (l. 1 pr. D. de O. et A. 44. 7) zusammen als Obligationen „ex variis causarum figuris“. Die Neueren sprechen von Quasi-Contracten und Quasi-Delicten.

<sup>2</sup> Begründung von Forderungsrechten durch Verjährung? Gewiß nicht nach römischem Recht (zu l. 1 C. de fidei. 6. 42 vgl. l. 16 §. 1 C. de test. 6. 23, über l. 6 pr. D. de usur. 22. 1. f. §. 259 Note 7). Unterholzner Verjährungslehre II §. 252, 253, S. Keller in Sell's Jahrb. III S. 184 fg. Aber nach heutigem Recht? Ueber die unordentliche Verjährung f. §. 119 Note 5. Auch die Erstung erkennen bei obligatorischen Rechtsverhältnissen juristischer Personen und dauernder Personenclassen an die Urtheile bei Senff. Arch. VII. 269 und XVI. 5; dagegen VII. 5. S. auch das. I. 317 und Brun's Besß S. 421—422 S. 481—483, Unterholzner Verjährungslehre II §. 254.

für die Rechtsgeschäfte überhaupt (I §. 69—100) entwickelt worden sind. Im Uebrigen ist auch hier zu unterscheiden zwischen einseitigen Rechtsgeschäften und zweiseitigen Rechtsgeschäften (Verträgen). Die einseitigen sind entweder lektwillige oder Rechtsgeschäfte unter Lebenden. Nur die letzteren gehören hierher; von den ersteren ist im Erbrecht zu handeln.

### 1. Einseitige Rechtsgeschäfte.

#### §. 304\*.

Die einseitige Erklärung des Willens, zu Gunsten eines Andern etwas leisten zu wollen, auch wenn sie in der Absicht, sich zu verpflichten, gemacht worden ist, erzeugt regelmäßig ein Forderungsrecht nicht, d. h. der Erklärende kann die abgegebene Willenserklärung wieder zurücknehmen<sup>1</sup>. Von dieser Regel gibt es aber Ausnahmen<sup>2</sup>.

1) Wenn Jemand Etwas zum gemeinen Besten einseitig verspricht, so erwächst daraus dem Staate oder der betreffenden Gemeinde ein Forderungsrecht, jedoch unbedingt nur dann, wenn das Versprechen eine rechtfertigende Veranlassung hat<sup>3</sup>. Liegt eine solche Veranlassung nicht vor, so haftet der Versprechende nur auf Vollendung des bereits Begonnenen<sup>4</sup>, und selbst die

\* Dig. 50. 12 de pollicitationibus. — Unterholzner II §. 575, Sententia II §. 276.

§. 304. <sup>1</sup> Eine nicht in dieser Absicht abgegebene Erklärung erzeugt ein Forderungsrecht nie und unter keinen Umständen. Die Erklärung muß nicht eine bloße Enunthiation enthalten, sondern eine Disposition; nicht die Bezeichnung eines Vorsatzes oder Entschlusses, sondern die Unterwerfung des Willens unter den Willen eines Andern.

<sup>2</sup> Vgl. übrigens §. 307 Nr. 1.

<sup>3</sup> Das römische Recht nennt das einseitige Versprechen pollicitatio. L. 3 pr. D. h. t. „Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum“. Jedoch wird dieser Ausdruck auch einerseits zur Bezeichnung der gar nicht in bindender Absicht abgegebenen Erklärung (Paul. S. R. V. 12 §. 9), andererseits zur Bezeichnung des formlosen, und sogar zur Bezeichnung des mit der gehörigen Form versehenen Vertrages gebraucht (I. 5 O de contr. stip. 8. 38, l. 43 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1).

<sup>4</sup> L. 1 §. 1. 5 l. 3 pr. 1 4 l. 6 §. 2 l. 7 l. 9 l. 13 pr. l. 14 D. h. t., l. 19 pr. D. de don. 39. 5.

<sup>5</sup> L. 1 §. 2—5 l. 3 pr. 1 5 (f. über diese Stelle Maretti Zeitschr. f.

Vollendung kann er im Falle der Verarmung mit dem fünften Theil seines Vermögens abkaufen<sup>6</sup>. Auch seine Erben haften unbedingt nur, wenn das Versprechen eine rechtfertigende Veranlassung hatte<sup>7</sup>; abgesehen von diesem Fall nur dann, wenn das versprochene Werk bei Lebzeiten des Erblassers bereits begonnen worden ist, und nur mit dem zehnten Theil des ererbten Vermögens<sup>8</sup>.

2) In gleicher Weise wird durch ein Gelübde, d. h. durch das Versprechen einer Leistung zu einem frommen Zwecke, ein Forderungsrecht für die betreffende Anstalt begründet<sup>9</sup>.

3) In viel umfassenderer Weise hat das moderne Recht die Möglichkeit der Begründung von Forderungsrechten durch einseitige Erklärung des Schuldners anerkannt, nämlich bei den Inhaberpapier- und Ordrepapierforderungen. Das Nähere darüber gehört nicht hierher<sup>10</sup>.

Civ. n. Nr. I S. 374 fg., Unterholzner a. a. O. Note g, Polzschuher III §. 235 Nr. 1) l. 8 D. h. t.

<sup>6</sup> L. 9 D. h. t.

<sup>7</sup> L. 6 pr. §. 1 l. 9 l. 11 l. 14 D. h. t. In diesen Stellen ist zwar nur von Versprechen „ob honorem“ (ein Mal — l. 11 cit. — wird hinzugefügt, „vel sacerdotium“) die Rede; aber es ist nicht zu lähnen, dieß in der Weise, wie im Texte gesehen, auszudehnen. Auch in Betreff der eigenen Verhaftung des Versprechenden wird der honor vorzugsweise, und nicht selten allein (f. l. 3 pr. l. 6 §. 2 l. 9 l. 13 pr. l. 19 h. t.) hervorgehoben.

<sup>8</sup> L. 9 l. 14 l. 15 D. h. t. L. 9 und l. 14 cit. widersprechen sich dem Wortlaut nach insofern, als die letzte Stelle die Fünftel- bez. Zehntel-Beschränkung schlichthin ausspricht, die erste nur mit dem Zusatz: „si bona liberalitati solvendo non fuserint“. Es ist anzunehmen, daß mit diesen Worten nicht sowohl eine Bedingung des Abzugsrechtes, als vielmehr nur eine Veranlassung für den Erben, die Vollendung zu verweigern, hat bezeichnet werden sollen. A. M. Sententia II §. 96 Anm. 55, welcher die Worte als Bedingung faßt und die Nichterwähnung dieser Bedingung in l. 14 für eine Ungenauigkeit hält. — L. 6 §. 1 l. 14 cit. sind von einer nur in Aussicht stehenden Ehrenbeziehung (l. 11 h. t.) zu verstehen.

<sup>9</sup> So schon nach römischem Recht: nicht minder nach canonischem. L. 2 D. h. t.; c. 13 X. de cens. 3. 39. Walter Kirchenrecht §. 346, Richter Kirchenrecht §. 276.

<sup>10</sup> Die Frage, ob die Inhaberpapier- und die Ordrepapier-, namentlich die Wechselforderung ihren Grund in einem Vertrage oder in einer einseitigen Erklärung des Schuldners habe, ist noch keine in der Wissenschaft erledigte. Vgl. Runge Inhaberpap. §. 53. 78—83, Wechselrecht §. 293—312 und die

## 2. Vertrag.

## a. Begriff und Abschluß.

## §. 305.

Der obligatorische Vertrag besteht, wie jeder Vertrag, in der Vereinigung zweier Willenserklärungen. Die Erklärung des einen Contrahenten ist darauf gerichtet, daß er Schuldner sein, seinen Willen dem Willen des andern Contrahenten unterwerfen wolle<sup>1</sup>, die des andern Contrahenten darauf, daß er diesen Willen ergreife, sich aneignere, — ohne Bild ausgedrückt, daß er auf die Leistung, zu welcher der andere Theil verpflichtet sein zu wollen erklärt, berechtigt sein wolle. Welche von diesen beiden Willenserklärungen vorhergeht, ist gleichgültig; der Vertrag kann nicht bloß in der Weise geschlossen werden, daß der Schuldnerwille vom Gläubiger, sondern auch in der Weise, daß der Gläubigerwille vom Schuldner acceptirt, angenommen wird. Nur wird der erstere Fall häufiger sein, als der letztere, da es in der Natur der Sache liegt, daß häufiger die Acceptation eines Schuldnerwillens, als die Acceptation eines Gläubigerwillens als wahrscheinlich angenommen wird. Geht daher der Anstoß zu dem Vertrage von demjenigen aus, welcher Gläubiger werden will, so wird seiner Initiative im Zweifel nur die Bedeutung einer Anfrage beigelegt

boselbst Citiren. Mir scheint die Annahme eines Vertrages nur dann anzuzureichen, wenn man jeden folgenden Gläubiger als Successor des vorhergehenden ansieht. Thut man das nicht, sondern gibt jedem Inhaber oder Inbesseren ein selbständiges Recht auf Grund der schuldnereischen Erklärung, so muß man ihm dieses Recht auch geben bloß auf Grund dieser schuldnereischen Erklärung; denn sonst könnte ja der Schuldner das Gläubigerwerden des neu Eintretenden durch Widerruf verhindern. — Ueber die Frage, ob zur Schaffung einer Inhaber-Forderung Jedermann, oder nur der Staat befugt sei, s. Savigny Obl. II S. 122—130, Kunze Inhaberpapiere S. 535—551, Thöl Handb. I §. 64\* Note 4 und Note 2 a. E.; Seuff. Arch. VII S. 262—265, X S. 116—124, XIII. 55 112, XV. 237.

§. 305. <sup>1</sup> Zu wiederholen ist (vgl. §. 304 Note 1), daß die Erklärung desjenigen, welcher Schuldner werden soll, nicht ein Neben von seinem Willen, sondern ein Disponiren über sein Willen enthalten muß.

<sup>2</sup> Aber man nehme andererseits z. B. folgende Fälle. Jemand gibt einem

werden dürfen<sup>2</sup>, so daß ein Vertrag nicht schon durch die Zustimmung des anderen Theils, in welcher Zustimmung nur eine nicht acceptirte Schuldnererklärung liegt, sondern erst durch eine neue Annahme dieser Erklärung von der Gläubigerseite zu Stande kommt. Von der anderen Seite ist es nicht nothwendig, daß diese letztere Annahme ausdrücklich erklärt werde; sie liegt bereits in dem Stillschweigen auf die Zustimmung zu der Vertragsanfrage<sup>3</sup>.

## §. 306\*

Ist es erforderlich, daß die Annahme des von der einen Seite erklärten Willens dem Erklärenden zum Bewußtsein gekommen sei? Diese Frage ist zu verneinen<sup>1</sup>. Also 1) es ist nicht erforderlich, daß die Annahme der Erklärung des Verpflichtungswillens (die Erklärung des Gläubigerwillens) dem Schuldner zum Bewußtsein gekommen sei<sup>2</sup>. 2) Es ist ebensowenig erforderlich, daß die

Freunde, der ihm ähnliche Geschäfte immer besorgt, einen Auftrag; Jemand schickt unaufgefordert einem Freunde ein Buch zum Lesen (Leihvertrag).

<sup>3</sup> So kam die römische Stipulation zu Stande durch die bloße Antwort des Schuldners ohne neue Rede des Gläubigers. Vgl. §. 306 Note 4.

\* Zu diesem und dem folgenden §. sind zu vergleichen: Willow und Sagemann pract. Erbvertr. IV. 3 (1804). v. Wening-Jugenheim Arch. f. civ. Pr. II. 25 (1821). Fasse Rhein. Museum II S. 371 fg. (1829). v. Scheurl Beiträge I S. 305 fg. (1853) und Jahrb. f. Dogm. II. 5 (1858). Bekker Jahrb. d. gem. R. II. 11, III S. 116 fg. S. 295 fg. (1858, 1859). Filippo Serafini il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale p. 48—83 (Pavia 1862). Vollständigere Literaturangaben bei Thöl Handb. I §. 57 Note 13; hinzuzufügen Kunze Inhaberpapiere §. 81, Hering Jahrb. f. Dogm. IV S. 86 fg., Girtanner Stipulation S. 478 fg., Arndts §. 231 Note 3, Sintenik II S. 246 fg., Keller S. 443; weitere Angaben über die ausländische Literatur bei Serafini p. 51, 54, Mittermaier Arch. f. civ. Pr. XLVI S. 9 fg.

<sup>1</sup> Diejenige Erklärung, mit welcher der Vertrag beginnt, muß dem Annehmenden zum Bewußtsein gekommen sein, weil er sie sonst gar nicht annehmen kann. Aber für die Behauptung, daß auch die Annahmeerklärung demjenigen, welcher die erste Erklärung abgegeben hat, zum Bewußtsein gekommen sein müsse, sehe ich weder in der Natur der Sache, noch in den Aussprüchen der Quellen einen Anhalt. Vgl. §. 307 Note 1.

<sup>2</sup> Z. B. die Annahme eines brieflich gegebenen Schenkungsversprechens dem Schenkenden. Wird dasselbe durch eine ausdrückliche Erklärung angenommen, so ist der Schenkungsvertrag geschlossen, sobald der Annahmefrief zur Bestätigung abgegeben ist. Ebensowenig ist Bewußtsein des Schenkenden von der

Annahme der Erklärung des Gläubigerwillens (die Erklärung des Verpflichtungswillens) dem Gläubiger zum Bewußtsein gekommen sei<sup>2</sup>. Nur ist, was den letzteren Fall angeht, in einem gegebenen Fall wohl zuzusehen, ob auch wirklich die Erklärung eines Gläubigerwillens vorliegt, und nicht bloß eine Anfrage, ob die Gegenseite Schuldner werden wolle. Ist das Letztere der Fall, so muß allerdings die zustimmende Erklärung des andern Theils demjenigen, welcher Gläubiger werden soll, zum Bewußtsein gekommen sein, weil ohne dieses Bewußtsein ein Gläubigerwille gar nicht vorhanden sein würde (§. 305)<sup>3</sup>. — Wird ein Antrag auf Abschluß eines Vertrages gestellt, durch welchen der Antragsteller zu gleicher Zeit verpflichtet und berechtigt werden soll<sup>4</sup>, so ist der Antragsteller an den Vertrag gebunden, sobald die Annahme seines Antrages von dem andern Theil erklärt worden ist<sup>5</sup>; dagegen ist der andere Theil nicht eher gebunden, bis die Erklärung seiner Annahme dem Antragsteller zum Bewußtsein gekommen ist. Dieß Letztere ist nur dann anders, und es wird mit der Annahmeerklärung des andern Theils sofort auch der Antragsteller gebunden, wenn ausnahmsweise in dem Antrage die Erklärung eines Gläubigerwillens, und nicht eine bloße Anfrage, ob der Gegner Schuldner werden wolle, liegt<sup>7</sup>.

Annahme erforderlich, wenn dieselbe durch stillschweigende Willenserklärung erfolgt.

<sup>3</sup> Beispiele: zwischen demjenigen, welcher einem Freunde ein Buch unangefordert zum Lesen schickt, und dem Empfänger kommt ein Leihvertrag dadurch zu Stande, daß der Letztere den Gebrauch, zu welchem ihm das Buch geschickt worden ist, von dem Buche wirklich macht (stillschweigende Willenserklärung).

<sup>4</sup> In diesem Sinne heißt es in den Quellen, daß ein Lauder nicht stipuliren könne (l. 1 §. 15 D. de O. et A. 44. 7, l. 1 pr. D. de V. O. 45. 1). Wer stipulirt, fragt an; aber er legt keine Verpflichtung auf.

<sup>5</sup> Auf diesen Fall vorzugsweise bezieht sich der Widerspruch der Meinungen, welcher in dieser Lehre hervorgetreten ist. S. die bei \* genannten Schriftsteller. Es gehören hierher einmal, und vor Allem, die gegenseitigen Verträge, aber auch die Verträge mit *actiones contrarias* (§. 320).

<sup>6</sup> Denn in dem Antrage liegt die Erklärung eines Schuldnerwillens. In dem Antrage auf Abschluß eines Kaufvertrages liegt die Erklärung, kaufen oder verkaufen zu wollen. In der Ertheilung eines Auftrages liegt die Erklärung, für die Folgen der aufgetragenen Haftung haften zu wollen.

<sup>7</sup> In dem Antrage auf Abschluß z. B. eines Kaufvertrages liegt regel-

## §. 307.

Die Annahme der von der einen Seite abgegebenen Willenserklärung erzeugt einen Vertrag nicht:

1) wenn inzwischen ein Widerruf dieser Willenserklärung erfolgt ist. Daß der Widerruf auch zur Kenntniß des Annahmenden gelangt sei, ist zum Ausschluß des Zustandekommens des Vertrages nicht erforderlich<sup>1</sup>. Jedoch ist der Widerrufende

mäßig (immer?) nur die Anfrage, ob der Gegner für den bezeichneten Preis kaufen oder verkaufen will. In der Ertheilung eines Auftrages liegt regelmäßig (häufig?) nur die Anfrage, ob der Gegner die Ausführung der bezeichneten Handlung übernehmen will. — Diese Unterscheidung zwischen den beiden Seiten des Vertrages steht in der bisherigen Doctrin und Praxis fast vollständig isolirt da. Beide sind darüber einig (vgl. nur *Blühme Encyclop.* II §. 266. 267), daß die Gebundenheit beider Contractanten mit demselben Zeitpunkt eintrete, und streiten bloß darüber, welches dieser Zeitpunkt sei, ob derjenige, wo die Erklärung der Annahme des Vertragsantrages abgegeben worden ist (so namentlich v. Wening-Jungenheim, Scheurl, Leh 81, Sintenis, Puchta §. 251. d und Berl. dazu, Kunze zu Holtzschuher III S. 309—313 [welcher sich aber für diesen Zeitpunkt lediglich aus practischen Gründen entscheidet], Serapini; Scuff. Arch. II. 160, VII. 16, XVI. 203), oder der, wo sie dem Antragsteller zu- und in das Bewußtsein desselben übergegangen ist (so namentlich Wächter Arch. f. civ. Pr. XIX S. 116 Note 3, Bekker, Arnubis; Senff. Arch. I. 194, III. 19. 310, V. 116, VIII. 24). Durch das Wesen des gegenseitigen Vertrages wird aber eine Ungleichheit der bezeichneten Art nicht zurückgewiesen (§. 321), und die Annahme derselben möchte mehr als Anderes geeignet sein, diese Lehre zu einem betriebenden Abschluß zu bringen. Jedenfalls hat das P.O. (Art. 319. 320) die hier verteidigte Unterscheidung wirklich gemacht. Nur läßt dasselbe den Antragsteller noch früher gebunden werden, als hier angenommen wurde, nämlich bereits mit dem Eingange seines Antrages bei dem anderen Theil.

<sup>1</sup> Diejenigen, welche das Gegentheil behaupten (v. Wening-Jungenheim, Bekker in §. 306 \*), können sich nur darauf stützen, daß jede Erklärung des einen Contractanten für den andern nicht eher vorhanden sei, bis sie diesem zum Bewußtsein gekommen sei. Aber diese Behauptung halte ich eben für unrichtig (§. 306 Note 1). Aus l. 17 §. 1 D. pro soc. 17. 2 läßt sich ein Beweis für diese Ansicht nicht hernehmen, und noch weniger aus l. 15 D. mand. 17. 1, l. 12 §. 2 D. de sol. 46. 3, l. 12 D. de 80. Mac. 14. 6 (Bekker S. 361—363). Die zuletzt genannten Stellen enthalten nur den Satz, daß derjenige, welcher sich durch die Erklärung eines Andern, für die Folgen einstehen zu wollen, zum Handeln hat bestimmen lassen, durch die ohne sein Wissen geschehene Rücknahme derselben nicht zu Schaden kommen dürfte („*as damno afficiatur is qui suscipit mandatum*“, l. 15 cit.), und wenn



verpflichtet, dem Annehmenden allen den Nachtheil zu ersetzen, welchen derselbe dadurch erlitten hat<sup>2</sup>, daß er in der Er-

es in l. 17 §. 1 D. pro soc. heißt, daß die Kündigung des Gesellschaftsvertrages gegen den andern Gesellschafter nicht eher wirke, bis er sie erfahren habe, so ist der Weg auch von diesem Satze bis zu dem Satze, daß Jemandem wider seinen Willen ein Vertrag aufgenötigt werden könne, noch ein sehr weiter. Von der andern Seite möchte ich einen directen Beweis für die hier vertretene Ansicht in l. 4 pr. D. de manum. 40. 2 (Scheurl S. 262) nicht finden, weil die Erklärung, von welcher diese Stelle handelt, keine in bindender Absicht abgegebene ist. Anerkannt ist die hier vertretene Ansicht in den Urtheilen bei Seuff. Arch. VII. 16, VIII. 24, XIV. 15; darüber das III. 310. Darüber auch HGB. Art. 320 Abs. 2. „Ebenso ist die Annahme für nicht geschehen zu erachten, wenn der Widerruf noch vor der Erklärung der Annahme oder zu gleicher Zeit mit derselben bei dem Antragsteller eingegangen ist“. (Der Artikel gehört hierher, insofern bei gegenseitigen Verträgen in der Annahme des von der andern Seite gestellten Antrages zugleich die Uebernahme einer Verbindlichkeit liegt.)

<sup>2</sup> Nicht: er muß ihm leisten, was derselbe gehabt haben würde, wenn der Vertrag zu Stande gekommen wäre; sondern: er muß ihm leisten, was derselbe gehabt haben würde, wenn die Aussicht auf das Zustandekommen des Vertrages ihm gar nicht eröffnet worden wäre. J. B. der Käufer hat in Aussicht auf den Vertrag veräußert, für sein Bedürfnis anderweitig zu sorgen; der Verkäufer hat eine anderweitige vortheilhafte Verkaufsgellegenheit von der Hand gewiesen. Thering hat dieses Interesse das negative Vertragsinteresse genannt; vgl. den f. Jahrb. f. Dogm. IV. S. 16 fg., Savigny III. §. 138. d. Rommisen Unmöglichkeit der Leistung S. 107, Brinz S. 291, 301, f. Jahrb. f. Dog. VI S. 305. 306. — Daß der Widerrufende zum Ersatz dieses Interesses wirklich verpflichtet sei, erkennen an ThB Handelstr. I. §. 57 Note 3<sup>a</sup>. 15, Scheurl Jahrb. f. Dogm. II S. 273 fg., Thering das. IV S. 24. 86 fg., Bekker a. a. D. S. 364 fg. Die Begründung dieser Verpflichtung ist nicht ohne Schwierigkeit; aber man darf den allgemeinen Satz aufstellen, daß jeder Vertragsschließende durch die von ihm abgegebene Vertragserklärung stillschweigend die Garantie übernimmt für die Folgen des durch seine Erklärung in dem Gegner erregten Vertrauens auf das Zustandekommen des Vertrages, insofern dieses Zustandekommen durch einen Grund ausgeschlossen wird, welchen der Klüßiger nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist. Anerkannt ist dieser Satz in den Quellen für den Fall, wo Jemand etwas Unmögliches verspricht, — l. 8 §. 1 D. de relig. 11. 7, l. 62 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 8 D. de hor. vel act. vend. 18. 4 (f. §. 315 Note 7); die Gründe, aus welchen sich Sententis (II §. 96 Note 8) der Verallgemeinerung der in diesen Stellen enthaltenen Entscheidungen widerseht, sind nicht genügend. Die römische Form dieser Verpflichtung war actio in factum (l. 8 §. 1 cit.); wenn es wenigstens äußerlich zum Abschluß eines Vertrages gekommen war, führte auch die Formel der betreffenden Contracts-

wartung des Zustandekommens eines Vertrages getäuscht worden ist.

2. Ebenso verhält es sich, wenn derjenige, welcher die Erklärung abgegeben hat, vor der Annahme gestorben ist<sup>4</sup>; seine Erben sind an den Vertrag nicht gebunden<sup>5</sup>, aber zum Schadensersatz verpflichtet<sup>6</sup>.

klage zum Ziel (l. 62 §. 1 l. 8 cit.). Thering (welchem in Allem folgt Ranzon in der neuesten Auflage seines Lehrbuchs zu §. 109) hat es versucht, diese Verpflichtung in anderer Weise zu construiren: es sei jeder Vertragsschließende bei dem Abschluß des Vertrages in derselben Weise verbunden, jede culpa zu vermeiden (f. g. culpa in contrahendo), wie er dazu nach Abschluß des Vertrages verpflichtet sei. Ich glaube nicht, daß dieser Gesichtspunkt ausreicht (f. §. 315 Note 7, auch unten in diesem §. Note 6), wenn er auch in dem gerade hier zur Frage stehenden Fall nicht abzuweisen sein möchte (Thering S. 88); wenigstens lassen die Quellen in einem nicht unähnlichen Falle sogar actio doli zu (l. 34 D. de dolo 4. 3, l. 16 §. 1 D. de praeser. verb. 19. 5). Aber die actio doli leistet nicht, was das Bedürfnis des Verletzten verlangt, wegen ihrer beschränkten Werthlichkeit. Scheurl (S. 274) denkt an die actio mandati (l. 15 D. mand. 17. 1); aber läge in dem Antrage zur Eingehung eines Vertrages ein mandatum de contrahendo, so wäre der Antragsteller auch zum Ersatz des durch den zu Stande gekommenen Vertrag dem andern Theil erwachsenen Schadens verpflichtet (Bekker S. 366). — Für die Folgen von Handlungen aufzukommen, welche derjenige, dem der Vertrag angeboten worden ist, im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages vor der eigenen Annahme vorgenommen hat, ist der Widerrufende nicht verpflichtet (Thering S. 43. 89). Jener hätte nicht handeln sollen, ohne das Seinige zum Abschluß des Vertrags zu thun.

<sup>4</sup> Scheurl Jahrb. S. 265—267, Bekker S. 370—380, Thering S. 91—93.

<sup>5</sup> Auf den Erben gehen über fertige Rechtsverhältnisse. Auch die Ansicht auf ein künftiges Rechtsverhältnis, wenn dieser Ansicht eine Gebundenheit der andern Seite entspricht, kann, wie diese Gebundenheit selbst, auf den Erben übergehen (f. §. 81 Note 6, jedoch auch l. 18 D. comm. praed. 8. 4). Aber von einem Einzigen des Erben in Willenserklärungen, durch welche noch gar keine Gebundenheit begründet worden ist, weiß das römische Recht nichts. l. 41 D. de R. C. 12. 1, l. 2 §. 6 D. de don. 39. 5. Seuff. Arch. XIV. 15. — Anders das HGB. Art. 297. „Ein Antrag, ein Auftrag oder eine Bekanntschaft, welche von einem Kaufmann in dem Handelsgewerbe ausgegangen ist, werden durch seinen Tod nicht aufgehoben, sofern nicht eine entgegenge setzte Willensmeinung aus seiner Erklärung oder aus den Umständen hervorgeht“.

<sup>6</sup> Dieser Satz ist nicht unzuweifelhaft: darf die in der abgegebenen Willenserklärung liegende Garantieübernahme (Note 3) auch auf den Fall des Todes erstreckt werden? Für den Entschädigungsanspruch mit Entschiedenheit über-



3. Das Gleiche gilt, wenn der Erklärende vor der Annahme die Fähigkeit zum Abschluß eines Vertrages verloren hat<sup>1</sup>.

4. Schlechthin wirkungslos, so daß auch kein Entschädigungsanspruch für den Annehmenden entsteht, ist die verspätete Annahme. Verspätet ist die Annahme, welche nach der von dem Erklärenden in seiner Erklärung für die Annahme gesetzten Frist erfolgt. Aber auch wenn eine Frist nicht ausdrücklich gesetzt ist, ist eine solche als stillschweigend gewollt anzusehen; Niemand macht ein Vertragsanerbieten für immer. Wo die Grenze ist, hat im einzelnen Fall der Richter zu bestimmen<sup>2</sup>.

### §. 308.

Die Erklärung des obligatorischen (Gläubiger- oder Schuldner-Willens) kann, soweit die für den Vertrag vorgeschriebene Form kein Hinderniß in den Weg legt, nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erfolgen<sup>1</sup>. Eine stillschweigende Willenserklärung liegt möglicherweise auch in dem Stillschweigen auf einen von der andern Seite gestellten Vertragsantrag<sup>2</sup>; aber sie liegt nicht nothwendig darin<sup>3</sup>. Die Erklärung des obligatorischen

ring, obgleich derselbe zugibt, daß dieser Fall unter den Gesichtspunkt der culpa nur durch „die gewaltsamste Anstrengung“ gebracht werden könne. Gegen den Entschädigungsanspruch Vellei, der nur nach dem Rechte des Mandats glaubt weilen zu können, und wohl auch, obgleich er sich nicht ausdrücklich äußert, Scheml.

<sup>1</sup> Scheml Jahrb. S. 267—269, Vetter S. 380. Senff. Arch. XIV. 15.

<sup>2</sup> Scheml Jahrb. S. 260, 276 fg., Thöl Handelsr. I §. 57 Nr. 2. Senff. Arch. II. 17, VI. 168, XVI. 30, XVII. 20. — Das GGB. (Art. 318, 319) verlangt auf einen Antrag unter Gegenwärtigen sofortige Antwort, während es die Kraft eines unter Abwesenden gestellten Antrages mit dem Zeitpunkt erlöschen läßt, zu welchem der Antragende „bei ordnungsmäßiger, rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf“, mit der Maßgabe jedoch, daß das verspätete Eintreffen der rechtzeitig abgeschickten Antwort dann nicht schaden soll, wenn der Anbietende nicht von seinem Rücktritte inzwischen Nachricht gegeben hat, oder sofort nach dem Eintreffen der Antwort Nachricht gibt.

<sup>3</sup> Vgl. §. 2. §. 306 Note 3. Eine stillschweigende Willenserklärung liegt namentlich auch in dem Beginn der Ausführung einer gemachten Bestellung. Scheml Beiträge I S. 311, Föhring Jahrb. f. Dogm. IV S. 89.

<sup>1</sup> Vgl. §. 2. §. 305 Note 3.

<sup>2</sup> Vgl. I §. 72 Note 10. Thöl Handelsr. I §. 57. Nr. 3. Derjenige, welchem der Antrag gestellt worden ist, ist auch, abgesehen von besonderen Umständen, nicht verpflichtet, die ihm in Beziehung auf den beantragten Ver-

Willens kann ferner, unter der bezeichneten Voraussetzung, sowohl durch den Vertragsschließenden selbst, als durch eine von ihm beauftragte Mittelsperson, sowohl mündlich als schriftlich, geschehen<sup>1</sup>. Geschieht sie schriftlich, so ist die Erklärung vollendet nicht schon mit der Niederschrift und Unterzeichnung, sondern erst mit der Absendung der Schrift (des Briefes)<sup>2</sup>. Wird durch das von dem Erklärenden gewählte Mittel der Erklärung sein Wille unrichtig mitgetheilt<sup>3</sup>, so kommt auf das Erklärte zwar kein Ver-

trag eingesandten Gegenstände anzunehmen, oder zurückzusenden, oder auf sie positive Sorgfalt zu verwenden“, Thöl a. a. O. Senff. Arch. VII. 97, vgl. V. 7. — GGB. Art. 323. „Wenn zwischen dem Kaufmann, welchem ein Auftrag gegeben wird, und dem Auftraggeber eine Geschäftsverbindung besteht, oder sich derselbe gegen letzteren zur Ausrichtung solcher Aufträge erboten hat, so ist er zu einer Antwort ohne Zögern verpflichtet, widrigenfalls sein Schweigen als Uebernahme des Auftrages gilt. — Auch wenn derselbe den Auftrag ablehnt, ist er schuldig, die mit dem Auftrag etwa übersandten Waaren oder anderen Gegenstände auf Kosten des Auftraggebers, soweit er für diese Kosten gedeckt ist und soweit es ohne seinen Nachtheil geschehen kann, einzuweisen vor Schaden zu bewahren“.

<sup>1</sup> S. I §. 73 Note 1. Auch die beauftragte Mittelsperson kann wieder sowohl mündlich als schriftlich reden. Unter den letzteren Fall gehört die telegraphische Mittheilung.

<sup>2</sup> A. M. Thöl a. a. O. Nr. 4 („also nachdem das Ja geschrieben ist“). Aber das bloße Schreiben des Briefes ist nur Vorbereitung der Willenserklärung; die wirkliche Willenserklärung liegt erst darin, daß der Schreibende sich des Briefes entäußert. Scheml (Jahrb. f. Dogm. II S. 258) unterscheidet: die Willenserklärung ist vollendet durch Niederschrift des Briefes, aber die Willenserklärung an den andern Theil erst durch Absendung desselben. Auch das halte ich nicht für richtig. Früher (Beiträge S. 307) verlangte Scheml zur Vollendung der Willenserklärung, daß der Brief bei dem Adressaten angekommen sei, ebenso für den Fall der Willenserklärung durch einen Boten, Eintreffen des Boten. Später hat er diese Meinung zurückgenommen (Jahrb. f. Dogm. a. a. O.).

<sup>3</sup> Auf die im Folgenden behandelte Frage ist in der neueren Zeit die Aufmerksamkeit namentlich durch einen im Jahre 1856 vor dem Landgericht in Köln verhandelten Fall gelenkt worden, wo ein Kölner Haus einem Frankfurter Haus durch den Telegraphen den Auftrag gegeben hatte, Aktien zu einem sehr bedeutenden Betrage zu kaufen, und der Beamte der Annahmestation aus „kaufen“ „verkaufen“ gemacht hatte; der dadurch erwachsene Schaden betrug beinahe 40,000 Thaler. — Literatur: Reyscher Zeitschr. f. deutsches Recht XIX S. 296—298 S. 456 fg. (1859). Fuchs Arch. f. civ. Pr. XLIII. 5 (1860). Vetter Jahrb. d. gem. R. IV. 5 (1860). Föhring Jahrb. f. Dogm. IV S. 83—86 S. 106—112 (1861). Vöhr bas. VI. 6 (1862).

trag zu Stande, da es dem Willen nicht entspricht; aber der Urheber der Erklärung haftet dem andern Theil auf Ersatz des Schadens, welcher demselben dadurch erwachsen ist, daß er auf das Zustandekommen des Vertrags gerechnet hat<sup>1</sup>. Jedoch bedarf dieser letztere Satz folgender näheren Bestimmung: 1) der Er-

Busch Arch. f. civ. Pr. XLV. 1 (1862). Serafini (cit. bei §. 306 Note \*) p. 120 sqq. (1862). Mittermaier Arch. f. civ. Pr. XLVI S. 21 fg. (1863), XLVII S. 215—217, 223—225, 228 (1864).

<sup>1</sup> Denn wer zum Zweck einer Erklärung ein bestimmtes Mittel wählt, eignet sich das Resultat dieses Mittels als seine Erklärung an. Man bemerke wohl: er eignet sich das Resultat dieses Mittels als seine Erklärung an; nicht als die Erklärung seines Willens. (Dieser Gegensatz ist auch in dem Aussag von Fuchs, welcher sonst mit der hier verteidigten Ansicht auf demselben Boden steht, nicht hinlänglich hervorgehoben, und noch weniger in der Zustimmung, mit welcher Sinteris [II §. 96 Note 13] den Ausführungen von Fuchs beigetreten ist.) Es liegt also hier vor eine Erklärung, welcher der wirkliche Wille nicht entspricht. Deswegen ist zwar der Vertrag nichtig, aber nach dem in §. 307 Note 2 bezeichneten Grundsatz eine Entschädigungspflicht des Uebers der Erklärung begründet. — Thering macht auch hier den Gesichtspunkt der Verschuldung geltend. Es ist ihm von verschiedenen Seiten, meiner Ansicht nach mit Recht, entgegengehalten worden, daß in der Wahl indirecter Mittheilung statt der directen keine Verschuldung liege, nicht einmal in der Wahl telegraphischer Mittheilung. Für den letzteren Fall hat eine Verschuldung angenommen das Urtheil des Landgerichts zu Köln in dem in Note 6 erwähnten Fall, s. Weischer a. a. O. S. 465 fg. — Währe läßt die Art und Weise, wie die Entschädigungspflicht des Uebers der Willenserklärung, welche auch er behauptet, zu begründen sei, dahin gestellt, ist aber der Meinung, daß, wenn die mit der Uebermittlung der Erklärung beauftragte Mittelsperson dem Dritten gegenüber an den Tag lege, daß sie von dem Wesen des durch sie vermittelten Rechtsgeschäfts Kenntniß habe, sie selbst auf den von ihr erklärten Willen contrahire, und daher zur Ausführung desselben verpflichtet sei. — Sie weisen der in Note 6 genannten Schriftsteller (Weischer, Busch, Serafini, Mittermaier) wollen eine Entschädigungspflicht des Uebers der Willenserklärung nicht, oder doch nur für den Fall anerkennen, wo ihm eine Verschuldung wirklich zur Last falle, oder wo der ertheilte Auftrag auf sofortiges Handeln (ohne vorherige Rücküberlegung) gehe, oder wo zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten ein fortdauerndes Vertragsverhältnis bestehe, vermöge dessen Jeder diesen jeden Schaden bei Vollziehung der ertheilten Aufträge zu ersetzen habe. Vetter glaubt nur für den Fall helfen zu können, wo der abzuschließende Vertrag ein Mandat ist, für diesen aber in der Weise, daß er eine, wie mir scheint, nutzlosse Unterscheidung zwischen dem ertheilten Auftrag an sich und seinem Inhalt macht. Gegen alle Entschädigungspflicht ist auch Puchard über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gefallen bei der Erfüllung von Obligationen (Kiel 1861) S. 85, 86

klärende haftet nicht, wenn die mit der Uebermittlung seiner Erklärung beauftragte Mittelsperson dieselbe wissentlich falsch übermittelt<sup>2</sup>; 2) der Erklärende haftet nicht, wenn die unrichtige Mittheilung seiner Erklärung die Folge von Umständen ist, welche außer aller Berechnung liegen<sup>3</sup>.

## §. 309.

Die Erklärung des obligatorischen Willens braucht nicht nothwendig an denjenigen gerichtet zu werden, welcher dadurch zum Gläubiger oder Schuldner gemacht werden soll. Dieß gilt nicht bloß von der stillschweigenden Willenserklärung<sup>1</sup>, sondern auch von der ausdrücklichen.

1. Es kommt vor, daß der obligatorische Wille erklärt wird nicht zu Gunsten oder Lasten einer bestimmten Person, eines concret vorgestellten Individuums, sondern zu Gunsten oder Lasten desjenigen, in dessen Person irgend ein Umstand sich als zutreffend erweisen wird. Im Einzelnen gehört hierher<sup>2</sup>

a) die Auslobung<sup>3</sup>, d. h. das öffentliche Versprechen einer Leistung an denjenigen, welcher seinerseits irgendwie thätig werden

<sup>2</sup> Der Erklärende eignet sich das Resultat an, welches das gewählte Erklärungsmittel unter dem von ihm gegebenen Impuls liefert. Die wissentlich falsche Uebermittlung des Boten erfolgt nicht auf den Impuls des Auftraggebers.

<sup>3</sup> Dieser Punkt ist nicht ungewisshaft; doch scheint mir die aufgestellte Behauptung nicht zu lähn. Indem der Erklärende sich das Resultat des von ihm gewählten Erklärungsmittels aneignet, zieht er nur die regelmäßige Action dieses Mittels und die von derselben ungetrennten Störungsmöglichkeiten in Betracht. Hiernach wäre z. B. zu entscheiden, wenn etwa der beauftragte Bote in Geisteskränkung verfiel, und unter dem Einfluß derselben die ihm aufgetragene Erklärung entstellte.

<sup>1</sup> Die Handlung, welche den Ausdruck des obligatorischen Willens enthält, §. 309. braucht keine unmittelbare Beziehung auf den andern Theil zu haben.

<sup>2</sup> Andere zählen hierher auch die Begründung einer Inhaberpapier- oder Ordrepapierforderung<sup>1</sup> S. §. 304 Note 10. Vgl. übrigens Scuff. Arch. XI. 218.

<sup>3</sup> G. P. von Billow Abhandlungen über einzelne Materien des römischen bürgerlichen Rechts I Nr. 11 (1817). Schütze Jahrb. d. gem. R. V. 2 (1862). Außerdem Thering Jahrb. d. gem. R. IV. S. 93—100, Sinteris II §. 96 Note 58, Runke zu Poljschuper III S. 297—302.

wird<sup>4</sup>. Indem Jemand in der vorgeschriebenen Weise wirklich thätig wird, nimmt er das Versprechen an, und bringt dadurch den Vertrag zu Stande<sup>5</sup>, vorausgesetzt jedoch, daß er auch in der Absicht thätig wird, um dadurch ein Recht auf die versprochene Leistung zu erwerben<sup>6</sup>. In anderer Weise als durch Thätigwerden in der vorgeschriebenen Weise kann das Versprechen nach dem Sinne, in welchem es gegeben worden ist, nicht angenommen werden. Bis zur Annahme steht dem Versprechenden der Rücktritt frei; hat aber Jemand mit der vorgeschriebenen Thätigkeit bereits begonnen und dabei eine Aufopferung gemacht, so muß ihm der Rücktretende dieselbe ersetzen<sup>7</sup>. Mit der Auslobung

<sup>4</sup> B. D. einen verlorenen Gegenstand zurückbringen, die beste Abhandlung über eine bezeichnete Frage einliefern wird.

<sup>5</sup> Diese Auffassung der Auslobung theilen Bülow, Schölke, Fhering, auch Unterholzner I S. 53. Andere stellen die Auslobung mit der Pollicitation zusammen, und betrachten sie demnach als einseitiges Rechtsgeschäft, so Kunze, Puchta §. 269 Nr. 4, Arndts §. 241 Nr. 3. Auch Sintenis neigt zu dieser Auffassung, obgleich er andererseits Zurücknahme des Versprechens bis zu wirklich geschetzter Leistung gestattet. Savigny Obl. II S. 90 fg. faßt zwar die Auslobung auf, wie hier geschieht, leugnet aber, daß aus derselben nach gemeinem Recht ein Forderungrecht entspringe. Allerdings läßt sich ein solches aus dem römischen Recht nicht nachweisen (über die Stellen, welche man hierher zu ziehen versucht hat oder ziehen könnte, namentlich l. 15 D. de praeser. verb. 19. 6, f. Schölke S. 56—61); doch spricht dafür die Analogie des iactus missilium (§. 172 Note 11) und der lehtwilligen Verfügung zu Gunsten einer incoerta persona (§. 27 I. de leg. II. 20). Jedenfalls aber wird das Geschäft in der Uebung so sehr als rechtsverbindlich anerkannt, daß man sllglic ein Gewohnheitsrecht dieses Inhalts annehmen kann. Vgl. auch Senff. Arch. IX. 275, XI. 217.

<sup>6</sup> Denn sonst liegt in dem Thätigwerden keine Acceptation des gegnerischen Versprechens.

<sup>7</sup> Er muß ihm nach dem in §. 307 Note 2 entwickelten Grundsatz den Schaden ersetzen, welcher ihm dadurch erwachsen ist, daß er sich auf das Zustandekommen des Vertrages verlassen hat. Fhering S. 104—106. Andere gewähren die actio doli (Savigny, Schölke), oder lassen die Auslobung unwiderruflich werden, sobald Jemand Vorbereitungen zu der verlangten Thätigkeit gemacht hat (Unterholzner, Puchta, Arndts, Sintenis). Kunze behauptet Unwiderruflichkeit von allem Anfang an, wobei er es jedoch weiterer Erwägung überläßt, ob einzelne Ausnahmen zu statuiren seien (a. a. D. S. 299). — Gleiche Wirkung nach der einen und der anderen Seite, wie der Widerruf, hat der Tod des Auslobenden und der Verlust seiner Handlungsfähigkeit (§. 307 Nr. 2. 3). Kunze (a. a. D. S. 299) läßt auch durch diese Thatsachen den rechtlichen Bestand der Auslobung nicht afficirt werden

dürfen nicht verwechselt werden öffentliche Ankündigungen, durch welche zum Abschluß eines Rechtsgeschäftes auf gewisse Bedingungen hin eingeladen wird<sup>8</sup>; sie sind nicht verbindlich<sup>9</sup>. Auch die Auslobung selbst ist es nicht, wenn in derselben erkennbar hervortritt, daß ihr ein wirklicher Verpflichtungswille nicht zu Grunde liegt<sup>10</sup>. — Ferner kann hierher gehören

b) die Versteigerung<sup>11</sup>. Die Versteigerung gehört dann hierher, wenn sie in dem Sinne erfolgt, daß der Versteigerer durch jedes erfolgende Gebot gebunden sein will. In diesem Fall ist sie ein Vertragsanerbieten an denjenigen, welcher die besten Bedingungen stellen wird, den Meistbietenden oder Wenigstfordernden. Durch jedes Gebot kommt ein Vertrag mit dem Versteigerer zu Stande<sup>12</sup>, aber ein Vertrag unter der, im Zweifel

<sup>8</sup> Ankündigungen von Waaren oder Büchern zu gewissen Preisen, Ankündigungen von Eisenbahn- oder Dampfschiffahrten zc.

<sup>9</sup> Der Ankündigende macht hier kein Vertragsanerbieten, sondern fordert zum Machen eines Vertragsanerbietens auf. Schölke S. 42—44, Fhering S. 95—97, Keller Jahrb. d. gem. R. II S. 366. PWB. Art. 337. „Das Anerbieten zum Verkauf, welches erkennbar für mehrere Personen, insbesondere durch Mittheilung von Preislisten, Waarenverzeichnissen, Proben und Mustern geschieht, . . . ist kein verbindlicher Antrag zum Kauf“. Senff. Arch. XVII. 20.

<sup>10</sup> Dieser Satz ist im Princip ebenso feststehend, als seine Anwendung im einzelnen Fall schwierig ist. Aber man denke an die Marktschreiereien, womit oft bedeutende Belohnungen demjenigen versprochen werden, welcher die Ungenügensheit irgend einer Waare nachweisen werde. Jedenfalls jedoch geht Schölke (S. 46 fg.) zu weit, wenn er die Behauptung aufstellt, daß in allen Fällen die Auslobung als nicht ernstlich gemeint anzusehen sei, in welchen der Auslobende an der Erfüllung der gestellten Bedingung kein Interesse habe (dagegen Fhering S. 99), oder in welchen die gestellte Bedingung von mehreren Personen nacheinander erfüllt werden könne. S. auch Kunze a. a. D. S. 301—302.

<sup>11</sup> E. A. Sauerfort de auctione (Habilitationsschrift, 1854) Rindervater Jahrb. f. Dogm. VII. 1 (1863); dazu Fhering das. Nr. 4; Antwort Rindervater's Nr. 7; Meißel Fhering's Nr. 8. Unterholzner I S. 54, Puchta §. 252 u. Vorl. dagn, Arndts §. 231 Num. 4, Sintenis II S. 252—257, Keller S. 443. 444.

<sup>12</sup> Der Versteigerer erklärt durch die Versteigerung, daß er den Meistbietenden zc., also zunächst jeden Bietenden, als Gläubiger annehmen wolle. Durch jedes Gebot wird dieser Wille acceptirt. — Fhering a. a. D. leugnet die juristische Möglichkeit des Zustandekommens eines Vertrages in dieser

auffchiebenden<sup>12</sup>, Bedingung, daß nicht von einem Andern ein besseres Gebot geschehen sollte. Jedes bessere Gebot begründet also den Ausfall der Bedingung des vorher abgeschlossenen Vertrags<sup>14</sup>, und der definitive Vertrag kommt erst durch das

Waise. Die Praxis habe die Verbindlichkeit des Vertragsanerbietens in incertum personam eben nur bei der Auslobung anerkannt, sonst nicht. Ich bin anderer Ansicht. Ich glaube, daß die Praxis bei der Auslobung ein Princip anerkannt hat, welches wir auch in anderen Fällen, in welchen die Ernstlichkeit des Vertragsanerbietens ebenso unzweifelhaft ist, wie bei der Auslobung, zu verwerthen wohl befugt sind (vgl. jedoch auch Seuff. Arch. XI. 218). Und ich glaube nicht, daß ein deutsches Gericht aus theoretischen Gründen dem Versteigerer die Befugniß zum Rücktritt zugesehen würde trotz seiner unzweifelhaften Erklärung, gebunden sein zu wollen. Ich erinnere mich, Fischversteigerungen zugesehen zu haben, bei welchen der Versteigerer die Preise von oben nach unten andief, immer hinabsteigend, bis einer der Anwesenden „Mein“ rief; würde Thering auch für einen solchen Fall der Meinung sein, daß das Zustandekommen des Vertrages noch eine neue, in die Willkür des Verkäufers gegebene Willenserklärung voraussetze? Aus der bei uns gebräuchlichen Art der Versteigerung entnimmt Thering noch einen zweiten Grund für die Unverbindlichkeit der in der Versteigerung enthaltenen Proposition, daß nämlich diese Proposition keinen bestimmten Preis nenne. Ich halte auch diesen Grund nicht für richtig. Die Offerte ist unverbindlich, wenn sie die Bestimmung des Preises von der Willkür des Offerenten abhängig macht. Sie ist gewiß nicht unverbindlich, wenn sie die Bestimmung des Preises auf den Willen eines Dritten stellt (§. 1 I. de om. et rind. 3. 22, l. 15 C. de cont. om. 4. 33); und warum sollte sie die Bestimmung nicht auf die Willkür dessen stellen können, dem das Anerbieten gemacht wird? S. auch §. 386 Note 6.7. Thering behauptet freilich (§. 378), daß ein *pretium certum* im Sinne der Römer nie vorliege und also auch eine Gebundenheit des Verkäufers nie stattfinden, wenn die Bestimmung des Preises von der Zukunft abhängt. Demnach würde auch ein Verkauf um einen von einem Dritten zu bestimmenden Preis unverbindlich sein, wovon doch die oben genannten Stellen sehr ausdrücklich das Gegentheil sagen. Vgl. auch Souffert l. c. p. 14.

<sup>12</sup> Es ist im Zweifel als Absicht der Parteien anzusehen, daß ein festes Rechtsverhältnis erst mit dem Schluß der Versteigerung eintreten sollte. Souffert p. 15, Rindervater §. 10. 11. H. M. Puchta a. a. D.

<sup>14</sup> Namentlich in späterer Zeit war die Meinung sehr verbreitet, daß ein zweites Gebot zwar den Versteigerer entlaste, nicht aber den ersten Bieter. Der Grund dieser Meinung lag in der falschen Herbeiziehung der Analogie der in *diem addictio*, aus welcher noch andere unrichtige Konsequenzen abgeleitet wurden. Gluck XVI §. 267 fg. Dagegen Souffert p. 11 sqq. Rindervater §. 11 fg. §. 360 fg. S. auch Note 19.

letzte Gebot zu Stande<sup>15</sup>. — Es kann aber auch der Sinn der Versteigerung der sein, daß der Versteigerer keinem der Bieter gebunden sein will. In diesem Falle ist die Versteigerung nicht Vertragsanerbieten an eine unbestimmte Person, sondern eine Einladung an das Publicum, seinerseits Vertragsanerbieten zu stellen, und ein Vertrag kommt erst dadurch zu Stande, daß der Versteigerer eines dieser Anerbieten seinerseits acceptirt<sup>16</sup>. Welchen Sinn die Versteigerung wirklich habe, ist eine für jeden einzelnen Fall zu lösende thatsächliche Frage; im Zweifel wird ihr aber der erste Sinn nicht beigelegt werden dürfen<sup>17</sup>. Hat sie den zweiten Sinn, so entsteht noch die fernere Frage, ob der Versteigerer den Vertrag mit jedem Bietenden abschließen kann, oder nur mit dem Letztbietenden. Auch dieß ist eine Intentionsfrage; im Zweifel wird für das Letztere, also das Freiwerden eines jeden Bietenden durch ein Uebergebot, zu entscheiden sein<sup>18</sup>. Jeden-

<sup>15</sup> Der Zuschlag hat in diesem Falle nicht die Bedeutung einer den Vertrag zum Abschluß bringenden Willenserklärung des Versteigerers; sondern es soll durch denselben constatirt werden, daß ein weiteres Gebot nicht erfolge, also die Bedingung des durch das letzte Gebot abgeschlossenen Vertrages erfüllt sei. Rindervater §. 14 unt., Souffert p. 14.

<sup>16</sup> Ihn den Zuschlag gibt. In diesem Falle hat also der Zuschlag die Bedeutung einer den Vertrag zum Abschluß bringenden Willenserklärung wirklich.

<sup>17</sup> So die meisten Neueren, Unterholzner, Sintenis, Keller, Souffert, und namentlich mit großer Energie Thering gegen Rindervater, obgleich doch auch der Letztere sagt, daß der Versteigerer nur dann gebunden sei, „wenn (er) erklärt, mit demjenigen einen Vertrag eingehen zu wollen, welcher bis zu einer bestimmten Zeit das beste Gebot abgeben werde“ (§. 15; f. auch §. 367). Unzweifelhaft ist die Sache doch nicht. Es ist freilich nicht anzunehmen, daß der Versteigerer geneigt sein sollte, seine Sache um jeden beliebigen Preis hinzugeben; aber hat er nicht die Möglichkeit, selbst oder durch einen Andern überzubieten? Und wenn oft genug zu diesem Mittel wirklich gegriffen wird, weiß dieß nicht darauf hin, daß der Versteigerer ein Bewußtsein davon hat, daß er sonst gebunden sein würde? Jedenfalls wird man zusehen müssen, daß in erster Linie die Ortsgewohnheit entscheidet. Die Entscheidungen bei Seuff. XI. 134. 219 beziehen sich auf Fälle ausdrücklichen Vorbehalts der Ungebundenheit des Versteigerers. Für die Ungebundenheit auch ohne solchen Vorbehalt VI. 183; VIII. 38 nimmt Ungebundenheit des versteigernden Gerichts an.

<sup>18</sup> Auch hier ist Thering anderer Meinung; ebenso Unterholzner. Dagegen Souffert, Sintenis; unbestimmt Keller. Ich glaube nicht, daß die Auffassung Thering's die im Leben vorherrschende ist, und darauf kommt doch hier Alles an.

falls darf man nicht sagen, daß, weil der Versteigerer nicht sofort gebunden sei, auch der Bieter von seinem Gebote nach Willkür zurücktreten könne<sup>19</sup>.

2. Der obligatorische Wille kann auch einem Dritten gegenüber erklärt werden. In der Regel freilich wird die einem Dritten gegenüber abgegebene Erklärung des Inhalts, daß man sich zum Gläubiger oder Schuldner einer andern Person machen wolle, ein bloßes Reden vom Wollen, nicht der Ausdruck eines wirklichen Wollens sein. Steht es aber fest, daß sie der Ausdruck eines wirklichen Wollens ist, so hat sie dieselbe juristische Bedeutung, als wenn sie direct an denjenigen, welcher dadurch zum Gläubiger oder Schuldner gemacht werden soll, gerichtet worden wäre<sup>20</sup>.

#### b. Vorvertrag. Punctation.

##### §. 310

1. Dem Vertrage kann ein anderer Vertrag vorhergehen, durch welchen die Verbindlichkeit zum Abschluß des Hauptvertrages übernommen wird. Ein solcher Vertrag wird passend

<sup>19</sup> Bei dem gegenseitigen Vertrag kann sehr wohl die Verpflichtung des einen Contractanten ohne die des Andern bestehen. S. §. 321 Note 23. 25. Kindervater S. 8, Ihering S. 178. Seuffort p. 16 sqq. nimmt ein *pactum de emendo* an. Die unrichtige Meinung bei Schweppe rdm. Privatr. II §. 422, Wenig-Jungenheim gem. Civilt. II §. 260, Gessen gem. Civilt. II. 2. §. 506. Doch kann allerdings der Sinn der Versteigerung auch der sein, daß die Bieter so wenig gebunden sein sollen, wie der Versteigerer es ist. Seuffort p. 18. — Der Bieter bleibt aber, wenn nichts Anderes bedungen ist, gebunden nur bis zum Schluß des Versteigerungstermins. Seuff. Arch. VI. 188.

<sup>20</sup> Für das römische Recht läßt sich dieser Satz nicht rechtfertigen. Aber für das heutige Recht muß er, wie ich glaube, anerkannt werden. Er ist eine unmittelbare Consequenz der Zulässigkeit der obligatorischen Willenserklärung an eine unbestimmte Person. Ein Beispiel giebt die Schulübernahme; der Uebernehmer erklärt seinen Willen, Schuldner des Gläubigers der übernommenen Schuld werden zu wollen, dem bisherigen Schuldner gegenüber; durch die Annahme des Gläubigers kommt der Uebernahmungsvertrag zwischen ihm und dem Uebernehmer zu Stande. Vgl. Windscheid die Actio re S. 209. Ein anderes Beispiel: Bittgesuchswillen dem Schuldner gegenüber erklärt. Seuff. Arch. X. 47 Nr. 2.

Vorvertrag genannt<sup>1</sup>. Aus dem Vorvertrag entsteht ein Forderungsrecht auf Abschluß des Hauptvertrages, bez. wenn der Abschluß verweigert wird, auf Leistung dessen, was der Berechtigte bei Abschluß des Hauptvertrages gehabt haben würde<sup>2</sup>. Dieß jedoch nur unter der Voraussetzung, daß bei dem Vorvertrage alle gesetzlichen Bedingungen erfüllt sind, von welchen auch die Gültigkeit des Hauptvertrages abhängt. Namentlich also entsteht aus dem Vorvertrage ein Forderungsrecht dann nicht, wenn das Recht für den Hauptvertrag eine Form verlangt, und dieselbe bei dem Vorvertrage nicht gewahrt ist<sup>3</sup>.

2. Unter Punctation<sup>4</sup> wird verstanden eine schriftliche Beurkundung, welche die Parteien, ehe sie den Vertrag vollenden oder als vollendet ansehen, über die bis dahin erzielte Einigung aufnehmen. Eine solche Punctation kann möglicherweise bloß zur Notiz, als Anhaltspunkt für das Gedächtniß, gemacht werden, ohne daß die Parteien irgendwie gebunden sein wollen. Dann hat sie gar keinen juristischen Werth<sup>5</sup>. Sie kann aber auch in bindender Absicht gemacht werden. a) Die Parteien sind über die Hauptpunkte des Vertrages einig geworden; aber über Nebenpunkte bleibt künftige Vereinbarung vorbehalten. Dann kann Vollziehung des Vertrages gefordert werden, und wenn über die Nebenpunkte keine Vereinbarung zu Stande kommt, entscheidet im Betreff ihrer die gesetzliche Regel<sup>6</sup>. b) Die Parteien sind über

<sup>1</sup> Gewöhnlich sagt man: *pactum de contrahendo*. Den Ausdruck „Vorvertrag“ hat Tölgl. Handelsr. I §. 62 Note 1) vorgeschlagen. Allerdings bezeichnet derselbe an und für sich nur einen Vertrag, welcher einem andern Vertrage vorhergeht, nicht auch, daß der vorhergehende Vertrag gerade auf Abschluß dieses andern Vertrages gerichtet sei. Aber Freipeiten dieser Art wird man bei der Wahl oder Bildung technischer Ausdrücke nie ganz vermeiden können.

<sup>2</sup> L. 68 D. de v. O. 45. 1. — „Quodsi ita stipulatus fuero: pecuniam te mihi credituram spondes? incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest“. L. 122 §. 3 D. eod., L. 75 D. de contr. smt. 18. 1, 1. 21 §. 5 D. de A. E. V. 19. 1.

<sup>3</sup> Tölgl. Handelsrecht I S. 374. Vgl. übrigens auch Arudis lit. BVertr. V S. 166. 167.

<sup>4</sup> Tölgl. Handelsr. I §. 62, Sinteris II S. 249. 250.

<sup>5</sup> Auf Vertragsverhandlungen, welche noch zu keiner Bindung geführt haben, geht der Ausdruck „Tractate“.

<sup>6</sup> Tölgl. a. a. O. S. 389, Sinteris a. a. O. Note 16.

alle Punkte einig geworden; aber es soll noch eine besondere Form hinzukommen. Dann liegt entweder ein Vorvertrag vor, oder was die Parteien Punctation nennen, ist in der Wirklichkeit der Vertrag selbst. In beiden Fällen ist zu unterscheiden, ob die Form zur Gültigkeit des Vertrages gehört oder nicht. Im ersten Fall ist die Punctation unverbindlich<sup>1</sup>, im zweiten Fall kann aus derselben, wenn sie Vorvertrag ist, Abschluß des Vertrages in der verabredeten Form, wenn sie der Vertrag selbst ist, Vollziehung der Form, aber auch ohne dieselbe sofort Erfüllung gefordert werden<sup>2</sup>.

### c. Erfordernisse der Gültigkeit des Vertrages.

#### a. Ueberhaupt.

#### §. 311.

Damit ein gültiger Vertrag vorliege, ist erforderlich, 1) daß zwei (oder mehrere) Willenserklärungen in diejenige Beziehung zu einander getreten seien, welche durch den Begriff des Vertrages gefordert wird; 2) daß jede dieser Willenserklärungen für sich betrachtet gültig sei. — Der erste Punkt ist bereits im Vorhergehenden (§. 305 fg.) erörtert worden. Nur eine Consequenz des daselbst Gesagten ist es, daß beide Willenserklärungen auf Dasselbe gerichtet sein müssen. Wird daher die Annahme der gegnerischen Willenserklärung auf etwas Anderes gerichtet, als ihren wirklichen Inhalt, indem der Anwesende sich von ihrem Inhalt eine irrige Vorstellung macht, so ist die erklärte Annahme nur eine scheinbare, keine wirkliche. Jedoch schadet dabei eine Differenz in einem unwesentlichen Punkte nicht (§. 77). — Ueber die Gültigkeit der in dem Vertrage vereinigten Willenserklärungen, jede für sich betrachtet, entscheiden zunächst die allgemeinen Grundsätze von den Rechtsgeschäften (§. 70 fg.). Von denselben ist hier hervorzuheben der Satz, daß die Willenserklärung auch dann ungültig ist, wenn sie dem wirklichen Willen in einem wesentlichen Punkt nicht entspricht. Dieser Satz wird

<sup>1</sup> Vgl. Text zu Note 3.

<sup>2</sup> Ueber den Fall der Abweichung zwischen Punctation und Hauptvertrag s. Seuff. Arch. X. 242.

hier deswegen besonders hervorgehoben, weil zu dem oben (§. 76) Gesagten hinzuzufügen ist, daß, wenngleich in Folge einer Differenz zwischen der Erklärung und dem wirklichen Willen der Vertrag nichtig ist, doch der Erklärende dem andern Theil auf Ersatz des Nachtheils haftet, welcher demselben aus dem berechtigten Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrags erwachsen ist<sup>1</sup>. — Näher ist hier zu handeln von den Voraussetzungen der Gültigkeit der obligatorischen Willenserklärung mit Rücksicht a) auf ihre Form (§. 312); b) auf ihren Inhalt (§. 314 fg.); c) mit Rücksicht auf die Frage, ob zur obligatorischen Willenserklärung auch der Wille eines andern benutzt werden kann (§. 313).

#### A. Form des Vertrages.

#### §. 312.

Das römische Recht stellt die Regel auf, daß der obligatorische Vertrag, um ein Forderungsrecht zu erzeugen<sup>1</sup>, der Form der Stipulation<sup>2</sup> bedürfe. Von dieser Regel läßt es aber Aus-

<sup>1</sup> Nach dem in §. 307 Note 2 entwickelten Grundsatz. Vgl. Fhering s. 311. Jahrb. f. Dogm. IV S. 73 fg.

<sup>2</sup> Ueber die Frage, ob ohne Wahrung der Form auch *causa naturalis* §. 312. obligatio entstand, s. §. 289 Note 2.

<sup>3</sup> Das Charakteristische der Stipulation bestand darin, daß sie 1) durch mündliche Rede unter Gegenwärtigen, 2) durch Frage und Antwort abgeschlossen wurde. Uebrigens ist die Form der Stipulation im neuesten römischen Recht ungemein abgeschwächt. Zwar ist es nicht sicher, daß durch die bekannte Constitution von Kaiser Leo vom Jahr 469 (l. 10 C. de contr. stip. 8. 38) die Nothwendigkeit von Frage und Antwort aufgehoben worden ist, obgleich die Worte des Gesetzes kaum anders verstanden werden können, vgl. auch §. 1 I. de V. Q. 3. 18. Aber jedenfalls stand es schon früher fest, daß die Stipulation durch eine sie bezeugende Schrift ersetzt werden konnte (Paul. S. R. V. 7 §. 2, §. 17 I. de inut. stip. 3. 19, §. 8 I. de fidei. 3. 20, l. 30. 134 §. 2 D. de V. O. 45. 1, l. 57 D. de don. i. v. a. u. 241). Justinian hat ausdrücklich bestimmt, daß gegen eine solche Schrift kein anderer Gegenbeweis zulässig sei, als der Beweis der Abwesenheit von dem Orte des Datums (l. 10 C. de contr. stip. 8. 38); daß der Gegenbeweis nicht darauf gerichtet werden könne, daß die mündliche Verhandlung zwischen den Parteien nicht in der nöthigen Form stattgefunden habe, scheint nie bestritten worden zu sein. Gneist formelle Verträge S. 243—265, Keller S. 434—436. — Ueber die Verträge, welche man gemacht hat, für das spätere römische Recht auch einen Vertrag durch Schrift nachzuweisen (s. g. neuerer römischer Literalvertrag) s. namentlich Tropp in Zeyle und Tropp Abhandl. I Nr. 18, Bähr Amer-

nahmen zu, sei es daß es der Einigung der Parteien als solcher<sup>3</sup>, sei es daß es der Einigung der Parteien in ihrer Anknüpfung an eine von dem Gläubiger dem Schuldner gemachte Leistung<sup>4</sup> bindende Kraft zuschreibt.

Die römische Regel ist in Deutschland nicht zur Geltung gelangt. Nach einem unbestrittenen Gewohnheitsrecht gilt heutzutage die umgekehrte Regel, daß die irgendwie erklärte Einigung der Parteien ein Forderungsrecht erzeugt<sup>5</sup>. — Von dieser Regel gibt es Ausnahmen; jedoch sind dieselben nicht zahlreich<sup>6</sup>. Wo

tennung §. 36. 37 und Jahrb. f. Dogm. II S. 339—342; dagegen Sintonis in Sell's Jahrbüchern I S. 268—272, Sneyt formelle Verträge S. 321 fg., Arndts krit. Ueberschau IV S. 230—235, Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 67 fg. Ueber die ebenfalls hierher gehörige Schrift von Einert: über das Wesen und die Form des Literalcontractes, wie dieser zur Zeit der Justinianischen Gesetzgebung ausgebildet gewesen (1852), f. die Rec. von Fied. Heid. krit. Zeitschr. I S. 477 fg.

<sup>3</sup> Contractus qui consensu sunt (f. g. Consensualverträge); f. g. pacta praetoria und pacta legitima.

<sup>4</sup> Contractus qui re sunt, f. g. Realverträge. Daß die an eine Leistung des Gläubigers angeknüpfte Einigung auch ohne Form verbindlich sei, war zuerst nur für vier Verträge anerkannt (mutuum, commodatum, depositum, pignus); die Anerkennung der allgemeinen Regel gehört einer späteren Zeit an (vgl. Note 5). Jene vier Verträge pflegt man heutzutage benannte Realverträge, alle anderen Verträge, welche sich an eine von dem Gläubiger dem Schuldner gemachte Leistung anlehnen, unbenannte Realverträge (Innominat-Realcontracte) zu nennen.

<sup>5</sup> Vgl. zu dem bisher in diesem §. Gesagten v. d. Pfordten Abhandlungen Nr. 3, Savigny Obl. II §. 72—78, Schlesinger Formalcontracte S. 96—98. Ueber das Alter der Klagbarkeit der Consensual- und (benannten) Realcontracte ist die neueste Untersuchung die von Demelius Zeitschr. f. Rechtsgesch. II 3 (1863). Ueber das Alter der Klagbarkeit der unbenannten Realcontracte (actio praescriptis verbis) f. Voigt conditiones ob causam S. 402 fg. und die das. Note 426 Citirten. — Darf man, weil heutzutage die römische Regel nicht mehr gilt, sagen, wie häufig geschieht, daß es heutzutage keine Realcontracte mehr gebe? Nichts kann irrthümlicher sein. Es gibt heutzutage keine Verträge mehr, bei welchen eine Leistung des Gläubigers an den Schuldner aus formellen Gründen notwendig wäre; aber es gibt wohl Verträge, welche ihrem Inhalte nach eine Leistung des Gläubigers an den Schuldner voraussetzen. Vgl. v. d. Pfordten a. a. O. S. 298 fg., Friauf krit. Blätter S. 18 fg., Demelius Jahrb. f. Dogm. III 5 und §. 321 Note 10.

<sup>6</sup> So ist z. B. für den Schenkungsvertrag über einen Werth von mehr als 500 Ducaten gerichtliche Protokollierung, für den Vergleich über letztwillig

aber ausnahmsweise für einen Vertrag eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, ist derselbe nichtig, wenn die Form nicht gewahrt ist<sup>7</sup>. Formen, wie sie in neueren Gesetzbüchern<sup>8</sup> vorkommen, welche nicht die Gültigkeit, sondern nur die Klagbarkeit<sup>9</sup> oder nur die Beweisbarkeit<sup>10</sup> des Vertrages bedingen, kennt das gemeine deutsche Recht nicht.

Auch wo gesetzlich eine Form nicht vorgeschrieben ist, kann dieselbe von den vertragschließenden Parteien verabredet werden. Dieß kann in verschiedenem Sinne geschehen. a) Die Form soll zu dem vollendeten Vertrag als Beweismittel hinzukommen. Dann kann Vollziehung der Form, aber auch ohne dieselbe Erfüllung des Vertrages gefordert werden. b) Es liegt ein Vorvertrag vor, auf Abschluß des Vertrages in der bezeichneten Form. Dann kann dieser Abschluß gefordert werden. Möglicherweise kann aber auch c) die Absicht der Parteien die sein, daß vor Vollziehung der Form noch gar keine Gebundenheit stattfinden solle. Dann kann vor Vollziehung der Form jede Partei zurücktreten, verliert jedoch das gegebene Handgeld bez. den Werth des empfangenen<sup>11</sup>. Ist die verabredete Form die schriftliche, so tritt Gebundenheit nicht eher ein, bis die Urkunde in der Heinschrift von beiden Parteien unterzeichnet ist<sup>12</sup>.<sup>13</sup>

hinterlassene Elemente gerichtliche Beschäftigung vorgeschrieben. Der R. A. von 1551 §. 79 erklärt eine jede „Beschreibung oder Obligation“ zu Gunsten eines Juden für nichtig ohne gerichtlichen Abschluß.

<sup>7</sup> Vgl. Thöl Handb. I S. 375. 376.

<sup>8</sup> Vgl. Arndts in Ulrich's Arch. f. pract. R. I S. 133 fg.

<sup>9</sup> A. L. R. I 5 §. 131. 155. 156. Thöl Handb. I §. 59.

<sup>10</sup> Code civil Art. 1341. 1353.

<sup>11</sup> L. 17 i. f. C. de sile. instr. 4. 21.

<sup>12</sup> L. 17 C. cit.; vgl. pr. I. de emt. et vend. 3. 23, l. 2 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1. Ueber den wahren Sinn der in diesen Stellen enthaltenen gesetzlichen Vorschrift ist übrigens Streit. Nach einer anderen Meinung will diese Vorschrift besagen, daß in allen Fällen der Verabredung einer Schrift, also auch bei perfecten Verträgen, jeder Contractant zurücktreten könne. Eine Mittelmeinung nimmt an, das Gesetz verführe wenigstens für den Zweifelsfall Freiheit des Rücktritts. Meiner Meinung nach ist auch dieser letzte Gedanke in dem Gesetze nicht enthalten; aber freilich, wenn das, was verlegt, auch die Auslegung zuläßt, daß die Parteien sofortige Gebundenheit nicht gewollt haben, so wird man nach allgemeinen Auslegungsregeln (§. 88 Note 5) dieselbe nicht annehmen dürfen. Vgl. Ollst IV S. 566, Puchta §. 251. a. f., Arndts S. 374, Sintonis S. 243. 244, Keller S. 436. 437, Thöl



## 7. Vertrag durch den Willen eines Anderen\*.

## §. 313.

Daß der Vertragswille, wo die für die Erklärung vorgeschriebene Form kein Hinderniß in den Weg legt, auch durch das Organ eines Anderen erklärt werden kann, ist bereits bemerkt worden (§. 298). Es entsteht aber die fernere Frage, ob, wie die Erklärung des Vertragswillens, so auch der Vertragswille selbst, Vertretung zuläßt, d. h. ob für Jemanden ein Vertrag dadurch zu Stande kommen kann, daß der Wille eines Andern in seinem Namen, als sein Wille, erklärt wird<sup>1</sup>? Diese Frage ist im Allgemeinen bereits in der Lehre von den Willenserklärungen überhaupt (§. 73) beantwortet worden. Das römische Recht hat sie, wie überhaupt, so auch bei obligatorischen Verträgen, im Principe verneint. Nach römischem Recht bleibt demjenigen, welcher für einen Andern einen Vertrag abschließen will, nichts übrig, als den Vertrag auf seinen eigenen Kopf zu stellen und durch denselben zunächst sich selbst zu berechtigen und zu verpflichten, und nur indirect wird in der Weise geholfen, daß dem Vertreter die Befugniß gegeben wird, die von dem Vertragsschließenden erworbene Forderung für sich geltend zu machen, und umgekehrt dem Gläubiger die Befugniß, die von dem Vertragsschließenden

Handelsr. I §. 60. 61. a. N.; Senff. Arch. I. 198, VIII. 360, XII. 259, XVI. 102.

<sup>1</sup> Ueber den Fall, wo neben der von den Parteien vollzogenen Vertragsurkunde abweichende mündliche Verordnungen behauptet werden, s. Thöl a. a. D. S. 386—388 und Senff. Arch. VI. 19, IX. 233, X. 248, XIII. 216; vgl. auch das. III. 30. 154.

\* Literaturangaben bei §. 73. Hinzuzufügen: Mühlentruch Cession §. 5. 9—14 (3. Aufl. 1836), Kuhlstrat Arch. f. d. Praxis des Oberrhein. Rechts I S. 60 fg. (1843), ders. Arch. f. civ. Pr. XXX. 12. (1847), Scheurl krit. Ueberschau I. 14 (1853), Runge die Obligation zc. S. 264—301 (1856).

§. 313. <sup>1</sup> Der Verwalter eines fremden Vermögens gibt ein Darlehen im Namen des Principals. Ein Vormund verkauft im Namen des Mündels. Der Verwalter und der Vormund erklären nicht den Willen derjenigen, für welche sie handeln, sondern ihren eigenen Willen; aber sie wollen, daß ihre Willenserklärung als die Willenserklärung der Vertretenen rechtlich in Betracht kommen solle. — Die aufgeworfene Frage bezeichnet man gewöhnlich als die Frage nach der Zulässigkeit der Stellvertretung bei Verträgen. Vgl. §. 73 Note 2.

übernommene Verpflichtung gegen diesen geltend zu machen<sup>2</sup>. Das römische Recht hat jedoch dieses Princip nicht ausnahmslos durchgeführt. Es hat anerkannt, daß, wenn Jemand auf den Namen eines Andern Etwas mit der Auflage der Rückgabe hingebe, durch die Zustimmung des mit der Auflage Empfangenden ein Vertrag zwischen Diesem und dem Vertretenen zu Stande komme<sup>3</sup>. Im heutigen Recht ist das römische Princip durch Gewohnheitsrecht ganz beseitigt, und es gilt das umgekehrte Princip, daß, wo nicht die Eigenthümlichkeit des Vertrags besondere Hindernisse in den Weg legt, der Vertrag auch durch Vertretung des Willens geschlossen werden kann, in der Weise, daß

<sup>2</sup> Was darüber das römische Recht näher bestimmt, darf und muß, da es heutzutage nicht mehr praktisch ist (s. den Verfolg des Textes) hier übergangen werden. S. jedoch das specielle Obligationenrecht V. B. 1. 1. und vgl. Mühlentruch Cession §. 14, Buchka Stellvertretung §. 5—7, Savigny Obl. II §. 54. 55.

<sup>3</sup> Dieser Satz ist anerkannt für das Darlehen: 1. 9 §. 8 D. de R. C. 12. 1. 1. 35 §. 2 D. de don. 39. 5. 1. 126 §. 2 D. de V. O. 45. 1. 1. 2 C. per quas pers. 4. 27. Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 187—220, vgl. Buchka Stellvertretung S. 81—87, Pring krit. Blätter II S. 24—32, Savigny Obl. II S. 66, Scheurl krit. Ueberschau I S. 328, Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 238—287, Scheurl das. II S. 2, Jacobi das. IV. S. 292. Ihering stellt auch 1. 6 C. de don. i. v. e. u. 5. 16 hierher; mir scheint in dieser Stelle von der Begründung eines Forderungsrechtes für den Vertretenen nicht die Rede zu sein. L. 1 §. 11 D. dep. 16. 3 gehört entschieden nicht hierher; der Vertreter, von welchem dieselbe handelt, erklärt fremden Willen. Vgl. übrigens auch noch Schmid Cession S. 440. Ueber 1. 4 C. si cert. pot. 4. 2 s. unten Note 6. Das römische Recht verlangt nicht, daß das Hingegebene auch im Eigenthum des Vertretenen stehe; es soll genügen, daß es auf seinen Namen gegeben sei. Ihering a. a. D. vermittelte sich dies durch die Vorstellung, daß kraft einer praesumptio iuris et de iure das Hingegebene als im Eigenthum des Vertretenen stehend, und der Vertreter als das Organ seines Willens angesehen werde. Ich glaube nicht, daß diese Construction zutreffend ist. Wenn Jemand die vermeintliche Schuld eines Andern auf dessen Namen mit eigenen Gelde bezahlt, so erwirbt er demselben zwar die *condictio indebiti*, aber er erwirbt ihm nicht für den Fall des bösen Glaubens des Empfängers die *condictio litiosa*; d. h. es wird zwar angenommen, daß die Hingabe aus dem Vermögen des Vertretenen erfolgt sei, aber es wird nicht angenommen, daß der Hingebende in der Hingabe aufgehört habe, Eigenthümer des Hingegebenen zu sein. L. 6 §. 3 1. 47 l. 57 pr. D. de co ad. ind. 12. 6, 1. 6 C. cod. 4. 5 — 1. 18 D. de cond. furt. 13. 1, 1. 80 §. 7 D. de furt. 47. 2 (zu letzterer Stelle vgl. §. 427 Note 4).



aus demselben für den Vertreter gar keine Wirkungen entstehen, für den Vertretenen aber ganz dieselben, als wenn er den Vertrag selbst abgeschlossen hätte<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Die Willenserklärung des Vertreters wird rechtlich als Willenserklärung des Vertretenen gedacht, s. I §. 73 Note 16. Hinzuzufügen Scuff. Arch. IV. 111, XVII. 240. — Andere glauben, daß auch nach heutigem Recht der Vertreter aus dem von ihm abgeschlossenen Vertrag wenigstens formal berechtigt und verpflichtet werde, und daß der Gegensatz zwischen dem heutigen und dem römischen Rechte nur darin bestehe, daß nach heutigem Recht 1) der Contract auch im Ausdruck auf den Namen des Vertretenen gestellt werden könne; 2) daß die für den Vertreter entstandene Berechtigung und Verpflichtung in allen Fällen und ausschließlich Wirkung nur für den Vertretenen, nicht für den Vertreter habe. S. die in §. 73 Note 16 Genannten; außerdem Kunze a. a. O. (bei\*), Bähr Jahrb. f. Dogm. VI. S. 288, Jaun Arch. f. pract. RW. N. F. I S. 32—50. Zu dem a. a. O. Bemerkten füge ich noch Folgendes hinzu. Die bezeichneten Schriftsteller weichen in ihrer Auffassung noch von einander ab. Die Meisten geben dem Vertretenen Erfüllungsberechtigt und Erfüllungspflicht aus fremder Obligation; Kunze läßt für den Vertretenen eine „Zweiobligation“ entstehen bei Unwirksamkeit der „Stammobligation“ des Vertreters. Kunze erklart sich gegen die hier verteidigte Auffassung hauptsächlich aus praktischen Gründen. Er meint, daß, wenn die Willenserklärung des Vertreters als Willenserklärung des Vertretenen gedacht werde, sie auch aus der Person des Vertretenen beurtheilt werden müsse. (S. §. 73 a. E.) Ich kann diese Consequenz nicht zugeben. Es wird als Willenserklärung des Vertretenen gedacht nicht eine Willenserklärung gleichen Inhalts wie die des Vertreters, sondern eine Willenserklärung wie die des Vertreters, mit allen Besonderheiten, welche dieselbe aus dem Zustande des Innern des Vertreters empfängt. Kunze beruft sich ferner darauf, daß Fictionen Rechtsbehelfe seien, zu denen man nicht greifen sollte, wenn noch andere Mittel der juristischen Construction übrig seien. Mir scheint die hier aufgestellte Fiction nicht eine civilistische Construction zu sein, sondern der einfache Ausdruck des Parteinillens; die Parteien wollen, daß eine Handlung nicht dem Handelnden, sondern einem Andern zugerechnet werde. Daß für den Vertreter zwar kein Recht und keine Pflicht, aber doch die Form eines Rechtes und einer Pflicht entstehen sollte, wollen sie gewiß nicht. — Bgl. S. 52. „Durch ein Rechtsgeschäft, welches ein Procurist oder Handlungsbevollmächtigter gemäß der Procura oder der Vollmacht im Namen des Prinzipals abschließt, wird der Letztere dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet. Es ist gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen des Prinzipals geschlossen worden ist, oder ob die Umstände ergeben, daß es nach dem Willen der Contractanten für den Prinzipal geschlossen werden sollte. Zwischen dem Procuristen oder Bevollmächtigten und dem Dritten erzeugt das Rechtsgeschäft weder Rechte noch Verbindlichkeiten“. Dazu Art. 299. — Kann der Vertreter nicht wenigstens zur Erfüllung aus dem Vermögen des Vertretenen, insofern er solches in Händen hat, angehalten werden? Antwort: bloß auf Grund

Auch in Betreff der Vertretungsbefugniß gilt hier ganz das Gleiche, was oben für Willenserklärungen überhaupt gesagt worden ist (§. 74)<sup>5</sup>; nur ist hinzuzufügen, daß, wenn Jemand etwas auf den Namen eines Andern mit der Auflage der Rückgabe hingibt, dadurch diesem Andern ein Forderungsrecht auch ohne seinen Willen erworben wird<sup>6</sup>. Ebenso gilt auch hier, daß die mangelnde Vertretungsbefugniß durch hinterherige Genehmigung des Vertretenen ersetzt wird. Daß die Genehmigung noch bei Lebzeiten des Vertreters erfolge, ist nicht erforderlich; ebensowenig schadet eintretende Handlungsunfähigkeit desselben<sup>7</sup>.

davon, daß der Vertrag durch ihn zu Stande gekommen ist, nicht. Thöl Handb. I §. 26 Text hinter Note 18; Scuff. Arch. V. 279, VI. 33, XVII. 240.

<sup>5</sup> Vollmacht des Institor: Thöl Handb. I §. 30—31<sup>a</sup>, — des Procuristen und Handlungsbevollmächtigten des S. O. V.: das. Art. 41—51 Art. 53. 54.

<sup>6</sup> L. 9 §. 8 D. de R. C. 12. 1, 1. 35 §. 2 D. de don. 39. 5. Der aufgestellte Satz ist zweifellos für den Fall, wo der Hingebende dem Andern schenkt will; s. außer L. 35 §. 2 cit. nach l. 43 §. 1 l. 59 §. 2 D. de I. D. 23. 3, welche letzteren Stellen zwar nicht von einer vertragsmäßigen Obligation handeln, aber doch so viel beweisen, daß Jemand schenkungsweise auch ohne seinen Willen in die rechtliche Lage gebracht werden könne, als habe er unter einer Voraussetzung hingeeben. Dagegen ist der aufgestellte Satz nicht zweifellos für den Fall, wo der Hingebende demjenigen, auf dessen Namen er hingibt, das Hingeebene in Anrechnung bringen, ihn also mit einer Verpflichtung befaßen will. Mit einer Verpflichtung kann er ihn nicht ohne seinen Willen beladen; und läßt sich die Zuwendung von der darauf gelegten Verpflichtung trennen? Doch spricht für den aufgestellten Satz auch in dieser Ausdehnung l. 9 §. 8 D. de R. C. 12. 1; alle beschränkenden Auslegungen, welche man von dem Anfang dieser Stelle, worauf es hier ankommt, versucht hat, können dem Vorwurf der Willkürlichkeit nicht entgehen. Für nicht so beweisend halte ich l. 4 C. si cert. pot. 4. 2, welche von der *condictio sine causa* zu verstehen, mir nicht unmöglich scheint. Gegen die bezeichnete Ausdehnung spricht, daß die *condictio indebiti* demjenigen, auf dessen Namen gezahlt wird, wenn der Zahlende ihn die geleistete Zahlung anrechnen will, nicht ohne seinen Willen erworben wird, l. 47 D. de cond. ind. 12. 6, l. 18 D. de cond. fart. 13. 1, l. 30 §. 7 D. de fart. 47. 2. Bgl. über die verschiedenen Meinungen Brinz trit. Witter II S. 24 fg., 3 Hering Jahrb. f. Dogm. II S. 87 fg. und die von diesen Schriftstellern Citirten. — Brinz a. a. O. S. 37 ist der Ansicht, daß nach heutigem Recht ein Anderer schenkungsweise zum Gläubiger ohne seinen Willen durch jeden Vertrag eines Stellvertreters gemacht werden könne. Ich halte diese Behauptung für zu weit gehend.

<sup>7</sup> L. 24 §. 1 D. ratam rem 46. 8. Buchka Stellvertreter. S. 211, Brinz

Bis es sich entscheidet, ob die Genehmigung erfolgt oder nicht, bleibt der andere Contractant gebunden<sup>3</sup>, und kann auch durch den Vertreter, welchem gegenüber er sich gebunden hat, seiner Verpflichtung nicht entbunden werden<sup>2</sup>. Erfolgt die Genehmigung nicht, so ist der Vertreter, insofern er sich zur Beibringung der Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend verpflichtet hat, dem andern Contractanten zum Erlaß seines Interesse verbunden<sup>10</sup>.

### J. Inhalt des Vertrages.

#### §. 314.

1. Der Vertrag ist ungültig, wenn er die zu machende Leistung so unbestimmt läßt, daß dadurch alle Gebundenheit des Gläubigers ausgeschlossen wird<sup>1</sup>. Dieß ist aber nicht der Fall, wenn die zu machende Leistung nicht über Willkür, sondern dem Ermessen des Schuldners anheimgegeben ist, d. h. einer von demselben zu treffenden, den vorhandenen Umständen und Verhältnissen angemessenen Entscheidung<sup>2</sup>.

2. Ungültig ist der auf eine unmögliche Leistung gestellte Vertrag. Davon näher in §. 315.

3. Ungültig ist der unerlaubte Vertrag<sup>3</sup>. Unerlaubt ist

trit. Blätter II S. 40. — Wie ist es, wenn der Vertretene vor der Genehmigung stirbt? Prinz und Buchta lassen das Recht zur Genehmigung auf die Erben nicht übergehen. Mir ist das nicht zweifellos. Kann man nicht sagen, der Vertretene, da ihm das Recht, durch Genehmigung Gläubiger zu werden, gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann (Note 8. 9), sei in der gleichen Lage, wie derjenige, dem unter einer Bedingung Etwas versprochen worden sei?

<sup>1</sup> S. I. 24 D. de neg. gest. 3. 5 und I §. 74 Note 4.

<sup>2</sup> H. M. Buchta a. a. D. S. 211, Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 288, Seuff. Arch. VII. 273; übereinstimmend Prinz, a. a. D. S. 40.

<sup>3</sup> S. I §. 74 Note 8. Das HGB. Art. 55. 218 gibt dem andern Contractanten die Wahl, von dem Vertreter „Schadenersatz oder Erfüllung“ zu verlangen. Ebenso die allg. deutsche Wechselordn. Art. 95. Vgl. Buchta Stellvertret. S. 238, Prinz krit. Blätter II S. 39, T h 81 Handelsr. I S. 156, Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 289 sq.

<sup>4</sup> S. §. 254 Note 3.

<sup>5</sup> L. 3 C. de dot. prom. 5. 11, l. 69 §. 4 D. de I. D. 23. 3. Vgl. I. 24 pr. D. loc. 19. 2, l. 22 §. 1 D. de R. I. 50. 17; auch I §. 93 Note 7.

<sup>6</sup> L. 26 D. de V. O. 45. 1. „Generaliter novimus, turpes stipulationes nullius erant momenti“. L. 4 C. de contr. stip. 8. 38: — „cum omnia, quae

a) der Vertrag, welcher gegen die Sittlichkeit verstößt. Dieß ist der Fall, wenn der Vertrag auf Hervorrufung oder Beförderung des Verbotenen, oder auf Hinderung des Gebotenen gerichtet ist<sup>4</sup>; ferner wenn durch ihn auf die Freiheit des Entschlusses in Dingen eingewirkt werden soll, in welchen der Mensch sich durch äußere Motive nicht soll bestimmen lassen<sup>5</sup>; endlich kann der Vertrag auch wegen der Verwerflichkeit der Gesinnung, welche sich in ihm verräth, ein unsittlicher sein<sup>6</sup>. b) Durch besondere Rechtsvorschriften sind aus Gründen des öffentlichen Rechts noch andere Verträge verboten, z. B. der wucherische Zinsvertrag (§. 261), der Spielvertrag (§. 419)<sup>7</sup>.

4. Eine näher Betrachtung macht noch nothwendig die Frage, ob ein Vertrag gültig auch zu Gunsten oder zu Lasten eines Dritten abgeschlossen werden kann, so wie die fernere Frage, ob der Vertrag zu seiner Gültigkeit der Angabe seines Grundes bedarf. Davon in den §§. 316—318.

### Vertrag auf eine unmögliche Leistung.

#### §. 315.

Ist die Unmöglichkeit bloß eine subjective, so thut sie der

contra bonos mores vel in pactum vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sint“. L. 6 l. 30 C. de pact. 2. 3, Paul. S. R. III. 4 B §. 2. Vgl. I §. 94 Note 9—15.

<sup>4</sup> L. 27 pr. l. 35 §. 1 l. 123 D. de V. O. 45. 1, l. 6 §. 3 l. 22 §. 6 D. mand. 17. 1, l. 8 D. de cond. ob turp. caus. 12. 7, l. 5 C. eod. 12. 7, l. 27 §. 3 D. de pact. 2. 14. Seuff. Arch. I. 196, II. 19 (andere I. 195, VI. 167, X. 10. 129, XVIII. 28), IV. 18, V. 118, VI. 166, VII. 274 (bajr VIII. 25, XIV. 126. 143), VIII. 119 (andere III. 20, X. 146, XVI. 28), XI. 33, XII. 16—IV. 23, VII. 18, XII. 274, XIII. 14, XIV. 124, XIII. 42. Vgl. Seuffert Pand. S. 258 Note 1.

<sup>5</sup> L. 7 l. 1 D. de cond. 35. 1, l. 184 pr. l. 19 D. de V. O. 45. 1, l. 2 C. de inut. stip. 8. 38, l. 97 §. 20 de V. O. 45. 1. Vgl. §. 94 Note 13.

<sup>6</sup> So namentlich der Vertrag, durch welchen sich Jemand ein gebotenes Verhalten abkaufen läßt, l. 7 §. 3 D. de pact. 2. 14 (§. 94 Note 12); ferner der Vertrag über die Erbschaft eines noch nicht Gestorbenen, l. 30 C. de pact. 2. 3 (vgl. l. 2 §. 2 D. de vulg. 28. 6: — „improbum esse Iulianus existimat eum, qui sollicitus est de vivi hereditate“). Vgl. auch Seuff. Arch. VIII. 119 (andere III. 20, X. 146).

<sup>7</sup> S. im Allgemeinen l. 6 C. de pact. 2. 3, l. un. §. 16 C. de rei ux. act. 5. 13, Paul. S. R. III. 4 B §. 2.

Gültigkeit des Vertrages keinen Eintrag<sup>1</sup>; der Schuldner muß statt der Leistung, welche ihm unmöglich ist, dem Gläubiger sein Interesse in Geld vergüten<sup>2</sup>. Daß der Schuldner bei der Eingehung des Vertrages die Unmöglichkeit nicht kannte, befreit ihn von dieser Verbindlichkeit nicht<sup>3</sup>. Ist die Unmöglichkeit dagegen eine objective, so ist der Vertrag ungültig<sup>4</sup>; der Schuldner ist

§. 315. \* Literaturangaben bei §. 264.

<sup>1</sup> Stellen bei §. 264 Note 3.

<sup>2</sup> Mommsen Lehre vom Interesse §. 7—11, namentlich S. 50. 98 fg. Windscheid Heib. krit. Zeitschr. II S. 535. 536.

<sup>3</sup> So ist es namentlich ein anerkannter Satz, daß derjenige, welcher die Leistung einer fremden Sache verspricht, auf das Interesse haftet, ganz unabhängig davon, ob er die Sache für die seinige hielt oder nicht, und ob er im ersten Falle gute Gründe für seinen Glauben hatte oder nicht. L. 60 D. de evict. 21. 2, l. 17 C. de ad. instr. 4. 21. Mommsen a. a. D. S. 74 fg. — Ich habe früher den Satz aufgestellt (Heib. krit. Zeitschr. II S. 108—110), der Versprechende haften in dem Falle nicht, wenn früher eine Möglichkeit der Leistung vorhanden gewesen, diese aber durch eine inzwischen eingetretene, ihm unbekanntes Thatsache in eine Unmöglichkeit verkehrt worden sei, und in ähnlicher Weise hat sich auch Mommsen ausgesprochen (Beiträge zum Obligationenrecht II S. 12—21, III S. 407—410). Ich gebe diesen Satz jetzt auf. Denn sieht man auf den innern Grund desselben, so ist dieser Grund doch kein anderer, als der, daß der Versprechende an einer Unkenntnis der angegebenen Art ganz besonders unschuldig sei, — mehr, als an der Unkenntnis einer Unmöglichkeit, welche von Anfang an vorhanden gewesen ist. Aber dies ist eben irrig. Die Unkenntnis einer die Möglichkeit in Unmöglichkeit verkehrenden Thatsache kann dem Versprechenden viel mehr zur Last fallen, als die Unkenntnis einer Thatsache, welche die Möglichkeit von Anfang an ausgeschlossen hat, oder die nicht gehörige Werthschätzung der vorhandenen Thatsachen. Sieht man aber auf die Quellen, so ist der einzige Stützpunkt des aufgestellten Satzes die l. 65 D. de A. E. V. 19. 1. In derselben ist aber durchaus nicht gesagt, daß der verkaufte apud hostes befindliche Sklave ohne Wissen des Verkäufers in feindliche Gewalt gerathen sei. Die Stelle sagt von Wissen und Nichtwissen der Parteien gar nichts, und hat auch dann durchaus guten Sinn, wenn man annimmt, daß der Vertrag von beiden Seiten in vollkommener Kenntniss der Verhältnisse abgeschlossen worden sei, in der Erwartung oder für den Fall der Rückkehr des Sklaven. Jedensfalls ist die früher von mir vertretene Auslegung der Stelle viel zu unsicher, als daß dieselbe dem hier fraglichen Satz zur ausreichenden Stütze dienen könnte.

<sup>4</sup> Stellen bei §. 264 Note 2. — Eine einzelne hierher gehörige Frage ist folgende. Nichtig ist der Vertrag über eine nicht existirende Sache (l. 15 pr. l. 57 pr. §. 1 D. de contr. emt. 18. 1), nichtig der Vertrag über eine nicht existirende Erbschaft (l. 1. 7 D. de her. vend. 18. 4), — nicht nichtig der

ebensowenig, wie zur Leistung des Unmöglichen, zur Leistung eines Geldäquivalentes verpflichtet. Dies ändert sich auch dadurch nicht, daß derjenige, welchem versprochen wird, die Unmöglichkeit ohne seine Schuld nicht gekannt hat<sup>5</sup>, nicht einmal dadurch, daß der Versprechende sie gekannt hat<sup>6</sup>. Wohl aber ist der Versprechende, mag er die Unmöglichkeit gekannt haben oder nicht, wenn der Empfänger des Versprechens sie nicht kannte und nicht zu kennen brauchte, demselben zum Ersatz des Nachtheils verbunden, welcher ihm daraus erwachsen ist, daß er sich auf das Zustandekommen eines gültigen Vertrags verlassen hat<sup>7</sup>. — Ist

Vertrag über eine nicht existirende Forderung (l. 4. 6 eod., l. 74 §. 3 D. de evict. 21. 2; a. M. Schlemann Haftung des Lebenden S. 64). Wer erklärt sich das? Vgl. über die verschiedenen Ansichten Mommsen Unmöglichkeit S. 134, Windscheid Heib. krit. Zeitschr. II. S. 118, Brinz krit. Ueberschau V S. 297—299, Fhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 69—71, E. A. Seuffert in Seuffert Pand. §. 300 Note 5.

<sup>5</sup> Eine Ausnahme macht das römische Recht für den Fall, wo Jemand einen freien Menschen irriger Weise als Sklaven gekauft hatte. L. 70 D. de contr. emt. 18. 1, l. 34 §. 2 eod., l. 4 D. quib. ad lib. 40. 18, l. 39 §. 3 D. de evict. 21. 2. Einige unter den römischen Juristen gingen weiter und erklärten den Kauf einer jeden dem Verkaufer entzogenen Sache bei Unwissenheit des Käufers für gültig, l. 4—6 D. de contr. emt. 18. 1, §. 5 l. de emt. 3. 23. Die entgegengesetzte Ansicht ist vertreten in l. 22—24 l. 34 §. 1 l. 62 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1. Bei dem Widerspreche dieser Quellenansprüche wird man annehmen müssen, daß sie sich gegenseitig aufheben, und daß somit für die Gültigkeit des Kaufes in dieser Ausdehnung kein Zeugnis vorhanden ist. So im Resultate auch Mommsen Unmöglichkeit §. 13, Windscheid Heib. krit. Zeitschr. S. 115—117. Andere halten umgekehrt an der Gültigkeit des Kaufvertrages fest; s. die bei Mommsen §. 13 Note 1 Genannten und Brinz krit. Ueberschau V. S. 295—296 S. 300—301, welcher Letztere gar keinen Widerspruch in den Quellen zugestehen will. — Noch weiter geht Cavigny Obl. II §. 81. Derselbe behauptet Gültigkeit des Kaufvertrages und anderer gleichartiger Geschäfte bei jeder dem Käufer unbekanntem Unmöglichkeit. Diese Behauptung steht in offenbarem Widerspruch mit l. 15 pr. l. 57 pr. §. 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 7 D. de auct. vel her. vend. 18. 4. — Umgekehrt glaubt Fhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 63 fg., daß in den Quellen auch der Kauf eines freien Menschen bei Unwissenheit des Käufers nicht als gültig anerkannt werde, indem er die betreffenden Stellen auf das f. g. negative Vertragsinteresse (Note 7) bezieht.

<sup>6</sup> L. 57 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1.

<sup>7</sup> Das f. g. negative Vertragsinteresse (§. 307 Note 3), z. B. der Käufer hat auf die gekaufte Sache Verwendungen gemacht, er hat sich durch den Kauf

die Unmöglichkeit nur eine theilweise, so ist auch der Vertrag nur theilweise ungültig<sup>9</sup>; es müßte denn der Vertragswille auf den jetzt noch möglichen Theil der Leistung gar nicht gerichtet gewesen sein<sup>9</sup>. Ist das Letztere der Fall, so haftet der Versprechende gar nicht; im ersten Fall dagegen haftet er, wenn er die Unmöglichkeit gekannt hat, nicht bloß auf den möglichen Theil der Leistung, sondern auch auf das volle Erfüllungsinteresse im Betreff des un-

bestimmen lassen, von einem andern Kaufe abzusehen, von welchem er Vortheil gehabt haben würde. Der Unterschied dieses Interesses von dem Erfüllungsinteresse, d. h. Demjenigen, was der Gläubiger gehabt haben würde, wenn ihm die versprochene Leistung gemacht worden wäre, liegt auf der Hand. — Der Satz, welcher im Texte aufgestellt worden ist, wird von der herrschenden Meinung nicht anerkannt. Die herrschende Meinung gewährt dem Gläubiger einen Entschädigungsanspruch nur bei Arglist des Versprechenden (so auch Rommensen a. a. O. S. 109, Brinz a. a. O. S. 291, 299), und ich selbst habe mich früher in diesem Sinne ausgesprochen. Die herrschende Meinung ist bekämpft worden von Ihering Jahrb. f. Dogm. IV. 1 (1861); demselben folgt in Allem Dagerow in der neuesten Auflage I Ann. zu §. 109. Auch ich halte jetzt an der herrschenden Ansicht nicht mehr fest. Ich glaube nicht, daß es möglich ist, sie gegenüber l. 8 §. 1 D. de rel. 11. 7, l. 8 D. de hor. vel act. vend. 18. 4 aufrecht zu halten. Die Annahme, daß in diesen Stellen Arglist des Versprechenden vorausgesetzt werde, ist durchaus willkürlich; auch die l. 21 pr D. de A. E. V. 19. 1 macht die Annahme von Arglist nicht nötig. Wenn ich aber in der Sache selbst mit Ihering einverstanden bin, so doch nicht in der Construction des aufgestellten Satzes. Ihering gründet denselben auf die Verschuldung des Contrahenten. Nach dieser Construction müßte man denselben also freilassen, wenn ihm aus seiner Nichtkenntniß der Unmöglichkeit ein Vorwurf nicht gemacht werden könnte; davon aber enthalten die Quellen nichts. Auch will Ihering dieß nicht; denn, sagt er, schon darin liegt eine Verschuldung, daß Jemand contrahiert, ohne seiner Sache völlig gewiß zu sein (S. 36). Aber das heißt doch nichts Anderes, als: man ist in Verschuldung, wenn man versprochen hat in der Annahme einer Möglichkeit, wo eine Unmöglichkeit vorliegt. Es wird hier Verschuldung genannt, was möglicherweise ganz unverschuldet sein kann. (Die hauptsächlichsten hier in Betracht kommenden Stellen aus Ihering's Aufsatz sind: S. 26, 29, 34, 40, 41, 42, 43, 52, 60—62). Die Construction, welche ich für die richtige halte, ist bei §. 307 Note 2 angegeben.

<sup>9</sup> Rommensen a. a. O. §. 17—19 und dazu Windscheid a. a. O. S. 119—126; auch Rommensen Lehre von der Mora S. 411—413.

<sup>9</sup> Dat derjenige, welcher ein Haus versprochen hat, auch die Brandstätte versprechen wollen, welche zur Zeit des Versprechens allein noch vorhanden war? L. 1 §. 9 D. de O. et A. 44. 7, l. 57 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1.

möglichen<sup>10</sup>. Hinterheriger Wegfall der Unmöglichkeit macht den Vertrag nur dann gültig, wenn dieser Wegfall in der Natur der Unmöglichkeit begründet, nicht, wenn er zufällig ist<sup>11</sup>.

### Vertrag zu Gunsten eines Dritten\*.

#### §. 316.

Kann ein Vertrag eine Leistung an einen Dritten zum Gegenstand haben? Diese Frage hat einen doppelten Sinn. 1) Entsteht aus einem solchen Vertrage ein Forderungsrecht für denjenigen, welcher sich das Versprechen geben läßt? 2) Entsteht aus demselben ein Forderungsrecht für den Dritten?

1. Ein Forderungsrecht für denjenigen, welcher sich das Versprechen geben läßt, entsteht aus dem Vertrage bestragen nicht weniger, weil das Versprechen darauf gerichtet ist, daß der Versprechende eine Leistung an einen Dritten machen wolle. Wer sich eine Leistung an einen Dritten versprechen läßt, läßt sich in der That eine Leistung zu seinen eigenen Gunsten versprechen; sein Interesse geht eben darauf, daß nicht ihm, sondern dem Dritten geleistet werde; in der Person des Dritten wird ihm selbst geleistet<sup>1</sup>. Von welcher Art das Interesse ist, welches er daran hat, daß dem Dritten geleistet werde, ist nach heutigem Recht gleichgültig; namentlich ist es nicht erforderlich, daß dieses Interesse eigennütziger Art sei, es kann seinen Grund auch in reinem

<sup>10</sup> L. 57 §. 1 cit. — Eine nicht hierher gehörige, obgleich verwandte Frage ist es, inwiefern bei Verträgen auf Leistung gegen Gegenleistung, wenn bei Eingehung des Vertrages die Gegenleistung theilweise unmöglich ist, gegen den noch möglichen Theil derselben ein entsprechender Theil der Gegenleistung erlangt werden kann. S. darüber §. 321 Note 21.

<sup>11</sup> §. 2 I. de inut. stip. 3. 19, l. 83 §. 5 D. de V. O. 45. 1. Bgl. l. 35 §. 1 eod. Rommensen a. a. O. §. 16.

\* Beseler Lehre von den Erbverträgen II. 1 S. 71—83 (1837), deutsch. Privat. II S. 291—295 (1853). Strippelmann Entscheidungen des OVG. zu Cassel V S. 1 fg. (1848). Busch Doctrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter (1860). Bähr Jahrb. f. Dogm. VI. 3 (1862). Jaun Arch. f. pract. RW. N. F. I S. 42 fg. (1864).

<sup>1</sup> Beispiele: l. 38 §. 20—23 D. de V. O. 45. 1 (§. 20 I. de inut. §. 316. stip. 3. 19).

Wohlwollen gegen den Dritten haben<sup>2</sup>. Hat aber derjenige, welchem das Versprechen gegeben wird, gar kein irgendwelches Interesse an der dem Dritten zu machenden Leistung, so ist auch nicht anzunehmen, daß er ein Forderungsrecht auf dieselbe habe erwerben wollen; es liegt dann nicht sowohl ein Vertrag vor, als eine juristisch gleichgültige Verabredung<sup>3</sup>.

2. Für den Dritten, welchem nach Inhalt eines Vertrages geleistet werden soll, läßt das römische Recht ein Forderungsrecht dem Principe nach nicht<sup>4</sup>, sondern nur in einer Reihe ausgenommener Fälle entstehen. Diese Fälle sind folgende:

<sup>1</sup> §. 251 Note 3 Ueber das römische Recht s. die daselbst citirten Stellen, namentlich l. 38 §. 17 D. de V. O. 45. 1 (§. 19 I. de iur. stip. 3. 19): — „ceterum, ut alii detur, nihil interest mea“. Aber vgl. auch l. 13 pr. D. de pign. act. 13. 7, nach welcher der Pfandgläubiger, welcher unter der Bedingung der Auflösung des Kaufvertrags bei Restitution des Kaufpreises durch den Eigenthlümer verkauft hat, zur Cession seiner actio venditi an diesen Letzteren soll genötigt werden können; was für ein vermögensrechtliches Interesse hat der Pfandgläubiger an der Wiederauflösung des Kaufvertrages?

<sup>2</sup> Z. B. Jemand redet einem Freunde zu, er möge doch seine Schulden bezahlen, und dieser erklärt endlich: Gut, ich verspreche dir, morgen Alles zu bezahlen, was ich schuldig bin (Bähr S. 33). Hier hat sich weder der Versprechende verbindlich machen wollen, noch hat der Empfänger des Versprechens Gläubiger werden wollen. — Drückt man das im Texte Gesagte so aus: der Vertrag zu Gunsten eines Dritten sei ungültig, wenn der Empfänger des Versprechens an der dem Dritten zu machenden Leistung kein Interesse habe, so erweckt man die Vorstellung, als müßte da, wo der Gläubiger- und Schuldnerwille fehlet, noch erst ein besonderes Interesse des Gläubigers nachgewiesen werden, und diese Vorstellung ist sehr unrichtig. Steht der Gläubigerwille fest, so ist eben dadurch auch das Interesse des Stipulirenden dargethan; Niemand will Gläubiger werden, wer nicht ein Interesse an dem Gläubigerwerden hat. Wenn ich nicht irre, ist es derselbe Gedanke, welchen Bähr a. a. O. S. 136 fg. so ausdrückt: der Empfänger des Versprechens erwerbe ein Forderungsrecht dann, wenn „die Causalbeziehung des Versprechens (das warum? aus welchem versprochen wird) in dem Verhältniß des Promittenten zum Promissar (nicht zu dem Dritten) gelegen (sei)“. Es scheint mir nicht, daß durch diese Formulirung das Verständniß gefördert wird. Vgl. auch Beseler Erbrecht. S. 75, deutsch. Privatr. S. 292, Busch S. 41.

<sup>4</sup> L. 11 D. de O. et A. 44. 7: „Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inane actum nostrum efficiunt, et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus“. L. 1 C. per quas pers. 4. 27 (1 §. 73 Note 4). L. 126 §. 2 D. de V. O. 45. 1, l. 73 §. 4 D. de

a) wenn bei einer Schenkung dem Beschenkten eine Herausgabe an eine Dritten auferlegt wird<sup>6</sup>;

b) wenn bei der Bestellung einer Dos für die Frau dem Empfänger die Herausgabe der Dos an die Frau oder deren Descendenten auferlegt wird<sup>6</sup>;

c) wenn die Sache eines Dritten hinterlegt oder geliehen wird, mit der Auflage, sie nicht dem Hingebenden, sondern dem Dritten herauszugeben<sup>7</sup>;

d) wenn Jemandem etwas mit dem Auftrage übergeben wird, es einem Dritten zu überbringen<sup>7</sup>;

R. I. 50. 17, l. 19 l. 26 C. de I. D. 5. 12. L. 26 cit. „Si genero dotem dando pro filia pater communis eam reddi tibi extraneo constituto stipulatus est, nec sibi cessante voluntate, nec tibi prohibente iure quaerere potuit actionem“.

<sup>5</sup> L. 3 C. de don. quas sub modo 8. 55. Die Vorschrift ist von Diocletian und Maximian, aus dem Jahre 290, beruft sich jedoch auf eine Entscheidung der divi principes. Uebrigens wird diese Stelle sehr verschieden aufgefaßt. a) Es wird behauptet, daß sie dem Dritten nicht sowohl ein Forderungsrecht auf Erfüllung der Auflage, als vielmehr ein Forderungsrecht auf Rückgabe der Schenkung wegen Nichterfüllung der Auflage gebe. So Exleben cond. sine causa II S. 300—310; Andere gewähren die Rückforderung wenigstens neben der Forderung auf Erfüllung, Meyerfeld Lehre von den Schenkungen I S. 422. Dagegen Savigny Syst. IV S. 284—286, Windscheid Voraussetzung S. 174, Buchla Stellvertretung S. 114, Schmid Cession S. 449—453. b) Es wird behauptet, daß der Dritte kein selbständiges Forderungsrecht auf Erfüllung habe, sondern ein von dem Schenkenden (durch fingierte Cession) abgeleitetes. So Mühlentbruch Cession S. 97 fg., Meyerfeld a. a. O., und namentlich Schmid a. a. O. Dagegen Savigny, Buchla, Windscheid a. a. O., s. Letzteren auch in der Schrift über die Actio r. S. 129. Diese Frage wiederholt sich für die im Folgenden genannten Fälle. — S. auch unten Note 15<sup>a</sup>—16.

<sup>6</sup> L. 45 D. sol. matr. 24. 3, l. 7 C. de pact. conv. 5. 14. Die letztere Stelle ist von Diocletian und Maximian, aus dem Jahre 294. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß die Pandektenstelle interpolirt sei. Die beiden Schlüßsätze „sed dicendum est“ und „sed permittendum est“ scheinen kaum von dem gleichen Verfasser herrühren zu können. Vgl. auch Schmid Cession S. 453—460.

<sup>7</sup> L. 8 C. ad exh. 3. 42. Die Stelle ist von Diocletian und Maximian, aus dem Jahre 293. S. auch l. 19 D. de iur. 4. 32. Vgl. Fhering Jahrb. f. Dogm. II S. 116—120, Schmid Cession S. 439—445, Dernburg Pfandrecht I S. 155—157.

<sup>7a</sup> Dieser Fall ist bereits in der classischen Jurisprudenz anerkannt, unter Verwerthung des Gesichtspunktes der negotiorum gestio. L. 6 §. 2 D. de neg.

e) wenn Jemand sich etwas für seine Erben<sup>8</sup>, oder einen seiner Erben versprechen läßt;

f) wenn der Vertreter einer juristischen Person oder ein Vormund sich etwas für den Vertretenen versprechen läßt<sup>10</sup>;

g) wenn der verkaufende Pfandgläubiger zu Gunsten des Eigenthümers Wiederauflösung des Kaufvertrags für den Fall der Rückgabe des Kaufgeldes durch denselben bedingt<sup>11</sup>.

gest. 3. 5. „Si quis pecuniam vel aliam quamdam rem ad me perforandam acceperit, quia meum negotium gessit, negotiorum gestorum mihi actio adversus eum competit“. Vgl. §. 431 Note 5.

<sup>8</sup> Nach der Vorschrift Justinians in der l. un. C. ut act. ab her. 4. 11, während im früheren Recht der Grundsatz galt: ab heredis persona obligationem (actionem) incipere non posse, l. un. cit. und Gai. III. 100. 117. 158. Scheurl Beiträge I Nr. 3 hat die Ansicht aufgestellt, daß die l. un. cit. die bezeichnete Vorschrift nicht enthalte, daß vielmehr Justinian in derselben nur die Vorschrift der l. 11 C. de contr. stip. 8. 38, wozumach es erlaubt sein soll, sich etwas für die Zeit nach seinem Tode versprechen zu lassen, habe wiederholen und gegen Anfechtung sichern wollen. Die Sache ist nicht unzweifelhaft (vgl. auch §. 13 I. de laut. stip. 3. 19); doch scheint mir die Bestimmtheit der Verfügung in l. un. cit. gegen die Scheurl'sche Ansicht zu sprechen. Nebenfalls konnte man sich bereits nach klassischem Recht für sich und seine Erben selbst dann mit Wirksamkeit versprechen lassen, wenn das Forderungsrecht nicht vererblich war, in welchem Falle doch in der That eine Obligation für die Erben begründet wurde, — l. 38 §. 12. 14 l. 137 §. 8 D. de V. O. 45. 1 (vgl. l. 13 C. de contr. stip. 8. 38), l. 33 D. de pact. 2. 14 (pactum de non potendo in personam).

<sup>9</sup> Die Beschränkung auf einen der Erben war bereits nach klassischem römischem Recht in dem Falle, wo nach demselben überhaupt eine Obligation für den Erben begründet werden konnte (Note 8) zulässig, l. 33 D. de pact. 2. 14, l. 137 §. 8 D. de V. O. 45. 1 (vgl. l. 56 §. 1. eod.). Nach Scheurl's Ansicht (Note 8), nach welcher auch nach Justinianischem Recht der Vertrag immer auf die Person des Erblassers mit gestellt werden muß, ist eine Beschränkung auf einen der Erben nur bei Unvererblichkeit der Forderung zulässig. — Vgl. über das in dieser und der vorigen Note Gesagte noch Buchta Stellvertret. §. 8, Derenburg Heidelb. lit. Zeitschr. I S. 3—5, Bangevow III S. 311. 312.

<sup>10</sup> L. 5 §. 1 D. de pec. const. 13. 5. L. 28 §. 1 D. de pact. 2. 14 gehört nicht hierher. Dem Mündel wird hier nicht das Recht gegeben, sich auf den Vertrag des Vormundes, sondern das Recht, sich auf die einseitige Willenserklärung des Gläubigers zu berufen (er bekommt exceptionem doli, nicht pacti). Vgl. l. 10 §. 2 l. 15 l. 25. §. 2 eod.

<sup>11</sup> L. 13 pr. D. de pign. act. 13. 7, vgl. l. 7 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5. Die Ausnahme ist weniger weitgehend, als die bisher genannten. Denn jeden-

Außerdem wurde das römische Princip für gewisse Fälle durch ein anderes Princip unanwendbar gemacht, das Princip nämlich, daß der Gewaltunterworfenen Erwerborgan des Gewalthabers sei<sup>12</sup>.

In Deutschland hat aber Doctrin und Praxis von jeher weiter gedrängt<sup>12</sup>. Es ist dieß eine Thatsache, welche nicht igno-

falls kann der Dritte nach dem Rechte der auflösenden Bedingung als Eigenthümer auftreten („debitor . . . vindicare rem poterit“). Warum sollte ihm da nicht erlaubt werden, sich auf den Vertrag zwischen Verkäufer und Käufer zu berufen („aut in factum actione adversus emptorem agere“)? Vgl. noch Schmid Cession S. 460 fg.

<sup>12</sup> Daher konnte sowohl der Gewaltunterworfenen sich für den Gewalthaber, als der Gewalthaber sich für den Gewaltunterworfenen gültig versprechen lassen; im ersten Falle machte der Stipulant den Gewalthaber, im zweiten Falle durch die Person des Gewaltunterworfenen sich selbst zum Gläubiger; §. 4 I. de inat. stip. 3. 19, l. 38 §. 17 l. 39 l. 45 pr. l. 56 §. 3 l. 130 D. de V. O. 45. 1, l. 2 C. de contr. stip. 8. 38. Der Gewalthaber konnte sich aber für den Gewaltunterworfenen auch nur Dasjenige gültig versprechen lassen, was er durch denselben wirklich erwarb, l. 130 cit. Doch ging man so weit, die Stipulation: post mortem meam alias dari für gültig zu erklären, l. 45 §. 2 D. de V. O. 45. 1, l. 9 l. 23 D. de pact. dot. 23. 4.

<sup>13</sup> S. die Nachweisungen bei Buchta Stellvertretung S. 168 fg., und vgl. auch Delbrück die Uebernahme fremder Schulden S. 81—107. In der neueren Zeit ist in der Doctrin eine entschiedene Reaction zu Gunsten des reinen römischen Rechts eingetreten; s. namentlich Buchta a. a. O. S. 187—202, Savigny Obl. II §. 59 und die Lehrbücher von Buchta §. 256. 273. b. Arnolds §. 246, Keller S. 461. 462, Sintenis §. 102 Note 3 und 4. Dagegen zeigt die Praxis noch immer eine ebenso entschiedene Neigung, dem Dritten aus den zu seinen Gunsten abgeschlossenen Verträgen ein Forderungsrecht auch in den vom römischen Recht nicht anerkannten Fällen zuzugestehen. In diesem Sinne haben sich ausgesprochen die Oberappellationsgerichte zu Cassel (Senff. Arch. III. 31. 32. 34 und in dem Anhang der bei \* citirten Schrift von Busch die Nummern 1—4, 6—7, 9—10, 12—15), Dresden (Senff. Arch. III. 312, VI. 31, XVI. 38, Busch Nr. 16—21), Darmstadt (Senff. Arch. VIII. 29, X. 152, Busch Nr. 37—39), das D. A. G. und der Cassationshof zu Wollensbüttel (Senff. Arch. XI. 133, XII. 142, XIV. 131, XVI. 182, Busch Nr. 40. 41. 43) und das Spruchcollegium zu Leipzig (Busch Nr. 22). Für einzelne Fälle gehen über das römische Recht hinaus das D. A. G. zu Wiesbaden (Senff. Arch. X. 33) und das D. A. G. zu Celle (Senff. Arch. V. 299), welches letztere Gericht im Uebrigen principieell an dem römischen Rechte festhält; s. auch das. XIV. 3. Für principielles Festhalten am römischen Recht haben sich ferner ausgesprochen die Oberappellationsgerichte zu Kiel (Senff. Arch. IX. 18, Busch Nr. 44), Lübeck (Senff.

rrit werden darf, in welcher vielmehr der Zug eines modernen Rechtsbewußtseins erkannt werden muß. In welcher Weise aber demselben Befriedigung verschafft werden soll, ist eine schwierige und bestrittene Frage. Das Richtige scheint, in folgender Weise zu unterscheiden<sup>14</sup>.

a) Vermögenszuwendungen mit der Auflage einer Herausgabe zu Gunsten eines Dritten geben diesem Dritten ein Forderungsrecht<sup>15</sup>. Dieses Forderungsrecht hat seinen Grund in der Auflage, dem Befehl des Zuwendenden; der Wille desselben erzeugt eine Rechtswirkung in der nämlichen Weise, wie der Wille

Arch. XI. 83, Busch Nr. 35), und namentlich das D. A. G. zu Jena (Seuff. Arch. VII. 22. 23, Busch Nr. 23. 24. 26); jedoch ist dieses letztere Gericht sich nicht konstant geblieben (Seuff. Arch. II. 213, VIII. 30, Busch Nr. 25. 27. 30). Zweifelsd. spricht sich aus das Urtheil des D. A. G. zu Stuttgart bei Seuff. Arch. XV. 214.

<sup>14</sup> Diese Unterscheidung wird gewöhnlich nicht gemacht. Schlimmer ist, wenn man den Vertrag zu Gunsten eines Dritten mit dem im Namen eines Dritten abgeschlossenen Vertrag zusammenwirft. Dies ist namentlich in früherer Zeit vielfach geschehen (s. die Nachweisungen bei Buchka a. a. D.), und kommt auch heutzutage noch vor. Und doch ist der Unterschied ein auf der Hand liegender. Wer einen Vertrag im Namen eines Andern abschließt, will, daß der Andere als Vertragsschließender rechtlich in Betracht kommen solle; wer einen Vertrag zu Gunsten eines Andern abschließt, will selbst als Vertragsschließender rechtlich in Betracht kommen, aber sein Vertrag soll eine rechtliche Wirkung für den Andern erzeugen.

<sup>15</sup> Ich nehme hier eine gewohnheitsrechtliche Ausdehnung der Vorschrift der l. 3 C. de don. quass sub modo S. 65 an (s. übrigens auch Windscheid Voraussetzung S. 174). Aus dem modernen Rechtsleben kommen hier namentlich in Betracht die häuerlichen Güterübergaben mit Stipulation einer Abfindung für die Geschwister, und die Erbverträge mit Auflagen zu Gunsten Dritter. Für den ersten Fall hat auch das D. A. G. zu Jena ein Forderungsrecht des Dritten anerkannt (Seuff. Arch. II. 213, Busch Nr. 27, anders freilich das. Nr. 26); s. außerdem die Plenarbeschlüsse des Geh. Obertribunals zu Berlin vom 22. Juni und 25. August 1846 (Seuff. Arch. I. 73, III. 90, Busch Nr. 32). Für den zweiten Fall wird dem Dritten ein Forderungsrecht selbst von Soldaten zugesprochen, welche sonst an dem römischen Recht festhalten, so von Buchka a. a. D. S. 194 fg., dem D. A. G. zu Lübeck (Seuff. Arch. III. 34), und dem zu Celle (das. V. 299). Mühl- leubrunch Forts. v. Glück XXXVIII S. 68 fg. will dem Dritten aus dem Erbvertrage nur dann ein Forderungsrecht auf Grund der l. 3 C. cit. geben, wenn derselbe eine reine Schenkung an den Vertragserben enthalte, und nicht demselben Auflagen zu Gunsten des künftigen Erblassers mache.

des Erblassers in der Errichtung eines Vermächtnisses<sup>15a</sup>. Deswegen wird das Forderungsrecht dem Dritten erworben ohne sein Zut thun<sup>15b</sup>, und kann ihm ohne sein Zut thun nicht mehr genommen werden<sup>16</sup>, — es wäre denn, daß die ihm gemachte Zuwendung eine Zuwendung auf Todesfall ist.

b) Wenn dieser Gesichtspunkt nicht maßgebend ist, so ist zuzusehen, ob nicht die Willenserklärung des Versprechenden in der Weise aufgefaßt werden kann, daß in ihr enthalten ist nicht bloß die Erklärung des Willens, Schuldner des Empfängers des Versprechens, sondern auch die Erklärung des Willens, Schuldner des Dritten werden zu wollen<sup>16</sup>. In diesem letzteren Falle kommt durch die nachträgliche Acceptation des Dritten<sup>16</sup> zwischen dem Dritten und dem Versprechenden ein Vertrag zu Stande, welcher jenen zum Gläubiger und diesen zum Schuldner macht<sup>17</sup>. Vor

<sup>15a</sup> Savigny System IV S. 286.

<sup>15b</sup> Daß der Dritte ein Forderungsrecht nicht erst durch seinen Beitritt erwirbt, geht daraus hervor, daß die l. 3 C. cit. dem Erben des Dritten ein Klagerrecht zuspricht. (A. M. in dieser letzteren Beziehung Erleben [Note 5], in der Unterstellung, daß das von der Stelle gewährte Forderungsrecht die *condictio ob causam datorum* sei.)

<sup>16</sup> A. M. Buchka Stellvertretung S. 114, mit Berufung auf das Vermächtnisrecht. Aber die Analogie des Vermächtnisses wird ja hier nur deswegen angezogen, um die Wirksamkeit einer einseitigen Willenserklärung zu erläutern; es wird nicht gesagt, daß die Willenserklärung, um die es sich hier handelt, Vermächtnis sei. Das sagt auch Savigny (Note 15<sup>a</sup>) nicht. A. M. auch Sintenis I §. 21 Note 36; vgl. noch Erleben (Note 5) S. 308 fg.

<sup>17</sup> So z. B. bei der Schulübernahme, wohl dem wichtigsten der hierher gehörigen Fälle. Anders, wenn der neue Contract nicht erklärt, daß er in die Schuld eintrete, sondern nur verspricht, den Schuldner gegen das Anbringen des Gläubigers schützen zu wollen. Man denke ferner an den Fall, wo Jemand den Dritten in eine Lebensversicherungsgesellschaft, Sparcasse etc. einkauft. Die Gesellschaft erklärt sich als Schuldnerin nicht bloß dem Einkäufer, sondern auch dem Dritten gegenüber. — Daß bei der Schulübernahme der Vertragswille nicht sowohl auf Begründung einer neuen Obligation, als auf den Uebergang einer bestehenden gerichtet ist, macht keinen Unterschied.

<sup>18</sup> Wie dieselbe erfolgt, ist gleichgültig; sie liegt auch in der Erhebung der Klage.

<sup>19</sup> Es bieten sich drei Wege theoretischer Construction dar, um dem Zuge der modernen Doctrin und Praxis, welcher auf Anerkennung eines Forderungsrechts des Dritten über die vom römischen Recht gezogenen Grenzen hinaus drängt, Befriedigung zu verschaffen. 1. Man läßt das Forderungsrecht



der Acceptation kann der Dritte nicht bloß dadurch, daß die Parteien den Vertrag wieder aufheben, sondern auch durch einseitigen Rücktritt des Versprechenden ausgeschlossen werden<sup>20</sup>. Ob derjenige, welcher das Versprechen entgegengenommen hat, die Absicht hat, eine Liberalität gegen den Dritten zu üben oder nicht, ist gleichgültig<sup>21</sup>.

o) Trifft auch dieser Gesichtspunkt nicht zu, so ist ein Forderungsrecht zu Gunsten des Dritten, abgesehen von den oben unter a—g genannten Fällen, nicht anzuerkennen.

### Vertrag zu Lasten eines Dritten.

#### §. 317.

Wenn Jemand die Handlung eines Dritten verspricht, so

des Dritten entstehen aus dem Befehl des Promissars, nach Analogie der Vermächtnisse. Dieser Gesichtspunkt ist so eben für gewisse Fälle geltend gemacht worden. 2) Man sieht das Forderungsrecht des Dritten als eine Erstreckung des Forderungsrechtes des Promissars an, und führt dasselbe auf eine stillschweigende oder eine gesetzliche Cession zurück. Dieß ist die herrschende Meinung. Jann a. a. O. hält sie bereits nach römischem Recht für begründet; Bähr a. a. O. hat ihr neuerlich die Modification gegeben, daß der Dritte nicht als Cessionar, sondern als bloßer Mandatar anzusehen sei. Dieser Auffassung steht entgegen, daß sehr häufig der Promissar durchaus nicht die Absicht hat, den Dritten zum Gläubiger zu machen. So will namentlich bei der Schuldübernahme der alte Schuldner nur sich sichern, nicht dem Gläubiger ein neues Forderungsrecht zuwenden. 3) Die dritte mögliche Construction ist die hier vertretene. Sie postuliert als Satz des heutigen Rechts, daß der Schuldnerwille nicht dem Gläubiger gegenüber erklärt zu werden braucht, und beruft sich zum Beweise desselben auf die Anklöbung (§. 309).

<sup>20</sup> Die herrschende Meinung nimmt an, daß vor dem Beitritt, der Acceptation, des Dritten das Forderungsrecht desselben zwar nicht durch einseitigen Rücktritt eines der Contractanten, wohl aber durch übereinstimmende Willenserklärung derselben, nicht auch ihrer Erben, ausgeschlossen werden könne. Die hier vertretene Ansicht erklärt zwar auch den einseitigen Rücktritt des Promissars, nicht aber den des Promittenten für gleichgültig. Nach der Ansicht von Bähr erhält der Dritte auch durch seinen Beitritt kein unwiderrufliches Forderungsrecht; auch nach seinem Beitritte soll ihm dasselbe zu jeder Zeit genommen werden können, und zwar sowohl durch die einseitige Erklärung des Promissars, als die des Promittenten, durch die erstere nur dann nicht, wenn auch der Promittent ein selbständiges Interesse dabei habe, an den Dritten zu leisten.

<sup>21</sup> Busch a. a. O. nimmt ein das Forderungsrecht des Dritten anerkennendes Gewohnheitsrecht nur für den ersten Fall an.

verpflichtet er dadurch den Dritten nicht, bloß mit Ausnahme des Falles, wo er die Handlung seines Erben oder eines seiner Erben verspricht<sup>1</sup>. Weiter ist in dieser Beziehung auch das heutige Recht nicht gegangen<sup>2</sup>. Dagegen verpflichtet er sich selbst, wenn die Absicht des Vertrages hierauf geht, sei es, daß er verpflichtet werden soll, nach seinen Kräften dafür zu sorgen, daß der Dritte in der bezeichneten Weise handele, oder auch darauf, daß er unter allen Umständen für das Handeln des Dritten einstehe<sup>3</sup>.

### Grund des Vertrages\*.

#### §. 318.

In verschiedenen Wendungen wird gelehrt, daß zur Gültigkeit oder zur vollständigen Wirksamkeit des Vertrages das bloße

<sup>1</sup> L. un. C. ut act. ab her. 4. 11. Vgl. I. 56 §. 1 D. de V. O. 45. 1 §. 318. und §. 316 Note B. 9.

<sup>2</sup> Der Vertrag kann nur dadurch aufrecht erhalten werden, daß durch Auslegung nachgewiesen wird, der eigentliche Sinn des Versprechenden sei gewesen, im Namen des Dritten zu versprechen.

<sup>3</sup> §. 3 I. de inat. stip. 3. 19, 1. 14 §. 2 D. de pec. const. 13. 5, 1. 38 §. 1. 2. 13. 24 D. de V. O. 45. 1, 1. 83 pr. 1. 112 §. 1 eod., 1. 66 D. de fidei. 46. 1, 1. 13 pr. 1. 18. 19 D. ratam rem 46. 8; §. 21 I. de inat. stip. 3. 19, 1. 38 §. 2 D. de V. O. 45. 1. Seuff. Arch. XVIII. 31.

\* Vgl. zu dem Folgenden: Liebe die Stipulation und das einfache Versprechen S. 1—3 S. 66 fg. (1840). Schmid Rec. der vorstehenden Schrift, krit. Jahrbücher Bd. 10 S. 880—904 (1841). Liebe Zeitschr. f. Civ. u. Proz. XV S. 197 fg. (1841). Delbrück Zeitschr. f. volksthümliches Recht von Ebertz I S. 128 fg. S. 186 fg. (1844). Gneist die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts S. 113 fg. (1845). Windscheid die Lehre von der Voraussetzung S. 198. 199 (1850). Savigny Obl. II §. 78 (1853). Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 11 fg. S. 152 fg. (1857). Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Proz. N. F. XIII 3 (1856). Arnobis krit. Ueberschau IV S. 220—223 S. 236—239 (1857). Unger rechtliche Natur der Inhaberpapiere S. 63—70 (1857). Bähr Jahrb. f. Dogm. II S. 293—306 S. 366—394 (1858). Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 1 fg. (1858, vgl. darüber krit. BSchr. I S. 105 fg.). Gneist Comm. de causis probationis stipulatoris (1858). P. Witte Verwicklungsfragen §. 32 (1859). Girtanner die Stipulation (1859, vgl. darüber den Bericht krit. BSchr. I S. 427 fg.). Runge Wechselrecht S. 42—44 S. 276—285 (1862). Voigt die conditiones ob causam §. 32. 61 (1862).



acceptirte Versprechen nicht genüge, daß dazu auch ein Verpflichtungsgrund (eine causa) erforderlich sei. Hierüber bemerke man Folgendes.

1. Versteht man unter Verpflichtungsgrund den Grund, welcher den Versprechenden zur Abgabe des Versprechens bestimmt, so ist zu sagen, daß es einen Vertrag ohne Verpflichtungsgrund nicht gibt. So wenig wie irgend eine menschliche Handlung ohne Bestimmungsgrund vorgenommen wird<sup>1</sup>, so wenig wird ein Versprechen ohne Bestimmungsgrund abgegeben.

2. Das Versprechen kann sich seinem Bestimmungsgrunde gegenüber in doppelter Weise verhalten. Möglicherweise kann es denselben als integrierenden Bestandtheil in sich aufnehmen; möglicherweise kann es sich aber auch von seinem Bestimmungsgrund lösen, und sich demselben gegenüber selbständig hinstellen<sup>2</sup>. Wenn behauptet wird, daß das Versprechen in Lösung von seinem Bestimmungsgrunde eine Verbindlichkeit zu erzeugen nicht, oder doch nur in Ausnahmefällen, im Stande sei, so ist diese Behauptung zurückzuweisen, mag man auf die Natur der Sache, oder auf die positiven Vorschriften des gemeinen Rechts sehen<sup>3</sup>. Ebensovienig kann

Thering Geist des röm. Rechts III S. 199—209 (1865). — Eine sehr dankenswerthe Uebersicht über die Literatur gibt V. Witte krit. VSchr. VI S. 380—398. — Puchta §. 257 und Vorl. dazu, Rudorff zu Puchta §. 257. g. h, Arnolds §. 293, Sintenis II. S. 257—261 (vgl. auch S. 241. 242), Bruns §. 424.

§. 318. <sup>1</sup> Von dem Falle der Geisteskörung wird hier natürlich abgesehen. Vgl. Cic. de fato c. 11. „Communi — — consuetudine sermonis aditionur, cum ita dicimus, velle aliquem aut nolle sine causa, ita enim dicimus sine causa, ut dicamus, sine externa et antecedente causa, non sine aliqua“.

<sup>2</sup> Der Darlehensempfänger verspricht, weil er 100 als Darlehen empfangen hat; aber er verspricht auch zurückzugeben die empfangenen 100. Ebenso verspricht der Käufer nicht eine Summe Geldes schlechthin, er verspricht eine Summe Geldes für eine ihm zu überliefernde Sache. In gleicher Weise verspricht der Mandatar nicht eine Thätigkeit bestimmten Inhalts schlechthin, sondern eine Thätigkeit, wie sie erforderlich ist, um dadurch dem ihm erteilten Auftrage zu genügen. Diesen Fällen stelle man den Fall entgegen, wo Jemand einen Schein anstellt des Inhalts: Ich verspreche am 1. des künftigen Monats dem K. 100 zu geben. Ein Warum hat auch dieses Versprechen; aber das Warum ist in das Versprechen nicht aufgenommen.

<sup>3</sup> Man mag streiten über den rechtsphilosophischen Grund der verbindlichen Kraft des Vertrages; aber wenn einmal das positive Recht dem Vertrage

der Satz als wahr anerkannt werden, daß, wenn das Versprechen seinen Bestimmungsgrund nicht wenigstens nenne, der Versprechende die Erfüllung desselben ablehnen könne, bis der Gläubiger den Bestimmungsgrund nachgewiesen habe<sup>4</sup>.

bindende Kraft wirklich zuschreibt, so thut es das nur in Anerkennung des Willens der Parteien; der Wille aber, wenn er auch nicht entsteht ohne den Grund, welcher ihn hervorgerufen hat, besteht doch ohne diesen Grund. Es kann nun zwar sehr wohl sein, daß das positive Recht aus Gründen der Zweckmäßigkeit die Anerkennung der rechtserzeugenden Kraft des Willens in der Weise beschränkt, daß es dem Willen als solchem rechtserzeugende Kraft nicht beilegt, sondern nur dem Willen im Zusammenhange mit seinem Warum; aber eine solche Beschränkung versteht sich nicht von selbst. Daß das römische Recht eine Beschränkung der angegebenen Art nicht gekannt hat, beweist (abgesehen von dem später weggefallenen Literal-Contract) die Stipulation, deren Bedeutung ja eben darin liegt, daß sie ein von seinem Grunde losgelöstes Vertrag ist (oder doch sein kann, vgl. v. Salfp. u. Novation u. Delegation S. 214 fg.). Westwegen mit dem Wegfall der Form der Stipulation (die doch selbst für das römische Recht in der letzten Zeit kaum noch eine Form zu nennen war) für uns auch der Satz, dessen Träger die Stipulation war, weggefallen sein sollte, ist nicht abzusehen. Freilich ist bei uns erforderlich, wie es für die Römer erforderlich war, daß, wenn aus einem Versprechen ohne Angabe eines Grundes gefordert wird, darüber kein Zweifel obwalte, daß das Versprechen wirklich als ein von seinem Grunde abgelöstes, als Versprechen schlechthin, abgegeben worden sei, und wenn dieß aus dem Versprechen selbst nicht hervorgeht, so muß es im Streitungsfall der Kläger beweisen. Aber daraus geht auch nur hervor, daß man ein Versprechen nicht zu etwas machen darf, was es nicht sein will, und daß, wer sich auf eine bestimmte Natur des Versprechens beruft, dieselbe darthun muß; es beweist nicht, daß das Versprechen an sich nicht bindend sei.

<sup>4</sup> Man behauptet dieß auf Grund von l. 25 §. 4 D. de prob. 22. 3 und l. 13 C. de non num. pec. 4. 30 (§. 284\* Note 9). Aber wenn in Betreff der — man möchte sie fast berüchtigt nennen — l. 25 §. 4 cit. irgend Etwas unbestritten sein sollte, so ist es das, daß sie von der *condictio indebiti* handelt. („Sed haec ubi de solutione indebiti quaestio est. Sin autem cautio indebiti exposita esse dicatur . . .“) Handelt sie aber von der *condictio indebiti*, so setzt sie auch Versprechen (Aktenden über Versprechen) voraus, von denen es feststeht, daß sie für eine als bestehend angenommene Verbindlichkeit gegeben worden sind. Diese sollen, wenn nicht der Versprechende selbst bei dem Versprechen das *debitum* bezeugt habe (oder in gewisser Weise bezeugt habe), zurückgefordert werden können (und also auch keine wirksame Forderung begründen), wenn der Gläubiger das *debitum* nicht nachweise. Ein Versprechen, von welchem es nicht feststeht, daß es für eine als bestehend angenommene Verbindlichkeit gegeben worden sei, wird von der Stelle ebensowenig berührt, wie

3. Ist ein Versprechen unter einer Voraussetzung abgegeben worden, so kann bei Ermangelung der Voraussetzung der Versprechende sich gegen die Forderung aus seinem Versprechen mit einer Einrede schützen (I §. 97)<sup>5</sup>. Dieß ist hier deswegen zu erwähnen, weil die Quellen von einem solchen Versprechen sagen, es sei sine causa abgegeben<sup>6</sup>.

#### d. Arten der Verträge.

a. Reiner (abstract) Vertrag und individuell charakterisierter Vertrag.<sup>7</sup>

#### §. 319.

Die einzelnen Verträge unterscheiden sich von einander nicht

von den vorhergehenden Bestimmungen derselben eine Eigenthumsübertragung, von welcher es nicht feststeht, daß sie animo solvendi gemacht worden sei. Ebenso geht l. 13 C. cit. davon aus, daß antecedens causa feststehe (— „si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscunq. pecuniis ex antecedenti causa descenditibus“). — Die hier verworfene Ansicht ist namentlich von Gneiß formelle Verträge S. 198 fg. und Comm. de causae probationis stipulatoris (1858) verfochten worden; ihm folgen in Allem Heimbach Lehre vom Creditum S. 388 fg., Fied Heibel. fr. Zeitschr. I S. 486 und Zeitschr. f. Handelsr. III S. 251 fg.; übereinstimmend Dernburg Heibel. fr. Zeitschr. III S. 509, E. A. Seuffert in Seuffert Pand. II S. 107, v. Salpius Novation und Delegation S. 322, 323, 482, 483, 504; irrig auch Windscheid Voraussetzung S. 198. Für die hier verteidigte Auffassung haben sich ausgesprochen Bethmann-Hollweg Versuche S. 290 Note 90, Bähr Anerkennung S. 146 S. 252 fg., Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 42, Oertmann Stipulation S. 319, Fitting Zeitschr. f. Handelsr. III S. 293.

<sup>5</sup> Es mischt sich hier eine doppelte Bedeutung von causa: causa als zur Voraussetzung erhobener Bestimmungsgrund, und causa als juristischer Rechtserfüllungsgrund; denn der Vertrag, dessen Voraussetzung ermangelt, besteht zwar formell zu Recht, aber es ist materiell ungerecht, daß aus demselben der Gläubiger reicher und der Schuldner ärmer werde. Vgl. l. 1 §. 1—3 l. 3 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 2 §. 3 D. de doli exc. 44. 4; l. 2 l. 4 l. 5 D. de cond. sine causa, l. 10 D. de cond. c. d. e. n. s. 12. 4, l. 34 l. 66 D. de cond. indeb. 12. 6, l. 3 §. 5 D. de coll. 37. 6. — Auf der Verwechslung dieser beiden Arten der causa (Nr. 2 und 3 des Textes) beruhen auch die Bemerkungen von Witte krit. WZSchr. VI S. 376—379.

<sup>6</sup> Die Lehre von der Ungültigkeit des Vertrages sine causa hat noch eine fernere Wurzel, welcher aber lediglich rechtshistorische Bedeutung zukommt. In l. 7 §. 2. 4 D. de pact. 2. 14 wird mit Rücksicht auf die römische Lehre von

bloß durch ihren speziellen Inhalt; es gibt auch Artunterschiede zwischen ihnen, welche von rechtlicher Bedeutung sind. Unter diesen Unterschieden ist hier zunächst hervorzuheben der bereits im vorigen §. bezeichnete zwischen Verträgen, bei welchen das Versprechen seinen Bestimmungsgrund als integrierenden Bestandtheil in sich aufnimmt, und Verträgen, bei welchen dieß nicht der Fall ist<sup>1</sup>. Bei Verträgen der ersten Art ist nach dem Willen der Parteien der Bestimmungsgrund des Versprechens maßgebend für den Inhalt der zu begründenden Verpflichtung; bei Verträgen der zweiten Art schließen die Parteien den Bestimmungsgrund des Versprechens von allem maßgebenden Einfluß auf den Inhalt der zu begründenden Verpflichtung aus. Die am häufigsten gebrauchte Bezeichnung für diesen Gegensatz ist<sup>2</sup>: Formel- oder formeller Vertrag — Material- oder materieller Vertrag; mehr empfehlen sich die in der Ueberschrift dieses §. gebrauchten Ausdrücke.

der Nothwendigkeit einer Form des obligatorischen Vertrages erörtert, daß die Form ersetzt werden könne durch die causa des gegebenen Versprechens, was näher dahin bestimmt wird, daß das für eine empfangene Leistung gegebene Versprechen rechtsverbindlich sei (actio praescriptis verbis).

<sup>1</sup> Literatur bei §. 318<sup>a</sup>.

<sup>2</sup> Der Ausdruck „Formel- oder formeller Vertrag“ ist entstanden unter der irrigen Vorstellung, daß es bei dem reinen Vertrag etwas Anderes außer dem erklärten Willen sei, welchem das Recht die Kraft, eine Verbindlichkeit zu erzeugen, beilege. Auch aus einem andern Grunde ist dieser Ausdruck zu mißbilligen; er muß nothwendigerweise die Vorstellung erwecken, als bedürfe der reine Vertrag zu seinem Bestande einer bestimmten Form der Willenserklärung, und diese Vorstellung ist anerkanntermaßen unrichtig. Dieser Ausdruck ist daher, wie mir scheint, unter allen Umständen anzugeben. Ebensovienig empfiehlt sich der von Lohf (Wechselrecht §. 149) gebrauchte Ausdruck „Summenversprechen“. Der reine Vertrag ist zwar sehr häufig, aber keineswegs nothwendig, auf die Leistung einer Geldsumme gerichtet, und ein Versprechen, welches auf die Leistung einer Geldsumme gerichtet ist, kann sehr wohl individuell charakterisirt sein. Ein anderer Ausdruck, welcher zur Bezeichnung des reinen Vertrags gebraucht worden ist, ist „einfaches Versprechen“ (vgl. Fiehe Stipulation S. 73). Bei Schlesinger finden sich die Ausdrücke „materiell individualisirter, materiell charakterisierter Vertrag“. Dem hier vorgeschlagenen Ausdruck „reiner Vertrag“ liegt die Vorstellung zu Grunde, daß der so bezeichnete Vertrag farblos ist; „abstract“ kann derselbe genannt werden, insofern er von seiner materiellen Grundlage abstrahirt. Den letzten Ausdruck gebraucht Kunze, und zur Bezeichnung des Gegensaßes „discret“. Kunze will aber nicht sowohl von abstracten und discreten Verträgen, als vielmehr von ab-

β. Einseitige und zwei- oder gegenseitige Verträge.

§. 320.

Eine besonders wichtige Klasse unter den obligatorischen Verträgen bilden diejenigen, welche darauf gerichtet sind, einen Austausch von Leistungen zu bewirken; jede der vertragsschließenden Parteien soll für die Leistung, welche sie zu fordern berechtigt wird, der andern Partei ein Äquivalent in einer eigenen Leistung zu geben verpflichtet sein<sup>1</sup>. Man nennt diese Verträge *zweiseitige*, *besser wechselseitige* oder *gegenseitige* Verträge, diejenigen, welche den bezeichneten Inhalt nicht haben, *einseitige* Verträge. Die letzteren können noch von doppelter Art sein<sup>2</sup>. 1) Wenn sie auch die Partei, welche sie berechtigen, nicht zu einer Gegenleistung verpflichten, so schließen sie doch eine *anderweitige* Verpflichtung derselben nicht aus<sup>3</sup>. 2) Sie sind *streng einseitig*, so daß sie für eine Verpflichtung der berechtigten Partei gar keinen Raum lassen<sup>4</sup>.

fracten und discreten Obligationen geredet wissen. Dieß hat insofern Berechtigung, als derselbe Gegenstand, welcher sich bei den Verträgen findet, sich bei den einseitigen Willenserklärungen wiederholt. Die Inhaber- und die Obrepapierobligation ist eine Obligation gleicher Art, wie die durch den abstracten Vertrag geschaffene (vgl. §. 304 Note 10). §. Witte krit. VJchr. VI S. 332 sagt: *abstracte, individualisirte Willenserklärung; abstractes, individualisirtes Versprechen.*

§. 300. <sup>1</sup> Dieß ist z. B. der Inhalt des Kaufvertrags, des Miethevertrags etc. Nach römischem Sprachgebrauch entsteht aus diesen Verträgen für jeden der Contractanten eine *actio directa*.

<sup>2</sup> Auch in Betreff dieser Verpflichtung ist noch ein Unterschied zu bemerken. Sie kann sein a) bloß möglich, abhängig von besondern Umständen, welche auch ausbleiben können. So wird aus dem Auftragsvertrag der Auftraggeber verpflichtet, wenn der Beauftragte durch die Ausführung des Auftrages eine Einbuße erleidet. Sie kann aber b) auch wesentlich, durch den Inhalt des Vertrages mit Nothwendigkeit gegeben sein. So verpflichtet der Leihvertrag den Hingebenden wesentlich, die geliehene Sache dem Empfänger bis nach gemachtem Gebrauch zu lassen. — Ist zur Geltendmachung dieser Verpflichtung eine besondere *actio* begründet, so sprechen die Römer von *actio contraria*.

<sup>3</sup> So z. B. der Darlehensvertrag. — Was den heutigen Sprachgebrauch angeht, so ist noch zu bemerken, daß man wohl auch die Verträge mit *actiones contrarias* als *zweiseitige* Verträge — unvollkommen *zweiseitige* Verträge — bezeichnet findet. Die älteren Civilisten sagten: *contractus bilaterales inaequales*. — Vgl. noch Runge zu Holtzschuber III S. 37 fg.

Von den gegenseitigen Verträgen im Besonderen.

§. 321.

Für die gegenseitigen Verträge gelten folgende Regeln.

1. Keine der vertragsschließenden Parteien kann Erfüllung der Verbindlichkeit der Gegenseite verlangen, ohne ihrerseits ihre Verbindlichkeit erfüllt zu haben<sup>1</sup>, oder die Erfüllung derselben anzubieten<sup>2</sup>; es müßte denn über die Ordnung, in welcher die beiderseitigen Leistungen zu erfolgen haben, eine abweichende Bestimmung ausdrücklich oder stillschweigend getroffen worden sein. Ist dieß nicht geschehen, so wird derjenige, welcher die Erfüllung der Verbindlichkeit des Gegners fordert, ohne seine eigene Verbindlichkeit erfüllt zu haben oder deren Erfüllung anzubieten, von dem Gegner mit der Einrede zurückgewiesen, daß sein Fordern gegen die Absicht des Vertrages verstoße<sup>3</sup>. — Was die

<sup>1</sup> Unvollständige Erfüllung: Senff. Arch. I. 48, III. 158, V. 308, §. 521. IX. 216.

<sup>2</sup> Senff. Arch. XV. 14.

<sup>3</sup> S. g. *exceptio non adimpleti contractus*. Ueber die wahre Bedeutung derselben herrscht ein alter Streit. Nach einer andern Meinung nämlich ist dieselbe gar keine Einrede, sondern directe Verneinung, Behauptung, daß die klägerische Forderung schon an und für sich nicht begründet sei. Diese Ansicht wird unter den Neueren vertheidigt von Lang über die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (1829), Schenk Arch. f. civ. Pr. XVII. 4. 9 (1834), XI. 15 (1837), Treitschle das. XXII. 11. 16 (1839), Sintenis Zeitschr. f. Civ. und Pr. XVI. 7 und XVII. 5 (1842) und Lehrb. II §. 97 Note 61 und Text dazu, Keller Jahrb. des gem. R. IV. 11 (1860) und Lehrbuch §. 249. Für die hier vertretene Ansicht haben sich ausgesprochen Heerwart Arch. f. civ. Pr. VII. 18 (1824), XIV. 9 (1831), XVIII. 15 (1835), Brandis in Schönk's Jahrb. XVII S. 196 fg. (1831), Dernburg Compensation S. 60—83 (1854), W. H. Puchta Jahrb. d. gem. R. V. 5 (1862), Bekker das. V. 6 (1862); Bangerow III §. 607 Anm., Puchta §. 232, Arndts §. 294, Unger II. §. 129 Anm. Die erstgenannte Ansicht ist ohne Zweifel am Besten von Keller vertheidigt worden. Derselbe geht von der Auffassung aus, daß bei dem gegenseitigen Vertrag die Gegenleistung den Inhalt der Leistung officire, so daß jeder Contractant verpflichtet sei nicht auf Leisten schlechthin, sondern auf Leisten gegen Gegenleistung. Es ist zuzugeben, daß diese Auffassung an und für sich möglich ist, ja daß sie sich, wenigstens für gewisse gegenseitige Verträge, so namentlich den Kaufvertrag, nach allgemeiner Betrachtung empfiehlt. Aber ebenso wahr ist es, daß die Berufung auf die nicht erfolgte

Beweislast angeht, so muß, wenn der Kläger sich auf die bereits geschehene Erfüllung beruft, dieser den Beweis der Erfüllung

Gegenleistung nur einmal in unseren Quellen *exceptio* wirklich genannt wird, und dieses Argument hat auch Keller nicht zu beseitigen vermocht. Es mag sein, daß Gal. IV. 26 und l. 26 D. de A. E. V. 19. 1. nicht eine *actio venditi*, sondern eine durch Novation entstandene *condictio certi* im Sinne haben (vgl. in Betreff der letzteren Stelle l. 14 D. de exc. 44. 1.); aber so bleiben immer übrig l. 5 §. 4 D. de doli exc. 44. 4 und l. 5 C. de evict. 8. 45, Stellen, deren Gewicht offenbar nicht durch die Bemerkung beseitigt werden kann, daß die *exceptio*, von welcher sie handeln, in der Formel des *bonae fidei iudicium* nicht ausgedrückt worden sei; jedenfalls wird doch die Entgegnung des Beklagten als *exceptio* charakterisiert (so auch Keller S. 120). Diesen Stellen gegenüber vermag nichts l. 13 §. 8 D. de A. E. V. 19. 1, wo das „*namdum est ex empto actio*“ sehr wohl von einer durch *exceptio* aufgehaltenen bez. sogleich denegierten *actio* verstanden werden kann; nichts auch die in den Quellen anerkannte Möglichkeit, daß nur der eine der Contractanten aus dem gegenseitigen Vertrage Rechte abzuleiten befugt sein könne (vgl. Note 23), — während andere Argumente von Keller selbst nicht hoch angeschlagen werden (a. a. O. S. 360 fg.). Man wird also anerkennen müssen, daß das römische Recht den gegenseitigen Vertrag eben nicht so aufgefaßt hat, wie Keller behauptet; daß es die Gegenleistung nicht als Minderung der Leistung ansieht, sondern als Äquivalent für die Leistung, und demgemäß in dem Fördern, ohne daß die Gegenleistung gemacht ist oder angeboten wird, nicht ein Zwieselfordern erblickt, sondern einen Verstoß gegen die Absicht des Vertrages (*exceptio doli*, l. 5 C. de evict. 8. 45). Die richtige Formel ist nicht: jeder Contractant ist nur verpflichtet zur Leistung gegen Gegenleistung; sondern die richtige Formel ist: jeder Contractant ist nur dann verpflichtet, seine Verbindlichkeit aus dem Vertrage zu erfüllen, wenn auch der andere Contractant sie erfüllt. Vgl. *Seuff. Arch.* II. 26, IX. 333, X. 39, XI. 138, XII. 141, XV. 14; *David* III. 201, VIII. 299. — Die praktische Bedeutung dieser Streitfrage ist übrigens, wenn man nicht aus einer oder der andern Ansicht unrichtige Konsequenzen zieht, lediglich eine prozeßualische, vgl. *Dangerow* III S. 306 und die zuvor erwähnten Erkenntnisse. — Nach dem in dieser Anmerkung Ausgeführten ist nun auch das I §. 109 Note 3 Gesagte zu berichtigen. Der Grund, weswegen der Anspruch aus dem gegenseitigen Vertrage trotz der entgegenstehenden *exceptio non adimpleti contractus* doch sogleich zu verjähren beginnt, ist allerdings der, weil der Kläger sie zu beseitigen verpflichtet ist. Ferner ist zu berichtigen das I §. 112 Note 8 Gesagte, wo aber die gegebene Entscheidung ebenfalls aufrecht erhalten bleibt. — Außer den beiden in dieser Note erörterten Auffassungen der Natur des gegenseitigen Vertrages sind noch zwei andere aufgestellt worden. 1. Der gegenseitige Vertrag erzeugt zwei ganz von einander unabhängige Obligationen. 2. Die beiden von ihm erzeugten Obligationen sind nur zwei Seiten einer und derselben Obligation. Die letztere Auffassung geht zu weit, die erstere nicht weit genug. Vgl. über die erstere

führen, nicht der Beklagte den Beweis der Nichterfüllung<sup>3</sup>. Ebenso trifft die Beweislast den Kläger dann, wenn darüber gestritten wird, ob die von dem Kläger gemachte Leistung zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit genügend war<sup>4</sup>, mag der Streit sich auf den Umfang seiner Verbindlichkeit beziehen<sup>5</sup>, oder auf die Beschaffenheit seiner Leistung<sup>6</sup>; jedoch ist im letzteren Falle zuzusehen, ob nicht der Beklagte durch die Annahme die ihm

Note 16, über die letztere Fidei Stipulat. S. 248 fg., *Windscheid* Vor- ausf. S. 144, *Mommsen* Beitr. I S. 347—349, III S. 315—322, *Dernburg* Comparf. S. 66 fg., *Keller* Jahrb. d. gem. R. S. 362 fg.

<sup>3</sup> Dies selbst dann nicht, wenn nicht zuerst der Kläger mit der Behauptung der Erfüllung, sondern zuerst der Beklagte mit der Behauptung der Nichterfüllung austritt. Hierüber ist kein Streit. Daß diejenigen, welche die eigene Erfüllung des Klägers zum Klaggrund rechnen, denselben den Beweis der Erfüllung aufzulegen, versteht sich von selbst. Aber auch diejenigen, welche in der *exceptio non adimpleti contractus* eine eigentliche Einrede sehen, gelangen zu dem gleichen Resultat. Denn in dieser Einrede beruft sich der Beklagte nicht sowohl darauf, daß der Kläger noch nicht geleistet habe, als vielmehr darauf, daß aus dem Vertrage, aus welchem er fordere, eine Verbindlichkeit auch für ihn selbst hervorgegangen sei, und daß er nach der Absicht des Vertrages nicht die Erfüllung der Verbindlichkeit des Beklagten fordern könne, so lange seine Verbindlichkeit noch bestche.

<sup>4</sup> S. g. *exceptio non rito adimpleti contractus*. Vgl. über dieselbe *Heerwart* Arch. f. civ. Pr. VII S. 363 fg., *Schönd* das. XX S. 367 fg., *Treitföfle* Arch. f. civ. Pr. XXII S. 434 fg., *Keller* Jahrb. d. gem. R. IV S. 369 fg., *W. A. Puchta* das. V S. 96 fg., *Keller* das. V S. 117 fg. S. 124 fg.; *Seuffert* §. 276, *Dangerow* III S. 306, *Sintenis* II S. 290, *Loh* Handb. d. Recht I §. 85.

<sup>5</sup> Z. B. auf die Höhe des vereinbarten Kaufpreises. Wenn der Beklagte behauptet, daß der Kläger ihm nicht 100, wie er gethan, sondern 150 leisten müsse, so leugnet er damit, daß ein Kaufvertrag, wie der vom Kläger behauptete, abgeschlossen worden sei. *Keller* a. a. O. S. 368, *Keller* a. a. O. S. 126. Vgl. *Seuff. Arch.* II. 276.

<sup>6</sup> Indem der Beklagte leugnet, daß die von dem Kläger gemachte Leistung zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit genügend sei, leugnet er, daß diese Verbindlichkeit erfüllt sei. Deswegen hat man sich auch mit Recht gegen den ganzen Begriff der *exceptio non rito adimpleti contractus* erklärt (s. die bei *Heerwart* a. a. O. S. 364 Note 3 Genannten, *G. F. Puchta* Vorl. II S. 32 und namentlich *W. A. Puchta* a. a. O.). Was man *exceptio non rito adimpleti contractus* nennt, ist einfach eine *exceptio non adimpleti contractus*; man verwechselt die Begriffe Leistung und Erfüllung. *Seuff. Arch.* I 337, V. 129, 149, 154, VII. 115, IX. 88, XIV. 129; anders II. 276.

gemachte Leistung als Erfüllung anerkannt hat<sup>6</sup>. Immer trifft die Beweislast den Beklagten dann, wenn die Einwendungen, welche er gegen die Beschaffenheit der ihm gemachten Leistung erhebt, nicht sowohl ein Leugnen der Erfüllung der klägerischen Verbindlichkeit, als vielmehr ein Behaupten von Thatsachen enthalten, aus welchen ihm neue Ansprüche erwachsen<sup>7</sup>.

2. Wer erfüllt hat, kann, wenn die Gegenseite die Erfüllung ihrer Verbindlichkeit verweigert, von dieser nur Erfüllung, nicht aber Milderstattung des von ihm Geleisteten verlangen<sup>8</sup>. Nach römischem Recht war ein solches Rückforderungsrecht allerdings begründet bei denjenigen gegenseitigen Verträgen, welche von der Form nicht entbunden waren<sup>9</sup>; nach heutigem Recht ist es

<sup>6</sup> In diesem Falle, so wie auch in dem Falle ausdrücklicher Billigung, ist er nicht ohne Weiteres seiner Rechte ans der Mangelhaftigkeit der ihm gemachten Leistung verlustig. Er hat nur erklärt, daß die ihm gemachte Leistung Erfüllung sei, nicht auch auf seine Rechte verzichtet für den Fall, daß sie gegen sein Wissen Erfüllung nicht sein sollte. Aber das Gewicht des in jener Erklärung liegenden Zeugnisses gegen sich selbst muß er durch Gegenbeweis aus dem Wege räumen. Vgl. unten §. 394 Note 28. 29 und L. 51 Handelsr. I §. 54. 55, Bähr Anerkennung S. 174; Senff. Arch. VII. 295, IX. 88, XV. 213.

<sup>7</sup> So verhält es sich, wenn der Käufer einer individuell bestimmten Sache sich über den Mangel einer ihm zugesagten Eigenschaft der Kaufsache beschwert. Der Verkäufer hat versprochen 1) Tradition dieses Sachindividuum, — diese Verbindlichkeit hat er erfüllt; 2) daß dieses Individuum eine Eigenschaft haben sollte, welche es nicht hat, — dieses Versprechen ist auf etwas Unmögliches gerichtet und löst sich auf in ein Versprechen des Schadenersatzes für den Fall, daß die verkaufte Sache die bezeichnete Eigenschaft nicht haben sollte. (So wirklich l. 31 D. de oriet. 22. 1.) Ebenso verhält es sich, wenn der Käufer das Vorhandensein von verborgenen Mängeln geltend macht; auch hier wendet er nicht Nichterfüllung ein, sondern er erhebt die actio quanti minoris oder redhibitoria. S. namentlich W. A. Puchta a. a. O. S. 96—103, auch L. 51 Handelsr. I. S. 503. 504. Vgl. Senff. Arch. II. 26. 37, III. 29, IV. 25, V. 147, VI. 169, VII. 160, XI. 235.

<sup>8</sup> Er hat geleistet, wozu er verpflichtet war, und die Weigerung der Gegenseite, ihre Verbindlichkeit zu erfüllen, hebt die seinige nicht auf.

<sup>9</sup> Also es war ausgeschlossen nur bei Kauf, Miete, Gesellschaft. War in andern Fällen einer gegenseitigen Verabredung die Stipulationsform angewendet, so waren statt des Einen gegenseitigen Vertrages zwei von einander unabhängige abgeschlossen. War die Stipulationsform nicht angewendet, so war ein rechtsbefähigter Vertrag nicht eher vorhanden, bis in Folge der Verabredung einer der Contrahenten leistete und der andere annahm; nicht die vorhergehende Verabredung machte den rechtsbefähigten Vertrag aus, sondern

unbedingt ausgeschlossen<sup>10</sup>. Das römische Recht ging aber bei diesen zuletzt genannten Verträgen noch weiter, und gab demjenigen, welcher erfüllt hatte, selbst dann die Befugniß, die von ihm gemachte Leistung zurückzufordern, wenn die Gegenseite zur Erfüllung bereit war (s. g. *Reuerrecht*)<sup>11</sup>; auch diese Befugniß gilt heutzutage nicht mehr<sup>12</sup>.

3.<sup>13</sup> Fällt die Verbindlichkeit einer der vertragsschließenden

erst der in diesem Leisten und Annehmen neu erklärte Consens. Der Leistende leistete also, ohne verpflichtet zu sein, und konnte behaupten, daß er unter der Voraussetzung der erfolgenden Gegenleistung geleistet habe, so daß bei Ausbleiben derselben die *condictio ob causam datorum* für ihn begründet war (I §. 99 Note 1).

<sup>10</sup> Weil nach heutigem Recht ein rechtsbefähigter Vertrag auch durch formlose Verabredung zu Stande kommt. Wenn man lehrt (§. 312 Note 5), daß die römischen Realverträge heutzutage Consensualverträge seien, so hat das nur Sinn für die gegenseitigen Verträge. Vgl. Bächter *doctrina de condict. o. d. e. n. s. p. 117—128*, *Erleben condict. sine causa* II S. 463—474, Bangerow III §. 599 Anm. Nr. V.

<sup>11</sup> L. 3 §. 2. 3 l. 5 pr. §. 3. 4 D. de cond. e. d. e. n. s. 12. 4. Bekanntlich ist die Existenz des *Reuerrechts* sehr bestritten, vgl. den Bericht bei Bangerow III §. 599 Anm. Nr. 4, hinzuzufügen Witte *Vereicherungsflagen* S. 116 fg., Boigt *condict. ob causam* §. 79, welche sich beide gegen das *Reuerrecht* erklärt haben. Jedenfalls findet das *Reuerrecht* seine ausreichende Erklärung in der Ungleichheit, welche vor Einführung der *actio praescriptis verbis* ohne dasselbe zu Gunsten des Empfängers und zu Ungunsten des Gebers stattgefunden haben würde. Vgl. Windscheid *Voraussetzung* S. 165. 166 (namentlich auch Note 9 daselbst).

<sup>12</sup> Das römische Recht hätte das *Reuerrecht* schon seit der Ausbildung der *actio praescriptis verbis* fallen lassen sollen. Seit dieser Zeit befindet sich nun umgekehrt kraft desselben der Geber in einem unbilligen Vortheil dem Empfänger gegenüber. Jedenfalls kann es heutzutage nicht mehr gelten, aus demselben Grunde, aus welchem auch die *condictio ob causam datorum* bei gegenseitigen Verträgen nicht mehr gilt. Seine heutige Geltung wird auch nur höchst vereinzelt behauptet, so z. B. von Schmitthenner über Verträge insbesondere das *Reuerrecht* S. 164 fg. Nicht dahin gehört auch *Erleben condict. sine causa* II S. 476 fg., gegen dessen Behauptung, daß auch heutzutage noch trotz der Bereitwilligkeit des Empfängers zur Gegenleistung die gemachte Leistung zurückgefordert werden könne, wenn „nach dem Zweck und der Richtung des geschlossenen Vertrags oder zufolge zugestandener Vorbehalte der wirkliche Vollzug desselben von der Willkür (des Leistenden) abhängig (sei)“ (mit andern Worten: wenn das *Reuerrecht* ausdrücklich oder stillschweigend ausbedungen sei), nichts einzuwenden ist.

<sup>13</sup> Bächter *Arch. f. civ. Pr.* XV. 6. 9 (1832), Rabal die Lehre von

Parteien hinweg, so ist zu unterscheiden, ob dieß durch Erfüllung oder anderweitige Befriedigung des Gläubigers<sup>14</sup>, oder ob es ohne Befriedigung des Gläubigers geschieht. Im ersten Falle geht die nicht mehr verbundene Partei ihres Anspruches auf die Gegenleistung nicht verlustig<sup>15</sup>; im zweiten Falle ist das Princip das, daß sie, da sie ihre Verbindlichkeit nicht zu erfüllen braucht, auch die Gegenleistung nicht verlangen kann<sup>16</sup>. Jedoch kommt dieses Princip nicht in allen Fällen rein zur Anwendung,

der Mora S. 277—284 (1837), Wolff zur Lehre von der Mora S. 129—145 (1841), Fuchs Arch. f. civ. Pr. XXXIV. S. 10. 17 (1851), Romm- sen Beiträge zum Obligationenrecht I S. 329 fg., III S. 416—422 (1853, 1856) und dazu Windscheid Heib. fr. Zeitschr. II S. 135 fg., Reay Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. G. XV. 11 (1858); Bangerow III §. 591 Ann., Sten- tens II S. 486 fg.

<sup>14</sup> Dabin gehört außer Leistung an Erfüllungsstatt, gerichtlicher Hinter- legung, Compensation, Novation auch der Erlaß des Gläubigers. Durch den Erlaß erhält zwar der Gläubiger nichts, aber er ist zufrieden damit, nichts zu erhalten. In Betreff der Novation vgl. noch Römer bedingte Novation §. 12.

<sup>15</sup> Was den Erlaßvertrag angeht, s. l. 56 D. de pact. 2. 14, l. 5 D. loc. 19. 1, l. 16 D. de lib. leg. 34. 3. Die *acceptilatio* wurde jedoch von den Römern aufgefaßt als der Ausdruck der „*voluntas utriusque . . . id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut noster ab altero quidquam peteret*“, wobei aber die *acceptilatio* „*non sua natura, sed potestate conventionis valet*“, l. 5 pr. D. de resc. vendit. 18. 5, f. auch l. 23 D. de acc. 46. 4. Vgl. Dernburg Compensat. S. 78, Romm- sen Beiträge III S. 417, Währ Anerkennung S. 145 Note 4, Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 361, Römer bedingte Novation S. 133 fg.

<sup>16</sup> L. 50 D. de A. E. V. 19. 1. „*Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditas debore destituit, antequam res ei tradatur, venditor tradere compellatur et re sua carere . . .*“ L. 9 §. 1. 4. 6 D. loc. 19. 2 (Wegfall der Verbindlichkeit des Vermieters). — Andere, so namentlich Wächter a. a. O., Madai a. a. O., Dernburg Compensat. S. 76, Reay a. a. O., stellen das umgekehrte Princip auf, ausgehend davon, daß die beiden durch den gegenseitigen Vertrag erzeugten Obligationen von ein- ander unabhängig seien, und daß daher der Wegfall der einen die andere nicht afficire. Diese Auffassung wird aber dem Wesen des gegenseitigen Ver- trages nicht gerecht (s. Note 2). Die beiden durch den gegenseitigen Vertrag erzeugten Obligationen sind eben nicht unabhängig von einander, sondern die Erfüllung der einen bedingt die Befugniß, Erfüllung der andern fordern zu können. — Wie ist es, wenn die Verbindlichkeit der einen Partei theilweise wegfällt, kann sie dann den entsprechenden Theil der Gegenleistung fordern, oder kann nun die andere Partei von dem Vertrage ganz zurücktreten? Das Princip der Entscheidung ist, daß auf die „*contemplatio*“ dieser Partei gesehen

so namentlich<sup>17</sup> da nicht, wo es sich um eine Verbindlichkeit handelt, welche aus einer Entäußerungserklärung entstanden ist<sup>18</sup>; fällt diese Verbindlichkeit dadurch weg, daß die Sache, auf welche sich die Entäußerungserklärung bezieht, ohne Schuld des Ver- pflichteten untergeht oder ihm abhanden kommt, so kann derselbe dennoch die Gegenleistung fordern<sup>19</sup>. — Fällt die Verbindlichkeit

werden muß (vgl. l. 58 D. de contr. emt. 18. 1), ob sie auch um diesen Theil contrahirt haben würde. Vgl. Romm- sen Beiträge I S. 290.

<sup>17</sup> Vgl. außerdem I §. 128 Note 8. Freilich ist das daselbst Gesagte sehr bestritten. S. auch Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 363. 364.

<sup>18</sup> Unter einer Entäußerungserklärung verstehe ich die Erklärung, daß man sich einer Sache entäußere, im Gegensatz zu dem Versprechen, daß man sich ihrer entäußern wolle. Eine Entäußerungserklärung ist z. B. die Erklärung des Verkäufers; im Verkauf wird die verkaufte Sache weggegeben (*rem datur*), nicht bloß die Verpflichtung übernommen, sie wegzugeben; eine Verpflichtung entsteht für den Käufer erst dadurch, daß der factische Zustand seiner Erklärung nicht entspricht. Ebenso verhält es sich z. B. bei dem Kaufsch- vertrage, bei dem Gesellschaftsvertrage, wenn ein Gesellschafter Etwas in die Gesellschaft hineinzugeben erklärt.

<sup>19</sup> Dieser Satz ist in den Quellen anerkannt für den Kaufvertrag; der gewöhn- liche Ausdruck für denselben ist hier: der Käufer trage die Gefahr der Sache. S. über diesen Ausdruck Wächter S. 99—115, Romm- sen I S. 237—245, und über die Sache §. 3 l. de emt. et vend. 3. 23, l. 34 §. 6 D. de A. E. V. 19. 1, l. 5 §. 2 D. de resc. vend. 18. 5, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6, l. 14. 15 D. de I. D. 23. 3 u. a. m.; über l. 12—14 D. de par. und l. 33 D. loc. 19. 2 f. Romm- sen I S. 332—336, Fhering Jahrb. f. Dogm. IV. S. 393 S. 415 fg., Bangerow S. 233. Der Grund dieser Behandlung des Kaufvertrages ist die in der vorigen Note bezeichnete Natur der Willens- erklärung des Verkäufers; in Folge derselben wird die verkaufte Sache behandelt als bereits aus seinem Vermögenskreise ausgeschleбен und in den Vermögens- kreis des Käufers übergetreten. Eben weil dieß der Grund ist, muß die gleiche Behandlung auf alle andern gegenseitigen Verträge, in welchen eine Entäu- ßerungserklärung enthalten ist, übertragen werden. Vgl. auch I §. 177 Note 1 und 2. Uebrigens ist das hier Gesagte weit davon entfernt, außer Streit zu sein. Bestritten wird es (wenigstens dem Grundgedanken nach) von Wind- scheid Heib. krit. Zeitschr. II. S. 186. 187 (wo aber der Ausdruck nicht vorsichtig genug gefaßt ist), Schenk Beiträge II S. 64, Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 366, Romm- sen Erörterungen I S. 29—31 (vgl. dens. Beiträge III S. 422 Note \*). Andere helfen sich mit der Annahme einer Fiction; obgleich der Verkäufer noch nicht erfüllt habe, werde er so an- gesehen, als habe er erfüllt, so Fuchs a. a. O. und Romm- sen Beiträge I S. 349. Das ist zunächst doch nur eine rein formelle Erklärung, eine Wiebegrabe des zu erklärenden Satzes in anderer Form; warum wird es

einer der vertragschließenden Parteien hinweg, nachdem sie die Gegenleistung bereits erhalten hat, so braucht sie das Erhaltene gewiß nicht herauszugeben im Falle der Erfüllung oder anderweitiger Befriedigung des Gläubigers; für die übrigen Fälle läßt sich ein Princip nicht aufstellen<sup>20</sup>.

4. Kommt sogleich bei Abschließung des Vertrages für eine der vertragschließenden Parteien wegen eines entgegenstehenden Ungültigkeitsgrundes eine Verbindlichkeit nicht zu Stande, so kann es sein, daß auch für die andere Partei eine Verbindlichkeit nicht entsteht<sup>21</sup>; jedenfalls aber, wenn auch eine solche ent-

stehen so angesehen? Wenn man darauf Fuchs zur Antwort gibt: weil überhaupt die schullose Unmöglichkeit der Erfüllung der Erfüllung gleichgestellt wird, so darf gesagt werden, daß er diese Behauptung nicht bewiesen habe, s. auch Mommsen Beitr. I S. 326—329; wenn aber Mommsen sich auf die Natur des Kaufvertrages beruft, welcher eine sofortige Erfüllung entspreche, während ein Aufschub der Erfüllung als etwas Zufälliges erscheine, so ist u. m. A. diese Berufung entweder zur Erklärung des zu Erklärenden ungenügend, oder sie ist nur ein anderer, bloß weniger entwickelter, Ausdruck für die hier vertretene Ansicht. Auf die durch die Natur des Kaufvertrages begründete Regel sofortiger Erfüllung beruft sich auch Langerow III S. 236. Ihering Jahrb. f. Dogm. III S. 462—466 sucht die Erklärung in der Verschuldung, welche den Käufer in Betreff des Aufschubs der Erfüllung treffe; eine solche Verschuldung werde regelmäßig vorhanden sein, werde aber jedenfalls, um Streitigkeiten abzuschneiden, vom Rechte als vorhanden angenommen. Mir scheint das Erste nicht richtig, und das Letzte äußerst unwahrscheinlich. Ueber die Auffassung, nach welcher das für den Kaufvertrag Bestimmte nicht als Ausnahme, sondern als Regel erscheint, s. Note 16.

<sup>20</sup> Die in Note 16 citirte l. 50 D. de A. E. V. fährt fort: — „*possessio autem tradita futurum est, ut rem venditor aeque amitteret, utpote cum potenti eam rem emptor exceptionem rei venditae et traditae obiecit, ut perinde habeatur, ac si petitor ei neque vendidisset neque tradidisset*“ (vgl. Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 357). Dagegen kann das gezahlte Miethgeld zurückgefordert werden, wenn die Leistung des vereinbarten Gebrauchs dem Vermietter ohne seine Schuld unmöglich wird. L. 9 §. 4 l. 19 §. 6 l. 33 D. loc. 19. 2, l. 15 §. 6 eod.; f. auch die Lehre vom Miethvertrage.

<sup>21</sup> So namentlich, wenn der Grund, weswegen für die eine Partei eine Verbindlichkeit nicht zu Stande kommt, Unmöglichkeit der Leistung ist, l. 57 pr. D. de contr. om. 18. 1. — Wie ist es bei theilweiser Unmöglichkeit, — kommt dann eine Verbindlichkeit für den andern Theil gar nicht zu Stande, oder wird er auf den entsprechenden Theil der Gegenleistung verpflichtet (in beiden Fällen natürlich Nichtwissen des andern Contrahenten vorausgesetzt)? Im Allgemeinen kommt es auf seine „*contemplatio*“ an, ob er auch um den noch mög-

steht, kann die nicht verbundene Partei Erfüllung derselben nicht verlangen, ohne ihrerseits dasjenige zu leisten, was sie, wenn auch ungültig, versprochen hat<sup>22</sup>. In diesem letztern Falle hängt es also von dem Willen der nicht verbundenen Partei ab, ob der Vertrag in Vollzug gesetzt werden soll, oder nicht<sup>23</sup>.

den Theil der Leistung contrahirt haben würde; eine positive Entscheidung in l. 57 pr. cit. S. auch der folgenden Theil dieser Stelle und l. 58 eod. Mommsen Beitr. I S. 162 fg., Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 119 fg.

<sup>22</sup> Dieses Verhältnis tritt namentlich dann ein, wenn ein Geschlechtsunreifer einen gegenseitigen Vertrag ohne Mitwirkung seines Vormunds abschließt, pr. l. de auct. 1. 21, l. 13 §. 29 D. de A. E. V. 19. 1, l. 5 §. 1 D. de auct. 26. 8, l. 7 §. 1 D. de resc. vend. 19. 1. Ferner dann, wenn Jemand eine gestohlene Sache, wissend, daß sie gestohlen ist, kauft, l. 34 §. 3 D. de contr. om. 18. 1. S. ferner l. 31 §. 1 D. de R. C. 12. 1, l. 57 pr. D. de aed. ed. 21. 2. (Vgl. übrigens, was Geschlechtsunreife angeht, auch den Schluß der l. 7 §. 1 D. de resc. vend.: wenn ein Geschlechtsunreifer mit demjenigen, mit welchem er in rechtsverbindlicher Weise einen Kaufvertrag abgeschlossen hat, übereinkommt, daß derselbe aufgehoben sein solle, so ist dadurch er nicht verbunden, deswegen aber auch der andere Contrahent nicht.)

<sup>23</sup> Man hat die im Text behandelten Verträge hinkende Verträge, *negotia claudicantia*, genannt (vgl. l. 13 §. 29 cit.: — „*ex uno latere constat contractus*“). Ueber die Natur derselben herrscht aber keine Einigkeit. Folgende Auffassungen sind aufgestellt worden. 1) Es findet bei den genannten Verträgen eine unentschiedene (s. g. relative) Nichtigkeit statt (l. §. 82 Note 8); es hängt die Rechtsbeständigkeit des Vertrages von dem Willen des einen der Contrahenten ab. Entscheldet derselbe sich aber für die Rechtsbeständigkeit, so erlangt der Vertrag dadurch volle Wirksamkeit, und erzeugt also eine Verbindlichkeit auch für den entscheidenden Contrahenten selbst. Dieser Auffassung, welche u. A. von Savigny Syst. III S. 40, Fuchta §. 232a vertreten wird, ist an und für sich möglich, aber nicht gut vereinbar mit den Aussprüchen der Quellen, in denen es geradezu heißt, daß der eine Contrahent „*obligator*“, der andere „*non obligator*“ (doch vgl. auch l. 6 §. 1 i. f. D. de contr. om. 18. 1). Eine formelle Modification dieser Meinung ist die Meinung von Wächter (l. §. 82 Note 8); derselbe nimmt Nichtigkeit an, welche durch die Erklärung des einen Contrahenten zur Gültigkeit wird. 2) Es ist in der That der eine der Contrahenten verpflichtet, der andere nicht; aber die Verpflichtung, welche für Jenen entstanden ist, hat zum Inhalt nicht Leistung schlechthin; sondern Leistung gegen Gegenleistung. So Keller IV S. 362 fg. S. 368 fg. Dieser Auffassung steht entgegen, daß die Berufung auf die nicht erfolgte Gegenleistung in unsern Quellen *exceptio* genannt wird (s. Note 2). 3) Es ist nur der eine der Contrahenten verpflichtet, der andere nicht; aber wenn auch der andere nicht



5. Ein ähnliches Verhältniß kann stattfinden, auch ohne daß der Vertrag für eine der Parteien ungültig ist. Hierher gehört a) der Fall, wo die Verbindlichkeit der einen Partei auf ihren nackten Willen gestellt ist<sup>24</sup>; b) der Fall, wo der Vertrag unter Abwesenden geschlossen wird, und in Folge davon nur schrittweise zu Stande kommt<sup>25</sup>. In beiden Fällen hängt ebenfalls der Vollzug des Vertrages von der Willkür des einen der Contractanten ab, und der Unterschied gegen den Fall unter 4. ist nur der, daß hier, wenn es zum Vollzuge des Vertrages kommt, der den Vollzug Fordernde auch seinerseits verbunden ist<sup>26</sup>.

### γ. Glücksverträge\*

#### §. 322.

Eine besondere Art der Verträge bilden ferner die Glücks-

verpflichtet ist, so handelt derselbe doch gegen die Absicht des Vertrages, welcher ihm sein Forderungsrecht gegeben hat, wenn er dasselbe geltend macht, ohne zu leisten, was er versprochen hat. Dieß ist die hier vertretene Auffassung; f. außerdem Arndts §. 234 Note 3. 4. 4. Eine vierte Auffassung läßt nur den einen Contractanten verpflichtet werden, und gibt dem andern bloß einen Gegenanspruch, soweit eine natürliche Verbindlichkeit für jenen entsteht. So namentlich Brandis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII S. 133 fg., f. außerdem Krig Erlaut. II S. 273. 274, Sinteris I §. 17 Note 25, Wangerow I S. 519, und vgl. auch Dernburg Compens. S. 73. 74, Thering Geist des röm. Rechts III S. 192.

<sup>24</sup> Das Verhältniß ist hier näher dieses. Derjenige Contractant, dessen Verbindlichkeit auf seinen nackten Willen gestellt ist (Bedingung: si voluerim), ist einseitigen gar nicht verbunden; der andere Contractant ist verbunden unter der Bedingung des Wollens seines Mitcontractanten. Vgl. I §. 93 Note 1 (wo aber irrigerweise die Keller'sche Auffassung festgehalten worden ist; es ist daselbst in Z. 6 der Num. nach „nur“ zu lesen: „kann keine der Parteien Erfüllung verlangen, ohne ihrerseits zu leisten, was sie versprochen hat“). Vgl. auch Thering Jahrb. f. Dogm. VII S. 178, Rindervater das. S. 8. S. §. 306 Note 7.

<sup>25</sup> In dem ersten der genannten Fälle bringt der bisher nicht gebundene Contractant durch die Erfüllung der Bedingung, unter welcher der andere Contractant verpflichtet ist — die Erklärung seines Willens, daß derselbe verpflichtet sein solle —, da er nur das ganze Geschäft wollen und nicht wollen kann, auch für sich eine Verbindlichkeit zu Stande. In dem zweiten Fall wird eine Verbindlichkeit für den bisher nicht gebundenen Contractanten schon dadurch erzeugt, daß der Gegner die Vertragsannahme desselben erfährt (§. 306 Note 4 und 7).

Glücksverträge oder gewagten Verträge. Es sind dieß diejenigen Verträge, in welchen die Parteien es von einem Zufall abhängig machen, für welche von ihnen der Vertrag einen Vortheil, für welche er einen Nachtheil zu Wege bringen soll. Die Glücksverträge sind entweder nur besondere Gestaltungen anderer Verträge, welche an und für sich keine Glücksverträge sind<sup>1</sup>, oder sie sind Verträge mit einem ihnen eigenthümlichen Vertragsinhalt<sup>2</sup>. — Die Glücksverträge sind nicht unbedingt erlaubt. Das Princip der Entscheidung ist dabei folgendes: unerlaubt sind diejenigen Glücksverträge, in welchen beide Parteien die Gefahr eines Verlustes übernehmen, um einen Gewinn zu machen; erlaubt sind diejenigen, in welchen wenigstens eine der Parteien ein berechtigtes Lebensinteresse verfolgt<sup>3</sup>.

### δ. Nebenverträge.

#### §. 323.

Der Vertragsinhalt, welcher einen Vertrag zu einem Vertrag gewisser Art macht und als solchen gewissen Regeln unterwirft, kann durch eine besondere Veredung, ohne daß er ein wesentlich anderer wird, modificirt werden. Eine solche Veredung bildet dann dem Hauptvertrage gegenüber einen Nebenvertrag. Die Nebenverträge können den verschiedensten Inhalt haben; hier sind wegen ihrer allgemeineren Bedeutung diejenigen hervorzuheben, durch welche einer Partei oder auch beiden Parteien der Rücktritt gestattet wird<sup>4</sup>.

\* Puchta §. 258, Arndts §. 236, Sinteris II S. 292—295, v. b. Pfordten Abhandl. S. 327 fg.

<sup>1</sup> So z. B. das Verbarlehn (§. 371 a. G.), die omnia spoi (§. 395 Note 5). §. 382. L. 1. 2. 4. C. de nou. foen. 4. 33, l. 5 D. eod. 22. 2, l. 8 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 7. 10. 11. 13 D. de hor. vel act. vaud. 18. 4, l. 11 §. 18 l. 12 D. de A. E. V. 19. 1.

<sup>2</sup> So z. B. der Spielvertrag, der Wettvertrag, der Versicherungsvertrag. — Gegen die Aufstellung der Glücks- oder gewagten Verträge als einer besondern Kategorie der Verträge erklärt sich Wilda Zeitschr. f. deutsch. R. VIII S. 200—207.

<sup>3</sup> Beim Spielvertrag z. B. wollen beide Parteien lediglich gewinnen; beim Versicherungsvertrag will zwar auch die eine Partel gewinnen, die andere dagegen sich gegen Schaden schützen.

<sup>4</sup> Vgl. zum folgenden Unterholzer II §. 429—431, Sinteris II §. 323. S. 323—331.

Der Rücktritt kann unbedingt<sup>1a</sup> oder nur für einen gewissen Fall gestattet werden; namentlich kommt es bei gegenseitigen Verträgen häufig vor, daß einer Partei der Rücktritt gestattet wird für den Fall, daß die andere Partei ihre Verbindlichkeit nicht erfüllen sollte<sup>2</sup>, oder für den Fall, daß ein Dritter sich bereit erklären sollte, denselben Vertrag mit ihr unter günstigeren Bedingungen einzugehen<sup>3</sup>. Mag der Rücktritt unbedingt oder nur für einen gewissen Fall gestattet sein, so ist im Zweifel als Wille der Parteien anzunehmen, daß, wenn der Rücktritt erfolgt, der Vertrag als nicht geschlossen gelten sollte<sup>4</sup>. Mit anderen Worten: der Vertrag mit gestattetem Rücktritt ist im Zweifel anzusehen als abgeschlossen unter einer auflösenden Bedingung, deren Inhalt entweder schlechthin der ist, daß eine Partei die Wiederaufhebung des Vertrages wollen sollte, oder der, daß ein gewisser Umstand eintreten und dann die Partei die Wiederaufhebung wollen sollte<sup>5</sup>. Hiernach bestimmt sich die rechtliche Bedeutung des den Rücktritt gestattenden Nebenvertrages näher<sup>6</sup>.

<sup>1a</sup> S. g. pactum displicentiae. L. 4 D. de contr. emt. 18. 1, 1. 6 D. de reso. vend. 18. 5, 1. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6, 1. 2 §. 5 D. pro emt. 41. 4, 1. 11 §. 13 D. quod vi aut. cl. 43. 24, 1. 4 C. de aed. ed. 4. 58. Alle diese Quellenzeugnisse beziehen sich auf den Kaufvertrag. Vgl. §. 387 in der zweiten Hälfte; übrigens auch Fitting Zeitschr. f. Handelsr. V S. 87. 113.

<sup>2</sup> Lar commissoria. Dig. 18. 3. de lego commissoria. Auch dieser Titel, wie der in der folgenden Note genannte, bezieht sich nur auf den Kaufvertrag. Vgl. Wolff Mora S. 76 fg., Serber Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde §. 31. 32 (dann Windscheid krit. RSchr. I S. 130. 131).

<sup>3</sup> In diem addictio. Dig. 18. 2. de in diem addictions. Der Anbruch bezieht sich auf den gewöhnlichen Fall, wo für das bessere Gebot eine Zeitfrist gesetzt ist. Ob 1. 41 D. de R. V. 6. 1 in ihrer ersten Hälfte von dem Falle zu verstehen ist, wo dieß nicht geschehen ist? Vgl. Unterholzner II §. 429 Note o. Sinteris S. 326 Note 13, Vangerow I S. 153. — Wann kann man sagen, daß ein besseres Gebot gestellt sei? L. 4 §. 6 l. 5 l. 14 §. 3. 5 l. 15 D. h. t.

<sup>4</sup> Möglicherweise können die Parteien auch gewollt haben, daß durch den Rücktritt nur eine obligatorische Verpflichtung auf Rückgängigmachung der durch den Vertrag erzeugten rechtlichen Wirkung entstehen sollte. Vgl. 1 §. 90 Note 2, und in Betreff des pactum displicentiae beim Kaufvertrage §. 387 Note 7.

<sup>5</sup> L. 9 l. 11 §. 1 l. 12. 13 pr. 1. 14 §. 2 D. de in diem add. 18. 2, 1. 2 l. 4 §. 2 D. de lego comm. 18. 3.

<sup>6</sup> Also es ist zu sagen: 1) durch den Rücktritt hört die von dem Vertrage erzeugte rechtliche Wirkung für die Zukunft ohne Weiteres (ipso iure) auf,

Außerdem bemerke man noch Folgendes. 1) Ist das Rücktrittsrecht auf den Fall besseren Gebots gestattet, so hat der erste Contrahent im Zweifel die Befugniß, in das bessere Gebot seinerseits einzutreten, und dadurch den Vertrag für sich aufrecht zu erhalten<sup>7</sup>. 2) Ist das Rücktrittsrecht von der Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Gegners abhängig gemacht, so ist es begründet, sobald die fällige Leistung nicht gemacht wird; Mahnung ist nicht erforderlich<sup>8</sup>. Ebenso wenig ist es erforderlich, daß dem Schuldner die Versäumung der Erfüllung zur Schuld angerechnet werden könne<sup>9</sup>; nur dann ist das Rücktrittsrecht nicht begründet, wenn umgekehrt der Gläubiger an der Nichterfüllung Schuld ist<sup>10</sup>. Hat der Gläubiger sich einmal darüber erklärt, ob er von seinem Rechte Gebrauch machen will, oder nicht, so kann er seinen Entschluß nicht mehr ändern<sup>11</sup>. Macht er von seinem Rechte Gebrauch, so bekommt der Schuldner weder das gegebene Handgeld, noch,

1. 41 D. de R. V. 6. 1, 1. 4 §. 3 D. de in diem add. 18. 2, 1. 8 D. de lege comm. 18. 3, 1. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6, 1. 4 C. de pactis inter emt. 4. 54. 2) Dagegen bleibt sie für die Vergangenheit an und für sich bestehen, und es entsteht nur für denjenigen, zu dessen Gunsten sie eingetreten ist, die obligatorische Verpflichtung, sie auch für die Vergangenheit rückgängig zu machen, 1. 4 §. 4 l. 6 pr. 1. 16 D. de in diem add. 18. 2, 1. 4 pr. 1. 5 D. de lego comm. 18. 3, 1. 11 §. 10 D. de int. q. v. a. cl. 43. 24. Vgl. §. 91 Note 3. 3) Nichtsdestoweniger verlieren die Verfügungen, welche auf Grund der durch den Vertrag erzeugten rechtlichen Wirkung in der Zwischenzeit getroffen worden sind, durch den Rücktritt ihren rechtlichen Bestand, 1. 4 §. 3 D. de in diem add. 18. 2, 1. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. Dieß jedoch mit Ausnahme derjenigen, welche durch den Rücktretenden selbst getroffen worden sind, weil für ihn die Bedingung eine Bedingung: si voluerim war, 1. 3 cit. Vgl. §. 93 Note 3. 4) L. 6 §. 1 l. 7. 8 D. de in diem add. 18. 2. Ueber 1. 6 §. 1 cit. f. Huschke Zeitschr. f. Civ. und Pr. R. §. V S. 105.

<sup>7</sup> L. 4 §. 4 D. de lego comm. 18. 3. Diese Stelle macht keinen Unterschied, ob ein Leistungstermin festgesetzt ist, oder nicht; vgl. auch §. 285 Note 4. K. M. Unterholzner II S. 222 Note a, Sinteris II §. 101 Note 24.

<sup>8</sup> Wenn es in 1. 51 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1 und 1. 6 pr. D. h. t. heißt, der Verkäufer sei hunc zum Rücktritt ermächtigt, wenn es „per emptorem factum sit, quominus pecuniam solvat“, so soll damit, wie 1. 51 §. 1 cit. deutlich zeigt, nur der Gegensatz gegen die Verhinderung durch den Gläubiger selbst bezeichnet werden. Vgl. §. 285 Note 10.

<sup>9</sup> L. 51 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1, 1. 4 §. 4 D. h. t.

<sup>11</sup> L. 4 §. 2 l. 6 §. 2 l. 7 D. h. t., 1. 4 C. de pact. int. emt. 4. 54, Vat. fr. §. 3. 4.

wenn er bereits theilweise erfüllt hat, das Geleistete zurück, kann aber im letzten Falle seinerseits die gezogenen Früchte einbehalten<sup>12</sup>. Der Beweis der Nichterfüllung trifft nicht den Gläubiger<sup>13</sup>. 3) Der gewöhnlich gelehrte Satz, daß, wenn für die Ausübung des reinen Rücktrittsrechtes eine Frist nicht bestimmt sei, dasselbe binnen 60 Tagen geltend gemacht werden müsse, kann als richtig nicht anerkannt werden<sup>14</sup>.

Sowohl das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, so kann auch das Zustandekommen des Vertrages von dem, bedingten oder unbedingten, Belieben einer Partei abhängig gemacht werden; in diesem Falle bildet das Belieben nicht die auflösende, sondern die aufschiebende Bedingung des Vertrages<sup>15</sup>. Ist aber das Belieben auf den Fall besseren Gebotes oder auf den Fall der Nichterfüllung der Verbindlichkeit der Gegenseite gestellt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Parteien nicht eine aufschiebende, sondern eine auflösende Bedingung gewollt haben<sup>16</sup>.

### e. Bestärkung des Vertrages.

#### α. Eid\*.

#### §. 324.

Der einem Vertrag hinzugefügte Eid verleiht demselben der

<sup>12</sup> L. 4 §. 1 l. 6 pr. D. h. t. Diese Sätze sind nicht unbestritten, der zweite auch nicht ganz unweifelhaft. Vgl. Sintonis a. a. O. Note 31, Arndts §. 249 Anm. 2.

<sup>13</sup> Vgl. das §. 285 Note 19 in Betreff der Conventionalstrafe Gesagte. Scuff. Arch. VI. 173, VIII. 135.

<sup>14</sup> Derselbe wird hergeleitet aus l. 31 §. 22 D. de aed. ed. 21. l. Aber diese Stelle handelt von einem Fall, wo es nach dem von den Parteien gebrachten Ausdruck („ut, nisi placuerit, redhibeatur“) unzweifelhaft erschien, daß ihr Willen sei, es sollten dem Käufer ohne Weiteres dieselben Rechte zustehen, welche das äbilische Edikt sonst nur für den Fall der Fehlerhaftigkeit der gekauften Sache gewährt hatte. Vgl. Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. I S. 125 fg., Fitting das. III S. 272 fg. S. 278.

<sup>15</sup> §. 4 l. de emt. 3. 23, l. 20 pr. §. 1 D. de praeser. verb. 19. 5, l. 2 l. 4 §. 1 D. de in diem add. 18. 2.

<sup>16</sup> L. 1 D. de lege comm. 18. 3, l. 2 §. 4 D. pro emt. 41. 4. Scuff. Arch. X. 49. Ueber den Fall einfachen Beliebens s. §. 387 Note 8.

\* Sicut IV §. 341, Thibaut logische Auslegung §. 61, Weber natü-

Regel nach keine andere juristische Kraft, als der Vertrag schon an und für sich besitzt. Von diesem Satze gibt es zwei sichere Ausnahmen<sup>2</sup>: der Eid heilt die Ungültigkeit, welche einem Vertrage wegen der Minderjährigkeit des Contrahenten anhebt<sup>3</sup>, und die Ungültigkeit, an welcher die Zustimmung einer Ehefrau zur Veräußerung des unbeweglichen Totalvermögens leidet<sup>4</sup>. Viel weiter geht aber eine in der Doctrin und Praxis weit verbreitete Ansicht; dieselbe läßt durch den Eid jeden Vertrag gültig werden, welcher nicht von den Gesetzen geradezu verboten ist<sup>5</sup>.

siche Verbindlichkeit §. 118—123, Pfeiffer pract. Ausführungen IV. 9, Mühlensbruch Fortf. von Glück XXXVIII S. 191 fg., Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XXV S. 227—255; Unterholzner I S. 66, Sintonis II S. 306 und dazu Note 1, Wächter II S. 773, Bangerow I §. 170, Puchta §. 253, Arndts §. 240 Nr. 1, Keller §. 226, Savigny System VII S. 49. 53.

<sup>1</sup> L. 7 §. 16 D. de pact. 2. 14, l. 5 §. 1 C. de legib. 1. 14.

§. 324.

<sup>2</sup> Das römische Recht machte noch eine fernere Ausnahme bei Verträgen, durch welche ein Freigelassener seinem Patron Dienste versprach, l. 7 pr. §. 1 D. de op. lib. 38. 1, Ep. Gai. II. 9 §. 4. Die Ausnahme der l. 4 C. de rec. 2. 56 ist durch Nov. 82 c. 11 wieder aufgehoben worden.

<sup>3</sup> L. 1 C. si adv. vend. 2. 28. Die Glossatoren stritten darüber, ob dieses Gesetz sich nur auf ansehbare (der Wiedereinsetzung unterworfenen), oder auch auf nichtige Verträge beziehe. Durch ein Gesetz Friedrich II., welches im Codex als Auth. *Sacramenta puberum* hinter der angeführten Stelle steht, wurde der Streit zu Gunsten der letzteren Meinung entschieden. Vgl. Savigny Gesch. des röm. R. im R. A. IV S. 162 fg.

<sup>4</sup> C. 28. X. de inroi. 2. 24, c. 2 eod. in V<sup>10</sup> 2. 11. Wenn das canonische Recht außerdem noch den Erbverzicht durch eidliche Bestärkung gültig werden läßt (c. 2 in V<sup>10</sup> de pact. 1. 18), so ist derselbe nach heutigem Rechte schon an und für sich gültig.

<sup>5</sup> Man sieht in den genannten Entscheidungen des canonischen Rechts die Anerkennung eines allgemeinen Principes, und beruft sich dafür auf die Motivierung derselben (c. 28 tit.: „cum in alterius praesudicium non redundent, nec observata videntur in praesudicium salutis aeternae“, ähnlich c. 2 in V<sup>10</sup> de pact.; vgl. auch c. 8 X. de inroi., c. 58 in V<sup>10</sup> de R. l. 5. 12). Aber bei der großen Gefährlichkeit eines solchen allgemeinen Principes ist es höchst bedenklich, dasselbe ohne Anhalt in einer directen gesetzlichen Sanction als rechtsverbindliche Norm aufzustellen; auch hat man sich über die demselben hinzuzufügenden Beschränkungen im Einzelnen nie vereinigen können; vgl. namentlich Weber S. 537 fg. Gegen die Ausdehnung der Vorschriften sind von den angeführten Schriftstellern (mit größerer oder geringerer Entschiedenheit): Weber, Pfeiffer, Mühlensbruch, Wächter, Puchta, Sintonis, Keller. Auch die

## A. Handgeld\*

## §. 325.

Ein Handgeld (Draufgeld, Arrha) hat regelmäßig die Bedeutung, ein Zeichen des Zustandekommens des Vertrages zu sein, und dasselbe außer Zweifel zu setzen<sup>1</sup>. Daher muß es bei Erfüllung des Vertrages zurückgegeben, oder auf die zu empfangende Gegenleistung angerechnet werden<sup>2</sup>; ebenso muß es zurückgegeben werden, wenn der Vertrag hinterher, durch Uebereinkunft der Parteien oder in sonstiger Weise, seinen Bestand verliert<sup>3</sup>. Jedoch kann auch ausgemacht werden, daß das Handgeld behalten werden dürfe. Ist ein Rücktrittsrecht für den Fall der Nichterfüllung bedungen, so kann der Rücktretende es behalten, auch ohne daß dieß ausdrücklich verabredet worden ist<sup>3</sup>.

Ein Handgeld kann aber möglicherweise auch gegeben werden mit Rücksicht auf einen erst abzuschließenden Vertrag, zu dessen Abschluß noch keine der Parteien verbunden ist; in diesem Falle

neuere Praxis ist nicht mehr constant (s. Pfeiffer a. a. D., Seuff. Arch. II. 261 — gegen III. 53), so daß man die Frage auch nicht als durch ein Gewohnheitsrecht erledigt ansehen darf. Nur für den Fall der Intercession einer Frau, für welchen c. 9 X. de iuro. 2. 28 einen besondern Anhalt gewährte, ist ein solches Gewohnheitsrecht wohl nicht zu bezweifeln.

\* Unterholzner I S. 65, Sinteris II S. 307—310, Holzschner III S. 241, Savigny Obl. II S. 267—271.

1 Pr. I. de emt. et vend. 3. 23 („argumentum emtionis et venditionis“), l. 35 pr. D. de contr. emt. 18. 1 („ut evidentiis probari possit, convenisse de prolio“).

2 Das Hingegebene wird hingegeben, um eine gewisse Function zu erfüllen; nach der Erfüllung oder dem Wegfall des Vertrages kann es diese Function nicht mehr erfüllen, und so ermanget dann die Voraussetzung, unter welcher es hingegeben worden ist, so daß der Empfänger aus dem Vermögen des Hingebenden ohne rechtfertigenden Grund bereichert ist. Dieser Obligationsgrund konnte nach römischem Rechte direct geltend gemacht werden (condictio sine causa [ob causam dati causa finita]), oder wenn der Hauptvertrag ein bonae fidei contractus war, mit der actio aus dieser. L. 11 §. 6 D. de A. E. V. 19. l. 1. 5 §. 15 D. de inst. 14. 3. Vgl. I §. 97 Note 4, §. 423 Note 13. PWB. Art. 285 Abs. 2.

3 L. 6 pr. D. de lege comm. 18. 3, vgl. l. 8 cod., l. 1 C. de pact. int. emt. 4. 44, und §. 323 Note 12 — In örtlichen Gewohnheitsrechten kommt es öfter vor, daß das Handgeld schlechthin zurückbehalten werden darf, z. B. bei der Miete des Grundes.

verliert der den Abschluß Weigernde das Handgeld bez. dessen Werth<sup>4</sup>.

Wird etwas in dem Sinne hingegeben, daß der Hingebende gegen Aufopferung des Hingegebenen von dem Vertrage solle zurücktreten dürfen, so liegt darin keine Bestätigung, sondern eine Abschwächung des Vertrages<sup>5</sup>. —

Ein Vertrag kann auch durch Hinzufügung einer Conventionalstrafe bestärkt werden; davon ist bereits in den §§. 285 und 286 gehandelt worden.

## B. Vergehen (Delicte)\*.

## §. 326.

Aus Vergehen (I §. 101) entsteht eine doppelte Klasse von Forderungsrechten.

1. Jedes Vergehen, durch welches ein Vermögensschaden verursacht wird, erzeugt ein Forderungsrecht auf Ersatz dieses Schadens (§. 257).

2. Ein Vergehen kann außerdem ein Forderungsrecht auf eine dem Verletzten zu leistende Strafe erzeugen, — Privatstrafe im Gegensatz der öffentlichen Strafe<sup>1</sup>. Die Strafe besteht regelmäßig in einer besondern von dem Delinquenten zu machenden Geldleistung; in Einem Falle besteht sie in einer besondern Gestaltung der Ersatzverbindlichkeit<sup>2</sup>. Es kann auch sein, daß ein und dasselbe

4 L. 17 C. de iud. instr. 4. 21, §. 1 I. de emt. et vend. 3. 23. Vgl. §. 312 Note 12. — Auf denselben Gedanken beruhen die Vorschriften in l. 35 pr. D. de rito nupt. 23. 1, l. 5 C. de spons. 5. 1, welche heutzutage unanwendbar sind, weil nach canonischem Rechte kein Verlöbniß kein Rücktritt mehr gestattet ist. Vgl. übrigens Gl. II XXIV S. 392 fg., namentlich S. 411.

5 Man spricht in diesem Falle von einer arrha poenitentialis. Vgl. §. 285 Note 13. PWB. Art. 285 Abs. 1.

\* Unterholzner I §. 46, Sinteris I §. 29. II. b, II §. 100, Savigny System V §. 110—112, Obl. II §. 82—84.

1 Die actio, mit welcher die Privatstrafe eingefordert wird, ist eine actio §. 326. poenalis, poenas perseguendas causa comparata; ihren Gegensatz bildet die (über den Umfang der obligatorischen actiones hinausreichende) actio quae rem persequitur, rei perseguendas causa comparata, §. 16—19 I. de act. 4. 6, l. 35 D. de O. et A. 44. 7 (vgl. I §. 46 Note 3).

2 Bei bey weiberrechtlichen Beschädigung (actio legis Aquilinae). — In unsern Quellen werden zu den actiones poenales auch diejenigen actiones

Forderungsrecht zugleich auf Ersatz und Strafe geht<sup>3</sup>. — Die römischen Privatstrafen sind heutzutage nicht mehr durchaus practisch. Sie sind es nicht mehr, a) insoweit das römische Recht mit der Privatstrafe eine öffentliche Strafe in der Weise verband, daß durch die öffentliche Strafe die Privatstrafe ausgeschlossen werden sollte, und auch das heutige Recht noch eine öffentliche Strafe des Vergehens anerkennt<sup>4</sup>; b) insoweit das römische Recht das Vergehen einer öffentlichen Strafe nicht unterwarf, eine solche aber von dem heutigen Rechte eingeführt worden ist<sup>5</sup>. Darüber hinaus aber darf die heutige Anwendbarkeit der römischen Privatstrafen im Principe nicht bestritten werden; es ist nur bei den einzelnen Privatstrafen zuzusehen, ob für sie nicht besondere Gründe der Unanwendbarkeit sich geltend machen<sup>6</sup>. Dieß letztere

gerechnet, bei welchen eine Steigerung in Folge des Feignens oder der Vorenthaltung bis zur Klage oder bis zum Urtheil eintritt (§. 263); f. die citirte Institutionenstelle.

<sup>3</sup> In diesem Falle sprechen die Quellen von einer actio mixta, d. h. einer actio, welche zugleich poenam und rem persequitur, §. 16—19 I. de act. 4. 6.

<sup>4</sup> Denn die öffentliche Strafe tritt heutzutage mit Nothwendigkeit ein, während nach römischen Recht in dem bezeichneten Fall der Verletzte zwischen dieser und jener die Wahl hatte. L. 3 D. de priv. del. 47. 1, l. 56 §. 1 I. 92 D. de fort. 47. 2, l. 6 l. 45 D. de iniur. 47. 10, §. 10 l. eod. 4. 4. Eine Ausnahme bildet jedoch auch für das heutige Recht der Fall der Injurie.

<sup>5</sup> Diese Ausnahme ist nicht in gleicher Weise sicher, wie die vorige. Jedoch erscheint es nicht als zu gewagt, sie aufzustellen. Jedenfalls genießen die Privatstrafen im heutigen Recht keine Gunst, und so darf angenommen werden, daß wenn das moderne Recht für ein römisches Privatdelict eine öffentliche Strafe neu eingeführt hat, dieß nicht in cumulativem Sinne geschehen ist.

<sup>6</sup> Ueber die heutige Anwendbarkeit der römischen Privatstrafen herrscht keine Uebereinstimmung der Meinungen. Während auf der einen Seite allgemein anerkannt ist, daß heutzutage die Privatstrafe der Injurie fortbauert, so wie daß das heutige Recht eine andere, dem römischen Recht unbekante, Privatstrafe in dem Schmerzensgelde eingeführt hat, gehen Viele über die zuvor bezeichneten Ausnahmen von der heutigen Anwendbarkeit der römischen Privatstrafen hinaus, und leugnen dieselbe, abgesehen von dem Falle der Injurie, ganz. Aber für diese Ansicht lassen sich genügende Gründe nicht beibringen. Sie kann sich nicht berufen auf einen allgemeinen Grundsatz des heutigen Strafrechts, nach welchem nur der Staat als Wächter der Rechtsordnung, nicht aber eine Privatperson, die Strafe einfordern könne; dagegen spricht eben die Privatstrafe der Injurie und das Schmerzensgeld. Sie kann sich aber auch ferner nicht berufen auf ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht. Was

ist namentlich der Fall bei denjenigen Privatstrafen, die nach römischem Recht von jedem Bürger, auch wenn die Verletzung ihn nicht betraf, eingefordert werden konnten<sup>7</sup>.

die Doctrin angeht, so ist die Zahl derjenigen, welche sich für die heutige Anwendbarkeit der römischen Privatstrafen erklärt haben, in Deutschland von jeder der Zahl der Gegner gegenüber eher größer gewesen, als geringer; namentlich gehören dahin Brunnemann (ad l. ult. i. f. D. de calumniatoribus und ad l. 5 §. 2 D. commod. n. 17), Lauterbach (ad tit. Dig. 47. 1 n. 9), Schüller (exerc. 10 §. 74, exerc. 49 §. 5), Strypf (ad Dig. passim, s. B. III 6 §. 2, IV. 2 §. 3, XLIV. 7 §. 3 sqq.), Berger (in einer eigenen Diss. de usu actionum poenaliu, 1705 und 1740), Leyser (spec. 56 n. 2), J. S. Böhmer (exerc. 93 §. 14), Ad. Dietr. Weber (Versuche über das Civilt. S. 67 fg.), Thibaut (Lehrb. §. 68), Schweppe (Lehrb. III §. 540), v. Wening-Ingenheim (Lehrb. II §. 194), Buchta (Lehrb. §. 261), Wächter (Strafr. I §. 110 Anm. 52), Heffter (Strafr. §. 126). Ebenso hat es an Fällen wirklicher Anwendung nicht gefehlt (s. darüber namentlich Grass collatio iuris civilis Rom. cum Recess. Imp. sect. 13 p. 39 sqq., I. H. Böhmer Exerc. ad Pand. exc. 93 §. 14, C. G. A. Gruner Dias. de poenis Romanorum privatis eorumque usu moderno p. 40), obgleich zugegeben werden muß, daß diese Anwendungsfälle nur vereinzelt sind. Will man sich aber über dieselben, eben wegen ihrer Vereinzeltheit, auch hinwegsetzen, und deswegen einen non usus in Betreff der Privatstrafen annehmen, so entsteht doch die fernere Frage, ob in demselben der Ausbruch einer zu Grunde liegenden Rechtsüberzeugung gefunden werden kann (vgl. Savigny Obl. II S. 315). Denn das ist nun wieder auf der andern Seite vollkommen unbestritten, daß sich eine die Privatstrafe aberkennende Praxis ebenso wenig nachweisen läßt. Deswegen mag man es immerhin als den treibenden Gedanken der modernen Entwicklung des Strafrechts bezeichnen, daß Strafen nur von dem Staate eingefordert werden sollen; aber man geht, wie ich glaube, zu weit, wenn man den römischen Privatstrafen die Geltung im gemeinen deutschen Recht principieil bestrittet. Die hier vorgetragene Meinung wird auch verteidigt in der (gründlichen) zuvor citirten Dissertation von Gruner (1806; abgedruckt auch in Chr. Martin Selectarum dissertationum et commentationum iuris criminalis collectio, Iena 1822, I p. 68 sqq.); die entgegenge setzte wird angeführt in den Dissertationen von Thomasius (de usu actionum poenaliu iuris Romani in foro Germanico (1693)), und von Gouze (de poenis laico actoris eodentibus 1747), f. außerdem Seuffert §. 282, Hierulff S. 173, 174, Sintenis I S. 256, Savigny Obl. II §. 84, Kleinschmidt Arch. f. pract. REB. N. F. I. 3; eigenthümlich Prinz §. 118. — Auf Art 157 und 158 der P. O. darf man sich für die hier vorgetragene Meinung nicht berufen, da diese Vorschriften amtliches Eingreifen des Richters voraussetzen. Savigny Obl. II S. 320.

<sup>7</sup> Mit einer actio popularis (I §. 46 Note 1). Die actiones populares sind heutzutage überhaupt unpractisch. Daß der Staat die Einforderung der

Entstehen aus Einer zusammenhängenden Handlung mehrere Strafforderungen, so ist zu unterscheiden<sup>7</sup>, ob dieselben ihren Grund haben in verschiedenen, in jener Handlung verbundenen Thatbeständen, oder in dem nämlichen, nur von verschiedenen Strafbestimmungen erfaßten Thatbestand. In dem ersten Fall kann jede Strafforderung zu ihrem vollen Betrage geltend gemacht werden<sup>8</sup>. In dem zweiten Falle absorbiert die größere Strafforderung die geringere<sup>9</sup>.

Strafe dem Verletzten überläßt, kommt, wie jedenfalls die *actio iniuriarum* beweist, auch heutzutage vor; dagegen darf allerdings als durchgreifender Grundsatz des heutigen Rechts bezeichnet werden, daß der Staat in der Geltendmachung eines öffentlichen Interesses, und so namentlich auch in der Eurforderung einer Strafe, nicht durch Jeden, der da will, vertreten werden kann. Wächter Strafr. I § 110 Anm. 52 a. E. und Württemb. Privatr. II S. 528; a. W. auch hier Heffter Strafr. §. 126 Anm. 1. Vgl. noch Bruns Zeitschr. f. Rechtsw. III S. 410. 411.

<sup>7</sup> Die Beantwortung der hier behandelten Frage ist I §. 121 Note 10 in der irrigen Voraussetzung abgelehnt worden, daß die römischen Strafflagen heutzutage nicht mehr anwendbar seien.

<sup>8</sup> L. 11 §. 2 D. de servo corrupto 11. 3, 1. 14 §. 1 D. de praeser. verb. 19. 5. In dem Falle der ersten Stelle sind verbunden folgende Thatbestände: 1) Einwirkung auf das Gemüth des Sklaven; 2) Bewirkung eines Diebstahls (welche zu Nr. 1 nicht nothwendig ist). In dem Fall der zweiten Stelle ist vorhanden: 1) Verletzung des Sklaven in einen hilflosen Zustand durch Entziehung der Kleider; 2) Aneignung der Kleider (welche in Nr. 1 nicht nothwendig enthalten ist).

<sup>9</sup> L. 41 §. 1 D. de O. et. A. 44. 7. „Si ex eodem facto duas competant actiones, postea (posterioris?) iudicis potius parias esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat; si tantumdem aut minus, id (i. nil) ubi id non) consequatur“. Beispiele: *actio legis Aquiliae* und *actio iniuriarum*: I. 34 pr. eod.; *actio legis Aquiliae* und *actio arborum furtim caesarum*: I. 1 D. arb. furt. caes. 47. 7; *actio furti* und *actio vi bonorum raptorum*: I. 88 D. de furt. 47. 2, 1. 1 D. vi bon. rapt. 47. 8. Nur scheinbar widersprechend I. 11 D. arb. furt. caes. 47. 7, 1. 2 §. 10, 26 D. vi bon. rapt. 47. 8, 1. 15 §. 46 I. 25 D. iniur. 47. 10, 1. 6 pr. D. ad leg. iul. de adult. 48. 5, welche Stellen nur sagen, daß die eine und die andere Strafflage begründet sei, nicht aber, daß die eine und die andere zu ihrem vollen Betrage durchgeführt werden könne, und in dem gleichen Sinne läßt sich ohne Schwierigkeit auch I. 32 D. de O. et. A. 44. 7 verstehen. Größere Schwierigkeit macht I. 53 pr. D. eod.; aber auch bei dieser Stelle ist doch die Auslegung nicht unmöglich, daß sie nur sagen will, der Berechtigte bekomme nicht den vollen Betrag einer jeden Klage, sondern nur den der höheren (die Stelle sagt: nur den Betrag Einer, indem sie voraussetzt, daß der Berechtigte zu der höheren greifen wird). L. 60 I. 130 D. de R. I. 50. 17 setzen nicht Einheit der strafbaren Handlung voraus. Einen durchgrei-

Auch die Erfahforderungen aus Delicten haben insofern eine Strafnatur, als der Verpflichtete leisten muß, ohne Rücksicht darauf, ob er das zu Erfahende in seinem Vermögen hat oder nicht. Aus diesem Grunde werden sie in einer wichtigen Beziehung, was nämlich den Uebergang auf die Erben des Verpflichteten angeht, der gleichen Behandlung unterworfen, wie die eigentlichen Strafforderungen<sup>10</sup>.

## VI. Umgestaltung des Forderungsrechtes.

### A. In Betreff seines Gegenstandes.

#### §. 327.

Das Forderungsrecht kann, ohne seine Existenz zu verlieren, umgestaltet werden<sup>1</sup>. Eine solche Umgestaltung kann es erleiden zuerst in Betreff seines Gegenstandes, d. h. der Leistung, zu welcher es den Schuldner verpflichtet. Die Aenderung des Gegenstandes kann darin bestehen, daß etwas zu dem Inhalt der geschuldeten Leistung hinzugefügt wird, oder darin, daß etwas von dem Inhalt der geschuldeten Leistung abgenommen wird<sup>2</sup>, oder auch darin, daß an die Stelle des bisherigen Leistungsinhaltes ein ganz anderer tritt<sup>3</sup>. Von besonderen hierher gehörigen Fällen ist im

festen Meinungsgegensatz unter den römischen Juristen, und zwar nach einer dreifachen Richtung, nimmt Savigny Syst. V S. 237 fg. an, indem er als letztes Resultat der Entwicklung das unbedingte Nebeneinanderbestehen der mehreren Strafforderungen ansieht; vgl. dagegen Bangerow III § 572 Anm. Weitere Literaturangaben bei dem f.

<sup>10</sup> S. darüber §. 359 Nr. 2. Auch der Ausdruck *actio poenalis* wird auf sie angewendet, z. B. I. 1 §. 8 D. de vis fiat 43. 4. Vgl. Savigny Syst. V §. 210, welcher die sinntliche Bezeichnung „zweiseitige Strafflagen — einseitige Strafflagen“ gebraucht.

<sup>1</sup> Ohne seine Existenz zu verlieren: — das jetzt vorhandene Forderungsrecht ist kein neu erzeugtes; es ist kein anderes Individuum, als das früher vorhandene Forderungsrecht. Daher dauern, so weit die Umgestaltung nicht reicht, alle anderen rechtlichen Bestimmungen des Forderungsrechtes fort, so namentlich Einreden, Privilegien, Pfandrechte, Bürgschaften, andere Accessionen.

<sup>2</sup> Beispiele: Bezugszinsen; theilweiser Uebergang der zu leistenden Sache ohne Schuld des Schuldners.

<sup>3</sup> So, wenn in Folge des Unmöglichwerdens der Leistung der Schuldner zur Leistung des Interesses verpflichtet wird.

bisherigen Verlauf der Darstellung bereits die Rede gewesen, so von der Aenderung des Gegenstandes, welche eintritt in Folge von Streitbeginn und Urtheil (I §. 124. 129), in Folge der Weigerung des Schuldners (§. 263), in Folge des Unmöglichwerdens der Leistung (§. 264. 265), in Folge des Verzugs (§. 276 fg.). Hier ist noch die Frage zu beantworten, ob eine Aenderung des Gegenstandes der Forderung auch dadurch eintritt, daß die zu leistende Sache einen Gewinn gewährt, d. h. ob das Forderungsrecht auch diesen Gewinn ergreift<sup>4</sup>. Diese Frage ist der Natur der Sache nach zu bejahen für denjenigen Gewinn, welcher einen integrirenden Bestandtheil der zu leistenden Sache bildet<sup>5</sup>; im Uebrigen darf sie weder unbedingt bejaht, noch unbedingt verneint, sondern sie muß für jedes einzelne Forderungsrecht besonders beantwortet werden<sup>6</sup>. Wo aber auch der Gläubiger Anspruch auf den Gewinn der Sache hat, hat er doch nur Anspruch auf denjenigen Gewinn, welchen wirklich die zu leistende Sache selbst gewährt, nicht auf denjenigen, zu welchem die zu leistende Sache nur Veranlassung gegeben hat<sup>7</sup>. — Man hat zur

<sup>4</sup> Ihering Abhandlungen Nr. 1 (1844). Mommsen Erörterungen aus dem Obligationenrecht I. Heft (1850).

<sup>5</sup> Dahin gehört z. B. die Anschwemmung, §. 3 I. de emt. 3. 23, l. 7 pr. de per. 18. 6, l. 10 §. 1 D. de l. D. 23. 3, l. 16 D. de leg. 111<sup>o</sup> 32 (die zuletzt genannte Stelle setzt der Anschwemmung die im Fluß entstandene Insel gleich, ohne Zweifel unter dem Gesichtspunkt, daß auch sie als Fortsetzung des anschließenden Grundstücks angesehen werden kann); Feuer gehört hierher der Fall der Verbindung einer beweglichen Sache mit einer andern beweglichen oder unbeweglichen Sache, sowie der Fall der juristischen Accession, z. B. durch Wegfall eines das Eigentumsrecht beschränkenden dinglichen Rechtes. Ob aber in diesen Fällen nicht für denjenigen, welcher mit dem Gegenstand selbst auch dessen Bestandtheile herausgeben muß, ein Entschädigungs- oder Restitutionsanspruch begründet ist, ist eine besonders zu beantwortende Frage. Mommsen a. a. D. S. 16—24.

<sup>6</sup> So hat z. B. der Käufer Anspruch auf den Gewinn der Sache (§. 389 Note 16), dagegen nicht z. B. der Vermächtnisnehmer (l. 23 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30, l. 26 D. de leg. 111<sup>o</sup> 32, l. 8 D. de usur. 22. 1, l. 4 C. cod. 6. 47, Nov. 131 c. 12). Dasselbe ist zu behaupten für jedes Forderungsrecht aus einem wohlthätigen Grunde. S. l. 31 §. 2 C. de l. D. 5. 12 und Mommsen S. 35—41.

<sup>7</sup> Er hat Anspruch nur auf das *lucrum ex re* (l. 21 D. de her. vel act. vend. 18. 4), so namentlich auf die Früchte, die auf den Eigenthümer fallende Hälfte des Schatzes, l. 7 §. 12 D. sol. matr. 24. 3 (Ihering S. 8, Mommsen

Beantwortung der aufgeworfenen Frage die Regel aufgestellt, daß derjenigen von den in der Obligation einander gegenüberstehenden Parteien der Gewinn der Sache gebühre, welche auch die Gefahr der Sache trage, d. h. welcher ein zufälliges dieselbe betreffendes Ereigniß zum Schaden gereiche<sup>8</sup>. Diese Regel ist aber nicht richtig<sup>9</sup>, wie denn namentlich derjenige, welcher aus einem wohlthätigen Rechtsgeschäft etwas zu fordern hat, obgleich er die Gefahr trägt, auf den Gewinn keinen Anspruch hat<sup>10</sup>. Die bezeichnete Regel ist wahr in einem ganz anderen Sinn<sup>11</sup>, nämlich in dem Sinn, daß demjenigen, welcher die Gefahr eines bestimmten Ereignisses trägt, auch der von diesem Ereigniß verurtheilte Gewinn gebührt<sup>12</sup>.

fen S. 56 Note b); aber nicht z. B. auf das auf dem geschuldeten Grundstück erlegte Wild, nicht auf das *lucrum ex negotiatiois perceptum* (l. 21 cit.). Nähere Ausführung in der citirten Abhandlung von Ihering und bei Mommsen a. a. D. §. 10.

<sup>8</sup> Auch in den Quellen findet sich dieser Satz sowohl im Allgemeinen ausgesprochen (§. 3 I. de emt. 3. 23, l. 10 D. de R. l. 50. 17, l. 22 §. 3 C. de fart. 6. 3), als vielfach im Einzelnen angewendet.

<sup>9</sup> Dies nachgewiesen zu haben, ist das Verdienst von Mommsen. Wie wenig darauf Gewicht gelegt werden darf, wenn die Quellen ihre Entscheidungen mit Berufung auf die bezeichnete Regel motiviren, zeigen l. 18 D. de l. D. 23. 3, l. 66 D. sol. matr. 24. 3.

<sup>10</sup> Note 6. Ebenso wenig gibt die vertragsmäßige Uebernahme der Gefahr ohne Weiteres einen Anspruch auf den an und für sich nicht gebührenden Gewinn, obgleich in dieser Beziehung Vat. fr. §. 114 Schwierigkeit macht. Mommsen S. 32—33 S. 45—50. Vgl. auch l. 38 §. 7. 15 D. de usur. 22. 1 (Mommsen S. 28 S. 33—36).

<sup>11</sup> Daß die bezeichnete Regel einen doppelten Sinn hat, ist auch von Ihering nicht verkannt, aber erst von Mommsen scharf hervorgehoben worden.

<sup>12</sup> Ihering S. 30 fg., Mommsen §. 7—9. Anwendungen. a) Wenn die Leistung dem Schuldner durch das Delict eines Andern unmöglich wird, so gebühren die aus diesem Delict sich ergebenden Ansprüche dem Schuldner oder Gläubiger, je nachdem der Schuldner für die Unmöglichkeit Ersatz geben muß oder nicht. Der Anspruch wird demjenigen, welchem er gebührt, entweder unmittelbar gegeben (so namentlich, wenigstens regelmäßig, die *actio furti*, §. 17 I. de obl. quas ex dol. 4. 1, l. 14 §. 16 D. de fart. 47. 2), oder ihm durch erzwungene Cession verschafft (l. 26 §. 8 l. 60 §. 2 D. loc. 19. 2, l. 12 D. de re iud. 42. 1, l. 14 pr. l. 80 pr. D. de fart. 47. 2). Nähere Ausführung bei Ihering S. 30—53, Mommsen S. 84—107; f. aber auch Dernburg Pfandrecht I S. 147—149. b) Wer fremdes, über-



## B. In Betreff seiner Subjecte\*.

## 1. Durch Gesamtnachfolge.

## §. 328.

Das Forderungsrecht kann ferner eine Umgestaltung erleiden in Betreff seiner Subjecte, so daß an die Stelle des bisherigen Gläubigers ein anderer Gläubiger, an die Stelle des bisherigen Schuldners ein anderer Schuldner tritt. Dieß ist noch in verschiedener Weise möglich.

1. Das Forderungsrecht geht auf ein anderes Subject über in und mit dem Vermögen, zu welchem es gehört; die Rechtsnachfolge, welche stattfindet, ist eine Gesamtnachfolge. Die nähere Betrachtung dieses Falles gehört in das Erbrecht.

2. Das Forderungsrecht geht als solches, als dieses einzelne Rechtsverhältniß, auf ein anderes Subject über; es findet eine Sondernachfolge Statt. Von diesem Fall ist hier näher zu reden. Dabei muß aber besonders gehandelt werden von der activen

haupt zu restituirendes, Geld auf Zinsen ausleiht, behält die gezogenen Zinsen oder behält sie nicht, je nachdem er die Gefahr der Ausleiherung trägt, oder nicht. L. 10 §. 8 D. mand. 17. 1, l. 67 §. 1 D. pro soc. 17. 2. Fhering S. 60; vgl. übrigens Rommensen S. 9 fg. e) Der Verkäufer einer Sache braucht, wenn dieselbe ohne seine Schuld zu Grunde geht, dem Käufer das durch einen zweiten Verkauf erzielte Kaufgeld nicht herauszugeben; durch den zweiten Verkauf hat sich in seinen Verpflichtungen gegen den ersten Käufer nichts geändert. L. 21 D. de her. vel act. vend. 28. 4: Fhering S. 58 fg., Rommensen S. 109—111 (vgl. aber auch Fhering Jahrb. f. Dogm. III S. 458 fg. und unten §. 390 Note 16). — Ueber l. 17 pr. D. de R. V. 6. 1 f. Fhering S. 70 fg., Rommensen S. 112; über l. 33 §. 1 l. 36 §. 3 D. de H. P. 6. 3 f. Fhering S. 68. 77.

§. 329.

\* Das Hauptwerk über diese Lehre ist noch immer das von Röhlenbruch: die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 1. Aufl. 1817, 3. 1836. Eine neue Bearbeitung hat in der jüngsten Zeit Alb. Schmid begonnen: die Grundlehren der Cession, 1. Theil 1863. S. außerdem Puchta's Artikel „Cession“ in Weiste's Rechtslexicon II S. 636—664 (1839, auch in den kleinen civilistischen Schriften Nr. 27, und nach den letzteren hier citirt), Fritj Erläuterungen II S. 198 fg., Unterholzner I S. 598 fg., Wangerow III S. 109—142, Sintenis II S. 385 fg. S. 790 fg., Brinz §. 130. 131, Keller §. 280—283.

Seite des obligatorischen Rechtsverhältnisses, der Forderung in diesem Sinne, und der passiven Seite, der Schuld.

## 2. Durch Sondernachfolge.

## a. Sondernachfolge in die Forderung\*.

## Einleitung.

## §. 329.

Das römische Recht ist davon ausgegangen, daß eine Sondernachfolge in die Forderung unzulässig sei. Der Grund dieses Satzes ist vornehmlich darin zu suchen<sup>1</sup>, daß durch das Eintreten eines neuen Gläubigers auch der Inhalt der Leistung des Schuldners geändert wird<sup>2</sup>, und eine solche Änderung, nahm das römische Recht ursprünglich an, brauche der Schuldner sich ohne seine Zustimmung nicht gefallen zu lassen; seine Zustimmung aber war nach der Auffassung des römischen Rechts nur wirksam in der Form eines Vertrages mit dem Gläubiger, durch welchen die bestehende Obligation aufgehoben, und eine neue an ihre Stelle begründet wurde<sup>3</sup>. Wollte daher ein Gläubiger unter Aufrechterhaltung seiner Obligation einem Andern den Vortheil

\* Dig. 18. 4 Cod. 4. 39 de hereditate vel actione vendita.

<sup>1</sup> Es mag auch sein, daß der Mangel einer Uebertragungsform mitgewirkt §. 329. hat, worauf in meiner Schrift über die Actio (S. 164) das ausschließliche Gewicht gelegt ist (s. auch Brinz S. 560). Vgl. Gai. II. 38. „Obligaciones quoquo modo contractas nihil eorum“ (gemeint ist mancipatio; in iure cessio, traditio), recipiunt; nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum“.

<sup>2</sup> Die Leistung von 100 an A hat einen anderen Inhalt, als die Leistung von 100 an B. Daß durch das Eintreten eines neuen Gläubigers der Inhalt der Leistung des Schuldners geändert wird, ist in meiner in der vorigen Note bezeichneten Schrift S. 151—153 mit Unrecht geleugnet. Der Begriff der Leistung schließt ein Subject, an welches geleistet wird, ein. Man kann z. B. nicht geben schlechtthin; man kann nur Jemandem geben. S. Scheurl Beiträge I S. 16, krit. Ueberschau I S. 331.

<sup>3</sup> Gaius führt an der in der vorigen Note bezeichneten Stelle fort: — „sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipularis: quae res efficit, ut a me libereur et incipiat tibi teneri, quae dicitur novatio obligationis“.

derselben verschaffen, so blieb nichts Anderes übrig, als diesen Anderen zu bevollmächtigen, in seinem, des Gläubigers, Namen die Leistung einzufordern, und das Eingeforderte für sich zu behalten<sup>4</sup>. — Das römische Recht hat aber diesen ursprünglichen Standpunkt nicht festgehalten. Im Laufe der Zeit hat es anerkannt, daß der Schuldner sich allerdings gefallen lassen müsse, daß durch Sondernachfolge ein Anderer die Befugniß erhalte, statt des Gläubigers, in seinem eigenen, nicht des Gläubigers Namen, das dem Gläubiger Geschuldet einzufordern<sup>5</sup>. Trotz

<sup>4</sup> Gajus fährt fort (II. 39): „Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea, quasi cogitor aut procurator meus, experiri“. Die Vollmacht (mandatum) wurde auf die actio als das Äußerste gerichtet; die Befugniß zur Eintreibung der Leistung auf gütlichem Wege verstand sich dabei von selbst.

<sup>5</sup> Der Bevollmächtigte war kein gewöhnlicher procurator, sondern ein procurator „in rem suam“.

<sup>6</sup> Das römische Recht drückt dies so aus: es kann ein Anderer actio suo nomine erwerben. Diese actio ist aber, da sie einer Person gegeben wird, welcher sie eigentlich nicht gegeben werden sollte, — dem Nichtgläubiger, — keine directa, sondern eine utilis actio. L. ult. C. quando fiscus 4. 15. „In solum nomine dato non aliter nisi mandatis actionibus ex persona sui debitoris adversus eius debitores creditor experiri potest, suo autem nomine utili actione recto utetur“. L. 18 C. de leg. 6. 37. „Ex legato nominis, actionibus non mandatis, directas quidem actiones legatarius habere non potest, utilibus autem suo nomine experitur“. L. 9 C. h. t., l. 55 D. de proc. 3. 3, f. auch l. 5 C. h. t. Die utilis actio wurde sowohl gewährt, wenn ein mandatum erteilt worden, dieses aber untergegangen war (l. 55 D. cit., l. 1 C. de O. et A. 4. 10, l. 33 C. de don. 8. 54), als auch ohne alles mandatum, auf Grund des erklärten Willens, daß die Forderung auf einen Andern übergehen solle (l. 16 pr. D. de pact. 2. 14, l. 2 C. de O. et A. 4. 10, l. ult. C. quando fisc. 4. 15, l. 5 7. 3. 9 C. h. t., l. 18 C. de leg. 6. 37, l. 4 C. quae res pign. 8. 17, l. 3 C. de vor. 8. 42, l. 33 C. de don. 8. 54), oder nach gesetzlicher Regel auf Grund anderer Thatfachen (z. B. gestörter Vormundschaft). Ueber die allmähliche Ausbildung der utilis actio, welche erst der Kaiserzeit angehört, s. Mühlendruck S. 188 fg., Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 381 fg., vgl. auch Schmid S. 194 fg., v. Salpius Novation und Delegation S. 394—414. Ueber die eigentliche Bedeutung derselben herrscht übrigens keine Uebereinstimmung. Das Richtige ist: die utilis actio ist schlechthin eine eigene actio (s. Note 7). Die herrschende Meinung hält sie aber für eine fremde actio, welche ein Anderer als der Berechtigte kraft eigenen Rechtes ausübt. Vgl. hierüber Windscheid die Actio re. S. 126 fg.; dagegen Muther zur Lehre von der römischen Actio S. 126 fg.; dagegen wieder Windscheid Abwehr S. 56 fg. S. auch v. Salpius a. a. D., auch S. 414—426. Wie ihre Formel con-

dem hat das römische Recht den Satz bestehen lassen, daß die obligatio nicht übergehen könne; es gewährt dem neu Eintretenden nur actio, während es dem bisherigen Gläubiger die obligatio läßt<sup>7</sup>. Aber practische Folgen knüpft es an die Fortdauer der obligatio in der Person des bisherigen Gläubigers nicht an<sup>8</sup>, und so ist für uns, die wir den Gegensatz zwischen ius und actio nicht kennen, das Resultat, daß die Forderung als solche auf ein anderes Subject übergehen kann. Damit stimmt die heutige Lebensauffassung und die darauf gegründete Gewohnheit der Übung<sup>9</sup> vollkommen überein<sup>10</sup>. —

cipirt werden sei, muß dahin gestellt bleiben; daß dieselbe aber nicht so gelautet hat, wie neuerlich Schmid §. 3. 18 nachzuweisen gesucht hat, scheint mir vollkommen sicher.

<sup>7</sup> D. h. näher: der neu Eintretende kann sich auf das ius nicht berufen; das ius steht fortwährend dem bisherigen Gläubiger zur Seite. Aber Recht gesprochen wird für den neu Eintretenden in gleicher Weise, als wenn ihm, und nicht dem bisherigen Gläubiger, das ius zur Seite stände. Es tritt an diesen Punkte, wie an so vielen anderen, die Selbständigkeit der römischen Jurisdictionsordnung hervor. Vgl. I §. 44. Deswegen eben ist auch die dem neu Eintretenden gewährte actio eine schlechthin eigene actio; es wird ihm nicht die actio bestanden gegeben, welcher fortfährt, Subject der Obligation zu sein, sondern es wird ihm actio statt des Obligationssubjectes gegeben. — Wenn in den Quellen auch von einer Uebertragung der obligatio, des debitum die Rede ist (l. 2 §. 8 D. h. t., l. 5 §. 2 D. quib. mod. pign. 20. 5, l. 64 §. 4 D. sol. matr. 24. 3, l. 64 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 23 C. mand. 4. 35), so ist das eine ungenaue Ausdrucksweise, vgl. l. un. C. etiam ob chirogr. 8. 27: — „si novatione facta in alium ius obligationis transtulisti“. In gleicher Weise ungenau reden l. 7 §. 8 D. de dolo 4. 3, l. 27 §. 3 D. de min. 4. 4. u. a. m. (Kunze Wechselrecht S. 315 Note 13).

<sup>8</sup> Das Verhältnis ist kein anderes, als wenn der Eine als heres, der Andere als (dem heres vorgehender) bonorum possessor anerkannt wird, der Eine als dominus ex iure Quiritium, während von dem Anderen ausgesagt wird, daß er die Sache „in bonis“ habe. — Freilich ist der im Texte aufgestellte Satz nicht unbestritten. S. §. 331. Auch Seuff. Arch. I. 27.

<sup>9</sup> Wenn nicht schon das römische Recht die Sondernachfolge in Forderungen im practischen Resultate anerkannt hat (s. die vorige Note), so steht dieselbe doch für das heutige Recht durch Gewohnheitsrecht fest. Man hat dieses Gewohnheitsrecht bestritten, indem man geltend gemacht hat, daß nur der materielle Gehalt der Rechtsfälle, nicht aber auch die juristische Construction derselben durch das Rechtsbewußtsein des Volkes bestimmt werden könne (Vangerow III S. 115). Aber es wird ja für das hier fragliche Gewohnheitsrecht kein anderer, als ein materieller Gehalt in Anspruch genommen; es wird nichts Anderes behauptet, als daß das heutige Rechtsbewußtsein und die darauf ge-

Den Act, durch welchen eine Forderung auf einen neuen Gläubiger übertragen wird, nennt man heutzutage nach Vorgang des römischen Rechts gewöhnlich Cession; Denjenigen, auf welchen

ruhende Uebung das Forderungsrecht als jeder Einwirkung aus der Person des bisherigen Gläubigers entgegen aufzasse. Ist dies richtig, und ich glaube nicht, daß es bestritten werden kann, so ist freilich eine fernere Frage, wie der von dem Gewohnheitsrecht geforderte Satz theoretisch konstruirt, d. h. mit feststehenden Begriffen vermittelt werden soll. Aber auch die Nothwendigkeit dieser Vermittelung nöthigt uns nicht dazu, jenem Satz einen anderen Ausdruck zu geben, als den, daß das Forderungsrecht sich von dem bisherigen Gläubiger abhebe, und auf den neu Eintretenden übergehe. S. hierüber die folgende Note. Vgl. auch Windscheid die Actio x. S. 170. 171.

10 Der Satz, daß eine Sondernachfolge in Forderungen zulässig sei, ist weit davon entfernt, von der heutigen Rechtslehre allgemein anerkannt zu sein. Vielmehr hält die herrschende Meinung noch immer an der Unübertragbarkeit der Forderung fest, und bestimmt demgemäß die Rechtsstellung des neu Eintretenden im Wesentlichen dahin, daß derselbe ein eigenes Recht auf Ablösung einer fremden Obligation erwerbe (vgl. übrigens Windscheid die Actio x. §. 18, wo auch über die eigenthümliche Auffassung Kunze's [die Obligation x. §. 66. 82, jetzt hinzuzufügen Inhaberpapiere §. 54—58, aber auch die Anmerkung zu Polyschuber III S. 151] Bericht erstattet ist). Der Hauptgrund dieser herrschenden Meinung ist der, daß die Forderung ihrem Begriffe nach unübertragbar sei. Aber so oft und so lebhaft dies behauptet worden ist: es kann als richtig nicht anerkannt werden. Die Forderung ist unübertragbar, wenn der Inhalt der geschuldeten Leistung (vgl. Note 2) zu ihrer Wesenheit gehört. Aber wenn man zugeht, daß die Wesenheit der Forderung sich nicht ändert, wenn z. B. an die Stelle der unmöglich gewordenen Forderung eine Geldschuld tritt, d. h. daß abgesehen von dieser einen Aenderung alle rechtlichen Bestimmtheiten des Forderungsrechts fortbauern: warum soll es denn anders sein, wenn der Schuldner verpflichtet wird, statt an A an B zu leisten? Vgl. über und gegen die Versuche, welche man gemacht hat, die begriffsmäßige Unübertragbarkeit der Forderung nachzuweisen, Windscheid die Actio x. S. 148 fg.; f. aber auch Kunze Inhaberpapiere §. 54—58. — Von der andern Seite ist die Möglichkeit der Sondernachfolge in Forderungen auch nicht ohne alle Anerkennung geblieben. Namentlich haben sich dafür ausgesprochen: Delbrück die Uebernahme fremder Schulden (1853, f. über diese Schrift Windscheid krit. Ueberschau I S. 27 fg., und vgl. zu derselben Rypen die Erbschaft S. 18. 19. 110, Erbrecht S. 244 fg.), Senffert Pandekt. §. 297 Note 4, Brinz krit. Blätter II S. 34 und Pandekt. §. 130, Beseler deutsch. Privat. II §. 118, Plunzschli deutsch. Privat. §. 110 Nr. 2, Förster Preuss. Privat. I S. 604 fg. Auch v. Salpius Novation und Delegation S. 345 verteidigt die Möglichkeit einer Singularsuccession in Forderungen, begnügt sich freilich für den

die Forderung übertragen wird, Cessionar, den übertragenden Gläubiger Cedent<sup>11</sup>.

#### a. Act der Uebertragung.

##### §. 330.

Die Uebertragung kann erfolgen 1) durch Willenserklärung des bisherigen Gläubigers; 2) durch richterliche Verfügung; 3) unmittelbar durch gesetzliche Bestimmung<sup>1</sup>.

1) Willenserklärung des bisherigen Gläubigers<sup>2</sup>. Dieselbe kann sowohl eine letztwillige sein<sup>3</sup>, wie eine Willenserklärung unter Lebenden. Im letzten Fall ist Annahme von Seiten desjenigen erforderlich, auf welchen die Forderung übergehen soll; bis dahin kann die Uebertragungserklärung zurückgenommen werden<sup>4</sup>. Der Grund, aus welchem die Uebertragung erfolgt, kann von so mannichfaltiger Art sein, wie der Grund einer jeden Vermögenszuwendung<sup>5</sup>; namentlich kann er auch in einer Uebertragungsver-

Begriff der Singularsuccession mit der Identität des Inhalts zwischen dem Recht des Rechtsurhebers und dem des Nachfolgers. Eine eigenthümliche Stellung zur Frage nimmt Bähr Jahrb. f. Dogm. I. 8 (1857) ein; derselbe sagt, ohne darin einen Widerspruch zu finden, den neu Eintretenden in seinem Verhältnis zum Gläubiger als Sondernachfolger desselben, in seinem Verhältnis zum Schuldner als Stellvertreter des Gläubigers auf (S. 360. 361. 371. 372. 401. 411—413 — S. 361. 407 fg.). Mit Bähr geht Arndts §. 254. 256.

<sup>11</sup> Die quellenmäßigen Ausdrücke sind: cedens actio (oder actionem), cessio actionis. Die Quellen wenden diese Ausdrücke nur auf den Fall an, wo die Uebertragung durch die Willenserklärung des bisherigen Gläubigers erfolgt; die Neueren aber sprechen — nicht gerade sehr passend — von Cession und Cessionar auch in den Fällen, wo der Uebergang der Forderung auf richterlicher Verfügung oder gesetzlicher Vorschrift beruht. Der Ausdruck „Cedent“ verfaßt in diesen Fällen den Dienst.

<sup>1</sup> Genauer: durch eine gesetzliche Bestimmung, welche an eine andere That-sache anknüpft, als die Willenserklärung des bisherigen Gläubigers oder richterliche Verfügung. Vgl. I §. 68 Note 1.

<sup>2</sup> R. f. L. u. R. §. 41. 42.

<sup>3</sup> Nomen legatum. L. 18 C. de legat. 6. 37.

<sup>4</sup> Das Verhältnis ist das gleiche, wie bei der Eigenthumsübertragung. Vgl. I §. 171 Note 1.

<sup>5</sup> Wenn der Satz aufgestellt wird, daß die Cession einer iusta causa bedürfe, so ist das in keinem andern Sinne wahr, als das Gleiche für die

pflichtung liegen, so daß die Uebertragung als Erfüllung dieser Verpflichtung erscheint<sup>6</sup>. Die näheren Grundsätze für die Uebertragungserklärung sind die nämlichen, wie für die Willenserklärungen überhaupt (I §. 69 fg.).

2) Richterliche Verfügung<sup>7</sup>. Durch richterliche Verfügung kann eine Forderung übertragen werden a) im Theilungsurtheil<sup>8</sup>; b) durch ein Urtheil, welches die Verpflichtung zur Uebertragung ausspricht, und hinzufügt, daß die Uebertragung als geschehen gelten solle, falls dieser Verpflichtung nicht freiwillig genügt werde<sup>9</sup>.

3) Gesetzliche Bestimmung<sup>10</sup>. Die einzelnen hierher gehörigen Fälle stehen unter einer allgemeinen Regel nicht<sup>11</sup>. Namentlich ist es falsch, die Regel aufzustellen, daß in allen Fällen, in welchen

Tradition wahr ist: es muß aus den vorliegenden Thatfachen ersichtlich sein, daß der Wille wirklich auf die Uebertragung der Forderung gerichtet ist. Einzelne *instas causas* in diesem Sinne: Kauf, Tausch, Mitgiftbestellung, Erfüllung einer Verbindlichkeit *zc.* Vgl. die in Note §. 329 Note 6 citirten Stellen und Schmid §. 21—24. — Nothwendigkeit der Anführung eines Cessionsgrundes in der Klageschrift? S. E. A. Seuffert in Seuffert Pand. §. 298 Note 4.

<sup>6</sup> Auf diesen Fall bezieht sich der Begriff der *cessio necessaria*, welchen man gegenüber dem Begriff der *cessio voluntaria* aufzustellen pflegt. Man versteht aber unter *cessio necessaria* nicht jede auf Grund einer Cessionsverbindlichkeit erfolgende Cession, sondern nur die auf Grund einer nicht freiwillig übernommenen Verbindlichkeit erfolgende. Vgl. Mühlenbruch §. 36—39, Buchta S. 460; aber auch Schlicmann Haftung des Cedenten S. 22, Arndts §. 255 Anm. 2. — Man bemerke noch: beim Verkaufe einer Forderung liegt die Uebertragungserklärung in dem Verkaufe selbst; der Verkauf begründet nicht erst eine Uebertragungspflicht, welcher dann durch einen besonderen Uebertragungsbact genügt werden müßte. Ebenso beim Tausche, bei der Schenkung, und überhaupt bei jedem Entäußerungsgeschäfte (§. 321 Note 18). — Specielle Frage: hängt beim Kaufe die rechtliche Wirkung der Forderungübertragung in derselben Weise von der Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises ab, wie davon die rechtliche Wirkung der Eigenthumsübertragung abhängt (I §. 172 Note 19)? S. über diese Frage Mühlenbruch S. 456, Buchner Arch. f. pract. RW. V S. 161 fg., Hoffmann das. S. 182 fg., Schmid S. 203.

<sup>7</sup> Mühlenbruch §. 40, Schmid S. 187—189.

<sup>8</sup> L. 3 D. fam. her. 10. 2.

<sup>9</sup> Vgl. I §. 173 Note 5.

<sup>10</sup> Mühlenbruch §. 43—45, Schmid §. 25—50. Man spricht in diesen Fällen von einer *cessio legis*.

<sup>11</sup> Beispiele: l. 8 §. 16 D. de inoff. 5. 2, l. 13 §. 25 D. de A. E. V. 19. 1.

ein Gläubiger zur Uebertragung seiner Forderung verpflichtet ist, die Forderung nach gesetzlicher Bestimmung sofort, auch ohne Uebertragung von Seiten des Gläubigers, übergegangen sei<sup>12</sup>.

### A. Wirkung der Uebertragung.

#### §. 331.

Die Uebertragung macht den Erwerber zum Gläubiger. Er kann nicht bloß die Forderung einziehen<sup>1</sup>, sondern auch in anderer Weise über dieselbe verfügen<sup>2</sup>. Stirbt er, so geht sie mit seinem übrigen Vermögen auf seine Erben über<sup>3</sup>. Aber die Uebertragung bewirkt nicht auch sofort, daß der bisherige Gläubiger aufhöre, Gläubiger zu sein. Auch er also kann die Forderung einziehen,

<sup>12</sup> Diese Regel wird namentlich von Buchta (II. Schriften S. 461—463, Pandekt. §. 281, Vorlesungen II S. 131, 132) und Savigny (Oblig. I S. 243 fg.) verfochten; für dieselbe auch die Entscheidungen bei Seuff. Arch. III. 259, VI. 313, XIV. 23, XVI. 40. Gegen dieselbe haben sich erklärt Mühlenbruch S. 470, Windscheid die Actio *zc.* §. 20, Brinz S. 567, Arndts §. 255 Anm. 3, Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 399, Zimmermann Zeitchr. f. Civ. u. Pr. R. §. Pr. XV. 4, Jaun Arch. f. pract. RW. N. §. I S. 18—27. Thöl Handelsr. I §. 24 Note 7, Schmid S. 189—192. Das Hauptargument gegen diese Regel ist folgendes: wenn bei den übrigen Vermögensständen, und namentlich beim Eigenthum, die Verpfändung zur Uebertragung nicht gleich der Uebertragung ist: warum soll sie es bei der Forderung sein? Außerdem sprechen gegen die Regel direct l. 49 §. 2 D. de seq. vel am. poss. 41. 2, §. 4 l. de fidei. 3. 20 und l. 11 C. cod. 8. 41 in Verbindung mit l. 17 D. cod. 46. 1; vgl. auch l. 18 D. de pos. tog. 33. 8, l. 17 §. 2 D. de exe. dol. 44. 4. — E. A. Seuffert in Seuffert Pand. §. 298 Note 4 erklärt sich zwar im Uebrigen gegen die herrschende Meinung, will sie aber festhalten wissen für den Fall des Concurres des Cessionsverpflichteten auf Grund von l. 2 D. de inst. act. 14. 3, l. 5 D. de pract. stip. 46. 5, welche Stellen doch nur von einem zur Cession verpflichteten Geschäftsführer handeln. S. auch PöB. Art. 368.

<sup>1</sup> Mühlenbruch §. 46—62.

<sup>2</sup> Nach römischer Auffassung: es wird ihm auf Verlangen *actio* gegeben. §. 331.

<sup>3</sup> Veräußerung: l. 33 C. de don. 8. 54 (v. *quod et in procuratore*). Erlaß: l. 13 §. 1 l. 16 D. de pact. 2. 14. Sib: l. 17 §. 3 D. de iuri. 12. 2. Das Compensationsrecht wird dem bloßen *in rem suam procurator* noch abgesprochen von Papinian in l. 18 D. de comp. 16. 2. Vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 376, 377; aber auch Mühlenbruch S. 612, E. A. Seuffert in Seuffert Pand. II S. 162 unt. S. 163.

<sup>4</sup> L. 1 C. de O. et A. 4. 10, l. 33 C. de don. 8. 54.

ohne daß der Schuldner sich auf die geschehene Uebertragung berufen dürfte<sup>4</sup>. Ebenso kann er in anderer Weise über die Forderung verfügen<sup>5</sup>, und auch er überträgt, wenn er stirbt, die Forderung auf seine Erben<sup>6</sup>. Es steht jedoch in der Macht des Erwerbers,

<sup>4</sup> Für den aufgestellten Satz beweisen folgende Stellen. a) L. 3 C. de nov. 8. 42 (Gordianus a. 240). „Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo tui creditoris exactionem adversus eum inhibere“. Man darf dieser Stelle gegenüber nicht geltend machen wollen, daß sie nur vom Standpunkte der mandata actio aus rede, wie Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 378 fg. thut. Daß die Stelle die utilis actio nicht nennt, ist nicht auffallender, als die gleiche Erscheinung in l. ult. D. de transact. 2. 14, deren Entscheidung entschieden auf der utilis actio beruht. Allerdings läßt sich gerade bei der in solutum datio ein directes Zeugniß für die utilis actio erst aus einer späteren Zeit beibringen (aus dem J. 294, l. 5 C. quando locus 4. 15); aber bereits drei Jahre nach der l. 3 cit. wird die utilis actio von demselben Kaiser, von welchem diese letztere Stelle herrührt, bei einem kaufähnlichen Geschäft (für die Kaufähnlichkeit der in solutum datio: l. 24 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 4 C. de evict. 8. 45) in einem Rescripte anerkannt, ohne Andeutung, daß damit etwas Neues eingeführt werde (l. 1 C. de O. et A. 4. 10 in Verbindung mit l. 76 D. de sol. 46. 3, vgl. auch l. 2 C. de O. et A. [v. saepe rescriptum est], l. 8 C. h. t. 4. 39 [v. secundum ea quae pridem constituta sunt]). Dazu kommt, daß mit dem Standpunkt der mandata actio die Worte „vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denunciaverit“ unvereinbar sind. Bähr hält nun zwar diese Worte für interpolirt; aber einen Beweis dafür hat er nicht beigebracht. Und zugegeben auch, sie seien interpolirt, so haben doch gerade durch diesen Zusatz die Redactoren der Compilation deutlich genug an den Tag gelegt, daß wenigstens sie von dem Standpunkte der utilis actio aus zu reden gemeint seien. b) L. 28 §. 1 D. h. t. 18. 4. „Nominis venditor, quidquid vel compensationis vel exactionis fuerit consecutus, integrum emtori reatituro compellatur“. Für diese Stelle ist es vollkommen sicher, daß sie vom Standpunkte der utilis actio aus redet; denn jedenfalls zur Zeit des Hermogenian, von welchem sie herrührt, war die utilis actio beim Forderungskauf längst anerkannt. Doch läßt sich freilich aus einem andern Grunde die Beweisraft dieser Stelle bemängeln. S. darüber, so wie über die Gründe, welche man gegen den im Text aufgestellten Satz geltend gemacht hat, Note 8.

<sup>5</sup> Er kann sie zur Compensation verwenden, l. 28 §. 1 D. h. t. 18. 4 (s. jedoch auch Note 8). Ueber l. 2 §. 5 h. t. f. daselbst. — Entzieht die Beschlagnahme der Forderung dieselbe dem Erwerber? Nein: Senf. Arch. VII. 301; ja: das. XII. 338. Vgl. XIII. 92.

<sup>6</sup> Auch erwerben kann er für die Forderung, Pfandrecht oder Bürgschaft,

dieses Verhältniß zu beendigen, und sich zum alleinigen Gläubiger zu machen. Dieß bewirkt er dadurch, daß er dem Schuldner gegenüber den Willen an den Tag legt, fortan ihn als seinen Schuldner zu haben, daß er dem Schuldner gegenüber die Forderung ergreift, wozu übrigens schon eine einfache Anzeige an den Schuldner genügt<sup>7</sup>.<sup>8</sup> Dagegen wird durch eine in anderer

l. 6 D. h. t. 18. 4, welche Stelle übrigens in ihrem ursprünglichen Sinn wohl nur vom Standpunkte der actio mandata aus geschrieben ist, da zur Zeit des Paulus die utilis actio beim Forderungskauf kaum schon anerkannt war.

<sup>7</sup> L. 3 C. de nov. 8. 42 (Note 4): — „antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciaverit“. Vgl. l. 3 C. mand. 4. 35, l. 4 C. quae res pign. 8. 17. Treten der Uebertragende und der Erwerber zu gleicher Zeit gegen den Schuldner auf, so geht der Letztere vor, l. 55 D. de proc. 3. 3.

<sup>8</sup> Daß das Recht des bisherigen Gläubigers nicht schon durch die Uebertragung der Forderung als solche, sondern erst dadurch ausgeschlossen werde, daß der neue Erwerber zum Schuldner „in ein bestimmtes Verhältniß tritt“, ist die herrschende Meinung (Mühlenbruch S. 491. 501, Puchta S. 482, Unterholzner I S. 608, Sintenis II S. 810, Seuffert S. 300). Diese Meinung ist neuerlich von Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 369 fg. sehr energisch bekämpft worden; übereinstimmend v. Calpius Novation u. Delegation S. 419. 420. Nach der Ansicht dieser Schriftsteller wird der bisherige Gläubiger durch die Uebertragung als solche sofort ausgeschlossen; er hat kein Recht zum Fordern mehr, sondern nur der Schuldner das Recht, sich auf die demselben in Unkenntniß der geschehene Uebertragung geleistete Zahlung, so wie auf andere mit ihm gepflogene Befreiungsverhandlungen, dem neuen Erwerber der Forderung gegenüber zu berufen. Für dieses letztere Recht führt Bähr passende Analogien an: l. 12 §. 2. 1. 32 l. 51 D. de sol. 46. 3, l. 15 l. 26 §. 1 l. 29 pr. §. — 3 D. mand. 17. 1. Es ist auch anzugeben, daß der Bähr'schen Ansicht sich sowohl l. 3 C. mand. 4. 35 als l. 4 C. quae res pign. 8. 17 sehr wohl fügen, und daß aus diesen Stellen gegen dieselbe nicht argumentirt werden darf. Dagegen scheitert Bähr's Ansicht meiner Meinung nach an den beiden in Note 4 genannten Stellen, und namentlich an l. 3 C. de nov. (über die zweite Stelle, l. 23 §. 1 D. h. t., s. unten in dieser Note, über l. 6 eod. f. Note 6). In l. 3 C. cit. heißt es geradezu, daß der ursprüngliche Gläubiger bis zur Denuntiation (so drückt man sich gewöhnlich aus, und so wird im Folgenden der Kürze wegen gesagt werden) das Recht behalte, die Forderung einzuziehen („non vetaris“). Bähr muß diese Worte davon verstehen, daß der ursprüngliche Gläubiger die factische Möglichkeit behalte, die Forderung einzuziehen, und das scheint mir willkürlich. Das Gewicht dieser Stelle wird auch, wie ich glaube, nicht aufgehoben a) durch l. 1. ult. D. de transact. 2. 15. Zwar ist es vollkommen sicher, daß diese Stelle Denuntiation zum Ausschluß des bisherigen Gläubigers nicht erfordert (vgl. l. 104 D. de

Weise erlangte Kenntniß des Schuldners von der geschehenen Uebertragung das Recht des bisherigen Gläubigers nicht ausge-

sol. 46. 3); aber sie redet auch (am Schluß) von einem herausgegebenen Erbschaftsvermächtniß, also einem Fall der Gesamtnachfolge, und daß sie dem Erbschaftsvermächtniß den Erbschafts Kauf gleichstellt, wird man nach l. 13 §. 4 l. 54 pr. D. de H. P. 5. 3 nicht auffallend finden dürfen. b) Aus diesem Grunde würde auch l. 16 pr. D. de pact. 2. 14 nichts für Bähr beweisen, wenn es auch unzulässig sein sollte, den zweiten Satz derselben von einer *exceptio pacti de non petendo* zu verstehen, wovon mir das Gegentheil sicher zu sein scheint (vgl. Bähr S. 383). c) L. 18 pr. D. de pign. act. 13. 7. Die Denuntiation wird in dieser Stelle nicht für überflüssig erklärt, sondern vorausgesetzt. — Aus l. 17 D. de transact. cit. ergibt sich übrigens, daß aus l. 2 §. 5 D. h. t. 18. 4 ein Argument gegen Bähr nicht hergeleitet werden darf: diese Stelle muß von einer Acceptation mit dem den Erbschaftsverkauf nicht kennenden Schuldner verstanden werden. Und da nun, was hier nöthig ist, als möglich auch für l. 23 §. 1 h. t. zugegeben werden muß, so wird dadurch die Beweiskraft dieser Stelle (Note 4) einigermaßen gemindert. (Über den l. 2 §. 5 cit. an eine vor dem Erbschaftsverkauf vorgenommene Acceptation? So G. A. Seuffert in Seuffert Paub §. 297 Note 4. Auffallend ist jedenfalls die *tata culpa* am Schluß der Stelle.) — Bähr ist der Meinung, daß, wer Denuntiation zur Vollendung des Forderungüberganges verlange, damit den Erwerber auf den Standpunkt der *actio mandata* hinabdrücke, d. h. ihm vor der Denuntiation dieselbe Rechtsstellung anweise, welche der römische *procurator in rem suam* vor Einführung der *utilis actio* eingenommen habe. Daß ist aber entschieden irrig. Jedemfalls hat der Erwerber auch vor der Denuntiation ein festes Rechtsverhältniß zur Forderung. Ich habe dieses Rechtsverhältniß in meiner Schrift über die *Actio* S. 144 nach Analogie des durch eine bedingte Willenserklärung begründeten Rechtsverhältnisses bestimmt. Ich glaube jetzt weiter gehen zu müssen, und schreibe dem Erwerber auch vor der Denuntiation geradezu ein Forderungsrecht zu. Es wird ihm auf Verlangen *actio suo nomine* gegeben; damit ist ihm ein Forderungsrecht zuerkannt. Es liegt hier also in der That ein Fall der *Correalobligation* vor, ein Fall, welchen die Quellen nur deswegen nicht als solchen bezeichnen, weil die *Concurrenz* sich nur auf die *actio*, nicht auf die *obligatio* bezieht. — In geradem Gegensatz zu Bähr hat Muther in seiner Gegenschrift gegen meine Schrift über die *Actio* S. 171 fg. den Satz aufgestellt, daß der bisherige Gläubiger selbst durch die Denuntiation nicht aufhöre, Gläubiger zu sein. Zwar verliere er das Recht, den Schuldner zur Leistung zu nöthigen, aber nicht das Recht, ihn durch Leistungsannahme oder in sonstiger Weise zu befreien, so daß darnach der Erwerber einen Anspruch gegen den Schuldner nur aus dessen *domus* habe. Dieser Meinung, welche jedenfalls für das heutige Recht unrichtig ist, steht auch für das römische die Abnormität des Verhältnisses entgegen, daß Jemand das *Liberationsrecht* behalten sollte, nachdem er das Recht zu fordern (wenn auch nur *ope exceptionis*) verloren hat. L. 2 §. 5 D. h. t. 18. 4 (welche insofern hierher gehört, als nach

schlossen, auch nicht durch die eigene Anzeige des Gläubigers. — Die nämliche Stellung, wie gegenüber dem bisherigen Gläubiger, nimmt der Erwerber gegenüber den Rechtsnachfolgern desselben ein, und nicht bloß den Gesamtnachfolgern, sondern auch den Sondernachfolgern gegenüber. Auch ihnen gegenüber also ist er Gläubiger, und auch sie kann er durch Ergreifung der Forderung (Anzeige) von ihrem Gläubigerrecht ausschließen; dieselben können ihrerseits den Erwerber so wenig ausschließen, wie ihr Rechtsurheber es konnte<sup>10</sup>. Ebenso nehmen die Rechtsnachfolger des

der hier vertretenen Ansicht beim Erbschafts Kauf derjenige Zustand sofort eintritt, welcher sonst nur die Folge der Denuntiation ist, ist nach l. 17 D. de transact. 2. 14 zu erklären (s. oben). Bei l. 16 pr. D. de partis 2. 14 (die ebenfalls vom Erbschafts Kauf handelt) bleibt es zwar auffallend, daß dem Gläubiger *exceptio pacti de non petendo* entgegengesetzt wird, und nicht die Verweisung auf die geschehene Uebertragung; aber diese Schwierigkeit besteht auch für Muther, welcher ja nach der Denuntiation dem Schuldner eine Einrede aus der geschehenen Uebertragung nicht versagt. Vgl. noch Rudels §. 256 Note 3.

<sup>9</sup> Dieser Satz ist bestritten, Glüd XVI S. 424 fg., Mählenbruch S. 492 fg., Ruffet Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XII S. 360 fg., Bähr a. a. O. S. 416 fg. Aber die Quellen legen die entscheidende Wirkung nur einer die Forderung ergreifenden Thätigkeit des Erwerbers bei. L. 17 D. de transact. 2. 16 enthält eine Ausnahme für das Erbschaftsvermächtniß und den Erbschafts Kauf (s. diesen §. a. E.). S. auch Rnor Arch. f. civ. Pr. XLVI. 3. Dafür, daß die Anzeige durch den Cessionar erfolgen müsse: Seuff. Arch. VI. 26, XII. 398, XV. 120 Nr. 3; darüber III. 156, XV. 120 Nr. 1 und 2. Daß Benachrichtigung durch Dritte nicht genüge: das. XIII. 91. — Ich habe jene ergreifende Thätigkeit des Erwerbers an einem andern Orte Inbesitznahme der Forderung genannt (die *Actio* c. S. 141 fg. S. 187 fg.). Hiergegen haben sich erklärt Muther in seiner Gegenschrift S. 172. 173, Bähr Jahrb. f. Dogn. I S. 425—427; f. aber meine Abwehr gegen Muther S. 80. Vgl. noch Kunze Inhaberpapiere S. 242 Note 5 und zu Polyschuber III §. 233 Nr. 1, welcher Schriftsteller in der Denuntiation eine *Bestandsetzung*, d. h. eine Beseitigung des Bestandes des Cedenten, sieht, und aus dieser Auffassung folgert, daß sie auch durch einen Act des Cedenten ersetzt werden könne.

<sup>10</sup> Die Frage ist sehr bestritten. Für den Vorzug des ersten Erwerbers haben sich ausgesprochen Mählenbruch S. 502, Bangerow III §. 575 Num. 4, Bähr a. a. O. §. 12, Bernburg Pfandrecht I S. 472, Schäffer Arch. f. pract. RW. I. 23 und III. 18, Seuff. Arch. VIII. 248, XIII. 246, XVII. 27; daß der zweite Erwerber vorgehe, wenn er zuerst denuntiiert habe, verteidigen Buchta Vorles. zu §. 283, Flach Entscheidungen des OAG.

Erwerbers die nämliche Stellung ein, wie der Erwerber selbst, nicht bloß seine Gesamtnachfolger, sondern auch seine Sondernachfolger, und nicht bloß gegenüber den Gesamtnachfolgern, sondern auch gegenüber den Sondernachfolgern des bisherigen Gläubigers. — Beerbt der bisherige Gläubiger den Schuldner oder umgekehrt, so ist das für das Recht des Erwerbers gleichgültig, mag jener Erbfall vor oder nach Ergreifung der Forderung eintreten<sup>11</sup>.

Ein sofortiger Ausschluß des bisherigen Gläubigers tritt ausnahmsweise dann ein, wenn die Forderung mit dem ganzen Vermögen, zu welchem sie gehört, übertragen wird, so namentlich durch einen Erbschaftskauf. Leistet aber der Schuldner dem bisherigen Gläubiger in Unkenntniß des Forderungsüberganges, so

zu Wiesbaden III S. 141 fg., Muffet Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. 8. XII. 12, Rorer Arch. f. civ. Pr. XLII. 16. Ich selbst habe mich früher für die letztere Meinung ausgesprochen (die Actio r. S. 190 fg.), während Sintenis in der neuen Auflage seines Lehrbuchs (II S. 813) seine Meinung in der gerade entgegengesetzten Richtung geändert hat. Der Grund, welcher für den Vorzug des ersten Erwerbers entscheidet, ist im Text bereits bezeichnet. Es kann Niemand mehr Recht übertragen, als er selbst hat, und der Uebertragende hatte nach der ersten Cession nicht die Befugniß, den Erwerber durch Anzeige an den Schuldner auszuschließen. Das letztere habe ich früher mit Unrecht gekennet. Die Uebertragung macht den Erwerber auch vor der Anzeige zum wirklichen Gläubiger; dieses Gläubigerrecht kann der Uebertragende zwar dadurch verkümmern, daß er das ihm gebliebene Gläubigerrecht geltend macht, aber in anderer Weise nicht. Mache aber auch die Uebertragung als solche den Erwerber noch nicht zum wirklichen Gläubiger, so gäbe sie ihm doch jedenfalls, nach der Analogie des bedingten Rechtsgeschäfts, eine unverkümmerbare Aussicht auf die Gläubigerschaft. Thäte sie auch dieß nicht, so würde das Recht des Erwerbers vor der Denuntiation weder vererblich noch veräußerlich (Note 2 n. 3) sein.

<sup>11</sup> Nach der Ergreifung, weil er angehört hat, Gläubiger zu sein; vor der Ergreifung, weil durch die Beerbung nur sein Gläubigerrecht untergeht. L. 20 pr. D. h. t. 18. 4 ist zu einer Zeit geschrieben, wo die actio utilis noch nicht anerkannt war. Die Compiler haben sie nur aus Versehen aufgenommen, und in derselben den eigentlichen Gedanken des neuesten römischen Rechts so wenig ausgebrüht, wie in l. 18 D. de componis. (Note 2.) Vgl. Fitting Correalblig. S. 107 Anm. 137. Eine andere Erklärung bei E. A. Sufferst in Sufferst Pand. §. 297 Anm. 4.

<sup>12</sup> L. ult. D. de transact. 2. 15 (Note 8). Wird der Schuldner auch frei durch schenkweisen Erlaß? Bähr a. a. O. S. 419. — Vgl. noch l. 27 i. f. D. de proc. 3. 3.

wird er dadurch dennoch frei; ebenso durch andere mit dem bisherigen Gläubiger gepflogene Befreiungsverhandlungen<sup>12</sup>.

### §. 332.

Die Forderung geht auf den Erwerber über, wie sie bei dem bisherigen Gläubiger war, mit ihren Mängeln und mit ihren Vorzügen.

1) Sie geht über mit ihren Mängeln, d. h. sie bleibt behaftet mit den Einreden, mit welchen sie bei dem bisherigen Gläubiger behaftet war<sup>1</sup>. Jedoch gilt dieß nicht ausnahmslos für alle Einreden; es gilt nicht für diejenigen, welche sich nicht sowohl auf die Forderung selbst, als vielmehr auf diese bestimmte Gläubigerperson beziehen; diese Einreden gehen mit dem Wechsel des Gläubigers unter<sup>2</sup>. Dahin gehört namentlich die Einrede aus

<sup>1</sup> Die Quellen verlassen uns hier; jedoch ist deswegen der aufgestellte S. 332. Satz nicht weniger sicher, und nicht weniger allgemein anerkannt. Aus der Praxis: S. u. f. Arch. IV. 106, XI. 31. — Es versteht sich von selbst, daß hier von prozessualischen Einreden keine Rede ist, wie z. B. der Einrede, mit welcher die Verpflichtung eines ausländischen Klägers zur Sicherheitsleistung geltend gemacht wird. — Aus dem gleichen Grunde hat der Erwerber auch keine Verpflichtung sich auf eine Wiederklage aus der Person des bisherigen Gläubigers einzulassen. L. 33 §. 5 l. 34 l. 70 D. de proc. 3. 3 reden jedenfalls nur vom Standpunkte der mandata actio aus. Vgl. übrigens Mühlensbruch §. 62, Puchta S. 495, Sintenis II S. 817. S. u. f. Arch. V. 234, XII. 146.

<sup>2</sup> Vgl. l. 7 pr. D. de exe. 44. 1. Dieser Satz ist nicht allgemein anerkannt. Namentlich in der neueren Zeit ist er mit Vehementigkeit auf Grund der Auffassung bestritten worden, daß der Erwerber dem Schuldner gegenüber nur Ausübter einer fremden Obligation, nur Vertreter des Gläubigers sei. Franke Arch. f. civ. Pr. XVI. 15, Puchta S. 492 fg., Bangerow III §. 575 Anm. 1, Sintenis II S. 815 fg., Holzschuher III §. 223 Nr. 2 a. E. Dagegen Mühlensbruch S. 588 fg., Windscheid die Actio r. S. 182 fg. Von dem hier vertretenen Standpunkte aus ließe sich die Fortdauer auch der persönlichen Einreden nur mit Berufung auf den Satz rechtfertigen, daß durch die Uebertragung der Forderung der Schuldner nicht in eine schlechtere Lage versetzt werden dürfe. Aber man muß sich hüten, diesen Satz rücksichtslos auszubenten; er findet seine notwendige Begrenzung darin, daß die Uebertragung der Forderung eben rechtlich zulässig ist. Weil sie rechtlich zulässig ist, muß der Schuldner auch die sich daraus ergebenden Konsequenzen hinnehmen, selbst wenn sie ihm nachtheilig sind. Vgl. Mühlensbruch §. 59 Note 133<sup>a</sup>; S. u. f. Arch. X. 250, XIII. 198 (der Schuldner kann mit dem



der Rechtswohlthat des Nothbedarfs, wenn sie ihren Grund in einer persönlichen Eigenschaft des Gläubigers hat<sup>3</sup>; ferner die Einrede aus einem persönlichen Erlaßvertrag<sup>4, 5</sup>. Nur dann kann der Schuldner auch eine persönliche Einrede entgegensetzen, wenn die Uebertragung in böswilliger Absicht gerade zu dem Ende gemacht worden ist, um ihn der Einrede zu berauben<sup>6</sup>. — Einreden, welche nach der Uebertragung, aber vor der Anzeige an den Schuldner begründet werden, stehen dem Erwerber mit derselben Unterscheidung entgegen. Einreden aus der Zeit nach der Anzeige können dem Erwerber unter keinen Umständen entgegengesetzt werden<sup>7</sup>.

2) Die Forderung geht über mit ihren Vorzügen. Also namentlich mit ihren Nebenrechten: Pfandrechten, Bürgschaften, Zinsansprüchen<sup>8</sup>. Ob die Vorzüge der Forderung auf dem

Revers des Gläubigers über Tilgung der Schuld dem Erwerber gegenüber das Datum der Tilgung nicht beweisen, vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 446 Note 124).

<sup>3</sup> S. §. 267 Nr. 2 und 3. Diese Einrede wird auch von solchen ausgeschlossen, welche sonst die persönlichen Einreden zulassen, aus dem Grunde, weil sie nur gegen die Execution, nicht gegen die Forderung gehe. So von Puchta S. 496; derselbe Grund bei Mühlentruch S. 691 in der Note. S. dagegen Bangerow a. a. O. Nr. 3; vgl. auch Frig S. 229.

<sup>4</sup> D. h. aus einem Erlaßvertrag, welcher wirklich nur diese Gläubigerperson hat ausschließen wollen. Anders wenn der Sinn des Erlaßvertrages war, daß bei Lebzeiten des Gläubigers nicht solle eingefordert werden können, wohl aber durch seine Erben. S. I. 57 §. 1. D. de pact. 2. 14 und vgl. Bangerow a. a. O. Nr. 2.

<sup>5</sup> Nicht auch die *exceptio doli*, welche in den Quellen nur beswegen als persönliche bezeichnet wird (I. 2 §. 1 I. 4 §. 33 D. de doli mali exc. 44. 4), weil sie nicht gegen den unschuldigen Dritten, welchem der Betrug zu Gute gekommen ist, gegeben wird. L. 4 §. 27—31 D. de doli mali exc. bezieht sich nicht auf die Uebertragung von Forderungen. Vgl. Bangerow a. a. O. Nr. 1.

<sup>6</sup> Vgl. I. 34 D. de proc. 3. 3, auch I. 40 i. f. D. de stip. corr. 45. 3. Windscheid die *Actio re* S. 183.

<sup>7</sup> Vor der Anzeige ist der bisherige Gläubiger noch immer Gläubiger, und die Forderung unterliegt daher der von seiner Person ausgehenden Einwirkung; nach der Anzeige ist er nicht mehr Gläubiger. Daher kann der Schuldner namentlich dem Erwerber aus einer nach der Anzeige gegen den Gläubiger erworbenen Forderung keine Compensationsinrede entgegensetzen.

<sup>8</sup> Im älteren Recht verstand sich dieser Uebergang wenigstens für die

gemeinen Rechte, oder auf einer Rechtswohlthat beruhen, ist gleichgültig; ebenso, wenn sie auf einer Rechtswohlthat beruhen, ob diese ihren Grund in einer Eigenschaft der Forderung, oder in einer Eigenschaft des Gläubigers hat<sup>9</sup>. Die letztere Unterscheidung macht sich nur dann geltend, wenn die Rechtswohlthat der Forderung einen Vorzug nicht schon verliehen hat, sondern nur für eine zukünftige Zeit in Aussicht stellt; in diesem Fall kann die Rechtswohlthat, wenn sie ihren Grund in einer persönlichen Eigenschaft des Gläubigers hat, von dem Erwerber nicht geltend gemacht werden. Hierher gehören nach der Auffassung der Quellen die Concursprivilegien<sup>10</sup>. —

Was die Einreden aus der Person des Erwerbers angeht, so können diese der übertragenen Forderung entgegengesetzt werden, auch wenn sie eine rein persönliche Beziehung auf den Erwerber haben<sup>11</sup>. Umgekehrt kann der Erwerber für die Forderung auch

durch Rechtsgeschäfte bewirkte Uebertragung der Forderung nicht von selbst, vielmehr mußte auf die Nebenrechte der Forderung ein besonderer Uebertragungsact gerichtet werden. Anders aber im neuesten Rechte. Vgl. I. 6 l. 23 pr. D. h. t. 18. 4, I. 14 pr. cod., I. 34 pr. D. de leg. III<sup>o</sup> 32 — I. 6, 7 C. de O et A. 4. 10, I. 14. C. de fidei. 8. 41 (von welcher Stelle es übrigens nicht ganz sicher ist, daß sie bereits das neuere Recht enthält). Mühlentruch S. 477, Schmbld S. 19 S. 27 fg. — Vgl. noch Senff. Arch. IV. 26, XI. 102 (der dem Lebenden zuerkannte Eid geht nicht auf den Cessionar über), XI. 226 (die Forderung auf rückständige Zinsen geht nicht mit über).

<sup>9</sup> L. 43 D. de usur. 22. 1, I. 7 C. de priv. fisci 7. 73, I. 2 C. de his qui in prior. 8. 19.

<sup>10</sup> L. 42 D. de adm. et per. 26. 7, vgl. I. 19 §. 1 D. de reb. auct. ind. 42. 5, I. 68 l. 196 D. de R. I. 50. 17. Eine Anwendung dieses Satzes bei Senff. Arch. XII. 145. — Vgl. Mühlentruch §. 56, Puchta S. 485 fn., Bangerow §. 575 Anm. 2. Wer den Cessionar nur als Vertreter des bisherigen Gläubigers ansieht, muß ihm, wenn er consequent sein will, den Genuß der Rechtswohlthaten des Gläubigers unbedingt gestatten. Windscheid die *Actio re* S. 186.

<sup>11</sup> Vgl. Mühlentruch §. 61. Senff. Arch. VI. 176. — Von dem Standpunkt der Ansicht, welche den Erwerber nicht als Gläubiger ansieht, muß consequenterweise das Gegentheil gesagt werden. Um dieser Konsequenz zu entgegen, nimmt Bähr a. a. O. S. 445 an, es sei nur ein Recht des Schuldners, den Erwerber als Vertreter des Gläubigers zu behandeln; er dürfe ihn aber auch als wirklichen Gläubiger behandeln. Einen Beweis für diese Unterscheidung hat Bähr nicht beigebracht.

alle seine Rechtswohlthaten geltend machen<sup>12</sup>; es müßte denn die Uebertragung in böswilliger Absicht zu dem Ende geschehen sein, um die Stellung des Schuldners zu erschweren<sup>13</sup>.

### §. 333\*.

Die Wirkung der Forderungsübertragung ist durch positive gesetzliche Vorschrift<sup>1</sup> für den Fall beschränkt worden, wo die Uebertragung auf Kauf beruht<sup>2</sup>. In diesem Fall soll der Erwerber von dem Schuldner nicht mehr einfordern können, als er selbst für die Forderung gegeben hat<sup>3</sup>, so daß der Schuldner von dem Ueberschuß frei wird<sup>4</sup>, und denselben daher auch einem Zweiten, welchem der Erwerber seinerseits die Forderung

<sup>12</sup> So gut wie für eine in anderer Weise erworbene Forderung. — Hier wird von der herrschenden Meinung auf Grund der Auffassung, daß die Forderung selbst auf den Erwerber nicht übergehe, in der That das Gegenteil gelehrt. Mühlensbruch §. 58, Puchta §. 489 fg., Vangerow III §. 132, Sutenis II §. 815. — Ueber l. 6 pr. D. de iure saci 49. 14 f. Windscheid die Actio x. §. 187; außerdem Mühlensbruch §. 578, Puchta §. 491, Vangerow III §. 133 (aber auch I §. 342), Sutenis II §. 815 Note 91, Veruburg Pandrecht I §. 343.

<sup>13</sup> Vgl. Note 6.

\* Mühlensbruch §. 53, Puchta §. 472—478, Schmid §. 34—50; Holzschuher III §. 226.

§. 333. <sup>1</sup> Von K. Anastasius, l. 22 C. mand. 4. 35. Ein Nachtrag von Justinian in l. 23 eod.

<sup>2</sup> L. 22 cit.: — „si quis datis pecuniis huiusmodi subierit cessionem“.

<sup>3</sup> Die Vorschrift will den Handel mit Forderungen verhindern, davon ausgehend, daß derselbe leicht zur Bedrückung des Schuldners anschlagen könne. — Die Vorschrift hat in neueren Gesetzgebungen keine Gunst erfahren (vgl. Seuffert §. 303 Note 3); auch das G. B. Art. 299 hat sie aufgehoben.

<sup>4</sup> Dieß ist zwar ausdrücklich nur für den Fall gesagt, wo der Versuch gemacht wird, das Gesetz durch Simulation einer Schenkung zu umgehen (l. 23 C. cit.), und bezweigen ist die Behauptung aufgestellt worden, daß für den Fall, wo ein solcher Versuch nicht vorliegt, der Ueberrest dem verkaufenden Gläubiger bleibe (unter den Neueren von Brackenhöft Arch. f. civ. Pr. XXIII. 6, Herrmann das. XXXI §. 68 fg., Schmid §. 38 fg.). Aber die l. 23 cit. will offenbar die Anastasische Vorschrift nur gegen die Gefahr der Umgehung schützen, nicht aber die Folgen ihrer Uebertretung neu bestimmen. S. namentlich Vangerow III §. 576 Anm. 1. — Ueber die von Manche behauptete Fortdauer einer natürlichen Verbindlichkeit f. §. 289 Note 22, Mühlensbruch §. 560, Schwaneck die Naturalobligationen §. 477.

übertragen hat, nicht zu leisten braucht, selbst wenn dieser für die Forderung ihren vollen Betrag gegeben hat<sup>5</sup>. Dadurch, daß dem Geschäft ein anderer Name gegeben wird, wird natürlich die gesetzliche Vorschrift nicht ausgeschlossen; in den Quellen wird speziell der Fall hervorgehoben, wo eine Schenkung, in Betreff der ganzen Forderung oder eines Theils derselben, simulirt wird<sup>6</sup>. Der Beweis, daß weniger als der Betrag der Forderung gezahlt worden sei, liegt dem Schuldner ob<sup>7</sup>. — Die gesetzliche Vorschrift bezieht sich nur auf eigentliche Käufe, nicht auf kaufähnliche Geschäfte, wie Hingabe an Zahlungsstatt, Auseinandersetzungen, Abfindungen<sup>8</sup>, und nur auf Privatkäufe, nicht auf Käufe in einer

<sup>5</sup> A. M. Arnold pract. Erörterungen I. 8, und für den Fall, wo der zweite Verkauf nach der Demutation erfolgt, Mühlensbruch §. 606. S. barwiber auch Puchta §. 285. e. Seuff. Arch. II. 31.

<sup>6</sup> L. 23. cit.

<sup>7</sup> Daß der Schuldner den Beweis führen muß, wenn darüber gestritten wird, ob der Uebertragung ein Kauf- oder ein anderes Geschäft zu Grunde liege, wird nicht bezweifelt. Dagegen spricht die herrschende Meinung den Schuldner von dem Beweise, daß er weniger für die Forderung gegeben habe, als ihren Nominalwerth, frei; es soll umgekehrt der Erwerber beweisen müssen, daß er so viel für die Forderung gegeben habe, als er jetzt fordert. So namentlich Puchta §. 478, Sutenis II §. 128 Note 5, Vangerow III §. 576 Anm. 2, Schmid §. 38. Das Gegentheil ist vertheidigt worden namentlich von Weber Beweislast VI §. 29, Bethmann-Hollweg Versuche §. 357, und in einem besonderen Aufsatz von Burcharthi Arch. f. civ. Pr. XVIII. 8. Brackenhöft und Herrmann an den in Note 4 genannten Orten machen auch hier die daselbst bezichnete Unterscheidung geltend; für den regelmäßigen Fall der l. 22 C. mand. legen sie dem Erwerber, für den Ausnahmefall der l. 23 eod. dem Schuldner den Beweis auf. Der Grund, weshalb ich die unbedingte Beweislast des Erwerbers behaupte, liegt in dem I §. 133 §. 334 Gesagten: die Uebertragung berechtigt an und für sich den Erwerber, die Forderung nach ihrem vollen Betrage einzulagern; das anastasische Gesetz begründet ein Hinderniß ihrer rechtserzeugenden Kraft. Eine ganz entscheidende Analogie gibt l. 17 D. de prob. 22. 3: der Erbe, welcher kraft der lex Falcidia einen Abzug machen will, muß beweisen, daß dieselbe Platz greife, nicht der Vermächtnißnehmer, daß sie nicht Platz greife. — Für die Beweislast des Schuldners (jedoch auf Grund eines hannoverschen Particulargesetzes) Seuff. Arch. V. 150; für die Beweislast des Erwerbers: I. 29, V. 126, XV. 19.

<sup>8</sup> L. 22 cit.: — exceptis scilicet cessionibus, quas inter cohoreiles pro actionibus hereditariis fieri contingit, et his, quascunque vel creditor vel is, qui res aliquas possidet, pro debito seu rerum apud se constitutarum nummibus ac

öffentlichen Versteigerung<sup>9</sup>. Sie setzt voraus, daß die gekaufte Forderung auf eine Geldleistung, oder doch auf Leistung von Sachen gehe, welche einen Marktwert haben<sup>10</sup>, auch, daß der zu leistende Betrag kein ungewisser sei<sup>11</sup>. Forderungen aus Ordre- und Inhaberpapieren fallen unter das Gesetz schon deswegen nicht, weil diese nicht durch Rechtsnachfolge (Cession) übergehen<sup>12, 13</sup>.

## §. 334\*.

Der Erwerber muß dem Schuldner gegenüber nicht nur den

*tuitions accepit, nec non his, quas inter legatarios seu fideicommissarios, quibus debita vel actiones seu res aliae relictae sunt, pro his fieri necesse est*“. Man darf aus diesen Ausnahmen nicht etwa schließen wollen, daß das Gesetz auch bei anderen künftigen Veräußerungen außer dem Kauf Platz greife. Das Gesetz nimmt auch Schenkungen aus, und fügt überdies noch ausdrücklich hinzu: *ut cessiones tam pro exceptis et specialiter enumeratis, quam aliis causis factae vel faciendae secundum actionum, quocumque casu sunt vel fuerint, tenorem sine quadam immutatione obtineant*“. S. auch Mühlentruch S. 536 fg.

<sup>9</sup> Dies wird allgemein angenommen. Mühlentruch S. 544, Puchta S. 475, Sintonis S. 806.

<sup>10</sup> Da die Forderung von Anfang an auf eine Geldleistung geht, oder ob sich ihr Gegenstand erst hinterher in eine Geldleistung verwandelt, darf keinen Unterschied machen. Mühlentruch S. 543 bezieht das Gesetz auf alle Forderungen auf fungible Sachen, meint das aber wohl nur mit der im Text bezeichneten Beschränkung. Andere meinen nur Geldforderungen. Vgl. Puchta S. 476, Sintonis S. 806, Schmid S. 35.

<sup>11</sup> Puchta S. 477, Sintonis S. 807.

<sup>12</sup> S. §. 291 Note 2 und 3. Aber auch abgesehen von diesem Argument wird die Unanwendbarkeit der *lex Anastasiana* auf die bezeichneten Forderungen allgemein anerkannt. S. Kunze Inhaberpapier §. 139, 140, und die daselbst verzeichnete Literatur.

<sup>13</sup> Andere Ausnahmen, welche man hat machen wollen, bei Mühlentruch S. 547 fg. Dieser selbst nimmt noch den Fall aus, wo mehrere Forderungen gegen verschiedene Schuldner um einen Kaufpreis verkauft worden seien. Dagegen mit Recht Puchta S. 477, Sintonis S. 807. W. A. muß in diesem Fall der Kaufpreis auf die verschiedenen Forderungen verhältnismäßig verteilt werden. Sintonis a. a. O. läßt den oder die zuerst Angegriffenen voll halten, den oder die nach Erschöpfung des Kaufpreises noch übrigen Schuldner frei ausgehen.

\* Es ist das Verdienst Bähr's (Zahrb. f. Dogm. I S. 445 fg.), die in diesem s. erweiterten Verhältnisse zur Sprache gebracht zu haben. Gegen Bähr hat sich erklärt Sintonis II S. 128 Anm. 1. 77. 100.

Beweis der geschöhenen Uebertragung führen<sup>1</sup>, sondern er muß auch den Schuldner in den Stand setzen, diesen Beweis gegenüber etwaigen Ansprüchen des die Uebertragung bestreitenden Gläubigers führen zu können. Vermag der Erwerber dies nicht, so muß er dem Schuldner Realsicherheit dafür geben, daß er ihn gegen die von dem früheren Gläubiger etwa zu erhebenden Ansprüche vertreten werde<sup>2</sup>. Hat der Schuldner dem Erwerber geleistet, ohne

<sup>1</sup> Nicht auch den Beweis des der Uebertragung zu Grunde liegenden §. 334. Rechtsgeschäfts. Seuff. Arch. V. 150, X. 36, XI. 136, XII. 18. 90. Vgl. Seuffert Pand. §. 298 Note 4. S. noch Seuff. Arch. I. 336, XI. 137, XII. 96. Auch v. Salpius Novation und Delegation S. 418. — Kann sich der Schuldner durch Berufung darauf verteidigen, daß die geschöhenene Uebertragung simulirt gewesen sei? Verneint (mit Unrecht) in den Entscheidungen bei Seuff. Arch. XII. 337.

<sup>2</sup> Sonst läuft der Schuldner Gefahr, zweimal leisten zu müssen. Der Erwerber führt z. B. dem Schuldner gegenüber den Beweis der Uebertragung durch Eidesbeilegung; gegen den später auftretenden Gläubiger hat der Schuldner kein anderes Beweismittel, als demselben seinerseits den Eid zuzuschreiben; der Gläubiger schwört den Eid aus. Der Schuldner wird dem Erwerber verurtheilt, und kann von dem Erwerber nichts zurückfordern, da dieser ja ihm gegenüber den Beweis seiner Gläubigerschaft geführt hat. Bähr S. 358, 359. Daß hier geholfen werden müsse, ist klar; aber wie zu helfen sei, ist nicht ganz leicht zu sagen. Bähr verwerthet an diesem Punkte seinen Satz, daß der Erwerber dem Schuldner gegenüber nur prozessualischer Vertreter sei (§. 329 Note 10 a. E.); er folgert daraus, daß der Erwerber *cautio de rato* zu leisten habe. Aber dieser Weg führt meiner Ueberzeugung nach selbst dann nicht zum Ziel, wenn man den Ausgangspunkt Bähr's als richtig anerkennen will. Denn 1) geht die *cautio de rato* nicht auf Vertretung in dem von dem Gläubiger zu erhebenden Prozesse, sondern auf sofortige Leistung des Interesses, sobald der Gläubiger den Prozeß erhebt (I. 12 §. 3 l. 15 D. *ratam ram.* 46. 8); 2) hätte die *cautio de rato* ursprünglich nicht den Fall der Zweifelhaftheit der Ermächtigung im Auge, sondern den Fall der trotz feststehender Ermächtigung erfolgenden Nichtanerkennung von Seiten des Gläubigers (s. namentlich Bethmann-Hollweg Versuche S. 179 fg.); nachdem sie sich aber auf den Fall der Zweifelhaftheit der Ermächtigung zurückgezogen hatte, konnte ihr Inhalt eben deswegen auch nicht mehr sein, daß der Gläubiger keinen Anspruch mehr erheben werde, sondern, daß derselbe Ermächtigung erteilt habe, und deshalb keinen Anspruch mehr erheben werde; es mußte daher dem Caventen gestattet werden, sich durch den Beweis der erteilten Ermächtigung zu befreien. Mit der Zulassung des Cessionars zu diesem Beweise ist aber eben dem Schuldner nicht gebietet. — Eher führen zum Ziele die von Bähr auf S. 454–457 angeführten Quellenstellen. Man wird auf Grund derselben den allgemeinen Satz aufstellen dürfen, daß Jeder, welcher eine Leistung ein-

diese Sicherheit erlangt zu haben, so kann er, falls der Gläubiger gegen ihn auftritt, diese Vertretung von dem Erwerber dennoch fordern<sup>2</sup>. — Umgekehrt muß auch der ursprüngliche Gläubiger, wenn er nach der Denuntiation unter Vertretung der Berechtigung des Erwerbers fordernd gegen den Schuldner auftritt, denselben Sicherheit für die Vertretung gegen die Ansprüche des Erwerbers leisten<sup>4</sup>. — Verküpert der erste Erwerber die Forderung weiter, so

fordert, dem Belangten Sicherheit dafür geben muß, daß er ihn gegen einen anderen Anspruch auf die nämliche Leistung vertreten werde (*cantio dolensum iri*). Zwar sprechen diese Stellen theilweise (l. 1 §. 37 D. dep. 16. 3, l. 8 §. 3 D. de leg. 11<sup>o</sup> 31, vgl. auch l. 57 D. de H. P. 5. 3) nur von dem Fall, wo zu gleicher Zeit mehrere Prätendenten einer und derselben Forderung auftreten, und haben theilweise nicht den Fall der Zweifelhaftheit der Berechtigung, sondern den Fall im Auge, wo unzweifelhaft auch nach gemachter Leistung noch ein anderer Anspruch übrig bleibt (l. 31 §. 1 D. de neg. gest. 3. 5, l. 31 D. de H. P. 5. 3, l. 20 §. 2 D. fam. her. 10. 2, l. 1 §. 9 D. de doto prael. 33. 4, l. 16 §. 3 D. ad. 80. Treb. 36. 1, l. 14 §. 1 D. iud. solvi 46. 7). Aber was das Letztere angeht, so wird man erwägen dürfen, daß es im Resultate keinen Unterschied macht, ob ich einen Anspruch deswegen gegen mich anerkennen muß, weil er besteht, oder deswegen, weil ich seine Nichtexistenz (seinen Untergang) nicht beweisen kann; und jedenfalls gibt es zwei Stellen — l. 29 §. 6 D. mand. 17. 1 und l. 11 §. 21 D. de leg. 11<sup>o</sup> 31 —, welche dem Fordernden die *cantio dolensum iri* unabhängig von der einen und der anderen der im Vorstehenden bezeichneten Beschränkungen auferlegen. — Ueber die *cantio dolensum iri* s. den Aufsatz von Cropp in Heise und Cropp Abhandlungen I Nr. 14.

<sup>2</sup> L. 7 §. 4 D. de doto prael. 33. 4, l. 5 §. 1 D. de usufr. eor. rer. 7. 5, l. 10 pr. D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 10 D. de praeser. verb. 19. 5. S. auch Bähr §. 17. — Bähr S. 467 ist der Meinung, der Schuldner dürfe, wenn der Gläubiger gegen ihn aufträte, sofort das Geleistete von dem Cessionar zurückfordern, weil es unter der stillschweigenden Voraussetzung gezahlt sei, daß nicht auch der ursprüngliche Gläubiger die Forderung beanspruchen werde. Ich halte das nicht für richtig. Der Schuldner hat gezahlt lediglich unter der Voraussetzung, daß der Cessionar Forderungsberechtigter sei, und die Wahrheit dieser Voraussetzung ist der Cessionar bereit, dem Schuldner zu beweisen.

<sup>4</sup> Für diesen Fall geben einen unmittelbaren Anhalt die Entscheidungen in l. 1 §. 37 D. dep. 16. 3, l. 8 §. 3 D. de leg. 11<sup>o</sup> 31. Bähr §. 19. 20 ist der Meinung, daß in diesem Falle der Schuldner dem ursprünglichen Gläubiger mit befreier Wirkung zahlen dürfe, falls der Cessionar nicht bereit sei, ihn gegen die Klage desselben zu vertreten. Bähr's Grund ist: weil der Gläubiger *fundatam intentionem* habe, und dafür nicht erst einen Beweis zu führen brauche; deswegen nimmt Bähr auch den Fall aus, wo der

sind die daraus sich ergebenden Rechtsverhältnisse in gleicher Weise zu behandeln<sup>5</sup>. — Treten mehrere Forderungsprätendenten zu gleicher Zeit gegen den Schuldner unter Erbietung zur Sicherheit auf, so gebührt demjenigen der Vorzug, welchem gegenüber der andere sein besseres Recht erst zu erweisen hat<sup>6</sup>. Uebrigens kann der Streit zwischen mehreren Forderungsprätendenten auch dadurch zum Austrag gebracht werden, daß einer von ihnen gegen den anderen oder die anderen auf Anerkennung seines besseren Rechtes klagenb auftritt<sup>7</sup>.

### 7 Zulässigkeit der Uebertragung\*.

#### §. 335.

1. Die Uebertragung ist nicht zulässig bei allen Forderungen. Unzulässig ist sie

a) bei denjenigen Forderungen, deren Erfüllung nur in der Person dieses bestimmten Gläubigers möglich ist. Aus diesem

Gläubiger nicht sowohl die Thatsache der Uebertragung leugne, als vielmehr die Rechtsbeständigkeit oder Wirksamkeit derselben bestreite. Aber ich wählte nicht, warum die Beweisfreiheit dem Gläubiger die Befugniß geben sollte, den Cessionar zur Geltendmachung seines Rechtes zu nötigen, dessen Geltendmachung dieser seinen Interessen nicht angemessen findet. Jedenfalls wird, indem der Gläubiger behandelt wird, wie jeder andere Forderungsprätendent, dessen Beweislast in keiner Weise geschärft; wenn er hinterher den Schuldner gegen die Klage des Cessionars zu vertreten hat, nöthigt er denselben durch die Berufung auf seine ursprüngliche Gläubigerschaft nach denselben Grundsätzen zum Beweise, welche auch Platz gegriffen haben würden, wenn der Cessionar den Schuldner gegen die Klage des Gläubigers vertreten hätte.

<sup>5</sup> Bähr S. 477 gibt auch in diesem Falle dem Beweisfreien den in der vorigen Note erwähnten Vorzug.

<sup>6</sup> Für diesen Fall, glaube ich, darf der von Bähr hervorgehobene Gesichtspunkt verworfen werden. Die Quellen geben in diesem Fall dem Schuldner die Wahl (l. 8 §. 3 D. de leg. 11<sup>o</sup> 31); jedoch offenbar nur deswegen, weil zur Bevorzugung des einen Prätendenten vor dem anderen kein Grund vorhanden sei. Es ist aber ein großer Unterschied, ob man der Beweisfreiheit die Kraft zuschreibt, das gleiche Recht des Gegners zu überwinden, oder die Kraft, dem Gegner ein Recht zu nehmen, welches ihm an und für sich zusteht.

<sup>7</sup> S. l. §. 46 Note 8 und Bähr §. 21.

\* Mühlensbruch §. 22—34, Buchta S. 463—472; Bangerow III §. 574 Anm. 2, Sinenis S. 797—805, Holzschuher III §. 222.

Gründe sind unübertragbar die Forderungen auf Genugthuung<sup>1</sup>, namentlich die Forderung aus der Injurie<sup>2</sup>. Setzt die Leistung ein Verhältniß des Gläubigers voraus, welches seinerseits übertragbar ist, so kann mit diesem Verhältniß auch die Forderung übertragen werden; so die Forderung auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit mit dem Eigenthumsrecht an dem Grundstücke, für welches die Grunddienstbarkeit bestellt werden soll<sup>3</sup>.

b) Ungulässig ist die Uebertragung bei denjenigen Forderungen, deren Erfüllung in der Person eines Andern nur mit einer dem Schuldner nachtheiligen Veränderung des Leistungsinhaltes möglich ist<sup>4</sup>.

c) Auch wenn weder das Eine noch das Andere der Fall ist, kann doch das Forderungsrecht möglicherweise von der Art sein, daß ihm nur genügt wird, wenn genau dieser Person geleistet wird. Entscheidend hierfür ist der Wille der die Forderung begründenden Person, bez. des Rechtsfalles, auf welchem sie beruht<sup>5</sup>. Aus diesem Grunde ist namentlich unübertragbar die Forderung

§. 335. <sup>1</sup> Die *l. g. actiones vindictam spirantes*. Genugthuung kann nur demjenigen geleistet werden, welcher eine Kränkung erlitten hat. Insofern die Genugthuung durch eine Vermögensleistung von Seiten des Verpflichteten beschafft werden soll, steht doch die Vermögensleistung erst in zweiter Linie; nicht sie ist der eigentliche Gegenstand des Forderungsrechts, sondern eben die durch sie dem Berechtigten zu gewährende Genugthuung. Deswegen rechnet das römische Recht die *actiones quas vindictam continent* auch in anderen Beziehungen nicht zum Vermögen. L. 28 D. de iniur. 47. 10; 1. 8 pr. D. de inoff. test. 5. 2, l. 2 §. 4 D. de collat. 37. 6, l. 1 §. 8 D. si quid in fr. patr. 38. 5, l. 13 pr. D. de iniur. 47. 10.

<sup>2</sup> Ueber die übrigen hierher gehörigen Fälle s. §. 359 Nr. 1, und über das Ganze Mühlensbruch S. 292—302.

<sup>3</sup> Mühlensbruch §. 28 i. A.

<sup>4</sup> Der Ausdruck des Textes ist der Kürze zu Liebe nicht ganz genau. Eine Aenderung des Leistungsinhaltes ist mit der Aenderung der Person des Empfängers immer verbunden (§. 329 Note 2). Es ist also gemeint eine Aenderung des Leistungsinhaltes, welche auch abgesehen davon stattfindet, daß es nun ein Anderer ist, welchem die Leistung gemacht wird. So wird z. B. bei der Forderung auf Bestellung einer persönlichen Dienstbarkeit durch die Aenderung des Gläubigers die Zeitdauer, für welche die Dienstbarkeit zu bestellen ist, geändert.

<sup>5</sup> Es wird z. B. im Vertrage ausgemacht, daß der Schuldner nur verpflichtet sein solle, diesem bestimmten Gläubiger zu leisten. Vgl. aber auch Seuff. Arch. V. 11.

auf Alimentation<sup>6, 7</sup>. Geht der die Forderung begründende Wille darauf, daß nur einer Person, die eine gewisse Eigenschaft hat, oder die in einem gewissen Verhältniß steht, geleistet werden soll, so ist die Uebertragung auch nur an solche Personen zulässig, bei welchen diese Eigenschaft oder dieses Verhältniß zutrifft<sup>8</sup>.

d) Verbotten ist die Uebertragung von Forderungen, welche im Streit befangen sind<sup>9</sup>.

Bei den hier nicht genannten Forderungen ist die Uebertragung zulässig. Namentlich ist sie zulässig bei Forderungen, welche auf einem persönlichen Privilegium des Gläubigers beruhen<sup>10</sup>; bei bedingten<sup>11</sup>, befristeten<sup>11</sup> und zukünftigen<sup>12</sup> Forderungen; bei

<sup>6</sup> Die Forderung auf Alimentation geht darauf, daß diese bestimmte Person, Kind, Vater u. c. ernährt u. c. werde. Würde die Forderung übertragen, so wäre es zwar möglich, daß der zu Alimentirende in dem für die Abtretung erhaltenen Entgelt seinen Unterhalt dennoch hätte; aber notwendig ist dies durchaus nicht. Anders wird zu entscheiden sei, wenn die Forderung nicht sowohl auf Alimentation, als auf eine fixirte Leistung geht, welche zur Alimentation dienen soll. Diese Leistung genießt der Berechtigte auch dadurch, daß er das Forderungsrecht durch Uebertragung zu seinen Zwecken verwertet; der Zweck aber, welcher mit der Leistung erreicht werden soll, gehört nicht zum Inhalt der Leistung. Die Meinungen sind hier verschieden. Mühlensbruch S. 329, Puchta S. 466, Sintenis S. 799.

<sup>7</sup> Ein anderes Beispiel gewähren die *operas officiales* des römischen *libertas*. L. 9 §. 1 D. de op. lib. 38. 1. Mühlensbruch S. 304. Ferner das *Retractrecht*. Mühlensbruch S. 323 fg.

<sup>8</sup> Sintenis S. 800 Note 32.

<sup>9</sup> S. I §. 125 Nr. 1 und Mühlensbruch §. 31, Franke Commentar über den Pandektentitel de her. petit. S. 36, Seuffert Pand. §. 299 Note 9. Seuff. Arch. I. 28, V. 9. 10, XI. 135, XII. 89, XIV. 251.

<sup>10</sup> Es kann z. B. der Minderjährige sein Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand übertragen. L. 24 pr. D. de min. 4. 4. S. jedoch auch Sintenis S. 801 Note 33.

<sup>11</sup> L. 17. 19 D. h. t. 18. 4.

<sup>12</sup> Bei zukünftigen Forderungen — d. h. bei Forderungen, für welche noch nicht einmal der Grund gelegt ist (I §. 225 Note 6). Doch läßt sich für diesen Satz kein zwingender Beweis beibringen. Das beste Argument für denselben ist die Zulässigkeit der Verpfändung des künftigen Vermögens (l. 9 C. quae res pign. 8. 17), also auch der zukünftig zu erwerbenden Forderungen. L. 3 C. de don. 8. 54 („Spem futuras actionis... posse transferri, non immerito placuit“) kann sehr wohl von einer bedingten Forderung verstanden werden (§. 4 I. de V. O. §. 15); l. 11 D. h. t. 18. 4 handelt nicht von einer zukünftigen Erbschaft. Mühlensbruch S. 259—262.

Forderungen auf einen zusammengesetzten Leistungsinhalt (§. 252 Nr. 3), wenn dieser Inhalt sich auch erst im Laufe der Zeit entwickelt<sup>12</sup>; bei Forderungen aus gegenseitigen Verträgen und aus Thatsachen, aus welchen dem Schuldner ein möglicher Gegenanspruch erwächst<sup>13</sup>; bei accessorischen Forderungen<sup>14</sup>. Auch das einer natürlichen Verbindlichkeit entsprechende Recht kann übertragen werden<sup>15, 17</sup>.

2. Die Uebertragung ist nicht zulässig an alle Personen.

a) Sie ist nicht zulässig an einen Mächtigeren<sup>16</sup>, d. h. an

<sup>12</sup> So kann übertragen werden z. B. die Forderung des Auftraggebers, des Gesellschafters u. c., d. h. die Forderung auf Alles, was der Auftraggeber oder Gesellschafter auf Grund des Auftrags- oder Gesellschaftsvertrages jetzt zu fordern hat oder später zu fordern haben wird. Dadurch wird freilich der Erwerber nicht Auftraggeber oder Gesellschafter, und namentlich gehen auch nicht die Verpflichtungen des Uebertragenden auf ihn über. Vgl. Mühlentbruch S. 307, Puchta S. 464. Senff. Arch. V. 125.

<sup>13</sup> Eine actio contraria. Vgl. §. 320. Aber durch die Uebertragung wird der Schuldner nicht der Einrede verlustig, welche ihm aus der nicht gemachten Gegenleistung oder aus der Nichtbefriedigung seines Gegenanspruches erwachsen ist. Senff. Arch. I. 28, VIII. 35, XI. 32, 225, XIII. 89, XIV. 225. — Daraus, in Verbindung mit dem in der vorigen Note Gesagten, folgt, daß namentlich auch die Forderungen aus dem Pacht- und Miethcontract übertragen werden können. Tropp in Heise und Cropp Jur. Abhandlungen I Nr. 10, vgl. Mommsen Erörterungen I S. 186 in der Note; a. M. Mühlentbruch S. 310 fg. Senff. Arch. XVI. 209.

<sup>14</sup> Vgl. über die verschiedenen Meinungen Mühlentbruch §. 28, Puchta S. 467, Bangerow S. 119, Sintonis S. 801.

<sup>15</sup> Vgl. I. 40 pr. 1. 64 pr. D. ad. 80. Trob. 36. 1. Mühlentbruch S. 252 fg. Ein besonderer Auffass über diese Frage: d'Artois und Arnolds in Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. I. 5. A. M. Schwanert Naturalobligationen S. 176 fg., Schmid S. 54 fg. Man nimmt aber das Compensationsrecht aus; dieses soll auf den Erwerber nicht übergehen. Ich halte das nicht für richtig; jedenfalls muß man, wenn man diese Ausnahme macht, sie auch auf den Fall erstrecken, wo der Schuldner nach der Uebertragung eine Forderung gegen den Gläubiger erwirbt, an welchen Fall man nicht zu denken scheint. Nur wenn die Uebertragung böswilliger Weise zu dem Ende geschieht, um den Schuldner zu benachtheiligen, wird man in E. dem Erwerber das Compensationsrecht abspprechen dürfen. Eine mittlere Meinung deutet auch Bangerow S. 116 an („in der Regel“). — Uebrigens ist diese Frage nach dem in §. 289 Angeführten für das heutige gemeine Recht unpractisch.

<sup>17</sup> Ueber die Uebertragung von Correalforderungen: Frits Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XIX S. 63 fg.

<sup>16</sup> An einem potentior. L. 2 C. no liceat potent. 2. 14, vgl. c. 2 X. de

eine Person, welcher gegenüber dem Schuldner die Vertheidigung erschwert oder geschwächt ist. Jedoch ist bei diesem Verbot vorausgesetzt, daß die Uebertragung in der Absicht geschieht, um den Schuldner zu drücken<sup>18</sup>. Die Folge der Uebertretung des Verbots ist nicht bloß Nichtigkeit der Uebertragung, sondern auch Verlust der Forderung für den Gläubiger und Befreiung des Schuldners<sup>20</sup>.

b) Nach demselben Gesichtspunkt und mit denselben Folgen ist verboten die Uebertragung einer Forderung, welche einem Juden gegen einen Christen zusteht, an einen anderen Christen<sup>21</sup>.

c) Verbotten ist ferner die Uebertragung einer Forderung gegen den Bevormundeten an den Vormund, und selbst an den gewesenen Vormund die Uebertragung einer Forderung, welche bereits zur Zeit der Vormundschaft bestanden hat<sup>22</sup>, ebenfalls bei Strafe des Verlustes der Forderung zu Gunsten des Schuldners<sup>23</sup>.

Wenn einem Kinde in väterlicher Gewalt eine Forderung gegen den Vater übertragen wird, und der Entgelt wird aus

al. iud. mut. I. 42. Mühlentbruch §. 30, Puchta S. 470, Frits Erläut. II S. 213 fg., Bangerow III S. 120—122, Sintonis S. 802 Note 40.

<sup>18</sup> Dies geht hervor aus dem Schluß der gesetzlichen Bestimmung („Aporta enim credentium videtur esse voracitas, qui alios actionum suarum redimunt exactores“), aber auch schon daraus, daß auf die Uebertretung der Vorschrift eine Strafe gesetzt wird („debiti creditores iactura mulctantur“). Andere verlangen Arglist des Uebertragenden nicht. S. Mühlentbruch S. 371 Note 284. Mühlentbruch (und mit ihm Frits) läßt die Strafe des Gesetzes nicht einmal bei Arglist eintreten, sondern versteht das Gesetz nur von dem Fall des Verschlebens eines beschwerlicheren Gegners durch simulirte Uebertragung. S. dagegen Bangerow a. a. O. — Unter den heutigen Verhältnissen hat das Verbot sehr an Bedeutung verloren. Sintonis a. a. O. leugnet seine Anwendbarkeit ganz. Vgl. auch Holzschuher III §. 221 Nr. 3. b.

<sup>20</sup> Andere lassen die Forderung an den Fiscus fallen. Mühlentbruch S. 377. — Bleibt eine natürliche Verbindlichkeit über? S. darüber §. 289 Note 17, Schwanert Naturalobligationen S. 476.

<sup>21</sup> R. A. 1551 §. 79, R. P. D. 1577 Tit. 20 §. 4. Mühlentbruch §. 34, Puchta S. 471, Bangerow S. 123, Sintonis S. 804. In Betreff der heutigen Anwendbarkeit dieses Verbots s. namentlich Holzschuher III §. 221 Nr. 3. a.

<sup>22</sup> Nov. 72 c. 5. Mühlentbruch §. 32, Puchta S. 468, Bangerow S. 122, Sintonis S. 803. Senff. Arch. IX. 23.

<sup>23</sup> — „et iurum fieri adolescentia“. S. §. 289 Note 22, Mühlentbruch S. 392, Puchta S. 469, Schwanert Naturaloblig. S. 478.

dem Vermögen des Vaters genommen, so bleibt nur eine natürliche Verbindlichkeit bestehen (§. 289 Nr. 6)<sup>24</sup>.

### 2. Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Erwerber.

#### §. 336.

Der bisherige Gläubiger ist verpflichtet, dem Erwerber die in seinen Händen befindlichen Beweismittel, — wenn die Uebertragung auf seiner Willenserklärung beruht, die zur Verfolgung der Forderung nöthigen Beweismittel einzuhändigen<sup>25</sup>. Was der Gläubiger nach der Uebertragung von der Forderung einzieht, muß er dem Erwerber herausgeben<sup>26</sup>. Auf die Frage, wofür der Gläubiger dem Erwerber hafte, ob bloß für juristische Existenz, oder auch für factische Realisirbarkeit der Forderung, läßt sich aus der bloßen Thatsache der Uebertragung eine Antwort nicht geben; es kommt auf das der Uebertragung zu Grunde liegende Rechtsverhältniß an<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> L. 7 D. de O. et A. 44. 7. „Actiones adversus patrem alio praestari non possunt, dum in potestate est filius“. Auszunehmen ist, auch im Sinne dieser Stelle, der Erwerb aus dem castrensischen Peculium, im Sinne der Compilatoren ferner der aus dem adventitischen. Vgl. §. 289 Note 14 und über die verschiedenen Meinungen Mühlenbruch §. 33, Puchta S. 465, Bangerow S. 118, Sintenis I S. 799.

§. 220. <sup>1</sup> Der Erklärung, daß eine Forderung übertragen sein solle, wird nicht genügt, wenn der Erwerber nicht auch in den Stand gesetzt wird, die Uebertragung zu beweisen. Wenn das Gesetz oder der Richter eine Forderung übertragen, so wollen sie ebenso sehr, daß auf den Erwerber die in den Händen des Gläubigers befindlichen Beweismittel übergehen sollen, als sie den Übergang der Forderung selbst wollen. Vgl. Mühlenbruch S. 621, Puchta S. 480, Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 481.

<sup>2</sup> Denn es ist in sein Vermögen, wenn auch auf formell gerechtfertigtem Wege, doch materiell ungerechtfertigt gekommen; es ist also die *condictio sine causa* begründet. Vgl. l. 39 D. de stip. serv. 45. 3, l. 51 §. 1 D. de R. C. 12. 1, l. 25 eod., l. ult. D. de neg. gest. 3. 5, l. 1 C. de reb. al. non alien. 4. 51. Das Gleiche gilt, wenn ein zweiter Erwerber die Forderung einzieht. Vgl. Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 117, Bähr das. S. 499.

<sup>3</sup> Dieser handgreiflich richtige Satz ist namentlich geltend gemacht und mit Sorgfalt durchgeprüft worden in der Schrift von Schiemann: die Haftung des Cedenten, (1848, 2. Ausg. 1850). Früher lehrte man als Regel, daß der Cedent für juristische Existenz (*de veritate nominis*), nicht aber für factische Realisirbarkeit (*de bonitate*) hafte, indem man generalisirte, was l. 4. 5 D. h. t.

### 2. Uebertragung dinglicher Ansprüche.

#### §. 337.

Die Forderungen (obligatorische Ansprüche), so können auch dingliche Ansprüche übertragen werden<sup>1</sup>. Dafür gelten analoge Grundsätze, wie für die Uebertragung obligatorischer Ansprüche.

1. Die Uebertragung kann beruhen auf Willenserklärung des Berechtigten, richterlicher Verfügung, gesetzlicher Vorschrift<sup>2</sup>.

2. Die Uebertragung macht den Erwerber sofort zum Anspruchsberechtigten<sup>3</sup>, der bisherige Anspruchsberechtigte wird aber

18. 4, l. 74 §. 3 D. de ovet. 21. 2 für den Fall des Forderungskaufes sagen. Auf diesem Standpunkte stehen noch (mehr oder minder) Mühlenbruch §. 64, Puchta S. 481, Sintenis S. 809 (welder die Schrift von Schiemann nicht zu kennen scheint). Beispiele: 1) der Käufer hafte für Existenz, nicht für Realisirbarkeit (s. die citirten Stellen); 2) der Verwalter fremden Vermögens, welcher das herauszugebende Vermögen in Forderungen angelegt herausgibt, hafte für Beides; 3) der Schenker hafte für keines von Beidem (l. 18 §. 3 D. de don. 39. 5). Vgl. Seuffert Pand. §. 300 von Note 4 an; Seuff. Arch. XI. 62. — Was gehört zur *bonitas nominis*? Seuff. Arch. V. 149, XIII. 20.

\* Vgl. über diese bisher vernachlässigte Lehre (ungenügend Mühlenbruch S. 18 S. 247 fg. S. 507) jetzt namentlich den Aufsatz von Ihering Jahrb. f. Dogm. I. 3 (1857). Dazu Windscheid die Actio re. §. 22, Bekker Jahrb. f. gem. R. IV S. 257 fg., Sintenis II §. 128 Note 26. §. 397.

<sup>1</sup> Die Quellen sprechen davon in folgenden Anwendungen: 1) Uebertragung der *rei vindicatio* an denjenigen, welcher die Sache leisten soll, aber sie nicht leisten kann, und dafür Schadenersatz geben muß (l. 63 D. de R. V. 6. 1, l. 25 §. 8 D. loc. 19. 2, l. 12 D. de re iud. 42. 1); 2) Uebertragung der *rei vindicatio* an denjenigen, welchem die Sache geleistet werden soll, der aber, weil der Gegner ohne seine Schuld die Sache nicht mehr hat, weder die Sache selbst noch Schadenersatz erhält (l. 21 D. de R. V. 6. 1, §. 3 I. de emt. et vend. 3. 23, l. 35 §. 4 D. de contr. emt. 18. 1, l. 14 pr. D. de fart. 47. 2, l. 39 D. de don. i. v. e. u. 24. 1); 3) Verkauf der *actio in rem*, l. 9 C. h. t. 4. 39.

<sup>2</sup> Ein Fall gesetzlicher Uebertragung in l. 68 D. de R. V. 6. 1: „cum tamen praetor auxilium quandoque laturus sit“. — Nicht hierher gehören die Fälle, wo die dem Nichteigentümer gegebene *rei vindicatio utilis* der römische Ausbruch des übergegangenen Eigentumsrechtes, oder nur eine andere Form eines obligatorischen Anspruchs ist. S. I §. 174 Note 6.

<sup>3</sup> Unrichtig Windscheid die Actio re. S. 220; f. §. 331 Note 8.



erst durch Ergreifung des Anspruchs von Seiten des Erwerbers dem Verpflichteten gegenüber (Anzeige) ausgeschlossen<sup>4</sup>.

3. Der Erwerber erwirbt den Anspruch nicht bloß in seiner gegenwärtigen, sondern auch in seiner zukünftigen Gestalt. Daher kann im Besonderen der Erwerber eines Eigentumsanspruchs nicht bloß gegen den gegenwärtigen, sondern auch gegen den zukünftigen Besitzer auftreten. Er kann auch gegen den Eigentümer selbst auftreten, wenn dieser den Besitz erlangt<sup>5</sup>.

4. Der Erwerber des dinglichen Anspruchs erwirbt aber nicht das dingliche Recht<sup>6</sup>; dieses bleibt vielmehr bei dem bisherigen Anspruchsberechtigten<sup>7</sup>. Verliert der Letztere das dingliche Recht, so geht damit auch der auf den Erwerber übergegangene dingliche Anspruch unter<sup>8</sup>. Jedoch müssen seine Rechtsnachfolger, und nicht bloß seine Gesamtnachfolger, die von ihm vollzogene Uebersetzung gegen sich gelten lassen<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Dies leugnet Fhering a. a. D. S. 111 fg.; er will das Recht der Denunciation auf die Cession dinglicher Ansprüche nicht übertragen wissen. Dagegen Windscheid S. 220, Bekker S. 208, Sintenis a. a. D.

<sup>5</sup> L. 63 D. de R. V. G. 1: — „ipso quoque, qui litis aestimationem percipit, possidente debet adiuvari“. A. R. Fhering S. 110; dagegen Bekker S. 208, Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 444. Vgl. auch Windscheid die Actio x. S. 136.

<sup>6</sup> Aber der Anspruch kann ihm zu dem Ende abgetreten sein, damit er durch Erlangung des Besitzes das Recht erwerbe. Fhering S. 119.

<sup>7</sup> Der obligatorische Anspruch erschöpft das obligatorische Recht; ist er von dem bisherigen Gläubiger auf den neuen Erwerber übergegangen, so ist in der That der Letztere Gläubiger geworden, und Jener hat aufgehört, es zu sein. Dagegen erschöpft der dingliche Anspruch das dingliche Recht nicht; er ist nur Eine Seite desselben.

<sup>8</sup> Dies habe ich früher geleugnet (die Actio x. S. 221). Aber der Anspruch ist doch immer nur eine Erscheinungsform des Rechtes, und steht und fällt daher mit demselben. Wenn das römische Recht bei dem obligatorischen Anspruch das Gegentheil annahm, so hatte dies seinen Grund darin, daß es dem Leben nicht sowohl das Recht lieb, als vielmehr nur den nackten Namen des Rechtes. Denkbar freilich wäre eine Rechtsgestaltung, wodurch der dingliche Anspruch zu einer durchaus selbständigen, und lediglich ihren eigenen Gesetzen folgenden Existenz erhoben würde; aber daß das römische Recht so weit gegangen sei, wird durch Nichts bewiesen. Vgl. Fhering S. 122.

<sup>9</sup> Nach der Analogie der f. g. exceptio rei venditae et traditae (I §. 197). Vgl. Bekker S. 207 unt. A. R. Fhering S. 110.

## b. Sondernachfolge in die Schuld\*.

### §. 338.

Das römische Recht hat eine Sondernachfolge in die passive Seite der obligatio ebenso wenig anerkannt, wie es dies in Betreff der activen Seite gethan hat. Auch auf dem Wege der Uebersetzung der actio hat es den Schulbübergang nur in solchen Fällen ermöglicht, wo derselbe von einer gesetzlichen Regel gefordert wird<sup>1</sup>. Dagegen hat es nicht anerkannt, daß durch Vertrag die actio von einem Schuldner auf den andern übertragen werden könne<sup>2</sup>. So kann nach römischem Recht durch Vertrag ein Wechsel in der Person des Schuldners nur in der Weise bewerkstelligt werden, daß an die Stelle der vorhandenen Obligation eine neue gesetzt wird (Novation).

\* Ueber diese Lehre ist vor Allem zu vergleichen die höchst verdienstliche Schrift von Delbrück: die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Recht (1853); f. darüber Windscheid krit. Ueberschau I. 2 und Hinrichs in der Kieler Allg. Monatschrift 1853 S. 685 fg. Ferner: Runke die Obligation x. S. 301 fg. (1856), Windscheid die Actio x. §. 21 (1856), Busch Verträge zu Gunsten Dritter §. 18—24 (1860), Bähr Jahrb. f. Dogm. VI. S. 170 fg. (1863), Jaun Arch. f. pract. RW. N. §. 1 S. 113—131 (1864), v. Sulpicius Novation und Delegation §. 55. 56. 67—69. 80 (1864). Sintenis II §. 102 Note 132.

<sup>1</sup> Beispiele: l. 61 D. de proc. 3. 3, l. 4 pr. D. de re iud. 42. 1; l. 1 C. quando ex facto tut. 5. 39, l. 8 D. eod. 26. 9.

<sup>2</sup> Es stand nichts im Wege, daß der Schuldner dem Gläubiger einen procurator in rem suam gegenüberstellte, in gleicher Weise, wie der Gläubiger dem Schuldner einen procurator in rem suam gegenüberstellen konnte. Aber aus dem Vertrage, durch welchen Jemand die gegen den Schuldner begründete actio als procurator in rem suam übernahm, erwuchs nicht in gleicher Weise für ihn eine Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber, wie aus der Bestellung eines procuratoris in rem suam durch den Gläubiger für den procurator ein Recht (actio utilis) gegen den Schuldner erwuchs. Ebenso wenig, wie durch das mandatum actionis, wurde durch eine in anderer Form gemachte Schulbübergabe eine utilis actio gegen den Uebernehmer begründet. L. 2 C. h. t. 4. 39. „Ratio iuris postulat, ut creditoribus hereditariis et legatariis seu fideicommissariis te convenire volentibus tu respondeas, et cum eo, cui hereditatem vendidisti, tu experiaris suo ordine... Quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfacias, excipere tamen actiones hereditarias invitus cogi non potest“. Ebenso l. 26 C. de pact. 2. 3, l. 22 C. de don. 8. 54.

Weiter geht das heutige Recht. Das heutige Recht erkennt an, daß durch Vertrag an die Stelle des bisherigen Schuldners ein anderer Schuldner auch unter Aufrechterhaltung der Identität der Obligation gesetzt werden könne<sup>3</sup>. Nur setzt dieser Vertrag in gleicher Weise, wie der Novationsvertrag, Mitwirkung des Gläubigers voraus<sup>4</sup>: die Erklärung des Schuldübernehmers, daß er an Stelle des bisherigen Schuldners Schuldner sein wolle, muß nicht bloß von dem bisherigen Schuldner, sondern auch von dem Gläubiger acceptirt werden; erst dadurch wird der bisherige Schuldner entlastet, und der Uebernehmer verpflichtet<sup>4</sup>. Von der

1. 28 D. sod. 39. 5, 1. 72 pr. D. de I. D. 23. 3. Natürlich blieb der Schuldner in gleicher Weise verhaftet, wie der Uebernehmer nicht verpflichtet wurde. S. übrigens auch 1. 2 C. de pactis 2. 3. „Post venditionem hereditatis a te factam, si creditores contra emptores actiones suas movisse probare poteris, eosque eas spontanea voluntate suscepisse, exceptione tacti pacti non inutiliter defendis“. Vgl. Delbrück S. 121—127, Windscheid S. 204—208.

<sup>3</sup> Wenn der Wille der Parteien wirklich darauf gerichtet ist, daß die bestehende Obligation übergehen, nicht eine neue geschaffen werden sollte, so ist nicht abzusehen, weswegen diesem Willen nicht Folge gegeben werden dürfte. Ist die Obligation in ihrem juristischen Bestande von der Person dieses bestimmten Gläubigers unabhängig, so kann sie auch den Wechsel des Schuldners überdauern; die Person des Schuldners ist für den juristischen Bestand der Obligation nicht wesentlich, als die Person des Gläubigers. Die Römer wurden zur Annahme einer Novation dadurch gedrängt, daß für sie der, hier unter allen Umständen erforderliche (s. Note 4 und das im Text folgende) Beitritt des Gläubigers in anderer Form, als bei der Stipulation, nicht möglich war; eine Stipulation aber erzeugte immer eine neue Obligation. Wie wenig aber auch das römische Recht der Ansicht war, daß durch die Novation das practische Bedürfnis befriedigt werde, zeigt der von ihm anerkannte Satz, daß auf die neue Obligation das Pfandrecht der alten übertragen werden könne (I §. 233<sup>b</sup> Nr. 1), ein Bruch der Rechtsconsequenz von der schärfften Art. — v. Salspius a. a. D., welcher dieses Letztere mit ungenügenden Gründen bestritt (a. a. D. §. 35), und in der Novation trotz dem, daß sie die Identität der Obligation zerstört, eine Succession sieht (vgl. §. 329 Note 10, §. 353 Note 5), glaubt, daß die Novation allen Bedürfnissen des Verkehrs genüge. Aber jedenfalls macht dieselbe in Betreff der Pfandrechte einen neuen Vertrag nöthig, und die Concursprivilegien zerstört sie trotz alles Vorbehaltes (1. 29 D. de nov. 46 2).

<sup>4</sup> Denn die Obligation erleidet durch den Wechsel des Schuldners, wenn auch keine Aenderung ihres juristischen Bestandes, doch möglicherweise eine bedeutende Aenderung ihres öconomischen Werthes. Eine nicht realisirbare Forderung ist im öconomischen Resultate gleich einer nicht existirenden.

anderen Seite ist es nicht notwendig, daß die Erklärung des Schuldners dem Gläubiger gegenüber abgegeben werde;<sup>5</sup> auch wenn sie dem bisherigen Schuldner gegenüber abgegeben worden ist, kann der Gläubiger durch hinterherige Acceptation derselben<sup>6</sup> den Schuldübernahmungsvertrag zur Vollendung bringen<sup>7</sup>. Nur ist, wenn der Gläubiger zu der Verhandlung zwischen dem Schuldner und dem Uebernehmer nicht zugezogen wird, wohl zuzusehen, ob der Uebernehmer wirklich die Schuld auch dem

<sup>5</sup> S. §. 309 Nr. 2.

<sup>6</sup> Diese Acceptation kann ausdrücklich, sie kann aber auch stillschweigend erklärt werden. Eine stillschweigende Erklärung derselben liegt in jeder Behandlung des Uebernehmers als Schuldners, namentlich auch in der Erhebung der Klage gegen denselben. Vgl. Windscheid krit. Ueberschau I S. 45.

<sup>7</sup> In der Lehre von der Schuldübernahme haben Doctrin und Praxis von jeher über das römische Recht hinausgedrängt. Man hat von jeher das Bedürfnis empfunden, dem Gläubiger unmittelbar aus dem Vertrage zwischen Schuldner und Uebernehmer einen Anspruch gegen den Uebernehmer zu verschaffen. Vgl. darüber und über die Mittel, mit welchen man dieses Bedürfnis zu befriedigen gesucht hat, Delbrück S. 73 fg. (Windscheid krit. Ueberschau S. 32—35). Delbrück selbst nimmt einen auf deutscher Rechtsanschauung und moderner Rechtsentwicklung beruhenden Rechtsatz an, kraft dessen die Schuld, als sachlicher Niederschlag der Obligation, wie eine Sache aus einem Vermögen in das andere übertragen werden könne. S. dagegen Windscheid krit. Ueberschau S. 36—40, Kunze §. 77—79. Kunze schreibt der Schuldübernahme die Kraft zu, aus der Obligation des Schuldners in der Person des Uebernehmers ohne Weiteres eine Zweigobligation zu erzeugen. Vgl. darüber Windscheid S. 214. 180. 181. Bähr sieht in dem Schuldübernahmungsvertrage eine durch den Schuldner dem Gläubiger erteilte Ermächtigung, seinen (des Schuldners) Anspruch gegen den Uebernehmer als sein Vertreter geltend zu machen, Jaun, wie früher, eine stillschweigende Cession. S. dagegen §. 316 Note 19. Alle diese Schriftsteller lassen aber neben dem Uebernehmer auch den Schuldner fortfahren zu haften. Die hier vertretene Construction läßt aus dem Vertrage zwischen dem Schuldner und dem Uebernehmer für den Gläubiger noch gar kein Recht entstehen, schreibt dagegen dem Beitritt desselben, insofern dadurch ein Vertrag zwischen dem Gläubiger und Uebernehmer wirklich zu Stande kommt (Text zu Note 8), eine zugleich liberirende und obligirende Wirkung zu. Ihr Operationsmittel ist der Rechtsatz, daß nach heutigem Recht der Schuldnerwille nicht dem Gläubiger gegenüber erklärt zu werden braucht. S. §. 309 Nr. 2 und §. 316 von Note 17 an. — Aus der Praxis: s. die bei Busch a. a. D. unter den Nummern 1. 9. 10. 12. 17. 20. 24. 25. 28. 30. 35 angeführten Entscheidungen, ferner S. u. f. Arch. VIII. 30, XI. 83.

Gläubiger gegenüber hat übernehmen wollen, und ob der Sinn seiner Erklärung nicht vielmehr nur der war, daß er sich dem Schuldner gegenüber anheischig mache, denselben gegen die Forderung des Gläubigers zu schützen<sup>2</sup>.

Wie durch Vertrag der Parteien, so kann nach heutigem Recht auch durch richterliche Verfügung eine Schuldüberweisung erfolgen. Zustimmung des Gläubigers ist natürlich auch hier erforderlich<sup>3</sup>.

### §. 339.

Die Schuld geht auf den neuen Erwerber über, wie sie beim alten Schuldner war. Sie geht also über mit ihren Einreden; ausgenommen sind bloß diejenigen, welche sich nur auf diese bestimmte Schuldnerperson, nicht auf die Schuld als solche beziehen<sup>1</sup>. Die Schuld geht auf den Erwerber auch über mit ihren Vorzügen, namentlich mit ihren Nebenrechten<sup>2</sup>. Jedoch ist,

<sup>1</sup> Vgl. Windscheid die Actio r. S. 211.

<sup>2</sup> Nach römischem Recht erlangte der Gläubiger auch durch seinen Eintritt einen Anspruch gegen denjenigen, welchem die Schuld überwiesen worden war, nicht; er konnte ihn nur belangen, wenn derselbe sich freiwillig als Vertreter des Schuldners stellte. Vgl. l. 30 D. fam. her. 10. 2. Wenn nach heutigem Recht der Uebergang auf ein anders Subject überhaupt möglich ist, so muß er auch durch richterliche Verfügung bewerkstelligt werden können; der Wille desjenigen, welcher Schuldner werden soll, wird hier durch die richterliche Verfügung in derselben Weise ersetzt, wie bei der Forderungsüberweisung der Wille des bisherigen Gläubigers.

§. 339. <sup>1</sup> Vgl. §. 332 Nr. 1 und l. 7 D. de exc. 44. 1. „Exceptiones, quas personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios; veluti ea quam socius habet exceptionem quod facere possit, vel parens patronusve, non compellit aduersari . . .“ Delbrück S. 108. — Die Auffassung Bährs (§. 338 Note 7) führt zu der Consequenz, daß der Schuldübernehmer keine Einrede entgegensetzen kann, welche dem Schuldner gegen den Gläubiger, dagegen alle, welche ihm selbst gegen den Schuldner aus dem Uebernahmungsvertrag zustehen. Bähr a. a. O. S. 176. Es versteht sich von selbst, daß nach der hier vertretenen Ansicht der Gläubiger von diesen letzteren Einreden ganz unberührt bleibt.

<sup>2</sup> Der Gläubiger behält also dem neuen Schuldner gegenüber dasselbe Pfandrecht, welches er dem alten Schuldner gegenüber hatte, ohne daß darüber eine besondere Vereinbarung nöthig wäre. Ebenso behält der Gläubiger ein ihm etwa zustehendes Concursprivilegium.

wenn ein Dritter sich für die Schuld verbürgt oder für dieselbe ein Pfand bestellt hat, zuzusehen, ob derselbe nicht die Absicht gehabt hat, nur für diese bestimmte Schuldnerperson Sicherheit zu gewähren; im Zweifel wird dieß allerdings anzunehmen sein<sup>3</sup>.

### §. 340.

Was die Zulässigkeit der Schuldübernahme angeht<sup>1</sup>, so gibt es positive Beschränkungen derselben, wie bei der Forderungsübertragung, nicht. Aus der Natur der Sache folgt aber, daß sie nur da zulässig ist, wo die Erfüllung durch den Uebernehmer objectiv möglich ist<sup>2</sup>, und nur da, wo sie durch den die Schuld begründenden Willen nicht ausgeschlossen ist<sup>3</sup>. Zulässig ist die Schuldübernahme namentlich auch bei Verpflichtungen mit zusammengesetztem Leistungsinhalt und bei Verpflichtungen aus gegenseitigen Verträgen<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Bürgschaft und Verpändung für einen Andern haben regelmäßig die Natur eines Dienstes, welcher gerade dieser bestimmten Person erwiesen wird, mit Rücksicht auf das zwischen ihr und dem Bürgen r. bestehende Verhältniß, und mit Rücksicht auf ihre ökonomische Lage.

<sup>2</sup> Vgl. Delbrück S. 41.

<sup>3</sup> Aus diesem Grunde darf bei den f. g. actiones vindictam spirantes auch eine Schuldübernahme nicht anerkannt werden. So wenig demjenigen Genugthuung für eine Kränkung gegeben werden kann, welcher die Kränkung nicht ertitten hat (§. 335 Note 1), so wenig kann derjenige Genugthuung geben, welcher die Kränkung nicht verübt hat. — Bloß subjective Unmöglichkeit schadet nicht. So gut wie z. B. eine Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung für einen Andern als den Eigenthümer begründet werden kann, so gut kann sie auf einen Andern übergehen.

<sup>4</sup> Auch der Consens des Gläubigers kann in einem solchen Fall den Schuldübergang nicht möglich machen. Es wird durch denselben zwar der alte Schuldner entlastet, und der neu Eintretende verpflichtet; aber die Obligation ist nicht mehr die nämliche. Es liegt jetzt in der That eine Novation vor.

<sup>5</sup> Im Besonderen also auch bei der Verpflichtung aus dem Pacht- und Miethvertrag. So, wenn der Käufer die Verpflichtung, welche der Verkäufer als Vermietter hat, übernimmt. Man hat die Verpflichtung des Käufers dem Vermietter gegenüber auch aus l. 9 C. loc. 4. 65 herleiten wollen; mit Unrecht — diese Stelle redet nur von einer Verpflichtung des Käufers dem Verkäufer gegenüber. Vgl. Busch Verträge zu Gunsten Dritter S. 66, Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 182.

## VI. Aufhebung des Forderungsrechtes.

## A. Allgemeines.

## §. 341.

1. Ein Forderungsrecht kann in doppelter Weise aufgehoben werden, direct und indirect. Direct — es ist gar kein Forderungsrecht mehr vorhanden; indirect — das Forderungsrecht ist zwar noch vorhanden, aber für den Schuldner ist das Recht entstanden, sich durch Einrede gegen die Geltendmachung desselben zu schützen<sup>1</sup>.

2. Die Aufhebung eines Forderungsrechtes ist regelmäßig eine vollständige, so daß auch keine natürliche Verbindlichkeit übrig bleibt; möglich ist auch das Gegentheil.

3. Die naturgemäße Aufhebungsart des Forderungsrechtes ist seine Erfüllung<sup>2</sup>. Es kann aber auch in anderer Weise als durch

§. 341. <sup>1</sup> Obligatio ipso iure perimitur, tollitur, evanescit — actor summovetur, remotur, expellitur, excluditur exceptione. Ueber diese und andere Ausdrücke der Quellen s. Büchel civil. Erörterungen II. 1 S. 24—27. Die Bedeutung, welche dieser Gegensatz bei den Römern darin hatte, daß auf die exceptio in der Formel hingewiesen werden mußte, nicht aber auf den directen Wegfall der Obligation, ist natürlich für uns verschwunden; damit aber nicht alle Bedeutung des Gegensatzes überhaupt. S. I §. 47 Note 1; hinzuzufügen: Büchel civilrechtl. Erörterungen II. 1 S. 27 fg., Fröh Erläuterungen II S. 379—381, Bangerow I §. 126 Anm.; I. 27 §. 2 D. de pact. 2. 14. Im öconomischen Resultate ist es freilich gleich, ob Jemand gar nicht Schuldner, oder durch eine Einrede geschützt ist. Daher I. 112 D. de R. I. 50. 17 „Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur“. L. 66 eod. (vgl. über diese Stelle Rudorff zu Buchta §. 286. c), I. 20 §. 3 D. de lib. eausa 40. 12.

<sup>2</sup> Daraus erklärt sich der Sprachgebrauch der Quellen, daß die Erfüllung solutio schlechthin genannt wird, obgleich dieses Wort an und für sich den reinen Gegensatz zu obligatio (als Act des Obligirens), und somit eine jede Aufhebung des Forderungsrechtes bezeichnet. L. 176 D. de V. S. 50. 16: — „solvere dicimus eum, qui facit, quod facere promissit“. L. 49 D. de sol. 46. 8. Aber s. auf der andern Seite I. 54 D. eod. „Solutions verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam, magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad numerorum solutionem“. L. 80 eod. L. 47 D. de V. S. 50. 16. „Liberationis verbum eandem vim habet, quam solutionis“

Erfüllung eine Befriedigung<sup>3</sup> des Gläubigers eintreten. Endlich kann das Forderungsrecht auch untergehen, ohne daß der Gläubiger befriedigt wird<sup>4</sup>.

## B. Die einzelnen Aufhebungsthatfachen.

1. Erfüllung<sup>5</sup>.

## a. Wirkung und Erfordernisse.

## §. 342.

Die Erfüllung<sup>1</sup> tilgt<sup>2</sup> das Forderungsrecht direct<sup>3</sup>.

Damit Erfüllung vorhanden sei, ist erforderlich:

1) daß der Gläubiger, was er zu fordern hat, gerade auf sein Forderungsrecht erhalten habe<sup>4</sup>;

L. 4 §. 7 D. de re iud. 42. 1. „Solvisse accipere debemus non tantum eum qui solvit, verum omnem omnino, qui . . . obligatione liberatus est“. L. 176 D. de V. S. 50. 16. S. übrigens auch §. 342 Note 1.

<sup>2</sup> Satisfactio. L. 52 D. de sol. 46. 3. „Satisfactio pro solutione est“. L. 49 eod., I. 13 §. 4 D. de pign. 20. 1, I. 6 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6. Jedoch kann „satisfactio“ auch ohne Tilgung der Obligation eintreten, I. 53 D. de contr. emt. 18. 1.

<sup>3</sup> Aus der Betrachtung bleiben hier ausgeschlossen die Inhaber- und Ordrepapierforderungen des modernen Rechts. Für sie ist das Princip, daß sie so lange dauern, wie die Schrift, welche ihr Träger ist. Vgl. Kunze Inhaberpapiere §. 74—76. 136, Wechselrecht S. 60—62. 291.

<sup>4</sup> Dig. 46. 3 Cod. 8. 43 de solutionibus et liberationibus. — Unterholzner I S. 460—478, Sintonis II S. 394—416.

<sup>5</sup> Die Bezeichnung der Quellen für Erfüllung ist solutio. Vgl. §. 341 Note 2. In einem noch engeren Sinne wird aber solutio nur auf die Erfüllung von Selbstobligationen bezogen. Daraus erklärt sich, daß die heutige Rechtsprache ganz gewöhnlich statt „Erfüllung“ „Zahlung“ sagt. Ich kann das nur für eine Unart halten. Vgl. Sintonis S. 394 Note 2. — Man bemerkt noch, daß die Quellen die Ausdrücke solvere und solutio durchaus nicht immer auf die Obligation beziehen, sondern ganz gewöhnlich auch auf den Gegenstand, welcher kraft der Obligation gelistet werden soll, z. B. solvere pecuniam, rem, dotem.

<sup>6</sup> Pr. I. quib. mod. toll. 3. 29.

<sup>7</sup> §. 4 I. de iust. stip. 3. 19.

<sup>8</sup> L. 17 D. h. t., I. 28 D. mand. 17. 1. Eine Ausnahme findet nur in dem Fall Statt, wo eine und dieselbe Leistung den Gegenstand mehrerer Forderungsrechte bildet; hier werden dadurch, daß die Leistung auf das eine Forderungsrecht Bindigkeit, Pandekten. II. Band.

2) daß er gerade dasjenige erhalten habe, was er zu fordern hat. Hat er Eigenthumsübertragung zu fordern, so ist Erfüllung nur dann vorhanden, wenn ihm nicht bloß Eigenthumsrecht überhaupt, sondern auch unbeschränktes<sup>5</sup> und unwiderrüfliches<sup>6</sup> Eigenthumsrecht verschafft worden ist; von der anderen Seite gilt aber auch als Erfüllung, wenn ihm Eigenthum nur auf dem Wege der Erfüllung, oder, bei Geldschulden, der Vermischung, verschafft worden ist<sup>7</sup>. Ja bei Geldschulden ist überhaupt nicht erforderlich, daß ihm Eigenthum an den hingegebenen Geldstücken verschafft worden sei; es genügt, daß er sich durch redlichen Verbrauch des Geldes dessen Vermögenswerth angeeignet habe<sup>8</sup>. Abgesehen von diesen Fällen liegt in einer Leistung, welche nicht den vom Forderungsrecht verlangten Inhalt hat, Erfüllung nur dann, wenn der Gläubiger sie als Erfüllung wesentlich<sup>9</sup> angenommen hat<sup>10</sup>. Regelmäßig nun hängt es von dem freien Willen des Gläubigers ab, ob er Etwas, was Erfüllung nicht ist, als Erfüllung annehmen will<sup>11</sup>. Nur bei Geldschulden ist er, wenn der

gemacht wird, auch die übrigen erfüllt (§. 298. 301). Abgesehen hiervon kann es sich bloß darum handeln, ob nicht, nachdem der Gläubiger anderweitig erhalten hat, was er zu fordern hat, das Forderungsrecht durch Unmöglichkeit der Erfüllung aufgehoben ist (§. 360 Nr. 3).

<sup>5</sup> L. 27 D. h. t.: — „si res tradita fuerit, quae debebatur, quamdiu aliquid iuri rei deest, tamen ipsa res potenda est“. L. 20 l. 38 §. 3 i. f. l. 69 l. 98 pr. D. h. t.

<sup>6</sup> L. 38 §. 3 l. 72 §. 5 l. 98 pr. D. h. t.

<sup>7</sup> L. 60 D. h. t., vgl. l. 54 pr. D. de evict. 21. 2; l. 78 D. h. t.

<sup>8</sup> L. 14 §. 8 l. 17 D. h. t., l. 19 §. 1 D. de R. C. 12. 1, l. 9 §. 2 D. de auct. tot. 26. 8. Vgl. auch l. 94 pr. D. h. t. Hat der Gläubiger das ihm gegebene Geld unredlicher Weise, d. h. wissend, daß er nicht Eigenthümer desselben geworden sei, verbraucht, so haftet er dem Eigenthümer als *actus possessor* mit *rei vindicatio* und *actio ad exhibendum* (arg. l. 11 §. 2 D. de R. C. 12. 1, §. 2 I. quib. alien. 2. 8), er haftet aber ferner auch mit der *condictio sine causa* und *condictio furtiva*.

<sup>9</sup> Wissend, daß sein Forderungsrecht auf eine Forderung dieses Inhalts nicht gehe.

<sup>10</sup> In solutum accipere = in solutum, pro soluto dare. C. p. B. l. 4 §. 31 D. de dol. exc. 44. 4, l. 5 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 4 C. de evict. R. 45. Doch wird der Ausdruck in solutum dare auch gleichbedeutend mit *solvendi causa dare*, also gleich *solvere* gebraucht, so p. B. l. 19 §. 1 D. de R. C. 12. 1. — Die in solutum datio wirkt, wie die Erfüllung selbst, ipso

Schuldner sich durch Verkauf seiner Sachen Geld zu verschaffen nicht im Stande ist, verpflichtet, Immobilien des Schuldners als Erfüllung zum Schätzungswerth anzunehmen, so jedoch, daß er die Auswahl hat<sup>12</sup>; Kirchen und milde Stiftungen als Schuldner genießen dabei noch besondere Begünstigungen<sup>13</sup>. Wenn das an Erfüllungsstatt Gegebene entwehrt wird, so hat der Gläubiger die Wahl, ob er die Forderung als fortbestehend ansehen, oder ob er von dem Schuldner sein Interesse fordern will<sup>14</sup>. Das Gleiche gilt, wenn eine nicht rechtsbeständige Forderung<sup>15</sup>

iure. L. 1 §. 5 D. de pec. const. 13. 5, l. 26 §. 4 D. de cond. ind. 12. 6, l. 24 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 17 C. h. t. Doch behaupteten die Procurener das Gegentheil. Gai III. 168.

<sup>11</sup> — „alind pro alio invito creditori solvi non potest, l. 2 §. 1 D. de R. C. 12. 1. L. 16 C. h. t., pr. I. quib. mod. toll. 3. 29. — Anwendung auf die Zahlung mit Wechseln: Scuff. Arch. II. 16. 151, XIII. 227.

<sup>12</sup> S. g. *beneficium dationis in solutum*. Dasselbe beruht auf Nov. 4 c. 3 (Auth. *Hoc nisi C. h. t.*). S. darüber: Rarazoll in Magazin für RB. u. Gesetzgeb. IV S. 230—246; Unterholzner I §. 175, Sittenis II S. 149—151. Ich finde in der gesetzlichen Vorschrift weder eine Beschränkung auf den Fall, wo der Schuldner verlangen kann, zur Altersbetreuung zugelassen zu werden (§. 266), noch eine Erstreckung auf bewegliche Sachen. — Eine Anwendung der Vorschrift auf die durch den dreißigjährigen Krieg in Vermögensverfall gerathenen Schuldner im 3. R. A. §. 172. Hier werden ausdrücklich auch bewegliche Sachen genannt.

<sup>13</sup> Nach Nov. 120 c. 6 §. 2 (Auth. *Hoc ius prorectum C. de ss. eccl.* l. 2). Der Schätzungswerth wird um  $\frac{1}{10}$  erhöht, und der Gläubiger hat nicht die Wahl, sondern muß sich gefallen lassen, daß ihm neben besseren auch geringere Grundstücke gegeben werden. Außerdem, lehrt man, soll es dem Schuldner auch freistehen, den Gläubiger dadurch zu befriedigen, daß er denselben unter Bestellung eines Pfandrechts den Besitz und Fruchtgenuß eines Grundstücks einräumt, wobei der Zinsfuß auf 3% herabgesetzt werde. Aber diese Befugniß beruht nur auf dem griechischen Text der Novelle („*et δὲ μὴ δι- τρηθῶσι τούτοις τῷ τρόπῳ διαλύσει τὸ χρέος*“), während die Vulgata sie nicht anerkennt („*si vero soluerit [sc. creditor] isto modo debitum transigere*“; Auth: „*quod si nolit creditor ita accipere*“). Vgl. I. H. Böhmmer ius. eccl. prot. III. 16 §. 48, Puchta §. 240 a. E., Arnbits §. 222 Anm. 2, Sittenis S. 151.

<sup>14</sup> Das erste Recht gibt ihm l. 46 pr. D. h. t.; es beruht auf dem Gesichtspunkt, daß die in solutum datio Erfüllung sei. Es wird aber für die in solutum datio in den Quellen auch ein anderer Gesichtspunkt geltend gemacht, daß sie nämlich ein lausähnliches Geschäft sei; der Gläubiger bezahlt mit seiner Forderung das ihm Hingegebene. Auf diesem Gesichtspunkt beruht das zweite Recht, l. 24 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 4

an Erfüllungsstatt gegeben worden ist<sup>16</sup>; dagegen haftet der Schuldner für die factische Realisirbarkeit der Forderung nicht<sup>17</sup>.

C. de evict. 8. 45; vgl. l. 4 §. 31 D. de doli exo. 41. 4, l. 44 D. h. t. Scaff. Arch. VIII. 126. Vetterl. Jahrb. v. gem. R. VI S. 240. — Schlemann Haftung des Cedenten S. 46 fg. ist der Ansicht, daß die Quellen, wo sie den zweiten Gesichtspunkt anlegen, einen auch den Schuldner verbindenden Contract voraussetzen; ich halte das nicht für begründet. Kubo in Ramph. Jahrb. f. d. Preuß. Gesetzgeb. 1c. XXII S. 14—16 macht darauf aufmerksam, daß l. 46 cit. von einem rem pro re solvendi rede, während in den übrigen Stellen ein solvens rem pro pecunia angenommen werde; er will auf Grund dieser Unterscheidung die l. 46 cit. aus dem Rechte des Tausches erklären. Aber 1) auch bei Geldschulden ist die in solutum datio doch nur ein kaufähnliches Geschäft, kein wirklicher Kauf (l. 24 pr. cit.: utilis ex emto, l. 4 §. 31 cit.: visum emtorum); 2) aus dem Rechte des Tausches würde sich eine actio praescriptio verbis ergeben, nicht aber, daß „manet, durat prior obligatio“ (l. 46 pr. cit.).

<sup>16</sup> Eine Forderung kann an Erfüllungsstatt gegeben werden nicht bloß durch Cession, sondern auch durch Delegation (Anweisung zum Versprechen, vgl. §. 353 Note 9). S. namentlich l. 5 l. 8 §. 3 D. ad SC. Vell. 16. 1 (— „solvit et qui rem delegat“). Jedoch ist im Fall der Delegation zuzusehen, ob nicht der eigentliche Tilgungsgrund nicht sowohl Erfüllung, als vielmehr die Novation selbst sei, was sich nach der Absicht des mit dem neu eintretenden Schuldner abgeschlossenen Vertrages entscheidet. Vgl. §. 353 Note 11. — Nicht jede, durch Anweisung verschaffte Forderung tilgt die Obligation; sondern nur diejenige, welche der Gläubiger mit der Absicht nimmt, daß dadurch die Obligation getilgt werden solle. So wird namentlich die Obligation nicht dadurch getilgt, daß eine Zahlungsanweisung von dem Angewiesenen acceptirt wird, obgleich dadurch der Inhaber der Anweisung ein neues Forderungsrecht erwirbt. Die Behauptung von v. Salpius (Novation und Delegation §. 18. 76), daß dies nur heutiges Recht sei, nicht römisches, ist ungegründet (vgl. §. 412 Note 17).

<sup>16</sup> Vgl. Schlemann Haftung des Cedenten S. 64—73, und §. 315 Note 4.

<sup>17</sup> So auch die herrschende Meinung, welche aber den Fall der Delegation außer Acht läßt (vgl. jedoch Thöl Handelsr. I §. 132 Nr. 5). Eine Ausnahme wird nur von denjenigen, welche die Nov. 4 o. 3 (Note 12) auf Forderungen erstrecken, für den Fall derselben gemacht; gewiß mit Recht, da in diesem Fall der Gläubiger die Forderung nehmen muß. — A. R. (in Betreff der Cession) Thöl Handelsr. I §. 120. II, welcher in der Cession zum Zweck der Erfüllung nicht sowohl eine Cession „an Zahlungsstatt“, als vielmehr eine Cession „zahlungshalber“ sieht. Dagegen Schlemann a. a. O. S. 54. A. R. aber auch Schlemann selbst S. 54 fg. für den Fall, wo der Schuldner nicht gebunden sei (Note 14). — Die herrschende Meinung beruht sich auf die Regel der Cession, welche freilich nicht vorhanden ist (§. 336 Note 3).

3. Hat der Gläubiger nur einen Theil desjenigen erhalten, was er zu fordern hat, so ist das Forderungsrecht auch nur zum Theil getilgt<sup>18</sup>. Es kann aber der Gläubiger regelmäßig nicht genöthigt werden, eine Theilleistung anzunehmen<sup>19</sup>; eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Schuldner, auf das Ganze belagert, die Schuld theilweise zugesteht, theilweise bestreitet<sup>20</sup>.

4. Der Gläubiger muß, was er erhalten hat, am rechten Ort erhalten haben (§. 283). Doch wird das Forderungsrecht getilgt, wenn er wissentlich an einem anderen Orte annimmt, und bei Geldschulden kann er, auch wenn er unwissentlich an einem anderen Orte angenommen hat, nur sein Interesse nachfordern<sup>21</sup>.

Vgl. Wählenbruch Cession S. 624—626. Aber es muß entscheiden die Analogie des Kaufvertrages; der Gläubiger hätte zusehen sollen, ehe er die Forderung annahm; hat er es nicht gethan, oder hat er sich geirrt, so ist das sein Schade. Für den Fall der Delegation gibt es ausdrückliche Entscheidungen. L. 26 §. 2 D. mand. 17. 1: — „bonum nomen facit debitor, qui admittit debitorem delegatum“, ebenso l. 18 D. de fidei. 46. 1, vgl. §. 2 l. de mand. 3. 27, l. 22 §. 2 l. 45 §. 7 D. mand. 17. 1. L. 96 §. 2 D. h. t. bezieht sich auf den Fall späterer Insolvenz des Schuldners (s. übrigens über diese Stelle auch v. Salpius Novation und Delegation S. 35).

<sup>18</sup> L. 9 §. 1 D. h. t. Vorausgesetzt wird dabei natürlich, daß eine theilweise Tilgung des Forderungsrechtes möglich sei. S. darüber §. 253 Note 11, §. 255 Note 7. 20.

<sup>19</sup> L. 41 §. 1 D. de usur. 22. 1. Gesterding Ausbeute III S. 410 fg., Rommelen Beiträge III S. 149 Note 14 A. R. (ganz vereinzelt) Savigny Obl. I S. 322. — Allg. deutsche Wechselordn. Art. 38. „Der Inhaber eines Wechsels darf eine ihm angebotene Theilzahlung selbst dann nicht zurückweisen, wenn die Annahme auf den ganzen Betrag der verschriebenen Summe erfolgt ist“.

<sup>20</sup> L. 21 D. de R. O. 12. 1. Andere verstehen diese Stelle nur von einem glüklichen Zureben des Richters (Madaui Mora S. 288, Wolff Mora S. 427), oder halten sie für antiquirt (Sintenis II §. 84 Note 41), oder glauben, daß sie nur von einer Beschränkung der Klage, nicht von einer Verpflichtung des Gläubigers zur Annahme rede (Gesterding a. a. O. S. 418. 419). Für die hier vertheilte Ansicht s. Fröh Erläuter. II S. 106, Rommelen a. a. O. S. 148. Der Letztere sügt aber mit Recht hinzu, daß der Gläubiger auch in diesem Ausnahmefalle zur Annahme einer Theilleistung nicht gegen sein nachweisbares Interesse genöthigt werden könne.

<sup>21</sup> L. 9 l. 2 §. 7 D. de eo quod certo loco 13. 4. — Daß der Gläubiger auch zur rechten Zeit erhalten habe, ist nicht nothwendig. Nur muß der Schuldner, wenn er später leistet, damit das ganze Forderungsrecht getilgt sei, auch das durch seinen Verzug hervorgerufene Interesse des Gläubigers

5. Es ist nicht erforderlich, daß der Gläubiger gerade durch den Schuldner erhalten habe, was er zu fordern hat. a) Das Forderungsrecht wird auch dadurch getilgt, daß ein Anderer für den Schuldner leistet<sup>22</sup>; Zustimmung des Schuldners ist nicht erforderlich, und nicht einmal sein Widerwille schadet<sup>23</sup>. Es darf auch der Gläubiger die von einem Andern angebotene Leistung nicht zurückweisen<sup>24</sup>; es müßte denn die Qualität der Leistung durch die Person des Schuldners bedingt sein<sup>25</sup>. b) Auch dann ist das Forderungsrecht getilgt, wenn der Gläubiger durch die Hilfe des Richters erhalten hat, was er zu fordern hat<sup>26</sup>, oder wenn er es sich auf Grund seines Pfandrechtes selbst verschafft hat<sup>27</sup>.

hinzuweisen. Leistet der Schuldner früher, als der Gläubiger annehmen braucht, und der Gläubiger nimmt irrtümlich an, so kann dem Gläubiger höchstens eine Nachforderung seines Interesse (nach Analogie von l. 2 §. 7 D. de eo quod certo loco) zugestanden werden.

<sup>22</sup> Für den Schuldner, im Namen des Schuldners. Wenn ein Anderer als der Schuldner in eigenem Namen leistet, d. h. um seine Schuld zu tilgen, so wird das Forderungsrecht selbst dann nicht aufgehoben, wenn die Absicht des Leistenden auf die Aufhebung gerade dieses Forderungsrechts gerichtet war. L. 28 D. mand. 17. 1, l. 17 D. h. t.; l. 31 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 38 §. 2 i. f. D. h. t., l. 19 §. 1 l. 65 §. ult. D. de cond. ind. 12. 6, l. 5 C. eod. 4. 5.; über l. 5 l. 12 §. 1 C. de H. P. 3. 31 und l. ult. i. f. D. de neg. gest. 3. 5 f. Kammerer Zeitschr. f. Civ. und Pr. VIII S. 196—206 S. 341—348, und was die neuere Literatur angeht, Franke Commentar über den Titel de her. pot. S. 322 fg. und die das. Citirten, außerdem S. Witte Bereicherungsklagen S. 26 fg. Doch steht in dem Falle, wo der Leistende kein Nachforderungsrecht hat, dem zum zweiten Mal fordernden Gläubiger eine Einrede entgegen. L. 31 pr. i. f. D. de H. P. 5. 3, vgl. l. 61 D. h. t. (Note 40).

<sup>23</sup> L. 39 D. de neg. gest. 3. 5: — „solvendo quisque pro alio, licet invito et ignorante, liberat sum“. L. 23 40. 53 D. h. t., pr. I. quib. mod. toll. 3. 29.

<sup>24</sup> L. 72 §. 2 D. h. t., vgl. auch l. 31 eod. Offenbar wäre es Thifane von Seiten des Gläubigers, wenn er eine Leistung zurückweisen wollte, welche ihm ganz dasselbe genährt, was er durch die Leistung des Schuldners haben würde. Vgl. aber auch Sintenis II §. 103 Note 37.

<sup>25</sup> L. 31 D. h. t. Hierher gehört auch, wenn die Person des die Leistung Anbietenden dem Gläubiger ganz unbekannt ist, so daß derselbe sich nicht darüber unterrichten kann, ob dem Anbietenden zu trauen, namentlich ob er Eigentümer des Angebotenen ist.

<sup>26</sup> S. I §. 173 Note 5, l. §. 238 Note 5.

<sup>27</sup> L. 26 D. h. t., l. 10 C. de O. et A. 4. 10.

6. Ebenso wenig ist erforderlich, daß der Gläubiger in eigener Person erhalten habe, was er zu fordern hat; auch wenn er es in der Person eines Andern erhalten hat, ist das Forderungsrecht getilgt<sup>28</sup>. In der Person eines Andern aber hat er erhalten, wenn einem zu seiner Vertretung Befugten geleistet worden ist<sup>29</sup>, oder einem dazu nicht Befugten mit seinem Willen, mag dieser Wille vorher<sup>30</sup> erklärt worden sein, oder nachher<sup>31</sup>. Was den Fall vorhergehender Willenserklärung angeht, so ist noch zu unterscheiden. a) Der Gläubiger beauftragt den Schuldner, weist den Schuldner an, gestattet dem Schuldner, einem Andern zu leisten; durch eine solche Beauftragung oder Anweisung oder Gestattung ist der Gläubiger nicht gebunden<sup>32</sup>; ebenso wenig gilt sie für seine Erben, oder für die Erben des Schuldners<sup>33</sup>. b) Der Gläubiger räumt dem Schuldner das Recht ein, sich durch Leistung an einen Andern zu befreien<sup>34</sup>. Durch eine solche Einräumung

<sup>28</sup> L. 19 C. h. t. „Si actore . . . debitis recipiendis praeposito, . . . eius dominus per ipsum satisfecisti . . .“. L. 59 D. h. t.: — „dum . . . adiecto solvitur, mihi solvi videtur“. L. 180 D. de R. I. 50. 17. „Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solum esset“.

<sup>29</sup> Es namentlich seinem Vormund (l. 14 §. 7 l. 49 D. h. t., f. aber auch l. 25 C. de adm. tut. 5. 37 und die Lehre von der Vormundschaft), seinem Bevollmächtigten (l. 11 §. 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 12 pr. l. 34 §. 3 D. h. t., l. 19 C. eod., l. 6 §. 2 D. de cond. ind. 11. 6). Vgl. l. 86 D. h. t. („Hoc iure utimur, ut litis procuratori non recte solvatur“ . . .) § 38. Art. 51: „Wer die Waare und eine unquittirte Rechnung überbringt, gilt beschwigen noch nicht für ermächtigt, die Zahlung zu empfangen“.

<sup>30</sup> L. 11 §. 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 12 §. 1—3 l. 49. 59. 64. 106 D. l. 4. 12 C. h. t. Vgl. §. 412 Note 9.

<sup>31</sup> L. 12 §. 4 l. 49 D. l. 12 C. h. t.

<sup>32</sup> L. 12 §. 2 l. 106 D. h. t.

<sup>33</sup> L. 32 D. h. t., l. 26 §. 1 D. mand. 17. 1, l. 19 §. 3 D. de don. 39. 5, l. 77 §. 6 D. de leg. II<sup>o</sup> 31.

<sup>34</sup> Was sogleich bei der Begründung des Forderungsrechts geschehen kann, aber auch nachträglich. Demjenigen, an welchen zu leisten dem Schuldner sogleich bei der Begründung des Forderungsrechts das Recht eingeräumt wird, nennen die Römer solutionis causa adiectus. Als Formel für die Aufnahme eines solutionis causa adiectus erscheint in den Quellen: mihi aut illi dare spondes? (vgl. §. 9. §. 4 I. de inat. stip. 3. 19, f. aber auch l. 141 §. 6 D. de V. O. 45. 1, l. 98 §. 5 D. de sol. 46. 3). Auch heutzutage wird ein solches „ober“ nicht anders anzulegen sein. S. über den solutionis causa adiectus die Abhandlung von Brandis Rhein. Museum V. 11, ferner Friz Erläut.



ist der Gläubiger gebunden<sup>39</sup>; ebenso sind es seine Erben, wie umgekehrt die Erben des Schuldners sich auf dieselbe berufen können<sup>40</sup>. Der Schuldner verliert aber das ihm eingeräumte Recht dadurch, daß er es bis zur Erhebung des Prozesses durch den Gläubiger kommen läßt<sup>41</sup>; ferner dadurch, daß in der rechtlichen Lage des dritten Leistungsempfängers eine Veränderung eintritt, durch welche dem Gläubiger die Verfolgung seiner Ansprüche gegen denselben erschwert werden würde<sup>42</sup>. — Auch dadurch wird der Schuldner befreit, daß er auf Anweisung des Gläubigers das Verschuldete einem Andern verspricht<sup>43</sup>.

7. Möglicherweise kann die einem Nichtgläubiger gemachte Leistung eine Tilgung des Forderungsrechtes bewirken oder herbeiführen, ohne daß in der Person des Leistungsempfängers dem Gläubiger geleistet wird. Dies ist der Fall: a) wenn der Empfänger hinterher Gläubiger wird<sup>44</sup>; b) wenn er das Empfangene dem Gläubiger herausgibt<sup>45</sup>; c) wenn der Gläubiger

II S. 384—390, Bangerow III §. 582 Anm. 2, Sintonis II S. 407—411.

<sup>39</sup> L. 12 §. 2 l. 106 D. h. t., l. 16 pr. D. de fidei. 46. 1, §. 4 l. do inut. stip. 8. 19.

<sup>40</sup> Es gilt des gewöhnliche Recht des Vertrages.

<sup>41</sup> L. 57 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 16 pr. D. de fidei. 46. 1. Der entscheidende Moment ist der des Streitbeginnes. Vgl. I §. 125 Note 10.

<sup>42</sup> L. 88 pr. D. h. t., vgl. l. 95 §. 3 D. eod., l. 56 §. 2 D. de V. O. 45. 1. — Man bemerkt noch: a) der Schuldner darf nur an den Andern selbst leisten, nicht an seine Erben (l. 81 pr. D. h. t., l. 56 D. de V. O. 45. 1), nicht an seinen Vormund (l. 95 §. 7 D. h. t., vgl. l. 11 eod.); b) es können für die dem Andern zu machende Leistung Bestimmungen getroffen werden, welche für die dem Gläubiger zu machende nicht gelten (l. 34 §. 2 l. 98 §. 4. 6 D. h. t., l. 44 §. 4 D. de O. et A. 44. 7, l. 141 §. 5 sqq. D. de V. O. 45. 1); c) der Andere ist eben auch nur Empfangsperson, er ist in keiner Weise forderungsberechtigt (l. 10 D. h. t., l. 10 D. de nov. 46. 2, l. 7 §. 1 D. de pec. const. 13. 5, l. 88 D. de pign. 20. 1, l. 28 D. de fidei. 46. 1).

<sup>43</sup> L. 21 §. 1 D. de don. 89. 5, l. 37 §. 4 D. de op. lib. 38. 1. Es ist darin eine Combination des hier erwähnten Falles mit einer in solutum datio enthalten. S. übrigens Note 15.

<sup>44</sup> L. 96 §. 4 D. h. t.

<sup>45</sup> L. 28 D. h. t. (vgl. l. 34 §. 4 l. 58 pr. eod., l. 81 §. 6 D. de neg. gest. 8. 5; l. 88 D. h. t.), l. 34 §. 9 D. h. t. Vgl. l. 61 D. h. t. „In perpetuum, quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit et tibi nihil abest, nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio“.

ihn beerbt<sup>46</sup>; d) in einem ganz einzelnen Fall wird der Schuldner auch durch die dem Gläubiger seines Gläubigers gemachte Leistung frei<sup>47</sup>. Ferner darf dem Nichtgläubiger mit befreiender Wirkung geleistet werden e) wenn derselbe an der Forderung ein Pfandrecht oder einen ihn zur Einziehung derselben berechtigenden Nießbrauch hat<sup>48</sup>, oder wenn ihm durch richterliche Verfügung die Forderung zur Einziehung für seine Rechnung überwiesen worden ist<sup>49</sup>, und endlich f) wird der Schuldner durch die Leistung an den Nichtgläubiger auch dann frei, wenn er früher befugt war, demselben zu leisten, und ohne seine Schuld nicht weiß, daß die Befugniß erloschen ist<sup>50</sup>.

<sup>41</sup> L. 11 §. 5 D. de pign. act. 13. 7.

<sup>42</sup> Wenn nämlich der Atermiether den Mietzins, welchen er dem Atermiether schuldig ist, dem ersten Vermiether zahlt, l. 11 §. 5 D. de pign. act. 13. 7. Andere (Puchta §. 288. b, Arnolds §. 263. d, Sintonis §. 103 Note 75) stellen den Satz auf, daß der Schuldner in allen Fällen durch die Leistung an den Gläubiger des Gläubigers befreit werde. Dagegen W. Müller Arch. f. civ. Pr. XV. 12, Busch def. XXXI S. 12—20, Friß Erläuter. II S. 383, Bangerow III §. 582 Anm. 1. Man stützt jenen Satz hauptsächlich auf l. 6 D. de doli. ex. 44. 4; aber diese Stelle kann ohne Zwang von der durch die Zahlung an den Gläubiger des Gläubigers dem Schuldner gegen den Letzteren entstandenen Gegenforderung verstanden werden (so Friß, Bangerow, während Müller die Stelle auf den Fall bezieht, wo der Gläubiger den Schuldner arglistigerweise zur Zahlung an seinen Gläubiger veranlaßt habe). Bangerow und Busch leugnen aber auch die oben auf Grund von l. 11 §. 5 D. de pign. act. behauptete Ausnahme (die beiden anderen Schriftsteller haben auf diese Stelle keine Rücksicht genommen), Bangerow, indem er die l. 11 §. 5 cit. ebenfalls aus der dem Schuldner entstandenen Gegenforderung erklärt, Busch, indem er Einwilligung des Gläubigers voraussetzt. Das Letztere halte ich für willkürlich; gegen das Erstere spricht die Zusammenstellung mit dem procurator und demjenigen, welchem nach dem Willen des Gläubigers geleistet worden ist. Mir scheint die Auffassung der Stelle diese zu sein: der Atermiether nimmt dem ersten Miether gleichsam einen Theil der Miete ab, und zahlt daher, indem er an den ersten Vermiether zahlt, an den rechten Mann. Aus der Praxis: Seuff. Arch. VII. 15. — Keine Ausnahme bildet die Befugniß des Schuldners, im Falle des Concurfes des Gläubigers an dessen Gläubiger zu leisten; hier macht sich ein anderer Gesichtspunkt geltend. S. Note 44.

<sup>43</sup> S. I §. 239 Note 10, I §. 206 Note 9.

<sup>44</sup> Hierher gehört der Fall, wo die Forderung durch die Concurfsgläubiger des Gläubigers geltend gemacht wird. Vgl. auch Sintonis II §. 103 Note 50.

<sup>45</sup> Vgl. auf der einen Seite l. 34 §. 4 D. h. t., auf der anderen l. 12

8. Daß der Gläubiger erhalten hat, was er zu fordern hat, reicht in dem Falle zur Tilgung des Forderungsrechtes nicht aus, wo dem Gläubiger die Veräußerungsfähigkeit mangelt<sup>46</sup>. Doch steht ihm, wenn er zum zweiten Mal fordert, eine Einrede entgegen, so weit er bereichert ist<sup>47</sup>.

## §. 343\*.

Wenn der Gläubiger gegen den Schuldner mehrere Forderungen hat, deren Gegenstand von gleicher Art ist<sup>1</sup>, und das von dem Schuldner Geleistete zur Tilgung sämtlicher Forderungsrechte nicht hinreicht, so entsteht die Frage, auf welches oder welche der mehreren Forderungsrechte das Geleistete angerechnet werden soll. Hierüber entscheidet zuerst die von dem Schuldner bei der Leistung getroffene Bestimmung<sup>2</sup>, in Ermangelung derselben die Bestimmung, welche der Gläubiger beim Empfange trifft<sup>3</sup>. Auch nach dem Empfange kann der Gläubiger eine solche Bestimmung treffen, jedoch a) nur unmittelbar nach dem Empfange, und b) nur im Interesse des Schuldners, so daß der Gläubiger freie Hand bloß dann hat, wenn das Interesse des Schuldners die Tilgung keines der mehreren Forderungsrechte vorzugs-

§. 2 I. 18 I. 32 I. 34 §. 3 I. 35 I. 38 §. 1 I. 51 D. h. t., I. 3 C. h. t., I. 26 §. 8 D. de cond. ind. 12. 6, I. 26 §. 1 mand. 17. 1, §. 10 I. eod. 8. 26, I. 19 §. 3 D. de don. 39. 5; ferner §. 331 zu Note 12.

<sup>46</sup> L. 15. 66 D. h. t., §. 2 I. quib. al. 2. 8. Zwar ist es nicht die Annahme, welche das Forderungsrecht vernichtet, sondern der durch die Annahme bewirkte Zustand der Befriedigung; aber ohne die Annahme wäre dieser Zustand nicht eingetreten.

<sup>47</sup> L. 66 cit., §. 2 cit.

\* Ganze Beiträge zur Erörterung pract. Rechtsmaterien Nr. 4 (1830). v. Buchholz juristische Abhandlungen Nr. 28 (1833). Frisch Erläuter. II S. 391—394, Unterholzner II S. 463—364, Wangerow II §. 589 Anm., Sintenis II S. 395—404.

§. 343. <sup>1</sup> Der bei Weitem wichtigste unter den hierher gehörigen Fällen ist der des Zusammentreffens mehrerer Selbstforderungen.

<sup>2</sup> L. 1 I. 101 §. 1 D. I. 1 C. h. t.

<sup>3</sup> Wenn der Gläubiger die Bestimmung beim Empfange trifft, so kann er sie treffen, wie er will. Denn es steht dem Schuldner frei, zu widersprechen, in welchem Falle sein Wille vorgeht; widerspricht er nicht, so acceptirt er damit die Bestimmung des Gläubigers. Vgl. I. 2 D. h. t.

<sup>4</sup> L. 1 C. h. t., I. 1 I. 3 pr. I. 5 §. 3 I. 6 D. eod. Vgl. I. 1 I. f. D.

weise verlangt<sup>4</sup>. Hat keine der Parteien eine Bestimmung getroffen, so wird die Leistung zuerst angerechnet a) auf die Zinsen<sup>5</sup>, b) zuerst auf die fällige Forderung<sup>6</sup>, c) zuerst auf die dem Schuldner beschwerlichere<sup>7</sup>, d) zuerst auf das, was der Schuldner in eigenem Namen schuldig ist<sup>8</sup>, e) zuerst auf die ältere Forderung<sup>9</sup>. Entschieden keiner dieser verschiedenen Gründe, so wird das Geleistete verhältnismäßig auf die verschiedenen Forderungen vertheilt<sup>10</sup>. — Besser ist der Gläubiger gestellt, wenn er durch Pfandverkauf sich selbst Befriedigung verschafft. Hier kann er das erlangte Kaufgeld antreiben auf welche Forderung er will, selbst auf eine natürliche Verbindlichkeit vor der juristischen<sup>11</sup>.

## b. Beweis der Erfüllung.

## §. 344.

Ueber den Beweis der Erfüllung gilt folgendes Besondere.

1. Die Erfüllung urkundlich feststehender Schulden kann auf dem Wege des Zeugenbeweises nur durch die Aussage von fünf Zeugen geführt werden, und zwar müssen dieselben zu dem Act der Erfüllung oder dem Empfangsbekennniß des Gläubigers ausdrücklich zugezogen worden sein<sup>1</sup>. Die heutige Anwendbarkeit dieser Vorschrift wird aber vielfach geleugnet<sup>2</sup>.

2. Quittungen beweisen erst nach Ablauf von 30 Tagen;

cit.: — „constitueris in re praesenti, h. e. statim atque solutum est“, im Gegensatz zu I. 2 eod.: in re agenda“.

<sup>1</sup> L. 1 C. h. t., I. 5 §. 2 I. 48 D. eod. Ceußf. Arch. I. 191. 192, XV. 16.

<sup>2</sup> L. 3 §. 1 I. 103 D. h. t.

<sup>3</sup> L. 4 I. 5 pr. I. 7 I. 94 §. 3 I. 97 D. h. t. Ceußf. Arch. X. 23, XV. 193.

<sup>4</sup> L. 4 I. 97 D. h. t.

<sup>5</sup> L. 5 pr. I. 24 I. 97 D. h. t.

<sup>6</sup> L. 3 D. h. t.

<sup>7</sup> L. 5 §. 2 I. 101 §. 1 D. h. t., I. 35 pr. D. de pign. act. 13. 7. Doch ist auch in diesem Fall der Gläubiger nicht ganz unbeschränkt: I. 5 §. 2 I. 96 §. 3 D. h. t.

<sup>8</sup> L. 18 C. de testib. 4. 20 und dazu Auth. Rogati aus Nov. 90 c. 2. §. 344.

<sup>9</sup> Es wird behauptet, diese Vorschrift sei durch die Praxis beseitigt, so namentlich von Thibaut §. 666 Note r, Mehell Syst. des Civilpr. S. 136, Bayer Vorträge S. 793, Oertlich Lehrb. des Civilproc. §. 155 Note 12, Sintenis §. 103 Note 88. Geleitet wird die Vorschrift ohne weitere Be-

während dieser Zeit können sie zurückgefordert, es kann auch ihre Beweiskraft durch einen gegen sie erhobenen Protest für immer ausgeschlossen werden. Hat aber der Aussteller sich 30 Tage lang nicht gerührt, so macht die Quittung gegen ihn vollen, und zwar durch Gegenbeweis nicht zu entkräftigenden Beweis<sup>3</sup>. Diese

merkung von O. A. D. XXII S. 219, Martin Lehrb. d. bürgerl. Proz. §. 132. o., R. A. H. v. r. doct. pandect. II §. 468, v. Wening-Ingenheim Lehrb. II §. 145, Buchta §. 287. y. Scuffert §. 284 Note 11 und Arnolds §. 262 Num. 1 beschränken sich auf die Bemerkung, daß die Vorschrift „nach der Behauptung der Weisten“ heutzutage nicht mehr beachtet werde. Nicht viel bestimmter drückt sich G. F. v. d. Arsch. f. civ. Pr. IV S. 17 aus. Für die heutige Anwendbarkeit ausdrücklich: Linde Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 241—244. Als Zengen für das behauptete abändernde Gewohnheitsrecht werden angeführt J. H. Böhmers in soci. prot. II. 19 §. 34, 20 §. 21 und Stryk Va. mod. pand. II tit. XXII tit. 5 §. 15. Aber der Letztere spricht doch sehr unbestimmt („non desunt, qui non quinquo hodie amplius requiri, sed duos sufficere statuunt“, — „ut adeoque dispositio Iustiniani . . . nunquam in praxi recepta videatur“). Und beide berufen sich zum Beweise des Gesagten nicht auf deutsche, sondern auf niederländische und französische Schriftsteller (Sande, Groenewegen, Faber). Die von diesen Schriftstellern angeführten Urtheile bestreiten überdies die Anwendbarkeit der l. 18 C. cit. nicht unbedingt, sondern nur für den Fall, wo die Schrift bloß zum Beweise der Forderung diene, nicht für den Fall, wo sie zur Substanz der Obligation gehöre. Io. v. Sande verum in suprema Prisionum curia iudicatarum lib. 1 tit. 10 def. 1, Codex Fabricius lib. IV tit. 15 def. 23.

<sup>3</sup> Die exceptio non numeratae pecunias gegen Empfangsbekanntnisse zum Zweck der Begründung von Obligationen (§. 372) ist durch l. 14 C. de non num. pec. 4. 30 auf Empfangsbekanntnisse zum Zweck der Aufhebung von Obligationen ausgedehnt worden. Vgl. Gneiss formelle Verträge S. 25—32. (Die beschränkende Erklärung, welche Gneiss selbst von der genannten Stelle gibt [unter Zustimmung von Erleben cod. sine causa II S. 178 und Witte Bereicherungsfragen S. 222] — ihre Vorschrift soll sich nur auf Quittungen über eine solche Schuld beziehen, „die durch Geben von Geld oder anderen Sachen entstanden, und über welche ein Schuldschein ausgestellt ist“, — halte ich nicht für begründet) Vgl. die Lehre von der exe. non numeratae pecunias gegen Empfangsbekanntnisse der ersten Art (§. 372); dort auch das Nähere über die abweichenden Ansichten von Bähr Anerkennung S. 289 fg. (der Ablauf der dreißigtägigen Frist gebe nicht der Quittung Beweiskraft, sondern entgehe dem Aussteller die Möglichkeit des Gegenbeweises) und von Schlesinger Journalcontracte S. 280 fg. (die exe. non numeratae pecunias gelte nur für den Fall, wo es feststehe oder der Aussteller binnen dreißigtägiger Frist bewiesen habe, daß die Quittung vor der Erfüllung ausgestellt worden sei). — Scuff. Arch. V. 125.

Vorschrift findet keine Anwendung auf Quittungen über öffentliche Abgaben<sup>4</sup>.

3. Bei öffentlichen Abgaben wird eine Rechtsvermuthung<sup>5</sup> für die Erfüllung in Betreff der früheren Termine durch die Quittungen über die drei letzten Jahre begründet<sup>6</sup>. Fast allgemein wird diese Bestimmung auf alle terminliche Leistungen überhaupt ausgedehnt<sup>7</sup>. —

Auf Ausstellung einer Quittung hat der Schuldner ein Recht, und kann bis zur Ausstellung mit der Erfüllung zurückhalten<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> L. 14 §. 1 cit., l. 4 C. de apoch. publ. 10. 22. Gneiss a. a. O. S. 50. Wenn man hinzufügt, daß die Vorschrift auch keine Anwendung finde auf die Urkunden öffentlicher Behörden, in welchen die Thatfache der Erfüllung als vor der Behörde geschehen bezeugt sei, so ist das keine Ausnahme; der Beweisgrund ist hier nicht Geständniß des Gläubigers, sondern Zeugniß. Vgl. Sinentis §. 103 Note 90.

<sup>5</sup> Vgl. I §. 133 Note 10. — Außer der im Text genannten Rechtsvermuthung werden sehr gewöhnlich noch zwei andere aufgestellt: a) aus der Klagegabe und b) aus der Durchstreichung oder sonstigen Zerstückung der Schuldenurkunde. Aber die hierfür angeführten Stellen (l. 14. 15 C. h. t., l. 2 §. 1. D. de pact. 2. 14, l. 24 D. de prob. 22. 3, l. 82 §. 3 D. de iurt. 47. 2) ergeben keineswegs mit Sicherheit, daß die Rechtsvermuthung auf Befreiung gerade durch Erfüllung, und nicht vielmehr auf Befreiung überhaupt gestellt werden muß. Vgl. Vermehrten Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XI. 7, Friß Erläuter. II S. 395, Sinentis §. 103 Note 91. Scuff. Arch. I. 202, V. 262, XIV. 18.

<sup>6</sup> L. 3 C. de apoch. publ. 10. 22. Die Vermuthung wird begründet durch die Quittungen über die drei letzten Jahre, nicht durch die Quittungen über die drei letzten Termine; sie wird begründet durch die Quittungen über die drei letzten Jahre, nicht durch die Thatfache der Erfüllung, so daß die Quittung durch andere Beweismittel ersetzt werden könnte. G. F. v. d. Arsch. Abhandlungen II S. 192—196, Sinentis II S. 415 in der Note.

<sup>7</sup> Vgl. über diesen Punkt v. Bälou a. a. O. S. 193, G. F. v. d. Arsch. f. civ. Pr. IV S. 11, Sinentis §. 103 Note 93 und die daselbst Genannten. Scuff. Arch. I. 334. Dawider G. F. v. d. Arsch. und Sinentis an den hier genannten Orten.

<sup>8</sup> Vgl. l. 1 C. de apoch. publ. 10. 22, l. 19 C. de iud. instr. 4. 21, l. 18 C. de test. 4. 20, Nov. 90 c. 2. G. F. v. d. Arsch. f. civ. Pr. IV. 4, Linde Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 244—255, Busch Arch. f. civ. Pr. XXXI S. 1—12; abweichend Rudolphi das. XLV. 7. Scuff. Arch. I. 330, VIII. 246, IX. 19. 20. 21, XIII. 245.

## c. Verzug des Gläubigers\*.

## α. Voraussetzungen.

## §. 345.

Wenn der Gläubiger die angebotene Erfüllung widerrechtlicher Weise nicht annimmt, so kommt er in Verzug, wie der Schuldner in Verzug kommt, wenn er seinerseits die Erfüllung der Forderung widerrechtlich verzögert (§. 276 fg.)<sup>1</sup>.

Die näheren Voraussetzungen des Verzugs des Gläubigers sind folgende.

1. Anbieten der Erfüllung<sup>2</sup>. Dieses Anbieten muß ein tatsächliches, nicht bloß ein wörtliches sein, d. h. der Schuldner muß nicht bloß erklären, daß er zu der ihm obliegenden Leistung bereit sei, sondern er muß zu derselben auch wirklich bereit sein, so daß der Gläubiger nur zuzugreifen braucht, um zur wirklichen Erfüllung zu gelangen<sup>3</sup>. Was aber im einzelnen Falle zur Bereitschaft gehört, und namentlich ob es dazu gehört, daß der Schuldner dem Gläubiger das zu Leistende hinbringe, oder ob es genügt, daß er es ihm zur Verfügung stelle, hängt von dem Inhalt der Verpflichtung des Schuldners ab<sup>4</sup>. Ausnahmsweise

\* v. Rabai die Lehre von der Mora §. 36—42, 62—64, 69 (1837). Wolff zur Lehre von der Mora §. 31—36, 43, 44, 46 (1841). Rommjen die Lehre von der Mora (Beiträge zum Obligationenrecht B. III) §. 14—18, 30—33, 36 (1856). Fritsch Erläuterungen II S. 348 fg., Unterholzner I §. 60—62, Sittenis II S. 210—219, Unger in Saimers Vierteljahrsschr. XIV S. 127 fg.

§. 345. 1 Der mora debitoris oder solvendi entspricht eine mora creditoris oder accipiendi.

<sup>2</sup> Rabai §. 37, Wolff §. 33, Rommjen §. 15, Sittenis S. 214.

<sup>3</sup> In diesem Sinne die Ausdrücke gesagt, muß die „Oblation“ immer (abgesehen von den unten zu nennenden Ausnahmefällen) eine „Realobligation“ sein, es genügt nie eine „Verbalobligation“. Gewöhnlich freilich bezeichnet man durch die genannten Ausdrücke einen anderen Gegensatz, nämlich den Gegensatz zwischen Anbieten mit unmittelbarer Darreichung des Leistungsgegenstandes, und Anbieten ohne eine solche Darreichung. In diesem letzteren Sinne die Ausdrücke gesagt, ist „Realobligation“ weit davon entfernt, immer erforderlich zu sein. S. das im Text folgende Folgende und die folgende Note.

<sup>4</sup> Ebenso kann es bei Obligationen auf Verrichtung einer Arbeit möglicher-

ist tatsächliche Leistungsbereitschaft nicht erforderlich; nämlich a) wenn der Gläubiger im Voraus mit Bestimmtheit erklärt hat, die angebotene Leistung nicht annehmen zu wollen<sup>5</sup>; b) wenn zur Feststellung der Leistung eine Mitwirkung von seiner Seite erforderlich ist, und er dieselbe selbst auf gerichtliche Anforderung verweigert<sup>6a</sup>.

2. Anbieten der Erfüllung<sup>6</sup>. Es muß angeboten werden, was der Gläubiger zu fordern hat (§. 341 Nr. 2 und 3) — durch den Schuldner oder einen anderen zur Erfüllung Befähigten (§. 342 Nr. 5), — dem Gläubiger, vorausgesetzt daß derselbe veräußerungsfähig ist (§. 342 Nr. 8), seinem gesetzlichen Vertreter, oder demjenigen, an welchen der Gläubiger den Schuldner verwiesen hat<sup>7</sup>, — zu der Zeit, zu welcher, und an dem Orte, an welchem der Gläubiger anzunehmen gesetzlich verpflichtet ist (§. 273 a. E., §. 282 a. E.).

3. Widerrechtliche Nichtannahme. Widerrechtlich ist die Nichtannahme, wenn die Annahme dem Gläubiger möglich war, ihm auch sonst kein Entschuldigungsgrund zur Seite steht, wie

weise zur Bereitschaft gehören, daß der Schuldner sich bei dem Gläubiger (etwa auch mit den erforderlichen Werkzeugen) einfinde, möglicherweise nicht. — Die Quellen sprechen im Allgemeinen von einem offerre (q. B. l. 26. D. sol. matr. 24. 3, l. 72 pr. §. 2 D. de sol. 46. 2), oder einem paratum esse solvere (l. 3 §. 4 D. de A. E. V. 19 1, l. 39 D. h. t.), dann aber auch davon, daß bei Abwesenheit der zu leistenden Sache vom Leistungsort ein offerre derselben nicht möglich sei (l. 72 §. 3 D. h. t.), und von einem deantiaris ut tollat (l. 1 §. 3 l. 4 §. 2 D. de per. 18. 6).

<sup>5</sup> Mit Bestimmtheit erklärt hat, — nicht also im Sinne einer bloß vorläufigen Meinungsäußerung, sondern in dem Sinne, daß er auch der Leistungsbereitschaft gegenüber keine andere Erklärung abgeben werde. Vgl. Rommjen S. 144, 176, Wolff S. 407, Sittenis S. 218.

<sup>6a</sup> L. 4 C. de sur. pup. 5. 66, l. 5 C. de distr. pign. 8. 28. Rommjen S. 170—173. S. ferner l. 6 D. de opt. leg. 33. 5.

<sup>6</sup> Rabai §. 38—40, Wolff §. 34, Rommjen S. 145—160 S. 228—224 S. 314—316.

<sup>7</sup> Dahin gehört auch der mit der Verwaltung des ganzen Vermögens Beauftragte (l. 34 §. 3 D. h. t.: — „is qui omnibus negotiis anis aliquem proponit, intelligitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant“), nicht aber der Specialprocurator; der dem letzteren erteilte Auftrag berührt den Schuldner nicht. Vgl. über die verschiedenen Ansichten: Rabai S. 249, Wolff S. 423, Rommjen S. 315, Sittenis S. 217.

z. B. Irrthum über die Existenz oder den Umfang der Forderung<sup>9</sup>.

4. Ausnahmeweise tritt Verzug des Gläubigers ohne alles Anbieten ein<sup>10</sup>, dann nämlich, wenn das Anbieten wegen Abwesenheit des Gläubigers unmöglich ist; das Anbieten kann in diesem Fall durch eine vor Gericht abgegebene Erklärung ersetzt werden<sup>11</sup>. Nicht dagegen gehört auch der Fall hierher, wo der Gläubiger sich anheischig gemacht hat, das zu Leistende binnen bestimmter Frist beim Schuldner abnehmen zu wollen; läßt der Gläubiger diese Frist verstreichen, so haftet er aus dem Vertrage, aber er kommt nicht ohne Anbieten des Schuldners in Verzug<sup>11</sup>. —

Der Verzug des Gläubigers hört wieder auf<sup>12</sup> dadurch, daß

<sup>9</sup> Die Ansichten sind hier getheilt. Nach einer anderen Meinung soll der Verzug des Gläubigers durch jede Nichtannahme begründet werden, gleichviel ob sie ihm zur Schuld angerechnet werden kann, oder nicht; so namentlich Friß S. 357, Sintenis S. 218. Rommjen §. 17 will dem Gläubiger Unmöglichkeit der Annahme zu Gute kommen lassen, nicht aber z. B. Irrthum. Der hier vertretenen Ansicht sind Rabai §. 36. 42, f. auch Wolff S. 405 S. 484—486. Die Quellen gewähren ein ungewisses Resultat nicht. Sie sprechen im Allgemeinen von einem accipere nolle (z. B. l. 26 D. sol. matr. 24. §. 1. 73 §. 2 D. de V. O. 45. 1), freilich auch von einem stare per creditorem quomodo accipiat und von einer darin liegenden frustratio (l. 37 D. mand. 17. 1); aber auch diese letzteren Ausdrücke bezeichnen nicht nothwendig ein Schuldmoment. Wenn sodann in l. 72 pr. D. h. t. der Verzug des Gläubigers daran angeknüpft wird, daß er „sine iusta causa . . . accipere noluit“, so bleibt es doch immer möglich, daß damit hat gesagt werden sollen, daß der Gläubiger eine nicht gehörige Leistung zurückweisen dürfe. Daß auf der anderen Seite l. 3 §. 4 D. de A. E. V. 19. 1 und l. 18 pr. D. de pec. const. 18. 5 nicht gegen das Schuldverhältniß beweisen, darüber f. Rommjen S. 168. Bei dieser Lage der Sache ist für mich das Entscheidende, daß der Verzug für den Gläubiger Nachtheile zur Folge hat, und Nachtheile, wo nicht eine ungewisse gesetzliche Bestimmung das Gegentheil verordnet, nicht einem Unschuldigen zur Last gelegt werden dürfen. Am wenigstens scheint mir die mittlere Meinung Rommjen's haltbar. Vgl. Windscheid Heibell. krit. Zeitschr. III S. 268. 269.

<sup>10</sup> Ohne alles Anbieten, nicht nur ohne tatsächliche Bereitschaft (Note 5. 6\*) Vgl. Rabai §. 42, Wolff §. 36, Rommjen §. 18, Friß S. 355—357, Sintenis S. 218—219.

<sup>11</sup> L. 6 C. de usur. 4. 32. Rommjen S. 168—170.

<sup>12</sup> A. M. Rommjen S. 173. Vgl. noch denj. S. 175.

<sup>13</sup> Rabai §. 69. 70, Wolff S. 514—516, Rommjen §. 36, Sintenis S. 221.

der Gläubiger sich zur Annahme erbietet; nur muß er dabei zugleich Ersatz des durch seinen Verzug dem Schuldner bereits erwachsenen Schadens anbieten<sup>13</sup>. Außerdem kann der Verzug des Gläubigers auch durch Verzicht des Schuldners beseitigt werden, und es versteht sich von selbst, daß er mit dem Forderungsrecht selbst wegfällt.

## β. Wirkungen\*.

### §. 346.

Der Verzug des Gläubigers hat nicht die Wirkung, den Schuldner von seiner Verbindlichkeit zu befreien<sup>1</sup>; wohl aber kann der Schuldner verlangen, daß die durch den Verzug des Gläubigers bewirkte Nichterfüllung ihm nicht zum Schaden gereiche. Folgerungen aus diesem Grundsatz sind folgende. 1) Der Schuldner haftet fortan nicht mehr für Mangel an Sorgfalt, sondern nur noch für Arglist und die derselben gleichstehende grobe Nachlässigkeit<sup>2</sup>; ein ohne Arglist oder grobe Nachlässigkeit des Schuldners eingetretener Verlust des Leistungsgegenstandes befreit ihn selbst dann, wenn dadurch eine Unmöglichkeit der Erfüllung nicht bewirkt worden ist<sup>3</sup>. 2) Ein Anspruch des Schuldners, welcher

<sup>1</sup> L. 17 D. de per. 18. 6. Ueber l. 51 pr. D. de A. E. V. 19. 1 f. Friß Arch. f. civ. Pr. X. 6, Rommjen S. 340 fg., Windscheid Heibell. krit. Zeitschr. III S. 278.

\* Rabai §. 62—64, Wolff §. 43—44, Rommjen §. 30—33, Sintenis S. 210—214.

<sup>1</sup> Ueber scheinbar widersprechende Stellen f. Rommjen S. 286 Note 2. S. 346. Das Gegentheil behauptet für andere als Geldschulden Zimmermann Arch. f. civ. Pr. III. 9; dagegen Ehibant das. V S. 332—337.

<sup>2</sup> L. 5 l. 17 D. de per. 18. 6, l. 9 D. sol. matr. 24. 3. Hätte der Gläubiger angenommen, so hätte der Schuldner keine Sorgfalt mehr aufzuwenden gebraucht. Für Arglist aber und grobe Nachlässigkeit wird nie nicht gehaftet (§. 265 Nr. 1 und 2). — Geht der zu leistende Gegenstand durch Arglist oder grobe Nachlässigkeit des Schuldners unter, so richtet sich die Schätzung nach den gewöhnlichen Grundsätzen (§. 268 Nr. 1). Ueber l. 3 §. 4 D. de A. E. V. 19. 1 f. Windscheid Heibell. krit. Zeitschr. III S. 275, Rommjen S. 294, Rabai S. 460, Wolff S. 495.

<sup>3</sup> L. 84 §. 3 D. de leg. 10 30, l. 6 D. de doll. exc. 44. 4, l. 72 pr. D. h. t. In l. 102 pr. D. h. t. ist wohl am Schluß statt „creditoris“ „debitoris“ zu lesen. Rommjen S. 300 in der Note. S. noch Fhering Jahrb. f. Dogm. IV. S. 35.

durch die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners bedingt ist, kann jetzt ohne Weiteres geltend gemacht werden<sup>4</sup>. 3) Hat der Schuldner in Folge der Fortdauer seiner Verbindlichkeit eine Aufopferung machen müssen, so kann er Ersatz für dieselbe verlangen<sup>5</sup>. Ja er braucht diese Aufopferung gar nicht zu machen, wenn er durch Preisgeben des Leistungsgegenstandes sich ihr entziehen kann; er ist zu diesem Preisgeben befugt, und muß nur den Gläubiger vorher verwarnen<sup>6</sup>. 4) Die Zinsverbindlichkeit des Schuldners hört durch den Verzug des Gläubigers nicht auf<sup>7</sup>;

<sup>4</sup> So namentlich bei gegenseitigen Verträgen, l. 13 §. 8 D. de A. E. V. 19. 1. Es schadet auch nicht, daß dem Schuldner hinterher die Erfüllung seiner Verbindlichkeit ohne eine von ihm zu prästirende Schuld unmöglich wird, l. 5 i. f. D. de por. 18. 6, l. 36 D. loc. 19. 2. Rommjen S. 302—306. — Nach früherem römischen Recht wurde durch den Verzug des Gläubigers auch der Anspruch auf Rückgabe des Pfandes begründet (l. 20 §. 2 l. 9 §. 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 6 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 1 pr. §. 4 D. de migr. 43. 32); später hat man zu diesem Ende gerichtliche Hinterlegung gefordert, l. 10. 12 C. de pign. act. 4. 24, l. 12 C. de compens. 4. 31, l. 20 C. de pign. 8. 14, l. 3 C. de lit. pign. 8. 30. Vgl. Note 7.

<sup>5</sup> L. 38 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 8 D. de tritic. 33. 6.

<sup>6</sup> L. 1 §. 3. 4 D. de por. 18. 6, l. 12 l. 14 pr. D. eod. Eine mildere Meinung hat ihren Ausdruck in l. 8 D. de trit. 33. 6 gefunden; Pomponius will hier dem Schuldner nicht garantiren, daß er mit dem Preisgeben durchkommen werde. Auch in l. 1 §. 3. cit. wird als das Üblichere bezeichnet, die Sache nicht Preis zu geben, sondern sich in anderer Weise zu helfen, namentlich durch Verkauf auf Rechnung des Gläubigers. Vgl. über die verschiedenen Auffassungen Mabal S. 466 fg., Wolff S. 488 fg., Rommjen S. 308 fg.; auch Thöl Handb. I. §. 37. I. 2. Seuff. Arch. XIV. 122, XV. 25. Das P. B. Art. 343 gibt dem Verkäufer nur das Recht des Verkaufes. S. auch §. 230 Note 1.

<sup>7</sup> Der Schuldner kann zwar sagen, daß, wenn der Gläubiger angenommen hätte, er von der Zinsverbindlichkeit frei geworden wäre; aber der Gläubiger kann erwidern, daß der Schuldner dasselbe auch im Genusse des zu leistenden Geldes geliebet sei. Dieß ist ohne Zweifel der Grund, aus welchem die Fortdauer der Zinsverbindlichkeit anerkannt wird in l. 1 §. 3 l. 7 D. de usur. 22. 1, l. 6. 19 C. eod. 4. 32, l. 28 §. 1 D. de adm. et por. 26. 7. L. 2 C. de usur. 4. 32 sagt nicht, daß die Zinsverbindlichkeit durch Anerbieten aufhöre, sondern, daß sie durch bloße Deposition ohne Anerbieten nicht aufhöre. Die mildere Ansicht als nicht recipirte Meinung in l. 28 §. 1 D. de adm. et. f. auch l. 122 §. 3 D. de V. O. 45. 1. Abweichend Rommjen S. 283; darüber Windscheid Heib. krit. Zeitschr. III S. 273. Vgl. auch Unterholzner I S. 130. — Verzugszinsen braucht der Schuldner nach

ebenso wenig verliert der Gläubiger durch denselben sein Pfandrecht<sup>8</sup> oder das Recht des Pfandverkaufs<sup>9</sup>.

#### d. Gerichtliche Hinterlegung\*.

##### §. 347.

Wenn das Forderungsrecht auf Dingen einer beweglichen Sache geht, so braucht sich der Schuldner der Verweigerung der Annahme gegenüber nicht mit den Folgen, welche der Verzug für den Gläubiger hat, zu begnügen; er hat auch ein Mittel, sich ganz von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Dieses Mittel besteht in der gerichtlichen Hinterlegung (Deposition) des zu leistenden Gegenstandes<sup>2</sup>.

dem Verzuge des Gläubigers allerdings nicht mehr zu zahlen; aber nur deswegen nicht, weil nun sein Verzug aufgehört hat. Nach l. 11 C. de usur. 4. 32 verliert der Gläubiger durch seinen Verzug auch das Recht, die Früchte der ihm zum Faustpfand gegebenen Sache an Zinsen Statt zu behalten (l. 8 D. in quib. caus. pign. 20. 2). Hängt dieß nicht mit dem in Note 4 bezeichneten älteren Recht in Betreff der actio pignoratitia zusammen? Die l. 11 cit. auf einen antichretischen Vertrag zu beziehen, ist kein Grund vorhanden. Vgl. übrigens Mabal S. 471, Rommjen S. 289.

<sup>8</sup> L. 19 C. de usur. 4. 32.

<sup>9</sup> Vgl. l. §. 237 Note 2 und dazu jetzt Dernburg Pfandr. II S. 126—128.

\* Rommjen S. 306—308, Unterholzner S. 470—472, Sintenis S. 412—413, Holzschufer III §. 246.

<sup>1</sup> Eine Klage auf Annahme hat der Schuldner nicht; es müßte denn §. 347. eine Verpflichtung des Gläubigers, dem Schuldner den zu leistenden Gegenstand binnen bestimmter Frist abzunehmen, durch die das Forderungsrecht erzeugende Thatfache ausdrücklich oder stillschweigend begründet sein. Davon ist zu verstehen l. 9 D. de A. E. V. 19. 1. Rommjen §. 14 Note 3.

<sup>2</sup> Von der Deposition handeln: l. 1 §. 3 l. 7 D. de usur. 22. 1, l. 28 §. 1 D. de adm. et por. 26. 7, l. 2. 6. 19 C. de usur. 4. 32, l. 9 C. de solut. 8. 43. Diese Stellen setzen sämmtlich eine Geldschuld voraus; daß aber die Deposition auch bei anderen beweglichen Sachen zulässig sei, zeigt Nov. 91 c. 2, f. auch l. 1 §. 36. 37 D. dep. 16. 3. Bei den Römern scheint die Deposition ursprünglich nur die Bedeutung einer Niederlage bei dem Schuldner selbst, unter hinzutretender Verfestigung, gehabt zu haben, f. l. 7 D. de usur. cit. Später war der gewöhnliche Depositionsort ein Tempel. Vgl. Mutherer Sequestration und Arrest S. 363—368. Spätzutage kann bei jedem Gericht deponirt werden, in dessen Sprengel gültig geleistet werden kann. Sintenis S. 413. Vgl. P. B. Art. 343. — Deposition ohne vorhergehendes Anerbieten ist unwirksam, l. 2 C. de usur. cit. — Der Schuldner ist an die Deposition

Durch dasselbe Mittel kann sich der Schuldner auch dann befreien, wenn ihm die Leistung wegen eines in der Person des Gläubigers liegenden Hindernisses, z. B. wegen Abwesenheit, Verdüsterungsunfähigkeit, Ungewißheit des Gläubigers unmöglich ist<sup>1</sup>.

## 2. Compensation (Aufrechnung)\*.

### a. Begriff.

#### §. 348.

Compensation ist Aufhebung eines Forderungsrechts durch ein ihm gegenüberstehendes Forderungsrecht des Schuldners gegen den Gläubiger. In der Compensation erhält der Gläubiger nicht, was er zu fordern hat; aber er erhält statt Dessen, was er zu fordern hat, die Befreiung von einer entsprechenden Schuld, da das aufhebende Forderungsrecht in der Aufhebung seine Kraft

nicht gebunden, I. 19 C. cit. — Haftung des Staates aus der richterlichen Annahme eines Depositions: Scuff. Arch. II. 159, XVII. 123, vgl. III. 327, V. 136, VII. 321. S. noch das. VIII. 23.

<sup>1</sup> L. 7 §. 2 D. de minor. 4. 4. 1 §. 36. 37 D. dep. 16. 3. 1. 56 §. 1 D. mand. 17. 1. 1. 18 §. 1 D. de usur. 22. 1. Vgl. auch I. 47 §. 2 D. de solut. lib. 40. 5. 1. 4 pr. D. de statulib. 40. 7. Scuff. Arch. I. 34, II. 158, VIII. 23, X. 85. 240, XIII. 92.

\* Dig. 16. 2 Cod. 4. 31 de compensationibus. — Krug die Lehre von der Compensation (1833; darüber Fuhr in Schunke's Jahrb. XXVII S. 109 fg. S. 217 fg.). Hartter das römisch-deutsche Recht der Compensation (1837). Brinz die Lehre von der Compensation (1849). S. Dernburg die Compensation nach römischem Recht mit Rücksicht auf die neueren Gesetzbücher (1854). Ferner die Aufsätze von: Haffe Arch. f. civ. Pr. VII. 9 (1824), Bethmann-Hollweg Rhein. Museum I. S. 257—285 (1827), Zellkamp Arch. f. civ. Pr. XXIII. 11 (1840), Krug das. XXV S. 211—226 (1842), Sintenis Zeitschr. f. Civ. und Pr. XVIII. 1 (1843), Hartter das. XIX. 6 (1844), Fuhr Arch. f. pr. RW. I. 16 (1853), v. Scheurl Beiträge I Nr. 7 (1853), Krug Zeitschr. f. Rechtspflege u. Verwaltung f. d. Königr. Sachsen XIII. 6 (1854), Brinz Jahrb. d. gem. R. I. 2 (1857), und die Schriften von Ubbelohde über den Satz: ipso iure compensatur. (1858), und Affer die Compensation im Civilprozeß des classischen römischen Rechts (Pabulationschrift, 1863). Fröh's Erörterungen I S. 395—410, Unterholzner I §. 254—260, Rengerow I §. 618, Brinz §. 149, Sintenis I §. 104.

erschöpft, und dadurch seinerseits aufgehoben wird<sup>1</sup>. Deswegen ist die Compensation eine Form der Befriedigung<sup>2</sup>. — Uebrigens wird der Ausdruck Compensation nicht bloß zur Bezeichnung der von dem entgegenstehenden Forderungsrecht unmittelbar ausgehenden Wirkung gebraucht, sondern auch zur Bezeichnung der Thätigkeit desjenigen, welcher einem Forderungsrecht gegenüber ein anderes zur Aufrechnung bringt<sup>3</sup>.

Die Compensation hat gewisse Voraussetzungen, ohne welche sie nicht eintritt. Davon in §. 350; vorher sind die Grundsätze näher anzugeben, nach welchen sie sich vollzieht, wenn ihre Voraussetzungen erfüllt sind<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Im Allgemeinen I. 1 D. h. t. „Compensatio est debiti et crediti inter s. 348. et contributio“.

<sup>2</sup> S. §. 341 Note 3.

<sup>3</sup> Namentlich zur Bezeichnung der Thätigkeit des Schuldners, welcher sein Forderungsrecht dem fordernden Gläubiger entgegensetzt (so z. B. in I. 2 I. 10 §. 1. 3 i. f. l. 13 i. f. l. 21 i. f. D. h. t. und sonst sehr häufig); aber auch zur Bezeichnung der Thätigkeit des Gläubigers (z. B. I. 18 §. 1 I. 3 C. h. t.), oder der Thätigkeit des Richters, oder des sonst die rechtliche Beurtheilung Anlegenden (z. B. §. 30 I. de act. 4. 6, I. 15 D. h. t., I. 96 §. 3 i. f. D. de solut. 46. 3). — Und zwar ist dieser letztere Sprachgebrauch in den Quellen der häufigere, so sehr, daß darüber der andere nicht selten übersehen worden ist. Mit Unrecht. Die Ausdrücke compensare und compensatio beruhen auf einer sinnlichen Vorstellung, der des Aufwägens; dieses Aufwägen kann sowohl als unmittelbar von dem Forderungsrecht selbst ausgehend, wie als Thätigkeit einer Person gedacht werden. Als unmittelbar von dem Forderungsrecht selbst ausgehend wird es namentlich gedacht in dem vielbesprochenen Satz: ipso iure compensatur (f. darüber §. 349 Note 3). Vgl. besonders I. 21 D. h. t. „Posteaquam placuit inter omnes, id quod invicem debetur ipso iure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debet de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur“. Hier wird die Bezeichnung compensatio sogar der Thätigkeit des aufrechnenden Schuldners abgesprochen. — Hätten die Ausdrücke compensare und compensatio keine andere Bedeutung, als die der Thätigkeit des die Gegenforderung zur Geltung Bringenden, so würden wir in unserer Rechtsprache die Ausdrücke „compensiren“ und „Compensation“ umgehen, wir würden statt derselben „aufrechnen“ und „Aufrechnung“ sagen können. Aber diese letzteren Ausdrücke fügen sich schlecht zur Bezeichnung der von der Gegenforderung ohne Weiteres ausgehenden Wirkung. So bleibt nichts übrig, als die fremden Ausdrücke beizubehalten. Denn „aufwägen“ und „Aufwägung“ zu sagen, was das ganz Entsprechende sein würde, erscheint zu gewagt.

<sup>4</sup> Das Institut der Compensation hat sich bei den Römern nur allmählig entwickelt. Noch zur Zeit des Gaius konnte, abgesehen von zwei ganz speziellen



## b. Wirkung.

## §. 349.

1. Das Forderungsrecht wird durch das ihm gegenüberstehende des Schuldners nicht direct aufgehoben; es fährt fort, an und für sich zu bestehen<sup>1</sup>.

2. Es ist aber von dem Augenblick an, wo ihm das Forderungsrecht des Schuldners gegenübertritt, mit einer Einrede befaßt, welche seine Wirksamkeit hemmt. Diese Einrede hat ihren Grund in der natürlichen Betrachtung, daß es Chicanerie sein würde, wenn man den Schuldner nöthigen wollte, zu leisten, was man ihm sofort zurückgeben müßte<sup>2</sup>.

3. Die Compensationseinrede tritt von Rechtswegen ein, es bedarf zu ihrer Begründung nicht einer Thätigkeit des Schuldners. Wenn der Schuldner sich auf das ihm gegen den Gläubiger zustehende Forderungsrecht beruft, so schafft er sich dadurch nicht

Ausnahmen (bei den Forderungen des argentarius und bei den Forderungen des honorum tutor) nur eine Gegenforderung aus dem nämlichen Rechtsverhältniß zur Aufrechnung gebracht werden. Gal. IV. 61—68. Aber auf Grund eines Rescriptes des Kaiser Marcus wurde anerkannt, daß die in die Formel gesetzte exceptio doli den Richter befähige, auch auf Gegenforderungen aus anderen Rechtsverhältnissen Rücksicht zu nehmen (§. 30 I. de act. 4. 6). Egl. über die Geschichte der Compensation, über welche, namentlich in Zusammenhang mit der §. 349 Note 3 erwähnten Frage, viel geschrieben wird: Brinz Compensation S. 76 fg., Lehrbuch S. 644 fg., Jahrb. S. 38 fg., Dernburg S. 19 fg., Ubbelohde S. 180 fg., die Schrift von Aßher, und die Uebersicht bei Vangerow Ann. 1 Nr. 11.

1 Die Compensation stiftet das Forderungsrecht nicht ipso iure, sondern opo exceptionis. Dernburg S. 29, Vangerow S. 380—382.

2 Dolo facit, qui petit, quod redditurus est. L. 8 D. de doli ex. 44 4, l. 173 §. 3 D. de R. I. 50. 17. S. auch l. 3 D. h. t. „Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere“. Man hat versucht, diesen Gedanken dahin zu erweitern, daß die Compensation das Forderungsrecht aufhebe kraft einer Selbstzahlung des Gläubigers, oder kraft einer abgeflrzten Zahlung des Schuldners. Aber das ist irrig. Der Gläubiger kann deswegen nicht fordern, weil er zurückgeben müßte; aber weder hat er erhalten und zurückgegeben, noch wird er so angesehen, als habe er erhalten und zurückgegeben. Egl. Vangerow Ann. 1 I, Dernburg S. 39. Deswegen ist Beweis der Compensation nicht Beweis der Zahlung: Scuff Arch. XII. 94.

erst eine Einrede, sondern er macht in der Entgegensetzung derselben von einem ihm bereits vorher erworbenen Rechte Gebrauch<sup>3</sup>.

4. Durch die Compensationseinrede wird das Forderungsrecht, wenn auch indirect, doch aufgehoben<sup>4</sup>. Leistet daher der Schuldner in

3 In diesem Sinne sagen die Quellen, daß „ipso iure compensatur“. „ipso iure compensatio fit“, daß der Schuldner „ipso iure eo minus debet, quod ex compensatione retinere potest“. L. 4 l. 10 pr. l. 21 D. h. t., l. 4 l. 14 pr. C. h. t., §. 30 I. de act. 4. 6. Die Compensation wirkt nicht ipso iure, aber sie tritt ipso iure ein. D. h. die Compensation als Affection des Forderungsrechts durch das gegenüberstehende Forderungsrecht gedacht; denn compensatio auf die Thätigkeit des Schuldners bezogen, hat das ipso iure keinen Sinn. — Ueber die Bedeutung dieses ipso iure ist so viel gestritten worden, daß zuletzt Ubbelohde darüber ein ganzes Buch hat schreiben können (s. bei \*). a) Früher war die herrschende Meinung, jener Ausdruck wolle allerdings sagen, daß die Compensation ipso iure wirke, wie Erfüllung und Erlaß. b) Diese Meinung hat man in der neueren Zeit mit dem unbestrittenen Satz, daß der Schuldner, wenn er nicht compensiren will, sein Forderungsrecht behält, durch die Annahme in Einklang zu bringen gesucht, daß die Compensation zwar nur eintrete, wenn der Schuldner auf dieselbe berufe, daß es aber dann so angesehen werde, als hätten die beiden sich gegenüberstehenden Forderungsrechte sich von der Zeit ihres Gegenüberstehens ipso iure aufgehoben. Dies ist die jetzt herrschende Auffassung. c) Dieselbe wurde energisch bekämpft von Brinz in seiner Schrift über die Compensation. Statt ihrer suchte Brinz, freilich mit ganz neuen Gründen, die ältere des Donellus zur Geltung zu bringen: das ipso iure wolle nur sagen, daß die Compensation nicht durch Einrückung einer exceptio in die Formel vermittelt worden sei. Wieder anders gewendet (mit einer Annäherung an die materielle Auffassung unter a), ist dieß auch der Grundgedanke der Auffassung Ubbelohde's. d) Nach der Meinung Dernburg's will das ipso iure sagen, die Compensation trete in ihrer letzten Entwicklung nach den Grundsätzen des Rechts ein, d. h. es hänge nicht mehr von besonderen Umständen und Verhältnissen, vom Ermessen des Richters ab, ob sie stattfinden solle. e) Der neueste Schriftsteller über die Compensation, Aßher, ist zu der alten Auffassung des ipso iure, daß die Compensation ipso iure wirke, zurückgekehrt. Dieses ipso iure Wirken ist auch von Justinian gegenüber entgegenstehenden Praxis bekräftigt worden, aber ohne alle Einsicht in seine Bedeutung. Demgemäß sei es „ihricht“, „an der heutigen gemeinrechtlichen Theorie“ zu „mäßeln“ (S. 57). f) Mit der hier vertretenen Auffassung stimmt im Wesentlichen (vgl. die folgende Note) überein Brinz in dem Aufsatz in dem Jahrb. f. gem. R. und in seinem Lehrbuch, obgleich er daneben an seiner früheren Auffassung theilweise festhält. — Eine practische Bedeutung hat diese Meinungsverschiedenheit nicht. Vgl. Ubbelohde S. 3—5.

4 Egl. §. 341 Note 1 a. C. L. 4 D. h. t.: — ipso iure eo minus aduersorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest.

Unkenntniß der ihm zustehenden Einrede, so kann er das Geleistete als unverschuldet geleistet zurückfordern<sup>1</sup>. Andere Folgerungen aus dem aufgestellten Satze sind, daß die Compensationseinrede den Zinslauf<sup>2</sup>, den Verzug des Schuldners<sup>3</sup>, so wie den Verfall der auf die Nichtleistung gesetzten Strafe<sup>4</sup> ausschließt<sup>5</sup>.

5. Ob der Schuldner von seiner Einrede Gebrauch machen will, oder nicht, hängt lediglich von seiner Willkür ab. Setzt er die Einrede nicht entgegen, so darf der Richter auf dieselbe keine Rücksicht nehmen<sup>10</sup>.

*Sicut enim, quam totum peto a reo, male peto, ita et defensor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem, quam reus condemnari potest<sup>6</sup>. L. 10 pr. D. h. t.: — „compensationem factam videri et ipso iure invicem liberationem<sup>7</sup>. L. 4 C. h. t.: — „ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet<sup>8</sup>. Ueber die Natur in dieser letzteren Stelle s. Ubbelohde S. 207 fg. und die dasselbst Citirten, Brinz Jahrb. S. 38. — Brinz (Jahrb. und Lehrb.) nimmt nicht Aufhebung der Forderung durch die Gegenforderung, sondern lediglich Befreiung des Schuldners an. Er will damit zunächst nur den Gegensatz gegen die Aufhebung ipso iure scharf bezeichnen, freilich aber nicht minder auch einen Gegensatz gegen die sonstige Abschwächung der Obligation durch Einrede (Jahrb. S. 34). Mir scheint ein Gegensatz dieser letzteren Art nur insofern vorhanden zu sein, als die Compensationseinrede den Schuldner nur auf Kosten einer entsprechenden Aufopferung befreit; dieses Besondere aber berührt die verbindende Kraft der Einrede nicht.*

<sup>1</sup> L. 10 §. 1 D. h. t. „Si quis igitur compensare potens solverit, condicere potest, quasi indebito soluto<sup>9</sup>. L. 30 D. de cond. ind. 12. 6. Dernburg S. 491—493.

<sup>2</sup> L. 11 D. l. 4. 5 C. h. t., l. 7 C. de solut. 8. 43. Dernburg S. 489—491.

<sup>3</sup> Vgl. l. 40 D. de R. C. 12. 1. Dernburg S. 493. W. M. Brinz Compens. S. 17.

<sup>4</sup> Dazu gehört auch die Verwirkung der Emphyteuse (I §. 222 Nr. 4) und des Nießrechts (l. 54 §. 1 D. loc. 19. 2). Dernburg S. 493. Scuff. Arch. XII. 28. 152.

<sup>5</sup> Eine interessante Folgerung noch in l. 21 D. h. t. Der procurator absentis, welcher eine Forderung des abwesenden Schuldners zur Compensation bringt, braucht nicht cautio de rato zu geben. Und doch muß Jeder cautio de rato geben, welcher ohne Vollmacht die Forderung eines Andern einlegt. Aber der procurator klagt nicht eine fremde Forderung ein, sondern macht Gebrauch von einer durch diese Forderung ohne seine Thätigkeit begründeten Einrede. Freilich gehen die Meinungen über den wahren Sinn der l. 21 cit. sehr auseinander. Vgl. namentlich Brinz §. 35, Dernburg S. 326 fg., Ubbelohde §. 25.

<sup>10</sup> L. 2 D. h. t. „Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem

6. Setzt der Schuldner die Einrede nicht entgegen, so behält er sein Forderungsrecht, und kann dasselbe nun anderweitig verwerten<sup>11</sup>. Deswegen ist Leisten mit Verzichtleistung auf die Compensationseinrede nicht Schenkung, wie es sonst Schenkung ist, wenn der Schuldner mit Verzicht auf eine ihm zustehende Einrede leistet. Auch dann behält der Schuldner sein Forderungsrecht, wenn der Richter die geltend gemachte Einrede wegen Unzulässigkeit der Compensation verwirft<sup>12</sup>.

7. Auch der Gläubiger kann sich auf die Compensation berufen, in dem Sinne<sup>12a</sup>, daß er nicht genöthigt werden kann, auf seine Forderung Leistung anzunehmen, und dadurch die Forderung des Schuldners zu anderweitiger Verwendung frei zu machen<sup>13</sup>.

*potentem summovet, si paratus est compensare<sup>14</sup>. L. 1 §. 4 D. de contr. tut. 27. 4: — „erit arbitrii eius, utrum compensare an potero velit<sup>15</sup>. — Daß es von der Willkür des Schuldners abhängt, ob er von seiner Einrede Gebrauch machen will, gilt zwar bei allen Einreden; aber hier hat es noch einen ganz besonderen Sinn. Denn die Geltendmachung anderer Einreden gewährt dem Schuldner lediglich einen Vortheil; in der Geltendmachung der Compensationseinrede liegt aber zugleich eine Aufopferung, Verwendung einer Forderung zum Zweck der Befreiung. Aus diesem Grunde kann auch der Correalschuldner die Compensationseinrede seines Mitschuldners nicht entgegensetzen (§. 350 Note 19).*

<sup>11</sup> L. 1 §. 4 D. de contr. tut. 27. 4 (Note 10).

<sup>12</sup> Anders wenn er sie verwirft, weil er die geltend gemachte Gegenforderung als unbegründet aberkennt. L. 7 §. 1 D. h. t., l. 8 §. 2 D. de neg. gest. 3. 5. Vgl. I §. 130 Note 21. Dernburg §. 50.

<sup>12a</sup> Nicht aber in dem Sinne, daß der Gläubiger, indem er mit Compensation klagt, den Schuldner, welcher sich auf dieselbe nicht einlassen will, zur Verhandlung über die Gegenforderung nöthigen, und ein richterliches Erkenntniß des Inhalts verlangen könnte, daß die Gegenforderung durch Compensation getilgt sei. In einem solchen Fall wird so geurtheilt, als hätte der Gläubiger von vorn herein nur einen Theil seiner Forderung eingeklagt; der übrige Theil der Forderung wie die Gegenforderung bleiben vom Prozesse unberührt. So auch Sinteris Lehrb. S. 445 in der Note; a. M. Dernburg S. 255. Die räthselhafte und für die Geschichte der Compensation so schwierige Stelle des Paulus R. S. II. 5 §. 3 enthält einen Gegengrund gegen das hier behauptete nicht; sie setzt gesetzliche Compensationsnöthigung voraus („debet“).

<sup>13</sup> Dies ist eine notwendige Consequenz aus dem Satze, daß ipso iure compensatur. Das Recht selbst hat die Gegenforderung zur indirecten Aufhebung der Forderung verwendet; die Forderung wird durch die Gegenforderung als solche, nicht erst dadurch aufgehoben, daß der Schuldner die Gegen-

Hat er aber einmal Leistung angenommen, wenn auch in Unkenntniß seiner Schuld, so hat er nicht das Recht, durch Rückgabe des Geleisteten sich das Compensationsrecht wieder zu erwerben<sup>16</sup>.

8. <sup>15</sup> Hat der Schuldner mehrere Forderungsrechte gegen den Gläubiger, so hängt es von seiner Bestimmung ab, welches derselben zur Compensation verwendet werden soll<sup>16</sup>. Hat der Gläubiger mehrere Forderungsrechte gegen den Schuldner, so steht dem Schuldner die Wahl zu, wenn von ihm Leistung gefordert<sup>17</sup>, dem Gläubiger, wenn ihm Leistung angeboten wird<sup>18</sup>. <sup>19</sup>

forderung entgegengesetzt. Auf diese gesetzliche Aufhebung muß sich der Gläubiger, wenn es ihm paßt, nicht weniger berufen können, als der Schuldner, und Erfüllung einer aufgehobenen Forderung braucht der Gläubiger nicht anzunehmen. Daraus, daß der Schuldner, wenn die Forderung gegen ihn geltend gemacht wird, sich auf die Compensation nicht zu berufen braucht, folgt nicht, daß der Gläubiger es nicht darf, wenn auf Grund der Forderung von ihm etwas verlangt wird.

<sup>15</sup> Auch dieses behauptet Dernburg S. 491. 492; aber ich wüßte es nicht zu rechtfertigen. Der Gläubiger hat ein Vermögensstück (seine Forderung gegen den Schuldner) in einer Weise verwendet (durch Zahlungsamahme), wie er es nicht verwendet haben würde, wenn er nicht im Irrthum gewesen wäre (er würde es dann zur Gegenrechnung gegen seine Schuld verwendet haben): wie kann ihn dies berechtigen, die gemachte Verwendung zurückzunehmen?

<sup>16</sup> Fuhr Arch. f. pract. RW. I S. 141–155; Krug §. 52, Dernburg §. 48, Sintenis S. 438.

<sup>17</sup> Für diesen Fall gibt der Entscheidung einen Anhalt 1. 5 D. h. t. In Betreff dieses Falles ist denn auch kein Streit.

<sup>18</sup> So auch Fuhr und Sintenis a. a. O.; ebenso Unterholzner S. 558, Rengerow S. 375. Krug und Dernburg a. a. O. geben in diesem Fall, wenn auch aus verschiedenen Gründen, dem Gläubiger die Wahl. Ich gehe davon aus, daß es dem Schuldner freisteht, ob er die Forderung, welche er seinerseits gegen den Gläubiger hat, überhaupt zur Compensation bringen will; ist dieß der Fall, so muß es ihm auch freistehen, gegen welche Forderung des Gläubigers er sie zur Compensation verwenden will. Tritt freilich er selbst als fordernder Gläubiger auf, so geht nun das Wahlrecht auf seinen Schuldner, den Gläubiger der mehreren Forderungen, über. Es kann eben keine Partei der anderen eine Compensationseinrede aufdrängen, welche diese nicht geltend machen will.

<sup>19</sup> In Betreff seiner gilt dasselbe, was vorhin für den Schuldner geltend gemacht worden ist. Da es von ihm abhängt, ob er sich überhaupt auf die Compensation berufen will, so muß es auch von ihm abhängen, welche seiner Forderungen er als durch Compensation getilgt ansehen will.

<sup>20</sup> Wie verhält es sich in den hier behandelten Fällen mit dem Satz, daß

## c. Voraussetzungen.

## §. 350.

Die Compensation setzt voraus

1. eine gültige, daher auch eine durch Einrede nicht entkräftete<sup>1</sup> Gegenforderung. Fällt die Gegenforderung weg, sei es direct, sei es durch Begründung einer Einrede, so hört auch die Compensation wieder auf<sup>2</sup>.

2. Daß die Gegenforderung klagbar sei, ist an und für sich nicht erforderlich; an und für sich ist auch eine natürliche Verbindlichkeit des Gläubigers zur Compensation hinreichend<sup>3</sup>. Jedoch haben die im heutigen gemeinen Recht anerkannten Fälle der natürlichen Verbindlichkeit Compensationskraft nicht<sup>4</sup>.

*ipso iure compensatur?* Die Bestimmung des Schuldners bez. des Gläubigers bewirkt rückwärts, daß diese bestimmte Forderung durch diese bestimmte Forderung aufgehoben sei. L. 98 §. 3 D. de solut. 46. 3: — „sitque et hoc ex his, quae postfacto in praeteritum quid fuerit declarant“.

<sup>1</sup> L. 1 4 D. h. t. „Quaecumque per exceptionem perimī possunt, non veniunt §. 350. in compensationem“.

<sup>2</sup> Aber für die Vergangenheit bleiben die rechtlichen Wirkungen, welche die Compensation bis dahin erzeugt hat, bestehen, namentlich Ausschluß des Zinsenlaufes und des Verzuges des Schuldners. — Die Compensation fällt im Besonderen auch weg durch die Verjährung der Gegenforderung. Man hat das Gegentheil behauptet, entweder mit Berufung auf den Satz, daß *ipso iure compensatur*, indem man denselben nämlich von einer directen Aufhebung der Forderung durch die Gegenforderung, sofort oder nach gemachter Compensationseinrede, verstand (§. 349 Note 3 lit. a und b) — so auch Seuff. Arch. II. 163, XIV. 19, XV. 118; damit IX. 253 —, oder mit Berufung auf den Satz, daß Einreden nicht verjähren (Seuffert §. 287 Note 13 a. G., Dernburg S. 436). Das letztere Argument hat etwas Bestechendes, wenn man bedenkt, daß ja das Recht selbst die Gegenforderung zur Einrede verwendet. Aber es hngmt durch diese Verwendung nicht ihre freie Bewegung; es gestattet dem Berechtigten, sie in jeder anderen Weise geltend zu machen. Er bleibt Forderungsberechtigter, als wenn seine Forderung zur Einrede nicht verwendet worden wäre, und muß daher auch den gewöhnlichen Verjährungsregeln unterliegen. Vgl. I §. 112 Note 8. S. nach Seuff. Arch. XIII. 8 (gegen den Wegfall der Compensation, ohne Angabe des Grundes).

<sup>3</sup> L. 6 D. h. t. „Etiam quod natura debetur, venit in compensationem“.

Vgl. §. 288 Note 12.

<sup>4</sup> S. §. 289 und im Besonderen das. Note 13. 21. 22. Vgl. Krug §. 41, Dernburg S. 437–439.

3. Die Gegenforderung muß fällig sein<sup>5</sup>; jedoch schadet eine dem Schuldner gewährte Schonungsfrist nicht<sup>6</sup>. Daß die Gegenforderung an demselben Orte fällig sei, wie die Forderung, ist nicht nothwendig; nur muß, wenn sie es nicht ist, das Interesse des Gläubigers in Anschlag gebracht werden<sup>7</sup>.

4. Ein wesentliches Erforderniß der Compensation ist, daß die Gegenforderung auf eine Leistung gleicher Art gehe, wie die Forderung<sup>8</sup>. Auf Grund dieses Erfordernisses ist der Hauptfall, in welchem die Compensation eintritt, der, wo Forderung und Gegenforderung auf eine Gelbleistung gehen; er ist aber nicht der einzige<sup>9</sup>. Ob die beiden Forderungen von Anfang an auf eine Leistung gleicher Art gehen, oder kraft einer späteren Verwandlung einer derselben oder beider, ist gleichgültig<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> „Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat“. Seuff. Arch. II. 179, VIII. 214.

<sup>6</sup> L. 16 §. 1 D. h. t.: — „aliud est enim, diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgendi solutioni“. Dernburg S. 429—432.

<sup>7</sup> Des Gläubigers, — des Schuldners in der Gegenforderung. Nicht auch das Interesse des Schuldners, — des Gläubigers in der Gegenforderung, der ja nicht zu compensiren braucht, wenn er auf den Ort der Leistung, auf welchen er ein Recht hat, nicht verzichten will. L. 15 D. h. t. A. M. Dernburg S. 434.

<sup>8</sup> Es ist nothwendig, daß die Leistung, welche der Schuldner von dem Gläubiger zu fordern hat, als Leistung des Schuldners gedacht, ihrer Art nach dem Forderungsrecht des Gläubigers genügen würde. Dieß folgt aus dem Begriff der Compensation, und wird daher in den Quellen vorausgesetzt, ohne daß sie es ausdrücklich hervorheben. Vgl. übrigens Paul. R. S. II. §. 5 §. 3, Gai. IV. 66.

<sup>9</sup> Nähere Ausführung bei Krug §. 42—49, Dernburg §. 43. 44, Sintenis S. 426—431. S. auch Holzschuher III §. 247 Nr. 2.

<sup>10</sup> Vgl. l. 8 C. h. t., l. 1 C. rer. amot. 5. 21. Im classischen römischen Recht ging die Recursheilung immer auf Geld; weßwegen mit einer Geldforderung gegen jede Forderung compensirt werden konnte. Rührte die Gegenforderung aus demselben Grunde her, wie die Forderung, was immer ein bonus fidei iudicium voraussetzte, so wurde auch die Gegenforderung in Geld angeschlagen, so daß hier Compensation unbedingt zulässig war. Gai. IV. 61. Bei der actio arbitraria soll nach der Behauptung von Dernburg S. 421 auf Verlangen des Beklagten, um diesem die Compensation möglich zu machen, eine Selbcondemnation auch dann eingetreten sein, wenn der Beklagte zur Erfüllung bereit gewesen sei, der Kläger aber die Befriedigung der ex odam causa herrührenden Gegenforderung verweigert habe. Da dieser Satz sich aus den Proceßregeln des classischen römischen Rechtes nicht erklären würde, so

5. Daß die Gegenforderung nicht liquid ist<sup>11</sup>, d. h. noch einer Feststellung, durch Berechnung oder Beweis, bedarf, schadet der Compensation nicht. Jedoch ist der Richter berechtigt und verpflichtet, die Compensation aus diesem Proceß zurückzuweisen<sup>12</sup>, wenn die Feststellung der Gegenforderung voraussichtlich eine Zeitdauer in Anspruch nehmen wird, welche in keinem Verhältnis steht zu der für die Feststellung der Forderung erforderlichen Zeit<sup>13</sup>. Ob die Gegenforderung auf der nämlichen Thatsache

hängt ihn Dernburg auch heutzutage noch für anwendbar (S. 428 unt.). Aber ich glaube nicht, daß er durch l. 18 §. 4 D. commod. 13. 6, auf welche Stelle sich Dernburg beruft, bewiesen wird. Diese Stelle setzt Selbcondemnation voraus; welches der Grund derselben sei, darüber sagt sie nichts.

<sup>11</sup> Aeh Arch. f. civ. Pr. II. 17, Senkler das. III S. 209—210, Paffe und Tellkamp in den bei \* citirten Aufsätzen, Bethmann-Hollweg das. S. 258—263; Krug §. 89—93, Dernburg §. 49; Friß Erläuter. II S. 406—408, Bangerow III §. 618 Ann. 2, Sintenis II S. 432 und dazu Note 42.

<sup>12</sup> Aus diesem Proceß und zur besonderen Ausführung verwiesen wird die Compensation, nicht lediglich die Forderung. Thut daher der Schuldner später seine Forderung dar, so kann er Alles verlangen, was er gehabt haben würde, wenn damals auf die Compensation Rücksicht genommen worden wäre. Namentlich gilt dieß auch für den Anschluß des Zinslaufes und des Bezuges. Paffe Arch. f. civ. Pr. VII S. 201, Dernburg S. 474—476.

<sup>13</sup> Die im Text aufgestellten Sätze beruhen auf Justinian's Vorschrift in l. 14 §. 1 C. h. t. Jedoch werden sie nicht allgemein anerkannt. So wird namentlich gelehrt, — und früher war dieses die durchaus herrschende Meinung, — daß im ordentlichen Proceß die Compensationseinrede nie zurückgewiesen werden dürfe, wenn sie rechtzeitig, mit der Einlassung auf die Klage, vorgebracht worden sei. Dieser Satz wird theils auf eine besondere Auslegung der l. 14 §. 1 cit. gestützt, theils auf ein abänderndes, mit den Grundsätzen des deutschen Proceßes in Verbindung stehendes Gewohnheitsrecht (so namentlich Dernburg). Die im Text angenommene Ansicht ist von Paffe a. a. D. entwickelt worden; ihr sind beigetreten Friß, Bangerow, Sintenis a. a. D., Puchta §. 289. h., Arnolds §. 264 Nr. 5, und darnach ist erkannt bei Seuff. Arch. V. 123, VIII. 33, IX. 145. 279, XIV. 132. Gegen dieselbe, und für die zuvor bezeichnete Ansicht noch jetzt: Seuffert §. 287 a. C., Briegleb summar. Proj. S. 193 Note \*; Seuff. Arch. I. 866, VII. 108, VIII. 122, XIV. 21, XV. 17. Besondere Meinungen bei Brinz Compens. §. 47. 48, Scheurl S. 179—182. S. auch Holzschuher III §. 247 Nr. 3. b. — In diesen Zusammenhang gehört auch die Meinung, daß gegen eine liquide Gegenforderung eine erst durch Abrechnung festzustellende bezugene nicht compensirt werden könne, weil die letztere nicht sowohl auf Gelbleistung,

beruht, wie die Forderung, oder nicht, macht dabei keinen Unterschied<sup>14</sup>.

6. Was die subjectiven Beziehungen der Gegenforderung angeht<sup>15</sup>, so ist natürlich die Regel die, daß die Gegenforderung eine Forderung des Schuldners gegen den Gläubiger sein muß<sup>17</sup>. Jedoch kann a) der Bürge die Forderung des Hauptschuldners compensiren<sup>18</sup>; b) der Correal Schuldner die Forderung des Mitschuldners, wenn dieser ihm regreßpflichtig ist<sup>19</sup>. In gleicher

als auf Abrechnung gehe. So Senffert Arch. f. civ. Pr. III S. 195 fg., Senff. Arch. I. 82, II. 281, VIII. 33; dawider Sencker Arch. f. civ. Pr. III S. 199 fg., Fosse das. VII S. 149, Dernburg S. 416—418. — Vgl. noch Senff. Arch. I. 31.

<sup>14</sup> Die l. 14 §. 1 cit. brüdt sich ganz allgemein aus. A. R. Fosse S. 184, 203, Bethmann-Hollweg S. 258. Vgl. Dernburg S. 466, Bangerow S. 389.

<sup>15</sup> Die besondere Vorschrift der l. 46 §. 4 D. de I. F. 49. 14 („Qui compensationem opponit fisco, intra duos menses debitam sibi docere debet“) erklärt sich aus l. 41 C. Th. de appell. 11. 30, und erweist sich darnach als heutzutage unanwendbar. Dernburg S. 469. Vgl. Senff. Arch. III. 102.

<sup>16</sup> Krug §. 58—70, Dernburg §. 40—42; Sintonis S. 419—423.

<sup>17</sup> Der Schuldner kann also nicht compensiren, was nicht er, sondern ein Dritter vom Gläubiger zu fordern hat, und ebensowenig, was zwar er, aber nicht vom Gläubiger, zu fordern hat. Auf den letzteren Fall beziehen sich l. 18 §. 1 D. l. 9 C. h. t., auf den ersteren l. 23 D. eod. Ueber l. 16 D. h. t. f. Dernburg S. 381—383. — Einfluß der ehelichen Güterverhältnisse: Krug §. 70, Dernburg S. 401—404, Saran Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. §. XVIII. 4 (römisches Dotatrecht); Senff. Arch. II. 280, XI. 159. Compensation gegenüber der Handelsgesellschaft: SÖW. Art. 121. 169; Thöl Handelsr. I S. 237.

<sup>18</sup> Eigentlich bringt der Bürge die Forderung des Hauptschuldners nicht sowohl seiner Verpflichtung gegenüber zur Aufrechnung, als vielmehr der Verpflichtung des Hauptschuldners gegenüber, indem er nämlich geltend macht, daß diese letztere durch die Gegenforderung des Hauptschuldners aufgehoben oder gemindert sei, und er als Bürge nicht weiter hafte, als der Hauptschuldner. L. 4 D. h. t. (§. 349 Note 4), l. 5 eod. In derselben Lage, wie der Bürge, ist der dritte Pfandbesitzer (l. §. 225 Note 3). Senff. Arch. XIV. 20. Vgl. Dernburg S. 404—407.

<sup>19</sup> L. 10 D. de duob. reis 45. 2. „Si duo rei promittendi socii non sunt, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet“. Der Grund, weswegen es im Fall der societas anders sein soll (Senff. Arch. I. 33), ist, weil in diesem Fall die Leistung des Belangten auf den Mitschuldner zurückfällt. Daher ist die Ausdehnung auf jeden anderen Fall, wo ein Regreßanspruch begründet ist, unbedenklich. Vgl. auch Krug S. 161. Aber kann

Weise kann c) der Schuldner die Forderung, welche ihm gegen einen Mitgläubiger seines Gläubigers zusteht, compensiren, wenn der Gläubiger dem Mitgläubiger regreßpflichtig ist<sup>20</sup>. d) Durch Uebertragung der Forderung kann dem Schuldner die einmal erworbene Compensationseinrede nicht genommen werden; er kann also dem neuen Erwerber gegenüber seine Forderung gegen den früheren Erwerber compensiren<sup>21</sup>. e) Die Befugniß zur Compensation mit einer Gegenforderung, welche aus der nämlichen Thatsache herrührt, wie die Forderung, wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß in Folge der väterlichen Gewalt, in welcher der Begründer des obligatorischen Verhältnisses steht, Recht und Pflicht aus demselben auf verschiedene Personen auseinandergehen<sup>22</sup>.

Der Belangte die Forderung des Mitschuldners ganz zur Compensation bringen, oder nur so weit, wie dessen Regreßpflicht reicht? Das Letztere folgt aus dem Grunde des Satzes, und die angeführte Stelle widerspricht nicht. Uebrigens wird nach l. 9 §. 1 D. h. t. der Belangte Sicherheit dafür geben müssen, daß der Mitschuldner die Compensation genehm halten werde.

<sup>20</sup> Dieser Satz hat kein ausdrückliches Zeugniß der Quellen für sich; aber die Analogie des zuvor erwähnten Satzes läßt sich nicht wohl abweisen. Die Leistung an den Gläubiger, welcher fordert, ist im Resultate eine Leistung an den Mitgläubiger, gegen welchen dem Schuldner eine Forderung zusteht. So auch Dernburg S. 409; a. M. Krug S. 163, Savigny Oblig. I S. 169. o., Bangerow S. 98, Sintonis S. 423.

<sup>21</sup> Auch eine nach der Uebertragung, aber vor der Denuntiation, erworbene und fällig gewordene Forderung. Denn bis zur Denuntiation unterliegt die Forderung noch der Einwirkung aus der Person des Lebenden (§. 331). Krug §. 65, Dernburg S. 385—394, Sintonis S. 420—421; f. auch Holzschuher III §. 247 Nr. 12. Senff. Arch. I. 30, II. 279, VI. 177, XII. 18, XIII. 91, XIV. 22. Ueber Compensation mit einer durch Cession erworbenen Forderung f. §. 331 Note 2. Ueber Compensation im Concurse (Uebergang der Forderung auf das corpus creditorum) f. Krug §. 68, 69, Dernburg S. 394—397, Sintonis S. 421—423, Holzschuher III §. 147 Nr. 8, 9; Senff. Arch. II. 117, VIII. 214, IX. 235, 236, X. 2, XI. 105, XIV. 220, XV. 19. — Kann nicht auch bei der Schuldbüßnahme der neue Schuldner die Forderung des alten compensiren? An und für sich gewiß (§. 339 Note 1); jedoch darf nicht angenommen werden, daß der alte Schuldner, welcher seine Schuld auf den neuen Schuldner abwerfen will, demselben die Verwendung einer ihm zustehenden Forderung zur Compensation habe gestatten wollen.

<sup>22</sup> Der Gewaltunterworfenen hat die Pflicht, der Gewaltthaber hat das Recht. Aber der Gewaltthaber kann das Recht nicht geltend machen, ohne der dem Recht entsprechenden Pflicht zu genügen (l. 57 pr. D. de aed. ed. 21. 1,

7. Ausnahmsweise findet die Compensation, wenn auch ihre übrigen Voraussetzungen vorhanden sind, nicht Statt<sup>22</sup>: a) gegenüber der Forderung aus einer Hinterlegung<sup>24</sup>; b) gegenüber der Forderung aus widerrechtlicher Aneignung fremden Besitzes<sup>25</sup>; c) gegenüber gewissen Forderungen des Fiscus und der Stadtgemeinden<sup>26</sup>. Ueberdies kann man d) gegen den Fiscus nur dann compensiren, wenn man von derselben Klasse zu fordern hat, deren Schuldner man ist<sup>27</sup>. Die Compensation ist ferner ausgeschlossen e) gegenüber der Alimentenforderung<sup>28</sup>, und kann f) ausgeschlossen werden durch den Verzicht des Schuldners<sup>29</sup> und

l. 31 §. 1 D. de R. C. 12. 1), und die Pflicht des Gewaltunterworfenen kann gegen den Gewaltunterworfenen nicht geltend gemacht werden, ohne daß dem der Pflicht entsprechenden Recht. — Zustimmung des berechtigten Paters zur Compensation vorausgesetzt — genügt wird. L. 9 D. h. t. Dernburg S. 409—411.

<sup>22</sup> Krug §. 71—78, Dernburg §. 46, Sintonis S. 433—436.

<sup>23</sup> L. 11 pr. C. dep. 4. 34, l. 14 §. 1 i. f. C. h. t., §. 30 I. de act. 4. 6. Ueber und gegen Beschränkungen, welche man behauptet hat, s. Dernburg S. 448. Vgl. auch Seuff. Arch. VI. 326.

<sup>24</sup> L. 14 §. 2 C. h. t. „Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur“. Daß das widerrechtlich in Besitz Genommene auch im Eigenthum desjenigen stehe, welchem es entzogen worden ist, erfordert die Stelle nicht. Genügt auf der andern Seite Eigenthum ohne Besitz? So die Schriftsteller und Seuff. Arch. VI. 174.

<sup>25</sup> Für den Fiscus werden ausgenommen (l. 46 §. 5 D. de I. F. 49. 14, l. 7 C. h. t., l. 20 D. eod.): Forderungen auf Abgaben und andere öffentliche Leistungen, Forderungen aus dem Verkaufe fisciischer Sachen; für Stadtgemeinden (l. 8 C. h. t.): Forderungen auf Abgaben und andere öffentliche Leistungen, sowie auf Privatleistungen, welche zu einem öffentlichen Zwecke bestimmt sind, wie namentlich zur Armenunterstützung (alimonta), ferner Forderungen aus Darlehen und Vermächtnissen. Ueber die verschiedenen Meinungen und Auffassungen s. Krug §. 72—76, Dernburg S. 450—454, Sintonis Note 45—51.

<sup>26</sup> L. 1 C. h. t. Seuff. Arch. I. 203.

<sup>27</sup> Dies ist in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt, aber folgt aus der Natur der Alimentenforderung. Vgl. §. 335 Note 6 und Dernburg S. 446; dagegen Krug S. 206, Sintonis S. 435 Note 50 a. E., Polzschußer III §. 247 Nr. 5.

<sup>28</sup> Welcher natürlich auch stillschweigend gegeben werden kann. Krug §. 82—84, Dernburg S. 440—444. Vgl. Seuff. Arch. I. 336, IV. 214, IX. 246, XIV. 222, XV. 216.

durch die Bestimmung des ein Forderungsrecht begründenden Erblässers und Richters<sup>30</sup>.

#### d) Zufälliges.

#### §. 351.

1. Die im Vorstehenden entwickelten Grundsätze gelten ganz ebenso, wie für Forderungen, auch für dingliche Ansprüche<sup>1</sup>.

2. Es kann auch compensirt werden durch den Vertrag der Parteien<sup>2</sup>. Der Compensationsvertrag ist eine Form des Erlaßvertrages; er ist ein gegenseitiger Erlaßvertrag, in welchem Erlaß gegen Erlaß eingetauscht wird<sup>3</sup>. Besondere Eigenschaften von Forderung und Gegenforderung sind für denselben nicht erforderlich<sup>4, 5</sup>.

<sup>30</sup> Ausdrückliche oder stillschweigende. Wer eine Forderung begründen kann oder nicht begründen kann, kann ihr auch eine größere oder geringere Kraft verleihen. Vgl. Dernburg S. 444—446.

<sup>1</sup> Ausdrücklich anerkannt von Justinian in l. 14 pr. C. h. t. „Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter eos observanda“. Vgl. über die verschiedenen Auffassungen dieser Stelle Dernburg §. 37, Ubbelohde §. 27, und die daselbst Citirten. Ueber das frühere Recht: Dernburg §. 34—36.

<sup>2</sup> Krug §. 3. 29, Brinz Compens. §. 41—43, Dernburg §. 52, Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 164 fg. — Der Compensationsvertrag wird in den Quellen nicht häufig erwähnt. Vgl. l. 4 D. qui pot. 20. 4, l. 47 §. 1 l. 51 §. 1 l. 52 §. 1 D. de pact. 2. 14, l. 76 D. de V. S. 50. 16. Ueber l. 13 C. h. t. s. Krug S. 86, Dernburg S. 495.

<sup>3</sup> Brinz a. a. D. ist der Meinung, daß dieser gegenseitige Erlaß bereits nach römischem Recht auch ohne Form die beiden sich gegenüberstehenden Obligationen direct aufgehoben habe. Ich halte das nicht für richtig. Krug S. 87 stellt den Compensationsvertrag unter den Gesichtspunkt der in solutum datio. Bethmann-Hollweg S. 87 stellt in demselben eine abgetheilte Zahlung.

<sup>4</sup> A. M. Brinz a. a. D. S. 150.

<sup>5</sup> Anwendung des Compensationsvertrages in der Contocurrentberechnung zwischen Kaufleuten: Eßl Handelsr. I §. 113. II. — Contraction: Aufrechnung mit einer Forderung, die man gegen seinen Gläubiger durch eine vorübergehende Novation erworben hat. A ist Schuldner des C und Gläubiger des B, welcher seinerseits Gläubiger des C ist. An die Stelle der Obligationen zwischen A und B und zwischen B und C wird durch Novation eine Obligation zwischen A und C gesetzt, und nun rechnen A und C gegen einander auf. Eßl Handelsr. I §. 134—136.

3. Von dem Compensationsrecht verschieden ist das Retentionsrecht. Durch das Retentionsrecht soll nicht ein Anspruch des Gegners beseitigt, sondern der Gegner zu einer eigenen Leistung genöthigt werden; es besteht in der Befugniß, eine Leistung, zu welcher man an und für sich verpflichtet ist, zurückzubehalten, bis der Fordernde seinerseits einem Ansprüche, welchen wir gegen ihn erheben, Genüge geleistet hat<sup>6</sup>.

3. Zusammenkommen von Forderung und Schuld in derselben Person\*.

### §. 352.

Das Forderungsrecht wird ferner dadurch aufgehoben, daß Forderung und Schuld in derselben Person zusammenkommen<sup>1</sup>, was namentlich durch Erbgang geschehen kann<sup>2</sup>. Der Grund der Aufhebung ist der sehr natürliche, daß Niemand ein Recht gegen

<sup>6</sup> Das Retentionsrecht kann aus den verschiedensten Gründen zustehen, vgl. z. B. I §. 190 Note 2. 3, I §. 234 Note 1, §. 321 Note 2. 22, I. 94 pr. D. de sol. 46. 3. Eine gemeinsame Theorie für alle diese Fälle läßt sich nicht aufstellen. (Vgl. Windscheid krit. BSchr. I S. 127). Nichtsdestoweniger ist eine Gesamtbearbeitung der Lehre vom Retentionsrecht oft versucht worden, von Schenk (die Lehre vom Retentionsrechte, 1837), Luden (das Retentionsrecht, 1839), Orsilloff (zur Lehre vom Retentionsrecht, 1858); f. auch Prenz in Welke's Rep. IX S. 377 fg., Jaun Arch. f. pract. RW. IV S. 869 fg.; Dernburg S. 13 fg. Vgl. auch Senff. Arch. IX. 279, XI. 146. — Ueber und gegen die Ansicht von Brinz (Compens. S. 54 fg. S. 110 fg. S. 142 fg., Lehrb. S. 646 fg.), daß Justinian in l. 11 C. h. t. ein eigenthümliches, aus Compensation, Retention und Wiederklage gemischtes Institut geschaffen habe, f. Arnbt's §. 264 Note 7, Dernburg S. 195 fg., Sangerow S. 379. 386, Ibbelohde S. 169 fg. — Beseitigung der Retentionsklare durch Anbieten von Caution? Senff. Arch. XVI. 94, XVII. 2.

\* Sirtanner Blrgschaft S. 504 fg., Runge die Obligation etc. §. 51, Fitting Correalobligation §. 17—21, Baron Gesamtrechtsverhältnisse §. 31. 32. Unterholzner §. 262, Sintenis II S. 463. 464.

1 — „cum in eandem personam ius stipulantis promittentisque devenit“ (l. 107 D. de solut. 46. 3). Die Quellen sprechen in diesem Falle von Aufhebung des Forderungsrechts durch confusio. L. 75 D. de solut. „Sicut acceptatio in eum diem praecedentes perimit actiones, ita et confusio; nam si debitor heres creditori existit, confusio hereditatis perimit petitionis actionem“.

<sup>2</sup> Ebenso durch Gesamtnachfolge anderer Art. Aber auch ohne Gesamtnachfolge. Ein interessanter hierher gehöriger, freilich heutzutage nicht mehr practischer Fall in l. 7 §. 1 D. de stip. serv. 45. 3 (Note 5). S. auch l. 38 §. 1 D. de leg. 10 30.

sich selbst haben kann<sup>3</sup>; das Resultat der Aufhebung aber ist, wie bei der Compensation, daß der Gläubiger eine entsprechende Befreiung hat: bei der Compensation wird er von einer Schuld befreit, welche er gegen einen Andern hat, hier wird er von einer Schuld befreit, welche er gegen einen Andern haben würde, wenn er nicht selbst der Gläubiger wäre<sup>4</sup>.

Das Forderungsrecht wird dadurch aufgehoben, daß For-

<sup>3</sup> Also derselbe Grund, weswegen „nulli res sua servit“ (I §. 200 Note 4, I §. 215 Note 9). Deswegen geht das Forderungsrecht nicht unter, wenn neben dem Schuldner, welcher mit dem Gläubiger, neben dem Gläubiger, welcher mit dem Schuldner zusammengefallen ist, noch ein zweiter Schuldner bez. Gläubiger vorhanden ist, l. 71 pr. D. de Adal. 461 (§. 296 Note 9). — Uebereinstimmend in Betreff des Grundes der Aufhebung Fitting und Baron a. a. O. (s. jedoch auch Note 5). Sangerow (III S. 308) führt die Wirkung der confusio auf die durch dieselbe bewirkte Unmöglichkeit der Ausübung des Forderungsrechts zurück, und folgert daraus, daß sie das Forderungsrecht nicht objectiv zerstört; dagegen Fitting S. 106—107. Ueber die Meinung (Sirtanner), welche die confusio kraft einer in derselben liegenden Erfüllung wirken läßt, s. die folgende Note a. C.

<sup>4</sup> Aus diesem Grunde ist hier die confusio auch in der äußeren Anordnung mit der Compensation zusammengestellt worden, was gewöhnlich nicht geschieht (s. jedoch Senffert §. 290). Der Gesichtspunkt der Compensation wird geradezu angelegt in l. 33 D. sol. matr. 24. 3. Gewöhnlich aber drücken die Quellen den im Text bezeichneten Gedanken dadurch aus, daß sie die confusio in ihrer Wirkung der solutio gleichstellen. L. 21 §. 1 D. de lib. leg. 34. 2: — „confusioe perinde extinguitur obligatio, ac solutio“. L. 50 D. de Adal. 46. 1: — „obligatio ratione confusionis intercidit, aut, quod est verius, solutionis potestate“. L. 71 pr. sol., l. 41 §. 2 D. de evict. 21. 2, l. 96 §. 2 D. de solut. 46. 3. In der That, der Gläubiger-Schuldner hat nach der confusio den Gegenstand der Obligation in seiner Eigenschaft als Gläubiger, kraft seines Forderungsrechtes; denn wäre er nicht Gläubiger, so müßte er die Leistung, welche er nun behält, einem Andern machen. Daraus gehen die Quellen auch wichtige Konsequenzen. a) Der Gläubiger, welcher verpflichtet ist, den Gegenstand seiner Forderung einem Dritten heranzugeben, wird von dieser Verpflichtung nicht dadurch frei, daß er seine Forderung durch confusio verliert, l. 33 D. sol. matr. 24. 3. b) Umgekehrt verliert der Schuldner ein ihm zustehendes Negativrecht dadurch nicht, daß er durch confusio frei wird, l. 41 §. 2 D. de evict. 21. 2, l. 11 D. mand. 17. 1 (im Fall der l. 21 §. 5 D. de Adal. 46. 1 verliert der frei werdende Schuldner das Forderungsrecht nicht, weil es in der Person eines Mitschuldners fortbauert). c) Bei der Berechnung der falcidischen Quart wird von dem Bestand der Erbschaft abgezogen, was der Verstorbenen dem Erben, hinzugerechnet, was der Erbe dem Verstorbenen schuldig war, l. 6 pr. C. ad leg. Falc. 6. 50, l. 1



berung und Schuld in einer und derselben Person zusammenkommen. Dieß setzt voraus, daß die Forderung auf den Schuldner, die Schuld auf den Gläubiger wirklich übergegangen sei; eben durch den Uebergang gehen sie unter, weil sie dadurch in eine Lage kommen, in welcher sie nicht bestehen können. Das Verhältniß ist dagegen nicht etwa so zu denken, als könnte die Forderung auf den Schuldner, die Schuld auf den Gläubiger gar nicht übergehen, und sie gingen deswegen unter, weil sie anderweitig nicht bestehen könnten<sup>1</sup>. —

Zusammenfallen mehrerer Gläubiger, welche Dasselbe zu fordern haben, oder mehrerer Schuldner, welche Dasselbe schuldig sind, ändert an dem bestehenden Rechtsverhältniß nichts<sup>2</sup>.

#### A. Novation.

##### a. Begriff und Wirkung.

### §. 353.

In der Novation<sup>1</sup> wird das Forderungsrecht aufgehoben durch

§. 18 l. 54 D. eod. 35. 2. d) Eine gleiche Ab- und Zurechnung findet Statt, wenn die Erbschaft einem Dritten herausgegeben werden soll, l. 2 §. 18 D. de her. vend. 18. 4. l. 27 §. 11 l. 80 D. ad. 80. Treb. 86. 1. l. 58 pr. eod. — Man darf aber nicht beschwören, weil die confusio wie solutio wirkt, sagen, daß der Grund ihrer Wirkung eine — vom Recht als geschehen angenommene — Erfüllung sei. Diese Verwechslung hat Girtanner a. a. D. gemacht.

<sup>2</sup> Also bei confusio in Folge des Erbanges, weil der bisherige Gläubiger bez. Schuldner nicht mehr vorhanden sei. Dieß ist die Meinung von Baron. Wie er dieselbe zu begründen sucht, muß man bei ihm selbst nachlesen. Widerlegt wird sie, wenn auch die in der vorigen Note angeführten Quellenentscheidungen sich mit ihr vereinigen lassen müßten, durch die bereits genannte (Note 2) l. 7 §. 1 D. de stip. serv. 45. 3, die ihres sehrreichen Inhalts wegen hier abgedruckt sein mag. „Si servus communis ab uno ex sociis stipulatus sit, et quidem nominatim alteri socio, et soli debetur. Sin autem sine ulla adiectione pure stipulatus sit, tolluntur partes et servus ceteris sociis praeter eam partem, ex qua promissor dominus esset, acquirit“. Und doch „persona servi communis eius conditionis est, ut in eo, quod alteri ex dominis potest acquirere, alter non potest, pariter habeatur, ac si eius solus esset, cui acquirandi facultatem habet“ (l. 1 §. 4 eod.).

<sup>1</sup> L. 18 D. de duob. reis 45. 2, l. 5 D. de fidei. 46. 1, l. 93 D. de solut. 46. 3 (§. 208 Note 12). Anders nur, wenn Hauptschuldner und Bürge zusammenfallen. S. die Lehre von der Bürgschaft.

\* Dig. 46. 2 Cod. 8. 42 de novationibus et delegationibus. — Siehe die

den Willen des Gläubigers; aber dieser Wille ist nicht gerichtet auf unmittelbare Aufhebung des Forderungsrechtes, in welchem Falle ein Erlass vorliegen würde, sondern darauf, daß es aufgehoben werden solle durch ein an seine Stelle gesetztes neues. Erst durch die Entstehung des neuen Forderungsrechtes wird das alte wirklich aufgehoben, und also nicht aufgehoben, ohne daß der Gläubiger für dasselbe ein entsprechendes Equivalent erhält<sup>3</sup>.

Stipulation und das einfache Versprechen S. 156—343 (1840). Uebrig die formellen Verträge x. S. 148 fg. S. 229 fg. (1845). Fein Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation S. 28—47 (1850). Bähr die Anerkennung §. 12 (1855). Runge die Obligation x. §. 33. 48—64 (1856). Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 117—129 (1858). Girtanner die Stipulation S. 231 fg. (1859). Kniep Einfluß der bedingten Novation auf die Obligation (1860) [darüber Windscheid krit. VJchr. II S. 242—251 und Runge Schletter's Jahrb. VIII S. 101—104]. Römer die bedingte Novation (1863). v. Salpinx Novation und Delegation nach römischem Recht (1864). Unterholzner I S. 621—631, Sinteris II §. 105.

<sup>1</sup> Der römische Ausdruck „Novation“ wird hier beibehalten. Es liegen nahe und sind versucht worden die deutschen Ausdrücke: „Schuldneuerung“, „Schuldänderung“, „Schuldverwandlung“. Aber es scheint mir bedenklich, der Ungenauigkeit der Auffassung, welche dem Ausdruck „novatio“ zu Grunde liegt (Note 10), durch diese deutschen Ausdrücke eine neue Aus- und Einprägung zu geben.

<sup>2</sup> Aus diesem Grunde würde die Novation eine Form der Befriedigung (satisfactio) sein, wenn sie es nicht schon deswegen wäre, weil in ihr der Gläubiger sein Forderungsrecht mit seinem Willen verliert. Vgl. l. 9 §. 3 l. 10 l. 11 §. 1 D. de pign. act. 13. 7.

<sup>3</sup> Die Novation ist eine selbständige Aufhebungsart von Forderungsrechten. Sie darf nicht etwa auf den Gesichtspunkt der Leistung an Erfüllungsort jurisdigeführt werden, wie mit größerer oder geringerer Entschiedenheit thun Savigny Obl. I S. 167, Fitting Correalobl. §. 9, Windscheid krit. VJchr. III S. 169; dawider Baron Gesamtrechtsverhältnisse S. 324 fg. Mit der Leistung an Erfüllungsort hat sie das gemein, daß auch in ihr der Gläubiger statt dessen, was er zu fordern hat, etwas Anderes erhält, womit er zufrieden ist (vgl. l. 31 §. 1 D. h. t.: — „eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus“). Aber das tilgende Moment in der Leistung an Erfüllungsort ist, daß der Gläubiger erhalten hat, in der Novation der Wille des Gläubigers, welcher das neue Forderungsrecht als Werkzeug für seine Action benützt. Noch weiter geht Girtanner Stipul. S. 231; derselbe sieht in der Novation sogar eine wirkliche Erfüllung: es werde in ihr der Gegenstand der Obligation als Erfüllung angenommen und gleichzeitig wieder creditirt. — Ebenjowenig darf die Novation als Erlass

Das an die Stelle des bestehenden Forderungsrechtes gesetzte neue kann sich von dem alten unterscheiden durch den Inhalt der Leistung<sup>a</sup>, durch die Person des Schuldners oder des Gläubigers<sup>b</sup>, durch Nebenbestimmungen<sup>c</sup>, möglicherweise auch durch Nichts<sup>d</sup>, als eben dadurch, daß es ein neu begründetes, und daher, obwohl dem früheren Forderungsrecht vollkommen gleich, doch mit demselben nicht identisch ist<sup>e</sup>. Tritt durch Novation ein neuer Schuldner ein, so nennt man das heutzutage, wenn der Eintritt aus eigenem Antrieb, nicht auf Weisung des bisherigen Schuldners geschieht, *Expromission*<sup>g</sup>. Das Eintreten eines neuen Schuldners

gedacht werden. Die Novation ist einseitlicher Act, nicht Aufhebung mit gleichzeitiger Begründung, auch nicht Aufhebung um der Begründung willen (v. Salpius, s. namentlich S. 273. 339. 439), sondern Aufhebung durch Begründung.

<sup>a</sup> L. 28 D. h. t., l. 8 C. h. t. (v. quantitatem augendam vel minuendam), l. 58 D. de V. O. 45. 1.

<sup>b</sup> §. 3 I. quib. mod. toll. 3. 29, l. 8 §. 5 l. 20 D. h. t. — v. Salpius (S. 66) behauptet, daß die Novation mit Veränderung des Gläubigers im Justinianischen Recht verschwunden, näher: durch die Cession absorbiert worden sei, indem er nämlich auch bei der Cession nicht Aufrechterhaltung der Identität der alten Obligation annimmt (§. 329 Note 10 gegen Ende). Die Quellenstellen, welche von Novation mit Wechsel des Gläubigers handeln, glaubt er als Antiquitäten bei Seite schieben zu können.

<sup>c</sup> §. 3 I. cit., l. 8 C. cit., l. 5 l. 8 §. 1 D. h. t.

<sup>d</sup> Wenn es in §. 3 I. cit. heißt: „Sed si eadem persona sit, a qua stipulor, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit“, so ist das lediglich gesagt mit Rücksicht auf die Frage, ob Novationsabsicht anzunehmen sei (§. 354 Note 13).

<sup>e</sup> Bei den Römern war diese Anwendung der Novation besonders wichtig zu dem Ende, um für die Acceptilation die nötige Unterlage zu gewinnen, §. 1 I. quib. mod. toll. 3. 29 (§. 357 Note 9). Eine wichtige Anwendung des heutigen Rechts ist die, wo für eine vorhandene Geldschuld ein Wechsel aufgestellt wird (§. 354 Note 15 a. C.).

<sup>g</sup> Die Römer gebrauchen die Ausdrücke *expromittore*, *expromissor* zur Bezeichnung einer jeden Novation; sie wenden dieselben auch an a) wenn der neu eintretende Schuldner auf Weisung des alten Schuldners eintritt (z. B. l. 22 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 53 D. de contr. emt. 18. 1, l. 4 §. 3 D. de re iud. 42. 1); b) auch wenn kein neuer Schuldner eintritt, sondern nur der Gläubiger geändert wird (z. B. l. 36 D. de I. D. 28. 3, l. 31 §. 3 D. de m. e. don. 39. 6); c) selbst dann, wenn weder Schuldner noch Gläubiger geändert wird (z. B. l. 20 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 19 §. 4 D. de don. 39. 5. Da noch mehr, die genannten Ausdrücke haben nicht einmal eine

in Folge einer Ueberweisung durch den bisherigen Schuldner, so wie das Eintreten eines neuen Gläubigers in Folge einer Ueberweisung des Schuldners durch den bisherigen Gläubiger, fällt unter den Begriff der Delegation (Ueberweisung)<sup>h</sup>.

Durch die Novation wird das Forderungsrecht aufgehoben, nicht etwa bloß umgestaltet<sup>i</sup>, und zwar direct aufgehoben<sup>l</sup>.

notwendige Beziehung auf Novation überhaupt (s. z. B. l. 8 §. 8 D. ad SC. Vell. 16. 1).

<sup>h</sup> Vgl. §. 412 Note 2. Die Quellen gebrauchen die Ausdrücke *delegatio*, *delegare* in voller Allgemeinheit für jede Ueberweisung eines Schuldners, mag der Zweck der Ueberweisung Tilgung einer bestehenden Schuld sein oder irgend ein anderer, wie z. B. Schenkung, Mitgiftbestellung etc., und mag der Ueberwiesene Schuldner des Ueberweisenden sein; oder nicht. Vgl. z. B. l. 11 pr. D. h. t., l. 18 §. 1 D. de m. e. don. 39. 6, l. 41 D. de re iud. 42. 1, l. 4 §. 21 D. de doli exc. 44. 4, l. 11 C. de don. 8. 54. Sie nennen ferner *delegatio* nicht bloß die Ueberweisung zum Sichverpflichten, sondern n auch die Ueberweisung zum Zahlen, z. B. l. 7 C. h. t. Sodann: *delegatio* wird genannt sowohl die Ueberweisung als solche (z. B. l. 17 D. h. t.), als die in Folge derselben eingetretene Novation (z. B. l. 11 D. l. 3 C. h. t.). Am Besten handeln von der Delegation *L'Esp. Handelsrecht* I §. 128 — 132 (dieser jedoch mit Beschränkung der Delegation auf die Ueberweisung zum Sichverpflichten), und v. Salpius a. a. O. S. 1—130. Namentlich der Letztere betont mit Energie und gewiß mit Recht, daß Delegation an und für sich mit der Novation nichts gemein habe. Auch wo zum Sichverpflichten, und zum Zweck der Tilgung einer Schuld, oder auf Schuld, delegiert wird, ist eine Novation nicht erforderlich, um den Liberationseffect herbeizuführen. Derselbe tritt schon ein nach dem Gesichtspunkt der *datio in solutum* (§. 342 Note 15. 38<sup>a</sup>). Aber bei der Behandlung der von der Delegation rühenden Quellenstellen geht v. Salpius in der Annahme des Ausschusses des Novationsgesichtspunktes gewiß zu weit. Vgl. l. 4 l. 21 l. 27 l. 31 §. 1 D. l. 2. 3 C. h. t. — Die Ueberweisung zum Sichverpflichten kann übrigens nach heutigem Recht nicht bloß durch Novation vollzogen werden, sondern auch durch Schuldübernahme (§. 338). Vgl. l. 11 §. 1 D. h. t. „Et autem delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem“.

<sup>i</sup> Auf der Vorstellung einer bloßen Umgestaltung beruht der Ausdruck *novatio* und seine Erklärung in l. 1 pr. D. h. t. „Novatio est prioris debiti in aliam obligationem . . . transfusio et translatio“, vgl. auch l. 34 §. 2 D. cod., *Gai. III. 176*, §. 3 I. quib. mod. toll. 3. 29, l. 27 §. 3 D. de min. 4. 4, l. 17 pr. l. 19 §. 5 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 5 pr. D. quando ex facto tut. 27. 9, l. 60 D. de fidei. 46. 1. Diese Vorstellung ist aber keine genaue: sie faßt das früher Gewesene und das jetzt Vorhandene als Eines beschreiben zusammen, weil das Letzte an die Stelle des Ersten getreten ist. Deswegen aber, weil das Neue statt des Alten, nicht neben dem Alten

## b. Voraussetzungen.

## §. 354.

Die Voraussetzungen der Novation sind im Allgemeinen bereits angegeben worden: Begründung eines Forderungsrechts in der Absicht, dadurch ein anderes bestehendes zu ersetzen.

1. Begründung eines Forderungsrechtes. Dieselbe erfolgt durch Vertrag; einer Form bedarf dieser Vertrag nach heutigem Rechte so wenig, wie irgend ein anderer Vertrag'. Abgeschlossen

ist, ist es nicht weniger ein Anderes. — In der neueren Zeit hat man es versucht, jenen Quellenansprüchen dadurch gerecht zu werden, daß man in verschiedenen Wendungen den Satz aufgestellt hat, die neue Obligation werde, obgleich eine neue, doch aus dem Stoff der alten gebildet (Lieber: aus dem Rechtsstoff der alten; Kunze: aus dem Vermögensstoff der alten [vgl. §. 262 Note 1 und Windscheid die Actio r. c. §. 178. 179]; Römer: die bisher geschuldete Leistung werde als solche Gegenstand der neuen Obligation, s. auch J. Christian an sen Instit. d. röm. R. §. 482. 483, Keller Pand. §. 533) — eine Auffassung, welche sich bei Lieber stellenweise dahin steigert, daß er geradezu Einheit der neuen und der alten Obligation annimmt. Ich halte auch diese Auffassung nicht für zutreffend. Die neue Obligation ist rein durch den Begründungswillen geschaffen; ihre Existenz beruht rein auf diesem Willen, nicht auf diesem Willen und der alten Obligation. Der Begründungswille schafft eine Obligation eben statt einer anderen, aber bestimmen nicht aus einer anderen.

<sup>11</sup> Die Quellen sprechen von Aufhebung der Obligation schlecht hin; nirgends wird gesagt, daß dieselbe nur *ops exceptionis* eintrete. In l. 31 §. 1 D. h. t. wird *novatio* und *solutio* zusammengestellt. S. auch l. 21 §. 3 D. de ann. 88. 1: — „In his summis, quae per numerationem vel novationem solutae sunt“ (wo das *solvens* kaum anders als von der Novationswirkung als solcher verstanden werden kann, während es allerdings in l. 8 §. 3 D. ad 80. Vall. 16. 1, vgl. l. 82 D. de R. C. 12. 1, l. 5 l. 8 §. 5 D. ad 80. Vall. 1. 18 D. de fidei. 46. 1 auf die in der Verschaffung eines neuen Schuldners, in l. 37 §. 4 D. de op. lib. 88. 1, vgl. l. 21 §. 1 D. de don. 39. 5, auf die in dem Verprechen für den Gläubiger, mit oder ohne Novation, liegende Vermögenszuwendung geht, [vgl. §. 342 Note 16. 38, Fitting Correalobl. §. 51 Note 57, Arndts §. 268 Anm. 8, und in diesem §. Note 9 gegen das Ende]). — Folgen der Aufhebung: l. 15. 18. 27. 29 D. h. t., l. 4 C. de fidei. 8. 41.

§. 354. <sup>1</sup> Nach römischem Recht war Stipulation erforderlich (l. 11 §. 1 D. h. t.: „*novari verba*“). Da wir nun heutzutage keine Stipulation mehr haben, so hat man gefragt, ob damit nicht die ganze Novation weggefallen sei. Man hat

wird derselbe entweder von dem novirenden Gläubiger selbst, mit dem alten oder mit einem neuen Schuldner, oder von einem Dritten, der sich auf Geheiß des novirenden Gläubigers zum Gläubiger des alten Schuldners macht<sup>2</sup>. Daß das durch den Novations-

diese Frage aufgeworfen auf Grund der Auffassung, daß der heutige formlose Vertrag der römischen Stipulation nicht entspreche, weil die letztere s. g. Formalcontract gewesen sei, was jener nicht sei; d. h. weil die Stipulation zu ihrer Gültigkeit keiner materiellen causa bedurft habe, während der formlose Vertrag eine solche nicht enthalten könne (§. 318 Nr. 2, §. 319). Auf Grund dieser Auffassung leugnet namentlich Oestl. a. a. O. §. 229 die Geltung der Novation für das heutige Recht unbedingt; ebenso Förster Preuss. Privatrecht I §. 593 fg., s. auch die das. Anm. 1 Citirten. Andere, wie Keller Pand. §. 537. 538, Baron Gesamtrechtsverhältnisse §. 384, beschränken die Geltung der Novation auf diejenigen Verträge, welche sie auch für das heutige Recht als Formalcontracte anerkennen, wie z. B. den Wechselvertrag. Umgekehrt schließt Bähr aus der unbedingten Geltung, in welcher die Novation als practisches Institut stehe, daß auch der heutige formlose Vertrag die Fähigkeit habe, Formalcontract zu sein. Für diese letztere Ansicht habe auch ich mich oben (§. 318 Nr. 2) ausgesprochen. Was aber den Novationsvertrag angeht, so ist in erster Linie festzuhalten, daß derselbe nicht notwendig reiner Vertrag (Formalcontract) ist; es hindert nichts, die Aufhebung der bestehenden Obligation als Bestimmungsgrund in denselben aufzunehmen, und ihn dadurch zu einem materiell individualisirten Vertrag zu machen. Vgl. die folgende Note. Noch weiter geht — gewiß mit Unrecht — v. Sulpiz §. 77, indem er in dem Novationsvertrag schon dann einen materiellen Vertrag sieht, wenn derselbe nur den Inhalt der neu zu begründenden Obligation aus dem Inhalt der bestehenden bestimmt, und daraus, indem er nämlich annimmt, daß es bereits im Justinianischen Recht nur einen Novationsvertrag dieser letzteren Art gebe (§. 355 Note 1<sup>a</sup>), die Geltung der Novation für das heutige Recht deducirt.

<sup>2</sup> L. 20 pr. D. h. t. „*Novare possumus aut ipsi . . . aut per alios qui voluntate nostra stipulantur*“. Vgl. l. 8 §. 5 i. f. D. l. 4 C. h. t. — Welches ist der Bestimmungsgrund (die causa) des novirenden Vertrages? Man wird auf diese Frage keine einfache Antwort dürfen geben wollen. Für den alten Gläubiger und den alten Schuldner ist der Bestimmungsgrund kein anderer, als Erfay ihrer Forderung bez. Schuld durch eine andere. Dagegen werden der neu eintretende Gläubiger und der neu eintretende Schuldner zu dem Vertragsabschluss durch ihr Verhältnis zum alten Gläubiger bez. alten Schuldner bestimmt, und darnach kann ihr Bestimmungsgrund von der verschiedensten Art sein. Von der andern Seite ist es aber auch möglich, daß der mit ihnen contrahirende (alte) Schuldner bez. (alte) Gläubiger im Contrahiren seinen Bestimmungsgrund, Aufhebung der bestehenden Obligation, darlegt, und sie darauf hin ihn zum Schuldner bez. Gläubiger annehmen. Dann

vertrag begründete Forderungsrecht auch ein klagbares sei, ist an und für sich nicht erforderlich<sup>2</sup>; jedoch kann von den im heutigen gemeinen Recht anerkannten Fällen der klaglosen Forderungsrechte hier nur der in Betracht kommen, wo ein Geschlechtsun-

acceptiren sie seinen Bestimmungsgrund, und so ist auch für sie der Bestimmungsgrund zum Vertrag die Aufhebung der bestehenden Obligation, und der aus ihrem Verhältnis zum alten Gläubiger bez. Schuldner entnommene Grund wird zum Grund des Grundes. Daß der Novationsvertrag seine causa in der Novationsabsicht habe, lehren ohne Beschränkung Runge S. 253. 254, Sintenis S. 448 in der Note, Bruns Zeitschr. f. Rechtsw. I S. 116, Römer §. 27, mit Beschränkung (jedoch anders, als hier) Schlesinger S. 118 fg., Kniep S. 127 fg. Nach v. Salpius §. 77 ist der Bestimmungsgrund des Novationsvertrages, wenn kein Wechsel der Personen stattfindet, die Absicht, dem Gläubiger ein neues Obligationsfundament zu verschaffen („Agnition“), obgleich v. Salpius doch selbst lehrt, daß diese Absicht auch durch accessorischen Vertrag realisiert werden könne. — Jedenfalls geht aus dem Gesagten hervor, daß, sobald der Novationsvertrag aufhört, keiner Vertrag zu sein, d. h. seinen Bestimmungsgrund mit in sich hineinnimmt, dieser Bestimmungsgrund kein anderer sein kann, als die Aufhebung der bestehenden Obligation. Es ist daher schwer zu begreifen, wie man die Frage hat aufwerfen können, ob nicht durch Novation eine Obligation in eine andere materiell charakterisierte verwandelt werden könne, z. B. eine Kaufobligacion in eine Darlehnsobligacion. Wenn ein Gläubiger mit seinem Schuldner ausmacht, daß derselbe, was er ihm aus irgend einem andern Grunde schuldig ist, als Darlehen behalten solle, so liegt hier im Sinne der Parteien 1) entweder ein wirkliches Darlehen vor, mit vorausgehender wirklicher Erfüllung, wobei nur das Hin- und Herzahlen erspart worden ist (l. 15 D. de R. C. 12. 1, — l. 6 O. si oert. 4. 2 hält entweder einen früheren Entwicklungsstandpunkt fest (vgl. §. 370 Note 11), oder ist von einem Fall zu verstehen, wo die Parteien ein wirkliches Darlehen nicht gemeint haben); oder 2) der Schuldner bekennt sich zum Darlehnschuldner lediglich in dem Sinne, um sich zum Schuldner überhaupt zu machen; er verspricht, obgleich er ein Darlehen nicht empfangen hat, sich behandeln zu lassen, als habe er ein Darlehen empfangen. Dann kommt eine Novation zu Stande; aber der Schuldner ist eben nicht Darlehnschuldner. Vgl. hierzu Sintenis S. 460, Bähr Jahrb. f. Dogm. II S. 425 fg., Römer a. a. D. S. 6 fg., §. Mitte krit. VJchr. VI S. 45; Senff. Arch. I. 386, IV. 149, V. 127, XIII. 17, auch XIV. 92. Sintenis a. a. D. behandelt den Fall, wo durch Aufhebung einer bestehenden Obligation eine andere materiell charakterisierte begründet wird, und die Novation als zwei verschiedene Zweige eines und desselben Institutes (jene unter dem Namen „Schuldverwandlung“, diese unter dem Namen „Schuldneuerung“).

<sup>2</sup> L. 1 §. 1 D. h. t. — „dummodo sequens obligatio aut civiliter tenet aut naturaliter“.

reifer ohne Beitritt des Vormundes sich verbindlich macht<sup>4</sup>. Selbst das hindert die Novationswirkung nicht, daß das durch den Vertrag begründete Forderungsrecht anfechtbar ist<sup>5</sup>. Jedoch hat in beiden Fällen, sowohl im Falle der Klaglosigkeit als der Anfechtbarkeit des neuen Forderungsrechtes, der alte Gläubiger, welcher die Mängel des neuen Forderungsrechtes nicht gekannt hat, jedenfalls einen Anspruch gegen den befreiten Schuldner auf Rückgabe des verlorenen Forderungsrechtes<sup>6</sup>; es kann auch sein, daß ihm das verlorene Forderungsrecht ohne Weiteres zurückgegeben wird<sup>7</sup>. Daß das neue Forderungsrecht ein befristetes ist, hemmt die Novationswirkung nicht<sup>8</sup>, wohl eine demselben hinzugefügte Bedingung<sup>9</sup>; jedoch bewirkt auch ein bedingtes Forderungsrecht,

<sup>4</sup> L. 1 §. 1 cit. fährt fort: — „ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit“. — Gai III. 176 stellt diesem Fall gleich den Fall des Versprechens einer Frau ohne tutoris auctoritas, aber auch den Fall des Versprechens post mortem (§. 316 Note 8). Dagegen spricht er auffallender Weise dem Versprechen eines Sklaven die novirende Kraft ab (vgl. übrigens auch Gai. III. 19); ebenso §. 3 I. quid. mod. toll. 3. 29, l. 30 §. 1 D. de pact. 2. 14. Theophrastus zu der genannten Institutionenstelle erklärt dieß daraus, daß zur Novation nicht bloß eine naturalis obligatio erforderlich sei, sondern auch eine Person: „ἀπρόσωπος δὲ παρὰ τοῖς νόμοις ὁ δόλιος“. Vgl. außerdem Schwaneck Naturoblig. S. 293 fg., Bähr S. 44 Note 10, Sittanner S. 239 fg., Römer S. 105, v. Salpius S. 147—151.

<sup>5</sup> S. die Stellen der Note 7; ferner l. 91 i. f. D. de sol. 46. 3. (Die doli mali praescriptio dieser Stelle steht der neuen Obligation entgegen, nicht der alten. Vgl. v. Salpius S. 150.)

<sup>6</sup> Vielleicht auch, nach Lage der Umstände, auf Verschaffen eines besseren Forderungsrechtes. Aber jedenfalls kann er geltend machen, daß die Voraussetzung ermaangelt sei, unter welcher er sein Forderungsrecht hingegeben habe. Vgl. l. 8 §. 8 D. ad SC. Vell. 16. 1 (welche Stelle übrigens nicht von einem Novationsfall handelt): — „potest ei condici, quasi non dedisset (sc. expromissorem); quid enim interest, non det, an talem det?“

<sup>7</sup> So wenn eine durch den Vellejanischen Senatsschluß geschlichtete Frau als neue Schuldnerin eintritt. S. (u. a.) l. 8 §. 11 l. 14 l. 32 §. 5 ad SC. Vell. 16. 1, l. 16 C. eod. 4. 29. Ferner erstreckt sich die dem neu eintretenden Schuldner ertheilte Wiedereinsetzung i. d. v. St. auch auf die Wiederherstellung des verlorenen Forderungsrechtes, l. 50 D. de min. 4. 4.

<sup>8</sup> L. 8 §. 1 D. h. t.: — „qui in diem stipulatur, statim novat, . . . cum certum sit, diem quandoque venturum“ (vgl. l. §. 96 Note 4). L. 5 eod.: — „constat, et stipulatione in diem facta novationem contingere, sed non statim ex ea stipulatione agi posse, antequam dies venerit“.

<sup>9</sup> L. 8 §. 1 cit. fährt fort: „at qui sub conditione stipulatur, non statim

daß die alte Forderung einstweilen nicht geltend gemacht werden kann<sup>10</sup>. — Ist die Absicht der Parteien darauf gerichtet, daß durch den neu abzuschließenden Vertrag das bestehende Forderungsrecht unter allen Umständen aufgehoben werden solle, so liegt für den Fall, wo derselbe ein Forderungsrecht nicht erzeugt, ein Erlaßvertrag vor<sup>11</sup>.

2. Absicht des Gläubigers, daß durch das neu zu begründende Forderungsrecht sein bestehendes aufgehoben werden solle<sup>12</sup>. Diese Absicht wird nicht vermutet; sie muß von demjenigen,

*novat, nisi conditio extiterit*. L. 14 pr. l. 24 eod. — S. über die bedingte Novation die oben bei \* citirten Schriften von Ruyter und Römer.

<sup>10</sup> Bis die Bedingung des Novationsvertrages ausgefallen ist. Was der bedingte Novationsvertrag schafft, ist nicht hinreichend, um die bestehende Obligation aufzuheben, aber es ist hinreichend, um sie in ihrer Wirksamkeit zu hemmen (I §. 89). Wenigstens ist dieß das Resultat, zu welchem das römische Recht gelangt ist; in der Entwicklung desselben sind aber beide extreme Meinungen vertreten, sowohl die, daß die bedingte Novation die bestehende Obligation sofort aufhebe, als die andere, daß sie gar nicht wirke. Vgl. Gai. III. 179, l. 26 D. de R. C. 12. 1, l. 80. 83 D. de I. D. 23. 3, l. 60 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6. — Der Satz, daß die bedingte Novation die alte Obligation in ihrer Wirksamkeit hemme, wird vielfach so ausgedrückt: die bedingte Novation mache die alte Obligation selbst zu einer bedingten, drücke ihr als Bedingung das Gegentheil ihrer eigenen Bedingung auf. Gegen diese Formulirung hat sich Römer a. a. O. S. 85 fg. erklärt; wie ich jetzt glaube, mit Recht. Würde die alte Obligation zu einer bedingten, so wäre sie aufgehoben, und dazu ist eben das von der bedingten Obligation Geschaffene nicht im Stande. Die angeführten Stellen widersprechen nicht, enthalten höchstens eine leicht erklärliche Ungenauigkeit der Ausdrucksweise. — Im Besonderen über den Einfluß der bedingten Novation auf den Verzug in der alten Schuld s. §. 281 Note 7. — Ueber Novation unter einer auflösenden Bedingung s. Römer a. a. O. §. 26.

<sup>11</sup> Vgl. l. 30 §. 1. 2 D. de pact. 2. 14, Gai. III. 179. Römer §. 11 und S. 104 fg., v. Salpius S. 157—159.

<sup>12</sup> Die Quellen sprechen von *animus novandi*. — v. Salpius S. 181 fg. hat auszuführen gesucht, daß im älteren Recht (bis zur Zeit des Papinian) eine Stipulation, welche den materiellen Gehalt einer bestehenden Obligation in sich aufgenommen habe, die Obligation novirt habe ohne allen *animus novandi*. v. Salpius hat sich durch die Analogie der processualischen Consumtion verführen lassen. Wie das *iudicium*, welches den materiellen Gehalt der Obligation in sich aufnimmt, dieselbe consumirt, so, schließt er, auch die Stipulation, welche das Gleiche thut. Aber für die Consumtionswirkung des *iudicium* läßt sich ein sehr triftiger Grund anführen, für die Consumtionswirkung der Stipulation absolut keiner. Wie sich der Verf. an den gegen

welcher sich auf dieselbe beruft, nachgewiesen werden<sup>13</sup>. Dagegen bedarf ihre Erklärung keiner bestimmten Form<sup>14</sup>; und auch das ist nicht nöthig, daß sie ausdrücklich erklärt werde<sup>15</sup>. Die sonstigen

ihm sprechenden Quellenzeugnissen vorbeizuwenden sucht, muß man bei ihm selbst nachlesen.

<sup>13</sup> Die klassischen römischen Juristen knüpften an eine Reihe von Fällen eine Rechtsvermutung zu Gunsten der Novationsabsicht an. Diese Vermuthungen hat Justinian in l. 8 C. h. t. aufgehoben. Vgl. Gai. III. 177. 178, §. 3 l. quib. mod. toll. 3. 29.

<sup>14</sup> Etwa des Gebrauchs des Wortes „Novation“ Vgl. l. 17 D. h. t. „*Delegata scriptura vel nuda, ubi fieri non potest, debitorem suum quis potest*“.

<sup>15</sup> Dieß ist ein sehr streitiger Punkt, und einer von den vielen leibigen Punkten in unserer Disciplin, über die voraussichtlich nie eine Einigung der Meinungen wird erzielt werden. Es handelt sich um die Auslegung der l. 8 C. h. t. Die im Text vertretene Ansicht beruht auf folgenden Erwägungen.

a) Ausgesprochenemassen war es Justinians Absicht, durch die gedachte Verfüllung die von den alten Juristen zu Gunsten der Novation aufgestellten Rechtsvermutungen zu beseitigen. Zur Erreichung dieser Absicht war es nicht erforderlich, hinzuzufügen, daß eine Novation auch bei stillschweigender Willenserklärung nicht sollte angenommen werden dürfen. b) Hiermit stimmen vollkommen überein die Worte, in welchen Justinian die eigentliche Meinung seines Gesetzes zusammenfaßt. „*Et generaliter definimus, voluntate solum esse, non lege novandum*“. Es sei nicht notwendig, sich gegen die Annahme einer Novationsabsicht ausdrücklich zu verwahren; nicht die Novationsabsicht verstehe sich von selbst, sondern das Gegentheil („*et hoc naturalibus (i. naturaliter) inesse rebus volumus, non verbis extrinsecus superimere*“). c) Dagegen paßt dazu schlecht der mittlere Theil der Stelle: es sei keine Novation anzunehmen, „*nisi ipsi specialiter remiserint quidem obligationem, et hoc expresserint, quod secundum magis pro anterioribus elegerint*“. Diese Worte von der Willenserklärung überhaupt gegenüber der Rechtsvorschrift, und nicht von der ausdrücklichen Willenserklärung zu verstehen, ist, wie nicht geleugnet werden kann, gezwungen. Jedoch ist es andererseits auch nicht unmöglich (vgl. l. 7 §. 3 D. ad leg. Falc. 35. 2 („*quocumque iudicio voluntatis cautio remitti potest*“). d) Bei diesem Widerstreit der Erwägungen muß, wie ich glaube, den Ausschlag geben, daß in den Pandekten noch überall das alte Recht vorgetragen wird: die Novation trete ein, wenn sie beabsichtigt sei („*si hoc actum est*“, vgl. l. 6 §. 1 D. de contr. om. 18. 1: „*in omnis et venditis potius id quod actum est, quam id quod dictum est, sequendum est*“). L. 2 l. 6 pr. l. 8 §. 1. 2. 3. 5 l. 26 D. h. t., l. 29 l. 31 §. 1 D. h. t. (In den beiden letzten Stellen wird ein *specialiter* id actum esse verlangt; *specialiter*: besonders, gerade das. Vgl. l. 10 pr. D. de neg. gest. 3. 5. liegt hier, wie häufig angenommen wird, eine Interpolation aus l. 8 C. h. t. vor, so ist damit ein directer Beweis für die hier vertretene Auslegung dieser Stelle erbracht: warum hat man sonst nicht foglich interpolirt: *specialiter expressum*?) Ganz die gleiche Auffassung, wie

Erfordernisse der Gültigkeit der Novationserklärung bestimmen sich nach den gewöhnlichen Regeln. Namentlich ist für dieselbe Handlungsfähigkeit des Gläubigers erforderlich<sup>10</sup>; wie sie andererseits auch von einem Nichtgläubiger, wenn dieser zur Vertretung des Gläubigers befugt ist<sup>11</sup>, oder der Gläubiger seine Genehmigung erteilt<sup>12</sup>, mit Gültigkeit abgegeben werden kann<sup>13</sup>. — Einwilligung des durch die Novation befreiten Schuldners ist nicht erforderlich<sup>20</sup>.

in den Pandekten, findet sich in den Institutionen §. 3 I. quid. mod. toll. 3. 29 und bei Theophrastus zu dieser Stelle. — Vgl. für die hier vertretene Ansicht namentlich v. Höhr in Magazin f. RW. und Gesetzgeb. IV S. 27—34 (1820) und Fein a. a. O. S. 28—34; für die entgegengesetzte Ansicht Hopp Arch. f. civ. Pr. XV. 11 (1832), Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IX. 5 (1836) und Lehrb. II S. 455 Note 25, und besonders Grotensd Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 10 (1855). Weitere Literaturangaben bei Fein (a. a. O.), Bangerow III §. 619, Holzschuher III §. 248 Nr. 1. v. Salpius (S. 261 fg.), welcher ebenfalls keine ausdrückliche Erklärung der Novationsabsicht für nötig hält, bezieht die Justinianische Verordnung auf die Aufhebung der noverandi Kraft der alten, ohne animus novandi wirkenden Stipulationsformeln (Note 12). Die neuere Praxis schwankt, wie die Doctrin. Für die hier vertretene Ansicht: Seuff. Arch. VI. 175. 262; darüber das. IV. 106 (S. 182), VII. 167; vermittelnd das. XIII. 17. S. noch VIII. 159, XII. 144. — Ueber die spezielle Frage, ob oder wann annehmen sei, daß in der Ausstellung, Indossament oder Acceptation eines Wechsels eine Novation liege, s. namentlich Kunze Wechsels. S. 72—84 und die daselbst Citirten; Seuff. Arch. II. 88. 89, VIII. 288, IX. 63, XI. 275, XVI. 207. — Kann auch in der Abrechnung möglicherweise eine Novation liegen? Bejahend Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 173 fg. Ich glaube, daß, wenn die Abrechnung den Sinn hat, daß die berechneten Forderungen getilgt sein sollen, nur ein Compensationsvertrag (§. 351 Nr. 2) angenommen werden darf.

<sup>10</sup> L. 20 §. 1 D. h. t. „Pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare...“ L. 8 I. 9 pr. eod.

<sup>11</sup> L. 20 §. 1 cit. (Note 16) fährt fort: — „tutor potest, si hoc pupillo expellat, item procurator omnium bonorum“ L. 34 §. 1 D. h. t.

<sup>12</sup> Vorher oder nachher. L. 22 D. h. t. In der Anweisung an den Schuldner, oder der dem Schuldner eingeräumten Befugniß, an einen Dritten zu leisten, liegt die Verleihung der Novationsbefugniß an diesen Dritten nicht. L. 21 I. 10 D. h. t.

<sup>13</sup> Die Regel her l. 10 D. h. t. „Cui recte solvitur, is etiam novare potest“ ist auch abgesehen von der in der Stelle selbst für den solutio causa adiectas gemachten Ausnahme nicht durchgreifend; s. l. 25 D. h. t., l. 16 I. 34 pr. eod., l. 27 pr. D. de pact. 2. 14.

<sup>20</sup> L. 8 §. 5 I. f. D. h. t., l. 91 D. de solut. 46. 3.

## c. Die begründende Seite der Novation.

## §. 355.

Faßt man die begründende Seite der Novation in's Auge, so entsteht die Frage, ob der Novationsvertrag in gleicher Weise, wie er ein Forderungsrecht nur dann aufhebt, wenn er ein neues begründet, so auch ein neues nur dann begründet, wenn er ein bestehendes aufhebt. Diese Frage ist unbedingt für den Fall zu bejahen, wo der Novationsvertrag die Novationsabsicht als bestimmend für seinen Inhalt in sich aufgenommen, und sich dadurch zu einem individuell charakterisirten Vertrag erhoben hat<sup>1</sup>. Thut der Novationsvertrag dieß nicht, so ist weiter zu unterscheiden<sup>2</sup>.

1. Der Novationsvertrag nimmt auf das aufzuhebende Forderungsrecht wenigstens in der Weise Rücksicht, daß er sich auf den Inhalt desselben bezieht; er bestimmt den Inhalt des durch ihn zu begründenden Forderungsrechtes durch Verweisung auf den Inhalt des aufzuhebenden<sup>3</sup>. In diesem Fall erzeugt der Novationsvertrag ein Forderungsrecht nur in soweit, als er ein aufzuhebendes vorfindet<sup>4</sup>. Dagegen thut es der begründenden

<sup>1</sup> In soweit Jemand nach heutigem Recht es für nötig hält, daß der Novationsvertrag dieß thue, ist für ihn mit dem aufgestellten Satz die aufgeworfene Frage erledigt. Vgl. Schlesinger a. a. O. namentlich S. 119, Sintenis S. 451.

<sup>2</sup> Die erste der im Folgenden bezeichneten Möglichkeiten beachtet nicht Bähr Anerkennung S. 44—46, die zweite nicht Oertmann Stipul. S. 283—289. Die Behauptung von v. Salpius (s. namentlich §. 53. 69 77. 78, vgl. auch S. 466. 467) daß die zweite nach Justinianischem und heutigem Recht ausgeschlossen sei, ist unbewiesen. Vgl. im Uebrigen Arndts krit. Ueberschau IV S. 224, Römer S. 25—40.

<sup>3</sup> Indem er im Uebrigen unbestimmt läßt, ob er eine Aufhebung, oder eine Beförderung des bestehenden Forderungsrechtes beabsichtigt. Beispiele eines so gefaßten Novationsvertrages in l. 26. 27. 32. 34 §. 2 D. h. t., l. 75 §. 6 D. de V. O. 45. 1, l. 72 §. 3 D. de solut. 46. 3, l. 18 §. 1 D. de accept. 46. 4. Pösch S. 282 fg., Grotius S. 150 fg., v. Salpius S. 163.

<sup>4</sup> Mit Rücksicht auf einen in dieser Weise gefaßten Novationsvertrag wird es in l. 1 §. 1 D. h. t. für gleichgültig erklärt, „qualis processit obligatio“, also nicht für gleichgültig, ob überhaupt eine vorhergegangen ist. Wenn jedoch in l. 8. §. 1 und l. 14 §. 1 D. h. t. gelehrt wird, daß die Novation einer

Kraft des Novationsvertrages keinen Eintrag, daß er aus anderen Gründen der aufhebenden Wirkung ermangelt<sup>4</sup>.

2. Nimmt der Novationsvertrag auch in der hier bezeichneten Weise auf das aufzuhebende Forderungsrecht keine Rücksicht, so erzeugt er ein Forderungsrecht unter allen Umständen, und der Mangel der aufhebenden Wirkung kann gegen ihn nur nach dem Recht der Voraussetzung (I §. 97 fg.) geltend gemacht werden<sup>5</sup>.

bedingten Obligation erst mit der Erfülung der Bedingung der bedingten Obligation Novationswirkung habe, so ist es zwar nicht sicher, daß damit dem Novationsvertrag auch die begründende Kraft bis zu jener Zeit abgesprochen sein solle; daß er sie aber in der That vor Eintritt der Bedingung nicht hat, ist nach I. 21 D. de except. 46. 4 nicht zu bezweifeln. Römer S. 33—36. Ferner gehört hierher I. 82 D. sol. matr. 24. 8. — Eine nahe liegende Frage ist, ob, wenn der Novationsvertrag nicht auf das kraft der alten Obligation Verschuldete im Allgemeinen gerichtet ist, sondern auf den Gegenstand derselben als verschuldete (nicht auf: *quidquid ob eam rem dari oportet*, sondern auf: *contum, quae ob eam rem dari oportet*), anzunehmen ist, daß der Inhalt der alten Obligation als maßgebend für den Inhalt der neuen Obligation habe gesetzt werden sollen, oder ob anzunehmen ist, daß die Hinweisung auf das Verschuldete ohne rechtliche Bedeutung ist (nur *demonstratio*)? Für Letzteres Römer S. 37. 38; dawider gewiß mit Recht Krntz a. a. O. S. 224. Dawider spricht die Analogie des *legatum nominis* und *legatum liberationis*; nicht dafür die Analogie des *legatum obiti* (der Grund, welcher bei dem letzteren zu einer entgegenstehenden Entscheidung geführt hat, wird hier durch die feststehende Novationsabsicht ausgeschlossen, Windscheid Voraussetzung S. 133). S. auch I. 66 §. 4 D. sol. matr. 24. 8. (In I. 21 D. de V. O. 45 I verspricht Jemand wissentlich Mehr, als er schuldig ist; vgl. über diese Stelle auch v. Salpinz S. 280.) Zu beachten ist auch das bei Windscheid a. a. O. S. 187 mit. Hervorgehobene. — Die Kraft der in einer Novation der gedachten Art liegenden Anerkennung, so wie die Kraft einer der Novation hinzugefügten ausdrücklichen Anerkennung ist nach den Grundsätzen des §. 284<sup>a</sup> zu beurtheilen. Ausführlich handelt von diesem Punkte v. Salpinz S. 274 fg., vgl. S. 446 fg.

<sup>4</sup> §. 8. wegen Handlungsunfähigkeit des novirenden Gläubigers. Vgl. I. 9 pr. I. 16 D. h. t., welche Stellen übrigens den hier behandelten Fall nicht voraussetzen.

<sup>5</sup> Durch Rückforderung (*condictio*) und Einrede (*exceptio doli* oder *in factum*). I. 20 D. de SC. Mac. 14. 6; auch I. 14 D. de exc. 44. 1 und I. 25 D. de A. E. V. 19. 1 sind wohl von einer Novationsstipulation zu verstehen. Eine Einrede ist das Hülfsmittel des Schuldners auch in dem unter 1) genannten Fall, wenn die alte Forderung nicht nichtig, sondern nur mit einer Einrede behaftet war; aber diese Einrede ist eben aus der alten Forderung übertragen, während die Einrede in dem hier betrachteten Fall durch

Dabei erheben sich spezielle Fragen. a) Ist die Voraussetzung, unter welcher der Schuldner im Novationsvertrag verspricht, allgemein die, daß ein anderes Forderungsrecht aufgehoben werde, oder nur beschränkt die, daß ein anderes aufzuhebendes Forderungsrecht vorhanden sei? Diese Frage kann nur nach dem Umständen des einzelnen Falles beantwortet werden<sup>6</sup>. b) Kann, wenn ein neuer Gläubiger eintritt, der Schuldner auch diesem gegenüber die Voraussetzung seines Versprechens, mag sie Aufhebung oder Bestehen seiner Schuld sein, geltend machen?<sup>7</sup> Gewiß, wenn bei seinem Versprechen in einer dem Gläubiger erkennbaren Weise hervorgetreten ist, daß er nur unter dieser Voraussetzung verspreche; wenn dieß nicht der Fall ist, nach allgemeinen Grundsätzen nicht<sup>8</sup>, und nur nach der positiven Bestimmung des römischen Rechts ausnahmsweise dann, wenn durch die Leistung des Schuldners der Gläubiger erhalten würde, worauf er dem alten Gläubiger gegenüber keinen Anspruch hat<sup>9</sup>. c) Tritt ein neuer Schuldner

die den Novationsvertrag begleitenden Umstände neu begründet ist. Vgl. Senff. Arch. X. 163.

<sup>6</sup> Von einer verneinenden Beantwortung gehen die in der vorigen Note genannten Stellen aus.

<sup>7</sup> Vgl. über diese Frage Hoffmann in Selts Jahrb. III. 12, Fein a. a. O. S. 35—42, Erleben *cond. sine causa* I S. 156—182, Windscheid Voraussetzung S. 93—96, Schlesinger a. a. O. S. 122—129, Witte Verleumdungsklagen S. 75—84, Voigt *conditiones ob causam* §. 50, Römer a. a. O. S. 50—62; L§81 Handelsr. I §. 131.

<sup>8</sup> L. 12. 13. 19 D. h. t., I. 4 §. 20 D. de doli exc. 44. 4, I. 1 §. 10 D. quar. rer. 44. 5; I. 9 §. 1 D. de cond. e. d. o. n. s. 12. 4, I. 78 §. 5 D. de I. D. 23. 3, I. 4 §. 21 D. de doli exc. 44. 4. Vgl. auch I. 33 D. h. t., I. 41 pr. D. de re iud. 42. 1.

<sup>9</sup> Anerkannt für den Fall, wo der alte Gläubiger dem neuen seinen Schuldner in der Absicht zu schenken, oder zum Zweck der Tilgung einer irtümlich vorausgesetzten Schuld überwiesen hat. L. 2 §. 3. 4 D. de donat. 39. 5, I. 7 pr. §. 1 D. de doli exc. 44. 4. In den Stellen der vorigen Note ist von einer Ueberweisung zum Zweck der Tilgung einer wirklich bestehenden Schuld und zum Zweck einer Mitgiftbestellung die Rede, und da heißt es vom neuen Gläubiger: *debitum persequitur, suam recipit, suum negotium gerit*. — Die Art und Weise, wie ich früher (in der Schrift über die Voraussetzung a. a. O.) die oben genannten Entscheidungen mit dem Princip in Einklang zu setzen versucht habe, halte ich jetzt nicht mehr für genügend. Es wird nichts übrig bleiben, als in diesen Entscheidungen eine Willkürs Ausnahme zu Windscheid, Pandekten. II. Band.



ein<sup>10</sup>, so kann ebenfalls möglicherweise die fundgegebene Voraussetzung seines Versprechens die Aufhebung oder das Bestehen der zu novirenden Schuld sein<sup>11</sup>. Ist dieß nicht der Fall, so kann sich der neue Schuldner auf das Nichtbestehen oder die Nichtaufhebung der zu novirenden Schuld dem Novationsgläubiger gegenüber nur dann<sup>12</sup> berufen, wenn gleichzeitig die Voraussetzung, unter welcher er dem alten Schuldner gegenüber dessen Schuld auf sich nimmt, ermangelt<sup>13</sup>. —

Mit Rücksicht auf die verschiedenen, im Vorstehenden erörterten Fälle ist noch Folgendes zu bemerken.

1. Kennt der Versprechende das Nichtbestehen des durch den Novationsvertrag aufzuhebenden Forderungsrechts, so ist im

sehen. Voigt a. a. O. S. 366. 367 sieht in ihnen eine später verlassene Entwicklungstufe; darüber mit Recht Römer S. 59.

<sup>10</sup> Vgl. über diesen Fall namentlich Voigt §. 51, Römer §. 5.

<sup>11</sup> Vgl. §. 354 Note 2.

<sup>12</sup> Der Regel nach also nicht. Dieß folgt nicht bloß aus allgemeinen Grundsätzen, sondern auch aus l. 1 §. 11 D. quar. rer. 44. 5.

<sup>13</sup> Nämlich der wirkliche Bestimmungsgrund seines dem Novationsgläubiger gegebenen Versprechens ist lediglich aus seinem Verhältnis zum alten Schuldner hergenommen (§. 354 Note 2). Auf die Ermangelung dieses Bestimmungsgrundes (Voransetzung) darf er sich nun an und für sich dem Novationsgläubiger gegenüber nicht berufen, da der Bestimmungsgrund diesem gegenüber nicht hervorgetreten ist, — darf es aber ausnahmsweise in unserem Falle, weil der Novationsgläubiger auch demjenigen gegenüber, der ihm das Forderungsrecht verschafft hat, auf das zu Leistende keinen Anspruch hat. Es müssen hier ganz die bei dem vorigen Fall entwickelten Grundsätze entscheiden. In der That können, wenn A vermeintlicher Gläubiger des B ist, B vermeintlicher Gläubiger des C, und nun diese beiden vermeintlichen Forderungsrechte auf Cines zwischen A und C reducirt werden, nicht verschiedene Regeln gelten, je nachdem die Novationsabsicht auf die Aufhebung des Forderungsrechtes zwischen B und C (voriger Fall), oder auf die Aufhebung des Forderungsrechtes zwischen A und B (gegenwärtiger Fall), oder vielleicht auf die Aufhebung beider, gerichtet ist. Ein directer Beweis für das hier Gesagte läßt sich aus l. 8 §. 4 D. ad SC. Vall. 16. 1, wie Römer S. 63 will, nicht entnehmen; denn abgesehen davon, daß es nicht notwendig ist, diese Stelle anders als von dem Eintreten eines neuen Gläubigers zu verstehen (der non debitor kann sehr wohl ein vermeintlicher Schuldner sein), wird hier dem Versprechenden eine Einrede nur im Interesse der delegirenden Frau gegeben („quomodo mulieris adessor“, vgl. l. 19 §. 5 cod. „ne in mulierem mandati actio competat“).

Zweifel als seine Willensmeinung anzunehmen, daß ein Forderungsrecht schlechthin begründet werden solle<sup>14</sup>.

2. Ob das aufzuhebende Forderungsrecht an und für sich nicht besteht, oder durch Einrede entkräftet ist, ist gleichgültig<sup>15</sup>. Dagegen ist es an und für sich nicht erforderlich, daß das aufzuhebende Forderungsrecht auch klagbar sei; von der anderen Seite reicht nicht jede klaglose Verbindlichkeit hin<sup>16</sup>.

3. Ist die Novation unter einer Bedingung gemacht, so ist im Zweifel als die Absicht der Parteien anzunehmen, daß es auf die Existenz des Forderungsrechts zur Zeit der Bedingung, nicht auf die Existenz zur Zeit des Novationsvertrages ankommen soll<sup>17</sup>.

### E. g. novatio necessaria.

#### §. 356.

Mit diesem Ausdruck bezeichnet man den Einfluß, welchen der Streitbeginn und das condemnatorische Urtheil auf das Forderungsrecht ausüben. Dieser Einfluß aber besteht, wie bereits oben (§. 1 §. 124 Note 1, I §. 129 Note 5) gezeigt worden ist, nicht

<sup>14</sup> Vgl. l. 12 D. h. t. „Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione locri se posse sciebat, similis videbitur (sc. debitor) si qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur“. L. 25 D. de V. O. 45. 1. Ueber l. 2 C. ad SC. Mac. 4. 28 f. §. 373 Note 17.

<sup>15</sup> Von Entkräftung durch Einrede ist die Rede in l. 32 D. sol. matr. 24. 3 (Note 3), l. 20 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 25 D. de A. E. V. 19. 1, l. 14 D. de exc. 44. 1 (Note 5). L. 2 §. 3. 4 D. de don. 39. 5 und l. 7 pr §. 1 D. de doli exc. 44. 4 (Note 9) sprechen im Allgemeinen von „pocunia quam me tibi debere existimabam“, von demjenigen, „quem creditorem tuum putabas“.

<sup>16</sup> Vgl. darüber §. 288 Note 4 und §. 289.

<sup>17</sup> Für das Gegentheil beweist nicht l. 56 §. 8 D. de V. O. 45. 1, welche sich vollkommen daraus erklärt, daß die Nichtexistenz, und so auch der spätere Wegfall, des zu novirenden Forderungsrechtes dem Novationsgläubiger gegenüber nicht von dem neu eintretenden Schuldner geltend gemacht werden kann (Note 12). Römer S. 231 stellt auf Grund dieser Stelle den Satz auf, daß der spätere Wegfall des zu novirenden Forderungsrechtes für die bedingte Novationsstipulation an und für sich vollkommen gleichgültig sei, und auf dieselbe nur insofern wirke, als mit dem Wegfall eine Erfüllung verbunden sei.

in der Aufhebung des bestehenden Forderungsrechts, sondern in einer Umwandlung desselben im eigentlichen Sinn des Wortes, — darin, daß, während seine Individualität aufrecht erhalten bleibt, rechtliche Bestimmtheiten an dasselbe herantreten, welche es früher nicht hatte. Die Zusammenstellung dieser Umwandlung mit der Novation erklärt sich übrigens daraus, daß auch die Quellen von derselben weder die Vorstellung noch die Bezeichnung der Novation fern halten<sup>1</sup>.

### 5. Erlaß\*.

#### §. 357.

### Erlaß ist Aufhebung des Forderungsrechts durch den Willen

§. 356.

<sup>1</sup> Vgl. namentlich die berühmte Stelle von Gajus III. 180. „Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum; nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. Et hoc est, quod apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere“. Ferner I. 29 D. h. t.: — „aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt“, und Vat. fr. §. 263, wo es geradezu heißt: — „si . . . interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit“ (vgl. übrigens auch v. Salpius Novation u. Delegation S. 37); ebenso I. 3 pr. O. de usur. rei iud. 7. 54: — „novatur iudicati actione prior contractus“. Aber gerade I. 29 cit. lehrt, daß die litis contestatio die bestehende Obligation nicht aufhebt, indem sie fortführt: „Perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelae actio novetur, si id specialiter actum est; quod nemo dixit lite contestata: neque enim deteriorum causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finire possunt“, und was das Urtheil angeht, s. I §. 129 Note 4. Den Römern wurde die Vorstellung der Novation, namentlich für den Fall des Eintritts eines neuen Gläubigers über Schuldners, noch näher gerückt durch den heutzutage nicht mehr geltenden Satz, daß die litis contestatio jede weitere gerichtliche Verfolgung des in den Streit eingeführten Anspruchs für alle Zeiten ausschloß. Vgl. außer den I §. 124 Note 1 und §. 129 Note 3 genannten Schriftstellern noch Unterholzner §. 292, 293, Krüger processualische Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses (1864) §. 9, und die Lehrbücher von Staufert §. 295, Puchta §. 292, Sintenis II §. 105 Note 2 z. A., Brinz §. 566—560, Keller §. 278.

\* Unterholzner I §. 225—231, Sintenis II §. 479—483.

des Gläubigers schlechthin<sup>1</sup>. Der Gläubiger läßt den Schuldner frei; dadurch hört derselbe auf, Schuldner zu sein. Der Bestimmungsgrund, welcher den Gläubiger zum Erlaß bewegt, kann so verschieden sein, wie der Bestimmungsgrund einer Vermögenszuwendung überhaupt<sup>2</sup>; namentlich darf man beim Erlaß nicht bloß an scheinungsweisen Erlaß denken<sup>3</sup>.

Der Erlaß bedarf, um wirksam zu sein, der Annahme von Seiten des Schuldners; er ist wirksam nur als Erlaßvertrag<sup>4</sup>. Im Uebrigen kann der Erlaßvertrag noch einen verschiedenen Inhalt haben. a) Er ist gerichtet auf directe Aufhebung des Forderungsrechtes<sup>5</sup>. b) Das Forderungsrecht soll an und für sich bestehen bleiben, es macht sich aber der Gläubiger ansehnlich,

<sup>1</sup> Durch den Willen des Gläubigers schlechthin, — im Gegensatz zur No- §. 357. vation, wo der Wille des Gläubigers nur durch das Medium eines neu begründeten Forderungsrechtes wirkt (§. 353).

<sup>2</sup> Vgl. z. B. I. 9 §. 7 D. quod met. c. 4. 2, I. 4 D. de cond. a. d. c. n. s. 12. 4, I. 41 §. 2 D. de I. D. 23. 3, I. 81 §. 5 D. de leg. 10 30.

<sup>3</sup> S. namentlich Bähr Anerkennung §. 29. 31.

<sup>4</sup> L. 91 D. h. t. Abgesehen wird hier von dem letztwilligen Erlaß; derselbe gehört in das Erbrecht.

<sup>5</sup> Von dieser Art ist die römische acceptilatio (Dig. 46. 4, Cod. 8. 49). Die acceptilatio ist vertragsmäßiges Empfangsbekanntniß in Form von Frage und Antwort (acceptum habes? acceptum habeo, §. 1 I. quib. mod. toll. 3. 29, vgl. I. 18. i. f. D. h. t.), — ein Vertrag, durch welchen der Gläubiger erklärt, daß dieselben Wirkungen eintreten sollen, wie wenn er empfangen hätte. Deswegen heißt es von der acceptilatio, sie befreie den Schuldner „solutionis exemplo“ (I. 5 D. h. t.); ferner: „solutioni comparatur“ (I. 7 §. 1 D. de lib. leg. 34. 3), „velut solvens videtur is, qui acceptilatione solutus est“ (I. 16 pr. D. h. t.), sie wird eine „imaginarie solutio“ genannt (§. 1 I. quib. mod. toll. 3. 29, Gai. III. 169), vgl. auch I. 13 §. 4 D. h. t., I. 16 D. de sol. 46. 3. Aber immerhin hat der Gläubiger nicht wirklich empfangen; und auch daraus werden rechtliche Konsequenzen gezogen, s. Gai. III. 171. 172, I. 5 §. 1 D. de don. i. v. e. n. 24. 1 (über I. 56 §. 8 D. de V. O. 45. 1 §. 355 Note 17). Vgl. über die Natur der acceptilatio Gitting Correalob. §. 8, Windscheid krit. REch. III S. 170. 171, Römer bebingte Novation S. 245—253, Baron Gesamtrechtsverhältnisse S. 309—318. Heutzutage haben wir keine acceptilatio mehr, aber in der Quittung ein ganz entsprechendes Rechtsinstitut; auch die Quittung ist (oder vielmehr kann sein, s. die zweite Hälfte des §.) vertragsmäßiges Empfangsbekanntniß, nur nicht in Form von Frage und Antwort. — Eine andere Form des römischen directen Erlaßvertrages ist der s. g. contrarius consensus, d. h. die formlose Vereinbarung zweier Parteien, daß ein zwischen ihnen abgeschlossener Vertrag wieder aufgehoben

dasselbe nicht mehr geltend zu machen, so daß, wenn er es dennoch thut, eine Einrede gegen ihn begründet ist<sup>6</sup>. Welchen Inhalt der Erlaßvertrag wirklich habe, ist im einzelnen Fall durch Auslegung zu bestimmen; im Zweifel aber ist, wenn der Wille der Parteien auf eine Hemmung der Wirkung des Forderungsrechts in aller und jeder Beziehung gerichtet ist, anzunehmen, daß sie auch directe Aufhebung gewollt haben<sup>7</sup>. Seine eigentliche Anwendung findet der Erlaßvertrag der zweiten Art in dem Falle, wo der Wille der Parteien darauf geht, daß das Forderungsrecht nur in dieser oder jener Beziehung, etwa für eine gewisse Zeit, oder für eine bestimmte Person<sup>8</sup>, seine Wirksamkeit verlieren solle.

Der Erlaßvertrag steht unter den allgemeinen Regeln von der Gültigkeit der Verträge. Einer Form bedarf er zu seiner Gültigkeit nicht<sup>9</sup>; er kann daher auch stillschweigend abgeschlossen

sein solle, z. B. §. 4 I. quib. mod. toll. 3. 29, l. 58 D. de pact. 2. 14, l. 3 D. de reso. vend. 18. 5 (vgl. Note 9).

<sup>6</sup> §. 3 I. de exc. 4. 13. Ein solcher Vertrag heißt in den Quellen pactum de non petendo (Dig. 2. 14, Cod. 2. 3). Das pactum de non petendo unterscheidet sich von der acceptilatio nicht bloß durch seine Formlosigkeit, sondern auch durch seinen Inhalt. S. Büchel civ. Erörterungen II S. 45. 52, v. Bälberndorff-Waradein zur Lehre vom Erlaß (1850, — welche Schrift sich übrigens ihrem Hauptinhalte nach mit der Geschichte des pactum de non petendo beschäftigt), v. Scheurl Beiträge II Nr. 14. Zu weit geht aber v. Bälberndorff, wenn er behauptet (so auch Rudorff zu Puchta §. 297. a), das pactum de non petendo beziehe sich gar nicht auf die Obligation, sondern nur auf die Klage; dawider Scheurl a. a. O. S. 17—19, Arndts krit. Ueberschau II S. 154. v. Bälberndorff und Rudorff wollen außerdem das pactum de non petendo gar nicht Erlaßvertrag genannt wissen, und Scheurl befreit ihn wenigstens den Character eines wahren Erlaßvertrages; f. dagegen Arndts a. a. O. S. 154. 155 und vgl. l. 7 §. 10 D. de pact. 2. 14, l. 5 C. de rom. pign. 8. 26. Gegen Arndts wieder Fitting Correalobl. S. 95 Note 117, Baron Gesamtrechtsverh. S. 297.

<sup>7</sup> Für die Vorstellung der Parteien wird regelmäßig das Bestehen des Forderungsrechts in seiner Wirksamkeit aufgehen, und man würde ihrem Willen schlecht entsprechen, wenn man, wo derselbe unzweifelhaft auf Ausschluß aller Wirksamkeit gerichtet ist, das Forderungsrecht an und für sich fortbestehen lassen wollte. Vgl. Unger II §. 96 Note 17, Arndts §. 267 Ann. 1. d. S. Ubrigens auch §. 413 Note 12.

<sup>8</sup> Pactum de non petendo in personam, im Gegensatz zum pactum de non petendo in rem. L. 7 §. 8 l. 17 §. 3 l. 25 §. 1 D. de pact. 2. 14.

<sup>9</sup> Nach römischem Recht bedurfte seiner Form des pactum de non petendo.

werden<sup>10</sup>. Eine heutzutage sehr gewöhnliche Form des directen Erlaßvertrages ist die Quittung, genauer gesprochen die Ausstellung und Einhändigung einer Quittung. Jedoch enthält die Quittung nicht nothwendig einen Erlaßvertrag<sup>11</sup>, und nicht einmal zunächst. Die Quittung ist zunächst Beweismittel für die geschehene Erfüllung<sup>12</sup>, und ist als solches rechtlich zu behandeln<sup>12</sup>.

Für den directen Erlaßvertrag galt dagegen die Regel: „prout quidque contractum est, ita et solvi debet“ (l. 80 D. de solut. 46. 3, l. 35. 100 D. de R. 1. 50. 17). Daher war der contrarius consensus nur anwendbar bei Obligationen aus Consensualverträgen (und auch bei diesen nicht, wenn der Vertrag bereits theilweise erfüllt war; denn auf Rückgabe der gemachten Leistung konnte der formlose Vertrag kein Forderungsrecht begründen, und auseinandergerissen werden durfte er nicht, f. die in der Note 5 citirten Stellen). Alle anderen Obligationen mußten durch acceptilatio aufgehoben, und zu diesem Ende, wo nöthig, erst in verborum obligationes verandelt werden (§. 353 Note 7). Heutzutage entscheidet der allgemeine Grundsatz, daß die Vertragsaberedung zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit einer Form nicht bedarf (§. 312). Es ist nicht abzusehen, warum dieser Grundsatz nicht ebenso wohl für aufhebende, als für begründende Verträge gelten sollte. So auch, wenigstens im Resultat, die herrschende Meinung, vgl. Frij Erläuter. II S. 421, Unterholzner S. 481, Sintenis S. 480 in der Ann. 2, Scheurl a. a. O. S. 24—26, Arndts krit. Ueberschau II S. 155. 156 und Pand. §. 267. 1. a (dieser mit einer künstlichen, dem Willen der Parteien Zwang antehenden Rechtfertigung), Savigny Obl. I S. 178. A. M. Bangerow III §. 621 Ann., welcher für das heutige Recht nur den contrarius consensus (mit erweiterter Wirksamkeit, da heutzutage die meisten Vertragsobligationen solo consensu entstünden) gelten lassen will; a. M. auch v. d. Pfordten Abhandl. S. 300, welcher behauptet, das heutige Recht kenne einen directen Erlaßvertrag nur in der der römischen acceptilatio entsprechenden Quittung. S. auch Brinz S. 640.

<sup>10</sup> Vgl. l. 2 §. 1 D. de pact. 2. 14, l. 17 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 22 D. de prob. 22. 3. Seuff. Arch. II. 282, XIII. 156, XIV. 221. Speciell über den Fall, wo bei einer Abrechnung eine Forderung nicht mit in Ansatz gebracht wird: Seuff. Arch. IV. 220, IX. 57, XV. 194; Bähr Auerkenn. S. 223, Jahrb. f. Dogm. II S. 406.

<sup>11</sup> A. M. v. d. Pfordten Abhandlungen S. 300, Bähr Auerkenn. S. 232 fg., Brinz S. 638; dawider Arndts krit. Ueberschau IV S. 246. 247, Schlesinger Formalcontracte S. 148 fg., C. A. Senffert in Seuffert's Pand. §. 284 Note 10<sup>a</sup>, u. §. 291 Note 1<sup>b</sup>. Bähr und Brinz sehen in der Quittung ebenso den Ausdruck des abstracten Willens, nicht mehr Gläubiger zu sein, wie in dem Schuldbekenntniß den Ausdruck des abstracten Willens, Schuldner zu sein (vgl. §. 284<sup>a</sup> Note 6).

<sup>12</sup> Zeugniß gegen sich selbst oder Beweisvertrag (§. 284<sup>a</sup> Note 7). Mir

Erweist sie sich aber als unfähig, die Thatsache der geschehenen Erfüllung prozessualisch festzustellen<sup>13</sup>, so steht es dem Schuldner frei, nachzuweisen, daß sie unter solchen Umständen ausgestellt worden sei, aus welchen auf die Absicht, durch sie den Erlaßwillen auszudrücken, geschlossen werden darf<sup>14</sup>. Wird eine Quittung wirklich in dieser Absicht ausgestellt, so enthält sie einen Erlaßvertrag, welcher vollkommen der römischen *Acceptilatio* entspricht, und daher nach den Grundsätzen derselben zu beurtheilen ist<sup>15</sup>.

Scheint dieß ungewisshaft, wenn durch den Ausdruck „empfangen“ oder einen andern gleichgeltenden quittirt ist. Man hat ohne weiteren Anhalt keine Befugniß, die Erklärung des Quittirenden anders als nach ihrem Wortsinne zu verstehen, und nach ihrem Wortsinne enthält sie nur die Bezeugung einer Thatsache, oder das Versprechen, diese Thatsache als bewiesen gegen sich gelten lassen zu wollen. So auch l. 19 § 1 D. de accept. 46. 4, l. 6. 13. 21. 23 C. de solut. 8. 48. Das Gleiche wird aber im Zweifel auch anzunehmen sein, wenn der Ausdruck „Quittung“, „quittirt“ selbst gebraucht worden ist. Es mag sein, daß dieser Ausdruck seiner Etymologie nach nicht auf ein Empfangsbekennniß geht, sondern auf ein Aufgeben der Forderung; aber ich glaube nicht, daß er heutzutage im Leben in diesem Sinne gebraucht wird. Doch ist dieß eine factische Frage, welche auch vielleicht für die verschiedenen Gegenden Deutschlands verschieden zu beantworten ist. — E. A. Seuffert a. a. D. §. 284 Note 10<sup>b</sup> sieht, wenn ich ihn recht verstehe, in dem Empfangsbekennniß nicht sowohl ein Versprechen, den Empfang als bewiesen annehmen, als vielmehr ein Versprechen, den Empfang nicht bestreiten zu wollen. S. dagegen die oben citirten Stellen und das §. 284<sup>a</sup> Note 7 Bemerkte.

<sup>13</sup> D. h. sie unterliegt dem Gegenbeweis und der *exceptio non numeratae* (non solutae) pecuniae (§. 344 Note 3). In Betreff des Gegenbeweises a. M. E. A. Seuffert auf Grund der in der vorigen Note bemerkten Auffassung.

<sup>14</sup> Weil ihre Beweiskraft durch die *exc. non numeratae pecuniae* gebrochen, oder durch Gegenbeweis aufgehoben ist.

<sup>15</sup> Dieser Schluß setzt unter allen Umständen voraus, daß der Gläubiger bei Ausstellung der Quittung gewußt habe, daß noch nicht erfüllt sei. Wird aber der Schluß durch dieses Wissen allein gerechtfertigt? Unbedingt darf diese Frage nicht bejaht werden; jedoch wird der Gläubiger, sobald sein Wissen feststeht, seinerseits Umstände anführen und nachweisen müssen, welche jenen Schluß als unzulässig erscheinen lassen. „Auch wenn in Voraussetzung nachfolgender Zahlung quittirt wird, wird der Erlaßwille regelmäßig nicht vorhanden sein“. E. A. Seuffert a. a. D. §. 291 Note 1<sup>b</sup>. L. 21. 23 C. de solut. 8. 48.

<sup>16</sup> Sie ist, wie die *acceptilatio*, ein Vertrag, durch welchen der Gläubiger erklärt, daß dieselben Wirkungen eintreten sollen, welche eintreten würden, wenn wirklich erfüllt worden wäre.

## Erzwingener Erlaß. Qualificirter Erlaß.

## §. 358.

Regelmäßig kann natürlich der Gläubiger zum Erlaß nicht gezwungen werden. Ausnahmsweise ist dieß zulässig im Fall der Ueberschuldung des Schuldners<sup>1</sup>. In diesem Fall kann die Mehrheit der Gläubiger die Minderheit zu einem theilweisen Erlaß nöthigen, muß aber zu diesem Ende ein richterliches Decret erwirken<sup>2</sup>. Die Mehrheit wird, wie in dem Fall des §. 275 Nr. 2, nicht nach der Zahl der Personen, sondern nach der Größe der Forderungen bestimmt<sup>3</sup>. Der Bürge, welcher sich bei einem nicht zustimmenden Gläubiger verbürgt hat, kann sich auf den Nachlaß

<sup>1</sup> Bester Arch. f. civ. Pr. X. 15, Spangenberg Zeitschr. f. Civ. §. 358 u. Pr. VI S. 226–225, Pfeiffer practische Ausführungen III. 1 und VIII 3, Bayer Concursproceß §. 38. 39.

<sup>2</sup> In den Quellen ist der im Text genannte Satz nur für den Fall einer überschuldeten Erbschaft anerkannt, welche der berufene Erbe ohne Nachlaß nicht antreten will. L. 7 §. 19 — l. 10 pr. D. de pact. 2. 14, l. 58 §. 1 D. mand. 17. 1, l. 28 D. quas in fr. cred. 42. 8. Der Grund ist, damit der Verstorbenen nicht den Schimpf der *venditio honorum* erleihe (l. 28 D. cit.). Die Ausdehnung des Satzes auf andere Fälle der Ueberschuldung beruht auf der Praxis. Seuff. Arch. I. 150, V. 265, XI. 320; darüber X. 249, Spangenberg a. a. D. S. 231. In dieser Ausdehnung liegt dem Satz offenbar ein ganz anderer Gedanke zu Grunde: es kann eine bloß theilweise Befriedigung mit Abwendung des Concurses im Interesse der Gläubiger selbst liegen; hierbei soll der Eigensinn oder auch nur die abweichende Ansicht der Minderheit nicht in Betracht kommen. Das Interesse des Schuldners steht jedenfalls erst in zweiter Linie. So auch Pfeiffer III S. 10–12, VIII. S. 126 (a. A. das D. A. G. zu Stuttgart in dem bei Seuff. I. 150 angeführten Erkenntniß). Deswegen darf man auch nicht, wie es wohl geschieht (so namentlich von Bester und Bayer, und in dem zuvor erwähnten Stuttgarter Urtheil), die Verpflichtung der Minderheit, sich zu unterwerfen, davon abhängig machen, daß der Schuldner ohne sein Verschulden in Vermögensverfall gerathen sei (nach Analogie der *cessio honorum*).

<sup>3</sup> Erst bei Gleichheit der Forderungen entscheidet die Mehrheit der Personen. Ist auch die Zahl der Personen gleich, so soll dieselbe Seite vorgehen, auf welcher sich der Angelegenere unter den Gläubigern befindet (vgl. jedoch Bayer S. 104 unt.); in letzter Linie überwindet die Besagung die Verneinung. L. 8 D. de pact. 2. 14.

nicht berufen<sup>4</sup>. Pfandgläubiger brauchen sich dem Beschluß der Mehrheit nicht zu unterwerfen<sup>5</sup>.

Eine besondere Anwendung findet der Erlaßvertrag beim Vergleich, beim Schiedsrichter- und Schiedsleidvertrag. Die besonderen Grundzüge für diese Rechtsinstitute gehören nicht hierher, sondern in den speziellen Theil des Obligationenrechts<sup>6</sup>.

#### 6. Tod des Gläubigers oder Schuldners\*1.

##### §. 359.

Der Tod des Gläubigers oder des Schuldners ist regelmäßig für den Bestand des Forderungsrechtes gleichgültig; an die Stelle des Gestorbenen treten seine Erben. Dieser Satz gilt aber nicht ausnahmslos. Eine Ausnahme von demselben kann zunächst begründet werden durch eine ausdrückliche oder stillschweigende

<sup>4</sup> L. 58 §. 1 D. mand. 17. 1. Scuff. Arch. v. 265. Vgl. Holzschuher III §. 229 Nr. 3.

<sup>5</sup> L. 58 §. 1 cit., l. 10 pr. D. de pact. 2. 14. Darüber, ob das Gleiche für Gläubiger mit einem Concursprivilegium gelte, finden sich entgegengesetzte Entscheidungen in den beiden zuvor genannten Stellen. Ob eine Ausgleichung des Widerspruchs möglich ist, bleibt zweifelhaft; jedenfalls kann die gelegentliche Kenneuerung der ersten Stelle der ausdrücklichen und bestimmten (verneinenden) Entscheidung der zweiten gegenüber nicht in Betracht kommen. S. namentlich Vangerow §. 583 Anm. 2.

<sup>6</sup> In die Lehre von der Aufhebung der Obligation stellen die drei genannten Rechtsinstitute namentlich die Lehrbücher von Puchta, Arndts, Glütens. Aber diese Rechtsinstitute sind nicht bloß oder nicht nothwendig auf Aufhebung eines Forderungsrechtes gerichtet, und was Besonderes von ihnen zu sagen ist, hat seinen Grund nicht darin, daß sie auf Aufhebung eines Forderungsrechtes gerichtet sind oder gerichtet sein können, sondern in dem übrigen Inhalt des Vertrages. S. auch Arndts §. 269 zu Note 3, und unten §. 413 Note 13.

\* Unterholzner I §. 251. 252, Sintenis II §. 461—463. Köppen Erbrecht §. 173 fg.

§. 359. 1 Mit dieser Thatfache beginnt die Reihe der Thatfachen, welche das Forderungsrecht ohne Verleibigung des Gläubigers aufheben. Unter diesen Thatfachen werden hier zuerst diejenigen betrachtet (§. 359), welche das Forderungsobject, dann (§. 360) diejenigen, welche das Forderungsobject betreffen. Die noch übrig bleibenden Thatfachen (§. 361) entziehen sich einer systematischen Anordnung.

Bestimmung des das Forderungsrecht begründenden Rechtsgeschäfts<sup>2</sup>. Sodann gibt es auch gesetzliche Ausnahmen. Unter diesen sind von allgemeinerer Bedeutung folgende<sup>3</sup>.

1. Auf den Erben des Gläubigers gehen nicht über die Forderungsrechte<sup>4</sup>, welche bestimmt sind, dem Gläubiger Genugthuung für eine ihm zugefügte persönliche Kränkung zu verschaffen<sup>5</sup>. Unter den einzelnen hierher gehörigen Forderungsrechten sind die wichtigsten und zugleich in unbestrittener practischer Geltung

<sup>2</sup> Ausdrückliche Beschränkung auf die Lebenszeit: l. 56 §. 4 D. de V. O. 45. 1. Vertrag auf Arbeit, bei welchem die persönliche Fähigkeit und Tüchtigkeit gerade dieses Versprechenden den Ausschlag gibt: vgl. l. 31 D. de solut. 46. 3, auch l. 13 C. de contr. stip. 8. 38. Vertrag auf Bestellung eines Nießbrauches, d. h. eines nach dem Tode der Person gerade dieses Gläubigers zu bemessenden Nutzungsrechtes, vgl. l. 38 §. 10—12 D. de V. O. 45. 1. Römische operae officiales des Freigefassenen: l. 6 D. de op. lib. 38. 1.

<sup>3</sup> Im Uebrigen bemerke man noch: nach älterem römischem Recht ging auf die Erben nicht über die Verbindlichkeit des sponsor und adpromissor (Gal. III. 120, vgl. gegen Savigny V. S. 202 Girtanner Blüthschaft S. 8 fg., Vetter proc. Consumption S. 168. 187, Windscheid die Actio re. S. 29), das Forderungsrecht der Ehefrau auf Rückgabe ihrer Dots (Ulp. VI. 6). Nach dem Justinianischen Recht geht nicht über die Forderung und Verbindlichkeit aus dem Schiedsgerichtsvertrag (l. 32 §. 3 l. 49 §. 2 D. de recept. 4. 8); ferner nicht Forderung und Verbindlichkeit aus dem Auftrags- und aus dem Gesellschaftsvertrag, jedoch diese nur im dem Sinne nicht, daß sie für die Zukunft nicht weiter wirken, während die von ihnen in der Vergangenheit bereits erzeugten Wirkungen allerdings auf die Erben übergehen (§. 5 l. de soc. 3. 25, §. 10 l. de mand. 3. 26, l. 65 §. 9 D. pro soc. 17. 2).

<sup>4</sup> Vgl. zum Folgenden: Marzoli Magazin f. RW. und Gesetzg. IV S. 363—366, Kierulff §. 227 Note \*, Savigny System V S. 200—202 und II §. 73, Mühlendruck Fortf. von VIII XLIII S. 9—14 und Cession S. 295—302, Puchta §. 88 e., Arndts §. 104 Anm. 1, Vangerow §. 145 Anm. Nr. I, Köppen a. a. O. S. 177—179.

<sup>5</sup> Die f. g. actiones vindictam spirantes, so genannt, weil sie „magis vindictas, quam pecuniae habet persecutionem“, l. 2 §. 4 D. de coll. 37. 6. Es wird mit ihnen zwar eine Vermögensleistung gefordert, aber diese nicht als solche, sondern in ihrer Eigenschaft als Genugthuung für die von dem Fordernden erlittene Kränkung, und Genugthuung kann nur dem Bekränkten geleistet werden. Ueberdies darf es von der Entscheidung Niemandes, als eben des Bekränkten, abhängen, ob die Kränkung aufgenommen werden, oder ob sie auf sich beruhen bleiben soll. Deswegen werden die actiones vindictam spirantes auch in anderen Beziehungen nicht als Vermögensbestandtheile behandelt, f. §. 335 Note 1.

stehenden<sup>6</sup>: das Forderungsrecht aus der Injurie<sup>7</sup>, das Forderungsrecht auf Schmerzensgeld<sup>8</sup>, das Forderungsrecht auf die Vermögensstrafen des schuldigen Theils bei der Ehecheidung<sup>9, 11</sup>. Alle hieher gehörigen Forderungsrechte werden aber vererblich mit dem Streitbeginn<sup>12</sup>.

2. Auf die Erben des Schuldners gehen nicht über<sup>13</sup> die Forderungsrechte aus Vergehen (Delicten), welche Strafe zum Gegenstand haben<sup>14</sup>. Die Forderungsrechte aus Vergehen, welche

<sup>6</sup> Hierher würde auch die *quærens inofficiosi testamenti* gehören, wenn sie ein Forderungsrecht wäre. Sie ist aber ein Anspruch nach Art des Wieder- einsetzungsanspruches. Ebenso wenig gehört hierher das Widerrufrecht des Schenkers wegen Undankbarkeit des Beschenkten; auch dieses Recht ist kein Forderungsrecht, sondern erst durch den Widerruf wird ein Forderungsrecht begründet. L. 10 D. de revoc. don. 8. 56. S. §. 367 Note 19.

<sup>7</sup> §. 1 I. de perp. et temp. act. 4. 12, l. 18 pr. D. de iniur. 47. 10, l. 82 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2; l. 7 §. 1 D. de iniur., l. 5 §. 1 D. ad leg. Ag. 9. 2, l. 2 §. 4 D. de coll. 37. 6.

<sup>8</sup> Rössen S. 179 Note 22. Nicht unbestritten, s. das specielle Obligationenrecht III. C. 1 Note 31. 32.

<sup>9</sup> Bgl. l. 16 §. 1 D. sol. matr. 24. 3: — „(heres mariti) morum coërectionem non habet“. Rössen a. a. O. Note 19.

<sup>11</sup> Außer den oben genannten Fällen zählt das römische Recht hierher noch folgende: a) die actio wegen unerlaubter Belangung des Patrons und der Ascendenten, l. 24 D. de in ius voc. 2. 3; b) die actio de calumnia, l. 4 D. de calumn. 3. 6; c) die actio de sepulcro violato, l. 10 l. 3 §. 8 l. 6 D. de sep. viol. 47. 12 (vgl. Bangerow S. 214); d) die actio wegen verhin- dertter Beerbigung eines Reichthums, l. 9 D. de rel. 11. 7; e) die actio de iniuria et iniuriis wegen Beschädigung eines freien Menschen, l. 5 §. 5 D. de his qui off. 9. 3. — Manche (Rössen a. a. O. Note 20, Kierulff S. 227, Wächter Wilkt. Privat. II. §. 533 Note 53) stellen hierher auch den durch die Praxis begründeten f. g. Deflorationsanspruch, d. h. den Anspruch der verführten unbescholtenen Jungfrau oder Wittve auf Ausstattung. Aber die Auffassung dieses Anspruchs als actio vindictam spirans läßt sich als gewohnheitsrechtlich begründet nicht nachweisen. S. die Lehre von der Doct.

<sup>12</sup> S. l. 1 §. 124 Note 15.

<sup>13</sup> Bgl. zum Folgenden Francke Beiträge zur Erklärung einzelner Rechtsmaterien l. 1 (1828), Kierulff S. 218—227, Savigny Syst. V §. 210. 211, Mühlensbruch Fortsetzung von Willk. XLIII S. 16—38, Bangerow §. 145 Anm. Nr. II, Rössen a. a. O. S. 180—190.

<sup>14</sup> §. 1 I. de perp. et temp. act. 4. 12, l. 20 D. de poen. 48. 19, l. 1 pr. D. de priv. del. 46. 1; vgl. l. 22 D. de O. N. N. 39. 1 (— „in poenam heres non succedit“).

Schadenserlag zum Gegenstand haben, gehen auf die Erben des Schuldners nur bedingt über: nach römischem Recht haftet der Erbe, soweit die Erbschaft durch das Vergehen bereichert ist<sup>15</sup>, nach heutigem, soweit die Erbschaft überhaupt reicht<sup>16</sup>. Diese Beschränkung gilt aber auch nur für die Forderungsrechte, welche in dem Vergehen als solchem ihren Grund haben; Forderungsrechte auf Schadenserlag, welche auf einem andern Grunde beruhen, gehen deswegen nicht weniger auf die Erben des Schuldners unbedingt über, weil die beschädigende Handlung den Thatbestand eines Delictes in sich trägt<sup>17</sup>. Auch unter den Forderungsrechten aus einem Vergehen als solchem machen eine Ausnahme die Forderungsrechte aus Entwendung und gewaltsamer Wegnahme beweglicher oder unbeweglicher Sachen; die Erben des Thäters

<sup>15</sup> L. 26 D. de dolo 4. 3: — quatenus ad eum pervenerit, i. e. quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit“. L. 35 pr. D. de O. et A. 44. 7, l. 44 D. de R. l. 50. 17, l. 1 §. 6 D. de eo per quem fact. 2. 10, l. 16 §. 2 l. 19 D. quod. met. c. 4. 2, l. 17 §. 1 l. 26—29 D. de dolo 4. 3, l. 1 §. 48 l. 2 §. 3 pr. D. de vi 43. 16, l. an. C. ex del. def. 4. 15, u. a. m. Soweit die Entschädigung die Bereicherung des Verpflichteten überschreitet, ist sie für diesen in der That Strafe (vgl. l. 16 §. 2 D. quod. met. c. 4. 2, l. 22 D. de O. N. N. 39. 1); die actio auf Entschädigung kann daher auch als actio poenalis bezeichnet werden (Savigny: einseitige Strafflage), l. 1 §. 5. 8 D. ne vis fiat ei 43. 4. Zu l. 26 D. de dolo cit. vgl. noch l. 127 D. de R. l. 50. 17, l. 17. 18. 20 D. quod. met. c. 4. 2, und überhaupt: B. Sell Versuche I S. 62—77, §. Bitte Verzeigerungsflagen S. 315—322, Jacobi Jahrb. f. Dogm. IV S. 410—412.

<sup>16</sup> Das canonische Recht läßt die Erben unbedingt haften, o. 3 C. 16 qu. 6, c. 5 X. de rapt. ino. 5. 17 („iuxta facultates suas condigne satisfaciunt“), c. 9 X. de usur. 5. 19, c. 14 X. de sepult. 3. 28, c. 28 X. de sent. exco. 5. 89. Aber ein sehr alter und sehr constanter Gerichtsgebrauch hat die Vorschrift des canonischen Rechts in der im Text bezeichneten Weise modificirt. Francke S. 44 fg., Savigny S. 51 fg., Mühlensbruch S. 35 fg., Rössen S. 186. 187.

<sup>17</sup> L. 10 pr. D. comm. div. 10. 3. „Item quamvis legis Aquiliae actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio (sc. communi dividendo) heres socii præstat, si quid defunctus in re communi admisit, quo nomine legis Aquiliae actio nascitur“. L. 7 §. 1 D. dep. 16. 3, l. 12. 49 D. de O. et A. 44. 7, l. 121 §. 3 D. de V. O. 45. 1, l. 157 §. 2 D. de R. l. 50. 17. Zu l. 8 §. 1 D. de fidei. et nom. 27. 7 vgl. l. 4 C. de in lit. iur. 5. 53, zu §. 1 I. de perp. et temp. act. 4. 12 vgl. Gai. IV. 118, und f. über beide Stellen die gründliche Erörterung von Francke S. 16 fg.; Bangerow S. 216.

haften aus ihnen wie der Thäter selbst<sup>18</sup>. — Auch hier, mag das Forderungsrecht auf Strafe oder auf Schadensersatz gehen, hört die Unvererblichkeit mit dem Streitbeginn auf<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> L. 7 §. 2 l. 9 D. de cond. furt. 13. 1; l. 10 §. 1 eod., l. 1 §. 1 D. de cond. trit. 13. 3, l. 2 §. 26. 27 D. de vi bou. rapt. 47. 8; l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 §. 1 D. de furt. 47. 2. Die Quellen bezeichnen das Klagerrecht, welches sie in diesen Fällen gewähren, als *condictio*. Damit soll gesagt sein, daß es seinen Grund habe in der durch das Vergehen bewirkten ungerechtfertigten Bereicherung des Beklagten (*condictio sine causa*), also nicht in dem Vergehen als solchem. Nichtsdestoweniger hat es wirklich seinen Grund in dieser Bereicherung nicht. Hätte es seinen Grund in dieser Bereicherung, so müßte es auch nur auf die Bereicherung gehen; aber es geht weiter. Denn die *condictio* ist eine *condictio rei*, nicht *possessionis*, während der Thäter doch nur um den Besitz reicher geworden ist, nicht aber um den Vermögenswerth der Sache selbst; dieser ist geblieben, wo er war, beim Eigenthümer. Vgl. Gai. IV. 4, §. 14 l. de act. 4. 6, l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, in Verbindung mit l. 6 D. de vi 43. 16, l. 3 §. 11 D. uti poss. 43. 17. Die Römer bezeichnen also etwas als *condictio sine causa*, was *condictio sine causa* nicht ist, und sind sich des darin liegenden Widerspruchs wohl bewußt; das, sagen sie, sei eingeführt „*odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur*“ (s. die citirten Stellen von Gaius und den Institutionen). Mit anderen Worten: sie wollten auf jene Delictforderungen zum Nachtheil des Thäters die Grundsätze von der *condictio sine causa* angewendet wissen, und namentlich, was wahrscheinlich der Ausgangspunkt gewesen ist, die für die *condictio sine causa* geltende Vererblichkeit. In anderen Beziehungen wird denn auch die Delictnatur der *condictio furtiva* wieder zur Geltung gebracht, s. l. 4 D. de cond. furt. 13. 1 (deren Erklärung durch Savigny Syst. V S. 562 offenbar nur Nothbehelf ist) und l. 1 C. de cond. furt. 4. 8, vgl. §. 425 Note 4. Von der *actio rerum amotarum*, welche die *condictio furtiva* vertritt, heißt es in l. 21 §. 5 D. rer. am. 23. 2 geradezu: „*ex delicto nascitur*“. Allerdings wird in Beziehung auf sie gerade die Vererblichkeit, welche in l. 6 §. 4 D. eod. ausdrücklich anerkannt wird, in l. 3 C. eod. 5. 21 gelugnet. — Die jetzt herrschende Meinung erklärt die *condictio furtiva* und die ihr gleichstehenden Klagerrechte einfach für Klagerrechte aus ungerechtfertigter Bereicherung, und leitet daraus ihre Vererblichkeit her. S. Kierulff S. 222, Mühlensbruch S. 19—26, namentlich aber Savigny Syst. V S. 551—564 und nach ihm Sintenis §. 109 Note 23, Wangerow I S. 216 und III S. 593—596. Für die Delictnatur der *condictio furtiva* Krause S. 28—40 und Witte Bereicherungsklagen S. 322—325. — Der in Note 16 bezeichnete Gerichtsgebrauch bezieht sich auf die *condictio furtiva* und die anderen hierher gehörigen Klagerrechte nicht. Derselbe hat nur die neue Bestimmung des canonischen Rechts modificiren wollen. Krause S. 54; a. M. Mühlensbruch S. 37, Rappin S. 187.

<sup>19</sup> S. I §. 124 Note 16.

## 7. Unmöglichkeit der Leistung.

### §. 360.

Das Forderungsrecht geht auch dadurch unter, daß die Leistung dem Schuldner ohne seine Schuld unmöglich wird. Hierüber, wie über den Einfluß, welchen bei gegenseitigen Verträgen die unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung auf das dem Schuldner aus dem Vertrage seinerseits zustehende Forderungsrecht ausübt, ist bereits früher gehandelt worden (§. 264 Note 5. 6, §. 321 Note 16—19). Es ist aber hier zu dem Gesagten noch Folgendes hinzuzufügen.

1. Durch die unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung wird das Forderungsrecht direct aufgehoben<sup>1</sup>.

2. Hört die Unmöglichkeit der Leistung hinterher wieder auf, so wird dadurch das Forderungsrecht nur dann wiederhergestellt, wenn dieses Wiederaufhören in der Natur der Unmöglichkeit begründet, nicht, wenn es zufällig ist<sup>2</sup>.

3.<sup>3</sup> Eine unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung liegt auch dann vor, wenn der Gläubiger die individuell bestimmte Leistung<sup>4</sup>, auf welche das Forderungsrecht geht, bereits anderweitig erhalten hat. Jedoch wird durch diese Unmöglichkeit das Forderungsrecht nicht unbedingt aufgehoben. a) Es wird aufgehoben nur insoweit, als der Gläubiger die Leistung nicht bloß überhaupt erhalten hat, sondern auch mit dem gleich günstigen Resultat für

<sup>1</sup> Allerdings ist dies in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt. Aber vgl. §. 360. namentlich l. 107 D. de solut. 46. 3, wo die Unmöglichkeit als *naturalis resolutio* neben die Erfüllung gestellt wird. Mommsen Beiträge I S. 304—308.

<sup>2</sup> L. 83 §. 5 D. de V. O. 45. 1, l. 98 §. 8 D. de solut. 46. 3. Vgl. §. 315 Note 11, und Mommsen a. a. O. S. 290 ff.

<sup>3</sup> Vgl. zu dem Folgenden die Schrift von W. Sell: über die römisch-rechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch *concursum duarum causarum locustivarum* (1839); ferner Mommsen Beiträge I S. 255—262, Windscheid Heib. krit. Zeitschr. II S. 130—134, und wieder Mommsen Beiträge III S. 413—415. Unterholzner I S. 261, Sintenis II S. 500—503.

<sup>4</sup> Eine generisch bestimmte Leistung wird dadurch nicht unmöglich, daß der Schuldner einmal eine Leistung dieser Art empfangen hat.



sein Vermögen, welches vorhanden gewesen wäre, wenn er sie kraft seines Forderungsrechtes erhalten hätte<sup>6</sup>. b) Es wird aufgehoben nur in dem Sinne, daß der Gläubiger keinen Vortheil von dem Forderungsrecht haben soll; dagegen wird es aufrecht erhalten, insofern dieß nöthig ist, um den Gläubiger gegen Schaden zu schützen<sup>7</sup>. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß das Forderungsrecht schlechthin nur dann aufgehoben wird, wenn sowohl es selbst, als die anderweitige Erlangung der Leistung eine reine Bereicherung für den Gläubiger enthält<sup>1</sup>.

<sup>6</sup> War daher a) das Forderungsrecht mit keiner Aufopferung für den Gläubiger verbunden (beruhte es auf *causa lucrativa*), so kann er Ersatz für dasjenige fordern, was er für die erhaltene Leistung aufgespart hat, §. 6. 9 I. de leg. 2. 20, l. 84 §. 7. 8 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30, l. 82 §. 2. 4 l. 108 §. 6 cod., l. 78 D. de leg. 1<sup>o</sup> 31, l. 102 §. 2 D. de leg. 1<sup>o</sup> 32. b) War es ebenfalls mit einer Aufopferung verbunden, die für die erhaltene Leistung gemachte Aufopferung ist aber größer, so kann er Ersatz für den Mehrbetrag fordern. Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, ist aber eine nicht abzuweisende Consequenz aus dem Gesagten. A. R. Mommsen I S. 258. c) Hat der Gläubiger die Leistung, welche er zu fordern hat, zwar erhalten, aber nicht so, daß er sie auch behalten kann, so wird es angesehen, als habe er sie nicht erhalten, l. 84 §. 8 l. 82 pr. l. 108 §. 5 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30.

<sup>7</sup> Beruht daher a) das Forderungsrecht auf einem gegenseitigen Vertrag, so braucht der Gläubiger nicht nur die Gegenleistung nicht zu machen, sondern kann auch die gemachte zurückfordern, Paul. R. S. II. 17 §. 8, l. 84 §. 5 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30, l. 29 pr. D. de evict. 21. 2, l. 29 D. de A. E. V. 19. 1, l. 9 §. 6 D. loc. 19. 2. b) Hat der Gläubiger die Aufopferung, für welche ihm das Forderungsrecht gegeben worden ist, unter allen Umständen zu machen, so verliert er auch das Forderungsrecht nicht. In diesem Sinne entscheidet l. 19 D. de O. et A. 44. 7, daß der Mann das als Dos Versprochene immer noch fordern könne, wenn er es auch anderweitig erhalten habe; denn die Dos ist ihm versprochen worden als Entgelt für die *onera matrimonii*, und diese bleiben ihm unter allen Umständen, vgl. l. 8 §. 13 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 47 pr. D. mand. 17. 1. c) Ebenso befaßt der Gläubiger sein Forderungsrecht, wenn er den Gegenstand desselben einem Andern herauszugeben verpflichtet ist. L. 108 §. 5 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30; auch die Entscheidung der l. 19 D. de O. et A. cit. beruht wohl mit auf diesem Gesichtspunkt.

<sup>1</sup> In diesem Sinne sagen die Quellen: „*Omnes debitores, qui speciebus ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea speciebus ex causa lucrativa ad creditores pervenissent*“ (l. 17 D. de O. et A. 44. 7), oder: „*Traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et eandem rem concurrere non posse*“ (§. 6 I. de leg. 2. 20); f. auch l. 83 §. 6 D. de V. O. 45. 1. Gewöhnlich betrachtet man diese Aufhebung des Forderungsrechtes durch

## 8. Andere Aufhebungsthatfachen.

## §. 361.

Es gibt noch eine Reihe von anderen Aufhebungsgründen von Forderungsrechten, von welchen bereits in anderen Zusammenhängen gehandelt worden ist: dahin gehören Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (I §. 120 a. E.), aberkennendes Urtheil (I §. 129 Note 7), Verjährung (I §. 112 Note 3—5), Verwirkung (I §. 123 Nr. 1, II §. 335 Nr. 2), auflösende Bedingung und Befristung (I §. 90, I §. 96 a. E.). Hier ist noch hinzuzufügen<sup>1</sup>, daß ein Forderungsrecht möglicherweise auch durch einseitige Erklärung (Aufkündigung) sein Ende erreichen kann, sei es in dem Sinn, daß es schlechthin aufgehoben wird, sei es in dem Sinne, daß es nur für die Zukunft nicht mehr fortwirkt, während die von ihm bereits erzeugten Wirkungen bestehen bleiben. Ein solches Rücktrittsrecht kann auf Vertrag beruhen, oder auf gesetzlicher Vorschrift<sup>2</sup>. — Wenn gewöhnlich gelehrt wird, daß

*curas duarum causarum lucrativarum*“ als auf positiver Bestimmung beruhend. Es ist das Verdienst Mommsen's, den inneren Grund dieses Satzes und den Zusammenhang, in welchem derselbe mit der Lehre von dem Einfluß der Unmöglichkeit der Leistung auf den Bestand der Obligation steht, nachgewiesen zu haben. Von der anderen Seite geht Mommsen zu weit, wenn er das Forderungsrecht *ex causa onerosa* bei anderweitiger Erlangung der Sache unbedingt untergehen läßt (vgl. Note 5, freilich auch Mommsen S. 259. 261 unt.). Wenn ich mich aber früher dahin ausgesprochen habe, daß das Forderungsrecht *ex causa onerosa* bei anderweitiger Erlangung der Sache auch auf den Vortheil des Gläubigers, d. h. auf den Mehrwerth der Leistung der Gegenleistung gegenüber, fortdauere, so möchte ich jetzt diese Meinung nicht mehr verteidigen. Der Hauptbeweisstelle für dieselbe — l. 19 D. de O. et A. 44. 7: „*integras actiones retinabit*“ — wird die Beweisraft dadurch abgebrochen, daß a) der Schluß der Stelle gleichfalls in unbestimmter Weise ungenau redet („*eandem (sc. rem) non prohibetur ex causa lucrativa potare*“, verglichen mit den Stellen der Note 5. a; b) daß jener Ausdruck in Betreff des in der Stelle unmittelbar entschiedenen Falls gar nicht einmal ungenau ist.

<sup>1</sup> Natürlicher können hier nur diejenigen Aufhebungsgründe genannt werden, §. 201. welche eine allgemeinere Bedeutung haben. Zu denjenigen, welche von dieser Art nicht sind, zähle ich auch den Befall der Verbindlichkeit des Hauptschuldners als Grund der Aufhebung der Verbindlichkeit des Bürgen.

<sup>2</sup> So ist z. B. ein unbedingtes gesetzliches Rücktrittsrecht dem Schuldner beim Auftrags- und Gesellschaftsvertrag, ein bedingtes beim Miethevertrag gestattet.

das Forderungsrecht auch durch den Wegfall des Interesse des Gläubigers aufgehoben werde, so kann dieß als begründet nicht anerkannt werden<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Wenn der Gläubiger kein Interesse mehr an der Geltendmachung seines Forderungsrechts hat, so wird er es eben nicht geltend machen; macht er es aber geltend, so beweist er gerade dadurch sein Interesse. Soll also der bezeichnete Satz überhaupt Sinn haben, so muß er nicht vom Interesse im Allgemeinen, sondern speziell vom Vermögensinteresse verstanden werden. Aber auch der Wegfall des Vermögensinteresse kann als Grund des Wegfalls des Forderungsrechts nur auf Grund der Ansicht anerkannt werden, daß das Forderungsrecht zur wesentlichen Voraussetzung ein Vermögensinteresse des Gläubigers habe, und dieser Ansicht ist bereits oben (§. 251 Note 3) entgegengetreten worden. Nur wird im einzelnen Fall zu erwägen sein, ob nicht das Rechtsgeschäft, auf welchem das Forderungsrecht beruht, ein Forderungsrecht bloß zur Verdrängung des Vermögensinteresse des Gläubigers, und also nicht über die Dauer desselben hinaus habe begründen wollen. Und ferner kann natürlich die eintretende Unmöglichkeit der Leistung die Verwandlung des Forderungsrechts in ein Forderungsrecht auf das Vermögensinteresse nur dann herbeiführen, wenn der Gläubiger ein Vermögensinteresse noch hat. Im klassischen römischen Recht trat die Verwandlung des Forderungsrechts in ein Forderungsrecht auf Leistung des Vermögensinteresse nicht bloß in Folge der Unmöglichkeit der Leistung, sondern bei jedem Urtheil ein, und so war für die Römer allerdings die Identifizirbarkeit des Forderungsrechts ganz allgemein an die Fortdauer des Vermögensinteresse des Gläubigers geknüpft. Im Einzelnen kommen hier folgende Stellen in Betracht: a) L. 14 pr. D. de cond. lict. 13. 1: die *condictio lictiva* fällt weg mit Wegfall des Eigentums des Klägers: „nam nec petitionis iam interest, licet in possessione sit, si er kann keinen Vermögensschaden mehr thun von der Sache“ und auch für das heutige Recht vollkommen einschlagende Grund der Entscheidung ist freilich der in der L. 14 cit. an zweiter Stelle genannte, daß „soli domino condictio competit“ (L. 1 cod.). b) L. 32 D. loc. 19. 2. „Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit, et eum fundum legavit: Cassius negavit, posse egi solonam, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interest“. Die Stelle hat offenbar nur den Fall im Auge, wo der Erbe mit dem Vermächtnisnehmer keine Vereinbarung des Inhalts getroffen hat, daß dieser für die noch übrige Pachtzeit die Sache im Besitz und Genuß des Pächters lassen solle. Wollte er in diesem Falle gegen den Pächter, welcher die Pacht aufgibt und das Grundstück verläßt, klagend auftreten, so würde ihm dieser mit Recht entgegenen, daß der Erbe doch nicht im Stande sein würde, ihn im Besitz des Grundstücks zu erhalten. Unbeweglich hat der Erbe in der That kein Interesse daran, daß der Pächter nicht ausziehe. Nun ist es allerdings richtig, daß die Stelle den Mangel des Interesse als Grund, und nicht als Folge des Ausschlusses des Forderungsrechts bezeichnet: aber wenn darnach unsere Erklärung dem Ver-

fasser der Stelle eine Ungenauigkeit in der Gebanenausbildung vorwirft, so bedenke man auf der anderen Seite, ob man geneigt sein möchte, dem Erben die Rechte aus dem Pachtvertrag des Erblassers auch dann abzusprechen, wenn er in Folge einer Uebereinkunft mit dem Vermächtnisnehmer dem Pächter das Grundstück ganz in der Weise, wie dieser es zu fordern berechtigt ist, zur Verfügung stellt. Wovon doch für den Kauf L. 25 §. 1 loc. 19. 2 das Gegentheil sagt. S. auch Sinteris II §. 118 Anm. 116 (S. 685. 686). c) L. 97 §. 1 D. de V. O. 45. 1. Die Entscheidung der Stelle beruht auf der Annahme, daß auf einen Fall, für welchen der Gläubiger an der Leistung kein Interesse hat, auch der Contractswille nicht gerichtet gewesen sei. Vielleicht hat gleichen Sinn auch L. 96 cod. Vgl. auch die Stellen, in welchen die Richtung des Vermächtniswillens aus dem Interesse, welches diese oder jene Person an der Leistung habe, bestimmt wird: L. 69 §. 2 l. 49 §. 4—7 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30, l. 32 §. 1 D. de iudic. lib. 40. 5.

Lehrbuch  
des  
**Pandektenrechts.**

Von

**Dr. Bernhard Windscheid,**

ordentlichem Professor des römischen Civilrechts an der Universität  
zu München.

Zweiter Band.

Zweite Abtheilung.

---

Düsseldorf,

Verlagshandlung von Julius Buddeus.

1866.

Das Recht der Uebersetzung in andere Sprachen behält sich die Verlage-  
handlung vor.

Druck von Bär & Hermann in Leipzig.

## Vorrede.

Die erste Abtheilung des zweiten Bandes dieses Lehrbuchs ist im Herbst des vorigen Jahres ausgegeben worden; mit der jetzt erscheinenden zweiten ist der zweite Band vollendet. Derselbe enthält außer dem Obligationenrecht auch das Familienrecht, so daß für den dritten Band nur noch das Erbrecht übrig bleibt. Zur Erleichterung des Gebrauchs füge ich sogleich jetzt ein Register über die beiden ersten Bände hinzu; nach der Vollendung des dritten Bandes wird dasselbe mit einem vollständigen vertauscht werden.

Dieser zweite Band ist nach den gleichen Grundsätzen gearbeitet, wie der erste. Daß mein Streben nach Verdeutschung der Rechtsprache Widerspruch erfahren würde, war vorauszu-  
sehen. Die Gründe, welche man dagegen vorgebracht hat, waren mir nicht unerwartet, und scheinen mir nach wie vor von untergeordneter Bedeutung gegenüber dem in der Vorrede zum ersten Band geltend gemachten Gesichtspunkt. In das Register ist die hergebrachte Terminologie vollständig aufgenommen worden. — Man hat mir auf der andern Seite vorgeworfen, daß ich in der Sache nicht Kühner gewesen sei, daß ich dem Inhalt der Rechtsätze

gegenüber das nationale Rechtsbewußtsein nicht in ausreichender Weise zur Geltung gebracht habe. Hat man bei diesem Vorwurf wohl den Standpunkt gehörig erwogen, von welchem der Verfasser eines Lehrbuchs des Pandektenrechts, eines Rechtes, welches noch immer in den Gerichten eines nicht unbedeutenden Theils von Deutschland zur Anwendung kommt, nicht abweichen darf? Es ist leicht, von einem römischen Rechtsatz auszulagen, daß er unseren Bedürfnissen oder Anschauungen nicht mehr entspreche; aber damit ist wenigstens für Denjenigen, welcher an der Reception des römischen Rechts als Ganzen festhält, noch nicht bewiesen, daß er nicht mehr gelte. Abgesehen von den Fällen, wo ein römischer Rechtsatz seiner thatsächlichen Voraussetzungen in den heutigen Verhältnissen ermangelt, oder wo er mit allgemein anerkannten Grundprincipien der heutigen Rechtsordnung in Widerspruch steht, wird man ihm seine heutige Geltung so lange nicht bestreiten dürfen, bis man nachzuweisen im Stande ist, daß er durch eine neuere Rechtsquelle aufgehoben sei, und wie schwierig und unsicher dieser Beweis namentlich in dem gewöhnlichen Fall ist, wo es sich um Abänderung durch ein modernes Gewohnheitsrecht handelt, und welcher Mißbrauch mit einer sogenannten Praxis getrieben wird, weiß jeder in diesen Dingen nur halbwegs Erfahrene. Der Verfasser eines Lehrbuchs des Pandektenrechts ist in dieser Beziehung in der übelsten Lage, da es ihm an Hundert Punkten an den nöthigen Vorarbeiten fehlt. In dieser Lage ist aber, wie ich meine, im Interesse der Sicherheit der Rechtspflege Fähigkeit im Festhalten gerechtfertigter, als leichte Beweglichkeit, welche nur zu sehr der Gefahr unterliegt, subjective Anschauungen mit objectiven Gesichtspunkten zu verwech-

seln. Gründlich kann hier nur durch Gesetzgebung geholfen werden. Sollte dieselbe freilich fortfahren, wie sie in Deutschland begonnen hat, eine Sondergesetzgebung der einzelnen Staaten zu sein, so wäre das kein Gewinn, sondern ein Verlust. Denn wie hoch man auch die Uebelstände des privatrechtlichen Rechtszustandes der Länder des gemeinen Rechts anschlagen mag, sie wiegen leicht wie eine Feder gegen die Schäden, die von dem Verfall der Rechtswissenschaft drohen, welcher die unausbleibliche Folge der Beschränkung auf eine particuläre Rechtsquelle ist. Es ist dies eine geschichtliche Thatsache, über welche wenigstens Diejenigen, die zur Entscheidung berufen sind, ebenso wenig im Unklaren sein sollten, als darüber, in welchem Grade das beste Gesetzbuch ohne eine ihm zur Seite stehende lebendige, wahrhaft wissenschaftliche Jurisprudenz ohnmächtig ist.

Die Zahl der Druckfehler ist leider auch in diesem zweiten Bande nicht gering. Doch sind glücklicherweise die sinnbeeinträchtigenden Fehler verhältnißmäßig nicht zahlreich; ich habe sie im Interesse des Lesers sogleich auf der folgenden Seite angegeben.

Legernsee, den 20. September 1866.

Bernhard Windscheid.

## Sinnstörende Fehler.

Abf. I §.	128	3.	17 v. o. l. dieser Gegensatz st. denselben.
" "	145	"	14 v. u. ist hinter „Gesichtspunkt“ ausgefallen „der Verletzung.“
" "	148	"	8 " l. in Bezug st. existenz.
" "	158	"	19 v. o. l. dieser andere Theil selbst st. der Antragsteller.
" "	180	"	12 " l. Schuldners st. Gläubigers.
" "	185	"	12 v. u. l. Leistung st. Gegenleistung.
" "	205	"	16 v. o. l. Verkäufer st. Käufer.
" "	289	"	18 v. u. l. Schuldners st. Erwerbers.
" "	268	"	2 v. o. l. Schuldübernehmers st. Schuldners.
" "	265	"	4 v. u. l. Miether st. Vermieterher.
" "	286	"	2 " l. Forderung st. Gegenforderung.
" "	287	"	7 v. o. l. Gläubiger st. Erwerber.
" II "	79	"	16 u. 17 v. o. l. eine fremde Sache als eigene st. eine eigene Sache als fremde.
" "	313	"	10 v. u. l. Versprechen des Erlases des st. Versprechen des.
" "	334	"	13 v. o. l. confessoria st. negatoria.
" "	334	"	13 v. u. l. der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung st. dem gesetzlichen Eigenthumsrecht.
" "	376	"	5 v. o. l. Hauptschuldners st. Bürgen.
" "	381	"	10. u. 11. v. o. sind die Worte „Hauptschuldner“ und „Bürge“ zu vertauschen.
" "	412	"	1 v. u. l. ein st. kein.

Die Abkürzung „HGB.“ bezeichnet das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch.

## Inhaltsverzeichnis.

Viertes Buch.  
Das Recht der Forderungen.Zweites Kapitel.  
Die einzelnen Forderungsrechte.

§.		Seite
362.	Uebersicht	1
	I. Forderungsrechte aus Verträgen.	
363.	Uebersicht	
364.	A. Der reine Vertrag	2
	B. Die Schenkung	4
	1. Begriff	5
365.	2. Verbindlichkeiten	12
366.	3. Besondere Vorschriften für die Schenkung	15
367.	4. Besondere Arten der Schenkung	20
368. 369.	C. Verträge auf Rückgabe	26
	1. Das Darlehen	26
	a. Begriff und Voraussetzungen	26
370.	b. Verpflichtungen	29
371.	c. Beweis	32
372.	d. Verbot des Darlehens an Hauskinder	37
373.	2. Die Leihe	44
	a. Das Leihen im engeren Sinn	44
	α. Begriff.	44
374.	β. Verpflichtungen.	46
375.	b. Das Precarium	49
376.	3. Die Hinterlegung	51
	a. Regelmäßiger Fall	51
	α. Begriff	51
377.	β. Verpflichtungen	52
378.	b. Besondere Fälle	54
	α. S. g. depositum irregulare	54
379.	β. Sequestration	56
380.		

		Seite
	4. Die Verpfändung . . . . .	57
381.	a. Begriff . . . . .	57
382.	b. Verpflichtungen . . . . .	58
383.	5. Der Fidejussorvertrag . . . . .	61
384.	6. Uebernahme von Sachen durch Schiffer, Gast- und Stallwirthe . . . . .	63
384 <sup>a</sup> .	7. Andere Verträge auf Rückgabe . . . . .	66
	D. Verträge auf Umsatz . . . . .	67
	1. Der Kauf, . . . . .	67
385.	a. Begriff . . . . .	67
386—388.	b. Abschluß . . . . .	69
	c. Verpflichtungen . . . . .	78
389.	α. Ueberhaupt . . . . .	78
	β. Insbesondere: . . . . .	82
390.	aa. der Käufer trägt die Gefahr . . . . .	82
391. 392.	bb. Haftung des Verkäufers wegen Entwehrung . . . . .	87
	cc. Haftung des Verkäufers wegen der Beschaffen- heit der Kaufsache . . . . .	97
393. 394.	aa. Sie hat Mängel . . . . .	97
395.	ββ. Sie entbehrt Vorzüge . . . . .	107
396.	d. Recht des Niddritts . . . . .	108
397.	e. Besondere Kaufgegenstände . . . . .	110
398.	2. Der Tausch . . . . .	111
	3. Die Miethe . . . . .	112
399.	a. Begriff und Abschluß . . . . .	112
	b. Verpflichtungen . . . . .	115
400.	α. Sachmiethe . . . . .	115
401.	β. Dienstmiethe . . . . .	120
402.	c. Beendigung . . . . .	125
403.	d. Besondere Anwendung des Miethevertrages . . . . .	128
404.	4. Andere gegenseitige Verträge über Gebrauch von Sachen und Diensten . . . . .	130
	E. Die Gesellschaft . . . . .	134
405.	1. Begriff und Abschluß . . . . .	134
	2. Rechtsverhältnisse . . . . .	137
406.	a. Nach Innen . . . . .	137
407.	b. Nach Außen . . . . .	141
408.	c. Beendigung . . . . .	143
	F. Der Auftrag . . . . .	145
409.	1. Begriff und Abschluß . . . . .	145
410.	2. Verpflichtungen . . . . .	147
411.	3. Beendigung . . . . .	149
412.	4. Besondere Anwendungen . . . . .	151
	G. Verträge zum Zwecke der Beseitigung einer Rechtsunge- wisshheit . . . . .	150

		Seite
	1. Der Vergleich . . . . .	159
413.	a. Begriff und Rechtsverhältnis . . . . .	159
414.	b. Ungültigkeitsgründe . . . . .	163
	2. Der Schiedsvertrag . . . . .	167
415.	a. Begriff und Wirkungen . . . . .	167
416.	b. Voraussetzungen der Verbindlichkeit der schiedsrichter- lichen Verfügungen. Ungültigkeit des Schieds- vertrages . . . . .	169
417.	c. Vertrag mit dem Schiedsrichter . . . . .	172
418.	3. Der Schiedsmeistervertrag . . . . .	172
419. 420.	H. Spiel und Wette . . . . .	174
	II. Forderungsrechte aus vertragsähnlichen Gründen.	
	A. Ungerechtfertigte Bereicherung . . . . .	180
421—423.	1. Begriff . . . . .	180
424. 425.	2. Verpflichtungen . . . . .	192
	3. Besondere Fälle . . . . .	197
426.	a. Bereicherung aus einer zum Zweck der Erfüllung einer irthümlicher Weise vorausgesetzten Ver- bindlichkeit gemachten Leistung . . . . .	197
427—429.	b. Bereicherung aus einer Leistung, die unter einer auf die Zukunft gestellten Voraussetzung gemacht worden ist . . . . .	205
430. 431.	B. Beforgung fremder Angelegenheiten ohne Auftrag . . . . .	212
	C. Vormundschaft und Güterpflege . . . . .	225
	1. Vormundschaft über Unerwachsene . . . . .	225
432.	Einteilung . . . . .	225
	a. Begründung der Vormundschaft . . . . .	229
433.	α. Berufung . . . . .	229
434.	β. Fähigkeit und Tauglichkeit zur Vormundschaft . . . . .	236
435.	γ. Ablehnung . . . . .	239
436.	δ. Antritt . . . . .	242
437.	b. Beendigung der Vormundschaft . . . . .	244
	c. Rechtsverhältnis . . . . .	246
	α. Verpflichtungsverhältnis zwischen Vormund und Mündel . . . . .	246
438.	aa. Im Allgemeinen . . . . .	246
439.	bb. Im Besonderen . . . . .	250
440.	β. Macht des Vormundes . . . . .	253
441.	Veräußerung von Mündelvermögen . . . . .	255
442.	Form der rechtlichen Thätigkeit des Vormun- des in Mündelangelegenheiten . . . . .	259
443.	γ. Rechtsverhältnis bei Mehrheit der Vormünder . . . . .	261
444.	δ. Haftung von Neben- und anderen Personen . . . . .	265
445.	d. Obervormundschaft . . . . .	267
446.	2. Andere Fälle der Vormundschaft . . . . .	269



		Seite
447.	3. Güterpflege . . . . .	271
448.	D. Amt . . . . .	274
	E. Gemeinschaft und Grenzverwirrung . . . . .	276
449.	1. Gemeinschaft . . . . .	276
450.	2. Grenzverwirrung . . . . .	282
III. Forderungen aus Vergehen und verwandte Fälle.		
451.	A. Argliß . . . . .	284
	B. Entwendung . . . . .	286
452.	1. Begriff . . . . .	286
453.	2. Verpflichtungen . . . . .	289
454.	3. Besondere Fälle . . . . .	292
	C. Beschädigung . . . . .	296
455.	1. Das Aquilische Gesetz und seine Erweiterungen . . . . .	296
456.	2. Andere Bestimmungen . . . . .	304
457.	3. Beschädigung durch Dritte und durch Thiere . . . . .	307
	4. Beschädigung durch Sachen . . . . .	309
	a. Durch Grundstücke (cautio damni infecti) . . . . .	309
458.	α. Das Allgemeine . . . . .	309
459.	β. Das Nähere . . . . .	311
460.	γ. Zufälliges . . . . .	314
461.	b. Durch bewegliche Sachen . . . . .	318
462.	D. Zwang und Betrug . . . . .	318
463.	E. Verkürzung der Gläubiger . . . . .	320
	F. Widerrechtliche Störung factischer Zustände . . . . .	327
464.	1. Störung des Besizes . . . . .	327
465.	2. Handeln gegen fremden Willen (interdictum quod vi aut clam) . . . . .	331
466.	3. Handeln gegen Einspruch (operis novi nuntiatio) . . . . .	339
467.	G. Verletzung der Vorschriften über den Gebrauch öffentlicher Sachen . . . . .	346
468.	H. Störung des Begräbnißrechtes . . . . .	350
469.	I. Störung der Rechtschülfe . . . . .	350
470.	K. Verletzung der Amtspflicht . . . . .	351
471.	L. Ungerechter Prozeß . . . . .	355
472.	M. Injurie . . . . .	356
IV. Andere gesetzliche Forderungsrechte.		
473.	A. Forderungsrechte aus den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen . . . . .	358
474.	B. Verpflichtung zum Vorweisen . . . . .	362
475.	C. Alimentationsverbindlichkeit . . . . .	365
V. Haftung für Verbindlichkeiten Anderer.		
	A. Bürgschaft . . . . .	371
476.	1. Begriff und Abschluß . . . . .	371
	2. Verpflichtung des Bürgen . . . . .	373

		Seite
477.	a. Im Allgemeinen . . . . .	373
478.	b. Rechtswohlthat der Vorausklage . . . . .	380
479.	c. Richtigkeit des Bürgen. Afterbürgschaft . . . . .	384
480.	d. Beendigung der Verpflichtung des Bürgen . . . . .	387
481.	3. Rückgriff des Bürgen . . . . .	388
	B. Die f. g. actiones adiecticiae qualitatis . . . . .	390
482.	1. Actio quod iussu, actio institutoria, actio exhereditaria . . . . .	390
483.	2. Actio de in rem verso . . . . .	396
484.	3. Actio de peculio . . . . .	399
	C. Uebernahme fremder Verbindlichkeiten durch Personen weiblichen Geschlechts . . . . .	405
485—487.	1. Das Recht des Vellejanischen Senatschlusses . . . . .	405
488.	2. Spätere Aenderungen . . . . .	415

## Fünftes Buch.

## Das Familien-Recht.

## Erstes Kapitel.

## Die Ehe.

489.	I. Begriff, Begründung, Beendigung . . . . .	419
	II. Rechtliche Bedeutung . . . . .	420
490.	A. Persönliches Verhältniß der Ehegatten . . . . .	420
	B. Vermögensverhältnisse . . . . .	422
491.	Uebersicht . . . . .	422
	1. Von der Dos . . . . .	425
492.	a. Begriff . . . . .	425
	b. Bestellung . . . . .	428
493.	α. Personen. Verpflichtung zur Bestellung . . . . .	428
494.	β. Act der Bestellung . . . . .	430
495.	γ. Verpflichtung aus der Bestellung . . . . .	433
	c. Rechtsverhältniß . . . . .	436
496—498.	α. Während bestehender Ehe . . . . .	436
	β. Nach aufgelöster Ehe . . . . .	436
499.	aa. An wen ist die Dos herauszugeben . . . . .	440
500. 501.	bb. Was ist herauszugeben? . . . . .	442

		Seite
502.	cc. Zeit der Herausgabe . . . . .	447
503.	dd. Natur des Anspruchs auf Herausgabe . . . . .	448
504.	ea. Beweis . . . . .	451
505.	ff. Gegenansprüche . . . . .	452
506.	d. Dotalverträge . . . . .	454
507.	2. Von dem freien Vermögen der Frau . . . . .	457
508.	3. Von der Eheverkaufung . . . . .	458
509.	4. Von den Schenkungen zwischen Ehegatten . . . . .	460
510.	5. Ehecheidungsstrafen . . . . .	467
511.	6. Nachteile der Wiederverheirathung . . . . .	469
512.	7. Nachteile vorzeitiger Wiederverheirathung . . . . .	472

**Zweites Kapitel.**

**Das Verhältniß zwischen Aeltern und Kindern.**

	I. Rechtliche Bedeutung . . . . .	473
513.	A. Ueberhaupt . . . . .	473
	B. Insbesondere . . . . .	474
514.	1. Persönliches Verhältniß . . . . .	474
	2. Vermögensverhältnisse . . . . .	476
515.	a. Ueberhaupt . . . . .	476
516. 517.	b. Recht des Vaters am Erwerbe der Kinder . . . . .	477
518.	c. Einräumung eines Sondergutes . . . . .	486
519.	d. Rechtsgeschäfte und andere juristische Thatfachen zwischen Vater und Kind . . . . .	488
520.	II. Geltendmachung der älterlichen und Kindesrechte . . . . .	490
	III. Entstehung der älterlichen und Kindesrechte . . . . .	492
521.	A. Durch Geburt . . . . .	492
522.	B. Durch Legitimation . . . . .	493
	C. Durch Adoption . . . . .	495
523.	1. Begriff und Erfordernisse . . . . .	496
524.	2. Wirkung . . . . .	497
525.	IV. Beendigung der älterlichen und Kindesrechte . . . . .	499

**Drittes Kapitel.**

526.	Die Vormundschaft . . . . .	603
------	-----------------------------	-----

**Zweites Kapitel.**

**Die einzelnen Forderungsrechte.**

Uebersicht.

§. 362.

Unter den einzelnen Forderungsrechten setzen sich auf den ersten Blick zwei große Klassen ab: die Forderungsrechte aus Verträgen und die Forderungsrechte aus Vergehen (Delicten). Die übrigen Forderungsrechte haben zum Theil eine unverkennbare Verwandtschaft mit Forderungsrechten, welche aus Verträgen, oder solchen, welche aus Vergehen entspringen, und sind daher im Anschluß an die Vertrags- und Vergehensobligationen darzustellen. Jedoch fügen sich nicht alle Forderungsrechte ohne Zwang in eine solche Anlehnung; von denjenigen, welche es nicht thun, ist daher in einer besonderen Abtheilung zu handeln. Endlich aber ist es angemessen, einer besonderen Betrachtung diejenigen Forderungsrechte zu unterwerfen, welche auf Grund einer in der Person eines Dritten begründeten Obligation zustehen. Ganz ausgeschlossen bleiben hier diejenigen Forderungsrechte, welche im Zusammenhang des Sachen-, Familien- oder Erbrechts eine passendere Stelle finden<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Wenn man von einem „System“ der einzelnen Forderungsrechte (des „speziellen Obligationenrechts“) spricht, so wird man nicht vergessen dürfen, daß es sich hier nicht um die Aufweisung des Zusammenhangs von Begriffen, sondern um die Darstellung einer Reihe von thatsächlich vorhandenen rechtlichen Erscheinungen handelt. Diese Erscheinungen haben ihren Grund in den Bedürfnissen und Interessen des menschlichen Lebens, und daher wird bei der Anordnung derselben für die Darstellung den obersten Gesichtspunkt immer das Verhältniß bilden müssen, in welchem sie zu den Bedürfnissen und Interessen des menschlichen Lebens stehen. Hiernach ergibt sich die Einteilung in Forderungsrechte aus Verträgen (Nr. I) und Forderungsrechte aus Vergehen (Nr. II) von selbst. (An die Stelle der Rubrik „Verträge“ würde die Rubrik „Rechtsgeschäfte“ zu setzen sein, wenn nicht die einseitigen Willenserklärungen, abgesehen von dem in das Erbrecht gehörenden Vermächtniß, für die Erzeugung von Forderungsrechten nach römischem Recht nur eine verschwindende Bedeutung hätten, so daß von ihnen ausreichend schon im allgemeinen Theil des Obligationenrechts gehandelt werden konnte (§. 304)). Man wird sich

## I. Forderungsrechte aus Verträgen.

## Uebersicht.

## §. 363.

Die einzelnen Verträge unterscheiden sich durch die Verschiedenheit ihres Inhalts. Es ist aber weder nöthig, noch ausführbar, von jedem möglichen Vertragsinhalt besonders zu handeln; die einzelnen Verträge sind in Betreff der für sie geltenden Rechtsregeln in erster Linie zu verweisen an die allgemeinen Grundsätze über die Verträge und die Obligationen überhaupt. Von der andern Seite gibt es allerdings Verträge, von denen Besonderes zu sagen ist; diese sind hier darzustellen. Die Anordnung, welche dabei zu Grunde gelegt wird, ist folgende. Zuerst wird gehandelt von dem reinen Vertrag, dem Vertrag, welcher sich unabhängig von seinem Bestimmungsgrund gemacht hat. Sodann folgen: a) der Schenkungsvertrag, — der Vertrag, welcher seinen Grund darin hat, daß Jemandem eine Vermögenszuwendung

aber ferner auch der Betrachtung nicht verschließen dürfen, daß z. B. die Obligation aus ungerichtlichem Haben, abgesehen davon, daß sie nicht aus Vertrag entsteht, ganz dieselbe Natur hat, wie die Obligation aus dem Empfang eines Darlehens, die Obligation aus der freiwilligen Geschäftsführung dieselbe Natur, wie die Obligation aus der Uebernahme eines Auftrags; daß ferner z. B. die Verpflichtung auf Schadenersatz, welche aus der Nichtreparatur eines haushälterischen Gebäudes entsteht, wenngleich Nichtreparatur eines Gebäudes nicht geradezu Delict ist, doch eine unverkennbare Verwandtschaft hat mit der Verpflichtung auf Schadenersatz z. B. aus Zwang und Betrug. Man wird sich daher beim Vorwurf, das natürlich Zusammengehörige auseinandergerissen zu haben, nicht entziehen können, wenn man die Darstellung der conditiones sine causa und der negotiorum gestio nicht mit den Vertragsobligationen, die Darstellung der Lehre vom damnum infectum nicht mit den Delictobligationen in Zusammenhang bringt. Wie weit man in der Anerkennung einer solchen Verwandtschaft gehen will, darüber zu entscheiden, wird in letzter Linie Sache des Factes sein. Daß eine solche Verwandtschaft nicht in allen Fällen vorhanden ist, z. B. bei der Alimentationsverbindlichkeit, bei der Verbindlichkeit aus den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen, liegt auf der Hand; hieraus rechtfertigt sich die hier gemachte vierte Abtheilung (Nr. IV). Auch darüber wird man dem individuellen Ermessen die Entscheidung gestatten müssen, ob die Obligationen aus vertrags- und delictähnlichen Gründen neben ihre Vorbilder unter den Vertrags- und Delictobligationen gestellt, oder ob aus ihnen

schlechthin gemacht werden soll; b) die Verträge auf Rückgabe, — die Verträge, welche dadurch abgeschlossen werden, daß etwas mit der Auflage der Rückgabe hingegeben wird; c) die Verträge auf Umsatz, oder Tauschverträge im weiteren Sinn, — die Verträge, durch welche der Umtausch eines Vermögenswerthes, Sache oder Arbeit, gegen einen andern vermittelt werden soll. An sie schließt sich an d) der Gesellschaftsvertrag, welcher zwar ebenfalls auf gegenseitige Leistung gerichtet ist, aber zu dem speziellen Zweck, um dadurch eine Vermögensgemeinschaft zu begründen. Sodann machen noch eine besondere Betrachtung nöthig e) der Auftragsvertrag, — der Vertrag, welcher zum Gegenstand eine Dienstleistung hat, die nicht als Tauschgegenstand verwerthet wird; f) die auf Beseitigung einer rechtlichen Ungewißheit gerichteten Verträge, und endlich g) die Glücksverträge, — die Verträge, in welchen die Gefahr eines Verlustes gegen die Möglichkeit eines Gewinnes übernommen wird<sup>1</sup>.

besondere Rubriken gebildet werden sollen. Hier ist der erste Weg in Betreff der Obligationen aus delictähnlichen Gründen, der zweite in Betreff der Obligationen aus vertragsähnlichen Gründen gewählt worden (Nr. II). Die flüchtige hier gemachte Abtheilung (Nr. V) endlich bildet einen Gegensatz zu allen vorhergehenden Abtheilungen; sie handelt von der möglichen Sinüberwirkung der in einer Person begründeten Obligation auf eine andere Person. — Es braucht nicht erst bemerkt zu werden, daß die hier entwickelte Anordnung in ihren Grundzügen dieselbe ist, welche in den Justinianischen Institutionen befolgt ist (obligationes ex contractu, quasi ex contractu, — ex maleficio, quasi ex maleficio [vgl. §. 302 Note 1]). Die Anordnung in den heutigen Systemen ist eine sehr verschiedene, obgleich der Gegensatz zwischen Vertrags- und Delictobligationen den meisten zu Grunde liegt (verwirrt ist er in dem System von Heise, welches als Eintheilungsgrund den Inhalt der Leistung durchführt). Vgl. den Aufsatz von v. d. Pfordten Abhandlungen Nr. 4 (welcher selbst innerhalb des Gegensatzes zwischen Verträgen und Delicten unterscheidet, ob die begründende Thatfache einseitig oder zweiseitig wirkt), ferner Sinteris II §. 95 Anm. 1.

<sup>1</sup> Auch bei der Anordnung der einzelnen Verträge ist möglichst Rücksicht §. 363. genommen worden auf die Stellung, welche sie im Leben einnehmen. Diesem Gesichtspunkt gegenüber ist selbst die Scheidung der Verträge in einseitige und zweiseitige (gegenseitige) nicht aufrecht erhalten worden. Es scheint mir z. B. auf der Hand zu liegen, daß der Schiedsvertrag mit dem Vergleich zusammengehört, obgleich jener ein einseitiger und dieser ein gegenseitiger Vertrag ist.

## A. Der reine Vertrag.

## §. 364.

Der reine Vertrag ist der Vertrag, welcher sich von seinem Bestimmungsgrund losgelöst hat (§. 318 Nr. 2, §. 319). In dem reinen Vertrag gibt der Versprechende die Erklärung schlechthin ab, daß er zu dieser oder jener Leistung verpflichtet sein wolle. In Folge davon ist der Grund, welcher ihn zu dem Versprechen bestimmt hat, nicht maßgebend für den Inhalt der durch das Versprechen für ihn begründeten Verbindlichkeit; dieser Inhalt muß lediglich aus dem Wortlaut der schuldnerischen Erklärung entnommen werden<sup>1</sup>, obgleich andererseits Auslegung dieser Erklärung, d. h. Darlegung des mit den gebrauchten Worten wirklich Gemeinten, nicht ausgeschlossen ist<sup>2</sup>. Der Bestimmungsgrund des Versprechens hat für dasselbe nur insofern Bedeutung, als bei Ermangelung des Bestimmungsgrundes, d. h. wenn die Vorstellung von demselben der Wirklichkeit nicht entspricht, das Versprechen nach den Grundsätzen der Lehre von der Voraussetzung (I §. 97 fg.) angefochten werden kann. Daß eine bestimmte Form für die Gültigkeit des reinen Vertrages nicht erforderlich ist, und ebenso wenig Bezeichnung des Bestimmungsgrundes, ist bereits oben (§. 319 Note 2, §. 318 Note 4) bemerkt worden, so wie daselbst auch schon der Zweifel zurückgewiesen worden ist, ob der reine Vertrag für das heutige Recht überhaupt als rechtsverbindlich anerkannt werden dürfe (§. 318 Note 3). Einen Anwendungsfall des reinen Vertrages bildet auch der Schuldscheinvertrag, wo derselbe wirklich ein selbständiges Leistungsver-

§. 364.

<sup>1</sup> Aus dem reinen Vertrag wurde bei den Römern eine *actio stricti iudicii* (*luris*) gegeben, d. h. der *iudex* wurde auf ein *oportere* schlechthin verwiesen, während bei den individuell charakterisirten Verträgen der Nothwendigkeit, den eigentlichen Inhalt der schuldnerischen Verpflichtung mit Rücksicht auf den Bestimmungsgrund des Vertrages zu bestimmen, dadurch Rechnung getragen wurde, daß dem *iudex* durch Verweisung auf ein *oportere ex fide bona* eine größere Freiheit des Ermessens eingeräumt wurde.

<sup>2</sup> Auslegungen von Stipulationen finden sich in unseren Quellen zahlreich. Vgl. z. B. l. 8 l. 41 pr. l. 81 pr. l. 94 l. 118 §. 1 l. 122 §. 4 l. 126 §. 2 l. 185 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 4 pr. D. de usur. 22. 1.

sprechen enthält<sup>3</sup>. Unter allen Anwendungsfällen des reinen Vertrages aber würden für das heutige Recht die ohne allen Vergleich wichtigsten die Geschäfte auf Begründung einer Inhaber- und Ordrepapier-Forderung sein, wenn es feststände, daß diese Geschäfte wirklich Verträge sind.

## B. Die Schenkung\*.

## 1. Begriff.

## §. 365.

Schenkungen im weiteren Sinne ist jede nicht testamentarische<sup>1</sup> Vermögenszuwendung<sup>2</sup>, durch welche a) das Vermögen des Em-

<sup>3</sup> Ein Leistungsversprechen, nicht bloß ein Beweisversprechen; und ein selbständiges Leistungsversprechen, nicht bloß ein Erfüllungsversprechen. S. §. 234<sup>a</sup> Note 6 u. 7. Hinzuzufügen zu dem daselbst Gesagten ist, daß der Schuldnerwille nicht bloß durch das Bekenntniß des Schuldigen, sondern auch durch das Bekenntniß einer verpflichtenden Thatsache, z. B. des Empfangs eines Darlehens, ausgedrückt werden kann. Vgl. §. 354 Note 2 und den Fall bei *Seuff. Arch. V. 127* (§. 370 Note 11).

\* *Inst. 2. 7, Dig. 39. 5, Cod. 8. 54 de donationibus.* — v. Meyerfeld §. 365. die Lehre von den Schenkungen nach römischem Recht. I. *Ob. 1836*, 2. *Ob. 1. Abth. 1837*. Savigny *System IV* §. 142—176. Schilling *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts III* S. 741—977. *Bangerow I* §. 121—125, *Sintenis I* §. 23, II §. 110, *Böding I* §. 106, *Unger II* §. 95—99. Vgl. auch *Unterholzner II* S. 494 fg.

<sup>1</sup> In uneigentlichem Sinne wird auch das Vermächtniß eine Schenkung genannt. *L. 36 D. de leg. II* 31, §. 1 I. de leg. 2. 20.

<sup>2</sup> In uneigentlichem Sinne wird auch von einer Schenkung der Freiheit, der Civität gesprochen. Meyerfeld §. 7 Note 1; *Gai. I. 94, III. 20*. Eben so uneigentlich ist es, wenn in *l. 14 D. de proc. 43. 26* das *Præcarium* unter den Gesichtspunkt der Schenkung gestellt wird (vgl. auch *l. 17 §. 3 D. commod. 13. 6*), da in dem Gewähren des Gebrauchs einer Sache, wenn nicht dadurch dem Empfänger eine Ausgabe erpart wird, die er sonst gemacht haben würde (Note 14), wenigstens eine Dienstverweisung, doch keine Vermögenszuwendung liegt. Wie mit der Gewährung des Gebrauchs von Sachen, verhält es sich auch mit der Gewährung des Gebrauchs oder mit der Leistung von Diensten, vorausgesetzt, daß durch dieselben nicht Eigenthum verschafft (*Specification*), oder vorhandenes Eigenthum im Werth gesteigert wird (*l. 31 pr. §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1*). Vgl. auch *Voigt conditiones ob causam S. 426. 429. 430*.

pfängers vermehrt wird<sup>2</sup>; b) deren Bestimmungsgrund für den Zuwendenden die Absicht ist, das Vermögen des Empfängers zu vermehren<sup>3</sup>, und die c) von dem Empfänger als eine in dieser

<sup>2</sup> Eine Vermögenszuwendung enthält eine Vermehrung des Vermögens (Vereicherung) des Empfängers dann nicht, wenn sie mit einer entsprechenden Vermögensaufopferung für denselben verbunden ist. Von dieser Art ist das Leisten des Schuldners an den Gläubiger zum Zweck der Erfüllung seiner Verbindlichkeit (über den Fall der natürlichen Verbindlichkeit s. §. 288 Note 3, §. 289 Note 5. 10); das Leisten gegen entsprechende Gegenleistung oder mit Aufsetzung einer solchen (— ist die Gegenleistung nicht entsprechend, so liegt theilweise Schenkung vor, l. 38 D. de contr. omt. 18. 1, l. 5 § 5 D. de don. i. v. e. u. 24. 1—); das Leisten mit Aufsetzung der Rückgabe des Empfangenen an den Geber (z. B. Darlehn), oder der Weitergabe an einen Dritten (s. darüber l. 5 § 9 D. de I. D. 28. 3, l. 49 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, vgl. l. 34. eod.), oder einer sonstigen Wiederauscheidung aus dem Vermögen (z. B. Freilassung des geschenkten Sklaven, l. 18 §. 1 h. t.); das Leisten unter der Bedingung der Wiederauscheidung aus dem Vermögen des Empfängers, so daß das Gegebene erst in und mit der Wiederauscheidung in das Vermögen des Empfängers eintreten soll (in dieser Weise wird aufrechterhalten die verbotene Schenkung zum Zweck der Wiederauscheidung, l. 5 §. 8—12 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 7 § 8. 9 l. 8 l. 9 pr. eod., l. 22 C. eod., Ulp. VII. 1, Paul. R. 8. II. 23 §. 2). In den zuletzt genannten Fällen kann aber eine Vereicherung für den Empfänger durch den Genuß der Zwischenzeit oder die Erwartung einer Ausgabe bewirkt werden. S. l. 18 §. 1 D. h. t., l. 49 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 und Note 14. — Eine Vereicherung liegt ferner nicht darin, daß einem Gläubiger für das, was er zu fordern hat, Pfandhaft geleistet oder ein Pfand gegeben wird, selbst dann nicht, wenn der Schuldner insolvent ist (es würde ja auch keine Vereicherung des Gläubigers sein, wenn demselben für den insolventen Schuldner sogleich gezahlt würde). Ebenso wenig liegt eine Vereicherung des Schuldners darin, daß der Gläubiger ihm das bestellte Pfand erläßt. L. 1 §. 9 D. si quid in fraud. patr. 38. 5; l. 1 § 1 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 18 D. quas in fraud. cred. 42. 3, l. 11 C. ad SC. Vell. 4. 29. Vgl. Dernburg Pfandr. I S. 169—174.

<sup>4</sup> Schenkung ist die Vereicherung um der Vereicherung willen. Dasjenige, was durch die Vereicherung erreicht werden soll, ist nicht etwas außer ihr Liegendes, sondern eben das Reichwerden des Empfängers. In diesem Sinne enthält jede Schenkung eine „liberalitas“. L. 1 pr. D. h. t. „Dat aliquis . . . propter nullam aliam causam . . . , quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat; haec proprie donatio appellatur“. S. auch l. 1 § 1 eod. Es ist aber mit dem Bestimmungsgrund der Vereicherung, welcher dieselbe zur Schenkung macht, nicht zu verwechseln der Bestimmungsgrund der Schenkung selbst, d. h. der Grund, aus welchem die Absicht gefaßt wird, einen Andern zu bereichern, um ihn zu bereichern. Dieser Grund kann möglicherweise Wohlwollen gegen den Empfänger sein; aber auch die Erwartung, daß dadurch ein

Absicht gemachte angenommen wird<sup>5</sup>. Im engeren Sinne<sup>6</sup> ist Schenkung nur diejenige Vermögenszuwendung, durch welche zu-

egoistischer Zweck werde gefördert werden, oder Eitelkeit, oder die Macht der öffentlichen Meinung, oder widerrechtlicher Zwang eines Dritten, oder irgend ein anderer, — für den Begriff der Schenkung ist das gleichgültig. Das Gesagte läßt sich auch so ausdrücken: die Schenkung ist eine Vereicherung, deren erste Absicht das Reichwerden des Empfängers ist; auf die hinter dieser Absicht stehenden ferneren Absichten kommt es nicht an (I §. 98). — Beispiele von Fällen, in denen zwar eine Vereicherung vorliegt, aber keine Schenkung, weil die erste Absicht der Vereicherung nicht auf das Reichwerden des Empfängers gerichtet ist, sind folgende: Leistung conditionis implendae gratia (Absicht: Erwerb der ausgelegten testamentarischen Zuwendung); vergleichsweiser Erlaß eines Theils der Forderung (Absicht: sich die Leistung des übrigen Theils zu sichern). Gehört auch das Geben einer Dos hierher? S. §. 492 Note 4. — Die Quellen bezeichnen die zur Schenkung nötige Absicht einfach als donandi animo. Vgl. Meyerfeld I S. 7. 8. Eine sehr ungenügende Begriffsbestimmung gibt l. 29 pr. D. h. t. (l. 82 D. de R. I. 50. 17): „Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur“. Darnach wäre z. B. auch das Geben eines Darlehens Schenkung.

<sup>5</sup> Die Schenkung ist also ein Vertrag. L. 19 §. 2 D. h. t. „Non potest liberalitas nolenti acquiri“. L. 18 pr. D. de R. C. 12. 1. „Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuum accipias, Iulianus scribit, donationem non esso“. U. M. Meyerfeld §. 6, Savigny §. 160, welche die Ansicht vertreten, daß die Schenkung Ausnahme von Seiten des Beschenkten nur insoweit erfordere, als ohne dieselbe die Vermögenszuwendung, durch welche die Schenkung vollzogen wird, nicht zu Stande kommen kann, also allerdings z. B. die Schenkung durch Eigentumsübertragung (l. 10 D. h. t., l. 65 D. de O. et A. 44. 7), nicht aber z. B. die Schenkung durch Bezahlung einer fremden Schuld (l. 7 §. 7 l. 50 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1 in Verbindung mit l. 23 D. de solut. 46. 3), durch Nichtunterbrechung einer Verjährung (l. 5 § 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1), durch absichtlich schlechte Führung eines Processes (l. 5 § 7 eod.); vgl. auch Schilling §. 349 Nr. 3. Gegen diese Ansicht haben sich ausgesprochen Puchta Instit. II §. 205. p, Böding a. a. D. Note 12, Unger S. 196—197, Bangerow S. 176. 177. Ich halte für entscheidend nicht die citirte l. 19 §. 2 D. h. t., die allenfalls von dem gewiß gewöhnlichsten Fall der Schenkung, der Schenkung durch Eigentumsübertragung, verstanden werden kann, auch nicht l. 44 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, wo die entscheidenden Worte („ot hoc et nullus noverit“) auf eine Eigentumsübertragung (durch constitutum possessorium) hinweisen („interrumpetur possessio“, im Gegensatz zu l. 5 §. 6 eod., wo die Verjährung fortläuft, Savigny S. 576): wohl aber die citirte l. 18 pr. D. de R. C., deren Erklärung durch Savigny (S. 157 vv. Ein zweyter Irrthum), wie mir scheint, offensichtlich ungenügend ist. Dieser Stelle gegenüber müssen sich l. 5 § 6. 7 l. 7 §. 7 l. 50 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1

gleich das Vermögen des Zuwendenden in entsprechender Weise vermindert wird<sup>6</sup>.

Die Vermögenszuwendung, durch welche die Schenkung vollzogen wird, kann von der verschiedensten Art sein; im Einzelnen: Verschaffung des Eigenthumsrechtes<sup>7</sup>, Verschaffung eines Rechtes

die Hineintragung gefallen lassen, daß die Annahme des Beschenkten in ihnen vorausgesetzt werde.

<sup>6</sup> Das juristische Interesse des Begriffs der Schenkung im engeren Sinn liegt darin, daß nur auf die letztere sich die positiven Beschränkungen der Schenkung (§. 367) beziehen.

<sup>6</sup> Durch welche, wie der Empfänger „locupletior“, so der Geber „pauperior“ wird. L. 25 D. de don. i. v. e. u. 24. 1: — „nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit“. L. 5 §. 8. 16 D. eod. Schenkung im engeren Sinn ist daher nicht die Ausschlagung oder sonstige Verhinderung eines Erwerbes, um den Gegenstand desselben einem Andern zuzuwenden oder nicht zu entziehen: L. 5 §. 13. 14 l. 31 §. 7 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Vgl. l. 1 §. 6 D. si quis in fraud. patr. 38. 5, l. 6 pr. — §. 5 D. quas in fraud. cred. 42. 8. Wie aber, wenn Jemand auf die Nutzung eines Vermögensstückes zu Gunsten eines Andern verzichtet: liegt auch darin keine Vermögensverminderung? Das Verhältniß ist hier doch ein anderes: das Vermögen ist dazu da, Ertrag zu gewähren, und gewährt ihn mit einer derartigen Sicherheit, daß auch der künftige Ertrag gleichsam schon jetzt Vermögensbestandtheil ist. So wird denn auch der Verzicht auf die Nutzung als Schenkung im engeren Sinne behandelt in l. 9 §. 1 (auch wohl im pr.) D. h. t., l. 20 C. de I. D. 5. 12, l. 8 C. de don. i. v. e. u. 5. 16, l. 49 D. eod., l. 21 §. 1 l. 54 D. eod.; abweichend freilich entscheiden in Betreff der Zinsen l. 23 pr. D. h. t. (vgl. übrigens auch Unger §. 95 Note 17), l. 31 §. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Eine andere Frage ist es, ob auch dasjenige, was der Beschenkte von dem geschenkten Gegenstand an Nutzungen zieht, als Schenkung angesehen werden soll; die Frage ist deswegen eine andere, weil auf diese Nutzungen der Schenkungswille wenigstens nicht unmittelbar gerichtet war. Diese Frage wird denn auch verneint in l. 9 §. 1 l. 11 D. h. t., l. 7 §. 3 i. f. l. 15 §. 1 l. 16 l. 17 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 9 §. 1 eod., l. 62 D. sol. matr. 24. 3; nur für die fructus industriales wird sie verneint in l. 45 D. de usur. 22. 1, bezieht für den Slavenerwerb in l. 17 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (l. nn. C. si dos 5. 19 handelt gar nicht von diesem Fall, sondern von der Schenkung der Nutzung als solcher). Vgl. Savigny S. 35 fg.

<sup>7</sup> Der häufigste und wichtigste Fall der Schenkung, deswegen die Institutionen die Schenkung geradezu als Eigenthumserwerbart darstellen. (Verschaffung des Eigenthums durch Specification: l. 31 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1.)

an fremder Sache<sup>8</sup>, Verschaffung des Besitzes<sup>9</sup>, Verschaffung eines Forberungsrechtes<sup>10</sup>, Befreiung von einer Eigenthumsbeschränkung<sup>11</sup>, Befreiung von einer Schuld<sup>12</sup>. Auch dadurch ferner kann eine Schenkung vollzogen werden, daß die Sache eines Andern werthvoller gemacht, oder gegen eine Werthminderung ge-

<sup>8</sup> L. 17 D. comm. praed. 8. 4, l. 1 §. 7 D. de superf. 43. 18, §. 3 I. de loc. 3. 24.

<sup>9</sup> Daß auch in der Verschaffung des bloßen Besitzes eine Schenkung liege, sagt l. 46 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. „Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est“, h. h. der Ehegatte, welcher dem andern Ehegatten eine fremde Sache schenkt, kann den Besitz derselben zurückfordern (condicio, l. 6 eod., vgl. l. 1 §. 4 D. de acq. vel am. poss. 41. 2). Auch in anderen Beziehungen wird der bloße Besitz als Vermögensvermehrung, und auf Grund davon als Gegenstand der Rückforderung behandelt, f. §. 421 Note 7. — Zu der cit. l. 46 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 stimmen l. 25 eod. und l. 3 D. pro donato 41. 6 insofern nicht, als in diesen Stellen die Schenkung einer fremden Sache als mögliche Grundlage der Ersthung bestweigen bezeichnet wird, weil eine solche Schenkung den Schenkenden nicht ärmer und den Empfänger nicht reicher mache, und daher zwischen Ehegatten gültig sei. Man wird sich aber der Uebersetzung nicht verschließen dürfen, daß diese Begründung nicht correct ist: Verschaffung des bloßen Besitzes, wenn sie auch noch so gültig ist, kann nimmermehr Titel für eine Eigenthumserstlung sein. Der wahre Grund, weshalb auf Grund einer Schenkung zwischen Ehegatten erlassen werden kann, ist, weil der Empfänger trotz der ihm bekannten Ungültigkeit der Schenkung bei dem fortbauenden Schenkungswillen des Gebers nicht im Bewußtsein materiellen Unrechts ist (er hat immerhin „causam possidendi“, l. 36 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, und f. I §. 176 Note 5. 6). Die herrschende Meinung (welche auch ich an dem zuvor bezeichneten Orte festgehalten habe, der aber, wie ich jetzt glaube, nicht unerhebliche Zweifel entgegenstehen) versteht l. 25 und l. 3 cit. bloß von dem Fall, wo der Schenker keinen Ersthungsbesitz hat; die Schwierigkeit ist dadurch gemindert, aber nicht beseitigt. Vgl. auch Unterholzner Verjährungslehre I S. 392—394, v. Ehrh. Arch. f. civ. Pr. XVI S. 248—251.

<sup>10</sup> Gegen den Schenker oder gegen einen Dritten. Ueber den zweiten Fall f. l. 2 pr. §. 1. 21. 21 §. 1 l. 33 §. 3 D. h. t., l. 11 C. eod., l. 52 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1; l. 34 pr. D. h. t., l. 11 D. de dots praed. 33. 4; l. 35 §. 2 D. h. t. (vgl. §. 313 Note 3. 6); l. 33 i. f. D. de I. D. 23. 3, l. un. §. 13 C. de rei ux. act. 5. 13; l. 2. 3. 33 C. h. t.

<sup>11</sup> L. 17 D. comm. praed. 8. 4.

<sup>12</sup> L. 17 D. h. t., l. 1 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6; l. 7 §. 7 l. 50 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 21 pr. D. h. t., l. 5 §. 5 D. de doll. exc. 44. 4, l. 33 D. de nov. 46. 2; l. 31 §. 1. 4 D. de m. e. don. 39. 6.

schützt wird<sup>13</sup>; ferner dadurch, daß ihm eine Ausgabe erspart wird<sup>14</sup>. Ob die Vermögensvermehrung unmittelbar hervorgebracht wird, oder durch die Vermittelung von Mittelgliedern, welche der Schenker in Thätigkeit setzt, ist gleichgültig<sup>15</sup>; von der letzteren Art ist im Besonderen der Fall, wo der Schenker dem zu Beschenkenden durch die Leistung eines Andern verschafft, was er ihm schenken will<sup>16</sup>. Ebenso ist es gleichgültig, ob die Vermögens-

<sup>13</sup> L. 14 D. h. t., l. 2 i. f. C. de R. V. §. 32; l. 31 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (erster Fall; in demselben ist Schenkung vorhanden, aber keine verbotene Schenkung zwischen Ehegatten, l. 28 §. 2 eod.), l. 31 §. 10 eod. (Note 14).

<sup>14</sup> L. 9 pr. D. h. t. „In aedibus alienis habitare gratis, donatio videtur. Id enim ipsam capere videtur qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit“. Eine strengere Auffassung wird jedoch in Betreff des Verbotes der Schenkung zwischen Ehegatten durchgeführt; l. 5 §. 8 D. de don. i. v. e. u. 24. 1: — „nec moveat quomquam, quod emeret, nisi a marito accipisset; nam etiam pauperior ea ferret, nisi maritus dedisset, non tamen ideoque sit locupletior. quod non expendit“, vgl. auch l. 5 §. 17 eod. Bei der Bestimmtheit, mit welcher l. 5 §. 8 cit. redet, darf aus l. 50 §. 1 eod. vv. quod aliter emertus non fuit ein argumentum a contrario nicht gezogen werden. In Widerspruch steht auch nicht l. 31 §. 10 D. eod., welche Stelle es für eine verbotene Schenkung erklärt, wenn die Frau die Ernährung der Sklaven des Mannes aus ihrem Vermögen besorge. Die Bereicherung des Mannes besteht hier nicht in der ihm ersparten Ausgabe, sondern darin, daß er gegen den Verlust der Sklaven geschützt wird. — Savigny (§ 151. g) will die Ersparung einer Ausgabe überhaupt nur dann als Schenkung anerkennen, wenn die Ausgabe eine nothwendige sei. Er beruft sich auf l. 47 §. 1 D. de solut. 46. 3, welche Stelle aber von nothwendigen Ausgaben nur in dem Sinne spricht, daß es bei ihnen vollkommen sicher ist, daß sie ohne die Dazwischenkunft des Dritten aus eigenem Vermögen gemacht worden sein würden.

<sup>15</sup> Beispiele mittelbarer Hervorbringung der Vermögensvermehrung: Gewährung der Befugniß, die Früchte einer Sache oder die Zinsen eines Kapitals für sich zu ziehen (l. 9 §. 1 l. 6 D. h. t., l. 9 pr. eod.); absichtliche Föhrung eines Prozesses in der Weise, daß ein unglückliches Urtheil erfolgen muß (l. 5 §. 7 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 1 §. 7 D. si quid in fraud. patr. 38. 5); Nichtunterbrechung einer Verjährung (l. 5 §. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, vgl. l. 3 §. 1 D. quas in fraud. cred. 42. 8; über l. 44 D. de don. i. v. e. u. f. Savigny Zeitschr. f. gesch. RW. I. 10 und System IV S. 570 fg., Bacher Arch. f. civ. Pr. XLVI S. 184 fg.; vgl. übrigens auch im Allgemeinen Savigny System IV Beil. IX).

<sup>16</sup> L. 84 §. 7 D. de sol. 46. 3, l. 19 §. 3 D. h. t., l. 21 §. 1 D. eod., l. 2 §. 2 l. 33 §. 3 eod. Vgl. §. 412 Note 9.

vermehrung unmittelbar in der Person des Beschenkten hervorgebracht wird, oder in der Person eines Dritten<sup>17</sup>.

Ueber die Gründe, welche die hier angenommene Stellung der Schenkung im Systeme rechtfertigen, s. die Note<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> L. 9 pr. D. de cond. o. d. e. n. s. 12. 4, l. 16 §. 2 D. de contr. amt. 18. 1, l. 21 pr. l. 2 §. 2 l. 33 §. 3 D. h. t. Vgl. §. 412 Note 9.

<sup>18</sup> Die Institutionen stellen, wie bemerkt (Note 7), die Schenkung in die Lehre vom Eigenthumserwerb. Dieß ist gewiß unrichtig, da die Schenkung, auch abgesehen davon, daß sie nicht bloß durch Eigenthumsübertragung vollzogen werden kann, eben nur durch Eigenthumsübertragung vollzogen werden kann, nicht aber Eigenthumserwerbart ist. Nach der jetzt herrschenden Meinung soll die Schenkung in den allgemeinen Theil des Systems (in die allgemeine Lehre von den Rechtsgeschäften) gehören. Diese Ansicht ist zuerst von Puchta (System des gemeinen Civilrechts [1832] §. 35) aufgestellt, und durch Savigny a. a. O. S. 2 fg. zur allgemeinen Anerkennung gebracht worden; ihr folgen Stutenius I S. 199 Note 1, Ragerow I S. 177, Arndts §. 80 Anm. 5, Keller S. 123, Brinz §. 102, Unger S. 200, und als richtig erlennt sie auch Schilling S. 782 an. Trotz dieser Autoritäten kann ich mich von ihrer Richtigkeit nicht überzeugen. Sie stützt sich darauf, daß die Schenkung nicht „ein einzelnes Rechtsgeschäft“ sei, sondern „ein allgemeiner Character, welchen die verschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können“ (Savigny S. 3). Ich möchte zunächst fragen, ob man, wenn man nicht für die Lehre von der Dos einen auch meiner Ansicht nach durchaus passenden Platz im Familienrechte hätte, auch sie in den allgemeinen Theil zu stellen geneigt sein würde? Und doch gilt für die Bestellung einer Dos ganz das Gleiche, wie für die Schenkung; auch sie kann durch Acte der verschiedensten Art vollzogen werden. Aber man nehme auch nur den Kauf; kann man nicht verkaufen, so gut wie eine Sache, auch eine Dienstbarkeit, eine Forderung, eine Liberation? Man sage nicht, daß der Verkauf das Versprechen einer Vermögensleistung sei, nicht eine Vermögensleistung. Der Verkauf ist an und für sich nicht das Eine und nicht das Andere. Der Verkauf ist die Erklärung, daß man — gegen ein Aequivalent in Geld — ein Stück aus seinem Vermögen ausseide, und in das Vermögen des Käufers hineinschle. Genügt diese Erklärung zur Bewirkung der gewollten Vermögensverföhung, so ist der Kauf wirkliche Vermögensleistung; genügt sie nicht, so begründet er die Verpflichtung, zu der abgegebenen Erklärung zu stehen, und dasjenige hinzuzuthun, was zur Realisirung der in ihr bezeichneten Vermögensverföhung erforderlich ist (also z. B., wenn eine körperliche Sache verkauft worden ist, Tradition). Und nicht anders verhält es sich mit der Schenkung. Auch die Schenkung enthält die Erklärung einer Vermögensverföhung, nur nicht einer Vermögensverföhung gegen eine Gegenleistung, und die Schenkung ist wirkliche Bewirkung der Vermögensverföhung und Sicherheitchigmachen zur Bewirkung derselben unter den nämlichen Voraussetzungen, unter welchen der Kauf es ist. Die Schenkung



## 2. Verbindlichkeiten.

## §. 366.

Die Schenkung erzeugt eine Verbindlichkeit nicht in jedem Fall. Sie erzeugt eine Verbindlichkeit 1) dann, wenn die Absicht der Schenkung lediglich auf die Erzeugung einer Verbindlichkeit gerichtet ist, wenn der Schenker dadurch schenken will, daß er sich

ist gerade so sehr und gerade so wenig „ein allgemeiner Character“ von Rechtsgeschäften, wie der Kauf es ist; d. h. sie ist es nicht, wie der Kauf es nicht ist, sie ist ein concretes, ein „einzelnes“ Rechtsgeschäft, wie dieser. Indem man die Schenkung einen allgemeinen Character nennt, welchen „die verschiedensten Rechtsgeschäfte“ annehmen können, dreht man, wie mir scheint, das wahre Verhältniß geradezu um. Diese „verschiedensten Rechtsgeschäfte“ sind nichts real Existirendes; es wird nie eine Eigenthumsübertragung, eine Forderungsbegründung, eine Liberation als solche gemacht; in der Wirklichkeit gibt es nur Eigenthumsübertragungen u. aus diesem oder jenem Bestimmungsgrund, mit diesem oder jenem „Character“. Der „Character“ ist es, welcher den Act aus der Abstraction in die Realität hinüber zieht, und einer dieser möglichen Realität schaffenden „Character“ ist die Schenkung. (Vgl. hierzu auch v. Savius Novation und Delegation S. 216 fg.) — Aus diesen Gründen bin ich zu derjenigen Stellung der Schenkung im System zurückgekehrt, welche vor Puchta und Savigny die gewöhnliche war, und stelle sie unter dem Gesichtspunkt eines Obligationen erzeugenden Rechtsgeschäfts dar. Man darf dabei nur nicht vergessen, was so eben hervorgehoben wurde, daß die Schenkung nicht bloß dann eine Verbindlichkeit zu erzeugen im Stande ist, wenn sie auch äußerlich als Versprechen auftritt. Jede Schenkung erzeugt möglicherweise eine Verbindlichkeit, — sobald nämlich der Effect der Schenkungserklärung dem Inhalt der Erklärung nicht entspricht. Möglicherweise, wenn ein solches Entsprechen vorliegt, erzeugt sie eine Verbindlichkeit nicht; aber möglicherweise, in demselben Fall, erzeugt auch der Kauf eine Verbindlichkeit nicht. Nun kommt allerdings hinzu, daß dasjenige, was von der Schenkung abgesehen von der durch sie erzeugten Verbindlichkeit rechtlich auszusagen ist, an Umfang und Wichtigkeit das über die Schenkungsverbindlichkeit zu Sagende übertrifft; aber diese Inconuenienz ist eben nicht zu vermeiden. Würde man, wenn es in Betreff des Darlehens außer dem SC. Macedonianum noch drei oder vier andere beschränkende Vorschriften gäbe, die Lehre vom Darlehen deswegen weniger in das Obligationenrecht stellen wollen? Die vollkommen richtige Stellung der Schenkung wäre in einem Rechtstheile, welcher die concreten Thatfachen, auf welchen die Vermögensbewegung beruht, als solche, abgesehen davon, ob sie eine Verbindlichkeit erzeugen oder nicht, darstellte. Einen solchen Rechtstheil zu bilden, schlägt Mejerfeld S. 89—92 vor. Ich halte diesen Vorschlag deswegen nicht für zweckmäßig, weil in diesem Rechtstheil doch in weit überwiegenderm Maße nur von Obligationen die Rede sein würde. — Vgl. auch noch §. 413 Note 13.

zum Schuldner macht. 2) Jede andere Schenkung erzeugt eine Verbindlichkeit dann, wenn die Vermögenszuwendung, auf welche sie gerichtet ist, nicht durch die Schenkung selbst sogleich zur Vollendung gebracht ist; sie erzeugt in diesem Fall die Verbindlichkeit, dasjenige, was zur Vollendung der Vermögenszuwendung nöthig ist, hinzuzuthun: namentlich also erzeugt die Schenkung von körperlichen Sachen die Verbindlichkeit zur Tradition<sup>1</sup>.

Die Verbindlichkeit aus der Schenkung hat folgende Eigenthümlichkeiten.

1. Der Schenker haftet nur für Arglist und die der Arglist gleichstehende Nachlässigkeit<sup>2</sup>.

2. Den von der Sache gezogenen Gewinn braucht er nicht mit herauszugeben<sup>3</sup>; für denjenigen, welchen der Beschenkte hätte ziehen können, haftet er nicht einmal im Falle des Verzuges<sup>4</sup>.

3. Er hat die Rechtswohlthat des Nothbedarfs, und zwar in der Weise, daß er dabei seine übrigen Schulden in Abzug bringen kann<sup>5</sup>.

4.<sup>6</sup> Er haftet nicht, wenn die geschenkte Sache sich als fremde ausweist, und nicht einmal im Falle der Entwehrung (Eviction)<sup>7</sup>. Dabei wird jedoch vorausgesetzt: a) daß die geschenkte Sache nicht als fremde, und b) daß nicht eine generisch bestimmte Sache geschenkt worden sei. In dem einen und dem anderen Fall liegt in der Schenkung die Uebernahme der Verpflichtung zur Verschaffung des Eigenthums an der Sache<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Vgl. §. 365 Note 18. Gerade diesen Fall hatte Justinian im Auge, §. 366, als er in l. 35 §. 2 C. h. t. vorschrieb, daß die Schenkung auch ohne Stipulation rechtsbändig sein solle. S. auch §. 2 I. h. t., Nov. 162 c. 1.

<sup>2</sup> S. §. 265, namentlich Note 12.

<sup>3</sup> S. §. 327 Note 6.

<sup>4</sup> L. 22 D. h. t. (vgl. §. 280 Note 9). Scuff. Arch. I. 55, V. 19. 284.

<sup>5</sup> S. §. 267 Note 10, §. 268 Note 2.

<sup>6</sup> Vgl. zum Folgenden, worüber die Meinungen sehr auseinandergehen, Thibaut civil. Abhandlungen Nr. 4, Gl. XX S. 237 fg., Bangerow III §. 610 Ann. 2, Bekker Jahrb. v. gem. R. VI S. 245 fg.

<sup>7</sup> Der Schenker schenkt das Geschenke, wie er es hat. L. 18 §. 3 D. h. t., l. 2 C. de evict. 8. 45 (vgl. Paul. S. R. V. 11 §. 5), f. auch l. 48 D. de R. V. 6. 1, l. 131 §. 1 D. de V. O. 45. 1. Schenkt er wissentlich eine fremde Sache als eigene, so haftet er aus seiner Arglist auf Schadensersatz. L. 18 §. 3. cit.

<sup>8</sup> Der Schenker muß in beiden Fällen a) den Beschenkten zum Eigen-

5. Der Schenker haftet nicht wegen Fehlerhaftigkeit der geschenkten Sache<sup>9</sup>. Doch gilt bei der Schenkung generisch be-

stümer machen. Die beschränkte Verpflichtung des Käufers, welcher nur für Entwehung haftet (§. 389 Note 3. 5), auf den Schenker zu übertragen, ist sein Grund vorhanden. b) Er muß aber den Beschenkten nicht bloß überhaupt zum Eigentümer machen, sondern er muß ihm auch gemäß der Regel (§. 342 Note 5. 6) unbeschränktes und unwiderrüßliches Eigenthum verschaffen, ein solches Eigenthum, welches ihm das habere iure gewährt. L. 45 §. 1 l. 46 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30, l. 29 §. 3 de leg. III<sup>o</sup> 32, l. 58 D. de evict. 21. 2, l. 72 §. 5 l. 98 pr. vgl. l. 69 D. de sol. 46. 3. — Die jetzt vorherrschende Meinung nimmt Verhaftung wegen Eviction an bei der donatio generis, nicht bei der donatio speciei. Vetter a. a. O. dagegen ist zu der Meinung der Stoffe zurückgekehrt, wornach unterschieden werden soll zwischen Schenken durch Geben (Tradition) und Schenkungsversprechen; aus dem letzteren werde wegen Eviction gehaftet, nicht aus dem ersteren. Jedoch gibt Vetter zu, daß auch das Schenkungsversprechen möglicherweise nur auf das dem Schenker an der geschenkten Sache zustehende Maas von Recht gerichtet sein könne, ja daß das Gegentheil in jedem einzelnen Falle besonders gerechtfertigt werden müsse; und was die Schenkung durch Geben angeht, so liegt auch in dieser, wie in jeder Schenkung, die Uebnahme einer Verbindlichkeit (§. 365 Note 18), so daß es also auch bei ihr lediglich auf die Willensmeinung des Schenkers ankommt. — Bei der donatio generis fragt sich aber nun ferner, worauf der Schenker im Falle der Eviction bez. der mangelnden Eigentumsverschaffung hafte, ob auf Geben einer anderen Sache, oder auf Leistung des Interesses, welches der Beschenkte an dem Behalten der hingegebenen Sache hat? Für das Erstere Glük und Bangerow a. a. O.; für das Letztere Vetter. Die oben genannten Stellen gewähren m. E. kein anderes Resultat, als daß im Falle der Eviction die Verbindlichkeit des Schuldners unerfüllt sei, und daß sie daher von Neuem, nach ihrem ursprünglichen Inhalt, also auf Geben einer Sache der bestimmten Art, geltend gemacht werden könne. Das römische Recht konnte auch nicht anders entscheiden, da die in der Hingabe liegende Willenserklärung des Schuldners (du sollst Eigentümer dieser Sache werden) für das römische Recht wegen Mangels der Form unverbindlich war (man bemerke: diese Erklärung ist keine Schenkungs-, sondern eine Erfüllungserklärung). Für das heutige Recht aber, wo dieses Hinderniß nicht mehr besteht, ist sie nicht mehr unverbindlich; und so muß also nach heutigem Recht dem Gläubiger gestattet werden, den Schuldner aus derselben in Anspruch zu nehmen. Von der anderen Seite darf aber dem Gläubiger auch nicht verwehrt werden, wenn es ihm besser paßt, eine andere Sache aus demselben Genus zu fordern. Denn es ist immerhin wahr, daß seine Forderung unerfüllt ist, und man wird nicht sagen dürfen, daß er durch Annahme des Hingegebenen sich auch seinerseits anheischig gemacht habe, nichts Anderes, als das Hingegebene fordern zu wollen. Vgl. §. 394 Note 22.

<sup>9</sup> L. 62 D. de sed. ed. 21. 2. Das gilt auch von dem Fall der Schenkung

stimmter Sachen der Satz, daß nicht das Schlechteste aus der Gattung gegeben werden darf<sup>10</sup>.

### 3. Besondere Vorschriften für die Schenkung.

#### §. 367.

Für die Schenkung im engeren Sinn gelten eine Reihe besonderer Vorschriften.

1. Die Schenkung zwischen Ehegatten ist ungültig. Davon näher unten im Familienrecht.

2.<sup>1</sup> Schenkungen im Werth von mehr als 500 Ducaten<sup>2</sup> bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Erklärung zu gerichtlichem Protocoll (Insinuation)<sup>3</sup>. Bei der Berechnung des Werthes werden die von dem Schenkungsgegenstand gezogenen Nutzungen nicht

einer fremden Sache als fremden; der Schenker hat sie versprochen, wie sie ist (vgl. l. 45 §. 2 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30).

<sup>10</sup> L. 35 pr. §. 1. 2 C. h. t. Vgl. l. 110 l. 37 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30 und Schliemann Haftung des Lebenden S. 37 fg.

<sup>1</sup> Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. 1 (1828); Savigny S. 209 §. 367. f. Schilling S. 908 fg.

<sup>2</sup> Die römische Vorschrift nennt 500 solidi. Die Substituierung des Ducaten beruht auf der Praxis. Und zwar sind unter Ducaten Reichsducaten (67 <sup>71</sup>/<sub>71</sub> auf die feine Mark Goldes) zu verstehen, deren Werth durch die Praxis und reichsgesetzlich auf 4 fl. im 18 Guldenfuß (nicht wie Savigny S. 210 und nach ihm das Klosterverordn. bei Buchla und Budde Entscheidungen IV S. 74 und das Oldenburger bei Seuff. Arch. XVIII. 39 annehmen, im 20 Guldenfuß) bestimmt ist. Hiernach sind 500 solidi = 1555 <sup>5</sup>/<sub>9</sub> Thaler im 14 Thalerfuß oder 272 <sup>2</sup>/<sub>9</sub> Gulden im 24 <sup>1</sup>/<sub>2</sub> Guldenfuß. Francke Arch. f. civ. Pr. XLVII. 18.

<sup>3</sup> Die Erklärung kann vor jedem Richter geschehen, l. 30 C. h. t., Nov. 127 c. 2 (die hier und in l. 32 C. h. t. für die Hauptstadt gemachte Ausnahme, wornach nur der magister consus competent sein soll, ist natürlich heutzutage unanwendbar). Marezoll S. 9, Savigny S. 217. Vgl. hierüber, und über die Insinuation überhaupt, die gründliche Ausführung bei Buchla und Budde a. a. O. (Note 2) S. 74—86. — Das Erforderniß der Insinuation galt ursprünglich (seit Constantinus Chlorus, l. 1 C. Th. de spons. 3. 5) für alle Schenkungen; später ist es beschränkt worden (l. 3 C. Th. tit. cit., l. 34 pr. §. 1 C. h. t.), zuletzt von Justinian auf Schenkungen über 500 solidi (l. 36 §. 3 C. h. t., §. 2 I. h. t.). — Die in den Pandekten enthaltenen Stellen, welche von dem Maße der Schenkungen reden, bezogen sich in ihrem ursprünglichen Sinn auf die lex Cincia, welche später außer Gebrauch gekommen ist. Vgl. über dieselbe und über das Recht der Zwischenzeit Savigny S. 194 fg. und die dasselbst und bei Bangerow S. 178 citirten. S. auch Note 7.

mitgerechnet<sup>4</sup>. Ebenso wenig werden mehrere zu verschiedenen Zeiten gemachte Schenkungen zusammengerechnet<sup>5</sup>. Sind terminliche Leistungen geschenkt, so ist gerichtliche Vollziehung erforderlich, wenn die Leistungen auf die Erben beider Parteien übergehen sollen, nicht erforderlich, wenn die Schenkung auch nur von einer Seite auf die Lebensdauer beschränkt ist<sup>6</sup>; ist die Schenkung

<sup>4</sup> L. 9 §. 1 l. 11 D. h. t. Vgl. §. 365 Note 6.

<sup>5</sup> L. 34 §. 3 C. h. t. Ebenso wenig mehrere an verschiedene Personen, wenn auch zu gleicher Zeit, gemachte Schenkungen. S. u. ff. Arch. I. 342, VIII. 181. 188.

<sup>6</sup> L. 34 §. 4 C. h. t. Was die Worte „vel adiciatur tempus vitae vel donatoris vel eius qui donationem accepit“, anlangt, so wird von allen den Versuchen, welche gemacht worden sind, um denselben einen erträglichen Sinn abzugewinnen, keiner auf allgemeine Anerkennung rechnen dürfen. Am empfehlenswerthesten erscheint mir noch immer die unter den Neueren namentlich von Schilling (§. 360 Note 1) vertheiligte Annahme, daß hinter „vel“ ein „non“ ausgefallen sei; der Sinn der Worte wäre darnach der, daß Insinuation nicht nur dann erforderlich sei, wenn die Schenkung ausdrücklich, sondern auch dann, wenn sie stillschweigend, durch Nichtbeschränkung auf die Lebenszeit der Parteien, auf die Erben erstreckt worden sei. Die viel bedeutendere Emendation Savigny's (S. 24) welcher hinter „vitae“ das Wort „herodum“ einschleibt, so daß der Satz sein würde: Insinuation sei nicht nur erforderlich, wenn die Schenkung auf die Erben schlechthin, sondern auch dann, wenn sie bloß auf die ersten Erben der Parteien erstreckt sei, erscheint durch die Eine Handschrift, auf welche sich Savigny beruft, nicht gehörig gerechtfertigt, — mit Sintenis aber (I §. 23 Note 48) hinter „vitae“ das Wort „herodum“ nicht sowohl einzuschleiben, als aus dem Vorhergehenden zu ergänzen, ist äußerst gewaltsam. Brügge (Arch. f. civ. Pr. XXXVIII. 6) will das Wort „vitae“ als Dativ gefaßt wissen, und bringt dadurch den Sinn heraus, daß Insinuation auch dann erforderlich sei, wenn die Schenkung von der einen Seite auf die Erben, von der anderen Seite nur über die Lebenszeit der Partei hinaus, gleichgültig auf wie lange, erstreckt worden sei, — und mit dieser Erklärung stimmt überein Arnolds §. 82 Anm. 4 und im Wesentlichen Vangerow I S. 278. Mir erscheint das Resultat unerträglich, daß Justinian Insinuation für einen Fall vorgeschrieben haben sollte, in welchem die Schenkung möglicherweise mit zwei Leistungen, ja mit Einer Leistung (wenn die Leistung nicht im Voraus gemacht werden soll) zu Ende gehen kann; daß man in diesem Fall sagen, daß die Schenkung „quasi perpetua“ sei, und daß ihre „continuatio“ sie zu einer großen Schenkung mache? Eine fernere Meinung, nach welcher die fraglichen Worte auf den Fall gehen sollen, wo die Schenkung auf eine bestimmte Zeit gemacht worden sei, und nach welcher für diesen Fall Zusammenrechnung der einzelnen Leistungen vorgeschrieben sein soll, steht mit den Worten der Stelle zu sehr in Widerspruch, um ernstlich in Betracht kommen zu können. — S. u. ff. Arch.

auf eine bestimmte Zeit gemacht, so werden die einzelnen Leistungen zusammengerechnet<sup>7</sup>. — Nichtbeachtung der gerichtlichen Vollziehung, wo sie erforderlich ist, macht die Schenkung für den Mehrbetrag ungültig, und zwar regelmäßig nichtig<sup>7</sup>; unter Umständen aber tritt die durch die Schenkung gewollte Vermögensveränderung wirklich ein, und der Beschenkte ist nur zur Rückgabe der ihm dadurch zugegangenen Bereicherung verpflichtet<sup>8</sup>. Hat der Beschenkte das Geschenk nicht mehr, so ist er nicht zum Er-

XI. 241 (S. 372), XVIII. 40. Anwendbarkeit der Beschränkung der l. 34 §. 4 cit. auf das Erbjurecht? Verneint bei S. u. ff. Arch. VIII. 285 (es soll die jährliche Leistung capitalisirt werden); bejaht das. XI. 241.

<sup>7</sup> Dieser Fall, als sich von selbst erlegend, ist in der l. 34 §. 4 cit. nicht erwähnt. Vgl. übrigens die vorige Note gegen das Ende.

<sup>8</sup> L. 34 pr. C. h. t. Ist daher eine Sache im Werth von mehr als 500 Ducaten geschenkt worden, so werden der Schenker und der Beschenkte Miteigentümer. Nähere Regeln über die Behandlung dieses Falles in l. 34 §. 2 C. h. t. — Die lex Cincia erklärte Schenkungen über ein gewisses Maß hinaus zwar für unerlaubt, aber nicht für nichtig (Ul. §. 1). Daraus entwickelte die Jurisprudenz die Theorie, daß die von dem Schenker gewollte rechtliche Wirkung wirklich eintrete, der Beschenkte sie aber weder durch actio noch durch exceptio geltend machen könne (gegen die actio wurde dem Schenker nöthigenfalls die exceptio, gegen die exceptio die replicatio legis Cinciae gegeben). Doch ist dieses letztere nur Vermuthung; über den wirklichen Inhalt der lex Cincia sind sehr verschiedene Meinungen aufgestellt worden (über die Literatur s. Note 3 a. E.).

<sup>9</sup> Dieß ist der Fall: a) wenn die Thatfache, durch welche die Bereicherung unmittelbar hervorgerufen worden ist, nicht eine Willenserklärung des Schenkenden ist, sondern z. B. Ablauf einer Verjährungszeit, richterliches Urtheil (arg. l. 5 §. 6. 7 D. de don. i. v. a. u. 24. 1, Savigny IV S. 564, 584, 586); b) wenn die Willenserklärung unmittelbar nicht durch den Schenker (sondern z. B. durch seinen von ihm angewiesenen Schutzbner, oder nicht zu Gunsten des zu Beschenkenden (sondern z. B. zu Gunsten seines Gläubigers, an den er den Schenkenden verwiesen hat) abgegeben worden ist. Jedoch kann im ersten Fall (Willenserklärung nicht durch den Schenker) der Schenker ein richterliches Urtheil auf Reverssion der Schenkung erlangen; im zweiten Fall (Willenserklärung nicht zu Gunsten des Beschenkten) kann sich der Schenker dann allerdings auch dem Dritten gegenüber auf die unterlassene Insinuation berufen, wenn der Dritte sonst etwas erhalten würde, worauf er dem zu Beschenkenden gegenüber keinen Anspruch hat (z. B. dieser will seinerseits dem Dritten schenken, oder er hält ihn irrthümlicherweise für seinen Gläubiger). Die hier (zu b) aufgestellten Sätze gehen hervor aus l. 21 §. 1 D. h. t. und l. 5 §. 5 D. de doli exc. 44. 4 in Verbindung mit l. 7 pr. §. 1 eod., l. 2 §. 3. 4 D. h. t. (§. 355 Windscheid, Pandecten. II. Bd. II. Abth.).

satz, sondern nur zur Herausgabe dessen verpflichtet, worum durch das Verlorene indirect sein Vermögen noch jetzt vermehrt ist<sup>9</sup>. — Ausnahmsweise ist gerichtliche Vollziehung nicht erforderlich<sup>10</sup> bei Schenkungen des Landesherrn und an denselben<sup>11</sup>, bei Schenkungen zum Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes<sup>12</sup> und zum Loskauf von Gefangenen<sup>13</sup>, endlich bei der Schenkung, welche in der Bestellung einer Dos an den Ehemann für die Frau liegt<sup>14</sup>.

3. Die Schenkung kann wegen Undankbarkeit des Beschenkten widerrufen werden<sup>15</sup>; als Undankbarkeit gilt aber nur ein Vernehmen, wie die Gesetze es speziell bezeichnen<sup>16</sup>. Der Widerruf macht die Schenkung nicht nichtig, sondern begründet bloß eine obligatorische Verpflichtung des Beschenkten zur Erstattung des

Note 9). A. M. Savigny (IV S. 599. 600), welcher die Anwendbarkeit der genannten Stellen, als ursprünglich nur von der *lex Clovia* und nur von einer *exopto* handelnd, und nur aus Versetzen aufgenommen, bestreitet, und dafür das entgegengesetzte Recht der Schenkung zwischen Ehegatten (I. 8 §. 12. I. 1. 4 l. 5 §. 3. 4 D. de don. i. v. e. u. 24. 1) zur Anwendung bringen will. Mir scheint das zu gewagt; gegen Savigny auch Schilling §. 360 Note 55.

<sup>9</sup> Auf Ersatz haftet derselbe gewiß dann nicht, wenn der Verlust ohne seine Schuld eingetreten ist. Aber selbst wenn er den Verlust wissentlich und willentlich herbeigeführt hat, haftet er deswegen nicht, weil er gemäß des Willens des Schenkers gehandelt hat. Arg. I. 5 §. 18 l. 6 l. 7 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1. l. 18 pr. D. de R. C. 12. 1. Savigny S. 75. 219—221.

<sup>10</sup> Vgl. Marezoll S. 23 fg., Savigny S. 221 fg., Schilling §. 360 Note q—aa. Bloß historische Bedeutung hat die Ausnahme der l. 36 §. 1 C. h. t.: Schenkung beweglicher Sachen durch den *magister militum* an verdiente Soldaten. Gegen die angebliche Ausnahme der Schenkung *ad pias causas* s. namentlich v. Buchholz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XI. 4.

<sup>11</sup> L. 34 pr. C. h. t., Nov. 52 c. 2 und daraus Auth. *Item a privatis* zu gedachter Codestelle.

<sup>12</sup> L. 86 §. 2 C. h. t.

<sup>13</sup> L. 86 pr. C. h. t.

<sup>14</sup> L. 31 pr. C. de I. D. 5. 12. Das Gleiche bestimmen die Quellen für die *donatio propter nuptias*. Nov. 119 c. 1, 127 c. 2. Marezoll S. 27.

<sup>15</sup> L. 10 C. de revoc. don. 8. 56. Ueber das frühere Recht s. l. 1 C. eod. in Verbindung mit Vat. fr. §. 272, — l. 81 §. 1 D. h. t. 39. 5, l. 7. 1. 9 C. de revoc. don. Savigny S. 228—230, Schilling S. 957—959.

<sup>16</sup> a) Schwere (wörtliche) Beleidigungen; b) Unthätigkeiten; c) absichtliche Verbeistühung eines nicht unbedeutenden Vermögensverlustes (vgl. Scuff. Arch. V. 166) oder d) einer Lebensgefahr; e) Nichterfüllung einer bei der Schenkung gemachten Auflage. L. 10 C. cit.

Erhaltenen<sup>17</sup>; hat er dasselbe nicht mehr, so haftet er nur auf die Bereicherung<sup>18</sup>. Das Widerrufsrecht geht nicht auf die Erben des Schenkers über; ebenso wenig sind die Erben des Beschenkten demselben ausgesetzt<sup>19</sup>. Es fällt weg für die Mutter, welche ihre Kinder beschenkt hat, wenn dieselbe einen unsittlichen Lebenswandel führt<sup>20</sup>; schreitet die Mutter zur zweiten Ehe, so behält sie das Widerrufsrecht nur beschränkt<sup>21</sup>.

4. Die Schenkung kann wegen Verletzung des Pflichttheils angefochten werden; das Nähere darüber im Erbrechte. Das Anfechtungsrecht der Gläubiger (§. 463) bezieht sich nicht bloß auf die Schenkung.

Nach einer sehr verbreiteten Meinung soll die Schenkung auch widerrufen werden können, wenn dem zur Zeit der Schenkung Kinderlosen hinterher Kinder geboren werden<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> L. 7 C. de revoc. don. 8. 56. — „Actionem vero matris ita personalem esso volumus, ut vindicationis tantum habeat effectum“.

<sup>18</sup> Savigny S. 76. 237 und Schilling S. 361 nehmen an, daß der Beschenkte von der Zeit der Undankbarkeit an, ja schon von der Zeit an, wo er den Entschluß zur Undankbarkeit gefaßt habe, als unrechtlicher Besitzer hafte. Es wäre möglich, daß die Quellen die Sache in dieser Art aufgefaßt hätten; von der anderen Seite ist aber auch die Auffassung möglich, daß der Beschenkte trotz seiner Undankbarkeit nicht anzunehmen brauche, daß der Schenker von seinem Widerrufsrechte Gebrauch machen werde, daß also erst der wirklich geschehene Widerruf ihn zum unrechtlichen Besitzer mache. Welches die Auffassung der Quellen wirklich sei, scheint mir nach L. 7 C. de revoc. don. nicht bezweifelt werden zu können. Hier heißt es, daß die *Revocation* nicht dasjenige ergreife, was rechtsgültig veräußert worden sei „*matro pacifica*“. Mit welchem Recht Savigny diese Worte durch „vor der Undankbarkeit“ wiedergibt, sehe ich nicht ein.

<sup>19</sup> L. 10 C. de revoc. don. 8. 56, l. 1 l. 7 eod. Ist der Widerruf aber „*inter primas personas*“ (l. 10 C. cit.) geschehen, so geht das dadurch begründete Forderungsrecht auf die Erben allerdings über. Zweifeln könnte man daran auf Grund von l. 7 C. cit.; allein „die unbestimmten Ausdrücke (derselben) müssen aus den bestimmteren der l. 10 cit. (und l. 1 eod.) erklärt werden“, Savigny §. 169. c. S. auch Windscheid die *Actio x. c.* S. 29. A. M. Arndts §. 104 Anm. 1.

<sup>20</sup> L. 7 C. tit. cit.

<sup>21</sup> Nov. 22 c. 35 und daraus Auth. *Quod mater filio* zu l. 7 C. tit. cit.

<sup>22</sup> Die l. 8 C. de revoc. don. 8. 56 gibt das bezeichnete Recht dem Patron, welcher seinem Freigelassenen geschenkt hat. Die früheren Juristen stritten darüber, ob es nicht zufällig sei, daß die l. 8 cit. nur den Patron nenne, und

## 4. Besondere Arten der Schenkung.

## §. 368.

**Schenkungen eines Vermögens<sup>1</sup>.** Durch eine solche Schenkung wird keine Gesamtnachfolge begründet; das Recht erkennt als Gegenstand der Schenkung nicht das Vermögen als solches, sondern nur die, unter einer Gesamtbezeichnung zusammengefaßten, einzelnen Vermögensbestandtheile an. Daher muß für jeden einzelnen Vermögensbestandtheil dasjenige beschafft werden, wodurch gerade bei ihm der Uebergang bedingt ist, namentlich also bei Eigenthumsgegenständen die Tradition<sup>2</sup>, während Forderungen gemäß des für sie geltenden Rechts sofort übergehen, so daß unmittelbar auf Grund der Schenkung die Anzeige an den Schuldner erfolgen, und dadurch der Schenker ausgeschlossen werden kann (§. 331)<sup>3</sup>. Was die Schulden angeht, so haftet

ob dieselbe nicht eigentlich von ihr ausgesprochenen Satz für allgemein wahr erklären wolle. Müller promtuarium iuris a. v. donationis revocatio n° 9, Pufendorf's Observ. III. 157. Die besagte Meinung erklärt Lauterbach (ad. tit. Dig. de donat. n° 58) für „prior et in praxi recepta“. Das Erste wird jetzt Niemand mehr behaupten wollen (Vat. fr. §. 272), und ein eigentliches Gewohnheitsrecht nachzuweisen möchte schwer sein. Uebrigens wollen die Anhänger der hier verworfenen Meinung nicht die Aufsehung einer jeden geringen Schenkung gestatten, sondern nur einer solchen, von welcher es nicht wahrscheinlich sei, daß der Schenker sie gemacht haben würde, wenn er an die Kinder gedacht hätte, worüber im einzelnen Fall der Richter entscheiden soll. Lauterbach l. c. n° 56, Stryl Vnus mod. ad h. t. n° 17. Die hier verworfene Meinung halten fest Puchta §. 70. d, Arnolds §. 82 Num. 3; dawider Savigny §. 228, Senffert §. 365 Note 8, Sintenis §. 23 Note 56.

4. 506. <sup>1</sup> Meyerfeld II §. 21, Savigny §. 159, Schilling §. 362 Note bb fg. — Die Schenkung kann auf das ganze Vermögen des Schenkers gehen, oder auf einen Bruchtheil desselben (Cod. Hermog. VII. 1, l. 11 C. h. t.); sie kann auch auf ein von einem Dritten erworbenes Vermögen gehen (l. 28 D. h. t.). Sie kann schlechthin gemacht werden, oder mit Vorbehalt gewisser Vermögensstücke (l. 37 §. 3 D. de leg. III<sup>o</sup> 32), oder des Nießbrauchs (l. 42 pr. D. de m. a. don. 39. 6), oder einer jährlich zu machenden Leistung. <sup>2</sup> L. 85 §. 4. 5 C. h. t. (vgl. Vat. fr. §. 268, Cod. Hermog. VII. 1. 2). <sup>3</sup> Die actio utilis bei der Uebertragung einer Forderung durch Schenkung ist erst durch Justinian anerkannt worden, l. 33 C. h. t. Auf dem früheren Standpunkt stehen noch l. 11 C. h. t., Vat. fr. §. 268, ebenso l. 3 pr. D. pro soc. 17. 2. Auf Grund dieser letzteren Stelle behauptet Schilling §. 362

der Beschenkte den Gläubigern nur dann, wenn er bei der Schenkung die Schulden ausdrücklich übernommen hat, und zwar in dem Sinne, um sich dadurch auch den Gläubigern gegenüber verbindlich zu machen<sup>4</sup>. Hat er die Uebernahmserklärung in diesem Sinne nicht abgegeben, so wird er durch dieselbe nur dem Schenker verpflichtet<sup>5</sup>. Dem Schenker gegenüber ist er aber auch ohne ausdrückliche Erklärung verpflichtet; in der Annahme der Schenkung des Vermögens liegt eine stillschweigende Uebernahme der Verpflichtung zur Bezahlung der Schulden<sup>6</sup>. Ist ausdrücklich ausgemacht, daß die Schulden nicht übergehen sollen, so können die Gläubiger die Schenkung nach dem Recht der Veräußerung

Note mm (nach Halle Arch. f. civ. Pr. V S. 31), daß jede einzelne Forderung besonders cedirt werden müsse. Die gleiche Behauptung findet sich auch bei Savigny §. 136.

<sup>4</sup> Durch den Beitritt des Gläubigers, welcher auch in der Forderung selbst liegt, kommt dann der Schulübernahmungsvertrag mit demselben zu Stande. So nach heutigem Recht, gemäß des in §. 338 Ausgeführten, während nach römischem Recht der Beschenkte den Gläubigern nur in Folge einer mit ihnen direct verhandelten Novation haftete. L. 28 D. h. t., l. 72 pr. D. de l. D. 23. 3.

<sup>5</sup> Und zwar hat der Schenker gegen ihn einen doppelten Anspruch: a) auf Bezahlung der Schulden (actio praescriptis verbis); b) auf Rückgabe des Geschenkten wegen Nichtbezahlung (condictio ob causam datorum). L. 28 D. l. 22 C. h. t., l. 2 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6. Er kann sich auch dadurch sichern, daß er bei Herausgabe des Vermögens den Betrag der Schulden sogleich abzieht, l. 72 pr. D. de l. D. 23. 3. Die Ansprüche des Schenkers können auch die Gläubiger desselben auf dem Cessions- oder Executionswege geltend machen.

<sup>6</sup> Denn „bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt“, l. 39 §. 1 D. de V. S. 50. 16 (f. auch l. 69 D. ad leg. Fale. 35. 2, l. 11 D. de l. F. 49. 14, l. 8 §. 4 C. de bon. quas lib. 6. 61). Direct beweisen den im Text genannten Satz l. 28 D. h. t., in welcher Stelle von einer ausdrücklichen Vereinbarung über die Uebernahme der Schulden keine Rede ist. L. 17 §. 1 D. quae in fraud. cred. 42. 8 handelt nicht von einer Uebertragung des Vermögens. — Schilling §. 362 Note ii und Unger §. 97 Note 13 halten die Annahme eines stillschweigenden Vertrages für bedenklich, und wollen dem Schenker durch eine condictio inobiti oder sine causa helfen. Die condictio inobiti ist gewiß begründet, wenn der Schenker in Unkenntniß der Schulden das ganze Vermögen herausgegeben hat, wo er den Betrag der Schulden hätte abzählen können (Note 5); aber wie, wenn er sie gekannt und stillschweigend angenommen hat, der Beschenkte werde sie bezahlen? S. auch Meyerfeld II §. 32.

zur Beeinträchtigung der Gläubiger (§. 463) anfechten<sup>7</sup>. — Die Schenkung des ganzen Vermögens ergreift nicht ohne Weiteres auch das zukünftige Vermögen; die ausdrückliche Erstreckung der Schenkung auf das zukünftige Vermögen aber ist nicht bloß nach heutigem Recht unbestritten zulässig<sup>8</sup>, sondern war es auch schon nach römischem Recht<sup>9</sup>.

Schenkungen zur Vergeltung, s. g. remuneratorische Schenkungen<sup>10</sup>. Eine solche Schenkung unterliegt den gewöhnlichen Regeln, und also auch den rechtlichen Beschränkungen der Schenkung; nur die zur Vergeltung einer Lebensrettung gemachte Schenkung ist von denselben frei<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Vgl. L. 17 §. 1 D. quas in fraud. cred. 42. 8. Scuff. Arch. XI. 106.

<sup>8</sup> Nach dem Recht des Erbvertrages.

<sup>9</sup> Eine alte Streitfrage, Meyerfeld II S. 13 fg. Für die Zulässigkeit: Meyerfeld S. 16. 17, Puchta Vorles. I S. 162. 163, Bding a. a. D. Note 28, Hartmann Erbverträge S. 14 fg.; gegen dieselbe: Savigny S. 142 fg., Schilling §. 354 Note xx.

<sup>10</sup> Meyerfeld I S. 19, Savigny §. 153, Schilling S. 921. 961, Marejoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 30—40, Bangerow §. 125 Anm.

<sup>11</sup> L. 84 §. 1 D. h. t. Es heißt hier von der Schenkung zur Vergeltung einer Lebensrettung: „haec donatio irrevocabilis est“, also unwiderruflich aus welchem Grunde es auch immer sein mag. Marejoll u. Bangerow a. a. D. beschränken die Unwiderruflichkeit auf den Fall der Unabbarkeit; aber f. Savigny §. 154. s: — „auch die Nichtigkeit zeigt sich practisch nur durch Revocation“. In der ursprünglichen Gestalt der Stelle, welche uns in den Sententiae des Paulus (V. 11 §. 6) erhalten ist, ging sie auf Ausschluß der Beschränkung der *lex Cincia* („in infinitum donare non prohibemur“). S. auch Schilling S. 928 Note q. — Von der anderen Seite wollen Viele die L. 84 §. 1 cit. auf andere Fälle der Vergeltungsschenkungen ausdehnen: auf jede Vergeltungsschenkungen, vorausgesetzt nur, daß dieselbe nicht außer allem Verhältnis zu dem geleisteten Dienste stehe (Bangerow, Schilling, der Letztere in Betreff der Revocation wegen Unabbarkeit); auf die Vergeltungsschenkungen für in Geld nicht schätzbare Dienste (Schilling, in Betreff der Insinuationsvorschrift); auf die Vergeltungsschenkungen mit Ausnahme der Fälle, wo das zu Vergeltende eine Schenkung oder eine Geschäftigkeit sei (Meyerfeld); auf jeden Fall, wo der Gabe die Absicht der „Belohnung“ zu Grunde liege, wo sie dann aber auch gar nicht Schenkung, oder nicht „wahre“ Schenkung sei (Puchta §. 71, Arndts §. 83). Savigny S. 94 (übereinstimmend Sente nio §. 23 Note 11) stellt den Satz, daß, wenn die Gabe nach der Absicht des Gebers „die bloße Bezahlung einer Schuld“ sei, der „Begriff der Schenkung mit allen Folgen ausgeschlossen“ sei, als selbständigen Satz neben den von ihm aus L. 84 §. 1 cit. entwickelten Satz, mit Bezug auf L. 27 D. h. t. Ich halte diesen Satz für äußerst sowohl unbestimmt

Schenkungen mit einer Auflage<sup>12</sup>. Der Schenker kann die Erfüllung der Auflage verlangen auf Grund des von dem Beschenkten durch die Annahme der Schenkung abgegebenen Versprechens<sup>13</sup>; er kann aber auch, wenn die Auflage nicht erfüllt wird, das Geschenke zurückfordern, entweder nach dem Rechte der Voraussetzung<sup>14</sup>, oder unter dem Gesichtspunkt der Unabbarkeit des Beschenkten<sup>15</sup>. Hat die Auflage zum Gegenstand Leistung des Lebensunterhaltes an den Schenker, so kann derselbe, wenn die Leistung ausbleibt, das Geschenke, soweit es bei dem Beschenkten noch vorhanden ist, sofort wieder als sein Eigenthum in Anspruch nehmen<sup>16</sup>. Ist die Auflage zu Gunsten eines Dritten gemacht, so steht die Forderung auf Erfüllung der Auflage diesem zu<sup>17</sup>. — Den Beschränkungen der Schenkung unterliegt die Auflagschenkungen, so weit sie wirklich Schenkung ist<sup>18</sup>.

als gefährlich, und eigentlich für eine Wiedereinführung der von Savigny selbst bestrittenen Behauptung, daß die remuneratorische Schenkung den positiven Bestimmungen der Schenkung entzogen sei; in L. 27 cit. aber sehe ich nichts, als den Ausdruck, daß in dem bezeichneten Fall in der That die Verleihung eines Rechts, und nicht ein bloßes precarium (wovon ich L. 32 D. h. t. versehe, — in Betreff des „quamdiu volueris“ f. l. 12 pr. D. de proc. 43. 26) vorliege. So wird ja auch in L. 10 §. 13 l. 12 pr. D. mand. 17. 1 aus der Belohnungsabsicht nichts Anderes hergeleitet, als eben das, daß der Geber wirklich habe schenken wollen. Aus der Praxis, für Gleichstellung der remuneratorischen Schenkung mit der Schenkung überhaupt: Scuff. Arch. I. 340, III. 265, VIII. 132. 260, XVIII. 37; dagegen IV. 118, V. 18, XVIII. 88, f. auch I. 55; unterscheidend (zwischen Forderung der Erfüllung und Rückforderung) XIII. 26, f. auch IV. 118.

<sup>12</sup> Donatio sub modo. Cou. 8. 55 de donationibus quas sub modo . . coniciantur. — Meyerfeld I S. 412—426, Savigny IV §. 175, Schilling S. 807 fg. S. 945 fg., Windscheid Lehre von der Voraussetzung Nr. 68. 69. 79. 101. 107, Ergreifen conditiones sine causa II §. 14, Voigt conditiones ob causam §. 79.

<sup>13</sup> Es steht ihm die actio praescriptis verbis zu. L. 9. 22 C. de don. 8. 54, l. 8 C. de rer. perm. 4. 64, l. 3 C. de contr. emt. 4. 38.

<sup>14</sup> Es steht ihm eine *condictio* (ob causam datorum) zu. L. 8 l. 3 l. 2 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6, l. 3 C. h. t. 8. 55. Vgl. I §. 98 Nr. 2. Scuff. Arch. V. 167.

<sup>15</sup> S. §. 367 Note 16.

<sup>16</sup> Es steht ihm eine *rei vindicatio utilis* zu. L. 1 C. h. t. 8. 55. Vgl. I §. 174 Note 6; aber auch Rindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 347—349.

<sup>17</sup> L. 8 C. h. t. 8. 55. Vgl. §. 316 Note 5. 15<sup>a</sup>. 16<sup>b</sup>. 16.

<sup>18</sup> Vgl. §. 365 Note 3. Savigny S. 286. 287. Scuff. Arch. V.

## §. 369.

Schenkungen auf Todesfall\*. Die Schenkung auf Todesfall ist eine lehtwillige Verfügung in der Form des Vertrages. Sie verfolgt, wie die testamentarische Verfügung, den Zweck, Etwas zu vergeben für die Zeit, wo der Vergebende selbst es nicht mehr haben kann, für die Zeit nach seinem Tode. Deswegen wird, wie auch im Uebrigen der Inhalt der Schenkung bestimmt sein mag, das Geschenk definitiv erst erworben mit dem Tode des Schenkers; daraus ergibt sich die charakteristische Eigenthümlichkeit der Schenkung auf Todesfall, daß sie auf die Erben des Beschenkten nicht übergeht, wenn der Schenker den Beschenkten überlebt<sup>1</sup>. Im Uebrigen kann die Schenkung noch einen sehr verschiedenen Inhalt haben. a) Das Nichtüberleben des Schenkers wird der Schenkung als aufschiebende Bedingung hinzugefügt, so daß einstweilen in das Vermögen des Beschenkten noch gar nichts übergehen soll; womit übrigens wohl verträglich ist, daß er sogleich in den factischen Genuß gesetzt wird<sup>2</sup>. b) Die Schenkung wird so gemacht, daß das Geschenk sofort in das Vermögen des Beschenkten übergehen, aber im Fall des Ueberlebens des Schen-

166, VI. 88, XVIII. 136. Daß die Schenkung sub modo der Insinuation nicht bedürfe, nimmt an das Urtheil bei Seuff. Arch. I. 341.

§. 369. \* Dig. 89. 6 de mortis causa donationibus, Cod. 8. 57 de donationibus causa mortis. — W. Müller über die Natur der Schenkung auf Todesfall (1827). Fasse Rhein. Mus. II S. 300 fg., III S. 1 fg. (1828. 1829). v. Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II. 4 (1829). Fasse Rhein. Mus. III S. 371 fg. (1829); Bemerkungen zu vorstehendem Aufsatz. Wiederhold Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV. 4 (1841). Savigny IV §. 170—174 (1841). Erleben die conditiones sine causa II §. 9 (1858). Voigt die conditiones ob causam S. 724—731 (1864). Unger Herr. Erbrecht §. 77 (1864). Böcking §. 109, Bangerow II §. 561—563, Sintenis III §. 216.

<sup>1</sup> Daher die sprichwörtliche Redeweise: eine mortis causa donatio liege dann vor, „cum magis se quis velit habere, quam cum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum“, §. 1 I. de don. 2. 7; ebenso I. 1 pr. l. 26 §. 2 D. h. t. Es ist nicht genau, zu sagen, daß die Schenkung auf die Erben des Beschenkten nicht übergehe, wenn derselbe vor dem Schenker sterbe; denn sterben Schenker und Beschenkte zu gleicher Zeit, so besteht die Schenkung, l. 26 D. h. t. — Vergleiche übrigens in Betreff der charakteristischen Eigenthümlichkeit der Schenkung auf Todesfall auch Seuff. Arch. XVIII. 37.

<sup>2</sup> L. 2 i. f. l. 29 D. h. t., l. 15 i. f. D. de manum. 40. 1.

kers an denselben zurückfallen soll<sup>3</sup>. c) In dem einen und dem andern Fall hat der Schenker, wenn nichts ausgemacht ist, ein freies Widerrufsrecht<sup>4</sup>; er kann aber auch unbeschadet des Bestehens der Schenkung auf Todesfall auf dasselbe verzichten<sup>5</sup>. d) Eine besondere Art der Schenkung auf Todesfall ist die, wo geschenkt wird mit Rücksicht auf eine Lebensgefahr, in welcher der Schenker sich befindet oder welcher er entgegengeht; hier verliert die Schenkung ihren Bestand nicht bloß, wenn der Schenker den Beschenkten, sondern auch, wenn er die Lebensgefahr überlebt<sup>6</sup>. — Was die rechtlichen Beschränkungen der Schenkung angeht, so unterliegt die Schenkung auf Todesfall, wenn nicht ohnehin schon freies Widerrufsrecht gilt, dem Widerruf wegen Undankbarkeit wie jede andere Schenkung. Dagegen findet das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten auf sie keine Anwendung<sup>7</sup>, und statt der gerichtlichen Vollziehung ist auch die Errichtung vor 5 Zeugen, wie bei einem Vermächtnisse, zulässig<sup>8</sup>. — Ueberhaupt ist die Schen-

<sup>3</sup> L. 2 l. 29 l. 35 §. 3 D. h. t. Dieß ist im Zweifel als die Absicht der Schenkung anzusehen, wenn das Geschenk sogleich ausgeantwortet wird. Fasse II S. 328 fg., Savigny S. 246 fg. — Die Rückforderung kann der Schenker gründen: a) auf das von dem Beschenkten durch Annahme der Schenkung stillschweigend abgegebene Versprechen (actio praescriptis verbis, l. 18 §. 1 D. h. t.), a. W. Voigt a. a. D. S. 726; b) auf die Ermangelung der Voraussetzung der Schenkung (conditio ob causam datorum, l. 35 §. 3 D. h. t. und viele andere Stellen). Er kann aber auch c) den Gesichtspunkt der aufhebenden Bedingung anlegen und geltend machen, daß durch Eintritt derselben der frühere Rechtszustand ohne Weiteres wiederhergestellt worden sei, l. 29 D. h. t. (l. §. 90 Note 4). — Hat der Beschenkte des Beschenkten sich entäußert, so muß er den Werth ersetzen, l. 39 l. 37 §. 1 D. h. t. Hat er das Geschenk durch seine Nachlässigkeit verloren, so haftet er nach den Grundsätzen der actio praescriptis verbis. Savigny S. 257.

<sup>4</sup> §. 1 I. de don. 2. 7, l. 16. 30 D. h. t. Der Widerruf begründet conditio, aber auch utilis rei vindicatio, l. 30 D. h. t. Vgl. I §. 174 Note 6 (wo irrig statt l. 30 D. h. t. l. 29 genannt ist). Seuff. Arch. V. 131.

<sup>5</sup> L. 13 §. 1 l. 35 §. 4 D. h. t., Nov. 87 pr. c. 1. Vgl. Savigny §. 170. 1.

<sup>6</sup> Dieß ist der in den Quellen als der gewöhnliche vorausgesetzte Fall. Fasse II S. 317. Der entgegengesetzte Fall wird erwähnt in l. 2 l. 31 §. 2 i. f. l. 35 §. 4 l. 43 D. h. t., l. ult. C. h. t.

<sup>7</sup> L. 9 §. 2 l. 10 l. 11 pr. D. de don. i. v. e. n. 24. 1.

<sup>8</sup> L. ult. C. h. t. Vgl. Savigny S. 261—265, Bangerow §. 563. Seuff. Arch. VII. 211. 236, XV. 146. Das Urtheil XVIII. 37 nimmt ohne



lung auf Todesfall im Laufe der Zeit fast vollständig den Vermächtnissen gleichgestellt worden, worüber das Nähere im Erbrecht vorzutragen ist<sup>9</sup>.

C. Verträge auf Rückgabe.

1. Das Darlehn\*.

a. Begriff und Voraussetzungen.

§. 370.

Ein Darlehn geben heißt: Jemandem eine Quantität vertretbarer Sachen zum Eigenthum geben mit der Auflage, den empfangenen Werth in einer gleichen Quantität gleicher Sachen zurückzugeben<sup>1</sup>. Indem der Empfänger das Gegebene mit dieser Auflage annimmt, verspricht er auch ohne ausdrückliche Erklärung die Erfüllung derselben, und bringt dadurch den Darlehnsvertrag zum Abschluß<sup>2</sup>. Der Hauptfall des Darlehns ist das Gelddarlehn; aber er ist nicht der einzige<sup>3</sup>.

Der Darlehnsvertrag setzt voraus

1) Eigenthumsverschaffung<sup>4</sup>. Wird an dem Gegebenen Eigen-

Angabe von Gründen bei Vernachlässigung der Form Ungültigkeit für den ganzen Betrag, nicht bloß für den Ueberschuß über 500 Ducaten an.

<sup>1</sup> S. einflussigen §. 1 I. de don. 2. 7, l. 4 C. h. t., Nov. 87 pr.

<sup>2</sup> Dig. 12. 1 de rebus creditis si certum petatur et de conditione. Cod. §. 270.

4. 1 de rebus creditis. — O. G. Seimbach die Lehre vom Creditum nach dem in Deutschland geltenden Rechte (1849) S. 131 fg. (vgl. Rudorff zu Buchta §. 304. a). Ollst XI S. 464—475, XII S. 1—177; Unterholzner II. §. 308—310, Sententis II §. 108, Bangerow III §. 628.

<sup>3</sup> L. 2 pr. D. h. t. „Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus: nam si aliud genus, valuti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum“. §. 1 eod. „Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, . . . nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditore solvi non potest“. Pr. I. quib. modis ro 3. 14.

<sup>4</sup> Der Darlehnsvertrag ist ein Realvertrag. Pr. I. cit. „Re contrahitur obligatio veluti mutui datione“. Vgl. l. 3 §. 1 D. de O. et A. 44. 7. S. übrigen auch §. 371 Note 6.

<sup>5</sup> Beispiele von Darlehn in Sachen anderer Art in pr. I. cit., l. 7 §. 3 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 12. 16. 23. 35 C. de usur. 4. 32.

<sup>6</sup> Daher die etymologische Spielerei in l. 2 §. 2 D. h. t. „Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit“.

thum nicht verschafft, sei es, daß der Eingebende selbst nicht Eigenthümer<sup>5</sup>, sei es, daß er nicht veräußerungsfähig ist<sup>6</sup>, so kommt ein Darlehnsvertrag nicht zu Stande<sup>7</sup>. Jedoch wird die mangelnde Eigenthumsverschaffung dadurch ersetzt, daß der Empfänger das Gegebene in rechtlicher Weise verbraucht<sup>8</sup>; und auch ohne Verbrauch haftet derselbe wenigstens auf Rückgabe des Wertes nach dem Rechte der Voraussetzung<sup>9</sup>. Ob das Eigenthum direct oder indirect verschafft worden ist, ist gleichgültig<sup>10</sup>. Ja auch

<sup>5</sup> L. 2 §. 4 D. h. t. Miteigenthum: l. 13 §. 2 l. 16 D. h. t., l. 94 §. 1 D. de solut. 46. 3. Seimbach S. 180.

<sup>6</sup> §. 2 I. quib. al. 2. 8.

<sup>7</sup> L. 2 §. 2 D. h. t. — „si non fiat tuum, non nascitur obligatio“.

<sup>8</sup> L. 11 §. 2 l. 12 i. f. l. 13 pr. §. 1 l. 19 §. 1 i. f. D. h. t., l. 24 §. 2 D. de O. et A. 44. 7, l. 56 §. 2 D. de fidei. 46. 1, §. 2 I. quib. al. 2. 8; l. 12 l. 19 §. 1 D. h. t., l. 24 pr. D. de O. et A. 44. 7. S. g. condictio de bene de pensis. Vgl. Seimbach S. 192 fg. 206 fg. Folgt cond. ab causam Note 704. Verbraucht der Empfänger das Gegebene unrechtlicher Weise, b. h. wissend, daß er nicht Eigenthümer sei, so haftet er dem Eigenthümer auf Ersatz des Wertes (rei vindicatio, actio ad exhibendum, condictio sine causa und furiva), f. I §. 193 Note 8 und l. 11 §. 2 D. h. t., §. 2 I. quib. al. 2. 8. Vgl. auch §. 342 Note 8.

<sup>9</sup> Condictio possessionis, vgl. l. 15 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6 und l. §. 161 Note 2, II §. 421 Note 7. Die Voraussetzung des Eingebens war die Begründung eines Forderungsrechts, vgl. l. 32 D. h. t. (§. 427 Note 6 und unten in diesem §. Note 13).

<sup>10</sup> Fälle indirecter Eigenthumsverschaffung: a) der Empfänger hat das empfangene Fremde eressen (arg. l. 60 D. de solut. 46. 3), oder das empfangene fremde Geld mit dem seinigen vermischt (l. 78 eod.); b) Jemand gibt einem Andern eine Sache, um sie zu verkaufen und das dafür erhaltene Geld als Darlehn zu behalten, l. 11 pr. D. h. t., l. 14 pr. eod., l. 8 C. si eort. 4. 2; c) Jemand weist einen Dritten, etwa seinen Schuldner an, demjenigen zu zahlen, welchem er ein Darlehn geben will, l. 15 D. h. t., l. 32 l. 9 §. 8 i. f. eod. Vgl. §. 412 Note 9. — In Betreff der beiden letzten Fälle hat sich jedoch, wie l. 15 cit., l. 34 pr. D. mand. 17. 1 zeigen, das römische Recht erst allmählig zu einer freieren Auffassung erhoben; im Anfang hielt man daran fest, daß es gerade das Eigenthum des Darlehengebers sein müsse, welches an den Empfänger gelange. — Unter b) gehört auch der Fall, wo ein Darlehn in Wertpapieren gegeben wird. S. u. ff. Arch. XIV. 183. Runge Inhaberpapiere S. 697 fg. — Nicht hierher gehört der Fall, wo Jemand, in dessen Namen ein Anderer etwas besitzt, diesem gestattet, das Besessene als Darlehn zu behalten; hier liegt directe Eigenthumsverschaffung mit Abkürzung der Tradition vor (l. §. 154 Note 2). L. 9 §. 9 D. h. t., l. 34 pr. cit.

dadurch kann ein Darlehn gegeben werden, daß einem Schuldner gestattet wird, dasjenige, was er schuldig ist, als Darlehn zu behalten<sup>11</sup>. Ebenso ist es gleichgültig, ob das Eigenthum gerade dem Schuldner verschafft worden ist, oder mit seinem Willen einem Andern<sup>12</sup>.

2. Der Darlehnsvertrag setzt ferner Alles voraus, was überhaupt zur Gültigkeit eines Vertrags erforderlich ist, namentlich also Consens der Parteien<sup>13</sup> und Handlungsfähigkeit des Schuldners<sup>14</sup>. Jedoch haftet, wenn der Vertrag nicht zu Stande kommt, der Empfänger immerhin nach dem Rechte der Voraussetzung<sup>15</sup>. — Was den Abschluß des Darlehnsvertrags durch Stellvertreter angeht, so gelten folgende besondere Vorschriften. a) Stadt-

<sup>11</sup> Auch dieß ist erst allmählig anerkannt worden. Vgl. mit l. 34 pr. D. mand. 17. 1 l. 15 D. h. t., l. 3 §. 3 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 5 §. 18 D. de trib. 14. 4. Ueber l. 6 C. si cort. 4. 2 f. §. 364 Note 2 zweite Hälfte. Daß auch nach neuestem römischen Rechte das Gesagte nicht unbedingt gelte, sondern nur für den Fall, wo Jemandem gestattet werde, als Darlehn zu behalten, was er aus dem Vermögen des Gestattenden in Händen habe, behaupten Brinz S. 390, 391, Römer bedingte Novation S. 6 fg. Eine noch engere Auffassung bei Unterholzner §. 308. g. Vgl. noch Sintenis §. 108 Note 10, v. Salpius Novation und Delegation S. 324 fg. Seuff. Arch. I. 365, IV. 149, V. 127 (wo aber die Entscheidung gewiß richtiger auf das §. 364 Note 3 Gesagte gegründet worden wäre), XIII. 17, XIV. 92.

<sup>12</sup> L. 9 §. 8 D. h. t.: — „cum quotidie credituri pecuniam mutuum ab alio poscimus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro“. Hinter „poscimus“ ist aus dem Vorhergehenden zu ergänzen „mutuum pecuniam“. „Ut“: mit der näheren Bestimmung, daß —. Ueber die Lesart s. noch Gluck XII S. 19, Jhering Jahrb. f. Dogm. II S. 101 Note 43. S. auch l. 19 §. 8 D. de inst. act. 14. 3, l. 19 §. 5 D. ad SC. Vell. 16. 1. Vgl. §. 412 Note 9.

<sup>13</sup> L. 32 D. h. t. „Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum pularis, eum Titium debitorem esse, an mihi obligaris? Subeisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti. Sed proprius est, ut te obligari existimem; non quia pecuniam tibi credidi — hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest, — sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi, bonum et aequum est“. L. 18 pr. eod. Seuff. Arch. V. 271.

<sup>14</sup> L. 59 D. de O. et A. 44. 7, l. 13 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, Gai. III. 91.

<sup>15</sup> Der Eingebende hat gegeben in der Voraussetzung, daß er durch das Eingeben Gläubiger werden werde; in dieser Erwartung ist er getäuscht worden. Von dem in dieser Weise begründeten Rückforderungsrecht spricht l. 32

gemeinden, Kirchen und fromme Anstalten haften aus den von ihren Vorstehern und Verwaltern für sie abgeschlossenen Darlehnsverträgen nur dann, wenn das Geld auch wirklich in ihren Nutzen verwendet worden ist, — sonst nur der Contrahent selbst<sup>16</sup>.

b) Wird ein Darlehn auf den Namen eines Dritten gegeben, so wird diesem das Forderungsrecht aus dem Vertrage selbst ohne seinen Consens erworben<sup>17</sup>.

Dem Darlehnsvertrag kann ein Vertrag über Geben oder Nehmen des Darlehns vorhergehen: für denselben gelten die gewöhnlichen Grundsätze<sup>18</sup>.

## b. Verpflichtungen.

### §. 371.

Die Verpflichtung, welche aus dem Darlehn entsteht, geht auf Rückgabe des empfangenen Wertes durch Rückgabe einer gleichen Quantität gleicher Sachen, wie empfangen worden ist<sup>1</sup>.

D. h. t. (Note 13). Es ist eine *condictio sine causa*, näher: ob *causam datorum* (§. 427 Note 6). Man hat über die Natur des in l. 32 cit. anerkannten Rückforderungsrechtes gestritten, und in der Annahme, daß dasselbe etwas Besonderes sei, ihm den besonderen Namen *condictio Inventiana* (die Stelle rührt von P. Inventius Celsus her) gegeben. Vgl. Heimbach S. 224 fg., Seuff. Arch. X. 253.

<sup>16</sup> L. 27 D. h. t., Nov. 120 c. 6 §. 3. Heimbach S. 254 fg., Kleinschrod über l. 27 Dig. de rebus creditis (Habilitationsschrift, 1851). Man hat es vielfach versucht, diese Bestimmung aus der Natur der juristischen Personen zu erklären; so namentlich Heimbach und Kleinschrod: die juristischen Personen seien unfähig, durch Tradition Eigenthum zu erwerben (!) S. noch Savigny Syst. II S. 294, §. Bitte Bereicherungsklagen S. 278 — 280. Ueber c. 4 X. de fidei. 3. 22 f. Heimbach S. 262 fg.

<sup>17</sup> S. §. 318 Note 3 und 6.

<sup>18</sup> S. §. 310 Note 2. Nach dem daselbst Gesagten und in l. 68 D. de V. O. 45. 1 Anerkannter kann derjenige, dem die Auszahlung eines versprochenen Darlehns verweigert wird, sein Interesse fordern; dieses Interesse kann aber auch eben in der Auszahlung bestehen. Seuff. Arch. IV. 32, X. 37. Ein Fall des Vertrags über Nehmen des Darlehns das. II. 165. Es ist aber wohl zuzusehen, ob auch wirklich ein Vertrag vorliegt, und nicht bloß eine ohne bindende Absicht gemachte Vernehmung, l. 30 D. h. t. Vgl. noch Endemann Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 196 fg.

<sup>1</sup> Da der Empfänger Eigenthümer geworden ist, so ist es natürlich für §. 371. seine Verpflichtung ganz gleichgültig, daß ihm das Empfangene abhanden ge-

Sie geht nur darauf; das Darlehn ist kein Geschäft, bei dem es erst notwendig wäre, im einzelnen Fall mit Rücksicht auf dessen besondere Umstände zu bestimmen, was seinem Sinn und seiner Absicht gemäß ist: dem Sinn und der Absicht des Darlehensgeschäftes ist unabänderlich das Eine gemäß, daß soviel zurückgegeben werde, als empfangen worden ist<sup>2</sup>. — Ueber die Zeit der Rückgabe entscheidet der Vertrag<sup>3</sup>. Ist in demselben über die Zeit der Rückgabe nichts ausgemacht, so ist zuzusehen, ob nicht aus den Umständen eine stillschweigende Bestimmung hergeleitet werden kann<sup>4</sup>. Ist auch dieß nicht der Fall, so darf zu jeder Zeit zurückgefordert werden<sup>5</sup>.

Die Verbindlichkeit, Zinsen zu zahlen, versteht sich beim Darlehn nicht von selbst; sie muß durch besondere Verabredung begründet werden<sup>6</sup>. — Ein besonderer Fall des zinsbaren Darlehens

kommen ist, ehe er es zu seinem Nutzen hat verwenden können. L. 9. §. 9 D. h. t., l. 1 §. 4 D. de O. et A. 44. 7, §. 2 I. quib. mod. re 8. 14.

<sup>2</sup> Römisch ausgebräut: aus dem Darlehn entsteht keine *actio bonae fidei*, sondern eine *actio stricti iudicii*, eine *condictio* (I §. 46 Note 4); die *intentio* der *formula* ging nicht auf *dare oportere ex fide bona*, sondern auf *dare oportere schlechthin*. Die nicht beabsichtigte Folge hiervon war nun allerdings die, daß dem Suber auch die Möglichkeit genommen war, auf solche, von Außen kommende, Umstände Rücksicht zu nehmen, welche den Darlehensanspruch zu mobilisieren an und für sich allerdings geeignet waren (§. 46 Note 6), wie z. B. auf Verzug (l. 24 D. de praeser. verb. 19. 5, l. 3 C. de usur. 4. 32; übrigens gestattete bei anderen Darlehen als Gelddarlehen die durch die Notwendigkeit der Geldcondemnation bedingte Anweisung des Suber auf quanti ea res est eine freiere Bewegung, l. 12. 23 O. ood.). Das gilt natürlich für uns nicht mehr; während der Gegensatz selbst zwischen der Darlehensobligation und der Obligation z. B. aus Kauf, Miethe zc. für uns noch besteht, wie er für die Römer bestand.

<sup>3</sup> Was bedeutet die Bestimmung, daß die Rückgabe erfolgen soll: „wenn der Gläubiger das Geld vordröhen hat“? *Seuff. Arch.* II. 33. Rückgabe: „sobald der Schuldner dazu im Stande sein wird“, *das.* XV. 218. *Vgl.* auch die *Citate* bei §. 273 Note 2.

<sup>4</sup> Die Bewilligung einer gewissen Frist liegt in jeder Darlehensgabe; sonst würde die Darlehensgabe gar keinen Sinn haben. *Seuffert Pand.* §. 310 Note 3. *S.* außerdem l. 57 pr. D. de pactis 2. 14. „*Qui in futurum nunc a debitoro acciperat, tacito pactus videtur, no intra id tempus sortem potat*“.

<sup>5</sup> *Seuff. Arch.* V. 273.

<sup>6</sup> Ueber die Wirksamkeit, welche dabei schon das römische Recht dem *nudum*

ist der<sup>7</sup>, wo der Gläubiger für irgend einen künftigen ungewissen Fall auf die Rückforderung verzichtet, und sich als Prämie für die übernommene Gefahr einen höheren als den gewöhnlichen Zins ausbedingt<sup>8</sup>;

*dictum* zuschrieb, l. 1. 11 §. 3 D. de pign. act. 13. 7, l. 5 §. 2 D. de solut. 46. 3, l. 3. 4 C. de usur. 4. 32, l. 12 eod., l. 5 §. 1 l. 7 D. de nautico foen. 22. 2. — Ist nicht das zinsbare Darlehn Consensualvertrag? *So* *Demelius* Jahrb. f. Dogm. III S. 408, *Unger* das. VIII S. 15 („*Kapitalmiethe*“). Ich meine: gewiß dann nicht, wenn dem wirklichen Geben des Darlehens keine Verpflichtung dazu vorhergeht. Aber auch dann nicht, wenn eine solche Verpflichtung vorhergeht ohne eine entsprechende Verpflichtung, das Darlehn zu nehmen. Aber auch dann nicht notwendig, wenn auch diese letztere Verpflichtung vorhanden ist; es ist sehr wohl möglich, daß die Parteien auch in diesem Falle nichts gewollt haben, als ein *pactum de mutuo dando* und *mutuo accipiendo*. Sondern von einem dem Miethevertrage entsprechenden Consensualvertrage darf nur dann geredet werden, wenn die Absicht der Parteien nur darauf gerichtet ist, daß jetzt sofort ein Darlehensgeschäft abgeschlossen sein solle, durch welches der eine Contractant verpflichtet werde, eine gewisse Summe Geldes zum Gebrauch hinzugeben, der andere dafür eine Zinsvergütung zu zahlen. Aber selbst in diesem Fall ist es gewiß nicht gerechtfertigt, ohne Weiteres alle dem Miethevertrage eigenthümlichen Rechtsfäge zur Anwendung zu bringen, wie das *Dank* *verantwortl. Nationalökonomie* und *Jurisprudenz* II S. 36—42 that. — *Vgl.* über das zinsbare Darlehn auch noch *Enbemann* *Zeitschr. f. Handelsr.* IV S. 47—58.

<sup>7</sup> *Dig.* 22. 2 *Cod.* 4. 33 *de nautico foenore.* *Stifft* XXI S. 151—222.

<sup>8</sup> Der Fall, von welchem das römische Recht ausgegangen, und welcher auch später immer der Hauptfall geblieben ist, ist der, wo das Geld auf ein Schiff, welches eine Reise anzutreten im Begriff ist, mit der Bedingung gegeben wird, daß der Gläubiger nur dann ein Rückforderungsrecht haben solle, wenn das Schiff glücklich an seinen Bestimmungsort ankomme; daher der Ausdruck *nauticum foenus* oder *traisoticia pecunia*. Die spätere Ausdehnung geht aus l. 5 pr. D. h. t. hervor. Nach dieser Stelle kann der Vertrag sogar auf ein solches Ereigniß gestellt werden, dessen Herbeiführung oder Nichtherbeiführung von der Willkür des Schuldners abhängt, z. B. Freilassung oder Nichtfreilassung eines Sclaven. Andere Beispiele, welche die Stelle nennt, sind folgende: Jemand gibt einem Fischer Geld auf einen Fischfang, und verzichtet auf die Rückgabe für den Fall, daß der Fischer nichts fangen sollte; Jemand gibt einem Athleten Geld zu seiner Ausbildung, und verzichtet auf die Rückgabe für den Fall, daß derselbe im Wettkampf den Preis nicht gewinnen sollte; ein Kranker gibt ein Darlehn, und verzichtet auf die Rückgabe für den Fall seiner Genesung (oder Nichtgenesung). Nur die eine Grenze setzt die l. 5 pr. cit., daß der Vertrag nicht ein verbotener Spielvertrag sein darf; d. h. es muß wenigstens von einer der Parteien ein anderes Interesse verfolgt werden, als das des bloßen Gewinns. Uebrigens ist die *Lesart* der l. 5 pr. cit. in mehr-

die gesetzliche Beschränkung des Zinsmaßes kommt in diesem Fall nicht zur Anwendung<sup>9 10</sup>.

c. Beweis\*.

§. 372.

Was den Beweis des Darlehens angeht, so gilt Besonders für den Beweis durch schriftliches Empfangsbekennniß. Die Beweiskraft eines solchen Bekennnisses ist im römischen Recht bedeu-

samer Beziehung sehr bestritten. S. Glück XXI S. 153 fg. — Ein dem römischen *foenus nauticum* durchaus ähnliches, aber selbständig entwickeltes deutsches Rechtsinstitut ist der Bohmereivertrag. Glück XXI S. 216—219, Beseler deutsch. Privatr. III S. 501—508, Serber deutsch. Privatr. §. 204. P. 30. Art. 680 fg.

<sup>9</sup> Dies ist das ursprüngliche römische Recht, Paul. S. R. II. 14 §. 3, 1. 26 §. 1 C. de usur. 4. 32. Justinian setzte in der zuletzt genannten Stelle das Zinsmaximum auf 12% fest. In Nov. 106 aber befähigte er ein Gewohnheitsrecht folgenden Inhalts: der Gläubiger dürfe sich ausbedingen — und zwar für die Zeit der Seereise, nicht für das Jahr — entweder den achten Theil des Kapitals, oder den zehnten und außerdem Zollfreiheit für einen *modius* Getreide auf je einen hingeebenen *solidus*. Die Nov. 106 ist nun zwar sogleich darauf durch die Nov. 110 wieder aufgehoben worden; aber diese letztere ist nicht glosirt. Darnach also würde der Inhalt der Nov. 106 gemeines Recht sein, wenn nicht mit Rücksicht darauf, daß das *foenus nauticum* nur eine Form des Versicherungsvertrages ist, und daß nach feststehenden Grundsätzen bei diesem Vertrag die Bestimmung der Prämie dem Belieben der Parteien anheimgegeben ist, behauptet werden dürfte, daß auch das *foenus nauticum* der gesetzlichen Beschränkung des Zinsmaßes nicht unterliegt. Vgl. Eichhorn Einl. in d. deutsche Privatr. §. 107 a. E. §. 114, Seuffert §. 313 Note 4, Arndts §. 283 Num.

<sup>10</sup> Eine Stelle aus der Lehre vom *foenus nauticum*, die l. 122 §. 1 D. de V. O. 46. 1, bietet, — ohne besondere Grundsätze zu enthalten, — der Auslegung Schwierigkeiten dar. S. über dieselbe den Auffatz von Gutschke Zeitschrift f. Civ. u. Pr. R. F. X. 1 (1853) und die Schrift von Goldschmidt: Untersuchungen zu l. 122 §. 1 D. de V. O. (1855).

\* Cod. 4. 30 de non numerata pecunia. — Aus der Literatur ist vor Allem hervorzuheben die gründliche und erschöpfende Bearbeitung von Gneist formelle Verträge S. 1—110, 265—318, 388—405 (1845). S. außerdem, aus der Zeit vor dieser Schrift: Pfeiffer vermischte Aufsätze S. 126—187 (1808) und praktische Ausführungen II S. 146—167 (1828), Unterholzner Arch. f. civ. Pr. VII. 1 (1827), Cropp in Feise u. Cropp jur. Abhandlungen I S. 326 fg. (1827), Sintenis in Sell's Jahrb. I. 6 (1841); aus der Zeit nachher: Heimbach Lehre vom Creditum S. 633—692 (1849), Bähr

tend geschmäfert<sup>1</sup>. Dasselbe beweist nämlich nur dann gegen den Aussteller, wenn dieser zwei Jahre<sup>2</sup> hat verstreichen lassen, ohne mit der Behauptung aufzutreten, daß das Bekennniß unwahr sei, und er das Darlehn in Wirklichkeit nicht empfangen habe<sup>3</sup>. Während dieser Zeit muß der Gläubiger, wenn er das Darlehn zurückfordert, und der Aussteller der Urkunde den Empfang leugnet<sup>4</sup>,

Anerkennung §. 27. 62 und Anhang S. 291 fg. (1855), Jahrb. f. Dogm. II S. 333—349 (1858), Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten 2. Abth. S. 180 fg. (1858), S. Witte Verjährungsfragen S. 193—253 (1859), v. Caspius Novation und Delegation S. 314—336 (1864). Ausführlichere Literaturangaben bei Gneist und Schlesinger. — Unterholzner II S. 70—78, Sintenis II S. 264—272 und III §. 133 Note 36, Brinz S. 426—429.

<sup>1</sup> Auf Grund der nahe liegenden Betrachtung, daß das Empfangsbekennniß häufig aus der Hand gegeben wird, bevor das Darlehn wirklich gezahlt ist. Vgl. l. 3 C. de dota. cauta 5. 15. — Diese Schwärzung der Beweiskraft schriftlicher Empfangsbekennnisse wird in den Pandekten nicht erwähnt; im Jahr 198 galt sie, wie aus der interpolierten („assoris“, vgl. l. 1 C. si pign. conv. 8. 33) l. 1 C. h. t. hervorgeht, noch nicht. Dagegen wird sie in Constitutionen von Caracalla als geltend vorausgesetzt, s. namentlich l. 4 C. h. t. Mit vollkommener Sicherheit freilich läßt sie sich erst in einer Constitution von Alexander Severus, der l. 8 C. h. t., nachweisen. Ihre Quelle sind ohne Zweifel kaiserliche Rescripte, durch welche sie jedoch weniger eingeführt, als anerkannt und normirt wurde. Vgl. Gneist S. 265—285, Witte S. 197—201, 225—228.

<sup>2</sup> Zwei Jahre gemäß der Vorschrift Justinian's; vor ihm waren es fünf Jahre. L. 14 C. h. t.; vgl. tit. 1. de lit. obl. 3. 22, §. 2 l. de exc. 4. 13. Ursprünglich (bis Diocletian) war die Frist eine einjährige. Cod. Hermog. tit. 1 (ed. Haenel p. 65). Gneist S. 15; s. jedoch auch Bähr S. 312, dazu Schlesinger S. 235. — Während der Minderjährigkeit des Ausstellers läuft die Frist nicht. L. 5 C. in quib. caus. i. i. r. 2. 41; vgl. l. 14 pr. i. l. C. h. t.

<sup>3</sup> Diese Behauptung heißt *querela non numeratae pecuniae*; der Aussteller, indem er sie ausstellt, *queritur de non numerata pecunia*. Vgl. Gneist S. 63—69.

<sup>4</sup> Durch die *exceptio non numeratae pecuniae*, welche die eine mögliche Form der *querela non numeratae pecuniae* ist (vgl. l. 9 l. 14 pr. §. 4 C. h. t., tit. 1. de lit. obl. 3. 22). Wie aber erklärt sich der Ausdruck *exceptio*, da ja der Beklagte in dem Leugnen des Empfanges den Klagegrund bestrittet? Das römische Recht denkt sich die *exceptio non numeratae pecuniae* ursprünglich ausschließlich und auch später vorzugsweise als gerichtet gegen eine Urkunde, in welcher nicht bloß der Empfang des Darlehens, sondern auch eine Stipulation auf Rückgabe desselbenzeugt war; es lag nahe, den Namen auch auf den Winbisch eid, Pandekten. II. Bd. II. 1861. 3

zu anderen Beweismitteln greifen<sup>5</sup>. Ebenso muß er zu anderen Beweismitteln greifen, wenn der Aussteller auf Grund der Behauptung, daß er das Darlehn nicht empfangen habe, die Urkunde zurückfordert<sup>6</sup>. Der Aussteller kann sich aber auch auf einen einfachen schriftlichen Protest gegen die Urkunde beschränken; dadurch schließt er die Beweisraft derselben für alle Zeit aus<sup>7</sup>. Mißbraucht jedoch der Aussteller sein Bestreitungsrecht gegen besseres Wissen, und es gelingt dem Gläubiger, durch andere Beweismittel darzutun, daß das Darlehn wirklich gegeben worden sei, so trifft den Aussteller die Strafe des Doppelten<sup>8</sup>. Macht er von seinem Recht während der gesetzlichen Frist keinen Gebrauch, so beweist nun die Urkunde nicht bloß vollständig gegen ihn, sondern er wird auch nicht mehr zum Gegenbeweise gegen dieselbe zugelassen<sup>9</sup>. — Außer dem Gesagten ist noch Folgendes zu bemerken.

Fall zu übertragen, wo aus einer Urkunde mit Empfangsbekundnis, aber ohne Stipulationsclausel, geklagt wurde (s. namentlich tit. I. de lit. obl. 3. 22, l. 14 C. h. t.). Gneist S. 266 ob., 398 fg., Schlesinger S. 250 fg., Witte S. 217 fg. Für diejenigen, welche einen neueren römischen Literalvertrag annehmen, wie namentlich Croy und Vähr (S. 312 Note 2 a. E.), besteht die hier berührte Schwierigkeit nicht.

<sup>5</sup> L. 1 l. 3 l. 10 l. 14 C. h. t., Nov. 18 c. 8. Vgl. auch Nov. 100.

<sup>6</sup> L. 7 C. h. t., l. 3 C. de post. 2. 6, l. 4 C. de cond. ex lege 4. 9. Gneist S. 67—69.

<sup>7</sup> L. 14 §. 4 C. h. t. „In omni vero tempore, quod memoratae exceptioni taxatum est, si licet, cui talis exceptio competit, vel (= auch) denuntiacionibus scripto missis querelam non numeratae pecuniae manifestare ei, qui numeratae eam vel alias res dedisse instrumento scriptus est . . . eoque modo perpetuam sibi exceptionem officere“. L. 8 C. h. t., l. 5 C. si cert. 4. 2, l. 4 C. de cond. ex lege 4. 9. Der Protest muß an den Gegner gerichtet werden; bei Abwesenheit desselben kann er gerichtlich geschehen, muß aber jedenfalls zur Kunde des Gegners gelangen. L. 14 §. 4 cit. und dazu Auth. *Hanc autem* aus Nov. 100 c. 1.

<sup>8</sup> Nov. 18 c. 8 und daraus Auth. *Contra* zu l. 4 C. h. t. Vielfach wird aber diese Strafe für heutzutage unanwendbar gehalten; s. darüber §. 263 Note 4. Vgl. noch Schlesinger S. 267, Wehll Civilproz. S. 179 (Weide gegen die Anwendbarkeit), Gneist S. 20 (welcher bemerkt, daß die Praxis an Stelle der Privatstrafen meistens arbiträre Strafen eintreten lasse).

<sup>9</sup> L. 8 C. h. t., l. 4 C. de cond. ex lege 4. 9, tit. I. de lit. obl. 3. 22. Vgl. auch l. 14 §. 2 C. h. t., Nov. 100 c. 1 (v. *ubi enim licet in prolixo sic tempore*). Gneist S. 89 fg., 388 fg. U. M. Viele, entweder schon für

1. Nur solche Urkunden unterliegen der Bestreitung, in denen der Empfang im Allgemeinen, nicht solche, in denen er als in einer bestimmten, näher bezeichneten Vergangenheit geschehen bezeugt ist<sup>10</sup>.

2. Das Bestreitungsrecht fällt dadurch weg, daß der Aussteller hinterher die Zahlung als erfolgt anerkennt, was auch stillschweigend durch theilweise Rückzahlung geschehen kann<sup>11</sup>.

3. Der Bestreitung gegenüber kann der Beweis auch darauf gerichtet werden, daß nach Uebereinkunft der Parteien die Urkunde ausgestellt worden sei, obgleich die Zahlung weder erfolgt war, noch auch erwartet wurde. Die Urkunde enthält in diesem Falle einen reinen Vertrag<sup>12</sup>.

4. Die im Vorstehenden entwickelten Grundsätze gelten auch für Empfangsbekundnisse bei darlehmartigen Geschäften, d. h. bei Geschäften, welche wie das Darlehn auf generische Rückgabe einer

das römische Recht, oder mit Vernunft auf eine entgegenstehende heutige Praxis. S. den Bericht bei Gneist S. 97 fg. Die entgegenstehende Praxis ist jedenfalls keine ganz allgemeine. Croy S. 385, Gneist S. 108, Vähr S. 246, Schlesinger S. 328. Vgl. auch noch Sintonis II §. 96 Note 45, Wehll Civilproz. §. 22 Note 35 (von denen der Erste nach Heutigem, der Letzte schon nach römischem Recht den Gegenbeweis ausschließt). Für die Zulässigkeit des Gegenbeweises: Senff. Arch. VIII. 260, XVI. 197.

<sup>10</sup> Nur bei Urkunden der ersten Art ist die in Note 1 bezeichnete Gefahr für den Aussteller vorhanden. Urkunden der zweiten Art unterliegen der Bestreitung eben so wenig, wie diejenigen, in denen irgend eine andere anteedens causa laedendi bezeichnet ist. L. 13 vgl. l. 6 C. h. t. Gneist S. 286 fg., 304 fg. Senff. Arch. X. 254.

<sup>11</sup> L. 4 C. h. t. Vgl. Gneist S. 52 fg., Sintonis Lehrb. a. a. O. Note 42. Senff. Arch. VI. 26, X. 254.

<sup>12</sup> Ein abstractes Leistungsversprechen. Der Aussteller der Urkunde verspricht dadurch 100, daß er sich anheißig macht, sich behandeln zu lassen, als habe er 100 zum Darlehn empfangen; der Bestimmungsgrund zu diesem Versprechen kann jeder beliebige sein (vgl. §. 364 Note 3). — Hierher gehört auch der Fall, wo der Aussteller der Urkunde in derselben auf die *ex. non numeratae pecuniae* verzichtet. Er verspricht dadurch, sich als Darlehnschuldner behandeln zu lassen, auch wenn er kein Darlehn erhalten haben sollte. Die Behauptung, daß der Verzicht nur als eiblicher wirksam sei (s. z. B. Sintonis Lehrb. Note 44), hat keinen Grund, am wenigsten in l. 16 C. h. t. Vgl. Gneist S. 56. 57. Gegen die Wirksamkeit des Verzichtes: Senff. Arch. V. 276, X. 38, XII. 200; Buchta u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Hofstad V S. 277—278.

hingegen Quantität fungibler Sachen gerichtet sind<sup>13</sup>, mit Ausnahme der (uneigentlichen) Hinterlegung<sup>14, 15</sup>

<sup>13</sup> Also z. B. beim uneigentlichen Nießbrauch, der locatio conductio irregularis. So verfaßt ich l. 14 pr. C. h. t.: „In contractibus in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur“, in Verbindung mit l. 5 C. h. t., wo die exc. non numeratae pecunias auf „credita pecunia“ beschränkt wird. S. Aber die verschiedenen Meinungen Gneiss S. 294—304 (welcher selbst nicht über das Darlehn hinausgehen will), Bähr S. 317, Schlesinger S. 257, 258, Witte S. 212.

<sup>14</sup> Nach der ausdrücklichen Bestimmung in l. 14 §. 1 C. h. t.

<sup>15</sup> Das hier dargestellte Rechtsinstitut verdient vom legislatorischen Standpunkt keine Billigung. Es schützt den Gläubiger gegen eine mögliche Ungerechtigkeit dadurch, daß es den Gläubiger der Gefahr einer gleichen Ungerechtigkeit aussetzt. Damit nicht ein gewissenloser Gläubiger den Schuldner zur Rückzahlung eines nicht empfangenen Darlehns nöthigen könne, wird eine Einrichtung getroffen, welche es dem gewissenlosen Schuldner möglich macht, dem Gläubiger ein wirklich empfangenes Darlehn vorzuenthalten. Ist aber nach Lage der Umstände die Gefahr einer Ungerechtigkeit nicht zu vermeiden, so ist es billiger, daß diese Gefahr den treffe, für den kein Beweismittel spricht, als den, welcher mit einem solchen versehen ist. Deshalb hat die quereola non numeratae pecunias in der neueren Particulargesetzgebung keine Gunst erfahren. S. die Citate bei Gneiss S. 110 Note 8 und ein bayerisches Gesetz vom 26. März 1859; HGB. Art. 295. — In der neueren Zeit sind aber auch Versuche gemacht worden, schon das römische Recht gegen die dargestellten Sätze zu schützen, — von Bähr und Schlesinger an den bei \* genannten Orten. Bähr und Schlesinger behaupten übereinstimmend, das Besondere der quereola non numeratae pecunias bestehe nicht darin, daß die Beweislast der Empfangsurkunde während einer gewissen Zeit gemindert sei, sondern darin, daß diese Beweislast nach Ablauf einer gewissen Zeit sich steigere. Im Einzelnen weichen sie von einander ab. Bähr lehrt: durch die Vorschätzung der quereola non numeratae pecunias werde allerdings der Gläubiger zum Beweis genöthigt, aber diesen Beweis führe er eben durch die Urkunde selbst, und dem Schuldner sei nur Gegenbeweis gestattet, — aber nicht mehr gestattet, wenn der Schuldner sich der Urkunde gegenüber zwei Jahre lang ruhig verhalten habe. Nach der Ansicht Schlesinger's geht die quereola non numeratae pecunias nicht sowohl darauf, daß der Aussteller damals, bei Ausstellung der Urkunde, noch nicht empfangen gehabt, als vielmehr darauf, daß er später nicht empfangen habe; der Aussteller müsse also, um sie geltend machen zu können, vorher nachweisen, daß die Urkunde wirklich in Erwartung künftiger Zahlung ausgestellt worden sei; das Recht, zu behaupten, daß dieß geschehen, verliere er aber durch den Ablauf von zwei Jahren, damit jedoch nicht auch zugleich das Recht des Gegenbeweises. — Meiner Ansicht nach scheidet die eine und die andere Auflassung an dem Inhalt unserer Quellen. Wenn auch eine Reihe von Quellenzeugnissen in ihrem Sinn ausgelegt werden können, so ist dieß doch bei anderen offenbar willkürlich oder geradezu unmöglich. S., was die Bähr'sche Auf-

## d. Verbot des Darlehns an Hauskinder\*.

## §. 373.

Hauskindern soll kein Gelddarlehn gegeben werden; wer es dennoch thut, hat kein Rückforderungsrecht<sup>1</sup>.

fassung angeht, namentlich (wenn man auch von der vielgebeuteten l. 13 C. h. t. absehen will) Nov. 18 c. 8, Nov. 100; gegen Schlesinger außer diesen Stellen l. 1 l. 10 und besonders l. 5 C. h. t. Gegen diese neuen Auffassungen haben sich erklärt Gneiss Comm. de causis probationis stipulatoris p. 7, Windscheid krit. VJchr. III S. 109—114, Brinz S. 426—429, Witte S. 228 fg. (hauptsächlich gegen Bähr), Sintonis III §. 133 Note 36 (gegen Schlesinger); für Bähr (Schlesinger?) Wehll Civilproz. S. 143, 177. — Eine besondere Auffassung der exc. non numeratae pecunias für die ältere Zeit (vor Einführung ihrer zeitlichen Beschränkung) vertritt v. Salpius a. a. O. Die Erwähnung der numerata pecunia sei bei der Stipulation inhaltlose Form, deswegen die exc. non numeratae pecunias nichts als exc. doli im weitesten Sinn gewesen, zu deren Begründung der Schuldner vorerst die der Stipulation wirklich zu Grunde liegende causa habe beweisen müssen.

\* Dig. 14. 6 de Senatusconsulto Macedoniano. Cod. 4. 28 ad Senatus-consultum Macedonianum. — Dießel das Senatusconsultum Macedonianum (1856). Glöck XIV S. 302—354; Unterholzner I S. 147—153, Sintonis II S. 512—516.

<sup>1</sup> Dieser Rechtsatz ist durch einen Senatsschluß aus der Regierung K. Vespasian's (Sueton. Vesp. c. 11) eingeführt worden. Das Verhältniß, welches der Senat im Auge hatte, ist ein zu allen Zeiten wiederkehrendes: junge Leute, welche einen leichtsinnigen Lebenswandel führen, machen Schulden auf die väterliche Erbschaft („in mortem parentum“, Tacit. Ann. XI. 18, vgl. die Worte des Senatschlusses „etiam post mortem patris eius“, und „expectata patris morte“), und es finden sich Personen, welche ihnen auf dieselbe („inortis nominibus“, Worte des Senatschlusses), natürlich gegen harte Bedingungen, Geld geben, und dadurch ihrem tabelnswürthigen Wandel Vorshub leisten. Auf diesem Wege war ein gewisser Macebo bis zum Vaternorde gekommen (Theoph. ad §. 7 I. quod cum eo 4. 7, vgl. auch l. 3 §. 3 D. h. t.), und dieß veranlaßte den Senat zu der Bestimmung: — „placere, ne cui, qui alienae familiae mutuum pecuniam dedisset, etiam post mortem patris eius, cuius in potestate fuisset, actio petitoque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo honorarent, nullius posse alienae familiae bonum nomen expectata patris morte fieri“. L. 1 pr. D. h. t., f. auch §. 7 I. cit. — Der Grundgedanke des Dießel'schen Buches ist, daß der Senatsvorschrift nicht der hier bezeichnete „polizeiliche“ oder „criminalpolitische“ Gesichtspunkt zu Grunde liege, sondern ein „rein rechtlicher“, nämlich die Vermögensunfähigkeit der Kinder, und daß jene Vorschrift nicht sowohl den Zweck habe, die Gläubiger vom Darlehngaben abzuhalten, als vielmehr den, die Hauskinder (und ihre Väter) zu schützen. Ich halte sowohl diesen Grundgedanken, als dessen Ausführung im Einzelnen für verfehlt. Allerdings ist die Vermögensunfähigkeit des Hauskinds Voraussetzung der

1. Unter Hauskindern sind zu verstehen Personen unter väterlicher Gewalt<sup>2</sup>, ohne Rücksicht auf Geschlecht<sup>3</sup> und Alter<sup>4</sup>. Auch auf die Lebensstellung des Hauskinds kommt an und für sich nichts an<sup>5</sup>; insofern jedoch das Hauskind kraft der Lebensstellung, welche es einnimmt, das Recht der freien Verfügung über das von ihm Erworbenene hat, wird dem Darlehnsgläubiger bis zum Belange des mit diesem Recht der freien Verfügung Erworbenen ein Rückforderungsrecht nicht versagt<sup>6</sup>.

Senatsvorschrift (f. Note 6); aber nur deswegen, weil gerade dadurch das in mortem patris erodere in seiner vollen Radikalität hervortritt.

<sup>2</sup> Das Wort im weiteren Sinn gefaßt, so daß es auch auf die Gewalt des Großvaters u. c. geht. L. 14 D. l. 6 §. 1 C. h. t., §. 7 I. quod cum eo 4. 7. Adoptivkinder: l. 1 §. 1 D. h. t.

<sup>3</sup> L. 9 §. 2 D. h. t.

<sup>4</sup> Die Vorschrift gilt nicht bloß für Minderjährige, sondern auch für Großjährige. Ja sie ist vorzugsweise auf Großjährige berechnet, da von Darlehen an Minderjährige schon die Furcht vor der Wiedereinziehung in den vorigen Stand abhalten wird.

<sup>5</sup> L. 1 §. 3 D. h. t. „In filiofamilias nihil dignitas facit, quominus SCum Macedonianum locum habeat. Nam etsi consul sit, vel cuiusvis dignitatis, SC locus est“.

<sup>6</sup> Die in der vorigen Note citirte Stelle fährt fort: — „nisi forte castraneo peculium habet, tunc enim SCum cessabit“, und l. 2 eod. fügt hinzu: — „naque ad quantitatem castrensis peculii, cum filiofamilias in castrensi peculio vice patrumfamilias fungantur“. Dazu l. 7 §. 1 C. h. t., wo Justinian vorschreibt, daß jedes von einem Soldaten angenommene Darlehen gültig sei. Jedoch gehen die Meinungen über die richtige Auffassung dieser Stellen und das aus ihnen Herzuführende sehr aneinander, f. die Citate bei Diegel S. 28 fg. 1) Eine sehr verbreitete Ansicht versteht die l. 7 §. 1 C. cit. ihrem Wortlaute nach dahin, daß das von einem Soldaten angenommene Darlehen unbedingt gültig sei, also auch über den Betrag seines castrensischen Peculiums hinaus, und auch dann, wenn er ein solches Peculium gar nicht habe. Der Grund, weshalb ich meinerseits bei dem Wortlaute der Stelle nicht stehen bleiben zu dürfen glaube, liegt in dem Schluß derselben. „In plurimis enim iuris articulis filiofamilias milites non abimiles videntur hominibus, qui sui iuris sunt“, — das ist wahr nur für den castrensischen Erwerb, und erinnert auffallend an l. 2 D. cit., — „et ex praesumptione omnis miles non creditur in aliud quidquam pecuniam accipere vel expendere, nisi in causis castrensis“: — wozu dieß, wenn Justinian sich die Darlehnsfähigkeit des Soldaten ohne alle Verbindung mit seiner castrensischen Erwerbsfähigkeit gedacht hätte? Ich sehe in diesen Worten einen sehr deutlichen Hinweis auf den wirklichen Gedanken Justinian's. So weit der Haussohn erwerbsfähig ist, will er aussprechen, ist derselbe auch darlehnsfähig. Aber muß man, wirkt

2. Verboten sind nur Gelddarlehne, nicht Darlehne von anderen vertretbaren Sachen<sup>7</sup>, und nur solche Darlehne, bei welchen

Justinian sich ein, seine Darlehnsfähigkeit nicht auf den Fall beschränken, wo er ein Darlehn gerade für den ihm möglichen Erwerb aufnimmt? Diese Frage verneint Justinian. 2) Von Manchen wird aus l. 1 §. 3 D. cit. der Satz hergeleitet, daß der Haussohn bis zum Betrage des castrensischen Peculiums, welches er zur Zeit der Belangung habe, auch dann hafte, wenn er zur Zeit der Darlehnsaufnahme noch nicht Soldat gewesen sei. Ich glaube, daß die Worte „nisi habeat castraneo peculium“, wenn man ihren Zusammenhang mit dem Vorhergehenden (namentlich auch §. 2) berücksichtigt, die Beziehung auf eine andere Zeit, als die der Darlehnsaufnahme, nicht zulassen. Von der andern Seite darf man aus denselben nicht, wie Viele thun, den Satz herleiten, daß der Haussohn zur Zeit der Darlehnsaufnahme nicht bloß Soldat gewesen sein, sondern auch ein castrensisches Peculium schon wirklich gehabt haben müsse. Entweder bleiben die genannten Worte bei dem gewöhnlichen Fall stehen, — ohne allen castrensischen Erwerb wird der Soldat laum jemals sein, — oder es ist zu sagen, daß in dieser Beziehung Justinian eine weiter gehende Bestimmung getroffen habe. 3) Das in Betreff des castrensischen Erwerbes Geltende wird von der herrschenden Meinung auch auf das peculium quasi castraneo, von Manchen auch auf das peculium adventicium irregulare ausgedehnt. Meine Auffassung ist diese. Ich finde keine Schwierigkeiten darin, das in den filiofamilias milites Anerkannte auf solche Hausöhne auszu dehnen, welche wie dieser eine sie zum Erwerbe befähigende Lebensstellung einnehmen, also auf den Staats-, Hof- und Kirchendiener und den Advocaten; wer einer solchen Person leiht, leiht ebensovienig wie derjenige, welcher einem Soldaten leiht, bloß in mortem patris. Aber dadurch wird das in mortem patris Leihen nicht ausgeschlossen, daß der Haussohn möglicherweise von dem Landesherrn oder seiner Gemahlin etwas geschenkt erhalten, oder daß möglicherweise einer der außerordentlichen Fälle des pec. adventicium irregulare eintreten kann. 4) Dießel, welcher mit dem zu 1 und 2 Gesagten übereinstimmt, will die Senatsvorschrift nicht bloß in allen Fällen des pec. quasi castraneo und nicht bloß beim pec. adventicium irregulare, sondern auch beim pec. adventicium regulare ausgeschlossen wissen, und kommt so zu dem Resultate, daß sie heutzutage gar nicht mehr anwendbar sei (S. 151. 152 fg.). Aber es liegt auf der Hand, daß die Aussicht auf Befriedigung für den Darlehnsgeber eine gleich unsichere ist, mag der Empfänger erwerbunfähig, oder mag er dispositionsunfähig sein. 5) In dem Urtheil des OAG. zu Wolsenbüttel bei Senff. Arch. XV. 20 wird angenommen, daß, wie der Soldat, so auch der Sachwalter unbedingt darlehnsfähig sei. — Für das heutige Recht kommt übrigens in Betracht, daß mit einer Lebensstellung, welche die factische Möglichkeit eigenen Erwerbes gewährt, von welcher Art sie auch sonst sein mag, regelmäßig auch die Begründung eines eigenen Haushaltes, und damit die Auflösung der väterlichen Gewalt, verbunden sein wird.

<sup>7</sup> L. 7 §. 3 D. h. t. Viel weniger andere Contracte, l. 3 §. 3 eod. L.



das Hauskind wirklich Geld erhält; das Verbot bezieht sich nicht auf solche Fälle, wo dem Hauskind gestattet wird, das, was es schuldig ist, als Darlehn zu behalten<sup>8</sup>.

3. Das Verbot gilt nicht für Darlehne, welche mit Zustimmung des Vaters gegeben werden, mag dieselbe ausdrücklich oder stillschweigend<sup>9</sup>, gleichzeitig vorhergehend oder nachfolgend sein<sup>10</sup>. Das Verbot gilt aber ferner auch nicht für solche Darlehne, welche der Vater, obgleich er ihnen nicht zugestimmt hat, als in seinem Interesse gegeben anerkennen muß<sup>11</sup>.

7 pr. §. 2 l. 13 eod. Vgl. auch l. 3 §. 4—1.6 eod. Ob das Darlehn verbindlich ist oder nicht, ist gleichgültig, l. 7 §. 9 eod.

<sup>8</sup> L. 8 §. 8 D. l. 9 C. h. t.

<sup>9</sup> Ausdrückliche Zustimmung: l. 2 l. 4 l. 5 i. f. l. 7 pr. C. h. t. Vgl. l. 12 l. 14 D. eod. Eine stillschweigende Zustimmung liegt unter Anderem in dem Nichtwiderspruch des Vaters, welcher von dem Darlehn weiß, l. 7 §. 11. 12 (v. si pater ignoravit) vgl. auch l. 16 D. h. t. — vorausgesetzt, daß der Sohn das Darlehn nicht etwa für fremde Rechnung nimmt, z. B. als Institor eines Andern, l. 7 §. 11 cit. — Der Satz, daß die Zustimmung des Vaters das Darlehn gültig mache, wird gewöhnlich als „Ausnahme“ von der Senatsvorschrift dargestellt. Es scheint mir aber auf der Hand zu liegen, daß er sich unmittelbar aus dem Sinn der Senatsvorschrift als Beschränkung ihres zu allgemein gefaßten Wortlautes ergibt. Der Senat wollte verhüten, daß nicht junge Leute durch Darlehne die Mittel zu einem tabelnswürthen Lebenswandel gewannen; durch die Zustimmung des Vaters ist natürlich diese Besorgniß ausgeschlossen. — Das über die Natur dieses Satzes Gesagte gilt in gleicher Weise von den Sätzen zu Note 11 u. 12.

<sup>10</sup> L. 7 pr. C. h. t., l. 7 §. 15 l. 16 D. eod.

<sup>11</sup> In denen eine in rom patria versio liegt. L. 7 §. 12—14 l. 17 D. h. t., l. 2 l. 5 C. h. t., l. 47 i. f. D. de solut. 46. 3, Nov. 115 c. 3 §. 13. Diegel §. 9. 10. Im Einzelnen entscheiden die Grundsätze der actio de in rom versio. Hiernach greift die Senatsvorschrift namentlich auch dann nicht Platz, wenn das Kind Geld aufnimmt, um eigene Bedürfnisse zu befriedigen, welchen der Vater, wenn das Darlehn nicht aufgenommen worden wäre, aus seinen Mitteln abgeholfen haben würde, l. 7 §. 14 l. 2. 5 C. h. t., l. 47 i. f. D. de solut. Unter allen Umständen aber ist erforderlich, daß das Darlehn nicht bloß zum Besten des Vaters gereicht habe, sondern daß es auch zum Besten des Vaters gegeben worden sei, Paul. S. R. II, 9 §. 1. — Ich stelle hierher auch l. 7 §. 14 D. h. t. „Si filiusfamilias accepit mutuum pecuniam, ut eum liberaret, qui ei peteret, exceptiones non summovetur, SCI cessat exceptio“. Ich beziehe diese Stelle auf eine Schuld des Vaters, welche der Sohn für denselben bezahlet. Andere verstehen die Stelle von einer eigenen Schuld des Sohnes, und gründen auf dieselbe entweder eine Ausnahme folgenden Inhalts: wenn das Haus-

4. Die nachtheilige Folge der Uebertretung des Verbotes trifft nicht den Gläubiger, welcher kraft eines entschuldbaren Irrthums das Hauskind für einen selbständigen Menschen gehalten hat<sup>12</sup>.

5. Die nachtheilige Folge der Uebertretung des Verbotes besteht darin, daß der Gläubiger kein Rückforderungsrecht hat; näher: daß seinem an und für sich begründeten Rückforderungsrecht eine Einrede entgegengekehrt werden kann<sup>13</sup>. Diese Einrede steht dem

Kind ein Darlehn aufnimmt, um einen Gläubiger zu befriedigen (Bangerow S. 456 unt., Sintenis S. 516, wie es scheint auch Diegel), oder erweitern sie in Verbindung mit l. 47 §. 1 D. de solut. 46. 3 zu dem Satze, daß die Senatsvorschrift auch dann nicht Platz greife, wenn das Darlehn durch das Bedürfniß, oder durch ein unabweisliches Bedürfniß des Hauskinds gerechtfertigt sei. Es ist dieß nun an und für sich ein sehr anmutender Gedanke, daß der Darlehnsgläubiger sich gegen die Senatsvorschrift auch durch den Nachweis solle schützen dürfen, daß es nicht Zwecke des Leichtsinns und der Ausschweifung seien, zu welchen das Hauskind das Darlehn genommen habe. Aber ich glaube nicht, daß die römische Jurisprudenz in der Beschränkung des Wortlautes der Senatsvorschrift so weit gegangen ist. Es scheint mir, sie hat sich zum Bewußtsein gebracht, wie gefährlich und abschüssig der Boden sei, welchen sie damit betrete, und sie ist einfach bei dem Satze stehen geblieben: dem Hauskind als solchem soll kein Darlehn gegeben werden; erlaubt wird das Darlehn nur dadurch, daß es mit Zustimmung oder zu Zwecken des Vaters gegeben wird. Was aber l. 7 §. 14 cit. speziell angeht, so ist darauf aufmerksam zu machen, daß nach l. 7 §. 12 h. t. die Senatsvorschrift nicht wegfällt („SCI locus erit“), wenn das Hauskind zum Zwecke der Bezahlung einer eigenen Schuld an den Vater borgt; ferner, daß in §. 11 der l. 7 von der voluntas des Vaters die Rede ist, in §. 12 und 13 von der in rom patria versio, in §. 15 von der Ratihabition des Vaters: ist es da nicht wahrscheinlich, daß auch der §. 14 auf den Vater zu beziehen ist? Uebereinstimmend mit dem hier Gelehrten entschied das OAG. zu Dresden bei Seuff. Arch. XI. 229.

<sup>12</sup> L. 3 pr. §. 1 l. 19 D. l. 1. 2 C. h. t., vgl. l. 10 D. de re iud. 42. 1. Wie ist zu entscheiden, wenn das Darlehn von Mehreren als Correalgläubigern oder an Mehrere als Correalschuldner gegeben wird, und der Irrthum ist nur bei Einem, oder nur in Beziehung auf Einen vorhanden? Darüber l. 7 §. 7. 8 D. h. t. Vgl. Diegel S. 26 fg., S. 90. 99, Bangerow S. 456. Diegel steht auch hier unter dem Einfluß seiner unrichtigen Auffassung des Principes der Senatsvorschrift.

<sup>13</sup> Die exceptio SCI Macedoniani. Vgl. Diegel S. 102 fg. Diese Einrede kann auch noch in der Executioninstanz vorgebracht werden. Beyer Vorträge S. 630, Wegell Civilproz. §. 47 Note 123. — Gemüßt der Beweis,

Hauskinder nicht bloß während der Dauer der väterlichen Gewalt, sondern auch nach Auflösung derselben zu<sup>14</sup>; sie steht ferner nicht bloß dem Hauskinde selbst zu, sondern auch dem Vater, wenn dieser wegen des dem Kinde überlassenen Sondergutes in Anspruch genommen wird<sup>15</sup>. Jedoch schließt diese Einrede eine natürliche Verbindlichkeit des Hauskinds nicht aus; über das Maß, in welchem dieselbe rechtliche Anerkennung gefunden hat, s. §. 289 Nr. 6<sup>16</sup>.

daß zur Zeit der Darlehnsaufnahme der Vater noch gelebt habe, oder muß der Beweis auf das Bestehen der väterlichen Gewalt zur Zeit der Darlehnsaufnahme gerichtet werden? S. u. f. Arch. XII. 339 (vgl. XV. 36).

<sup>14</sup> „Eliam post mortem patris“, l. 1 pr. D. h. t.; Paul. S. R. II. 10 §. 1. Gerade auf diese Zeit ist die Einrede berechnet, da vorher dem Gläubiger die Möglichkeit der Befriedigung schon durch die Vermögenslosigkeit des Hauskinds abgeschnitten ist.

<sup>15</sup> L. 6 pr. C. l. 7 §. 10 D. h. t., f. auch l. 9 §. 2 eod. Der actio quod in rem, inactio, exercitoria, de in rem verso haften der Vater, weil in den Fällen derselben das Verbot der Senatsvorschrift gar nicht Platz greift (Nr. 3). — Mit den genannten Stellen stehen nicht in Widerspruch l. 18 D. h. t., vgl. l. 11. 12 D. de fidei. 46. 1, l. 12 §. 13 D. mand. 17. 1, l. 3 §. 4 l. f. D. de min. 4. 4, l. 1 C. de no. fil. pro patre 4. 13. Zwar wird in diesen Stellen die Möglichkeit einer actio de peculio gegen den Vater aus Geldbarkeiten des Sohnes anerkannt; aber diese actio de peculio geht nur auf die Befriedigung. Es ist bekannt, daß actio de peculio und de in rem verso una actio sind mit doppelter Condemnation; ihr vollständiger Name ist: actio de peculio deque eo quod in rem domini etc. versum est, und diese vollständige Bezeichnung findet sich auch wirklich in l. 12 §. 13 cit. Die anderen Stellen drücken sich in der Kürze ungenauer aus. Uebrigens konnte auch mit der actio de peculio als solcher das in rem versum eingefordert werden, vgl. z. B. l. 19 D. de in rem verso 16. 3. Anders erklärt die genannten Stellen Diezel S. 69 fg.

<sup>16</sup> Im Einzelnen bemerke man: die natürliche Verbindlichkeit des Hauskinds zeigt sich namentlich auch darin wirksam, daß es das Gezahlte nicht zurückfordern kann (§. 289 Note 18). Zahlt es aber, während es noch Hauskind ist, so zahlt es fremdes Geld, Geld, welches im Eigenthum des Vaters steht; hat nicht wenigstens der Vater ein Rückforderungsrecht? Gewiß eine vindication, wenn die Geldstücke noch vorhanden sind; aber auch ein obligatorisches Rückforderungsrecht, wenn der Gläubiger dieselben verbraucht hat? Gäßen wir diese Frage aus allgemeinen Grundfäßen zu beantworten, so würden wir über die zu gebende Antwort keinen Augenblick zweifelhaft sein: wir würden sagen, dem Vater stehe ein Rückforderungsrecht nicht zu, wenn der Gläubiger das Geld reblicher Weise verbraucht habe; denn dann sei der Gläubiger zwar um den Werth des Geldes reicher geworden, zugleich aber

6. Die Einrede wird verloren durch Verzicht des Hauskinds, nachdem es selbständig geworden ist, d. h. durch einen mit dem Gläubiger abgeschlossenen Vertrag, durch welchen das gewesene Hauskind sich verpflichtet, von der Einrede keinen Gebrauch zu machen. Eine nicht vertragmäßige Anerkennung genügt nicht<sup>17</sup>.

auch um sein Forderungsrecht ärmer (§. 342 Note 3). Dagegen hatte der Gläubiger dem Vater allerdings, wenn er das Geld unrechtlicher Weise verbraucht habe, mit rei vindicatio und actio ad exhibendum (als factus possessor), condictio sine causa und furtiva. Wenn wir nun finden, daß von zwei Quellenstellen, beide von demselben Verfasser, die eine dem Vater eine condictio zuspricht (l. 9 §. 1 D. h. t.), die andere sie ihm abspricht (l. 14 D. de R. C. 12. 1), so ist doch gewiß das Natürlichste, dieß aus der so eben entwickelten Unterscheidung zu erklären. Dem stehen auch die Worte „ex omni eventu“ in der ersten Stelle entgegen; dieselben wollen nicht sagen, daß der Vater die Condictio unter allen Umständen habe, sondern daß der Vater, wenn nicht die vindicatio, „jedemfalls“ die Condictio habe. Diese Vereinigung der beiden Stellen ist denn auch schon vielfach geltend gemacht worden (Wald XIV S. 318, Unterholzner I S. 149 Note n, Witte Versicherungsklagen S. 299). Andere glauben, daß in der l. 14 cit. nur die condictio ex mutuo, nicht die condictio sine causa abgesprochen werde (Sintenis II S. 108 Num. 43); noch andere halten den Widerspruch für unlosbar (Diezel S. 122 fg., Brinz S. 304, Voigt cond. ob causam S. 752–754). Puchta Vorh. zu §. 306 ist in der Sache der hier vertretenen Meinung, will aber in l. 9 §. 1 cit. „condictionem“ in „vindicationem“ abändern. Auch Schwaneert Naturalobl. S. 192 fg. feht in dieser Aenderung das einzige Hilfsmittel, lehrt aber in der Sache, daß der Vater unter keinen Umständen ein obligatorisches Rückforderungsrecht habe.

<sup>17</sup> Anders die herrschende Meinung. Es kommt hier auf folgende Stellen an. a) L. 9 pr. D. h. t. In dieser Stelle wird mit deutlichen Worten gesagt, daß Verpfändung für die Schuld die exc. SC<sup>um</sup> nur soweit anschließe, wie das Pfand reiche. (S. übrigens auch Dernburg Pfandrecht I S. 548). b) Es ist nicht abzusehen, weshalb theilweise Zahlung eine weiter gehende Wirkung haben sollte, als theilweise Verpfändung; daher ist l. 7 §. ult. D. h. t. („Si paterfamilias factus solvarit partem debiti, cessabit SC<sup>um</sup>, nec solum ropotore potest“) davon zu verstehen, daß das SC<sup>um</sup> eben für das Gezahlte wegfallt, und in l. 9 pr. cit. statt „sed“ zu lesen „sed et“. Diese Erklärung wird auch von Solchen vertreten, welche sonst die Anerkennung schlechthin als Grund des Ausschusses der Einrede zulassen, vgl. den Bericht bei Diezel S. 132, Bangerow S. 455. c) L. 2 C. h. t. „Zenodorus si... suae potestatis constitutus novationis facta suam obligavit, vel aliam agnovit debitum, non esse locum decreto amplissimi ordinis rationis est“. Es ist nicht notwendig, unter der hier genannten Anerkennung eine andere Anerkennung zu verstehen, als eine solche, wie sie auch in der Novation liegt, d. h. Abschluß eines Rechtsgeschäftes, durch welche die Schuld als gültig

Verzicht während der Dauer der väterlichen Gewalt ist unverbindlich<sup>18</sup>. — Die Einrede gilt ferner nicht gegenüber dem Recht auf Wiedererlangung in den vorigen Stand<sup>19</sup>.

## 2. Die Leihe\*.

### a. Das Leihen im engeren Sinn\*\*.

#### a. Begriff.

#### §. 374.

Eine Sache leihen heißt: Jemandem eine Sache hingeben mit Einräumung der Befugniß, sie in gewisser Weise, und zwar un-

behandelt wird, also Verpfändung, Erfüllungsverprechen, Bürgschaftsbestellung. Diele Rechtsgeschäfte, soll gesagt werden, sind gültig (wegen der zu Grunde liegenden natürlichen Verbindlichkeit); es soll nicht gesagt werden, daß sie auch über sich selbst hinaus wirken, und auch denjenigen Theil der Schuld einfordern machen, welcher durch sie nicht gedeckt wird. Vgl. für diesen Sinn von *agnoscere* l. 64 D. de cond. ind. 12. 6. — Buchka u. Bubbe Entscheidungen des OAG. zu Hofod V S. 275—277.

<sup>18</sup> So wird allgemein gelehrt, und unabweisbar richtig für den Fall, wo der Verzicht sogleich bei der Darlehnsaufnahme ausgesprochen wird. Wollte man einen solchen Verzicht zulassen, so würde man damit gegen die Absicht des Senatschlusses verstoßen; Schuldner von der Art, wie der Senat sie im Sinne hat, werden, um ein Darlehn zu erlangen, sofort zu einem Verzichtes bereit sein. Dagegen ist nicht unzweifelhaft die Unverbindlichkeit des Verzichtes, welcher nach der Darlehnsaufnahme ausgesprochen wird. Wenn das Hauskind dem Gläubiger schenkungsweise direct 100 versprochen wolle, so wäre das Versprechen unbedingt gültig: warum sollte es ungültig sein, wenn das Hauskind dem Gläubiger verspricht, gegen seine Darlehnsforderung von 100 eine ihm zustehende Einrede nicht geltend machen zu wollen? Doch wird man auch in Beziehung auf diesen Verzicht bei der herrschenden Meinung stehen bleiben müssen wegen l. 2 C. h. t. Das *argumentum a contrario* (aus „*saas potestatis factus*“) ist in dieser Stelle bei der Vollständigkeit, womit dieselbe offenbar die Fälle des Wegfalls der *exc. SC* aufzuzählen sich bemüht, kaum abzulehnen. Ist aber selbst das erneute Versprechen des Verschuldeten für das Hauskind unverbindlich, so ist es gewiß der einfache Verzicht auf seine Einrede.

<sup>19</sup> L. 11 §. 7 D. de min. 4. 4.

\* G. E. Schmidt das *commodatum* und *procurium* (1841). Krit. Pandektenrecht I Th. I Bd. 1 S. 385—460 (1837).

\*\* Dig. 13. 6 *commodati vel contra*. Cod. 4. 23 de *commodato*. — Glüd XIII S. 246—474; Unterholzner II S. 552—560, Sintonis II S. 547—551.

entgeltlich, zu gebrauchen<sup>1</sup>, und mit Auferlegung der Verpflichtung, sie nach gemachtem Gebrauch zurückzugeben. Durch die Annahme der geliehenen Sache kommt ein Vertrag zu Stande<sup>2</sup>, der Leihvertrag.

1. Geliehen werden kann Alles, was durch den Gebrauch, zu welchem es hingegeben wird, nicht aufgebraucht wird, mag es gleich im Verkehr gewöhnlich nur als verbrauchbar in Betracht kommen<sup>3</sup>. Geliehen werden kann ferner das Unbewegliche sowohl, wie das Bewegliche<sup>4</sup>. Auch das thut der Gültigkeit des Vertrages keinen Eintrag, daß die geliehene Sache nicht im Eigenthum des Leihenden steht<sup>5</sup>; steht sie dagegen im Eigenthum des Empfängers selbst, so ist der Leihvertrag nur dann gültig, wenn sie als Sache des Empfängers geliehen worden ist<sup>6</sup>, nicht aber, wenn dieser über sein Eigenthum im Irrthum war<sup>7</sup>. Ebenso hört die Verbindlichkeit des Empfängers auf, wenn der Empfänger hinterher das Eigenthum der geliehenen Sache erwirbt<sup>8</sup>.

2. Der Gebrauch, zu welchem die Sache hingegeben wird, kann ein mehr oder minder umfassender sein; er kann im Ver-

<sup>1</sup> Der Hingebende bleibt Eigentümer; ja er behält den juristischen Besitz, §. 374. da der Empfänger in seinem Namen besitzt (I §. 156 Note 3). L. 8. 9 D. h. t., l. 3 §. 20 l. 20 D. de acq. poss. 41. 2.

<sup>2</sup> Der Leihvertrag ist ein Realvertrag. §. 2 I. quib. mod. re 3. 14. „Item is, cui aliqua res utenda datur, i. e. commodatur, re obligatur“. L. 1 §. 3 D. de O. et A. 44. 7.

<sup>3</sup> L. 3 §. 6 l. 4 D. h. t. „Non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat. Saeps enim ad hoc commodatur pecuniae, ut diuis gratia numerationis loco intercedant“. L. 18 §. 1 D. de R. C. 12. 1.

<sup>4</sup> Ob es mit dem Sprachgebrauch des Lebens vereinbar ist, von „Leihen“ eines Grundstücks zu reden, kann bei uns ebenso bezweifelt werden, wie es bei den Römern in Betreff des Ausdrucks „*commodare*“ bezweifelt wurde. Jedenfalls gelten für die Einräumung des Gebrauchs eines Grundstücks dieselben rechtlichen Grundsätze, wie für die Einräumung des Gebrauchs einer beweglichen Sache. L. 1 §. 1 D. h. t., l. 17 pr. D. de praeser. verb. 19. 5. — Leihen unförplicher Sachen? Schmidt a. a. O. S. 117 fg., Sintonis II §. 111 Anm. 1.

<sup>5</sup> L. 15. 16 D. h. t.

<sup>6</sup> Arg. l. 28 D. de acq. poss. 41. 2.

<sup>7</sup> L. 15 D. dep. 16. 3. Vgl. l. 45 pr. D. de R. I. 50. 17.

<sup>8</sup> Vgl. l. 20 §. 3 l. 29 D. de pign. act. 13. 7, l. 9 §. 6 D. loc. 19. 2.

trage ausdrücklich bezeichnet sein, oder sich aus den Umständen als gewollt ergeben<sup>9</sup>.

8. Unentgeltlichkeit des Gebrauchs ist dem Leihvertrage wesentlich. Ist eine Gegenleistung bedungen, so liegt ein Mietvertrag, oder, wenn die Gegenleistung nicht in Geld besteht, ein unbenannter Vertrag vor<sup>10</sup>.

#### B. Verpflichtungen.

### §. 375.

Die Verpflichtungen aus dem Leihvertrage stehen unter keiner Rechtsregel, welche die Entscheidung für jeden einzelnen Fall unmittelbar an die Hand gäbe. Vielmehr hat der Richter den Inhalt der Verpflichtungen der Parteien in jedem einzelnen Fall mit Rücksicht auf die allgemeine und besondere Intention des Geschäftes nach seinem Ermessen zu bestimmen<sup>1</sup>. Die Hauptpunkte sind folgende.

1. Die Hauptverbindlichkeit<sup>2</sup> aus dem Leihvertrage ist die des Empfängers auf Rückgabe der geliehenen Sache<sup>3</sup>. Mit der Sache selbst muß alle Zubehörung zurückgegeben werden, mit welcher sie geliehen worden ist<sup>4</sup>; ebenso was der Empfänger von derselben an Gewinn gezogen hat<sup>5</sup>. Kann der Empfänger die

<sup>9</sup> Vgl. L. 8 §. 12 l. 5 §. 7. 8 l. 10 pr. D. h. t., l. 76 pr. D. de furt. 47. 2, §. 7 l. de obl. quas ex del. 4. 1. Kriß Samml. von Rechtsfällen I S. 189 fg., Pandektenrecht Th. 1 Bb. 2 S. 387 fg. Dagegen Schmidt a. a. O. S. 157—181, welcher auszuführen sucht, daß Bestimmtheit des Gebrauchs zum Wesen des Commodats gehöre. S. darüber Bangerow III S. 681, Sintonis II S. 547 Anm. 1 a. G.

<sup>10</sup> §. 2 i. f. I. quib. mod. re 3. 14, l. 5 §. 12 D. h. t., l. 17 §. 3 D. de praesor. verb. 19. 5.

<sup>1</sup> Der römische Ausdruck dieses Satzes ist, daß die actio commodati eine actio bonae fidei ist, §. 28 l. de act. 4. 6. Vgl. I §. 46 Note 4.

<sup>2</sup> Actio commodati directa.

<sup>3</sup> L. 2 pr. D. de R. C. 12. 1. „Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus; alioquin commodatum est aut depositum“. — Im Zweifel wird als Wille der Parteien anzunehmen sein, daß der Empfänger die Sache zurückbringen müsse. S. §. 282 Note 3.

<sup>4</sup> L. 5 §. 9. 13 D. h. t., l. 14 §. 15 D. de furt. 47. 2.

<sup>5</sup> L. 38 §. 10 D. de usur. 22. 1, l. 14 §. 15 D. de furt. 47. 2. Ueber l. 22 pr. — §. 3 C. h. t. (vgl. §. 327 Note 12) s. Uebering Abhandlungen S. 48—50, Rommensen Erörterungen I S. 93. 94.

geliehene Sache nicht zurückgeben, oder kann er sie nicht in unbeschädigtem Zustand zurückgeben<sup>6</sup>, so haftet er auf Schadensersatz nicht bloß, wenn diese Unmöglichkeit in seiner Arglist, sondern auch, wenn sie in seiner Nachlässigkeit<sup>7</sup> ihren Grund hat<sup>8</sup>, es müßte denn ausnahmsweise der Vertrag nicht in seinem, sondern in des Leihenden Interesse abgeschlossen worden sein<sup>9</sup>. Für Zufall haftet der Empfänger nur, wenn es ausgemacht worden ist<sup>10</sup>. — Was die Zeit der Rückgabe angeht, so ist der Empfänger weder verpflichtet, die Sache vor der im Vertrage festgesetzten Zeit, noch auch, wenn eine Zeit nicht festgesetzt worden ist, vor gemachtem Gebrauch zurückzugeben<sup>11</sup>. Anders nur a) wenn er

<sup>6</sup> L. 3 §. 1 D. h. t. „Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita, quae deterior facta redditur, nisi quod interest praestetur; proprie enim dicitur res non reddita quae deterior redditur“.

<sup>7</sup> Gewöhnliche, unqualifizierte Nachlässigkeit, levis culpa (§. 265 Note 4).

<sup>8</sup> L. 5 §. 2. 15 l. 10 pr. 1. 18 pr. D. h. t., l. 1 §. 4 D. de O. et A. 44. 7, §. 2 l. quib. mod. re 3. 14. Vgl. I. 5 §. 4—7. 9. 13. 14 l. 12 §. 1. 19 l. 20 l. 23 D. h. t.

<sup>9</sup> L. 5 §. 10 D. h. t. — „si sua duntaxat causa commodavit, sponsae forte suas vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scenicis commodavit... L. 10 §. 1 l. 12 pr. eod. Ueber l. 18 pr. l. f. D. h. t. f. Paffe Culpa §. 47, Sintonis II §. 111 Anm. 16, Dernburg Pfandrecht I S. 151.

<sup>10</sup> L. 1 C. h. t., l. 21 §. 1 D. h. t. Dahin gehört auch der Fall, wenn die Sache gegen eine Taxe in dem Sinne hingegeben wird, daß entweder die Sache oder die Taxe zurückgegeben werden müsse. L. 5 §. 3 D. h. t., vgl. L. 7 §. 5 i. f. D. de don. i. v. o. u. 24. 1. Chambon Beiträge S. 15 fg. — Daß der Empfänger bei zufälligem Verlust oder zufälliger Beschädigung auch dann Ersatz geben muß, wenn der Zufall die Sache in Folge eines Gebrauches betroffen hat, den er von der Sache unbefugter Weise und wissend, daß er dazu nicht befugt sei, gemacht hat (l. 5 §. 7 D. h. t., l. 1 §. 4 D. de O. et A. 44. 7, §. 2 l. quib. mod. re 3. 14); ist keine Ausnahme von dem Satz, daß der Empfänger nur für Schuld haftet. Es ist in der That seine Schuld, aus welcher er hier in Anspruch genommen wird, nämlich der wesentlich unrechtmäßige Gebrauch der Sache; nur wird nicht eine directe, sondern eine indirecte Folge dieser Verschuldung gegen ihn geltend gemacht; die Sache würde ohne den unrechtmäßigen Gebrauch von dem Zufall nicht betroffen worden sein. Uebrigens fällt ein wesentlich unrechtmäßiger Gebrauch der Sache auch unter den Begriff der Entwendung (furtum). L. 5 §. 8 D. h. t., §. 6. 7 l. de obl. quas ex del. 4. 1; vgl. l. 16 D. de cond. furt. 13. 1.

<sup>11</sup> L. 5 pr. l. 17 §. 3 D. h. t., c. un. X. de commod. 3. 15. L. 17 §. 3 cit. „Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est, commodare: ita mo-

die Sache mißbraucht<sup>12</sup>; b) wenn der Leihende die Sache selbst bedarf, und für den Empfänger kein unverhältnismäßiger Nachtheil mit der sofortigen Rückgabe verbunden ist<sup>13</sup>.

2. Möglicherweise kann aus dem Leihvertrag auch ein Anspruch zu Gunsten des Empfängers gegen den Leihenden begründet sein, namentlich<sup>14</sup> wegen nothwendiger außergewöhnlicher Verwendungen<sup>15</sup>, ferner wegen des durch die geliehene Sache angerichteten Schadens, wobei der Leihende, wenn nicht ausnahmsweise der Vertrag in seinem Interesse abgeschlossen worden ist, nur für Arglist haftet<sup>16</sup>. Der Empfänger kann seine Gegenansprüche durch Retention der Rückforderung des Leihenden gegenüber (§. 351), oder auch durch besondere Klage geltend machen<sup>17</sup>.

*dam commodati finemque praescribere eius est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, i. e. postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dantem accipientemque; geritur enim negotium invicem; et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficium ac nuda voluntatis fuerat, converti in mutuas praestaciones actionesque civiles.* Beispiele im Verfolg der Stelle. Schmidt a. a. O. S. 184 fg.

<sup>12</sup> Arg. l. 3 C. de loc. 4. 65.

<sup>13</sup> So Unterholzner S. 555, welcher in Note g bemerkt: „Wegen dieser Billigkeitnahme dürfte nicht so fast auf l. 3 C. de loc. 4. 65 Bezug zu nehmen sein (denn es ist schwerlich anzunehmen, daß dort gemeint ist, man dürfe den Mieter ohne allen Ersatz austreiben, wenn man die Wohnung selbst gebraucht), als auf das, was die bona fides, wie man diese beim commodatum zu denken hat, mit sich bringt.“ S. auch Sintonis §. 111 Note 7; aber auch Schmidt S. 185.

<sup>14</sup> S. außerdem l. 17 §. 3 D. h. t., l. 17 §. 5 eod. (vgl. l. 2 D. de cond. sine causa 12. 7), l. 21 pr. eod.

<sup>15</sup> L. 18 §. 2 D. h. t. „Possunt iustae causae intervenire, ex quibus eum eo, qui commodasset, agi deberet, velut de impensis in valetudinem servi factis, quae post fugam requirendi reducendive eius causa factae essent; nam cibarium impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset. Sed et id quod de impensis valetudinibus aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet; modica enim impendia verius est, ut, sicut cibarium, ad eandem pertineant.“ L. 15 §. 2 l. 59 D. de furt. 47. 2, Paul. S. R. II. 4 §. 1.

<sup>16</sup> L. 17 §. 3 l. 18 §. 3 l. 22 D. h. t., l. 61 §. 6 D. de furt. 47. 2.

<sup>17</sup> Actio commodati contraria. L. 18 §. 4 D. h. t., l. 15 §. 2 l. 59 D. de furt. 47. 2.

## b. Das Precarium\*.

### §. 376.

Vom eigentlichen Leihen sind solche Fälle zu unterscheiden, in denen eine Sache zum Gebrauch hingegeben wird, ohne daß der Leihende sich irgendwie binden will, aber auch ohne daß er gemeint ist, seinerseits dem Empfänger eine weiter gehende Verpflichtung aufzuerlegen, als diejenige, welche sich von selbst versteht, nämlich die Verpflichtung zur Rückgabe des Empfangenen. Es sind diese Fälle von Dienstverweisung, von denen die Parteien selbst nicht wollen, daß an sie der strenge juristische Maßstab angelegt werde. An einer Bezeichnung, durch welche ihre Eigenthümlichkeit, und namentlich ihr Gegensatz zum eigentlichen Leihvertrag, hervorgehoben würde, fehlt es der deutschen Sprache<sup>1</sup>; die Römer haben dafür den in der Ueberschrift genannten Ausdruck<sup>2</sup>.

\* Dig. 43. 26 de precario. Cod. 8. 9 de precario et Salviano interdicto. — §. 376. Vom Precarium handelt außer der zum vorigen §. bezeichneten Schrift von O. E. Schmidt: Bulling das Precarium (1846). Unterholzner II S. 564—568, Sintonis II S. 551—556, Vangerow III §. 691 Anm.

<sup>1</sup> Bittvertrag?

<sup>2</sup> Die Römer haben das Precarium ursprünglich gar nicht als Vertrag behandelt. Der Empfänger haftete ursprünglich bei verweigerter Zurückgabe lediglich als Verlezer fremden Besitzes (interdictum de precario, I §. 160 Nr. 2). Diese Seite des Schicks des Hingebenden tritt in unseren Quellen sehr entschieden in den Vordergrund; nur in sehr wenigen Stellen wird die Vertragernatur des Verhältnisses betont. S. Note 3 und vgl. l. 14 D. h. t., l. 14 §. 11 D. de furt. 47. 2. — Das Precarium wird in den Quellen dargestellt als eigentlich berechnet auf unbewegliche Sachen, und als nur später auf bewegliche Sachen ausgebehnt. L. 4 pr. D. h. t. „In rebus etiam mobilibus precarii rogatio constitit.“ Vgl. Isidori orig. V. 25. „Precarium est, dum creditor rogatus permittit, debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere.“ Diese unterstützt wesentlich die von Niebuhr aufgestellte Vermuthung, daß das Precarium ursprünglich das Leihverhältnis zwischen dem Patron und Klienten in Betreff des auf dem ager publicus verliehenen Bauerngutes gewesen sei. Vgl. Savigny Besitz S. 562 fg. Praktische Anwendungen, in denen das Precarium in unseren Quellen erscheint, sind folgende: der Faustpfandgläubiger (ursprünglich der creditor adalarius, Gai. II 60, Isidor. I. e.) gibt einstweilen dem Verpfänder den Besitz und Genuß der verpfändeten Sache zurück, l. 6 §. 4 l. 11 D. h. t.; der Verkäufer überläßt vorläufig, bis zur Bezahlung des Kaufpreises, oder bis es sich Windscheid, Pandekten. II. Bb. II. Abth. 4

Nach dem Gesagten geht die Verpflichtung des Empfängers<sup>3</sup> lediglich auf Rückgabe der Sache; Verweigerung der Rückgabe bis zum Urtheil zieht Verurtheilung auf das Doppelte nach sich<sup>4</sup>. Hat er die Sache nicht mehr, so haftet er für Arglist, weil für Arglist Jedermann, auch abgesehen von allem contractlichen Verhältnis, haftet; aber für Nachlässigkeit steht er nicht ein<sup>5</sup>. Von der anderen Seite muß er die Sache zurückgeben, sobald der Hingebende es verlangt; selbst wenn über die Zeit der Rückgabe eine Bestimmung getroffen worden ist, darf dieß nicht so ausgelegt werden, als habe dadurch dem Empfänger ein irgendwelches Recht zum Behalten eingeräumt werden sollen<sup>6</sup>. Ebenjowenig hat der Empfänger einen Anspruch auf Ersatz von Verwendungen, oder auf Ersatz von Schäden, der ihm etwa durch die hingeebene Sache verursacht worden ist<sup>7</sup>.

entscheidet, ob der Kaufvertrag definitiven Bestand hat, dem Käufer den Besitz und Genuß der Kaufsache, l. 20 D. h. t., l. 13 §. 21 D. de A. E. V. 19. 1, l. 11 §. 12 D. quod vi aut clam 43. 24. — Es ist behauptet worden, daß die römische Unterscheidung zwischen precarium und commodatum lediglich auf historischen Gründen beruhe, und daß ihr daher für das heutige Recht keinerlei Bedeutung mehr zukomme; so namentlich von Krig Sammlung von Rechtsfällen I Nr. 14 und Pandektenrecht I Bd. 2 S. 429 fg. Hauptsächlich gegen diese Ausführungen ist das Buch von G. E. Schmidt (§. 376\*) geschrieben; f. ferner Bangerow S. 638—640 und neuestens Kanda der Besitz nach österr. Recht S. 276 Note 10. Nicht ganz so weit wie Krig geht Prinz S. 87. Ist das im Text Gesagte richtig, so besteht ein Unterschied im Gedanken zwischen precarium und commodatum, welcher für uns gerade so lebendig ist, wie er für die Römer war, obgleich es unter Umständen schwer genug sein mag, in einem gegebenen Fall zu bestimmen, ob die Parteien das eine oder das andere Rechtsverhältnis gemeint haben. Uebertreibung aber ist es, wenn Schmidt a. a. O. S. 100 das Precarium für ein „rein factisches Verhältnis“ erklärt, welches erst durch die gerichtliche Belangung des Empfängers zum Rechtsverhältnis werde.

<sup>3</sup> Actio praescriptis verbis. L. 2 §. 2 l. 19 §. 2 D. h. t., l. 23 D. de R. I. 50. 17, Paul. S. R. V. 6 §. 10.

<sup>4</sup> L. 10 C. unde vi 8. 4, l. 34 C. de loc. 4. 65 (§. 263 Note 10. 15).]

<sup>5</sup> Daß dieß nicht bloß für das interdictum de precario gilt (l. 2 D. h. t.), sondern auch für die Vertragsklage, zeigt l. 23 D. de R. I. 50. 17. „Contractus quidam dolam malum tantum recipiant, quidam et dolum et culpam. Dolam tantum depositum et precarium . . .“

<sup>6</sup> L. 1 pr. §. 2 l. 2 §. 2 l. 15 pr. D. h. t.; l. 12 pr. eod.

<sup>7</sup> Es ist nirgends in unseren Quellen von solchen Gegenansprüchen die Rede.

### 3. Die Hinterlegung\*.

#### a. Regelmäßiger Fall.

##### α. Begriff.

##### §. 377.

Eine Sache hinterlegen (deponiren) heißt: sie einem Andern in Verwahrung geben<sup>1</sup>, ohne daß demselben für den Raum, welchen er zu diesem Ende gewährt, eine Vergeltung versprochen wird. Ist dieses Letztere der Fall, so liegt ein anderes Geschäft vor<sup>2</sup>. Durch die Annahme der hinterlegten Sache kommt der Hinterlegungsvertrag zu Stande<sup>3</sup>.

Die Hinterlegung setzt eine bewegliche Sache voraus<sup>4</sup>; von welcher Art im Uebrigen die hinterlegte Sache sei, ist gleichgültig.

\* Dig. 16. 3 Cod. 4. 34 depositi vel contra. — § 1184 XV S. 137—§. 377. 238; Unterholzner II S. 659—673, Sententis II §. 112. Der Aufsatz von Krieger Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. §. XXII. 8 ist rechtsgeschichtlichen Inhalts.

<sup>1</sup> L. 1 pr. D. h. t. „Depositum est, quod custodiendum alieni datum est“. Das ist aber nicht so zu verstehen, als wenn der Empfänger die Verpflichtung zur Bewahrung der Sache, zu einer besonderen Bewahrungsthatigkeit, übernehme; er gewährt bloß seinen Raum zu dem Ende, damit die Sache in demselben bewahrt sei. L. 1 §. 12 D. h. t. „Quodam rem tibi dedi, ut . . . tu custodires, . . . videndum est, utrum depositi tantum, an et mandati actio sit. Et Pomponius dubitat. Puto tamen, mandati esse actionem; quia plenius fuit mandatum, habens et custodias legem“.

<sup>2</sup> L. 1 §. 8—10 D. h. t.

<sup>3</sup> Der Hinterlegungsvertrag ist ein Realvertrag. L. 1 §. 5 D. de O. et A. 44. 7, §. 3 I. quib. mod. re 3. 14. — Dieß leuchtet für das heutige Recht Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 16 fg.; nach heutigem Recht sei der Hinterlegungsvertrag Consensualvertrag. Unger übersteht, daß in der unendlichen Mehrzahl der Fälle die Parteien eine Verpflichtung des Empfängers nicht vor dem wirklichen Empfange wollen. Einen auf Inverwahrungnehmen gerichteten Vertrag halte auch ich für einen Consensualvertrag, nicht bloß was die Verpflichtung zum Inverwahrungnehmen, sondern auch was die Verpflichtung zur Rückgabe angeht. — Derjenige, bei welchem hinterlegt wird, heißt in den Quellen depositarius (während der Ausbrud commodatarius nicht queckenmäßig ist). Der Ausbrud depositarius wird aber auch zur Bezeichnung des Hinterlegenden gebraucht, l. 7 §. 2. 3 D. h. t.

<sup>4</sup> Dieß folgt aus dem Begriff der Hinterlegung. Man kann eine unbe-

Für den Fall, wo nicht eine eigene Sache des Hinterlegenden, oder eine eigene Sache des Empfängers hinterlegt wird, gilt das Gleiche, wie beim Leihvertrag (§. 374 Nr. 1 a. G.)<sup>5</sup>.

β. Verpflichtungen.

§. 378.

Der Hinterlegungsvertrag steht so wenig, wie der Leihvertrag, unter einer alles Einzelne genau normirenden Rechtsregel; in letzter Linie entscheidet auch hier, auf Grundlage der Intention des Geschäftes, das Ermessen des Richters<sup>1</sup>. Die Hauptpunkte sind folgende.

1. Die Hauptverpflichtung aus dem Hinterlegungsvertrag<sup>2</sup> ist die des Empfängers auf Rückgabe der hinterlegten Sache. Dieser Verpflichtung kann der Empfänger auch durch Verufung auf sein Eigenthumsrecht an der Sache, wenn dasselbe vom Gegner bestritten wird, nicht entgehen; er muß die Sache herausgeben, und sein Eigenthumsrecht in einem besonderen Prozesse geltend machen<sup>3</sup>. Kann er die hinterlegte Sache nicht zurückgeben, oder kann er sie nicht in unbeschädigtem Zustande zurückgeben<sup>4</sup>, so haftet er nur für Arglist, nicht für Nachlässigkeit<sup>5</sup>; es müßte denn ausnahmsweise die Hinterlegung in seinem Interesse ge-

wegliche Sache bewachen; aber man kann ihr nicht zum Zweck des Bewahrtseins seinen Raum gewähren. Vgl. Sintonis a. a. O. Note 8.

<sup>5</sup> L. 1 §. 39 l. 81 §. 1 D. h. t. (vgl. Nov. 88 c. 1); l. 15 cod., l. 45 pr. D. de R. 1. 60. 17.

§. 378. <sup>1</sup> Die actio depositi ist actio bonae fidei, §. 28 l. de act. 4. 6, l. 1 §. 23 D. h. t.

<sup>2</sup> Actio depositi directa.

<sup>3</sup> L. 11 O. h. t. (v. *actiones personales vel in rem*).

<sup>4</sup> L. 1 §. 16 D. h. t. „Si res deposita deterior reddatur, quasi non redita depositi agi potest“.

<sup>5</sup> L. 1 §. 9 l. 82 D. h. t. und öfter das., l. 1 C. cod.; Coll. X. 2 §. 1. 4, 7 §. 6. Unterholzner S. 666: „Dies ist natürlich, da in dem Verhältniß nichts liegt, woraus die Verbindlichkeit zu einer eigentlichen Sorgfalt abgeleitet werden könnte, und auch die Billigkeit nicht verlangt, daß Jemand, der aus einem Geschäft keinen Vortheil zieht, weiter als wegen Gewissenlosigkeit hafte“. L. 5 §. 2 D. commod. 13. 6, l. 17 §. 2 D. de praesec. verb. 19. 5, l. 1 §. 5 D. de O. et A. 44. 7.

sehen sein<sup>6</sup>, oder er müßte sich zur Hinterlegung zugebrängt<sup>7</sup>, oder die Verhaftung für Nachlässigkeit vertragsmäßig übernommen haben<sup>8</sup>. Mit der hinterlegten Sache muß natürlich aller Zubehör, mit dem sie hinterlegt worden ist, zurückgegeben werden<sup>9</sup>; ebenso was sie etwa bei dem Empfänger an Frucht getragen hat<sup>10</sup>. Die Rückgabe muß erfolgen, sobald der Hinterlegende sie verlangt; eine bei dem Vertrage hinzugefügte Zeitbestimmung hat nicht den Sinn, daß der Empfänger die Sache bis zu der bezeichneten Zeit behalten dürfe<sup>11</sup>. Ist die Hinterlegung zur Zeit eines Nothstandes erfolgt<sup>12</sup>, so geht die Verurtheilung auf das Doppelte<sup>13, 14</sup>.

2. Möglicherweise kann auch ein Gegenanspruch des Empfängers gegen den Hinterlegenden begründet sein, namentlich wegen nothwendiger oder sonst dem Hinterlegenden zur Last fallender Verwendungen<sup>15</sup>, ferner wegen des durch die hinterlegte Sache verursachten Schadens, wobei der Hinterlegende nicht bloß für Arglist, sondern auch für Nachlässigkeit einsticht<sup>16</sup>. Diese Gegen-

<sup>6</sup> Vgl. l. 4 pr. D. de R. C. 12. 1. In dem von dieser Stelle behandelten Fall (Hinterlegung einer Selbsumme, damit der Empfänger sie im Fall des Bedürfnisses als Darlehn benutzen könne), soll der Empfänger sogar für Zufall haften.

<sup>7</sup> L. 1 §. 35 D. h. t. Vgl. auch Scuff. Arch. V. 135.

<sup>8</sup> L. 1 §. 6. 35 D. l. 1 C. h. t. Sogar Verhaftung für Zufall kann ohne Verletzung des Wesens des Vertrages vertragsmäßig übernommen werden, l. 7 §. 15 D. de pact. 2. 14. Verhaftung für Zufall, wenn derselbe erst in Folge arglistigen Verhaltens die Sache betroffen hat, versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst (§. 375 Note 10). Vgl. l. 1 §. 25 D. h. t.

<sup>9</sup> Ueber l. 1 §. 5 D. h. t. f. Unterholzner §. 661. a, Sintonis Ann. 18, Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 35. S. auch l. 1 §. 41 D. h. t.

<sup>10</sup> L. 38 §. 10 D. de acur. 22. 1, l. 1 §. 24 l. 28 pr. D. h. t. Auch den Nutzen, welchen der Empfänger durch eigene Benutzung der hinterlegten Sache zieht, muß er herausgeben. L. 28 pr. D. l. 8. 4. C. h. t.

<sup>11</sup> L. 11 i. pr. C. h. t., l. 1 §. 22. 46. 46 D. h. t.

<sup>12</sup> S. g. depositum miserabile.

<sup>13</sup> L. 1 §. 1—4 l. 18 D. h. t., §. 17 l. de act. 4. 6. Vgl. §. 263 Note 9. 15. Vgl. noch Paul. S. R. II. 12 §. 11. „Ex causa depositi lege XII tabb. in duplum actio datur, edicto praetoris in simplicium“.

<sup>14</sup> Inwiefern haftet aus gerichtlicher Hinterlegung der Staat? Scuff. Arch. II 159, III 127.

<sup>15</sup> L. 23 l. 12 pr. D. h. t.

<sup>16</sup> L. 61 §. 5 D. de furt. 47. 2.



ansprüche können aber nur durch Klage<sup>17</sup>, nicht durch Retention geltend gemacht werden<sup>18</sup>.

b. Besondere Fälle.

c. *S. g. depositum irregulare*<sup>19</sup>.

§. 379.

Bei der Hinterlegung vertretbarer Sachen kann ausgemacht werden, daß der Empfänger Eigentümer derselben werden, und nur verpflichtet sein solle, eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückzugeben<sup>1</sup>. In diesem Fall trägt der Empfänger die Gefahr des Hinterlegten, hat dafür aber auch den Vortheil des Gebrauchs, ohne daß jedoch Ausbedingung einer Zinsvergütung für diesen Vortheil ausgeschlossen ist<sup>2</sup>. Von dem Darlehn unterscheidet

<sup>17</sup> *Actio depositi contraria*.

<sup>18</sup> L. 11 O. h. t. Bgl. Coll. X. 2 §. 5 und Unterholzner §. 660. o. *Sintents* Num. 28.

<sup>19</sup> *Neufotel* in *Neufotel* und *Jimmern* römisch-rechtliche Untersuchungen S. 1 fg. (1821). *Schaffrath* praktische Abhandlungen S. 97 fg. (1841). *H. G. J. Schmid* Arch. f. civ. Pr. XXX. 3 (1847). *Heimbach* Lehre vom *Creditum* S. 431 fg. (1849). *Bangerow* III §. 630 Num. (6. Aufl. 1856). *Endemann* Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 58 fg. (1861). S. auch *Brinz* S. 439—441.

<sup>1</sup> Die Neueren sprechen in diesem Fall von einem *depositum irregulare*. — Der bezeichnete Vertrag kann auch stillschweigend abgeschlossen werden. L. 31 D. de leg. 19. 2: — „si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque obsignatam traderet, nec adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecunias solvere“. Bgl. l. 25 §. 1 D. h. t. Ueber l. 24 D. h. t. f. *Bangerow* S. 436—438.

<sup>2</sup> L. 24 l. 26 §. 1 l. 28 D. h. t. Gewöhnlich freilich wird, wo Zinsen ausbedungen sind, der Intention der Parteien nach ein Darlehn, keine Hinterlegung, vorliegen. L. 24 §. 2 D. de rob. auct. iud. 42. 5, l. 7 §. 2 D. h. t. *Senff* Arch. XVI. 211. — Die Behauptung (*Neufotel* S. 11, *Bangerow* S. 432, *Endemann* S. 59), daß der Empfänger auch ohne Versprechen Zinsen zahlen müsse, sobald er das empfangene Geld zu seinem Nutzen verwende, steht in Widerspruch mit l. 24 i. f. und l. 25 §. 2 D. h. t., und wird weder durch das Wesen des Geschäfts gerechtfertigt, eben weil der Empfänger hier die Gefahr übernimmt, noch durch l. 29 §. 1 D. h. t., in welcher Stelle mit Rücksicht auf l. 24 und l. 25 §. 1 *alt.* kein anderer Sinn gefunden werden darf, als der, daß in dem in der Stelle bezeichneten Fall immer noch die *actio depositi* begründet, und daher eine Condemnation auf Zinsen an und für sich zulässig sei. Bgl. Note 5 und 6, und f. auch *Schmid* S. 85 fg.

sich<sup>3</sup> ein solches Geschäft durch die Verschiedenheit seiner Intention<sup>4</sup>, und es steht daher auch im Einzelnen unter dem Recht nicht des Darlehns, sondern des Hinterlegungsvertrages<sup>5</sup>. Wenn ausgemacht wird, daß der Empfänger nach seinem Belieben entweder das Hinterlegte, oder eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückgeben könne, so liegt zunächst eine gewöhnliche Hinterlegung vor, die aber dadurch, daß der Empfänger das Hinterlegte als das Seinige zu behandeln anfängt, zu dem hier beschriebenen Geschäft wird<sup>6, 7</sup>.

<sup>3</sup> Daß zwischen dem *depositum irregulare* und dem Darlehn ein Unterschied bestehe, ist nicht unbestritten. S. *Bangerow* S. 431. *Endemann* S. 61 erklärt es sogar — freilich sehr mit Unrecht — für die gemeine Meinung, „daß beide Geschäfte in allen wesentlichen Punkten der rechtlichen Beurtheilung identisch sind“.

<sup>4</sup> Das Darlehn wird gegeben im Interesse des Empfängers, oder möglicherweise — beim verzinslichen Darlehn — im Interesse beider Parteien; hinterlegt wird im Interesse des Hingebenden.

<sup>5</sup> Für die Römer war von besonderer Wichtigkeit, daß die *actio depositi* als *actio bonae fidei* Beurtheilung auf Zinsen aus formlosem Vertrag und aus Verzug zuließ. L. 24 O. h. t., l. 25 §. 1 l. 26 §. 1 l. 28 l. 29 §. 1 D. h. t. Sodann insamirte die *actio depositi*, l. 1 D. de his qui not. 3. 2. Auch für das heutige Recht noch kommen folgende Punkte in Betracht. a) Der Anspruch aus der Hinterlegung unterliegt nicht der Compensation (§. 360 Note 24). b) Er unterliegt nicht der *exceptio non numeratae pecuniae* (§. 372 Note 14). c) Er genießt ein *Concursprivilegium* (§. 271 Note 11 und 12).

<sup>6</sup> Vorher also trägt der Empfänger nicht die Gefahr des Empfangenen. Mit Unrecht sieht *Brinz* a. a. O. in diesem Fall den eigentlichen Fall des *depositum irregulare*, in dem Nichtübergang der Gefahr auf den Empfänger das eigentlich charakteristische dieses Geschäfts dem Darlehn gegenüber. — Von dem genannten Fall ist wohl zu verstehen l. 24 §. 2 D. de rob. auct. iud. 42. 5; vielleicht auch l. 29 §. 1 D. h. t. („Si ex permisso meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius pecunias praestare mihi cogitur“), obgleich es doch näher liegt, die Erlaubniß, von welcher diese letztere Stelle redet, als später gegebene Erlaubniß aufzufassen. Uebrigens wird diese Stelle sehr verschieden erklärt; f. darüber *Bangerow* S. 435, *Emmerich* Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 117—119. — Die Erlaubniß, von dem deponirten Gelde Gebrauch zu machen, kann auch in der Absicht erteilt werden, um dem Empfänger ein Darlehn zu verschaffen, sowohl sogleich bei der Deponirung (l. 4 pr. l. 10 D. de R. C. 12. 1, l. 1 §. 34 D. h. t.), als hinterher (l. 9 §. 9 D. de R. C. 12. 1, *Paul* S. R. II. 12 §. 9). Im ersten dieser Fälle trägt der Empfänger nach l. 4 pr. *alt.* sogleich die Gefahr.

<sup>7</sup> Zu dem im Vorstehenden Gesagten vgl. noch *Thöl* Handelsr. I §. 111

## A. Sequestration\*.

## §. 380.

Eine besondere Anwendung der Hinterlegung ist ferner die, wo die Hinterlegung von Mehreren zu dem Ende gemacht wird, um die hinterlegte Sache einstweilen der Verfügung Aller zu entziehen<sup>1</sup>; man nennt das Sequestration<sup>2</sup>. Darüber, wann und an wen die Sache zurückzugeben sei, entscheidet die Bestimmung des Vertrages<sup>3</sup>. Im Uebrigen gelten für diesen Fall der Hinterlegung besondere Bestimmungen nicht<sup>4</sup>. Es kann aber sehr wohl sein, daß der Vertrag, durch welchen die Sache dem Dritten übergeben wird, kein Hinterlegungsvertrag ist, sondern ein Auftrags- oder Mietvertrag<sup>5</sup>; die Bezeichnung Sequestration wird auch in diesem Falle gebraucht.

(S. 588 unt.). „Der Kaufmann gibt keine Darlehen, aber er nimmt sie, als Schuldiener. Das Capital heißt dann Depositengeiß, die Rechnung conto a deposito; der Rome ändert aber das gewollte Darlehen nicht“. Dazu in Note\*: „Mit einem Kaufmann, namentlich Banquier, kann auch ein irreguläres Depositum abgeschlossen werden. Im Zweifel, ob das Geschäft ein solches oder ein Darlehen sei, ist das letztere anzunehmen“. Dagegen Endemann S. 64. „Das handelsrechtliche Irregulardepositum ist einfach ein Darlehen, aber ein Darlehen ohne den sonst darin enthaltenen Creditverkauf“.

§. 380. \* Vgl. Ruther Sequestration und Arrest im römischen Recht S. 35 fg. (1856). (Dieses Werk, welches als Vorarbeit zur Darstellung des gemeinrechtlichen Arrestprocesses dienen soll, sagt die Sequestration vorzugsweise in ihrer processualischen Bedeutung ins Auge).

<sup>1</sup> Der Hauptfall ist der, wo Jeder auf die Sache Anspruch erhebt, l. 17 D. h. t., l. 110 D. de V. S. 50. 16, l. 11 §. 2 D. de recept. 4. 8. Aber dieser Fall ist nicht der einzige; z. B. es handelt sich von einer Erbschaftsurkunde bei Mehrheit der Erben, l. 5 D. sam. hors. 10. 2, l. 5 C. comm. utr. ind. 3. 8. S. auch l. 5. 6 C. h. t., l. 22 §. 8 D. sol. matr. 24. 3. Ruther S. 196—222. Seuff. Arch. V. 277, IX. 275. Die nöthige Allgemeinheit hat die Definition in l. 6 D. h. t. „Proprio autem in sequestro est depositum, quod a pluribus certa conditione custodiendum reddendumque traditur“.

<sup>2</sup> Sequester kommt her von socius, wie equester von equus, silvester von silva etc. (vgl. socius = socius), und bedeutet Jemanden, der zur Seite, nicht auf der einen oder der anderen Seite, steht, daher den Unparteiischen (und in weiterer Entwicklung den Mittler, Vermittler, Verschöner, Zwischenhändler, Suppler). Vgl. Ruther S. 3 fg.

<sup>3</sup> L. 6 D. h. t. (Note 1): — „certa conditione“. L. 5. 6 C. h. t.

<sup>4</sup> Vgl. l. 5 l. 12 §. 2 D. h. t.

<sup>5</sup> Vgl. l. 9 §. 3 D. de dolo 4. 3.

Die Sequestration kann freiwillig oder auf Befehl des Richters geschehen. Sie kann auch durch den Richter selbst geschehen\*.

## 4. Die Verpfändung\*.

## a. Begriff.

## §. 381.

Unter Verpfändung ist hier zunächst zu verstehen Hingabe einer Sache zum Faustpfand. Durch die Annahme der Sache von Seiten des Gläubigers kommt zwischen ihm und dem Hingebenden ein Vertrag zu Stande<sup>1</sup>, welcher, wie der Leih- und Hinterlegungsvertrag, beiden Parteien Verbindlichkeiten auferlegt. Dabei ist es gleichgültig, ob durch die Hingabe der Sache ein gültiges Pfandrecht begründet worden ist, oder nicht<sup>2</sup>. Für den Fall, wo eine eigene Sache des Empfängers zu Pfand gegeben worden ist, gilt das Gleiche, wie bei Leihe und Hinterlegung (§. 374 Nr. 1 a. E., §. 377 a. E.)<sup>3</sup>. — In seiner späteren Entwicklung hat aber das römische Recht der Hingabe der Sache zum Faustpfand die Verpfändung durch bloße Veredung gleichgestellt; es läßt aus ihr, so weit die Verhältnisse die gleichen sind, die nämlichen Verpflichtungen entstehen, wie aus dem Faustpfandvertrag<sup>4</sup>. —

<sup>6</sup> Vgl. z. B. l. 5 C. quor. appell. 7. 65.

\* Dig. 13. 7 de pignoratitia actione vel contra. Cod. 4. 24 de pignora-  
ticia actione. — Dernburg das Pfandrecht I §. 16—19 (1860). Stölzel  
Arch. f. civ. Pr. XLV. 11 (1862). A. Schmitz die Grundregeln der Pfand  
§. 12 (1863). Stüd XIV S. 1—177; Unterholzner II S. 849 fg.  
Sintenis I S. 621—624.

<sup>1</sup> Der Pfandvertrag ist ein Realvertrag. L. 1 §. 6 D. de O. et A. 44. 7, §. 4 I. quib. mod. re 3. 14.

<sup>2</sup> Vgl. z. B. l. 9 §. 4 l. 11 §. 2 D. h. t., l. 9 pr. l. 32 D. h. t.

<sup>3</sup> L. 45 pr. de R. I. 50. 17, l. 20 §. 3 l. 29 D. h. t.

<sup>4</sup> Vgl. z. B. l. 7 pr. D. de distr. pign. 20. 5, l. 4. 7 C. h. t. Dern-  
burg S. 140. Scheurl krit. BSchr. IV S. 44 (vgl. Brinz S. 315)  
sucht die Vermittelung dieser Ausdehnung darin, daß auch in der Verpfändung  
durch bloße Veredung eine Leistung an den Schuldner liege, die Verpfändung  
des dinglichen Pfandrechts, weßwegen auch sie Realvertrag sei. Diese Auf-  
fassung würde zu der Consequenz führen, daß die Verpfändung ohne Verpfän-  
dungsübergabe zwischen den Parteien auch nur dann obligatorische Verpflichtungen

Ja auch auf den Fall, wo ein Pfandverhältniß gar nicht durch Vertrag, sondern durch Gesetz oder richterliche Verfügung begründet worden ist, sind die Grundsätze vom Hauptpfandvertrag analogisch angewendet worden<sup>1, 2</sup>.

## b. Verpflichtungen.

### §. 382.

Die Verpflichtungen aus der Verpfändung sind nach der Intention des Geschäfts durch das Ermessen des Richters für jeden einzelnen Fall zu bestimmen<sup>1</sup>. Die Hauptpunkte<sup>1a</sup> sind folgende.

1. Die Hauptverbindlichkeit aus der Verpfändung ist die des Empfängers<sup>2</sup>. Dieselbe geht vor Allem auf Rückgabe der

erzeuge, wenn sie wirklich ein dingliches Pfandrecht begründet. Stölzel a. a. O. nimmt, wie es scheint, keine spätere Entwicklung an, sondern hält es für das ursprüngliche Recht, daß die Verpfändung als solche die *actio pignoratitia* begründet. Aber woher hätte das ältere römische Recht eine *actio* nehmen sollen, da weder Real- noch Consensualvertrag, weder Verbal- noch Literalvertrag vorlag? Schmid a. a. O. (namentlich S. 74 S. 81 fg.) leugnet es ganz, daß der Pfandvertrag jemals für die Römer ausgeübt habe, Realvertrag zu sein.

<sup>1</sup> L. 11 §. 5 D. h. t., l. 34 D. de damno inf. 39. 2, l. 5 § 21 D. ut in poss. leg. 37. 4. In der letzten Stelle ist von einer *utilis actio exemplo pignoratitiae actionis* die Rede, in den beiden ersten von *pignoratitia actio* schlechthin. Dieß letztere erklärt sich daraus, daß in dem Fall, von welchem die genannten Stellen handeln (Pfandrecht des Vermieters an dem Eingekochten), die Verstellung der *causa pignoris conventio* über die Schwierigkeit hinweghelf.

<sup>2</sup> Das im Text bezeichnete Verhältniß macht es schwierig, der Lehre von den obligatorischen Verpflichtungen aus der Verpfändung ihren Platz im System anzuweisen. Will man sie nicht, wie das Dernburg und Sintenis thun, in die Lehre vom dinglichen Pfandrecht stellen, was doch auch sein Mögliches hat, so scheint es mir immer noch am zweckmäßigsten, dieser Lehre ihren hergebrachten Platz unter den Realverträgen zu lassen.

<sup>1</sup> Die *actio pignoratitia* ist *bonae fidei actio*, §. 28 I. de act. 4. 6, l. 6 C. h. t., l. 36 D. de pos. 15. 1.

<sup>1a</sup> Ueber l. 43 pr. D. h. t. f. Unterholzner S. 864 Note a, Dernburg S. 152, Schmid S. 86.

<sup>2</sup> Auf sie geht die *actio pignoratitia directa*.

Pfandsache<sup>3</sup>, nach Tilgung der Schuld<sup>4</sup> oder sonstigen Beendigung des Pfandrechts<sup>5</sup>. Ist die Verpfändung unter einer Bedingung oder Voraussetzung geschehen, so kann die Pfandsache zurückgefordert werden, sobald der Ausfall der Bedingung oder Voraussetzung feststeht<sup>6</sup>. Ist die Verpfändung irrigerweise für eine Nichtschuld gemacht worden, oder ist sie aus einem andern Grunde für den Verpfänder nicht bindend, so kann dieser sofort zurückfordern<sup>7</sup>. — Kann der Gläubiger die Pfandsache nicht zurückgeben oder kann er sie nur in verschlechtertem Zustande zurückgeben, so haftet er für Arglist und Nachlässigkeit, für Zufall nur dann, wenn es ausgemacht worden ist<sup>8</sup>. Hat der Pfandgläubiger von seinem Pfandrechte Gebrauch machend die Pfandsache verkauft, so haftet er nur auf Herausgabe des Ueberschusses<sup>9</sup>; aber auch auf Entschädigung, wenn er durch seine Schuld nicht den höchsten Preis erzielt hat<sup>10</sup>. — Mit der Pfandsache muß der Pfandgläubiger auch den von der Sache gezogenen Gewinn herausgeben<sup>11</sup>; hat er durch seine Schuld von der Pfandsache nicht

<sup>3</sup> Mag die Pfandsache ihm sofort bei der Verpfändung übergeben worden, oder später in seinen Besitz gekommen sein.

<sup>4</sup> L. 9 §. 3 l. 40 §. 2 D. l. 11 C. h. t. Ueber das Retentionsrecht, welches dem Gläubiger für den Fall zusteht, wo er noch andere Forderungen gegen den verpfändenden Schuldner hat, s. l. §. 284 Note 1.

<sup>5</sup> L. 9 §. 3. 5 l. 10 D. h. t. (vgl. l. 6 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6), l. 11 pr. — §. 2 D. h. t. Ueber den Fall des Verzugs des Gläubigers s. §. 346 Note 4.

<sup>6</sup> L. 9 §. 2 D. h. t.

<sup>7</sup> L. 25 D. de pign. 20. 1; vgl. l. 32 §. 1 D. ad SC. Vell. 16. 1. S. auf der anderen Seite l. 9 §. 4 l. 22 §. 2 D. h. t.

<sup>8</sup> §. 4 l. quib. mod. rs 3. 14, l. 13 §. 1 l. 14 D. l. 5—9 C. h. t., l. 9 §. 5 D. de reb. aut. ind. 42. 5, l. 23 D. de R. l. 50. 17, l. 19 C. de pign. 8. 14. In Betreff von l. 18 pr. i. f. D. comm. f. §. 375 Note 9. S. noch l. 15 l. 24 §. 3 l. 30 l. 43 §. 1 D. h. t., l. 34 D. de damno inf. 39. 2, l. 14 §. 16 D. de fart. 47. 2. Jedenfalls muß der Gläubiger herausgeben, was er statt der Pfandsache in Händen hat, §. 264 Note 6. So auch wenn er die Pfandsache nie besessen hat, l. 21 §. 3 D. de pign. 20. 1.

<sup>9</sup> L. 42 l. 6 §. 1 l. 7 l. 24 §. 2 D. h. t., l. 20 C. de distr. pign. 8. 28.

<sup>10</sup> S. I §. 237 Note 12; hinzuzufügen: l. 22 §. 4 D. h. t. l., §. 5 C. de iure dom. imp. 8. 34.

<sup>11</sup> L. 22 §. 2 l. 6 §. 1 D. l. 1 C. h. t. Er kann sich jedoch diesen Gewinn vorher auf seine Forderung anrechnen, und gemäß der Regel (§. 327 Note 7) braucht er überhaupt nur denjenigen Gewinn herauszugeben, welchen

den Gewinn gezogen, welchen sie ihrer Natur nach zu bringen im Stande war, so haftet er auf Ersatz<sup>12</sup>.

2. Möglicherweise kann aus der Verpfändung auch eine Verpflichtung des Verpfänders zu Gunsten des Pfandgläubigers hervorgehen, welche dieser durch besondere Klage<sup>13</sup>, oder auch, so weit die Sachlage es gestattet, retentionsweise (§. 351) geltend machen kann. So ist der Verpfänder namentlich verpflichtet zum Ersatz von Verwendungen, welche der Pfandgläubiger auf die Pfandsache gemacht hat, vorausgesetzt, daß dieselben nothwendig waren, oder sonst im Interesse des Verpfänders lagen<sup>14</sup>; zur Abnahme der Verpflichtungen, welche der Pfandgläubiger im Interesse der Erzielung eines angemessenen Pfandverkaufes übernommen hat<sup>15</sup>; zum Ersatz des Schadens, welchen die Pfandsache in Folge seiner Arglist oder seiner Nachlässigkeit dem Pfandgläubiger verursacht hat<sup>16</sup>; zur Rückgabe der ihn einstweilen zum Besitze überlassenen Pfandsache, oder zur Herausgabe derselben, wenn er nicht von vorne herein in den Besiz gesetzt worden ist<sup>17</sup>; zur Hingabe einer

die zu leistende Sache selbst gewährt, nicht denjenigen, zu welchem sie bloß Veranlassung gegeben hat. So behält er namentlich die Forderungen von dem auf dem verpfändeten Grundstück gefundenen Schatz, l. 63 §. 4 D. de A. R. D. 41. l. L. 21 §. 2 D. de pign. 20. l. erklärt sich aus dem §. 327 Note 5 bezeichneten Gesichtspunkt. S. noch l. 22 pr. i. f. §. 1 D. h. t., l. 74 D. de solut. 46. §. l. 79 D. de fart. 47. 2 (l. 46 D. de R. l. 50. 17). Vgl. Dernburg S. 148 fg. — Gegen die Regel des §. 327 Note 12 muß der Pfandgläubiger den Ertrag der actio furti selbst dann herausgeben oder berechnen, wenn er für das furtum einzustehen hat, l. 22 pr. D. h. t., l. 15 pr. D. de fart. 47. 2. S. darüber Ipering Abhandlungen S. 79. 74, Romansen Erörterungen I S. 95, Dernburg S. 147 fg.

<sup>12</sup> L. 3 C. h. t., l. 2 C. de partu pign. 8. 25. S. aber auch l. 6 §. 1 D. h. t.

<sup>13</sup> Actio pignoratitia contraria.

<sup>14</sup> L. 8 pr. D. l. 7 C. h. t., l. 6 C. de pign. 8. 14, l. 29 l. f. D. fam. her. 10. 2; l. 25 D. h. t.

<sup>15</sup> L. 22 §. 4 D. h. t.

<sup>16</sup> Die Verpflichtung für Nachlässigkeit folgt aus dem Principe, da man nicht sagen kann, daß „nulla utilitas vorator eius qui pignori dedit“ (l. 5 §. 2 D. comm. 13. 6). S. §. 265 Note 12. Ueber l. 61 §. 3 D. de fart. 47. 2 f. Dernburg S. 162 und die daselbst Citirten.

<sup>17</sup> L. 8 l. 22 §. 3 D. h. t. Dernburg S. 163.

anderen Pfandsache, wenn die hingegebene sich untauglich erweist oder nicht die zugesagten Eigenschaften hat<sup>18</sup>.

## 5. Der Erbdelvertrag\*.

### §. 383.

Wenn Jemand einem Andern etwas zum Verkaufe übergibt<sup>1</sup>, so kann das Geschäft, welches vorliegt, ein Auftrag sein<sup>2</sup>, oder ein Miethvertrag<sup>3</sup>, oder ein miethähnlicher Vertrag<sup>4</sup>, oder ein Gesellschaftsvertrag<sup>5</sup>; es kann aber auch sein, daß das Geschäft in keinen dieser Verträge aufgeht. Dieß ist namentlich<sup>6</sup> dann

<sup>18</sup> L. 9 pr. l. 16 §. 1 l. 32 D. h. t., l. 6 C. si aliena res 8. 16, l. 1 §. 2 D. h. t., l. 54 D. de fidei. 46. 1.

\* Dig. 19. 3 de aestimatoria. — Chambon Beiträge zum Obligationen- s. 383. recht I S. 1—110 (1851). Pring kritische Blätter Nr. 1 (1852). S. 18 d. XIX S. 61—75; Unterholzner II S. 488, Sententis II S. 117.

<sup>1</sup> — „cum res vendenda . . datur“, l. 1 pr. D. h. t.

<sup>2</sup> Wenn der Verkauf im Interesse des Hingebenden geschehen soll, und der Empfänger für seine Bemühung nicht bezahlt wird. L. 1 pr. D. h. t. — „an mandati“? Hierher gehört auch die kaufmännische Verkaufscommission (Provision = Honorar). Vgl. Senff. Arch. XI. 144.

<sup>3</sup> Wenn eine Bezahlung für die Dienstleistung des Empfängers verabredet wird. Dabei ist noch der Unterschied möglich, daß als dasjenige, wofür der Empfänger die Bezahlung empfangen soll, entweder die Dienstleistung als solche gedacht wird (locatio conductio operarum), oder der zu Stande gebrachte Verkauf (locatio conductio operis). L. 1 pr. h. t.: — „an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor? an ex conducto, quasi operas conduxissem“? — Ein Miethvertrag ist deswegen nicht weniger vorhanden, weil die Höhe der Bezahlung von dem Betrage des zu erzielenden Kaufpreises abhängig gemacht wird; nicht einmal das schadet, daß von der Höhe des zu erzielenden Kaufpreises abhängig gemacht wird, ob überhaupt eine Bezahlung erfolgen soll (§. 399 a. C.). Deswegen wird auch dadurch ein Miethvertrag nicht ausgeschlossen, daß ausgemacht wird, daß der Empfänger behalten dürfte, was er über einen bezeichneten Betrag hinaus für die Sache erzielen werde.

<sup>4</sup> Wenn die Gegenleistung des Hingebenden nicht in Geld besteht.

<sup>5</sup> Der Eine schießt die Sache ein, der Andere seine Bemühung. L. 44 D. pro soc. 17. 2. „Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si plura, quod excedit, tu haberes, mihi videretur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si mihi, praescriptis verbis“. Vgl. l. 13 D. de praeser. verb. 19. 5.

<sup>6</sup> S. außerdem l. 11 pr. D. de R. C. 12. 1. Es gibt Jemand einem Andern eine Sache, um sie zu verkaufen und den Kaufpreis als Darlehn zu

der Fall, wenn die Sache unter Fixirung eines bestimmten Preises mit der Bestimmung hingegeben wird, daß der Empfänger unter allen Umständen frei sein solle, wenn er diesen Preis zurückgebe<sup>6</sup>. In diesem Falle spricht man von einem Trödelvertrag<sup>7</sup>. Die Verpflichtungen aus dem Trödelvertrag stehen unter freiem richterlichem Ermessen<sup>8</sup>. Vor Allem ist der Empfänger verpflichtet, entweder die Sache zurückzugeben, oder den bedungenen Preis<sup>9</sup>; jedoch ist er in dem Falle, wo das Geschäft nicht in seinem Interesse abgeschlossen worden ist, von aller Verpflichtung frei, wenn ihm die Rückgabe der Sache ohne seine Schuld unmöglich geworden ist, wobei er aber für alle Nachlässigkeit einsteht<sup>10</sup>. Ob der Empfänger verpflichtet ist, sich um einen günstigen Verkauf zu bemühen, und Schadensersatz zu leisten, wenn er in dieser Beziehung etwas versieht, hängt von dem Sinn des Geschäfts ab; im Zweifel wird allerdings anzunehmen sein, daß die Parteien diese Verpflichtung gewollt haben, es müßte denn

behalten. Der Vertrag ist nicht Auftrag, weil der Empfänger nur das Recht zum Verkauf erhalten, nicht zum Verkauf verpflichtet werden soll.

<sup>6</sup> In diesem Falle braucht der Empfänger gar nicht zu verkaufen; er kann die Sache sogleich für sich behalten. Dieß hat l. 1 pr. D. h. t. im Auge, wenn sie fragt: „*utrum ex vendito sit actio propter aestimationem*“?

<sup>7</sup> *S. g. contractus aestimatorius*. Die Quellen sprechen nur von *actio aestimatoria*. Sie ist *actio praescriptis verbis*. Ueber den Gegensatz dieses Vertrages zu anderen Verträgen vgl. zu dem im Vorhergehenden Gesagten: Chambon S. 9 fg. S. 82 fg., Brinz S. 1 fg., Sintonis Ann. 3. Ob Real- oder Consensualvertrag? Brinz S. 18 fg., Chambon S. 42 fg., Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 18 fg.

<sup>8</sup> Die *actio aestimatoria* ist *actio bonae fidei*. L. 1 pr. h. t., §. 28 I. de act. 4. 6.

<sup>9</sup> Ist eine Frist bestimmt, binnen welcher die Sache zurückgegeben werden soll, so darf der Empfänger nach Ablauf derselben nur noch den Preis leisten. Scussf. Arch. XI. 144.

<sup>10</sup> L. 1 §. 1 h. t. sagt schlechtthin: „*Aestimatio autem periculum facit eius, qui suscipit; aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit*“. Dagegen l. 17 §. 1 D. de praeser. verb. 19. 5: — „*si quidem ego te venditor (vgl. Huschte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. §. IV S. 286) rogavi, meum esse periculum; si tu me, tuum; si neuter nostrum, eod duntaxat consensimus, tenori te haecenas, ut dolum et culpam mihi praestes*“. Uebereinstimmend Paul. S. R. II. 4 §. 4; vgl. auch l. 11 pr. l. 4 pr. D. de R. C. 12. 1. Ueber die verschiedenen Meinungen f. Chambon S. 57 fg., Brinz S. 87 fg., Mommsen Beiträge I S. 280, 281, Sintonis S. 643.

die Hingabe zum Verkauf lediglich im Interesse des Empfängers geschehen sein<sup>11</sup>. Sofortiger Eigenthumsübergang auf den Empfänger darf im Zweifel nicht als gewollt angenommen werden<sup>12</sup>. Daß neben dem Vortheil, welchen der Empfänger durch Verkauf um höheren Preis zu erzielen hofft, noch ein besonderer Lohn festgesetzt ist, welchen er jedenfalls erhalten soll, ändert an der Natur des Geschäfts nichts<sup>13</sup>.

## 6. Uebnahme von Sachen durch Schiffer, Gast- und Stallwirth.\*

§. 384.

Schiffer<sup>1</sup>, Gast- und Stallwirth<sup>2</sup> haften für die Sachen, welche sie in Ausübung ihres Gewerbes<sup>3</sup> bei sich aufnehmen<sup>4</sup>,

<sup>11</sup> Vgl. Brinz S. 9.

<sup>12</sup> Vgl. l. 5 §. 18 D. de trib. act. 14. 4. Chambon S. 68 fg., Brinz S. 34 fg., Leiß Mancipation und Eigenthumsrestitution S. 239—254. Vgl. auch Wolff Arch. f. pract. RW. R. §. II. 13.

<sup>13</sup> L. 2 D. h. t. „*haec actio utilis est et si mercos intervenit*“. Vgl. Brinz S. 6 fg.

\* *S. g. receptum nautae cauponis stabularii*. Dig. 4. 9 nautae cauponis s. 384.

stabularii ut recepta restituant. — C. F. Müller über die de recepto actio und deren analoge Ausdehnung auf die Postanstalten S. 1—38 (2. Aufl. 1857). Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. III. 3. 6 (1860). Garber Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. §. XVIII. 14 (1861). Gluck VI S. 106—144; Unterholzner II §. 694, 695, Sintonis II §. 120, Goldschmidt III §. 302.

<sup>1</sup> Unter „Schiffer“ wird hier derjenige verstanden, welcher für eigene Rechnung mit einem Schiffe die Frachtschiffahrt betreibt. L. 1 §. 2 h. t. „*Nautam accipere debemus eum qui navem exorot*“. L. 1 §. 15 D. de exere. 14. 1. „*Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et redditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit, sive a domino navem per aversionem conduxit, vel ad tempus vel in perpetuum*“. Auch Flotsschiffer gehören hierher, l. 1 §. 4 D. h. t. (Ueber die Intrarii dieser Stelle f. Brissonius s. v. Intrarii).

<sup>2</sup> L. 1 §. 5 l. 5 pr. h. t. Vgl. Garber S. 227.

<sup>3</sup> L. 3 §. 2 h. t. Scussf. Arch. XVII. 42, vgl. II. 296. Vgl. übrigens Knabe zu Goldschmidt a. a. D. Nr. 1<sup>a</sup>.

<sup>4</sup> L. 1 pr. h. t. „*NAUTAE CAUPONES STABULARII QUOD CUIUSQUE SALVUM FORE RECEPERINT NISI RESTITUANT, IN EOS IUDICIUM DABO*“. Das „*salvum fore recipere*“ hat vielleicht ursprünglich eine ausdrückliche Garantienahme bezeichnet, ist aber jedenfalls später von einfacher factischer Uebnahme verstanden

mit besonderer Strenge<sup>6</sup>. Sie stehen nämlich nicht bloß für Nachlässigkeit ein, sondern außerdem für jeden Verlust und jede Beschädigung, welche durch eine specielle Beaufsichtigung der Sachen hätten vermieden werden können; unterlassen sie dieselbe, so thun sie das auf eigene Gefahr<sup>6</sup>. Im Uebrigen kann der mit

worden. L. 1 §. 6. 8 D. h. t. Goldschmidt S. 97 fg. Spezielle Ueberweisung an den Schiffer u. ist nicht erforderlich; es genügt, daß die Sachen mit Wissen des Schiffers u. oder der zu seiner Vertretung Befugten in das Schiff u. gebracht worden seien. L. 1 §. 8 §. 2. 3. 6 h. t. Vgl. übrigens Senff. Arch. VII 40, ferner Sintenis Ann. 8 und Text dazu. Von der andern Seite ist, wenn eine specielle Ueberweisung stattgefunden hat, nicht erforderlich, daß die Sachen in den betreffenden Raum eingebracht worden seien, L. 3 pr. h. t. Senff. Arch. I. 167. — Mehrfach wird behauptet, daß die strengere Haftung des Schiffers sich bloß auf die von einem mitreisenden Frachtpaß eingebrachten Sachen beziehe, nicht aber auf Waaren, welche allein verschickt werden, so noch zuletzt von Harber S. 222 fg., Senff. Arch. XIII. 251; dagegen Müller S. 10, Goldschmidt S. 62. Weder die Fassung des praetorischen Edicts (s. ob.), noch die demselben von der römischen Jurisprudenz gegebene Interpretation schließt den letzteren Fall aus.

<sup>5</sup> Nach einer Vorschrift des praetorischen Edicts, l. 1 pr. h. t. (Note 4), L. 1 §. 1 eod. „Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque, eorum fidem sequi, et res custodias eorum committere. Ne (navis) quinquam putet, graviter hoc adversus eos constitutum; nam est in eorum arbitrio, ne quem recipiant, et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos, quos recipiunt, cogendi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus“. L. 3 §. 1 eod.: — „ut innotesceret, praetorem curam agere reprimentae improbitatis hoc genus hominum“. Aus l. 1 §. 1 cit. zu schließen, wie Harber S. 229 thut, daß die praetorische Vorschrift keine Anwendung finde, wo die Aufnahme obligatorisch sei, ist nicht gerechtfertigt. Man hat auch wohl die römische Vorschrift für heutzutage überhaupt unanwendbar erklären wollen, weil der in den vorstehenden Stellen den genannten Personen gemachte Vorwurf der Schlechtigkeit (vgl. Goldschmidt S. 355 Ann. 165) heutzutage nicht mehr zutreffend sei. S. darüber Goldschmidt S. 340 fg. — Ueber den scheinbaren oder wirklichen, jedenfalls das Civilrecht nicht berührenden, Widerspruch zwischen l. 1 §. 1 cit. und l. 1 §. 6 D. furti adv. nautas 47. 5 §. namentlich Wangerow III §. 648 Ann. 1, wo auch die Literatur angegeben ist. Wangerow's Erklärung scheint Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XVIII. 7 unbekannt geblieben zu sein.

<sup>6</sup> Das Edict (Note 4) sprach unbedingte Haftverbindlichkeit des Aufnehmenden aus; jede Beschränkung derselben muß also auf dem Wege der exceptio geltend gemacht werden, l. 3 §. 1 i. f. h. t. Die Beschränkung der unbedingten Haftverbindlichkeit des Uebernehmenden wird nun in unseren Quellen näher dahin bestimmt, daß derselbe nicht für „damnum fatale“, „vis maior“, haste, l.

ihnen abgeschlossene Vertrag einen sehr verschiedenen Inhalt haben; namentlich ist es nicht notwendig, daß dem Uebernehmenden ein Entgelt versprochen worden sei<sup>7</sup>. Die strenge Verhaftung

§ 1 cit. Wie unterscheidet sich aber hiernach seine Verhaftung von einer Verhaftung, welche über culpa nicht hinausgeht, während es doch ausdrücklich heißt (l. 3 § 1 cit.): „omnimodo qui recipit tenetur, etiam si sine culpa eius res perit vel damnum datum est?“ Auf die Lösung des „Räthsels“ (Goldschmidt S. 93) führt die Erwägung, daß von dem Uebernehmenden in den Quellen abwechselnd gesagt wird, er trage das periculum rei, und er habe für custodia oder trage das periculum custodias (l. 1 §. 8 l. 4 pr. l. 5 pr. D. h. t., l. 14 §. 17 D. de furt. 47. 2, l. 1 §. 4 D. furti adv. nautas 47. 5). Custodia aber bezeichnet nicht bloß diligentia in custodiendo (§. 265 Note 2); sondern auch eine, an und für sich über die Pflichten eines ordentlichen Mannes hinausgehende, specielle Beaufsichtigung und Bewachung, namentlich da, wo ausdrücklich custodia übernommen worden ist (vgl. Wangerow I S. 161). Dafür beweisen l. 55 pr. D. loc. 19. 2 (vgl. l. 60 §. 6 eod. vv. recipere suo periculo), §. 3 I. de emt. et vend. 3. 23 (wo, nebenbei gesagt, das vielbesprochene: idem et in ceteris animalibus est. ohne alle Schwierigkeit ist, wenn man nur festhält, daß diese Worte einen Fall voraussetzen, wo dem Schuldner die Sache ohne seine culpa abhandeln gekommen ist). Der Uebernehmende wird also behandelt, wie Jemand, der speciell custodia ausdrücklich versprochen hat, und diese Gleichstellung findet sich auch wirklich in l. 14 §. 17 i. f. D. de furt. 47. 2. Der Uebernehmende haftet daher unbedingt für Entwendung und Beschädigung nicht bloß seiner Dienstknechte und der Passagiere (l. 1 §. 8 l. 2 l. 3 pr. h. t.), sondern auch dritter Personen (vgl. l. 5 §. 1 h. t.), vorausgesetzt daß die Entwendung oder Beschädigung nicht mit einer Gewalt angeführt worden ist, welche sich auch durch eine speciell Beaufsichtigung nicht würde haben abwenden lassen (l. 31 pr. D. de A. E. V. 19. 1: — „custodia adversus vim parum proficit“, l. 41 D. loc. 19. 2: — „sive custodiri potuit, ne damnum daretur“). Im Wesentlichen übereinstimmend Goldschmidt S. 93 fg. S. 113 fg. S. 369; über die verschiedenen Ansichten s. Goldschmidt S. 79 fg. Senff. Arch. II. 49. 180, IV. 113. 114, VIII. 48, XIII. 54 (225), XVIII. 43. S. 303. Art. 395. 607 (Note 9).

<sup>7</sup> L. 3 §. 1 l. 6 pr. D. h. t. Der mit dem Uebernehmenden abgeschlossene Vertrag kann nach seinem sonstigen Inhalt sein: Miethvertrag (l. 3 §. 1 cit.), unbenannter Vertrag (wenn die Gegenleistung des Einbringenden nicht in Geld besteht), Hinterlegung (l. 3 §. 1 cit.), Auftrag. Daraus ergibt sich eine Schwierigkeit für die Einordnung der Lehre vom receptum in's System. Es bietet sich eine doppelte Möglichkeit der Auffassung dar. Man kann sagen, der Inhalt der Lehre vom receptum sei nichts als eine gesetzliche Mobilisation der in den vorhergehenden Verträgen übernommenen Vertragspflicht. Hiernach wäre diese Lehre bei einem dieser Verträge (am Fassensten bei dem hier ohne Zweifel am häufigsten Platz greifenden Miethvertrag) vorzutragen, und bei den übrigen

des Uebernehmenden kann durch Vertrag der Parteien aus-  
geschlossen werden<sup>2</sup>.

Die für das heutige Recht vielfach behauptete Ausdehnung  
der vorstehenden Bestimmungen auf den Landtransport läßt sich  
nicht rechtfertigen<sup>3</sup>.

## 7. Andere Verträge auf Rückgabe.

### §. 384<sup>a</sup>.

Die im Vorstehenden erwähnten Verträge auf Rückgabe sind  
nicht die einzig möglichen. Es kann noch zu allerlei anderen  
Zwecken etwas hingegeben werden, mit der Auflage, es zurückzu-

Verträgen auf sie zu verweisen. Man kann aber auch sagen, der Ueberneh-  
mende contrahire durch die Uebernahme selbst eine Verbindlichkeit mit gewissem,  
gesetzlich normirtem Inhalt; im Uebrigen komme es auf die näheren Bestim-  
mungen des Vertrags an, wozu er verpflichtet sei. Nach dieser Auffassung  
läßt sich das receptum, wie hier geschehen, unter die Realverträge stellen. Vgl.  
Müller S. 14, Goldschmidt S. 63 fg. S. 103 Anm. 79, Sincenis  
Anm. 1.

<sup>2</sup> Ein solcher Vertrag ist auch dann vorhanden, wenn der Uebernehmende  
im Voraus eine allgemeine öffentliche Erklärung über das Maß der Verhaf-  
tung, welche er auf sich zu nehmen gewillt sei, abgegeben hat, und der Ein-  
bringende seine Sachen in Kenntniß dieser Erklärung eingebracht, oder die  
eingebrachten nach erlangter Kenntniß nicht zurückgenommen hat. Vgl. 1. 7  
pr. h. t., welche Stelle allerdings unmittelbar nur von dem Strafanspruch  
gegen den Schiffer u. aus den Delicten seiner Leute handelt (Dig. 47. 5 furti  
adversus nautas onupones stabularios, f. §. 454 Nr. 5). Goldschmidt S.  
381—389, Holzschuber a. a. O. Nr. 11. Senff. Arch. X. 162. — Sört  
die strenge Verhaftung des Gastwirths mit der Abreise des Reisenden auf?  
Arch. f. pr. RW. N. F. II S. 116 fg.

<sup>3</sup> S. über diese vielbesprochene Frage Goldschmidt S. 352 fg., Müller  
S. 89 fg., und die von diesen Schriftstellern verzeichnete Literatur (Holz-  
schuber III a. a. O.). — Das SGB. stellt (Art. 390) den Wasser- und Land-  
transport (mit Einschluß der Eisenbahnen und Posten, Art. 421) gleich, und  
bestimmt für denselben (Art. 395, 607), daß der Frachtführer für jeden Verlust  
und jede Beschädigung hafte, sofern er nicht beweise, „daß der Verlust oder die  
Beschädigung durch höhere Gewalt (vis major) oder durch die natürliche Be-  
schaffenheit des Gutes, namentlich durch inneren Verderb, Schwinden, gewöhn-  
liche Verlage u. dgl., oder durch äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung  
entstanden ist“. Art. 400. „Der Frachtführer haftet für seine Leute, und für  
andere Personen, deren er sich bei Ausführung des von ihm übernommenen

geben<sup>1</sup>. Alle diese Verträge stehen unter freiem richterlichen Er-  
messen, welches die Verpflichtungen der Parteien für den einzel-  
nen Fall aus den getroffenen Verabredungen und aus der Inten-  
tion des Geschäfts zu bestimmen hat<sup>2</sup>. Was insbesondere die  
Frage nach der Verhaftung für Nachlässigkeit angeht, so ist die  
Regel auch hier die, daß nur derjenige für Nachlässigkeit nicht zu  
haften hat, welcher bei dem Geschäfte ohne alles eigene Interesse ist<sup>3</sup>.

## D. Verträge auf Umsatz.

### 1. Der Kauf<sup>4</sup>.

#### a. Begriff.

### §. 385.

Der Kauf ist ein gegenseitiger Vertrag (§. 321). Er ist  
gerichtet auf Umsatz einer Sache gegen Geld. Verkauften heißt:  
erklären, daß ein Anderer eine Sache haben und dafür Geld be-  
zahlen solle; kaufen heißt: erklären, daß man Geld bezahlen und  
dafür eine Sache erhalten wolle. Der uns geläufige Ausdruck

Transportes bedient<sup>5</sup>. Diese Bestimmungen können, was Eisenbahnen betrifft,  
durch Vertrag nicht abgeändert werden (Art. 423).

<sup>1</sup> Beispiele in 1. 1 §. 2 l. 17 §. 2. 4. 5 l. 20 l. 23 D. de praescr. verb. §. 384<sup>a</sup>.  
19. 5; 1. 8 l. 26 eod. S. auch §. 368 Note 13, §. 369 Note 3.

<sup>2</sup> Die Römer lassen aus diesen Verträgen eine actio praescriptis verbis  
entstehen, und die actio praescriptis verbis ist bonae fidei actio. Vgl. 1. 2 §.  
2 D. de prec. 43. 26, 1. 1 pr. D. de aest. 19. 3. Zwar ist dieß nicht unbe-  
stritten (wegen §. 28 I. de act. 4. 6, Puchta Instit. II §. 165. kkk, Ru-  
dorff röm. Recht. II S. 151 Note 23); aber f. Savigny Syst. V S.  
485. f. Keller röm. Civilproz. §. 42 Note 480.

<sup>3</sup> L. 17 §. 2 D. de praescr. verb. 19. 5. — „si cui inspiciendum dedi,  
sive ipsius causa, sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandum esse  
dico, propter utilitatem, periculum non; si vero mei duntaxat causa datum est,  
dolum solum, quia prope depositum hoc accedit“.

<sup>4</sup> Inst. 3. 23 de emtione et venditione. Aus den Pandekten sind die  
Haupttitel: 18. 1 de contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et  
venditorem compositis et quae res venire non possunt, — 19. 1 de actioni-  
bus emti et venditi; aus dem Codex: 4. 38 de contrahenda emtione et  
venditione, — 4. 49 de actionibus emti et venditi; ferner die bei §. 391 und  
393 citirten Titel. — Treitschke der Kaufcontract in besonderer Beziehung  
auf den Waarenhandel, nach römischem Recht und den wichtigsten neueren



bezeichnet das Geschäft nur von der einen Seite; die Römer pflegen sich genauer auszudrücken<sup>1</sup>.

Verkauft werden können alle Sachen, welche dem Verkehr nicht entzogen sind<sup>2</sup>, bewegliche wie unbewegliche<sup>3</sup>, körperliche und unkörperliche<sup>4</sup>, gegenwärtige und zukünftige<sup>5</sup>, nicht bloß eigene,

Gesetzgebungen (1838, 2. Aufl. 1866). Kriz Pandektenrecht Th. 1 Bd. 3 (1844). Ehli Handelsrecht I §. 63 fg. Glück XVI. XVII S. 1—240; Unterholzner II S. 217—298, Sintenis II S. 593—640.

§. 385. <sup>1</sup> Sie pflegen den Kauf als *emptio et venditio* zu bezeichnen. Doch ist auch bei ihnen dieser Sprachgebrauch kein konstanter; sie wenden ohne besondere Schwierigkeit auch jeden einzelnen dieser beiden Ausdrücke zur Bezeichnung des ganzen Geschäfts an, vgl. z. B. l. 2 D. h. t. 18. 1. — Die Franzosen bezeichnen das Geschäft nicht, wie wir, von der Kaufs-, sondern von der Verkaufsseite (*vendo*).

<sup>2</sup> L. 34 §. 1 D. h. t. 18. 1. „*Omnia rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit. Quas vero natura, vel gentium ius, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est*“. S. aber auch §. 315 Note 5.

<sup>3</sup> Die bewegliche Sache als Gegenstand des Kaufvertrages heißt *merc.* L. 66 D. de V. S. 60. 16. Der entsprechende deutsche Ausdruck „Waare“ wird heutzutage mit vorzugsweiser Beziehung auf den kaufmännischen Kauf (Waarenhandel) gebraucht. Treitschke §. 1. — Kann auch bares Geld den Gegenstand eines Kaufgeschäftes bilden? Ich zweifelte nicht. Geld kommt im Verkehr nicht bloß als Wertmesser, sondern auch als Waare in Betracht. Uebereinstimmend Meyer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XV S. 42—45; a. M. Antheas das. XVIII S. 216—220, Wangerow III S. 442. Der erste dieser letzteren Schriftsteller geht, was ganz gewiß unrichtig ist, so weit, selbst in Betreff individuell bestimmter Geldstücke die Möglichkeit eines Kaufs zu leugnen.

<sup>4</sup> Namentlich Dienstbarkeiten und andere dingliche Rechte, ferner Forderungen. Auch die Befreiung von einer dinglichen oder persönlichen Last kann den Gegenstand eines Kaufvertrages bilden.

<sup>5</sup> Und zwar zukünftige noch in doppelter Weise, entweder so, daß kein Kaufvertrag zu Stande kommen soll, wenn die verkaufte Sache nicht zur Existenz gelangt (f. g. *emptio venditio rei operatae*, l. 8 pr. D. h. t. 18. 1), oder so, daß ein Kaufvertrag unter allen Umständen bestehen soll, in welchem Falle die Quellen von einer *emptio spei* oder *alea* sprechen (l. 8 §. 1 *cod.*, l. 11 §. 18 l. 12 D. de A. E. V. 19. 1, l. 7 D. de her. vel act. vend. 18. 4). In dem ersten Fall ist der Vertrag für beide Parteien ein bedingter, in dem letzten nur für den Verkäufer (§. 387 Note 1). S. auch l. 11. 12 D. de her. vel act. vend. 18. 4. Vgl. Wangerow III S. 443. 444. — Kauf einer erst anzufertigenden Sache: §. 401 a. E. — Ungeerntete Früchte sollen nach der Bestimmung der R. P. D. von 1577 Tit. 19 §. 3 nicht anders verkauft werden

sondern auch fremde<sup>6</sup>. Auch ein Vermögen kann verkauft werden<sup>7</sup>; ferner kann der bloße Besitz Gegenstand des Kaufes sein<sup>8</sup>.

Daß die Gegenleistung des Käufers in Geld bestehe, ist dem Begriff des Kaufes wesentlich; besteht sie in etwas Anderem, so spricht man nicht von Kauf<sup>9</sup>. Jedoch thut es dem Begriff des Kaufes keinen Eintrag, daß der Gelbleistung eine Leistung anderen Inhalts hinzugefügt wird<sup>10</sup>, und wenn die Parteien ein Geschäft, bei welchem die Gegenleistung keine Gelbleistung ist, ausdrücklich als Kauf bezeichnen, so finden immerhin die Grundzüge vom Kaufvertrag Anwendung<sup>11</sup>.

## b. Abschluß.

### §. 386.

Der Kauf wird geschlossen<sup>1</sup> durch die erklärte Willenseinigung der Parteien; einer Form bedarf die Erklärung derselben

bliesen, als um ihren jetzigen Marktpreis, oder den Marktpreis, welchen sie 14 Tage nach der Ernte haben werden. Vgl. Senff. Arch. XIV. 24.

<sup>6</sup> L. 28 D. h. t. 18. 1. „*Rem aliam distrabere quom posse, nulla dubitatio est; nam emptio est et venditio; sed res emptori auferri potest*“. Nur darf die Sache nicht eine eigene des Käufers sein; in diesem Falle liegt für den Verkäufer Unmöglichkeit der Leistung vor, und damit ist der ganze Vertrag nichtig (§. 321 Note 21). L. 16 pr. l. 18 pr. D. h. t. 18. 1, l. 4. 10 C. *cod.* 4. 38, l. 45 pr. D. de R. 1. 50. 17. S. aber auch Note 8. Ueber den Fall, wo die gekaufte Sache gestohlen ist, f. l. 34 §. 3 D. h. t. 18. 1 (vgl. §. 321 Note 22).

<sup>7</sup> S. §. 397 a. E.

<sup>8</sup> Auch der Besitz einer im Eigenthum des Käufers stehenden Sache. L. 34 §. 4 D. h. t. 18. 1.

<sup>9</sup> §. 2 l. h. t., l. 1 §. 1 D. h. t. 18. 1, l. 6 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 7 C. de rer. perm. 4. 64.

<sup>10</sup> L. 6 §. 1. 2 l. 21 §. 4 D. de A. E. V. 19. 1, l. 79 D. h. t. 18. 1.

<sup>11</sup> L. 1 C. de rer. perm. 4. 64, vgl. Gai. III. 141 i. f. Vgl. Feist Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVII S. 361—366, Wangerow III S. 444, Ehli I §. 63 Note 2.

<sup>1</sup> Auf den Abschluß des Kaufvertrages bezieht sich der Ausdruck: *perfecta s. 386. est emptio et venditio*. Dieser Ausdruck bezeichnet jedoch nicht, wenigstens wo er im eigentlichen Sinne gebraucht wird, denjenigen Zustand, wo beide Parteien gebunden sind, sondern denjenigen, wo der Kauf in aller und jeder Beziehung vollendet ist, so daß der Käufer die Gefahr trägt. S. darüber §. 390 und Runge Zeitschr. f. Abst. u. Verw. in Sachsen R. F. XI S. 224 fg.

nicht<sup>2</sup>. Daß das Wort Kaufen oder Verkaufen beim Geschäft gebraucht worden sei, ist nicht notwendig. Die Willenseinigung muß sich auf die wesentlichen Punkte des Geschäfts beziehen, also darauf, daß der Eine eine Sache und dafür der Andere Geld erhalten solle<sup>3</sup>; ist aber über Nebenpunkte verhandelt worden und darüber Dissens geblieben, so darf im Zweifel nicht angenommen werden, daß die Parteien trotz dieses Dissenses einen Vertrag haben schließen wollen<sup>4</sup>. In der Art und Weise der Bestimmung der Kaufsache und des Kaufpreises haben die Parteien vollkommen freie Hand<sup>5</sup>. Ist die Bestimmung der Kaufsache dem Verkäufer, oder die Bestimmung des Kaufpreises dem Käufer überlassen, so ist im Zweifel als Wille der Parteien anzunehmen, daß das billige Ermessen, nicht, daß die Willkür der bezeichneten Person entscheiden solle<sup>6</sup>. Aber auch wenn es feststeht, daß die

<sup>2</sup> L. 1 §. 2 I. 9 pr. D. h. t. 18. 1, pr. 1. h. t. (§. 312 Note 12). Stillschweiger Abluß des Kaufvertrags durch Befasten unbestellt zugelassener Waaren: Senff. Arch. VIII. 36, XIII. 218. Vgl. auch das. XV. 219.

<sup>3</sup> Wenn §. 3 I. h. t. und 1. 2 pr. D. loc. 19. 2 den Abluß des Kaufvertrages von der Einigung über den Kaufpreis abhängig machen, so setzen sie natürlich Einigung über die Kaufsache voraus.

<sup>4</sup> L. 9 pr. D. h. t. 18. 1. „In venditionibus et emtionibus consensus debere intercedere palam est. Ceterum sive in ipsa emtione dissentiant, sive in pretio, sive in quo alio, emtio imperfecta est. Vgl. Senff. Arch. XIII. 189.

<sup>5</sup> Alternative Bestimmung der Kaufsache: 1. 25 pr. 1. 34 §. 6 D. h. t. 18. 1. Soll ein Dritter die Kaufsache oder den Kaufpreis bestimmen, so hängt das Zustandekommen des Kaufvertrages davon ab, daß er eine Bestimmung wirklich treffe, 1. 15 O. h. t. 4. 38, §. 1 I. h. t. S. auch 1. 7 §. 1. 2 I. 37 D. h. t. 18. 1, und vgl. dazu Senff. Arch. VII. 26, XII. 20, XVII. 30. Kann auch gekauft werden „um so viel als billig ist“? Dafür 1. 16 §. 9 D. de pign. 20. 1, vgl. übrigens 1. 25 pr. D. loc. 19. 2.

<sup>6</sup> L. 22 §. 1 D. de R. I. 50. 17. „Generaliter probandum est, ubicunque in bonae fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius conditio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse“. Vgl. 1. 7 pr. D. h. t., 1. 6 I. 77. 79 D. pro socio. 17. 2, 1. 24 pr. D. loc. 19. 2, 1. 3 C. de dot. prom. 5. 11. Ehon Zeitschr. f. Civ. u. Pr. X. 207 fg. Bis die betreffende Bestimmung getroffen ist, ist das Geschäft negotium imperfectum (1. 35 §. 1 D. h. t. 18. 1), aber deswegen nicht ungültig. A. R. Unterholzner S. 230 Note o und Thöl S. 408, welche behaupten, ein solcher Kauf sei für den Käufer unverbindlich. Sie berufen sich auf die citirte 1. 35 §. 1 D. h. t., und auf 1. 13 O. h. t. 4. 38, welche letztere Stelle nicht von billigem Ermessen

Parteien das Letztere gewollt haben, ist das Geschäft nicht ungültig<sup>7</sup>; nur ist für den Fall, wo Verkäufer oder Käufer von ihrer Willkür einen derartigen Gebrauch machen, daß ihre Leistung als Aequivalent der Gegenleistung gar nicht mehr in Betracht kommen kann, nicht Kauf, sondern Schenkung vorhanden. Ebenso ist Schenkung und nicht Kauf vorhanden, wenn die Erklärung, daß der Käufer eine Sache, oder die Erklärung, daß der Verkäufer für die Sache einen Preis erhalten solle, nicht ernstlich gemeint ist<sup>8</sup>.

### §. 387.

Der Kauf kann unter einer Bedingung abgeschlossen werden, einer aufschiebenden oder einer auflösenden. Es kann auch bloß

spricht, und nichts beweisen würde, wenn sie es thäte; s. die folgende Note. Vgl. noch Holzschuher III S. 20. 21. — Hierher gehört auch der Fall, wo eine Sache gekauft wird ohne vorherige Vereinbarung über den Kaufpreis; die Meinung der Parteien ist, der Verkäufer solle fordern dürfen; aber fordert er unbillig, so kann seine Forderung durch den Richter herabgesetzt werden. Den einmal geforderten Preis kann er hinterher nicht mehr erhöhen; durch die Stellung des Preises bringt er das Geschäft zur Vollendung. Ehon Zeitschr. f. Civ. u. Pr. X. 7. Senff. Arch. II. 166. 177. 284, IX. 339, XI. 223, XII. 19, XVI. 41. Die Römer gewährten übrigens in einem solchen Falle dem Verkäufer nur actio praescriptis verbis auf Grund seiner Forderung, vgl. 1. 22 D. de praeser. verb. 19. 5, §. 1 I. de loc. et cond. 3. 24. — Bei Handelsgeschäften ist anzunehmen, daß die Parteien nicht einen von dem Verkäufer zu bestimmenden, sondern den Marktpreis gewollt haben. Thöl S. 408 Note 3 S. 404 fg.

<sup>7</sup> Wer sich unbillig machen kann für ein Gornichts zu leisten, kann sich auch unbillig machen, für ein vom Gegner zu bestimmendes x zu leisten. Nicht entgegensteht 1. 13 C. h. t. 4. 38. „In venditione vel emtione voluntatem collata conditions comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est“. Diese Stelle braucht nicht davon verstanden zu werden, daß keiner der Contrahenten gebunden sei; der Plural „contrahentes“ will sagen: Verkäufer bez. Käufer. Vgl. übrigens auch Holzschmidt Zeitschr. f. Handelsr. I S. 278 (dawider Arnolds §. 300 Num. 3). S. noch §. 309 Note 12 (Versteigerung mit sofortiger Gebundenheit des Versteigerers).

<sup>8</sup> L. 36. 38 D. h. t. 18. 1, 1. 3. 9 C. eod. 4. 38. Hierher gehört auch der Fall, wo das, was der Eine erhalten soll, als Aequivalent für die von ihm zu machende Leistung gar nicht angesehen werden kann (venditio nummo uno). Anders, wenn es nur dem Werthe seiner Leistung nicht gleichkommt; in diesem Fall ist das Geschäft Kauf, trägt aber zugleich eine Schenkung in sich (§. 365 Note 3).

die Verpflichtung des Verkäufers, oder bloß die Verpflichtung des Käufers<sup>1</sup> von einer Bedingung, es kann auch jede dieser Verpflichtungen von einer andern Bedingung abhängig gemacht werden<sup>2</sup>. Für den bedingten Kauf gelten die gleichen Regeln, wie für bedingte Rechtsgeschäfte überhaupt, namentlich auch was den Fall angeht, wo die Bedingung auf das nackte Wollen, die Willkür, einer der Parteien gestellt ist. Ist in diesem Fall die Bedingung a) eine aufschiebende, so ist derselbe Contractant, auf dessen Willkür die Bedingung gestellt ist, einstweilen gar nicht, sein Gegner bedingt verpflichtet; durch die Erfüllung der Bedingung aber, unter welcher sein Gegner verpflichtet ist, wird auch für ihn eine Verpflichtung erzeugt<sup>3</sup>. Ist die Bedingung b) eine auflösende, so wird durch die Erfüllung derselben der Vertrag aufgelöst nach dem gemeinen Recht der auflösenden Bedingung, mit dem Unterschied jedoch, daß, wenn der Käufer es ist, auf dessen Willkür die Bedingung gestellt ist, die von demselben in der Zwischenzeit auf die Kaufsache gelegten dinglichen Lasten aufrechterhalten bleiben<sup>4</sup>.

Ein Fall des Kaufes unter einer auf nacktes Wollen gestellten Bedingung ist namentlich auch der f. g. Kauf auf Besicht

1. 347. <sup>1</sup> Bloß die Verpflichtung des Verkäufers ist z. B. bedingt bei dem Kauf einer Sache, deren (gegenwärtige oder zukünftige) Existenz noch ungewiß ist (emptio spei); s. die Stellen in §. 385 Note 5. Wenn bloß die Verpflichtung der einen Partei bedingt ist, so kann die andere möglicherweise leisten müssen, ohne ihrerseits etwas zu erhalten; nichtsdestoweniger ist der Vertrag nicht Schenkung, auch nicht eventuelle Schenkung; die Partei, welche leisten muß, hat immerhin ein Äquivalent für ihre Leistung erhalten, nämlich die Aussicht auf Gewinn, welche sich allerdings nun als trügerisch erweist. Der römische Ausdruck emptio spei ist also ganz bezeichnend. — Hierher gehört auch das moderne Auspielgeschäft, welches aber nach particularrechtlicher Bestimmung gewöhnlich einer polizeilichen Concession bedarf.

<sup>2</sup> Dies folgt unmittelbar aus dem Vorhergehenden.

<sup>3</sup> S. §. 321 Nr. 5. a, I §. 93 Note 1. In l. 7 pr. D. h. t. 18. 1 heißt es nur: „venditio nulla est“, während freilich Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVI S. 267 meint, es sei „nichts gewisser“, als daß die Stelle „beiderlei Geschäfte“ für ungültig erkläre. Ueber l. 13 C. h. t. 4. 38 f. §. 386 Note 7.

<sup>4</sup> S. §. 323 Note 6; l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. Der Verkäufer kann aber die Rücknahme der Sache verweigern, wenn der Käufer diese Lasten nicht abläßt, oder ihn für dieselben entschädigt. Vgl. l. 21 §. 1 l. 43 §. 8 D. de mod. ed. 21. 1.

oder auf Probe<sup>5</sup>. Der Sinn eines solchen Kaufes ist im Zweifel der, daß der Käufer sich nach seinem freien Belieben solle entscheiden dürfen, ohne darüber Rechenschaft geben zu müssen, daß ihm die Sache wirklich nicht gefalle<sup>6</sup>. Die Parteien können dabei eine aufschiebende oder eine auflösende Bedingung gewollt haben<sup>7</sup>; ob sie das Eine oder das Andere gewollt haben, ist, wenn die gebräuchlichen Ausdrücke keinen Anhalt geben, nach den Umständen

<sup>5</sup> Vgl. über dieses Geschäft: Cropp in Heise und Cropp Juristische Abhandlungen I Nr. 12 (1827). Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. I S. 66 fg. S. 262 fg. S. 386 fg. (1858). Fitting das. II S. 203 fg. (1859). Unger das. III S. 336 fg. (1860). Fitting das. V S. 79 fg. (1862). Eine dankenswerthe Zusammenstellung des Inhalts der vier zuletzt genannten Aufsätze gibt Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVI. 11 (1863). S. ferner Bangerow III §. 635 Anm. Nr. 14, Thöl Handelsr. I §. 71; Bradenhöft Zeitschrift f. Civ. u. Pr. R. F. XVII. 11. — Für das Geschäft sind außer den im Text genannten Bezeichnungen verschiedene andere vorgeschlagen worden: „Handel nach Belieben“, „Handel nach Gefallen“, „Handel auf Gefallen“ (s. Fitting Arch. S. 242), „Handel auf Laune“ (Thöl). S. auch Thöl §. 71 im Anf.

<sup>6</sup> So die herrschende Meinung. Senff. Arch. X. 40, XVIII. 239. Das Gegenheil hat Uge a. a. D. S. 407 fg. auszuführen versucht; s. gegen denselben namentlich Fitting in dem zweiten Aufsatz S. 90—118. S. auch 538. Art. 339. — Beim Weinlauf soll nach Goldschmidt's Meinung (S. 78 fg.) bei den Römern der Vorbehalt der Probe (degustatio) nur die Bedeutung gehabt haben, daß durch dieselbe die Unverborgenheit des Weins habe constatirt werden sollen. Das beste Argument für diese Behauptung liegt in Cato de re rustica c. 148; unsere Rechtsquellen (von dem Institut der degustatio handeln namentlich l. 1 pr. l. 4 pr. §. 1 l. 15 D. de per. 18. 6, l. 34 §. 5 D. h. t. 18. 1) lassen sie zum Mindesten zweifelhaft. Für das heutige Recht nimmt Goldschmidt die Geltung dieses römischen Instituts nicht in Anspruch (S. 400). Für Goldschmidt hat sich Fitting erklärt; gegen denselben Arnbt's §. 301 Anm. 1 (zweifelnd aber wieder in der 5. Aufl.). — Es kann ausgemacht werden, daß der Käufer für das ihm eingeräumte Wahlrecht eine Vergütung solle zu zahlen haben. Hierher gehört das kaufmännische Prämiengeschäft. Thöl Handelsr. I §. 91 fg.

<sup>7</sup> Aufschiebende Bedingung: §. 4 I. h. t., l. 20 pr. §. 1 D. de praesc. verb. 19. 5; auflösende Bedingung: l. 20 §. 1 cit., l. 6 D. de resc. vend. 18. 5, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. — Die Parteien können möglicherweise auch weder aufschiebende, noch auflösende Bedingung gewollt haben, sondern Entsetzen einer obligatorischen Verbindlichkeit zur Rückgängigmachung der eingetretenen Wirkungen des Geschäftes (I §. 90 Note 2 und 3). Dabei ist es, wenn der Rücktritt dem Käufer vorbehalten ist, noch speziell möglich, daß die Parteien die Anwendung der Grundzüge des aedilischen Edicts über die

des besonderen Falles zu entscheiden<sup>9</sup>. Haben sie eine aufschiebende Bedingung gewollt, so kommt ein Vertrag erst zu Stande durch die Billigung des Käufers, und diese Billigung kann natürlich auch dann verweigert werden, wenn die Sache inzwischen untergegangen oder verschlechtert worden ist; jedoch muß der Käufer Erlaß geben, wenn dieß durch seine Schuld geschehen ist<sup>9</sup>. Haben sie eine auflösende Bedingung gewollt, so bleibt der zu Stande gekommene Verkauf bestehen bis zur Mißbilligung des Käufers; durch die Mißbilligung aber wird er deswegen nicht weniger rückgängig gemacht, weil dieselbe erfolgt, nachdem die Kaufsache untergegangen oder schlechter geworden ist<sup>10</sup>, vorbehaltlich natürlich auch

Rechtigung gewollt haben (also namentlich die Notwendigkeit der Geltendmachung des Rücktritts binnen 60 Tagen, l. 31 §. 22 D. de aed. ed. 21. 1). Bei den Römern wurde auf diesen letzteren Willen aus dem Gebrauch gewisser Ausdrücke geschlossen, namentlich aus dem Gebrauch des Ausdrucks *redhibere* (l. 31 §. 22–24 D. de aed. ed. 21. 1), vielleicht auch des Ausdrucks *inemptum esse* (l. 4 C. de aed. ed. 4. 58, Vat. fr. §. 14; l. 3 D. h. t. 18. 1, l. 2 §. 5 D. pro emt. 41. 4, l. 11 §. 13 D. quod vi aut al. 43. 24). Vgl. mit Goldschmidt S. 118. 122 Fitting II. S. 268 fg.

<sup>9</sup> Ist es dabei ein relevanter Umstand, daß die Kaufsache übergeben oder noch nicht übergeben worden ist? Cropp S. 198. 194, Thöl §. 71 Note 25. 26, Goldschmidt S. 116. — Wie, wenn die Umstände eine Entscheidung nicht an die Hand geben, was ist im Zweifel anzunehmen? Vgl. über diese Frage Cropp S. 191–196, Goldschmidt S. 116 (über den Fall des Weinkaufs *ad gustum venf.* S. 76 fg.), Thöl §. 71 Note 24, Puchta §. 360 l. k, Fitting II S. 277; Senff. Arch. XVIII. 236. M. E. wird nichts Anderes übrig bleiben, als im einzelnen Fall gegen denjenigen zu entscheiden, welcher darauf, daß die Bedingung eine aufschiebende oder auflösende sei, einen Anspruch gründet (l. §. 84 Note 5). — HGB. Art. 339 Satz 1. „Diese Bedingung ist im Zweifel eine aufschiebende“.

<sup>9</sup> L. 17 §. 2. 4 l. 20 §. 1. 2 D. de praeser. verb. 19. 5. Ebenso muß der Käufer dem von der Sache gezogenen Gewinn herausgeben, l. 13 §. 1 D. comm. 13. 6, l. 20 pr. D. de praeser. verb. 19. 5.

<sup>10</sup> Der Verkäufer trägt also die Gefahr nicht bloß der Verschlechterung, sondern auch des Unterganges. Das Letztere ist jedoch bestritten; anerkannt wird es von Schweppe *Nö. Privatr.* III §. 333 Note 3, Brinz S. 482, gelegentlich von Goldschmidt S. 120, Fitting II S. 270, Thöl Note 22. Bleibt man bei dem reinen Rechte der auflösenden Bedingung stehen, so wird man nicht anders entscheiden können, als im Texte geschehen (§. 390 Note 10), und die Frage wird nur die sein können, ob man nicht aus den von den Parteien gebrauchten Worten oder aus anderen Umständen auf eine entgegengesetzte Willensmeinung schließen dürfte. J. B. es wäre gelagt: es

hier der Entschädigungsverbindlichkeit des Käufers. Billigung und Mißbilligung müssen rechtzeitig erfolgen<sup>11</sup>; sonst gelten sie als nicht geschehen<sup>12</sup>. Rechtzeitig sind sie, wenn sie innerhalb der im Vertrage vorgeschriebenen Zeit erfolgen; wenn keine Zeit vorgeschrieben ist, sind sie rechtzeitig, wenn sie erfolgen binnen ortsüblicher Frist, oder, wo eine solche nicht besteht, sobald als möglich<sup>13</sup>. Billigung und Mißbilligung können nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geschehen<sup>14</sup>. — Von dem Kauf auf Probe ist wohl zu unterscheiden der Kauf nach Probe: Kauf einer Quantität von Sachen, die einer vorgelegten Probe entsprechen sollen<sup>15</sup>.

solle bei Nichtgefallen der Sache gegen Rückgabe der Sache das Kaufgeld zurückerfordert werden können.

<sup>11</sup> Eine nicht rechtzeitige Billigung bringt den Kaufvertrag nicht zu Stande; eine nicht rechtzeitige Mißbilligung löst ihn nicht auf. Will der Verkäufer die nicht rechtzeitige Billigung oder Mißbilligung dennoch annehmen, so wird nun ein neuer Vertrag abgeschlossen. — Ueber die jetzt aufgegebenen Ansicht, daß der Käufer durch Unterlassung der Erklärung binnen der rechten Zeit in Verzug komme, s. Bangerow S. 453, Goldschmidt S. 123 fg., Thöl Note 20. 20<sup>a</sup>. Vgl. übrigens auch Note 14.

<sup>12</sup> Ist der Verkäufer Schuld daran, daß der Käufer sich nicht rechtzeitig erklären kann, so scheidet das natürlich dem Letzteren nicht. L. 4 pr. D. de perie. 18. 6.

<sup>13</sup> Dieß muß als die Willensmeinung der Parteien angesehen werden. Die herrschende Meinung gestattet bei der auflösenden Bedingung eine Frist von 60 Tagen auf Grund von l. 31 §. 22 D. de aed. ed. 21. 1; s. darüber Note 7 und §. 323 Note 14. In Betreff der aufschiebenden Bedingung gehen die Meinungen auseinander; s. Cropp S. 198. 199, Goldschmidt S. 125–127, Thöl Note 18. 19. Ueber l. 4 §. 1 D. de perie. 18. 6 s. Goldschmidt S. 95–98. — HGB. Art. 339 Satz 3. „In Ermangelung einer verabredeten oder ortsgebräuchlichen Frist kann der Verkäufer nach Ablauf einer den Umständen angemessenen Zeit den Käufer zur Erklärung auffordern; er hört auf, gebunden zu sein, wenn der Käufer sich auf die Aufforderung nicht sofort erklärt“.

<sup>14</sup> Liegt eine stillschweigende Billigung auch in dem Verschweigen der festgesetzten, oder durch Auffordern des Käufers bestimmten Frist bei übergebener Sache? S. Goldschmidt S. 454 Note 10, Fitting V S. 118 Note 38. Die Frage ist bejaht im HGB. Art. 339 Satz 4.

<sup>15</sup> Cropp in Heise und Cropp *Juristische Abhandlungen* I Nr. 13 (1827), Heise *Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. f.* III. 4 (1847); Thöl *Handeler.* I §. 72. HGB. Art. 340. — Verkauf zur Probe: das. Art. 341. Thöl §. 72 a. G.

Es kann auch beim Kaufe eine auf das nackte Wollen gestellte Bedingung mit einer anderen Bedingung verbunden werden. Hierher gehört, wenn dem Verkäufer der Rücktritt für den Fall besseren Gebotes oder für den Fall nicht rechtzeitiger Entrichtung des Kaufgeldes vorbehalten wird<sup>16</sup>. Vgl. darüber die allgemeine Darstellung in §. 323.

## §. 388.

Ob Jemand einen Kaufvertrag abschließen will, oder nicht, hängt regelmäßig von seinem freien Willen ab<sup>1</sup>; ausnahmsweise ist eine Nöthigung zum Abschluß eines Kaufvertrages begründet, entweder durch Gesetz<sup>2</sup>, oder durch richterliche Verfügung, oder durch Rechtsgeschäft. Im Besonderen gehört hierher

1) der Vertrag auf Wiederverkauf<sup>3</sup> oder auf Wiederkauf<sup>4</sup>. Ist über den Preis, zu welchem der Kaufvertrag abgeschlossen werden soll, im Vertrage nichts bestimmt, so ist im Zweifel der Kaufpreis des früheren Kaufes als gewollt anzunehmen<sup>5</sup>; ist über

<sup>16</sup> In diem additio und lex commissoria. Möglicherweise kann die in diem additio auch so gemeint sein, daß für den Fall besseren Gebotes der Käufer solle zurücktreten dürfen, l. 9 D. de in diem add. 18. 2. Was in dieser Beziehung die lex commissoria angeht, so ist nicht anzunehmen, daß es in der Absicht der Parteien gelegen haben könne, dem Käufer für seine vertragswidrige Skandeln einen Vortheil zuzuwenden. L. 2. 3 D. de leg. commiss. 18. 3.

<sup>1</sup> L. 11. 13 C. h. t. 4. 38.

<sup>2</sup> Außer den unten zu nennenden Fällen des gesetzlichen Vorkaufsrechtes gehören hierher l. 12 pr. D. de relig. 11. 7 und l. 14 §. 1 D. quemadm. serv. 8. 6 (l. §. 169 Note 4); ferner l. 2 l. 5 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5 (l. §. 248 Note 27), und die antiquirten Bestimmungen der l. 1 D. de his qui sui l. 6, l. 1 C. de comm. serv. 7. 7, l. 9 C. de oper. publ. 8. 12, l. 1 2 C. ut nemi licet 10. 27. — Heutige Expropriation: Hübnerl. Arch. f. civ. Pr. XXXIX. l. 8 (1856), W. Koch Deutschlands Eisenbahnen I S. 32 sq. (1858), K. Thiel das Expropriationsrecht und das Expropriationsverfahren nach dem neuesten Standpunkt der Wissenschaft und der Praxis (1866). In welchem Momente ist bei der Expropriation der Kaufvertrag perfect? Seuff. Arch. XIV. 226.

<sup>3</sup> S. g. pactum de retrovendendo. L. 12 D. de praesor. verb. 19. 5, l. 2 C. de pact. inter emt. 4. 54.

<sup>4</sup> S. g. pactum de retrocomendo. — Ueber beide Verträge s. Sinteris II S. 637—639.

<sup>5</sup> Streittig. Andere nehmen den Taxwerth an.

die Zeit, binnen welcher das Recht auf Wiederverkauf oder auf Wiederkauf geltend gemacht werden soll, nichts bestimmt, so gilt die gewöhnliche Zeit der Anspruchsverjährung<sup>6</sup>. Beide Verträge wirken nur obligatorisch, und sind daher wohl zu unterscheiden von der Vereinbarung, daß der Kauf durch Rückgabe der Kaufsache oder des Kaufpreises solle rückgängig gemacht werden können<sup>7</sup>.

2. Das Vorkaufsrecht<sup>8</sup>. Jemand muß, wenn er verkaufen will, einer bestimmten Person die Vorhand lassen, vorausgesetzt daß dieselbe gleiche Bedingungen bietet, wie der dritte Kauflustige geboten hat<sup>9</sup>. Auch das Vorkaufsrecht wirkt nur obligatorisch<sup>10</sup>, und ist daher nicht zu verwechseln mit dem dinglich wirkenden deutschen Rühr- oder Retractrecht<sup>11</sup>. Das Vorkaufsrecht kann nicht bloß vertragsmäßig begründet werden<sup>12</sup>; es gibt auch gesetzliche Vorkaufsrechte<sup>13</sup>.

Der Kaufvertrag ist nicht immer erlaubt. Personen, die fremdes Vermögen kraft Amtes verkaufen oder verwalten, ist es verboten, an sich selbst zu verkaufen<sup>14</sup>. Ein gleiches Verbot gilt für den Pfandgläubiger<sup>15</sup>.

<sup>6</sup> S. I §. 108 Note 4 und 8, Sinteris S. 639 Ann. 233.

<sup>7</sup> L. 7 C. de pact. int. emt. 4. 54.

<sup>8</sup> Sinteris S. 639. 640.

<sup>9</sup> L. 3 C. de iure emph. 4. 66.

<sup>10</sup> Seuff. Arch. VII. 37.

<sup>11</sup> Gerber deutsch. Privatr. §. 175—177, Bejeler deutsch. Privatr. II §. 124. 125.

<sup>12</sup> Durch Rechtsgeschäft kann auch bestimmt werden, daß der Eigentümer Niemandem, als einer bestimmten Person, überhaupt solle verkaufen dürfen. L. 75 D. h. t. 18. 1, l. 21 §. 5 D. de A. E. V. 19. 1, l. 122 §. 3 D. de V. O. 45. 1.

<sup>13</sup> Der Allem das Vorkaufsrecht des Eigentümers der Emphyteuse, l. 3 C. de iure emph. 4. 66. S. ferner l. 16 D. de reb. auct. iud. 42. 5 und l. 60 D. de pact. 2. 14, l. 1 C. de metallar. II. 6, u. vgl. l. 14 C. h. t. 4. 38.

<sup>14</sup> L. 34 §. 7 D. h. t. 18. 1, l. 5 §. 2—4 D. de auct. 26. 8, l. 46 D. h. t. Seuff. Arch. XVIII. 222.

<sup>15</sup> L. 10 C. de distr. pign. 8. 28. — Das römische Recht verbot außer dem Provinzialbeamten, während ihrer Amtsführung in ihrer Provinz etwas Anderes zu kaufen, als Sachen des täglichen Bedarfs (l. 62 pr. D. h. t. 18. 1, l. 6 §. ult. D. de off. procons. 1. 16, l. un. §. 2. 3 C. de contr. iud. 1. 53). Ferner sollten Soldaten in der Provinz, in welcher sie dienten, keine

## c. Verpflichtungen.

## α. Uebersicht.

## §. 389.

Die Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage stehen unter freiem richterlichen Ermessen, dessen Grundlage auch hier neben den Verabredungen der Parteien die allgemeine und besondere Intention des Geschäfts ist<sup>1</sup>. Die Hauptpunkte sind folgende<sup>2</sup>.

1. Der Verkäufer ist vor allem verpflichtet, dafür zu sorgen, daß der Käufer die Kaufsache wirklich habe<sup>3</sup>. Den näheren Inhalt dieser Verpflichtung aber bestimmt das römische Recht nicht dahin,

Grundstücke kaufen (l. 9 pr. D. de re militari 49. 16). Diese Sätze des römischen Verwaltungsrechts sind heutzutage unanwendbar. — L. 3 D. de extr. cog. 50. 13 enthält kein Verbot des Kaufes zwischen Ärzten und Patienten, sondern erklärt den Kauf für ungültig, zu welchem der Arzt den Patienten durch Mißbrauch seiner ärztlichen Gewalt bestimmt habe (vgl. §. 404 Note 9).

1 Die actiones aus dem Kaufe sind actiones bonae fidei, §. 28 I. de act. l. 6, l. 11 §. 1 D. h. t. (de actionibus emti et venditi) 19. 1. L. 11 §. 1 cit. „Et imprimis sciendum est, in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit; cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestati“.

<sup>2</sup> S. außerdem noch §. B. l. 29. 30 D. de contr. emt. 18. 1, l. 2 C. de A. E. V. 4. 49, und darüber Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 287 fg., XLVIII S. 308 fg., und die an letzterem Ort citirte Dissertation von Ehlo.

<sup>3</sup> Es ist schon öfter bemerkt worden (I §. 177 Note 1, II §. 321 Note 18. 19, §. 390 Note 6, besonders §. 365 Note 18), daß die Verkaufserklärung nicht gedacht werden darf als in erster Linie auf die Erzeugung einer Verbindlichkeit gerichtet. Ihr nächster Inhalt ist eben der, daß der Käufer die Sache haben solle, und eine Verbindlichkeit ergibt sich aus derselben nur dadurch, daß der wirkliche Zustand ihr nicht entspricht. Entspricht ihr der wirkliche Zustand sofort, so ist der Verkäufer zu nichts, oder nur noch zu Nebenleistungen verpflichtet. So §. B. bei dem Verkaufe einer Dienstbarkeit (I §. 212 Note 1) oder einer Forderung (II §. 330 Note 6), wenn der Verkäufer berechtigt und übertragungsfähig ist. Für diese Auffassung des Inhalts der Verkaufserklärung spricht auch die Unbefangenheit, mit welcher unsere Quellen, gerade wie das noch heutzutage im Leben geschieht, die Begriffe venditio und alienatio identificiren, §. B. l. 55 D. de contr. emt. 18. 1, l. 29 §. 1 D. de statulib. 40. 7, vgl. l. 55 D. de O. et A. 44. 7, l. 109 D. de V. S. 50. 16. Vgl. auch Boigt conditiones ob causam S. 426—429.

daß der Verkäufer dem Käufer das rechtliche Haben, sondern dahin, daß er ihm das factische Haben<sup>4</sup> des Kaufgegenstandes zu gewähren habe. Im Besonderen bei verkauften körperlichen Sachen geht also die Verpflichtung des Verkäufers zunächst nur auf Uebergabe des Besizes. Durch dieselbe wird nun zwar, wenn der Verkäufer selbst Eigenthümer ist, und dem Eigenthumsübergange sonst kein Hinderniß im Wege steht, der Käufer zum Eigenthümer gemacht<sup>5</sup>. Ist dieß aber auch nicht der Fall, so hat der Verkäufer doch zunächst seiner Verbindlichkeit genügt, und haftet dem Käufer erst dann, wenn demselben in Folge davon, daß ihm kein Recht oder nicht das volle Recht an der Sache verschafft worden ist, das fernere Haben der Sache unmöglich gemacht, wenn ihm die Sache entwehrt wird<sup>6</sup>. Von der Entwehrung wird ausführlicher unten (§. 391) gehandelt werden. Nur ausnahmsweise ist eine Entschädigungspflicht des Verkäufers auch ohne Entwehrung begründet, nämlich a) wenn der Verkäufer wissentlich eine eigene Sache als fremde verkauft hat<sup>7</sup>; b) wenn der Käufer hinterher das Eigenthum der Kaufsache anderweitig erwirbt, so daß Entwehrung nicht mehr möglich ist<sup>8</sup>. Außerdem ist der Käufer, welcher das Kaufgeld noch nicht gezahlt hat, zur Rückbehaltung

<sup>4</sup> L. 188 pr. D. de V. S. 50. 16. „Habere duobus modis dicitur, altero, iure domini, altero, obtinere sine interpellatione id quod quis emerit“.

<sup>5</sup> Vorausgesetzt, daß der Kaufpreis gezahlt oder creditirt ist. S. I §. 172 Note 19, und füge zu den dort Genannten hinzu: Cropp in Heise und Cropp Juristische Abhandlungen I Nr. 21, Thl. 1 Handelsr. I §. 68. 69, Leis Mancipation und Eigenthumsübertragung S. 46—125 S. 199 fg. (welcher in diesem Satze eine Aeußerung der „naturalis ratio“, wie er sie versteht, d. h. eines „Naturgesetzes“, einer „Naturnothwendigkeit“ sieht). — Ob die Eigenthumsverschaffung ohne Besitzverschaffung? Verneint bei Senff. Arch. VIII. 37; vgl. VI. 187.

<sup>6</sup> L. 11 §. 2 D. h. t. „Et imprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, i. e. tradere. Quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et ementore dominum; si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat.“ L. 25 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 30 §. 1 D. h. t. 19. 1, l. 1 pr. D. de rer. perm. 19. 4, l. 3 C. de evict. 8. 45. Vgl. l. 16 D. de cond. e. d. e. n. s. 12. 4, l. 80 §. 3 D. de contr. emt. 18. 1.

<sup>7</sup> L. 30 §. 1 D. h. t. 19. 1. Senff. Arch. I. 200.

<sup>8</sup> L. 13 §. 15 D. h. t. 19. 1, l. 9 l. 41 §. 1 de evict. 21. 2. Vgl. l. 24 eod.

besseren befugt, wenn Entwehrung nur droht<sup>9</sup>. — Ist die Verschaffung der Kaufsache dem Verkäufer unmöglich, so entscheiden die allgemeinen Grundsätze, so daß also bei ursprünglicher Unmöglichkeit zwischen objectiver und subjectiver<sup>2</sup>, bei nachfolgender zwischen verschuldeter und unverschuldeter Unmöglichkeit unterschieden werden muß (§. 264. 315). Schuld ist für den Verkäufer jede Nachlässigkeit<sup>10</sup>. Ist die Unmöglichkeit ohne Schuld des Verkäufers eingetreten, so ist er nicht nur selbst frei von eigener Leistung<sup>11</sup>, sondern bekommt auch, trotzdem daß er selbst nichts leistet, das Kaufgeld. Man sagt: der Käufer trage die Gefahr der Sache<sup>12</sup>. Auch hiervon muß näher gehandelt werden (§. 390). — Die Sache muß dem Käufer so verschafft werden, wie sie nach der Zusicherung des Verkäufers sein soll<sup>13</sup>. Was ist aber Rech-

<sup>9</sup> L. 18 §. 1 D. de perio. 18. 6, l. 24 C. de evict. 8. 45. Scuff. Arch. I. 49. 50, VII. 164, IX. 142, XI. 84, XIII. 15. 88. 137, XIV. 128, XVIII. 228 vgl. 220. Keller Jahrb. f. Dogm. VI. 323 fg. S. 332 fg. Dieser Schriftsteller bestreitet, daß jede drohende Entwehrung zur Rückbehaltung des Kaufpreises berechtige; nur Beginn des Processes gebe diese Befugniß. Dagegen I. 29 cit.: — „denuntiatum ab aliquo“.

<sup>10</sup> Im Einzelnen I. 1. 15 pr. l. 34 §. 1 l. 57 pr. §. 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 28 eod. Mommsen Unmöglichkeit 2. 3. 14.

<sup>11</sup> L. 23 D. de R. l. 50. 17, l. 5 §. 2 D. comm. 13. 6, l. 35 §. 4 D. de contr. emt. 18. 1, l. 3 D. de perio. 18. 6.

<sup>12</sup> Er muß aber gemäß der Regel leisten, was er in Folge der eingetretenen Unmöglichkeit statt der Kaufsache in Händen hat. Dabin gehört auch die Versicherungssumme. S. §. 264 Note 6. Was er in Folge einer Thatsache, die ihn nicht befreit, statt der Kaufsache in Händen hat, behält er, auch wenn später eine ihn befreiende Unmöglichkeit eintritt, so das durch abermaligen Verkauf der Sache erzielte Kaufgeld, wenn die Sache später ohne seine Schuld untergeht, l. 21 D. de her. vel act. vend. 18. 4. Dieß gemäß der Regel des §. 327 Note 12.

<sup>13</sup> S. über diesen Ausdruck die §. 321 Note 19 3, N. angeführten Schriftsteller.

<sup>14</sup> L. 6 §. 4 l. 13 §. 3. 4 D. h. t. 19. 1, l. 15 D. de perio. 18. 6. Zusicherung in Betreff des Maßes eines verkauften Grundstücks: l. 2 l. 4 §. 1 l. 13 §. 14 l. 22 l. 42 D. h. t. 19. 1, l. 69 §. 6 D. de evict. 21. 2, l. 45 D. eod., l. 10 C. eod. 8. 45. Zusicherung in Betreff von Accessionen: l. 38 pr. D. de aed. ed. 21. 1, l. 5 D. de evict. 21. 2; speciel von Servituten des verkauften Grundstücks: l. 6 §. 6 D. h. t. 19. 1, l. 75 D. de evict. 21. 2. Zusicherung der Freiheit von Servituten: l. 75 cit. (l. 90. 169 D. de V. 8. 50. 16), l. 59. 66 pr. D. de contr. emt. 18. 1.

tenz, wenn sie die zugesagten Eigenschaften nicht hat, was ferner, wenn sie mangelhaft ist, ohne daß die Abwesenheit von Mängeln ausdrücklich versprochen worden ist? Auch diese Fragen sollen besonders beantwortet werden (§. 393. 394). — Mit der Kaufsache muß der Verkäufer alle Zubehörungen derselben<sup>14</sup>, so wie Alles, was dieselbe nach Vollendung des Kaufvertrages an Ertrag oder sonstigem Gewinn gebracht hat<sup>15</sup>, herausgeben. — Ueber Ort und Zeit der Uebergabe entscheiden die allgemeinen Grundsätze<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> S. I §. 143. Um so mehr, was Bestandtheil der Kaufsache ist, wie z. B. die noch nicht getrennten Früchte, l. 13 §. 10 D. h. t. 19. 1.

<sup>15</sup> L. 3 §. 1 l. 13 §. 13. 18 D. h. t. 19. 1 (zu §. 18 cit. vgl. l. 38 §. 5 l. 39 D. de her. inst. 28. 5), l. 13. 16 C. h. t. 4. 49, l. 4 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 7 pr. D. de perio. 18. 6. Natürlich kann etwas Anderes ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht werden, l. 13 §. 18 D. h. t. Ueber l. 13 §. 11 D. h. t. f. Ihering Abhandlungen S. 64 fg., Mommsen Erörterungen I S. 61 S. 124 fg. Der Verkäufer haftet auch wegen des durch seine Schuld veräußerten Gewinnes, l. 21 D. de her. vel act. vend. 18. 4 (v. quemadmodum fundi venditor). Das Gesagte bezieht sich gemäß der Regel (§. 327 Note 7) nur auf den Gewinn, welchen wirklich die Sache selbst gebracht, nicht auf denjenigen, zu welchem sie nur Veranlassung gegeben hat.

<sup>16</sup> Demnach kommt es, was den Ort der Leistung angeht (§. 282): a) in erster Linie auf die Natur der Sache (bei unbeweglichen Sachen) und die ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien an. b) Individuell bestimmte Sachen sind da zu übergeben, wo sie sich ohne Unredlichkeit des Verkäufers befinden, jedoch auf Verlangen des Käufers auf seine Gefahr und Kosten an den bei e) genannten Ort zu schaffen. c) Generisch bestimmte Sachen können an jedem Orte verlangt werden, wo ein Gerichtsstand des Verkäufers begründet ist. Jedensfalls also sind sie beim Verkäufer abzunehmen; der Käufer hat sie zu holen, nicht der Verkäufer sie zu bringen. Beauftragt der Käufer den Verkäufer, ihm das Bekaupte zu schicken, d. h. dasselbe, statt ihm, einer, vom Käufer bezeichneten oder vom Verkäufer auszuwählenden, Mittelsperson zu übergeben, so ist mit der Uebergabe an diese Mittelsperson die Leistung des Verkäufers vollständig beschafft. Verpflichtet zum Schicken ist der Verkäufer ohne besonderen, ausdrücklichen oder stillschweigenden, Vertrag nicht. Vgl. über das Gesagte Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 421 fg., Reys Erfüllungsort S. 94 fg. (dieser a. M. in Betreff der Verpflichtung zum Schicken, vgl. §. 282 Note 5). Scuff. Arch. II. 168. — S. 321 Art. 342 (§. 282 Note 4 a. E.). Art. 344. „Soll die Waare dem Käufer von einem andern Ort übersendet werden, und hat der Käufer über die Art der Uebersendung nichts bestimmt, so gilt der Verkäufer für beauftragt, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die Bestimmung statt des Käufers zu treffen, insbesondere Windscheld, Pandekten. II. Bb. II. Abthl. 6



2. Der Käufer ist verpflichtet, das Kaufgeld zu zahlen, und zwar näher: an demselben dem Verkäufer Eigenthum zu verschaffen<sup>17</sup>. Von der Zeit der Uebergabe der Kaufsache an muß er, wenn nichts Anderes ausgemacht ist, das Kaufgeld verzinsen<sup>18</sup>. Verwendungen, welche der Verkäufer nach Abschluß des Kaufvertrages gemacht hat, muß der Käufer ersetzen, wenn sie nothwendig oder in seinem Interesse waren<sup>19</sup>.

A. Insondere:

aa. Der Käufer trägt die Gefahr\*.

§. 390.

Der Käufer trägt die Gefahr; das will sagen: wenn dem Verkäufer ohne seine Schuld die Leistung der Kaufsache unmöglich geworden ist, so muß er dennoch das Kaufgeld zahlen<sup>1</sup>; wenn die Kaufsache ohne Schuld des Verkäufers schlechter geworden ist, so muß er dennoch das volle Kaufgeld zahlen<sup>2</sup>. Der Grund dieses Satzes ist, daß nach Vollendung des Kaufvertrages die Kaufsache auch ohne Tradition als aus dem Vermögenskreise des Verkäufers ausgeschieden, und in den Vermögenskreis des

auch die Person zu bestimmen, durch welche der Transport der Waare ausgeführt oder besorgt werden soll<sup>3</sup>.

<sup>17</sup> L. 13 §. 20 l. 11 §. 2 D. h. t. 19. 1, l. 1 pr. D. de rer. perm. 19. 4. Jedoch gilt auch hier die Regel des §. 342 Note 7 und 8. Vgl. Unterholzner S. 294.

<sup>18</sup> L. 13 §. 20. 21 D. h. t. 19. 1, l. 5 C. h. t. 4. 49, l. 18 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 2 C. sod. 4. 92. Scuff. Arch. II. 283, IV. 117, VI. 182, VII. 305, XI. 21. 118. 263 (148), XIII. 10. 213. Vgl. auch Holzschuber III S. 59—61.

<sup>19</sup> L. 13 §. 22 l. 38 §. 1 D. h. t. 19. 1, l. 13. 16 C. h. t. 4. 49. Verwendungen durch Dritte? Scuff. Arch. XVIII. 133.

<sup>1</sup> Dig. 18. 6 Cod. 4. 48 de periculo et commodo rei venditae. — Thöl Handelsr. I §. 72<sup>a</sup> — 76, Unterholzner II S. 250—256, Bangerow III §. 635. S. außerdem die bei §. 321 Note 13 citirte Literatur in Betreff der Tragung der Gefahr bei Obligationen überhaupt und gegenseitigen Obligationen insbesondere; ferner Ihering Jahrb. f. Dogm. III. 7 und die Citate in Note 8.

<sup>1</sup> S. die Citate in §. 321 Note 19 z. A.

<sup>2</sup> §. 3 l. de emt. 3. 23, l. 1 pr. init. l. 4 §. 1 l. 7 pr. D. h. t., l. 2 C. h. t. S. g. periculum deteriorationis.

Käufers übergegangen angesehen wird<sup>4</sup>. — Damit die Gefahr den Käufer wirklich treffe, ist nothwendig

1. Vollendung des Kaufvertrages<sup>5</sup>. Zur Vollendung des Kaufvertrages in dem hierher gehörigen Sinn ist erforderlich<sup>6</sup> außer dem Consense der Parteien über die wesentlichen Punkte des Kaufes:

a. daß die Kaufsache entweder individuell bestimmt sei<sup>7</sup>, oder wenn eine generisch bestimmte Sache oder eine Quantität solcher Sachen verkauft worden ist<sup>8</sup>, daß der Kauf sich auf ein bestimmtes Sachindividuum oder bestimmte Sachindividuen durch wirkliche Leistung oder Uebereinkunft der Parteien concentrirt habe<sup>9</sup>. Bis diese Concentration eingetreten ist, trägt der Käufer nicht nur

<sup>3</sup> S. darüber und über die verschiedenen, sehr auseinandergehenden Meinungen §. 321 Note 18. 19. Vgl. noch l. 13 §. 17 D. de A. E. V. 19. 1: — „aequum est enim, eandem esse conditionem emtoris, quae futura esset, si cum ipso actum esset communi dividando“.

<sup>4</sup> L. 8 pr. D. h. t. „Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio; tunc enim sciemus, cuius periculum sit. Nam perfecta emtionis periculum ad emtorem respiciet...“.

<sup>5</sup> §. 3 l. de emt. 3. 23, l. 8 pr. D. h. t. L. 8 pr. cit. (Note 4). — „Et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, et pretium, et pure venit, perfecta est emtio“.

<sup>6</sup> Dies ist auch möglich, wenn Sachen, die ihrer Natur nach vertretbar sind, den Gegenstand des Kaufes bilden; es wird z. B. dieses Faß Wein, diese Schiffsladung Weizen gekauft. L. 35 §. 5 D. de contr. emt. 18. 1, l. 2 C. h. t., l. 1 §. 1 D. h. t.

<sup>7</sup> Man denke nicht bloß an vertretbare Sachen, s. §. 255 Note 17.

<sup>8</sup> Vgl. §. 255 Nr. 2. Die Quellen sprechen nur von dem Fall der wirklichen Leistung; der Fall des Vertrages versteht sich von selbst. L. 35 §. 7 D. de contr. emt. 18. 1, l. 1 §. 1 l. 5 D. l. 2 C. h. t. (in den drei ersten Stellen ist von admetiri, in der letzten von traders die Rede). — Daß auch einseitige Ausscheidung durch den Verkäufer die Gefahr auf den Käufer übergehen mache, hat Meyer (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XV. S. 23 fg.) anzuführen gesucht. Thöl (Handelsr. I §. 74), dessen Meinung jetzt die herrschende ist, erklärt zwar einseitige Ausscheidung an sich für ungenügend, hält aber für genügend eine Anzeige des Käufers an den Verkäufer, durch welche der Käufer in den Stand gesetzt werde, seine Gedanken auf die ausgeschiedene species zu richten; denn der Käufer dürfe auch die einseitig ausgeschiedene species, wenn sie nur contractsmäßig und ohne Fehler sei, nicht zurückweisen. Gegen Thöl haben sich erklärt Ihering und Bekker, jener Jahrb. f. Dogm. IV. 5 (1861), dieser Jahrb. d. gem. R. V S. 374 fg. (1862). Ihering verlangt für den Uebergang der Gefahr auf den Käufer, daß demselben wirklich geliefert

nicht die Gefahr des Unterganges, sondern auch nicht die Gefahr der Verschlechterung<sup>9</sup>.

b) Unvollendet ist ferner der unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossene Kaufvertrag bis zum Eintritt der Bedingung. Ist jedoch zur Zeit des Eintrittes der Bedingung die Kaufsache noch vorhanden und nur verschlechtert, so muß der Käufer sie nehmen, wie sie ist, so daß er also auch vor Eintritt der Bedingung die Gefahr der Verschlechterung allerdings trägt<sup>10</sup>.

worden sei, und nennt demnach seine Theorie der „Auslieferungstheorie“ gegenüber „Lieferungstheorie“. Im Gegensatz zu dieser „Lieferungstheorie“ bezeichnet Bekker die seinige als „Individualisirungstheorie“. Die Punkte, welche er im Einzelnen gegen Ihering geltend macht, sind folgende: a) es könne die „Specialisirung“ des Kaufgegenstandes auch durch Vertrag ter Partien erfolgen, vorhergehenden (z. B. ein Dritter soll aussuchen), oder nachfolgenden. Ihering wird nicht gemeint sein, dieß zu bestreiten. b) Ihering hält die Lieferung in dem Fall, wo der Kauf auf Schäden gestellt sei, wie ich, für vollendet mit dem Abschicken (§. 389 Note 16); Bekker hält sie für vollendet erst mit der Annahme, ist aber geneigt, dennoch den Moment des Abschickens für entscheidend zu halten, auf Grund nämlich der Annahme eines stillschweigenden darauf gerichteten Vertrags der Parteien. — Auch das HGB. Art. 345 läßt die Gefahr mit dem Abschicken übergehen. Seuff. Arch. II. 168. — Daburch, daß aus dem Genus, aus welchem die Kaufsache zu entnehmen ist, so viel untergeht, daß nur noch das zu Leistende vorhanden ist, geht die Gefahr auf den Käufer nicht über (§. 255 Note 21).

<sup>9</sup> Untergang und Verschlechterung sind vor der Concentration nur dann möglich, wenn wenigstens der Kreis der Sachen, aus welchem das zu Leistende zu entnehmen ist, individuell, nicht aber, wenn auch er nur genericisch bestimmt ist, also wohl, wo ein Dym Wein aus diesem Stillsaß, nicht aber, wo ein Dym Wein von dieser Qualität verkauft worden ist. Daß nun der Verkäufer vor der Concentration auch die Gefahr der Verschlechterung trage, sagt ausdrücklich l. 2 O. h. t. Nichtsdestoweniger hat man es bestritten (so z. B. Rommensen Beiträge I S. 342), auf Grund des für den bedingten Kauf geltenden (Note 10). Aber der Kauf, von welchem hier die Rede ist, unterscheidet sich wesentlich von dem bedingten Kauf; der bedingte Kauf hat deswegen, weil er bedingt ist, nicht weniger einen individuell bestimmten Gegenstand, und dieser Gegenstand ist es eben, welcher hier fehlt. S. Bangerow III S. 451, Arnolds §. 302 Anm. 3, Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. I S. 80, III S. 303, Bekker Jahrb. d. gem. R. V S. 369. 398; vgl. auch Thöl §. 73 Note 7.

<sup>10</sup> L. 8 pr. 1. 10 pr. D. h. t., l. 10 §. 5 D. de I. D. 23. 3. — Wie ist es bei der aufschiebenden Bedingung? Dieselbe hemmt die Vollendung des Kaufvertrages nicht, und daher trägt der Käufer die Gefahr sofort. Wie aber wenn

c) Als bedingter Kauf ist auch der Kauf einer individuell bestimmten Quantität von Sachen anzusehen, wenn der Kaufpreis nicht in Pausch und Bogen<sup>11</sup>, sondern auf So und So viel für eine bezeichnete Einheit bestimmt ist; die Bedingung des Kaufes ist hier die Feststellung des Kaufpreises durch Messen, Zählen, Wägen<sup>12</sup>. Auch hier also trägt der Käufer bis zur Feststellung des Kaufpreises zwar nicht die Gefahr des Unterganges<sup>13</sup>, wohl aber die der Verschlechterung<sup>14</sup>.

d) Ueber den Fall, wo mehrere Gegenstände alternativ verkauft worden sind, s. §. 255 von Note 6 an.

2. Daß die verkaufte Sache nicht im Eigenthum des Verkäufers steht, macht keinen Unterschied<sup>15</sup>; nur dann trägt der

die Bedingung eintritt, muß dann nicht auch in dieser Beziehung derjenige Zustand wiederhergestellt werden, welcher vorhanden gewesen sein würde, wenn der Kauf nie abgeschlossen worden wäre (l. §. 91), so daß also der Käufer sein Kaufgeld jetzt zurückerhält bez. nicht zu leisten braucht? Die Meinungen gehen auseinander, vgl. §. 387 Note 10. Ich glaube nicht, daß man nach l. 2 D. de lege comm. 18. 3 (vgl. auch l. 3 D. de in diem add. 18. 2) die bejahende Antwort wird ablehnen können. Die l. 2 cit. sagt: es ist als Sinn per lex commissoria nicht anzunehmen, daß auch der Käufer sich auf dieselbe solle berufen dürfen; denn dürfte er es, so stünde es in seiner Gewalt, nach Untergang der Kaufsache sich durch Auflösung des Vertrages das Kaufgeld zu retten.

<sup>11</sup> Die Quellen sprechen in diesem Falle von einem Kaufe avorsione, in avorsione, per avorsionem, universaliter uno pretio. L. 4 §. 1. 2 D. h. t., l. 62 §. 2 D. de contr. emt. 18. 1, l. 35 §. 5. 6 eod. Vgl. Gruchet vom Kauf in Pausch und Bogen, Zeitschr. f. Handelsr. III S. 479 fg.

<sup>12</sup> In diesem Falle ist der Kaufpreis nicht bloß ein nicht gewußter, wie in den Fällen der l. 7 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1 („quantum tu amoris“, „quantum pretium in arca habeo“), sondern es ist auch noch durchaus ungewiß, ob er ein wißbarer sein wird; er wird es eben dann nicht sein, wenn der Untergang der betreffenden Quantität die Bestimmung ihrer Maßelheiten unmöglich macht. Dieser Kauf steht daher ganz gleich dem Kauf, bei welchem der Kaufpreis durch einen Dritten bestimmt werden soll (§. 386 Note 5), und ist also in der That ein bedingter, wie dieß auch l. 35 §. 5 D. de contr. emt. 18. 1 ausdrücklich anerkennt.

<sup>13</sup> L. 35 §. 5. 6 D. de contr. emt. 18. 1.

<sup>14</sup> Uebereinstimmend Rommensen Beiträge I S. 339, Thöl §. 75; a. R. Bangerow III S. 451, Arnolds §. 302 Anm. 2, Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. I S. 80, Bekker Jahrb. d. gem. R. V S. 368 S. 391 fg. S. 398.

<sup>15</sup> Die Verkaufserklärung lautet deswegen, weil sie auf eine fremde Sache gerichtet ist, nicht weniger: du sollst haben; sie lautet nicht: ich verpflichte

**Käufer die Gefahr nicht, wenn dem Verkäufer Arglist zur Last fällt<sup>16</sup>.**

nich, die durch eine künftige Willenserklärung zu verschaffen. Zu unterscheiden: a) es wird verkauft unter der Bedingung des künftigen Erwerbes; b) der Sinn des Geschäftes ist: ich verpflichte mich, zu erwerben und dir dann zu geben; das ist nicht Kauf, sondern pactum de vendendo. — I. M. Ihering Jahrb. f. Dogm. III. 7. Ihering geht von der Auffassung aus, daß der Grund, weshalb der Käufer die Gefahr trage, in der ihn treffenden oder ihm zugeschriebenen Schuld an dem Ausschub der Erfüllung des Kaufvertrages liege; er zahlte also nach Untergang der Sache dem Verkäufer das Kaufgeld als Schadenersatz, und brauche daher nichts zu zahlen, wenn denselben kein Schaden getroffen habe; dieß sei aber namentlich dann der Fall, wenn die verkaufte Sache eine dem Verkäufer fremde gewesen sei. Ich kann weder die bezeichnete Grundauffassung Ihering's als richtig anerkennen, noch die daraus für die vorliegende Frage gezogene Konsequenz. Ueber das Erste s. §. 391 Note 19 a. E.; was das Zweite angeht: die Schuld des Käufers an der Nichtabnahme der Kaufsache kann doch nur zur Folge haben, daß Alles so gehalten werden müsse, als hätte er abgenommen; hätte er aber abgenommen, so hätte der Verkäufer das Kaufgeld nicht minder bekommen (§. 391 Note 4). Uebrigens beschränkt Ihering den von ihm aufgestellten Satz in einer Weise, daß die praktische Differenz zwischen seiner Ansicht und der hier vertretenen sich sehr verringert. Ihering nimmt nämlich die Fälle an, wo der Verkäufer an der verkauften fremden Sache bonas fidei possessio oder auf dieselbe ein Forderungsrecht habe; in diesen Fällen also trage der Käufer die Gefahr allerdings. Da nun andererseits auch nach der hier vertretenen Ansicht der Käufer die Gefahr nicht trägt bei dolus des Verkäufers (Note 16), so bleiben als wirkliche Differenzfälle nur solche Fälle über, in welchen der Verkäufer einerseits weiß, daß er eine fremde Sache verkauft, andererseits aber so guten Grund hat, auf die Lieferbarkeit der Sache rechnen zu können, daß Nichtanzeige der Fremdheit der Sache seine Unredlichkeit ist, — oder in denen er die Sache geradezu als fremde verkauft, ohne daß das Geschäft deswegen unter eine der oben bei a) und b) bezeichneten Kategorien fällt. Vgl. Ihering a. a. O. S. 466. 467. Wenn sich nun Ihering in Betreff derartigen Fälle auf das Verlegende beruft, welches darin liege, daß der Verkäufer aus fremdem Vermögen einen Gewinn machen solle: so theile ich vollkommen seine Ansicht über das Verlegende eines solchen Resultates, glaube aber, daß der richtige Weg, um demselben zu entgehen, nicht der ist, dem Verkäufer den Anspruch auf das Kaufgeld zu versagen, sondern der, ihm die Verpflichtung aufzuerlegen, das erlangte Kaufgeld dem Eigentümer herauszugeben. Und diese Verpflichtung ergibt sich zwar nicht, wie Ihering S. 467 mit Recht bemerkt, aus den Grundsätzen über das Commodum, wohl aber aus den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung, s. §. 422 Note 4.

<sup>16</sup> L. 21 pr. D. de evict. 21. 2, l. 30 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1. Nach diesen Stellen wird durch den dolus des wissentlich eine fremde Sache ver-

**3. Verkauft der Verkäufer die verkaufte Sache abermals einem Andern, so trägt die Gefahr der erste Käufer, nicht der zweite; es müßte denn dem zweiten tradirt worden sein<sup>17</sup>.**

bb. Haftung des Verkäufers wegen Entwehrung\*.

§. 391.

**Der Verkäufer haftet wegen Entwehrung<sup>1</sup>; das will sagen:**

kaufenden Verkäufers ein Anspruch gegen ihn begründet, welcher nach l. 21 pr. cit. auch durch späteren Untergang der Sache nicht ausgeschlossen werden soll. Zwar nimmt die bezeichnete Stelle Untergang der Sache nach erfolgter Tradition an; aber der Sinn des Satzes, daß der Käufer die Gefahr trägt, ist so eben der, daß die bloße Verkaufserklärung dieselbe Wirkung hervorbringen solle, welche an und für sich nur der Traditio zugeschrieben werden dürfte (l. 5 §. 2 D. de resc. vend. 18. 5: — „perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset“, l. 15 D. de l. D. 23. 3: — „perinde pretium aufert, ac si tradidisset“).

<sup>17</sup> Mit dem Falle des mehrmaligen Verkaufs beschäftigt sich vorzugsweise der in der vorigen Note genannte Aussatz von Ihering. Vor allen Dingen ist nun Ihering darin beizustimmen, daß der Verkäufer nicht von beiden Käufern das Kaufgeld fordern dürfe. Daß er es dürfe, sagt nicht l. 21 D. de her. vel act. vend. 18. 4 (Ihering S. 463 fg.), und dawider spricht die den Kaufvertrag beherrschende bona fides, welche es verbietet, daß Jemand für dieselbe Sache zweimal ein Äquivalent erhalte, wie das auch ausdrücklich anerkannt ist in l. 19 §. 9 D. loc. 19. 2 (Ihering's Grund ist, gemäß seiner allgemeinen Auffassung: daß der Verkäufer, nachdem er einmal das Kaufgeld erhalten, keinen Schaden mehr habe). Eine fernere Frage ist es aber, welcher der mehreren Käufer das Kaufgeld zahlen müsse. Ihering gibt dem Verkäufer die Wahl, obgleich er zugesteht, daß dieses Wahlrecht „etwas Mißliches“ habe. Die im Text gegebene Entscheidung ist eine Konsequenz der hier vertretenen Grundauffassung; nach dem ersten Verkauf wird die Sache als in den Vermögenskreis des ersten Käufers übergegangen angesehen, und kann ihm durch einen Act, welcher an Kraft den ersten nicht übertrifft, nicht mehr entzogen werden. Anders, wenn dem Zweiten die Sache tradirt wird; hier überwindet der stärkere Act den schwächeren. Die Sache gehört jetzt dem zweiten Käufer wirklich, und geht daher ihm zu Grunde.

\* Dig. 21. 2 de evictionibus et amplas stipulationes. Cod. 8. 45 de evictionibus. — R. D. Müller die Lehre des römischen Rechts von der Eviction, 1. Th. (1851, unvollendet). Fuchs die Lehre von der Litisdenuntiation S. 12—52 (1855). Diese Schrift ist auch abgedruckt im Arch. f. prakt. RB. II. 15 und III. 1). Bekker zur Lehre von der Evictionsleistung, Jahrb. d. gem. R. VI S. 229—336 (1863). Glük XX S. 169—483; Unterholzner I S. 288—302, Sententia II S. 622—634, Pangerow III S. 610 Num. 1—5.

<sup>1</sup> Der lateinische Ausdruck ist evictio. Derselbe ist bezeichnender, als der

er haftet, wenn die Mangelhaftigkeit der rechtlichen Lage, in welche er den Käufer versetzt hat, dahin führt, daß diesem das faktische Haben der Sache entzogen wird<sup>2, 3</sup>.

1. Dem Käufer muß das faktische Haben der Sache entzogen worden sein wegen Rechtsmangels. Hat er das Haben der Sache verloren aus einem andern Grunde, so haftet der Verkäufer nicht, wenn auch der Rechtsmangel bestand; so z. B. wenn die Sache untergegangen<sup>4</sup>, oder dem Käufer durch eine Verfügung der Staatsgewalt<sup>5, 6</sup> oder von einem Andern mit Gewalt genom-

denste; der deutsche Ausdruck drückt nur aus, daß dem Käufer der Besitz entzogen worden sei, der lateinische auch, daß ihm der Besitz entzogen worden sei durch das (processualisch festgestellte) bessere Recht eines Andern. Den deutschen Ausdruck schreiben die Meisten „Entwährung“. Sehr mit Unrecht; f. das Grimm'sche Wörterbuch u. d. W. Entwehrung und Entwährung. „Entwehren“ kommt von demselben Stamm, von welchem „Gewere“ kommt (ahd. worian, mhd. wern, in den Besitz setzen); „entwähren“ erklärt das genannte Wörterbuch — „irritum facere, nicht leisten, Gegensatz von wären, ratum habere, praestare“. „Genug schon ist gesagt, daß man wern und wern, folglich auch entwern und entwern von einander halten müsse“. „Der juristische Sprachgebrauch verwechelt entwehren (aus dem Besitz setzen) und entwähren (nicht leisten) allenthalben“.

<sup>2</sup> Der Verkäufer muß dem Käufer nicht bloß das augenblickliche Haben der Sache verschaffen, sondern er muß auch „praestare omnino rem habere licere“, vgl. J. B. I. 8 D. h. t., l. 30 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1. Es heißt aber auch evictionem praestare, einsehen dafür, daß Eviction nicht eintrete (J. B. I. 10 D. de A. E. V. 19. 1, l. 1 C. h. t.), so wie es heißt diligentiam praestare und culpam praestare (§. 265 Note 2).

<sup>3</sup> Bei den Römern war es gebräuchlich, daß bei werthvolleren Gegenständen der Verkäufer dem Käufer für den Fall der Entwehrung das Doppelte des Kaufpreises als Ersatz durch eine besondere Stipulation versprach; ja dieses Versprechen war so gewöhnlich, daß man es ohne Weiteres als in der Intention des Kaufvertrages liegend ansah, und daher dem Käufer das Recht zuerkannte, es noch nachträglich zu fordern, wenn es bei dem Kaufvertrage selbst nicht geleistet worden war, l. 37 pr. §. 1 l. 2 D. h. t., l. 11 §. 8. 9 D. de A. E. V. 19. 1, vgl. l. 31 §. 20 D. de aed. ed. 21. 1. Die Lehre von der Entwehrung wird in unseren Quellen mit vorzugsweiser Beziehung auf diese duplas stipulatio vorgetragen. Vgl. über diese letztere Müller §. 8—13; auch v. Sulp. No. vation und Delegation S. 225—231.

<sup>4</sup> L. 21 pr. §. 1 l. 64 §. 2 D. l. 26 C. h. t.; vgl. l. 21 §. 3 D. h. t.

<sup>5</sup> L. 11 pr. D. h. t. Anders wenn die Verfügung der Staatsgewalt erfolgt eben auf Grund der Mangelhaftigkeit des dem Käufer verschafften Rechts. Vetter S. 297 fg. (zu Seuff. Arch. X. 244).

men<sup>7</sup>, oder von dem Käufer derelinqüirt worden ist<sup>8</sup>. Daß Rechtsmangel der Grund des Besitzverlustes gewesen ist, steht bis auf Weiteres fest, wenn ein richterliches Urtheil den Rechtsmangel anerkannt, und in Folge davon dem Gegner den Besitz zugesprochen hat<sup>9</sup>; jedoch ist es dem Verkäufer unbenommen, den Gegenbeweis zu führen, daß das richterliche Urtheil ungerecht<sup>10</sup>, oder in Folge nachlässiger Prozeßführung des Käufers gefällt worden sei<sup>11</sup>. Von der anderen Seite ist es nicht nothwendig, daß der Rechtsmangel gerade durch ein richterliches Urtheil constatirt worden sei; auch wenn der Käufer die Sache freiwillig herausgegeben hat, kann er sich seinen Entschädigungsanspruch durch den Nachweis sichern, daß bei der Unbezwifelbarkeit des Rechts des Dritten der Rechtsstreit überflüssig gewesen sein würde<sup>12</sup>. — Zur Sorgfalt der Prozeßführung, welche den Entschädigungsanspruch des Käufers bedingt, gehört namentlich auch Anzeige an den Verkäufer, damit ihn dieser bei dem Rechtsstreite unterstützen könne<sup>13</sup>; jedoch be-

<sup>5</sup> L. 17 C. de A. E. V. 4. 49. — Wie wenn der Verkäufer selbst dem Käufer die Sache eigenmächtig wieder wegnimmt? Daß auch in diesem Falle die actio emti nicht begründet sei, erkannte das OAG. zu Hofrad bei Seuff. Arch. XI. 27.

<sup>6</sup> L. 76 D. h. t. Vgl. l. 25. 26 (Rommens Beiträge II S. 151 Note 11) l. 51 §. 2 eod.

<sup>7</sup> Auf diesen Fall ist der Ausdruck evictio berechnet. Es macht keinen Unterschied, ob der Käufer den Prozeß als Kläger oder Beklagter verloren hat. S. unten bei Nr. 3.

<sup>8</sup> L. 51 pr. D. l. 8 i. f. l. 15 C. h. t., l. 1 C. de rer. perm. 4. 64; Vat. fr. §. 8. 10.

<sup>9</sup> L. 55 pr. l. 63 §. 1. 2 D. l. 8 i. f. C. h. t., l. 20 §. 1 l. 66 pr. D. l. 19 C. h. t. Vgl. Seuff. Arch. I. 51.

<sup>10</sup> Dieß wird nicht allgemein anerkannt, indem man sich beruft auf l. 56 §. 1 l. 17 C. h. t. S. aber l. 29 pr. D. h. t., l. 11 §. 12 D. de A. E. V. 19. 1, l. 13 §. 15 eod. Vetter a. a. O. S. 288 fg., Fuchs a. a. O. S. 29 fg., Liebe Rez. IV S. 813, Sintonis S. 632 Anm. 17, Keller S. 623; Seuff. Arch. XVI. 37. (Gegen die von Einigen der genannten Schriftsteller dabei gemachte Unterscheidung zwischen dem Anspruch aus der duplas stipulatio und der actio emti f. l. 11 §. 12 cit.). Der dem Käufer obliegende Beweis muß aber dem Verkäufer gegenüber geführt werden; es genügt nicht Berufung auf einen im Streite mit dem Dritten gefällten Schiedsspruch, wodurch dem Käufer die Sache unbekannt worden ist, l. 56 §. 1 D. h. t. — Vgl. noch l. 19 §. 3 D. de neg. gest. 3. 5.

<sup>11</sup> Er muß dem Verkäufer „litem denuntiare“. (In gleicher Bedeutung

raubt Unterlassung dieser Anzeige den Käufer des Entschädigungsanspruches nur dann, wenn der Verkäufer nachweisen kann, daß er in der Lage gewesen sein würde, dem Prozesse eine andere Wendung zu geben<sup>12</sup>.

2. Der Rechtsmangel muß seinen Grund haben in der mangelhaften Verschaffung des Verkäufers<sup>13</sup>. Deswegen haftet der Verkäufer nicht, wenn dem Käufer die Kaufsache auf Grund einer nach dem Verkaufe durch einen Dritten vollendeten Erfindung, oder kraft einer Einrede aus der Person des Käufers entzogen wird<sup>14</sup>. Aber auch wenn der Rechtsmangel seinen Grund in der mangelhaften Verschaffung des Verkäufers wirklich hat, haftet dieser dennoch in dem Falle nicht, wo der Käufer Schuld daran ist, daß der Rechtsmangel nicht gehoben worden ist<sup>15</sup>.

kommt „auctorem laudare“ vor, l. 63 §. 1 D. h. t.). L. 53 §. 1. D. l. 8. 20 U. h. t., l. 49 l. 62 §. 1 D. l. 7. 9. 17. 23. 29 C. h. t. Die Form der Anzeige ist gleichgültig; hestutage geschieht sie gewöhnlich durch Vermittelung des Gerichts der Hauptsache. Weßell Civilproz. S. 42, Bayer Vorträge S. 146. 148. Die Anzeige muß so zeitig geschehen, daß der Verkäufer die Möglichkeit hat, alle ihm zu Gebote stehenden Rechtsbehelfe zu Gunsten des Käufers zu verwenden. L. 29 §. 1 D. h. t., l. 29 §. 3 D. de leg. III<sup>o</sup> 32. Weßell S. 41 Note 28. Unschädlich ist die Unterlassung der Anzeige, wenn der Verkäufer auf dieselbe verzichtet hat, oder sie wegen eines Hindernisses in seiner Person unmöglich ist, l. 63 pr. l. 55 §. 1 l. 56 §. 5. 6 D. h. t., l. 29 C. h. t. — Die bei \* citirte Schrift von Fuchs behandelt die Klüdenuntiation hauptsächlich von der prozessualischen Seite.

<sup>12</sup> Gegen die absolute Nothwendigkeit der Denuntiation spricht außer der l. 53 §. 1 D. h. t. („idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset“) namentlich, daß der Käufer ja nicht einmal unbedingt verpflichtet ist, überhaupt Prozeß zu führen (Note 10). S. Derenburg (b. d.) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. II. S. 24 fg., Fuchs S. 31 fg., Beller S. 292 fg., und die von diesen Schriftstellern Citirten; Scuff. Arch. XVI. 37. Die herrschende Meinung verlangt aber im Falle unterlassener Anzeige vom Käufer wenigstens den Beweis, daß der Verkäufer den Verlust des Processes nicht würde haben abwenden können. Ich halte auch das nicht für gerechtfertigt. Durch die Unterlassung der Anzeige ist nichts constatirt, als die Nachlässigkeit der Prozeßführung von Seiten des Käufers; daß zwischen dieser Nachlässigkeit und dem Verlust des Processes ein Causalnexus bestehe, muß derjenige beweisen, der sich auf diesen Causalnexus beruft, der Verkäufer.

<sup>13</sup> L. 1 C. de peric. 4. 48, l. 11 pr. D. h. t.

<sup>14</sup> L. 27. 28 D. h. t.

<sup>15</sup> L. 56 §. 3 D. h. t. „Si cum posset uti capere emptor non cepit, culpa sua hoc fecisse videtur; unde si evictus est servus, non tenetur venditor“.

3. In Folge des Rechtsmangels muß dem Käufer das faktische Haben der Sache entzogen worden sein<sup>16</sup>. Ob dieß in der Weise geschehen ist, daß die Sache aus seinem Besitz gekommen, oder in der Weise, daß ihm das Wiederbekommen derselben unmöglich gemacht worden ist, ist gleichgültig<sup>17</sup>. Der Entziehung des Habens der Sache steht es gleich, wenn der Käufer, um das Haben der Sache sich zu erhalten oder wiederzuerlangen, eine Aufopferung hat machen müssen<sup>18</sup>. Darauf, von welcher Art das Recht ist, kraft dessen dem Käufer das Haben der Sache entzogen worden ist, kommt nichts an; dieses Recht kann sein<sup>19</sup>: Eigenthum<sup>20</sup>, Dienstbarkeit<sup>21</sup>, Emphyteuse<sup>22</sup>, Superficies<sup>22</sup>, Pfandrecht<sup>23</sup>, ja auch ein persönlicher Anspruch, wie z. B. ein Theilungsanspruch<sup>24</sup>, Royalananspruch<sup>25</sup>, Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand<sup>26</sup>, namentlich auch ein Besitzanspruch<sup>27</sup>. Durchsetzung einer Dienstbarkeit von der Art, daß durch dieselbe dem Käufer das Haben der Sache nicht entzogen wird, begründet für den Käufer

<sup>16</sup> L. 21 §. 1 l. 35 D. h. t., l. 57 pr. eod. (Der Verkäufer haftet nicht, wenn der Käufer zwar verurtheilt worden ist, aber der Sieger ohne Rechtsnachfolger stirbt, so daß das Urtheil nicht zur Vollstreckung gelangt).

<sup>17</sup> L. 16 §. 1 D. h. t. „Duplas stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est“. Vgl. l. 29 §. 1 D. h. t.

<sup>18</sup> L. 16 §. 1 cit.: — „vel damnatus est litis aestimatione“. L. 21 §. 2 eod.: — „neque enim habere licet eum, cuius si pretium non dedisset, ab adversario auferretur. Prope enim hunc ex secunda emptione, i. e. litis aestimatione, emptori habere licet, non ex pristina“. L. 29 pr. eod. (Note 10). Müller S. 96 fg.

<sup>19</sup> Vgl. zum folgenden Müller §. 17—21.

<sup>20</sup> S. z. B. l. 34 §. 2 D. h. t., vgl. l. 102 D. de V. O. 45. 1. Dem Eigenthum steht die bonae fidei possessio, insofern sie durchdringt, gleich.

<sup>21</sup> L. 66 D. de contr. emt. 18. 1, l. 49 l. 62 §. 2 D. h. t.

<sup>22</sup> Diese beiden Rechte werden in den Quellen zufälligerweise nicht genannt.

<sup>23</sup> L. 84 §. 2 l. 35 l. 63 §. 1 D. h. t.

<sup>24</sup> L. 34 §. 1 D. h. t.

<sup>25</sup> L. 11 §. 12 D. de A. E. V. 19. 1; vgl. l. 45 §. 1 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30.

<sup>26</sup> L. 29 pr. l. 66 §. 1 D. h. t.

<sup>27</sup> Jedoch war die Klage aus der duplas stipulatio in diesem Falle nicht begründet. L. 11 §. 13 l. 35 D. de A. E. V. 19. 1. L. 38 §. 3 D. de V. O. 45. 1 gehört nicht hierher (vgl. l. 66 pr. D. h. t.). Müller §. 21, Beller S. 266—268.

einen Anspruch nicht<sup>28</sup>. Auf der anderen Seite ist Entwehrung in gleicher Weise vorhanden, mag dem Käufer das Haben der ganzen Sache, oder eines Theils derselben<sup>29</sup>, oder auch nur einer Accession entzogen worden sein<sup>30</sup>.

4. Wird das Haben der Sache nicht dem Käufer selbst entzogen, sondern demjenigen, an den dieser seinerseits weiter veräußert hat, so liegt darin eine Entwehrung auch für den Käufer

<sup>28</sup> Weder einen Evictionsanspruch, noch auch einen Anspruch wegen Mangelhaftigkeit der Sache (abgesehen natürlich von dem Fall der Argliß und der ausdrücklichen Zusicherung der Freiheit des Grundstücks, l. 59 D. de contr. emt. 18. 1, l. 75 D. h. t. [vgl. dazu l. 90 l. 169 D. de V. S. 50. 16], l. 1 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 69 §. 5 D. h. t.). Doch herrscht über das Letztere ein alter Streit, indem Andere auch ohne Argliß und ohne Zusicherung des Verkäufers die actio quanti minoris für begründet halten (s. namentlich Meusnier in sein. u. Zimmermann's röm.-rechtl. Untersuchung. S. 216 fg., Gesterding Anekdote VI S. 174 fg.), obgleich in der neueren Zeit die im Text vorgetragene Ansicht die herrschende werden zu wollen scheint; s. für dieselbe namentlich Müller S. 196 fg., J. Keller in Sell's Jahrb. III S. 97 fg., Baugerow S. 610 Anm. 3; auch Bekker S. 265 S. 278. 279 bekant sich zu ihr. Die Beweise für diese Meinung sind enthalten in l. 59 D. de contr. emt. 18. 1 und l. 75 D. h. t. (zweifelhaft bleibt, ob auch l. 66 pr. D. de contr. emt. hierher gehört), Stellen, denen gegenüber l. 61 D. de eod. ed. 21. 1 und l. 15 §. 1 D. h. t., welche nur von dem Inhalt, nicht von den Voraussetzungen des Anspruchs wegen einer dem Käufer abgetretenen Servitut handeln (die letztere überdies erst nach einer, allerdings nahe liegenden, Emendation), nicht in Betracht kommen können. Das römische Recht geht davon aus, daß die Belastung eines Grundstücks mit Dienstbarkeiten etwas so Gewöhnliches sei, daß der Käufer auf dieselbe gefaßt sein, und wenn er wegen derselben einen Entschädigungsanspruch haben wolle, dieselbe einen besondern Vorbehalt machen müsse. Auch in Betreff obligatorischer Lasten wird unterschieden, ob der Käufer dieselben voraussehen konnte, oder nicht, l. 21 §. 1 l. 41 D. de A. E. V. 19. 1, vgl. l. 13 §. 6 eod., l. 9 C. eod. 4. 49. Bekker S. 276—279. Die Praxis schwankt. Senff. Arch. III. 314, VII. 168, XI. 28, 231 Nr. 1, 222, XII. 258, XIV. 127. 217.

<sup>29</sup> Bruchtheil: l. 1 l. 39 §. 2 D. h. t. Körperlicher Theil: l. 1 l. 64 §. 3 D. h. t. Bestandtheil: l. 23 §. 1 D. de usurp. 41. 3. Doch war in diesem letzten Falle die Klage aus der duplas stipulatio nicht begründet; ob auch in dem ersten der genannten Fälle nicht, bleibt zweifelhaft. L. 56 §. 2 l. 64 pr. — §. 2 D. h. t. Bekker S. 268.

<sup>30</sup> L. 8 D. h. t. Aber die duplas stipulatio verfiel auch in diesem Falle nicht, l. 42. 43. D. h. t.

dann, wenn er an dem Behalten des Dritten ein rechtliches Interesse hat<sup>31</sup>.

5. Der Inhalt des Entwehrungsanspruchs<sup>32</sup> ist die Leistung des Interesse, welches der Käufer daran hat, daß die Entwehrung nicht geschehen sei<sup>33</sup>. Das Interesse wird bestimmt mit Rücksicht auf die Zeit der Entwehrung<sup>34</sup>; abgezogen wird, was der Käufer

<sup>31</sup> J. B. der Käufer hat weiter verkauft, l. 39 §. 1 l. 61 D. h. t. (über l. 33 D. h. t. vgl. mit Müller S. 115 fg. Bekker S. 234); er hat als Ehefrau oder Vater der Ehefrau die Sache zur Dos gegeben, l. 22 §. 1 D. h. t., l. 75 D. de l. D. 23. 3, l. 71 D. h. t. Vgl. zu l. 71 cit. §. 251 Note 3, und über den Fall der Dotalbestellung überhaupt Müller S. 137 fg., Besmann röm. Dotalrecht S. 134 fg. Anders, wenn der Käufer die Sache verschenkt hat, l. 131 §. 1 D. de V. O. 45. 1.

<sup>32</sup> Bekker a. a. O. S. 231 fg. S. 301 fg. streitet mit großer Lebhaftigkeit für den unzweifelhaft richtigen Satz, daß der Entwehrungsanspruch nicht sei, als ein Anspruch auf Erfüllung, bez. Leistung des Interesse wegen Nichterfüllung; durch die Entwehrung werde nicht sowohl ein neuer Anspruch begründet, als vielmehr herausgestellt, daß der dem Käufer aus dem Kaufe erwachsene Anspruch unerfüllt sei. Wenn aber Bekker diesen Gedanken dahin ausbildet, daß durch die Entwehrung das von dem Verkäufer beschaffte tradere als eine „Scheinteilung“ anzuweisen werde, so scheint mir das keine glückliche Auffassung zu sein, und durch die gelegentliche Aeußerung der l. 3 pr. D. de A. E. V. 19. 1 (ob auch l. 33 D. h. t. hierher gehört, muß doch dahin gestellt bleiben) keineswegs bewiesen zu werden. Bei Obligationen auf Eigentumsübertragung ist allerdings das tradere, welches nicht Eigenthum schafft, bloß Scheinteilung; der Verkäufer dagegen ist nur verpflichtet, zu bewirken, daß der Käufer die Sache faktisch habe, und diese Verpflichtung erfüllt er durch das tradere nicht scheinbar, sondern wirklich, freilich nur für den Augenblick, nicht auch für die Zukunft.

<sup>33</sup> L. 8 D. l. 23. 25. 29 C. h. t. Senff. Arch. V. 122. Daß nicht Rückgabe des Kaufpreises als solche den Gegenstand des Anspruchs bilde, sagen ausdrücklich l. 60 l. 66 §. 3 l. 70 D. l. 23 C. h. t. Vgl. übrigens Senff. Arch. V. 122. 268; dazu Bekker S. 321. Ebensovienig thut der Verkäufer durch Wiederveranschaffung der Sache genug, wenn das Interesse des Käufers weiter geht, l. 67 D. h. t. Ersatz von Verwendungen: l. 9 l. 16 C. l. 43. 44. 45 pr. §. 1 D. de A. E. V. 19. 1. Ersatz von Schäden: l. 17 C. h. t. (Im Besonderen Ersatz der Kosten des Evictionsprozesses: Bekker S. 309). Beschränkung der Interessensforderung auf das Doppelte des Wertes der Sache nach der allgemeinen Regel der l. un. C. de sentent. quas pro eo 7. 47 (§. 258 Note 9) und nach l. 44 D. de A. E. V. 19. 1. Besonderes Recht des Verkäufers in Folge richterlicher Pfändung: l. 74 §. 1 D. h. t. (vgl. I §. 233 Note 3 und 4). — Senff. Arch. V. 122. 267. 268. 269.

<sup>34</sup> L. 45 pr. D. de A. E. V. 19. 1, l. 66 §. 3 l. 70 D. h. t. Vgl.

seinerseits von der Sache gewonnen hat<sup>25</sup>. Wird ein Theil entwehrt, so ist das Interesse natürlich mit Rücksicht auf den besondern Werth gerade dieses Theils zu bestimmen<sup>26</sup>; wird von mehreren zusammen verkauften Sachen Eine entwehrt, so ist für diese Ersatz zu geben, ohne daß sich der Verkäufer auf den Mehrwerth der nicht entwehrteten berufen könnte<sup>27</sup>. Beim Kaufe generisch bestimmter Sachen kann der Verkäufer nach seiner Wahl entweder sein Interesse, oder Lieferung einer andern Sache fordern<sup>27a</sup>.

**Beller S. 308, Sententis Anm. 168.** Dagegen kam es bei der *duplae stipulatio* auf spätere Verbesserung oder Verschlechterung der Kaufsache nicht an, l. 64 pr. 1. 13 D. h. t. (Freilich passen dazu nicht l. 64 §. 1. 2 l. 15 D. eod. **Beller S. 273. 309**). Ist dieser römische Grundsatz auch heutzutage noch anwendbar, wenn etwa für den Fall der Entwehrung eine bestimmte Schadenersatzsumme versprochen sein sollte? Bejahend beantwortet von **Arnolds §. 303 zu Anm. 9, Sententis S. 625. 626. Ueber l. 64 §. 1. 2 cit. f. noch Beller S. 274—276, Bangerow §. 610 Anm. 1 und die das. Citirten.**

<sup>25</sup> L. 16 C. h. t., vgl. l. 74 §. 1 D. h. t.

<sup>26</sup> L. 1 l. 45 D. h. t. Auch bei der *duplae stipulatio* wurde der zu leistende Theil der *dupla* mit Rücksicht auf den besondern Werth des entwehrteten Theils berechnet (l. 64 §. 3 D. h. t.), mit Ausnahme jedoch des Falles, wenn der Preis nicht im Ganzen, sondern auf So und So viel für eine Maßeinheit bestimmt war (l. 53 pr. eod.).

<sup>27</sup> L. 37 l. 72 D. h. t. L. 42 D. de A. E. V. 19. 1 darf nicht hierher bezogen werden; sie sagt nur, daß, wenn sich bei der einen verkauften Sache ein Mangel an der zugesagten Quantität finde, auf dasjenige, worum die andere die zugesagte Quantität überschreite, billige Rücksicht genommen werden müsse.

<sup>27a</sup> Der Verkäufer kann einerseits den Käufer bei der von demselben abgegebenen Erklärung: daß der Verkäufer diese bestimmte Sache haben solle, festhalten; er kann aber andererseits auch dabei stehen bleiben, daß seine Forderung unerfüllt sei, und daher Erfüllung derselben nach ihrem ursprünglichen Inhalt verlangen. — Diese Wahl steht ihm jedenfalls nach heutigem Recht zu, während es für das römische Recht sehr zweifelhaft bleibt, ob er nicht auf die zweite Alternative beschränkt war. Die Frage ist näher die: ob nach römischem Recht die in der Fugabe einer bestimmten Sache liegende Willenserklärung für den Käufer ebenso bindend war, wie sie es nach heutigem Recht ist. Nicht bindend war die betreffende Willenserklärung für den Vermächtniß- und Stipulationschuldner (l. 58 D. h. t., l. 29 §. 3 D. de leg. III<sup>o</sup> 32, l. 72 §. 5 D. de sol. 46. 3), und es leuchtet nicht ein, warum die *bonae fidei*-Natur des Kaufes hier einen Unterschied hätte machen sollen. Vgl. §. 366 Note 8.

6. Ein Entwehrungsanspruch ist nicht begründet, wenn der Käufer darauf verzichtet<sup>28</sup>, oder wenn er das mangelhafte Recht des Verkäufers beim Verkaufe gekannt hat<sup>29</sup>; ferner nicht bei Verkäufen, die jemand während des Spiels macht, um weiter spielen zu können<sup>30</sup>.

### §. 392.

Eine Verpflichtung wegen Entwehrung kommt nicht bloß beim Kaufvertrag vor; sie findet ferner in allen Fällen Statt, wo Jemand verpflichtet ist, Eigenthum oder ein anderes Recht an einer Sache, welches Anspruch auf das Haben der Sache gibt, zu verschaffen<sup>1</sup>. Nur beschränkt sich hier die Verpflichtung des Schuldners nicht auf den Fall der Entwehrung, sondern der Schuldner haftet sofort, sobald es feststeht, daß er das zu verschaffende Recht nicht, oder nicht so verschafft hat, daß kraft desselben das Haben und Behalten der Sache möglich ist<sup>2</sup>. Daß

<sup>28</sup> *E. g. pactum de non praestanda evictione.* L. 21 C. l. 69 pr. D. h. t. Dasselbe hilft aber nicht dem arglistigen Verkäufer. L. 6 §. 9 l. 11 §. 15. 18 D. de A. E. V. 19. 1, l. 69 §. 5 D. h. t. Vgl. *Senff. Arch. XVII. 24.* Sodann: ist nicht ein solcher Vertrag im Zweifel dahin zu verstehen, daß der Verkäufer zwar nicht gehalten sein solle, dem Käufer sein Interesse zu leisten, aber immerhin gehalten sein solle, den Kaufpreis zurückzugeben? Von dieser Frage handelt l. 11 §. 18 cit. Die jetzt herrschende Auffassung dieser Stelle ist die, daß sie die aufgeworfene Frage verneint. Vgl. namentlich *Bangerow §. 610 Anm. 4*; andererseits *Puchta Vorles. zu §. 362.*

<sup>29</sup> L. 18. 27 C. h. t., l. 7 C. *comm. utr. iud.* 3. 38. Singuläre Bestimmungen in l. 3 §. 4 D. *comm. de leg.* 6. 43 und Nov. 7 c. 5. *Bangerow §. 610 Anm. 5.* *Senff. Arch. VII. 297, IX. 278.*

<sup>30</sup> L. 2 §. 1 D. *quar. rer. actio* 44. 5.

<sup>1</sup> Vgl. *J. B. l. 131 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 27 D. de sol. 46. 3 §. 392. (v. ius quoddam cautionis).*

<sup>2</sup> L. 20 l. 27 D. de sol. 46. 3. Vgl. l. 69 eod. „*Si hominem, in quo ususfructus alienus est, vel qui erat pignori Titio obligatus, noxae dediti, poterit is, cui condemnatus es, tecum agere iudicanti, nec exspectabimus, ut creditor evineat.*“ — **Beller S. 258. 265** ist der Meinung, daß die Verpflichtung zur Eigenthumsverschaffung nicht immer, oder doch nicht in jeder Beziehung den Inhalt habe, daß dem Gläubiger ein Eigenthum verschafft werden müsse, welches ihm auch das habere licere gewährt. Er beruft sich auf l. 2 D. de *rer. perm.* 19. 4. Aus dieser Stelle kann nur das „*furtis noxiisque solutum.*“ in Betracht kommen; durch l. 72 §. 5 D. de *solat.* 46. 3 wird aber bewiesen, daß,



Jemand lebighlich für Entwehrung haftet, kommt nur beim Kauf vor<sup>3</sup>; dadurch rechtfertigt sich die hier festgehaltene Stellung der Entwehrungslehre<sup>4</sup>.

wer zum dare eines esclaven verpflichtet ist, seiner Verpflichtung durch die Leistung eines *seruus nondum noxa solutus* nicht genügt.

<sup>3</sup> Nicht auch bei kaufähnlichen Geschäften (l. 15 D. quib. ex caus. in po. 42. 4, l. 4 §. 31 D. de doll. exo. 44. 4)? Daß beim Tausch für Eigentumsverschaffung gehaftet werde, ist in den Quellen ausdrücklich anerkannt (§. 398 Note 4). Was die Leistung an Zahlungsstatt angeht, so ist in Betreff derselben von Verhaftung wegen *Eviction* die Rede in l. 24 pr. D. de pigv. act. 18. 7, l. 4 C. h. t. Von der anderen Seite geht die Willenserklärung des Leistenden auf Eigentumsverschaffung; denn nur durch Eigentumsverschaffung befreit er sich, §. 342 Note 5. 6, l. 46 §. 1 D. de sol. 46. 3 („tunc enim res pro re soluta liberationem parit, quum pro solido facta est suscipientia“). Aber aus dieser Willenserklärung als solcher konnte für ihn nach römischem Recht keine Verbindlichkeit entstehen, wegen Mangels der Form; für das römische Recht blieb nichts Anderes übrig, als die Kaufähnlichkeit des Geschäftes hervorzuheben, und also eine *actio ex omni actio* (l. 24 pr. cit., s. auch l. 4 C. cit.) zu geben. Nach heutigem Recht ist die Willenserklärung des an Zahlungsstatt Leistenden („du sollst Eigentümer dieser Sache werden“), als solche verbindlich, und daher kann Erfüllung derselben nach ihrem Inhalt gefordert werden (vgl. §. 366 Note 8, §. 391 Note 37<sup>a</sup>). Hiernach ist das oben II. l. 1 S. 259 Gesagte zu ergänzen und zu berichtigen. Vgl. auch Römer Leistung an Erfüllungsstatt S. 67. 83. — Wie ist es bei der Eheilung? Von der Verhaftung wegen *Eviction* reden l. 66 §. 3 D. h. t., l. 14 C. fam. hore. 3. 86, l. 7 C. comm. div. 3. 87. Doch wird es nicht unerlaubt sein, die Grundsätze vom Kauf in den Fällen in Anwendung zu bringen, wo für die fragliche Sache nicht Geld, sondern eine andere Sache gegeben worden ist, vgl. l. 90 §. 3 i. f. D. fam. hore. 10. 2, l. 77 §. 18 D. de leg. 11<sup>o</sup> 31. — Wird nicht auch aus dem Mietvertrag wegen Entwehrung gehaftet? Dafür Keller S. 243 fg.; darüber Müller S. 123 fg. Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Mieter bloß zur Gewährung des Gebrauchs der Sache verpflichtet ist; aber kann man sagen, daß der Mieter „*evictionem patitur*“, wenn ihm das Haben der Sache von einem Dritten entzogen wird? L. 19 pr. D. loc. 19. 2 beweist dafür nicht; die *evictio*, von welcher diese Stelle redet, kann nämlich von einer *Eviction* des Vermiethers verstanden werden.

<sup>4</sup> Andere stellen sie in den, ohnehin schon hinlänglich beschwerten, allgemeinen Theil des Obligationenrechts, so z. B. Unterholzner, Seuffert, Bangerow. Auch Keller behandelt sie als allgemeine Lehre.

cc. Haftung des Verkäufers wegen der Beschaffenheit der Kaufsache.

aa. Sie hat Mängel<sup>2</sup>.

### §. 393.

Wegen der Mängel der Kaufsache haftet der Verkäufer<sup>1</sup>:  
1) wenn er ihre Abwesenheit versprochen hat<sup>2</sup>; 2) wenn er sie

<sup>1</sup> Dig. 21. 1 de aedilicio edicto et redhibitoria et quanti minoris. Cod. 4. 8. 393. 58 de aedilicio actionibus. — Reustetel in sein. und Jümmern's römisch-rechtl. Untersuchungen Nr. 9 (1821). Unterholzner Arch. f. civ. Pr. VI. 3 (1823). Gesserding Ausbeute von Nachforschungen VI. 2 Nr. 1 (1838); mit unbedeutenden Aenderungen wieder abgedruckt Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VI. 1). S. Keller in Sell's Jahrb. III. 4 (1844). Hoffmann Arch. f. prakt. RW. IV S. 177—199 (namentlich über die Bestimmungen der deutschen Particularrechte). Glük IX S. 1—168; Unterholzner II S. 263—279, Sinteris II S. 606—622, Bangerow III S. 609 Anm., Thöl Handelsr. I S. 82—85.

<sup>1</sup> Die Verhaftung des Verkäufers wegen der Mängel der Kaufsache beruht für das römische Recht: a) auf den Vorschriften des Civilrechts; b) auf den weiter gehenden Sätzen des Edicts der *causilischen* Aedilen. Nach Civilrecht haftete der Verkäufer nicht, wenn er nicht die Mängel arglistig verschwiegen, oder ihre Abwesenheit versprochen hatte; das Edict der Aedilen lehrte die Regel um, und sagte, der Verkäufer hafte für die Mängel immer, wenn er ihre Abwesenheit dem Käufer nicht ausdrücklich angezeigt habe (l. 1 §. 1 l. 38 pr. D. h. t.). Das Edict der Aedilen bezog sich zwar nur auf den Verkauf von Esclaven und Vieh (*pecus*); aber es ist durch die Jurisprudenz auf alle anderen Arten körperlicher Sachen ausgedehnt worden (l. 1 pr. l. 48 §. 6 l. 49 l. 63 D. l. 4 C. h. t.). Ueber und gegen die abweichende Ansicht, welche in dieser Beziehung Gans im Arch. f. civ. Pr. II. 9 aufgestellt hat, welche aber ohne alle Nachfolge geblieben ist, s. Thibaut das. V S. 350 fg., Unterholzner Arch. S. 76 fg. S. 97—101, Keller S. 121—123, Bangerow S. 327; über eine andere abweichende Ansicht von Busch s. unt. Note 4. Wenn in l. 13 pr. §. 1 D. de A. E. V. 19. 1 (über l. 6 §. 4 eod. s. Note 2 a. C.) bloß auf Grund des Vorhandenseins nicht angezeigter Mängel auch die *actio omni* gegeben wird, so soll damit nur gesagt sein, daß mit der *actio omni* (auf Grund der Formelconception: *quidquid paret N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> dare facere oportere ex fide bona*) auch der Inhalt des aedilicischen Rechts geltend gemacht werden könne. Unterholzner Arch. S. 109 fg., Keller S. 93 fg. S. 140 fg., Windscheid Voraussetzung S. 112 fg., Bangerow S. 324, Sinteris Anm. 79 u. 99, Schliemann Haftung des Gebenten S. 132—136; a. R. Reustetel S. 160 fg., s. auch Eohnselbst Lehre vom Interesse S. 185.

<sup>2</sup> Natürlich schon nach Civilrecht, l. 6 §. 4 l. 13 §. 3 D. de A. E. V. Windscheid, Pandecten. II. Bd. II. Abthl.

gekant und arglistigerweise verschwiegen hat<sup>3</sup>; 3) wenn er sie nicht gekant hat, dann<sup>4</sup>, wenn sie so erheblich sind, daß sie den Gebrauch der Sache beeinträchtigen<sup>5</sup>, und nicht so offenkundig, daß sie dem Käufer in die Augen fallen mußten<sup>6</sup>. In den beiden ersten Fällen haftet der Verkäufer auf das Interesse des

19. 1. Aber auch nach dem aedilischen Edict, l. 1 §. 1 l. 17 §. 20 l. 18 pr. l. 38 §. 10 l. 52 D. h. t. — In einer Anpreisung der Sache zum Zwecke ihrer Empfehlung liegt noch nicht die Uebernahme der Garantie für ihre Fehlerlosigkeit. L. 19 §. 3 D. h. t. „*Es autem sola dicta sive promissa admittenda sunt, quae sic dicuntur, ut praestantur, non ut iactantur*“. L. 19 §. 1. 2 eod. Es kann aber der Verkäufer, welcher durch eine solche Anpreisung den Käufer verleitet hat, möglicherweise wegen Betrugs in Anspruch genommen werden, l. 37 D. de dolo 4. 8. Vgl. Senff. Arch. XVIII. 237. — Das Versprechen der Abwesenheit des Mangels kann auch stillschweigend gegeben werden. L. 6 §. 4 D. de A. E. V. 19. 1, vgl. l. 19 §. 1 D. loc. 19. 2. Senff. Arch. VII. 31 S. 42; vgl. aber auch XVI. 181.

<sup>3</sup> Natürl. schon nach Civilrecht, vgl. l. 11 §. 5 l. 13 pr. § 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 35 §. 8 D. de contr. emt. 18. 1. Aber auch diese Bestimmung haben die Aedilen wiederholt, l. 1 §. 1 i. f. D. h. t. Dem Arglistigen hilft nicht einmal der Vertrag, daß er für Fehlerhaftigkeit der Sache nicht solle einzustehen haben, l. 14 §. 9 D. h. t.

<sup>4</sup> Dieß ist die aedilische Neuierung L. 1 §. 1 l. 38 pr. §. 5 D. h. t. L. 1 §. 2 eod.: — „*dummodo sciamus, venditorem, etiamsi ignoravit ea, quae nociles praestari iubent, tamen tonori debere*“. Auch ob die Unwissenheit des Verkäufers entschuldbar ist, oder nicht, ist gleichgültig. Dusch Arch. f. civ. Pr. XXVI. 9 hat die Behauptung aufgestellt, daß Entschuldbarkeit der Unwissenheit den Verkäufer in allen nicht durch den Wortlaut des Edicts vorgehenden Fällen (Sclaven- und Viehhandel) von der Verhaftung entbinde; f. dagegen Keller in Sell's Jahrb. III. 10, Sangerow S. 328.

<sup>5</sup> L. 1 §. 8 l. 10 pr. D. h. t. Nähere Ausführung in Betreff von Sclaven in l. 4 §. 6 — l. 15 D. h. t., in Betreff von Thieren in l. 38 §. 3 §. 7 — 9 eod. Animi vitia kamen bei Sclaven überhaupt nur dann in Betracht, wenn sie zu den im Edict speziell aufgezählten gehörten, l. 1 §. 9 — l. 4 §. 4 l. 65 D. h. t. Bei Thieren gelten animi vitia als physische Mängel, l. 38 §. 8. 9 l. 43 pr. D. h. t., vgl. l. 4 §. 3 eod. Unterholzner Arch. S. 70 Note 27, Keller S. 127 fg. (gegen Neustetel S. 233 fg.). Senff. Arch. V. 155, X. 29, XII. 137. XV. 116.

<sup>6</sup> L. 14 §. 10 D. h. t.: — „*ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit*“. L. 1 §. 6 l. 48 §. 4 eod. Der Maßstab, mit welchem gemessen wird, ist der Maßstab des gewöhnlichen Mannes, nicht der Maßstab des Kenners. Gesterding Arch. f. civ. Pr. IV S. 18—22, Lbbi S. 482. Senff. Arch. V. 155, VII. 295, X. 29.

Käufers<sup>7</sup>; im ersten Falle kann der Käufer außerdem ohne Weiteres Rücknahme der Sache verlangen, ohne erst beweisen zu müssen, daß sein Interesse gerade hierauf gehe<sup>8</sup>. In dem letzten Falle hat der Käufer die Wahl, ob er Herabsetzung des Preises verlangen<sup>9</sup>, oder ob er die Sache zurückgeben will<sup>10</sup>; einen Anspruch auf weiteres Interesse hat er nicht<sup>11</sup>. Der Anspruch auf

<sup>7</sup> L. 6 §. 4 l. 13 pr. §. 1—3 D. de A. E. V. 19. 1. Das Interesse des Käufers kann auch darin bestehen, daß der Verkäufer die Sache gegen Erstattung des Kaufpreises zurücknehme, l. 11 §. 8. 5 D. de A. E. V. 19. 1, vgl. l. 43 §. 6 D. h. t., l. 25 §. 1 D. de exc. rei iud. 44. 2. Keller S. 154 fg.

<sup>8</sup> Der Käufer kann „*redhibere*“ rom (l. 21 pr. h. t.: „*Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit, et quia reddendo id sabet, idcirco redhibitio est appellata, quasi redditio*“), er hat die actio redhibitoria, — gemäß der Vorschrift des aedilischen Edicts, welche diese Befugniß ausdrücklich auch für den Fall gewährt hatte, wo die Kaufsache nicht in Uebereinstimmung mit dem „*dictum promissum*“ sei, l. 1 §. 1 l. 18 pr. l. 38 §. 10 D. h. t. Senff. Arch. XI. 222. Nicht minder ist in diesem Fall auch die aedilische Klage auf Preisminderung begründet (l. 18 pr. h. t.); aber diese gewährt dem Käufer nichts Neues, da der Käufer Preisminderung auch mit der actio emti auf das Interesse erlangen kann. — Auch der Fall der Arglist ist im aedilischen Edict vorgehen, aber nur mit den Worten: „*Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidissio dicetur, iudicium dabimus*“ (l. 1 §. 1 i. f. D. h. t.), ohne daß bezeugt wäre, daß dieses iudicium einen andern Inhalt gehabt habe, als die civilrechtliche actio emti. S. auch l. 37 D. de dolo 4. 3. Neustetel S. 184 S. 199, Sincuis S. 612 in der Anmerkung.

<sup>9</sup> Actio aestimatoria oder quanti minoris.

<sup>10</sup> Diese Wahl gab ihm das aedilische Edict. L. 18 pr. l. 38 pr. l. 43 §. 6 D. h. t., l. 25 §. 1 D. de exc. rei iud. 44. 2. Die früher herrschende Meinung, daß die actio redhibitoria nur wegen Hauptmängel, nicht wegen Nebenmängel, begründet sei, ist jetzt aufgegeben. Gegen dieselbe Feuerbach civilistische Versuche Nr. 2, Neustetel S. 245 fg., Unterholzner Arch. S. 88. — Kann der Verkäufer der Auflösung des Vertrages dadurch entgegen, daß er den Mangel nachträglich verbessert? Verneint für die Zeit nach der Littecontestation bei Senff. Arch. XV. 116.

<sup>11</sup> Senff. Arch. IV. 25, X. 32. Hier liegt der Unterschied zwischen der aedilischen actio quanti minoris und der actio emti auf Preisminderung. Jene geht nur auf Preisminderung, diese auf Preisminderung, weil gerade Preisminderung im Interesse des Käufers liegt, während derselbe auch Leistung jedes anderen Interesse, welches im gegebenen Fall begründet ist, verlangen kann. Ueber und gegen die Auffassung Neustetel's, welcher die actio quanti minoris für eine ursprünglich civilrechtliche Klage hält, f. Note 1 a. S.

Breisminderung verjährt in einem Jahr, der auf Rücknahme in sechs Monaten<sup>12</sup>, der auf Leistung des Interesse in der gewöhnlichen Frist<sup>13</sup>.

### §. 394.

Zu dem Gefagten ist noch folgendes Nähere zu bemerken.

1. Der Anspruch auf Breisminderung geht eben auf Minderung des Kaufpreises, d. h. der gerade bei diesem Kaufe vereinbarten Kaufsumme. Er geht nicht auf Ersatz des Minderwerthes, welchen die Sache wegen des Mangels nach objectiver Schätzung hat<sup>1</sup>. Sind mehrere Sachen um Einen Preis verkauft

<sup>12</sup> L. 38 pr. 1 19 §. 6 l. 48 §. 2 l. 55 D. l. 2 C. h. t., l. 25 §. 1 D. de exo. rei iud. 44. 2. Die Zeit wird utiliter berechnet, l. 19 §. 6 l. 55 cit. Senff. Arch. X. 31. Diese kurze Verjährung bezieht sich aber nur auf die actio quanti minoris und redhibitoria als solche, nicht auf die actio emti, wenn mit dieser Breisminderung oder Rücknahme der Sache als Gegenstand des Interesses gefordert wird. Dagegen bezieht sie sich allerdings auf die actio emti, wenn durch diese nur das actioliche Recht selbst geltend gemacht wird. S. Note 1 a. E. und Unterholzner Arch. S. 103, 104, Keller S. 163, Vangerow S. 325, Schäffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. §. VIII S. 259 fg., Senff. Arch. X. 30. Für das römische Recht ist in dieser Beziehung nicht ohne Zweifel Sintonis S. 613 in der Anmerkung.

<sup>13</sup> Das BGB. Art. 349, 350 unterwirft alle Ansprüche wegen der Mängel der Kaufsache, nur nicht die aus dem Betrugs, einer sechsmonatlichen Verjährung.

<sup>1</sup> Wer eine Sache, die ohne den Mangel 10 werth gewesen wäre, um 20 gekauft hat, bekommt, wenn die Sache in Folge des Mangels nur 5 werth ist, 10 zurück (die Hälfte des Kaufpreises), nicht 5. Wer eine Sache, die ohne den Mangel 20 werth gewesen sein würde, um 10 gekauft hat, bekommt, wenn sie in Folge des Mangels nur 10 werth ist, 5 zurück (die Hälfte des Kaufpreises), nicht 10. Die Quellen gehen auf diesen Gegensatz nicht ein; sie setzen Uebereinstimmung des Kaufpreises mit dem wahren Werth der Sache voraus. In Folge davon sagen sie sowohl, daß der Käufer zurückbekomme, quanto minoris res fuerit (l. 38 pr. §. 13 D. h. t., l. 25 §. 1 D. de exo. rei iud. 44. 2), als daß er zurückbekomme, quanto minoris emturus fuerit (l. 13 pr. §. 1 D. de A. E. V. 19. 1. l. 32 §. 1 D. de evict. 21. 2). — Noch unrichtiger wäre es, wenn man sagen wollte, daß der Anspruch des Käufers auf die Differenz zwischen dem wirklichen Werth und dem Kaufpreise gehe, wornach in dem ersten der eben bezeichneten Fälle der Käufer 15 erhalten würde, im zweiten gar nichts. Es hieße das, den Parteien gehalten, bei Gelegenheit des Anspruchs auf Breisminderung sich zugleich für den Schaden zu erholen, welchen sie durch zu theueren Kauf oder durch zu wohlfeilen Verkauf erlitten haben. Vgl. über

worden, so ist der Preis nicht auf alle gleich zu vertheilen, sondern der auf jede fallende Theil des Preises nach Verhältnis ihres Werthes zu bestimmen<sup>14</sup>.

2. Gibt der Käufer die Sache zurück, so müssen beide Parteien in denselben Zustand zurückversetzt werden, in welchem sie sein würden, wenn der Kaufvertrag nie abgeschlossen worden wäre<sup>2</sup>. Demnach muß der Käufer die Kaufsache zurückgeben: a) mit allen ihren Accessionen, nicht bloß mit denjenigen, mit welchen er sie selbst erhalten hat, sondern auch mit denjenigen, welche später zu ihr hinzugetreten sind<sup>3</sup>; b) mit allen Früchten, welche er von der Sache gezogen hat, oder bei gehöriger Sorgfalt hätte ziehen können, ebenso mit allem sonst von der Sache gemachten Erwerb<sup>4</sup>; c) in demselben Zustand, in welchem er sie erhalten hat, oder mit Ersatz für die durch seine Schuld eingetretenen Verschlechterungen<sup>5</sup>. Andererseits ist der Verkäufer verpflichtet: a) zur Rückgabe des Kaufpreises<sup>6</sup> mit Zinsen<sup>7</sup>; b) zur Erstattung der Aus-

die verschiedenen Meinungen Hoffmann Arch. f. prakt. AB. IV. S. 181 fg., Bähr das. VII S. 67 fg., Pring S. 493, Sintonis S. 618 Text und Anm. 120, 122, auch die Citate bei Senffert §. 266 Note 2. Senff. Arch. XVIII. 124. Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Hofstad V S. 250 fg. S. 258 fg.

<sup>14</sup> L. 36 l. 64 D. h. t. Vgl. Sintonis Anm. 22. Es ist aber auch darauf Rücksicht zu nehmen, ob nicht durch die Fehlerhaftigkeit der einen Sache zugleich der Werth der anderen gemindert wird. L. 38 §. 13 D. h. t.

<sup>2</sup> L. 23 §. 1 D. h. t.: — „ut uterque resoluta emtione nihil amplius consequatur, quam haberet, si venditio facta non esset“. L. 23 §. 7 D. h. t. „Iulianus ait, iudicium redhibitoriae actionis utrumque, i. e. venditorem et emtorem, quantummodo in integrum restituere debere“. L. 60 D. h. t., l. 13 §. 2 D. de aeq. pass. 41. 2. Aber: „cum . . . servus, quem emi traditusque mihi est, a me redhibeatur, non est in ea causa, ut perinde habeatur, atque si meus nunquam fuisset; sed et fuit et desit“. l. 17 §. 2 D. de fartis 47. 2. Unterholzner Arch. S. 91 fg., Gesterding Ausbeute S. 33 fg., Zeitschr. S. 21 fg., Mommsen Beiträge II S. 34—36, Fyering Jahrb. f. Dogm. IV S. 17.

<sup>3</sup> L. 1 §. 1 l. 23 §. 1 l. 31 §. 3. 4 l. 33 §. 1 D. h. t.

<sup>4</sup> L. 1 §. 1 l. 23 §. 9 l. 24 l. 31 §. 2 D. h. t.

<sup>5</sup> Die Verschlechterung kann eine factische sein; davon l. 1 §. 1 l. 23 pr. l. 25 pr. — §. 8 l. 31 §. 9 D. h. t. Sie kann auch eine juristische sein, wenn nämlich der Käufer dingliche Lasten auf die Sache gelegt hat; der Käufer muß dieselben ablösen oder Ersatz dafür geben (sie hören nicht etwa von selbst ab). L. 21 §. 1 l. 43 §. 8 D. h. t., l. 4 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6.

<sup>6</sup> L. 25 §. 10 l. 26 D. h. t. — 7 L. 27 l. 29 §. 2 D. h. t.

lagen, welche der Käufer wegen des Kaufes gemacht hat, vorausgesetzt, daß auch der Verkäufer sie gemacht haben würde<sup>9</sup>; c) zum Ersatz des dem Käufer durch die Sache verursachten Schadens<sup>9</sup>; — so jedoch, daß der Verkäufer sich von jeder weiteren Leistung als der des Kaufpreises und der Zinsen dadurch befreien kann, daß er dem Käufer die Sache läßt<sup>10</sup>. Erfüllt der Verkäufer seine Verbindlichkeiten bis zum Urtheil nicht, obgleich der Käufer zur Leistung des ihm Obliegenden bereit ist, so wird er auf das Doppelte verurtheilt<sup>11</sup>. Ist die Kaufsache ohne Schuld des Käufers untergegangen oder demselben abhanden gekommen, so muß der Verkäufer die ihm obliegenden Leistungen machen, ohne seinerseits etwas zu erhalten; im Fall der Schuld des Käufers kann er von demselben Ersatz verlangen<sup>12</sup>. Wenn der Käufer sich freiwillig der Sache entäußert, so verliert er das Recht auf Zurücknahme<sup>12a</sup>. — Ist von mehreren zusammen verkauften Sachen Eine fehlerhaft, so erstreckt sich die Pflicht der Rücknahme und Rückgabe auf alle, wenn sie als ein Ganzes verkauft worden sind, oder wenn ihre Trennung nicht sichtlich geschehen kann<sup>13</sup>. Wird nur Eine

<sup>9</sup> L. 27 l. 29 §. 3 l. 30 D. h. t. Kein Ersatz für die Ernährung eines Sklaven (Theres), weil der Käufer auch keinen Ersatz für den Gebrauch desselben gibt, l. 30 §. 1 D. h. t. Seuff. Arch. V. 120.

<sup>10</sup> L. 23 §. 8 l. 29 pr. l. 31 pr. l. 58 pr. D. h. t. — Abgesehen von der Rehibition hat der Käufer einen Anspruch auf Ersatz des ihm durch die mangelhafte Beschaffenheit der Sache erwachsenen Schadens nur dann, wenn der Verkäufer eine Schuld trifft. Seuff. Arch. VII. 25, 170, XVI. 131.

<sup>11</sup> L. 23 §. 8 l. 29 §. 3 l. 58 pr. §. 1 D. h. t.

<sup>12</sup> L. 45 D. h. t. Vgl. §. 263 Note 11. 15. — Hat der Verkäufer die Sache einmal zurückgenommen, so muß er Alles leisten, was mit der actio redhibitoria von ihm verlangt werden kann, ohne daß er noch darüber streiten dürfte, ob auch wirklich ein Rehibitionssfall vorliege. L. 31 §. 17 D. h. t.

<sup>12a</sup> L. 31 §. 6 §. 11—15 l. 38 §. 3 l. 44 §. 2 l. 47 §. 1 l. 48 D. h. t. Gesterbing Ausbeute S. 48 fg., Zeitschr. S. 34 fg.

<sup>13</sup> Er gewinnt es aber wieder, sobald er sich wieder in der Lage befindet, die Kaufsache zurückgeben zu können. L. 43 §. 8 D. h. t. Anders nur, wenn er bei Veräußerung in Kenntnis der Fehlerhaftigkeit vorgenommen hat, worin ein Verzicht auf die Seltenmachung derselben liegt. L. 47 pr. h. t. Gesterbing Zeitschr. S. 40 fg. Seuff. Arch. II. 24, 170, VII. 296, X. 149, XVI. 106. Die sonstigen Ansprüche aus der Fehlerhaftigkeit der Sache schließt die Entäußerung, wenn nicht ein Verzicht in derselben enthalten ist, nicht aus. Seuff. Arch. III. 27, 28, V. 269, VII. 296, X. 255. — Vgl. auch XVIII. 127.

<sup>13</sup> L. 38 pr. §. 12, 14 l. 39, 40 l. 34, 35 l. 59 §. 1 D. h. t. L. 35

zurückgegeben, und alle sind um Einen Preis verkauft, so ist der auf sie fallende Theil des Preises in der zuvor bezeichneten Weise (Nr. 2 a. E.) zu bestimmen<sup>14</sup>.

3. Die Ansprüche auf Preisminderung und auf Rücknahme wegen nicht angezeigter Mängel fallen weg bei fiscalischen Verkäufen<sup>15</sup>; bloß der Anspruch auf Rücknahme fällt weg bei Verkäufen unbedeutender Sachen<sup>16</sup>.

4. Neben dem Anspruch auf Preisminderung und Rückgabe hat der Käufer noch das Recht, von dem Verkäufer zu verlangen, daß derselbe durch ein besonderes Versprechen die Abwesenheit der Mängel, durch welche jene Ansprüche begründet werden, garantire. Leistet der Verkäufer dieses Versprechen nicht, so kann der Käufer, auch wenn sich noch keine Mängel gezeigt haben, binnen zwei Monaten Rücknahme der Sache, binnen sechs Monaten sein Interesse verlangen<sup>17</sup>.

cit.: — „si separari non possint sine magno incommodo vel ad pietatis rationem offensam. Quid enim, si filio relicto parentes redhiberi maluerint vel contra? Quod et in fratribus et in personis contubernio sibi coniunctis observari oportet“. Vgl. über diese Frage Gesterbing Ausbeute S. 58 fg., Zeitschr. S. 42 fg., Sintenis Ann. 118; ferner den Aufsatz von Fid im Archiv für deutsches Wechsel- und Handelsr. VIII Nr. 2 und 4, namentlich S. 129 fg., und dazu Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. III S. 305. Seuff. Arch. IV. 24, XII. 234, vgl. V. 121.

<sup>14</sup> S. Note 1<sup>a</sup> und die daselbst citirten Stellen.

<sup>15</sup> L. 1 §. 3 D. h. t. Vgl. l. 1 §. 4, 5 eod.

<sup>16</sup> L. 48 §. 8 D. h. t. „Simpliarum venditionum causa ne sit redhibito, in usu est“. Ueber den Ausdruck f. Glüd XX S. 45, 46.

<sup>17</sup> L. 28 D. h. t., l. 16 §. 2 l. 31 i. f. l. 37 §. 1 i. f. D. de evict. 21, 2, l. 11 §. 4 D. de A. E. V. 19, 1, l. 14 C. eod. 4, 49, Theophil. ad §. 2 l. do div. stip. 9, 18. Diese Stellen reden zwar nur von Sklaven und Thieren; aber es ist kein Grund vorhanden, weßwegen gerade die in ihnen enthaltene Bestimmung des aedilicischen Edicts von der allgemeinen Erstreckung desselben auf andere Sachen ausgeschlossen sein sollte. Dagegen finde ich für die gewöhnliche Annahme, daß das aedilicische Edict von dem Verkäufer ein Versprechen des Doppelten verlangt habe, keinen genügenden Beweis in den citirten Stellen, auch in l. 37 §. 1 do evict. nicht. Umgekehrt nennt Theophilus das Doppelte bloß beispielweise, und l. 31 §. 20 D. h. t. bezeichnet die duplas stipulatio nur als „assidua“. Immerhin ist das Versprechen für den Käufer nicht ganz ohne Werth, da er durch dasselbe einen Anspruch auf Leistung des vollen Interesses erlangt. Belsach wird zwar behauptet, daß die Vorschrift heutzutage antiquirt sei, so z. B. von Sintenis S. 607 in der

5. <sup>18</sup> Die Ansprüche auf Preisminderung und Rücknahme greifen nicht Platz beim Kauf generisch bestimmter Sachen <sup>19</sup>. Bei einem solchen Kaufe muß als stillschweigend vereinbart angesehen werden, daß das zu Liefernde fehlerlos geliefert werden solle <sup>20</sup>; ist also etwas Fehlerhaftes geliefert worden, so ist trotz der Annahme des Käufers, wenn sie nur nicht in Kenntniß der Fehlerhaftigkeit erfolgt ist, der Vertrag nicht erfüllt <sup>21</sup>, und der Käufer

Ann., Arndts §. 304 Ann. 6, Schweppe röm. Privatr. III §. 431 a. E.; aber die Rechtfertigung dieser Behauptung würde den Beweis eines aufhebenden Gewohnheitsrechtes voraussetzen. Ohne weitere Bemerkung wird die Vorschrift vorgetragen in den Lehrbüchern von Thibaut §. 494, Wenig-Jungenheim II §. 363, Mühlbruch II §. 402, Bangerow S. 330. 331 (ber aber ihre Erstreckung auf andere Sachen als Vieh bestritten). Uebergangen ist sie in dem Lehrbuch von Seuffert. Wirklich unanwendbar, als auf römischer Volkssitte beruhend, ist die l. 31 §. 20 D. h. t. (vgl. §. 391 Note 3).

<sup>18</sup> Vgl. zu dem Folgenden, worüber viel Streit ist: Thöl Note 1. I §. 83; sodann den in Note 13 citirten Aufsatz von Fied, dazu Goldschmidt a. a. O. S. 301 fg., und wieder Fied a. a. O. IX S. 371 fg.; Bekker Jahrb. d. gem. R. VI S. 401 fg.; Seuffert 4. Ausg. §. 266 a. E. Bemerkenswert ist auch ein Erkenntniß des OAG. zu Oldenburg, Arch. f. d. Praxis des Oldenb. R. VII S. 181—202 (auf welches Seuffert aufmerksam gemacht hat). SOW. Art. 346—348.

<sup>19</sup> So Thöl und der ihm folgende Seuffert; a. M. Bekker, Goldschmidt, das Oldenburger Erkenntniß, und mit einer Unterscheidung Fied. Diese letzteren Schriftsteller stud aber in anderer Beziehung unter sich wieder verschiedener Meinung, s. Note 22.

<sup>20</sup> Diese Annahme ist nicht zu gewagt. Die Quellen stehen nicht entgegen; sie sprechen von unserem Falle nicht. Die Bestimmungen aber, welche sie über den Kauf individuell bestimmter Sachen enthalten, auf den Kauf generisch bestimmter Sachen zu übertragen, erscheint nicht gerechtfertigt. Ohne allen Zweifel gilt beim Kauf individuell bestimmter Sachen die Fehlerlosigkeit der Sache nach römischem Recht nicht ohne Weiteres als stillschweigend bebungen; aber hier wird eben auch diese bestimmte Sache verkauft. Die Auslegung: diese bestimmte Sache, und zwar als fehlerlose, ist eine viel ferner liegende, als bei dem Kaufe generisch bestimmter Sachen die Auslegung: eine Sache von diesen Merkmalen, und zwar eine fehlerlose Sache von diesen Merkmalen.

<sup>21</sup> Ist die Annahme in Kenntniß der Fehlerhaftigkeit erfolgt, so liegt eine vom Käufer acceptirte in solutum datio vor. Dagegen bewirkt irrige Annahme nicht, daß Erfüllung sei, was Erfüllung nicht ist. In einer solchen Annahme liegt nichts, als die Erklärung des Käufers, daß er Eigentümer der dargebotenen Sache zu dem Ende werden wolle, daß dadurch die Schuld des Verkäufers getilgt werde. Wirklich getilgt wird aber die Obligation nicht

kann anderseitige Lieferung <sup>22</sup>, daneben sein Interesse verlangen <sup>23</sup>. Dieses Interesse kann ihn möglicherweise auch berechtigen, eine anderweitige Lieferung nicht mehr anzunehmen <sup>24</sup>; abgesehen hiervon ist anderweitige Lieferung statt der zurückgewiesenen nicht bloß Pflicht, sondern auch Recht des Verkäufers. Das Geliieferte unter Kürzung des Kaufpreises behalten <sup>25</sup> darf der Käufer nur dann <sup>26</sup>, wenn er nachweisen kann, daß das Behalten im Interesse

durch die Annahmeerklärung des Käufers, sondern dadurch, daß dieser hat, was er haben soll (oder statt dessen mit seinem Willen ein Anderes).

<sup>22</sup> So Thöl, Seuffert, Fied, Goldschmidt; a. M. Bekker und das Oldenburger Erkenntniß, welches jedoch noch zwischen Annahme und Genehmigung unterscheidet. Uebereinstimmend auch das SOW. a. a. O. Es gibt zwei Wege, um zu dem Satz zu gelangen, daß der Käufer anderweitige Lieferung nicht verlangen könne, und demgemäß auf die acbilischen Ansprüche beschränkt sei. a) Man leugnet, daß die Fehlerlosigkeit der zu liefernden Sache als stillschweigend vereinbart anzusehen sei. Dieß ist der Standpunkt von Bekker, mit welchem übereinstimmt Römer Leistung an Zahlungsstatt S. 119 fg. b) Man behauptet, daß die Parteien durch Geben und Nehmen einen neuen Vertrag des Inhalts abschließen, daß fortan nur dieser bestimmte geleistete Gegenstand als Obligationssubject in Betracht kommen solle. Einen solchen Vertrag nehmen in verschiedener Formulirung das Oldenburger Erkenntniß und Treitschke tit. Jahrb. f. deutsche RR. XIV S. 711 an; dagegen Thöl §. 83 Note 18. M. E. liegt in dem Geben und Nehmen einer bestimmten Sache allerdings ein Vertrag; der Verkäufer erklärt im Geben, daß der Käufer diese bestimmte Sache zum Zweck der Erfüllung des Kaufvertrages haben solle, und diese Erklärung wird vom Verkäufer durch das Nehmen acceptirt. Aber dieser Vertrag bindet nur den Verkäufer, nicht den Käufer, und dem Letzteren ist es daher unbenommen, sie als nicht abgegeben anzusehen. Vgl. §. 366 Note 8, §. 391 Note 37.

<sup>23</sup> a) Möglicherweise ist dem Käufer durch die gelieferte fehlerhafte Sache ein Schaden zugefügt worden; sie hat z. B. Sachen des Käufers verdorben. Er verlangt Ersatz dieses Schadens, vorausgesetzt natürlich, daß den Verkäufer in Betreff der Fehlerhaftigkeit der Lieferung eine Schuld trifft. b) Die anderweitige Lieferung kann nicht mehr rechtzeitig beschafft werden; der Käufer fordert das Verzugsinteresse. — Seinerseits ist der Käufer zur Sorge für die angenommene oder ihm von auswärts zugesandte Waare verpflichtet. Thöl §. 86 Nr. 2. SOW. Art. 347.

<sup>24</sup> S. §. 280 Note 1. In diesem Falle ist er in derselben Lage, als wenn die actio redhibitoria für ihn begründet wäre, nur daß es ihm unbenommen bleibt, auch noch sein anderweitiges Interesse geltend zu machen.

<sup>25</sup> Was der actio quanti minoris entsprechen würde.

<sup>26</sup> Ein unbedingtes Recht zum Behalten mit Preis Kürzung geben dem

auch des Verkäufers liegt<sup>27</sup>. Durch die Billigung des Gelierten verliert der Käufer nicht seine Rechte wegen der ihm verborgen gebliebenen Fehler<sup>28</sup>; es müßte denn seine Schuld sein, daß sie ihm verborgen geblieben sind<sup>29</sup>. Ebenso wenig verliert er seine Rechte durch Annahme ohne Untersuchung<sup>30</sup>,

Käufer nicht nur diejenigen Schriftsteller, welche ihm die acbilicischen Klagen gewöhren (nur diese, wie Vetter und das Oldenburger Erkenntniß, oder auch diese, wie Fied und Goldschmidt), sondern auch Thöl und Seuffert. Thöl (S. 499) macht geltend: „der Verkäufer, welcher die gehörige Lieferung durch eine andere surrogirt, darf nicht selbst sein Factum ansehen“. Aber er „surrogirt“ für den vereinbarten Kaufpreis, nicht für einen niedrigeren. — Das doppelte Recht des Käufers, nach seiner Wahl entweder neue Lieferung verlangen, oder die acbilicischen Ansprüche erheben oder auch nur gegen Preisminde rung behalten zu dürfen, läßt sich nur in der Weise rechtfertigen, daß die Berufung auf die stillschweigende Verabredung der Fehlerlosigkeit zwar dem Käufer gestattet wird, nicht aber dem Verkäufer, und das halte ich nicht für zulässig.

<sup>27</sup> Im Einzelnen: a) er weiß nach, daß, wenn er nicht behalten hätte, der Verkäufer einen Schaden erlitten haben würde, gegen welchen er ihn durch das Behalten geschützt hat, „so wenn es sich um Bictualien handelt, die dem raschen Verderben ausgesetzt sind (auch nach den britischen Verhältnissen nicht auf Rechnung des Verkäufers verkauft werden können)“, C. A. Seuffert in Seuffert Pand. §. 276 Note 6. b) Er weiß nach, daß, wenn er nicht behalten hätte, er selbst einen Schaden erlitten haben würde, welchen der Verkäufer ihm hätte ersetzen müssen. Es kann nicht von ihm verlangt werden, daß er den Schaden wirklich erleide, und erst dann Ersatz für denselben suche (vgl. §. 346 zu Note 6). — Aus dem Gesagten ergibt sich übrigens, daß auch das Maß der dem Käufer gestatteten Preisminde rung durch das Interesse des Verkäufers bedingt ist.

<sup>28</sup> Thöl §. 85<sup>b</sup>. Billigung (vorausgesetzt natürlich, daß sie in Unkenntniß der Fehlerhaftigkeit erfolgt) ist nichts, als die Abgabe des Urtheils, daß die Leistung fehlerlos und somit vertragmäßig sei. Dieses Urtheil ist von Einfluß auf die Beweislast (§. 321 Note 6); aber zur Erfüllung zu machen, was nicht Erfüllung ist, ist es nicht im Stande. A. R. das Urtheil bei Seuff. Arch. VII. 308.

<sup>29</sup> Wobei ihm auch *lovis culpa* zur Last fällt, Thöl a. a. D. Note 5. Seuff. Arch. II. 92.

<sup>30</sup> Nur kann, wenn die Unterlassung der Untersuchung vor der Annahme schuldvolle Nachlässigkeit war (was sie keineswegs ohne Weiteres ist), der Verkäufer verlangen, daß nicht ein Anspruch gegen ihn erhoben werde, welchem er nicht ausgesetzt gewesen sein würde, wenn der Käufer untersucht hätte. Seuff. Arch. II. 22. 274, V. 119, VII. 295, IX. 88, X. 148, XIV. 130, vgl. V. 121. Eine besondere Auffassung das IX. 277. Vgl. auch IV. 78, VIII. 39.

oder durch Unterlassung sofortiger Anzeige nach entdecktem Mangel<sup>31</sup>.

§. Sie entbehrt Vorzüge.

### §. 395.

Der Verkäufer muß die Kaufsache in derjenigen Güte liefern, welche er ausdrücklich versprochen hat<sup>1</sup>, oder welche der Käufer nach den Umständen erwarten durfte, so daß sie als stillschweigend vereinbart angesehen werden muß<sup>2</sup>. Hat die Kaufsache diese Güte

<sup>31</sup> Thöl. §. 84, Seuffert §. 267 Note 4. Seuff. Arch. VII. 295; anders das II. 169, IV. 28, VI. 27, XIV. 126, XVII. 23 (dieses letztere Urtheil jedoch mit ausdrücklicher Beschränkung auf den Bereich des Handelsrechts). — Zu dieser und der vorhergehenden Note: S. S. Art. 347. Von auswärts übersendete Waaren soll der Käufer ohne Verzug („so weit dies nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang thunlich ist“) untersuchen. „Versäumt er dies, so gilt die Waare als genehmigt, so weit es sich nicht um Mängel handelt, welche bei der sofortigen Untersuchung nicht erkennbar waren“. Ebenso soll es als Genehmigung gelten, wenn der entdeckte Mangel nicht ohne Verzug angezeigt wird.

<sup>1</sup> S. die in §. 389 Note 13 citirten Stellen, welche sich aber theilweise §. 395. auf die Versicherung der Abwesenheit von Mängeln beziehen; ferner I. 1 §. 1 l. 17 §. 20 l. 18 l. 19 §. 1 l. 38 §. 10 D. h. t. Vgl. §. 393 Note 2; auch Seuff. Arch. I. 38, II. 23, XVII. 129, vgl. XVIII. 235. Buchla u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Hofstad v. S. 248—249. Fein Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation S. 10 fg.

<sup>2</sup> Hierher gehört namentlich der Fall, wo die äußere Erscheinung der Sache den Käufer zu der Annahme berechtigte, daß sie eine gewisse werthvollernde Eigenschaft habe; — „veluti si mensas quasi citreas omit, quas non eunt“ (I. 21 §. 2 D. de A. E. V. 19. 1). Diese Worte von einer ausdrücklichen Zusage der betreffenden Eigenschaft des Fisches zu verstehen, erlaubt der übrige Inhalt der Stelle nicht. Zweifelhafter ist es, ob nicht in I. 45 D. de contr. emt. 18. 1 (es werden alte aufgeduhte Kleider statt neuer verkauft) eine ausdrückliche Zusage des Verkäufers anzunehmen ist. Doch werden durch diese Annahme die Schwierigkeiten der Stelle nicht vermindert. Vgl. über diese Stellen Savigny Syst. III S. 285—290, Bangerow III S. 282—286, Windscheid Voraussetz. S. 116—119 und Heibelberger krit. Zeitschr. II S. 122—125, Mommsen Beiträge I S. 208 fg., II S. 280 fg., III S. 411 fg., Eohn selbst Lehre vom Interesse S. 179 fg. 185 fg. — S. S. Art. 385. „§. 395 im Vertrage über die Beschaffenheit und Güte der Waare nichts Näheres bestimmt, so hat der Verpflichtete Handelsgut mittlerer Art und Güte zu gewähren“. Vgl. auch Seuff. Arch. III. 26, V. 153, XVI. 104.

nicht, so kann der Käufer sein Interesse verlangen<sup>3</sup>; beim Mangel ausdrücklich zugesagter Eigenschaften kann er auch die Kaufsache ohne Weiteres zurückgeben<sup>4</sup>. Kaufverträge über generisch bestimmte Sachen sind nicht erfüllt, wenn das Gelieferte nicht die ausdrücklich oder stillschweigend zugesagte Güte hat; es gelten hier die gleichen Grundsätze, wie wenn das Gelieferte fehlerhaft ist (§. 394 Nr. 5).

Eine besondere in diesen Zusammenhang gehörige Bestimmung ist noch die, daß, wenn ein Thier zum Zweck des Verkaufs durch Zierathen aufgepußt worden ist, diese mit herausgeben werden müssen; geschieht es nicht, so kann der Käufer nach seiner Wahl entweder Herausgabe der Zierathen, oder Rücknahme des Thieres verlangen, muß jedoch den einen und den andern Anspruch binnen zwei Monaten geltend machen<sup>5</sup>.

#### d. Recht des Rücktritts.

##### §. 396.

Das Recht, von dem Kaufvertrage zurückzutreten, kann vertragsmäßig begründet sein (§. 323). Ein gesetzliches Rücktrittsrecht hat: 1) der Käufer bei Mangelhaftigkeit der Sache, oder wenn sie die zugesagten Eigenschaften nicht hat (§. 393. 394. 395); 2)<sup>1</sup> der Verkäufer, wenn er weniger als die Hälfte des wahren Wertes für seine Sache empfangen hat<sup>2</sup>. Es steht jedoch dem

<sup>3</sup> S. die in §. 389 Note 13 citirten Stellen; ferner l. 45 D. de contr. emt. 18. 1, l. 21 §. 2 D. de A. E. V. 19. 1. Seuff. Arch. XVI. 106.

<sup>4</sup> Er hat überhaupt die actiōnischen Ansprüche (l. 1 §. 1 l. 18 pr. l. 38 §. 10 D. h. t.), aber der Anspruch auf Preisminderung ist schon in seinem Anspruch auf Leistung des Interesses enthalten.

<sup>5</sup> L. 38 pr. §. 11 D. h. t. Abweichende Auffassungen bei Reustetel S. 201 fg. und bei Keller S. 192 fg. S. 152 in der Note; dagegen Bangerow S. 329.

<sup>1</sup> v. Bag Abhandlungen Nr. 14 u. 15. Strippelmann Entscheidungen II S. 266 fg. v. Madai theoretisch-praktische Erörterungen I Heft 2 Nr. 5. Müll XVII S. 19–125; Unterholzner II S. 245 fg., Sintenis II S. 635 fg., Bangerow III §. 611 Anm., Seuffert §. 272.

<sup>2</sup> S. g. laesio enormis. Es liegt in der Natur des Kaufvertrages, daß jeder Contractant seinen Vortheil sucht, — „naturaliter licere contractantibus se circumvenire“, l. 16 §. 4 D. de minor. 4. 4; f. noch l. 22 §. 2 l. 29 D. loc.

Käufer frei, durch Nachzahlung bis zum Betrage des wahren Wertes den Vertrag aufrecht zu erhalten<sup>2</sup>. Wählt der Käufer diesen Weg nicht, so erhält der Verkäufer gegen Rückzahlung des Kaufpreises seine Sache zurück<sup>3</sup>; in Betreff des Näheren muß die Analogie der Bestimmungen über Rückgabe wegen Fehlerhaftigkeit (§. 394 Nr. 2) entscheiden<sup>4</sup>. Dadurch, daß der Verkäufer den Mehrwerth der Sache gekannt hat, wird an und für sich sein Rücktrittsrecht nicht ausgeschlossen<sup>5</sup>; anders nur, wenn nach Lage

19. 2, l. 8 C. de resc. vend. 4. 44, Nov. 97 o. l. Seuff. Arch. II. 104. Aber hat die Uebervorteilung des einen Contractanten durch den andern nicht ihre Grenze, wo sie auch abgehen von dem Falle des Betrugs aufhört, erlaubt zu sein? Eine solche Grenze haben zu Gunsten des Verkäufers die Kaiser Diocletian und Maximian gesetzt, l. 2 C. de resc. vend. 4. 44, wiederholt l. 8 C. eod., f. auch l. 3. 4. 12. 15 eod., o. 3. 6 X. de emt. et vend. 3. 17. Man hat gefragt: 1) ob die kaiserliche Vorschrift nicht auf Grundstücke beschränkt sei? S. dagegen l. 2 cit. init. „Rom maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distrazerit“. . . 2) Ob sie nicht ihrem wahren Sinne nach auf den Käufer, und ebenso auf alle anderen gegenseitigen Verträge zu erstrecken sei? Dafür aus der neueren Zeit namentlich Chambrun Beiträge zum Obligationenrecht S. 111 fg.; Literaturübersicht bei Bemslein und bei Bangerow a. a. D. unter Nr. I, f. noch Brinz S. 499, Keller §. 339. R. E. liegt für eine ausdehnende Erklärung kein Anhalt vor; dawider spricht, daß auch in allen anderen Constitutionen, welche die Diocletianische Vorschrift erwähnen oder berücksichtigen, nur vom Verkäufer die Rede ist (l. 4. 12. 15 C. h. t.), so wie die Ignorirung derselben im Theodosianischen Codex (l. 1. 4. 7 C. Th. de contr. emt. 3. 1).

<sup>3</sup> L. 2 C. cit. — „vel, si emtor elegerit, quod deest iusto pretio recipias“. Der Käufer hat das Recht, durch Nachzahlung der Verpflichtung zur Rückgabe der Sache zu entgehen (f. g. facultas alternativa); aber er hat nicht die Verpflichtung, entweder die Sache zurückzugeben, oder nachzuzahlen (alternative Obligation). Geht daher die Sache ohne seine Schuld (Arglist) unter, so haftet er auf gar nichts.

<sup>4</sup> L. 2 cit. — „ut vel pretium te restituente emtoribus fundum venundatum recipias . . . vel . . .“ (Note 3). Stirbt der Verkäufer mit Hinterlassung mehrerer Erben, so kann nicht jeder derselben Rückgabe für seinen Antheil fordern; das Recht des Verkäufers ist untheilbar. Seuff. Arch. XII. 139.

<sup>5</sup> Vgl. Bangerow S. 356, Sintenis Anm. 219, Seuffert S. 101.

<sup>6</sup> Dieß ist bestritten; aber der Wortlaut der kaiserlichen Constitution bietet für eine beschränkende Auslegung keinen Anhalt, und Veranlassung zur Gütte ist beim Verkauf aus Noth nicht milder, als beim Verkauf aus Irrthum. Bangerow Nr. VI, Sintenis Anm. 223. Vgl. Seuff. Arch. III. 160, VI. 170, XIV. 218.



der Umstände Wille, auf den Mehrwerth zu verzichten, anzunehmen ist<sup>7</sup>. Die Vorschrift ist unanwendbar bei Sachen, die keinen festen Werth haben<sup>8</sup>, und bei gewagten Geschäften<sup>9</sup>. — Eine sehr allgemeine Praxis gibt auch dem Käufer ein Rücktrittsrecht wegen Verletzung über die Hälfte, ja dehnt dieses Recht auf alle gegenseitigen Verträge aus<sup>10</sup>.

### e. Besondere Kaufgegenstände.

#### §. 397.

Die im Vorstehenden entwickelten Grundsätze greifen im Allgemeinen auch beim Verkaufe von Rechten Platz. Namentlich gilt auch hier der Grundsatz, daß der Verkäufer nicht verpflichtet ist, dem Käufer das Recht selbst zu gewähren, sondern daß er genug thut, wenn er ihm den dauernden factischen Genuß desselben verschafft<sup>1</sup>. Dagegen finden hier keine Anwendung die Regeln über Verhaftung wegen nicht angezeigter Mängel; dieselben sind nur

<sup>7</sup> Welchem Willen nicht bloß Schenkungsabsicht zu Grunde liegen kann. Seuff. Arch. IV. 213 Nr. 2. „(Die Verletzungslage) findet nicht statt, wenn der Käufer mit Rücksicht auf die Erreichung eines andern Zweckes, z. B. um den Verkäufer zu einer Handlung zu bestimmen, zu theuer gekauft hat“. Das. XIII. 312. — Verzicht ohne Kenntniß des Mehrwerths: Seuff. Arch. II. 356, IV. 213 Nr. 8, VIII. 243, XI. 30.

<sup>8</sup> Seuff. Arch. IV. 28. 213 Nr. 1, VI. 23, VII. 306, X. 245, XII. 138. Bgl. IX. 143.

<sup>9</sup> Seuff. Arch. II. 292, IV. 105. 213 Nr. 3, 7, XIII. 148. Bgl. III. 317. — Ist die Vorschrift unanwendbar auch bei Versteigerungen? Dafür Seuff. Arch. IV. 213 Nr. 4, IX. 17; darüber VI. 323, XIII. 244. Bei Handelsgeschäften? Davüber Ehrl. Handeler. I § 64 Note 20, Seuff. Arch. I. 47. Anders das HGB. Art. 286.

<sup>10</sup> Auf Grund der in Note 2 bezeichneten ausdehnenden Auslegung. Glüd. XVII. S. 32, 122, Sintenis Num. 218, Bangerow Nr. I a. E. Für Ausdehnung auf den Käufer: Seuff. Arch. I. 45, II. 275, III. 160, IV. 212, 213, VI. 322, VII. 296; für Ausdehnung auf andere gegenseitige Verträge: das. I. 262, IV. 213, XI. 30, XIII. 148.

<sup>1</sup> L. 10 l. 46 §. 1 D. de evict. 21. 2. L. 46 §. 1 cit. „Si per alienum fundum nihil viam constitueris, evictionis nomine te obligari ait“. Bei dem Kaufe einer Forderung stellt sich das so, daß der Verkäufer erst dann haftet, wenn der Käufer nicht im Stande ist, von dem Schuldner (dem als Schuldner bezeichneten) Leistung zu erlangen. In diesem Sinne sind zu verstehen l. 4. 5 D. de

auf körperliche Sachen berechnet<sup>2</sup>. Im Besonderen ist anerkannt, daß der Verkäufer einer Forderung für die Gültigkeit, d. h. für die factische Realisirbarkeit derselben, nur dann haftet, wenn er die Garantie dafür übernommen, oder wenn er arglistigerweise eine schlechte Forderung verkauft hat<sup>3</sup>.

Wird ein Vermögen oder ein Bruchtheil eines Vermögens verkauft, so bildet den juristischen Gegenstand des Kaufs nicht das Vermögen als solches; der Kauf löst sich auf in eine Reihe einzelner Käufe, und es gelten die entsprechenden Grundsätze, wie bei der Schenkung eines Vermögens (§. 368)<sup>4</sup>.

### 2. Der Tausch\*.

#### §. 398.

Der Tausch unterscheidet sich von dem Kaufe dadurch, daß in demselben nicht eine Sache gegen Geld, sondern eine Sache gegen eine Sache hingegeben wird<sup>1</sup>. Die Verpflichtungen, welche aus dem Tausche entstehen, unterliegen, wie die aus dem Kaufe, dem freien richterlichen Ermessen<sup>2</sup>. Auch im Einzelnen haben sie

her. vel act. vend. 18. 4, l. 74 §. 3 D. de evict. 21. 2. Schliemann Haftung des Lebenden S. 72 fg. A. R. das DAB. zu Lübeck in dem Erkenntniß bei Seuff. Arch. XVI. 204. Bgl. §. 315 Note 4, und über die Frage nach der Gültigkeit des Kaufs einer nichtigen Forderung noch Römer Leistung an Zahlungsstatt S. 101 fg., Buchta u. Endreuttscheidungen des DAB. zu Rostock V S. 226.

<sup>2</sup> Bgl. Schliemann Haftung des Lebenden S. 130 fg.

<sup>3</sup> L. 4 D. de her. vel act. vend. 18. 4, l. 74 §. 3 D. de evict. 21. 2. Schliemann a. a. O. S. 75 S. 108 fg. Bgl. §. 336 Note 3. — Verkauf einer Actie, die als entwertet angeboten ist: Seuff. Arch. XIV. 25.

<sup>4</sup> Die Quellen sprechen namentlich von dem Verkaufe einer Erbschaft (Dig. 18. 4 Cod. 4. 39 de hereditate vel actione vendita); außerdem von dem Verkauf eines Peculium, z. B. l. 33 D. de aed. ed. 21. 1, l. 5 D. de evict. 21. 2. Im Einzelnen (.: a) l. 14 §. 1 D. l. 6 C. tit. cit.; b) l. 7 C. eod.; c) l. 2 C. eod., dazu aber auch l. 1 C. eod. nnd §. 398; d) l. ult. D. de transact. 2. 15 (§. 331 Note 8). Unterholzner II S. 287—291.

\* Dig. 19. 4 de rerum permutatione. Cod. 4. 64 de rerum permutatione §. 398. et praescriptis verbis. — Glüd. XVII. S. 76—128; Unterholzner II S. 436, Sintenis II §. 115.

<sup>1</sup> Stellen §. 385 Note 9.

<sup>2</sup> L. 2 C. h. t.

zum größten Theil den gleichen Inhalt, wie beim Kaufe und namentlich finden auch die Bestimmungen wegen Mängel und fehlender Vorzüge auf den Tausch Anwendung<sup>3</sup>; nur der Unterschied besteht, daß beim Tausch jeder der Contrahenten verpflichtet ist, dem andern Eigenthum zu verschaffen, und daher nicht erst wegen Entwehung haftet<sup>4</sup>.

### 3. Die Miethe\*.

#### a. Begriff und Abschluß.

##### §. 399.

Die Miethe ist gerichtet auf den Umsatz von Gebrauch gegen Geld. Der Vermietter sagt dem Miether den Gebrauch einer Sache<sup>1</sup>, oder den Gebrauch einer (regelmäßig seiner<sup>2</sup>) Arbeitskraft zu, der Miether verspricht dafür dem Vermietter Geld. Die Römer

<sup>3</sup> L. 19 §. 5 D. de aed. ed. 21. 1, 1. 2 D. h. t. Ueber die Berechnung des Mindertwerths s. Bähr Arch. f. prakt. RW. VII S. 70 fg.

<sup>4</sup> L. 1 §. 3 vgl. pr. D. h. t., l. 16 D. de cond. e. d. e. n. s. 12. 4. Diese Bestimmung hält für heutzutage unanwendbar v. b. Pfordten Abhandlungen S. 294, vgl. S. 248 fg. Auch Arnolds §. 308 erwähnt ihrer nicht. — Nach römischen Recht bestand ein noch viel wichtigerer Unterschied zwischen Kauf und Tausch darin, daß letzterer nicht Consensualcontract war, folglich eine Verpflichtung nicht aus der Tauschverhandlung als solcher, sondern erst aus dem durch Geben und Nehmen neu abgeschlossenen (Real-)Vertrag entstand (l. 1 §. 2 D. l. 8 C. h. t.), weswegen der Gebende bei ausbleibender Gegenleistung, oder auch nach freier Willkür (§. 321 Note 11), das Gegebene zurückfordern konnte, l. 1. 4. 5. 7 C. h. t., l. 16 D. de cond. e. d. e. n. s. 12. 4. — Ueber die Inakzigkeit des Rücktritts wegen Verletzung über die Hälfte s. §. 396 Note 2 und 10.

<sup>5</sup> Inst. 3. 24 de locatione et conductione. Dig. 19. 2 locati conducti. Cod. 4. 65 de locato et conducto. — Kritz Pandektenrecht Th. I Bd. I S. 191—384 (1837). Olliv. XVII S. 264—500, XVIII S. 1—60; Unterholzner II S. 316—358, Sintonis II §. 118.

<sup>1</sup> Der Ausdruck Gebrauch wird hier in weiterem Sinne genommen, so daß er den Fruchtgenuss mit umfaßt.

<sup>2</sup> Die Vermietzung der Dienste eines Fremden setzt die Befugniß voraus, über die Dienste desselben auch zu Gunsten Anderer zu verfügen. Aus den Quellen gehört hierher die locatio operarum liberti (l. 25 D. de op. lib. 38. 1), während die Römer in der Vermietzung der Dienste eines Slaven eine Vermietzung des Slaven selbst sehen. Vgl. Scaff. Arch. XI. 238.

bezeichnen die Miethe, wie den Kauf, gewöhnlich von ihren beiden Seiten<sup>3</sup>. Heutzutage spricht man im Leben in gewissen Fällen der Miethe von Pacht<sup>4</sup>; der Ausdruck Miethe im juristischen Sinne umfaßt auch die Pacht. Die Miethe, welche den Gebrauch einer Sache zum Gegenstand hat, heißt Sachmiethe; die Miethe, welche den Gebrauch einer Arbeitskraft zum Gegenstand hat, heißt Dienstmiethe<sup>5</sup>. Ein besonderer Fall der Dienstmiethe ist der, wo der Vertrag nicht sowohl auf die Dienste als solche, als vielmehr auf das durch dieselben herzustellende Arbeitsergebnis gerichtet ist<sup>6</sup>. Diesen besonderen Fall bezeichnet der Ausdruck Werkverdingung, oder auch Verdingung schlechthin<sup>7</sup>. — Die Sache, welche vermietet wird, kann eine bewegliche oder unbewegliche, eine körperliche oder unkörperliche<sup>8</sup>, eine eigene oder fremde<sup>9</sup> sein, auch eine eigene Sache des Miethers, wenn sie eben als solche vermietet

<sup>3</sup> Locatio et conductio. Locare heißt vermieten, conducere mieten.

<sup>4</sup> Namentlich wenn ein fruchttragendes Grundstück den Gegenstand des Vertrages bildet. Auch bei Gefällen, Gewerbetreibern u. dgl. wird die Bezeichnung gebraucht. Die Römer unterscheiden im Ausdruck zwar nicht Pacht und Miethe, wohl aber den Pächter eines fruchttragenden Grundstücks als colonus, und den Mieter eines Hauses als inquilinus (habitor, insularius).

<sup>5</sup> Locatio conductio rei, operarum.

<sup>6</sup> Z. B. es soll mir der Holzhauer mein Holz zerkleinern, der Schneider mir aus einem ihm übergebenen Stück Tuch ein Kleid herstellen, der Maurermeister mir ein Gebäude errichten, der Frachtfuhrmann, die Eisenbahngesellschaft mir Waaren transportieren. Vgl. l. 9 §. 5 l. 11 §. 3 l. 13 §. 1—6 l. 19 §. 7 l. 25 §. 7 l. 51 §. 1 D. h. t. Scaff. Arch. X. 266, XVIII. 33.

<sup>7</sup> Die Römer sagen locatio conductio operis, so aber, daß locare das Verdingen bezeichnet, also locator derjenige ist, welcher sich die Arbeit versprechen läßt, während conductor der Arbeitende ist. Vgl. jedoch auch l. 22 §. 2 D. h. t. „Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est; locat enim artifex operam suam, i. e. faciendi necessitatem“.

<sup>8</sup> So kann namentlich vermietet werden: der Nießbrauch (l. 12 §. 2 l. 33 D. de usufr. 7. 1), das Wohnungsrecht (l. 13 C. de usufr. 3. 33), die Emphyteusis und Superficies, eine Grunddienstbarkeit (mit dem herrschenden Grundstück, Scaff. Arch. XIV. 12), das Recht auf eine periodische Leistung (z. B. ein Zehntrecht), ein Gewerbsprivilegium. In den Quellen ist auch viel von der Verpachtung öffentlicher Gefälle (vectigalia) die Rede, vgl. z. B. l. 16 D. de V. S. 50. 16; tit. D. de . . . vectigalibus et commissis 39. 4. Verpachtung eines „Geschäftes“: Scaff. Arch. XVI. 213.

<sup>9</sup> S. z. B. l. 7 l. 9 pr. §. 6 D. h. t.

Bindscheid, Pandekten. II. Bd. II. Abth.

wird<sup>10</sup>. Auch daß eine Sache im Verlethe gewöhnlich als verbrauchbare in Betracht kommt, thut der Möglichkeit ihrer Vermietung keinen Eintrag, wenn sie nur neben ihrem bestimmungsgemäßen Gebrauch noch einen andern zuläßt, durch welchen sie nicht aufgebraucht wird<sup>11</sup>. — Besteht die Gegenleistung des Miethers in etwas Anderem als Geld, so spricht man nicht von Mieth<sup>12</sup>. Eine Ausnahme bildet nur die Pacht eines fruchttragenden Grundstücks; hier kann die Gegenleistung auch in einer Quote der Früchte bestehen<sup>13</sup>.

Für den Abschluß des Miethvertrages gelten die nämlichen Grundsätze, wie für den Abschluß des Kaufvertrages (§. 386. 387). Der Miethvertrag ist abgeschlossen, sobald die Parteien über die wesentlichen Punkte desselben, Miethsache und Miethgeld, einig geworden sind; es müßte denn über andere Punkte vorher verhandelt worden, und darüber Uneinigkeit geblieben sein<sup>14. 15</sup>.

<sup>10</sup> L. 29 pr. D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 35 §. 1 l. 37 D. de pign. act. 13. 7, l. 37 l. 28 D. de acq. vel am. poss. 41. 2. Miethet dagegen Jemand eine eigene Sache in dem Glauben, es sei eine fremde, so ist der Vertrag ungültig, l. 20. 23 C. h. t., l. 15 D. dep. 16. 3. l. 21 D. de usurp. 41. 3, l. 45 pr. D. de R. I. 50. 17. Ebenso wird der Miethvertrag hinterher ungültig, wenn der Miether das Eigenthum der gemieteten Sache erwirbt, l. 9 §. 6 D. h. t. S. aber auch §. 400 Note 18.

<sup>11</sup> Arg. l. 3 §. 6 l. 4 D. commod. 13. 6 (§. 374 Note 3).

<sup>12</sup> L. 5 §. 2 D. de praesor. verb. 19. 5, §. 2 l. h. t.

<sup>13</sup> L. 25 §. 6 D. l. S. 21 C. h. t. Vgl. übrigens Gesterding Ausbeute IV. 1 S. 141 fg., Sintenis Anm. 4.

<sup>14</sup> L. 1 l. 2 pr. D. h. t., l. 24 C. h. t. Im Einzelnen (s.: a) l. 25 pr. D. h. t. (vgl. §. 386 Note 5 a. G., Seuff. Arch. XVII. 31); b) §. 1 l. h. t., l. 22 pr. D. de praesor. verb. 19. 5, f. aber auch l. 5 §. 10 l. f. D. de inst. act. 14. 8 (Miethvertrag ohne ausdrückliche Ausmachung des Miethpreises, vgl. Pfeiffer prakt. Ausführungen VII. 7, Schäffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. §. VII. 1, Polzschuher III §. 303 Nr. 1, Seuff. Arch. IV. 216, VIII. 269, XII. 154 [f. auch I. 354, VIII. 59, IX. 174, XV. 135]); c) l. 46 l. 20 §. 1 D. h. t., l. 10 §. 2 D. de acq. vel. am. poss. 41. 2; d) l. 20 pr. D. h. t.

<sup>15</sup> Das römische Recht verbietet Pachtungen den Decurionen (l. 30 C. h. t.), den Soldaten (l. 31. 35 C. h. t., l. 50 D. h. t.), den Geistlichen (Nov. 123 c. 6); den Beamten des kaiserlichen Kronvermögens Pachtungen von Ländereien, welche zu diesem Kronvermögen gehören (l. un. C. quib. ad cond. praed. fise. 11. 72). Dieß sind Sätze des römischen Verwaltungsrechtes, welche auf heutige Anwendbarkeit keinen Anspruch machen können. Außerdem sind Vormün-

## b. Verpflichtungen.

## a. Sachmieth.

## §. 400.

Die Verpflichtungen aus dem Miethvertrage stehen unter freiem richterlichen Ermessen<sup>1</sup>. Die Hauptpunkte sind, was zunächst die Sachmieth angeht, folgende.

1. Der Vermiether muß dem Miether den Gebrauch der vermieteten Sache mit ihren Zubehörungen<sup>2</sup> gewähren<sup>3</sup>. Ist er dazu nicht im Stande, weil er eine Sache vermietet hat, an welcher er nicht das gehörige Recht hatte, so haftet er dem Miether auf das Interesse, in gleicher Weise wie bei jeder anderen ursprünglichen, bloß subjectiven Unmöglichkeit (§. 264. 315)<sup>4</sup>. Ist die Unmöglichkeit der Gewährung hinterher eingetreten, so haftet der Vermiether auf das Interesse, wenn er an der Unmöglichkeit Schuld ist; sonst ist er frei, bekommt aber auch kein Miethgeld<sup>5</sup>. Schuld ist nicht bloß Arglist, sondern auch jede Nachlässigkeit<sup>6</sup>. Ein besonderer Fall der Schuld ist der, wo der Vermiether sich selbst durch eine Veräußerung in die Unmöglichkeit versetzt, den Ge-

bern vor abgelegter Vormundschaftsrechnung fisciatische Pachtungen bei Strafe der Fälschung verboten, l. 49 pr. §. 1 D. h. t., l. un. C. ne tut. vol cur. 5. 41. Vgl. überhaupt Stück XVII S. 297 fg.

<sup>1</sup> Die actio locati (die actio des Vermieters) und die actio conducti (die actio des Miethers) sind actiones bonae fidei, §. 28 l. de act. 4. 6, l. 17 C. h. t.

<sup>2</sup> L. 19 §. 2 D. h. t.

<sup>3</sup> Er muß ihm das uti frui licere praestare. S. j. B. l. 15 §. 1 l. 24 §. 4 D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. IV. 34, XVIII. 238.

<sup>4</sup> L. 7. 8 l. 9 pr. §. 1 l. 15 §. 8 l. 35 pr. D. h. t. Unterholzner S. 333 Note f, Keller Jahrb. b. gem. R. VI S. 316—320. In l. 9 pr. cit. wird auf den Miether, welchem der Besitz der Sache von einem besser Berechtigten genommen wird, auch der Ausdruck evictio angewendet. Vgl. mit Müller Lehre von der Eviction S. 123 fg. Keller a. a. O. S. 243 fg., und oben §. 392 Note 3; Seuff. Arch. XII. 235.

<sup>5</sup> L. 9 §. 3. 4 l. 19 §. 6 l. 30 pr. §. 1 l. 33. 34. 35 pr. l. 60 pr. D. h. t., l. 12 C. h. t.; l. 27 pr. D. h. t.; l. 9 §. 2 l. 55 pr. D. h. t. Vgl. §. 321 Note 16. Seuff. Arch. VI. 188, VIII. 252, XIV. 227, XV. 221.

<sup>6</sup> L. 5 §. 2 D. commod. 13. 6, l. 23 D. de R. I. 50. 17, l. 28 C. h. t.

brauch der Sache zu gewähren? Zur Gewährung des Gebrauchs gehört auch, daß die Sache in gutem Zustande erhalten

7 Hierüber bemerkt man Folgendes. a) Der Erwerber treibt den Miether kraft seines dinglichen Rechtes aus, l. 25 §. 1 l. 32 D. l. 9 C. h. t., l. 59 §. 1 D. de uoat. 7, l. 1. 120 §. 2 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30. Dieß ist der wahre Sinn der Rechtsparodie: Kauf bricht Mieth. (Der Erwerber ist dabei auch an seine Ablösungsfrist gebunden. Anders Senff. Arch. VIII. 42.) b) Dagegen wird durch die Veräußerung das Miethverhältniß nicht aufgelöst, weder zu Gunsten des Vermiethers, welcher nun dem Miether Schadenersatz leisten muß (l. 25 §. 1 l. 32 D. h. t., l. 120 §. 2 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30), noch zu Gunsten des Miethers, welcher noch wie vor Miethgeld zahlen muß, wenn der Vermiether ihm, etwa in Folge einer Vereinbarung mit dem Erwerber (l. 25 §. 1 l. 58 pr. D. l. 9 C. h. t., vgl. l. 50 D. de I. F. 49. 14), den Gebrauch der Sache trotz der Veräußerung gewährt (über l. 32 D. h. t. l. §. 361 Note 5 [B]). c) Der Schaden, welchen der Miether dadurch erleidet, daß der Erwerber ihm die Sache nimmt, ist oft schwer nachzuweisen; Aberdies sind, namentlich bei der Hausmieth, die Interessen, welche dadurch gekränkt werden, nicht immer bloß Vermögensinteressen. Kann der Miether sich nicht in anderer Weise helfen? α) Ist zur Vollendung der Veräußerung Besitzübertragung erforderlich, wie namentlich zur Vollendung der Eigenthumsübertragung durch Willenserklärung unter Lebenden, und hat der Miether die ganze Sache gemiethet, nicht bloß einen einzelnen Theil derselben, so kann er die Besitzergreifung, und damit den Eigenthumserwerb des Käufers u., factisch hindern. Daburch setzt er sich zwar an und für sich dem interdictum unde vi des Vermiethers aus (l. 12 l. 18 D. de vi 43. 16, l. 20 D. de acq. vel am. poss. 41. 2), aber nach der ausdrücklichen Bestimmung der l. 12 cit. soll dasselbe wegsallen, wenn der Miether „propter iustam et probabilem causam“ sich im Besitze behauptet hat; s. auch l. 1 C. unde vi 8. 4. Mühlenbruch Cession S. 279 Note 7b, Sintenis Ann. 117 (S. 665). A. M. Gesterding Ausbente III S. 223 fg., Träger Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. §. XVIII S. 63, indem sie die „iusta et probabilis causa“ nicht auf das Miethverhältniß beziehen. Vgl. auch Senff. Arch. VI. 187. β) Das OAG. zu Rostock hat am 15. April 1860 erkannt Buchta u. Budde Entscheidungen I S. 54, daß der Miether gegen die bevorstehende Veräußerung ein dieselbe bei Strafe der Nichtigkeit verbietendes gerichtliches Inhibitorium erwirken könne. γ) Die Vergebung zwischen dem Vermiether und dem Erwerber, wodurch die Fortdauer des Miethverhältnisses ausgemacht wird, kommt zwar an und für sich dem Miether nicht zu Gute. Insofern aber darin eine wirkliche Schulübernahme liegt, kann allerdings der Miether durch seinen Beitritt ein Forderungsrecht gegen den Erwerber auf Gewährung des Gebrauchs erlangen (§. 340 Note 4). Es kann ferner der Vermiether seinen Anspruch aus einer solchen Vergebung dem Miether cediren, so er ist zu dieser Cession aus dem Miethvertrag verpflichtet. Vgl. auch das Urtheil des OAG. zu Rostock vom 23. September 1861 bei Buchta u.

werde<sup>8</sup>. — Hat die vermietete Sache einen den Gebrauch beeinträchtigenden Fehler, so haftet der Vermiether dem Miether auf das Interesse, wenn er den Fehler arglistigerweise verschwiegen hat, ferner wenn er die Abwesenheit desselben ausdrücklich oder stillschweigend zugesagt hat; jedenfalls aber bekommt der Vermiether, soweit der Gebrauch der Sache durch den Fehler beeinträchtigt wird, kein Miethgeld<sup>9</sup>. — Für Verwendungen, welche der Miether auf die Sache gemacht hat, muß der Vermiether Ersatz geben, wenn sie nothwendig waren oder sonst in seinem Interesse lagen; für Verwendungen anderer Art hat der Miether nur das Recht der Wegnahme<sup>10</sup>. — Endlich hat der Vermiether die Lasten der Sache zu tragen<sup>11</sup>.

2. Der Miether ist verpflichtet, das Miethgeld zu zahlen: wenn nichts Anderes ausgemacht ist, nach gemachtem Gebrauch<sup>12</sup>. Die Verpflichtung des Miethers fällt dadurch nicht weg, daß er

Budde Entscheidungen V S. 269 — 270 (welches auf Grund des bei §. 330 Note 12 bezeichneten Satzes dem Miether die Geltendmachung des Anspruchs des Vermiethers auch ohne Cession gewährt). — Vgl. überhaupt: Gesterding Ausbente III S. 215 — 276 (1880). Dernburg Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht u. Civilprozeß Nr. 1 (1849). Träger Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. §. XVIII 3 (1861). Friedlieb das. XIX. 16 (1862). Sintenis II S. 664 — 667, Bangerow III §. 643 Ann. 2, Kunze zu Holzschuber III §. 299 Nr. 11.

<sup>8</sup> L. 15 §. 1 l. 19 §. 2 l. 25 §. 2 D. h. t., l. 13 §. 6 D. de damno inf. 39. 2.

<sup>9</sup> L. 19 §. 1 D. h. t., l. 6 §. 4 D. de A. E. V. 19. 1; vgl. l. 45 §. 1 D. h. t. Kannte der Miether den Mangel, so hat er natürlich keinen Entschädigungsanspruch. L. 13 §. 6 D. de damno inf. 39. 2. Sintenis S. 656. — Vgl. Senff. Arch. XII. 149. 150 (L. 338, VII. 31, XVI. 214).

<sup>10</sup> L. 56 §. 1 l. 19 §. 4 D. h. t. L. 55 §. 1 cit. „In conducto fundo si conductor sua opera aliquid necessario vel utiliter auxerit vel aedificaverit vel instruxerit, cum id non convenisset, ad recipienda ea, quae impendit, ex conducto cum domino fundi experiri potest“. Sintenis Ann. 68. — Darf der Pächter die Sachen, welche er mit dem Pachtobject verbunden hat, auch gegen den Willen des Verpächters, der sie gegen Ersatz ihres Wertes behalten will, wieder wegnehmen? Senff. Arch. VII. 30, XVI. 108.

<sup>11</sup> L. un. §. 3 D. de via publ. 43. 10, l. 4 l. 20 §. 4 C. de agric. 11. 47, l. 32 §. 6 D. de adm. tut. 26. 7. Ueber Einquartierungsstellen s. Buchta §. 366. c, Bangerow III §. 641 Ann. 2, Sintenis Ann. 69, Holzschuber III §. 299 Nr. 9.

<sup>12</sup> Arg. l. 24 §. 2 D. h. t. Eine stillschweigende Bestimmung über die

von der ihm zur Verfügung gestellten Sache keinen Gebrauch gemacht hat<sup>12</sup>, nicht einmal dadurch, daß er von derselben Gebrauch zu machen verhindert war<sup>14</sup>; in beiden Fällen jedoch vorausgesetzt, daß der Vermiether den Gebrauch der Sache nicht in anderer Weise verwerthet hat<sup>15</sup>. Besonders gilt für den Pächter eines fruchttragenden Grundstücks<sup>16</sup>: derselbe kann, wenn die Fruchtgewinnung eines Jahres durch außerordentliche Unglücksfälle in beträchtlichem Grade geschmälert wird, einen Nachlaß am Pachtgelde verlangen, muß jedoch außergewöhnlich reiche Jahre mit den Mißjahren ausgleichen<sup>17</sup>. — Der Miether ist ferner verpflichtet, nach Beendigung der Miethzeit die gemiethete Sache wieder herauszugeben. Dieser Verpflichtung kann er sich auch durch Berufung auf sein Eigenthumsrecht nicht entziehen, wenn der Vermiether dasselbe bestrittet; er muß die Sache herausgeben, und sein Eigenthumsrecht in einem besonderen Prozesse geltend machen<sup>18</sup>. Verweigerung der Rückgabe bis zum Urtheil zieht Verurtheilung auf das Doppelte nach sich<sup>19</sup>. Ist dem Miether die Rückgabe

Zeit der Zahlung des Mietgelbes liegt darin, daß dasselbe auf So und So viel für einen gewissen Zeitabschnitt festgesetzt wird; hier muß nach Ablauf eines jeden Zeitabschnittes gezahlt werden.

<sup>12</sup> L. 24 §. 2 l. 27 §. 1 l. 55 §. 2 D. h. t.

<sup>14</sup> L. 61 §. 1 D. h. t. und arg. l. 19 §. 9. 10 eod.

<sup>15</sup> L. 19 §. 9. 10 D. eod.

<sup>16</sup> W. Sell Arch. f. civ. Pr. XX. 8 (1837). Jacobi über Remission des Pachtzinses nach gemeinem und preuß. Recht (1856). Wangerow III §. 641 Anm. 1, Sinteris II S. 657—660, Holzschuher III §. 299 Nr. 6. Ueber eine besondere Frage aus dieser Lehre: Albert über Remissionsentfagung des Pächters (1831).

<sup>17</sup> L. 15 §. 2—5. 7 l. 25 §. 6 D. l. 8 C. h. t., c. 3 X. de loc. 3. 18. Außergewöhnliche Unglücksfälle: wie Ueberschwemmung, Dürre, Hagelschlag, Vogelstich, Kriegsverwüstung; nicht etwa auch: „si vinum coacurrit, si rauceis aut herba segetes corruptas fuerint“, l. 15 §. 2. 3. 4 eod. Schmälderung des Fruchtgewinnes: anders, wenn die geernteten Früchte von einem Unglücksfall betroffen worden sind. Beträchtliche Schmälderung: l. 25 §. 6 eod. Compensation: dieselbe erstreckt sich auch auf Nachzahlung des Erlassenen, l. 15 §. 4 l. 8 C. eod., c. 3 X. eod.

<sup>18</sup> L. 25 C. h. t. Diese Stelle, wie Thon (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. 24) und nach ihm Sinteris thun, auf den Fall zu beschränken, wo der Miether das Eigenthum nach Abschluß des Vertrages erworben hat, ist kein Grund vorhanden.

<sup>19</sup> L. 10 C. unde vi 8. 4, l. 34 C. h. t. (§. 263 Note 10. 15).

unmöglich, oder kann er die Sache nur in verschlechtertem Zustande zurückgeben, so haftet er dem Vermiether auf das Interesse, wenn die Unmöglichkeit oder die Verschlechterung in Folge seiner Arglist<sup>20</sup> oder seiner Nachlässigkeit eingetreten ist<sup>21</sup>; für Zufall steht er nur dann ein, wenn dieß bedungen ist<sup>22</sup>. — Die Sache weiter zu vermietthen, ist dem Miether, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht ist, nicht verboten<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> L. 25 §. 5 l. 43 D. h. t. Hierher gehört es auch, wenn der Miether die Sache anders gebraucht, als ihm nach den Bestimmungen des Mietvertrages erlaubt ist. Er steht in diesem Falle für alle Folgen ein, welche ohne diese Vertragsverletzung nicht eingetreten sein würden, auch wenn sie ihm an und für sich nicht zur Schuld gereichen, l. 11 §. 1. 4 l. 12 D. h. t. Vgl. l. 13 §. 3 eod. und §. 375 Note 10.

<sup>21</sup> L. 5 §. 2 D. commod. 13. 6, l. 23 D. de R. I. 50. 17, l. 28 C. h. t.; l. 9 §. 3 l. 11 §. 2 l. 19 §. 2 l. 25 §. 3 l. 30 §. 2 D. h. t.; l. 11 pr. l. 30 §. 4 D. h. t.; l. 27 §. 9. 11 D. ad leg. Ag. 9. 2 (vgl. l. 11 D. de per. et comm. 18. 6 und Ubbelohde Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 216—219); l. 13 §. 7. 8 l. 25 §. 4 D. h. t.

<sup>22</sup> L. 9 §. 2 l. 30 §. 4 D. h. t. Hierher gehört auch der Fall, wenn die Miethsache gegen eine Taxe in dem Sinne hingegeben wird, daß entweder die Sache oder die Taxe zurückgegeben werden soll, l. 54 §. 2 D. h. t. Diese Verabredung ist namentlich bei dem Pachtvertrage in Betreff des mitübergebenen Viehbestandes und anderen Gutsinventars häufig (s. g. Eisenviehvertrag, contractus sociatae, — welcher Vertrag aber auch in Betreff einer Viehheerde als solcher, ohne daß dieselbe als Gutsinventar in Betracht kommt, abgeschlossen werden kann). Die Neueren pflegen in dem Fall einer solchen Verabredung von einer locatio conductio irregularis zu reden. Nicht zu verwechseln ist der Fall, wenn die Schätzung in dem Sinne gemacht wird, daß die Schätzungssumme ganz und unbedingt an die Stelle der übergebenen Sache treten soll. In diesem Falle, von welchem l. 3 D. h. t. handelt, liegt kein Mietvertrag mehr vor, sondern ein Kaufvertrag mit Creditirung der Kaufsumme. Vgl. überhaupt W. Sell Arch. f. civ. Pr. XIX S. 304—317, Chambon Beiträge zum Obligationenrecht S. 12 fg., Sinteris Anm. 15, Beseler deutsches Privatr. III S. 203 fg. S. 205 fg. Auch Holzschuher III §. 298 Nr. 6.

<sup>23</sup> L. 6 C. h. t., l. 30 l. 58 pr. D. h. t., vgl. l. 13 §. ult. D. de usufr. 7. 1. Natürlich wird aber dadurch weder an dem Rechtsverhältniß zwischen Vermiether und Miether etwas geändert, noch ein Rechtsverhältniß zwischen Vermiether und Untermiether begründet. Senff. Arch. III. 48. S. jedoch auch l. §. 231 Note 5, II §. 342 Note 42.

## B. Dienstmiethe.

## §. 401.

Der Vermiether ist verpflichtet, die versprochenen Dienste zu leisten oder zu verschaffen, bez. das versprochene Arbeitsergebnis herzustellen, so wie die ihm beim Miethevertrage übergebenen Sachen zurückzugeben<sup>1</sup>; der Miether ist verpflichtet, das Miethegeld zu zahlen<sup>2</sup>. Der Vermiether haftet auch hier nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen Nachlässigkeit<sup>3</sup>; außerdem steht er dafür ein, daß er die Fähigkeiten, zu welchen er sich ausdrücklich oder stillschweigend bekannt hat, wirklich habe<sup>4</sup>. Bedient er sich bei der Dienstleistung oder Arbeitsausrichtung eines Gehilfen oder Vertreters, so ist zu unterscheiden, ob ihm dieß nach dem Sinne des Vertrages erlaubt war, oder nicht; im letzteren Fall steht er für die Handlungen des Gehilfen zc. unbedingt ein<sup>5</sup>, im ersten Fall nur insofern, als er bei der Auswahl nicht die gehörige Sorgfalt aufgewendet hat<sup>6</sup>. Wird ihm das Reisten der Dienste ohne seine Schuld unmöglich, so gilt auch in dieser Be-

§. 401. <sup>1</sup> L. 22 l. 14 C. h. t. Vgl. l. 26 D. h. t. „In operis duobus simul locata convenit priori conductori ante satisfieri“.

<sup>2</sup> Bei der Werkverbindung mit Zinsen nach Ueberlieferung der gefertigten Arbeit, nach Analogie des für den Kaufvertrag Geltenden (§. 389 Note 18)? Stein: Senff. Arch. XIII. 10.

<sup>3</sup> L. 5 §. 2 D. commod. 13. 6, l. 23 D. de R. I. 50. 17, l. 23 C. h. t.; l. 13 pr. — §. 4. 6 l. 25 §. 7 D. h. t.

<sup>4</sup> L. 9 §. 5 D. h. t. „Celsus etiam imperitiam culpae adnumeranda . . . scripsit; . . . quippe ut artifex . . . conduxit“. L. 11 §. 5 D. h. t., l. 27 §. 29 D. ad leg. Aquil. 9. 2. — Vorbehaltlose Annahme der Arbeit beruht nicht der Ansprüche wegen der Fehler, welche dem Annehmenden ohne seine Schuld vorhergehen waren. Senff. Arch. VIII. 43, X. 256, XII. 153, vgl. XVI. 27.

<sup>5</sup> Vgl. l. 19. 21. 23 D. pro socio 17. 2, l. 55 pr. §. 2 D. de adm. tut. 26. 7.

<sup>6</sup> Das Gesagte folgt aus der Natur der Sache. Dürfte derjenige, welcher sich die Arbeit versprechen läßt, nach Lage der Umstände nicht darauf rechnen, daß die Arbeit allein durch denjenigen, welcher sie verspricht, werde ausgeführt werden, so ist es der bona fides nicht gemäß, daß der Versprechende für mehr einstehe, als für culpa in eligendo. Analoge Entscheidungen in l. 21 §. 3 D. de neg. gest. 3. 5, l. 45 §. 1 D. fam. herc. 10. 2, l. 10 §. 1 l. 11 l. 20 D. commod. 13. 6. A. R. Puchta Vorlesungen zu §. 302 (S. 160 unt. in der 4. Aufl.), Ubbelohde Arch. f. prakt. RW. VII S. 229 fg. (1860) und

ziehung die gleiche Regel, wie bei der Sachmiethe: der Vermiether haftet zwar seinerseits nicht, bekommt aber auch keine Gegen-

Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 199 fg. (1864), und, was die Werkverbindung angeht, Burchardi über die Verantwortlichkeit des Schutzmanns für seine Gehilfen bei der Erfüllung von Obligationen (Kiel 1861); vgl. auch Thering Jahrb. f. Dogm. VI S. 84. 95. Die Grundvorstellung der drei zuerst genannten Schriftsteller ist die gleiche: nach dem Sinne des abgeschlossenen Vertrages nehme der Arbeitende die Gefahr der Verschulbung der von ihm gebrauchten Gehilfen auf sich. Eine Rechtfertigung dieser Annahme hat Puchta nicht versucht; Ubbelohde (Zeitschr. S. 267 fg.) sieht sie darin, daß der Arbeitende in der Lage sei, sich durch Erhöhung des Lohns eine „Assuranzprämie“ für die übernommene Gefahr zu verschaffen; Burchardi (S. 145) argumentirt so: der Uebernehmer verspricht die Herstellung eines Werkes, damit übernimmt er die Verantwortlichkeit für die Mittel, welche er zur Herstellung desselben verwendet. Ich kann der Beweisführung Ubbelohde's keine überzeugende Kraft zugesellen; in der Argumentation Burchardi's aber sehe ich lebhaft eine *positio principii* (der Arbeitende verspricht die Herstellung eines Werkes in keiner anderen Weise, als der Leihende die Rückgabe der geliehenen Sache verspricht, und f. l. 10 §. 1 l. 11 l. 20 D. commod. 13. 6), und keine Verbesserung dieser Argumentation in dem, was Burchardi hinzugefügt: der Unternehmer, welcher Mittel verwende, durch welche die Erfüllung seiner Obligation nicht herbeigeführt werde, sei Schuld an ihrer Nichterfüllung (vgl. auch Ubbelohde S. 221 fg.). Auch die Quellenäußerungen, auf welche sich die genannten Schriftsteller berufen, sind nicht geeignet, ihre Behauptung zweifellos zu machen. Es kommen hier folgende Stellen in Betracht. 1) L. 26 §. 7 h. t. cit. „Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit; culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset“. Es heißt hier „eorumque“, nicht „eorumve“; also wird culpa sowohl bei dem Unternehmer für erforderlich erklärt (culpa in eligendo), als bei dem Gehilfen. Will man aber dieß auch nicht annehmen, also nicht annehmen, daß der Verfasser der Stelle die „culpa ipsius“ als culpa in eligendo gedacht habe, so ist doch die andere Annahme vollkommen erlaubt, daß er culpa in eligendo vorausgesetzt habe. Diese Annahme ist nicht gewagter, als sic es in l. 20 §. 2 D. de praeser. verb. 19. 5 ist, wo sic durch l. 10 §. 1 l. 11 l. 20 D. commod. 13. 6 nothwendig gemacht wird (A. R. Burchardi a. a. O. S. 35 fg.). In ähnlicher Weise brücken sich ungenau aus l. 12 §. 1 D. commod. 13. 6 und l. 65 pr. D. de usufr. 7. 1 (vgl. l. 11 pr. D. h. t., l. 27 §. 9. 11 D. ad leg. Aqu. 9. 2; A. R. auch hier Burchardi S. 106 fg.). 2) L. 40. 41 D. h. t. Hier heißt es, daß, wer „mercedem accipit pro custodia alicuius rei“, auch den von dem besten Custodes selbst angerichteten Schaden vergütet müsse. Dieser Stelle gegenüber steht eine doppelte Erklärung offen, entweder a) daß auch hier vorausgesetzt werde, daß bei der Auswahl der Custodes ein Fehler gemacht worden sei; oder b) daß angenommen werde,

leistung<sup>6</sup>. Dagegen geht er des Anspruchs auf die Gegenleistung dadurch nicht verlustig, daß der Miether die ihm zur Verfügung gestellten Dienste nicht abnimmt, gleichgültig ob mit oder ohne setne Schuld, und vorausgesetzt nur, daß der Vermietther seine Dienste nicht anderweitig verwerthet hat<sup>7</sup>. Auch dadurch verliert der Arbeiter seinen Anspruch auf die Gegenleistung nicht, daß bei

dem Sinne des Vertrages nach sei persönliche custodia versprochen worden, vgl. §. 384 Note 6. (Anderer Auffassung bei Burcharbi S. 80 fg., welcher diese Stelle nicht für sich geltend macht). 3) L. 60 §. 7 i. f. D. h. t.: — „Nam quoque culpam me tibi praestitutum aio, quod eum elegissim, qui eiusmodi damno te asserot“. Die culpa, von welcher hier die Rede ist, ist nicht die culpa des gebrauchten Sclaven, sondern die des Vermietthers (s. gegen Burcharbi S. 129 Ubbelohde S. 281), also eben die culpa in eligendo; unter culpa hier schuldlöse Schuld, also Veranlassung zu versetzen (vgl. l. 7 §. 4 D. nautae 4. 9, l. 5 §. 6 D. de O. et A. 44. 7, l. 23 D. pro soc. 17. 2), ist ganz willkürlich. Vgl. auch l. 10 §. 1 D. commod. 13. 6 in Verbindung mit l. 11 l. 20 eod. 4) L. 18 §. 1 D. h. t. Entscheidend sind auch hier die Worte: „si culpa caret“. 5) L. 5 §. 8. 10 D. de inst. act. 14. 3. Es handelt sich hier nicht von einer Verhaftung aus eigenem Contract für die Schuld des Gehülfsen, sondern von einer Verhaftung aus der Schuld des Gehülfsen. S. §. 482 Note 15. 6) L. 19. 21. 23 D. pro soc. 17. 2. S. Note 4. — Uebereinstimmend mit dem hier Gelehrten: Gasse Culpa S. 408 fg., Thöl Handelr. I §. 38 zu Note 3 u. 4, Goldschmidt Zeitschr. f. Handelr. III S. 98 unt. S. 368. Doch ist der letztere Schriftsteller (S. 362) geneigt, für den Landtransportvertrag (vgl. §. 384 Note 9) ein deutsches Gewohnheitsrecht anzunehmen, nach welchem der Unternehmer unbedingt für sein Dienstpersonal haften. Diese Bestimmung hat auch das HGB. (Art. 400), mit dem Hinzufügen, daß Eisenbahngesellschaften nicht einmal das Gegentheil stipuliren dürfen (Art. 423). Aus der deutschen Praxis vor und neben dem HGB.: Seuff. Arch. IV. 35. 112, VIII. 140 (für die hier vertretene Ansicht), — VII. 172 (S. 204), vgl. VIII. 52 (dawider). S. noch Goldschmidt Zeitschr. f. Handelr. IV S. 578 unt.

<sup>6</sup> L. 15 §. 6 D. h. t., l. 10 pr. D. de lege Rhod. 14. 2. A. R. Fuchs Arch. f. civ. Pr. XXXIV S. 403 fg.; dagegen Mommsen Beiträge I S. 383. Seuff. Arch. VI. 31. — Eine besondere Bestimmung im HGB. Art. 60: ein Handlungsgehilfe, welcher durch unverschuldetes Unglück an Leistung seines Dienstes zeitweilig verhindert wird, hat noch sechs Wochen lang Anspruch auf Gehalt und Unterhalt.

<sup>7</sup> L. 19 §. 9 l. 38 pr. D. h. t., vgl. l. 19 §. 10 D. h. t., l. 4 D. de off. assess. l. 22. Vgl. mit Mommsen a. a. O. S. 353 fg. und III S. 422. 423. Windscheid Heib. fr. Zeitschr. II S. 138. 139; auch Wangerow III S. 240. 241. Seuff. Arch. VIII. 253, vgl. XII. 24.

der Werkverbindung<sup>8</sup> das gefertigte Werk vor der Ablieferung zu Grunde geht, wenn es nur von der Art war, daß der Besteller die Annahme nicht hätte verweigern dürfen<sup>9</sup>. War das Werk, als es zu Grunde ging, theilweise fertig, so bekommt der Arbeiter theilweisen Lohn<sup>10</sup>. — Zu dem Gesagten bemerke man noch Folgendes.

1. Eine besonders wichtige Anwendung der Werkverbindung ist der Frachtvertrag. Für denselben gilt, wenn er mit einem Schiffer abgeschlossen worden ist, die in §. 384 bezeichnete Besonderheit in Betreff der Verhaftung des Frachtführers; abgesehen davon steht er unter den allgemeinen Grundsätzen von der Werkverbindung. Dieselben finden auch Anwendung auf die mit der Post und mit Eisenbahnen abgeschlossenen Frachtverträge<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Vgl. über das Folgende: v. Buchholz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII. 1, Mommsen Beiträge I S. 368 fg., Windscheid Heib. fr. Zeitschr. II S. 139—141 und wieder Mommsen III S. 423—428, Burcharbi (Note 5) S. 131 fg.

<sup>9</sup> L. 36. 37 l. 62 D. h. t.

<sup>10</sup> L. 59 D. h. t., l. 33 eod. A. R. Mommsen u. Burcharbi a. a. O.

<sup>11</sup> Vgl. §. 384 Note 9. — Das Eisenbahnenrecht hat in der neueren Zeit eine reiche Literatur erhalten, welche bei Goldschmidt Zeitschr. f. Handelr. IV S. 572—574 verzeichnet ist. — Das HGB. handelt von dem „Frachtgeschäft“ in den Art. 390—431 (von dem Frachtgeschäft der Eisenbahnen insbesondere Art. 422 fg.), von der Seefracht in den Art. 557—679. — Besondere Fragen sind folgende. 1) Hat derjenige, an welchen eine zum Transport übergebene Sache abgeliefert werden soll, ein Forderungsrecht gegen den Frachtführer auf Ablieferung? Gewiß, wenn der Absender ihm sein Forderungsrecht cedirt hat; aber auch ohne Cession? Entscheidend für die Bejahung ist die, merkwürdigerweise in dieser Streitfrage ganz unbeachtet gebliebene, l. 6 §. 2 D. de neg. gest. 3. 5 (S. 316 Note 7\*, §. 431 Note 7). Literatur: Höpfner Arch. f. civ. Pr. XXXVI. 6, Karsten das. XXXVII. 8, Koch Deutschlands Eisenbahnen II S. 106 fg. Seuff. Arch. VI. 59, IX. 56, XII. 291, XIV. 23. Besonderes Recht des Konnossements: das. VI. 241, XII. 291, XV. 49. HGB. Art. 405. „Nach Anlauf des Frachtführers am Ort der Ablieferung (vgl. Art. 404) ist der im Frachtbrief bezeichnete Empfänger berechtigt, die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte gegen Erfüllung der Verpflichtungen, wie sie der Frachtbrief ergibt, in eigenem Namen gegen den Frachtführer geltend zu machen“. Nach der Uebergabe des Frachtbriefes kann ihm dieses Forderungsrecht auch durch anderweitige Dispositionen des Absenders nicht mehr entzogen werden (Art. 402). Bei der Seefracht hat von vorne



2. Es kann bei der Werkverbindung verabredet werden, daß die zu leistende Arbeit nicht an der dem Arbeiter übergebenen Sache hergestellt zu werden brauche, sondern auch an einer andern Sache der nämlichen Art hergestellt werden dürfe. In diesem Falle wird der Arbeiter Eigenthümer der ihm übergebenen Sache, und trägt die Gefahr derselben <sup>12</sup>.

herein ein ausschließliches Recht auf Ablieferung der Güter der im Konnossement bezeichneten und im Besitz desselben Befindliche (Art. 647). Das Konnossement kann auch auf Ordre gestellt werden (Art. 646—651). Wenn bei der Landfracht ein Ladeschein ausgestellt wird (Art. 413, 414), so gelten für denselben die gleichen Regeln, wie für das Konnossement (Art. 415—418). 2) Rechtsverhältnis, wenn der erste Frachtführer das Gut einem zweiten zum Weitertransport übergibt? Vgl. darüber Hoffm. Arch. f. civ. Pr. XLIV. 10. Nach allgemeinen Grundsätzen wird man nur sagen dürfen, daß dadurch ein Rechtsverhältnis zwischen dem Befrachter und dem zweiten Frachtführer nicht entsteht, so wie daß der erste Frachtführer dem Befrachter für die Schuld des zweiten Frachtführers nur dann haftet, wenn er entweder durch die Weitergabe gegen eine ausdrückliche oder stillschweigende Vertragsbestimmung gehandelt hat, oder ihm eine Verschuldung bei der Auswahl zur Last fällt. Scuff. Arch. II. 98, IV. 79, VII. 172. 355. Anders das HGB. Art. 401. „Wenn der Frachtführer zur gänzlichen oder theilweisen Ausführung des von ihm übernommenen Transportes das Gut einem anderen Frachtführer übergibt, so haftet er für diesen und die etwa folgenden Frachtführer bis zur Ablieferung. Jeder Frachtführer, welcher auf einen anderen Frachtführer folgt, tritt dadurch, daß er das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief annimmt, in den Frachtvertrag gemäß dem Frachtbrief ein, übernimmt eine selbständige Verpflichtung, den Transport nach Inhalt des Frachtbriefs auszuführen, und hat auch in Bezug auf den von den früheren Frachtführern bereits ausgeführten Transport für die Verbindlichkeiten derselben einzustehen“. Umgekehrt hat der letzte Frachtführer auch die Rechte der früheren auszuüben (Art. 410). Vgl. übrigens auch Scuff. Arch. IX. 56, XI. 25. 3) Gültigkeit abändernder Verträge, abgeschlossen durch ausdrückliche Uebereinkunft oder durch stillschweigende Unterwerfung unter ein öffentlich bekannt gemachtes Reglement des Transportführers? Vgl. darüber Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 559—660. Aus allgemeinen Grundsätzen folgt nur, daß nicht die Nichtverhaftung für Arglist (und grobe Fahrlässigkeit?) ausgemacht werden kann (§. 265 Note 5). Für Eisenbahnen aber geht viel weiter das HGB. Art. 423 fg.

<sup>12</sup> L. 31 D. h. t., l. 34 pr. D. de euro 34. 2. L. 31 pr. cit.: — „rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fuloni curanda locarentur, aut eiusdem generis redderetur, veluti cum argentum puulatum fabro daretur, ut vasa ferent, aut aurum, ut annuli. Ex superiore casu rem domini manens, ex posteriore in creditum iri“. Auch in diesem Fall (vgl. §. 400 Note 22) spricht man von einer locatio conductio irregularis.

3. Soll dagegen aus einer dem Arbeiter zugehörigen Sache eine Arbeit für den Besteller hergestellt werden, so liegt nicht Miethe, sondern Kauf vor, Kauf einer anzufertigenden Sache <sup>13</sup>. Was dabei den Uebergang der Gefahr auf den Käufer angeht, so entscheiden, wenn die zu bearbeitende Sache eine generisch bestimmte ist, die Grundsätze vom Kauf generisch bestimmter Sachen (§. 390 Nr. 1. a); ist sie individuell bestimmt, so trägt der Besteller die Gefahr nicht sogleich nach Vollendung der Arbeit, sondern erst nach der Annahme (Billigung) <sup>14</sup>.

### c. Beendigung.

#### §. 402.

Ueber die Beendigung der Miethe ist folgendes Besondere zu bemerken.

Von demselben handeln: B. Sell Arch. f. civ. Pr. XIX S. 318—330, v. Buchholz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 8—16, Rommensen Beitrage I S. 283—286, Brinz S. 440, Sintonis II S. 118 Num. 21. Eigentlich liegt in diesem Fall eine Mischung von Miethe- und Austauschgeschäft vor (l. 3 cit.: — „in creditum iri“, l. 34 pr. cit. — „quippe quasi permutationem fecisse videatur“), welchen Gedanken besonders Sell, nur zu einseitig, vertritt. Man hat geäußert: 1) daß das Geschäft den Empfänger zum Eigenthümer mache, oder immer mache (Buchholz, Brinz), namentlich auch mit Berufung auf die Worte der l. 34 pr. cit. „quatenus dominium transit“, wo aber statt quatenus ohne Zweifel zu lesen ist protinus; 2) daß der Empfänger die Gefahr trage (Buchholz, Brinz, Sintonis), mit Berufung auf l. 31 cit. i. f.: „sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam duntaxat debere“, welche Entscheidung sich aber vollkommen daraus erklärt, daß in dem von der Stelle behandelten Fall die Verbindlichkeit des Empfängers vertragsmäßig auf das im Schiff befindliche Getreide beschränkt war. S. namentlich Rommensen a. a. O. Note 27, Keller §. 342.

<sup>13</sup> Gal. III. 147, §. 4 l. h. t., l. 2 §. 1 D. h. t., l. 20 l. 65 D. de contr. emt. 18. 1. Nicht hierher gehört der Fall, wo auf einem Grundstück des Bestellers mit dem Material des Arbeiters ein Gebäude hergestellt werden soll, abgleich durch die Einbauung das Material in das Eigenthum des Bestellers übergeht. L. 22 §. 2 D. h. t., l. 20 D. de contr. emt. 18. 1. Ueber die Redart in l. 20 cit. („etiam“) s. Fuchsle Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV S. 283, Arndts das. VIII S. 102, Camerich das. XVIII S. 122. Vgl. Scuff. Arch. XI. 234.

<sup>14</sup> Es ist anzunehmen, daß der Kauf unter der Bedingung der Billigung abgeschlossen worden sei. Vgl. l. 1 §. 6 D. de poll. 50. 12 und Windscheid

1. Ist über die Dauer der Miethe nichts, ausdrücklich oder stillschweigend<sup>1</sup>, bestimmt, so kann jede Partei zu jeder Zeit zurücktreten, muß jedoch die ortsübliche Kündigungsfrist, wenn eine solche besteht, beobachten<sup>2</sup>. Auch dann muß die ortsübliche Kündigungsfrist beobachtet werden, wenn der Vertrag ausdrücklich auf Kündigung gestellt worden ist.

2. Unter Umständen ist einseitiger Rücktritt auch vor Ablauf der vereinbarten Mietzeit gestattet. Dieses Recht steht zu bei der Sachmiethe: a) dem Miether, wenn die vermietete Sache unbrauchbar wird<sup>3</sup>, oder mit der Fortsetzung des Gebrauchs eine Gefahr für ihn verbunden ist<sup>4</sup>; b) dem Vermiether, wenn der Miether die gemietete Sache mißbraucht<sup>5</sup>, oder mit dem Mietzins zwei Jahre in Rückstand bleibt<sup>6</sup>, ferner wegen Nothwendig-

Heid. krit. Zeitschr. II S. 141; aber auch Mommen Beiträge I S. 367, III S. 428.

§. 402. <sup>1</sup> Bei der Werkverbindung ist eine Mietzeit von selbst durch den im Vertrage bezeichneten Zweck der Arbeit bestimmt. S. auch Seuff. Arch. XVII. 32. — Beweislast, wenn behauptet wird, daß der Mietvertrag auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen worden sei? Seuff. Arch. VI. 29.

<sup>2</sup> In dieser Weise ist der Sinn des Vertrages gemäß der bona fides anzulegen. Von der Miethe auf Kündigung spricht I. 4 D. h. t. Vgl. GÖB. Art. 61. — Wäre ausdrücklich bestimmt, daß keine Kündigung stattfinden solle, oder daß der Vertrag „auf ewige Zeiten“ abgeschlossen sein solle, so würde das Rechtsverhältniß der Parteien nach den Grundsätzen der Emphyteuse zu beurtheilen sein (vgl. I §. 218 Note 5). In I. 10 C. h. t. bezeichnet „perpetua locatio“ eine Miethe ohne Bestimmung der Dauer. Verzicht auf die Kündigung für kürzere Zeit: Seuff. Arch. VII. 307.

<sup>3</sup> L. 25 §. 2 D. h. t. („si vicino aedificans obscurentur lumina coenaculi“, „si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituit“). L. 60 eod., vgl. I. 27 pr. eod. Seuff. Arch. VII. 171.

<sup>4</sup> L. 27 §. 1 I. 13 §. 7 D. h. t., I. 28. 33 D. de damn. inf. 39. 2. Bangerow III S. 465. — Verzögerung der Erfüllung des Vertrages begründet für den Miether ein Rücktrittsrecht nur insofern, als mit der Fortsetzung der Miethe ein Schaden für ihn verbunden sein würde, welcher größer ist, als derjenige, welchen er seinerseits dem Vermiether durch seinen Rücktritt zufügt. L. 24 §. 4 I. 60 pr. D. h. t., vgl. §. 280 Note 1, §. 346 Note 6.

<sup>5</sup> L. 54 §. 1 D. I. 3 C. h. t., c. 3 X. de loc. 3. 18. Seuff. Arch. II. 38, XII. 265.

<sup>6</sup> L. 54 §. 1 I. 56 D. h. t., I. 3 C. cit., c. 3 X. cit. C. 3 X. cit.: — „si . . . cum canonem per biennium non solvisset, sibi satisfactione celeriter non providit“. Vgl. I §. 222 Note 10. — Bei der Verpachtung öffent-

keit einer den Gebrauch ausschließenden Reparatur<sup>7</sup> und wegen unvorhergesehenen eigenen Bedürfnisses<sup>8</sup>. Bei der Werkverbindung kann der Besteller zurücktreten, wenn sich herausstellt, daß der von dem Arbeiter gemachte Kostenanschlag um ein Bedeutendes zu niedrig ist<sup>10</sup>.

3. Setzt nach Beendigung der Mietzeit der Miether den Gebrauch fort, und der Vermiether widerspricht nicht, so ist dadurch ein neuer Mietvertrag abgeschlossen<sup>11</sup>, bei fruchttragenden Grundstücken auf die Dauer eines Jahres<sup>12</sup>, bei anderen Sachen, wenn der Vertrag schriftlich abgeschlossen worden ist, auf die in dem Vertrage bestimmte Mietzeit<sup>13</sup>, bei nicht schriftlicher Verab-

sicher Einkünfte ist der Rücktritt wegen Nichtzahlung des Pachtgeldes sofort gestattet, I. 10 §. 1 D. de publ. 39. 4. — Vgl. Sinteris §. 118 Anm. 5, Bangerow S. 464. Seuff. Arch. II. 172, XII. 23. 152.

<sup>7</sup> L. 3 C. cit., c. 3 X. cit., I. 30 pr. I. 35 pr. D. h. t. Ungenügend v. Buchholz Abhandlungen S. 299—303. S. auch Holzschuber III §. 299 Nr. 12. I. b.

<sup>8</sup> L. 3 C. cit., c. 3 X. cit. Auf Wohnungsmiethe zu beschränken? Sinteris a. a. O. Anm. 57, Bangerow S. 464, Holzschuber III §. 299 Nr. 12. I. b. Das Erforderniß der Unvorhergesehenheit bestritten mit Unrecht (c. 3 X. cit.) v. Buchholz a. a. O. S. 303.

<sup>9</sup> Ueber die Streitfrage, ob auch der Concurse des Pächters, oder wohl gar auch der des Verpächters (I. 3 §. 1 D. de reb. auct. ind. 42. 5), den Rücktritt rechtfertigt, s. Bayer Concurseproz. §. 31, Rothhoff Arch. f. prakt. RW. LX S. 1 fg. (Concurse des Verpächters). Seuff. Arch. I. 390. 391.

<sup>10</sup> Aber für den bereits gefertigten Theil der Arbeit muß er zahlen. L. 60 §. 4 D. h. t. — Ueber den Rücktritt von dem Dienstvertrag zwischen dem Principal und dem Handlungsgehilfen enthält besondere Bestimmungen das GÖB. Art. 62—64. Vgl. Seuff. Arch. V. 163, XII. 266, XIV. 228. — In dem Erkenntniß des OAG. zu Oldenburg bei Seuff. Arch. X. 42 wird, auf Grund der in den Quellen für die Sachmiethe gegebenen Entscheidungen, welche nur der Ausfluß eines allgemeinen Principes seien, und von I. 22 C. h. t., der Satz aufgestellt, daß von dem Dienstvertrag, und namentlich dem Gehelbedienstvertrag, jeder Contractant zurücktreten könne, sobald ihm „die Aufhaltung des Contractes von dem andern Theil in billiger Berücksichtigung der Umstände gar nicht zugemuthet werden“ könne.

<sup>11</sup> S. g. relocatio tacita. Vgl. darüber namentlich Bangerow III §. 641 Anm., wo über die Literatur und die verschiedenen in derselben vertretenen Meinungen vollständig berichtet ist. Seuff. Arch. II. 285, IV. 218.

<sup>12</sup> L. 13 §. 11 I. 14 D. I. 16 C. h. t. Vgl. übrigens auch Holzschuber III §. 298 Nr. 1. I.

<sup>13</sup> L. 13 §. 11 cit. Die Auslegung der betreffenden Worte dieser Stelle

redung auf die Zeit, während welcher der Gebrauch wirklich fortgesetzt worden ist<sup>14</sup>.

4. Der Tod der Parteien hat auf den Bestand des Miethevertrages keinen Einfluß<sup>15</sup>, wenn nicht durch ausdrückliche oder stillschweigende Verabredung der Vertrag auf die Person dieses Contrahenten beschränkt worden ist<sup>16</sup>.

#### d. Besondere Anwendung des Miethevertrages\*.

##### §. 403.

Nach dem Seerecht der Rhodier soll, wenn in einer Seefahrt zur Rettung von Schiff und Ladung etwas aufgeopfert wird, der dadurch entstandene Schaden und Aufwand von den Eigenthümern des Geretteten verhältnismäßig mit getragen werden<sup>1</sup>. Diesen Satz haben die Römer in ihr Recht aufgenommen<sup>2</sup>, aber mit den Grundsätzen des Miethevertrages in folgender Weise in Verbindung gebracht: aus dem Miethevertrage hat der von dem Schaden oder dem Aufwand unmittelbar Betroffene einen Erfasanspruch gegen den Schiffer, dieser einen Rückgriff gegen die Eigenthümer des Geretteten<sup>3</sup>. Näheres<sup>4</sup>:

(„nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est“) ist übrigens nicht zweifellos. S. Sangerow a. a. O.

<sup>14</sup> L. 13 §. 11 D. h. t. Darf bei der Wohnungsmiethe nicht gesagt werden: bis zum nächsten Umzugstermin, wenn ein solcher ortsüblich besteht? So Holzschuher III §. 298 Nr. 1. I und die baselst. Citirten. Die Worte der l. 13 §. 11 cit. „prout quisque habitavit“ lauten doch zu bestimmt.

<sup>15</sup> L. 10 C. h. t., §. 6 I. h. t. Vgl. l. 15 §. 9 — l. 19 pr. D. h. t.

<sup>16</sup> Bei der Dienstmiethe wird regelmäßig der Sinn des Vertrages der sein, daß er auf die Erben des Arbeiters nicht übergehen soll. S. ferner l. 4 D. h. t. „Locatio precariiva rogatio ita facta, quoad is, qui rem locasset dedissetve. vellet, morte eius, qui locavit, tollitur“.

§. 403. \* Dig. 14. 2 de lege Rhodia de inactu. — Gluck XIV §. 199—232; Unterholzner II §. 353—358, Sintenis II §. 674—679.

<sup>1</sup> L. 1 D. h. t.

<sup>2</sup> Vgl. l. 9 D. h. t.

<sup>3</sup> L. 2 pr. D. h. t. Vgl. l. 2 §. 7 aod. Ist der Schiffer selbst der unmittelbar Betroffene, so fällt das Erste weg.

<sup>4</sup> Die Vorschriften des römischen Rechts sind in dem modernen Seerecht näher entwickelt in der Lehre von der großen Haverei (Havarietrosse). Das §OB. handelt von derselben in den Art. 702—735.

1. Zur Vertheilung kommt jeder Schaden und jeder Aufwand, welcher die Folge einer zum Zweck der Rettung von Schiff und Ladung vorgenommenen Handlung ist; Mittelbarkeit oder Unmittelbarkeit der Folge ist gleichgültig<sup>5</sup>. Bei der Berechnung des Schadens darf nur der Einkaufspreis der aufgeopferten Sachen, nicht ihr wirklicher Werth in Anschlag gebracht werden<sup>6</sup>.

2. Die zu vertheilende Summe wird in der Weise vertheilt, daß von derselben einerseits die Eigenthümer des Geretteten<sup>7</sup>, Schiff und Ladung<sup>8</sup>, andererseits aber auch die Erfasberechtigten selbst einen verhältnismäßigen Theil tragen<sup>9</sup>. Bei der Schätzung der geretteten Sachen wird ihr jetziger Werth zu Grunde gelegt<sup>10</sup>.

2. Was Jeder zu fordern hat, hat er vom Schiffer zu fordern. Dieser zieht seinerseits die auf das gerettete Gut fallenden Beiträge ein, und braucht bis zur Zahlung derselben das Gut nicht herauszugeben<sup>11</sup>. Zahlungsunfähigkeit eines Beitragspflicht-

<sup>5</sup> In den Quellen wird im Einzelnen erwähnt: a) das Auswerfen von Sachen zum Zwecke der Erleichterung des Schiffes, l. 1 D. h. t. und öfter das.; b) Umladung eines Theils der Ladung auf ein kleineres Schiff, welches dann zu Grunde geht, l. 4 pr. D. h. t.; c) Beschädigung des Schiffes selbst, Kappen von Masten u. dgl., l. 2 §. 1 l. 3 l. 5 §. 1 D. h. t.; d) Verlust von Viraaten, l. 2 §. 3 D. h. t.; e) Beschädigung des im Schiffe verbleibenden Gutes in Folge des Auswerfens von anderem Gute, l. 4 §. 2 D. h. t. — Daß für einen Schaden, welcher seinen Grund in einer Rettungsmaßregel nicht hat, kein Erfas begehrt werden kann, sagen ausdrücklich l. 2 §. 1 l. 4 pr. l. 5 pr. l. 6 D. h. t. Wie ist es aber, wenn eine Rettungsmaßregel ergriffen worden ist zur Abwendung einer irrigerweise angenommenen Gefahr? Es genügt „eine den Umständen nach vernünftige Ueberzeugung von deren Vorhandensein“: Seuff. Arch. VII. 89. — Vgl. §OB. Art. 702. 708—710.

<sup>6</sup> L. 2 §. 4 D. h. t. Anders das §OB. Vgl. im Allgemeinen das Art. 711—717.

<sup>7</sup> L. 4 pr. §. 1 l. 5 pr. D. h. t. §OB. Art. 726.

<sup>8</sup> L. 2 §. 2 D. h. t. Ausgenommen ist nur der gerettete Mundvorrath. Weiter in den Ausnahmen geht das §OB. Art. 725.

<sup>9</sup> L. 1 D. h. t. „Logo Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia inactus mercium factus est, omnium contributione sarcietur, quod pro omnibus datum est“. Man kann auch so sagen: die Einzelnen sind beitragspflichtig 1) mit dem Werth des Geretteten, 2) mit der Summe, welche ihnen bei Berechnung der Erfasssumme gut geschrieben wird. Vgl. §OB. Art. 718—742.

<sup>10</sup> L. 2 §. 4 l. 4 §. 2 D. h. t.

<sup>11</sup> L. 2 pr. D. h. t. Ein directes Forderungsrecht des Erfasberechtigten Windscheid, Pandekten. II. B. II. 766f.

tigen fällt nicht dem Schiffer zur Last, sondern erhöht die Beitragsquoten der Uebrigen<sup>12</sup>. —

Die Ausdehnung dieser Grundsätze auf andere Fälle, wo Jemand Sachen verschiedener Eigenthümer, zu deren Restitution er verpflichtet ist, in Händen hat, und die Sachen des Einen durch Aufopferung der Sachen des Andern rettet, läßt sich nicht abweisen<sup>13</sup>. Dagegen ist der allgemeine Satz, daß, wer von einem Mehreren drohenden Schaden allein betroffen worden ist, gegen die Uebrigen einen Ersatzanspruch habe, nicht gerechtfertigt<sup>14</sup>.

#### 4. Andere gegenseitige Verträge über Gebrauch von Sachen und Diensten.

##### §. 404.

Wenn für Gebrauch von Sachen oder Diensten nicht Geld, sondern eine andere Gegenleistung versprochen wird, so nennt man den Vertrag nicht Miethvertrag. Aber es gelten für denselben die gleichen Grundsätze, wie für den Miethvertrag<sup>1</sup>. —

gegen den Eigenthümer des geretteten Gutes ist nach gemeinem Recht nur insoweit begründet, als die actio negotiorum gestorum contraria Platz greift (Note 14). Anders nach dem S.W. Vgl. überhaupt das. Art. 727—734.

<sup>12</sup> L. 2 §. 6 D. h. t.

<sup>13</sup> Eben weil sie von den Römern auf die Regeln des Miethvertrages zurückgeführt worden sind, und aus diesen sich ergeben. Sie müssen daher nicht nur bei anderen Fällen des Miethvertrages zur Anwendung kommen, so namentlich beim Landtransport, sondern auch z. B. beim Leihvertrag, und überhaupt in allen Fällen, in welchen in gleicher Weise Ersatzverbindlichkeit und Ersatzanspruch in derselben Person zusammenkommen.

<sup>14</sup> Doch steht demjenigen, welcher zur Abwendung einer gemeinschaftlichen Gefahr selbst etwas aufopfert, deswegen nicht weniger die actio negotiorum gestorum contraria zu, weil er zu der Aufopferung durch die Rücksicht auf sein eigenes Interesse bestimmt worden ist (§. 431 Note 12). — Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note: Glüd XIV S. 233. 234 und die daselbst Citirten, Lhibaut Lehrb. §. 644 und Arch. f. civ. Pr. VIII S. 146, W. Sell Versuche S. 100, Unterholzner §. 510. I. Seuffert §. 433 a. C., Puchta §. 368 a. C., Sinteris §. 118 Ann. 199.

§. 404. <sup>1</sup> Bei den Römern unterschied sich ein solcher Vertrag von dem Miethvertrage dadurch, daß er nicht schon durch die Verebung, sondern erst durch die von einer Partei gemachte Leistung rechtsverbindlich wurde, — es entstand aus demselben nur die actio praescriptis verbis. L. 5 §. 2 l. 17 §. 3 D. de praeser. verb. 19. 5, §. 2 l. de loc. 3. 24.

Ebenso wenig spricht man von Miethvertrag, wenn gegen Entgelt eine Dienstleistung versprochen wird, welche allein oder vorwiegend in freier geistlicher Thätigkeit besteht<sup>2</sup>. Aber auch in diesem Falle gelten die gleichen Regeln, wie für den Miethvertrag<sup>3</sup>. Namentlich haftet der Schuldner auch hier nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen Nachlässigkeit, und wegen des Mangels derjenigen Kenntnisse und Fähigkeiten, welche der seine

<sup>2</sup> Die Neueren sprechen in diesem Falle von operae liberales. (Vgl. Unterholzner II S. 344 Note b. „Bei dergleichen Diensten mit den Neueren von operae liberales zu sprechen, klingt ungefähr, als wenn man bei uns von einem wissenschaftlichen Handwerk reden wollte.“)

<sup>3</sup> Vorausgesetzt, daß nicht freies Kündigungsrecht im Sinne des Vertrages liegt, in welchem Falle das Geschäft als Mandat mit Honorarverebung aufgefaßt werden muß. Vgl. Seuff. Arch. III. 49. — Für die Römer war die Kategorie des Mandates die einzige juristische Kategorie, unter welche eine Verebung dieser Art gestellt werden konnte; wo diese Kategorie versagte, wurde das Geschäft als außerhalb des eigentlichen Rechtsgebietes liegend angesehen, und es blieb nichts übrig, als zu versuchen, ob nicht von dem Inhaber der Jurisdictionsgewalt mit Rücksicht auf die Umstände des einzelnen Falles ein außerordentliches Einschreiten (extraordinaria cognitio) zu erlangen sei. Hierfür bißete sich allmählig doch wieder eine gewisse Regel aus, namentlich was die Eintreibung des rückständigen Honorars anging, s. l. 4 D. de extraord. cogn. 50. 13, tit. Dig. 50. 14 de prozonticis. Für einen einzelnen Fall, den Fall falscher Verechnung durch einen Feldmesser (mentor), war im praetorischen Edict auch Bestellung eines iudicium versprochen (Dig. 11. 6 si mentor falsum modum dixerit, vgl. Note 4). Ueber den s. g. contractus usufragii s. l. un. C. de suffragio 4. 3, Nov. 8 c. 1. Vgl. überhaupt Unterholzner II §. 521. Heutzutage würde man die realen Verhältnisse und den darauf gebauten Sinn der Contracten sehr verkennen, wenn man Verträge dieser Art einer anderen rechtlichen Beurtheilung unterwerfen wollte, als gegenseitige Verträge überhaupt. Die Benützung geistiger Thätigkeit zum Erwerbe gilt heutzutage nicht nur nicht als eine Verletzung der Würde und des Anstandes, sondern hat auch längst aufgehört, etwas Außergewöhnliches und Auffälliges zu sein. Sie bildet einen Factor im Vermögensverkehr, wie jeder andere Factor, und kann daher — im Principe — für die rechtliche Beurtheilung eine Ausnahmestellung weder verlangen, noch braucht sie dieselbe gefallen zu lassen. Vgl. Sinteris §. 113. I Nr. 2 und §. 119. I. Das Verhältniß wird auch dadurch nicht geändert, daß die Personen, welche solche Dienste leisten, zu diesem Ende vom Staate eine Approbation, Concession, Anstellung erhalten haben, wie Advolaten, Notare, Ärzte, Lehrer u., — wohl freilich dadurch, daß sie vom Staate berufen sind, in dessen Namen, als Organe desselben, thätig zu werden. In diesem letzteren Falle, welcher z. B. beim Richter vorliegt, wird allerdings mit denselben kein Contract abgeschlossen,

Dienste in Anspruch Nehmende bei ihm voraussetzen durfte<sup>4</sup>. Wenn ferner dem Schuldner die Verrichtung der Dienste, wenngleich ohne seine Schuld, unmöglich wird, so hat er keinen Anspruch auf die Gegenleistung<sup>5</sup>, während Nichtabnahme der Dienste durch den

sondern sie gewähren ihre Thätigkeit kraft des ihnen vom Staate erteilten Auftrages. A. R. auch in Betreff des Advolaten, so wie „des Rechtsconsulenten, des Lehrers, des Arztes, des agrimensor u. s. w.“ Wehll Civilproceß S. 52, oder nicht mit Berufung auf die öffentliche Stellung dieser Personen, sondern weil die Dienste derselben „kein Vermögensinteresse darbieten“. Die letztere Behauptung ist in dieser Allgemeinheit gewiß unrichtig, und würde, wenn sie richtig wäre, die daraus gezogene Consequenz nicht rechtfertigen (§. 251 Note 3).

<sup>4</sup> Wer die Dienste eines Menschen in Anspruch nimmt, welcher von dem Besitze einer Kunst oder Wissenschaft Profession macht, darf, abgesehen von besonderen Umständen, voraussetzen, daß derselbe diejenigen Kenntnisse und Fähigkeiten habe, welche man in dieser Wissenschaft oder Kunst bei gewöhnlichem Fleiße und gewöhnlicher Gewissenhaftigkeit zu erwerben im Stande ist. Besondere Anlagen oder auch nur Anlagen überhaupt anzunehmen, hat er kein Recht. Was Sintonis II S. 389 sagt, daß „bei solchen Geschäften, wozu ein Dienst mittelst Anwendung einer Kunst oder Wissenschaft zu leisten ist“, nur für culpa lata gehaftet werde, halte ich nicht für begründet; auch stimmt dazu nicht, was Sintonis selbst §. 119 Anm. 2 ausführt. Das römische Recht erklärt allerdings den mensor (Note 3) nur für haftbar wegen dolus und lata culpa; aber die Berechnung mit dem mensor galt den Römern auch nicht als eigentliches Rechtsgeschäft (l. 1 §. 1 D. ai mensor: „visum est enim, satis ab- undoque coarctari mensorem, si dolus malus solus conveniantur eius hominis, qui civiliter obligatus non est“, s. auch l. 2 D. de proxenet. 50. 14), und dieser Grund fällt heutzutage weg (Note 3). (Uebrigens hat sich auch bei den Römern in späterer Zeit eine andere Auffassung des Vertrages mit dem mensor geltend gemacht, wozu dieser Vertrag sogar unter den Gesichtspunkt der Dienstmiethe gestellt wurde. S. l. 4 §. 1 D. fin. reg. 10. 1 und über eine Stelle der l. g. lex Thoria [o. 44] Rudorffs Zeitschr. f. gesch. RW. X S. 136 fg.; über die mensuras überhaupt den. f. d. S. 412 fg.). Was den Arzt angeht, s. noch l. 6 §. 7 D. de off. proc. 1. 18, l. 7 §. 8 l. 8 pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2, §. 6. 7 l. eod. 4. 3 (auch hier haben die Römer den Gesichtspunkt der Dienstmiethe nicht fern gehalten, l. 7 §. 8 cit.); in Betreff des Advolaten l. 14 §. 1 O. de iud. 3. 1. — A. R. auch hier Wehll a. a. O., welcher den Advolaten für levis culpa nur wegen der ausdrücklichen Vorschrift der Reichsgesetze (das. Note 17) haften läßt.

<sup>5</sup> Vgl. §. 401 Note 6. Besondere Recht galt bei den Römern für den patronus fisci; sein Gehalt wurde für das ganze Jahr, in welchem er gestorben war, seinen Erben ausbezahlt. L. 15 §. 1 C. de advoc. 2. 7, l. 3 §. 6 l. 5 §. 6 O. de advoc. diversa. iudiciorum 2. 8. Ob auch für die gewöhnlichen Advolaten der Satz galt, daß schuldlose Verhinderung in der Führung des

Gläubiger ihm, vorausgesetzt daß er seine Dienste nicht in anderer Weise verwertbet hat, den Anspruch auf die Gegenleistung nicht nimmt<sup>6</sup>. Auch hier endlich ist es nicht erforderlich, daß die Gegenleistung ausdrücklich versprochen werde; wer Dienste von Jemandem in Anspruch nimmt, von dem er weiß, daß er solche Dienste nur gegen Entgelt leistet, verpflichtet sich, demselben zu leisten, was er fordern wird, vorausgesetzt, daß seine Forderung nicht unbillig ist<sup>7</sup>. Die Frage, ob die Gegenleistung für die Leistung der Dienste selbst gefordert werden kann, oder nur für einen bestimmten durch die Dienstleistung erzielten Erfolg, läßt sich nur nach den Umständen des einzelnen Falles beantworten<sup>8</sup>. —

Ein dem Miethvertrag verwandter Vertrag ist auch der Vertrag, durch welchen eine Sache zur Emphyteuse oder Superficies

übertragenen Prozeßes ihn des Anspruchs auf das bedungene Honorar nicht beraube, ist doch sehr zweifelhaft. Die Quellen (l. 38 §. 1 D. loc. 19. 2, l. 1 §. 13 D. de extr. cogn. 50. 13, l. 11 C. de eoad. ob caus. dat. 4. 6) reden nur davon, daß das empfangene Honorar nicht zurückgegeben zu werden brauche, und dieß erklärt sich (einmal angenommen, daß aus dem Honorarversprechen keine eigentliche Verbindlichkeit entsteht) vollkommen aus dem Recht der Voraussetzung (l. §. 100 Note 6). Vgl. auch Rönningers Beiträge I S. 360—362.

<sup>6</sup> L. 19 §. 10 D. loc. 19. 2, l. 4 D. de off. ass. 1. 22. Vgl. §. 401 Note 7 und über den Schluß der zuletzt genannten Stelle Windscheid Heid. krit. Zeitschr. II S. 139.

<sup>7</sup> Vgl. §. 399 Note 14 und die daselbst Citirten, §. 386 Note 6 zweiter Abth. Senff. Arch. IV. 217.

<sup>8</sup> Dem Advolaten wird ein Lohn versprochen nicht für die Gewinnung, sondern für die Führung des Prozeßes, dem Arzte nicht für die Heilung, sondern für die Behandlung des Kranken, — dem Makler dagegen nur für die Vermittlung des Geschäftes, nicht für seine Bemühungen um die Vermittlung. Sintonis §. 119 Anm. 5. Senff. Arch. X. 43. Vgl. über den Makler noch das. XII. 155, XIV. 229; XIII. 14, XIV. 124.

<sup>9</sup> Besondere Vorschriften für die Honorarverträge mit dem Advolaten: l. 1 §. 10. 12 D. de extr. cogn. 50. 13, l. 17 D. mand. 17. 1, l. 5 l. 6 §. 2 C. de post. 2. 6, R. O. D. l. 46 §. 1, R. D. A. 1557 §. 50. Bayer Verträge §. 101, Wehll Civilproceß, S. 52 fg. — Ungültigkeit des Honorarversprechens, zu welchem der Arzt den Kranken durch Mißbrauch seiner ärztlichen Gewalt bestimmt hat: l. 3 D. de extr. cogn. 50. 13. — Unbestimmte Zusagen eines Honorars verpflichten ebenso wenig, wie unbestimmte Zusagen überhaupt. L. 56 §. 3 D. mand. 17. 1, l. 17 C. eod. 4. 36. Anders verstehen diese Stellen Unterholzer §. 521. u, Sintonis II S. 682.

gegeben wird. Aber auch abgesehen davon, daß diese Rechtsverhältnisse zunächst dinglicher Natur sind, tritt für ihre rechtliche Ordnung der Vertrag in den Hintergrund und die gesetzliche Regel in den Vordergrund, so daß die gleichen Grundsätze für sie auch da gelten, wo sie nicht vertragsmäßig begründet worden sind.

## E. Die Gesellschaft\*.

### 1. Begriff und Abschluß.

#### §. 405.

Der Gesellschaftsvertrag hat im Allgemeinen zum Inhalt die Vereinigung von Leistungen in gemeinschaftlichem Interesse; die Leistung einer jeden der vertragsschließenden Parteien soll nicht der anderen ausschließlich zu Gute kommen<sup>1</sup>, sondern es soll durch die Zusammenwirkung der Leistungen Aller ein Erfolg erzielt werden, welcher Allen zu Gute kommt<sup>2</sup>. Im Besonderen kann der Gesellschaftsvertrag noch einen sehr verschiedenen Inhalt haben.

1. Das Endziel des Vertrages ist möglicherweise die durch die einzelnen Leistungen unmittelbar zu bewirkende Vermögensgemeinschaft. Diese Vermögensgemeinschaft kann noch eine mehr oder minder umfassende sein: sie kann sein eine Gemeinschaft des ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens<sup>3</sup>, bloß des gegenwärtigen

\* Societas. Inst. 3. 25 de societate. Dig. 17. 2 Cod. 4. 37 pro socio. — Ritz Pandektenrecht Th. I B. 2 S. 23—190 (1837). Glüd XV S. 371—476; Unterholzner II S. 378—392, Sintonis II §. 121, Bangserow III §. 651—655.

<sup>1</sup> Vgl. l. 13 §. 1 D. de praeser. verb. 19. 5: — „nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit“.

<sup>2</sup> Es ist aber kein Grund vorhanden, deswegen den Gesellschaftsvertrag aus der Reihe der gegenseitigen Verträge auszuschließen, wie Runge zu Folscher III S. 33 vorschlägt. Der Gesellschaftsvertrag ist nur ein gegenseitiger Vertrag besonderen Inhalts.

<sup>3</sup> L. 1 §. 1 l. 3 §. 1 l. 5 pr. l. 65 pr. §. 3 l. 73 D. h. t.

oder bloß des zukünftigen Vermögens<sup>4</sup>, bloß einer gewissen Art des Erwerbes<sup>5</sup>, einzelner bestimmter Sachen<sup>6</sup>.

2. Das Endziel des Vertrages kann ferner die Erreichung eines außerhalb der Leistungen der Gesellschafter liegenden Zweckes sein, dessen Erreichung durch ihre Leistungen erst ermöglicht werden soll. Dieser Zweck darf kein unerlaubter<sup>7</sup>, kann im Uebrigen von der verschiedensten Art sein. Der Hauptfall ist der, wo er in der Erzielung eines Vermögensgewinnes besteht<sup>8</sup>, mag dieser Vermögensgewinn durch Geschäftsthätigkeit erzielt werden sollen, oder in anderer Weise<sup>9</sup>. Unter den Fällen, wo der Vermögensgewinn durch Geschäftsthätigkeit erzielt werden soll, ist der bei weitem wichtigste der, wo die Absicht nicht auf ein einzelnes Geschäft<sup>10</sup>, sondern auf eine fortlaufende Geschäftsthätigkeit<sup>10</sup> gerichtet ist.

<sup>4</sup> Wie ist es, wenn der Gesellschaftsvertrag auf den künftigen „Erwerb“ gerichtet ist? In l. 8—13 D. h. t., f. auch l. 71 §. 1 cod., l. 45 §. 2 D. de acq. vel om. her. 29. 2, wird „quaesitus“ ausgelegt — Verdienst, so daß die societas quaestus den künftigen Erwerb aus Schenkungen und letztwilligen Zuwendungen nicht ergreifen soll. — Nach l. 7 D. h. t. soll, wenn einfach ausgemacht sei, man gehe eine Gesellschaft ein, im Zweifel angenommen werden, es sei eine societas quaestus gemeint, — eine Wortinterpretation, welche für unsere Verhältnisse gewiß nicht begründet ist. Vgl. Sintonis Ann. 11.

<sup>5</sup> L. 3 §. 2 D. h. t.: — „ut si qua iusta hereditas alterutri obveniret, communis sit“. Vgl. auch Note 3.

<sup>6</sup> L. 58 pr. i. f. D. h. t. In l. 5 pr. l. 65 pr. D. h. t. ist unter „res“ ohne Zweifel „Geschäft“ zu verstehen. Vgl. l. 65 §. 10 D. h. t.

<sup>7</sup> L. 57 D. h. t., l. 70 i. f. D. de fidei. 46. 1. Scuff. Arch. IX. 287, XIII. 257.

<sup>8</sup> Der Zweck kann aber auch z. B. Vergnügen, Belehrung sein, oder wenn auch ein Vermögenszweck, doch nicht die Erzielung von Gewinn, f. z. B. l. 52 pr. §. 11. 12. 13 l. 65 §. 2. 4 D. h. t. — Von dem Fall, wo der Gesellschaftszweck die Erzielung von Vermögensgewinn ist, handelt die Schrift von Treitschke: die Lehre von der unbeschränkten obligatorischen Gewerbegesellschaft und von Commanditen. Nach römischem Recht, mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen (1844).

<sup>9</sup> z. B. durch Fruchtziehung (l. 52 §. 2 D. h. t.), durch Ertheilung von Unterricht (l. 71 pr. D. h. t.), durch schauspielerische Darstellung oder andere öffentliche Aufführungen, durch Ausstellung von Kunstwerken.

<sup>10</sup> L. 58 pr. D. h. t., l. 44 cod., l. 2 C. h. t., l. 13 §. 1 D. de praeser. verb. 19. 5; vgl. l. 31—33 D. h. t. Thöl Handelsr. I §. 48. Scuff. Arch. X 45.

<sup>10</sup> L. 5 pr. l. 52 §. 4. 5 D. h. t. Scuff. Arch. XVIII. 36.

Es ist dies die Handelsgesellschaft, welche im modernen Recht mannichfach in eigenthümlicher und vom römischen Recht abweichender Weise entwickelt worden ist<sup>11</sup>. — Die Beiträge der Parteien, durch welche die Erreichung des gemeinschaftlichen Zweckes ermöglicht werden soll, können in Sachen, körperlichen oder unkörperlichen, oder in Arbeit<sup>12</sup> bestehen. Bestehen sie in Sachen, so ist noch entweder möglich, daß diese Sachen dem Rechte nach gemeinschaftlich gemacht, oder daß sie nur zum Zweck des Gebrauchs, der Benutzung, der Verwendung, der Veräußerung zur Verfügung gestellt werden sollen<sup>13</sup>. Daß die zu leistende Arbeit einen Geldwerth habe, ist nicht nothwendig<sup>14</sup>, obgleich dies das Regelmäßige ist.

Aus dem Begriff der Gesellschaft folgt, daß jeder Gesellschafter einen Beitrag geben, und jeder einen Antheil an dem Gesellschaftsvortheil haben muß; ist das Eine oder das Andere nicht der Fall, so liegt nicht Gesellschaft vor, sondern eine unter dem Namen der Gesellschaft versteckte Schenkung<sup>15</sup>. Dagegen wird der Begriff des Gesellschaftsvertrages dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Größe des Antheils eines Gesellschafters der Größe seines Beitrages nicht entspricht<sup>16</sup>. Auch das kann bei

<sup>11</sup> Für das römische Recht s. Römer die rechtliche Natur des Vermögens der Handelsgesellschaften nach römischem Recht, Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 252—256. Auf die Abweichungen des modernen Rechts kann im Folgenden nur hingedeutet werden; die nähere Ausführung muß dem Handelsrecht überlassen werden. Vgl. Thöl Handb. I §. 34—33, und in Betreff der neueren Gesetzgebungen die in Note 7 citirte Schrift von Treitschke. S. 50. Buch II.

<sup>12</sup> §. 2 I. h. t., l. 52 §. 2 7 I. 30 D. h. t., l. 1 C. h. t.

<sup>13</sup> L. 58 pr. §. 1 l. 52 §. 2 D. h. t. Ob das Eine oder das Andere gewollt sei, ist lediglich nach den Umständen des einzelnen Falles zu bestimmen. Vgl. Gesterding Irrthümer S. 291 fg., Guyet Abhandlungen Nr. 9, Treitschke §. 32, 33, Bangerow §. 651 Num. 2, Sintenis Num. 24, Holzschuber III §. 304 Nr. 4, Römer Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 259—261.

<sup>14</sup> S. §. 251 Note 3. — S. 50. Art. 91.

<sup>15</sup> L. 29 §. 2 D. h. t., l. 5 §. 2 eod., l. 16 §. 1 D. de min. 4. 4, l. 32 §. 24 D. de don. i. v. s. u. 24. 1. S. 50. Art. XVI. 110.

<sup>16</sup> Scheubar widersprechend ist l. 29 pr. D. h. t., vgl. §. 1 eod. Aber diese Stelle will wohl nur sagen, daß in einem solchen Falle der Vertrag nicht ausschließlich als Gesellschaftsvertrag, sondern auch als Schenkungsvertrag gelte

der Gesellschaft ausgemacht werden, daß, wenn sich als Resultat der gemeinschaftlichen Unternehmung Schaden ergeben sollte, derselbe nach einem andern Verhältnis getheilt werden solle, als der sich etwa ergebende Gewinn, selbst das, daß der Schaden einen Gesellschafter allein treffen solle<sup>17</sup>.

Geschlossen wird der Vertrag durch die erklärte Einigung der Parteien über die wesentlichen Punkte. Einer Form bedarf diese Einigung nicht<sup>18</sup>.

## 2. Rechtsverhältnisse

### a. Nach Innen.

#### §. 406.

Die Verpflichtungen der Gesellschafter gegen einander stehen unter freiem richterlichen Ermessen<sup>1</sup>. Die Hauptpunkte sind folgende.

1. Jeder Gesellschafter hat den versprochenen Beitrag zu liefern, also, wenn derselbe in Arbeit besteht, die betreffenden

(s. g. negotium mixtum donatione). Benignus ist nicht abzusehen, weswegen eine Vereinbarung der gedachten Art den ganzen Gesellschaftsvertrag eher ungültig machen sollte, als der Kaufvertrag durch zu niedrige Ansetzung des Kaufpreises ungültig wird (l. 38 D. de contr. emt. 18. 1, l. 5 §. 5 D. de don. i. v. a. u. 24. 1). S. auch §. 1 I. h. t. Treitschke §. 4, Unterholzner S. 383 Note t, Sintenis Num. 35 a. E.

<sup>17</sup> L. 29 §. 2 l. 30 D. h. t., §. 2 l. h. t. Bangerow §. 651 Num. 1. Ist bloß über den Antheil am Gewinn, oder bloß über den Antheil am Schaden etwas ausgemacht, so gilt die gleiche Festsetzung auch für das Gegentheil, §. 3 I. h. t.

<sup>18</sup> Für den Handelsvertrag erfordern Particularrechte schriftliche Form und öffentliche Bekanntmachung; das S. 50. (Art. 86—89. 151—154) erfordert letztere, jedoch nicht als Bedingung der Gültigkeit. — Bestellung von Bestimmungen des Vertrages auf das Ermessen eines Dritten oder eines Gesellschafters: l. 75—80 l. 6 D. h. t. Bedingung und Befristung: l. 1 pr. D. l. 6 C. h. t. — Stillschweigender Abschluß: Holzschuber III §. 304 Nr. 1.

<sup>1</sup> Die actio aus dem Gesellschaftsvertrag (actio pro socio) ist actio bonae f. 406. fidei, §. 28 I. de net. 4. 6, l. 52 §. 1 D. h. t. Diefelbe ist „ab utraque parte directa“, §. 2 I. de poena tem. litig. 4. 16. — Man bemerke: es gibt nur Verpflichtungen der Gesellschafter gegen einander; es gibt nicht Verpflichtungen der Gesellschaft gegen die Gesellschafter, oder umgekehrt, als wäre die Gesellschaft eine von den Personen der Gesellschafter verschiedene, eine juristische



Dienste zu leisten<sup>2</sup>. Wird ihm die Lieferung des versprochenen Beitrages unmöglich, so haftet er außer wegen Arglist auch wegen derjenigen Nachlässigkeit, welche er in eigenen Angelegenheiten nicht zu begehen pflegt<sup>3</sup>; ist die Unmöglichkeit ohne seine Schuld eingetreten, so braucht er zwar keinen Ersatz zu leisten, aber es sind nun auch die anderen Gesellschafter nicht zur Leistung ihres Beitrages verpflichtet, ausgenommen in dem Falle, wo von ihrer Seite bereits eine Entäußerungserklärung vorliegt<sup>4</sup>.

2. Auch in dem Falle, wo der Gesellschafter durch sein Verhalten in Gesellschaftsangelegenheiten der Gesellschaft einen Schaden zufügt, wird ihm als Schuld außer der Arglist nur die zuvor bezeichnete Nachlässigkeit angerechnet<sup>5</sup>. Ueberläßt er die Besorgung von Gesellschaftsangelegenheiten, welche er selbst hätte be-

Person. Wenn man von Verpflichtungen der Gesellschaft und gegen die Gesellschaft spricht, so ist „Gesellschaft“ nur ein abgekürzter Ausdruck für die Personen der Gesellschafter. *Seuff. Arch.* XII. 271 (vgl. III. 198). — Anders nur bei der Actiengesellschaft; diese ist in Wirklichkeit juristische Person. *S.* I §. 58 Note 5, und außer den daselbst Genannten jetzt noch: *Renau* das Recht der Actiengesellschaften (1863) §. 3—15, *Kunze* *trit. BSchr.* VI S. 69 fg., *Zeitschr. f. Handelsr.* VI S. 229 fg.

<sup>2</sup> Bei der Gesellschaft des ganzen Vermögens muß auch beigetragen werden, was ein Gesellschafter in Folge einer gegen ihn verübten unerlaubten Handlung, nicht aber, was er durch eigene unerlaubte Handlung erworben hat. *L.* 52 §. 16. 17 l. 53—55 D. h. t. — Bei der genannten Gesellschaft bedarf es für die zur Zeit der Eingehung vorhandenen körperlichen Sachen keiner besondern Tradition; dieselbe gilt als stillschweigend gemacht (*constitutum possessarium*). *S.* I §. 171 Note 2. *Treitschke* §. 37, *Sintenis Ann.* 20.

<sup>3</sup> Die Quellen sagen bald allgemein, der Gesellschafter hafte auch für Nachlässigkeit, bald bestimmen sie die Nachlässigkeit, für welche er haftet, näher in der im Text bezeichneten Weise. *L.* 52 §. 2. 3. 11 D. h. t.; *l.* 72 D. h. t., §. 9. l. d. t. *Gasse* *Culpa* §. 69, *Treitschke* §. 21—24, *Ubbelohde* *Zeitschr. f. Handelsr.* VII S. 238—241. — *FSB.* Art. 94.

<sup>4</sup> *S.* l. 58 pr. §. 1 D. h. t. und §. 321 Nr. 3. Man bemerke in *l.* 58 pr. cit. die Worte: „si id actum dicatur, ut quadriga heret equo communicatur“. Es wird nicht Tradition verlangt, damit der Gesellschafter von der Gefahr des Unterganges der beizutragenden Sache frei sei. Vgl. *Windscheid* *Heid. krit. Zeitschr.* II S. 143, 144; abweichende Ansichten bei *Wächter* *Arch. f. civ. Pr.* XV S. 206—211, *Rommsen* *Beiträge* I §. 33.

<sup>5</sup> *L.* 52 §. 2. 3. 11 D. h. t. in Verbindung mit dem in Note 3 Gesagten. — *Seuff. Arch.* IX. 28.

sorgen sollen, Andern, so haftet er für den daraus entstehenden Nachtheil unbedingt<sup>6</sup>.

3. Der Gesellschafter muß herausgeben<sup>7</sup>, was er für die Gesellschaft<sup>8</sup> oder aus Gesellschaftsvermögen<sup>9</sup> erworben hat. Umgekehrt kann er Ersatz für die Aufopferungen verlangen, welche er im Interesse der Gesellschaft gemacht hat<sup>10</sup>, so wie für den Schaden, welchen er bei Gelegenheit der Besorgung von Gesellschaftsangelegenheiten erlitten hat<sup>11</sup>. — Bei der Gesellschaft des ganzen Vermögens kann der Gesellschafter verlangen, daß alle Schulden aus der Gemeinschaft bezahlt werden; nur seine Delictschulden werden ihm auf seinen Theil allein angerechnet<sup>12</sup>.

4. Der Gesellschafter hat Anspruch auf Herausgabe eines verhältnißmäßigen Theils des Gesellschaftsvorteils. Ueber die

<sup>6</sup> *L.* 23 pr. §. 1 D. h. t. Vgl. §. 401 Note 5, auch §. 258 Note 4. *Burchardi* über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen S. 46 fg.; abweichend *Ubbelohde* *Zeitschr. f. Handelsr.* VII S. 235 fg.

<sup>7</sup> *D.* h. in das gemeinschaftliche Vermögen bringen (*communicare*), *l.* 67 pr. D. h. t.

<sup>8</sup> *L.* 52 pr. l. 67 pr. l. 74 D. h. t. Vgl. *l.* 52 §. 5 D. h. t. *Seuff. Arch.* VI. 194.

<sup>9</sup> *L.* 38 §. 1 D. h. t., *l.* 1 §. 1 D. de usur. 22. 1, *l.* 60 pr. D. h. t.; vgl. *l.* 63 §. 9 D. h. t. Dahin gehört namentlich auch der Nutzen, welchen der Gesellschafter dadurch zieht, daß er Gesellschaftsgeld, oder Geld, welches er der Gesellschaft herausgeben mußte, in seinen eigenen Nutzen verwendet, *l.* 1 §. 1 cit., *l.* 60 pr. cit. (— „si aut usus ea pecunia non est, aut moram non fecerit“; der Anfang der Stelle ist ungeschickt ausgedrückt, vgl. *Sintenis* *Ann.* 21, aber auch *Rommsen* *Beiträge* III S. 238, 239). Dagegen braucht er Zinsen, welche er von Geld der bezeichneten Art durch Ausleihung für sich zieht, nach allgemeinen Grundregeln (§. 327 Note 12) nicht herauszugeben, weil er die Gefahr der Ausleihung trägt. Hat er sich aber widerrechtlich in den Besitz von Gesellschaftsgeld gesetzt, so zahlt er Zinsen wegen der dadurch begründeten *mora ex re* (§. 278 Nr. 2), *l.* 1 §. 1 cit. (— „quod pecuniam communem invaserit“). — *FSB.* Art. 95.

<sup>10</sup> *L.* 38 §. 1 *l.* 52 §. 10. 12. 15 *l.* 67 pr. D. h. t., *l.* 2 C. h. t. Mit Zinsen, weil er sonst keinen vollen Ersatz haben würde: *l.* 67 §. 2 D. h. t. *Seuff. Arch.* IX. 30. — *FSB.* Art. 93 Abs. 1. 3.

<sup>11</sup> *L.* 52 §. 4 *l.* 60 §. 1 *l.* 61 D. h. t. Bei Gelegenheit: anders beim Mandate, *l.* 26 §. 6 D. mand. 17. 1.

<sup>12</sup> *L.* 27 *l.* 73 *l.* 81 D. h. t., *l.* 39 §. 3 D. fam. herc. 10. 2; *l.* 52 §. 18 *l.* 59 D. h. t. Bedingte und besripete Schulden: *l.* 27. 28 D. h. t. (*l.* §. 89. 96).

Größe dieses Antheils entscheidet die Festschreibung im Vertrage; bei Mangel derselben kommt jedem Gesellschafter ein gleicher Antheil zu<sup>13</sup>. Das Gesagte gilt sowohl für die Vertheilung der Einkünfte des gemeinschaftlichen Vermögens, bez. des laufenden Gewinnes, als für die Vertheilung des gemeinschaftlichen Vermögens selbst nach Auflösung der Gesellschaft, bez. des dann sich herausstellenden Gewinnes<sup>14</sup>.

5. Die Gesellschafter haben gegen einander die Rechtswohlthat des Nothbedarfs<sup>15</sup>. Der durch die Zahlungsunfähigkeit eines Gesellschafters entstehende Schaden ist auf alle zu vertheilen<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> §. 1 I. h. t., l. 29 pr. D. h. t. Es ist zwar vielfach behauptet worden, in diesen Stellen seien unter „aequas, aequalis partes“ verhältnißmäßig gleiche Theile zu verstehen; aber diese Auslegung ist offenbar willkürlich. Vgl. Bangerow §. 655 Anm. und die daselbst Genannten. Scuff. Arch. VII. 176. Die Quellen finden es allerdings durchaus billig, daß der Antheil an dem Gesellschaftsvorteil nach der Höhe des Beitrages bestimmt werde, l. 6 l. 76—80 D. h. t.; nach den oben genannten Stellen aber muß man annehmen, daß sie in der Unterlassung der Festschreibung von Gesellschaftsanteilen entweder die Erklärung finden, die scheinbar ungleichen Antheile seien in der Wirklichkeit gleich, indem nämlich die Persönlichkeit der Gesellschafter mit in die Bagchale gelegt wird (l. 80 i. f. D. h. t.), oder einen Verzicht des einen größeren Beitrag leistenden Gesellschafters. — HGB. Art. 109. „Der Gewinn oder Verlust wird, in Ermangelung einer andern Vereinbarung, unter die Gesellschafter nach Köpfen vertheilt“. Vgl. Art. 268 (106).

<sup>14</sup> Nach Auflösung der Gesellschaft ist, wenn die Gesellschaft lediglich auf Gemeinschaftlichwerden von Vermögenssüßen gerichtet war, das vorhandene Vermögen nach den Gesellschaftsanteilen zu vertheilen, ohne Rücksicht auf die Größe der von den einzelnen Gesellschaftern eingeschossenen Beiträge. Dagegen ist bei einer auf Erzielung von Gewinn gerichteten Gesellschaft nach den Gewinnanteilen der einzelnen Gesellschafter eben auch nur der vorhandene Gewinn zu vertheilen, nicht dagegen das vorhandene Vermögen. Gewinn ist aber nur der Ueberschuß über die gemachten Einlagen; jeder Gesellschafter zieht also vorher seine ganze Einlage zurück, und nicht etwa nur den seinem Gewinnanteil entsprechenden Theil derselben. Vgl. hierüber namentlich Bangerow §. 651 Anm. 2 Nr. 2. Scuff. Arch. VII. 176. — Kann nach Auflösung der Gesellschaft auf Grund des Gesellschaftsvertrages auch reelle Abtheilung des gemeinschaftlichen verlangt werden? Ohne allen Zweifel, obgleich bei den Römern dem *index in der actio pro socio* die *Abjudicationsbefugniß* fehlte. L. 43 D. h. t., l. 1 D. comm. dir. 10. 3.

<sup>15</sup> C. §. 267 Nr. 5.

<sup>16</sup> L. 65 §. 5 l. 67 pr. D. h. t.

## b. Nach Außen\*.

## §. 407.

So wenig die Gesellschaft den Gesellschaftern gegenüber eine von ihnen verschiedene Person bildet<sup>1</sup>, so wenig thut sie dies gegenüber Dritten<sup>2</sup>. Auch Dritten gegenüber gibt es nur Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschafter, nicht Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschaft<sup>3</sup>. Dies ist von Wichtigkeit namentlich in Betreff der Verbindlichkeiten. Für die in Gesellschaftsangelegenheiten erwachsenden Verbindlichkeiten haftet nicht die Gesellschaft, sondern es haften dafür die Gesellschafter, sämtliche oder einzelne, und daher, wie für andere Verbindlichkeiten, mit ihrem ganzen Vermögen; sie können nicht etwa die Gläubiger auf das Gesellschaftsvermögen beschränken<sup>4</sup>, obgleich sie allerdings

\* Bangerow §. 653 Anm., Sintonis S. 707—710, Treitschke §. 407. §. 54 fg., Thöl Handelr. I §. 37. 38.

<sup>1</sup> C. §. 406 Note 1.

<sup>2</sup> Abgesehen auch hier von der Actiengesellschaft. — Ueber die römische *societas publicanorum* s. außer den I §. 57 Note 2<sup>a</sup> Genannten jetzt noch: Salkowski Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen §. 5, Runge krit. VJchr. VI S. 60.

<sup>3</sup> Dies gilt im Principe auch von der modernen Handelsgesellschaft, obgleich in derselben eine Neigung zur Ausbildung als selbständige Rechtspersönlichkeit nicht zu verkennen ist. HGB. Art. 111 (vgl. Scuffert Archiv XIII. 57). 113. 119—122. In der That ist denn auch schon mehrfach, vor und nach dem Handelsgesetzbuch, für die Handelsgesellschaft die Eigenschaft einer juristischen Person in Anspruch genommen worden. S. namentlich Salkowski in seiner Zeitschrift für Handelsrecht Heft 2 Nr. 1, Kadenburg Zeitschr. f. Handelr. I S. 136—141 und Arch. f. Wechsler. X S. 227 fg., Salkowski a. a. O. §. 7, außerdem die Citate bei Thöl §. 39 Note 19. — Versuche, das Recht der Handelsgesellschaft an die römische Lehre vom *Peculium* anzuknüpfen oder es darauf zu gründen: Diezel Zeitschr. f. Handelr. II S. 1 fg., Böderer das. IV S. 300 fg., Bekker das. S. 537 (vgl. §. 434 Note 20). Eigenthümliche Auffassung bei Runge Zeitschr. f. Handelr. VI S. 208 fg., welcher das bewegende Princip der Handelsgesellschaft in der deutschrechtlichen Idee der gesammten Hand findet.

<sup>4</sup> So auch das HGB. Art. 112, Art. 85 Abs. 1. — Eine Ausnahme findet statt bei der, lediglich dem modernen Recht angehörigen, stillen oder Commanditgesellschaft (nach dem HGB., welches beide unterscheidet, stillen und Commanditgesellschaft). Bei dieser Art der Gesellschaft haftet der stille Gesell-

verlangen können, daß das Gesellschaftsvermögen zuerst angegriffen werde<sup>4</sup>. Die Frage, ob aus den Rechtsgeschäften, welche ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten abschließt, auch die übrigen Gesellschafter unmittelbar<sup>5</sup> berechtigt und verpflichtet werden, beantwortet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Darnach tritt eine solche unmittelbare Berechtigung und Verpflichtung ein, wenn der Gesellschafter in befugter Vertretung der übrigen gehandelt hat<sup>6</sup>; und zwar haften für die in dieser Weise begründeten Verbindlichkeiten die sämmtlichen Gesellschafter als Correal-schuldner<sup>7</sup>. Hatte der Gesellschafter keine Vertretungsbefugniß,

schaffter oder Commanditist nur mit seiner Einlage, tritt aber auch nach Außen als Gesellschafter gar nicht hervor, so daß die Gläubiger ein Klagerrecht bloß gegen den i. g. Complementar haben (nach dem HGB. gilt dieses letztere nur für die stille Gesellschaft). Th 51 Handelsr. I §. 40—43 a. HGB. Art. 150—172. 250—265.

<sup>4</sup> L. 65 §. 14 D. h. t. Diese Stelle handelt zwar nur von dem Fall, wo der Gläubiger seinerseits ein Gesellschafter ist; aber es ist kein Grund vorhanden, ihre Entscheidung auf diesen Fall zu beschränken. — HGB. Art. 122.

<sup>5</sup> Unmittelbar, ohne dazwischen liegendes Rechtsgeschäft zwischen den Gesellschaftern.

<sup>6</sup> Vgl. Seuff. Arch. XII. 60. Bei Handelsgesellschaften hat die Vertretungsbefugniß, wer das Recht hat, für die Firma der Gesellschaft zu zeichnen. Dieses Recht steht im Zweifel kraft stillschweigender Einräumung jedem Gesellschafter zu. Th 51 §. 38 Nr. 3. Seuff. Arch. II. 179, III. 195. 197. 360, IV. 115, XI. 287, XII. 270; vgl. II. 287. 288, X. 46. (HGB. Art. 114—116.) Bei andern Gesellschaften haben die Gesellschafter nicht ohne Weiteres Vertretungsbefugniß. Seuff. Arch. XII. 270.

<sup>7</sup> In der dem Gesellschafter erteilten Vollmacht liegt ein Sichanheftigmachen dem dritten Contractanten gegenüber, und ein solches Sichanheftigmachen verbindet die Mehreren, von welchen es ausgeht, solidarisch; die Einheit der Obligation aber, welche die mehreren Haftenden zu Correal-schuldnern macht, beruht auf der Einheit des Begründungsbactes. S. §. 482 Note 16. 16a. Dabei kann es auch keinen Unterschied machen, ob der Gesellschafter als Insitor (§. 482), oder im Namen der übrigen Gesellschafter contractirt. Th 51 Handelsr. I §. 212. 221. Senff. Arch. f. prakt. RW. N. 7. I §. 177 fg. Nach dem §. 293 Note 8 Gesagten kommt übrigens dem Gesellschafter die Rechtswohlthat der Theilung zu Gute. Uebereinstimmend Sintenis Ann. 98; a. M. Bangerow S. 498, Th 51 a. a. D. S. 212, f. auch Holzschuber III §. 396 Nr. 1. 1. A., Seuff. Arch. III. 360, XII. 13. — Uebernehmen die sämmtlichen Gesellschafter selbst und im eigenen Namen eine Verbindlichkeit, so haftet jeder nur für seinen Gesellschaftstheil. L. 11 §. 2 D. de duob. reis 45. 2. 1. 44 §. 1 D. de aed. ed. 21. 1. 1. 4 D. de exerc. act. 14. 1.

so haften die übrigen Gesellschafter nur, soweit die Gesellschaft durch das Geschäft bereichert worden ist<sup>8</sup>, und nur für ihren Theil<sup>9</sup>. — Neu eintretende Gesellschafter haften für die früher entstandenen Gesellschaftsverbindlichkeiten nur, wenn sie dieselben mit übernommen haben<sup>10</sup>.

### 3. Beendigung.

#### §. 408.

Die Gesellschaft hört auf durch den Ablauf der Zeit<sup>1</sup>, für welche, und den Eintritt der auflösenden Bedingung<sup>1</sup>, unter welcher sie eingegangen worden ist, durch Erschöpfung<sup>2</sup> oder Unmöglichwerden<sup>3</sup> ihres Zweckes, durch Vereinbarung; außerdem aber durch einseitigen Rücktritt, durch Tod eines Gesellschafters, so wie dadurch, daß ein Gesellschafter sein ganzes Vermögen verliert.

1. Einseitiger Rücktritt<sup>4</sup>. Derselbe darf nicht unzeitig erfolgen, d. h. nicht in einer die Gesellschaftsinteressen schädigenden Weise; sonst haftet der Rücktretende auf Schadensersatz<sup>5</sup>. Ebenso wenig darf der Rücktritt in arglistiger Weise erfolgen, d. h. in der Absicht, einen Gewinn, welcher sonst in die Gesellschaft fallen würde, für sich allein zu machen; sonst fällt der Gewinn in die Gesellschaft dennoch, während, wenn statt des gehofften Gewinnes

Bangerow a. a. D. Nr. 1, Sintenis Ann. 91, Th 51 §. 37 a. E. S. jedoch auch die Bemerkungen von Senff a. a. D. S. 208 fg.

<sup>8</sup> L. 82 D. h. t. Bangerow II. 2. b. c., Sintenis Nr. 2 und Ann. 92, Th 51 §. 37 Note 13. 19. Letzterer läßt den Gesellschafter auch dann haften, wenn das Geschäft nicht für die Gesellschaft abgeschlossen worden ist. Vgl. darüber und dagegen §. 483 Note 5.

<sup>9</sup> L. 10 §. 4 l. 13 D. de in rem verso 15. 3.

<sup>10</sup> Welche Uebernahme aber auch durch öffentliche Bekanntmachung geschehen kann. Seuff. Arch. II. 178. Weiter geht das HGB. Art. 113. Vgl. Th 51 Handelsr. §. 39. IV Nr. 4.

<sup>1</sup> L. 1 pr. D. h. t.

<sup>2</sup> L. 65 §. 10 D. h. t., §. 6 l. h. t.

<sup>3</sup> L. 63 §. 10 D. h. t.

<sup>4</sup> L. 4 §. 1 l. 63 §. 10 D. h. t., l. 5 C. comm. div. 3. 37, §. 6 l. h. t. Treitschke §. 67—69.

<sup>5</sup> L. 14 l. 17 §. 2 l. 65 §. 5 D. h. t. — Das HGB. Art. 114 verlangt schemonattliche Ründigung.

sich Schaden ergeben sollte, der Gesellschafter diesen allein trägt<sup>6</sup>. Ist die Gesellschaft für eine gewisse Zeit eingegangen, so ist der Rücktritt vor Ablauf derselben nur aus rechtfertigenden Gründen gestattet<sup>7</sup>; beim Rücktritt ohne rechtfertigenden Grund steht es im Belieben des andern Gesellschafters, ob die Gesellschaft als fortbestehend, oder als aufgelöst betrachtet werden soll<sup>8</sup>. Ebenso steht es im Belieben des andern Gesellschafters, von welchem Zeitpunkt die Gesellschaft als aufgelöst gelten soll, wenn ihm die Rücktrittserklärung erst später zugeht<sup>9</sup>.

2. Tod eines Gesellschafters<sup>9</sup>. Die Gesellschaft geht nicht auf die Erben des Gestorbenen über<sup>10</sup>, nicht einmal, wenn dies ausdrücklich ausgemacht worden ist<sup>11</sup>. Jedoch ist der Erbe verpflichtet, sich der von seinem Erblasser begonnenen Geschäfte anzunehmen, wobei er aber nur für Arglist und grobe Nachlässigkeit haftet<sup>12</sup>. Geschäfte, welche ein Gesellschafter für die Gesell-

<sup>6</sup> L. 65 §. 3. 4 D. h. t., §. 4 i. h. t.

<sup>7</sup> L. 14 l. 15 l. 16 pr. l. 65 §. 6 D. h. t. Ob ein rechtfertigender Grund vorliegt, hat im einzelnen Fall der Richter zu entscheiden. Vgl. *POB.* Art. 126. — Kann der Gesellschaftsvertrag glänzig auf Lebenszeit eingegangen werden? *Überdungs*, l. 1 pr. D. h. t.; nicht steht entgegen l. 70 eod. *A. R.* *Treitschke* §. 57, *Sintenis* *Ann.* 108; *Seuff. Arch.* XVI. 45.

<sup>8</sup> L. 65 §. 6 D. h. t.

<sup>9</sup> Ob die Gesellschaft als aufgelöst gelten soll vom Rücktritt an, oder erst von der Zeit an, wo ihm die Rücktrittserklärung zugegangen ist. L. 65 §. 8 D. h. t.

<sup>9</sup> §. 5 l. h. t.: — „quis, qui societatem contrahit, certam personam sibi obligat“. L. 60 pr. i. l. 1. 63 §. 10 l. 65 §. 9 D. h. t. Nach römischen Rechte wirkte wie der Tod auch die *capitis diminutio*, l. 4 §. 1 l. 63 §. 10 D. h. t., *Gai.* III. 163.

<sup>10</sup> L. 63 §. 8 l. 65 §. 11 D. h. t., l. 6 §. 6 D. de his qui not. 3. 2.

<sup>11</sup> L. 35 l. 52 §. 9 l. 59 pr. D. h. t. Ist dies nicht durch l. un. C. ut act. et ab her. 4. 11 (§. 318 *Note* 8) anders geworden? Mir scheint es ungerchtfertigt, die Aufnahme der genannten Pandektenstellen einem bloßen Versehen der Compileren zuzuschreiben. *A. M.* *Diebel* *Zeitschr.* f. Civ. u. Pr. R. §. XIII S. 435. 436; f. auch *Treitschke* S. 196. 197, *Holzschuber* III §. 307 *Wtr.* 2. — Anders *POB.* Art. 123 *Wtr.* 2.

<sup>12</sup> L. 40 l. 35 D. h. t. (vgl. zu letzterer Stelle l. 68 pr. D. de contr. om. 18. 1, und überhaupt l. 1 pr. l. 4 pr. D. de del. tut. 27. 7). L. 36 l. 65 §. 9 D. h. t. sind von der vom Erblasser begangenen Nachlässigkeit zu verstehen.

schaft abschließt, ehe er von dem Tode des Gesellschafters erfahren hat, gelten als Gesellschaftsgeschäfte<sup>13</sup>.

3. Verlust des ganzen Vermögens<sup>14</sup>. Derselbe kann erfolgen durch Concurs, durch Confiscation<sup>15</sup>, in anderer Weise<sup>16</sup>. —

Für alle Fälle der Beendigung der Gesellschaft gilt, daß die Gesellschaft fortwirkt für den Erwerb und Verlust, welcher nach ihrer Beendigung durch früher vorgenommene Gesellschaftshandlungen herbeigeführt wird<sup>17</sup>. —

Beschließen nach dem Wegfall eines Gesellschafters die übrigen, in Gesellschaft zu bleiben, so ist dies Begründung einer neuen Gesellschaft, nicht Fortsetzung der alten<sup>18</sup>. Ein solches Verbleiben in der Gesellschaft kann auch im Voraus ausgemacht werden<sup>19</sup>.

## F. Der Auftrag\*.

### I. Begriff und Abschluß.

#### §. 409.

Durch Ertheilung und Uebernahme eines Auftrages<sup>1</sup> kommt

<sup>13</sup> L. 65 §. 10 D. h. t.

<sup>14</sup> *Treitschke* §. 70. 71.

<sup>15</sup> L. 65 §. 1. 12 D. h. t., §. 7. 8 l. h. t. — Kann der Gesellschafter, welcher den Antheil des Gesellschafters an die Concursmasse herausgibt, seine Forderungen aus der Gesellschaft abziehen? *Treitschke* §. 95. 96. *POB.* Art. 126. — Separationsrecht der Gesellschaftsgläubiger überhaupt? *Loh* S. 225: „Gemeinrechtlich gilt kein Particularconcurs der Handelsgläubiger“. *Treitschke* §. 100; fernere Literatur oben §. 272 *Note* 7. Ein Separationsrecht gibt den Gläubigern im Falle des Concurses der Gesellschaft das *POB.* Art. 122.

<sup>16</sup> L. 4 §. 1 D. h. t. „Dissociamur . . . egestate“.

<sup>17</sup> L. 27. 28 l. 38 l. 63 §. 8 l. 65 §. 2. 9 D. h. t. *Seuff. Arch.* IX. 30. Vgl. *POB.* Art. 130 *Wtr.* 2.

<sup>18</sup> §. 8 l. h. t. Vgl. l. 58 §. 3 D. h. t. — *POB.* Art. 128.

<sup>19</sup> L. 65 §. 9 D. h. t., §. 5 l. h. t. — *POB.* Art. 127.

\* *Inst.* 3. 26 de mandato. *Dig.* 17. 1 *Cod.* 4. 35 *mandati vel contra.* — §. 409. *Kriß* *Pandektenrecht* *Th.* I *Band* 1 S. 1—114. *Silb* *XV* S. 239—370; *Unterholzner* II S. 585—600, *Sintenis* II §. 118, *Holzschuber* III §. 273.

<sup>1</sup> *Mandatam.* Der Auftraggeber wird in den Quellen *mandans* oder *mandator* genannt; die Bezeichnung *mandatarius* für den Beauftragten ist nicht quellentmäßig.

*Windscheid, Pandekten.* II. Bd. II. Abthl.

ein Vertrag zu Stande<sup>2</sup>, welcher für beide Parteien Verpflichtungen erzeugt (§. 410). Die Thätigkeit, auf welche der Auftrag gerichtet ist, darf keine unerlaubte<sup>3</sup>, kann im Uebrigen von der verschiedensten Art sein, namentlich sowohl rechtlicher<sup>4</sup>, als factischer Natur. Sie kann ferner eine mehr oder minder umfassende sein; die umfassendste ist die Besorgung aller Angelegenheiten des Auftraggebers<sup>5</sup>.

Der Auftrag ist seiner Natur nach unentgeltlich<sup>6</sup>; doch trägt er nicht bloß ein freiwillig gegebenes Honorar, sondern auch das Versprechen eines Honorars<sup>7</sup>. —

Der Auftrag hat noch eine andere Seite, als die, daß er Verpflichtungen zwischen den Parteien begründet. Insofern er auf eine Thätigkeit rechtlicher Art gerichtet ist, bewirkt er auch, daß die Handlung des Beauftragten dritten Personen gegenüber dieselbe rechtliche Wirkung habe, als hätte der Auftraggeber sie selbst vorgenommen. In dieser seiner Richtung heißt der Auftrag Vollmacht<sup>8</sup>. Es kann übrigens eine Vollmacht auch ohne Auftrag gegeben werden<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> L. 1 pr. — §. 2 D. h. t. Stillschweigende Eingehung: l. 6 §. 2 l. 18 l. 53 D. l. 6 C. h. t. Holzschuber a. a. O. Nr. 1. Seuff. Arch. VIII. 264, XII. 269.

<sup>3</sup> L. 6 §. 3 l. 22 §. 6 D. h. t., §. 7 l. h. t.

<sup>4</sup> B. B. Abschluß eines Rechtsgeschäfts, Führung eines Processes.

<sup>5</sup> L. 1 §. 1 l. 63 D. de proc. 3. 3, l. 25 §. 1 D. de min. 4. 4. — Mandatum incertum: l. 46 D. h. t. Holzschuber a. a. O. Nr. 3.

<sup>6</sup> L. 1 §. 4 D. h. t. „Mandatum nisi gratuitum nullum est; nam originem ex officio atque amicitia trahit: contrarium ergo est officio merces.“ §. 13 l. h. t.

<sup>7</sup> L. 6 pr. l. 7 D. l. 1 C. h. t.

<sup>8</sup> Unsere Sprache ist hier reicher als die römische, welche für beide Begriffe nur den einen Ausdruck *mandatum* hat.

<sup>9</sup> Vgl. l. 42 §. 2 D. de proc. 3. 3. „Ea obligatio, quae inter dominum et procuratorem consistere solet, mandati actionem parit. Aliquando tamen non contrahitur obligatio mandati; sicut evenit, cum in rem suam procuratorem praestamus, eoque nomine iudicium solvi promittimus. Nam si ex ea promissione aliquid praestiterimus, non mandati, sed ex vendito, si hereditatem vendiderimus, vel ex pristina causa mandati agere debemus, ut sit, cum fideiussor reum procuratorem dedit.“

## 2. Verpflichtungen.

### §. 410.

Die Verpflichtungen aus dem Auftragsvertrag stehen unter freiem richterlichem Ermessen<sup>1</sup>. Die Hauptpunkte sind folgende.

1. Der Beauftragte ist verpflichtet<sup>2</sup>, den übernommenen Auftrag pünktlich auszuführen, und haftet dabei<sup>3</sup> nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen jeder Nachlässigkeit<sup>4</sup>. Ueberläßt er die Ausführung des Auftrags einem Andern, so ist zu unterscheiden, ob ihm dieß, nach der ausdrücklichen Bestimmung oder im Sinne des Vertrages, gestattet war, oder nicht<sup>5</sup>; im letzten Falle haftet er für die Fehler des von ihm Angestellten unbedingt<sup>6a</sup>, im ersten Falle nur dann, wenn er die Untauglichkeit des Angestellten kannte oder kennen mußte<sup>6</sup>. — Was dem

<sup>1</sup> Die *actio mandati* ist *actio bonae fidei*. §. 28 l. de act. 4. 6, l. 2 §. 3 l. 410. l. 5 pr. D. de O et A. 44. 7, l. 10 §. 3 D. h. t.

<sup>2</sup> *Actio mandati directa*.

<sup>3</sup> Mag er den Auftrag schlecht, oder mag er ihn gar nicht ausgeführt haben. L. 5. 11 C. h. t., l. 5 §. 1 l. 8 §. 4. 10 l. 22 §. 11 l. 27 §. 2 D. h. t.

<sup>4</sup> L. 23 D. de R. l. 50. 17, l. 11. 13 21 C. h. t., l. 8 §. 10 l. 10 §. 1 l. 22 §. 11 D. h. t. Die Haftung des Beauftragten wegen Nachlässigkeit, obgleich er von dem Geschäft keinen Vortheil hat (§. 265 Nr. 4), erklärt sich daraus, daß in dem Versprechen, etwas für einen Andern besorgen zu wollen, stillschweigend das Versprechen der Sorgfalt liegt (worauf das deutsche Wort hinweist: besorgen). Vgl. über diesen Punkt Sasse *Quaest. §. 94*, Beckmann-Hollweg *das. S. 569*, v. d. Herten *Arb. d. Anwalts* S. 315, Fuchsle *Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. V S. 115* fg., Ubbelohde *Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 225* fg. Ueber *Collat. X. 2 §. 1—3* (vgl. l. 8 §. 10 init. l. 10 pr. D. h. t.) f. Sasse a. a. O. §. 94, Fuchsle a. a. O. S. 113 fg. — Vgl. auch noch §. 404 Note 4. — Bedeutung der dem Beauftragten erteilten Instruction: Seuff. Arch. II. 40 41. — Beweisloß: Rieruff *Entscheid. b. D. A. G. zu Lübeck I S. 465*; vgl. §. 430 Note 5 a. O., §. 439 Note 7.

<sup>5</sup> Unterholzner S. 595 und Sinteris S. 577 lehren, daß Ceteris als Regel anzunehmen sei. Dieß geht weder aus §. 11 l. h. t., noch aus l. 8 §. 3 D. h. t., welche beide Stellen von den genannten Schriftstellern in Bezug genommen werden, hervor.

<sup>6a</sup> Vgl. l. 2 §. 1 D. si mentor 11. 6.

<sup>6</sup> Nur wegen l. §. culpa in eligendo. Vgl. §. 401 Note 5, und aus der dasselbst citirten Schrift von Burcardo S. 42. 113, aus dem dasselbst citirten Aussatz von Ubbelohde in der *Zeitschr. f. Handelsr. S. 247*. Seuff. Arch.

Beauftragten zum Zwecke der Ausführung des Auftrages übergeben worden ist, muß er nach Beendigung des Auftrages, insofern er es nicht dem Auftrage gemäß verbraucht hat, zurück-erstaten; ebenso muß er herausgeben, was auf Grund der Ausführung des Auftrages in seine Hände gelangt ist<sup>7</sup>. Zieht er von dem in seinen Händen Befindlichen Früchte oder Zinsen, so muß er auch diese herausgeben<sup>8</sup>; zieht er keine Früchte oder Zinsen, so kommt es darauf an, ob er hierzu nach Inhalt des Auftrages verpflichtet war<sup>9</sup>. Jedenfalls zahlt er Zinsen von dem Gelde, welches er in seinen eigenen Nutzen verwendet hat<sup>10</sup>.

2. Der Auftraggeber ist verpflichtet<sup>11</sup>, dem Beauftragten die Aufopferungen<sup>12</sup> zu ersetzen<sup>13</sup>, welche derselbe in oder bei der

III. 46, XVIII. 240. Jedenfalls aber muß der Beauftragte dem Auftraggeber seine Ansprüche gegen den von ihm Angestellten herausgeben, l. 8 §. 3 D. h. t., vgl. l. 21 §. 3 D. do. neg. gest. 3. 5.

<sup>7</sup> Im Allgemeinen: l. 20 pr. D. h. t. („Ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil romanorum oportet“), l. 8 §. 9 eod. Im Besonderen: l. 8 pr. §. 10 l. 10 §. 6 l. 43 l. 45 pr. D. h. t., l. 46 §. 4 D. do. proc. 3. §. 1. 49 §. 2 D. do. aeq. vel. am. poss. 41. 2, l. 9 pr. D. do. edendo 2. 13. Sen ff. Arch. V. 12, IX. 153, X. 45, XI. 150.

<sup>8</sup> L. 10 §. 2. 3. 8. 9 D. h. t. Doch braucht er nach allgemeinen Grundsätzen (§. 327 Note 12) die gezogenen Zinsen dann nicht herauszugeben, wenn die Austreibung auf seine Gefahr geschehen ist, l. 10 §. 8 i. f. D. h. t. Dabei ist freilich zuzusehen, ob er nicht zur Zinsenzahlung verpflichtet war; in diesem Falle zahlt er zwar nicht die gezogenen Zinsen, wohl aber Ersatz dafür, daß er keine gezogenen Zinsen herauszugeben hat.

<sup>9</sup> L. 13 §. 1 D. do. iur. 22. 1. Egl. Sen ff. Arch. XVI. 83.

<sup>10</sup> L. 10 §. 8 D. h. t. Er zahlt ordentliche Zinsen (l. 10 §. 3 D. h. t., vgl. §. 260 Note 5), höchste erlaubte Zinsen aber, nach dem Principe der l. 38 D. do. neg. gest. 3. 5 (§. 260 Note 3), wenn das Geld, welches er in seinen Nutzen verwendet hat, nicht dem Auftraggeber herauszugeben, sondern in dessen Interesse zu verwalten war.

<sup>11</sup> Actio mandati contraria.

<sup>12</sup> Nutzen derselben in Veräußerungen bestehen, oder in Uebernahme von Verbindlichkeiten, oder in Entbehrung eines Gewinnes, oder in Abnutzung von Sachen, oder sonstiger Entwertung von Vermögensstücken.

<sup>13</sup> Bei ausgeliegtem Geld mit Zinsen, l. 12 §. 9 D. l. 1 C. h. t. Sen ff. Arch. III. 50, VI. 35. VIII. 46. Unter Umständen kann der Beauftragte auch Vorschuß verlangen, l. 12 §. 17 D. h. t. Wer einen Auftrag, zu zahlen, übernommen hat, kann Ersatz schon verlangen, wenn er verurtheilt worden ist, l. 45 §. 4 D. h. t., l. 38 §. 1 D. l. 6. 10 C. h. t. Egl. Ebd. Handelr. I §. 116. 11.

Ausführung des übernommenen Auftrages gemacht hat<sup>14</sup>, — wenn für dieselben im Vertrage eine Grenze festgesetzt ist, innerhalb dieser Grenze<sup>15</sup>, sonst so weit die Aufopferungen nothwendig waren, oder dem Beauftragten nach seinem rechtlichen Ermessen als nothwendig erscheinen mußten<sup>16</sup>. Mehrere Auftraggeber haften dabei solidarisch<sup>17</sup>. Den Schaden dagegen, welchen der Beauftragte bloß bei Gelegenheit der Ausführung des Auftrages erleidet, bekommt er nur dann ersetzt, wenn dabei den Auftraggeber ein Vorwurf trifft<sup>18</sup>. — Ferner ist der Auftraggeber verpflichtet, dem Beauftragten das bedungene oder stillschweigend verstandene Honorar zu zahlen<sup>19</sup>.

### 3. Beendigung.

#### §. 411.

Der Auftrag erreicht sein natürliches Ende durch seine Ausführung, durch Ablauf der Zeit, für welche, oder Eintritt der auflösenden Bedingung, unter welcher er gegeben worden ist, durch Vereinbarung der Parteien; außerdem aber hört er auch auf durch Tod und einseitigen Rücktritt einer Partei.

1. Rücktritt. Weder der Auftraggeber noch der Beauftragte sind an den Auftrag länger gebunden, als sie daran gebunden sein wollen; jener kann den Auftrag zurücknehmen, dieser ihn zurück-

<sup>14</sup> In Ausführung des Auftrages: der Auftrag war auf eine Aufopferung direct gerichtet, z. B. er ging auf Ankauf einer Sache um das Geld des Beauftragten oder auf Uebernahme einer Bürgschaft; l. 3 §. 1. l. 10 §. 11 l. 45 D. h. t., auch l. 16 eod. Egl. Sen ff. Arch. XIV. 231. Bei Ausführung des Auftrages: es ist etwas zum Zweck der Ausführung des Auftrages aufgewendet worden, l. 10 §. 9 D. l. 20 §. 1 C. h. t.

<sup>15</sup> L. 9 §. 2 l. 4 l. 22 pr. l. 33 D. h. t., §. 8 I. h. t.

<sup>16</sup> L. 27 pr. D. h. t. („impensio bona fide facta“), l. 56 §. 4 eod. („sumtus bona fide necessario factos“), l. 1 C. h. t. („sumtus quos probabili ratione feceras“).

<sup>17</sup> S. §. 298 Note 16.

<sup>18</sup> L. 26 §. 6. 7 D. h. t., l. 61 §. 5 D. do. iur. 47. 2. Ueber die letztere Stelle vgl. Haffe Culpa S. 408, Rommelen Beiträge I S. 369 Note 16, Dernburg Pfandrecht I S. 163.

<sup>19</sup> Egl. §. 404 Note 7. Das römische Recht gewährte auf das Honorar nur extraordinaria cognitio (l. 7 D. l. 1 C. h. t.), was heutzutage keine Bedeutung mehr hat.

geben<sup>1</sup>. Doch fährt der Auftraggeber trotz der Zurücknahme fort, aus denjenigen Handlungen des Beauftragten zu haften, welche derselbe vor erlangter Kunde von der Zurücknahme vorgenommen hat<sup>2</sup>; und der Beauftragte darf den Auftrag nicht zu einer Zeit zurückgeben, wo der Auftraggeber nicht mehr die Möglichkeit hat, in anderer Weise für das aufgetragene Geschäft zu sorgen: er müßte denn für die Zurückgabe einen rechtfertigenden Grund haben<sup>3</sup>.

2. Tob. Der Auftrag geht nicht auf die Erben über, weder auf die Erben des Auftraggebers, noch auf die des Beauftragten<sup>4</sup>. Doch kann das Gegentheil ausgemacht werden<sup>5</sup>, und auch abgesehen hiervon ist der Erbe des Beauftragten verpflichtet, sich der

§. 411. <sup>1</sup> L. 12 §. 16 l. 22 §. 11 D. h. t., §. 9. 11 I. h. t. Gesterding Irrethümer zc. S. 208 fg., Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV. 1. Stiifschwägender Widerruf: Seuff. Arch. X. 158. Vgl. auch Seuff. Arch. III. 49.

<sup>2</sup> L. 15 D. h. t.; §. 9 I. h. t.

<sup>3</sup> L. 22 §. 11 l. 23 - 25 l. 27 §. 2 D. h. t.

<sup>4</sup> L. 27 §. 3 l. 57 D. h. t., l. 15 C. h. t., §. 10 I. h. t. Gesterding Irrethümer zc. S. 208 fg. Wenn es in den genannten Stellen heißt, daß der Auftrag nur „re integro“, „integro mandato“ aufhöre, so soll damit nichts Anderes gesagt sein, als daß die aus dem Auftrage bereits entstandenen Verbindlichkeiten nicht aufhören. Vgl. übrigens Sinteris Anm. 71. — Anders das P.O. Art. 297. „Ein Antrag, ein Auftrag oder eine Vollmacht, welche von einem Kaufmann in dem Handelsgewerbe ausgegangen sind, werden durch seinen Tod nicht aufgehoben, sofern nicht eine entgegengesetzte Willensmeinung aus seiner Erklärung oder aus den Umständen hervorgeht“.

<sup>5</sup> L. 12 §. 17 l. 13 D. h. t. Diese Stelle spricht aber nur von einem nach dem Tode des Auftraggebers zu vollziehenden Auftrag; sind wir berechtigt, auf Grund derselben anzunehmen, daß der Auftrag mit verbindlicher Kraft auch auf die Erben des Beauftragten gestellt werden könne? Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob in der genannten Stelle eine Interpolation auf Grund von l. un. C. ut act. et ab her. 4. li anzunehmen ist, oder nicht. Dieß ist nicht unzweifelhaft; doch scheint mir die Annahme einer Interpolation mehr für sich zu haben, wegen Gai. III. 158 und l. 108 D. de solut. 46. §. 3 (die von Cujacius vorgeschlagene Emendation [Bangerow §. 662 a. E.] ist immer nur Emendation, und bringt doch keine rechte Concinuität in die Stelle). Es muß freilich dahin gestellt bleiben, wie weit die Interpolation reicht. L. 27 §. 1 D. h. t. spricht nicht von einem Mandat, sondern von einer Eigenthumsübertragung unter einer Auflage. Vgl. Zimmermann Arch. f. civ. Pr. IV. 19, Mühlensbruch Fortsetzung von Stück XLIII S. 396-399, Dieckel Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII. 13; auch Folschuber III §. 273 Nr. 10.

von seinem Erblasser begonnenen Geschäfte anzunehmen<sup>6</sup>, der Erbe des Auftraggebers, dem Beauftragten die Aufopferungen zu ersetzen, welche derselbe in unverschuldeter Unwissenheit von dem Tode des Auftraggebers gemacht hat<sup>7</sup>.

In welcher Weise auch der Auftrag fortgefallen sein mag, so wirkt er fort für Erwerb und Verlust, welcher durch früher vorgenommene Auftrags-handlungen nach Wegfall des Auftrags herbeigeführt wird<sup>8</sup>.

#### 4. Besondere Anwendungen.

##### §. 412.

1. Auftrag, von einem Dritten eine Vermögensleistung zu erheben<sup>1</sup>. Auftrag, an einen Dritten eine Vermögensleistung zu machen<sup>2</sup>. Der eine Auftrag kann ohne den anderen vorhanden sein; es kann aber auch zu gleicher Zeit der Eine beauftragt werden, von einem Andern eine Vermögensleistung zu erheben, und

<sup>6</sup> Arg. l. 1 pr. D. de fidei. tut. 27. 7, l. 40 D. pro soc. 17. 2.

<sup>7</sup> L. 26 pr. §. 1 l. 58 pr. D. h. t., §. 10 I. h. t., l. 19 §. 1 D. de don. 39. 5.

<sup>8</sup> L. 14 pr. D. h. t., Gai. III. 117.

<sup>1</sup> So namentlich von dem Schutzherr des Auftraggebers (z. B. l. 12 §. 3. 412. 16 l. 17 D. l. 11 C. h. t., l. 4 C. de novat. 8. 42); aber auch von demjenigen, welcher dem Auftraggeber schenken (l. 12 D. si quid in fr. patr. 38. 5), oder ihm ein Darlehn geben, oder ihm aus irgend einem andern Grunde leisten will. Vgl. Note 9. — Die von dem Dritten zu erhebende Vermögensleistung kann den verschiedensten Inhalt haben. Die wichtigsten Fälle sind die, wo sie zum Inhalt Eigenthumsverschaffung oder Versprechen hat, und hier wieder der wichtigste, wo ihr Gegenstand baares Geld ist. Von dem Auftrage, sich versprechen zu lassen, handeln z. B. l. 10 §. 6 l. 59 pr. D. h. t. Vgl. Thöl Handelstr. I §. 119 („das Eincastrationsmandat“), §. 132 (Auftrag sich versprechen zu lassen).

<sup>2</sup> So namentlich an den Gläubiger des Auftraggebers (z. B. l. 12 §. 5 l. 45 §. 4 D. h. t.); aber auch an demjenigen, welchem der Auftraggeber schenken (z. B. l. 19 §. 3 l. f. D. de don. 39. 5), oder dem er ein Darlehn geben (z. B. l. 9 §. 8 D. de R. C. 12. 1), oder dem er aus irgend einem andern Grunde leisten will. Vgl. Note 9. — Was über den möglichen Inhalt der Vermögensleistung in der vorigen Note gesagt worden ist, gilt auch hier. Auftrag, einen Andern zu liberiren; l. 36. 38 D. de l. D. 23. 3. — Die Römer bezeichnen den Auftrag, an einen Dritten zu zahlen, oder einem Dritten zu versprechen, namentlich aber und sehr vorwiegend den letzteren, durch die



bieser Andere, an Jenen die Vermögensleistung zu machen<sup>6</sup>. Es kann auch der eine Auftrag mit dem anderen in der Weise verbunden werden, daß der Auftrag, die Vermögensleistung zu machen, demjenigen, welcher beauftragt wird, die Vermögensleistung zu erheben, zur Ueberbringung eingehändigt wird. Dieß ist der Fall bei der modernen Anweisung<sup>4</sup>. — Im Besonderen kommen hier folgende Punkte zur Beachtung.

a. Der Auftrag zur Erhebung einer Vermögensleistung kann auch zu dem Ende gegeben werden, um auf indirectem Wege dem Beauftragten zu verschaffen, was der Auftraggeber seinerseits demselben zu leisten gewillt ist<sup>5</sup>. Ebenso kann der Auftrag zur Bewirkung einer Vermögensleistung in dem Sinne gegeben werden, daß durch Ausführung desselben dem Auftraggeber auf indirectem Wege verschafft werden soll, was der Beauftragte seinerseits demselben zu leisten gewillt ist<sup>6</sup>. In diesen Fällen tritt der

Ausdrücke *delegare* und *delegatio*. Vgl. §. 368 Note 9. — *Ex h. l.* Handelsr. I §. 114—118 („das Zahlungsmandat“), §. 128—132 („die Delegation“).

<sup>5</sup> Der Auftrag, Leistung zu erheben, hat, abgesehen von dem Falle, wo der Dritte Schuldner des Auftraggebers ist, keinen Sinn, wenn der Auftraggeber sich nicht vorher von der Bereitwilligkeit des Dritten, auf seinen Anstoß an den Beauftragten zu leisten, überzeugt hat; indem der Dritte sich hierzu bereit erklärt, kommt auch zwischen ihm und demjenigen, auf dessen Auftrag hin Leistung erhoben werden soll, ein Auftragsverhältniß zu Stande. Ebenso setzt die Vollziehung des Auftrags, einem Dritten zu leisten, abgesehen von dem Falle, wo dieser Dritte Gläubiger des Auftraggebers ist, Gerechtigkeit des Dritten voraus, die Leistung anzunehmen; indem er sich hierzu demjenigen gegenüber, auf dessen Auftrag hin ihm eine Leistung gemacht werden soll, bereit erklärt, kommt auch zwischen ihm und diesem letzteren ein Auftragsverhältniß zu Stande.

<sup>4</sup> Anweisung oder Assignation. Der zur Leistung Beauftragte der Anweisung oder Assignat; der zur Erhebung der Leistung Beauftragte der Assignator. — Die Anweisung kann mündlich oder schriftlich abgeschlossen werden; das Erstere ist, namentlich unter Kaufleuten, der gewöhnliche Fall. Die schriftliche Anweisung unterscheidet sich in ihrer gewöhnlichen Form von dem gezogenen Wechsel nur durch das Fehlen des Wortes Wechsel.

<sup>5</sup> Laß dir zahlen, statt von mir, von Jenem. Laß dir die 100, welche ich dir schuldig bin, von Jenem zahlen. Laß dir versprechen, statt von mir, von jenem. Laß dir, statt von mir dir zahlen zu lassen, von Jenem versprechen.

<sup>6</sup> Zahle, statt an mich, an Jenem. Zahle die 100, welche du mir schuldig bist, an Jenem. Statt an mich zu zahlen, versprich an Jenem.

Auftrag als solcher in den Hintergrund<sup>7</sup>, und in den Vordergrund die durch Vollziehung desselben bewirkte Vermögensleistung des Auftraggebers an den Beauftragten, bez. des Beauftragten an den Auftraggeber<sup>8</sup>. Der Bestimmungsgrund der einen und der anderen dieser Vermögensleistungen kann so verschieden sein, wie der einer Vermögensleistung überhaupt, und davon hängen

<sup>7</sup> Im ersten Fall ist ausgeschlossen die *actio mandati directa* in ihrer Richtung auf Rückgabe des Erhebeneen; im zweiten Fall ist ausgeschlossen die *actio mandati contraria*. Die *actio mandati directa* in ihrer Richtung auf sorgfältige Ausführung des erteilten Auftrages ist in keinem von beiden Fällen ausgeschlossen (vgl. *Seuff. Arch.* XIII. 220), aber meistens durch die Ausführung selbst erliegt.

<sup>8</sup> Der Beauftragte nimmt die ihm von dem Dritten gemachte Leistung als Leistung des Auftraggebers an. Der Auftraggeber nimmt die von dem Beauftragten an den Dritten gemachte Leistung als eine ihm gemachte an. Dieses Annehmen liegt nicht in dem Auftrage als solchem, sondern ist ein den Auftrag begleitendes. Mehr auseinandergelegt ist das Verhältniß dieses. Im ersten Fall sagt der Auftraggeber: (1) du sollst mir von dem Dritten leisten lassen (Auftrag), und (2) die von dem Dritten dir gemachte Leistung soll als eine von mir dir gemachte gelten. Durch die Ausführung des Auftrages, wie er gegeben worden ist, unterwirft sich der Beauftragte auch dieser zweiten Willenserklärung. In dem zweiten Falle sagt der Auftraggeber: (1) du sollst an den Dritten leisten (Auftrag), und (2) diese Leistung soll als eine mir gemachte gelten. Die Initiative in der den Auftrag begleitenden Willenserklärung geht hier von demjenigen aus, gegen welchen sie wirken soll. — Die Römer haben für die Willenserklärung, daß die von Jemandem an einen Dritten zu machende Leistung als eine mir gemachte, und überhaupt das von Jemandem mit einem Dritten abzuschließende Rechtsgeschäft als mit mir abgeschlossen gelten soll, eine technische Bezeichnung; dieß ist der Ausdruck *iussus*. *libetur aliquis solvere alii, contrahere cum alio*. L. 1 pr. — §. 3 l. 4 §. 1 D. *quod iussu* 15. 4. Will man also strenge sein, so muß man sagen: das *mandatum* ist kein *iussus*, der *iussus* kein *mandatum*. Jedoch ist hierzu zu bemerken: a) daß der das *mandatum* begleitende *iussus* auch durch das *mandatum* selbst ausgedrückt werden kann, und gerade von diesem sollte ist hier die Rede (zähle, statt an mich, an Titius; zahle die mir verschuldeten 100, die 100, welche du mir schenken willst etc., an Titius; l. 12 §. 2 D. *de solut.* 46. 3, l. 77 §. 6 D. *de leg.* 11<sup>o</sup> 31, l. 12 C. *de solut.* 8. 43, l. 1 §. 3 D. *quod iussu* 15. 4); b) daß andererseits der Ausdruck *iussus* seiner natürlichen Bedeutung nach auf den Fall geht, wo durch den inbess dem Empfänger des *iussus* zugleich eine Mithigung zur Vornahme der betreffenden Leistung auferlegt werden soll, und in diesem Sinne kann der *iussus*, wenn er nicht einem Gewaltunterworfenen erteilt wird, doch wieder ein *mandatum* enthalten (l. 108

die an sie angeknüpften rechtlichen Wirkungen ab<sup>9</sup>. Es kann auch der Bestimmungsgrund einer solchen Vermögensleistung eine Ungültigkeit oder Rückforderbarkeit derselben begründen; jedenfalls wirkt diese Ungültigkeit oder Rückforderbarkeit bloß zwischen den Subjecten der Leistung, eben dem Auftraggeber und dem Beauftragten, wogegen sie auf das Verhältnis zwischen dem zur Vollziehung und dem zur Empfangnahme der Leistung Beauftragten, abge-

D. de solut. 46. 3, vgl. l. 38 D. de I. D. 23. 3); c) daß auch der iussus, welcher in der That kein mandatum ist, wohl mandatum genannt wird (l. 34 §. 3 D. de solut. 46. 3. l. 25 §. 5 D. de aeq. vel om. her. 39. 2). — Der Gegensatz zwischen mandatum und iussus ist namentlich von v. Salpius Novation und Delegation §. 9. 10 hervorgehoben worden. Doch irrt dieser Schriftsteller m. E. darin: a) daß er einen iussus auch da annimmt, wo Jemand beauftragt wird, einem Dritten eine Leistung zu machen, welche ihm dann von dem Auftraggeber *actionis mandati contraria* soll ersetzt werden; b) daß er die Delegation und die heutige Anweisung mit dem iussus im technischen Sinn des Wortes identifieirt, und demgemäß bestreitet, daß in denselben ein mandatum enthalten sei. Hierdurch gelangt er zu dem Satze, daß der Delegirte und Angewiesene als solcher keinen Erfasanspruch gegen den Deleganten und Anweisenden habe, sondern diesen Erfasanspruch durch den Nachweis des besonderen Rechtsverhältnisses, kraft dessen er in der Person des Dritten dem Auftraggeber geleistet habe, erst begründen müsse (§. 11. 74). Dieß ist eine Verkennung der wahren Natur der Delegation und der Anweisung. Wer einen Andern delegirt, anweist, gibt ihm einen Anstoß zu einer Vermögensleistung, veranlaßt ihn zu einer Vermögensleistung, und haftet deswegen mit der *actio mandati contraria*. Will der Auftraggeber von derselben frei sein, so ist es an ihm, nachzuweisen, daß dieselbe durch die bei jenem Veranlassen getroffenen besonderen Bestimmungen ausgeschlossen sei. Vgl. Note 14. Die Mandatsnatur der Delegation wird auch bestritten in der Inauguraldissertation von R. Bernstein de delegationis natura (Berol. 1865).

<sup>9</sup> Ein sehr häufiger und sehr wichtiger Bestimmungsgrund ist Tilgung einer Schuld: l. 56 D. de sol. 46. 3. „Qui mandat solvi, ipse videtur solvere“. L. 180 D. de R. I. 50. 17. „Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset“. Von diesem Fall ist in den Quellen unendlich oft die Rede; vgl. noch l. 64 D. de sol. 46. 3, l. 33 D. de nov. 46. 2, l. 37 §. 4 D. de op. lib. 38. 1. Geht in diesem Fall der Auftrag auf Versprechen, so kann die Tilgung der Schuld möglicherweise auch durch Novation erfolgen (vgl. §. 342 Note 15. 38<sup>a</sup>, §. 353 Note 11). — Andere mögliche Bestimmungsgründe sind: Schenkung, §. B. l. 59 pr. D. mand. 17. 1, l. 34 §. 7 D. de sol. 46. 3, l. 19 §. 3 D. de don. 39. 5, l. 21 §. 1 eod.; l. 9 pr. D. de cond. e. d. e. n. s. 12. 4, l. 15 §. 2 D. de contr. emt. 18. 1, l. 21 pr. de don. 39. 5, l. 33 D. de nov. 46. 2; l. 2 §. 2 l. 33 §. 3 D. de don. 39. 5.

sehen von Ausnahmefällen, ohne Einfluß ist<sup>10</sup>. — Uebrigens gilt das hier Gesagte in gleicher Weise auch für den Fall, wo Jemand ohne einen Auftrag empfangen zu haben mit dem Willen eines Andern die an diesen von einem Dritten zu machende Leistung für sich erhebt, oder die seinerseits an diesen zu machende Leistung in der Person eines Dritten bewerkstelligt<sup>11</sup>. Bloße Gestattung ist

Vestellung einer Dos, §. B. l. 56 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 4 §. 21 D. de doli exe. 44. 4; l. 19 l. 59 D. de I. D. 23. 3, l. 14 pr. D. de fundo dotali 23. 5. Verschaffung eines Darlehns, §. B. l. 15 l. 32 D. de R. C. 12. 1; l. 19 §. 3 D. de inst. act. 14. 3, l. 19 §. 5 D. ad SC. Vell. 16. 1; l. 9 §. 8 D. de R. C. 12. 1. Verpflichtung zu einer Gegenleistung, l. 27 §. 2 D. ad SC. Vell. 16. 1. Vgl. noch l. 49 D. de sol. 46. 3. „Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. Sed et si iussu eius alii solvitur, vel creditori, vel futuro debitori, vel etiam ei cui donaturus erat, absolvi debet“. Ebenso l. 65 §. 4 D. ad SC. Treb. 36. 1.

<sup>10</sup> Ohne Einfluß: l. 12. 13. 19. D. de nov. 46. 2, l. 4 §. 20 D. de doli exe. 44. 4, l. 1 §. 10 D. quar. rer. actio 44. 5, l. 9 §. 1 D. de cond. e. d. e. n. s. 12. 4, l. 78 §. 5 D. de I. D. 23. 3, l. 4 §. 21 D. de doli exe. 44. 4; l. 1 §. 11 D. quar. rer. actio 44. 5. Alle diese Stellen handeln von dem Falle, wo durch Versprechen eine nicht existirende Schuld, des zum Versprechen Beauftragten an den Auftraggeber oder des Auftraggebers an den zur Empfangnahme des Versprechens Beauftragten, getilgt werden soll. Da nun in diesem Falle der Begründung der neuen Obligation auch eine Novationsabsicht zu Grunde liegen kann, so sind die genannten Stellen schon oben (§. 355 Note 8. 12) bei der Erörterung der Frage, ob der Novationsvertrag zu seiner Gültigkeit eine existirende Obligation voraussetze, in Betracht gezogen worden. E. aber ferner: l. 59 i. f. D. de solut. 46. 3 (der Beauftragte zahlt einem Dritten, was er dem Auftraggeber schuldig zu sein glaubt); l. 66 eod. (1) der gleiche Fall, 2) der Beauftragte zahlt dem Dritten, um sich von einer wirklich existirenden Schuld gegen den Auftraggeber zu befreien, erreicht aber diese Absicht nicht); l. 5 §. 5 D. de doli exe. 44. 4 (der Beauftragte leistet dem Dritten zum Zweck der Vollziehung einer übermäßigen Schenkung an den Auftraggeber); l. 21 §. 1 D. de don. 39. 5 (übermäßige Schenkung des Auftraggebers an den zur Empfangnahme der Leistung Beauftragten); l. 9 pr. D. de cond. e. d. e. n. s. 12. 4 (der Auftraggeber will dem zur Empfangnahme der Leistung Beauftragten durch die Leistung des Dritten eine Dos verschaffen, und die Ehe kommt nicht zu Stande; anders wenn auch der Dritte dem zur Empfangnahme der Leistung Beauftragten gegenüber erklärt, daß er dotis nomine leiste, l. 7 pr. eod.). — Ausnahmefälle: a) l. 2 §. 3. 4 D. de don. 39. 5, l. 7 pr. §. 1 D. de doli exe. 44. 4, l. §. 365 Note 9. 13; b) bei der Schenkung unter Ehegatten, l. 3 §. 12. 13 l. 4 l. 5 §. 3. 4 l. 39. 56 D. de don. i. v. e. u. 24. 1; vgl. §. 367 Note 8, auch l. §. 172 Note 16.

<sup>11</sup> L. 39 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. „Vir uxori cum pecuniam donare

dabei ebenso wenig bindend, und ebenso wenig für die Erben verpflichtend, wie der Auftrag<sup>12</sup>.

b. Von der Anweisung insbesondere<sup>13</sup>. Was man heutzutage Anweisung nennt, ist Zahlungsanweisung, nicht Anweisung zum Versprechen. 1) Der Angewiesene hat, wenn er gezahlt hat, einen Erbschaftspruch gegen den Anweisenden nach den Grundsätzen des Auftrages. Behauptet der Anweisende, der Angewiesene habe die Anweisung zu dem Ende übernommen, um in der Person des Dritten ihm selbst eine Leistung zu machen, so muß er dieß beweisen<sup>14</sup>. 2) Die Rechte des Angewiesenen gegen den Anweisenden entstehen erst aus der Zahlung an den Dritten, nicht schon aus einem demselben geleisteten Versprechen<sup>15</sup>. Sobald

vollat, permittit ei, ut a debitore suo pecuniam stipuletur...“ L. 106 D. de solut. 46. 8. „Aliud est, iure stipulationis Titio solvi posse, aliud, potestatem permissu meo id contingere“. L. 11 §. 5 D. de pign. act. 18. 7: — „et alii sit soluta voluntate eius“. Man denke ferner an den Fall nachfolgender Genehmigung. — Aus diesem Umstand ergibt sich eine Schwermöglichkeit für die systematische Stellung der Lehre von der indirecten Leistung (durch einen Andern, in der Person eines Andern). Ihr eigentlicher Platz wäre irgendwo im allgemeinen Theil; aber ich glaube nicht, daß den Interessen des Lehrvortrags mit einer solchen Stellung derselben gebient wäre. Ich ziehe es daher vor, in Betracht, daß doch in den meisten Fällen der indirecten Leistung ein Auftrag zu Grunde liegen wird, sie im Allgemeinen bei dem letzteren, im Besondern aber bei den einzelnen möglichen Bestimmungsgründen der Vermögensanzuwendung abzuhandeln (vgl. z. B. §. 342 Nr. 6, §. 365 a. E., §. 370 Note 10. 12). v. Salpius Novation und Delegation S. 61 fg. S. 472 ist der Ansicht, daß die einzige Stelle im System, in welcher diese Lehre im richtigen Lichte dargestellt werden könne, „die Lehre von den Realverträgen in ihrer allgemeinsten Gestalt und die sich daran anschließende Theorie der Conditionen“ sei. Der Ausdruck „Realvertrag in seiner allgemeinsten Gestalt“ soll hier wohl nichts sein, als eine andere Bezeichnung für Vermögensanzuwendung; und zeigt sich denn der Begriff der Vermögensanzuwendung nur in der Lehre von den Conditionen wirksam?

<sup>12</sup> L. 106 D. de solut. 46. 8. Vgl. l. 77 §. 6 D. de leg. II<sup>o</sup> 31, l. 19 §. 3 D. de don. 39. 5, l. 18 i. f. l. 32 l. 38 §. 1 l. 108 i. f. D. de solut. 46. 8.

<sup>13</sup> Thöl Handb. I §. 121—127 a. Vgl. auch Fölischauer III §. 277 und Runge das. S. 667. 668.

<sup>14</sup> S. Note 8 a. E. Seuff. Arch. XIV. 105.

<sup>15</sup> Die Rechte des Angewiesenen: sowohl die actio mandati contraria, als daß die dem Dritten gemachte Leistung als eine dem Auftraggeber gemachte

aber der Angewiesene dem Dritten versprochen hat, kann der Anweisende die Anweisung nicht mehr zurücknehmen<sup>16</sup>. 3) Ebenso ist die Leistung, welche der Anweisende dem Dritten durch die Leistung verschaffen will, beschafft erst mit der Zahlung, nicht schon mit dem Versprechen an den Dritten<sup>17</sup>.

2. Der Auftrag als Garantievertrag. Garantievertrag: Vertrag, wodurch Jemandem gegenüber die Garantie dafür übernommen wird, daß ihm aus einer von ihm vorzunehmenden Handlung kein Schaden erwachsen werde. Für uns ist kein Bedürfnis vorhanden, einen solchen Vertrag unter eine andere Kategorie zu stellen, als unter seine eigene; die Römer stellten ihn unter die Kategorie des Mandats, weil er sonst ohne Stipulationsform

gilt. Vgl. l. 10. 21. 25 D. de nov. 46. 2, l. 8 C. cod. 8. 42, l. 10 D. mand. 17. 1, l. 19 §. 5 D. ad SC. Vell. 16. 1. Doch wird die actio mandati contraria schon durch die Verurtheilung zur Zahlung begründet (§. 340 Note 13).

<sup>16</sup> Indem er der Zahlung ein Versprechen vorhergehen läßt, und dadurch die Nothwendigkeit einer Zahlung für sich begründet, thut er etwas, was er im Sinne des ihm ertheilten Auftrages thun darf. Tropp in Heise u. Cropp Abh. II S. 354—357. 392—395, Thöl a. a. O. §. 123, Unger Inhaberpapier S. 73 fg. — Der Angewiesene verpflichtet dem Inhaber der Anweisung dadurch, daß er die Anweisung „annimmt“, „acceptirt“. Ist dieses Versprechen ein reines Versprechen (s. g. Formalvertrag)? Die Frage wird verneint von v. Salpius Novation und Delegation §. 75, bejaht mit Anderen von Thöl §. 125, welcher deswegen die gemeinrechtliche Gültigkeit dieses Versprechens befreit (vgl. §. 318 Note 3. 4). Ausdrücklich ist seine Gültigkeit anerkannt im SGG. Art. 300. 301. Vgl. noch Seuff. Arch. XVIII. 185.

<sup>17</sup> Der selbstverständliche Grundsatz „Anweisung ist keine Zahlung“ (Thöl §. 124) gilt auch für den Fall des Acceptes der Anweisung. — v. Salpius Novation und Delegation §. 76 hält dieß für modernes Gewohnheitsrecht, indem er behauptet, (§. 18—20), daß nach römischem Recht das durch Delegation einem Andern beschaffte Forderungrecht (und ebenso die durch Delegation für ihn eingegangene Verbindlichkeit) ihm „vermöge objectiver Rechtsnothwendigkeit“ als baares Geld angerechnet worden sei. Das heißt also: nach römischem Recht galt die in Folge der Delegation begründete Obligation nach der einen und der anderen Seite als baares Geld nur dann nicht, wenn dieß ausdrücklich ausgemacht worden war. Diesen exorbitanten Satz stützt v. Salpius auf Stellen wie l. 187 D. de V. S. 50. 16, l. 18 D. de fidei. 46. 1, l. 26 §. 2 D. h. t. u. a., in welchen nichts die Annahme verbietet, daß sie eine Vererbung der Parteien des Inhalts, es solle die Obligation gleich Geld sein, oder eine Novationsberechtigung voraussetzen (vgl. l. 26 §. 2 cit.: „qui admittit debitorem delegatum“, l. 68 §. 1 D. de evict. 21. 2: „qui pro pecunia nomen

nicht gültig gewesen wäre<sup>18</sup>. Die Hauptanwendung des Garantie-  
vertrages ist die, wo durch denselben die Gefahr eines von einem  
Andern zu ertheilenden Crediten übernommen wird (Creditauf-  
trag)<sup>19</sup>; in dieser Anwendung ist der Garantievertrag eine Form  
der Bürgschaft<sup>20</sup>. — Die Uebernahme einer Garantie liegt na-  
türlich nicht schon in der Ertheilung eines Rathes<sup>21</sup>.

debitoris per delegationem sequi maluit“, l. 96 §. 2 D. de solut. 46. 3:  
„transigit, ut nomius debitoris contenta legatum non peteret“, — während  
er andere, welche direct gegen ihn sprechen, wie l. 18 §. 1 l. 31 §. 3 D. de  
m. e. don. 39. 6 und die auf §. 117 genannten, mit der Bemerkung besichtigt,  
daß in ihnen „der Hauptgrundsatz sich modificirt“ (§. 113). Uebrigens findet  
sich die gleiche Auffassung schon bei Pafse Culpas §. 436 und v. Meyer-  
feld Rhein. Mus. VII S. 123 fg.

<sup>18</sup> Mit anderen Worten: weil er sonst unter Abwesenden nicht hätte ge-  
schlossen werden können. L. 32 D. h. t.: — „neque enim multum reformo, praesens  
quis interrogatus fideiubent, an absens mandet“. Das Mandat in dieser  
Anwendung ist vorzugsweise auf Begründung der actio mandati contraria gerich-  
tet, und kann ausschließlich hierauf gerichtet sein. So erklärt es sich, daß  
l. 6 §. 5 D. h. t. die Möglichkeit einer actio mandati anerkennt ohne alles  
eigene Interesse des Mandanten an der Ausführung des gegebenen Auftrages.  
So erklärt sich ferner der sonst unverständliche Ausspruch der l. 12 §. 14  
D. h. t., daß das Mandat nach ausgeführtem Geschäfte nichtig sei.

<sup>19</sup> L. 6 §. 4 l. 10 §. 8 l. 12 §. 1. l. 14 l. 56 pr. l. 59 §. 6 D. l. 7 C. h. t.  
Vgl. Thöl Handb. §. 108. 109. Eine andere Anwendung gibt l. 32 D. h. t.  
„Si hereditatem aliter aditurus non essem, quam cautum mihi fuisset, damnum  
praestari, et (in?) hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem . . .“

<sup>20</sup> Vgl. l. 32 D. h. t. (Note 18). Auch l. 60 §. 1 l. 62 §. 1 D. h. t.  
Die Neueren nennen das mandatum in dieser Anwendung mandatum quali-  
ficatum, und beschränken (unrichtig, vgl. j. B. l. 22 §. 11 l. 46. 49 D. h. t.)  
den Ausdruck mandator zur Bezeichnung des Auftraggebers auf diesen Fall.

<sup>21</sup> Dieser Satz wird in §. 6 I. h. t., l. 2 §. 6 l. 6 §. 5 D. h. t. so aus-  
gedrückt: ein „mandatum“, welches lediglich im Interesse des Mandatars ge-  
geben sei, j. B. er möge sein Geld lieber in Grundstücken anlegen, als in  
Darlehen, sei in der Wirklichkeit kein Mandat, sondern nur ein Rath, und  
bewegen für den Ertheiler unverbindlich (§. 6 I. cit., l. 2 §. 6 D. cit.). Ver-  
bindlich sei es nur dann, wenn der Empfänger ohne das Mandat nicht ge-  
handelt haben würde. Das Letztere ist ungenau ausgedrückt. Der Jurist  
wollte sagen: es wäre denn, daß der Empfänger ohne die in dem man-  
datum von dem Ertheiler übernommene Garantie nicht gehandelt  
haben würde. S. über die verschiedenen Ansichten, welche in Betreff dieser  
Stellen hervorgetreten sind, Wangerow §. 659 Anm., Sincenis §. 113  
Note 16 und die daselbst Citirten, Holzschuber III §. 276 Nr. 1. 2. —  
Vgl. Seuff. Arch. XII. 26.

3. Die wichtigen Anwendungen, welche der Auftrag in dem  
Commissions- und Expeditionsgeschäfte findet, gehören dem Han-  
delsrechte an<sup>22</sup>.

## G. Verträge zum Zwecke der Beseitigung einer Rechts- ungewißheit.

### 1. Vergleich\*.

#### a. Begriff und Rechtsverhältnis.

#### §. 413.

Vergleich ist der Vertrag, durch welchen zwei Parteien die  
zwischen ihnen in Betreff eines Anspruchs bestehende Ungewißheit  
auf dem Wege gegenseitigen Zugeständnisses beseitigen. Der An-  
spruch kann ein dinglicher<sup>1</sup>, obligatorischer<sup>2</sup>, familienrechtlicher<sup>3</sup>  
sein. Die Ungewißheit kann — und dieß ist der Hauptfall —  
ihren Grund in der Bekrittenheit des Anspruches haben<sup>4</sup>; aber  
auch darin, daß die künftige Existenz<sup>5</sup>, oder der Umfang<sup>6</sup>, oder  
die Realisirbarkeit<sup>6a</sup> des Anspruches ungewiß ist. Das gegen-

<sup>22</sup> SGB. Art. 360—378, Art. 379—389.

\* Dig. 2. 15 Cod. 2. 4 de transactionibus. — Rißch die Lehre vom Ver-  
gleich mit Ausnahme des Eides und Compromisses (1855). Sillk V S.  
1—98; Unterholzner I S. 658—660, Sincenis I S. 483—489.

<sup>1</sup> Beispiele von Vergleichen über dingliche Ansprüche in l. 2. 9. 11. 15.  
33 C. h. t. Zu den dinglichen Ansprüchen gehören auch die Erbschaftsan-  
sprüche, vgl. l. 3 pr. l. 14 D. h. t., l. 2. 6. 10. 15 C. h. t.

<sup>2</sup> J. B. l. 1. 3. 4 C. h. t.

<sup>3</sup> J. B. auf Anerkennung der Vaterschaft. Vgl. l. 10 (auch l. 43) C. h.  
t. Rißch S. 71. 72.

<sup>4</sup> S. j. B. l. 1 D. l. 2. 12. 17 C. h. t., l. 65 §. 1 D. de cond. ind.  
12. 6.

<sup>5</sup> J. B. l. 11 C. h. t.: von zwei Miterben soll derjenige dem andern  
ein Bewächtniß auszahlen, welcher ohne Kinder sterben wird. S. auch l. 1  
16 C. de pact. 2. 3.

<sup>6</sup> Der Anspruch geht j. B. auf eine jährliche Prästation für die Lebens-  
zeit des Berechtigten. L. 8 D. h. t.

<sup>6a</sup> J. B. der Berechtigte weiß, daß die Folge seines Vorgehens gegen den  
Verpflichteten dessen Concurß sein, und daß er dabei einen Ausfall erleiden

seitige Zugeständniß kann darin bestehen, daß der Anspruch theilweise aufgegeben, theilweise befriedigt bez. anerkannt wird<sup>7</sup>; aber auch darin, daß er ganz aufgegeben, oder ganz befriedigt bez. anerkannt wird, und dagegen von der anderen Partei eine Gegenleistung gemacht oder versprochen wird<sup>8</sup>. Diese Gegenleistung kann einen so verschiedenen Inhalt haben, wie jede andere Vermögensleistung<sup>9</sup>. Wird nur von der einen, nicht auch von der anderen Seite ein Zugeständniß gemacht, so liegt kein Vergleich vor, sondern eine verkappte Schenkung<sup>10</sup>.

Das Rechtsverhältniß zwischen den vertragsschließenden Parteien bestimmt sich im Allgemeinen nach den Grundsätzen von den gegenseitigen Verträgen<sup>11</sup>, im Besonderen nach dem Inhalt der

werde, während es ungewiß ist, ob der Verpflichtete jemals neues Vermögen erwerben wird. Vgl. §. 414 Note 9.

<sup>7</sup> S. J. B. I. 6 O. h. t.

<sup>8</sup> J. B. I. 9. 33 C. h. t.

<sup>9</sup> Sie kann J. B. zum Inhalt haben Eigentumsverschaffung, Begründung oder Aufgabe eines Rechts an fremder Sache, Begründung oder Aufgabe eines Forderungsrechts u.

<sup>10</sup> L. 38 C. h. t. „Transactio nullo dato vel retento seu promisso minimo procedit“. L. 1 D. h. t. „Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit; qui vero pascitor, donationis causa rem certam et indubitata liberalitate remittit“.

<sup>11</sup> S. §. 321. Namentlich also: a) keine Partei kann Erfüllung des Vergleichs fordern, ohne ihrerseits erfüllt zu haben, oder Erfüllung anzubieten, l. 21 l. f. O. de pact. 2. 3. b) Wer erfüllt hat, oder Erfüllung anbietet, kann von dem Gegner Erfüllung fordern. Bei den Römern konnte Erfüllung fordern, nur wer erfüllt hatte [mit der actio praescriptis verbis, l. 6. 33 [84] O. h. t., oder durch Geltendmachung des aufgegebenen Anspruches, l. 28. 33 O. h. t., s. unten bei c)], nicht, wer nur Erfüllung anbot; denn der Vergleich war bei den Römern kein Consensuscontract. L. 21 O. de pact. 2. 3, l. 17. 28 O. h. t. c) Wer erfüllt hat, kann von dem Gegner nur Erfüllung verlangen, nicht Rückgabe des Empfangenen. So schon bei den Römern (obgleich gegen das Princip — die actio praescriptis verbis schließt an und für sich die condictio ob causam datorum nicht aus, I §. 99 Note 1 —); dafür beweisen l. 36 O. h. t. („ne quid amplius ab his peti possit, exceptionis prodest aequitas“, d. h. derjenige, welcher seinen Anspruch aufgegeben hat, kann seinen Anspruch noch geltend machen, so weit die versprochene Gegenleistung reicht, um diese zu erzwingen, — aber weiter nicht, vgl. Risch S. 29), l. 28 O. h. t. („poteria ad obsequium placitorum adversarium tuum urgor“). d) Wird einer Partei die Erfüllung der von ihr übernommenen Verbindlichkeit

getroffenen Verabredung<sup>12</sup>. Eine Verpflichtung erzeugt der Vergleich nicht nothwendig, sondern nur insofern, als er entweder direct ein Versprechen enthält, oder doch eine Erklärung, durch welche der Rechtszustand, der nach der Erklärung stattfinden soll, nicht sofort auch bewirkt ist<sup>13</sup>. — Bruch eines beschworenen Vergleiches wird

ohne ihre Schuld unmöglich, so ist auch die andere Partei an den Vergleich nicht gebunden; anders nur, wenn die Unmöglichkeit sich auf die Ausführung einer Entäußerungserklärung bezieht (§. 321 Note 16—19).

<sup>12</sup> Im Einzelnen bemerke man: a) das Aufgeben des Anspruchs im Vergleich ist Erlaß, und zwar directer Erlaß. Zwar, wenn der Anspruch bestritten ist, also im Hauptfall des Vergleiches, ist im Sinne des Gegners des Aufgebenden das Aufgeben des Anspruchs zunächst nicht aufzufassen als Verzicht auf das Recht, da der Gegner ja ein Recht nicht anerkennt, sondern als Verzicht auf das Wiedervorbringen der Behauptung, daß ein Recht begründet sei, also als pactum de non petendo. Allein der Aufgebende seinerseits verzichtet nicht in dem Sinne, um sich bloß der Geltendmachung des Rechtes, im Gegensatz zum Rechte selbst, zu verhalten; er also will directen Erlaß (§. 357 Abs. 2), und diesen Willen acceptirt eventuell auch sein Gegner. Bei den Römern erzeugte, wie jeder Erlaß, so auch der vergleichsweise Erlaß, directe Wirkung nur, wenn er in die Form der acceptilatio eingehüllt war (was freilich gewöhnlich geschah, vgl. l. 2. 4. 15 D. h. t., l. 3. 4. 32. 40 C. cod.), sonst nur exceptio nach dem Rechte des pactum de non petendo (vgl. l. 17. 24 C. h. t.). b) Enthält der Vergleich eine Anerkennung, so ist diese aufzufassen als Versprechen, der Behauptung des Gegners, daß ein Anspruch für ihn begründet sei, fernärther keinen Widerspruch entgegensetzen, und demgemäß sein Verlangen erfüllen zu wollen. c) Die Gegenleistung für das Aufgeben oder die Anerkennung des Anspruchs kann entweder sofort bewirkt, oder es kann nur eine Verbindlichkeit zur Bewirkung derselben übernommen werden. Das Letztere ist auch dann der Fall, wenn die Willenserklärung zwar darauf gerichtet ist, daß der Gegner sofort haben sollte, aber dieses Haben durch sich selbst herbeizuführen nicht im Stande ist (z. B. Eigentumsübergabe ohne Tradition). d) Geht die Gegenleistung auf Geben einer Sache, so haftet der Contrahent nicht bloß wegen Entwehrung, sondern sofort, sobald es feststeht, daß dem Empfänger nicht das Eigenthumsrecht, oder nicht ein zum Behalten der Sache befugenes Eigenthumsrecht verschafft worden sei (§. 392). Aber natürlich haftet nicht auch der auf seinen Anspruch Verzichtende, wenn der Gegenstand des Anspruchs hinterher dem Gegner kraft eines anderen Rechtes genommen wird. L. 33 O. h. t. Risch S. 203—205, Bekker Jahrb. d. gem. R. VI S. 238. 239, Sintenis S. 488 Anm. 46.

<sup>13</sup> S. die vorhergehende Note bei c). — Aus dem Gesagten ergibt sich eine Schwierigkeit für die Stellung des Vergleichs im Systeme. Es ist die gleiche Schwierigkeit, welche oben (§. 365 Note 18) in Betreff der Schenkung erörtert worden ist. Auch von dem Vergleich sollte eigentlich in einem Rechts-Winnscheid, Panbetten. II. Bd. II. 26191.

dadurch gestraft, daß der Eidbrüchige seine Rechte aus dem Vergleich verliert, während er selbst an den Vergleich gebunden bleibt<sup>14</sup>.

Für und gegen Dritte wirkt der Vergleich an und für sich nicht<sup>15</sup>. Ausnahmen<sup>16</sup> gelten: a) soweit dieß allgemeinen Grundregeln gemäß ist<sup>17</sup>; b) für den Sondernachfolger<sup>18</sup>; c) auf einen

theile gehandelt werden, welcher die concreten Thatsachen, auf denen der Vermögensverkehr beruht, als solche, abgesehen davon, ob sie Obligationen erzeugen, oder nicht, darstellte. In Ermangelung eines solchen Rechtstheiles findet der Vergleich keine passible Stelle, wie die Schenkung, in. E. immer noch im Obligationenrecht, und zwar im speziellen Theil desselben. Andere stellen ihn in den allgemeinen Theil des Obligationenrechts, in die Lehre von der Aufhebung der Obligationen, vgl. §. 368 Note 6. Aber der Vergleich enthält weder notwendig Aufhebung einer Obligation, noch notwendig Aufhebung eines Anspruchs. Auch an den allgemeinen Theil des Rechtssystems überhaupt hat man gedacht, und zwar unter einem doppelten Gesichtspunkt. Einmal wegen des vielfachen möglichen Inhalts der den Vergleich konstituierenden Leistungen, so Unterholzner I S. 658. a, vgl. Rißch S. 24. 33. In der That, bleibt man bei der Vielfachheit dieses möglichen Inhaltes stehen, so gebührt der Vergleich gerade so gut in den allgemeinen Theil, wie die Schenkung; umgekehrt ist aber auch diese nicht abzulehnende Consequenz wohl geeignet, Bedenken daran zu erregen, ob die Schenkung im allgemeinen Theil wirklich ihre richtige Stellung hat (§. 365 Note 18). Rißch sodann (S. 12-34) will den Vergleich in den allgemeinen Theil neben das Urtheil stellen, weil auch er ein Mittel zur Beendigung eines Streitcs sei. Auch diese Stellung halte ich für weniger zweckmäßig, als die dem Vergleiche hier gegebene. Zwar bin ich weit davon entfernt, zu behaupten, daß bei der Anordnung des Systems auf die Bedeutung, welche die Rechtsinstitute für die Interessen und Bedürfnisse des Lebens und Verkehrs haben, keine Rücksicht genommen werden dürfe (vgl. I §. 13 Note 2, §. 362 Note 1); aber ich glaube nicht, daß die Einsicht in das rechtliche Wesen des Vergleichts dadurch gefährdet wird, daß man ihn mit dem Urtheil zusammenstellt. Was von ihm rechtlich auszusagen ist, beruht fast ausschließlich darauf, daß er Vertrag, und nicht darauf, daß er Streitbeendigung ist. Dazu kommt (welche Schwierigkeit sich übrigens auch Rißch selbst nicht verbirgt [S. 30 Note 18]) daß der Vergleich nicht notwendig einen Streit voraussetzt (Note 5. 6. 6\*).

<sup>14</sup> L. 41 C. h. t.

<sup>15</sup> L. 3 pr. §. 2 D. h. t., l. 1 C. h. t., l. 29 §. 2 D. de inoff. test. 5. 2.

<sup>16</sup> Rißch S. 192 fg.

<sup>17</sup> Also: a) für und gegen die Gesamtnachfolger; b) auf den Vergleich des Hauptschuldners kann sich der Bürge berufen, l. 7 §. 1 D. h. t., l. 68 §. 2 D. de adol. 46. 1; c) der Vergleich wirkt für und gegen die correi (§. 295 Note 5\*).

<sup>18</sup> Dieß muß behauptet werden auf Grund der Entscheidung der Quellen,

Vergleich über die Gültigkeit eines Testaments können sich die Erbschaftsgläubiger berufen<sup>19</sup>.

## 2. Ungültigkeitsgründe.

### §. 414.

Der Vergleich ist ungültig aus den allgemeinen Gründen; namentlich kann er angefochten werden wegen Zwanges<sup>1</sup>, Betruges<sup>2</sup>, ermangelnder Voraussetzung. In Betreff des letzteren Punktes ist folgendes Nähere zu bemerken. 1) Voraussetzung eines Vergleiches über den Inhalt eines Anspruchs ist die Begründetheit des Anspruchs an sich<sup>3</sup>. 2) Voraussetzung eines Vergleiches über einen bestrittenen Anspruch ist, daß die bei dem Vergleich als wahr angenommenen Thatsachen, deren Nichtwahrheit den Streit ausschließen würde, wahr seien, so wie daß nicht andere Thatsachen wahr seien, deren Wahrheit den Streit ausschließen würde<sup>4</sup>. 3) Voraussetzung eines Vergleiches

daß auch der Schiedsrichtervertrag gegen (und daher auch für) die Sondernachfolger wirke, l. 8 D. de iurei. 12. 2. Es greift hier also die Analogie des richterlichen Urtheils Platz (I §. 132 Note 3).

<sup>19</sup> L. 14 D. h. t. Vgl. I §. 132 Note 6.

<sup>1</sup> L. 13 C. h. t.

<sup>2</sup> L. 9 §. 2 D. l. 4. 19. 30 C. h. t., l. 35 D. de pact. 2. 14, l. 65 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6. Vgl. Seuff. Arch. XV. 128.

<sup>3</sup> Z. B. Jemand vergleicht sich über ein Rentenvermächtniß, mit welchem er sich beschwert glaubt, gegen eine zu zahlende Aversionalsumme; hinterher zeigt sich, daß ihm gar kein Vermächtniß auferlegt ist. Jemand vergleicht sich über die Größe eines ihm auferlegten Vermächtnisses; hinterher zeigt sich, daß dieses Vermächtniß nichtig ist. In diesen Fällen ist geradezu die *condictio indobiti* begründet. Seuff. Arch. III. 323. (In dem Fall bei Seuff. Arch. XIII. 142 bezog sich der Vergleich nicht bloß auf den Inhalt des Anspruchs.)

<sup>4</sup> Z. B. Vergleich über ein wegen Formfehler angefochtenes Testament; hinterher zeigt sich, daß dasselbe untergeschoben ist. Vergleich über einen Anspruch, welchem die *exceptio Sci Volleiani* entgegengesetzt wird; hinterher zeigt sich, daß das begründende Rechtsgeschäft erzwungen war. Vergleich über einen Eigenthumsanspruch, welcher bestritten wird, weil der Rechtsurheber des Klägers nicht Eigenthümer gewesen sei; hinterher zeigt sich, daß der Kläger vom wahren Eigenthümer zum Erben eingesetzt war. — Das hier Gesagte wird nicht bewiesen durch l. 12 l. f. D. h. t. (welche Stelle nicht von der Ansetzung des Vergleiches spricht, sondern einfach sagt, daß der Vergleich nicht auf einen andern, als den gemeinten Anspruch bezogen werden dürfe), nicht auch durch l. 3 §. 1 D. h. t. (wie auch diese schwierige Stelle auszulegen sein

über einen bestrittenen Anspruch ist ferner, daß der Streit nicht schon entschieden sei<sup>5</sup>. Daher ist der Vergleich anfechtbar, wenn bereits ein rechtskräftiges Urtheil über die Sache vorliegt<sup>6</sup>; ebenso, wenn bereits in anderer Weise, durch einen früheren Ver-

mag, vgl. darüber Risch §. 14 Note 15), und ebensowenig durch l. 36 D. fam. her. 10. 2 (welche Stelle gar nicht von einem Vergleich spricht). Wohl aber wird es bewiesen durch l. 42 C. h. t. In dieser Stelle wird ein Vergleich für unverbindlich erklärt, weil er auf Grund falscher Urkunden abgeschlossen worden sei. Diese Urkunden können sich nicht auf den Streitpunkt selbst bezogen haben, weil sonst für einen Vergleich kein Raum gewesen wäre; also müssen sie sich auf eine Voraussetzung des Streites bezogen haben. — Mit dem Gesagten stimmen eine Reihe von Schriftstellern (s. namentlich Puchta §. 294. h, Arnolds §. 269. m, ferner Bähr Anerkennung §. 32 und die Citate bei Risch §. 25 Note 17) insofern überein, als sie lehren, daß der Vergleich angefochten werden könne wegen Unrichtigkeit des bei demselben als gewiß Vorausgesetzten; die notwendige Ergänzung, daß der Vergleich auch angefochten werden könne wegen Wirklichkeit von Thatfachen, deren Nichtvorhandensein bei demselben vorausgesetzt wurde, wird von diesen Schriftstellern nicht gemacht. Wegen die ganze Lehre haben sich ausgesprochen Risch §. 26 (vgl. unten Note 10), Brinz S. 139, Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLVI S. 160 fg. Risch glaubt in den hier fraglichen Fällen durch Auslegung des Vergleichs helfen zu können; derselbe dürfe auf keinen anderen Streitpunkt bezogen werden, als denjenigen, über welchen man sich verglichen habe; aber daraus folge nicht, daß der abgeschlossene Vergleich nichtig sei. Wer sich also über ein wegen Formfehlers von ihm angefochtenes Testament verglichen habe, sei nicht verhindert, die Erbschaft deswegen zu fordern, weil das Testament untergeschoben sei; aber der Vergleich bleibe bestehen. Daraus würde aber folgen, daß er auch das ihm zur Abfindung Geleistete behalten dürfe; der Gegner würde also die Abfindung und die Erbschaft zugleich verlieren. Und wie wenn die Erbschaft ihm gegen eine von ihm zu leistende Abfindung ausgeantwortet wäre: wie würde er hier ohne Anfechtung des Vergleichs das Geleistete zurückhalten? Oder wenn Jemand sich über eine von ihm vorgebrachte Einrede verglichen hat, und er hinterher eine andere Einrede entdeckt?

<sup>5</sup> Vgl. über das Folgende: Thibaut Arch. f. civ. Pr. VIII. 12, IX. 22. Goldschmidt das. IX. 5. G. Sell in Sell's Jahrb. II S. 53. 64. Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIV S. 334—347. Bangerow III §. 608 Anm. Risch §. 74—76. Sintenis S. 481. 485.

<sup>6</sup> L. 7 pr. §. 1. 11 D. l. 32 C. h. t., l. 23 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6; Paul. S. R. I. 1 §. 5, Cod. Greg. II. 11 c. 1. 3. 4, Cod. Hermog. tit. 4. c. 3, Consult. c. 4. 7. 9. — Ueber den Grund dieses Satzes sind die Schriftsteller nicht einig. Die früher sehr verbreitete, auf l. 32 C. h. t. und Paul. S. R. I. 19 §. 2 gestützte Meinung, daß er seinen Grund habe in der Unver-

gleich, Eid, oder Schiedspruch, über den Streit entschieden ist<sup>7</sup>. Natürlich ist dabei aber erforderlich: a) daß nicht wieder über die Thatfache der Entscheidung selbst Streit sei<sup>8</sup>; b) daß der An-

binlichkeit des nudum pactum nach römischem Recht, und daher für das heutige Recht unanwendbar sei, wird jetzt wohl von Niemandem mehr getheilt; vgl. darüber Risch S. 77—81, Bangerow a. a. O. Die Ansicht Thibaut's (a. a. O.), der Satz sei als positive, im Interesse der öffentlichen Ordnung gegebene Vorschrift aufzufassen, hat keinen Anhang gefunden; widerlegt wird sie dadurch, daß die vergleichsweise gemachte Leistung nicht nichtig, sondern anfechtbar ist, l. 32 C. h. t. (wo die Nichtigkeit geleugnet, die Anfechtbarkeit vorausgesetzt wird). Die herrschende Meinung hält den Satz für eine unmittelbare Consequenz aus dem Begriffe des Vergleiches, nach welchem zum Vergleich Ungewißheit erforderlich sei. Aber dabei ist nicht gehörig unterschieden zwischen subjectiver und objectiver Ungewißheit. Die Ungewißheit, welche nach dem Begriffe des Vergleichs erforderlich ist, ist subjective, nicht objective Ungewißheit, und die durch das rechtskräftige Urtheil ausgeschlossene Ungewißheit ist die objective, nicht die subjective. Das Letztere ist unbestreitbar, da ja das Urtheil dem sich Vergleichenden unbekannt sein kann; wer das Erstere leugnet, behauptet mit anderen Worten, daß jeder Vergleich angefochten werden könne, wenn man hinterher zu beweisen im Stande ist, daß man im Streite Recht gehabt habe. Aber die an und für sich zum Vergleich genügende subjective Ungewißheit soll ausnahmsweise eben dann nicht genügen, wenn sie ihren Grund in dem Nichtkennen der vorhandenen rechtskräftigen Entscheidung gehabt habe: diese Ausnahme ist das zu Rechtfertigende. Ihre Rechtfertigung liegt aber in dem im Text Bemerkten: der Vergleich wird zum Zweck der Entscheidung des Streites, und daher unter der Voraussetzung noch nicht erfolgter Entscheidung, abgeschlossen. Risch freilich (S. 88 Note 22) ist der Meinung, ein bei Unkenntniß der vorhandenen rechtskräftigen Entscheidung abgeschlossener Vergleich sei eben wegen dieser Unkenntniß gültig. Hiernach würde unser Satz keinen anderen Inhalt haben, als den sehr trivialen, daß Schenkung kein Vergleich sei. S. darüber Note 8.

<sup>7</sup> Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, aber folgt aus der Natur der Sache. Risch S. 91—94. A. W. Rudorff a. a. O. S. 347 fg.

<sup>8</sup> L. 11 D. h. t. „Post rem iudicatam, etiamsi provocatio non est interposita, tamen si negatur iudicatum esse, vel ignorari potest, an iudicatum sit, quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest“. L. 23 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6. Die l. 11 est. ist so zu verstehen: ein Vergleich ist trotz des rechtskräftigen Urtheils dennoch möglich, wenn die Existenz des Urtheils entweder direct bestritten ist, oder man doch über die Existenz desselben verschiedener Meinung sein kann. Daß auch in dem letzteren Falle die Berufung auf das Urtheil als entscheidende Instanz von demjenigen, gegen welchen das Urtheil geltend gemacht wird, abgelehnt werde, setzt sie voraus („quia adhuc lis subesse possit“). Risch sieht in dieser Stelle einen Beweis für den von ihm behaupteten Satz (Note 6 a. G.),



sehtende die vorhandene Entscheidung nicht gekannt habe<sup>9</sup>. — Dagegen ist, wie sich von selbst versteht, Voraussetzung des Vergleiches nicht, daß man nicht später sollte darthun können, daß man in dem Streite selbst Recht gehabt habe<sup>10</sup>.

Nach der positiven Vorschrift des römischen Rechts soll man sich über Alimente, welche auf Todesfall hinterlassen sind, gegen eine Aversionalsumme nur mit gerichtlicher Bestätigung vergleichen; ohne dieselbe ist der Vergleich für den Alimentenberechtigten unverbindlich<sup>11</sup>. — Ueber den von Vielen behaupteten Satz, daß der Vergleich über testamentarische Ansprüche nichtig sei, wenn dabei die Testamentsurkunde nicht vorgelegen habe, s. die Note<sup>12</sup>.

daß der Vergleich gültig sei, wenn die Parteien von der rechtskräftigen Entscheidung „durchaus kein Bewußtsein hatten“. Aber es heißt: si ignorari potest, nicht: si ignoratur.

<sup>9</sup> Wer sich vergleicht, eine ihm günstige Entscheidung kennend, nennt Vergleich, was in der That Schenkung ist. Es müßte denn die Vollziehbarkeit des Urtheils ungewiß sein. In diesem Falle liegt allerdings ein Vergleich vor, weil wieder eine Ungewißheit vorhanden ist; zwar keine Ungewißheit des Rechts, aber doch eine Ungewißheit der Realisirbarkeit des Rechts. Vgl. §. 418 Note 6<sup>a</sup> und den in Note 5 citirten Aussag von Goldschmidt, so wie den zweiten von Thibaut.

<sup>10</sup> Daß die Thatfachen, welche man behauptet habe, wahr, die Thatfachen, welche man bestritten habe, unwahr, daß die wahren rechtlich zu qualificiren seien, wie man behauptet habe. L. 2. 19. 23. 29 C. h. t., l. 65 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6. Seuff. Arch. XIII. 142. Aus l. 23 cit. glaubt Risch (S. 228) einen directen Beweis gegen das im Text zu 2 Gesagte herleiten zu können; aber in dieser Stelle nöthigt nichts zu der Annahme, daß der Vergleich nicht auf die Urfrage mit bezogen worden sei.

<sup>11</sup> L. 8 D. h. t., l. 8 C. cod. Risch §. 18, Sintonis Ann. 43, Holzschuber III §. 816 Nr. 7. Seuff. Arch. V. 285, X. 263, XI. 39, XVII. 244.

<sup>12</sup> Dieser Satz wird gefügt auf l. 6 D. h. t. „De his controversiis, quae ex testamento proficiuntur, neque transigi neque exquiri veritas aliter potest, nisi inspectis cognitisque verbis testamenti“. Nun ist aber unbestritten, daß diese Stelle identisch ist mit l. 1 §. 1 D. test. quomodo 29. 3, und der Zusammenhang dieser letzteren Stelle lehrt, daß der Verfasser derselben den Vergleich nicht für ungültig hat erklären wollen, sondern nur hat sagen wollen, ohne Kenntniß der Worte des Testaments könne, und werde daher, ein vernünftiger Mann sich nicht vergleichen. Die Frage kann also nur die sein, ob nicht die Compilatoren diese Stelle, welche sie in den Titel testamenta quomodo aperiantur in ihrem ursprünglichen Sinne aufgenommen haben, in den Titel de transactionibus mit verändertem Sinne eingedrückt haben. Die

## 2. Schiedsvertrag<sup>a</sup>.

### a. Begriff und Wirkungen.

#### §. 415.

Schiedsvertrag ist der Vertrag, durch welchen die vertragsschließenden Parteien ausmachen, daß eine zwischen ihnen schwebende Rechtsstreitigkeit durch eine Privatperson — einen Schiedsrichter — (oder eine Mehrheit von solchen Personen) entschieden werden solle<sup>1</sup>. Der Schiedsvertrag enthält: 1) eine Willenserklärung der Parteien, daß sie sich dem schiedsrichterlichen Spruche unterwerfen. Daher macht der schiedsrichterliche Spruch Recht zwischen den Parteien, wie der richterliche<sup>2</sup>; aber nicht durch eigene Kraft, sondern kraft derjenigen, mit welcher er von den Parteien begabt ist. Eine Folge hiervon ist, daß, wenn er für den Kläger

Bejahung dieser Frage scheint mir aber viel zu gewagt, um so mehr, als die Compilatoren dann das Wort „potest“ zweimal in einem verschiedenen Sinne genommen haben müßten, einmal in dem Sinne von juristischem Nichtkönnen, dann in dem Sinne von factischem Nichtkönnen („aeque exquiri veritas aliter potest“). So auch Risch §. 14. Jedenfalls findet der Satz von der Ungültigkeit des Vergleichs ohne Kenntniß der Testamentsworte seine Rechtfertigung nicht, wie Buchta §. 294. d, Arnolds §. 269 Anm. 2, Sintonis Ann. 37 glauben, in der Ermangelung des Erfordernisses der Ungewißheit. Wird dieser Satz als Vorschrift des Justinianischen Rechts anerkannt, so müßte ich denselben nicht anders zu rechtfertigen, als aus dem Verbot der aloc. Vgl. auch Holzschuber III §. 316 Nr. 6.

<sup>a</sup> Dig. 4. 8 de receptis, qui arbitrium recipiunt, ut sententiam dicant. Cod. §. 415. 2. 56 de receptis arbitria. — W. André gemeinrechtliche Grundzüge der Schiedsgerichte (1860). Glük VI S. 65—105; Unterholzner I S. 650—656, Sintonis II S. 492—500. Ueber den legislatorischen Werth des Instituts: W. F. Buchta das Institut der Schiedsrichter nach seinem heutigen Gebrauch und seiner heutigen Brauchbarkeit (1823), Pfeiffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. f. III. 2 (1847), André a. a. D. S. 59—66.

<sup>1</sup> Der Ausdruck Schiedsvertrag ist eigentlich ungenau, da auch der Schiedseidvertrag (§. 418) ein Schiedsvertrag ist; man sollte also eigentlich Schiedsrichtervertrag sagen. Doch wird diese Ungenauigkeit im Interesse der Kürze erlaubt sein. Der römische Ausdruck ist compromissum, s. Note 10. Der Schiedsrichter heißt römisch arbiter.

<sup>2</sup> L. 1 D. h. t. „Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur, et ad finiendas lites pertinet“. Vgl. §. 418 Note I. a.

ausgefallen ist, dieser nicht sofort Execution des Spruches begehren kann<sup>2</sup>, sondern erst auf Erfüllung desselben klagen muß<sup>4</sup>. Fällt der schiedsrichterliche Spruch gegen den Kläger aus, so ist der aberkannte Anspruch aufgehoben nach dem Rechte des Erlasses<sup>5</sup>. Wird durch den schiedsrichterlichen Spruch nicht ein Anspruch zu- oder aberkannt, sondern das Dasein oder Nichtdasein eines sonstigen Rechtsverhältnisses oder einer Thatfache festgestellt, so kann auf Grund des Schiedspruches jeder aus diesem Rechtsverhältnis oder dieser Thatfache herzuleitende Anspruch erhoben bezurückgewiesen werden<sup>6</sup>. — Der Schiedsvertrag enthält 2) von Seiten desjenigen, welcher den Anspruch erhebt, das Versprechen, die Sache nicht mit Umgehung des Schiedsgerichtes an ein öffentliches Gericht bringen zu wollen, und 3) von Seiten beider Parteien das Versprechen, Alles thun zu wollen, was ihrerseits nöthig ist, um den Schiedsrichter zur Fällung des Spruches in den Stand zu setzen. Das erste Versprechen erzeugt eine Einrede gegen die dennoch an das öffentliche Gericht gebrachte Klage<sup>7</sup>. Das zweite Versprechen gibt dem Kläger eine Replik gegen diese Einrede<sup>8</sup>; es kann aber auch auf Erfüllung desselben geklagt

<sup>2</sup> L. 1 C. h. t.

<sup>4</sup> Das römische Recht gab eine Klage nur, wenn Erfüllung durch Stipulation versprochen worden war, l. 5 pr. C. h. t., l. 27 §. 7 l. 28 D. h. t. Doch gewährte schon Justinian eine Klage aus dem formlosen Schiedsvertrag in folgenden zwei Fällen: a) wenn entweder der Schiedsvertrag selbst oder der Vertrag mit dem Schiedsrichter eidlich abgeschlossen worden sei; b) wenn die Parteien dem Schiedspruch durch ihre Unterschrift anerkannt, oder nur binnen den nächsten 10 Tagen nicht gegen denselben protestirt hätten. L. 4. 5 C. h. t. Die erste Bestimmung hob er aber wieder auf in Nov. 82 c. 11. Eine Ausnahme bestand auch in Betreff der Schiedsverträge der Juden, l. 8 C. de Iudaeis l. 9. André S. 8—17.

<sup>5</sup> Nach römischem Recht wirkte der Erlass nur indirect, auf dem Wege der *pacti exoptio*, l. 13 §. 1 D. h. t., l. 5 pr. C. h. t. Für das heutige Recht ist dasjenige zu wiederholen, was oben (§. 418 Note 12) über den vergleichsweisen Erlass gesagt worden ist.

<sup>6</sup> Vgl. §. 418 Note 1. e.

<sup>7</sup> André S. 19—24. Nicht entgegensteht l. 30 D. h. t.; J. Note 10.

<sup>8</sup> Der Kläger darf sagen, daß er auf die Anrufung der richterlichen Hülfe nicht absolut verzichtet habe, sondern nur zu Gunsten des Schiedspruches, und daß dieser durch die Schuld des Beklagten nicht zu Stande gekommen sei, André S. 24.

werden<sup>9</sup>. — Dem Schiedsvertrag kann ein Strafversprechen hinzugefügt werden, entweder in dem Sinne, daß bei Nichterfüllung des Schiedsvertrages der Gläubiger Erfüllung und Strafe, oder in dem Sinne, daß er nur Strafe solle fordern können<sup>10</sup>.

Für und gegen Dritte hat der Schiedspruch keine Wirkung, abgesehen von Bürgen, Correalschuldnern und Correalgläubigern, Rechtsnachfolgern<sup>11</sup>.

b. Voraussetzungen der Verbindlichkeit der schiedsrichterlichen Verfügungen. Ungültigkeit des Schiedsvertrages.

### §. 416.

1. Die Verfügungen<sup>1</sup> des Schiedsrichters sind trotz der Verbindlichkeit des Schiedsvertrages unverbindlich, wenn der Schiedsrichter die ihm durch den Vertrag gesetzten, sachlichen oder zeitlichen, Grenzen überschreitet<sup>2</sup>. Der Schiedspruch im Besonderen ist unverbindlich, wenn derselbe den Streit der Parteien nicht

<sup>9</sup> Die Execution ist durch richterliche Strafbrohung zu beschaffen (§. 251 Note 3); möglicherweise auch durch Stellung des Präjudices, daß der von dem Schiedsrichter etwa dennoch zu fällende Spruch auch den Ungehorsamen verbinden werde. — Eine Befugniß des Schiedsrichters, die Parteien durch Selbststrafen zum Gehorsam gegen seine Verfügungen zu nöthigen, ist in l. 39 pr. D. h. t. nicht anerkannt. André S. 43. 44.

<sup>10</sup> Bei den Römern war die Hinzufügung einer Strafstipulation zu dem Schiedsvertrage das durchaus Gewöhnliche; daher auch der Ausdruck *compromissum*. Und zwar hatte dieses Strafversprechen den im Text zuletzt bezeichneten Sinn; der Bruch des Schiedsvertrages, mochte dem Schiedspruch der Gehorsam verweigert, oder mochte das Insaubekommen des Schiedspruches verhindert werden, erzeugte nur die Klage auf die Strafe. L. 2 D. h. t. „*Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenas petitionem*“. L. 30 eod., l. 1 C. h. t., Nov. 82 c. 11. In Betreff der Verbindlichkeit des Insaubekommens des Schiedspruches s. J. B. l. 27 §. 4. 6 l. 39 D. l. 2 C. h. t.

<sup>11</sup> Gesamt- und Sondernachfolgern. S. §. 418 Note 6. 7, §. 295 Note 6.

<sup>1</sup> Endurtheil oder projektierende Verfügungen. — Die Feilung des Verfahrens ist dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen. Die Behauptung, daß er an die Prozedurordnung des betreffenden Landes gebunden sei, ist ungegründet. André S. 43—59. Vgl. auch Seuff. Arch. XVI. 46.

<sup>2</sup> Sachliche Grenzen: l. 32 §. 15. 18. 19 l. 46 D. h. t. Zeitliche Grenzen: l. 32 §. 21 l. 33 l. 20 §. 7 l. 21 §. 6 l. 25. 26 l. 50 D. l. 1 C. h. t.

bestimmt und vollständig entscheidet<sup>2</sup>, wenn er auf etwas Un-erlaubtes geht<sup>3</sup>, wenn er durch die Arglist des Gegners erwirkt oder offenbar partiell ist<sup>4</sup>, wenn er nicht in Gegenwart beider Parteien publicirt worden ist<sup>5</sup>. Den einmal abgegebenen Spruch darf der Schiedsrichter nicht mehr ändern<sup>7</sup>. Sind mehrere Schiedsrichter ernannt, so entscheidet Stimmenmehrheit<sup>8</sup>, bei Stimmengleichheit der Spruch eines von den Schiedsrichtern zu ernennenden Obmannes<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> L. 19 §. 1 l. 21 §. 3 (vgl. §. 1) l. 32 §. 16. 17 D. h. t., l. 21 pr. cod.

<sup>4</sup> L. 21 §. 7 D. h. t.

<sup>5</sup> L. 3 C. h. t. Diese Unbilligkeit des Spruches ist kein Grund seiner Unverbindlichkeit. L. 27 §. 2 D. h. t. „Stari autem debet sententias arbitri, quam de re dixerit, sive aequa sive iniqua sit, et sibi imputet, qui compromisit. Nam et D. Pli rescripto adicitur: vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet“. L. 1 C. h. t. „Ex sententia arbitri ex compromisso iure perfecto ad illi appellari non posse, saepe rescriptum est“. S. auch l. 32 §. 14 i. f. D. h. t. Vgl. André S. 52–56, Holzschuher III §. 317 Nr. 8; Seuff. Arch. I. 217. — Daß der Spruch auch nichtig sei, wenn er gegen ein rechtskräftiges Urtheil verstoße (vgl. Sententia Num 33), läßt sich aus c. 11 X. de arbitr. l. 43 nicht herleiten; in dem Falle dieser Stelle hatte er Schiedsrichter seine Competenz überschritten. S. noch Glük VI S. 99, Sententia a. a. D., André S. 55. 56.

<sup>6</sup> L. 27 §. 4. 5 D. h. t.

<sup>7</sup> L. 19 §. 2 l. 20 i. 21 pr. D. h. t.

<sup>8</sup> L. 17 §. 6. 7 l. 18 l. 27 §. 3 D. h. t. Was c. 2 de arbitr. in VI<sup>o</sup> l. 29 angeht, s. Glük VI S. 80, André S. 46. 47; Seuff. Arch. V. 283, XVIII. 246.

<sup>9</sup> L. 17 §. 6 cit. In scheinbarem Widerspruch mit dieser Stelle sagt l. 17 §. 5 cod.: „Si in plures fuerit sic compromissum, ut, si dissentirent, tertium assumant, puto tale compromissum non valere; nam in assumendo ponant dissentire“. Aber warum sollten die Parteien den Schiedsrichtern nicht durch Vertrag eine Macht beilegen können, welche denselben schon nach gesetzlicher Regel zusteht? Die l. 17 §. 5 cit. will nur sagen, daß ein solches Compromiß nicht die Kraft habe, eine Entscheidung mit Nothwendigkeit herbeizuführen. Ueber die verschiedenen Ansichten s. André S. 33–38. André selbst stellt die neue Ansicht auf, daß in l. 17 §. 6 cit. den Schiedsrichtern nicht die Befugniß zur Erwählung eines Obmannes gegeben, sondern die Verpflichtung zur Beiziehung einer vom Gericht zu bestimmenden Person auferlegt sei. Diese Erklärung scheitert nach meiner Ansicht an dem Worte oligeros in §. 6 cit. Von der Ungültigkeit eines Vertrages, durch welchen den Schiedsrichtern die Befugniß, die Sache an einen Obmann zu bringen, ein-

2. Der Schiedsvertrag ist ungültig, abgesehen von den allgemeinen Gründen, wegen Unfähigkeit des ernannten Schiedsrichters<sup>10</sup>. Was die Anfechtbarkeit wegen Ermangelung der Voraussetzung angeht, so gilt hier das Gleiche, was oben (§. 414) über den Vergleich gesagt worden ist<sup>11</sup>. Der Schiedsvertrag verliert seine Verbindlichkeit durch den Tod einer Partei<sup>12</sup> und durch einseitigen Rücktritt wegen Feindschaft mit dem Schiedsrichter<sup>13</sup>. — Gegenwärtigkeit des Rechtsstreites, oder auch nur des Rechtsverhältnisses, ist Voraussetzung der Gültigkeit des Schiedsvertrages nicht<sup>14</sup>. Ebenso wenig ist Voraussetzung seiner Gültigkeit die sofortige Bezeichnung der Person des Schiedsrichters<sup>15</sup>. Ist aber die Bezeichnung der Person des Schiedsrichters künftiger Vereinbarung vorbehalten<sup>16</sup>, so liegt nicht sowohl ein

geräumt wird, geht aus c. 12 X. de arbitris l. 43 (welche Stelle aber unmittelbar nicht von dem Falle, wo durch die Schiedsrichter, sondern von dem Fall redet, wo durch einen Dritten soll gewählt werden); das Recht der Schiedsrichter zur Errählung eines Obmannes ohne Vertrag erkennen an c. 39 X. de off. et pot. md. deleg. l. 29, c. 61 X. de appell. 2. 28. — Vgl. noch Seuff. Arch. II. 47, IX. 156, XVI. 47.

<sup>10</sup> Unfähig zur Uebernahme eines Schiedspruches sind: a) Personen unter 20 Jahren, l. 9 §. 1 l. 41 D. h. t.; b) Taube, Stumme, Wahnsinnige, l. 9 §. 1 D. h. t.; c) Frauen, sie müßten denn Gerichtsbarkeit haben, l. 6 C. h. t., c. 4 X. h. t. l. 48; d) die Parteien selbst, l. 51 D. h. t. l. 9 §. 2 D. h. t. erklärt auch den Richter der Sache für unfähig; anders das canonische Recht, c. 7 X. h. t. l. 48. Vgl. Holzschuher III §. 317 Nr. 7.

<sup>11</sup> Dieß folgt daraus, daß auch der Schiedsvertrag den Zweck hat, einen Streit zu beendigen.

<sup>12</sup> L. 27 §. 1 l. 32 §. 3 l. 49 §. 2 D. h. t., c. 14 X. h. t. l. 43.

<sup>13</sup> L. 32 §. 14 D. h. t. — Daß der Schiedsvertrag seine Verbindlichkeit auch durch vertragmäßige Aufhebung verliert (l. 32 §. 3 D. h. t.), versteht sich von selbst. — Durch die Ablehnung oder den Rücktritt des vereinbarten Schiedsrichters (§. 417), durch dessen Tod (l. 45 D. h. t., c. 45 X. de testib. 2. 20, vgl. Seuff. Arch. V. 283), durch den Ablauf der ihm gesetzten Zeit (l. 32 §. 3 D. h. t.), verliert der Schiedsvertrag nicht sowohl seine Verbindlichkeit, als seine Ausführbarkeit.

<sup>14</sup> Nicht entgegensteht l. 46 D. h. t. André S. 26–29. In Betreff des zweiten Punktes ist dieser Schriftsteller ohne Grund anderer Meinung.

<sup>15</sup> C. 12 X. de arbitr. l. 43 enthält eine falsche Auffassung der l. 17 §. 5 D. h. t. S. Note 9.

<sup>16</sup> Gegenlag: ein Dritter soll die Schiedsrichter ernennen, oder jede Partei Einen. Vgl. Arch. f. pract. RW. IX S. 110–117; Seuff. Arch. XIII. 314.

Schiedsvertrag vor, als ein Vertrag auf Abschluß eines Schiedsvertrages<sup>17</sup>.

### c. Vertrag mit dem Schiedsrichter.

#### §. 417.

Von dem Schiedsvertrag ist zu unterscheiden der Vertrag, welchen die Parteien mit dem Schiedsrichter abschließen<sup>1</sup>. Niemand braucht Schiedsrichter zu werden; aber wer einmal die schiedsrichterliche Entscheidung übernommen hat, ist verpflichtet, sie zu fällen<sup>2</sup>. Doch wird dabei vorausgesetzt, daß der Schiedsvertrag selbst verbindlich sei, und fortwährender verbindlich zu sein<sup>3</sup>; und auch abgesehen davon hat der Schiedsrichter gewisse gesetzlich anerkannte Entschuldigungsgründe<sup>4</sup>.

### 3. Schiedseidvertrag\*.

#### §. 418.

Schiedseidvertrag ist der Vertrag, durch welchen die vertragsschließenden Parteien die Entscheidung einer zwischen ihnen schwe-

<sup>17</sup> *S. g. pactum de compromittendo*. Demselben wird Erfüllung gesichert, was den Beklagten angeht, durch eine Einrede gegen die von dem Kläger gerichtlich angebrachte Klage; was den Kläger angeht, durch eine Repil gegen diese vom Beklagten vorgebrachte Einrede (vgl. §. 415 Note 8); aber auch durch directe Klage, wobei die Execution durch Strafandrohung, oder dadurch bewirkt wird, daß der Richter anstatt der sämmtigen Partei zur Bestellung des Schiedsgerichts mitwirkt. Vgl. Buchta und Budde Entscheidungen des O. A. zu Rostock II S. 183—185. A. R. in Betreff des letzteren Punktes *Sintenis Ann.* 88, und in Betreff der Gültigkeit des *pactum de compromittendo* überhaupt Aubr. S. 29—33 und *Seuff. Arch.* XIII. 314.

§. 417.

<sup>1</sup> *S. g. receptum arbitri*.<sup>2</sup> L. 3 §. 1. 1. 15 D. h. t. Er wird vom Richter durch Verhängung von Geldstrafen gezwungen, l. 32 §. 12 D. h. t. Binnen welcher Frist muß er das Urtheil fällen? L. 13 §. 3. 4. 1. 14 D. h. t.<sup>3</sup> Bei den Römern gehörte dazu auch ein Strafversprechen, und die Fortdauer der Verbindlichkeit desselben. L. 11 §. 1—1. 18 §. 1. 1. 32 §. 1. 3. 1. 34 §. 1. 1. 35 D. h. t.<sup>4</sup> L. 9 §. 4. 5. 1. 10. 11 pr. l. 15. 16. 17 pr. D. h. t. *S.* noch l. 9 §. 3 D. h. t. (der Richter zwingt auch dann nicht, „si sordos aut turpitudine arbitri manifesta sit“), in Verbindung mit l. 7 pr. *cod.*

§. 418.

<sup>\*</sup> *Dig.* 12. 2 de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali.

benden Rechtsstreitigkeit auf den Eid der einen von ihnen stellen. Der Schiedseidvertrag enthält von Seiten desjenigen, welcher den Eid abschiebt, eine Unterwerfung unter die von der anderen Seite abgegebene, eidlich erhärtete Erklärung; es ist in dieser Beziehung zu wiederholen, was oben (§. 415) über den Schiedsrichtervertrag gesagt worden ist<sup>1</sup>. Bringt der Kläger, so lange die Ableistung des Eides noch in Frage steht, die Sache an den Richter, so ist aus dem Vertrage eine Einrede gegen ihn begründet<sup>2</sup>. Der Ableistung des Eides steht der Erlaß desselben durch den Zuschiebenden gleich<sup>3</sup>. Verweigerung der Ableistung des Eides

*Cod.* 4. 1 de rebus creditis et iureiurando. — *Savigny System* VII §. 309—314. *Glück XII* S. 178 fg.; *Unterschöner I* S. 656—658, *Sintenis I* S. 489—492.

<sup>1</sup> a) Der Eid macht zwischen den Parteien Recht, formale Wahrheit. L. 5 §. 2. l. 9 §. 1. 1. 28 §. 10. l. 29. l. 30 pr. D. l. 1 C. n. t., §. 11 l. de act. 4. 6. Deswegen wird der Eid mit dem richterlichen Urtheil verglichen, l. 2. l. 26 §. 2. l. 35 §. 1 D. h. t., l. 1 pr. D. quar. rer. actio 44. 5. (In mehreren der zuvor genannten Stellen wird die Kraft des Eides, nicht genau, unter den Gesichtspunkt des Beweises gestellt.) Eine Aufsehung des Eides wegen Meineides gestattet das römische Recht nur in einem ganz besonderen Ausnahmefall, l. 13 C. h. t. Die Bestimmung der *P. G. O. Art.* 107 bezieht sich nur auf gerichtliche Eide. b) Der Eid macht Recht zwischen den Parteien auf Grund des abgeschlossenen Vertrages, l. 3 pr. l. 26 §. 2. l. 35 §. 1 D. h. t. Deswegen wird der Eid mit dem Vergleiche zusammengestellt, l. 2. l. 31 i. f. D. h. t., l. 21 D. de dolo 4. 3. c) Hat Jemand geschworen, daß ihm ein Anspruch zustehe, so kann er auf Grund des Eides klagen. So schon nach römischem Recht, wenigstens der Eidvertrag nur formlos abgeschlossen war, §. 8 l. de act. 4. 6, l. 28 §. 10. l. 25 l. 30 pr. §. 1. 2 D. h. t. d) Hat Jemand geschworen, daß ein Anspruch gegen ihn nicht begründet sei, so ist er von dem Anspruch frei nach dem Rechte des Erlasses. In diesem Sinne wird der Eid mit der *acceptilatio* (l. 40 D. h. t.) und der *olutio* (l. 21 l. 27 §. 1 l. 28 §. 1. l. 35 §. 1 D. h. t.) verglichen. Nach römischem Recht erzwangte der Eid übrigens immer nur *exceptio* oder *denegatio actionis*, l. 7 l. 9 pr. D. h. t. e) Geht der Eid nicht auf Bestehen oder Nichtbestehen eines Anspruchs, sondern auf Dasein oder Nichtdasein eines sonstigen Rechtsverhältnisses oder einer Thatfache, so kann jeder aus diesem Rechtsverhältniß oder dieser Thatfache herzuleitende Anspruch auf Grund des Eides klagend verfolgt bez. zurückgewiesen werden. L. 9 §. 1. l. 11 l. 13 §. 1—5 l. 26 §. 1 l. 28 §. 5—9 l. 29 l. 30 §. 2 D. h. t.

<sup>2</sup> Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, folgt aber unmittelbar aus dem Inhalt des Vertrages.<sup>3</sup> L. 6 l. 9 §. 1 D. h. t.

ist Ausfall der Bedingung des abgeschlossenen Vertrages; eine weitere Folge hat dieselbe nicht\*. — Für und gegen Dritte wirkt der Eid nicht<sup>5</sup>, abgesehen von Bürgen<sup>6</sup>, Correalschuldnern und Correalgläubigern<sup>7</sup>, Rechtsnachfolgern<sup>7</sup>. — Die Gültigkeit des Vertrages steht unter den allgemeinen Regeln. Ueber die Anfechtbarkeit wegen Ermangelung der Voraussetzung gilt das Gleiche, wie für Vergleich und Schiedsrichtervertrag<sup>8</sup>.

## H. Spiel und Wette\*.

### §. 419.

Im Spiel- wie im Wettvertrag verspricht jede Partei der anderen Etwas<sup>1</sup> unter einer Bedingung, welche das Gegentheil

\* L. 5 §. 4 D. h. t. Hierin besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem außergerichtlich und dem vor Gericht zugesprochenen Eid: der letztere muß bei Strafe der Sachfälligkeit entweder angeschworen oder zurückgeschoben werden. L. 34 §. 7—9 D. h. t. Auf diesen Unterschied beziehen sich ohne Zweifel die Ausdrücke voluntarium und necessarium in der Rubrik des hierher gehörigen Pandekten titels (s. bei \*); heutzutage aber versteht man unter iusiurandum voluntarium eben den vor Gericht zugesprochenen Eid, im Gegensatz des vom Richter auferlegten, welcher iusiurandum necessarium genannt wird.

<sup>5</sup> L. 3 §. 3 l. 9 §. 7 l. 10 l. 11 §. 3 l. 12 l. 13 pr. D. h. t.

<sup>6</sup> L. 28 §. 1—3 l. 42 pr. §. 1—3 D. h. t., l. 1 §. 3 D. quar. rer. act. 44. 6. Bgl. §. 295 Note 6.

<sup>7</sup> Gesamt- und Sondernachfolgern. L. 7 l. 8 l. 9 §. 7 D. h. t.

<sup>8</sup> S. §. 414 und §. 416 Note 11. — Ohne Angabe von Gründen behauptet Savigny a. a. O. S. 85, daß nach heutigem Recht der Schiedsvertrag überhaupt unverbindlich sei. Gegen diese Meinung erklärt sich auch Wehll Civilproz. §. 27 §. 2.

q. 418.

\* Dig. 11. 5 de aleatoribus. Cod. 3. 43 de aleatoribus et alearum lusu. — Ueber Spiel und Wette sind hauptsächlich zu vergleichen die beiden Aufsätze von Wilha in der Zeitschr. f. deutsches R. II. 2 S. 133—193 und VIII S. 200—289 (1839, 1843). Ferner: Gans Beiträge zur Revision der Preussischen Gesetzgebung I. 2 Nr. 14 (1830; darüber Wilha II S. 141—144), Thöl der Verkehr mit Staatspapieren S. 235—272 (1835), v. d. Pfordten Abhandlungen S. 327—333 (1840). Glük XI S. 325—374; Unterholzner II S. 305—309, Sintenis II S. 724—727, Vangerow III §. 673 Anm., und die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Serber §. 193, Beseler II §. 180, Stuntz III §. 125, 126.

<sup>1</sup> Zu geben, oder, wenn der Spiel- bez. Wettpreis sogleich eingesetzt wird,

ist von der Bedingung, unter welcher sie ihrerseits sich von dieser anderen Partei etwas versprechen läßt, so daß im Resultat nur die eine Partei etwas erhält, also gewinnt, während die andere verliert<sup>2</sup>. Im Uebrigen sind Spiel- und Wettvertrag wesentlich verschieden. Bei dem Wettvertrag ist die Bedingung, von welcher die Parteien Gewinn und Verlust abhängig machen, die Richtigkeit oder Unrichtigkeit von Behauptungen, welche sie einander gegenüber aufstellen, und der Sinn, in welchem der Wettvertrag abgeschlossen wird, ist der, daß jede Partei eine Strafe übernimmt für den Fall, daß sie Unrecht haben sollte, und eine Strafe über den Gegner verhängt für den Fall, daß dieser Unrecht haben sollte. Beim Spielvertrag dagegen ist die Bedingung, von welcher Gewinn und Verlust abhängig gemacht wird, entweder der Ausfall einer von den Parteien zum Zwecke gefelliger Unterhaltung vorgenommenen Thätigkeit (Spiel im engeren Sinne), oder das Sein oder Nichtsein, Eintreten oder Nichteintreten irgend einer anderen Thatsache, welche die Parteien zur Entscheidung über Gewinn und Verlust nur benutzen<sup>3</sup>. Das Motiv des Spiel-

den Anderen nehmen zu lassen. — Es ist auch möglich, daß der Spiel- bez. Wettpreis einem Dritten zur Aushändigung an den Sieger übergeben wird, von welchem Falle l. 17 §. 5 D. de prasser. verb. 19. § (Note 6) handelt. In diesem Falle besteht die gegenseitige Leistung der Parteien nicht in einer Verpflichtung, welche sie jede der anderen gegenüber übernehmen, sondern in einer Verpflichtung, welche sie jede dem Dritten gegenüber übernehmen, dahin gehend, daß der Dritte der anderen Partei leisten dürfe, was diese sich von ihm hat versprechen lassen. — Aushändigung des Gingesetzten für den Fall des Sieges. Für das Wesen des Spiel- und Wettvertrages ist diese Modifikation ohne Bedeutung.

<sup>2</sup> Sind Spiel- und Wettvertrag gegenseitige Verträge (§. 321)? Man wird es nicht leugnen dürfen. Kann bei dem gegenseitigen Vertrag die Verpflichtung der einen Partei eine bedingte sein (§. 387), so können bedingt auch die Verpflichtungen beider Parteien sein, und die Natur des Vertrages wird dadurch nicht alterirt, daß die eine Bedingung die Umkehrung der anderen ist, so daß es von vorne herein feststeht, daß nur Eine Verpflichtung existent werden wird. Dieses letztere drückt v. d. Pfordten a. a. O. so aus: Spiele und Wetten seien in der Eingeheug zweifeltig, in der Erfüllung aber nur einseitig. — Kunze zu Holzhuber III S. 39 stellt die Obligationen aus Spiel und Wette als „alternative Obligationen“ den gegenseitigen Obligationen gegenüber.

<sup>3</sup> Diese Thatsache kann ebenfalls der Ausfall einer von den Parteien vorgenom-

vertrages ist im ersten Fall die Absicht, durch die Aussicht auf Gewinn oder Verlust den Ernst und die Energie der Spielthätigkeit zu steigern, oder auch, ausschließlich oder mit diesem Motiv verbunden, der Reiz des Wagens; im zweiten Fall ist das Motiv des Spielvertrages der Reiz des Wagens oder Gewinnsucht<sup>4</sup>.

Auf dieser Verschiedenheit des Wett- und des Spielvertrages unter sich, und des Spielvertrages in sich, beruhen folgende Rechtsfäge.

1. Der Wettvertrag ist durchaus erlaubt, und erzeugt die seinem Inhalte gemäße rechtliche Wirkung<sup>5</sup>.

menen Thätigkeit, sie kann aber auch irgend eine andere sein. Ob die Parteien selbst die Würfel werfen, oder ob sie nur zusehen, während ein Anderer sie wirft, ist für den Begriff des Spielvertrages sehr gleichgültig. Das s. g. Differenzgeschäft (Reizt bis zu einer gewissen Zeit der Cours dieses Papiers über eine gewisse Grenze, so bezahlt ich die Differenz, fällt er unter diese Grenze, so bezahlt da die Differenz — oder umgekehrt) ist ein Spielvertrag, welcher nur nicht so genannt wird. Gerade mit Rücksicht auf das Differenzgeschäft, und um dessen Gültigkeit zu retten, hat Thöl a. a. O. die Behauptung aufgestellt, es sei zum Begriff des Spiels wesentlich, daß die Entscheidung durch die Thätigkeit der Parteien herbeigeführt werde, und hält diese Behauptung auch noch jetzt aufrecht (Handelsrecht 4. Aufl. §. 102). Thöl hat sich, wie zu erwarten war, nicht getraut, alle Consequenzen derselben zu ziehen. „Der Vertrag, den zwei Engländer schlossen, daß der Eine oder der Andere eine bestimmte Summe an den Gegner verlieren sollte, je nachdem von zwei auf das eine Ende eines Tisches gesetzten Schreden die eine oder die andere zuerst das entgegengesetzte Ende erreichen würde, ist ein Spiel. Hätten die Contractanten die Schreden so vorgelunden, daß sie, die Contractanten, auch nicht im Mindesten auf die Entscheidung des Vertrages eingewirkt hätten, so wäre es eine Wette gewesen.“ Gegen Thöl'sche Ansicht in dem Urtheil bei S. u. f. Arch. XI. 236.

<sup>4</sup> Ist das Motiv des Spielvertrages Entzierung und Belebung der Spielthätigkeit, so ist er Spielvertrag, weil er sich an ein Spiel anschließt; ist das Motiv des Spielvertrages Lust am Wagen oder Gewinnsucht, so ist er besterger Spielvertrag, weil er selbst ein Spiel enthält.

<sup>5</sup> L. 17 §. 5 D. de praeser. verb. 19. 5. Thöl a. a. O. S. 264 bezweifelt mit Unrecht, daß in dieser Stelle von einer Wette die Rede sei; s. dagegen Wilba VIII S. 217. 218. Aber den weitgehenden Gebrauch, welchen die Römer von Wetten zum Zwecke der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung ihrer argwöhnischen Streitigkeit machten, s. die Ena e bei Keller Livipio. §. 26 Note 307. 308. — A. N. in Betreff der Gültigkeit des Wettvertrages Pachta §. 258, auf Grund der irrigen Auffassung: „Spiele sind Complexe von zu ammenhängenden Wetten“, und mit Berufung darauf,

2. Der Spielvertrag ist dann erlaubt, wenn er sich innerhalb der Grenze einer gefelligen Unterhaltung hält. Dies thut er a) wenn sein Motiv die Steigerung und Belebung einer zum Zwecke der Unterhaltung vorgenommenen anderweitigen Thätigkeit ist; b) wenn sein Motiv zwar der Reiz des Wagens, aber der Spielpreis mäßig und den Vermögensverhältnissen der Spielenden entsprechend ist<sup>6</sup>. Der erlaubte Spielvertrag erzeugt ebenfalls alle seinem Inhalte gemäßen rechtlichen Wirkungen<sup>7</sup>.

daß I. 17 §. 5 cit. nur von einer Klage gegen den Dritten rede. Auch bei älteren Juristen findet sich die Meinung, daß der Wettvertrag ungültig sei, wie der Spielvertrag, s. Wilba S. 226.

<sup>6</sup> Das römische Recht erlaubt den Spielvertrag in diesem Umfange nicht. Es erlaubt ihn nur bei Spielen zum Zwecke körperlicher Übung, und zwar nach Justinian's Vorschrift nur bei fünf Spielen dieser Art (vgl. darüber Gluck XI S. 326. 327), und nur mit der Maßgabe, daß der Spielpreis nicht mehr als einen solidus betrage. Außerdem ist erlaubt das Spielen im häuslichen Kreise um dasjenige, „quod in convivio vescendi causa ponitur“ (l. 4 pr. D. h. t.). Für die weiter gehende, im Texte aufgestellte Bestimmung darf ein allgemeines deutsches, täglich geübtes Gewohnheitsrecht behauptet werden; es wird täglich das im Spiele Verlorene gezahlt, ohne daß dieß kraft eines besonders empfindlichen Ehrgefühls geschähe, und anders angesehen würde, als eine Sache des einfachen Rechts. Dazu stimmt auch die in den Particularrechten vertretene deutsche Rechtsentwicklung, wie sie von Wilba II S. 144 f. nachgewiesen worden ist. S. auch Wilba das. S. 173—180. — Andere haben den Satz aufgestellt, nach heutigem Rechte seien erlaubt alle Kunstspiele, nicht die Glückspiele. S. darüber und dagegen Wilba a. a. O. S. 174 f. — Für die fortbauernde Gültigkeit der römischen Bestimmungen: S. u. f. Arch. I. 345, IX. 289, XIII. 94.

<sup>7</sup> Wilba (II S. 180—183) will auch aus dem erlaubten Spiele keine Klage gestatten, sondern nur das Rückforderungsrecht ausschließen, wieder mit Berufung auf die in den deutschen Particularrechten und dem Reichsgesetz von 1570 §. 211 („Reuterbesallung und Artikel der teutschen Rnechte“) vertretene Rechtsentwicklung. Die hierher gehörigen deutschrechtlichen Bestimmungen verbieten das „Spielen auf Borg“, scheinen mir dieß aber viel mehr in dem Sinne zu thun, weil sie in einem solchen Spielen eben kein Spielen zur Unterhaltung, sondern ein eigentliches Spielen um Gewinn sehen, als um jede Klage aus dem Spielvertrage überhaupt auszuschließen. Jedenfalls verstehen sie unter Spiel auf Borg ein Spiel, bei welchem demjenigen, welcher erklärt, nicht im Besitze von Geld zu sein, das zu Bekleidende im Voraus creditirt wird, nicht aber ein Spiel, nach dessen Beendigung ein Mitspieler erklärt, er sei augenblicklich nicht im Besitze von Geld, und bitte daher, ihm das Verlorene einzulösen zu creditiren.

Winkelschreib, Pandekten. II. Bv. II. Abth.

3. Jeder andere Spielvertrag ist verboten und nichtig; das Verlorene braucht nicht gezahlt zu werden, und kann zurückgefordert werden, wenn es bereits gezahlt worden ist<sup>3</sup>.

### §. 420.

1. Erlaubt und verbindlich ist nicht Alles, was Wettvertrag genannt wird, sondern nur, was Wettvertrag wirklich ist; es kann sich sehr wohl unter dem Namen der Wette ein Spiel verbergen<sup>1</sup>. — Auch der Wettvertrag, welcher es wirklich ist, ist un-erlaubt, wenn die Wette einen unsittlichen Inhalt hat<sup>2</sup>. — Der

<sup>1</sup> L. 3 C. h. t. (welche Stelle nicht, wie Arnolds §. 236 Anm. 2 und Sintonis §. 123 Anm. 2 annehmen, ungelosst ist), l. 4 §. 1. 2 D. h. t. N. R. in Betreff des Rückforderungsrechts Wilba II S. 185—190, wieder mit Berufung auf das deutsche Recht, jedoch nicht in überzeugender Weise. Particularrechtlich tritt aber wohl an die Stelle des Rückforderungsrechts Confiscation der verspielten Summen. — Vgl. Seuff. Arch. I. 345, XIII. 94; XI. 155.

<sup>2</sup> Was Wette genannt wird, ist in der That Spiel, wenn die Parteien nicht wetten, weil sie widersprechende Behauptungen gegen einander aufgestellt haben, sondern widersprechende Behauptungen gegen einander aufstellen, um wetten zu können. Dahin gehört auch das s. g. Pariren beim Spiel, in dem Sinne, in welchem es gewöhnlich geschieht. Anders, wenn es wirklich von der Ueberzeugung ausgeht, daß einer der Mitspielenden dem andern an Kraft überlegen sei. In gleicher Weise verhält es sich mit den Wetten, welche bei Pferderennen und ähnlichen Wettkämpfen gemacht zu werden pflegen. Das römische Recht erklärt (l. 8 D. h. t.) für unerlaubt alle Wetten beim Spiele, mit Ausnahme der Spiele zum Zwecke körperlicher Übung, — ohne Zweifel in dem Sinne, daß bei den letzteren ein Interesse der Wettenden am Ausgange des Spiels als solchen denkbar sei, während in anderen Fällen das Spiel zur Entscheidung über Gewinn und Verlust nur benutzt werde. Vgl. Wilba VIII S. 217—227—230. Seuff. Arch. II. 291, XIII. 94. — Wo die Grenze zwischen der wirklichen Wette und der Spielwette ist, kann im einzelnen Fall sehr schwer zu bestimmen sein; der Gegensatz selbst ist deswegen nicht weniger wahr. Einen nahe liegenden Anhaltspunkt für die richterliche Entscheidung wird die Höhe der Wettsomme bilden; ist dieselbe unverhältnißmäßig hoch, so liegt die Vermuthung nahe, daß in der Wette gespielt worden sei. Die Behauptung aber, daß die Wette überhaupt (also auch da, wo es feststeht, daß sie aus Rechtshaberet abgeschlossen worden ist) durch die unverhältnißmäßige Höhe der Wettsomme eine unerlaubte und unverbindliche werde, läßt sich nicht rechtfertigen, auch nicht, wenn man, was der Standpunkt von Wilba ist (VIII S. 230—233), das ältere deutsche Recht zu Hülfe nimmt. Vgl. Bangerow S. 539.

<sup>3</sup> L. 17 §. 5 l. f. D. de pnoaser. verb. 19. 5. Einen unsittlichen Inhalt

Wettvertrag kann, wie jeder Vertrag, angefochten werden wegen Arglist; aber Arglist ist es nicht ohne Weiteres, wenn Jemand, welcher von der Wahrheit seiner Behauptung sichere Kunde hat, wettet, ohne dieß dem Gegner mitzutheilen<sup>3</sup>. — Gleichheit des Wettpreises auf beiden Seiten ist Bedingung der Gültigkeit des Wettvertrages nicht. Wird nur von der einen Seite etwas für den Fall des Unrechthabens versprochen, so ist das keine Wette mehr; jedoch ist ein solcher Vertrag nicht unverbindlich<sup>4</sup>.

2. Das Recht auf Rückforderung des in einem verbotenen Spiel Verlorenen verfährt erst in fünfzig Jahren<sup>5</sup>. Will der Verlierende dieses Recht nicht geltend machen, so kann es statt seiner seine Stadtgemeinde, in zweiter Linie der Fiscus thun<sup>6</sup>. — Der von Vielen aufgestellte Satz, daß das zum Zweck eines verbotenen Spiels gegebene Darlehn nicht zurückgefordert werden könne, ist bedenklich<sup>7</sup>. Dagegen enthält das römische Recht noch die Bestimmung, daß derjenige, welcher seine Wohnung zu einem

hat die Wette, wenn sie zur Beförderung des Schlecten dient. Wilba VIII S. 218. 228.

<sup>3</sup> Anders, wenn er sich den Schein gibt, die Sache, auf welche es ankommt, minder gewiß zu wissen, als dieß der Fall ist. Wilba VIII S. 233—236, Bangerow S. 539, Holzschuber III §. 310 Nr. 5.

<sup>4</sup> Vgl. Schwarze und Heyne Untersuchung practisch wichtiger Materien x. S. 88—91, Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 100.

<sup>5</sup> L. 3 C. h. t. (§. 419 Note 8).

<sup>6</sup> L. 3 C. cit. Vgl. Glück XI S. 334—337, Wilba II S. 190—192, Sintonis §. 123 Anm. 6.

<sup>7</sup> Man stützt ihn auf l. 12 §. 11 D. mand. 17. 1 und l. 2 §. 1 D. quar. rer. actio 44. 5. Aber was die erste Stelle angeht, so gelangt man, wenn man dieselbe wirklich für die hier vorliegende Frage verwerten will, zu dem, doch von Niemandem anerkannten, Satz, daß kein Darlehn zurückgefordert werden könne, von welchem der Darlehengeber wisse, daß es öconomisch schlecht werde verwendet werden. Nichtigter erscheint es daher, diese Stelle aus der Jugend des Darlehengebers („adulescens“) zu erklären, vgl. l. 27 §. 1 l. 24 §. 4 D. de min. 4. 4. Aus l. 2 §. 1 D. quar. rer. actio (§. 391 Note 40) aber folgt höchstens, daß das Darlehn dann nicht zurückgefordert werden könne, wenn das Geld verloren worden ist. Wilba beruft sich auch hier auf das deutschrechtliche Verbot des Spiels auf Borg. Vgl. noch Holzschuber III §. 310 Nr. 2. — Wird das Darlehn von dem Mitspieler gegeben, und das gegebene Geld an denselben verloren, so ist das Darlehn freilich unrückforderbar. Es ist jetzt ganz gleich, als wenn das Geld direct im Spiele verloren worden wäre.



verbotenen Spiel hergibt, keinen Anspruch wegen erlittener Schläge und wegen Beschädigung, und ebenso wenig wegen einer zur Zeit des Spiels in seinem Hause verübten Entwendung haben sollte.<sup>2</sup>

3. Eine besondere Gestaltung des Spielvertrags ist der moderne Lotterievertrag. Das Besondere desselben liegt darin, daß nur die Verpflichtung der einen der spielenden Parteien eine bedingte ist. Der Lotterievertrag wird heutzutage von den Staaten als Erwerbquelle benutzt, und ist insofern erlaubt.<sup>3</sup>

## II. Forderungsrechte aus vertragsähnlichen Gründen.

### A. Ungerechtfertigte Bereicherung\*.

#### 1. Begriff.

##### a. Bereicherung.

#### §. 421.

Die Thatsache, daß Jemand aus fremdem Vermögen in ungerechtfertigter Weise bereichert worden ist, erzeugt für ihn die

<sup>2</sup> L. 1 pr. — §. 3 D. h. t. Doch ist freilich die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmung sehr bestritten. Wilba II S. 178, Sintonis Ann. 5 a. E. — Öffentliche Bestrafung des verbotenen Spiels? S. 1. 1 §. 4 D. h. t., l. 8 i. t. O. h. t.; Fester Strafrecht S. 483, Wilba II S. 183—185.

<sup>3</sup> Das Nähere muß den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts überlassen bleiben. — Ebenso muß den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts die Darstellung der anderen gewagten Verträge überlassen werden, welche außer den hier genannten noch einer besonderen Erörterung bedürfen, des Leibrentenvertrags, des Versicherungsvertrags und des Bodmereivertrags (vgl. über den letzteren auch §. 371 Note 8 a. E.).

§. 421. \* Dig. 12. 4—7, 13. 1. Cod. 4. 5—9. — Windscheid die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung (1850) Erleben die conditiones sine causa, 1. Abtheil. 1850, 2. Abtheil. 1853. §. Witte die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts (1859). Voigt die conditiones ob causam (1862); vgl. über diese Schrift die Recensionen von Gsmarck krit. VJSchr. V S. 523—541 und von G. Witte in Schletter's Jahrb. X S. 6—25 (die letztere ist nicht zu streng). Die im Vorstehenden genannten Schriften bedürfen übrigens das hier behandelte Thema nicht alle vollständig. — Glück XIII S. 1 fg.; Unterholzner II S. 6—65, Sintonis II §. 109 (S. 517—545).

Verpflichtung, dem Benachteiligten herauszugeben, worum er berechtigt geworden ist.<sup>1, 2</sup>

1. Bereicherung<sup>3</sup>. Dieselbe kann in einer Vermehrung des Vermögens bestehen, oder in einer Nichtverminderung. Vermögensvermehrung: Erwerb eines Eigenthumsrechtes<sup>4</sup>, eines Rechtes an

<sup>1</sup> Früher lehrte man vielfach, daß schon die Thatfache der Bereicherung aus fremdem Vermögen als solche eine Verpflichtung zur Ausgleichung des dadurch dem Andern entstandenen Nachtheils begründe, und noch W. Sell in seinen Vorlesungen I. 1 (1833) hat der Ausführung dieses Grundgesetzes eine besondere Abhandlung gewidmet. Jetzt wird es wohl von Niemandem mehr verkannt, daß der Grundsatz in dieser Allgemeinheit unrichtig ist, und daß, wenn die Quellen wirklich lehren: „natura aequum est, nominem cum alterius detrimento fieri locupletiorum“ (l. 14 D. de cond. ind. 12. 6, l. 206 D. de R. l. 50. 17), dieß nur eine von den vielen falschen Abstractionen ist, welche sich in ihnen finden. Den richtigen Grundsatz gibt an l. 1 §. 3 de cond. sine causa 12. 7. „Constat, id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustam causam“; — ferret l. 25 D. de act. rer. am. 25. 2: — „Nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident“. — Den bezeichneten Irrthum hat neuerlich Jacobi (Jahrb. f. Dogm. IV. 3) umgekehrt, indem er behauptet, daß auch die Ungerechtfertigkeit der Bereicherung kein selbstständiges Klagefundament bilde. S. dagegen §. Witte das. V. 3, und vgl. §. 423 Note 13. — Ueber das Geschichtliche der Lehre s. Voigt §. 39—45.

<sup>2</sup> Die Verpflichtung aus der Thatfache der ungerechtfertigten Bereicherung entspricht der vertragsmäßigen Verpflichtung auf Rückgabe dessen, was Jemand aus fremdem Vermögen in Händen hat. Der Zusammenhang zwischen der einen und der anderen Verpflichtung ist besonders nahe liegend da, wo die Bereicherung auf dem Willen des Vermergewordenen beruht. Gai. III. 90 (§. 1 I. quib. mod. re 3. 14): „Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur; nam porinde ei condici potest: si PAREM EUM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset“. L. 5 §. 3 D. de O. et A. 44. 7, §. 6 l. de obl. quas quasi ex contr. 3. 27. — Es ist hier nur die Rede von der Verpflichtung aus der Thatfache der ungerechtfertigten Bereicherung als solcher. Die Fälle, in welchen die Verpflichtung zur Herausgabe einer Bereicherung durch etwas Anderes, als eben ihre Ungerechtfertigkeit begründet ist, gehören nicht hieher, und daher namentlich nicht die actio negotiorum gestorum contraria und die actio de in rem verso. Vgl. Windscheid krit. VJSchr. I S. 116, und was speciell die actio negotiorum gestorum contraria angeht, unten §. 430 Note 18 a. E.

<sup>3</sup> Vgl. Voigt §. 47—51.

<sup>4</sup> Für diesen gewöhnlichsten Fall ist es nicht notwendig, hier Beweismittel anzugeben. — Liegt eine Bereicherung auch darin, daß der Werth einer bereits im Eigenthum befindlichen Sache gesteigert wird? Nur unter einer

fremder Sache<sup>5</sup>, eines Forderungsrechtes<sup>6</sup>, Erlangung eines Besitzes<sup>7</sup>; Befreiung von einer Eigenthumsbeschränkung<sup>8</sup> oder von einer Schuld<sup>9</sup>. Nichtverminderung des Vermögens: Nichtbeschwertwerden mit einer Eigenthumsbeschränkung<sup>10</sup> oder mit einer Schuld<sup>11</sup> oder mit einer Leistung<sup>12</sup>, Ersparung einer Ausgabe<sup>13</sup>, Erhaltung einer Sache<sup>14</sup>. — Entsteht aus der Bereicherung für den Be-

von folgenden beiden Voraussetzungen: a) die Werthsteigerung hat auch eine Ertragssteigerung zur Folge, dann besteht die Bereicherung in dem Mehrertrag; b) die Sache ist dem Eigenthümer feil, dann besteht die Bereicherung in dem Mehr des gelassenen Kaufpreises. Vgl. l. 38 i. f. l. 29 D. de R. V. 6. 1, l. 10 D. de impens. 25. 1. Sen ff. Arch. IX. 287.

<sup>5</sup> L. 12 D. de cond. ind. 12. 6.

<sup>6</sup> C. 1. D. l. 1 pr. — §. 2 l. 3 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 7 C. de non num. pec. 4. 30.

<sup>7</sup> L. 4 §. 2 D. de R. C. 12. 1, l. 15 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 D. de cond. trit. 18. 3, l. 31 §. 1 i. f. D. dep. 16. 3, l. 46 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 26 §. 1 D. de furt. 47. 2. Vgl. l. 9 pr. l. 21 §. 2 D. quod met. a. 4. 2, und l. §. 161 Note 2. Sen ff. Arch. III. 177, IV. 122.

<sup>8</sup> L. 5 §. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1.

<sup>9</sup> C. 1. D. l. 4. 10 D. de cond. e. d. e. n. s. 12. 4, l. 24 D. de m. e. don. 39. 6.

<sup>10</sup> L. 22 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 8 pr. D. de A. E. V. 19. 1.

<sup>11</sup> L. 5 §. 1 D. de usufr. ear. rer. 7. 5, l. 7 pr. D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 8 §. 10 D. si cui plus 35. 3, l. 39 D. de cond. ind. 12. 6.

<sup>12</sup> L. 40 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 58—60 D. de leg. 10 30, l. 5 §. 2 D. de impens. 25. 1.

<sup>13</sup> §. B. Jemand erspart durch Gebrauch fremder Sachen oder fremder Arbeitskräfte Reichthum (L. 65 §. 7 l. 26 §. 12 D. de cond. ind. 12. 6); Jemand gibt fremdes Geld aus, und bestreuen nicht sein eigenes (J. §. B. l. 29 D. de cond. ind. 12. 6, vgl. l. 50 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1); oder der Eigenthümer selbst gibt das Seinige hin, damit wir nicht nöthig haben, das Unrige hinzugeben. — Durch das Ausgeben fremden Geldes wird übrigens eine eigene Ausgabe nur dann erspart, wenn das Geld, was freilich der gewöhnliche Fall sein wird, in einer Weise ausgegeben worden ist, daß es dadurch für den Eigenthümer unauffindbar geworden ist; denn sonst wird es von dem Eigenthümer vindicirt, und der Empfänger greift auf den Ausgebenden jurld. — In Betreff des oben zuerst genannten Falles geht von einer engeren, die Rückforderung ausschließenden Auffassung aus l. 25 D. de prosoer. verb. 19. 5; dieselbe hält mit Unrecht für den Ausdruck des eigentlichen Gehaltens des römischen Rechts Voigt S. 327. 332. 405. Das connumero aliam pecuniam der Quellen versteht Voigt lediglich von Eigenthumsverwerb durch Vermischung (S. 390. 746).

<sup>14</sup> Vgl. l. 31 §. 10 D. de don. i. v. e. u. 29. 1 (§. 365 Note 14).

reicherten zugleich ein Nachtheil, so ist wirkliche Bereicherung nur der Ueberschuß<sup>15</sup>.

2. Bereicherung aus fremdem Vermögen. Die Bereicherung ist eine Bereicherung aus fremdem Vermögen nicht bloß dann, wenn durch ihren Inhalt die Verminderung des fremden Vermögens von selbst gegeben ist<sup>16</sup>, sondern auch dann, wenn sie durch Mittel des fremden Vermögens, durch Gebrauch, Verbrauch, Hingabe, Belastung, Nichtvermehrung des fremden Vermögens, bewirkt worden ist<sup>17</sup>.

3. Die Thatsache, auf welcher die Bereicherung beruht, kann Rechtsgeschäft sein, oder irgend eine andere<sup>18</sup>. Das Rechts-

<sup>15</sup> Wer z. B. fremdes Geld zum Darlehn erhalten hat oder mit fremdem Gelde bezahlt worden ist, wird durch den Verbrauch des Geldes nur dann reicher, wenn er es unredlicher Weise verbraucht hat; denn durch redlichen Verbrauch wird er Schuldner und verliert er ein Forderungsrecht auf den gleichen Betrag (§. 370 Note 8, §. 342 Note 8). Vgl. §. 422 Note 2 und 4 a. E.

<sup>16</sup> Der gewöhnliche Fall: Jemand wird Eigenthümer einer fremden Sache, Gläubiger eines Andern, wird von der Forderung eines Andern befreit etc.

<sup>17</sup> Jemand erspart sich durch Gebrauch oder Verbrauch fremden Vermögens eine eigene Ausgabe (Note 13). Jemand verkauft eine fremde Sache; er ist um den Kaufpreis bereichert, sobald das Vindicationsrecht des Eigenthümers ausgeschlossen ist (l. 23 D. de R. C. 12. 1, l. 49 D. de neg. gest. 3. 5). Meine Schuld bezahlt ein Anderer mit seinem Gelde. Eine Verpflichtung, welche ich übernehmen mußte, übernimmt ein Anderer. Jemand weist denjenigen, welcher ihm eine Leistung machen will, an, die Leistung mir zu machen.

<sup>18</sup> Es kommt nur darauf an, daß es kraft der Natur Thatsache möglich sei, daß sie einerseits eine Bereicherung wirklich begründe, und diese Bereicherung andererseits dennoch eine ungerechtfertigte sei. — Der Unterschied, mit welchem Voigt (§. 55. 56) sich große Mühe macht, zwischen „pecuniär differenter“ und „pecuniär indifferenter“ Rechtserwerbthaten (je nach dem zum Begriff der Erwerbthaten die Kategorie der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit gehöre oder nicht gehöre), würde für unsere Lehre selbst dann werthlos sein, wenn es wahr wäre, was Voigt behauptet, daß die römische *condictio* nur bei pecuniär indifferenter Erwerbthaten Platz gegriffen habe: denn jedenfalls leugnet Voigt nicht, daß auch die differenter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung unterstellt worden seien; nur sei dieser Gesichtspunkt in der Formel in anderer Weise gewahrt worden (§. 86). Was aber den Ausschluß der *condictio* angeht, so hat schon Witte Rec. S. 14 auf die *condictio iniustae donationis* verwiesen, und es ist willkürlich, in l. 5 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1 die *condictio incoacti* nicht auch auf den zuvor erwähnten Kaufvertrag zu beziehen.

geschäft braucht nicht nothwendig ein Rechtsgeschäft zwischen dem Bereicherten und dem Benachtheiligten zu sein<sup>19</sup>. — Der Fall, wo die Bereicherung auf einer Erbeseinsetzung oder einem Vermächtniß beruht, wird aus Zweckmäßigkeitsgründen hier ausgeschieden und der Betrachtung im Zusammenhange des Erbrechts vorbehalten.

### b. Ungerechtfertigte Bereicherung.

#### §. 422.

Wann ist eine Bereicherung aus fremdem Vermögen eine ungerechtfertigte Bereicherung<sup>1</sup>? Man wird darauf verzichten müssen, auf diese Frage mit einer allgemeinen Formel zu antworten; es sind vielmehr die einzelnen Fälle in's Auge zu fassen.

1. Die Bereicherung ist mit dem Willen des Benachtheiligten eingetreten. Für diesen Fall ist davon auszugehen, daß die Bereicherung eine gerechtfertigte ist; sie kann jedoch auch in diesem Fall eine ungerechtfertigte sein. Davon näher im folgenden §.

<sup>19</sup> Der Geber leistet in der Person des Empfängers einem Andern; dem Empfänger leistet durch die Person des Gebers ein Anderer. Vgl. l. 9 §. 1 D. de cond. c. d. e. n. s. 12. 4, l. 8 §. 2 D. ad SC. Voll. 16. 1, l. 78 §. 5 D. de l. D. 23. 3, l. 5 §. 5 l. 17 pr. D. de doll. exe. 44. 4, l. 12. 13 D. de nov. 46. 2, l. 2 C. de cond. ind. 4. 5; l. 8 §. 3 D. ad SC. Voll. 16. 1, l. 21 §. 1 D. de don. 39. 5; l. 18 §. 1 l. 31 §. 3 D. de m. e. don. 39. 6. Vgl. §. 412 Note 8. Ein anderer hierher gehöriger Fall ist der in Note 17 bezeichnete: Jemand verkauft eine fremde Sache.

<sup>1</sup> Die ungerechtfertigte Bereicherung wird in den Quellen im Allgemeinen als eine Bereicherung sine causa bezeichnet. L. 66 D. de cond. ind. 12. 6. „Haecc conditio . . . quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare conseruit“. L. 10 D. de cond. c. d. e. n. s. 12. 4: — „nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem pervenerit“. L. 3 D. de cond. sine causa 12. 7. „Qui sine causa obligantur, incerti conditionis consequi possunt, ut liberentur“. L. 15 pr. D. de fidei. 46. 1. „Si stipulatus essec a me sine causa . . .“. Vgl. noch l. 2. 3. 4. 5 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 34 D. de cond. ind. 12. 6, l. 11 §. 6 l. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1, l. 50 pr. D. de l. D. 23. 3, l. 6 D. de don. i. v. e. n. 24. 1, l. 3 §. 5 D. de coll. 37. 6, l. 2 §. 3 D. de doll. exe. 44. 4, l. 5 C. de spons. 5. 1. S. aber auch §. 423 Note 8. Daneben tritt die Bezeichnung auf, daß die ungerechtfertigte Bereicherung non ex iusta causa sei. L. 1 §. 3 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 25 D. de act. rer. am. 26. 2 (§. 421 Note 1).

2. Die Bereicherung ist nicht mit dem Willen des Benachtheiligten eingetreten. Dann kann sie:

a) auf einer Rechtsveränderung beruhen, durch deren Inhalt die Benachtheiligung des Andern von selbst gegeben ist<sup>1a</sup>. Dann ist sie, eben weil die bereichernde Rechtsveränderung die Benachtheiligung dieses Andern von selbst enthält, und eine Rechtsveränderung nicht ohne den Willen des Rechts eintritt, eine gerechtfertigte; es wäre denn, daß die Rechtsregel, nach welcher sie eingetreten ist, nur den formalen Gesichtspunkt in's Auge faßt, so daß durch dieselbe eben auch nur die Rechts-, nicht aber die Vermögensveränderung gerechtfertigt wird<sup>2</sup>.

b) Besteht die Bereicherung in der Erlangung fremden Besitzes, so ist sie eine ungerechtfertigte, wenn nicht durch eine besondere Thatsache ein Recht auf die Besitzergreifung begründet ist<sup>3</sup>. Ebenso wenn die Bereicherung durch Gebrauch, Verbrauch, Hingabe fremden Vermögens hervorgebracht ist, ist dieselbe eine ungerechtfertigte, wenn nicht aus einer besonderen Thatsache das Recht, sich in dieser Weise zu bereichern, hergeleitet werden kann<sup>4</sup>.

<sup>1a</sup> Vgl. §. 421 Note 16.

<sup>2</sup> Beispiele: Eigentumserwerb durch Verarbeitung, Gai. II. 79 (I §. 187 Note 6), vgl. l. 29 §. 1 l. 30 D. de don. i. v. e. n. 24. 1; Eigentumserwerb durch Verbindung, §. 26 l. de R. D. 2. 1 und die anderen I §. 190 Note 4 genannten Stellen (jedoch gilt für die Verbindung die in Note 7 bezeichnete Beschränkung). — Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 348 meint, in diesen Fällen sei Bereicherung nur, was der Arbeiter nach Abzug der von ihm seinerseits für die Sache gemachten Aufopferung habe. Ich halte das nicht für begründet. Vor der Verarbeitung war der Besitzer in der Lage, die Sache dem Eigentümer herauszugeben zu müssen, ohne Ersatz für die von ihm gemachte Aufopferung verlangen zu können; jetzt kann ihm die Sache nicht mehr genommen werden; folglich ist er durch die Verarbeitung um die Sache reicher geworden. Semibert wird die Bereicherung nur durch eine mit ihr selbst verbundene Aufopferung (§. 421 Note 15).

<sup>3</sup> Daber l. 4 §. 2 D. de R. C. 12. 1. „Ea quas vi fluminum importata sunt condici possunt“. Von besonderer Wichtigkeit ist der Fall, wo in der Besitzergreifung ein Delict liegt, l. Note 5. Vgl. noch Buchta und Bubbe Entscheidungen V S. 279—282.

<sup>4</sup> Hierher gehören folgende Quellenentscheidungen. a) L. 18 §. 1 de R. C. 12. 1, l. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1.: Jemand verbraucht fremdes Geld ohne den Willen des Eigentümers in gutem Glauben. Abweichend, wie es scheint, l. 67 D. de l. D. 23. 3 (vgl. unten). b) L. 23 D. de R. C. 12. 1,

Namentlich ist die Bereicherung dann eine ungerechtfertigte, wenn in den bezeichneten Handlungen ein Delict liegt<sup>5</sup>; es ist jedoch

l. 49 D. de neg. gest. §. 5, l. 1 C. de reb. al. 4. 51, l. 1 C. de comm. rer. al. 4. 52: Jemand verkauft in gutem Glauben (s. aber auch §. 391 Note 15) eine fremde Sache, welche dann untergeht, oder vom Käufer eressen wird. Unter denselben Gesichtspunkt gehört c) l. 12 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5: Jemand verpfändet eine fremde Sache, durch deren Verkauf dann der Pfandgläubiger sich bezahlt macht. Er verkauft nicht selbst, aber er verschafft sich dadurch, daß er einem Andern die Verkaufsmöglichkeit gewährt, eine Bereicherung: Befreiung von einer Schuld. d) In l. 12 §. 1 okt. wird nicht bloß dem Eigentümer der verkauften Pfandsache ein Rückforderungsrecht zugesprochen („ai necdum pignus evictum est“), sondern auch dem Käufer nach der Eviction, vorausgesetzt, daß dieselbe für ihn einen Anstoß gegen den verkauften Pfandgläubiger nicht bewirkt hat. Der Käufer bezahlt mit seinem Gelde die Schuld des Verpfänders, ohne daß er irgendwie den Willen hätte, denselben zu bereichern. e) L. 19 D. de don. i. v. a. u. 24. 1: ein Sklave kauft (und erwirbt dadurch seinem Herrn) mit fremdem Gelde; l. 39 D. de stip. serv. 45. 3: ein servus fructuarius oder bona fide possessus stipulirt ex operis suis oder ex re fructuarii bez. bonae fidei possessoris, stellt aber die Stipulation ausdrücklich auf den Kopf des Eigentümers. f) L. 49 D. de neg. gest. §. 5: Jemand tilgt eine fremde Schuld aus eigenem Vermögen, indem er sich selbst für den Schuldner hält. Ebenso l. 14 §. 11 l. 32 pr. D. de relig. 11. 7, l. 50 §. 1 D. de H. P. 5. 3 (§. 431 Note 18). g) Jemand macht eine Auslage zum Besten eines Andern auf Grund eines von einem Dritten erteilten Auftrages, welcher Auftrag sich dann als für den Dritten unverbindlich ausweist, l. 14 §. 16 D. de relig. 11. 7 (§. 431 Note 5. 6). h) Auch l. 80 D. de neg. gest. §. 5: ein Solldarschuldner zahlt eine Schuld, welche materiell nicht ihn, sondern den Mitschuldner angeht, — läßt sich insofern hierher stellen, als auch in diesem Falle der Wille des Aufopfernden wenigstens zunächst nicht auf die Bereicherung des Mitschuldners, sondern auf seine eigene Befreiung gerichtet ist (vgl. §. 431 Note 12). Ob dagegen i) auch l. 24 §. 1 D. de A. H. V. 19. 1 hierher zu ziehen ist, bleibt nach l. 3 §. 1 D. de R. C. 12. 1 und l. 22 §. 9 D. mand. 17. 1 zweifelhaft. — Faßt man die hier aufgezählten Stellen zusammen, so wird man nicht in Abrede stellen dürfen, daß in denselben der Ausdruck eines weit reichenden Principes enthalten ist, welches nicht anders formulirt werden kann, als im Texte geschrieben ist. Nichtsdestoweniger ist dieß nicht allgemein anerkannt, und namentlich (vgl. auch §. 431 Note 18 [suntin Note 6 a. C.]) hat man in der neueren Zeit mehrfach den Versuch gemacht (Wächter Erörterungen II S. 100, Thering Abhandlungen S. 78 fg., Witte Bereicherungsklagen S. 295 fg. 310 fg. 325 fg., Bangerow III §. 628 Anm. a. C.), den Satz, daß der von dem gutgläubigen Besitzer einer Sache durch den Gebrauch oder Umsatz derselben gezogene Gewinn dem Eigentümer herausgegeben werden müsse, auf den Fall

nicht notwendig, daß in denselben ein Delict liege, damit die Bereicherung eine ungerechtfertigte sei<sup>5a</sup>. Es ist ferner nicht notwendig, daß die bezeichneten Handlungen von dem Bereicherten selbst vorgenommen worden seien<sup>6</sup>; nur ist, wenn eine Verwendung auf eine fremde Sache von Jemandem vorgenommen wird, welcher sich selbst für den Eigentümer hält, der Anspruch

zu beschränken, wo der gutgläubige Besitzer keinen Titel für sich habe (titulativo besitze), — mit Berufung darauf, daß der genannte Satz gegen das Princip, aus Billigkeitsgründen, anerkannt sei, und daß daher die Quellenstellen, welche ihn aussprechen, möglichst einengend anzulegen seien. Nach meiner Meinung ist dieser Satz, wie gesagt, lediglich eine Consequenz des Principes: Aberdies sprechen l. 12 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5, l. 1 C. de reb. alien. 4. 51, l. 1 C. de comm. rer. al. 4. 52 von einem Besitzer schlechthin, nicht von einem ohne Titel Besizernden. Auch auf l. 67 D. de I. D. 23. 3. (s. oben bei a) darf sich die hier verworfene Meinung nicht berufen; denn in dieser Stelle wird das Rückforderungsrecht gerade gegenüber einem nicht titulirten Besizer abgesprochen. Vgl. Windscheid krit. BSchr. I S. 116—118. — Darf der Verzehrende oder Veräußernde nicht wenigstens in Abzug bringen, was er für die veräußerte oder verzehrte Sache seinerseits aufgezopfert hat? Ich glaube nicht. S. Note 2, und vgl. Seuff. Arch. XIV. 238, und über die verschiedenen Meinungen Witte Bereicherungsklagen S. 310. 311 und die baselst. Citirten. — S. nach Seuff. Arch. II. 57.

<sup>5</sup> In diesem Fall ist die Bereicherung nicht bloß sine causa oder non ex iusta causa, sondern geradezu ex iniusta causa. L. 6 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 65 §. 5 D. de act. rer. amot. 25. 2. Dig. 12. 5 de conditione ob turpem vel iniustam causam, Cod. 4. 9 de conditione ex lege et sine causa vel iniusta causa. Von besonderer Wichtigkeit ist hier das Delict des furtivum (Bereicherung ex furtiva causa). Dig. 13. 1 Cod. 4. 8 de conditione furtiva; §. 26. 34. 35 I. de R. D. 2. 1, l. 4 §. 1 D. de R. C. 12. 1, l. 22 §. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 67 §. 5 D. de fart. 47. 2, l. 25 §. 1 eod. S. ferner l. 2 D. de cond. trit. 13. 8, l. 25 §. 1 D. de fart. 47. 2; l. 55 D. de cond. ind. 12. 6.

<sup>5a</sup> S. Note 3 und 4.

<sup>6</sup> Jemand kann aus fremdem Vermögen auch dadurch bereichert werden, daß der Eigentümer selbst etwas zu seinem Besten verwendet, oder ein Dritter. Nur wird, wenn die Verwendung durch den Eigentümer selbst erfolgt, regelmäßig auch dessen Wille auf die Bereicherung des Anderen gerichtet gewesen sein, so daß der Fall nicht hierher gehört. Der Hauptfall, in welchem diese Willensrichtung nicht vorhanden ist, ist der, wo der verwendende Eigentümer nicht einen Andern, sondern sich selbst zu bereichern glaubt (s. die Stellen in Note 4 bei f), freilich ist es sehr bestritten, in welchem Umfange gerade in diesem Falle ein Rückforderungsrecht begründet ist (s. §. 431 Note 18). S. ferner Note 4 bei d. g. h. Bereicherung durch die Verwendung eines Dritten: baselst. bei a.

bessellen auf Erstattung der Bereicherung nicht durch Klage, sondern nur durch Retentionseinrede geschützt<sup>1</sup>.

### §. 423.

Die auf dem Willen des Benachtheiligten beruhende Bereicherung ist ungerechtfertigt:

1) wenn das Recht diesem Willen seine Anerkennung versagt<sup>1</sup>. Dabei ist jedoch zu bemerken, daß, wenn das Recht in der Nichtanerkennung des Bereicherungswillens so weit geht, daß es die abgegebene Willenserklärung für nichtig erklärt, durch dieselbe auch eine Bereicherung nur insofern hervorgebracht werden kann, als eine solche schon in der bloßen Bewirkung einer Thatsache liegt<sup>2</sup>, oder der Empfänger das Empfangene hinterher in seinen Nutzen verwendet. Im Uebrigen kommt es auf den Grund, aus welchem das Recht der Willenserklärung seine Anerkennung versagt, nicht an, und namentlich darauf nicht, ob das Recht sich dabei durch das Interesse des Benachtheiligten bestimmen läßt<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> L. 33 D. de cond. ind. 12. 6, l. 14 D. de doli exc. 44. 4, l. 14 §. 1 l. 29 pr. D. comm. div. 10. 3 (vgl. I §. 190, 195). Man bemerke übrigens, daß sich aus Verwendungen auf fremde Sachen nicht nothwendigerweise eine Bereicherung des Eigenthümers ergibt (§. 421 Note 4), und insofern der bezeichnete Satz keine Abweichung von der Regel enthält. Aber in l. 33 cit. ist auch von *insulam falcide* die Rede, und dadurch wird dem Eigenthümer eine wirkliche Bereicherung zugesührt, weil ihm dadurch eine Ausgabe erspart wird. In den beiden zuletzt genannten Stellen jedoch ist von *impensio* ohne weitere Unterscheidung die Rede, und wenn auch diese Stellen unmittelbar nur die *actio communi dividundo* ausschließen, so silt doch jedenfalls die erste ausdrücklich hinzu: „*Hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo*“. In Betreff der l. 14 §. 1 cit. vgl. noch §. 449 Note 10.

<sup>2</sup> Vgl. §. 66, 68, 69. Auch in diesem Falle (vgl. §. 422 Note 5) kann man sagen, daß die Bereicherung *ex iniusta causa* sei. Vgl. l. 6 D. de don. l. v. e. u. 24. 1: — „*quia, quod ex non concessa causa retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intelligitur*“.

<sup>3</sup> Z. B. in der Verschaffung des Besitzes. Vgl. l. 46. l. 6 D. de don. l. v. e. u. 24. 1. *Senff. Arch.* III. 177, XVIII. 113. Vgl. I §. 82 Note 6 a. E.

<sup>4</sup> Handlungsunfähigkeit: l. 29 l. 41 D. de cond. ind. 12. 6, l. 12 D. de R. C. 12. 1, l. 24 pr. D. de O. et A. 44. 7. *Senff. Arch.* III. 177 2. Fall. Unverbindliche Schenkung: l. 5 §. 6. 7. 18 l. 6 l. 29 §. 1 l. 30 l. 46 l. 55 D. de don. l. v. e. u. 24. 1, l. un. §. 5 C. de rei ux. act. 5. 18; l. 21 §. 1 D. de don. 39. 5, l. 5 §. 5 D. de doli exc. 44. 4.

oder durch ein Interesse der öffentlichen Ordnung<sup>5</sup>. Unter die letztere Kategorie gehört namentlich der Fall, wo in dem Nehmen des Hingeebenen ein Delict liegt<sup>6</sup>, oder ein Verstoß gegen die Sittlichkeit<sup>7</sup>.

2. An den zuvor betrachteten Fall schließt sich der Fall an, wo das Recht dem Urheber der Willenserklärung die Befugniß gibt, von der Willenserklärung zurückzutreten, und dieser von der ihm gewährten Befugniß Gebrauch macht<sup>8</sup>.

3. Endlich ist die auf dem Willen des Benachtheiligten beruhende Bereicherung auch dann eine ungerechtfertigte, wenn der Wille sich selbst eine Schranke gesetzt hat, und diese in einem gegebenen Fall Platz greift, ohne die Bereicherung ohne Weiteres wieder aufzuheben. Im Einzelnen gehören hierher auflösende Bedingung und Befristung<sup>9</sup>, vor Allem aber die Voraussetzung. In Beziehung auf letztere ist hier aus dem, was über dieselbe I §. 97—100 vorgetragen worden ist, an Folgendes zu erinnern.

a) Wer einen Willen unter einer Voraussetzung erklärt, macht zwar nicht die Existenz der gewollten rechtlichen Wirkung von der Wirklichkeit des Vorausgesetzten abhängig; aber dennoch ist es wahr, daß bei Nichtwirklichkeit des Vorausgesetzten das Bestehen der gewollten rechtlichen Wirkung seinem eigentlichen Willen nicht entspricht. Dieser Zwiespalt zwischen dem wirklichen

<sup>5</sup> Verbotene Zinsen: l. 26 pr. §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, Paul. S. R. II. 14 §. 2. *Senff. Arch.* IV. 297. Spielverlust: l. 4 §. 1. 2 D. de aleat. 11. 5, l. 3 C. eod. 3. 43. Uebermäßiges Advokatenhonorar: l. 1 §. 10 D. de extraord. cogn. 50. 13. — *Senff.* noch l. 18 pr. D. de R. C. 12. 1.

<sup>6</sup> Namentlich *furtum*. L. 18 D. de cond. furt. 13. 1, l. 38 §. 1 D. de solut. 46. 3 (vgl. l. 18 eod., l. §. 172 Note 16), l. 43 pr. l. 80 §. 5. 6. 7 D. de furt. 47. 2, l. 14 D. de cond. o. d. e. n. s. 12. 4. *Senff.* ferner l. 7 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5 (vgl. l. 2 C. de his quae vi 2. 20).

<sup>7</sup> Die Bereicherung ist dann *ex turpi causa*. Dig. 12. 5 de conditione ob turpem vel iniustam causam, Cod. 4. 7 de conditione ob turpem causam. L. 1 §. 2 l. 2 pr. §. 1 l. 4 §. 2. 4 l. 9 D. h. t., l. 4. 6. 7 C. h. t., l. 3 §. 3 l. 5 §. 1. 7 pr. D. de column. 3. 6. Vgl. §. 567—570 und §. 73. *Ban-gerow* §. 627. Vgl. §. 428 Note 9.

<sup>8</sup> L. 30 D. de m. e. don. 39. 6, l. 10 C. de revoc. don. 8. 56 (§. 367 Note 15), l. 8 C. eod. *Senff.* ferner §. 428 Note 7 a. E. und Note 11.

<sup>9</sup> L. 5 §. 1 D. de usufr. ear. rer. 7. 5. Vgl. I §. 90 Note 1, §. 96 Note 6.

und dem eigentlichen Willen wird eben dadurch ausgeglichen, daß dem Bereicherten die Verpflichtung auferlegt wird, dasjenige, was er hat und fortführt zu haben, zurückzugeben<sup>9</sup>.

b) Die Voraussetzung kann zum Inhalt ein Vergangenes, Gegenwärtiges<sup>9</sup>, oder Zukünftiges haben. Unter den Fällen, in welchen sie auf ein Gegenwärtiges gerichtet ist, ist von besonderer Wichtigkeit der Fall, wo sie zum Inhalt das Bestehen einer

<sup>9</sup> Die Voraussetzung hat, wie bereits oben (I §. 97 Note 2) bemerkt worden ist, in der römischen Rechtsprache keine feste technische Bezeichnung; aber eine von den mehreren Bezeichnungen, welche sich für dieselbe in den Quellen finden, ist *causa* (Windscheid S. 50—52). Die Voraussetzung wird *causa* in einem doppelten Sinne genannt, und zwar spielen beide Sinne vielfach in einander über: einmal, weil in ihr der Bestimmungsgrund der Willenserklärung liegt, nur nicht ein bloßer Beweggrund (welcher ebenfalls als *causa* bezeichnet wird, Windscheid S. 48—50), sondern eben ein zur Willensbeschränkung erhobener Bestimmungsgrund; sodann deswegen, weil das Vorausgesetzte nicht ermangeln darf, ohne daß die durch die Willenserklärung hervorgerufene Bereicherung, und insofern die Willenserklärung selbst, eine ungerechtfertigte ist, so daß umgekehrt in der Existenz des Vorausgesetzten der Rechtfertigungsgrund der durch die Willenserklärung hervorgerufenen Bereicherung und der Willenserklärung selbst liegt. Vgl. die bei Windscheid S. 50—55 citirten Stellen. — Gegen den Begriff der „Voraussetzung“ hat sich nun auch (vgl. I §. 97 Note 1) Voigt S. 515—523 erklärt, ohne etwas Neues oder zur Sache Dienendes vorzubringen. Denn wenn er behauptet, für diese Kategorie sei nicht das mindeste Bedürfnis vorhanden, und sie sei völlig werthlos, so ist das eben eine Behauptung; wenn er sich darauf beruft, daß nicht Alles, was man im Leben Voraussetzung nenne, eine Selbstbeschränkung des Willens enthalte, so folgt daraus nicht, daß wir nicht die Befugnis haben, für die technisch-juristische Sprache diesen Ausdruck zur Bezeichnung derjenigen Voraussetzungen zu verwenden, durch welche dem Willen wirklich eine Schranke gezogen wird; wenn Voigt es endlich geltend macht, daß die Voraussetzung sehr oft nicht erkannt werden könne, so habe ich nie behauptet, daß einer Voraussetzung, welche nicht in erkennbarer Weise hervorgetreten ist, rechtliche Bedeutung beigelegt werden dürfe. Ueber Voigt's eigene Ansicht, so wie über andere abweichende Ansichten, s. Note 13.

<sup>9</sup> Ist sie auf ein Vergangenes oder Gegenwärtiges gerichtet, so muß sich der Urheber der Willenserklärung nothwendigerweise in einem Irrthum befinden haben; er kann nicht sagen, daß er unter der Voraussetzung der Existenz Desjenigen seinen Willen erklärt habe, dessen Nichtexistenz er kannte. Daber ist seine Leistung hier eine Leistung *ex falsa causa*. L. 13 §. 1 D. de R. P. b. 3, l. 23 pr. §. 4 l. 52 D. de cond. ind. 12. 6, l. 26 §. 10 eod.

Schuld hat<sup>10</sup>. Von diesem Fall ist unten näher zu handeln (§. 426). Ebenso ist näher zu handeln von dem Fall, wo die Voraussetzung auf etwas Zukünftiges gerichtet ist (§. 427)<sup>11</sup>.

c) Die Voraussetzung kann nicht nur dadurch ermangeln daß das Vorausgesetzte nicht wirklich ist oder wird, sondern auch dadurch, daß es aufhört, wirklich zu sein<sup>12, 13</sup>.

<sup>10</sup> In diesem Falle ist begründet die *condictio indebiti* oder *indebito dati*. Dig. 12. 6 Cod. 4. 5 de *condictione indebiti*. S. noch §. 414.

<sup>11</sup> In diesem Falle ist begründet die *condictio ob causam datorum* (Cod. 4. 6) oder *causa data causa non secuta* (Dig. 12. 4). Ueber den letztern Ausdruck s. Windscheid S. 52, Erleben II S. 4 Note 9, Pagenstecher Geb. krit. Zeitschr. II S. 60 fg., Witte S. 63 Note 14, Voigt S. 490, und die von diesen Schriftstellern Citirten. Die *causa* wird in unseren Quellen auch als *res* bezeichnet. L. 52 l. 55 pr. §. 2. 4 D. de cond. ind. 12. 6, l. 1 D. de cond. ob tarp. caus. 12. 5. In den beiden ersten Stellen wird der *res* die *causa* im Sinne von bloßem Beweggrund (Bestimmungsgrund, welcher nicht zur Voraussetzung erhoben ist) entgegengesetzt.

<sup>12</sup> In diesem Falle ist die Willenserklärung deswegen *sine causa*, weil ihre *causa finita* ist. L. 1 §. 2 D. de cond. sine causa 12. 7. „Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quas finita est vol secuta non est, dicendum est, condictio locum fore“. Beispiele in l. 2 D. eod., l. 4 §. 1 D. de R. C. 12. 1, l. 11 §. 6 D. de A. R. V. 19. 1, l. 50 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 11 D. de app. 49. 1, l. ult. C. de solut. 8. 43. Hierher gehört auch der Fall der Beurtheilung im Executivprozeß, wenn der Beurtheilte eine Nachfrage auf Grund illiquider Einreden erhebt. S. u. ff. Arch. X. 108, XIV. 187. Vgl. XVII. 52.

<sup>13</sup> Ueber den Grund, auf welchem die *condictio ob falsam causam* (Note 9. 10), ob *causam non secutam* (Note 11), und ob *causam finitam* (Note 12), beruhen, herrscht keine Uebereinstimmung der Meinungen (vgl. Windscheid S. 208 fg.). Früher war es sehr gewöhnlich, diese *Conditionen* auf einen fingirten oder präsumirten Vertrag zurückzuführen, s. darüber und dagegen Erleben I S. 17 fg., II S. 19. 80. 81. Donellus fand den Grund derselben in einem stillschweigenden Vertrag (Erleben I S. 14 fg., II S. 55 fg.), an dessen Stelle neuerdings Jacobi (in dem §. 421 Note 1 bezeichneten Aufsatze S. 280 fg.) eine stillschweigende einseitige Willenserklärung des Empfängers gesetzt hat; s. gegen den Letztern G. Witte an dem daselbst bezeichneten Ort S. 116 fg. Savigny (Syst. III Beil. VIII Nr. XI Note d, V Beil. XIV Nr. VII) stellt als das in den genannten *Conditionen* Wirksame den Irrthum im Beweggrunde an, welcher in diesem Falle ausnahmsweise zur rechtlichen Anerkennung gelange. Die hier vertretene Ansicht, daß diese *Conditionen* auf einer Selbstbeschränkung des Willens beruhen, wird auch von Erleben und Witte getheilt, obgleich sich diese Schrift-

## 2. Verpflichtung.

## §. 424.

1. Die aus der ungerechtfertigten Bereicherung entstehende Verpflichtung geht einfach auf Herausgabe der Bereicherung; für die Freiheit des richterlichen Ermessens ist hier kein Bedürfnis und kein Spielraum<sup>1</sup>. Bereicherung ist aber nicht bloß die ur-

steller gegen die Aueprägung, welche ich der bezeichneten Auffassung in der Lehre von der „Voraussetzung“ gegeben habe, ablehnend verhalten. Dagegen wird jene Auffassung auf das Verhafteste bestritten von Voigt (Note 8). Die eigene Lehre des letztern Schriftstellers geht dahin (s. namentlich §. 21. 23. 26. 27. 31. 59. 60. 62. 68. 64. 70), daß durch die bezeichneten Conditionen geltend gemacht werde der Mangel des „secundären Rechtsgrundes“, welcher, hinter der Willenserklärung, als dem „primären Rechtsgrunde“, stehend, die Rechtfertigung für die durch den primären Rechtsgrund hervorgerufene Bereicherung enthalte. Da nun aber Voigt selbst mit der größten Bestimmtheit lehrt, daß die Willenserklärung eines solchen weiteren, ihre Wirkung rechtfertigenden, Rechtsgrundes nicht bedürfe, so begreift sich zwar, warum die Bereicherung als eine ungerechtfertigte erscheinen kann, wenn der in einem gegebenen Falle wirklich vorhandene secundäre Rechtsgrund hinterher weggefallen ist, nicht aber, warum sie eine ungerechtfertigte sein soll, wenn ihr ein secundärer Rechtsgrund als ein gegenwärtig oder zukünftig existenter fälschlicherweise untergelegt worden ist. Es wird also doch wohl dasjenige, was sie zu einer ungerechtfertigten wirklich macht, nicht die Nichtexistenz des secundären Rechtsgrundes, sondern die Verbindung sein, in welche sich der Wille selbst zu diesem fälschlicherweise als existent gedachten Rechtsgrund gesetzt hat. Die Nothwendigkeit dieses Schlusses verdeckt sich Voigt dadurch, daß er die falsa causa und die causa non secuta nicht als nicht existent, sondern nur als „vitiosa“ bezeichnet; ihre Existenz sei eine bloß ideale, und das sei eben ihr „vitium“! Hierzu kommt, daß nach der Behauptung Voigt's der „secundäre Rechtsgrund“ immer eine Obligation sein soll. Die secundäre causa j. D. des Gebens einer arrha liegt nach Voigt in dem pactum arrhale, die secundäre causa des Gebens um einer Gegenleistung willen in dem durch die Gegenleistung sich vollendenben Contract; die arrha wird nach Erfüllung des Vertrages zurückgegeben, weil damit das pactum arrhale aufgehört hat, die Vorleistung bei ausbleibender Gegenleistung, weil nun jener Vertrag nicht zur Vollenbung geziehen ist! Arrhats (§. 540) hat sich sehr milde ausgedrückt, wenn er sagt, daß die Resultate Voigt's „nicht als befriedigend gerühmt werden“ können.

§. 421. <sup>1</sup> Der römische Ausdruck für dieses Verhältniß ist, daß die actio auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung eine actio stricti iudicis, d. h. eine condictio sei. Damit steht nicht im Widerspruch, daß sie auf die natürliche Billigkeit zurückgeführt wird (l. 65 §. 4 l. 66 D. de cond. ind. 12. 6);

sprüchliche Vermögensvermehrung, sondern auch das auf Grund derselben später Erworbene<sup>2</sup>. Hinterheriger Wegfall der Be-

sie ist eben nicht stricti iuris, sondern stricti iudicis. Vgl. I §. 46 Note 4, und über die verschiedenen Ansichten in Betreff der Conditionen im Allgemeinen und deren Verhältniß zu den hier in Frage stehenden Conditionen im Besonderen: Savigny v. Weil. XIV, Voigt §. 42, Keller Civilproq. §. 87. 88, Ruborff röm. R. Ges. II §. 40. — Ueber die Classification der hierher gehörigen Conditionen in der klassischen Jurisprudenz und in der Justinianischen Compilation s. Voigt §. 44. 45. In der klassischen Jurisprudenz findet sich kein festes und zur allgemeinen Anerkennung gelangtes System; die systematische Anordnung in der Justinianischen Compilation ist nicht durchweg befriedigend. Am mangelhaftesten ist die Kategorie der condictio sine causa behandelt (Dig. 12. 7 de conditione sine causa, Cod. 4. 9 de conditione ex lege et sine causa vel iniusta causa). Das Richtige in Betreff dieser Condictio ist folgendes. Condictio sine causa ist die allgemeine Bezeichnung für jede Condictio wegen grundlosen Habens; aus dieser allgemeinen Condictio sondern sich einzelne besondere Fälle unter besonderen Namen ab (condictio indobiti, ob causam datorum etc.). Will man diesen besonders benannten Conditionen eine condictio sine causa als Species, eine condictio sine causa im engeren Sinne, entgegensetzen, so darf man unter dieser Bezeichnung nur diejenigen Fälle zusammenfassen, in denen sich für die Condictio eine andere feststehende Bezeichnung nicht ergibt. Diese Fälle aber wieder erhalten ihr wahres Licht nur dann, wenn sie nicht als einzelne ausgehört, sondern, wie hier geschieht, in ihrem systematischen Zusammenhang aufgewiesen werden. Ueber die verschiedenen Auffassungen, welche die condictio sine causa bei den Neueren gefunden hat, s. die Aufsätze von Reinhardt Arch. f. civ. Pr. XXIX. 7 und von Rießelbach Jahrb. f. Dogm. V. 1; ferner Voigt §. 80, Bangerow III §. 628 Anm., Unterholzner II §. 317, Sintenis §. 109 Anm. 29. — Der Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung konnte übrigens auch mit einer auf bona fides gestellten formula geltend gemacht werden; denn was ist mehr der bona fides entgegen, als eine ungerechtfertigte Bereicherung nicht herausgeben zu wollen? Vgl. j. B. 1. 49 D. de neg. gest. 3. 5 (§. 422 Note 4. b, und s. auch f. g. h. daselbst, §. 430 Note 17 gegen das Ende); l. 9 §. 1 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 5 D. de tutelae 27. 3; l. 2 D. de cond. s. c. 12. 7, l. 17 §. 3 D. comm. 18. 6; l. 11 §. 6 D. de A. E. V. 19. 1. Unter Umständen trat auch statt der condictio eine utilis rei vindicatio ein (l. 5 §. 3 D. de R. V. 6. 1, l. 9 §. 2 D. de A. E. D. 41. 1. l. 30 l. 55 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 30 D. de m. e. don. 39. 6, l. 15 C. de don. ante nupt. 5. 3, l. 1 C. de don. quae sub modo 8. 55, vgl. I §. 174 Note 6), oder eine actio in factum (l. 23 §. 5 D. de R. V. 6. 1, l. 18 §. 1 D. de m. e. don. 39. 6). S. auch l. 12 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5 (§. 422 Note 4. c. g).

<sup>2</sup> L. 7 §. 1 l. 12 D. de cond. e. d. c. n. s. 12. 4, l. 15. pr. §. 1 l. 65 §. 8 D. de cond. ind. 12. 6, l. 38 §. 1. 2. 3 D. de usur. 22. 1, l. 13 pr. D.



reichung schließt die Verpflichtung aus, wenn der Wegfall ohne Schuld des Bereicherten, nicht aus, wenn der Wegfall mit seiner Schuld eingetreten ist<sup>2</sup>. Daß der Bereicherung auf Seiten des

de m. o. don. 89. 6. Scuff. Arch. XIII. 256. — Wenn es in der l. 1 C. de cond. ind. 4. 5 heißt, daß mit der *condictio indebiti*, in der l. 4 C. de cond. ob tarp. caus. 4. 7, daß mit der *condictio ob tarpom causam* keine Zinsen gefordert werden können, so erklärt sich das lediglich aus der Formelconception. Vgl. Savigny V S. 141 fg., VI S. 147. Scuff. Arch. I. 59, II. 59, XV. 182; a. R. das. X. 55.

<sup>1</sup> Ohne Schuld: l. 32 pr. l. 65 §. 8 l. 26 §. 12 D. de cond. ind. 12. 6. Mit Schuld: l. 65 §. 8 l. 26 §. 12 (v. sine fraude) D. eod., l. 37 §. 1 l. 89 l. 19 i. f. D. de m. o. don. 89. 6, l. 38 §. 1 D. de usur. 22. 1. — Damit man sagen könne, die Bereicherung sei mit Schuld des Bereicherten weggefallen, ist erforderlich: a) daß derselbe die Existenz seiner Verpflichtung gekannt, oder (bei der *condictio ob causam non secutam* und ob *causam finitam*) gewußt habe, daß eine Verpflichtung für ihn künftig existent werden könne (l. 65 §. 8 D. de cond. ind., l. 89 D. de m. o. don.); b) daß der Wegfall durch seinen Willen oder durch seine Nachlässigkeit eingetreten sei (über Letzteres l. 1 38 §. 1 D. de usur. v. *licuerat ei negligere fundum*). Aber auch wo diese Voraussetzungen vorhanden sind, trifft den Bereicherten e) eine Schuld dann nicht, wenn er nicht anzunehmen brauchte, daß der Benachtheiligte von seinem Forderungsrecht Gebrauch machen werde, wie dies z. B. zutrifft bei dem beschenkten Ehegatten (l. 7 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1) und bei dem beschenkten Unbankbaren (§. 367 Note 18). — Der Satz, daß schuldlöser Wegfall der Bereicherung die Verpflichtung ausschließt, ist nicht allgemein anerkannt. Andere lassen durch diesen Wegfall die Verpflichtung nur dann ausgeschlossen werden, wenn er eine Unmöglichkeit der Erfüllung der Verpflichtung begründe, also nur in dem Falle, wo die Verpflichtung auf Leistung einer individuell bestimmten Sache, nicht aber, wo sie auf Leistung einer Quantität verreibbarer Sachen gehe. So namentlich Erleben I S. 182 fg., Witte S. 189 fg. (wo auch weitere Literatur angegeben ist), Voigt S. 319 fg., Mandry Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 232 (s.; darüber Bangerow III S. 625 Anm., Krenbis §. 311 Anm. 9, Sintenis §. 109 Anm. 101. Das Hauptargument gegen die bezeichnete Ansicht liegt darin, daß unsere Quellen die Verpflichtung zur Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung auf eine Forderung der Billigkeit zurückführen (Note 1); ist es aber billig, daß die ungerechtfertigte Bereicherung eine Verpflichtung zur Herausgabe erzeuge, so ist es auch billig, daß diese Verpflichtung nur so lange dauere, wie die Bereicherung besteht. S. auch l. 8 §. 22 D. de transact. 2. 15. Die praktische Bedeutung der hier zurückgewiesenen Ansicht beruht übrigens zum guten Theil auf dem von der herrschenden Meinung aufgestellten Satz, daß in allen Fällen, in welchen die Bereicherung ihren Grund in dem Eigenthumserwerb an einer Quantität verreibbarer Sachen habe, die Verpflichtung des Erwerbers auf Leistung einer gleichen Quantität, nicht auf Leistung der erlangten Sachindividuen ge-

Benachtheiligten ein Verlust gegenübersteht, welcher größer ist, als sie selbst, ist kein Grund der Steigerung der Verpflichtung<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Verpflichtet ist der Bereicherte; nicht, wenn ihm in der Person eines Andern geleistet worden ist, dieser Andere<sup>6</sup>; es müßte denn in der diesem Andern für ihn gemachten Leistung seinerseits diesem gegenüber eine Schenkung oder eine ungerechtfertigte Bereicherung liegen<sup>7</sup>. Forderungsberechtigt ist der Benachtheiligte; nicht, wenn er durch einen Andern geleistet hat, dieser Andere<sup>8</sup>; es müßte denn auch diejenige Bereicherung eine ungerechtfertigte sein, welche ihm seinerseits

richtet sei. Diese Ansicht, welche hauptsächlich auf l. 25 i. f. D. de praesor. verb. 19. 5, l. 7 l. 19 §. 2 D. de cond. ind. 12. 6 gestützt wird, wird aber, was den Fall einer Getreideleistung angeht, direct widerlegt durch l. 65 §. 9 de cond. ind. 12. 6, und auch was Geldleistungen angeht, mit guten Gründen angefochten von Mandry a. a. O. S. 230 fg. Die Literatur der Frage bei deml. Note 1; s. auch Scuff. Arch. IV. 124. Vgl. noch Mandry S. 232 fg. — Nach denselben Grundsätzen, wie für weggefallene Bereicherung, haftet der Schuldner auch für nicht gezogenen Gewinn. L. 38 pr. D. de usur. 22. 1. Vgl. Scuff. Arch. I. 59, II. 59, XIII. 97.

<sup>4</sup> L. 26 §. 12 l. 65 §. 7 D. de cond. ind. 12. 6.

<sup>5</sup> Vgl. zum Folgenden: Windscheid S. 93—96 (dazu aber auch §. 355 Note 9), Erleben I S. 152—182, II S. 507—511, Witte S. 75—84, Voigt S. 358—383. Auch oben §. 355 zu Note 7—13.

<sup>6</sup> Arg. l. 12. 13. 19 D. de novat. 46. 2, l. 9 §. 1 D. de cond. e. d. e. n. a. 12. 4, l. 8 §. 2 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 78 §. 5 D. de l. D. 23. 3, l. 41 pr. D. de re ind. 42. 1, l. 5 §. 5 D. de exe. doli 44. 4, l. 2 C. de cond. ind. 4. 5; l. 26 §. 12 i. f. D. de cond. ind. 12. 6; l. 6 §. 1. 2 eod., l. 16 pr. l. 22 pr. D. ratam rem 46. 3, l. 34 pr. l. 59 D. de solut. 46. 3.

<sup>7</sup> Arg. l. 2 §. 2. 3 D. de don. 39. 5, l. 7 pr. D. de doli exc. 44. 4; l. 7 §. 1 i. f. D. eod. und arg. l. 2 §. 4 D. de don. 39. 5. — Der Gegensatz wird in den Quellen so ausgedrückt: *suum recepit, suum petiit, suum negotium gessit*, l. 26 §. 12 i. f. D. de cond. ind. 12. 6, l. 12 D. de novat. 46. 2, l. 5 §. 5 D. de doli exc. 44. 4, l. 9 §. 1 D. de cond. e. d. c. n. a. 12. 4. Hierher gehört auch l. 44 D. de cond. ind. 12. 6. „*Restititio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitor solutum sit*“.

<sup>8</sup> L. 9 pr. D. de cond. e. d. c. n. a. 12. 4, l. 6 §. 1. 3 l. 47 l. 57 pr. D. de cond. ind. 12. 6, l. 6 C. eod. 4. 5, l. 8 §. 3 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 21 §. 1 D. de don. 39. 5, l. 18 §. 1 l. 31 §. 3 D. de m. c. don. 39. 6. L. 7 pr. D. de cond. e. d. c. n. a. 12. 4 handelt nicht von einem Falle, wo durch die Person eines Andern geleistet worden ist; der *dolus promissor* verspricht in eigenem Namen. Vgl. auch Erleben I S. 174; ferner §. 313 Note 6.

durch die von diesem Andern für ihn gemachte Leistung zugegangen ist<sup>1</sup>.

## §. 425.

In einer durchaus eigenthümlichen Weise hat das römische Recht die Verpflichtung auf Herausgabe einer durch bewußt widerrechtliche Aneignung<sup>1</sup> entstandenen Bereicherung behandelt. Diese Verpflichtung geht nämlich auf mehr, als auf Herausgabe der Bereicherung; sie geht auf vollen Schadenersatz, was sich namentlich in dem Falle von Wirksamkeit erweist, wo der Besitz der widerrechtlich angeeigneten Sache später wieder verloren worden ist<sup>2</sup>. Mit anderen Worten: der aus widerrechtlicher Aneignung entstehende Schadenersatzanspruch wird als Etwas qualificirt, was er nicht ist<sup>3</sup>, und daraus werden denn auch Konsequenzen gezogen, namentlich die, daß der Anspruch unbedingt auf die Erben übergeht<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> L. 7 §. 1 D. de doli exc. 44. 4 und l. 2 §. 4 D. de don. 89. 5. Nicht so, wenn dieser Andere ihm geschenkt hat, l. 9 pr. D. de cond. c. d. o. n. s. 12. 4.

<sup>2</sup> **§. 425.** Furtum, wenn die Sache eine bewegliche ist; die *condictio* heißt in diesem Falle *condictio ex causa furtiva* oder *condictio furtiva* (§. 422 Note 5). Die gleichen Grundsätze gelten aber auch für die widerrechtliche Aneignung unbeweglicher Sachen, l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 §. 1 D. de furt. 47. 2.

<sup>3</sup> Der Aneignung haftet in diesem Falle nicht, wie er eigentlich sollte, da er nur um den Besitz reicher geworden ist, auf Ersatz des Wertes des Besitzes, sondern auf Ersatz des Wertes der Sache; l. 7 §. 2 l. 8 pr. §. 1 D. h. t. 13. 1. S. ferner l. 3 cod. „Si condictatur servus ex causa furtiva, id venire in conditionem certum est, quod intersit agentis, veluti si heres sit institutus, et periculum subeat dominus hereditatis perdendae...“. Die Römer sagen: die *condictio furtiva* sei *condictio rei*, nicht *possessorie*; welcher Satz für sie Bedeutung auch abgesehen von den hier hervorgehobenen Folgen wegen der Selbstcondemnation hatte. — Darauf, in welcher Weise der Aneignung den Besitz verloren hat, kommt nichts an, weil er ohne Weiteres in Verzug ist (§. 278 Note 9).

<sup>4</sup> Was die Römer sich auch nicht verbargen. Gal. IV. 4 (§. 14 l. de act. 4. 6); „certum est, non posse nos rem nostram ab alio ita petere: si PARET NUM DARE OPORTERE...; plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut... rei recipiendas nomine fures ex hac actione etiam teneantur: si PARET EOS DARE OPORTERE...“.

<sup>5</sup> L. 5 l. 7 §. 2 l. 9 D. h. t. 13. 1. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß man gerade diesen Gesichtspunkt im Auge hatte, als man gegen den für eine *condictio* einführte. Andere Konsequenzen: a) es haftet nicht der Slave nach seiner Freilassung, l. 16 D. h. t. 13. 1 (vgl. l. 1 §. 18 D. dep. 16. 3; b) nach

## 3. Besondere Fälle.

a. Bereicherung aus einer Leistung, welche zum Zweck der Erfüllung einer irrtümlicher Weise vorausgesetzten Verbindlichkeit gemacht worden ist<sup>1</sup>.

## §. 426.

Ein rechtlich besonders ausgebildeter Fall der wegen erman- gelnder Voraussetzung ungerechtfertigten Bereicherung.

1. Es muß zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet worden sein. Ob gerade dasjenige geleistet worden ist, was man schuldig zu sein glaubte, oder etwas Anderes an Erfüllungsort ist gleichgültig<sup>1</sup>. Ebenso ist gleichgültig, ob zum

l. 6 D. h. t. 13. 1 haftet nicht der Gehülfe. Dagegen sagt in Betreff dieses letzteren Punktes das Gegentheil l. 53 §. 2 D. de V. s. 50. 16 (vgl. §. 453 Note 5), und ferner tritt die Delictsnatur des Anspruchs hervor in den Sätzen: a) daß von mehreren fures jeder auf das Ganze haftet, l. 1 C. h. t. 4. 8; b) daß aus dem furtum des Slaven und des Sohnes eine *actio noxalis* gegen den Herrn und den Vater geht, l. 4 D. h. t. 13. 1. — Es herrscht ein alter Streit darüber, ob die *condictio furtiva Delicti*- oder Bereicherungsklage sei, vgl. §. 359 Note 18. Nach der hier gegebenen Darstellung ist sie das Eine und das Andere, ihrer wesentlichen Natur nach aber Delictsklage. — Unter den Sätzen, welche sich mit der Delictsnatur der Klage nicht vertragen, darf nicht auch der angeführt werden, daß Herr und Vater aus dem furtum des Slaven und Sohnes de peculio haften; denn sie haften de peculio nur auf die wirkliche Bereicherung (l. 3 §. 12 D. de pec. 15. 1, l. 30 pr. D. de A. R. v. 19. 1), und die Haftung auf die wirkliche Bereicherung sollte gewiß nicht ausgeschlossen werden, als der Satz aufgestellt wurde: „ex peculibus actionibus non solent in patrem de peculio actio dari“ (l. 58 D. de R. I. 50. 17).

\* Dig. 12. 6 Cod. 4. 5 D. de conditione indebiti. — Ergleiben (§. 421) f. 420.

1. Abtheilung. Boigt (§. 421) §. 74. 75. Ferner handelt über die *condictio indebiti* ein Aufsatz von Renaud Arch. f. civ. Pr. XXIX. 4. 14 (1846), in welchem eine Auffassung, die sich bereits bei Christiani sen zur Lehre von der *naturalis obligatio* und der *condictio indebiti* (1844) S. 61 fg. findet, daß nämlich die *condictio indebiti* auf einem Irrthum im Willensinhalt, auf einem von Savigny f. g. unächten Irrthum beruhe, dahin ausgebildet wird, daß das irrtümlicher Weise Geleistete gar nicht in das Eigenthum des Empfängers übergehe (l. S. darüber Ergleiben S. 39 fg., Unterholzner II S. 29 fg., Sintenis II S. 526 fg., Bangerow III §. 625.

<sup>1</sup> L. 26 §. 4—6 D. h. t. Römer Leistung an Erfüllungsort S. 134 fg.

Brod der Erfüllung einer obligatorischen, oder irgend einer anderen Verbindlichkeit geleistet worden ist<sup>2</sup>.

2. Die Verbindlichkeit muß nicht bestanden haben<sup>3</sup>. Es ist gleichgültig, ob sie an und für sich nicht bestanden hat<sup>4</sup>, oder ob sie durch Einrede unwirksam war<sup>5</sup>. Dagegen ist das Rückforderungsrecht ausgeschlossen, wenn die Verbindlichkeit auch nur als natürliche bestanden hat<sup>6</sup>; wenigstens ist dieß nur ausnahmsweise nicht wahr<sup>7</sup>. Ausgeschlossen ist das Rückforderungsrecht ferner dann, wenn die künftige Existenz der Verbindlichkeit sicher war<sup>8</sup>. — Dem Fall, wo die Verbindlichkeit gar nicht bestanden hat, steht der Fall gleich, wo sie nicht in der Weise bestanden hat, wie angenommen wurde, etwa für einen anderen Gläubiger<sup>9</sup>,

<sup>2</sup> B. B. einer erbrechtlichen, l. 36 D. fam. herc. 10. 2, l. 4 C. de iur. et facti ign. 1. 18; einer dinglichen, §. 1. 7 pr. D. usufr. quomadm. 7. 9, l. 3 §. 10 D. si cui plus 35. 3 (vgl. Arnolds §. 341 Num. 2 a. E. und §. 421 Note 11). Vgl. auch Seuff. Arch. XVIII. 224 (wo richtig von einer „irrig vorausgesetzten Erbenqualität“ die Rede ist, aber die Entscheidung irrig auf die Annahme eines wesentlichen Irrthums über Eigenschaften des Mitcontrahenten gegründet wird).

<sup>3</sup> L. 54 D. h. t.

<sup>4</sup> L. 28 init. D. h. t., l. 5 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1; l. 57 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 7 D. de her. vel act. vend. 18. 4; l. 37 D. h. t., l. 16 pr. D. de contr. emt. 18. 1; l. 2 §. 1 D. h. t.; l. 25 D. h. t. (vgl. l. 19 §. 4 l. 20. 21 eod.).

<sup>5</sup> L. 26 §. 3. 7 l. 30 l. 32 §. 1 l. 43 D. h. t. — Kein Rückforderungsrecht, wenn der Schuldner geleistet hat, ohne von dem benef. competentias Gebrauch zu machen (§. 268 Note 7. 11). Ebenso wenig, wenn der Bürge geleistet hat, ohne von dem benef. divisionis oder exsussionis Gebrauch zu machen (§. 479 Note 2 a. E., §. 478 Note 1).

<sup>6</sup> L. 64 D. h. t. „Si, quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans et aliqua tenent actione, tamen repetere non potest, quia naturale agnovit debitum. Ut enim libertas naturali iure continetur, et dominatio ex gentium iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in conditione naturaliter intelligenda est“.

<sup>7</sup> In den in §. 289 Nr. 1. 2. 6 bezeichneten Fällen.

<sup>8</sup> Im Fall der befristeten Verbindlichkeit, l. 10 l. 17 l. 56 D. h. t. Vgl. l. 3. 96 Note 3—5. Doch kann der Schuldner hier das Interusurium zurückfordern. Vgl. Erlieben S. 94—100. U. R. Pergelbt in dem oben §. 274 Note 1 cit. Aufsatz S. 396—397, bes. Note 32. S. auch Savigny IV S. 38. k. — Nicht ausgeschlossen ist das Rückforderungsrecht bei der bedingten Verbindlichkeit, es müßte denn die Erfüllung der Bedingung sicher sein, l. 16. 18. 48. 56 D. h. t.

<sup>9</sup> L. 65 §. 9 D. h. t. „Indebitum est non tantum quod omnino non

oder für einen anderen Schuldner<sup>10</sup>, oder mit einem anderen Leistungsinhalt<sup>11</sup>, — nur daß natürlich, wenn bloß zuviel geleistet worden ist, auch nur das Zuviel zurückgefordert werden kann<sup>12</sup>.

3. Das Bestehen der Verbindlichkeit muß irrthümlicher Weise angenommen worden sein<sup>13</sup>. Und zwar muß der Irrthum, in

debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur...“ L. 64 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1. Seuff. Arch. IV. 332.

<sup>10</sup> Die l. 65 §. 9 cit. fährt fort: — „aut si id, quod alius debebat, alius, quasi ipso debeat, solvat“. L. 19 §. 1 eod., l. 38 §. 2 D. de solut. 46. 3, l. 31 pr. D. de H. P. 5. 3. Ueber l. 5 C. eod. 3. 31 und l. 49 D. de neg. gest. 3. 5 f. Wangerow II S. 416 n. III S. 521, Brande Commentar über den Titel de her. pot. S. 322 fg., und die daselbst Citirten. Nicht in Widerspruch steht l. 44 D. h. t. (§. 424 Note 7).

<sup>11</sup> L. 19 §. 3 l. 32 §. 3 D. h. t. Ueber l. 19 D. de leg. II<sup>o</sup> 31 f. Wangerow II S. 621 Nr. 2.

<sup>12</sup> L. 3 D. de cond. a. e. 12. 7, l. 30 l. 31 l. 32 pr. l. 26 §. 4—6 D. h. t., l. 10 C. h. t., l. 19 §. 6 D. loc. 19. 2, l. 10 §. 1 D. de compens. 16. 2. Hierher gehört auch der Fall, wo nicht geleistet zu werden brauchte, ohne daß der Empfänger seinerseits etwas leistete (§. 421 Note 12), oder eine Last übernehme, eine dingliche (§. 421 Note 10), oder eine obligatorische (§. 421 Note 11). Ausnahmsweise ist aber ein Rückforderungsrecht nicht begründet, wenn Jemand auf eine fremde Sache, welche er irrthümlicher Weise für die seinige hielt, Verwendungen gemacht, und die Sache herausgegeben hat, ohne sich diese Verwendungen ersetzen zu lassen (Stellen in §. 422 Note 7). In l. 51 D. h. t. heißt es sogar allgemein: „Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea, si solverimus, repetere non possumus“. Diese Stelle (von Pomponius) scheint eine ältere Auffassung zu repräsentiren, von welcher die erwähnte Ausnahme ein Ueberbleibsel ist. S. auch l. 21 D. ad SC. Treb. 36. 1 und vgl. über das Ganze Erlieben S. 100 fg.

<sup>13</sup> L. 1 §. 1 D. h. t. „Et quidem, si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio“. L. 24 l. 26 §. 2. 3 D. h. t., l. 9 pr. C. h. t., und häufig sonst. S. Voigt §. 67. Wer weiß, daß die Verbindlichkeit, welche er erfüllen zu wollen erklärt, nicht besteht, darf nicht behaupten, daß die wirkliche Absicht seiner Leistung die Erfüllung dieser Verbindlichkeit gewesen sei. Tritt nun eine andere Absicht nicht hervor, so wird man zu sagen haben, daß er habe schenken wollen. Daßer l. 53 D. de R. I. 50. 17: „Quis per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est“. So auch l. 47 D. de op. lib. 38. 1, l. 7 §. 2 D. pro emt. 41. 4, l. 12 D. de nor. 46. 2. Aber die Schenkungsabsicht ist in einem solchen Falle keineswegs nothwendig. S. namentlich l. 50 D. de sol. 46. 3. „Si, quam aurum tibi promississem, ignoranti quasi aurum a me solverim, non liberabor; sed nec repetam hoc quasi indebitum solutum, quod

welchem sich der Leistende befunden hat, ein entschuldbarer gewesen sein, so daß also bei Rechtsirrtum ein Rückforderungsrecht nicht begründet ist, wenn nicht ausnahmsweise die Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums nachgewiesen wird<sup>14</sup>. Dem Irrthum steht Zweifel

*sciens fecit*<sup>15</sup>. Wenn ferner der bösgläubige Erbschaftsbefitzer Erbschaftsschulden bezahlt, so kann er nicht zurückerfordern (l. 31 pr. D. de H. P. 5. 3), und doch hat er gewiß nicht schenten wollen. Vgl. Windscheid Voraussetz. S. 203, Boigt S. 578 fg.

<sup>14</sup> Vgl. I §. 79 Note 7. — Es wird in den Quellen in einer Reihe von Stellen mit der größten Bestimmtheit, und als unbestreitbares Axiom, ausgesprochen, daß bei Rechtsirrtum die *condictio indebiti* nicht Statt finde. L. 10 l. 6 C. de iur. et facti ign. 1. 18, l. 9 §. 5 D. sod. 22. 6, l. 6. 7 C. h. t., l. 9 C. ad leg. Falc. 6. 60. Andererseits wird die *condictio* auf Grund eines Rechtsirrtums zugelassen in l. 1 pr. D. ut in poss. leg. 36. 4. Aber wenn man auch nicht annehmen will, daß diese Stelle einen ausnahmsweise entschuldbaren Rechtsirrtum voraussetze, welche Annahme allerdings in ihren Worten keine Unterstützung findet: so kann sie doch als ganz vereinzelte gegenüber jenen zahlreichen und in präciser Fassung stehenden Stellen den eigentlichen und wirklichen Gedanken der Justinianischen Compilation nicht fraglich machen. Noch weniger sind dazu im Stande Stellen, in denen die *condictio indebiti* auf Grund eines Irrthums gewährt wird, welcher nach der Sachlage als Rechtsirrtum nothwendig oder doch mit Wahrscheinlichkeit zu denken ist, wie z. B. l. 88 l. 64 D. l. 5 C. h. t.; denn da diese Stellen nicht die Absicht haben, sich über die zur *condictio indebiti* erforderliche Qualität des Irrthums zu äußern, so ist es von ihnen unzweifelhaft, daß sie voraussetzen, der Irrthum sei in dem gegebenen Fall ein entschuldbarer. In l. 25 pr. l. f. D. de prob. 22. 8 wird verlangt: „iusta ignorantias causa“. — Die hier vorgetragene Ansicht darf als die heutzutage herrschende angesehen werden; sie wird vertheilt namentlich von Savigny III S. 447 fg., Erleben S. 70 fg., Witte S. 98 fg., Boigt S. 636, Unterholzner II S. 36. 37, Sintenis II §. 109 Anm. 54, Wangerow III §. 625 Nr. II, Puchta §. 309. 1, Arndts §. 341 Anm. 6. Andere stellen die Entscheidung nicht auf den Gegensatz zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthum, sondern auf den Gegensatz zwischen Rechtsirrtum und factischem Irrthum als solchen, und lassen bei jenem die *condictio indebiti* unbedingt zu, oder schließen sie unbedingt aus. S. die Literaturangaben bei Wangerow a. a. D., Holzschuher III §. 266 Nr. 6. — Auch in der Praxis macht sich die hier vertretene Ansicht immer mehr geltend, und ist theilweise selbst von solchen obersten Gerichtshöfen angenommen worden, welche früher noch der entgegengesetzten entschieden haben. Dahin gehören die O. A. Gerichte zu Lübeck (Seuff. Arch. XIII. 254, vgl. IV. 55, VII. 53), Dresden (II. 187, vgl. VI. 206 Nr. 2, freilich auch Nr. 1), Jena (V. 291, vgl. VI. 207, VII. 322). Daß Entschuldbarkeit des Irrthums erforderlich sei, erkennt ferner an das OAG zu

gleich; nur positives Wissen von der Nichtbegründetheit der Verbindlichkeit schließt das Rückforderungsrecht aus<sup>15</sup>. — Weiß der Empfänger, daß die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung ihm geleistet wird, nicht besteht, so macht er sich durch das Nehmen einer Entwendung schuldig, und haftet nach den Grundsätzen des §. 425<sup>16</sup>.

#### 4. Ausnahmsweise fällt das Rückforderungsrecht weg bei den

Wiesbaden (XV. 195. I). Rechtsirrtum weist zurück das OAG zu Moskau (VII. 52); nur bei den Personen der l. 26 §. 1 D. de probat. läßt ihn zu das OAG zu Cassel (VIII. 140. 141). So steht das OAG zu Stuttgart ganz vereinzelt da, welches noch im Jahre 1853 ausgesprochen hat, daß es auf Entschuldbarkeit des Irrthums, wenigstens des thatsächlichen, nicht ankomme. — Uebrigens darf das Erforderniß der Entschuldbarkeit des Irrthums nicht, wie namentlich Savigny thut, darauf gegründet werden, daß hier der Irrthum der Grund des Rückforderungsrechtes sei. Das ist er gewiß nicht; der Irrthum hat hier überhaupt keine positive Bedeutung; er hat nur die negative Bedeutung, daß bei seiner Abwesenheit die erklärte Selbstbeschränkung des Willens sich als nicht wirklich gewollt herausstellt. Deswegen müßte man, wenn die Frage nur aus der Natur der Sache zu entscheiden wäre, umgekehrt jeden Irrthum, auch den unentschuldbaren, zulassen. Das römische Recht scheint sich zu der entgegengesetzten Entscheidung durch die Rücksicht auf den Gläubiger, welcher auf das Behaltenkönnen des Geleisteten gerechnet hat, haben bestimmen zu lassen. Vielleicht ist die oben genannte l. 1 pr. D. ut in poss. leg. der Ausdruck derjenigen Auffassung, welche hier als der Natur der Sache entsprechend bezeichnet ist. Dahin habe ich mich schon früher ausgesprochen (Voraussetzung S. 206. 207), und der gleichen Ansicht ist auch der neueste Schriftsteller, welcher sich über unsere Frage erklärt hat, v. Caespine Novation und Delegation S. 284 fg., aber mit einer Unterscheidung (in Betreff der historischen Entwicklung) zwischen *solutio* und *promissum* einerseits, und *indebito promissum* und *indebiti promissum* andererseits, welche ich für willkürlich halte.

<sup>15</sup> Nach der Entscheidung Justinian's in l. 11 C. h. t. Vgl. l. 2 pr. D. h. t. und Arndts §. 341 Note 7. Seuff. Arch. IV. 123, VII. 54, XIII. 255.

<sup>16</sup> L. 18 D. de cond. furt. 13. 1, l. 43 pr. l. 80 §. 6 f. f. D. de furt. 47. 2. Vorausgesetzt wird jedoch Besitzwerb auf Seiten des Empfängers. L. 43 §. 2 D. de furt. 47. 2. „Si is, qui indebitum accipiebat, delogaverit solvendum, non erit furti actio, cum eo absente solutum sit; caeterum si praesente, alia causa est, et furtum facit“. Ueber und gegen die Meinung Francke's (Beiträge Nr. 4), daß Entwendung nur dann vorliege, wenn der Empfänger sich fälschlicherweise für die Person des wirklichen Gläubigers ausgegeben habe, s. Wangerow §. 625 Nr. III und die daselbst Citirten.

Ansprüchen, bei welchen das Leugnen eine Steigerung auf das Doppelte zur Folge hat (§. 263. 2. a)<sup>17</sup>.

5. Was den Beweis angeht, so muß der Rückfordernde im Bestreitungsfall beweisen: a) die Leistung; b) die Leistung zum Zweck der Erfüllung der Verbindlichkeit<sup>18</sup>; c) das Nichtbestehen dieser Verbindlichkeit<sup>19</sup>. Von diesem letzteren Sage gibt es jedoch

<sup>17</sup> L. 4 C. h. t., §. 7 I. de obl. quae quasi ex contr. §. 27, l. 2 C. de compens. 4. §1. Vgl. l. 23 §. 4 D. h. t. Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIV S. 290. 467. 469. — Gewöhnlich fügt man hinzu, daß das Rückforderungsrecht auch bei dem Urtheilsanspruch wegfalle. Allerdings wird in den Quellen der Satz, daß „qui ex causa iudicati solvit, repetere non potest“, mehrfach vorgetragen, l. 74 §. 2 D. de iud. §. 1, l. 36 D. fam. her. 10. 2, l. 29 §. 5 D. mand. 17. 1, l. 1 C. h. t. Von der anderen Seite steht es aber fest, daß, wenn nach der Leistung Aufhebung des Urtheils auf dem Wege der Appellation erlangt worden ist, das Geleistete allerdings zurückgefordert werden kann, l. 11 D. de appell. 49. 1, und das Gleiche muß für den Fall gelten, wo eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urtheil durchgeführt worden ist. Als wirklicher Sinn der oben genannten Stellen stellt sich daher heraus, daß es nicht erlaubt sein sollte, die Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urtheil auf dem Wege der *condictio indebiti* geltend zu machen; was sich auch vollkommen daraus erklärt, daß nach dem älteren Recht das Unterliegen in dieser Nichtigkeitsbeschwerde die *poena dupli* nach sich zog (Keller Civilproz. §. 82 Note 938). Im Justinianischen Recht ist diese *poena dupli*, und damit der Grund jener Vorschrift, weggefallen; dieselbe hängt daher in der Luft. Jedenfalls ist sie nur eine prozessualische, keine civilrechtliche Vorschrift. Deshalb ist es auch ungerechtfertigt, sie, wie Manche thun, auf den Fall zu übertragen, wo die Leistung auf Grund der irrigen Annahme erfolgt ist, es sei ein Urtheil gefällt worden, welches überhaupt nicht gefällt worden ist. Vgl. über die verschiedenen Auffassungen Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIV S. 322 fg., Witte S. 95 fg., und die daselbst Citirten. — Ueber den Satz: „*poenas non solent repeti, quum deponsoo sunt*“ (l. 42 D. h. t., ebenso l. 46 D. de R. I. 50. 17) vgl. einerseits l. 23 §. 4 D. h. t., andererseits l. 3 §. 14 D. de tab. exh. 48. 6 (mit der nämlichen Inscription wie l. 42 est.), l. 35 D. h. t., l. 1 §. 2 D. de lege Julia ambitus 48. 14, und die verschiedenen Meinungen bei Säck XLII S. 105 fg., welchem bestimmen Vangerow S. 407; Unterholzner I §. 247. d, II §. 322. g, Puchta §. 309. f, ferner bei Franke Arch. f. civ. Pr. XXII S. 358 und bei Brinz S. 415.

<sup>18</sup> Wenn der Empfänger behauptet, das Geleistete sei ihm z. B. geschenkt worden, so leugnet er, daß ihm zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet worden sei; die positive Ausstellung, daß ihm geschenkt worden sei, fügt er überflüssiger Weise hinzu.

<sup>19</sup> Nach der positiven Bestimmung der l. 25 D. de prob. 22. 3. Die

Ausnahmen. Der Rückfordernde ist von dem Beweise des Nichtbestehens der vorausgesetzten Verbindlichkeit frei: a) wenn er eine Person ist, zu welcher man sich wohl versehen kann, daß sie

Ermüdung aus der Natur der Sache führt zu dem gleichen Resultat, und das wird auch allgemein anerkannt. Dagegen wird lebhaft über die Gründe gestritten, durch welche sich der bezeichnete Satz aus der Natur der Sache rechtfertige. Auf der einen Seite wird behauptet (Erleben II S. 499 fg., Schlesinger Formalcontracte S. 31. 32, Witte Bereicherungsklagen S. 160 fg., nam. S. 172. 173, krit. VSchr. VI S. 376—379; dieser Satz sei eine unmittelbare Consequenz aus dem Begriff der Voraussetzung; auf der anderen wird gelehrt (Windscheid Voraussetz. S. 189 fg., krit. VSchr. I S. 122 fg., Bähr Anerkennung S. 64 fg., Jahrb. f. Dogm. II S. 306 fg.), daß nach dem Recht der Voraussetzung an und für sich der Empfänger der Beweis der Erfüllung der Voraussetzung treffe, und daß dieß bei der *condictio indebiti* nur deswegen anders sei, weil der Leistende durch die Leistung selbst die Erfüllung der Voraussetzung anerkannt habe. Für die letztere Ansicht, welche hier festgehalten wird (vgl. darüber das Nähere §. 429 Note 1), entsteht die fernere Frage, wie der Begriff der Anerkennung näher zu bestimmen sei. Nach meiner Meinung ist dieselbe nicht zu fassen, als Meinungsäußerung, sondern als Willenserklärung, näher als Willensklärung, für das Anerkannte keinen weiteren Beweis fordern zu wollen, also in derselben Weise, wie das römische Recht die (formlose) Quittung und das ausdrückliche Schuldbekenntniß auffaßt (§. 284<sup>a</sup> Note 7). Mit dem letzteren steht sie in der That ganz auf der gleichen Linie, und unterscheidet sich von demselben nur dadurch, daß sie eben nicht ausdrücklich, sondern durch die auf die Bereicherung des Andern gerichtete Willenserklärung abgegeben worden ist, und daher auch nicht weiter reicht, als diese Willenserklärung (die Schuld ist bloß für das durch diese Willenserklärung begründete Rechtsverhältniß anerkannt). Ob für diese Auffassung Bähr als Gewährsmann aufgeführt werden kann, ist, obgleich dieser Schriftsteller der Erste ist, welcher für die *condictio indebiti* den Begriff der Anerkennung in eingehender Weise (vgl. Puchta II. Schriften S. 610) verwerthet hat, sehr zweifelhaft. Zwar in seiner Schrift über die Anerkennung (S. 64 fg.) scheint er die in der Leistung liegende Anerkennung als einen Willensact wirklich zu fassen, welcher von dem Willensact der Leistung selbst verschieden ist; wenigstens haben auf Grund dieser Annahme Arnolds (krit. Ueberschau IV S. 224 fg.) und Witte (Bereicherungsklagen S. 178, krit. VSchr. VI S. 389 fg.) gegen ihn polemisiert, und der letztere weist ihm geradezu vor, daß er durch seine neuesten Äußerungen seine frühere Ansicht einfach aufgegeben habe. Diese neuesten Äußerungen (Jahrb. f. Dogm. II S. 311 fg.) gehen aber dahin, daß er unter Anerkennung die Bethätigung der Ansicht von dem Bestande einer Schuld durch eine dieser Schuld entsprechende Vermögenszuwendung verstehe (S. 314), woneben freilich (S. 317) in dieser Vermögenszuwendung „ein (wenn auch nur negatives) Wollen, den Bestand der Schuld nicht weiter

zahlen werde, ohne schuldig zu sein; *B*) wenn der Empfänger arglistigerweise den Empfang abgeleugnet hat, und dessen überführt worden ist<sup>20</sup>. Unter allen Umständen aber, auch in diesen Ausnahmefällen<sup>21</sup>, muß der Kläger das Nichtbestehen der Verbindlichkeit beweisen, wenn sich die Behauptung des Nichtbestehens der Verbindlichkeit in eine positive Behauptung auflöst<sup>22</sup>. Besondere Grundsätze sobann gelten für den Fall, wo die Leistung in einem Schuldversprechen besteht. Hier ist zu unterscheiden, ob in dem Schuldversprechen der Grund der vorausgesetzten Verbindlichkeit ausgedrückt ist, oder nicht; in dem ersten Fall muß der Versprechende das Nichtbestehen der Verbindlichkeit, in dem zweiten Fall der Gläubiger das Bestehen derselben beweisen<sup>23</sup>. — Der Beweis des Nichtbestehens der vorausgesetzten Verbindlichkeit wird durch den Beweis der (factischen oder juristischen) Nichteristenz derjenigen Thatfachen erbracht, auf Grund deren das Bestehen der Verbindlichkeit angenommen worden ist<sup>23a</sup>. Dabei ist der Richter regelmäßig auch in der Lage, zu entscheiden, ob es dem Kläger erlaubt war, sich in Betreff dieser Thatfachen in einem

in Frage zu ziehen“, gefunden wird. — Unvollkommen auch Windscheid krit. Beschr. I S. 123 unt.; unrichtig ders. Voraussetz. S. 191 fg.

<sup>20</sup> L. 25 pr. §. 1 D. de prob. 22. 3. Benjes Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV. 7; Wangerow §. 625 Anm. 2, Sinteris §. 109 Anm. 57. L. 25 §. 1 cit. „Sic autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus, vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles, vel agricultor et forensium rerum expert, vel alias simplicitate gaudens et desidias deditus: tunc eum, qui accepit pecunias, ostendens, hanc eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas.“ Scuff. Arch. I. 158, VIII. 140. 141.

<sup>21</sup> Auch in dem zweiten? Die Frage wird verneint von Benjes a. a. D. S. 207; bejaht von Römer die Beweislast hinsichtlich des Irrthums S. 62 fg., wo auch weitere Literatur angeführt ist.

<sup>22</sup> L. 25 §. 2 cit. Hier werden drei Fälle aufgezählt: a) der Kläger behauptet, er sei weniger, als er gezahlt habe, also so und so viel schuldig; b) er beruft sich auf Tilgung der Schuld, oder c) auf eine Einrede.

<sup>23</sup> L. 25 §. 4 cit. Ist eine genaue Angabe des Grundes der vorausgesetzten Schuld erforderlich, oder genügt eine allgemeine Bezeichnung? S. darüber §. 284<sup>a</sup> Note 9, wo auch weitere Literatur über diese, jedenfalls interpolirte, Stelle angegeben ist. — Findet auch in diesem Falle die oben bei a) angegebene Bestimmung Statt? Verneint bei Scuffert Archiv XVIII. 264.

<sup>23a</sup> Scuff. Arch. VII. 55.

Irrthum zu befinden<sup>24</sup>; hängt die Entschuldigbarkeit des Irrthums noch von einer weiteren, nicht feststehenden Thatfache ab, so muß der Kläger auch diese beweisen<sup>25</sup>. Dagegen braucht der Kläger den Beweis des Irrthums selbst nicht zu führen<sup>26, 27</sup>.

b. Bereicherung aus einer Leistung, welche unter einer auf die Zukunft gestellten Voraussetzung gemacht worden ist\*.

### §. 427.

Die auf die Zukunft gestellte Voraussetzung kann zum Gegenstand ein Handeln des Empfängers haben; und dieß ist ein besonders wichtiger Fall, von dem sogleich noch näher gehandelt

<sup>24</sup> In diesem Sinne heißt es im pr. der l. 25 cit.: — „cum, qui dicit, indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per . . . aliquam iustam ignorantiam causam indebitum ab eo solutum.“ Vgl. Scuff. Arch. VII. 322, VIII. 142, XV. 195. I.

<sup>25</sup> Der Kläger beruft sich z. B. darauf, daß der Rechtsirrtum, in welchem er sich befunden habe, ausnahmsweise gerechtfertigt gewesen sei.

<sup>26</sup> D. h. er braucht nicht zu beweisen, daß sein Wille wirklich darauf gerichtet gewesen sei, eine Verbindlichkeit zu erfüllen. Daß sein Wille hierauf gerichtet sei, hat er erklärt, und er kann verlangen, daß bei seiner Erklärung, welche der Gegner als solche hingenommen hat, stehen geblieben werde, bis der Gegner die Unrichtigkeit derselben nachgewiesen hat. Scuff. Arch. VII. 56, X. 56, XIII. 255, XV. 195. II. 2. 3, XVII. 248. A. W. Schlesinger Formalcontracte S. 204, welcher vom Kläger dafür, daß er in der That keinen anderen Willen gehabt habe, „einigen Nachweis“ verlangt. A. W. ferner Röber Abhandlungen über pract. Fragen des Civilrechts Nr. 2, Römer die Beweislast hinsichtlich des Irrthums S. 55 fg., Zimmermann Arch. f. Civ. Pr. XLVIII. 4. S. auch Witte S. 180. 162, Sinteris §. 109 Note 57 und Holzschuher III §. 266 Nr. 11 I. Hälfte. Man wird wohl thun, sich in Betreff dieser Frage eine Unterscheidung recht scharf zum Bewußtsein zu bringen, deren Beachtung geeignet ist, viel unnötigen Streit abzuschneiden: der Zurückfordernde braucht nicht das behauptete Irren zu beweisen; aber er muß den Richter davon überzeugen, daß das von ihm behauptete Irren entschuldigbar war (Note 24. 25), und indem er dieß thut, macht er freilich auch die Thatfache des Irrthums selbst glaublich.

<sup>27</sup> Die hier aus der Natur der Sache entwickelten Grundsätze — als nicht die positiven Vorschriften der l. 25 D. de prob. — müssen in jedem anderen Falle zur Anwendung kommen, wo zurückgefordert wird wegen Ermangelung einer auf die Gegenwart oder Vergangenheit gestellten Voraussetzung; d. h. der Kläger muß die Ermangelung der Voraussetzung beweisen, nicht aber auch, daß er irrthümlicher Weise ihr Erfüllsein angenommen habe.

werden wird (§. 428); aber es ist nicht der einzig mögliche<sup>1</sup>. Folgende andere in den Quellen erwähnte Fälle gehören hierher.

Leistung unter der Voraussetzung, daß für den Leistenden künftig eine Verbindlichkeit werde begründet werden<sup>2</sup>.

Leistung unter der Voraussetzung, daß<sup>3</sup> durch die Leistung eine Verbindlichkeit des Leistenden werde getilgt werden, entweder sofort<sup>4</sup>, oder unter Mitwirkung eines später eintretenden Ereignisses<sup>5</sup>.

§. 427. \* Dig. 12. 4 de conditione causa data causa non secuta. Cod. 4. 6 de conditione ob causam datorum. — O. G. Wächter doctrina de conditione causa data causa non secuta in contractibus innominatis (1822). Erleben (§. 421) 2. Abtheilung. Voigt (§. 421) §. 76. 78. 79. Unterholzner II S. 40 fg., Sutenis II S. 581 fg., Vangerow III S. 626.

<sup>1</sup> Früher war die durchaus herrschende Auffassung, die *conditio e. d. e. n. s.* zu denken als Klage auf Rückforderung des um einer Gegenleistung willen geleisteten, und sie daher in die Lehre von den s. g. *Innominatcontracten* zu stellen. Die erste Schrift, in welcher sich eine bewußte Unterscheidung der *Innominatcontracte* und der übrigen Fälle der Leistung ob *causam futuram* findet, ist die von Wächter Erleben S. 32. — Ueber die verschiedenen Ansichten, welche in Betreff des Grundes der *conditio e. d. e. n. s.* aufgestellt worden sind, s. §. 423 Note 13, und siehe hinzu Erleben S. 30 fg.

<sup>2</sup> J. B. Vorausbezahlung des Mietgelbes; hinterher wird dem Vermieter die Gemüßung des Gebrauchs ohne seine Schuld unmöglich. L. 9 §. 4 l. 19 §. 6 l. 80 §. 1 l. 38 D. loc. 19. 2. Ferner gehört hierher der Fall der Ausstellung eines Empfangsbekanntnisses in Erwartung eines Darlehns. L. 7 C. de non num. pec. 4. 30, l. 3 C. de post. 2. 6, l. 4 C. de cond. ex lege 4. 9. Vgl. §. 372, aber auch Voigt §. 48 a. E. S. ferner l. 23 pr. D. de cond. ind. 12. 6. Vielleicht ist hierher auch l. 15 D. h. t. zu stellen. Erleben S. 186; vgl. Voigt S. 701.

<sup>3</sup> Vgl. zum Folgenden Erleben §. 11.

<sup>4</sup> Beispiele: ein Schuldner leistet einen zur Erfüllung untauglichen Gegenstand, l. 38 §. 3 D. de sol. 46. 3. Ein Schuldner leistet einem Andern, als dem wahren Gläubiger, in der falschen Meinung, die Leistung an denselben sei dem Willen des Gläubigers gemäß; er hat ein Rückforderungsrecht, wenn nicht durch die nachträgliche Genehmigung des Gläubigers der Leistung dennoch die Erfüllung ihres Zwecks verschafft wird. L. 14 D. h. t., l. 58 pr. §. 1 D. de sol. 46. 3, l. 80 §. 7 D. de furt. 47. 2, l. 8 C. de cond. ind. 4. 5 (in den beiden letzten Stellen wird das Geleistete ungenau als *indebitum* bezeichnet), l. 22 pr. D. eod. 12. 6. Weiß der Empfänger, daß er nicht für den Gläubiger annehmen darf, so macht er sich einer Anwendung (*furtum*) schuldig, und haftet nach den Grundfügen derselben (§. 425). L. 14 D. h. t., l. 80

Leistung unter der Voraussetzung, daß durch die Leistung für den Leistenden ein Forderungsrecht werde begründet werden, entweder sofort<sup>6</sup>, oder unter Mitwirkung eines später eintretenden Ereignisses<sup>7</sup>.

Leistung unter der Voraussetzung eines sonstigen Rechts-

§. 5—7 D. de furt. 47. 2, l. 44 D. eod., l. 18 l. 38 §. 1 D. de sol. 46. 3, l. 3 §. 12 D. de don. i. v. o. n. 24. 1 (vgl. I §. 172 Note 16). (In l. 18 D. de sol. 46. 3 und l. 80 §. 6 D. de furt. 47. 2 wird hervorgehoben, daß der *furtus procurator* eben auch nur dann ein *furtum* begebe, wenn er die Absicht habe, das Empfangene zu unterschlagen, vgl. l. 8 C. de cond. ind. 4. 5; in l. 43 §. 1 D. de furt. 47. 2 aber wird eine Meinung referirt, nach welcher der *procurator* auch in diesem Fall ein *furtum* bloß unter der Voraussetzung begehen soll, daß ihm in der Absicht, nicht ihn, sondern den Gläubiger zum Eigenthümer zu machen, gegeben worden sei.)

<sup>5</sup> Beispiele: ein Schuldner leistet einem Andern, als dem Gläubiger, in der Erwartung, daß der Gläubiger diese Leistung genehmigen werde, l. 14 D. h. t., l. 14 pr. l. 58 pr. D. de solut. 46. 3, l. 16 pr. l. 22 pr. §. 1 l. 25 §. 1 D. ratam rem 46. 8, l. 41 §. 11 D. de leg. 11<sup>o</sup> 32. Vgl. auch l. 34 §. 6 D. de sol. 46. 3. Ferner gehört hierher folgender Fall: der Schuldner in einer alternativen Obligation leistet einen Theil des einen der beiden geschuldeten Gegenstände; dadurch wird der Schuldner nicht theilweise befreit; dagegen ist er ganz befreit, wenn er hinterher den anderen Theil dazu leistet; thut er dieß nicht, sondern leistet er den anderen Gegenstand, so kann er den geleisteten Theil zurückfordern. Ebenso bei theilweiser Leistung auf Grund einer generischen Obligation. L. 26 §. 13. 14 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 34 pr. D. de solut. 46. 3. Vgl. §. 255 Note 7. — In l. 26 §. 13 cit. heißt es übrigens: — „si autem Stichum praestitisset (das andere Ganze), *quisque eum posse condicere quasi indebita*; ebenso l. 34. pr. cit. Es scheint also hier der Gesichtspunkt angelegt zu werden, daß, nachdem die Obligation sich durch die vollständige Leistung auf einen der mehreren möglichen Gegenstände concentrirt habe (§. 255 Note 7), der andere aus der Obligation ganz ausgeschlossen sei, und sich demgemäß als ein unverschuldetes herausstelle. Hiernach müßte also das Rückforderungsrecht als ein Rückforderungsrecht ob *causam finitam* gefaßt werden. Von der andern Seite kann man aber doch nicht sagen, daß der geleistete Theil *debito* geleistet worden sei, eben weil nur ein Theil geleistet worden ist, und sonach ist das eigentliche Verhältniß beim doch das, daß geleistet worden ist in der Erwartung, es werde durch ein künftiges Ereigniß sich die gemachte Leistung als zur Befreiung dienend ausweisen. Eine Ungenauigkeit des Ausdrucks, wie die bezeichnete, findet sich auch sonst in unserer Lehre, s. Note 4. 10.

<sup>6</sup> L. 32 D. de R. C. 12. 1 (welche Stelle I §. 98 Note 1 Zeile 13 v. ob. an die Stelle der daselbst citirten l. 9 §. 4—7 eod. zu setzen ist).

<sup>7</sup> L. 46 pr. D. de I. D. 23. 3.



erwerbes. Ein besonders wichtiger Fall, welcher hierher gehört<sup>8</sup>, ist der der Leistung, um der Bedingung einer letztwilligen Zuwendung zu genügen<sup>9</sup>; die Voraussetzung ist hier, daß die Zuwendung werde erworben werden<sup>10</sup>, und gerade durch die Leistung werde erworben werden<sup>11</sup>.

Vestellung einer Dos vor Abschluß der Ehe; die Voraussetzung ist hier, daß eine Ehe zu Stande kommen werde<sup>12</sup>.

Schenkung unter Brautleuten. Auch sie gilt als gemacht unter der Voraussetzung, daß eine Ehe zu Stande kommen werde. Jedoch hat derjenige, durch dessen Schuld die Ehe nicht zu Stande kommt, kein Rückforderungsrecht, und wenn der Abschluß der Ehe durch den Tod einer Partei gehindert wird, ist das Rückforderungsrecht des Bräutigams kein unbedingtes<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Ein anderer hierzu gehöriger Fall ist der, wo die Collation vor Eintritt der Erbschaft gemacht wird. L. 13 D. h. t., l. 3 §. 5 D. de coll. bon. 37. 6. Die Voraussetzung darf hier nicht etwa als auf die künftige Entstehung einer Verbindlichkeit gestellt gedacht werden; denn eine Verbindlichkeit zur Collation entsteht für den Erben auch durch den Eintritt der Erbschaft nicht; sondern das Verhältnis ist das, daß, wenn er nicht conferirt, er die Erbschaftsrechte nicht geltend machen kann. L. 3 pr. l. 1 §. 10. 13 D. de coll. bon. 37. 6. Fein Collation §. 293 fg.

<sup>9</sup> *Conditionis implendae gratia, conditioni parandi gratia.* Erleben §. 12.

<sup>10</sup> Aus welchem Grunde sie nicht erworben wird, ist für den Ausfall der Voraussetzung gleichgültig. Es kann sein, daß die Verfügung des Erblassers ungültig oder wieder aufgehoben ist, oder nie bestanden hat (l. 53 l. 65 §. 3 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 D. h. t., l. 26 D. de inoff. 5. 2); es kann sein, daß der Leistende erwerbunfähig ist, oder daß er später anderen Sinnes wird und die letztwillige Zuwendung ausschlägt (l. 1 §. 1 D. h. t., l. 65 §. 3 D. de cond. ind. 12. 6). Unter die Fälle, wo die Verfügung des Erblassers ungültig ist, gehört auch der, wo der Bedachte das ihm Angewandte bereits hat, l. 67 pr. D. de cond. ind. 12. 6. (Wenn es hier heißt: „*an pecuniam . . . ut in deditam datam repetere . . . possit*“<sup>2</sup>, so ist das, wie in den in Note 4 und 5 genannten Stellen, lediglich ein ungenauer Ausdruck).

<sup>11</sup> Daher steht ein Rückforderungsrecht zu, wenn sich herausstellt, daß die Bedingung gar nicht aufgelegt, oder hinterher wieder erlassen war. L. 3 §. 6. 7 D. h. t. S. auch l. 34 D. de cond. ind. 12. 6, dazu aber auch l. 44 §. 5 D. de cond. 35. 1.

<sup>12</sup> L. 7 §. 3 — l. 9 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 59 §. 2 l. 74 D. eod., l. 6—9 pr. l. 10 D. h. t., l. 5 D. de cond. e. o. 12. 7, l. 10 D. de spons. 23. 1, l. 17 §. 1 D. de reb. auct. ind. 42. 5, l. 7 C. de interd. matrim. 5. 6. Erleben §. 8.

<sup>13</sup> Es geht „*osculo interveniente*“ nur auf die Hälfte. Ueber Weibes

Schenkung auf Todesfall. Ihre Voraussetzung<sup>14</sup> ist, daß der Schenker den Beschenkten, oder, wenn sie mit Rücksicht auf eine vorhandene oder bevorstehende Lebensgefahr gemacht wird, daß er diese nicht überlebe<sup>15</sup>.

### §. 428.

Wenn die Voraussetzung der Leistung durch eine von dem Empfänger vorzunehmende Handlung gebildet wird (§. 427), so kann sie näher gerichtet sein: 1) darauf, daß der Empfänger das Empfangene in gewisser Weise verwende<sup>1</sup>, oder sich in Beziehung auf dasselbe in gewisser Weise verhalte<sup>2</sup>; oder 2) darauf, daß er seinerseits eine Leistung mache. In diesem letzteren Falle ist wieder entweder möglich, daß die von ihm zu beschaffende Leistung sich als Auflage auf eine Schenkung darstellt<sup>3</sup>, oder daß sie im Sinne des Vertrages Äquivalent für das ihm Geleistete ist<sup>4</sup>. In allen diesen Fällen aber hat der Leistende außer dem Rückforderungsrecht wegen Ausbleibens der vorausgesetzten Handlung auch ein Forderungsrecht auf Vollziehung dieser Handlung aus dem

l. 1. 15. 16 C. de don. ante nupt. 5. 3; über das Ältere Recht l. 2. 10. 11 C. eod., l. 1 §. 1 D. de don. 39. 5, Vat. fr. §. 262. Windscheid §. 29. 109, Erleben §. 152—157; über das „*osculum*“ s. noch Gluck XXIV §. 296 fg., Spangenberg Arch. f. civ. Pr. XII. 14, Kluge Zeitschr. f. gesch. RW. VI §. 72. Vgl. Senff. Arch. IV. 233, XVII. 59.

<sup>14</sup> Sie kann aber auch unter einer aufschiebenden Bedingung gemacht werden. S. §. 369 Note 2.

<sup>15</sup> L. 12 D. h. t., l. 35 §. 3 D. de m. c. don. 39. 6, l. 19 pr. D. de R. C. 12. 1. — Schenkung unter der Voraussetzung des früheren Ablebens einer dritten Person: l. 18 l. 11 D. de m. e. don. 39. 6, l. 3 C. eod. 8. 57. Erleben §. 9, Voigt §. 724—731.

<sup>1</sup> L. 11 D. h. t., l. 53 D. de cond. ind. 12. 6, l. 5 §. 9 l. 9 pr. D. de §. 428. I. D. 23, 3, l. 2 §. 7 D. de don. 39. 5.

<sup>2</sup> Z. B. das Empfangene nicht veräußere (l. 3 C. h. t.), oder nach gewisser Zeit weiter gebe (l. 49 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 C. de don. quae sub modo 8. 55). Vgl. auch Senff. Arch. V. 7.

<sup>3</sup> L. 3 D. de don. 39. 5, l. 8 C. h. t., l. 2 C. eod., l. 1 C. de don. quae sub modo 8. 55. Vgl. Senff. Arch. XVI. 103.

<sup>4</sup> Beispiele aus den Quellen: es wird etwas gegeben, damit ein Sklave freigelassen werde, l. 1 pr. l. 3 §. 2. 3. 5 D. h. t., l. 5 §. 2 l. 7 D. de praeser. verb. 19. 5, l. 19 pr. D. de R. C. 12. 1, l. 6. 9 C. h. t.; damit ein Sklave nicht freigelassen werde, l. 3 §. 1 D. h. t.; ut filius emancipetur, l. 1 pr.

Windscheid, Pandekten. II. Bd. II. Abth.

abgeschlossenen Vertrag<sup>5</sup>, ohne daß das letztere Recht das erstere ausschliesse<sup>6</sup>. Nur in dem Falle ist das Rückforderungsrecht allerdings ausgeschlossen, wo die Leistung aufgefakt werden muß als erfolgt auf Grund eines vorgängigen gegenseitigen Vertrags<sup>7</sup>. Und ferner ist im Falle einer Vermögenszuwendung mit der Auflage einer Herausgabe an einen Dritten das Rückforderungsrecht ausgeschlossen durch das diesem Dritten auf die Herausgabe erworbene Forderungsrecht<sup>8</sup>. —

Das Rückforderungsrecht wegen Ausbleibens der vorausgesetzten Handlung findet nicht Statt, wenn den Geber bei dem Geschäfte der Vorwurf des Unerlaubten trifft<sup>9</sup>. Die Frage, inwiefern es auch dann nicht Statt findet, wenn die vorausgesetzte

D. h. t.; ut procurator sit, l. 5 C. h. t., vgl. l. 11 C. h. t.; ut Capuum eas, l. 5 pr. D. h. t.; ut a litis discodatur, ne ad iudicem iretur, l. 1 pr. l. 3 pr. D. h. t.; ut tabulam pingas, l. 5 §. 2 D. de praeser. verb. 19. 5; Geben einer Sache, damit eine andere gegeben werde (Tausch), l. 5 §. 1 D. de praeser. verb. 19. 5, l. 1 §. ult. D. de rer. perm. 19. 4, l. 5. 7 C. eod. 4. 64; Erlaß gegen Stellung eines andern Schuldners, l. 4 D. h. t., l. 8 §. 8 D. ad SC. Vell. 16. 1. 8. noch l. 16 D. l. 4 C. h. t., l. 65 §. 4 D. de cond. ind. 12. 6.

<sup>5</sup> Wer etwas nimmt, was ihm unter der erkennbar hervortretenden Voraussetzung einer seinerseits vorzunehmenden Handlung gegeben wird, verpflichtet im Rechten die Vornahme dieser Handlung; er bringt durch das Rechten einen (unbenannten) Realvertrag zu Stande, und begründet gegen sich nach römischem Recht eine actio praescriptis verbis (§. 312 Note 4). L. 5 §. 1. 2 l. 7 l. 9 l. 26 D. de praeser. verb. 19. 5, l. 4. 5 C. de rer. perm. 4. 64; l. 9. 22 C. de don. 8. 64, l. 28 D. eod. 39. 5, l. 8 C. de rer. perm. 4. 64, l. 3 C. de contr. emt. 4. 38.

<sup>6</sup> S. l. §. 99 Note 1.

<sup>7</sup> In diesem Falle ist die Voraussetzung der Leistung nicht die Vornahme der Gegenleistung, sondern die durch den gegenseitigen Vertrag übernommene Verpflichtung. Es müßte denn der gegenseitige Vertrag ungültig sein, und in Kenntnis seiner Ungültigkeit geleistet worden sein, Windscheid S. 164. Vgl. Senff. Arch. II. 58. Aus diesem Grunde war bei den Römern die *condictio e. d. e. n. s.* nur bei denjenigen gegenseitigen Verträgen ausgeschlossen, welche von der Form entbunden waren. S. die in Note 4 genannten Stellen, und vgl. §. 321 Nr. 2; hinzuzufügen: Brinz Pand. S. 410. 443, Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 6 fg. N. a. D. auch von dem nach römischem Recht bei den unbenannten Realverträgen zustehenden freien Rücktrittsrecht.

<sup>8</sup> S. l. 3 C. de don. quas sub modo 8. 55 und §. 316 Note 5. 15—16.

<sup>9</sup> L. 4 §. 3 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5.

Handlung dem Empfänger unmöglich ist oder wird, ist bereits I §. 100 Abs. 2 beantwortet worden<sup>10</sup>.

Auf der andern Seite findet ein Rückforderungsrecht trotz des Nichtausbleibens der vorausgesetzten Handlung Statt, wenn der Vorwurf des Unerlaubten den Empfänger trifft<sup>11</sup>. Geht das abgeschlossene Geschäft in keiner Weise zum Interesse des Empfängers, ist dieser vielmehr nur als Werkzeug zu einer im Interesse des Gebers liegenden Verwendung oder Weitergabe des Gegebenen benützt worden, so hat der Geber ein Rückforderungsrecht zwar nicht, wenn die vorausgesetzte Handlung vorgenommen worden ist, wohl aber, ehe sie vorgenommen worden ist<sup>12</sup>.

### §. 429.

Was den Beweis angeht, so muß auch hier (§. 426 Note 5) der Rückfordernde beweisen: a) die Leistung; b) die behauptete Voraussetzung. Dagegen braucht er c) nicht zu beweisen die Nichterfüllung der Voraussetzung; der Empfänger muß, wenn er behalten will, seinerseits die Erfüllung der Voraussetzung darthun<sup>1</sup>.

<sup>10</sup> Vgl. auch Holzschuber III §. 265 Nr. 1.

<sup>11</sup> S. §. 428 Note 5 — Trifft der Vorwurf den Geber und den Empfänger zu gleicher Zeit, so bleibt es zwar dabei, daß der Geber nicht zurückfordern kann; dagegen kann auch der Empfänger auf Grund des ihm eingeräumten Rechts keinen Anspruch gegen den Geber erheben. L. 3 (vgl. l. 2 §. 2) l. 4 pr. §. 1 l. 8 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 2. 5 C. eod. 4. 7, l. 5 pr. D. de cond. s. e. 12. 7, l. 3 §. 3 l. 5 §. 1 D. de calumn. 3. 6, l. 134 pr. D. de V. O. 45. 1. Voigt S. 567—570 und §. 73. Zu l. 5 D. de cond. s. e. 12. 7 f. noch Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 91 fg. Senff. Arch. I. 195, II. 19, IV. 231, VIII. 25. 119, XIII. 257, XVIII. 225.

<sup>12</sup> L. 5 §. 1. 2 D. h. t., l. 27 §. 1 D. mand. 17. 1. Vgl. l. 11 §. 8 D. de don. i. v. e. u. 24. 1.

<sup>1</sup> So: Pfister zu Geber Beweisführung S. 237, Windscheid Ver. §. 430. aufsehung S. 189 fg. u. krit. VJSchr. I S. 122 fg., Vahr Anerkennung S. 64 fg. (welchem zustimmt Arnolds krit. Ueberschau IV S. 223 unten), Geber Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast S. 125 fg., Maxen über Beweislast, Einreden und Exceptionen S. 254 fg., Wegell Civilproz. §. 15 Note 17. Entgegengesetzter Meinung sind: Bethmann-Hollweg Verträge S. 341, Erleben S. 499 fg., Witte Bereicherungsfragen S. 169 fg. u. krit. VJSchr. VI S. 376—379, Schlesinger Formalcontracte S. 209 fg. Man bemerke über diese schwierige Frage Folgendes.

## B. Freiwillige Besorgung fremder Angelegenheiten\*.

## §. 430.

Die Thatsache, daß Jemand in fremden Angelegenheiten thätig wird, erzeugt Verpflichtungen für ihn, wie für denjenigen,

1) So lange die Erfüllung oder Nichterfüllung der Voraussetzung noch unentschieden ist, ist ein Rückforderungsrecht nicht begründet, und wenn daher der Beklagte sich darauf beruft, daß die Unentschiedenheit noch fortbauere, während der Kläger behauptet, die Entscheidung sei bereits eingetreten, so muß der Kläger ohne allen Zweifel den Beweis führen. 2) Sind die Parteien darüber einverstanden, daß die Entscheidung eingetreten ist, und divergiren ihre Behauptungen nur in Betreff der Richtung, nach welcher sie eingetreten sei, so hängt, wenn man zunächst auf innere Gründe sieht, die Verteilung der Beweislast davon ab, wie man das Verhältnis der Voraussetzung zur Willenserklärung, welcher sie hinzugefügt ist, auffaßt. Sagt man, die Voraussetzung bilde dieser Willenserklärung gegenüber eine zweite für sich bestehende Willenserklärung, durch welche für einen gewissen Fall die Pflicht zur Zurückgabe begründet werde (nach Art der aufstehenden Bedingung), so muß der Kläger das Eintreten dieses Falls beweisen; sagt man, sie sei ein der Willenserklärung inhärentes Moment, durch welche der definitive Bestand der gewollten Vermögensanwendung von einer gewissen Gestaltung der Zukunft abhängig gemacht werde (nach Art der aufstehenden Bedingung), so muß der Beklagte beweisen, daß diese Gestaltung eingetreten sei. Ich bleibe dabei stehen, daß die letztere Auffassung dem Wesen der Voraussetzung entsprechender ist, als die erstere. In ähnlicher Weise rechtfertigen Gerber und Maxen die Beweislast des Beklagten (im Einzelnen noch unter sich abweichend), obgleich sie die causa nicht als Voraussetzung, sondern, in der Weise Voigt's, als objectiven Rechtfertigungsgrund fassen. Witte beruft sich gegen mich darauf, daß „der Wille als solcher Rechtsgrund sein könne, die Leistung also nicht erst durch den Eintritt des zukünftigen Ereignisses eine causa erhalten“ (V. Schr. S. 375). Aber es handelt sich hier ja nicht von dem Willen als solchem, sondern von dem an eine Voraussetzung gebundenen Willen. Witte hat causa als Bestimmungsgrund (§. 318 Nr. 2) und causa als Voraussetzung (§. 318 Nr. 3) verwechselt. 3) Was die Quellenäusserungen angeht, so dürften der hier verteidigten Ansicht keine Schwierigkeit solche Stellen machen, welche, wie z. B. l. 19 pr. D. de R. C. 12. 1 und l. 58 pr. D. de solut. 46. 3, sagen, daß erst causa non secuta ein Forderungsrecht entsteht. Diese Stellen wollen nichts, als hervorheben, daß bei Dauer der Ungewißheit ein Forderungsrecht noch nicht bestehe. In l. 1 pr. D. h. t. heißt es denn auch umgekehrt: „causa secuta repetitio cessat“; vgl. auch l. 3 §. 3 eod. Dagegen will ich eine Stelle nicht verschweigen, auf welche ich erst später aufmerksam geworden bin, und

in dessen Angelegenheiten er thätig wird, auch ohne daß ein Auftrag oder ein sonstiges Verpflichtungsverhältnis zwischen ihm

welche allerdings nicht unbedenklich ist. l. 26 D. de m. e. don. 39. 6. „Si, qui invicem sibi mortis causa donaverunt, pariter decesserunt, neutrius heres repetat, quia neuter alteri supervixit“. Daß in dieser Stelle nicht von Solchen die Rede ist, deren gleichzeitiger Tod feststeht, sondern von Solchen, die in einer gemeinschaftlichen Gefahr umgekommen sind (l. §. 53 a. G.), darf mit Fug nicht bestritten werden (vgl. l. 9 §. 2. 3. 4 D. de rob. dab. 34. 5, l. 13 pr. eod., l. 32 §. 14 D. de don. l. v. e. u. 24. 1, l. 34 D. ad 80. Trob. 36. 1). Dann aber besteht, so weit ich sehe, mit dieser Stelle die hier vertretene Auffassung nur dann, wenn man als die Auffassung des römischen Rechts annimmt, daß Personen, welche in einer gemeinschaftlichen Gefahr umgekommen sind, als gleichzeitig gestorben rechtlich zu gelten haben, wosern nicht der frühere Tod der einen bewiesen werden kann. 4) Das Recht der *quærela non numeratæ pecuniæ* in dieser Streitfrage verwirren zu wollen, halte ich bei der Eigenthümlichkeit, und zum Theil Dunkelheit dieses Rechts, für äußerst bedenklich. 5) Unter allen Umständen muß m. E. dem Beklagten die Beweislast dann auferlegt werden, wenn gegen ihn ein Forderungsrecht auf Erfüllung der Voraussetzung begründet ist. Wenn das römische Recht auf Grund der *actio præscriptis verbis* dem Empfänger die Befugniß zugesprochen hat, bei schuldloser Unmöglichkeit der Erfüllung das Empfangene zu behalten (l. §. 100 Note 6), so wäre es wenig in seinem Sinne gehandelt, wenn man nicht auch die Beweislast bei der *condictio e. d. a. n. s.* nach dem Recht der *actio præscriptis verbis* regeln wollte. So auch (jedoch mit Ausschluß der *donatio sub modo*) Bethmann-Hollweg Versuch S. 342. 6) Wenn Erglehen und Witte geleisteten Forderungsrechten gegenüber eine verschiedene Behandlung wolle eintreten lassen, je nachdem dieselben wegen mangelnder Voraussetzung zurückgefordert werden (wo nach der Regel der Kläger beweisen soll), oder die Ermangelung der Voraussetzung durch Einrede geltend gemacht wird (in welchem Falle den Empfänger die Beweislast treffen soll), so halte ich diese Unterscheidung für nicht gerechtfertigt. Dabwiber auch Schlesinger a. a. O. S. 213.

\* Dig. 3. 5 Cod. 2. 19 de negotiis gestis. — Kriß Pandektenrecht I. §. 430. S. 348—428 (1835). Rämmerer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII. 3. 4. 8 (1835). Wächter Beiträge zur Lehre von der *Negotiorum Gestio*, Arch. f. Civ. Pr. XX. 11 (1837). Chambeau die *Negotiorum Gestio* (1843). Ruffrat Beiträge zur Lehre von der *Negotiorum Gestio*, Arch. f. Civ. Pr. XXXII. 7, XXXIII. 2. 9, XXXIV. 3 (1849. 1850. 1851). Dankwardt die *Negotiorum Gestio* (1855). Brinkmann Verhältnis der *actio communi dividendo* und der *actio negotiorum gestorum* zu einander (1855). Leis civilistische Studien II S. 103—164 (1855). Köllner die Grundzüge der *Obligatio Negotiorum Gestorum* (1856). Ruffrat über *negotiorum gestio* (1858). Witte die Bereicherungsklagen des römischen Rechts S. 6—40 (1859). Arons Beiträge zur Lehre von der *negotiorum gestio*. Erste Abtheilung (1860). Jacobi Jahrb. f.

und dem Geschäftsherrn vorhanden ist<sup>1</sup>. Der Inhalt dieser Verpflichtungen<sup>2</sup> steht unter freiem richterlichen Ermessen<sup>3</sup>; die Hauptpunkte sind folgende.

1. Der Geschäftsführer ist verpflichtet<sup>4</sup>: a) bei seiner Geschäftsführung die Sorgfalt eines guten Hausvaters aufzuwenden<sup>5</sup>. In Ausnahmefällen haftet der Geschäftsführer nur

Dogm. IV §. 216 fg. 298 fg. (1861). Müll. V §. 318—385; Unterholzner II §. 600—611, Sintonis II §. 114, Wangerow III §. 664—667.

<sup>1</sup> Ein sonstiges Verpflichtungsverhältnis: Vormundschaft oder Amt, wovon unter O und D (§. 483 fg.) die Rede sein wird. — Die technische Bezeichnung des römischen Rechts für die nicht auf Grund eines Verpflichtungsverhältnisses eintretende Thätigkeit in fremden Angelegenheiten ist: *negotia aliena gerere, negotiorum gestio*. Derjenige, für welchen der *negotiorum gestor* thätig wird, heißt der *dominus negotiorum*. — Man hat sich vielfach bemüht, den Begriff der „fremden Angelegenheiten“, das „*negotium alienum*“ näher zu bestimmen, vorzugsweise im Interesse der Lösung der im folgenden §. behandelten Fragen. Die Dogmengeschichte dieser Bestrebungen gibt die bei \* citirte Schrift von Karous. Dieser letztere Schriftsteller stellt (§. 196) folgende Formel auf: *in negotium alienum seu alienigenam handlung, „welche den Inhalt hat, einem fremden Vermögen ein Object der Berechtigung resp. Verpflichtung hinzuzufügen, oder ein darin bereits befindliches zu entfernen oder zu modificiren, oder aber eine dieser Thatfachen zu verhindern“*. Ich zweifelte, ob diese oder eine ähnliche Formel dem Richter für die Entscheidung des einzelnen Falles Hilfe gewähren wird. — Mit der zuvor gemachten Bemerkung soll übrigens der Schrift von Karous nicht zu nahe getreten sein, welche vielmehr durch den gewissenhaften Fleiß der Arbeit und die umsichtige Beherrschung des Stoffes die besten Erwartungen von der zweiten Abtheilung erregt, in welcher der Verf. seine eigene Ansicht näher zu entwickeln verspricht.

<sup>2</sup> Dieselben sind nach römischem Sprachgebrauch Verpflichtungen *quasi ex contractu*, pr. §. 1 I. de obl. quas quasi ex contr. §. 27, l. 5 pr. D. de O. et A. 44. 7. Vgl. Note 17 gegen das Ende.

<sup>3</sup> Die *actiones negotiorum gestorum* sind *bonae fidei actiones*, §. 28 I. de act. 4. 6, l. 5 pr. D. de O. et A. 44. 7, l. 6 §. 4 l. 7. 18 D. h. t.

<sup>4</sup> *Actio negotiorum gestorum directa*, §. 1 I. cit.

<sup>5</sup> L. 11 D. l. 17 C. h. t., l. 24 C. de usur. 4. 32, §. 1 I. de obl. quas quasi ex contr. §. 27, l. 23 D. de R. l. 50. 17. — Darf man sagen, daß der Geschäftsführer gegen den Nachtheil, welchen er durch seine Schuld dem Geschäftsherrn zugefügt hat, den durch die Führung eines andern Geschäfts erzielten Nutzen aufrechnen dürfe? Der Zweifelsgrund liegt in l. 11 D. h. t. Man bemerkt aber zu dieser Stelle. a) Sie spricht zwar von verschiedenen Geschäften, aber von solchen, die unter sich eine Einheit bilden. b) In der Stelle ist eine Aufsicht vertreten, welche von der spätern Jurisprudenz verworfen worden ist. Dieß wird bewiesen durch l. 23 §. 1 D. pro soc. 17. 2. —

wegen Arglist und der derselben gleichstehenden groben Nachlässigkeit<sup>6</sup>; umgekehrt kann es auch vorkommen, daß er selbst für Zufall haftet<sup>7</sup>. Gegen die Pflicht zur Sorgfalt kann sich der Geschäftsführer auch dadurch verfehlen, daß er seine Thätigkeit nicht weit genug ausdehnt<sup>8</sup>. — Der Geschäftsführer ist b) verpflichtet, dem Geschäftsherrn Alles herauszugeben, was er auf Grund seiner Thätigkeit in Händen hat<sup>9</sup>, — dasjenige jedoch,

Beweielaß: Hiermit Entscheidungen des OAG. zu Akced. l. §. 263, vgl. §. 410 Note 4 a. E., §. 439 Note 7.

<sup>6</sup> Dieß ist der Fall: a) wenn ohne die Dazwischenkunft des Geschäftsführers für den Geschäftsherrn Alles verloren gewesen wäre, l. 3 §. 9 D. h. t.; b) wenn der Geschäftsführer nur in Erfüllung der Pflicht, vom Erblasser begonnene Geschäfte nicht liegen zu lassen, thätig geworden ist, l. 17 C. h. t., vgl. l. 1 pr. D. de fidei. tut. 27. 7, l. 40 D. pro socio 17. 2. Ueber den Fall bei a) vgl. Hiermit Entscheidungen des OAG. zu Akced. l. §. 264.

<sup>7</sup> Dieß ist der Fall: a) wenn der Geschäftsführer die Haftung für den Zufall besonders übernommen hat, l. 22 C. h. t. (vgl. Chambon §. 106, Müll. V §. 365—367); b) wenn er gegen das Verbot des Geschäftsherrn, oder auch nur gegen die Art und Weise desselben thätig geworden ist, l. 11 D. h. t. In diesem letzteren Falle haftet er nicht bloß dann, wenn seine Handlung an und für sich schädlich ist, sondern auch, wenn sie nur dem Interesse gerade des Geschäftsherrn nicht entspricht. Vgl. Wächter §. 356 in Verbindung mit Note 26 auf S. 355.

<sup>8</sup> L. 6 §. 12 D. h. t. Im Besondern: a) der Geschäftsführer macht das in seinen Händen befindliche Vermögen nicht in gehöriger Weise fruchtbar, leihet namentlich Geld nicht auf Zinsen aus. Er ist jedoch dabei entschuldigt, wenn er die Art und Weise befolgt hat, in welcher der Geschäftsherr selbst mit seinem Vermögen umzugehen pflegte. L. 6 §. 12 l. 19 §. 4 l. 31 §. 3 l. 35 §. 3 l. 37 §. 1 l. 38 D. l. 20 C. h. t., l. 13 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 24 C. eod. Zu l. 38 cit. vgl. §. 260 Note 3. Scuff. Arch. V. 14. b) Der Geschäftsführer erfüllt Verbindlichkeiten, welche er gegen den Geschäftsherrn hat, nicht freiwillig („non a smot ipso exigit“), oder besriedigt nicht Ansprüche, welche ihm gegen den Geschäftsherrn zustehen. L. 6 §. 12 l. 8 pr. l. 35 pr. §. 3 l. 38 D. h. t.; l. 13 l. 35 §. 1. 2 D. h. t. c) L. 31 §. 2 D. h. t.

<sup>9</sup> — „*quidquid ex his negotiis retinens*“, l. 2 D. h. t. Bei einer umfassenderen Geschäftsführung, und namentlich bei der Verwaltung des ganzen Vermögens, kann von dem Geschäftsführer Rechnungslegung verlangt werden, l. 2 cit., §. 1 I. de obl. quas quasi ex contr. §. 27. — Der Geschäftsführer muß herausgeben, was er aus seiner Geschäftsführung („*ex his negotiis*“, l. 2 cit.), nicht, was er auf Grund seiner Geschäftsführung aus dem Vermögen des Geschäftsherrn in Händen hat. Z. B. er zieht eine vermeintliche Forderung des Geschäftsherrn ein, l. 23 D. h. t.; er erlangt in einem für den Geschäftsherrn geführten Proceß mehr, als dem Geschäftsherrn dem Rechte

was er auf Grund einer Rechts-handlung in Händen hat, welche eine Verfügung über das Vermögen des Geschäftsherrn enthält, nur dann, wenn der Geschäftsherr diese Rechts-handlung genehmigt, und sie damit als auch für sich verbindlich anerkennt<sup>10</sup>.

2. Der Geschäftsführer hat seinerseits gegen den Geschäftsherrn einen Anspruch auf Ersatz desjenigen, was er aus seinem Vermögen für den Geschäftsherrn aufgeopfert hat<sup>11</sup>, und zwar mit Zinsen<sup>12</sup>, — jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen.

a) Der Geschäftsführer muß die Aufopferung mit dem Willen gemacht haben, den Geschäftsherrn zum Ersatz zu verpflichten<sup>13</sup>, also namentlich nicht in Schenkungsabsicht<sup>14</sup>, oder zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit<sup>15</sup>. b) Die Aufopferung muß,

nach gebührt, l. 8 §. 1 D. h. t. Umgekehrt braucht er auch nicht herauszugeben, was er zwar aus dem Vermögen des Geschäftsherrn, aber nicht auf Grund seiner Geschäftstätigkeit in Händen hat, l. 19 §. 3 D. h. t.

<sup>10</sup> Eingeklagung von Forderungen: l. 8 pr. l. 9 l. 24 D. l. 9 C. h. t., l. 62 D. de eol. 46. 3; l. 6 §. 9. 10 D. h. t., l. 14 D. de cond. e. d. e. n. a. 12. 4, l. 80 §. 5 D. de furt. 47. 2. Verkauf: l. 9 D. l. 19 C. h. t., l. 3 C. de R. V. 8. 32, l. 20 C. fam. herc. 3. 36. Ankauf für Rechnung des Geschäftsherrn: Senff. Arch. XVII. 241. Ueber den Gegensatz zwischen l. 9 D. cit. und l. 60 D. de R. E. 50. 17 vgl. Bangerow §. 664 Anm. Nr. III.

<sup>11</sup> Actio negotiorum gestorum contraria, §. 1 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, l. 10 pr. D. h. t. Die actio negotiorum gestorum contraria kann möglicherweise in einem gegebenen Fall bei der Geschäftsführung nicht begründet sein. Aber nicht minder kann in einem gegebenen Fall auch die actio negotiorum gestorum directa wegfallen. Die Geschäftsführung kann möglicherweise nur darin bestehen, daß für einen Andern etwas aufgeopfert wird. — Die Aufopferung kann möglicherweise auch in dem bloßen Uebernehmen einer Verpflichtung bestehen, l. 2 D. h. t.

<sup>12</sup> L. 19 §. 4 D. l. 18 C. h. t., l. 37 D. de usur. 22. 1. Vgl. Senff. Arch. III. 50, VI. 35.

<sup>13</sup> — „receptandi animo“, l. 11 C. h. t.; — „quasi recepturus“, l. 13 C. h. t., l. 14 §. 7 D. de relig. 11. 7; — „ut repetiturus“, l. 15 C. h. t. Beweis: Senff. Arch. I. 57, II. 43, III. 52, VIII. 130, IX. 29, XI. 240. S. auch die in Note 15 citirten Erkenntnisse.

<sup>14</sup> „Donandi animo“, l. 12 C. l. 4 D. h. t. Vgl. l. 5 §. 3 l. 7 pr. §. 5 l. 10 §. 2. 10 l. 11 D. de in rem verso 15. 3 in Verbindung mit l. 3 §. 2 eod. (§. 483 Note 2).

<sup>15</sup> Mag die Verbindlichkeit eine juristische sein, oder nur eine natürliche. In den Quellen ist namentlich häufig von dem Fall die Rede, wo ein Familienglied eine Aufopferung für ein anderes Familienglied mit Rücksicht auf das zwischen ihnen bestehende nahe Verhältnis macht. Doch bleibt es freilich in diesem Fall

sowohl an und für sich, als in Betreff ihres Maßes<sup>16</sup>, im Interesse des Geschäftsherrn gelegen haben, so daß derselbe, wenn er die Verhältnisse gekannt hätte, sie auch selbst gemacht, oder doch gebilligt haben würde<sup>17</sup>. Deswegen steht dem Geschäfts-

dahin gestellt, ob nicht die Schenkungsabsicht überwiegt. L. 27 §. 1 l. 34 D. l. 1. 11. 13. 15 C. h. t., l. 14 §. 7—9. 13 D. de relig. 11. 7. Vgl. l. 5 C. h. t., l. 44 D. h. t. Busch in EbersThemis II. 21, v. Reperfeldt Lehre von den Schenkungen I S. 218 fg., Schäffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. VII. 1, Reinhard bei VIII S. 74 fg. Senff. Arch. I. 83. 348, II. 44, IV. 52, V. 15, VI. 36. 193, XI. 240, XII. 29. 164, XIV. 145, XVII. 49. 50. — Ist auf Grund einer irrig angenommenen Verbindlichkeit geleistet worden, so ist zwar ein Rückforderungsrecht begründet, aber nicht die actio negotiorum gestorum, sondern die conditio indebiti. Zu unterscheiden der Fall, wo der Irrthum sich nicht auf die Verpflichtung zur Aufopferung, sondern auf die Verpflichtung zur Besorgung der fremden Angelegenheiten bezieht (§. 431 Note 1)). — S. noch l. 60 §. 1 D. mand. 17. 1 (§. 431 Note 10).

<sup>16</sup> L. 25 l. 31 §. 4 D. h. t.

<sup>17</sup> Daß die Aufopferung im Interesse des Geschäftsherrn gelegen haben müsse, brücken die Quellen so aus: es müsse ein utiliter gestum vorliegen, l. 2 l. 10 §. 1 l. 12 §. 21. 45 pr. D. l. 2. 10. 11. 24 C. h. t. Die utilitas ist aber nicht nach objectiven Rücksichten zu bestimmen, sondern eben mit Rücksicht auf die besondere Lage des Geschäftsherrn. L. 3 §. 4 D. de in rem verso 15. 3; — „nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset“ (vgl. vorher: „quia nec procurator haec imputaret“, und §. 2 eod.). L. 43 D. h. t.; der Geschäftsführer trägt eine Schuld des Geschäftsherrn; er hat ein Rückforderungsrecht, „nisi si quid debitoris interfuit, eam pecuniam non solvi“. L. 10 §. 1 D. h. t.; — „non ... utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam, vel quas oneratura est patremfamilias, aggreditur“. Die Nothwendigkeit der Aufopferung wird auch in andern Stellen betont (l. 22 l. 31 §. 7 l. 46 D. h. t.), in dem Sinne, daß durch dieselbe aller Streit darüber, ob der Geschäftsherr die Aufopferung auch selbst gemacht haben würde, ausgeschlossen wird. Einzelnes: l. 23 D. l. 3. 12. 16 C. h. t.; l. 40 D. h. t.; l. 10 §. 1 D. l. 10 C. h. t.; l. 45 D. h. t.; l. 2 C. h. t.; l. 27 pr. D. h. t. Vgl. ferner l. 3 §. 3. 4. 7. 8. 10 l. 5 pr. §. 2 l. 7 §. 5 l. 9 l. 10 §. 1. 2 l. 19 D. de in rem verso 15. 3 (in Verbindung mit l. 3 §. 2 eod.); l. 38 D. de R. V. 6. 1, l. 13 §. 22 D. de A. F. V. 19. 1. Senff. Arch. IX. 209. 285. — Uebrigens herrscht über den Begriff des utiliter gestum keine Uebereinstimmung der Meinungen; j. die Ueberflchten bei Kuchkrat Arch. XXXII S. 175 fg., Köllner S. 71 fg. Bangerow S. 523. 524. Zwar hat es nie ganz verkannt werden können, daß bei der actio negotiorum gestorum contraria Rücksicht auf den präsumtiven Willen des Geschäftsherrn genommen werden müsse; aber während eine Reihe von Schriftstellern dieses subjective Moment (mehr oder minder) auch zum entscheidenden Princip erhebt

föhret um so eher ein Ersatzenspruch dann zu, wenn er sich auf den ausgesprochenen Willen des Geschäftsherrn berufen kann<sup>18</sup>, so wie umgekehrt jeder Ersatzenspruch wegfällt, wenn der Ge-

(Krtz, Chamhon, Kuftrat, Dankwardt, Brinkmann, Köllner, Witte, Jacobi), betonen andere mehr das objective (Wächter, Leist, Bangerow, Holzschuher III S. 679 Note \*\*), wobei sich denn freilich die Nothwendigkeit herausstellt, die bloße Nützlichkeit als Grund der *actio negotiorum gestorum contraria* nicht zuzulassen. — Diejenigen Schriftsteller, welche die Rücksicht auf den präsumtiven Willen des Geschäftsherrn in den Vordergrund stellen, freiten nun ferner wieder darüber, wie dieser Wille zur Construction des Rechtsverhältnisses zu verwerthen sei. Krtz faßt denselben als fingirtes Mandat auf, ebenso Dankwardt; Chamhon als fingirte Genehmigung (die Genehmigung Wanne, wenn sie nicht wirklich erfolgt, erzwingen werden); Witte als fingirtes Mandat „oder vielmehr . . . Ratihabition“. Kuftrat's Auffassung ist folgende: in der Uebereinstimmung des Willens des Geschäftsherrn und des Geschäftsführers sei das materielle Substrat eines Vertrags gegeben; das Band, welches diesen beiden Willen zur wirklichen vertragsmäßigen Vereinigung fehle, supplire das Recht durch eine Fiction. Ebenso Brinkmann. Meiner Ansicht nach sind alle diese Constructionen verfehlt, aber auch unnöthig. Die *actio negotiorum gestorum contraria* repräsentirt einen selbstständigen Rechtsfact, wie die *actio negotiorum gestorum directa*, und bedarf ebenso wenig, wie diese, der Zurückführung auf ein höheres Princip. So gut, wie das Recht von der einen Seite sagt: wer im Interesse eines Andern in dessen Angelegenheiten glaubt eingreifen zu müssen, soll es ordentlich thun, — sagt es andererseits: wenn er dabei eine Aufopferung mit dem Willen macht, daß ihm diese Aufopferung von dem Geschäftsherrn später solle ersetzt werden, so wird diesem Willen, obgleich derselbe nur ein einseitiger ist, dann Statt gegeben, wenn diese Aufopferung wirklich im Interesse des Geschäftsherrn lag. Vgl. I. 14 §. 1 D. comm. div. 10. 3: — „tantum retentionem habeo, quia nominem mihi obligare volui“; I. 29 pr. eod.: — „so animo gerit, ut aliquem sibi obliget“, I. 19 §. 2 D. h. t. In denjenigen Fällen, in welchen die *actio negotiorum gestorum contraria* auch bei Abwesenheit des animus obligandi gegeben wird (§. 431 Note 17. 18, vgl. Note G. 11), hat sie nicht ihre eigenthümliche Natur, sondern ist nur eine andere Form für die *condictio sine causa* (§. 424 Note 1 a. E.). — Dabei läßt sich die Frage nicht abweisen, ob nicht die *actio negotiorum gestorum contraria* überhaupt auf den Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuführen sei? Es ist zu sagen, daß das römische Recht dieß möglicherweise hätte thun können (§. 421 Note 13), aber ebenso gewiß nicht gethan hat. Vgl. in dieser Beziehung auch noch I. 29 pr. D. comm. div. 10. 3 (vv. *denique ea actione pupillum teneri dicimus*) in Verbindung mit den in Note 24 genannten Stellen.

<sup>18</sup> Mag der Wille vorher ausgesprochen worden sein (I. 31 pr. D. h. t., I. 5 pr. eod., vgl. I. 3 §. 4. 6 D. de in rem verso 15. 3), oder nachher (Genehmigung — I. 9 I. 10 pr. D. h. t.).

schäftsführer die Aufopferung gegen ein Verbot des Geschäftsherrn gemacht hat<sup>19</sup>; von welchem letzteren Satz jedoch eine Ausnahme in dem Fall gilt, wo Jemand für den Verpflichteten einen Leichnam bestattet hat<sup>20</sup>. Irrige Annahme, die Aufopferung liege im Interesse des Geschäftsherrn, hilft dem Geschäftsführer nicht, selbst dann nicht, wenn sein Irrthum entschuldbar war<sup>21</sup>. Lag dagegen die Aufopferung wirklich im Interesse des

<sup>19</sup> L. 24 C. h. t., I. 8 §. 3 I. 3 I. 31 §. 4 D. eod., I. 14 §. 13 D. de relig. 11. 7, I. 40 D. mand. 17. 1. Vgl. Kämmerer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 170 Note 7; Marezzoli Arch. f. Civ. Pr. VIII S. 265, Chamhon S. 80, Köllner S. 87.

<sup>20</sup> Für diesen Fall hatte der Prätor eine besondere *actio*, *actio funeraria*, aufgestellt, I. 12 pr. §. 2 vgl. I. 14 §. 13 D. de relig. 11. 7. Verpflichtet zur Leichenbestattung ist aber (nicht der nächste Verwandte, sondern) derjenige, welcher das Vermögen des Verstorbenen erhält, also der Erbe (I. 12 §. 4 I. 14 §. 1. 13 D. de relig. 11. 7), daneben auch derjenige, an welchen durch den Tod der Frau die Mitgift fällt (I. 16—20 I. 22—30 D. eod.); ist kein Vermögen vorhanden, der Vater, welcher den Verstorbenen in der Gewalt hatte (I. 21. 28 eod.), zuletzt der Ehegatte (I. 28 eod.). Ueber das, was zu den Leichenbestattungskosten gehört, s. Walther Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVII. 13. — Eine fernere Ausnahme macht für die Erfüllung fremder gesetzlicher Verpflichtungen, wenn ein öffentliches Interesse die Erfüllung derselben verlangt, mit Rücksicht auf I. un. §. 3 D. de via publ. 43. 10, das Erkenntniß bei Senff. Arch. III. 51 und XIV. 94, für die Erfüllung fremder gesetzlicher Verpflichtungen überhaupt das Erkenntniß XL 37. Vgl. Holzschuher III S. 685 Nr. 8.

<sup>21</sup> L. 10 §. 1 i. f. D. h. t. „Ego quaero, quid si putavit, so utiliter facere, sed patrifamilias non expediebat? Dico, hunc non habere negotiorum gestorum actionem“. Wächter Ann. 22 (S. 352), Ann. 15 a. E. (S. 846), Chamhon S. 71. 72, Kuftrat Arch. XXXII S. 193—195, Dankwardt S. 15, Leist S. 122, Köllner S. 84. In seiner Schrift über die *negotiorum gestorum* (S. 26. 32 fg.) will Kuftrat eine Ausnahme für den generellen *negotiorum gestor* machen; bei diesem komme es nur darauf an, ob der Geschäftsherr die Uebernahme der Verwaltung selbst genehmigt haben würde; siehe dieß fest, so sei der *negotiorum gestor* zu jeder an und für sich verständigen Verwaltungshandlung befugt. Ich halte diese Ausnahme nicht für gerechtfertigt; aber freilich kann nicht bloß der generelle, sondern ein jeder *negotiorum gestor*, sich den Ersatz auch für solche Auslagen, welche nicht im Sinne des Geschäftsherrn lagen, durch den Nachweis sichern, daß ohne seine Dazwischentritt Alles verloren gewesen sein würde. Kann der Geschäftsherr in einem solchen Fall wegen Verschuldung des Geschäftsführers einen Ersatz nicht fordern, welcher ihm gemäß der Regel gebühren würde (Note 6), so darf er sich auch nicht weigern, seinerseits einen Ersatz zu geben, auf welchen der

Geschäftsherrn, so hat der Geschäftsführer einen Ersatzanspruch auch dann, wenn der durch die Aufopferung erzielte Erfolg hinterher wieder weggefallen ist<sup>22</sup>. In den Fällen übrigens, in welchen die Aufopferung nicht im Interesse des Geschäftsherrn lag, muß derselbe dem Geschäftsführer wenigstens dasjenige herausgeben, was durch die Geschäftsführung wirklich in sein Vermögen gebracht worden ist, und sich noch gegenwärtig in demselben befindet<sup>23</sup>. Handlungsunfähige Geschäftsherrn haften überhaupt nur bis zum Belange der noch jetzt vorhandenen Versicherung<sup>24</sup>.

## §. 431.

Im Vorhergehenden ist der gewöhnliche Fall vorausgesetzt, daß der Geschäftsführer sowohl aus freiem Antriebe, als auch in der Absicht, dem Geschäftsherrn einen Dienst zu erweisen, thätig wird<sup>1</sup>. Es fragt sich, ob das eine und das andere Mo-

Geschäftsführer der Regel gemäß keinen Anspruch haben würde, — einen Ersatz, der immer noch nicht den Nutzen absorbiert, welchen der Geschäftsführer durch seine Thätigkeit ihm wirklich zugewendet hat.

<sup>22</sup> L. 10 §. 1 l. 12 §. 2 l. 22 D. h. t. Bgl. l. 3 §. 7. 8. 10 l. 17 pr. D. de in rem verso 15. 3.

<sup>23</sup> Aber man bemerke wohl: er braucht auch nur das in seinem Vermögen wirklich Bestehende herauszugeben, nicht aber statt desselben seinen Werth; sonst würde er durch die Geschäftsführung eines Andern zu einem Umtausch genöthigt werden können, der eben nicht in seinem Interesse liegt. Hat daher z. B. der Geschäftsführer eine Schuld des Geschäftsherrn getilgt, an deren Nichttilgung der Geschäftsherr Interesse hatte (l. 43 D. h. t., Note 17), so kann er nicht etwa unter dem Titel der Versicherung den Betrag der Schuld dennoch zurückfordern; sondern der Geschäftsherr thut ihm vollkommen genug, wenn er sich er bietet, seinem frühern Gläubiger gegenüber die Schuld wiederherzustellen, und falls der Geschäftsführer, was freilich sehr nahe liegt, dieses Gebieten nicht verwerten kann, so bekommt er eben gar nichts ersetzt. Sind durch die Aufopferungen des Geschäftsführers körperliche Anlagen bewirkt worden, so gestaltet sich sein Anspruch auf Herausgabe der Versicherung zum *ius tollendi* (l. §. 196 Note 11. 12), l. 3 §. 4 D. de in rem verso 15. 3. Bgl. Wächter S. 363—366, Feist S. 133—136, Ruppertat XXXIV S. 60 fg., Köllner S. 80 Nr. 5.

<sup>24</sup> L. 6 pr. l. 37 pr. D. l. 2 C. h. t. Mit dieser Maßgabe ist gewiß auch l. 3 §. 5 D. h. t. zu verstehen.

<sup>1</sup> Als Ausgangspunkt der *actiones negotiorum gestorum* wird in unseren Quellen der Fall der Abwesenheit behandelt, welche so plötzlich eingetreten ist,

ment nothwendig ist, damit die vorher bargestellten Grundsätze Platz greifen. Folgende Fälle kommen hier in Betracht.

1. Der Geschäftsführer nimmt irrigerweise an, er sei von dem Geschäftsherrn zur Besorgung seiner Angelegenheiten beauftragt worden, oder stehe in einem sonstigen Verpflichtungsverhältniß zu demselben. Dieser Irrthum hat weder auf seine Verbindlichkeiten, noch auf seine Ansprüche Einfluß<sup>2</sup>.

2. Der Geschäftsführer ist von einem Dritten beauftragt worden. In diesem Fall kommt es darauf an, ob der Geschäftsführer lediglich im Hinblick auf den erteilten Auftrag, oder zugleich im Hinblick auf den Geschäftsherrn thätig geworden ist<sup>3</sup>. Im letzten Fall gelten die gewöhnlichen Grundsätze von der Geschäftsführung<sup>4</sup>; im ersten Fall dagegen ist der Geschäftsführer lediglich dem Auftraggeber gegenüber berechtigt und verpflichtet<sup>5</sup>, und nur im Nothfall wird ihm ein Ersatzanspruch auch gegen denjenigen zugestanden, in dessen Angelegenheiten er thätig geworden ist<sup>6</sup>. Hierzu ist jedoch zu bemerken: a) daß der Geschäfts-

führer für seine Vertretung keine Sorge hat tragen können. L. 1 D. h. t., l. 5 pr. D. de O. et A. 44. 7, §. 1 l. de obl. quasi ex contr. 3. 27. Ein anderer Fall war im Edicte ausdrücklich vorgesehen, der Fall des Todes bei unangetretener Erbschaft, l. 3 pr. §. 6 D. h. t.

<sup>2</sup> L. 3 §. 10 l. 5 pr. l. 29 D. l. 6 C. h. t., l. 4. C. qui dare tut. 5. 34. Bgl. l. 19 §. 2 D. h. t. (ein freier Mensch wird thätig auf Befehl seines vermeintlichen Herrn: — „erit . . negotiorum gestorum actio, quia et gerendi negotii meli habuerit affectionem, et is fuerit, quem obligare possem“). Scuff. Arch. XII. 157.

<sup>3</sup> L. 3 §. 10. 11 D. h. t. L. 3 §. 11. cit. „Apud Marcellum libro II. Dig. quaeritur, ut, cum proposuissim, negotia Titii gerere, tu mihi mandaveris, ut geram, an, utraque actione uti possim? Et ego puto, utramque locum habere: quemadmodum ipse Marcellus scribit, si fideiussores accipero negotia gesturus; nam et hic dicit, adversus utrumque esse actionem“. Bgl. l. 6 §. 4 D. h. t.: — „si et tuum gessit sciens“.

<sup>4</sup> Von diesem Falle handeln außer der in der vorigen Note citirten l. 3 §. 11 D. h. t. l. 4 C. h. t. (*actio negotiorum gestorum directa*) und l. 14 eod. („*in vicem negotiorum gestorum competit actio*“). Bgl. Scuff. Arch. XV. 1.

<sup>5</sup> Von diesem Falle handeln l. 21 §. 3 l. 28 D. h. t., l. 22 §. 10 l. 53 D. mand. 17. 1, l. 14 §. 15 D. de relig. 11. 7 (Note 6). A. M. Thibaut civil. Abhandlungen Nr. 20. Zu l. 28 cit. vgl. §. 258 Note 19.

<sup>6</sup> Nach dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Versicherung. L. 14 §. 15 de relig. 11. 7. „*Qui mandatu alterius funeravit, non habet funerariam actionem . . . Quod si pupillus mandavit sine tutore auctore, utilem funerariam*



fürher dem Geschäftsherrn jedenfalls dann haftet, wenn er es übernommen hat, denselben etwas ihm von dem Auftraggeber Uebergebenes einzuhändigen<sup>7</sup>; b) daß, wenn der Auftrag unter der irrigen Voraussetzung gegeben und erteilt worden ist, der Auftraggeber sei der Geschäftsherr, statt der Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Auftrag, die Rechte und Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung zwischen dem Geschäftsführer und dem wirklichen Geschäftsherrn entstehen<sup>8</sup>.

3. Der Geschäftsführer wird im Interesse eines Dritten aus eigenem Antrieb thätig. Hält er dann diesen Dritten irrigerweise für den Geschäftsherrn, so entstehen die Rechte und Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung nicht zwischen ihm und dem vermeintlichen, sondern zwischen ihm und dem wirklichen Geschäftsherrn<sup>9</sup>. Weist er dagegen, daß der Dritte nicht der Geschäftsherr ist, so ist wieder zu unterscheiden, wie zuvor: hat der Geschäftsführer trotz des Hinblicks auf den Dritten zugleich die Absicht, Geschäftsführer desjenigen zu sein, dessen Geschäfte er besorgte, so treten zwischen ihm und diesem Letzteren die gewöhnlichen Grundsätze von der Geschäftsführung ein; handelt er dagegen lediglich im Hinblick auf den Dritten, so ist er auch nur diesem gegenüber berechtigt wie verpflichtet, und zwar wieder nach den Grundsätzen der Geschäftsführung<sup>10</sup>, und bloß im Nothfall ist ihm auch hier ein Anspruch gegen den wirklichen Geschäftsherrn zu gestatten<sup>11</sup>.

4. Der Geschäftsführer wird in eigenem Interesse thätig. Von diesem Falle ist im Allgemeinen zu sagen, daß auch dadurch

*dandam adversus heredem ei, qui impendit; lucrari enim heredem iniquum est*<sup>12</sup>. Dieser Grund schließt die Annahme aus, als handelte es sich hier um eine Eigenthümlichkeit der actio funeraria. Ueberdies findet sich die gleiche Entscheidung in l. 7 D. ad SC. Vell. 16. 1.

<sup>7</sup> L. 6 §. 2 D. h. t. „Si quis pecuniam vel aliam quandam rem ad me perforandam acceperit, quia meum negotium gessit, negotiorum gestororum mihi actio adversus eum competit“.

<sup>8</sup> L. 26 D. h. t.

<sup>9</sup> L. 5 §. 1 l. 6. 7. 8. 10. 11. l. 31 §. 1 l. 45 §. 2 D. h. t., l. 14 §. 1 D. comm. div. 10. 3.

<sup>10</sup> L. 6 pr. (vgl. l. 3 §. 4) l. 46 pr. D. h. t., l. 60 §. 1 D. mand. 17. 1.

<sup>11</sup> Arg. l. 14 §. 15 D. de relig. 11. 7 (Note 6), und f. auch l. 6 §. 6 D. h. t.

die Rechte und Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung nicht ausgeschlossen werden<sup>12</sup>. Jedoch gilt hier folgendes Besondere.

a. Wenn ein Theilhaber in Betreff des ihm mit einem Andern gemeinschaftlichen Gegenstandes thätig wird, so greifen nicht die Grundsätze von der Geschäftsführung, sondern die Grundsätze von der Gemeinschaft Platz; anders wenn er nicht in Betreff des gemeinschaftlichen Gegenstandes, sondern für seinen Antheil und zugleich für den Antheil des Genossen thätig wird<sup>13</sup>.

b. Der zum Zweck seiner Befriedigung in das Vermögen des Schuldners eingewiesene Gläubiger haftet nur für Arglist, und kann Ersatz für alle Aufopferungen verlangen, welche er ohne Arglist gemacht hat<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Beispiele aus den Quellen: Jemand zahlt den auf seinen Mitgefangenen fallenden Theil des Lösegeldes, weil er sonst selbst nicht frei werden kann, l. 21 pr. D. h. t.; Jemand zahlt den auf seinen Miterben fallenden Theil der Schuld, um selbst dem Pfandverkauf zu entgehen, l. 3 C. h. t.; Jemand bezahlt einen fremden Gläubiger aus, indem er sich das demselben haltende Pfand in der Hoffnung abtreten läßt, den Ueberschuß dieses Pfandes zur Tilgung einer ihm gegen den Schuldner sonst zustehenden Forderung verwenden zu können, l. 32 pr. D. h. t.; ein Correal- oder Solidarschuldner zahlt auf Grund seiner Verpflichtung eine materiell den Mitschuldner, allein oder in erster Linie, treffende Schuld, l. 30 D. h. t., l. 10 §. 10 D. de in rem verso, vgl. §. 294 Note 3, §. 298 Note 12, §. 299 Note 3. S. ferner l. 31 §. 7 D. h. t., l. 19 §. 2 D. comm. div. 10. 3. Vgl. auch §. 403 Note 14.

<sup>13</sup> Den im Texte bezeichneten Gegensatz brücken die Quellen in einer Weise aus, daß daraus zugleich eine Beantwortung der Frage hervorgeht, wann anzunehmen sei, daß der Theilhaber für den gemeinschaftlichen Gegenstand, und wann, daß er für die beiderseitigen Antheile thätig geworden sei. L. 6 §. 2 D. comm. div. 10. 3: — „non alias communi dividendo iudicio locus erit, . . . nisi id demum gessit, sine quo partem suam recto administrare non potuit, alioquin, si potuit, habet negotiorum gestororum actionem eaque tenetur“. S. ferner l. 6 §. 7 eod., l. 40 D. h. t., l. 18 §. 6 l. 25 §. 13—15 D. fam. here. 10. 2, l. 18 §. 1 l. 20 C. eod. 3. 36, l. 19 C. de neg. gest. 2. 19, l. 9 §. 4 D. de reb. auct. iud. 42. 5 (Note 14). Hierher gehört im Besonderen die bei \* citirte Schrift von Brindmann. Vgl. §. 449 Note 5. 10.

<sup>14</sup> Für diesen Fall hatte der Prätor in seinem Edict eine besondere actio aufgestellt (l. 9 pr. D. de reb. auct. iud. 42. 5): — „nam negotiorum gestororum agere non magis potest, quam si socius commune aedificium falsit, quia hic quoque creditor commune, non alienum negotium gessisse videtur“ (l. 9 §. 4

c. Wer fremdes Vermögen arglistigerweise als eigenes behandelt, haftet<sup>15</sup> für den nachtheiligen Erfolg seiner Handlungen auch dann, wenn er an demselben nicht Schuld ist<sup>16</sup>, und kann Ersatz für seine Aufopferungen nur insoweit verlangen, als der Eigentümer durch den Erfolg derselben noch jetzt bereichert ist<sup>17</sup>.

d. Wer fremdes Vermögen als eigenes behandelt, weil er es für sein eigenes hält, haftet dem Eigentümer und ist berechtigt gegen denselben nur nach dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung<sup>18</sup>.

eod.); aber: „omne, quod in actionem negotiorum gestorum veniet, si possit agi, restituendum a creditore“ (l. 14 §. 1 eod.). Ueber die im Texte bezeichneten Eigentümlichkeiten dieser actio in factum s. l. 9 §. 2. 4. 5 eod., und vgl. im Allgemeinen l. 9. 10. 11 eod.

<sup>15</sup> L. 6 §. 3 D. h. t. „Sed et si quis negotia mea gessit non mei contumplatione, sed sui lucri causa, Labes acripit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse; qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilominus, immo magis et in tenebitur negotiorum gestorum actione“. Vgl. Seuff. Arch. XIII. 156 (S. 218).

<sup>16</sup> L. 32 pr. D. h. t., l. 6 §. 2 D. comm. div. 10. 3.

<sup>17</sup> Die l. 6 §. 3 D. h. t. (Note 15) fährt fort: „Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet in me actionem“. Die improba negotiorum gestio soll hier offenbar einer besondern Behandlung unterworfen werden; deswegen darf nicht angenommen werden, daß die Bereicherung in die Ersparung einer Ausgabe gesetzt werde, welche auch der Eigentümer gemacht haben würde. Doch gibt die l. 5 C. de R. V. 3. 32 dem unredlichen Besitzer einer fremden Sache wegen der necessarii sumtus ein Retentionsrecht schlechthin.

<sup>18</sup> Die actio negotiorum gestorum ist in diesem Fall, wie in dem Falle der Note 17, nur eine andere Form für die *condictio sine causa* (§. 424 Note 1 a. C.). a. Verfassung. L. 49 D. h. t. „Si rem, quam servus venditas subripuisset a me venditor, emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses“. Nach dem Recht der negotiorum gestio würde der Eigentümer ein Recht auf Herausgabe des Kaufpreises auch vor Uebergang der Sache haben (§. 430 Note 9). In l. 23 D. de R. C. wird denn auch für den bezeichneten Fall geradezu eine *condictio* gegeben (§. 422 Note 4. b, vgl. §. 421 Note 17). b. Berechtigung. Die l. 49 D. cit. fährt fort: — „sicut ex contrario in me tibi daretur, si, cum hereditatem, quae ad me pertinet, tuam esse putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoquidem ea solutione liberarer“ (§. 426 Note 10). L. 14 §. 11 D. de relig. 11. 7. „Si quis, dum se heredem putat, patrumfamilias funeraverit, funeraria actione uti non poterit, quia non hoc animo

## C. Vormundschaft und Güterpflege<sup>1</sup>.

### 1. Vormundschaft über Minderjährige.

#### Einleitung.

#### §. 432.

Der Ausdruck Vormund<sup>1</sup> bezeichnet eine Person, welche zur Sorge für Jemanden, der selbst für sich zu sorgen nicht

facit, quasi alienum negotium gerens, et ita Trebatius et Proculus putat. Puto tamen et ei ex causa dandam funerariam“ (vgl. §. 15 eod., Note 6). L. 32 pr. eod., l. 50 §. 1 D. de H. P. 5. 3. Doch ist Streit darüber, wie weit man auf Grund dieser Stellen gehen dürfte. Eine Reihe von Schriftstellern will bei den speciellen in denselben genannten Fällen stehen bleiben; so, wenn auch im Einzelnen abweichend, Rämmerer in dem bei \* citirten Aufsatz, Chamouin S. 140 fg., Witte §. 4. 5, und theilweise auch Köllner S. 29 fg. 42 fg. 48 fg., welcher letztere Schriftsteller l. 49 cit. durch eine mehr als kühne Interpretation ganz zu beseitigen sucht. Andere, wie namentlich Bangerow, leiten aus jenen Stellen nur die Regel her, daß der Eigentümer die durch Tilgung von Verpflichtungen ihm zugegangene Bereicherung ersetzen müsse. Auf die Bereicherung als solche, jedoch theilweise nicht ohne Abweichungen im Einzelnen, stellen die Regel Leiß S. 135 fg., Ruffrat XXXIV S. 68 fg., Brinkmann S. 19 fg., Stünzinger Heid. krit. Zeitschr. III S. 170 fg., IV S. 233 fg. Schwierigkeit machen dabei allerdings die Stellen, welche von dem Ersatz der von einem gutgläubigen Besitzer auf fremde körperliche Sachen gemachten Verwendungen handeln (§. 422 Note 7) insofern, als dieselben nur ein Retentions-, kein Klagerrecht bewilligen. Aber jedenfalls bewilligen sie doch einen Anspruch, und so erscheint es viel unbedenklicher, in ihnen eine Ausnahme von der Regel zu sehen, als umgekehrt den Ausdruck der Regel, daß die wirkliche Bereicherung an und für sich nicht zurückgefordert werden könne. — Das Nähere der Dogmengeschichte, in Betreff der actio directa und contraria, s. in der Schrift von Karons.

\* Inst. l. 13—26. Dig. lib. 26. 27. Cod. 5. 28—75. — Ruborff das §. 432. Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt. 3 Bde. 1832—34. Rec. des l. Landes von Veitmann-Hollweg, Rhein. Mus. VI S. 206—256. — Krant die Vormundschaft nach den Grundgesetzen des deutschen Rechts. 3 Bde. 1835. 1847. 1859. — Gild XXVIII S. 485 — XXXIII S. 310. Heimbach im Rechtslex. XIII S. 327—364. Unterholzner II. S. 628—650, Sintenis III §. 144—157, Bangerow I §. 261—294.

<sup>1</sup> S. über diesen Ausdruck Krant I S. 1.

vermag, unter staatlicher Autorität berufen ist, und ihr Amt unter staatlicher Aufsicht verwaltet<sup>2</sup>. Die Vormundschaft begründet ein Verpflichtungsverhältnis zwischen dem Mündel und dem Vormund in ähnlicher Weise, wie ein Verpflichtungsverhältnis durch den übernommenen Auftrag und die freiwillige Versorgung fremder Angelegenheiten begründet wird<sup>3</sup>. Die Vormundschaft begründet ferner ein Recht des Vormundes, den Mündel bei Rechtshandlungen zu vertreten, und über sein Vermögen zu verfügen. Diese beiden Seiten der Vormundschaft sind hier darzustellen. Eine andere Seite der Vormundschaft, kraft deren dieselbe dem Vormund auch die Pflicht und die Macht gibt, für die Person des Mündels zu sorgen, gehört nicht an den gegenwärtigen Ort des Systems, sondern in das Familienrecht<sup>4</sup>. —

<sup>2</sup> Pr. I. de excus. l. 25: — „nam et tutelam et curam placuit publicum munus esse“. — Die Sorge, welche der Staat darauf richtet, daß ein Vormund vorhanden sei, und daß derselbe sein Amt ordentlich verwalte, nennt man die Obervormundschaft. Rudorff I §. 2, Kraut I §. 9. 10. Es ist eine der wichtigsten legislativischen Fragen, wie weit die Obervormundschaft gesteigert werden soll. Das heutige gemeine Recht geht darin weiter, als das römische, und Particularrechte sind noch weiter gegangen.

<sup>3</sup> Das Verpflichtungsverhältnis zwischen dem Vormund und dem Mündel ist, wie das durch die freiwillige Geschäftsbesorgung begründete (§. 430 Note 2) „quasi ex contractu“, §. 2 I. de obl. quas quasi ex contr. 3. 27, l. 5 §. 1 D. de O. et A. 44. 7.

<sup>4</sup> Nach dieser Seite betrachtet ist die Vormundschaft eine künstliche Ergänzung des durch das Kastenverhältnis gewährten Schutzes. — Die Weissen (anders von den Neueren nur Unterhofzner und Puchta) handeln die Vormundschaft auch nach ihrer vermögensrechtlichen Seite im Familienrecht ab. Hierfür spricht die Analogie der Ehe, bei welcher das gleiche Verfahren ganz allgemein eingehalten wird. Doch verzweigen sich die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe weiter über das ganze Rechtssystem, als die der Vormundschaft, welche letztere sich an Auftrag und negotiorum gestio so natürlich anschließt, daß sie nicht ohne Gewaltthatigkeit davon getrennt werden kann. Allerdings gehört strenge genommen in das Obligationenrecht nur das durch die Vormundschaft begründete Verpflichtungsverhältnis, nicht auch das Vertretungs- und Verfügungsrecht des Vormundes. Aber noch viel weniger gehört diese letztere Seite der Vormundschaft in das Familienrecht; ihre eigentliche Stelle wäre im allgemeinen Theil, wo sie nur aus Zweckmäßigkeitsgründen nicht (näher) vorgetragen wird. So sehr es sich aber empfiehlt, die vermögensrechtliche Seite der Vormundschaft im Obligationenrechte abzuhandeln, so wenig halte ich es für gerechtfertigt, sie, wie dieß Puchta

Unter den einzelnen Fällen der Vormundschaft ist der wichtigste und rechtlich am meisten ausgebildete der der Vormundschaft über Unerwachsene.

Unerwachsene stehen unter Vormundschaft bis zum vollendeten 25. Jahr<sup>5</sup>. Innerhalb dieser Grenze unterschied das römische

Recht, aus dem Familienrechte ganz auszuweisen. Die Vormundschaft wird also in diesem Lehrbuche im Familienrecht noch einmal erscheinen. Bei dieser Anordnung entsteht nur die Frage, an welchem Orte die Grundsätze über die Begründung und Beendigung der Vormundschaft vorgetragen werden sollen. Da kein Grund vorhanden ist, die Darstellung dieser Grundsätze zu verschieben, umgekehrt das Verständnis des Folgenden mannichfach durch die Kenntniß derselben bedingt ist, so werden sie sogleich hier vorgetragen. Vgl. noch Sinteris III §. 130 Anm. 2, Büding Grundr. II §. 293 Note 1. Kunze In systemate iuris civilis hodierni doctrina de tutela num iuri obligationum adscribenda sit. Lipsiae 1851.

<sup>5</sup> Der Minderjährige (minor XXV annis) ist unmündig, der Großjährige (maior XXV annis) ist mündig. Vgl. I §. 54 Note 6. 8. — Nach älterem römischem Recht konnte der Unerwachsene nur dann einen Vormund haben, wenn er keiner väterlichen Gewalt unterworfen war, vgl. pr. I. de tutelis l. 13, l. 239 pr. D. de V. S. 50. 16. Dieß hatte seinen Grund darin, daß der unter väterlicher Gewalt Stehende nicht fähig war, etwas Eigenes zu haben. Seit derselbe Vermögensfähigkeit erlangt hat, ist zu unterscheiden zwischen dem f. g. peculium adventitium ordinarium einerseits, und dem f. g. peculium adventitium extraordinarium und dem peculium castrense und quasi castrense andererseits. Das Erstere steht auch jetzt nicht unter Vormundschaft, sondern unter selbstnütziger väterlicher Verwaltung; für die anderen Peculien aber bekommt das Kind in der That einen Vormund (curator), obgleich das römische Recht den Vater, wenn von ihm die vormundschaftliche Verwaltung geführt wird, nicht so nennt. L. 8 §. 1 C. de bon. quas lib. 6. 61, Nov. 117 c. 1, vgl. l. 7 pr. C. de car. fur. 5. 70. Vgl. Glüd XIV S. 390, Marejoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 441. 442, Vangerow I §. 237 Anm. 2 Nr. 2, Sinteris III §. 141 Note 52. — Handlungsunfähigkeit des unter väterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen und Ergänzung derselben durch den Vater: Kraut II §. 108; Seuff. Arch. VII. 197, XIII. 241, XV. 113.

<sup>6</sup> Von der Regel daß Minderjährige unter Vormundschaft stehen, macht Kraut II S. 182 fg. 667 fg. für das heutige Recht eine Ausnahme in Betreff der verheiratheten Mündel, so wie in Betreff des Sohnes, welcher durch Begründung eines selbstständigen Haushaltes aus der väterlichen Gewalt ausgeschieden ist, — mit Berufung auf älteres deutsches Recht und gemeines Gewohnheitsrecht. Ebenso (im Ausdruck auch den Fall der Emancipation mit umfassend) Seuff. Arch. XIII 241 (S. 339); ferner das. XVI. 96, wo aber angenommen wird, daß mit Auflösung der Ehe für die minderjährige Frau wieder Vormundschaft eintrete. Vgl. auch §. 437 Note 5.

Recht noch zwischen den Geschlechtsunreifen und den Geschlechtsreifen. Die Vormundschaft über jene hieß *tutela*, und trat mit Nothwendigkeit ein; die Vormundschaft über diese hieß *cura*, und trat nur ein, wenn der Unerwachsene sie begehrte<sup>7</sup>. Doch war die rechtliche Stellung des *tutor* und des *curator* im Uebrigen die gleiche<sup>8</sup>, und eine verschiedene nur bei der Mitwirkung zu den Rechtshandlungen des Mündels<sup>9</sup>. Heutzutage hat jeder Unerwachsene bis zum

<sup>7</sup> Die *tutela* ist das ältere Rechtsinstitut; die *cura* ist zuerst als Unterstützung der Minderjährigen bei einzelnen Rechtsgeschäften durch die *lex Plaetoria* (nicht später als die zweite Hälfte des 6. Jahrh. der Stadt), als generelle Geschäftsführung durch eine Constitution des K. Marcus eingeführt worden. Capitol. in Marco c. 10. Doch wurde auch nach dieser letzteren Constitution dem *minor* ein *curator* nur auf sein Begehren gegeben. „*In vitā adolescentis curatores non aecipiant*.“ l. 1. §. 2 l. de cur. 1. 23; f. ferner l. 13 §. 2 D. de tut. dat. 26. 5, l. 2 §. 4. 5 D. qui potant 26. 6, l. 6 C. eod. 5. 31. Von der anderen Seite war es die Pflicht des abtretenden *tutor*, den Mündel zur Erbitung eines *curator* zu ermahnen (l. 5 §. 5 D. de adm. 26. 7), und nur einem solchen durfte der *tutor* das Vermögen des Mündels herauszugeben (l. 7 C. qui potant 5. 31), so wie der *minor* auch zu jeder anderen Zahlungsannahme (l. 7 §. 2 D. de min. 4. 4), und ferner zur Prozeßführung (§. 2 l. de cur. 1. 23, l. 1 C. qui pot. 5. 31) eines *curator* bedurfte. So erklärt es sich, daß trotz der dem *minor* eingeräumten Freiheit unsere Quellen es als das Regelmäßige ansehen, daß er unter *cura* stehe. S. namentlich l. 1 §. 3 l. 2 l. 3 pr. D. de min. 4. 4. — Vgl. über das hier Gesagte vorzugswelse den Aufsatz von Savigny „Über den Schutz der Minderjährigen im römischen Recht, und insbesondere von der *lex Plaetoria*“, zuerst in den Abhandl. der Academie der Wissenschaften zu Berlin 1838 S. 1 fg.; dann mit Zusätzen in der Zeitschr. f. gesch. RW. X S. 232 fg., vermischte Schriften II S. 321 fg.; ferner Rudorff I S. 90 fg. 406 fg., Bangerow S. 291 Anm. 1.

<sup>8</sup> Man kann sagen: der *tutor* in seiner Eigenschaft als Vertreter des *impubes* und Verwalter seines Vermögens war sein *curator*, obgleich er nicht so hieß. Was ihn als *tutor* auszeichnete, war lediglich das Recht der Ergänzung der Handlungsunfähigkeit des *impubes* durch *auctoritatis interpositio*. In diesem Sinne ist der früher häufig mißbezeichnete Satz zu verstehen: *tutor personae, non rei vel causae datur* (l. 14 D. de tut. 26. 1, §. 4 l. qui test. tut. 1. 14). Im älteren Recht gab es Tutoren — die Tutoren geschlechtsreifer Frauen — welche lediglich *auctoritatis interpositio*, nicht Vermögensverwaltung hatten. Ulp. XI. 25, Gai. l. 190. 191. — Vgl. über das hier Gesagte Bangerow §. 263 Anm., und aus der von ihm verzeichneten Literatur namentlich den Aufsatz von v. Esch im Magazin f. RW. u. Gesetzh. III S. 14 fg. 435 fg.

<sup>9</sup> Die Mitwirkung des *tutor* bestand in der *auctoritatis interpositio*, d. h. einer unmittelbaren Theilnahme an der Rechtshandlung des *impubes*, durch

vollenetzten 25. Jahre einen Vormund<sup>10</sup>, und es tritt weder, wenn schon vor der Geschlechtsreise eine Vormundschaft bestand, mit der Geschlechtsreise ein Wechsel der Person ein<sup>11</sup>, noch erfolgt, wenn das Bedürfnis der Vormundschaft sich erst nach erreichter Geschlechtsreise ergibt, die Berufung zur Vormundschaft nach anderen Grundsätzen, als die Berufung zur Vormundschaft über einen Geschlechtsunreifen<sup>12</sup>.

## a. Begründung der Vormundschaft.

### a. Berufung.

#### §. 433.

Die Berufung<sup>1</sup> zur Vormundschaft über einen Unerwachsenen erfolgt durch letzten Willen, Gesetz, obrigkeitliche Ernennung<sup>2</sup>.

welche Theilnahme dessen Handlungsunfähigkeit ergänzt werden sollte (Note 8). Die Mitwirkung des *curator* war ein gewöhnlicher *consensus*, durch welchen der Mangel der Verfügungsgewalt des *minor* gehoben werden sollte, und welcher sich in Nichts von der Gestalt unterschied, wodurch z. B. der Eigenthümer die Verfügung des Nichteigenthümers zu einer rechtlich wirksamen macht. Vgl. §. 442 Note 3.

<sup>10</sup> R. P. D. v. 1548 Tit. 31 §. 1, v. 1577 Tit. 32 §. 1: — „so wollen wir allen und jeden Churfürsten, Fürsten, Prälaten, Herren, Grafen, von Adel, und Communen hiermit ernstlich aufserlegt und befohlen haben, in ihren Fürstenthumen, Herrschaften, Obrigkeiten und Gebieten dergleichen Vorsehung zu thun und zu verordnen, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jeberzeit, bis sie zu ihren Vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorseher, da die ihnen von ihren Eltern in Testamenten oder letzten Willen nit verordnet, oder ihre angeborne Fremnd und Verwandten sich der Vormundschaft aus rechtmäßigen Ursachen nit unterziehen wollten oder darzu füglich und geschickt wären, gegeben werden.“ — Im älteren deutschen Recht kommt ein ähnlicher Gegensatz vor, wie der römische zwischen dem *impubes* und dem *minor*, der Gegensatz zwischen demjenigen, welcher „zu seinen Jahren“, und demjenigen, welcher „zu seinen Tagen“ gekommen ist; jener bedarf eines Vormundes, dieser kann einen Vormund haben, wenn er will. Vgl. über das Nähere Kraut I §. 12—16, Rudorff I S. 109 fg.

<sup>11</sup> Kraut II S. 163, Rudorff I S. 116.

<sup>12</sup> R. P. D. a. a. D. (Note 10). Kraut II S. 235. 238; Rudorff I S. 116.

<sup>1</sup> *Tutela, cura defertur*. S. z. B. l. 7 pr. D. de cap. min. 4. 5, l. 1 pr. §. 433 pr. l. 6 D. de leg. tut. 26. 4.

<sup>2</sup> Nach heutigem Recht auch durch Vertrag? S. Kraut I §. 28, Be-

1. Zuerst wird zur Vormundschaft berufen der letztwillig Ernannte<sup>2</sup>. Das Recht zur letztwilligen Ernennung hat nur der Vater bez. Großvater u., in dessen Gewalt das Kind steht<sup>4</sup>. Die Ernennung muß in einem gültigen und durch Erbschaftsantritt zur Wirksamkeit gelangenden Testament<sup>5</sup>, oder in einem testamentarisch bestätigten Codicill geschehen<sup>6</sup>; sie kann nicht auf einzelne Sachen oder Geschäfte beschränkt werden<sup>7</sup>; der Ernannte muß individuell bezeichnet<sup>8</sup>, und erbfähig<sup>9</sup> sein. Eine ungültige letztwillige Ernennung kann aber, mit Ausnahme des Falles, wo sie wegen Unfähigkeit des Ernannten ungültig ist (§. 434 Nr. 1. a. o.), von der Obervormundschaftsbehörde bestätigt werden<sup>10</sup>.

[s. d. deutsch. Privatr. §. 146. IV, Holzschuher III S. 775. — Die römische cura hatte nur Einen Verursungsgrund: Ernennung (bez. Bestätigung [Note 10]) durch die Obrigkeit.

<sup>2</sup> Dig. 26. 2 Cod. 5. 28 de testamentaria tutela. §. 197 ff., Ruborff I S. 266 ff., Kraut I S. 258 ff.

<sup>4</sup> L. 1. 2 D. h. t., l. 73 §. 1 D. de R. I. 50. 17, §. 3. 4 I. de tut. 1. 13; Gai. I. 144—146, Ulp. XI. 15. Dieses Recht des Vaters war durch die 12 Taf. garantiert, Ulp. XI. 14, l. 1 pr. D. h. t., l. 53 pr. l. 120 D. de V. S. 50. 16. Ueber und gegen die Ansicht, daß durch die R. P. D. a. a. O. (§. 482 Note 10) die Mutter dem Vater gleichgestellt worden sei, s. Kraut I S. 269 ff.

<sup>5</sup> Erforderlichkeit der Erbesetzung: l. 53 pr. D. de V. S. 50. 16; — des Erbschaftsantritts: l. 9 D. h. t., l. 45 §. 1 D. de exco. 27. 1. Ist es noch ungewiß, ob der Erbschaftsantritt erfolgen wird, so wird ein interimistischer Vormund durch die Obrigkeit ernannt, l. 10 pr. D. h. t. (Note 25).

<sup>6</sup> L. 3 pr. D. h. t. — Bedarf auch die Ernennung selbst einer Form? L. 1 §. 1 D. de conf. tut. 26. 3 schließt verba precativa aus (vgl. Gai. II. 289); aber nach l. 15 C. de test. 6. 23 und l. 21 C. de leg. 6. 37 muß wohl leber Ausdruck des Willens des Erblassers für genügend gehalten werden; s. auch l. 8 C. h. t. Ruborff I S. 308. M. W. Sinteris §. 147 Num. 10. — Anwendung des Altonianischen Senatschlusses: l. 29 D. h. t., l. 18 §. 1 D. de lego Corn. de fals. 48. 10.

<sup>7</sup> L. 12—15 D. h. t., §. 4 I. qui test. 1. 14. Ruborff I S. 287 ff. — Beschränkung durch Bedingung und Befristung ist zulässig: l. 8 §. 1. 2 l. 11 pr. D. h. t., §. 3 I. qui test. 1. 14.

<sup>8</sup> L. 20 pr. D. h. t., §. 27 I. de leg. 2. 20.

<sup>9</sup> L. 21 D. h. t.

<sup>10</sup> Dig. 26. 3 de confirmando tutore vel curatore. Cod. 5. 29 de confirmando tutore. Einzelne Fälle der Bestätigung aus den Quellen: l. 1 §. 1 D. h. t., l. 13 §. 12 D. de exco. 27. 1.; §. 5 I. de tut. 1. 13, l. 7 pr. D. l. 4 C. h. t., Nov. 89 c. 14, l. 2. 4 D. h. t.; l. 3 D. l. 2 C. h. t.; l. 6 D.

Diese Bestätigung erfolgt, wenn die Ernennung vom Vater u. ausgegangen ist, ohne Weiteres, wenn nur der Ernannte tauglich ist<sup>11</sup>; wenn von der Mutter, bloß unter der Voraussetzung gleichzeitiger Erbesetzung des Kindes durch dieselbe<sup>12</sup>; wenn von einem Fremden, nur unter dieser und der ferneren Voraussetzung, daß das Kind kein weiteres Vermögen hat<sup>13</sup>. Die Bestätigung ist nicht bloß Recht, sondern auch Pflicht der Obervormundschaftsbehörde<sup>14</sup>.

b. t., l. 40 D. de adm. 26. 7; l. 29 D. de test. tut. 26. 2, l. 18 §. 1 D. de lego Corn. de fals. 48. 10; l. 26 l. 31 D. de test. tut. 26. 2. — Der Ausdruck confirmatio, obgleich in den Quellen durchgehends gebraucht, und daher auch hier in der deutschen Bezeichnung festgehalten, ist ungenau. Durch die confirmatio wird nicht die letztwillige Ernennung zu einer gültigen gemacht, sondern der confirmirte Vormund ist ein obrigkeitlich berufener, l. 26 §. 2 D. de test. tut. 26. 2, l. 18 §. 1 D. de lego Corn. de fals. 48. 10. Dieß (obgleich bestritten, vgl. Ruborff I S. 329 ff., Bangerow §. 264 Num. a. C., Sinteris §. 147 Note 39) ist deswegen nicht weniger wahr, weil er auf Grund des, wenn auch ungültigen, letzten Willens in einzelnen Beziehungen behandelt wird, wie ein letztwillig berufener, l. 11 pr. D. h. t., l. 32—34 D. de exco. 27. 1, l. 5 §. 2 D. de his quas ut ind. 34. 9, l. 2. 3 l. 11 §. 1 D. h. t.; Vat. fr. §. 159. 211. 246. Die Analogie der l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16 (I §. 83 Nr. 2) hier zur Geltung zu bringen, ist äußerst bedenklich. Aber während sonst die obrigkeitliche Berufung nur in Ermangelung der gesetzlichen eintritt, tritt sie hier vor derselben ein: hierin liegt die rechtliche Bedeutung der Confirmation.

<sup>11</sup> Nach römischem Rechte wurde in diesem Falle auch die Tauglichkeit des Ernannten einer weiteren Prüfung nicht unterzogen, l. 1 §. 2 D. h. t., §. 5 I. de tut. 1. 13. Anders nach heutigem Recht, nach welchem ohne eine solche Prüfung überhaupt kein Vormund zugelassen wird (§. 436 Note 2).

<sup>12</sup> L. 4 D. de test. tut. 26. 2, l. 4 C. cod. 5. 28 (Bangerow I S. 493).

<sup>13</sup> L. 4 vgl. l. 5 D. h. t. Fremder ist auch der Vater gegenüber dem unehelichen Kinde, l. 7 pr. D. h. t. (Ruborff I S. 317 Note 11, Bangerow I S. 492), Nov. 89 c. 14.

<sup>14</sup> In einigen Stellen wird zwar nur gesagt, daß die Obrigkeit bestätigen dürfe, oder zu bestätigen pflege, l. 1 §. 1. 3 l. 4 D. l. 2 C. h. t. Aber andere Stellen reden zu bestimmt von einem Bestätigenmüssen, als daß an dem im Text aufgestellten Satz gezwweifelt werden dürfte. S. §. 5 I. de tut. 1. 13, l. 3. 6 D. l. 4 C. h. t., l. 26 §. 2 D. test. tut. 26. 2, l. 18 §. 1 D. de lego Corn. de fals. 48. 10.; vgl. auch l. 16 D. de cur. fur. 27. 10, l. 7 §. 5 C. cod. 5. 70. Das Gewicht dieser Stellen wird auch durch l. 3 C. h. t. nicht aufgehoben, zu welcher zu vergleichen sind die Stellen in §. 437 Note 15. — Andere unterscheiden je nach den verschiedenen Fällen der Ungültigkeit zwischen einer

2. Gesetzliche Berufung<sup>15</sup> tritt ein: a) wenn gar keine leztwillige Ernennung vorliegt, oder die vorliegende ungültig ist und nicht bestätigt wird<sup>16</sup>; b) wenn die Wirksamkeit der leztwilligen Ernennung durch eine ihr hinzugefügte Bedingung oder Befristung definitiv ausgeschlossen ist<sup>17</sup>; c) wenn der leztwillig ernannte Vormund stirbt<sup>17</sup>. Wenn dagegen der leztwillig ernannte Vormund ablehnt, oder zur Verwaltung der Vormundschaft untauglich ist oder wird, oder abgesetzt wird, so tritt nicht gesetzliche, sondern sofort obrigkeitliche Berufung ein<sup>18</sup>. — Berufungen werden durch das Gesetz die nächsten Verwandten, in derjenigen Ordnung, in welcher sie auch zur Erbschaft berufen werden<sup>19</sup>, jedoch mit folgenden Maßgaben. a) Berufungen werden nur männliche Verwandte. Es können aber Mutter oder Großmutter nach dem Tode ihrer Ehemänner verlangen, daß ihnen mit Ausschluß

confirmatio voluntaria und necessaria (vgl. Gl. d. XXIX S. 281, Kuborff I S. 331, Sintonis III S. 193 in der Ann.); aber diese Unterscheidung findet in den Quellen keine Rechtfertigung, da die Quellen in Beziehung auf einen und denselben Fall sich in wechselnder Weise ausdrücken. — Der Befristungs-pflicht auf Seiten der Obervormundschafsstabschörbe entspricht auf Seiten des Ernannten ein Recht auf Befristung, welches nöthigenfalls durch Rechtsmittel geltend gemacht werden kann (vgl. §. 435 Note 5).

<sup>15</sup> Gl. d. XXIX S. 315 fg., Kuborff I S. 186 fg., Kraut I S. 244 fg.

<sup>16</sup> S. Note 10 fg.

<sup>17</sup> L. 11 pr. D. de test. tut. 26. 2, 1. 9 §. 2 D. de tutelae 27. 3, §. 1 I. de Adl. tut. 1. 20. Bei Schwaben der ausschließenden Bedingung und vor Eintritt der ausschließenden Befristung wird durch die Obrigkeit ein interimistischer Vormund ernannt (Note 25).

<sup>18</sup> L. 11 §. 3 D. de test. tut. 26. 2, 1. 6 D. de leg. tut. 26. 4, §. 2 I. de leg. agn. tut. 1. 15. S. aber auch 1. 11 §. 4 D. de test. tut. 26. 2, 1. 4 C. in quib. cas. tutorem habenti 5. 36.

<sup>19</sup> L. 11 §. 1. 2 D. de test. tut. 26. 2, 1. 10 §. 7 D. de excus. 27. 1, 1. 17 D. de tut. 26. 1.

<sup>20</sup> Das Recht vor der Nov. 118 berief zur Vormundschaft, mit einzelnen Ausnahmen zu Gunsten der Cognaten, die Agnaten (Inst. 1. 15, Dig. 26. 3, Cod. 5. 80, Kuborff I S. 206 fg.); die bezeichnete Novelle aber, nachdem sie bestimmt hat, daß für das Erbrecht lediglich die Cognation entscheiden solle, verfügt in 5: — „unquamque secundum gradum et ordinem, quo ad hereditatem vocatur, aut solum aut cum aliis etiam functionem tutelae suscipere, nulla neque in hac parte differentia introducenda de agnatorum seu cognatorum iure...“. Vgl. Seuff. Arch. IX. 176.

aller Seitenverwandten die Vormundschaft über ihre Kinder und Enkel obrigkeitlich übertragen werde<sup>20</sup>. b) Vater und Großvater haben ein Ausschlußrecht gegenüber den Geschwistern und Geschwisterkindern<sup>21</sup>; steht der Mündel in ihrer Gewalt, so werden sie vor den Geschwistern berufen<sup>22</sup>. — Wenn der in der Berufsungsordnung zunächst Stehende wegen Unfähigkeit nicht berufen wird,

<sup>20</sup> Nov. 118 c. 5, und vgl. die Stellen in §. 435 Note 5. a) Mutter und Großmutter können verlangen, daß ihnen die Vormundschaft obrigkeitlich übertragen werde; das Gesetz beruft sie nicht, sondern gibt ihnen ein Recht auf Berufung. b) Dieses Recht steht ihnen nur zu „amissis viris“ und gegen Verzicht auf „alias nuptias“ (§. 434 Nr. 1. a), 1. 2 C. quando mulier 5. 35, Nov. 118 c. 5; daher schließt der Vater die Mutter und der Großvater die Großmutter aus. c) Die Mutter geht dem Großvater vor, die Großmutter concurrirt mit dem Großvater bei anderen Aline; dem das Gesetz gibt der Mutter und Großmutter Anspruch auf die Vormundschaft „secundum hereditatis ordinem“. Doch sind die Meinungen hier verschieden. Gl. d. S. 59 fg., Bangerow S. 496, Kuborff I S. 258.

<sup>21</sup> Dieses Recht ist in der Nov. 118 c. 5 nicht ausdrücklich anerkannt; aber es lag gewiß nicht in Justinian's Sinne, daß Vater und Großvater in einer schlechteren Lage sein sollten, als Mutter und Großmutter. Er setzt den regelmäßigen Fall voraus, daß ein Bedürfnis zur Vormundschaft sich erst durch den Tod des Inhabers der väterlichen Gewalt ergibt („testamentariis solis tutoribus praecedentibus eas“). Die Analogie der Mutter und Großmutter führt aber über ein dem Vater und Großvater zustehendes Ausschlußrecht nicht hinaus, so daß also die Berufung der Regel gemäß mit ihnen auch Geschwister und Geschwisterkinder trifft, und die Vormundschafspflicht, wenn Vater und Großvater von ihrem Ausschlußrecht keinen Gebrauch machen wollen, auch diesen letzteren obliegt. — Doch herrscht auch über diesen Punkt keine Uebereinstimmung der Ansichten. Während Andere dem Vater und Großvater allen Vorzug vor den Geschwistern und Geschwisterkindern absprechen, lassen noch Andere umgekehrt zwar nicht den Vater und Großvater überhaupt, aber doch den pater und avus emancipator, mit Ausschluß der Geschwister und Geschwisterkinder berufen werden, indem sie nämlich annehmen, daß durch die Nov. 118 zwar die legitima tutela agnatorum, nicht aber die legitima tutela des Emancipators (Inst. 1. 18. 19) aufgehoben worden sei. Aber diese Behauptung ist unvereinbar mit der vollkommenen Gleichstellung der Berufung zur Erbschaft und zur Vormundschaft, welche das Princip der Justinianischen Neuerung bildet (Note 19). Vgl. über die verschiedenen Ansichten Exhant civil. Abhandl. S. 297 fg., Kuborff S. 243, Bangerow S. 267 Anm., Sintonis §. 147 Anm. 24.

<sup>22</sup> Dies ist nach der Art, wie sich 1. 8 §. 1 C. de bon. quae lib. 6. 61 und 1. 7 pr. C. de cur. for. 5. 70 ausdrücken, nicht zu bezweifeln. Vgl. §. 432 Note 5.

oder wenn der Berufene stirbt, so rückt die gesetzliche Berufung auf den Folgenden weiter, während im Falle der Ablehnung, Untauglichkeit oder Ablehnung des Berufenen sofort obrigkeitliche Berufung eintritt<sup>22</sup>.

3. Obrigkeitliche Berufung<sup>23</sup> tritt ein<sup>22a</sup>: a) wenn weder eine letztwillige noch eine gesetzliche Berufung vorliegt<sup>24</sup>, oder so lange es noch ungewiß ist, ob eine solche vorliegt<sup>25</sup>; b) wenn der letztwillig oder gesetzlich berufene Vormund<sup>26</sup> die Vormundschaft ablehnt<sup>27</sup>, oder zur Verwaltung derselben untauglich ist oder wird<sup>28</sup>, oder abgesetzt wird<sup>29</sup>; c) im Fall des Todes des Berufenen nur in Ermangelung einer gesetzlich zu berufenden Person<sup>30</sup>. Die obrigkeitliche Berufung kann nicht unter einer Bedingung oder

<sup>22</sup> L. 17 D. de tut. 26. 1, 1. 10 §. 7 D. de excus. 27. 1, und arg. 1. 11 §. 1—3 D. de test. tut. 26. 2.

<sup>23</sup> Inst. 1. 20 de Atiliano tutore et eo qui ex lege Julia et Titia dabatur. Dig. 26. 5 de tutoribus et curatoribus datis ad his qui ius dandi habent, et qui et in quibus causis specialiter dari possunt. Cod. 5. 34 qui dare tutores vel curatores possunt, et qui dari non possunt. — Glüd XXIX §. 400 fg., Rudorff I §. 388 fg., Kraut I §. 278 fg.

<sup>24</sup> Der von der Obrigkeit berufene Vormund wird in unseren Quellen als tutor oder curator dativus, seine Tutel als tutela dativa bezeichnet, 1. 7 D. de ram. pup. 46. 6, 1. 5 C. de leg. tut. 5. 30, 1. 52 pr. C. de ep. et cler. 1. 8. Bei Gai. I. 154 und Ulp. XI. 14 wird auch der im Testamente ernannte Tutor tutor dativus genannt.

<sup>25</sup> — „at cui nullus omnino tutor sit“. Gai. I. 185, pr. I. h. t. Eine ungültige letztwillige Berufung ist zwar rechtlich keine Berufung, schließt aber auf Verlangen des Bezeichneten die gesetzliche Berufung aus (Note 10). Eine ungültige gesetzliche Berufung gibt es nicht.

<sup>26</sup> L. 10 pr. 1. 11 pr. D. de test. tut. 26. 2, §. 1 I. h. t.

<sup>27</sup> Au und für sich gilt der Grundsatz: tutores (curatores) habenti tutor (curator) non datur. L. 9 C. h. t., 1. 9 C. qui petant 5. 31, 1. 4 C. in quib. cas. 5. 36, 1. 10 D. h. t., 1. 37 D. de excus. 27. 1; 1. 10 C. h. t. Rudorff I §. 377. Aber dieser Grundsatz wird im Bedürfnisfall verlassen. Cod. 5. 36 in quibus casibus tutores vel curatores habenti tutor vel curator dari potest. (Auch schloß er für die Römer die Bestellung eines curatur neben einem tutor nicht aus, §. 5 I. de cur. 2. 23.)

<sup>28</sup> L. 4 C. tit. cit. 5. 36, 1. 11 §. 1 D. de test. tut. 26. 2.

<sup>29</sup> §. 5 I. de cur. 1. 23, 1. 17 D. de tut. 26. 1, 1. 13 pr. eod., 1. 10 §. 7 D. de excus. 27. 1, 1. 4 C. tit. cit. 5. 36, 1. 6 C. de susp. tut. 5. 43.

<sup>30</sup> L. 4 C. tit. cit. 5. 36, 1. 11 §. 2 D. de test. tut. 26. 2.

<sup>31</sup> L. 4 C. tit. cit. 5. 36, 1. 11 §. 3 D. de test. tut. 26. 2.

Befristung<sup>31</sup>, wohl aber für einen vorübergehenden Bedürfnisfall<sup>32</sup> erfolgen; auch kann sie auf bestimmte Sachen<sup>33</sup> oder Geschäfte<sup>34</sup> beschränkt werden. Zuständig für die Berufung ist das die Vormundschaft führende Gericht; berufen kann dasselbe nur Personen, welche seinem Gerichtszwang unterworfen sind<sup>35</sup>. Die Berufung erfolgt von Amtswegen<sup>36</sup>; jedoch sind die Intestaterben und Pupillarsubstituten des Mündels verpflichtet<sup>37</sup>, um Bestellung eines Vormundes für denselben binnen Jahresfrist nachzusuchen, bei Strafe des Verlustes ihres Erbrechts, wenn der Mündel vor Erreichung der Testamentsmündigkeit gestorben ist<sup>38</sup>.

<sup>31</sup> L. 77 D. de R. I. 50. 17, 1. 6 §. 1 D. de tut. 26. 1.

<sup>32</sup> §. 3. D. 1. 10 pr. 1. 11 pr. D. de test. tut. 26. 2; 1. 10 §. 7 D. de excus. 27. 1, 1. 9 §. 1 D. de tutela 27. 3; 1. 12 pr. D. de excus. 27. 1; 1. 1 C. in quib. cas. tut. habenti 5. 36, §. 2 I. de excus. 1. 25; 1. 28 §. 2 D. de excus. 27. 1, 1. 2 D. h. t., 1. 17 §. 1 D. de appell. 49. 1, 1. 7 C. de susp. tut. 5. 43.

<sup>33</sup> L. 27 pr. D. h. t., 1. 21 §. 2—4 D. de excus. 27. 1, 1. 2. 11 C. eod. 5. 62, 1. 3. 5 C. in quib. cas. tutorum habenti 5. 36, 1. 9 §. 9 D. de adm. 26. 7; 1. 8 §. 1 C. de bon. quae lib. 6. 61, Nov. 117 c. 1.

<sup>34</sup> Hierher gehört namentlich der Vormund, welcher gegeben wird, wenn ein Prozeß zwischen dem Mündel und dem ordentlichen Vormund geführt werden soll. Cod. 5. 44 de in litem dando tutores vel curatores, §. 3 I. de auct. tut. 1. 21. Rudorff I §. 389 fg. S. ferner Nov. 72 c. 2; 1. 7. 9 D. h. t., 1. 61 pr. D. de I. D. 23. 3. (Gai. I. 176—179. 180, Ulp. XI. 10. 22).

<sup>35</sup> L. 5 C. h. t., 1. 3 D. h. t.; 1. 24 D. h. t.

<sup>36</sup> R. P. D. v. 1548 Tit. 31 §. 1, v. 1577 Tit. 32 §. 1. Das römische Recht steht es als die Regel an, daß die Obrigkeit erst auf gestellten Antrag thätig wird. Vgl. mit Rudorff I §. 406 Glüd XXX §. 93 fg. Darauf beruht auch, was in den Quellen über die Rangordnung der zur Erbittung eines Vormundes Berechtigten gesagt wird. L. 2. §. 3 D. qui petant 26. 6, 1. 4. 10 C. eod. 5. 31. Rudorff I §. 417 fg.

<sup>37</sup> Dig. 26. 6 qui petant tutores et ubi petantur. Cod. 5. 31 qui petant tutores vel curatores.

<sup>38</sup> L. 2 §. 1. 2 I. 4 D. h. t., 1. 2 §. 23 sqq. D. ad SC. Tert. 38. 17, §. 6 I. eod. 3. 3, 1. 11 C. h. t., 1. 10 C. de leg. her. 6. 58, 1. 3 C. ad SC. Tert. 6. 56. Die heutige Anwendbarkeit der bezeichneten Strafe ist nicht unbestritten. Vgl. Glüd XXX §. 139 fg., Rudorff I §. 435. 436, Kraut I §. 283, Sintonis §. 148 Num. 96.



β. Fähigkeit und Tauglichkeit zur Vormundschaft\*.

§. 434.

Wer unfähig zur Vormundschaft ist, wird vom Gesetz gar nicht berufen, die letztwillige oder obrigkeitliche Berufung eines Unfähigen ist nichtig. Wer untauglich zur Vormundschaft ist, wird trotz der erfolgten Berufung zur Vormundschaft nicht zugelassen, bez. von derselben entfernt<sup>1</sup>.

1. Unfähig zur Vormundschaft sind<sup>2</sup>:

a. Personen weiblichen Geschlechts<sup>3</sup>. Jedoch können Mutter und Großmutter nach dem Tode ihrer Ehemänner verlangen, zur Vormundschaft über ihre Kinder und Enkel zugelassen zu werden, wenn sie zu gerichtlichem Protokoll: 1) versprechen, sich nicht wieder verheirathen zu wollen; 2) dem Vellejanischen Senatschluß und allen anderen weiblichen Rechtswohlthaten entsagen; 3) den Mündeln ihr gesamtes Vermögen ausdrücklich verpfänden<sup>4</sup>.

§. 434.

\* Glüd XXIX S. 60 fg., Ruborff II S. 17 fg.

<sup>1</sup> Die Neueren (vgl. Glüd XXXI S. 199 fg., Ruborff II S. 15, Senteis §. 146 Anm. 1) sprechen im Fall der Untauglichkeit von einer *excusatio necessaria*. Diese Bezeichnung, obgleich nicht ohne Anhalt in den Quellen (L. un. C. qui morbo 5. 67, §. 11 I. de excus. 1. 25, Vat. fr. §. 202; l. 1 §. 8 D. de post. 3. 1, l. 11 D. de decur. 50. 2), empfiehlt sich insofern nicht, als sie die Vorstellung zu erregen geeignet ist, daß der Untaugliche sich wegen Verschümmis der Vormundschaftspflichten verantwortlich mache, wenn er nicht um Entbindung von der Vormundschaft nachsuche; was nicht richtig ist. L. 18 §. 12 D. de excus. 27. 1 (v. aut quos non oportet). Ruborff II S. 195.

<sup>2</sup> Andere zählen hierher außer den im Folgenden Genannten auch Bischöfe und Mönche, nach Nov. 123 c. 5. Aber das canonische Recht (c. 4 C. 16 qu. 1) hat dieser Novelle das ältere Recht der l. 52 pr. C. de ep. et cler. 1. 3 vorgezogen. S. Glüd XXXI S. 300–325, Ruborff II S. 109–111.

<sup>3</sup> L. 1 C. quando mul. 5. 35, l. 18 D. de tut. 26. 1, l. 26 pr. D. de test. tut. 26. 2, l. 1 §. 1 I. 3 §. 4 l. 10 D. de leg. tut. 26. 4, l. 21 pr. D. de tut. dat. 26. 5. Ueber l. 16 pr. D. de tut. 26. 1 f. Ruborff I S. 250 Note 16.

<sup>4</sup> L. 2. 3 C. quando mul. 5. 35, Nov. 22 c. 40, Nov. 94. 155. Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III. 11. Bgl. §. 433 Note 20. In Betreff der Verpflichtung zur Vermögensverpfändung s. noch l. §. 232 Note 4. Ueber uneheliche Kinder s. Emmerich a. a. D. S. 208–209, Senteis §. 146 Anm. 4. — Besouderes Recht der Nov. 117 c. 1: f. §. 517 Note 24.

Schreiten sie gegen ihr Versprechen dennoch zur zweiten Ehe, so verlieren sie die Vormundschaft wieder<sup>5</sup>.

b. Minderjährige<sup>6</sup>. Sind dieselben jedoch letztwillig ernannt, so wird ihnen die Vormundschaft bis zur Großjährigkeit aufbewahrt, und einstweilen ein interimistischer Vormund ernannt<sup>7</sup>.

c. Soldaten; mit Ausnahme jedoch der von einem Mitsoldaten übertragenen Vormundschaften<sup>8</sup>.

2. Die Entscheidung über die Tauglichkeit des Berufenen ist im Allgemeinen dem Ermessen der Obervormundschaftsbehörde überlassen. Dieselbe hat zu erwägen, ob nicht in Beziehung auf den Berufenen ein Grund vorliegt, welcher eine Gefährdung der Interessen des Mündels befürchten läßt<sup>9</sup>. Als einzelne Gründe dieser Art werden in den Quellen genannt<sup>10</sup>: Geistesstörung<sup>11</sup>; Taubheit, Stummheit, Blindheit<sup>12</sup>; Krankheit und Altersschwäche<sup>13</sup>; schlechter Lebenswandel<sup>14</sup>; Armuth<sup>15</sup>; Feindschaft mit dem Münd-

<sup>5</sup> Nov. 22 c. 40, Nov. 94 c. 2.

<sup>6</sup> L. 5 C. de leg. tut. 5. 30, §. 18 I. de excus. 1. 25.

<sup>7</sup> L. 32 §. 2 D. de test. tut. 26. 2, l. 10 §. 7 D. de excus. 27. 1, §. 2 I. qui dari 1. 14. Vor Justinian (Note 6) wurde es auch bei der gesetzlichen Berufung so gehalten, l. 10 §. 7 D. de excus. 27. 1, l. 9 §. 1 D. de tutela 27. 3. Ruborff II S. 21 glaubt, daß es auch nach neuestem Recht so sei. Die Sache ist allerdings nicht zweifellos.

<sup>8</sup> L. 4 C. qui dare 5. 34, l. 23 §. 1 D. de excus. 27. 1; vgl. §. 14 I. de excus. 1. 25. Vangerow S. 502.

<sup>9</sup> L. 3 §. 12 D. de ausp. 26. 10: — „et generaliter, si qua iusta causa praetorem moverit, cur non debeat in ea tutela versari, rescire eum debet“. §. 5 I. de cur. 1. 23.

<sup>10</sup> Nicht ausdrücklich genannt ist Interdiction wegen Verschwendung; aber es ist keinem Zweifel unterworfen, daß auch diese Untauglichkeitsgrund ist. S. auch l. 12 §. 2 D. de tut. dat. 26. 5 und l. 5 C. de leg. tut. 5. 30. („Cui enim ferendum est, eundem esse tutorem et sub tutela constitui, et iterum, eundem esse curatorem et sub cura agere? Haec certe et nomen et rerum foeda confusio est“). Ruborff II S. 21.

<sup>11</sup> L. 11. 17 D. de tut. 26. 1, l. 10 §. 3 D. de test. tut. 26. 2, l. 12 pr. D. de excus. 27. 1.

<sup>12</sup> L. 1 §. 2. 3 I. 17 D. de tut. 26. 1, l. 10 §. 1 I. 11 D. de leg. tut. 26. 4, l. 3 C. qui dare 5. 34, l. 1 C. qui morbo 5. 67.

<sup>13</sup> L. 13 pr. D. de tut. 26. 1, l. 10 §. 8 D. de excus. 27. 1.

<sup>14</sup> L. 8 §. 10 D. de conf. tut. 26. 3.

<sup>15</sup> L. 6 C. de susp. tut. 5. 43.

del oder dessen Vater<sup>18</sup>; Hinzudrängung zur Vormundschaft<sup>17</sup>; Schuldverhältnisse zwischen Vormund und Mündel<sup>18</sup>, mit Ausnahme jedoch der Mutter und Großmutter<sup>19</sup>. — Abgesehen von dem Ermessen der Obervormundschaftsbehörde ist untauglich zur Vormundschaft: a) wer durch die Aeltern des Mündels leghwillig von der Vormundschaft ausgeschlossen ist<sup>20</sup>; b) der Ehemann der Ehefrau, der Bräutigam der Braut, der Schwiegervater der Schwiegertochter gegenüber<sup>21, 22</sup>.

<sup>16</sup> L. 3 §. 12 D. de susp. tut. 26. 10, l. 6 §. 17 D. de excus. 27. 1, l. 8. 10 D. de conf. tut. 26. 3, §. 11 l. de excus. 1. 25. Unter denselben Gesichtspunkt gehört §. 12 l. eod., l. 6 §. 18 D. eod. 27. 1, l. 27 §. 1 D. de test. tut. 26. 2 (Streit über den Status zwischen dem Vormund und dem Vater des Mündels oder dem Mündel selbst).

<sup>17</sup> L. 21 §. 6 D. de tut. dat. 26. 5.

<sup>18</sup> Nov. 72 c. 1—4, und daraus Auth. *Minores C. qui dare 5. 34. C. 3 cit.*: — „ne ex hoc ipso hostem et non curatorem adolescentulo praesumamus“. Dieser Untauglichkeitsgrund hat aber folgendes Eigenthümliche: der Berufene soll ihn während der Excusationsfrist (§. 435 Note 3) geltend machen; thut er dieß nicht, so wird ihm zwar die Vormundschaft nicht genommen, aber er verliert zur Strafe seine Forderung, und wird als Schuldner durch Zahlung oder andere Tilgung während der Vormundschaft nicht befreit. Wird der Vormund Stäubiger erst während der Vormundschaft, so wird ihm nur ein anderer Vormund beigeordnet, — „ut custodiat ille, ne fiat adversus adolescentem aut eius substantiam ab eo, qui eum habet obligatum, in medio ulla malignitas (c. 2 cit.)“. Vgl. Seuffert „Praktische Bemerkungen über die Vorschriften der Nov. 72“, Arch. f. civ. Pr. XII. 16. Seuff. Arch. X. 268, XII. 47.

<sup>19</sup> Nov. 94 pr. c. 1.

<sup>20</sup> L. 21 §. 2 D. de tut. dat. 26. 5, l. un. C. si contra matr. vol. 5. 47.

<sup>21</sup> L. 1 §. 5 D. de excus. 27. 1, l. 4. 17 C. eod. 5. 62, l. 2 C. qui dare 5. 34, vgl. l. 14 D. de cur. sur. 27. 10. Ueber die Meinung, daß nach heutigem Recht (römisches Recht: l. 32 §. 1 D. de adopt. 1. 7, l. 2 C. de interd. matr. 5. 6, l. 3 C. de contr. ind. tut. 5. 58) auch der Stiefvater nicht Vormund seiner Stieftinder sein könne, s. Glük XXIX S. 121 fg., Rudorff II S. 42, 43, Sindenis §. 147 Anm. 51; Seuff. Arch. XII. 276.

<sup>22</sup> Sehr verbreitet ist in Doctrin und Praxis die Meinung, daß nach heutigem Recht auch Juden nicht Vormünder von Christen sein können. Das römische Recht schließt sie nicht aus, l. 15 §. 6 D. de excus. 27. 1. Aber man beruft sich auf die Analogie von l. 19 C. de Ind. 1. 9 und c. 18 X. de Ind. 5. 6. Glük XXIX S. 109, Rudorff II S. 35.

γ. Ablehnung\*.

§. 435.

Die Uebernahme der Vormundschaft ist an und für sich Bürgerpflicht<sup>1</sup>. Doch gibt es Gründe, welche zur Ablehnung der Vormundschaft berechtigen<sup>2</sup>. Ein solcher Ablehnungsgrund muß bei Strafe des Verlustes binnen gehöriger Frist<sup>3</sup> vor der

\* Inst. 1. 25 de excusationibus tutorum vel curatorum. Dig. 27. 1 de §. 435. excusationibus. Cod. 5. 62 de excusationibus tutorum et curatorum et de temporibus eorum. Cod. 5. 63—69. — Glük XXXI S. 161 fg., XXXII S. 3 fg., Rudorff II S. 43 fg.

<sup>1</sup> Die Vormundschaft ist „publicum munus“, pr. l. h. t. Ausnahme für den Vater und den Großvater, welche kraft der väterlichen Gewalt berufen werden, §. 432 Note 5, §. 433 Note 21<sup>a</sup>. Bei der Mutter und Großmutter (§. 434 Note 5) ist es noch anders; sie werden gar nicht berufen, wenn sie es nicht verlangen.

<sup>2</sup> Die Ablehnung der Vormundschaft heißt in den Quellen technisch *excusatio*. Auch die Berechtigung zur Ablehnung, so wie der Grund, auf welchem sie beruht, wird so genannt. — Im älteren römischen Recht konnte man sich von der obrigkeitlichen Vormundschaft auch durch Vorschlag einer passenderen Person (*potioris nominatio*) befreien. Im Justinianischen Recht ist dieses Institut verschwunden. Rudorff II S. 9. 10. — Wegen l. 13 pr. D. h. t. und §. 16 l. h. t. ist behauptet worden, daß das Recht der Excusation nur gegenüber der leghwilligen und obrigkeitlichen, nicht gegenüber der gesetzlichen Berufung zur Anwendung komme; aber f. l. 2 §. 5 l. 20 l. 30 §. 2 D. h. t., l. 3 §. 8 D. de leg. tut. 26. 4, l. 1. 4 C. eod. 5. 30, l. 9 C. qui dare 5. 34, Nov. 118 c. 5, und zur Erklärung der Ausdrucksweise in den oben genannten Stellen l. 1 §. 1 D. quando app. 49. 4. Glük XXXI S. 181 fg., Rudorff II S. 12 fg.

<sup>3</sup> L. 1 §. 1 D. de adm. 26. 7, l. 19 C. eod. 5. 37, l. 11 C. h. t. Die Frist ist nach römischem Recht eine gesetzliche, und beträgt: a) für die Anbringung, wenn der Berufene am Berufungsort seinen Wohnsitz hat, 50 Tage; wenn dieß nicht der Fall ist, 30 Tage und für je 20 (römische) Meilen der Entfernung 1 Tag, vorausgesetzt daß sich bei dieser Berechnung mehr als 50 Tage ergeben. Die Frist läuft von dem Tage an, wo der Berufene von der Berufung Kenntniß erlangt hat. Von da wird zwar nicht weiter taugliche Zeit (*utile tempus*) gerechnet; doch wird es dem Berufenen nachgesehen, wenn er „propter aegritudinem vel aliam necessitatem, puto maris vel hiemis vel incursus latronum vel aliam quam similem“, die Frist versäumt hat. L. 13 §. 1—10 D. l. 6 C. h. t., §. 16 l. h. t., l. 3 pr. D. de V. S. 50. 16. b) Für die Durchführung der ganzen Sache läuft eine Frist von 4 Monaten, ebenfalls a die scientias. L. 38. 39 D. h. t. — Daß diese Fristen heutzutage nicht

Obervormundschaftsbehörde<sup>4</sup> geltend gemacht werden, und wird er verworfen<sup>5</sup>, so haftet der Vormund auch für die Zwischenzeit<sup>6</sup>. In bestimmten Fällen kann ein an und für sich begründetes Ablehnungsrecht nicht geltend gemacht werden<sup>7</sup>. — Die einzelnen Ablehnungsgründe sind folgende<sup>8</sup>.

1. Velleitung eines obrigkeitlichen Amtes<sup>9</sup>.
2. Verwaltung des Vermögens des Fiscus oder des Landesherren<sup>10</sup>.
3. Aufnahme in den geheimen Rath des Landesherren<sup>11</sup>.

mehr beobachtet werden, vielmehr die Gerichte eine Frist nach ihrem Ermessen bestimmen, sehen Glüd XXXII S. 109, Sintonis §. 148 Note 77, Kuborff II S. 190, Kraut I S. 243.

<sup>4</sup> L. 2. 6 C. h. t.

<sup>5</sup> Rechtsmittel: l. 18 pr. D. h. t., l. 3. 6 C. eod.; l. 1 §. 2 D. quas cont. 49. 8, Cod. 5. 68, §. 20 l. h. t., l. 11 §. 2 D. de min. 4. 4. Vgl. l. 37 D. h. t.

<sup>6</sup> L. 20 l. 89 §. 6 D. de adm. 26. 7, l. 15. 22 C. h. t.

<sup>7</sup> Diese Fälle, welche sich sämmtlich mehr oder minder dem Gesichtspunkte des Verzichtes unterordnen, sind folgende: a) der Vormund hat dem Vater des Mündels versprochen, sich der Vormundschaft unterziehen zu wollen, l. 15 §. 1 D. h. t., §. 9 l. h. t.; b) er hat die Vormundschaft bereits zu führen begonnen, l. 2 C. si tut. vel cur. 5. 63, Vat. fr. §. 154; c) er hat seine Ernennung im Testament eigenhändig geschrieben, l. 29 D. de test. tut. 26. 2, l. 18 §. 1 D. de lege Corn. de fals. 48. 10; d) er hat ein ihm in dem ernennenden letzten Willen ausgefertigtes Vermächtniß angenommen, l. 5 §. 2 D. de his quas ut ind. 34. 9. Von der andern Seite verliert der Vormund auch alles ihm in seiner Eigenschaft als Vormund Hinterlassene, wenn er der letztwilligen Ernennung gegenüber von einer ihm zustehenden Ablehnung Gebrauch macht. L. 5 §. 2 cit., l. 32—36 pr. D. h. t., l. 27 eod., l. 28 pr. D. de test. tut. 26. 2, l. 3 D. de iure patr. 37. 14, l. 111 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30.

<sup>8</sup> Heutzutage unanwendbar sind die in l. 6 §. 13 D. h. t., l. 8 §. 12 eod., l. 17 §. 1 eod., l. 17 §. 2. 3 l. 26 l. 41 §. 3 l. 46 D. l. 24 C. h. t., l. 13 C. qui dare 5. 84 genannten Ablehnungsgründe. Ebenso unanwendbar ist der römische Satz, daß der tutor des impubes nicht curator des minor zu werden brauche (§. 18 l. 1. 16 D. l. 20 C. h. t.), weil heutzutage die Erreichung der Pubertät einen Wechsel in der Person des Vormundes nicht begründet (§. 432 Note 11). Kraut II S. 163 fg.

<sup>9</sup> §. 3 l. h. t., l. 6 §. 14 l. 17 §. 4. 5 l. 22 §. 1 l. 41 §. 1 D. h. t., l. 6 §. 16 l. 23 pr. eod. Zu l. 22 §. 1 cit. vgl. Vat. fr. §. 136.

<sup>10</sup> §. 1 l. h. t., l. 41 pr. D. l. 10 C. h. t. Vgl. l. 8 C. h. t.; Scuff. Arch. XII. 46.

<sup>11</sup> L. 30 D. h. t., l. 11 §. 2 D. de min. 4. 4.

4. Abwesenheit in Staatsangelegenheiten; auch nach der Rückkehr dauert dieser Ablehnungsgrund noch ein Jahr lang<sup>12</sup>.

5. Geistliches Amt<sup>13</sup>.

6. Öffentliche wissenschaftliche Lehrthätigkeit oder ärztlicher Beruf<sup>14</sup>.

7. Ehrenvolle Entlassung aus dem Kriegsdienst nach vollendeter Dienstzeit; frühere Entlassung, nach dem fünften Jahre, gibt nur Befreiung auf Zeit<sup>15</sup>.

8. Eine größere Anzahl leiblicher Kinder<sup>16</sup>. Enkel von einem verstorbenen Sohne zählen für Eine Person, Enkel von Töchtern gar nicht<sup>17</sup>; Kinder, welche vor dem Feinde geblieben sind, werden mitgezählt<sup>18</sup>.

9. Drei nicht aus freien Stücken übernommene Vormundschaften in demselben Hause, so daß also die von den Söhnen geführten Vormundschaften, für welche der Vater haftet (§. 444 Note 6), mit gerechnet werden<sup>19</sup>. Doch ist, was die Zahl der Vormundschaften angeht, dem Ermessen der Obervormundschaftsbehörde freier Spielraum gelassen<sup>20</sup>.

<sup>12</sup> §. 2 l. h. t., l. 10 pr. — §. 3 D. h. t., l. 2 C. si tutor vel curator reipublicae causa aberit 5. 64, vgl. l. 38 §. 1 D. ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 4 D. de vac. 50. 5.

<sup>13</sup> L. 52 pr. C. de ep. et cler. l. 3. Vgl. §. 434 Note 2.

<sup>14</sup> §. 15 l. h. t., l. 6 §. 1—12 D. h. t. In Betreff von l. 1. 2 C. de excusationibus artificum 10. 65 s. Kuborff II S. 132.

<sup>15</sup> L. 8 D. h. t., Cod. 5. 64 de excusationibus veteranorum. Gegen Söhne und Töchter von Kameraden wirkt die Befreiung nur ein Jahr lang, nach dieser Zeit nur so weit, daß nicht mehr als eine Vormundschaft auf einmal übernommen zu werden braucht, l. 8 pr. D. h. t., §. 10. 11 l. h. t.

<sup>16</sup> Nach römischem Recht in Rom 3, in Italien 4, in den Provinzen 5. Pr. l. h. t., l. 2 §. 2—8 l. 36 §. 1 l. 37 D. h. t., l. 1. 2 C. qui numero liberorum se excusant 5. 66. Heutzutage nimmt man gewöhnlich die Zahl von 5 an. Glüd XXXI S. 224, Kuborff II S. 146. 147. Vgl. aber auch Sintonis §. 148 Num. 35. — Als Belohnung der Kindererziehung im Sinne der lex Julia und Papia Poppaea darf diese Befreiung nicht aufgefaßt werden. Vat. fr. §. 170. Daher wird auch ihre heutige Anwendbarkeit mit Unrecht bezweifelt. Scuff. Arch. IX. 175, XVII. 66.

<sup>17</sup> Pr. l. h. t. l. 2 §. 7 D. h. t.

<sup>18</sup> Pr. l. h. t., l. 18 D. h. t.

<sup>19</sup> §. 5 l. h. t., l. 2 §. 9—1. 6 pr. l. 15. §. 15 l. 1. 31 D. h. t., Cod. 5. 69 qui numero tutelarum.

<sup>20</sup> L. 17 pr. l. 31 §. 4 D. h. t.

10. Verschiedenheit des Wohnorts, oder zu große Entfernung des zu verwaltenden Vermögens<sup>21</sup>.

11. Armuth, welche Thätigkeit in fremden Angelegenheiten nicht gestattet<sup>22</sup>.

12. Krankheit, welche die Besorgung der eigenen Angelegenheiten hindert<sup>23</sup>.

13. Alter von 70 Jahren<sup>24</sup>.

14. Mangel der zu einer Geschäftsführung erforderlichen Fähigkeiten<sup>25</sup>.

15. Ernennung durch den Vater aus Feindschaft<sup>26</sup>. —

Zur Niederlegung einer bereits übernommenen Vormundschaft berechtigen von diesen Gründen nur die unter Nr. 3. 10. 11 genannten<sup>27</sup>, und der unter Nr. 4 genannte dann, wenn die Abwesenheit eine Abwesenheit jenseit des Meeres ist, sonst gilt die Befreiung nur für die Dauer der Abwesenheit<sup>28</sup>. Ferner berechtigt zur Niederlegung der Vormundschaft Veränderung des Wohnsitzes auf Befehl des Landesherren, wenn dieser die Vormundschaft gekannt hat<sup>29</sup>.

J. Antritt\*.

### §. 436.

Der zur Vormundschaft (gültig) Berufene ist Vormund durch die Berufung; er wird nicht erst Vormund durch die Erklärung,

<sup>21</sup> L. 46 §. 2 l. 10 §. 4 l. 21 §. 2. 3 D. l. 11. C. h. t. Glüd XXXII S. 59 fg., Ruborff II S. 171 fg., Sintonis §. 148 Nr. 7

<sup>22</sup> §. 6 I. h. t., l. 7 l. 40 §. 1 D. h. t., l. 6 §. 19 eod. (Ruborff II S. 54). Vgl. §. 434 Note 15.

<sup>23</sup> §. 7 l. h. t., l. 10 §. 8 l. 45 §. 4 D. h. t., Cod. 5. 67 qui morbo se excusant. Vgl. §. 434 Note 12. 13.

<sup>24</sup> §. 13 I. h. t., l. 2 pr. D. h. t., l. 3 D. de iure in immun. 50. 6, Cod. 5. 68 qui aetate se excusant. Ueber l. 3 C. qui aetate vel professione se excusant 10. 49 f. Glüd XXXII S. 55 fg., Ruborff II S. 48 fg.

<sup>25</sup> §. 8 I. h. t., l. 6 §. 19 D. h. t. Glüd XXIX S. 114 fg., Ruborff II S. 54 fg.

<sup>26</sup> §. 9 I. h. t.

<sup>27</sup> L. 11 §. 2 D. de min. 4. 4, l. 11. 40 D. h. t.

<sup>28</sup> L. 11 §. 2 D. de min. 4. 4, l. 10 §. 2 D. h. t., l. 1 C. si tut. vel cur. republicae causa aberit 5. 64.

<sup>29</sup> L. 12 §. 1 D. h. t.

die Vormundschaft übernehmen zu wollen. Daher liegt die Vormundschaftspflicht ihm von der Zeit an ob, wo er von der Berufung erfahren hat<sup>1</sup>. Da er aber nach heutigem Recht die Befugniß zur Verwaltung der Vormundschaft erst durch die von der Obervormundschaftsbehörde für ihn ausgefertigte Bestallung erlangt<sup>2, 3</sup>, so besteht heutzutage die ihm vorher obliegende Pflicht auch nur in der ungesäumten Auswirkung dieser Bestallung<sup>4</sup>. — Bei der Bestallung muß der Vormund die Erfüllung der vormundschaftlichen Pflichten eiblich angeloben<sup>5</sup>; er muß ferner dem Mündel Sicherheit leisten<sup>6</sup>, und über das vorhandene Vermögen ein öffentliches Verzeichniß errichten<sup>7</sup>.

\* Glüd XXX S. 152 fg., Ruborff II S. 211 fg., Kraut I S. 242 fg., S. 436. II S. 118 fg.

<sup>1</sup> L. 1 §. 1 l. 5 §. 10 l. 17 l. 58 §. 2 D. de adm. 26. 7, l. 8 C. eod. 5. 37, l. 5 C. de peric. 5. 38.

<sup>2</sup> R. P. D. Tit. 32 (31) §. 2: — „Daß ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in Testaments weiß verordnet, oder durch das Recht, oder Richter gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sey ihm dann zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen“. S. g. confirmatio iuris Germanici, im Gegensatz der römischen Confirmation, durch welche der Mangel einer ungültigen letztwilligen Berufung geheilt werden kann (§. 435 Note 10 fg.). Glüd XXIX S. 306 fg., Ruborff II S. 211—213, Kraut I S. 235 fg. Die römische Confirmation ist Bedingung der Berufung; die deutsche setzt geschene Berufung voraus. Daher macht die Unterlassung der Nachsuchung um die römische Confirmation nicht verantwortlich, wohl die Unterlassung der Nachsuchung um die deutsche. Dieß ist nicht gehörig gewürdigt bei Kraut I S. 258. 262. Thatsächlich fallen allerdings beide Confirmationen, wo die eine und die andere vorkommt, zusammen. — Das für den Vormund ausgefertigte Decret nennt man *tutorium* oder *curatorium*.

<sup>3</sup> Eine Ausnahme macht man für den kraft der väterlichen Gewalt ein tretenden Vater oder Großvater (§. 432 Note 5, §. 433 Note 21\*). Ruborff I S. 182, Sintonis III §. 141 Note 52 a. C. Eine Ausnahme pflegt man ferner für den Fall der Noth zu gestatten. Glüd XXIX S. 306, 313, Kraut I S. 239.

<sup>4</sup> Abgesehen von dem Fall der Noth (Note 3). Vgl. l. 7 pr. D. de adm. 26. 7.

<sup>5</sup> R. P. D. Tit. 32 (31) §. 3; l. 7 §. 4—7 C. de cur. fur. 5. 70, Nov. 72 e. 2. 8. Ruborff II S. 229.

<sup>6</sup> Das römische Recht erließ die Caution dem *tutor testamentarius* und *a magistratu ex inquisitione datus* (pr. I. de satisd. tut. 1. 24); aber die R. P. D. Tit. 32 (31) §. 2. 3 hat ausdrücklich vorgeschrieben, daß „ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in Testaments weiß verordnet, oder durch das Recht,

## b. Beendigung der Vormundschaft\*.

## §. 437.

Die Vormundschaft wird beendet:

- 1) durch den Tod des Vormundes oder des Mündels<sup>1</sup>;
- 2) dadurch, daß der Mündel großjährig wird<sup>2</sup>, oder für großjährig erklärt wird<sup>3</sup>, für gewisse Erwerbe auch dadurch, daß er unter väterliche Gewalt tritt<sup>4</sup>;

oder Richter gegeben . . . rechtmäßige genugsame Caution und Versicherung thue". Wegen der letzteren Worte verlangt man heutzutage nicht mehr, wie das römische Recht thut (l. 4 §. 1 D. rom pup. 46. 6, l. 7 D. de stip. praet. 46. 5), Caution durch Bürgschaft, sondern läßt auch Pfandbestellung zu. Glüd XXX §. 161 fg., Ruborff II §. 213 fg., Kraut II §. 122 fg.

<sup>1</sup> L. 24 C. de adm. 5. 37, l. 13 C. arb. tat. 5. 51, R. P. O. Tit. 32 (31) §. 8. Die Strafe der Versäumung ist Absetzung und Zulassung des Mündels zum Bürgerrecht, l. 7 pr. D. de adm. 26. 7, l. 4 C. de in lit. iur. 5. 68, l. 13 §. 1 C. arb. tat. 5. 51. Befreiung durch Verfügung des das Vermögen hinterlassenden Erblassers: l. 13 §. 1 C. arb. tat. 5. 51. Glüd XXX §. 184—215, Ruborff II §. 242 fg., Kraut II §. 121—122. Seuff. Arch. V. 192, VI. 225.

§. 437. \* Inst. 1. 22 quibus modis tutela finitur. Cod. 5. 60 quando tutores vel curatores esse desinant. — Glüd XXXI §. 129 fg., Ruborff III §. 120 fg. §. 232 fg., Kraut II §. 162 fg.

<sup>1</sup> L. 4 pr. D. de tutelae 27. 3, §. 3 I. h. t., l. 16 §. 1 D. de tut. 26. 1, l. 17 C. de neg. gest. 2. 19, l. 1 C. si quis ign. 5. 73. — Capitis diminutio nach römischem Recht: §. 1. 4 I. h. t., l. 14 pr. — §. 2 D. de tut. 26. 1, l. 7 pr. D. de cap. dim. 4. 5 (l. über diese Stelle die bei Dangerow §. 288 Rum. Genannten, und diesen selbst).

<sup>2</sup> L. 4 pr. D. de tutelae 27. 3, pr. I. h. t.; §. 432 Note 10.

<sup>3</sup> L. 3 C. qui veniam 2. 45. Glüd XXXI §. 145 fg., Kraut II §. 168 fg.

<sup>4</sup> Für das f. g. peculium advancium ordinarium, nicht für das peculium advancium extraordinarium und für das peculium castronae und quasi castronae. Vgl. l. 14 pr. D. de tut. 26. 1, §. 1 I. h. t., und §. 432 Note 5.

<sup>5</sup> Kraut II §. 172 fg. behauptet, daß die Vormundschaft auch durch die Verheirathung des Mündels aufhöre (bei der Frau abgesehen davon, ob sie unter eheliche Vormundschaft trete oder nicht), mit Berufung auf älteres deutsches Recht (a. a. O. §. 89 fg.) bez. gemeines Gewohnheitsrecht (§. 173. 181). Demwider Seuff. Arch. VII. 276, XIII. 99. Vgl. aber auch das XVI. 96.

3) dadurch, daß die Beschränkung sich geltend macht, unter welcher die Berufung erfolgt ist<sup>6</sup>;

4) durch Ablehnung und Niederlegung der Vormundschaft, wo dieselbe gestattet ist (§. 435)<sup>7</sup>;

5) durch Absetzung des Vormundes<sup>8</sup>. Dieselbe wird durch die Obervormundschaftsbehörde von Amtswegen verfügt<sup>9</sup>, wenn der Vormund durch seine Arglist oder seine Nachlässigkeit das Wohl des Mündels gefährdet<sup>10</sup>, oder sein Lebenswandel von der

<sup>6</sup> Eintritt der auslösenden Bedingung, unter welcher, des Zeitpunktes, bis zu welchem der Vormund im Testament ernannt ist: l. 14 §. 3. 5 D. de tut. 26. 1, §. 5 I. h. t. Wegfall des Bedürfnisses, für welchen, Beendigung des Geschäftes, für welches die Obrigkeit einen Vormund bestellt hat: §. 433 Note 32. 34.

<sup>7</sup> Es wird behauptet, daß nicht schon durch die Excusation selbst (richterliche Anerkennung derselben), sondern erst durch die Ernennung eines neuen Vormundes die Vormundschaft des Excusirten aufhöre. v. Löhr Mag. f. RW. u. Gesetzg. III §. 46 fg., Ruborff II §. 403. Diese Behauptung wird aber weder durch die übrigen Quellenzeugnisse bewiesen, welche man für dieselbe geltend gemacht hat, noch auch durch Cai. I. 182, wo „dato“ auf Restitution beruht, und Husche „casu“ liest. Uebrigens hört jedenfalls mit dem zuerst bezeichneten Zeitpunkt, wie auch anerkannt wird, Recht und Pflicht der Vormundschaft auf, und so ist die ganze Frage sehr unpraktisch. Vgl. noch Sinteris §. 147 Ann. 69.

<sup>8</sup> Inst. 1. 26 Dig. 26. 10 Cod. 5. 43 de suspectis tutoribus vel (et) curatoribus. — Glüd XXI §. 41 fg., Ruborff III §. 176 fg., Kraut I §. 402—406.

<sup>9</sup> R. P. O. Tit. 32 (31) §. 3: — „indeme dann alle und jede Obrigkeiten, vermög göttlicher, und unserer Kayserlichen Gebott, sonders fleißiges Auffsehens zu thun, aus tragendem Ampt sich schuldig erkennen, und darumb keines Vormunders Fahrlässigkeit, noch weniger Verbortheitung bey seinem Pflegkind, oder dessen Gütern ungestrast hingehen lassen sollen“. Unter den „Obrigkeiten“, von welchen hier gesprochen wird, können keine anderen gemeint sein, als die im Vorhergehenden genannten, welche den Vormund ansetzen, bestellen, und zur Rechnungsablage anhalten sollen. Nach römischem Recht war die „suspecti cognitio“ Attribut der ordentlichen höheren Gerichtsbarkeit, trat aber von Amtswegen nur außerordentlicher Weise ein, setzte vielmehr regelmäßig eine „suspecti accusatio“ voraus. Ruborff a. a. O. Ausgeschlossen ist die letztere auch heutzutage nicht. Vgl. Glüd XXXI §. 95. 128, Kraut §. 404. — Auch hier (vgl. Note 7) streitet man, ob schon die Absetzung, oder erst die Einsetzung des Vormundes die Vormundschaft beendige (Ruborff III §. 198), obgleich hier l. 14 §. 4 D. de tut. 26. 1 den Zweifel hätte ausschließen sollen.

<sup>10</sup> §. 5. 6. 10 I. h. t., l. 3 §. 5. 16—18 l. 4 §. 4 l. 7 §. 1. 3 D. h. t., l. 1—6 l. 9 C. cod.

Art ist, daß eine solche Gefährdung zu befürchten steht<sup>11</sup>, oder die Mutter oder Großmutter, ohne vorher die Vormundschaft niedergelegt zu haben, zur zweiten Ehe schreitet<sup>12</sup>. Auch wegen bloßer Unfähigkeit kann Absetzung erfolgen<sup>13</sup>; die Obervormundschaftsbehörde kann sich aber in diesem Falle auch auf die mildere Maßregel beschränken, den Unfähigen einfach zu ersezen<sup>14</sup>, oder ihm einen Nebenvormund beizurufen<sup>15</sup>. Aus bewegenden Gründen kann sie diese mildere Maßregel selbst im Falle der Arglist eintreten lassen<sup>16</sup>.

### c. Rechtsverhältnis.

#### a. Verpflichtungsverhältnis zwischen Vormund und Mündel.

##### aa. Im Allgemeinen.

### §. 438.

Die Verpflichtungen, welche die Vormundschaft für den Vormund, wie für den Mündel erzeugt<sup>1</sup>, stehen unter freiem richterlichem Ermessen<sup>2</sup>. Der Hauptsache aber nach ist:

<sup>11</sup> §. 13 I. h. t. „Suspectum etiam cum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit“. L. 8 D. h. t.

<sup>12</sup> Nov. 22 c. 40 l. f., Nov. 94 c. 2 l. f.

<sup>13</sup> L. 8 §. 18 D. h. t. nennt: seguitias, rusticitas, inertia, simplicitas, ineptia. S. auch l. 3 §. 12 eod.

<sup>14</sup> L. 17 D. de tut. 26. 1.

<sup>15</sup> §. 5 I. de cur. l. 23, l. 13 pr. D. de tut. 26. 1, l. 10 §. 8 D. de exco. 27. 1, l. 6 C. h. t. Vgl. Seuff. Arch. IV. 129.

<sup>16</sup> L. 1 §. 5 l. 3 §. 18 l. 9 D. h. t. Absetzung wegen Arglist hatte nach §. 438. römischem Recht Infamie zur Folge, §. 6 I. h. t., l. 3 §. 18 cit., l. 9 C. h. t.

<sup>1</sup> Dig. 26. 7 de administratione et periculo tutorum et curatorum, qui gesserint vel non, et de agentibus et conveniendis uno vel pluribus; 27. 3 de tutela et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione; 27. 4 de contraria tutela et utili actione. Cod. 5. 37 de administratione tutorum vel curatorum, et pecunia pupillari foeneranda vel deponenda; 5. 38 de periculo tutorum et curatorum; 5. 51 arbitrium tutela; 5. 58 de contrario iudicio tutela.

<sup>2</sup> Den Verpflichtungen aus der tutela dienten bei den Römern die actio tutela directa und contraria. Die actio aus der cura minoris wurde zwar äußerlich nicht an die actio tutela, sondern an die actio negotiorum gestorum angeschlossen (l. 4 §. 1 l. 13 i. f. D. de tutela 27. 3, l. 1 O. quod cum eo 4. 26, l. 7 O. arb. tut. 5. 51, l. 17 C. de neg. gest. 2. 19), aber in allem Wesentlichen, und namentlich was den Grad der vom Vormund zu prästirenden Sorgfalt angeht, wie die actio tutela behandelt (l. 33 pr. D. de adm.

1) der Vormund verpflichtet, die Interessen des Mündels in allen Beziehungen nach besten Kräften wahrzunehmen<sup>3</sup>, namentlich das Vermögen des Mündels zu verwalten, und dasselbe dem Mündel nach beendigter Vormundschaft auf Grund einer von ihm zu legenden Rechnung herauszugeben<sup>4</sup>. Bei Allen, was der Vormund thut oder nicht thut<sup>5</sup>, haftet er nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen derjenigen Nachlässigkeit, welche er in eigenen Angelegenheiten nicht zu begehen pflegt<sup>6</sup>; in Ausnahmefällen steigert oder mindert sich seine Verantwortlichkeit<sup>6</sup>. Im Fall der Arglist und groben Nachlässigkeit wird der Mündel zum Würdungsseid

26. 7, Nov. 72 c. 8, l. 17 C. de neg. gest. 2. 19, f. ferner l. 25 D. de tutela 27. 3, l. 20 C. de adm. 5. 37), so daß sie andererseits doch wieder utilis tutela iudicium (l. 2 C. de her. tut. 5. 54), ja geradezu tutela iudicium (l. 3 C. arb. tut. 5. 51) genannt wird. In l. 11 D. de auct. 26. 8 ist von einem tutela curacionis iudicium, in Rubr. lit. Dig. 27. 3. 4 von einer utilis curationis causa actio die Rede. Nur in Einer Beziehung erkannte das römische Recht zwischen der Klage gegen den tutor und der Klage gegen den curator einen materiellen Unterschied an; aber auch dieser hat für das heutige Recht keine Geltung mehr. S. darüber Note 17.

<sup>2</sup> Die actiones tutela sind actiones bonae fidei, §. 28 I. de act. 4. 6, l. 38 pr. D. pro soc. 17. 2.

<sup>3</sup> R. P. D. lit. 32 (31) §. 3: — „alles . . . handeln, das einem getreuen vormünder eignet und zusteht“.

<sup>4</sup> L. 1 §. 3 D. de tutela 27. 3, l. 9 C. arb. tut. 5. 51. Seuff. Arch. X. 63.

<sup>5</sup> Daß nach römischem Recht der Vormund, welcher sich der Vormundschaft gar nicht angenommen hat, nur mit einer utilis actio haftet (l. 4 §. 3. 7 D. rom pup. 46. 6, l. 39 §. 11 D. de adm. 26. 7, l. 87 §. 1 D. de exco. 27. 1), hat seitlich rechtshistorische Bedeutung. Vgl. Rudorff III S. 8—10.

<sup>6</sup> L. 1 pr. D. de tutela 27. 3. „In omnibus, quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his, quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio, praestand dolum et culpam et quantam in rebus suis diligentiam“. L. 57 pr. D. de adm. 26. 7 (Wangerow §. 274), Nov. 72 c. 8. Der Vormund haftet, also an und für sich auch für levis culpa, er kann sich nur im Falle einer solchen durch einen Gegenbeweis befreien (§. 265 Nr. 6). So erklären sich Stellen wie l. 10 l. 33 pr. l. 39 §. 7 D. de adm. 26. 7, l. 23 C. eod. 5. 37, l. 7 C. arb. tut. 5. 51; l. 4 D. de mag. conv. 27. 8. Ueber die Stellen, welche andererseits die Verpflichtung des Vormundes auf lata culpa zu beschränken scheinen (l. 2 C. arb. tut. 5. 51, l. 2 C. si tutor vel cur. non gesserit 5. 55), f. Haffe Culpa S. 265—268, Rudorff III S. 70. 74. Ueber das Ganze: Haffe a. a. D. S. 258 fg., Rudorff S. 69 fg.

<sup>6</sup> Er haftet ohne die bezeichnete Milderung, wenn er sich zur Vormundschaft

zugelassen<sup>7</sup>; wegen Unterschlagung trifft den Vormund die Strafe des doppelten Sachwerths<sup>8</sup>. Die Erben des Vormundes können aus der gewöhnlichen Nachlässigkeit desselben nicht in Anspruch genommen werden<sup>9</sup>. — Der für eine spezielle Thätigkeit bestellte

zugebrängt hat, l. 53 §. 3 D. de fact. 47. 2. Er haftet bloß für lata culpa beim Antauf von Grundstücken für Mündelgeld, l. 7 §. 2 D. de adm. 26. 7. Allerdings ist diese letztere Ausnahme äußerst beschränkt; allein eine andere Erklärung der l. 7 §. 2 cit. scheint nicht möglich. Vgl. Haffs a. a. O. S. 264, Glüd XXX S. 259, Rudorff III S. 76; jedoch auch Sintenis §. 149 Anm. 35 a. E. Eine andere Ausnahme nach derselben Richtung wird von Manchen aus l. 2 C. arb. tut. 5. 51 hergeleitet; s. darüber Note 5. Glüd XXX S. 260. Daß der Vormund auch dann nur wegen lata culpa in Anspruch genommen werden kann, wenn ihm die weitere Verhaftung gütlicher Weise erlassen worden ist (l. 41 D. de adm. 26. 7, l. 20 §. 1 D. de lib. log. 34. 3, vgl. l. 9 cod., l. 119 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30, l. 72 §. 3 D. de cond. 35. 1), ist nichts Besonderes; daß aber ein solcher Erlass gütlich auch durch den Vater bei Ernennung des Vormundes geschehen könne, ist ein Satz, welcher zwar in l. 5 §. 7 D. de adm. 26. 7 anerkannt ist (lata culpa — dolus), aber für das heutige Recht, nach welchem die väterliche Ernennung den Vormund auch nicht von der Caution zu befreien im Stande ist (§. 436 Note 6), über das vom Vater hinterlassene Vermögen hinaus keine Geltung mehr beanspruchen kann. Vgl. Glüd XXX S. 263 fg., Rudorff III S. 108 fg., auch Kraut II S. 154.

<sup>7</sup> L. 2 §. 1 l. 5 pr. §. 3 l. 8 D. de in lit. iur. 12. 3; Cod. 5. 53 de in litem iurando.

<sup>8</sup> Das römische Recht gab für diesen Fall eine besondere actio, die actio de rationibus distrahendis. L. 1 §. 19 — l. 2 D. de tutelae 27. 3, l. 55 §. 1 D. de adm. 26. 7. Glüd XXXII S. 207 fg., Rudorff III S. 2 fg. Was die heutige Geltung dieser Strafe angeht, so müßte an und für sich behauptet werden, daß sie durch die heutzutage eintretende öffentliche Befragung der Unterschlagung absorbiert worden sei (§. 326 Note 4<sup>a</sup>), wenn sie nicht durch die R. P. D. v. 1577 Tit. 32 §. 3 („alles bey Vermeidung der Straff gemeiner Recht“) bestätigt worden wäre. A. M. Kraut II S. 159, welcher aber das gedachte Argument nicht berührt. A. M. auch Sintenis §. 150 Anm. 1, welcher die angeführten Worte der R. P. D. auf die accusatio suspocri geberet wissen will, ohne sich, wie es scheint, zum Bewußtsein zu bringen, daß es an ihm wäre, diese Beschränkung zu beweisen.

<sup>9</sup> L. 12. 49 D. de O. et A. 44. 7, l. 8 §. 1 D. de ad. tut. 27. 7; l. 4 D. de mag. conv. 27. 8, l. 39 §. 6 D. de adm. 26. 7, l. 1 C. de her. tut. 5. 54, l. 17 C. de neg. gest. 2. 19. Anders natürlich (l. §. 124 Note 15), wenn der Prozeß gegen den Vormund bereits begonnen hatte, l. 1 C. cit. Ueber den Schluß dieser Stelle s. Haffs Culpa Anh. I, Glüd XXX S. 276 fg., Rudorff III S. 42 fg.

Vormund (§. 433 Note 33. 34) haftet natürlich nur für diese Thätigkeit.

2. Der Mündel ist verpflichtet<sup>10</sup>, dem Vormund Alles, und zwar mit Zinsen<sup>11</sup>, zu ersetzen, was der Vormund bei der Führung der Vormundschaft<sup>12</sup> im Interesse des Mündels<sup>13</sup> aus seinem Vermögen aufgeopfert hat<sup>14</sup>. Der Vormund kann diesen Anspruch sowohl einredeweise gegenüber dem Anspruch des Mündels, als auf dem Wege selbständiger Klage geltend machen<sup>15</sup>. — Auf ein Honorar hat der Vormund nur dann einen Anspruch, wenn ihm ein solches durch den Vater bei der Ernennung oder durch die Obervormundschaftsbehörde ausgesetzt worden ist<sup>16</sup>.

3. Die Ansprüche sowohl des Mündels als des Vormundes können erst nach Beendigung der Vormundschaft Klagen verfolgt werden<sup>17</sup>. Doch steht der Vormund auch während der Dauer der Vormundschaft unter der Aufsicht der obervormundschaftlichen Behörde, welcher er jährlich Rechnung ablegen muß<sup>18</sup>, und welche

<sup>10</sup> Dig. 27. 4 de contrariis tutelae et utili actione. Cod. 5. 58 de contrario iudicio tutelae. Glüd XXXII S. 266 fg., Rudorff III S. 119 fg.

<sup>11</sup> L. 3 §. 1 — l. 6 D. h. t.

<sup>12</sup> L. 33 §. 3 D. de adm. 26. 7, l. 3 §. 8 D. h. t.

<sup>13</sup> L. 1 §. 6 l. 3 pr. §. 7. 8 D. h. t., l. 33 §. 3 D. de adm. 26. 7, l. 3 C. cod. 5. 37, l. 4 C. de in lit. dando 5. 44. Vgl. §. 490 Note 17.

<sup>14</sup> L. 1 §. 5 l. 3 §. 1 D. h. t.; §. 2 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, l. 5 §. 1 D. de O. et A. 44. 7; l. 1 §. 6. 7 D. h. t., l. 2 C. de in lit. dando 5. 44.

<sup>15</sup> L. 1 §. 4. 8 l. 2 l. 3 pr. D. h. t.

<sup>16</sup> L. 3 D. de neg. gest. 3. 5; l. 33 §. 3 D. de adm. 26. 7, l. 1 §. 6 D. de tutelae 27. 3; Glüd XXXII S. 87, Rudorff III S. 132, Kraut II S. 160.

<sup>17</sup> L. 1 §. 24 l. 4. pr. l. 9 pr. §. 4. 5 D. de tutelae 27. 3. Anders war es im römischen Recht mit den Ansprüchen des curator minoris und gegen denselben, l. 4 §. 3 D. de tutelae 27. 3, l. 1 §. 3 D. de contr. iud. tut. 27. 4; obgleich doch auch hier schon eine Ausnahme für den Anspruch gegen den Curator auf Rechnungslegung und Herausgabe des Vermögens gemacht wird, l. 14 §. 2 C. de adm. 5. 37. Nach heutigem Recht, wo die Vormundschaft über den Geschlechtsreifen einfach als Fortsetzung der Vormundschaft über den Geschlechtsunreifen erscheint, müssen auf jene in dieser Beziehung die Grundsätze der letzteren angewendet werden.

<sup>18</sup> Nach der Bestimmung der R. P. D. v. 1577 Tit. 32 §. 3. Die R. P. D. v. 1549 Tit. 31 §. 3 verlangt jährliche Rechnungslegung nur „auf Forderung der Obrigkeit“.



ihn zur Erfüllung seiner Pflichten nöthigenfalls durch unmittelbaren Zwang anhalten kann<sup>19</sup>.

bb. Im Besonderen\*.

§. 439.

Im Besonderen ist der Vormund verpflichtet:

1) zur Sorge für die Erhaltung des Vermögens des Mündels. Dahin gehören nicht bloß factische Maßregeln<sup>1</sup>, sondern namentlich auch die Verkaufserung von überflüssigen und dem Verderb ausgesetzten Sachen<sup>2</sup>, die Einziehung von Forderungen, deren Verlust zu befürchten ist<sup>3</sup>, die Bezahlung von drückenden Schulden<sup>4</sup>. Daß der Vormund selbst Gläubiger oder Schuldner ist, macht dabei keinen Unterschied<sup>5</sup>.

2) Der Vormund muß ferner dafür sorgen, daß von dem Vermögen des Mündels derjenige Ertrag gezogen werde, welchen dasselbe zu gewähren im Stande ist, ohne dabei jedoch zu einem außergewöhnlichen Aufwand von Zeit oder Kraft verpflichtet zu sein<sup>6</sup>. Namentlich<sup>7</sup> Geld des Mündels muß der Vormund entweder in fruchttragenden Grundstücken anlegen, oder, wenn dieß nicht ausführbar ist, auf Zinsen ausleihen<sup>8</sup>; säumt er da-

<sup>19</sup> Dieß schon nach römischem Recht: l. 1 pr. 1. 7 §. 3. 7. 8 D. de adm. 26. 7, l. 2 D. de foris 2. 12, l. 9 D. de mun. 50. 4, l. 3 C. de susp. 5. 43.

a. 439. \* Glüd XXX S. 300 fg., Kuborff II S. 357 fg.

<sup>1</sup> L. 22. 24 C. h. t. 5. 37, l. 3 C. de per. 5. 38.

<sup>2</sup> L. 5 §. 9 l. 7 §. 1 D. h. t. 26. 7, l. 22 C. eod. 5. 37, l. 3 C. de per. 5. 38.

<sup>3</sup> L. 15 l. 39 §. 14. 16 l. 43 pr. D. 57 pr. h. t. 26. 7, l. 18 l. 24 l. f. O. h. t. 5. 37, l. 2 C. arb. tut. 5. 51. Gesterbing Arch. f. civ. Pr. II. 20.

<sup>4</sup> L. 9 §. 5 D. h. t. 26. 7, l. 23 C. eod. 5. 37.

<sup>5</sup> L. 9 §. 2. 3. 5 D. h. t. 26. 7. Vgl. l. 35 §. 3 D. de neg. gen. 3. 5.

<sup>6</sup> L. 47 §. 6 D. h. t. 26. 7. Hat er aber einen solchen Aufwand wirklich gemacht, so darf er den dadurch gezogenen Gewinn nicht für sich behalten, l. 58 pr. eod.

<sup>7</sup> Grundstücke: l. 32 §. 2 D. h. t. 26. 7.

<sup>8</sup> L. 24 C. h. t. 5. 37, l. 3 §. 2 l. 5 pr. 1. 7 §. 3 l. 8 l. 13 §. 11. 58 §. 1. 3 D. eod. 26. 7, l. 3 C. de usur. pup. 5. 56. Die Behauptung Puchta's (§. 849. 1), die Vorschrift, daß der Vormund in erster Linie Grundstücke an-

mit<sup>9</sup>, so muß er selbst landesübliche Zinsen als Schadensersatz zahlen<sup>9</sup>. Für Mündelgeld, welches er unredlicher Weise in

kaufen solle, sei nur als wirtschaftliche, nicht als rechtliche zu verstehen, und gelte nur, wenn sie durch die Umstände wirtschaftlich gerechtfertigt werde, findet in den genannten Quellenzeugnissen keine Unterstützung. — Justinian hat später (Nov. 72 c. 4—6) den Vormund von der Verpflichtung, das Geld des Mündels anzulegen, wofür nur sonst hinreichende Einkünfte vorhanden seien, ganz befreit, dafür aber vorgeschrieben, daß, wenn er das Geld dennoch ausleihen wolle, er dieß auf seine Gefahr thue. Aber diese Vorschrift ist durch eine einmüthige Provis beseitigt worden. Glüd XXX S. 326 fg., Kuborff II S. 367, Kraut II S. 136 fg. Ueber die Nov. 72 c. 6 überhaupt s. Warezoll Arch. f. civ. Pr. IX S. 40 fg., Glüd S. 315 fg., Kuborff S. 365 fg., Sintonis §. 149 Anm. 35. — Verantwortlichkeit des Vormundes, wenn er bei der Anlage des Mündelgeldes nicht mit der gehörigen Sorgfalt verfährt: l. 50 D. h. t. 26. 7, vgl. l. 35 l. 44 eod. Vgl. noch Glüd S. 328, Kraut S. 139—141. Senff. Arch. III. 72, IV. 100, XI. 253, XIII. 150, XVII. 218. Den Beweis der gehörigen Sorgfalt muß der Vormund führen; er ist nicht zur Anlage verpflichtet, sondern zur gehörigen Anlage. S. auch l. 11 D. de prob. 22. 3, l. 1 §. 13 D. de mag. conr. 27. 8, und vgl. §. 410 Note 4 a. C., §. 430 Note 5 a. C. Hat der Vormund das Mündelgeld an verschiedene Schuldner ausgeliehen, so kann er den bei dem einen Capital durch außergewöhnlich gute Anlage erzielten Vortheil gegen den durch seine Schuld bei einem andern Capital eingetretenen Verlust aufrechnen. Oder mit anderen Worten: er kann verlangen, daß der Mündel entweder alle Capitalien nehme, wie sie sind, schlecht oder gut, oder daß er auf sämmtliche verzichte, wo dann der Vormund nichts zu ersetzen hat, als die ausgeliehenen Summen mit den ortsüblichen Zinsen. L. 7 §. 6 l. 16 D. de adm. 26. 7, l. 11 §. 1 D. de usur. 22. 1. Vgl. über diese Stellen Glüd XXX S. 331 fg., Kuborff III S. 79, 80, Sintonis §. 149 Note 57.

<sup>9</sup> Nach l. 11 §. 7 l. 15 D. h. t. 26. 7 hat der Vormund für vorgekauftenes Geld eine Frist von 6, für neu eingenommenes von 2 Monaten. Dieß ist aber zu verstehen vorbehaltlich des Gegenbeweises des Vormundes, daß ihm eine Anlage innerhalb dieser Frist nicht möglich gewesen sei (l. 12 §. 4 D. h. t. 26. 7, l. 3 C. de us. pup. 5. 56), so wie des Mündels, daß dem Vormund eine frühere Anlage möglich gewesen sei (l. 13 §. 1 D. h. t. 26. 7: es wird dem Vormund borgehan, daß er sein eigenes Geld angelegt habe). Vgl. übrigens auch Glüd XXX S. 327, Sintonis II S. 229 Anm. 2. Col.

<sup>9</sup> L. 7 §. 3. 7 l. 58 §. 3 D. h. t. 26. 7, l. 7 §. 10 eod. Höhere Zinsen zahlt der Vormund, wenn der Schaden des Mündels noch größer war, l. 7 §. 10 h. t. Auch zur Strafe kann dem Vormund durch Verfügung der Obervormundschaftsbehörde die Zahlung von höheren Zinsen auferlegt werden, l. 7 §. 10 cit. Daß andererseits die Verpflichtung des Vormundes durch die Bestimmung des Erblassers, von welchem das Mündelvermögen herrührt, gemindert werden kann (l. 47 §. 4 D. h. t.), versteht sich von selbst.

seinen eigenen Nutzen verwendet hat, zahlt er die höchsten erlaubten Zinsen<sup>10</sup>.

3. Stetet sich dem Mündel Gelegenheit zu einem Erwerbe ohne Aufopferung, so darf der Vormund auch diese nicht vorübergehen lassen, so wie er andererseits hastet, wenn er sich in Beziehung auf einen solchen Erwerb unbesonnen benommen hat<sup>11</sup>.

4. Inwiefern der Vormund dem Mündel Ausgaben, welche er aus dessen Vermögen gemacht hat, in Rechnung bringen darf, bestimmt sich nach denselben Grundsätzen, nach welchen sich bestimmt, inwiefern der Vormund von dem Mündel Ausgaben zurückfordern kann, welche er für denselben aus seinem eigenen Vermögen gemacht hat<sup>12</sup>. Was speziell die Ausgaben für die persönlichen Bedürfnisse des Mündels angeht, so kann der Vormund, wenn er sicher gehen will, sich ein Maß für dieselben von der obervormundschaftlichen Behörde bestimmen lassen<sup>13</sup>; abgesehen hiervon entscheidet auch in Beziehung auf sie das wohlervogene

<sup>10</sup> L. 7 §. 4. 10. 12 D. h. t. 26. 7, 1. 38 D. de neg. gest. 3. 5, 1. 3 §. 3 D. de contr. tut. 27. 4, 1. 3 C. arb. tut. 5. 51. Unrechliche Verwendung ist es nicht, wenn der Vormund das Geld selbst als Darlehn nimmt, l. 9 §. 7 D. h. t. 26. 7 (vgl. l. 54 eod.). Nach l. 46 §. 2 eod. soll es auch keine unrechliche Verwendung sein, wenn der Vormund das Geld in seinem Namen ausleiht; dabei wird aber vorausgesetzt, daß der Vormund sich in der Vormundschaftsrechnung zu gleichem Betrage als Schuldner des Mündels vortrage, so daß dieser Fall genau betrachtet kein anderer ist, als der Fall der l. 9 §. 7 cit. (vgl. l. 3 C. arb. tut. 5. 51). Doch bleibt auch die Möglichkeit, die l. 46 §. 2 cit. von einem Fall zu verstehen, wo der Vormund nicht das Darlehn in seinem Namen gegeben, sondern bloß die Stipulation auf seine Person gestellt hat (l. 9 pr. eod.). Vgl. l. 7 §. 6 l. 16 D. eod. und §. 442 Note 2.

<sup>11</sup> L. 21 C. h. t. 6. 87, l. 26. inlt. eod., l. 39 §. 3 D. h. t. 26. 7, 1. 11 D. de anot. tut. 26. 8, 1. 3 §. 17 D. de susp. 26. 10, 1. 4 C. arb. tut. 5. 51, l. 7 §. 3 C. de cur. fur. 5. 70, 1. 15 §. 9 — l. 18 D. loc. 19. 2, l. 67 §. 6 D. de R. N. 23. 2, 1. 11 D. de B. P. 37. 1.

<sup>12</sup> §. 438 Note 18. Im Besonderen: Abtragung von Schulden, l. 9 §. 5. 6 l. 32 §. 6 D. h. t. 26. 7, 1. 13 §. 2 D. eod., l. 6 §. 31. 67 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6; Prozeßkosten, l. 1 §. 9 D. de tutelae 27. 3, 1. 9 §. 6 D. h. t. 26. 7; Reisefkosten, l. 1. §. 9 cit.; Honorar eines Sachverständigen, dessen Zuziehung nöthig geworden ist, l. 1 §. 7 eod. S. auch l. 1 §. 6 eod.

<sup>13</sup> L. 3 l. 2 §. 1. 2 D. ubi pup. 27. 2, 1. 2 C. de alim. pup. praest. 5. 50. Älterliche Bestimmung erlegt die obervormundschaftliche nicht: l. 2 §. 3 D. ubi pup. 27. 2, 1. 47 §. 1 D. h. t. 26. 7.

Interesse des Mündels<sup>14</sup>. Auch zu Liberalitäten im Namen des Mündels ist der Vormund befugt, wenn dieselben von einer sittlichen oder nicht zu umgehenden Anstandspflicht gefordert werden<sup>15</sup>.

### β. Macht des Vormundes.

#### §. 440.

1. Der Vormund ist befugt, die Rechte des Mündels geltend zu machen, und klagen zu verfolgen<sup>1</sup>. Andererseits ist er auch der rechte Beklagte gegenüber den Ansprüchen, welche gegen den Mündel erhoben werden<sup>2</sup>.

2. Zur Erzeugung rechtlicher Wirkungen für den Mündel ist der Vormund unbedingt befugt, so weit der Mündel dadurch bereichert wird; dagegen hat er die Macht zu Veräußerungen des Mündelvermögens und zu Belastungen des Mündels mit Verpflichtungen nur unter wesentlichen Beschränkungen.

a. Er hat die Macht zu denselben nur insoweit, als die ihm obliegende Verwaltung sie mit sich bringt<sup>3</sup>. Daher sind

<sup>14</sup> L. 2 pr. 1. 1 §. 8 D. de tutelae 27. 3, 1. 12 §. 3 l. 13 pr. D. h. t. 26. 7, 1. 2 §. 1 D. ubi pup. 27. 2, 1. 2 C. de alim. pup. praest. 5. 50. Mitgift und Heirathskosten: l. 52 D. h. t. 26. 7, 1. 9 eod., l. 60 D. de l. D. 23. 3.

<sup>15</sup> Alimete an Mutter oder Schwester des Mündels: l. 13 §. 2 D. h. t. 26. 7, 1. 1 §. 2. 4 D. de tutelae 27. 3. Regelmäßig wiederkehrende Festgeschenke an Ältern und Verwandte: l. 12 §. 3 D. h. t. 26. 7. Dagegen ist dem Vormund ein Hochzeitsgeschenk an die Mutter oder Schwester des Mündels nicht gestattet: l. 13 §. 2 eod., l. 1 §. 5 D. de tutelae 27. 3. (Auch Feutzutage nicht? Gl. l. d. XXX C. 340. 341, S. i. n. t. e. n. i. s. §. 149 Anm. 88.) Eine Mitgift darf der Vormund nur der vollbürtigen Schwester des Mündels, nicht der halbbürtigen geben, l. 12 §. 3 D. h. t. 26. 7. S. im Allgemeinen l. 12 §. 2 eod. „Nimium est, licet tutori respectu existimationis pupilli erogare ex bonis eius, quod ex suis non honestissime fuisset erogaturus“.

<sup>1</sup> S. §. B. l. 46 §. 7 l. 1 §. 4 D. de adm. 26. 7, 1. 18 C. eod. 5. 37 §. 440.

<sup>2</sup> S. §. B. l. 9 §. 5 i. f. l. 1 §. 2. 3 D. eod., 1. 28 C. eod.

<sup>3</sup> Zwar ist der Vormund dem Mündelvermögen gegenüber „domini loco“, „vice domini“ (l. 56 §. 4 D. de furt. 47. 2, l. 157 pr. D. de R. I. 50. 17); aber nur „quantum ad providentiam pupillarem“ (l. 27 D. de adm. 26. 7), „quam tutelam administrat“ (l. 7 §. 3 D. pro emt. 41. 4).

nichtig Schenkungen<sup>4</sup> (mit der §. 439 z. E. bezeichneten Ausnahme), nichtig alle arglistigen Eingriffe in das Vermögen des Mündels<sup>5</sup>, und ebenso entsteht aus widerrechtlichen Handlungen des Vormundes keine andere Verpflichtung für den Mündel, als die zur Herausgabe der ihm dadurch erwachsenen Bereicherung<sup>6</sup>.

b. Nichtig ist die Veräußerung des Vormundes an sich selbst<sup>7</sup>. Ebenso wenig kann der Vormund sich selbst zum Gläubiger des Mündels machen<sup>8</sup>.

c. Eine jede Veräußerung ist nichtig ohne Gestattung der Obervormundschaftsbehörde. Hiervon ist näher zu handeln (§. 441).

d. Alle an und für sich zu Recht bestehenden Veräußerungen und Belastungen unterliegen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> L. 16 C. de adm. 5. 37, vgl. l. 12. 17 D. de cur. fur. 27. 10, l. 13 D. de manum. 40. 1.

<sup>5</sup> L. 7 §. 3 D. pro emt. 41. 4: — „tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, quam tutelam administrat, non quam pupillum spoliat“. S. noch l. 12 §. 1 D. de adm. 26. 7, l. 16 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 20 §. 1 (vgl. l. 34 §. 1) D. de nov. 46. 2, l. 5 §. 2 D. de auct. 26. 8.

<sup>6</sup> L. 13 §. 6. 7 D. de A. E. Y. 19. 1, l. 3. 4 D. quando ex facto 26. 9, l. 1 §. 2 D. si quis ius dic. 2. 3, l. 15 pr. D. de dolo 4. 3, l. 17 §. 1. 2 D. de damno inf. 39. 2, l. 4 D. de tab. exh. 43. 5, l. 5 §. 12 l. 11 §. 6 D. de int. quod vi aut el. 43. 24, l. 198 D. de R. I. 50. 17. Es hat sich aber in der römischen Jurisprudenz die eigenthümliche Auffassung geltend gemacht, daß aus Delicten, welche der Vormund bei Verwaltung des Mündelvermögens begebe, der Mündel eben dadurch reicher werde, daß ihm ein Ersatzanspruch gegen den Vormund erwachse. L. 61 D. de adm. 26. 7, l. 3 §. 1 D. de trib. act. 14. 4, l. 21 §. 1 D. de pec. 15. 1, l. 1 §. 6 D. ne vis fiat ei 43. 4. Glük XXXI S. 18 fg., Rudorff II S. 340 fg.

<sup>7</sup> Dieß gilt übrigens in gleicher Weise für jeden andern Verwalter fremden Vermögens. L. 34 §. 7 l. 46 D. de contr. emt. 13. 1, l. 5 §. 2 — l. 6 D. de auct. 26. 8. S. §. 388 Note 14. Anders, wenn der Vormund „palam“ mit einem Mitvormund contrahirt, oder von einem Gläubiger des Mündels oder bei einer Verfeigerung kauft. L. 5 §. 2—4 D. de auct. 26. 8, l. 2 §. 3 D. pro emt. 41. 4, l. 5 C. de contr. emt. 4. 38. Seuff. Arch. I. 84; s. aber auch V. 193. Arglistiger Verkauf an sich selbst wird mit dem Vierfachen gestraft, l. 46 D. de contr. emt. 13. 1.

<sup>8</sup> Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich bezeugt, aber bezweigen nicht weniger unzweifelhaft. Auch auf dem Wege der Cession kann der Vormund sich nicht zum Gläubiger des Vormundes machen (§. 335. 2. c.). Sich selbst ein Darlehn zu geben, ist dem Vormund gestattet, l. 9 §. 7 D. de adm. 26. 7.

<sup>9</sup> S. I §. 117 Note 3.

## §. 441\*.

1. Der Satz, daß die Veräußerung von Mündelvermögen der obervormundschaftlichen Gestattung bedürfe, gilt für das gesammte Capitalvermögen des Mündels, ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen, körperlichen und unkörperlichen Sachen<sup>1</sup>; bloß ganz werthlose und überflüssige Sachen sind ausgenommen<sup>2</sup>. Er gilt aber auch nur für das Capitalvermögen, nicht für die Einkünfte<sup>3</sup>; dieselben müßten denn über 2 Jahre rückständig sein, oder es müßte die rückständige Summe mehr als 100 Ducaten betragen<sup>4</sup>.

2. Unter Veräußerung<sup>5</sup> ist nicht bloß die Veräußerung im

\* Dig. 27. 9 de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto §. 441. non alienandis vel supponendis. Cod. 5. 71 de praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis. Cod. 5. 72—74. — Glük XXXII S. 444 fg., XXXIII S. 1 fg., Rudorff II S. 383 fg. Bachofen ausgewählte Lehren des röm. Civilrechts Nr. 4.

<sup>1</sup> Das Erforderniß der obervormundschaftlichen Gestattung wurde ursprünglich — durch eine oratio des Kaiser Septimius Severus und einen darauf folgenden Senatsbeschluß, l. 1 §. 2 D. h. t. — nur für praedia urbana und suburbana (über diesen Begriff s. l. 16 C. h. t.) aufgestellt, durch die Jurisprudenz und die spätere kaiserliche Gesetzgebung aber, namentlich durch ein Gesetz Constantin's, in der angegebenen Weise erweitert. N. 3 §. 4. 5 D. h. t., l. 3 §. 6 l. 4 l. 5 pr. eod., l. 22. 25 C. de adm. 5. 37. Unkörperliche Sachen: dingliche Rechte, l. 3 §. 4. 5 D. h. t.; obligatorische Rechte, l. 25 C. eod., §. 2 l. quid. alien. 2. 8. In den beiden letzten Stellen wird bestimmt, daß selbst Zahlung an den Vormund ohne richterliches Decret dem Mündel kein Forderungsrecht nicht nehmen solle (vgl. Seuff. Arch. I. 251, XI. 53; IX. 307); um so mehr bedarf Veräußerung des Forderungsrechts durch Cession oder Novation der obervormundschaftlichen Zustimmung. L. 22 D. de adm. 26. 7, l. 20 §. 1 l. 34 §. 1 D. de nov. 46. 2 enthalten das Recht ihrer Zeit: die Compileratoren haben eine Aenderung dieser Stellen veranlaßt oder für überflüssig gehalten. Doch ist dieser Punkt streitig. Vgl. Mühlensbruch Cession §. 41, Glük XXX S. 10, Sinteris §. 149 Anm. 77. — S. noch l. 5 §. 2 D. h. t., „Si pupillus alienum fundum bona fide emptum possideat, dicendum puto, nec hunc alienare tutores posse“. Ueber den Schluß dieser Stelle s. Glük XXXIII S. 6 Note 8, Bachofen S. 126 Note 40.

<sup>2</sup> L. 22 l. f. C. de adm. 5. 37, l. 4 C. quando decreto 5. 72.

<sup>3</sup> L. 28 §. 5 l. 25 C. de adm. 5. 37.

<sup>4</sup> L. 27 C. eod. Das Gesetz nennt 100 solidi: vgl. §. 367 Note 2. S. noch Sinteris §. 149 Note 76.

<sup>5</sup> Vgl. I §. 69 (S. 146).

engeren Sinne, d. h. die Uebertragung eines dem Mündel zugehörigen Rechtes zu verstehen, sondern auch das bloße Aufgeben eines (erworbenen) Rechtes<sup>6</sup>. Auch der Antrag auf Theilung ist Veräußerung im Sinn der gesetzlichen Vorschrift<sup>7</sup>. Nichtunterbrechung einer Verjährung hindert nicht den Verlust des Rechtes, verpflichtet aber den dadurch Bereicherten zur Wiederherstellung desselben<sup>8</sup>. — Ob die Veräußerung eine totale, oder nur eine partielle ist, ist gleichgültig<sup>9</sup>.

3. Auf den Grund der Veräußerung<sup>10</sup> kommt nur insofern etwas an, als obervormundschaftliche Gestattung nicht erforderlich ist bei der Veräußerung zum Zweck der Erfüllung einer durch Erbschaft auf den Mündel übergegangenen Verpflichtung<sup>11</sup>, ferner nicht bei der Verpfändung zum Zweck der Bestellung einer Prozeßcaution in einem gegen den Mündel erhobenen Prozeß<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> L. 5 §. 8 D. h. t., vgl. l. 7 C. h. t. Ceu ff. Arch. XIII. 100, XVIII. 148.

<sup>7</sup> L. 7 pr. D. l. 17 C. h. t., vgl. l. 1 §. 2 l. 5 §. 16 l. 6 D. h. t. Bgl. Bachofen S. 157 fg. Ceu ff. Arch. XIII. 149, XVI. 59.

<sup>8</sup> L. 3 §. 5 D. h. t. „An ergo (usufructus) nec non utendo amittatur, si tutor causam praebuerit huius rei? Et manifestum est, restaurari debere“. Bgl. l. 5 §. 6 D. de don. i. v. o. u. 24. 1. „Si donationis causa vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitutem, vero post divortium condicere posse“. — In anderen Fällen tritt auf Grund einer Nichtthätigkeit des Vormunds die betreffende rechtliche Wirkung ohne die bezeichnete Verpflichtung ein, l. 3 §. 1 D. h. t., l. 28 C. de adm. 5. 37. — Daß der Pfandverkauf durch den nicht befristigten Pfandgläubiger nicht unter die Senatsvorschrift falle, hatte für einen besondern Fall diese selbst ausdrücklich ausgesprochen, und erkannte die Jurisprudenz und spätere Gesetzgebung ohne Beschränkung an. L. 1 §. 2 D. h. t., l. 2 C. si adv. vend. pign. 2. 29; l. 7 §. 1 D. h. t., l. 1 C. h. t. — Bgl. noch l. 3 §. 2. 3 D. h. t.

<sup>9</sup> L. 8 §. 5 l. 7 §. 5 l. 8 §. 2 D. h. t., l. ult. C. de reb. al. non alien. 4. 51.

<sup>10</sup> Im Einzelnen werden in den Quellen außer dem Kauf genannt: Kauf (l. 4 C. h. t.), Vergleich (l. 4 cit.), Schenkung (l. 4 cit., l. 4 C. si quis ign. 5. 73), Wittigstbestellung und Eheschickung (l. 22 C. de adm. 5. 37, l. 8 C. h. t.), Erfüllung (l. 5 §. 4. 5 D. h. t.), Leistung an Erfüllungsort (l. 15 C. h. t.).

<sup>11</sup> L. 5 §. 6. 7 D. h. t., l. 1 C. quando decr. 5. 72.

<sup>12</sup> L. 28 §. 3 C. de adm. 5. 37.

4. Die obervormundschaftliche<sup>13</sup> Gestattung darf nur aus Gründen der Noth, nicht aus Gründen des Nutzens erteilt werden; sonst ist sie nichtig<sup>14</sup>. Ferner ist sie nichtig, wenn sie nicht nach gepflogener Untersuchung<sup>15</sup>, oder wenn sie auf Grund unwahrer Angaben<sup>16</sup>, oder anders als durch ein förmliches Decret erteilt worden ist<sup>16a</sup>.

5. Die obervormundschaftliche Gestattung wird ersetzt durch die Erlaubniß des Erblassers, von welchem die zu veräußernde Sache herrührt<sup>17</sup>, und des Regenten<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Ueber die Competenzfrage s. Glüd XXXIII S. 37. 43, Kuborff II S. 420. 421, Kraut II S. 147.

<sup>14</sup> Die Senatsvorschrift selbst erlaubte die Gestattung der Veräußerung nur wegen drängender Schulden, l. 1 §. 2 D. h. t., und diese Beschränkung wiederholt Ulpian in seinem Commentar zu derselben, indem er Gründe des Nutzens ausdrücklich anschießt, l. 5 §. 14 D. h. t. Von der andern Seite wird in l. 61 §. 1 D. de l. D. 23. 3 auch Wittigstbestellung für die Mündelin, und in l. 6 C. h. t. „necessitas“ überhaupt als rechtfertigender Veräußerungsgrund zugelassen. Ueber den Fall der Noth aber ist man nicht hinausgegangen. Zwar scheint l. 4 C. h. t. nach einem sehr nahe liegenden argumentum a contrario auch Veräußerung zum Zweck des Vergleiches und des Kaufes zu gestatten; aber dieses Argument ist trügerisch. Denn es führt dahin, daß die Obrigkeit auch Schenkungen durch ihre Zustimmung gültig machen könne, und dem widerspricht mit ausdrücklichen Worten l. 8 C. si maior factus 5. 74: „cum donationes a minoribus necdum decreto celebrari possint.“ (vgl. Ceu ff. Arch. VIII. 61). Dieser Stelle gegenüber muß sich l. 17 D. de car. ar. 27. 10 trotz aller entgegenstehenden Gründe bequemen, auf den Fall des Wahnsinns beschränkt zu werden. Sinterus §. 149 Anm. 94 nimmt auf Grund dieser letzteren Stelle an, daß die Obrigkeit aus Nützlichkeitsgründen Schenkungen, nicht aber andere Veräußerungen, genehmigen könne. — Die deutschen Particularrechte erweitern sehr gewöhnlich die Genehmigungsmacht der Obrigkeit auf Nützlichkeitsgründe, und Kraut II S. 145 fg. ist auf Grund davon geneigt, auch für das gemeine Recht ein Gewohnheitsrecht gleichen Inhalts anzunehmen. Dafür auch Ceu ff. Arch. III. 344. S. auch Kuborff II S. 419; andererseits aber Glüd XXXIII S. 33 fg.

<sup>15</sup> L. 5 §. 9. 10. 11 l. 11 D. h. t., l. 6. 12 C. eod.

<sup>16</sup> L. 1 §. 2 l. 5 §. 15 D. h. t., l. 5 C. eod.

<sup>16a</sup> L. 6. 12 C. h. t. Daß das Decret der Veräußerung vorhergehe, ist, obgleich in den Quellen als das Regelmäßige vorausgesetzt, nicht notwendiges Erforderniß. Bgl. Glüd XXXIII S. 45 fg., Kuborff II S. 424; auch in diesem Lehrbuch I §. 83 Note 5. 6.

<sup>17</sup> L. 1 §. 2 l. 14 D. h. t., l. 3 C. quando decr. 5. 72. Bachofen S. 153 fg.

<sup>18</sup> L. 2 C. quando decr. 5. 72. Bgl. Glüd XXIII S. 97.

Windscheid, Pandekten. II. Bb. II. Abth.

6. Die ohne gehörige Gestattung geschehene Veräußerung ist nichtig; der Mündel kann daher das Veräußerte von jedem Besitzer abfordern<sup>19</sup>, muß aber dem Besitzer ersetzen, worum er durch dessen Gegenleistung reicher geworden ist<sup>20</sup>. Daneben bleibt natürlich dem Mündel sein Entschädigungsanspruch gegen den Vormund unbenommen, so jedoch, daß die Durchführung des einen Anspruchs den anderen ausschließt<sup>21</sup>.

7. Die Nichtigkeit der Veräußerung wird gehoben durch ethliche Bestärkung des geschlechtsreifen Mündels<sup>22</sup>, oder einfache Genehmigung nach erreichter Großjährigkeit<sup>23</sup>; ferner durch fünfjähriges Schweigen des Mündels nach erreichter Großjährigkeit<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> L. 5 §. 15 (l. 1 §. 2) D. h. t., l. 3. 4. 8. 10. 11. 15. 16 C. h. t., l. 2. 3. 4 C. si quis ign. 5. 73. — Beweislast: Glük XXIII S. 56 fg., Ruborff II S. 428 fg. — Nichtigkeit des Kaufs auch für den Käufer nimmt an das Erl. bei Seuff. Arch. XIV. 101.

<sup>20</sup> L. 7 §. 5 l. 19 D. h. t., l. 4. 10. 14. 16 C. eod. — Die Behauptung Ruborff's (II S. 432) und Bachofen's (S. 144 fg.), daß in Betreff der in l. 13 cit. erwähnten Frage die strengere Meinung des Papinian über die mildere des Paulus die Oberhand gewonnen habe, kann trotz l. 16 C. cit. gegenüber l. 4. 10. 14 C. cit. als richtig nicht anerkannt werden; s. auch Sintonis §. 149 Anm. 114.

<sup>21</sup> L. 5 §. 15 l. 10 D. h. t.

<sup>22</sup> L. 1 C. si adv. vend. 2. 28 und dazu Auth. Frid. II Sacramenta puberum. S. §. 324 Note 3.

<sup>23</sup> L. 2 C. si maior factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit 5. 74, l. 1. 2 C. si maior factus ratam habuerit 2. 46.

<sup>24</sup> L. 3 C. si maior factus 5. 74, von Justinian. Nötteres Recht: l. 2 C. eod., l. 3. 4 C. si quis ign. 5. 73, l. 1 C. Th. de praed. min. sine decreto non alienandis 3. 32. Die l. 3 C. cit. hat eine ganze Literatur; s. außer Glük XXXIII S. 73 fg. und Ruborff II S. 435 fg.: v. Berg jur. Beobachtungen und Rechtsfälle l. 7 (1802). S. Ph. v. Bülow Abh. über ein. Materien des röm. bürger. R. I S. 251—264 (1817), Marezoll Arch. f. civ. Pr. VIII S. 279 fg. (1825), v. Buchholz jur. Abhandlungen Nr. 19 (1833), Unterholzner Verjährungslehre II §. 163 (2. Aufl. 1858). Die Punkte, auf welche es hauptsächlich ankommt, sind folgende. a) Bezieht sich das Gesetz, wie im Text angenommen worden ist, auch auf die Veräußerung von Sachen geschlechtsunreifer, oder nur auf die Veräußerung von Sachen geschlechtsreifer Mündel? Der Zweifelsgrund ist, daß das Gesetz nur von *minores* spricht. Aber dieß erklärt sich vollkommen daraus, daß die Verjährung, welche es einführt, erst von der *maior aetas* an laufen soll. Auch die l. 1 C. Th. cit. nennt nur die *minores*. H. M. Glük S. 78 fg., v. Bülow S.

## §. 442.

Was die formale Seite der rechtlichen Thätigkeit des Vormundes in Angelegenheiten des Mündels angeht, so ist es heutzutage das Gewöhnliche und fast Ausschließliche, daß der Vormund im Namen des Mündels handelt<sup>1</sup>, während dieß bei den

253 fg., v. Buchholz S. 251, Unterholzner S. 49, Seuff. Arch. XVI. 121; übereinstimmend Ruborff S. 440, Seuff. Arch. XI. 160. Vgl. noch Sintonis §. 149 Anm. 118. b) Bezieht sich das Gesetz auch auf den Fall, wo der Vormund für den Mündel, oder nur auf den Fall, wo der Mündel selbst gehandelt hat? Das Gesetz steht in seinem späteren Verlauf den Minderjährigen als Handhabenden voraus; im Anfange aber heißt es allgemein: „Si quando sine decreto minorum . . . res alienantur vel supponantur“. Wenn man geltend macht, daß im Fall der Veräußerung durch den Vormund die Wissenschaft des Mündels von derselben eine zweifelhaftere sei, so ist darauf zu antworten, daß nach der Bestimmung des Gesetzes die Verjährung auch gegen den Erben des Minderjährigen laufen soll, bei welchem die Möglichkeit des Nichtwissens noch viel näher liegt. Uebereinstimmend Glük S. 84, v. Buchholz S. 252, Ruborff S. 440, Seuff. Arch. XI. 160; a. M. Unterholzner S. 48. c) Gehoben wird durch den Ablauf der 5 Jahre nur diejenige Ungültigkeit, welche ihren Grund in dem Mangel der obrigkeitlichen Genehmigung hat, nicht die Ungültigkeit der Veräußerung überhaupt. Daher nimmt das Gesetz selbst den Fall der Schenkung aus: „cum . . . donationes a minoribus necdum decreto celebrari possunt“. Die folgenden Worte: „si minor vel post veniam aetatis rem immobilem donationis titulo in alium . . . transcripserit“ sind so zu verstehen: si minor rem, vel post veniam aetatis rem immobilem cet., und erklären sich aus l. 3 C. qui veniam 2. 45. Vgl. über diesen Schluß der Stelle Glük S. 93 fg., v. Bülow S. 262 fg., Marezoll a. a. O., v. Buchholz S. 253 fg., Ruborff S. 442 fg., Sintonis Anm. 118 a. E. d) Durch den Ablauf der fünf Jahre wird nicht etwa bloß eine Einrede zu Gunsten des Besitzers erzeugt, sondern es wird die nichtige Veräußerung gültig gemacht, und zwar von Anfang an; das Gesetz steht in dem Stillstehen während fünf Jahre eine Bestätigung (confirmatio). „Ideoque praecipimus, si per quinque continuos annos post impletam minorem aetatem . . . nihil conquisitus est super tali alienatione vel suppositione is qui eam fecit vel heres eius, minime posse retractari eam occasione praetermissi decreti, sed sic tenere, quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita“. Ueber diesen Punkt ist kein Streit. e) Es kann mit Fug nicht bezweifelt werden, daß im Sinne des Gesetzes zur Unterbrechung des „silentium“ Aflagstellung erforderlich ist. Glük S. 90 fg., v. Bülow S. 260 fg., Ruborff S. 441.

<sup>1</sup> Vgl. Krant II S. 115, Sintonis III S. 182 in der Anm.

Römern nur in beschränktem Maße zulässig war<sup>2</sup>. Der Vormund kann aber auch den Mündel selbst handeln lassen. In diesem letzteren Falle besteht dasjenige, was der Vormund seinerseits zu der Handlung des Mündels hinzuzuthun hat, wenn der Mündel das Alter der Geschlechtsreife noch nicht erreicht hat, in einer Theilnahme an der Handlung selbst, während bei geschlechtsreifen Mündeln jede irgendwie erklärte Zustimmung hinreicht<sup>3</sup>.

\* S. 1 §. 78, II §. 818. Bei den Römern mußte, abgesehen von Ausnahmefällen (s. die genannten §§.), der Vormund entweder den Mündel selbst handeln lassen (s. das im Text folgende Folgende), oder, bei Erwerbshandlungen, einen Sklaven des Mündels (l. 9 pr. D. de adm. 26. 7, l. 2. 6 D. rom pup. 48. 6), oder er mußte in eigenem Namen handeln, also sich selbst berechtigen und verpflichten. In diesem letzteren Falle gingen aber die in seiner Person erzeugten Rechte und Verbindlichkeiten, wenn nicht sofort, so doch jedenfalls nach beendigter Vormundschaft von Rechtswegen auf den Mündel über; und auch während der Dauer der Vormundschaft, konnten die von ihm übernommenen Verbindlichkeiten gegen ihn selbst, wenn überhaupt, nur bis zum Belange des Mündelvermögens geltend gemacht werden. L. 9 pr. D. de adm. 26. 7, l. 2 D. quando ex facto 26. 9, l. 2. 4 C. eod. 5. 39; l. 26 C. de adm. 5. 37, l. 1 C. quando ex facto 5. 39; l. 43 §. 1 D. de adm. 26. 7, vgl. l. 4 §. 1 D. de evict. 21. 2; l. 2 pr. D. de adm. 26. 7, l. 6. 7 D. quando ex facto 26. 9, l. 4 §. 1 D. de re iud. 42. 1, vgl. l. 5 D. quando ex facto 26. 9, l. 1 C. eod. 5. 39, l. 15 D. si quis cant. 2. 11. Anders, wenn der Vormund nicht nur in eigenem Namen, sondern auch gar nicht als Vormund handelte: l. 89 §. 4 l. 43 §. 1 D. de adm. 26. 7, l. 5 §. 1 D. quando ex facto 26. 9, l. 4 C. si tut. vel cur. interv. 2. 25; auch l. 46 §. 2 D. de adm. 26. 7 ist wohl hierher zu stellen (§. 439 Note 10). Zur Vervollständigung des Quellenmaterials ist noch hinzuzufügen: l. 11 §. 7 D. de pign. act. 13. 7, l. 5 C. quando ex facto 5. 39. Vgl. über das Ganze Mühlensbrunn Cession I. 186. 141. 142, Savigny Obf. II S. 36 fg., Buchla Stellvertret. §. 7, Schmidt Cession I S. 389 fg. 396 fg.

<sup>2</sup> Theilnahme an der Handlung: auctoritatis interpositio; Zustimmung: consensus. L. 9 §. 5 D. de auct. 26. 8 (§. 2 I. eod. l. 21). „Tutor statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri; post tempus vero aut per epistolam interposita eius auctoritas nihil valet“. Bei schriftlichem Abschluß des Rechtsgeschäfts kann die auctoritas aber auch schriftlich erteilt werden, l. 9 §. 6 D. h. t. Bedingung (und Befristung) sind nicht zulässig, l. 8 eod. — Wieweit wird allerdings behauptet, daß nach heutigem Recht in allen Fällen consensus des Vormundes genüge. Vgl. über diese Frage Glüd XXX S. 477. 478, Kraut II S. 114 fg. Andererseits sucht Sintenis III S. 182 fg. in der Ann. auszuführen, daß nach heutigem Recht nachträgliche Genehmigung weder bei impuberes, noch bei minores hinreicht.

<sup>3</sup> Kann der Vormund rechtliche Wirkungen für den Mündel auch durch

Inwiefern der Mündel durch Rechtshandlungen, welche er ohne alle Mitwirkung des Vormundes vornimmt, eine rechtliche Wirkung für sich zu erzielen im Stande ist, ist eine nicht hierher gehörige, und oben (I §. 71) beantwortete Frage. Es ist aber zu dem daselbst Gesagten hinzuzufügen, daß die obervormundschaftliche Gestattung zu Veräußerungen ganz ebenso erforderlich ist, wenn der Minderjährige allein, als wenn er mit dem Vormund oder durch den Vormund handelt\*. Selbst die Großjährigkeitserklärung macht die obervormundschaftliche Gestattung zwar wohl bei beweglichen, aber nicht bei unbeweglichen Sachen unnötig<sup>6</sup>.

γ. Rechtsverhältnis bei Mehrheit der Vormünder\*.

§. 443.

Wenn der Mündel mehrere Vormünder hat, so ist es möglich: 1) daß die Berufung eines jeden derselben auf einen besonderen, örtlich oder sachlich abgegränzten, Geschäftskreis geht<sup>1</sup>; oder 2) daß zwar jeder Vormund auf die ganze Vormundschaft berufen, die

Handeln in eigenem Namen hervorrufen? Ein hierher gehöriger Fall aus dem römischen Recht ist in Note 2 bezeichnet. In diesem Falle handelte aber der Vormund, wenn auch in eigenem Namen, doch immerhin in seiner Eigenschaft als Vormund (s. namentlich l. 43 §. 1 D. de adm. 26. 7), während heutzutage in der Erklärung des Vormundes, daß er als Vormund handle, auch die Erklärung gesunden werden muß, daß er im Namen des Mündels zu handeln gewillt sei. Wie aber wenn er bei der Handlung als Vormund gar nicht hervortritt? Durch eine Handlung dieser Art kann er nur in dem einen Fall rechtliche Wirkungen für den Mündel hervorrufen, wo die Handlung eine Veräußerung enthält (der Vormund überträgt, v. eine Sache des Mündels als seine eigene zu Eigenthum, — l. 10 §. 1 D. de cur. fur. 27. 10 geht auf eine mala fide vorgenommene Veräußerung —), und eine solche Veräußerung wird wegen Mangels des obervormundschaftlichen Consenses immer ungültig sein.

<sup>5</sup> L. 4. 11. 16 C. de praed. min. 5. 71, l. 3 C. si malor fact. 5. 74.

<sup>6</sup> L. 3 C. de his qui ven. 2. 45.

\* Glüd XXIX S. 178 fg., XXX S. 359 fg., Rudorff II S. 251 fg., §. 443. III S. 22 fg., v. Khr Arch. f. civ. Pr. XI S. 3 fg.

<sup>1</sup> Der Beschränkung der ursprünglichen Berufung steht es natürlich gleich, wenn gegen die Berufung für einen Theil der Vermögensverwaltung ein Ablehnungsgrund geltend gemacht und durchgeführt wird. Anders, wenn einem Vormund für einen Theil der Geschäfte, ohne Verbindung von denselben, nur

Verwaltung derselben aber zwischen den Mehreren getheilt<sup>2</sup>, oder Einem ausschließlich übertragen ist<sup>2</sup>; oder endlich 3) daß auch die Verwaltung der Vormundschaft, wie diese selbst, ungetheilt ist. Im ersten Fall ist die rechtliche Stellung eines jeden Vormundes die gleiche, als wenn er allein Vormund wäre<sup>4</sup>. Im zweiten Fall hat jeder Vormund Recht und Pflicht der Verwaltung nur so weit, als sie ihm überwiesen ist<sup>5</sup>; er ist aber außerdem verpflichtet, die Verwaltung der Mitvormünder zu überwachen, und kann, wenn er in dieser Beziehung etwas versäumt, aus den Fehlern derselben in zweiter Linie auch seinerseits in Anspruch genommen werden<sup>6</sup>. Im dritten Fall endlich hat jeder Vormund Recht und

ein Nebenvormund zugeordnet wird. C. l. 27 pr. D. de tut. dat. 26. 5, l. 6 §. 1 C. de bon. quae lib. 6. 61, Nov. 117 c. 1, und die Stellen in §. 433 Note 84; l. 21 §. 2—4 D. de excus. 27. 1; l. 9 §. 9 D. de adm. 26. 7, l. 5 C. in quib. cas. tut. habent l. 5. 36.

<sup>1</sup> L. 86 D. de adm. 26. 7: — „divisio tutelae, quae non iuris, sed iurisdictionis est“.

<sup>2</sup> Der verwaltende tutor heißt tutor gerens, ihm gegenüber der nicht verwaltende tutor honorarius. L. 3 §. 2 D. de adm. 26. 7, l. 14 §. 1 D. de solut. 46. 3, l. 60 §. 2 D. de R. N. 23. 2. Neben dem tutor honorarius wird in den Quellen noch der tutor notitiae causa datus genannt. Derselbe hat dem verwaltenden tutor gegenüber die Stellung eines tutor honorarius, außerdem aber die Pflicht, denselben durch seine Sachkenntniß zu unterstützen. L. 14 §. 1. 6 D. de solut. 46. 3, l. 32 §. 1 D. de test. tut. 26. 2, l. 1 C. de per. tut. 5. 38.

<sup>4</sup> L. 3 C. de in lit. dando 5. 44.

<sup>3</sup> a) Recht der Verwaltung: l. 4 l. 51 D. de adm. 26. 7, l. 100 D. de solut. 46. 3, l. 4 D. de auct. 26. 8, l. 5 C. eod. 5. 59. Wie, und ob überhaupt mit diesen Stellen l. 14 §. 1 D. de solut. 46. 3 und l. 49 D. de aeq. vel. om. her. 29. 2 zu vereinigen seien, ist sehr bestritten. S. darüber Glük XXIX S. 184 fg., Auborff II S. 302 fg., Bangerow I §. 281 Anm., und die von diesen Schriftstellern Citirten. Jedenfalls können die genannten Stellen für das heutige Recht, nach welchem die Befugniß zur Verwaltung durch die Obrigkeit ausdrücklich verliehen werden muß (§. 436 Note 2), keine Schwierigkeit machen. Senff. Arch. XV. 228. b) Pflicht der Verwaltung: l. 2 C. de per. 5. 38, l. 2 C. de div. tut. 5. 52, l. 51 l. 55 pr. i. f. D. de adm. 26. 7. S. Abrigens auch l. 39 §. 3. 7 l. 47 §. 2 D. de adm. 26. 7. c) Die gegen den Mängel begründeten Ansprüche können gegen jeden Vormund geltend gemacht werden, welcher etwas aus dem Vermögen des Mündels in Händen hat, l. 36 l. 47 §. 7 D. de adm. 26. 7. Ueber l. 2 C. eod. 5. 37 f. Glük XXX S. 418 fg.

<sup>6</sup> L. 8 §. 2 l. 9 §. 8 l. 19 l. 41 l. 55 §. 4 D. de adm. 26. 7, l. 60

Pflicht der Verwaltung ungetheilt<sup>7</sup>; er wird aber, was das Recht der Verwaltung angeht, durch den Widerspruch eines jeden Mitvormundes gehemmt<sup>8</sup>; und was die Pflicht der Verwaltung angeht, so haftet er zwar aus den Fehlern der Mitvormünder unbedingt, da er seinerseits sich der Sache hätte annehmen sollen<sup>9</sup>, aber ebenfalls erst in zweiter Linie<sup>10</sup>. — Uebrigens kann eine

§. 2 D. de R. N. 23. 2, l. 12 D. rom. pup. 46. 6 (wo statt „idonea culpa“ zu lesen ist „idonei culpa“), l. 2 C. de div. tut. 5. 52, l. 1 C. de per. tut. 5. 38. Vgl. §. 298 Note 9. — Daß der Vormund erst in zweiter Linie haftet, will in diesem Falle (vgl. Note 10) sagen, daß er erst dann in Anspruch genommen werden kann, wenn auch von der Obervormundschaftsbehörde (§. 445) nichts zu erlangen ist. L. 1 §. 15 D. de tutelae 27. 3, l. 46 §. 6 D. de adm. 26. 7.

<sup>7</sup> a) Recht der Verwaltung: l. 3 pr. l. 24 §. 1 D. de adm. 26. 7, l. 14 §. 5 D. de solut. 46. 3, l. 1 C. si ex plurib. 5. 40, l. 4 pr. l. 5 pr. D. de auct. 26. 8, l. 5 C. eod. 5. 59. Vgl. Ulp. XI. 26. Senff. Arch. XVII. 259. b) Pflicht der Verwaltung: f. Note 9 u. 10. Anders jedoch in dem Falle, wo jede Vormundschaft auf einem besonderen Berufsgrunde beruht, l. 46 §. 6 D. de adm. 26. 7.

<sup>8</sup> Arg. l. 7 §. 3 D. de cur. fur. 27. 10. Vgl. Sintonis §. 151 Note 4.

<sup>9</sup> — „tenetur etiam ob rem, quam non gessit, cum gerere deberet“, l. 5 D. de mag. conv. 27. 8. S. ferner l. 55 pr. D. de adm. 26. 7, l. 2 C. de div. tut. 5. 52, und die in der folgenden Note citirten Stellen. Vgl. Ribbentrop Gerrealobl. S. 59—72, und über l. 14 D. de adm. 26. 7 und l. 1 C. si tutor vel curator non gesserit 5. 55 benf. §. 10 Note 7. Kann ausnahmsweise dem Vormund ein Vorwurf daraus nicht gemacht werden, daß er sich der Sache nicht angenommen hat, so haftet er auch nicht. A. M. Sintonis §. 151 Note 5.

<sup>10</sup> L. 39 §. 11 l. 55 §. 2 D. de adm. 26. 7, l. 8 C. eod. 5. 37, l. 5 i. f. C. in quib. cas. tutorem habenti 5. 36, l. 6 C. arb. tut. 5. 51, l. 2. 3 C. de div. tut. 5. 52, l. 2 C. de her. tut. 5. 54, l. 1 C. si tutor vel cur. resp. causa 5. 64. Vgl. §. 298 Note 9. — Der Vormund haftet aber in diesem Falle nicht hinter, sondern vor der Obervormundschaftsbehörde; l. 1 §. 15 D. de tutelae 27. 3, l. 46 §. 6 D. de adm. 26. 7, l. 4 C. de mag. conv. 5. 75. Der Gegensatz dieser Bestimmung gegen die entsprechende Bestimmung im Falle der Note 6 erklärt sich so: der Vormund ist in diesem Falle, wenn er gleich den Fehler nicht selbst gemacht hat, doch immerhin Schuld daran, daß derselbe gemacht worden ist, während er in dem Falle der Note 6 nur daran Schuld ist, daß der den Fehler begehende Vormund Vormund geblieben ist. In beiden Fällen ist der Fehler aus ihn zurückzuführen; aber im ersten Falle direct, im zweiten nur indirect.



Theilung der Verwaltung, oder die Uebertragung der Verwaltung an Einen Vormund ausschließlich, mit rechtlicher Wirkung nur durch die Obervormundschaftsbehörde geschehen<sup>11</sup>, und namentlich bindet eine Vereinbarung der Vormünder unter sich weder den Mündel, noch überhaupt einen Dritten<sup>12</sup>.

Wenn ein Vormund wegen Insolvenz des Mitvormundes etwas leisten muß, wofür er erst in zweiter Linie haftet, so kann er sowohl von dem Mündel, welchen er befreibt, Abtretung der diesem gegen den Mitvormund zustehenden Forderung verlangen, als auch ohne diese Abtretung direct auf den Mitvormund zurückgreifen<sup>13</sup>. Mehrere Vormünder, welche sich in der gleichen Lage befinden<sup>14</sup>, haben die Rechtswohlthat der Theilung<sup>15</sup>, und wenn Einer wegen Insolvenz des Mitvormundes das Ganze leisten muß, so hat derselbe ebenfalls sowohl einen Anspruch gegen den Mündel

<sup>11</sup> Nach römischem Recht auch durch den letztwilligen Ernener. Wenigstens erkennt dies mit Bestimmtheit l. 2 C. de dir. tut. 5. 52 an, während l. 3 D. de adm. 26. 7 (s. namentlich §. 1 und 3) die letztwillige Ernennung nur als Grundlage obrigkeitlicher Anordnung ansieht. Für das heutige Recht ist die Frage durch die Nothwendigkeit der bei jeder Vormundschaft eintretenden obrigkeitlichen Bestallung erledigt. — Bei ihrer Anordnung soll die Obervormundschaftsbehörde auf die Wünsche der Vormünder oder ihrer Mehrheit Rücksicht nehmen. L. 3 §. 6—1. 4 D. de adm. 26. 7, §. 1 I. de satisd. 1. 24, l. 3 pr. D. de post. 3. 1, l. 3 §. 5 D. iud. solvi 46. 7, Nov. 118 c. 5. Ein anderer in den Quellen angeführter Bestimmungsgrund für die obervormundschaftliche Anordnung, daß sich nämlich von mehreren an und für sich zur Sicherheitsleistung nicht verpflichteten Vormündern Einer, um die Verwaltung allein zu erhalten, zur Sicherheitsleistung erbieter (l. 17—19 §. 1 D. de test. tut. 26. 2, l. 5 §. 3. 4 D. de leg. tut. 26. 4, l. 4 C. de tut. vel cur. qui actio non dedit 5. 42, §. 1 I. cit.), fällt für das heutige Recht weg (§. 436 Note 6).

<sup>12</sup> L. 5 D. de mag. conv. 27. 3, l. 2 l. f. l. 3 C. de dir. tut. 5. 52. S. auch l. 5 §. 3 l. 55 pr. §. 2 D. de adm. 26. 7.

<sup>13</sup> L. 30 D. de neg. gest. 3. 5, l. 1 §. 13 l. 18 D. de tutelae 27. 3, l. 2 C. de contr. iud. tut. 5. 58. Vgl. §. 298 Note 12. 13. Ueber die Natur des Anspruchs gegen den Mitvormund s. unten Note 16.

<sup>14</sup> S. außer den im Folgenden genannten Stellen noch l. 39 §. 11 l. 55 §. 3 D. de adm. 26. 7, l. 15 D. de tutelae 27. 3, l. 6 C. arb. tut. 5. 51, l. 2 C. de dir. tut. 5. 52, l. 1 §. 43 D. dep. 16. 3.

<sup>15</sup> L. 39 pr. §. 1 D. de adm. 26. 7, l. 1 §. 11. 12 D. de tutelae 27. 3 l. 6 D. de fidel. tut. 27. 7. Vgl. §. 298 Note 10, und Sintenis §. 15, Note 8. Scuff. Arch. V. 297.

auf Forderungsabtretung, als einen directen Rückgriff gegen den Mitvormund<sup>16</sup>.

### 3. Haftung von Neben- und anderen Personen.

#### §. 444.

1. Neben dem Vormund haften die von ihm bestellten Bürgen<sup>1</sup>, nach den gewöhnlichen Grundsätzen; nur daß die Rechts-

<sup>16</sup> L. 1 §. 13 l. 21 D. de tutelae 27. 3, l. 6 C. arb. tut. 5. 51, l. 2 C. de dir. tut. 5. 52. Ausnahme für den Fall gemeinschaftlicher Arglist: l. 1 §. 14 D. de tutelae 27. 3, l. 38 §. 2 D. de adm. 26. 7. Vgl. §. 298 Note 12. 13. — Der Anspruch gegen den Mitvormund wird in diesem Fall, wie in dem Falle der Note 13, als utilis actio bezeichnet, l. 1 §. 13 D. de tutelae 27. 3, l. 2 C. de contr. iud. tut. 5. 58, und es liegt nahe, diese utilis actio als die durch gesetzliche Cession (§. 390 Nr. 3) übertragene actio des Mündels aufzufassen. Diese Meinung wird vertreten von Gluck XXX S. 375 fg., v. Lindelof Arch. f. civ. Pr. VII. 6, Müllersbruch Cession S. 474 fg., Rudorff III S. 37, Schmid Cession I S. 359 fg. Gegen dieselbe spricht l. 76 D. de sol. 46. 3; wenn Modestin hier hervorhebt, daß die durch den Mündel vorgenommene Cession in dem Falle unwirksam sei, wo sie erst nach erhaltener Bestreibung vorgenommen werde, so kann er unbillig angenommen haben, daß dem Vormund auch ohne Cession des Mündels dessen Klagerrecht zustehe. Gegen die bezeichnete Meinung spricht ferner, wenngleich nicht in entscheidender Weise, l. 30 D. de neg. gest. 3. 5, wo das Klagerrecht des Vormundes als negotiorum gestororum actio bezeichnet wird (§. 431 Note 12). Das Argument, welches man für die bezeichnete Meinung aus l. 2 §. 9 D. de adm. rer. 50. 8 herleitet, ist sehr zerbrechlich (es heißt: in collegam, und es ist nicht nothwendig, hinter solus zu interpungiren), und ebenso wenig entscheidend ist die von Schmid geltend gemachte l. 3 D. de mag. conv. 27. 8. Das Praktische der Frage liegt darin, daß, wenn die utilis actio auf gesetzlicher Cession beruht, sie dem Vormund auch die Nebenrechte der Forderung des Mündels gewährt.

<sup>1</sup> Dig. 27. 7 de fideiussoribus et nominatoribus . . tutorum et curatorum; s. 441. 46. 6 rem pupilli vel adolescentis salvam fore. Cod. 5. 57 de fideiussoribus tutorum vel curatorum. — Bei den Römern war es gebräuchlich, als Grundlage der Bürgschaft noch eine besondere Stipulation abzuschließen. Dieselbe nahm den Inhalt der actio tutelae in sich auf (l. 1 l. 4 §. 6 l. 9. 10. 11 D. rem pup. 46. 6), nicht jedoch auch den Inhalt der actio utilis wegen nicht übernommener Verwaltung (l. 4 §. 3. 7 D. eod., vgl. §. 438 Note 4<sup>a</sup>). Das Letztere ist eine Eigentümlichkeit eben der Stipulation rem pupilli salvam fore, und hat daher für uns keine Bedeutung mehr. — Zu l. 2 l. f. C. h. t. vgl. Keller Ritschcontest. und Urtheil S. 566, Rudorff III S. 139. 143—145.

wohlthat der Theilung (§. 479) hier wegfällt<sup>2</sup>. Dem Bürgen steht gleich, wer vor der Obervormundschaftsbehörde die Versicherung der Tüchtigkeit des Vormundes abgegeben hat, ausdrücklich<sup>3</sup>, oder stillschweigend durch Erbittung<sup>4</sup> oder Vorschlagung<sup>5</sup> einer bestimmten Person. — Steht der Vormund unter väterlicher Gewalt, so entscheiden über die Verpflichtung des Vaters aus seiner Person die gewöhnlichen Grundsätze<sup>6</sup>. — In letzter Linie kann auch die Obervormundschaftsbehörde in Anspruch genommen werden. S. darüber den folgenden §.

2. Derjenige, welcher ohne Vormund wirklich zu sein, als Vormund thätig wird, steht zu dem Quasi-Mündel in dem gleichen Verpflichtungsverhältnis, wie der wirkliche Vormund<sup>7</sup>, und nur in dem Fall, wo der Quasi-Mündel gar keinen Vormund haben kann, entscheiden die Grundsätze von der gewöhnlichen Geschäfts-

<sup>1</sup> L. 12 D. rem pup. 46. 6. Ueber l. 7 D. de ad. tut. 27. 7 f. C. III §. 382 fg., Keller a. a. D. S. 437, Rudorff III S. 143—145, Cirtanner Bürgsch. S. 407.

<sup>2</sup> Affirmator. L. 4 §. 3 D. de ad. tut. 27. 7, vgl. l. 13 pr. D. de min. 4. 4.

<sup>3</sup> Postulator. L. 2 D. de ad. tut. 27. 7, l. 2 §. 5 D. qui petant 26. 5, vgl. l. 8 C. si mater indemnitate 5. 46.

<sup>4</sup> Nominator. Rubr. tit. Dig. 27. 7 de fideiusoribus et nominatoribus . . . tutorum vel curatorum, l. 2 sod. Die nominatio fand zweifelsohne ihre Hauptanwendung bei der im Justinianischen Recht verschwundenen potioris nominatio (§. 435 Note 2); s. aber auch l. 1 §. 3 D. de mag. conv. 27. 8, l. 2 C. qui petant 5. 31. Vielfach ist in den Quellen auch von einer nominatio der Municipalmagistrate die Rede (l. 1 §. 5. 10 D. de mag. conv. 27. 8, l. 1. 4. 5 C. eod. 5. 75, l. 28 D. de tut. dat. 26. 5, l. 6 C. qui dars 5. 34); diese hatten aber nicht nach dem Recht der Bürgschaft, sondern nach dem Rechte der actio subsidiaria (§. 445), und daher erst hinter den Bürgen und dem mitverwaltenden Vormund, l. 4 C. de mag. conv. 5. 75.

<sup>5</sup> Actio de peculio, l. 21 l. 37 §. 2 D. de adm. 26. 7, l. 11 D. de tutelae 27. 3, l. 1 C. quod cum eo 4. 26; actio de in rem verso, l. 21 D. cit., l. 1 C. cit. Auch die actio quod iussu findet hier eine analoge Anwendung, „si pater ignorat tutelam“ (so. ut suam), l. 7 D. de tut. 26. 1, l. 21 D. cit., l. 1 C. cit.

<sup>6</sup> Dig. 27. 5 de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit. Cod. 5. 46 de eo qui pro tutore negotia gessit. Er haftet also ebenfalls nur für diligentia quam suis (l. 4 D. h. t.), vorausgesetzt jedoch, daß er in gutem Glauben gewesen ist; denn wußte er, daß er nicht Vormund sei, so haftet er nach der Regel des §. 435 Note 6 z. N. für omnia culpa S. auch l. 53 §. 3 D.

führung<sup>8</sup>. Wie der Vormund haftet auch dessen Erbe, wenn dieser nach dem Tode des Vormundes die Verwaltung des Mündelvermögens freiwillig fortführt, oder etwas von demselben an sich nimmt<sup>9</sup>. Zur Vollendung der vom Vormunde begonnenen Geschäfte ist der Erbe verpflichtet, haftet dabei aber nur für grobe Nachlässigkeit<sup>10</sup>.

#### d. Obervormundschaft.

##### §. 445.

Die Obervormundschaft, deren Functionen im Vorhergehenden angegeben worden sind<sup>1</sup>, wird, wo nicht das Particularrecht abweichende Bestimmungen enthält, durch das ordentliche Gericht erster Instanz geführt<sup>2</sup>. Verfümt dasselbe etwas von den ihm

de fart. 47. 2 und vgl. Zintner in Arch. f. civ. Pr. I. 19. Contrarium iudicium: l. 5 D. h. t. Daß der Quasi-Vormund nicht die gleiche Macht hat, wie der wirkliche Vormund, versteht sich von selbst. S. l. 2 D. l. 2 C. h. t., tit. Dig. 27. 6 quod falso tutore auctore gestum esse dicatur, und vgl. Henkel in Arch. f. civ. Pr. I. 18.

<sup>8</sup> L. 1 §. 6 D. h. t., l. 24 D. de tutelae 27. 3.

<sup>9</sup> L. 4 pr. §. 2 D. de . . . heredibus tutorum et curatorum 27. 7, l. 1 §. 1 D. eod., l. 4 C. eod. 5. 54, l. 7 §. 13 D. de adm. 26. 7, l. 1. 2. 4 C. de in lit. iur. 5. 53. Der Erbe haftet in diesem Fall, wie der Vormund: also für diligentia quam suis. L. 4 pr. cit. — „tutelae iudicio eam teneri suo nomine“. Von Anderen wird zwar behauptet, er hafte nur für lata culpa, auf Grund von l. 4 §. 1 D. h. t. Aber wenn man bedenkt, wie wenig inneren Grund eine solche Milderung haben würde (der Erbe will sich entweder unrechtmäßiger Weise bereichern, oder nimmt Geschäfte in die Hand, zu deren Beforgung ihn Niemand nöthigt), so wird man geneigt sein, die l. 4 §. 1 cit. dadurch zu beseitigen, daß man sie auf den Fall der Fortsetzung von Geschäften bezieht, welche der Vormund unvollendet hinterlassen hat (Note 10). L. 17 C. de neg. gest. 2. 19 handelt entweder von demselben Fall, oder von der Verhaftung des Erben für die Schuld des Vormundes (§. 438 Note 9). Noch Andere wollen den Erben für levis culpa schlechthin hafsten lassen; dieß stimmt ebensowenig zu dem „tutelae iudicio“ in l. 4 pr. cit. Vgl. C. III §. 370 fg., Rudorff III S. 43.

<sup>10</sup> L. 1 pr. D. h. t. 27. 7, l. 27 D. de app. 49. 1, l. 1 §. 1 D. si pendente app. 49. 13. Vgl. §. 408 Note 12, §. 411 Note 6.

<sup>1</sup> S. §. 438 Note 10 und Nr. 3, §. 434 z. N. und Nr. 2, §. 435 §. 445. Note 4, §. 436, §. 437 Note 5, §. 438 Note 16 und Nr. 3, §. 439 Note 13, §. 440, §. 443 Note 11.

<sup>2</sup> Die Obervormundschaft bildet einen Zweig der freiwilligen Gerichts-

obliegenden Pflichten, so haftet es<sup>3</sup> dem Mündel auf Schadenerlag, b. h. es muß seinerseits die Verbindlichkeit des Vormundes erfüllen<sup>4</sup>, wenn weder von diesem noch von den für ihn haftenden Nebenpersonen etwas zu erlangen ist<sup>5</sup>. Ist ein Mitvormund vorhanden, so muß bei ungetheilter Verwaltung auch dieser vor-

barkeit. Competent ist das Gericht des Wohnsitzes des Mündels (das römische *forum originis* ist hier, wie überhaupt, unanwendbar, vgl. l. 1 §. 2 D. de tut. dat. 26. 5, l. an. C. ubi potantur 5. 32, Rudorff I S. 370. 372), welcher Wohnsitz regelmäßig der letzte Wohnsitz des Vaters sein wird. Vgl. Savigny Syst. VIII S. 341, Rudorff I S. 373, Glüd XXIX S. 456—458. Seuff. Arch. VI. 49, X. 62, XI. 299. Hat aber der Mündel Vermögen in mehreren Gerichtsbezirken, so kann ihm in jedem derselben ein besonderer Vormund bestellt werden, wo denn auch jedes bestellende Gericht für das betreffende Vermögen eine besondere Obervormundschaft führt. L. 27 pr. D. de tut. dat. 26. 5, l. 21 §. 2 D. de excus. 27. 1, l. 2 C. eod. 5. 62. Glüd XXIX S. 457, Rudorff I S. 371, Sintenis III §. 147 Note 88. Seuff. Arch. IV. 130; vgl. IV. 131 und VIII. 148.

<sup>3</sup> Dig. 27. 8 Cod. 5. 75 de magistratibus conveniendis. R.P.D. Tit. 32 (31) §. 3. Glüd XXIX S. 406 fg., Rudorff III S. 153 fg. — Nach römischem Recht hafteten nur die magistratus municipales (diese auf Grund eines Senatsbeschlusses aus der Regierung R. Trajan's, l. 5 C. h. t.) nicht die höheren Magistrate (l. 1 pr. §. 3 D. l. 5 C. h. t.; l. 1 §. 8 D. l. 6 C. h. t.; l. 1 §. 1 D. h. t., §. 4 I. de satiad. tut. l. 24), und auch jene nur wegen Nichtbestellung eines Vormundes, oder weil sie nicht für gehörige Bürgschaftsleistung der Bestellten gesorgt hatten, oder wegen unrichtiger Ansormirung des höheren Magistrats (l. 1 §. 6 D. h. t., l. 1 §. 11. 17 D. eod., l. 2 §. 5 D. ad mun. 60. l. §. 2 I. de satiad. tut. l. 24; l. 1 §. 2. 3. 5. 10 D. l. 1. 4. 5 C. h. t., vgl. §. 444 Note 5). Dagegen heißt es in der R.P.D. a. a. D.: — „indeme dann alle und jede Obrigkeiten, vermög göttlicher, und unserer Keyserlichen Gebott, sonders flehiges Aufsehen zu thun, aus tragendem Ampt, sich schuldig erkennen, und darumb seines Vormünders Fahrlässigkeit, noch weniger Verborthellung bei seinem Pflegind, oder dessen Eltern ungestraft hingehen lassen sollen“. Auf Grund des Ausdrucks „flehtiges Aufsehen“ muß das Obervormundschaftsgericht auch für verantwortlich wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit erklärt werden, gegen die Regel (§. 470 Note 1), aber in Uebereinstimmung mit den Bestimmungen des römischen Rechts über die Verhaftung der magistratus (l. 1 §. 17 l. 4. 7 D. l. 2 C. h. t., f. aber auch l. 1 §. 2 D. h. t.).

<sup>4</sup> In diesem Sinne heißt es in l. 9 D. h. t.: — „eodem in magistratibus actio datur, quae competit in tutores“. Vgl. l. 1 §. 14 D. h. t.: „privilegium in bonis magistratus pupillus non habet“. In l. 1. 5 C. h. t. wird die Klage *actio utilis* genannt.

<sup>5</sup> Dem Mündeln wird die Klage gegen die Obrigkeit als Klage gegeben,

her ausgestellt werden, während das Obervormundschaftsgericht vor demselben haftet, wenn die Verwaltung getheilt oder der Mitvormund ganz von der Verwaltung entbunden war<sup>6</sup>. Bei collegialischer Besetzung des Obervormundschaftsgerichts haften die Schuldigen solidarisch<sup>7</sup>; jedoch haben diejenigen, welche sich in gleicher Schuld befinden, abgesehen von dem Falle der Arglist, die Rechtswohlthat der Theilung<sup>8</sup>, diejenigen, welche dem Collegien ein Geschäft überlassen haben, dessen Besorgung ihnen selbst in gleicher Weise obgelegen hätte, oder welche es nur an der nöthigen Beaufsichtigung haben fehlen lassen, die Rechtswohlthat der Vorausklage<sup>9</sup>. Auf die Erben des Schuldners geht die Verpflichtung über, so weit sie auf grober Nachlässigkeit beruht<sup>10</sup>.

## 2. Andere Fälle der Vormundschaft\*.

### §. 446.

Die Vormundschaft über Unerwachsene ist, wenn auch der wichtigste, doch nicht der einzige Fall der Vormundschaft. Einen Vormund<sup>1</sup> bekommen oder können bekommen auch solche Personen, welche aus irgend einem anderen Grunde ihre Angelegenheiten

„quae ultimum eis praesidium possit adferre“, §. 2 I. de satiad. l. 24. Vgl. l. 5 C. h. t.

<sup>6</sup> S. §. 443 Note 6. 10. Vgl. übrigens auch Glüd XXX S. 420 fg., Rudorff III S. 174 fg., Sintenis III S. 260 fg. in der Ann. S. 277 in der Ann. bei l.

<sup>7</sup> Es haftet nicht das Gericht als solches. Seuff. Arch. V. 298, XI. 252.

<sup>8</sup> L. 7. 8 D. l. 3 C. h. t.

<sup>9</sup> Für das Erste l. 1 §. 9 D. h. t.; für das Zweite die Analogie der Verhaftung einer Mehrtheit von Vormündern (§. 443 Note 6).

<sup>10</sup> L. 4. 6 l. 2 C. h. t., §. 2 I. de satiad. l. 24.

\* Dig. 27. 10 de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis. Cod. §. 446. 5. 70 de curatore furiosi vel prodigi. — Glüd XXXIII S. 100 fg., Rudorff I S. 118 fg., Kraut II S. 205 fg. 212.

<sup>1</sup> Nach römischem Recht: einen curator. So wenig geschlechtsreife Minderjährige einen tutor bekommen, so wenig andere der Unterstellung Bedürftige. Die praktische Bedeutung hiervon ist, daß, wenn der Vormund in diesen Fällen den Mündel selbst will handeln lassen, nicht Theilnahme desselben an der Handlung des Mündels erforderlich ist, sondern einfacher Consens genügt (§. 432 Note 3. 9, §. 442 Note 3).

selbst zu besorgen nicht im Stande sind<sup>2</sup>, namentlich Wahnsinnige und Geisteschwache<sup>3</sup>, Verschwender<sup>4</sup>, Kranke und Gebrechliche<sup>5</sup>, Taube und Stumme<sup>6</sup>. Für diese anderen Fälle der Vormundschaft gelten die gleichen Grundsätze, wie für die Altersvormundschaft<sup>7</sup>; nur mit der einen Ausnahme, daß die Berufung zur Vormundschaft in diesen Fällen immer durch die Obrigkeit, nie

<sup>2</sup> L. 14 §. 7 D. de solut. 46. 3: — „curatori sibi non sufficientis, vel per aetatem, vel per aliam iustam causam“. — L. 2 D. h. t., l. 12 pr. D. de tut. dat. 26. 5.

<sup>3</sup> Wahnsinnige, furiosi; diese schon nach der Bestimmung der 12 Taf., Ulp. XII. 2, §. 3 l. do cur. 1. 23, l. 13 D. h. t. Geisteschwache, fatui; l. 2 D. de post. 3. 1, l. 21 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Auf die bloße Geisteschwäche scheint auch der Ausdruck *mentis captus* in §. 4 l. do cur. 1. 23 zu gehen, obgleich dieser Ausdruck in den Quellen sonst die Geistesföhrung bezeichnet (I §. 54 Note 11). In lichten Zwischenräumen hört die Vormundschaft nicht auf, sondern ruht nur, l. 6 C. h. t. Vgl. „über die mit der Vormundschaft über Gemüthsranke verbundenen Obliegenheiten“ v. Berg jur. Beobachtungen und Rechtsfälle III. 19, und in Betreff der Geisteschwäche noch Seuff. Arch. VIII. 230. Prosehwahnsinn? Seuff. Arch. VII. 333, vgl. X. 183. — L. 6 D. h. t. „Observare praetorem oportebit, ne cui temere citra causas cognitionem plenissimam curatorem det.“. Vgl. v. Arnolds das gerichtliche Verfahren gegen Geistesranke und Verschwender (1861).

<sup>4</sup> Es wird in den Quellen als altes Gewohnheitsrecht bezeichnet, daß dem Verschwender durch richterlichen Spruch die Verwaltung seines Vermögens genehmien werden könne. L. 1 pr. D. h. t., Paul. S. R. III. 4<sup>a</sup> §. 7. Auf die nahe liegende Analogie des Wahnsinns (Verrücktheit) machen dabei aufmerksam l. 1 pr. D. h. t., l. 12 §. 2 D. de tut. dat. 26. 5. Vgl. Sinentis III S. 287; Seuff. Arch. XII. 2, XIII. 81; X. 183 (VII. 333). Auch die 12 Taf. hatten diesen Bedürfnigkeitsfall vorgesehen, jedoch nur in Betreff der väterlichen Intestaterbschaft. Ulp. XII. 2. 3; §. 3 l. do cur. 1. 23, l. 1 pr. l. 13 D. h. t. Eine besondere Abhandlung über die „cura prodigi“ ist die von Geyerding Ausgabe I. 2. Vgl. auch die in der vorigen Note citirte Schrift von v. Arnolds.

<sup>5</sup> §. 4 l. do cur. 1. 23, l. 4. 5 D. de post. 3. 1.

<sup>6</sup> §. 4 l. do cur. 1. 23, l. 3 §. 3 D. de post. 3. 1, l. 8 §. 3 D. de tut. dat. 26. 5, l. 65 §. 3 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 20 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Vgl. Sinentis III §. 155 Num. 28. S. noch Paul. S. R. IV. 12 §. 9. „Caeco curator dari non potest, quia ipse sibi procuratorem instituire potest“.

<sup>7</sup> Vgl. die durchgehende Zusammenstellung des tator und curator in den bei §. 432\* citirten Titelnrubriken, und von einzelnen Stellen z. B. l. 7 §. 3 l. 10 §. 1 l. 11 l. 12 l. 14 l. 17 D. h. t., l. 2 C. h. t., l. 8 §. 1 l. 11 D. de reb. cor. 27. 9, l. 16 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 48 D. de adm. 26. 7, l. 1 pr. l. 2 pr. D. de excus. 27. 1, l. 2 §. 31 D. ad SC. Tert. 38. 17, l.

durch Gesetz oder letzten Willen erfolgt<sup>8</sup>. Jedoch haben die im letzten Willen Ernannten einen Anspruch auf vorzugsweise Berücksichtigung nach den Regeln des §. 433 Nr. 1<sup>9</sup>, und in Ermangelung von letztwillig Ernannten bei Wahnsinn und Verschwendung einen gleichen Anspruch die nächsten Verwandten, bei der Verschwendung jedoch nur, was die väterliche Intestaterbschaft angeht<sup>10</sup>.

### 3. Güterpflege\*.

#### §. 447.

Es gibt Fälle, in welchen von Seiten des Staates eine Fürsorge nicht sowohl für die Vermögensangelegenheiten einer

4 §. 25 D. de doli exc. 44. 4, l. 4 §. 7. 8 D. rom pup. 46. 6, l. 56 §. 4 D. de furt. 47. 2.

<sup>8</sup> Zwar beriefen die 12 Taf. zur Vormundschaft über Wahnsinnige und Verschwender die nächsten Agnaten, Ulp. XII. 2. 3, §. 3 l. do cur. 1. 23, l. 13 D. h. t.; aber nach Justinianischem Recht werden auch diese Personen Curatoren nur durch obrigkeitliche Bestellung. A. R. Glüd XXXIII S. 169; allein die Stelle, auf welche er sich hauptsächlich beruft, l. 7 §. 6 C. h. t., beweist gerade das Gegentheil. Allerdings spricht Justinian in dieser Stelle von dem Falle: „(si) lex . . . curatorem utpote agnatum vocaverit“; aber er bestimmt ebenso ausdrücklich, daß in diesem Falle eine „creatio“ durch die Obrigkeit eintreten solle.

<sup>9</sup> L. 16 D. h. t., l. 7 §. 5 C. h. t., l. 1 §. 3 l. 2 §. 1 D. de conf. tut. 26. 3 (vgl. l. 4 eod., §. 1 l. do cur. 1. 23). Vgl. §. 433 Note 14. — Man hat behauptet, der Wille des Vaters sei maßgebend für die Obrigkeit auch in Betreff der Frage, ob wegen Wahnsinns oder Verschwendung überhaupt eine Vormundschaft anzunehmen sei, wegen l. 16 D. h. t. Allein diese Stelle will dem Vater nur das Recht einräumen, für das von ihm hinterlassene Vermögen (vorbehaltlich des Pflichttheils) eine Curatel anzunehmen. Vgl. Glüd XXXIII S. 144 fg., Ruborff I S. 314 fg., Franke Notizen. S. 436 fg., Mühlentbruch in der Fortsch. von Glüd XXXVII S. 432 fg., Sinentis III S. 284. 285 in der Ann.

<sup>10</sup> L. 7 §. 6 C. h. t., l. 13 l. 16 D. h. t. Es ist unbedenklich, daesjenige, was diese Stellen von den Cognaten sagen, im Sinne des neuesten Rechts (Nov. 118 c. 5) auf die Agnaten zu übertragen; s. auch l. 5 C. h. t. l. 13 cit. verweist auf die Bestimmung der 12 Taf.; daher die Beschränkung im Text in Betreff der Verschwendung (Ulp. XII. 2. 3). Vgl. übrigens auch Sinentis III S. 285 in der Ann. 2. Col.

\* Dig. 42. 7 de curatore bonis dando. Glüd XXXIII S. 117 fg., §. 447. Ruborff I S. 75 fg. 146 fg., Sinentis III S. 156.

bestimmten Person, als vielmehr für einen bestimmten Vermögenscomplex als solchen angeordnet wird.<sup>1</sup> Eine Güterpflege in diesem Sinne wird namentlich<sup>2</sup> angeordnet: für das von einem Abwesenden schutzlos zurückgelassene Vermögen<sup>3</sup>, für eine Erbschaft, welche noch nicht ihren Herrn gefunden hat<sup>4</sup>, für ein im Concurs befindliches Vermögen<sup>5</sup>. Für die Güterpflege gelten zwar im Allgemeinen die Grundsätze von der Vormundtschaft<sup>6</sup>; im Besonderen aber kommt es auf den Inhalt des dem Pfleger erteilten Auftrags an, und darnach entscheidet sich namentlich, ob derselbe auch zur Sorge für die nützliche Anlage des Vermögens, oder bloß zur Sorge für die Erhaltung desselben verpflichtet bez. zu den dadurch gebotenen Maßregeln berechtigt ist<sup>7</sup>.

1 Cura bonorum.

<sup>2</sup> S. außerdem l. 8 §. 1 C. de bon. quas lib. 6. 61, Nov. 117 c. 1.

<sup>3</sup> L. 22 §. 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 15 pr. D. quib. ex caus. mai. 4. 6, l. 6 §. 4 D. de tut. 26. 1, l. 6 §. 2 D. quib. ex caus. in po. 42. 4, l. 8 C. de postlim. revors. 8. 51. Der in den meisten dieser Stellen vorausgesetzte Fall ist der der Kriegsgefangenschaft. Vgl. Pfeiffer prakt. Ausführungen IV S. 352—360. Seuff. Arch. IV. 132.

<sup>4</sup> L. 1 §. 4 D. de man. 50. 4, l. 1 D. h. t., l. 23 §. 2. 3 D. de her. inst. 28. 5, l. 8 D. quib. ex caus. in po. 42. 4, l. 22 §. 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Besondere hierher gehörige Fälle sind: a) wenn der präsumtive Erbe noch ungeboren ist, l. 1 §. 4 D. de man. 50. 4, l. 1 §. 2 D. h. t., l. 8 D. de eur. fur. 27. 10, l. 1 §. 17—26 l. 5 D. de ventre 37. 9; b) wenn der Streit über die Erbschaft wegen Unmündigkeit eines Erbschaftsprätendenten nicht sofort entschieden wird (bonorum possessio Carboniana), und keiner der Erbschaftsprätendenten Caution leistet, l. 1 §. 4 D. de man. 50. 4, l. 5 §. 1. 2. 5 D. de Carb. ed. 37. 10. Von der cura bonorum ventris nomine (bei a) ist zu unterscheiden die cura ventris, welche die Pflicht und das Recht gibt, der schwangeren Frau den nöthigen Unterhalt aus der Erbschaft zu verabreichen, gewöhnlich aber der nämlichen Person übertragen wird, wie die erste, l. 1 §. 17. 18. 19 D. de ventre 37. 9, l. 1 §. 4 D. de man. 50. 4.

<sup>5</sup> L. 2 D. h. t., l. 5. 9 D. de eur. fur. 27. 10.

<sup>6</sup> Vgl. l. 1 §. 22 D. de ventre 37. 9: — „curam hoc quoque officio administrabit, quo solent curatores atque tutores pupillarum“. Ferner l. 2 §. 2 l. 3 D. h. t., l. 8 D. de eur. fur. 27. 10, l. 8 C. de post. rev. 8. 51.

<sup>7</sup> Wofse „custodia“ im Gegensatz zur „administratio“ wird in den Quellen namentlich zugeschrieben dem curator ventris und curator bonorum ventris nomine, l. 48 D. de adm. 26. 7, l. 1 §. 4 D. de man. 50. 4; ebenso dem Erbschaftscurator in anderen Fällen, l. 1 §. 4 D. cit., l. 23 §. 3 D. de her. inst. 28. 5, l. 1 §. 2 D. h. t., und dem curator bonorum absentis, l. 6 §. 4 D. de

Auch ist die Uebernahme der Güterpflege nicht in allen Fällen Bürgerpflicht<sup>8</sup>, und wo sie es nicht ist, muß eben deswegen der freiwillig eintretende Vormund für Sorgfalt überhaupt, nicht bloß für relative Sorgfalt haften<sup>9</sup>. Zu bemerken ist auch noch, daß die Forderung gegen den Güterpfleger nicht, wie die gegen den Vormund, ein Concursprivilegium genießt<sup>10</sup>. —

<sup>11</sup> Ein eigenthümliches Verhältnis tritt nach deutschem Gewohnheitsrecht bei der Verschollenheit ein<sup>12</sup>. Das Vermögen des Verschollenen wird nämlich seinen nächsten Erben gegen Caution ausgcantwortet, zwar zur vormundschäftlichen Verwaltung, aber ohne Rücksicht darauf, ob sie persönlich zu derselben fähig sind<sup>13</sup>.

tut. 26. 1, l. 1 §. 4 cit. Was den curator ex edicto Carboniano angeht, s. einerseits l. 1 §. 4 cit., andererseits l. 5 §. 5 D. de Carb. ed. 37. 10. Dem Concurscurator heißt es umgekehrt: „quaeque per eum . . . acta facta gestaque sunt, rata habebantur“, l. 2 §. 1 D. h. t., wie er denn namentlich auch die Befugnis hat, das Vermögen zum Zweck der Befriedigung der Gläubiger zu veräußern. Uebrigens beruht die heutige rechtliche Stellung gerade des Concurscurators nicht bloß auf römischem Recht; die nähere Darstellung derselben gehört in das Prozeßrecht. — Aus der Praxis: Seuff. Arch. I. 114, XVI. 229, XVII. 149.

<sup>8</sup> So braucht namentlich Niemand gegen seinen Willen Concurscurator zu werden, „nisi et magna necessitate et imperatoris arbitrio hoc procedat“, l. 2 §. 3 D. h. t. S. andererseits l. 1 §. 4 D. de man. 50. 4.

<sup>9</sup> Vgl. Fasse Culpa S. 272. 371, l. 53 §. 3 D. de fart. 47. 2. L. 9 §. 5 i. f. D. de reb. auct. iud. 42. 5 spricht nicht von dem Anspruch der Gläubiger, sondern von dem Anspruch des Schulners; nichtsdestoweniger führen Buchta §. 330. e und Sintonis §. 156 Anm. 3 gerade diese Stelle als Beweis für den im Text aufgestellten Satz an.

<sup>10</sup> L. 19 §. 1 — l. 24 pr. D. de reb. auct. iud. 42. 5 (vgl. §. 271 Note 8).

<sup>11</sup> Vgl. zum Folgenden: Glüd XXX S. 259 fg., Rudorff I S. 148 fg., Kraut II S. 217 fg., Pfeiffer prakt. Ausführungen II Nr. 5, Steinberger im Rechtser. XII S. 695 fg., und vor Allem Bruns Jahrb. d. gem. R. I S. 126—132. 140—147. 152—168. 189—192. Seuff. Arch. IX. 45.

<sup>12</sup> Verschollenheit, im Gegensatz zur bloßen Abwesenheit, — eine derartige Abwesenheit, welche es zweifelhaft macht, ob der Abwesende noch lebt. Der Anfang der Verschollenheit ist nach den Umständen des besonderen Falles durch den Richter zu bestimmen.

<sup>13</sup> Der Begriff der cura ist auf das Rechtsverhältnis der Erben erst seit Carpzov angewendet worden. S. über das Nähere die Ausführungen von Bruns a. a. O. — Von Anderen wird dem Anspruch der Erben auf Herwindigkeit, Pandekten. II. Br. II. 2661.

## D. Amt.

## §. 448.

Diejenigen, welche kraft Amtes<sup>1</sup> die Angelegenheiten des Staates oder einer juristischen Person verwalten, haften dem Staat und der juristischen Person, wenn nicht aus einem mit denselben abgeschlossenen Vertrag<sup>2</sup>, so doch jedenfalls aus ihrer Anstellung<sup>3</sup>, wie sie umgekehrt aus derselben einen Anspruch auf Vergütung der von ihnen geleisteten Dienste nach dem Inhalt ihrer Anstellung oder nach der Verfassung der juristischen Person

ausgabe des Vermögens zu vormundschaftlicher Verwaltung die gemeinrechtliche Geltung besritten, so namentlich von Eichhorn, Mittermaier, Phillips in ihren Lehrbüchern des deutschen Privatrechts (§. 327 — II §. 429 — II §. 159,) ferner von Pfeiffer a. a. D. S. 236—239 und von Sintonis §. 156 Anm. 5. S. dagegen Kraut S. 245. 246 und namentlich Bruns S. 189 fg., jetzt auch Beseler in der 2. Auflage seines Lehrbuchs des deutschen Privatrechts §. 148). Auch im Einzelnen ist hier Manches streitig, vor Allem, ob, wenn das Vermögen an den Zurückkehrenden wieder herausgegeben werden muß, auch die gezogenen Früchte mit herauszugeben sind? Dafür Pfeiffer S. 247 fg., Müll. S. 288 fg., Kraut S. 237 fg.; dagegen Kuborff S. 151, Steinberger S. 699 fg., und namentlich Bruns S. 192. 193 (S. 146. 164 fg.).

1 Auch die Vormundschaft ist in gewisser Weise ein Amt. Insofern ist die hier der Kürze wegen gewählte Bezeichnung nicht genau.

2 Die Frage, ob zwischen dem Staate und dem von ihm angestellten Beamten ein Vertragsverhältnis bestehe, oder nicht, bleibt, in gleicher Weise wie die nähere Darstellung der für das Rechtsverhältnis zwischen dem Staate und dem Staatsbeamten maßgebenden Grundsätze, billig der Disciplin des Staatsrechtes überlassen. S. darüber Zachariae deutsches Staats- und Bundesrecht II §. 185 fg., Dubsdeus im Rechtstex. I S. 744 fg., Sintonis II §. 119 Anm. 11. Daß zwischen einer juristischen Person und ihren Beamten ein Vertragsverhältnis bestehen kann, liegt ebenso sehr auf der Hand, als andererseits, daß die Beamten einer juristischen Person möglicherweise ohne Vertrag kraft der Verfassung der juristischen Person eintreten können, so namentlich bei Gemeinden, Kirchen, Stiftungen. — Soweit in diesen Fällen ein Vertragsverhältnis vorliegt, fällt dasselbe unter die in §. 404 und 409 bezeichneten Kategorien.

3 Aus dem römischen Recht gehören hierher die Bestimmungen über das Verpflichtungsverhältnis der Gemeindebeamten (magistratus municipales) gegenüber der Gemeinde. Dig. 50. 8 de administratione rerum ad civitates pertinentium. Cod. 11. 30. 33—35. 38. Es kann aber von diesen Bestimmungen

haben. Ihre Verhaftung erstreckt sich auf alle Nachlässigkeit<sup>4</sup>. Mehrere für dasselbe Amt berufene Personen haften, soweit sie eine Schuld trifft, solidarisch nach den in §. 443 zu Note 9 und 10 angegebenen Regeln<sup>5</sup>.

für das heutige Recht nur zum Zwecke der Unterstützung von Sätzen Gebrauch gemacht werden, welche sich schon aus allgemeinen Grundsätzen ergeben; insofern jene Bestimmungen von allgemeinen Grundsätzen abweichen, muß bei der großen Eigentümlichkeit des römischen Municipalwesens ihre heutige Anwendbarkeit zurückgewiesen werden. Dahin gehört namentlich die Bestimmung, daß die magistratus wegen Arglist auf das Doppelte haften sollen (l. 9 §. 4 D. h. t.), andererseits aber die von ihnen gelegte Rechnung nur binnen eines Zeitraumes von 20, gegen ihre Erben von 10 Jahren, angefochten werden könne (l. 13 §. 1 D. de div. temp. praesor. 44. 3); ferner die subsidiäre Verhaftung des nominator oder creator, d. h. des nach Amtspflicht beim Abtritt seinen Nachfolger bezeichnenden magistratus (l. 2 §. 7 D. h. t., l. 11—13 D. ad mun. 50. 1, Cod. 11. 33 de periculo nominatorum). Vgl. Funke Beiträge zur Erörter. prakt. Rechtswaterien Nr. 2, Sintonis II §. 119 Note 11, Keller Pand. S. 604.

4 Denn die Uebernahme des Amtes ist freiwillig und so fällt der Mitberungsgrund, welcher sich bei der Vormundschaft geltend macht (§. 438 Note 5. 6), hier weg. — Auch die römischen Gemeindebeamten hafteten für omnis culpa, l. 6 D. de adm. rer. 50. 8. Daß sie für ausgeliehene Capitalien auch ohne alle Verschuldung gefaßt hätten, welche Behauptung sich bei Buchta §. 358. c, Sintonis II S. 684 in der Anm., Funke a. a. D. S. 112 findet, geht doch aus den dafür angeführten Stellen (l. 9 §. 9 D. de adm. rer. 50. 8, l. 4 C. quo quisque ord. 11. 35, l. un. C. de his qui ex off. 11. 38) nicht mit Sicherheit hervor (vgl. l. 18 l. 24 i. f. C. de adm. tut. 5. 37, — l. 21 §. 1 i. 24 D. ad mun. 50. 1, l. 17 §. 7 D. de usur. 22. 1). — Die Behauptung, daß auch hier, wie bei der Vormundschaft (§. 438 Note 9), die Erben des Beamten nur wegen lata culpa desselben haften, läßt sich nicht rechtfertigen. Stuff. Arch. IV. 116.

5 Das Selbste folgt aus allgemeinen Grundsätzen, und steht in Einklang mit den Bestimmungen des römischen Rechts über die Verhaftung mehrerer Gemeindebeamten: l. 11 pr. — l. 13 D. ad mun. 50. 1, l. 2 §. 8. 9. 10 l. 3 l. 4 pr. l. 9 §. 8 D. de adm. rer. 50. 8, l. 45 D. de adm. tut. 26. 7, l. 1. 2. 3. 4 C. quo quisque ord. 11. 35. (Ueber das Verhältnis der Verhaftung des nominator zu der des Mitbeamten widersprechen sich l. 11. 13 D. ad mun. 50. 1 und l. 2 C. quo quisque ord. 11. 35, vgl. auch l. 3 eod.).

## E. Gemeinschaft und Grenzverwirrung.

## 1. Gemeinschaft\*

## § 449.

Die Thatsache, daß mehreren Personen ein dingliches Recht gemeinschaftlich ist, erzeugt zwischen denselben ein Verpflichtungsverhältnis<sup>1</sup>, dessen Inhalt im Einzelnen unter freiem richterlichen

§. 416. \* Dig. 10. 3 Cod. 3. 37 communi dividendo. Cod. 3. 38 communio utriusque iudicii tam familiae heriscundae quam communi dividendo. — Unterholzner II §. 529—531, Sintonis II §. 122. Zimmermann Arch. f. civ. Pr. XXXIV S. 192—207. Brinkmann Verhältniß der actio communi dividendo und der actio negotiorum gestorum zu einander (Stiel 1836).

<sup>1</sup> Das Verpflichtungsverhältnis wird begründet durch die Thatsache, daß ein dingliches Recht mehreren Personen gemeinschaftlich ist: in welcher Weise diese Thatsache entstanden ist, und namentlich ob sie durch Vertrag entstanden ist oder nicht, ist gleichgültig (I. 2 pr. D. h. t., I. 65 §. 13 D. pro soc. 17. 2). Weniger nennen die nicht durch Vertrag entstandene Gemeinschaft communio incidens (vgl. I. 31 D. pro soc. 17. 2: „quum non affectione societatis incidimus in comunioem“, auch I. 25 §. 16 D. fam. her. 10. 2). — Das Verpflichtungsverhältnis wird begründet durch die Thatsache, daß ein dingliches Recht mehreren Personen gemeinschaftlich ist: Eigentum (welcher Fall der Haupt- und Normalfall ist, so daß in allen anderen Fällen nach römischer Auffassung und Ausdrucksweise nur actio utilis statifindet), Emphyteusis (I. 7 pr. D. h. t., Superficies (I. 1 §. 8 D. de usup. 43. 18), Nießbrauch (I. 7 §. 7 D. h. t., I. 13 §. 3 D. de usufr. 7. 1, I. 41 f. D. de aqua quot. 43. 20), Gebrauchsrecht (I. 10 §. 1 D. h. t.), erbliches Recht auf einzelne Nutzungen (I. 19 §. 4 D. h. t., — doch ist freilich das Verständnis dieser Stelle sehr bestritten, vgl. Schrader civ. Abhandl. S. 300, Ebers röm. Servitutentehre S. 109, Böcking Pand. II §. 169 Note 18, Sintonis Ann. 39 und Ann. 3 Nr. 2, Wangerow I S. 714), Pfandrecht (I. 7 §. 6. 12. 13 D. h. t., I. 2 C. h. t., I. 29 D. fam. her. 10. 2). In Betreff der Grunddienstbarkeiten (I. 4 D. de aqua quot. 43. 20 (welche Stelle übrigens hauptsächlich von dem Falle handelt, wo für die mehreren Berechtigten keine Identität des Rechtes statifindet, von dem Falle der Identität nur nebenbei, v. cedi simul vel separatum), aber auch I. 19 §. 4 D. h. t., I. 31 §. 7 D. de neg. gest. 3. 5 (I. 19 §. 2 D. h. t. handelt von einem Falle, wo keine Identität des Rechtes statifindet). Vgl. Brinkmann S. 116 fg. 174 fg. Der wirklichen Berechtigung steht der rechtliche Erwerb gleich (I. 7 §. 2. 3 D. h. t.), so schon die durch Einweisung in den Besitz erlangte „iusta causa possidendi“ (I. 7 §. 8 D. h. t.). Dagegen begründet Gemeinschaft des bloßen Besitzes das Verpflichtungsverhältnis nicht, I. 7 §. 4. 5 D. h. t. Ebenso wenig wird es durch

Erweisen steht<sup>2</sup>, welches sich aber hauptsächlich in folgenden Punkten äußert<sup>3</sup>.

1. Jeder Theilhaber ist verpflichtet, seinem Genossen denjenigen Gebrauch zu gestatten, zu welchem derselbe kraft seiner Mitberechtigung oder kraft getroffener Vereinbarung befugt ist, so wie sich seinerseits desjenigen Gebrauchs zu enthalten, welcher ihm durch die Mitberechtigung des Genossen oder durch getroffene Vereinbarung unterliegt ist<sup>4</sup>.

2. Jeder Theilhaber ist verpflichtet, seinem Genossen zu ersetzen:

a) was er aus der Gemeinschaft in sein besonderes Vermögen gebracht hat<sup>5</sup>; ebenso was er durch Vermittlung der Ge-

die Gemeinschaft eines obligatorischen Rechts begründet, I. 7 §. 11 D. h. t. — Das durch die Gemeinschaft begründete Verpflichtungsverhältnis wird in den Quellen als quasi ex contractu bezeichnet, §. 3 I. de obl. quas ex contr. 3. 27. Die demselben dienende actio heißt actio communi dividendo, — eine ungenauere Bezeichnung, da der Theilhaber dem Theilhaber nicht bloß auf Theilung verpflichtet ist, und auf anderweitige Leistungen nicht bloß bei Gelegenheit der Theilung. Ueber das Letztere (I. 6 §. 1 I. 11 D. h. t., I. 24 pr. I. 31 D. fam. her. 10. 2, und die Stellen in Note 3; vgl. Unterholzner S. 394 I, Sintonis Ann. 23. 24. Seuff. Arch. IV. 38. — Die Eigentümlichkeiten des Verpflichtungsverhältnisses aus Gemeinschaft einer Erbschaft (actio familiae heriscundae, Dig. 10. 2, Cod. 3. 36) gehören in das Erbrecht. Zutässigkeit der actio communi dividendo vor der Erbtheilungsfälle: Seuff. Arch. IV. 39, XIII. 222.

<sup>2</sup> Die actio communi dividendo ist bonae fidei, I. 4 §. 2 I. 14 §. 11. 24 pr. D. h. t., §. 28 I. de act. 4. 6.

<sup>3</sup> Vgl. außerdem 3. B. I. 41 I. 8 D. de nox. act. 9. 4, I. 16 §. 6 D. fam. her. 10. 2, I. 61 pr. D. de furt. 47. 2; I. 19 §. 2 I. 20 D. de pec. 15. 1.

<sup>4</sup> Diese Richtung der actio communi dividendo wird gewöhnlich ganz übersehen, so in dem Urtheil bei Seuff. Arch. IX. 268 ausdrücklich geteugnet (vgl. auch das. XIII. 24). Und doch ist sie in den Quellen so bestimmt anerkannt, wie irgend Etwas. S. I. 12 I. 23 D. h. t., I. 26 D. de 8. P. II. 8. 2, I. 4 D. de serv. leg. 33. 3, I. 3 §. 1. 2 D. de O. N. N. 39. 1, I. 13 §. 3 D. de usufr. 7. 1. — Eine Untersuchung darüber, welche Klagen durch die actio communi dividendo ausgeschlossen werden, stellt an R. A. Schneider in Sell's Jahrb. I. 10; vgl. auch Brinkmann S. 54 fg., Sintonis Ann. 3 a. E. S. noch Fesse Jahrb. f. Dogm. VIII. 3.

<sup>5</sup> L. 3 pr. I. 4 §. 3 I. 6 §. 1. 2. 4 D. h. t., I. 19 pr. D. de nox. act. 9. 4, I. 34 D. pro soc. 17. 2, §. 4. 5 I. de off. iud. 4. 17. Seuff. Arch. IV. 37. Hat er nicht aus der Gemeinschaft, sondern aus dem Antheil des



meinschaft aus dem Vermögen des Genossen in sein Vermögen gebracht hat<sup>6</sup>.

b) Er muß ferner erkennen, worum er durch seine Schuld die Gemeinschaft<sup>7</sup>, oder durch Vermittlung der Gemeinschaft das Vermögen des Genossen<sup>8</sup> geschädigt hat. Was Schuld sei, wird hier nach denselben Grundsätzen bemessen, wie bei der Gesellschaft, so daß der Theilhaber nur für relative Sorgfalt einsteht<sup>9</sup>.

c) Endlich muß der Theilhaber erkennen, was der Genosse aus seinem Vermögen im Interesse der Gemeinschaft aufgeopfert hat<sup>10</sup>. Ebenso was derselbe wegen der Gemeinschaft im Interesse des Theilhabers selbst aufgeopfert hat<sup>11</sup>.

anderen Genossen etwas in sein Vermögen gebracht, so ist nicht *actio communi dividundo*, sondern *actio negotiorum gestorum* begründet, l. 6 §. 2 D. h. t., l. 20 C. fam. her. 3. 36, l. 19 C. de neg. gest. 2. 19. Vgl. §. 431 Note 13 und Brinkmann S. 72 fg. 100 fg.

<sup>6</sup> L. 24 D. h. t.

<sup>7</sup> L. 8 pr. l. 8 §. 2 l. 10 pr. l. 20 l. 26 l. 28 D. h. t., l. 4 C. h. t., l. 34 D. pro soc. 17. 2, l. 2 §. 1 D. de relig. 11. 7, §. 4. 5 l. de off. iud. 4. 17. Vgl. Scuff. Arch. VII. 185. (?)

<sup>8</sup> L. 8 D. de nox. act. 9. 4.

<sup>9</sup> L. 26 §. 18 D. fam. her. 10. 2.

<sup>10</sup> L. 3 pr. l. 4 §. 3 l. 6 pr. — §. 3 §. 12 D. h. t., l. 34 D. pro soc. 17. 2. Im Interesse der Gemeinschaft: l. 6 §. 12 cit. („si interfit aedium hoc fieri“), vgl. l. 25 §. 15 D. fam. her. 10. 2 („cum hoc expediret“, „rogente necessitate“), l. 18 §. 1 C. eod. 3. 36 („sumtus... facti bona fide“). Brinkmann S. 36 Nr. 9. Im Interesse der Gemeinschaft: bei Aufopferungen, die nicht im Interesse der Gemeinschaft, sondern im Interesse des Nutzeils des andern Genossen gemacht worden sind, ist nur *actio negotiorum gestorum* begründet, l. 6 §. 7 D. h. t., l. 40 D. de neg. gest. 3. 5, vgl. l. 3 C. de neg. gest. 2. 19, und auf der andern Seite l. 18 §. 6. 7 l. 25 §. 14. 15 D. fam. her. 10. 2, l. 78 §. 2 D. de contr. emt. 18. 1. §. 431 Note 13 und Brinkmann S. 78 fg. — Fällt der Theilhaber sich für den allein Berechtigten, so fällt die *actio communi dividundo* weg, wie die *actio negotiorum gestorum* und die *condictio sine causa* wegfallen (§. 431 Note 18, §. 422 Note 7), und es besteht bloß Retentionsrecht, l. 14 §. 1 l. 29 D. h. t. Aber gilt dieser Satz auch für den Fall, wo zunächst auf Theilung geklagt, und nur bei dieser Gelegenheit Ersatz für die Verwendungen verlangt wird? Es ist unmöglich, diese Frage zu bejahen; war die Formel der *actio communi dividundo* doch auf bona fides gestellt! Ob aber hieraus in l. 14 §. 1 cit. der mit den Worten „quae cum ita sint“ beginnende Satz zu erklären ist, wie Witte Verlecherungsklagen S. 9 fg. anzuführen sucht, ist mir äußerst zweifelhaft. Andere Ansichten in Betreff dieses Satzes bei Glüd XI S. 152 fg., Ein-

3. Jeder Theilhaber ist verpflichtet, auf Verlangen des Genossen mit demselben abzutheilen<sup>12</sup>. Dieses Recht wird selbst durch Verzicht nicht verloren<sup>13</sup>; nur ein Verzicht auf Zeit bindet<sup>14</sup>. Die Theilung kann entweder durch Uebereinkunft der Parteien geschehen, oder durch den Richter. Durch den Richter erfolgt sie nicht nur dann, wenn ein Theilhaber sich der Theilung widersetzt, sondern es können auch die Theilhaber im Falle, wo sie über die Theilung selbst ganz einig sind, die Ausführung derselben in die Hand des Richters geben<sup>15</sup>, — in dem einen und dem anderen Falle aber ist die richterliche Theilung ein Act nicht sowohl der streitigen, als der freiwilligen Gerichtsbarkeit<sup>16</sup>. Zum Zweck der Theilung hat der Richter die Befugniß, dingliche Rechte

tenis Ann. 22. Vgl. auch Brinkmann S. 58. — S. noch Brinkmann S. 35 Nr. 7 u. 8, S. 60 Nr. 16.

<sup>11</sup> L. 27 §. 8 D. de pec. 15. 1, l. 8 §. 3 l. 9 l. 15 l. 25 D. h. t.; l. 13 §. 2 l. 14 D. de inst. act. 14. 3; l. 17 pr. D. de nox. act. 9. 4, l. 8 §. 3 l. 15 D. h. t.

<sup>12</sup> L. 5 C. h. t. „In communione vel societate nemo compellitur invitatus detineri“. S. jedoch l. 19 §. 1 D. h. t. und Scuff. Arch. VII. 276, XV. 126.

<sup>13</sup> L. 14 §. 2 D. h. t.

<sup>14</sup> L. 14 §. 2. 3 D. h. t. Auf welche Zeit? Auf solche Zeit, welche einem bestimmten Bedürfnisse oder Interesse entspricht. S. auch l. 14 §. 2 D. h. t. (v. quod etiam ipsius rei qualitati prodest). Der Vertrag, binnen einer gewissen Zeit nicht Theilung verlangen zu wollen, bindet auch die Sondernachfolger. L. 14 §. 3 cit., l. 16 §. 1 D. pro soc. 17. 2. Vgl. hierzu l. 14 §. 1 h. t. (v. sed is qui a me meruit.)

<sup>15</sup> Die Quellen bezeichnen nirgends einen Streit über das Ob der Theilung als Voraussetzung der richterlichen Theilung, l. 3 pr. l. 4 pr. §. 3 D. h. t., §. 20 l. de act. 4. 6, vgl. l. 1 pr. l. 2 pr. D. fam. her. 10. 2; ja sie setzen es als das Regelmäßige voraus, daß ein solcher Streit nicht stattfindet, l. 3 §. 1 l. 13 l. 21 D. h. t., vgl. l. 1 pr. l. 5 l. 16 pr. l. 43 D. fam. her. 10. 2.

<sup>16</sup> Auch im ersten Fall; auch in ihm entscheidet der Richter, indem er theilt, keinen Streit. Deswegen bildet auch die dem Theilungsrichter zustehende Befugniß, den Kläger (bez. den die Theilung Beantragenden, vgl. l. 13. 14 D. de iud. 5. 1) selbst ohne Antrag des Gegners zu verurtheilen, im Grunde keine Ausnahme von dem Principe (vgl. I §. 127 Note 2). — S. über das in dieser und der vorigen Note Gesagte Zimmermann a. a. D. S. 195—207, welcher Schriftsteller übrigens die richterliche Theilung im ersten Fall nach heutigem Recht als Executionsverfahren auffaßt.

zu begründen<sup>17</sup>. Bei der Ausführung der Theilung muß er das Interesse der Parteien zur Richtschnur nehmen, und daher vorzugsweise etwaige Vereinbarungen derselben berücksichtigen<sup>18</sup>. Im Uebrigen hat er freie Hand, und kann namentlich nicht bloß dadurch theilen, daß er die gemeinschaftliche Sache körperlich zerlegt<sup>19</sup>, oder die mehreren gemeinschaftlichen Sachen unter die einzelnen Theilhaber vertheilt<sup>20</sup>, sondern auch dadurch, daß er dem einen Theilhaber das Gemeinschaftliche ganz, dem andern eine Entschädigung zuspricht, oder auch dadurch, daß er es einem Dritten verkauft, und den Kaufpreis unter den Theilhabern vertheilt<sup>21</sup>. Bei Nutzungs- und Gebrauchrechten kann auch die bloße Ausübung getheilt werden<sup>22</sup>. Ein gemeinschaftliches Pfandrecht wird dadurch getheilt, daß das Pfand dem einen Theilhaber gegen Ausbezahlung des andern ganz zugesprochen wird<sup>23</sup>. —

<sup>17</sup> Der Ausdruck dieser Befugniß in der römischen Formula war die *ad iudicatio*. *Gal. IV. 42.*

<sup>18</sup> L. 21 l. 3 §. 1 D. h. t.

<sup>19</sup> L. 6 §. 8 l. 7 §. 1 D. h. t., l. 1. 3 C. h. t., §. 5 l. de off. iud. 4. 17, l. 34 §. 2 C. de don. 8. 54; l. 3 C. h. t., vgl. §. 4. 5 l. de off. iud. 4. 17, — Begründung von Dienstbarkeiten an Dem, was einem Theilhaber zugesprochen ist, zu Gunsten des andern, l. 7 §. 1 l. 18 D. h. t.

<sup>20</sup> L. 6 §. 8. 9 l. 19 §. 3 D. h. t., l. 3 C. h. t., §. 5 l. de off. iud. 4. 17. *Seuff. Arch. XVIII. 35.* Eine Geldentschädigung kann auch bei der ersten Theilungsart vorkommen, wenn das jedem der Theilhaber zugewiesene ihrem Antheil an der Gemeinschaft nicht entspricht, l. 3 C. h. t., §. 20 l. de act. 4. 6, §. 5 l. de off. iud. 4. 17. — Daß der Richter zur Sicherheit der Geldentschädigung an dem dem Schuldner zugewiesenen ein Pfandrecht begründen kann, ist deswegen nicht weniger sicher, weil es in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt ist (l. §. 233 Note 1). — Möglicherweise kann die Entschädigung auch darin bestehen, daß dem einen Theilhaber der Nießbrauch an der Sache zugesprochen wird, l. 6 §. 10 D. h. t., l. 6 §. 1 D. de usufr. 7. 1.

<sup>21</sup> L. 3 C. h. t. *Vgl. Seuff. Arch. I. 98. 261, XV. 125.*

<sup>22</sup> L. 7 §. 10 i. f. D. h. t., l. 13 §. 3 D. de usufr. 7. 1, l. 19 §. 4 D. h. t., l. 4 l. 5 pr. D. de aqua quot. 43. 20. — Theilung durch reale Zerlegung des Gegenstandes des Nutzungsrechtes: l. 7 §. 10 D. h. t. Theilung mit Hülfe einer Geldentschädigung: l. 7 §. 10 cit., l. 10 §. 1 D. h. t. — Eine Auseinandersetzung in Betreff der Ausübung kann auch nothwendig werden, ohne daß eine Identität des Rechtes für die mehreren Berechtigten stattfindet. L. 4 D. de aqua quot. 43. 20, l. 25 D. de S. P. R. 8. 3.

<sup>23</sup> Dabei jedoch in den Quellen die rechtliche Stellung des Ausbezahlenden nicht sowohl auf die Adjucation, als vielmehr auf die Ausbezahlung als

Auf die Theilung, mag sie durch den Vertrag der Parteien, oder durch den Richter erfolgt sein, finden die Grundsätze von der Entwehrung Anwendung, obgleich auch ohne Entwehrung ein Anspruch wegen Nichtverschaffung des gehörigen Rechts begründet sein kann<sup>24</sup>. — Angefochten werden kann die Theilung, richterliche oder vertragmäßige, nur aus allgemeinen Gründen<sup>25</sup>. —

solche gestützt wird. L. 7 §. 12. 13 D. h. t., l. 29 D. sam. herc. 10. 2. Doch sind die Meinungen hier verschieden. *Vgl. Dernburg Pandrecht II S. 393 fg., Schmid Cession I S. 226 fg., und speziell zu l. 29 D. cit. außer den I §. 233a Note 1 Genannten noch Dernburg a. a. D. S. 43 fg., Schmid a. a. D. S. 270 fg.* — Theilung durch reale Zerlegung des Pfandgegenstandes ist principieil nicht ausgeschlossen, aber bedenklich, wegen der dadurch leicht herbeigeführten Werthminderung, welche der Schuldner sich nicht gefallen zu lassen braucht.

<sup>24</sup> S. §. 392 Note 3.

<sup>25</sup> Es wird behauptet: 1) daß das richterliche Urtheil auch wegen Verletzung über die Hälfte angefochten werden könne; dieß ist gewiß unrichtig. *Silch XI S. 89 fg.* 2) Es wird Anfechtbarkeit des Theilungsvertrages wegen Verletzung über die Hälfte behauptet. Die Richtigkeit dieser Meinung hängt davon ab, ob die für den Kauf gegebene Vorschrift (l. 2 C. de reso. vend. 4. 44) auf andere zweiseitige Verträge anzuwenden ist, s. darüber §. 396 Note 10. 3) Es wird behauptet, daß der Theilungsvertrag wegen jeder (nicht ganz unerheblichen) Verstärkung angefochten werden könne. *S. namentlich Stüd a. a. D. S. 92 a. E., Holzschuher III §. 309 Nr. 7. b, Sinteris Ann. 44, Arndts §. 320 a. E.* Diese Meinung wird gestützt auf l. 3 C. comm. utr. iud. 3. 38. „*Maiores etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri: quia in bonae fidei iudiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur.*“ Ich glaube nun zwar nicht, daß es gerechtfertigt ist, wie man von der anderen Seite gewollt hat, in dem Worte *perperam* einfach eine Wiederholung des Vorhergehenden (*per fraudem vel dolum*) zu sehen (*vgl. übrigens die ursprüngliche Fassung der Stelle in Consult. II. 6 und Cod. Gregor. ed. Haenel p. 22*), halte es aber auch für viel zu bedenklich, bloß auf Grund dieses ganz unbestimmten Ausdrucks einen von allgemeinen Grundsätzen so sehr abweichenden Satz einzuführen; um so mehr, als der Schluß der Stelle ja ausdrücklich auf die Regel der *bonae fidei iudicia* hinweist. Das versteht sich übrigens von selbst, daß wegen irriger Voraussetzung, und namentlich wenn der Theilung ein unrichtiges Berechtigungsverhältniß zu Grunde gelegt worden ist, ein Anfechtungsrecht allerdings begründet ist, und gerade auf diesen Fall ist vielleicht das „*perperam*“ der l. 3 C. cit. zu beziehen. *S. l. 36 D. sam. herc. 10. 2 und das Urtheil des OAG. zu Lübeck bei Seuff. Arch. XII. 30; auch das IV. 222.* Gegen die bei 3) bezeichnete Meinung *bas. I. 262. 263.*

Getheilt werden kann auch unter Einigen der Theilhaber; natürlich aber wird das Recht der Uebrigen durch eine solche Theilung nicht berührt<sup>26</sup>.

## 2. Grenzverwirrung\*.

### §. 450.

Eine Gemeinschaft kann in gewissem Sinne auch durch die Grenzverwirrung<sup>1</sup> entstehen. Wenn nämlich auf Grenzberichtigung geklagt wird,<sup>2</sup> so hat der Richter zwar zunächst die richtige Grenze

<sup>26</sup> L. 8 pr. D. h. t., l. 2 §. 4 D. fam. herc. 10. 2, l. 17 C. cod. 3. 36. Ein besonderer, sorgfältiger, Aufsatz über diesen Fall von Zimmermann (in Pabst) „über die Theilung unter wenigen Kommunitons-Interessenten“: Arch. f. civ. Pr. XXXIV. 9. 14 1851. Dieser Schriftsteller weist namentlich nach, daß die Klage auf Theilung nicht durch die Einrede mehrerer Mitberechtigten zurückgewiesen werden könne, andererseits es allerdings dem Beklagten unbenommen sei, seinerseits auch die übrigen Mitberechtigten mit in das Theilungsverfahren hineinzuziehen. Dagegen halte ich die Gründe, aus welchen Zimmermann behauptet, daß zwischen einigen Mitberechtigten eine Theilung durch körperliche Zerlegung der gemeinschaftlichen Sache nicht zulässig sei (§. 215 fg. 219), nicht für überzeugend.

§. 450. \* Dig. 10. l. Cod. 3. 39 finium regundorum. — Puchta Zeitschr. f. Recht und Gesetzgeb. in Kurhessen II S. 1 fg., II. civ. Schriften Nr. 21 (1837). Wiederhold Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIII. 3 (1839). Sternberg das. XVII. 18 (1842). Ruborff Zeitschr. f. gesch. RW. X. 7 (1842). Verf. Schriften der röm. Feldmesser II S. 422 fg. (1852). Hoffmann Arch. f. civ. Pr. XXXI. 16 und XXXV. 10 (1848. 1852). Karlowa Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprocesses S. 141—162 (1865). Sintenis II S. 722—723, Bangerow III §. 658 Num. Ueber das Rechtshistorische f. namentlich Ruborff und Karlowa a. a. D.

<sup>1</sup> Diefelbe ist nicht möglich zwischen angrenzenden Gebäuden. L. 2 pr. l. 4 §. 10 D. h. t. S. auch l. 4 §. 11 l. 5. 6 D. h. t. Vgl. Puchta a. a. D. II. civ. Schr. S. 350 fg. Seuff. Arch. XIV. 129.

<sup>2</sup> Actio finium regundorum. Diefelbe ist zunächst nichts Anderes, als Inanspruchnahme eines Stückes Land, welches aus dem ruhigen Besitz herausgenommen ist. Daher l. 1 D. h. t. „Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est“. — Die Meinung von Wiederhold, daß die actio finium regundorum wesentlich auf Abmattung, und nur bei dieser Gelegenheit möglicherweise auch auf Grenzberichtigung gehe, findet in den Quellen keine Rechtfertigung. — Man unterscheidet heutzutage wohl zwischen einer actio finium regundorum qualificata und simplex, je nachdem der Kläger eine bestimmte Grenze als die richtige behauptet, oder nicht. Vgl. Puchta a. a. D.

aufzusuchen, und demgemäß sein Urtheil zu fällen<sup>3</sup>; wenn er aber die wahre Grenze nicht auffinden kann, so bleibt ihm nichts Anderes übrig, als das streitige Stück als gemeinschaftlich zu behandeln, und dasselbe zwischen den Parteien zu theilen<sup>4</sup>. Es ist ihm auch erlaubt, die wahre Grenze, um künftiger Grenzverwirrung vorzubeugen, zu verlegen,<sup>5</sup> natürlich unter Zuerkennung einer Selbstschädigung an denjenigen, welcher dadurch verliert<sup>6</sup>. Er kann auch Maßregeln zum Schutz der Grenze anordnen<sup>7</sup>. Endlich kann er den Parteien, auf ihren Antrag, auch Ersatz für gezogene Nuzungen, erlittenen Schäden und gemachte Verwendungen zusprechen<sup>8</sup>. — Der Grenzberichtigungsanspruch kann nicht bloß von dem Eigenthümer und gegen denselben, sondern auch von dem Emphyteuta, Superficiar, Nießbraucher, Pfandberechtigten, und gegen diese Personen erhoben werden<sup>9</sup>. — Auf die ordentliche Erfindung darf der Grenzrichter keine Rücksicht nehmen, wohl auf die dreißigjährige Verjährung<sup>10</sup>.

II. Schr. S. 343. 353 fg. Seuff. Arch. V. 16. — Vgl. noch Seuff. Arch. XVIII. 243.

<sup>3</sup> L. 4 pr. D. h. t. Seuff. Arch. XIV. 29, 136; auch V. 17.

<sup>4</sup> L. 2 §. 1 D. h. t.

<sup>5</sup> Um ihm diese, so wie die zur folgenden Note bezeichnete Maßregel zu ermöglichen, stand in der Formula der actio finium regundorum, wie in der der eigentlichen Theilungsklagen, die adiudicatio, so wie eine duplex condemnatio. Gai. IV. 42, §. 6 l. de off. iud. 4. 17, l. 10 D. h. t., l. 13 D. de iud. 5. 1, l. 37 §. 1 D. de O. et. A. 44. 7.

<sup>6</sup> L. 2 §. 1 l. 3 D. h. t., §. 6 l. de off. iud. 4. 17.

<sup>7</sup> L. 4 §. 3 D. h. t.

<sup>8</sup> L. 4 §. 1. 2 D. h. t., §. 6 l. de off. iud. 4. 17, l. 56 D. fam. herc. 10. 2. Ueber die Lesart in l. 4 §. 1 cit. f. Gluck X S. 445 Note 63. L. 4 §. 2 cit. verweist für die vor dem Prozeß mala fide gezogenen und verzehrten Früchte auf eine condictio. Es ist kaum glaublich, daß der römische Grenzrichter nicht auch auf diese Früchte hätte sollen erkennen können; denn ohne Zweifel war die actio finium regundorum bonae fidei, wie die actio communi dividundo und familiae herciscundae. Jedenfalls ist für uns die Stelle ohne alle Bedeutung.

<sup>9</sup> L. 4 §. 9 D. h. t.

<sup>10</sup> L. 5. 6 C. h. t. (Ueber das Geschichtliche f. Ruborff und Karlowa a. a. D. Die Ansicht des Ersteren, welche bisher allgemeine Billigung gefunden hat, geht dahin: das ältere römische Recht habe bei der actio finium regundorum unterschieden zwischen den Streitigkeiten über den technisch f. g. Anis, d. h.

### III. Forderungen aus Vergehen und verwandte Fälle.

#### A. Arglist\*.

##### §. 451.

Das römische Recht hat nicht den Satz aufgestellt, daß Jeder den durch seine Schuld<sup>1</sup>, wohl aber den Satz, daß Jeder den durch seine Arglist entstandenen Schaden zu ersetzen verpflichtet sei<sup>2</sup>. Das arglistige Verhalten kann möglicherweise den Thatbestand eines besonderen Vergehens bilden; von diesen Fällen wird in den folgenden §§. besonders die Rede sein<sup>3</sup>. Wo dieß nicht der Fall ist, gelten folgende Regeln.

den durch die lex Julia geordneten süßfahigen Grenzraum, und den Streitigkeiten, welche darüber hinausgingen (controversia de loco) und die Erskung nur bei Streitigkeiten der ersten Art ausschließen, nicht bei Streitigkeiten der zweiten Art; im Jahre 385 aber sei durch die l. 4 C. Th. An. rog. 2. 26 (bestimmt als l. 5 C. h. t.) die controversia de loco der controversia de finis in dieser, wie in jeder anderen Beziehung, gleichgestellt worden. Dagegen hat neuerdings Karlowa auszuführen gesucht, daß das römische Recht die controversia de loco nie als actio in rem regundorum behandelt habe, vielmehr als rei vindicatio, und daß die Absicht der l. 4 cit. gewesen sei, die Anwendung der l. t. praescriptio auf den Streit über den Anis auszuschließen).

\* Dig. 4. 8 Cod. 2. 21 de dolo malo. — Gl. V §. 513 fg.; Unterholzner II §. 74 fg. 747 fg., Sintonis II §. 730 fg.

<sup>1</sup> Vgl. hierzu Ihering Jahrb. f. Dogm. IV §. 12. 24, auch unten §. 465 Note 6 a. C. Senff. Arch. VIII. 137, IX. 144.

<sup>2</sup> Arglist, dolus. Ueber den Begriff desselben s. I §. 101 Note 6. Eine besonders wichtige Form des dolus ist der Betrug, eine so wichtige, daß auf denselben in l. 1 §. 2 D. h. t. geradezu die Definition des dolus gestellt wird. Aber s. auf der anderen Seite l. 7 §. 6. 8. 9 l. 18 §. 5 l. 19 l. 32. 33. 34. 35. 50 D. h. t., l. 9 pr. D. si serv. 8. 5, l. 5 pr. D. si menor 11. 6, l. 10 §. 6 D. de in rem verso 15. 3, l. 15 l. 16 §. 1 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 8 §. 2 D. de leg. praescr. 37. 5, l. 1 §. 12 D. de aqua pluv. 39. 3. Vgl. Hieronim. Sammlung der Entscheidungen des O. N. G. zu Albed I Nr. 7 (Verteilung zu einem wichtigen Vertrag).

<sup>3</sup> L. 8 §. 1 D. stollionatus 47. 20. „Stollionatum autem oblici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est: scilicet si aliud crimen non sit, quod obiciatur. Quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stollionatus persecutio. Ubiunque igitur titulus criminis desit, illic stollionatus obiciemus“.

1. Der Umfang der Verpflichtung des Arglistigen bestimmt sich nach den Grundsätzen der Lehre vom Interesse<sup>4</sup>.

2. Auf vollen Schadenersatz haftet der Arglistige nur zwei Jahre lang<sup>5</sup>; nach dieser Zeit beschränkt sich seine Verhaftung auf dasjenige, was durch seine Arglist in sein Vermögen gekommen ist<sup>6</sup>.

3. Die Erben des Arglistigen haften nach allgemeinen Grundsätzen nur bis zum Belange der Erbschaft<sup>7</sup>.

4. Ist die Arglist in Angelegenheiten eines Andern geübt worden, so haftet auch dieser Andere auf die Bereicherung<sup>8</sup>. Abgesehen von diesem Falle haftet der dritte Besitzer nicht<sup>9, 10</sup>.

<sup>4</sup> S. §. 257. 258. L. 18 pr. §. 1. 4 D. h. t.

<sup>5</sup> Nach der Vorschrift der l. 8 C. h. t., durch welche ein biennium continuum an die Stelle des früheren annus utilis gesetzt worden ist. Die weitere Vorschrift dieser Stelle (vgl. 1 pr. C. Th. h. t. 2. 15), daß der Prozeß in zwei Jahren auch zu Ende geführt sein müsse, wird heutzutage nicht mehr beachtet.

<sup>6</sup> Unabhängig davon, ob er es noch jetzt hat. Vgl. mit l. 28 i. f. D. h. t., l. 10 §. 24 D. quae in fraud. cred. 42. 8, l. 4 D. de interd. 43. 1, l. 1 pr. D. de vi 43. 16. Witte Bereicherungsklagen S. 318.

<sup>7</sup> Nach heutigem Recht, §. 369 Note 16; nach römischem Recht auf „quatenus ex ea re locupletior hereditas pervenit“, l. 26—28 D. h. t., l. 13 pr. l. 17 §. 1 eod.

<sup>8</sup> L. 15 pr. §. 1. 2 D. h. t.

<sup>9</sup> L. 15 §. 3 D. h. t. Vgl. l. 10 C. de resc. vend. 4. 44.

<sup>10</sup> Nach römischem Recht galten für die actio de dolo noch folgende besondere Sätze, welche ihren Grund in der infamirenden Wirkung derselben hatten (l. 1 §. 4 l. 11 §. 1 D. h. t., l. 1 l. 4 §. 5 D. de his qui not. 3. 2), und mit dieser Wirkung heutzutage weggefallen sind (l. §. 56). a) Die actio de dolo wurde nur causa cognita gegeben, und namentlich nicht bei einem geringfügigen Schaden, b. h. einem Schaden unter 2 auroi. L. 9 §. 5 l. 10 l. 11 pr. D. h. t. b) Ebenso wenig wurde sie gegen Respectspersonen geben; gegen diese wurde aber eine actio in factum auf die Bereicherung gewährt, l. 11 §. 1 l. 12 D. h. t. Vgl. übrigens §. 514 Note 3. c) Die actio de dolo wurde nicht gewährt, wenn irgend ein anderer Weg der Rechtshilfe offen stand, l. 1 §. 1—1. 9 §. 4 l. 18 §. 2. 3 l. 25 l. 40 D. h. t., l. 2 C. h. t. Auch dann nicht, wenn von einem Dritten Schadenersatz zu erlangen war, l. 1 §. 8—1. 6 D. h. t. Vgl. über diese subsidiäre Natur der actio de dolo Schneider die allgemeinen subsidiären Klagen des römischen Rechts S. 308 fg., welcher Schriftsteller übrigens den Grund der Subsidiarität nicht in der infamirenden Wirkung der Klage sieht, sondern die

## B. Entwendung\*.

## 1. Begriff.

## §. 452.

Für dieses Vergehen hat zwar die römische Sprache eine einheftliche Bezeichnung, nicht aber die deutsche; der Ausdruck **Entwendung**, welcher hier im technisch-juristischen Sinne gebraucht wird, darf nicht im Sinne des Lebens verstanden werden<sup>1</sup>. Die Hauptform der Entwendung ist der Diebstahl; aber sie ist nicht die einzige<sup>2</sup>. Entwendung ist vielmehr<sup>3</sup>: jede arglistige, d. h. be-

subdiarität historisch erklären will. Wollte man die zu c) gedachte Bestimmung heututage noch anwenden, so würde das — abgesehen von dem Fall der Verhaftung eines Dritten — den Sinn haben, daß gegen den Arglistigen die rechtlichen Grundsätze von der Arglist nur dann in Anwendung gebracht werden dürfen, wenn kein anderer Rechtsjag Hülfе gewährte. — Die kurze Verjährung der actio de dolo beruht auf ihrer insamirrenden Wirkung nicht (in l. 29 D. h. t. weist das „ideoque“ auf den ersten Theil der Stelle, also auf die Verhaftung bloß bis zum Belange der Bereicherung, zurück). — Vgl. über die verschiedenen Ansichten Glück V S. 528 fg., Hänel Arch. f. civ. Pr. XII S. 418 fg., Schueider a. a. O. S. 332, Sintonis S. 730 Anm. 9.

§. 452. \* Inst. 4. 1 de obligationibus quae ex delicto nascuntur. Dig. 47. 2 de furtis, Cod. 6. 2 de furtis et seruo corrupto. — Rlien Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls, 1. (einziger) Band (1806). Dollmann die Entwendung nach den Quellen des gemeinen Rechts (1834). Wächter Art. Diebstahl in Weiske's Rechtslex. (1844). Unterholzner Verjährungslehre I §. 62—67 (2. Ausg. 1858). Glück XIII S. 211 fg.; Unterholzner (Schuldverhältnisse) II S. 675—690, Sintonis II S. 728—729.

<sup>1</sup> Die römische Bezeichnung ist *furtum*. Ein entsprechender Ausdruck ist der Rechtsprache Bedürfnis, und da die Sprache des Lebens einen solchen nicht darbietet, so muß er neu geschaffen oder durch Umprägung eines vorhandenen Ausdrucks gewonnen werden. In diesem Sinne wird hier der Ausdruck „Entwendung“ verwerthet. Andere reden von „Dieberei“ oder „Diebheit“. Vgl. Wächter S. 388, Heffter Lehrb. des Strafr. §. 488.

<sup>2</sup> Diebstahl ist: wissentlich widerrechtliche Wegnahme einer fremden Sache aus fremdem Gewahrsam in der Absicht, sich die Sache anzueignen.

<sup>3</sup> Die Legaldefinition des *furtum* findet sich in l. 1 §. 3 D. h. t. „*Furtum est contractatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam unus eius possessionis*“. Vgl. §. 1 l. h. t.

wußt widerrechtliche<sup>4</sup>, Behandlung einer körperlichen Sache in der Absicht, sich dadurch zu bereichern.

1. Behandlung einer Sache<sup>5</sup>. Nicht schon die widerrechtliche Absicht oder das Aussprechen derselben ist Entwendung; die Absicht muß durch die Herstellung des ihr entsprechenden körperlichen Verhältnisses zur Sache verwirklicht worden sein<sup>6</sup>.

2. Behandlung in Bereicherungsabsicht. Die Absicht muß auf einen von der Sache zu gewinnenden Vermögensvorteil gerichtet sein<sup>7</sup>. Sie braucht aber nicht gerichtet zu sein auf Aneignung der gesamten Sache oder ihres gesamten Vermögenswertes<sup>8</sup>; auch derjenige begeht eine Entwendung, welcher sich

<sup>4</sup> *Contractatio fraudulosa*. Es ist also notwendig Unrecht und Bewußtsein des Unrechts; Unrecht ohne Bewußtsein des Unrechts genügt ebenso wenig zur Entwendung, wie Bewußtsein des Unrechts ohne Unrecht. L. 43 §. 5. 6. 10 l. 46 §. 7. 8 l. 52 pr. D. h. t., §. 7. 8 I. h. t. (zu §. 8 cit. vgl. l. 91 D. h. t., l. 20 C. h. t.).

<sup>5</sup> *Contractatio rei*.

<sup>6</sup> L. 52 §. 19 D. h. t. „*Neque verbo, neque scriptura quis furtum facit, hoc enim iure utimur, ut furtum sine contractationis non fiat*“. Beim heutigen Diebstahl besteht die Contractation in der Bestergreifung der Sache. Vgl. Wächter S. 364. 399.

<sup>7</sup> *Animus lucri faciendi*. L. 1 §. 3 l. 43 §. 4 l. 65 D. h. t. Wer sich an einer Sache vergeißt in der Absicht, einem Andern Schaden zuzufügen, oder ihn zu kränken, begeht keine Entwendung. L. 22 pr. l. 53 pr. D. h. t., l. 41 §. 1 D. ad leg. Aquil. 9. 2, l. 14 §. 2 D. de praeser. verb. 19. 5. Von der andern Seite ist nicht notwendig die Absicht, dasjenige, was man sich angeeignet hat, auch zu behalten. L. 54 §. 1 D. h. t. — „*Species . . lucri est, ex alieno largiri, et beneficium debitorem sibi acquirere. Unde et is furti tenetur, qui ideo rem amovet, ut eam alii donet*“. Dagegen ist es irreführend, wenn man den *animus lucri faciendi* der Quellen im Deutschen durch „gewinnfüchtige“ oder „habfüchtige“ Absicht ausdrückt. Vgl. noch l. 15 D. de cond. o. d. e. n. s. 12. 4; l. 39 l. 82 D. h. t., Paul. R. 8. II §. 31. §. 12. 31.

<sup>8</sup> L. 1 §. 3 D. h. t.: — „*vel ipsius rei*“. Hierher gehört außer dem deutschen Diebstahl (Nota 2): a) die widerrechtliche Aneignung gesandener Sachen (l. 43 §. 4. 11 D. h. t., l. 9 §. 8 l. 31 §. 1 l. 44 D. de A. R. D. 41. 1; §. 48 I. de R. D. 2. 1); b) die Unterschlagung im engeren Sinne, d. h. die widerrechtliche Aneignung von Sachen, welche der Täter bereits in Händen hat (l. 1 §. 2 l. 67 pr. D. h. t., l. 29 pr. D. dep. 16. 3, l. 3 §. 18 D. de poss. 41. 2; l. 71 pr. D. h. t.; l. 52 §. 7 D. h. t.; l. 43 §. 1 l. 52 §. 16 D. l. 7 C. h. t., l. 22 §. 7 D. mand. 17. 1, l. 25 D. de don. 39. 5; l. 33 D. h. t., l. 1 §. 22 l. 2 §. 1 D. de tutelae 27. 3; l. 46 §. 6 D. h. t.); c) die widerrechtliche Veräußerung fremder Sachen (§. 3 I. de usuc. 2. 6, l. 78 D. l. 6.

bloß durch den Gebrauch<sup>9</sup> der Sache bereichern will, oder durch den Besitz<sup>10</sup> derselben, oder in irgend einer andern Weise<sup>11</sup>.

3. Die Entwendung setzt nicht voraus, daß die Sache aus fremdem Gewahrsam weggenommen werde.<sup>12</sup> Ebensovienig setzt sie voraus, daß die Sache nicht im Eigenthum des Entwendenden<sup>13</sup>, wohl aber, daß sie überhaupt in einem Eigenthumsrechte stehe<sup>14</sup>.

4. Die Entwendung setzt eine bewegliche Sache voraus<sup>15</sup>. Doch findet im Falle der gewaltsamen Wegnahme unbeweglicher

16 C. h. t., l. 78 D. de sol. 46. 3), oder verpfändeter Sachen durch den Eigenthümer (l. 19 §. 8 l. 66 pr. D. h. t.); d) die widerrechtliche Annahme von Sachen, welche der Eigenthümer in Folge eines Irrthums ohne den Eigenthumsübertragungswillen (l. 44 §. 1 l. 66 §. 4 D. h. t.), oder zwar mit dem Eigenthumsübertragungswillen, aber unter einer irrigen Voraussetzung (§. 426 Note 16, §. 427 Note 4) gibt.

<sup>9</sup> L. 1 §. 3 D. h. t.: — „vel etiam usus eius“. L. 54 §. 1 D. h. t.: — „ex quo satis apparet furtum fieri et si quis usum alienae rei in suum lucrum convertit“. L. 40 l. 48 §. 4 l. 54 pr. l. 71 pr. l. 76 l. 82 pr. D. h. t., §. 6 l. h. t., l. 16 D. de cond. fart. 13. 1, l. 5 §. 8 D. comm. 13. 6.

<sup>10</sup> L. 1 §. 3 D. h. t.: — „possessorio“. Hierher gehört der Fall, wo der Eigenthümer die Sache demjenigen wegnimmt, welcher zur Detention derselben berechtigt ist (l. 15 §. 2 l. 20 §. 1 l. 53 §. 4 l. 59 D. h. t.: l. 20 §. 1 l. 53 §. 4 D. h. t.; l. 15 §. 2 D. h. t.; l. 15 §. 1 l. 20 §. 1 D. h. t.; l. 19 §. 5. 6 l. 20 pr. D. h. t., §. 10. 14 l. h. t., l. 36 pr. D. de pign. not. 13. 7). Andere (Marezoll Arch. f. civ. Pr. VIII S. 234 fg., v. Buchholz jurist. Abhandlungen Nr. 26) beziehen mit Berufung auf die Autorität des Theophrastus (zu §. 1 I. h. t.) den Ausdruck furtum possessionis auf den Fall der Unterschlagung. S. darüber und dagegen Bächter S. 362, Bangerow III §. 679 Num. 1.

<sup>11</sup> 3. B. Semant vernichtet die Schrift einer Urkunde in der Absicht, dadurch dem Andern ein Beweismittel gegen sich zu entziehen, l. 27 §. 3 l. 31 §. 1 D. h. t., l. 41 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, vgl. l. 52 §. 23 D. h. t.

<sup>12</sup> S. die Fälle der Note 8.

<sup>13</sup> Furtum rei suae, §. 10 l. h. t. S. die Fälle der Note 10; ferner l. 19 §. 6 l. 66 pr. D. h. t. (Note 8. c). Auch l. 26 §. 1 D. h. t. (l. 12 §. 5 D. de usufr. 7. 1). — Entwendung einer gemeinschaftlichen Sache: l. 45 D. h. t.

<sup>14</sup> L. 43 §. 5 D. h. t., l. 6 D. expil. her. 47. 19.

<sup>15</sup> — „abolita est enim quorundam veterum sententia (vgl. Gell. N. A. XI. 18) eximianum, etiam fundi lociva furtum fieri“, §. 7 l. de usuc. 2. 6, l. 38 D. de usurp. 41. 3: l. 25 pr. D. h. t.

Sachen ein Ersatzanspruch nach den Grundsätzen des Entwendungsanspruches Statt<sup>16</sup>.

## 2. Verpflichtungen.

### §. 453.

1. Aus der Entwendung entsteht ein Anspruch<sup>1</sup> auf Rückgabe des Entwendeten und Leistung des vollen Interesses<sup>2</sup>. Ob der Entwender das Entwendete noch hat, oder nicht, und wenn er es verloren hat, in welcher Weise er es verloren hat, ob mit oder ohne seine Schuld, ist gleichgültig<sup>3</sup>; selbst dann haftet er, wenn das Entwendete gar nicht in seine Hände gelangt ist<sup>4</sup>. Wie der Entwender, haftet auch sein Gehülfe<sup>5</sup>. Mehrere Ent-

<sup>16</sup> L. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 §. 1 D. h. t. Uebrigens ist der Ersatzanspruch bei unbeweglichen Sachen praktisch unendlich weniger wichtig, als bei beweglichen, da jene nicht verbracht werden können. Von Bedeutung wird er nur da, wo der Beschädigte kein Recht an der Sache hat, als conditio possessionis. Gerade dieser Fall ist es, von welchem die zuvor erwähnten Stellen reden.

<sup>1</sup> Dig. 13. 1 Cod. 4. 8 de conditione furtiva. Der Anspruch ist ein §. 453. Delictanspruch im Gewande eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung. S. §. 425.

<sup>2</sup> L. 3 D. h. t. (§. 425 Note 2), l. 10 pr. eod.

<sup>3</sup> — „semper enim moram sui facere videtur“, l. 8 §. 1 D. h. t.; l. 8 pr. l. 16 l. 20 D. l. 2 C. h. t. Vgl. §. 278 Note 9.

<sup>4</sup> Dies ist der Fall, wenn er zur Entwendung die Thätigkeit eines Andern benützt, und dieser ihm die Sache unterschlägt. L. 19 D. de act. rer. am. 26. 2.

<sup>5</sup> Dieser Satz ist nicht unzweifelhaft. Es liegt hier ein Widerspruch vor zwischen l. 6 D. h. t. und l. 53 §. 2 D. de V. 8. 50. 16. In vereinigen sind m. E. diese Stellen nicht (Versuche bei Glück XIII S. 228. 229); ich sehe vielmehr in ihnen einen Ausdruck der Doppelnatur der conditio furtiva (§. 425 Note 4). Sie heben sich also gegenseitig auf, und wir müssen eine Entscheidung aus der Natur der Sache treffen. Diese Entscheidung kann aber nicht zweifelhaft sein. Der Entwendungsanspruch ist Delictanspruch, und es ist ihm das Gewand des Bereicherungsanspruches nur „odio furam“ angezogen worden (§. 425 Note 3); folglich darf aus der Condictionennatur derselben, wo die Quellen uns nicht nöthigen, keine dem Beschädigten ungünstige Consequenz gezogen werden. S. auch l. 20 D. de act. rer. amot. 26. 2. Vgl. Buchta und Hubbe Entscheidungen V S. 282—283. — Pfeiffer? Vgl. Seuff. Arch. XVI S. 202 unt. 203.

Windscheid, Pandekten. II. Bd. II. Buchst.

wender haften als Solidarschuldner<sup>6</sup>. Der Anspruch steht zu: dem Eigenthümer<sup>7</sup>, dem an der Sache sonst dinglich Berechtigten<sup>8</sup>, dem rechtlichen Besitzer<sup>9</sup>; ferner muß er aber nach heutigem Recht auch dem Besitzer in fremdem Namen, welcher für die Sache verantwortlich ist, und um so mehr demjenigen, welcher an dem Haben und Behalten der Sache ein eigenes vermögensrechtliches Interesse hat<sup>10</sup>, insoweit zugestanden werden, als nach heutigem Recht der Strafanspruch aus der Entwendung (Nr. 2) wegfällt<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> L. 1 C. h. t.

<sup>7</sup> Der Eigenthümer verliert den Anspruch durch Veräußerung der Sache, nicht durch sonstigen Verlust des Eigenthums. L. 10 §. 2. 3 l. 11 l. 12 pr. §. 1 l. 14 D. h. t.

<sup>8</sup> Unmittelbar belegen läßt sich dieser Satz nur für den Pfandgläubiger, l. 12 §. 2 D. h. t., l. 22 pr. D. de pign. act. 13. 7. Aber ein Anspruch, welcher dem bloßen Besitzer zugestanden wird (Note 9), darf gewiß dem dinglich Berechtigten nicht vorenthalten werden. Vgl. auch Ihering's Abhandlungen S. 132 fg. — Wenn es in l. 1 D. h. t. heißt: „In furtiva re soli domino condictio competit“, so ist das im Gegensatz zur actio furti gesagt, welche Jedem zusteht, „cuius interest non subripi“ (Note 14). S. l. 14 §. 16 D. de furt. 47. 2.

<sup>9</sup> L. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 §. 1 D. de furt. 47. 2. Nicht dem unrechtlichen Besitzer: l. 76 §. 1 D. eod., wo die condictio gegen den Entwender einer entwendeten Sache im Gegensatz zu dem ersten Entwender dem Eigenthümer zugesprochen wird. S. auch l. 12 §. 1 eod.: — „nemo de improbitate sua consequitur actionem“.

<sup>10</sup> Also namentlich dem zur Retention Befugten; ferner dem Pächter und Nießbraucher im Falle der Entwendung ungetrennter Früchte.

<sup>11</sup> Die genannten Personen hatten nach römischem Recht die actio furti (Note 14) und in derselben einen Ersatz für die ihnen fehlende condictio furtiva (l. 14 §. 16 cit., l. 12 §. 5 D. de uoifr. 7. 1). Insoweit nach heutigem Rechte die actio furti nicht mehr gilt (Note 16. 17), ist hier eine Lücke. Ich würde es aber kaum für gerechtfertigt halten, diese Lücke ohne Weiteres durch Gewährung der condictio furtiva auszufüllen, wenn wir nicht in dieser Beziehung in l. 22 §. 4 C. de furt. 6. 2 einen Anhalt hätten. In dieser Stelle gibt Justinian dem Manne gegen die Frau für den Fall der Entwendung einer ihm von einem Dritten geliehenen Sache statt der nicht zulässigen actio furti (l. 1 D. de act. rer. am. 25. 2) die actio rerum amotarum, welche „condictio est“, l. 26 D. eod. Vgl. auch l. 17 §. 3 l. 18 D. de act. rer. am. 25. 2, und dazu Unterholzner § 329. s. Uebrigens ist die Frage doch nur die, ob der verantwortliche Besitzer die condictio furtiva ohne Weiteres hat; denn Cession kann er jedenfalls verlangen, wenn der Eigenthümer ihn bei seiner Verantwortlichkeit ansieht (§. 264 Note 8). — Eine Ausnahme muß

Der Anspruch geht auf die Erben des Verpflichteten unbeschränkt über<sup>12</sup>, und verjährt in der gewöhnlichen Zeit.

2. Außerdem entsteht nach römischem Recht aus der Entwendung ein Strafanspruch<sup>13</sup> zu Gunsten des Beschädigten<sup>14</sup> auf

jedoch gemacht werden für die Fälle: a) wo dem Besitzer in fremdem Namen eine Arglist zur Last fällt; b) wo er zahlungsunfähig ist; c) wo er den Besitz nicht von dem Eigenthümer empfangen hat. Denn in diesen Fällen hat er auch die actio furti nicht. L. 14 §. 8. 9 D. de furt. 47. 2; l. 12 pr. eod., §. 15 l. de obl. quas ex del. 4. 1; l. 53 §. 3 l. 71 pr. D. de furt. 47. 2. — Das in dieser Note Gesagte ist nicht allgemein anerkannt. Vgl. Glück XIII S. 224. 225, Wächter a. a. O. Note 86, Sintonis §. 109 Ann. 125, §. 124 Note 3, Arnolds §. 323 a. C.

<sup>12</sup> S. §. 359 Note 18.

<sup>13</sup> Actio furti. Vereinzelt wird dieser Ausdruck auch für den Ersatzanspruch aus der Entwendung gebraucht, so z. B. in l. 71 pr. D. h. t. (de furtis 47. 2).

<sup>14</sup> Die actio furti wird in den Quellen im Allgemeinen demjenigen gegeben „cuius interest non subripi“, l. 10 l. 11 l. 12 §. 2 D. h. t. 47. 2; im Einzelnen: dem Eigenthümer, §. B. l. 80 pr. §. 1 D. h. t.; dem gutgläubigen Besitzer, §. 15 l. h. t. 4. 1, l. 12 §. 1 l. 20 §. 1 l. 52 §. 10 l. 53 §. 4 l. 74 D. h. t.; dem Nießbraucher und Gebrauchsberechtigten, l. 15 §. 1 l. 20 §. 1 l. 46 §. 1. 3 D. h. t.; dem Pfandgläubiger, §. 14 l. h. t. 4. 1, l. 12 §. 2 l. 14 §. 5—7 l. 15 pr. l. 46 §. 4 l. 87 D. h. t.; dem Retentionsberechtigten, l. 53 §. 4 l. 59 vgl. l. 14 §. 1 D. h. t.; dem Pächter wegen seines Interesses am Genuße der Sache, l. 14 §. 2 l. 26 §. 1 l. 82 §. 1 vgl. l. 52 §. 8 D. h. t.; dem an den Inhalt eines Briefes (vermögensrechtlich) Interessirten, l. 14 §. 17 D. h. t. Dem zur actio furti an und für sich Berechtigten steht aber dieselbe dann nicht zu, wenn er sich wegen der Entwendung an einem Dritten halten kann, und dieser zahlungsfähig ist; vielmehr hat in diesem Fall der Dritte selbst die actio furti, §. 15—17 l. h. t., l. 12 pr. l. 14 §. 3. 10—12. 14—17 l. 52 §. 9 l. 78 D. h. t. Jedoch erleidet wieder dieser letztere Satz eine Ausnahme für den Fall, wo Jemand ohne Auftrag des Eigenthümers fremde Sachen in Händen hat; derselbe kann nur, wenn er wegen der Entwendung von dem Eigenthümer in Anspruch genommen wird, von demselben Cession der actio furti verlangen. L. 53 §. 3 l. 85 D. h. t. Eine fernere Ausnahme in l. 22 C. h. t. 6. 2, vgl. §. 16 l. h. t. Nicht steht die actio furti demjenigen zu, „cuius non ex honesta causa interest“, l. 11 l. 12 §. 1 l. 14 §. 3. 4. 8 l. 76 §. 1 D. h. t., vgl. l. 71 §. 1 eod.; aber auch nicht dem auf die Sache Forderungsberechtigten, welcher nur Abtretung der actio furti oder Herausgabe ihres Ertrages verlangen kann, l. 14 pr. §. 1 l. 80 pr. h. t., l. 66 §. 5 l. 85 vgl. l. 13 eod.; ebensowenig dem Bürgen des für die Entwendung Haftenden, l. 14 §. 10 l. 85 D. h. t. Man sieht also, daß der Ausdruck der Quellen: die actio furti stets demjenigen zu



das Doppelte, und wenn der Entwender bei der Entwendung ertappt worden ist, auf das Vierfache des Werths der entwendeten Sache bez. des erlittenen Schadens<sup>15</sup>. Dieser Anspruch ist heutzutage principiell ausgeschlossen, so weit die Entwendung einer öffentlichen Strafe unterliegt<sup>16</sup>, und kommt auch abgesehen hiervon kaum noch zur Anwendung<sup>17</sup>.

### 3. Besondere Fälle.

#### §. 454.

1. Raub<sup>1</sup>. In dem Raub ist eine Entwendung enthalten<sup>2</sup>, und daher erzeugt er einen Erfasanspruch nach den Grundfätzen derselben<sup>3</sup>. Er erzeugt aber auch als solcher einen besonderen Erfasanspruch<sup>4</sup>, welcher folgende Eigentümlichkeiten

„*onus interest*“, kein genauer ist. S. auch I. 49 §. 1 *cod.* — Vgl. Fasse *culpa* Kap. 10 und dazu Mommsen Beiträge III S. 388 fg.; ferner oben §. 327 Note 12 und speziell über I. 71 §. 1 *cit.* außer den §. 258 Note 1 Genannten Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 93 fg.

<sup>15</sup> L. 50 pr. I. 80 §. 1 I. 67 §. 1 2 D. h. t. 47. 2. I. 27 I. 32 pr. *cod.*; I. 46 §. 1 *cod.*; I. 46 §. 4 I. 87 *cod.*; I. 74 *cod.*

<sup>16</sup> Also jedenfalls bei Raub, Diebstahl, Unterschlagung. Denn das römische Recht gewährte die Privatstrafe neben der öffentlichen nur *electio*, I. 56 §. 1 I. 92 D. h. t. 47. 2. S. §. 326 Note 4. 5. Die Strafe des Doppelten, welche die P. S. S. D. Art. 157. 158 auf den kleinen (unter 5 Goldgülden) einfachen Diebstahl setzt, ist keine Privatstrafe. S. die citirte Note 5 a. C.

<sup>17</sup> Ein entschiedenes derogirendes Gewohnheitsrecht nimmt an Wächter S. 392—394. Vorsichtiger Jessor Straf. §. 505: „wofern nicht etwa noch auf die römischen Privatstrafen gerichtsgewöhnlich geklagt wird“. Vgl. das. §. 490. 508. 509.

§. 454. <sup>2</sup> Inst. 4. 2 de vi bonorum raptorum. Dig. 47. 8 vi bonorum raptorum et de turba. *cod.* 9. 33 vi bonorum raptorum. — Unterholzner II S. 724—726, *Sententia* II S. 738.

<sup>3</sup> Pr. I. h. t., I. 22 §. 10 D. h. t., I. 80 §. 3 I. 48 §. 7 I. 52 §. 30 D. de furt. 47. 2.

<sup>4</sup> L. 2 §. 26. 27 D. h. t., I. 10 §. 1 D. de cond. furt. 13. 1.

<sup>5</sup> Actio vi bonorum raptorum. Die actio vi bonorum raptorum ist übrigens eine actio mixta; sie fordert Erfas und Strafe zugleich, und zwar eine Strafe des Dreifachen, so daß sie im Ganzen auf das Vierfache geht. Pr. I. h. t., I. 1 C. h. t., §. 19 I. de act. 4. 6. Vgl. unten Note 9. — Die actio vi bonorum raptorum wurde in den Zeiten der bürgerlichen Kriege gegen Raub

hat<sup>5</sup>. a) Dieser Anspruch ist begründet, sobald der Beraubte nur irgend welches Interesse, wenn auch kein vermögensrechtliches, nachzuweisen vermag<sup>6</sup>. b) Es haftet auch der Anstifter<sup>7</sup>; dagegen c) der Erbe nur mit der für Delictsanprüche überhaupt geltenden Beschränkung<sup>8</sup>. — Der aus dem Raube entstehende Anspruch geht aber nach römischem Recht, außer auf Erfas, binnen eines Jahres noch auf das Dreifache des Werthes des Beraubten

und Beschädigung *hominibus armatis coactisque* aufgestellt. In der Fassung des Prätorischen Edicts, wie sie in den Pandekten enthalten ist, sind die *domines armati* weggelassen (I. 1 pr. D. h. t.), und die Interpretation ließ auch das Erforderniß der *hominibus coacti* fallen, indem sie sich mit der bloßen Gewalt begnügte (I. 2 §. 7 D. h. t., wo zu lesen ist: *haec enim, quod ait: hominibus coactis, sic accipere debemus: etiam hominibus coactis, ut si sine violuntate fecerit, siue etiam hominibus coactis etc.*). Vgl. Savigny Zeitschr. f. gesch. RW. V. 3 und H. Schrift III S. 228 fg., Ph. Ed. Huschke in Im. G. Huschke *Analecta lit.* p. 76. seq., Keller *Somestria ad M. Tull. Cic. lib. III.*

<sup>5</sup> Im Uebrigen geht der Anspruch ebenfalls auf das gesammte Interesse, I. 3 §. 24 D. h. t. In Betreff von I. 2 §. 13 h. t. vgl. I. 50 pr. I. 80 §. 1 I. 67 §. 1 2 I. 27 I. 32 pr. D. furt. 47. 2. Der Anspruch verläßt ebenfalls in der gewöhnlichen Zeit (nur in Betreff des Strafjahrs ist er auf einen annus utilis beschränkt), pr. I. h. t., I. 2 §. 13 D. h. t., I. 2—5 C. h. t.

<sup>6</sup> So wird zu verstehen sein I. 2 §. 23. 24 D. h. t. „*Et generaliter dicendum est: ex quibus causis furti mihi actio competit in re clam facta, ex iisdem causis habere me hanc actionem (vgl. §. 2 I. h. t.). Dicet aliquis: atquin ob rem depositam furti actionem non habemus (§. 17 I. de obl. quae ex del. 4. 1, I. 14 §. 3 D. de furt. 47. 2). Sed ideo addidi: si interest nostra, non esse raptam. Nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis, non quasi mercedem, accepi. Utilius dicendum est, etsi cesset actio furti ob rem depositam, esse tamen vi bonorum raptorum actionem (vgl. I. 14 §. 3 *cit.* — „quid enim eius interest, si dolo careat“?), quia non minima differentia est inter eum, qui clam facit, et eum, qui rapit, cum ille celet suum delictum, hic publice et crimen etiam publicum admittat. Si quis igitur interesse sua vel modice docebit, debet habere vi bonorum raptorum actionem“.*

<sup>7</sup> L. 80 §. 4 D. de furt. 47. 2, I. 3 §. 2—6 D. h. t. Vgl. §. 11 i. f. D. de obl. quae ex del. 4. 1, I. 53 §. 2 D. de V. S. 50. 16 und §. 453 Note 5.

<sup>8</sup> S. §. 359 Nr. 2. Nach römischem Recht haftet der Erbe nicht einmal auf die Verrückung, — „quia putavit (praetor) sufficere conditionem“, I. 2 §. 27 D. h. t.

als Strafe<sup>9</sup>. Die heutige Anwendbarkeit dieses Strafzuges ist principiell nicht ausgeschlossen, da das römische Recht die Privatstrafe neben der öffentlichen verhängt<sup>10</sup>; im Uebrigen gilt davon das Gleiche, was vorhin von dem Strafanspruch aus der Entwendung gesagt worden ist.

2. Der Ersatzanspruch, welchen das römische Recht aus Raub und Diebstahl bei Brand, Gebäudeeinsturz oder Schiffbruch, so wie aus Raub durch oder bei Ueberfall eines Gebäudes oder Schiffes gewährt<sup>11</sup>, hat das Besondere, daß er auch gegen den Fehler geht<sup>12</sup>. Auch in diesen Fällen aber hat der Anspruch nach römischem Recht binnen eines Jahres einen Strafzuges auf das Dreifache<sup>13</sup>, von dessen heutiger Anwendbarkeit das Gleiche gilt, wie von der Anwendbarkeit des Strafanspruches aus Raub und Diebstahl überhaupt<sup>14</sup>.

3. Der Anspruch aus Raub und Diebstahl, welchen Pächter öffentlicher Einkünfte oder ihre Leute bei Ausübung ihres Geschäftes begehen, steigert sich, wenn nicht bis zum Urtheil freiwillige Restitution erfolgt, auf das Doppelte, jedoch nur dann, wenn binnen eines Jahres geklagt wird<sup>15</sup>.

4. Die Entwendung von Erbschaftsachen, welche der Erbe

<sup>9</sup> S. Note 4 §. A. L. 2 §. 13 D. h. t.

<sup>10</sup> L. 2 §. 1 D. h. t., welche Stelle freilich Andere von einer electiven Concurrenz verstehen. Aber s. auch l. un. C. quando civ. actio 9. 31, und vgl. das Nähere bei Wächter Lehrb. des Strafr. I S. 259. Die öffentliche Strafe, welche das römische Recht über den Raub verhängt, trifft allerdings den Raub nicht als solchen, aber doch den Raub von derselben Seite, durch welche er sich von anderen Fällen der Entwendung unterscheidet, von der Seite der Gewaltthat (via).

<sup>11</sup> Dig. 47. 9 de incendio, ruina, naufragio, rata, nave expugnata. Unterholzner II §. 690.

<sup>12</sup> L. 3 §. 3. 4 D. h. t.

<sup>13</sup> L. 1 pr. D. h. t.

<sup>14</sup> Die öffentliche Strafe, auf welche l. 1 §. 1 D. h. t. verweist, ist eine gerade für dieses Vergehen festgesetzte.

<sup>15</sup> L. 1 pr. — §. 5 l. 4 pr. l. 5. 6 13 D. de publicanis 39. 4. Vgl. §. 263 Note 12. 15. — Das römische Recht enthält für diesen Fall noch die fernere besondere Bestimmung, daß, wenn das Vergehen durch einen Sklaven begangen worden sei, der Zoltpächter den Sklaven stellen müsse, widrigenfalls er ohne das Recht zur noxae datio hafte. L. 1 §. 6 l. 2. 3 l. 12 D. tit. cit.

noch nicht in Besitz genommen hat, qualificirt das römische Recht nicht als Entwendung<sup>16</sup>, sondern als besonderes Vergehen<sup>17</sup>, und gewährt demzufolge aus derselben auch nicht den civilrechtlichen Ersatzanspruch<sup>18</sup>. Heutzutage wird die Entwendung von Erbschaftsachen der bezeichneten Art, insofern sie die Merkmale des Diebstahls an sich trägt, als solcher gestraft<sup>19</sup>, und muß demnach auch civilrechtlich als Diebstahl behandelt werden. Abgesehen hiervon kann aus derselben auch heutzutage Ersatz nach den Grundsätzen der Entwendung nicht begehrt werden<sup>20</sup>.

5. Die Entwendung, welche in einem Schiffe, einer Gast- oder Stallwirthschaft, von Leuten des Schiffers, Gast- oder Stallwirthes begangen wird, hat das Besondere, daß aus derselben auch der Principal in Anspruch genommen werden kann, und zwar nach römischem Rechte auf das Doppelte<sup>21</sup>. Die heutige

<sup>16</sup> „Rei hereditariae furtum non fit“, l. 6 D. expil. her. 47. 19, l. 2 §. 1 eod., l. 14 §. 14 D. de furt. 47. 2. Dieser Satz erklärt sich aus der bei nicht besseren Erbschaftsachen zulässigen *receptio pro herede* (Gai. II. 52—58). Diese ist zwar später aufgehoben worden (Gai. II. 57); aber nichtsdestoweniger hat man jenen Satz festgehalten. Eine andere Herleitung desselben in l. 1 §. 15 D. si is qui test. 47. S. hierüber, wie über das Folgende: Wächter Lehrb. des Strafr. II §. 197 Note 98 und Rechtslex. S. 383—385, Arnolds Rhein. Mus. II S. 182, Unterholzner Verjährungslehre I S. 209—212.

<sup>17</sup> Crimen expilatae hereditatis. Dig. 47. 19 expilatae hereditatis. Cod. 9. 32 de crimine expilatae hereditatis.

<sup>18</sup> Es verweist auf rei vindicatio, actio ad exhibendum, hereditatis petitio, actio familiae hereditariae. Außerdem konnte auch auf dem Wege der accusatio Ersatz erlangt werden. L. 2 §. 1 l. 3 D. l. 4 C. h. t., l. 3 C. fam. her. 3. 36, l. 6 C. l. 4 D. h. t.

<sup>19</sup> Wächter Lehrb. II S. 332, Rechtslex. S. 422; Fester Strafr. §. 514.

<sup>20</sup> Sondern nur, abgesehen von den aus dem verletzten Recht zustehenden Rechtsmitteln (Note 18), nach den Grundsätzen der Arglist (§. 451). Daß die actio doli in den Quellen nicht ausdrücklich genannt wird, ist nur Zufall. Wenn Arnolds §. 323 Anm. 4 ganz allgemein sagt: „Nach heutigem Rechte ist auch diese Besonderheit von keiner Bedeutung mehr“, so geht er damit in. C. zu weit.

<sup>21</sup> Dig. 47. 5 furti adversus nautas caupones stabularios. L. 6. 7 D. nautas caupones stabularii ut recepta restituant 4. 9, §. 3 l. de obl. quae quasi ex del. 4. 5. Unterholzner II §. 696. Vgl. oben §. 384. Was für die Leute des Gastwirths, gilt auch für diejenigen, welche in dem Gasthose wohnend wohnen, l. 1 §. 6 D. h. t., l. 6 §. 3 D. nautas 4. 9. Vgl. Simmertal Arch. f. pract. RW. N. F. II S. 112 fg.

Anwendbarkeit dieses Strafzuges ist wenigstens principiell nicht ausgeschlossen<sup>22</sup>.

6. Was das römische Recht Besonderes über den Fall der Entwendung zwischen Ehegatten mit Rücksicht auf eine beabsichtigte und wirklich vollzogene Ehescheidung enthält<sup>23</sup>, ist heutzutage unpraktisch<sup>24</sup>.

### C. Beschädigung.

#### 1. Das Aquilische Gesetz und seine Erweiterungen\*.

§. 455.

##### 1. Das Aquilische Gesetz<sup>1</sup> und seine Erweiterungen beziehen

<sup>22</sup> Für dieselbe erklären sich Schiller (excerc. 49 §. 14) und Strypf (ad h. t. §. 1).

<sup>23</sup> Dig. 25. 2 de actione rerum amotarum. Cod. 5. 21 rerum amotarum.

<sup>24</sup> Für diesen Fall ist eine besondere Ersatztage aufgestellt, die actio rerum amotarum, vgl. l. 1 D. h. t., l. 22 §. 4 C. de furt. 6. 2; l. 17 pr. D. l. 2 C. h. t.; l. 11 l. 17 §. 1 l. 19 l. 21 pr. D. h. t.; l. 6 §. 5 l. 22 §. 1 D. h. t. Dieselbe wird aber durch die *condictio furtiva*, welche neben ihr Statt findet (l. 24 l. 17 §. 2 D. h. t.) absorbiert. Denn die actio rerum amotarum gewährt kein größeres Maß von Recht, als die *condictio furtiva* (vgl. l. 26 D. h. t.; l. 21 §. 3. 4 l. 17 §. 2 l. 3 §. 3 l. 29 D. h. t.; l. 21 §. 5 D. h. t.; l. 20 D. h. t. in Verbindung mit §. 453 Note 5); umgekehrt wird sie in Einer Stelle gegen die Erben auf die Vereicherung beschränkt (l. 3 O. h. t., im Widerspruch mit l. 6 §. 4 D. h. t., Vereinigungsversuche bei Gild XXVIII S. 16 fg., vgl. Franke Beiträge. S. 38 39). — Es wird kaum etwas Anderes übrig bleiben, als anzunehmen, daß die actio rerum amotarum ihre Entstehung einer Zeit verdanke, in welcher die *condictio* als Mittel, Schadenersatz aus der Entwendung zu erlangen, noch nicht anerkannt war. Darüber daß die *condictio furtiva* auch in anderen Fällen der Entwendung zwischen Ehegatten, als dem im Text bezeichneten, und auch während bestehender Ehe zulässig ist, s. l. 6 §. 5 l. 25 D. h. t. Vgl. auch Sintonis III §. 182 Anm. 1.

\* Inst. 4. 8 de lege Aquilia. Dig. 9. 2 ad legem Aquiliam. Cod. 3. 35 de lege Aquilia. — v. Löhr Theorie der Culpa S. 81 fg. Paffe die Culpa des römischen Rechts S. 17—72. Gild X S. 306 fg.; Unterholzner II S. 690—708, Sintonis II S. 760—764, Wangerow III §. 681 Anm. 1—3.

<sup>1</sup> Lex Aquilia. Ein Plebeiger eines Tribunen Aquilius, l. 1 §. 1 D. h. t. Die Zeit ist ungewiß. Rudorff röm. Rechtsgeschichte I §. 41 Note 3.

sich auf Schadenszufügung an körperlichen Sachen. Das Aquilische Gesetz selbst nannte nur bestimmte Fälle der Verletzung der körperlichen Integrität einer Sache durch unmittelbare Einwirkung auf dieselbe<sup>2</sup>; seine Bestimmungen sind aber ausgedehnt worden<sup>3</sup> auf jede Verletzung der körperlichen Integrität einer Sache<sup>4</sup>, wenn auch nicht durch unmittelbare Einwirkung<sup>5</sup>, ja sogar auf Schadenszufügung an körperlichen Sachen auch ohne Verletzung ihrer körperlichen Integrität<sup>6</sup>. Sie sind ferner ausgedehnt worden auf die Verletzung freier Menschen<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Die lex Aquilia bestimmte in ihrem caput primum (l. 2 pr. D. h. t., pr. l. h. t.) über Tödtung eines Sklaven und eines pecus. Ueber den letzteren Begriff s. l. 2 §. 2 D. h. t. — „servis . . . exaequat quadrupedes, quae pecudum numero sunt et gregatim habentur“; ferner §. 1 I. h. t., l. 65 §. 4 D. de leg. III<sup>o</sup> 32, Paul R. S. III. 6 §. 73, nach welchen Stellen zu den pecudis im Einzelnen gezählt werden: Schaafe, Ziegen, Rinder, Pferde, Esel, Maulesel, Schweine, auch Kameele und Elephanten, nicht aber Hunde. — In ihrem caput tertium (l. 27 §. 5 D. h. t., §. 13 l. h. t.) bestimmte die lex Aquilia über jede andere Beschädigung (einschließlich der Vernichtung) einer körperlichen Sache durch urere, frangere, rumpere. — Der Inhalt des caput secundum, von welchem die Institutionen lakonisch sagen: „in usu non est“, erhellt aus Gai. III. 215. Vgl. Rudorff röm. Rechtsgesch. I S. 99. In Betreff der früheren Versuche, den Inhalt dieses caput secundum zu bestimmen, s. die Citate bei Wangerow III S. 598 Nr. 2.

<sup>3</sup> Das formale Mittel dieser Ausdehnung war die Gewährung einer utilis actio legis Aquiliae oder einer actio in factum. Ein materieller Unterschied zwischen diesen beiden Klagsformen ist nicht ersichtlich. Savigny Syst. V S. 95. 96, Wangerow III S. 605. 606. Uebrigens glaubte man in manchen und wichtigen Ausdehnungsfällen auch mit einer actio directa legis Aquiliae ausreichen zu können. Denn eine althergebrachte Interpretation faßte das „rumpere“ des caput tertium in dem Sinne von „corrumpere“. L. 27 §. 13 sqq. D. h. t., §. 13 l. h. t., namentlich l. 27 §. 20. 21 D. h. t. verglichen mit §. 14 eod.

<sup>4</sup> Vgl. z. B. §. 13 l. h. t., l. 27 §. 15. 18. 19. 22. 25. D. h. t.

<sup>5</sup> L. 7 §. 3. 6 l. 9 pr. §. 1. 2. 3 l. 11 §. 1. 5 l. 29 §. 5. 7 l. 30 §. 3 l. 53 D. h. t., l. 6 C. h. t., §. 16 l. h. t., l. 8 §. 1 l. 4 D. de serv. corr. 11. 3, l. 13 pr. D. loc. 19. 2, l. 51 D. de furt. 47. 2, l. 2 §. 20 D. vi bon. rapt. 47. 8. Vgl. Unterholzner §. 674. c. Wangerow S. 602. 603. Ueber l. 57 D. loc. 19. 2 (vgl. l. 18 D. de S. P. U. S. 2, l. 30 §. 3 D. h. t.) s. Löhr S. 158 fg., Paffe S. 30 Note 2, Zimmermann Novallogen S. 2 fg., Weinhardt Arch. f. civ. Pr. XXX S. 224 Note 26.

<sup>6</sup> L. 27 §. 21 D. h. t., §. 16 i. f. l. h. t., l. 7 §. 7 D. de doio malo 4. 3, l. 14 §. 2 D. de praeser. verb. 19. 5, l. 55 D. de A. R. D. 41. 1, l. 50 §. 4 D. de

2. Die Beschädigung muß durch ein positives Thun herbeigeführt worden sein<sup>8</sup>; eine Unterlassung verpflichtet nur insofern, als das Thun durch eine vorhergehende oder begleitende Thätigkeit geboten war<sup>9</sup>.

3. Aus einer beschädigenden Handlung der bezeichneten Art entsteht ein Schadenersatzanspruch, wenn sie widerrechtlich war<sup>10</sup>. Zur Widerrechtlichkeit gehört: a) daß der Beschädigende kein Recht zur Beschädigung gehabt habe<sup>11</sup>; b) daß ihm die Beschädigung zur Schuld angerechnet werden könne. Schuld ist hier schon Nachlässigkeit; Arglist wird nicht erfordert<sup>12</sup>. Durch einen ent-

fart. 47. 2; l. 30 §. 2 D. h. t.; l. 27 §. 14 vgl. §. 20 D. h. t.; l. 27 D. de pign. 20. 1. S. auch Senff. Arch. XVI. 114, XVIII. 246. — Weiter, d. h. über das Moment der Schadenszufügung an einer körperlichen Sache hinaus, ist man aber nicht gegangen, wie Manche wohl auf Grund von §. 16 I. h. t. und l. 33 §. 1 D. h. t. behauptet haben. Vgl. §. 451 Note 1; übrigens auch Senff. Arch. XVII. 224 (S. 358).

<sup>8</sup> L. 18 pr. l. 5 §. 3 l. 6. 7 D. h. t.

<sup>9</sup> L. 13 §. 2 D. de usufr. 7. 1.

<sup>10</sup> L. 8 pr. l. 27 §. 9 l. 31 D. h. t., §. 5. 6 I. h. t., Coll. XII. 7 §. 7. Senff. Arch. III. 55, IV. 96, X. 164, 165, XIII. 28, XV. 129. Weiter will Busch Arch. f. civ. Pr. XLV S. 139 fg. gehen, welcher behauptet, die Unterlassung verpflichte schon dann zum Schadenersatz, wenn das Thun durch „Gesetz oder Vertrag“ geboten gewesen sei.

<sup>11</sup> *Damnnum iniuria datum*. Das Wort *iniuria* war von der *lex Aquilia* selbst gebraucht.

<sup>12</sup> L. 151 D. de R. I. 50. 17. „Nemo damnnum facit, nisi qui id facit, quod facere ius non habet“. L. 55 l. 155 §. 1 D. eod. Vgl. l. §. 121 Note 2. Beispiele berechtigter Schadenszufügung: die Beschädigung wird zugefügt auf Grund einer zuständigen obrigkeitlichen Gewalt, l. 29 §. 7 D. h. t., l. 13 D. de per. et comm. 18. 6; auf Grund eines Zuchtigungsrechts, l. 5 §. 3 D. h. t.; in Selbstverteidigung, l. 4 l. 5 pr. l. 45 §. 4 l. 52 §. 1 D. h. t., §. 2 l. h. t., l. 29 §. 1 D. h. t.; um Schaden von sich selbst abzuwehren, l. 29 §. 3 l. 49 §. 1 D. h. t., l. 3 §. 7 D. de incoad. 47. 9, l. 14 pr. D. de praeser. verb. 19. 5, vgl. l. 7 §. 4 D. quod vi aut cl. 43. 24. Vgl. auch Senff. IV. 34, XIII. 30; XVII. 41.

<sup>13</sup> L. 5 §. 1 l. 31 l. 44 pr. D. h. t., §. 3. 14 l. h. t. L. 31 cit.: — „culpam autem esse, quod, cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum“. L. 44 pr. cit. „In lege Aquilia et levissima culpa venit“. Unterholzner II S. 697: „Das Aquilische Gesetz kommt . . . zur Anwendung, wenn man es an der von einem ordentlichen Mann zu erwartenden Bedachtsamkeit hat fehlen lassen: gesetzt auch, daß noch so wenig daran gefehlt hätte“. Fasse S. 63 fg. — Einzelnes: l. 7 §. 2 l. 9 §. 4 l. 10 l. 11 pr. l. 27 §. 33 l. 30 §. 3 l. 31 l. 52 §. 4 D. h. t., §. 4—6 l. h. t.; l. 7 §. 8 l. 27 §. 9 D. h. t., §. 7. 8 l. h. t., l. 1 §. 5

schuldbaren Irrthum, kraft dessen der Beschädigende sich in dem Glauben befand, er dürfe die Beschädigung vornehmen, wird die Schuld ausgeschlossen<sup>13</sup>.

4. Der Anspruch steht zu: dem Eigenthümer<sup>14</sup>, dem an der Sache sonst dinglich Berechtigten<sup>15</sup>, dem gutgläubigen Besitzer<sup>16</sup>, auch dem obligatorisch zum Fruchtgenuß Berechtigten, wenn ungetrennte Früchte beschädigt worden sind<sup>17</sup>, — dem Nichteigenthümer auch gegen den Eigenthümer selbst<sup>18</sup>.

5. Der Anspruch geht auf Leistung des gesammten Interesses<sup>19</sup>. Bei der Berechnung des Werthes der beschädigten Sache darf auf eine gewisse Zeit vor der Beschädigung zurückgegriffen werden: wenn ein zur Klasse des Heerdenviehes gehöriges Stück Vieh

D. si quadrup. 9. 1, l. 132 D. de R. I. 50. 17. Senff. Arch. IV. 43, VII. 320, XVII. 41. Verschulden durch Mangel an Sorgfalt bei der Auswahl oder bei der Beaufsichtigung von Anderen (namentlich von Kindern und Untergebenen): l. 27 §. 11 D. h. t.; Senff. Arch. VII. 318, XIII. 140, XIV. 36, XV. 26. — Dadurch, daß der Beschädigende zu dem Beschädigten in einem besonderen Rechtsverhältnis steht, welches ihn nur zur Verhastung wegen Arglist verpflichtet, hört er nicht auf, aus der Beschädigung als solcher auch wegen Nachlässigkeit zu haften. Vgl. l. 13 pr. D. de lib. causa 40. 12, l. 1 §. 2 D. si is qui test. 47. 4, auch l. 5 §. 3 i. f. D. h. t. Jedoch sind Viele in dieser Beziehung anderer Meinung; s. darüber Bangerow III §. 681 Anm. 3 Nr. II, Polschacher III §. 326 Nr. 5. — Den Beweis der Verschuldung muß, sofern dieselbe nicht aus den Umständen erhellt, der Kläger führen. Weber Beweisführung §. 21, Wächter Würtemb. Privatr. II §. 113, I, Busch Arch. f. civ. Pr. XLV S. 148 fg. Vgl. übrigens Senff. Arch. VII. 320, XVI. 113.

<sup>13</sup> Namentlich also dadurch, daß der Beschädigende sich kraft eines solchen Irrthums für den Eigenthümer hielt, oder eine entgegenstehende Berechtigung eines Andern an der Sache nicht kannte. Stölzel Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 67—69.

<sup>14</sup> L. 2 pr. l. 27 §. 5 D. h. t., l. 11 §. 6 l. 13 pr. l. 43 D. h. t. Die *Aquila nanante* bloß den „dominus“; allen anderen Personen konnte daher nur eine *utilis legis Aquiliae actio* oder eine *actio in factum* gegeben werden.

<sup>15</sup> L. 11 §. 10 l. 12 l. 17 pr. l. 30 §. 1 D. h. t., l. 17 §. 3 D. de usufr. 7. 1, l. 27 D. de pign. 20. 1, l. 5 §. 3 (vgl. l. 1) D. arb. fart. ead. 47. 7. Sbering Abhandlungen S. 129, 130, 138 fg.

<sup>16</sup> L. 11 §. 8 l. 17 pr. D. h. t.

<sup>17</sup> L. 27 §. 14 D. h. t. Nicht aber dem sonst obligatorisch Berechtigten, l. 11 §. 9 D. h. t., l. 18 §. 5 D. de dolo 4. 3, l. 13 §. 12 D. de A. E. V. 19. 1. Fasse S. 244 Note 1, Bangerow S. 602.

<sup>18</sup> L. 12 l. 17 pr. D. h. t.

<sup>19</sup> L. 21 §. 2 l. 22 l. 23 pr. §. 2. 4 l. 33 pr. i. f. l. 37 §. 1 l. 55

getödtet worden ist, auf ein Jahr<sup>20</sup>; bei jeder anderen Beschädigung auf einen Monat<sup>21</sup>. Da jedoch diese Art der Werthberechnung eine Strafe für den Thäter enthält<sup>22</sup>, so muß sie heutzutage jedenfalls so weit wegfallen, als nach heutigem Recht die Beschädigung von Amtswegen mit öffentlicher Strafe geahndet wird<sup>23</sup>; und auch darüber hinaus ist sie nicht mehr „in lebendigem Gebrauch“<sup>24</sup>. Das Letztere gilt auch von der nach römi-

D. h. t., §. 10 I. h. t. Ersatz von entbehrtem Gewinn: §. 258 Note 16. Ersatz von Schaden, welcher von dem Beschädigten hätte abgewendet werden können: das. Note 17. 18. Speziell über den Inhalt des Anspruchs des Pflandgläubigers: Stölzel Arch. f. civ. Pr. XXXIX. 2, Schmid Cession I S. 172 fg., — über den Inhalt des Anspruchs des realen Besitzers: v. Madai Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 219 fg., Fhering Abhandlungen S. 112 fg., Rommelen Beiträge II S. 242 fg., Stölzel a. a. D. S. 68 Note 69. Verletzung eines freien Menschen: I. 13 l. 5 §. 3 l. 6. 7 D. h. t.; Holzschuber III §. 326 Nr. 4. b; Seuff. Arch. IV. 227, VIII. 222, IX. 111, XIII. 29. 215, XIV. 285, XVIII. 42. Steht auch der Witwe und den Kindern des Getödteten ein Erbschaftsanspruch zu? Theoretisch läßt sich derselbe gewiß nicht rechtfertigen; aber es wird eine anerkennende gemeinrechtliche Praxis behauptet. S. die bei Glüd X S. 342 Note 13 Citirten, ferner Seuffert III §. 402 a. G., Sintonis II §. 125 Note 21, und die Urtheile des OAG. zu Wiesbaden bei Seuff. Arch. XI. 44, XIII. 144, vgl. das. XV. 225.

<sup>20</sup> L. 2 pr. l. 21 pr. §. 1 l. 23 §. 2. 3. 5. 6. 7 l. 51 §. 2 l. 55 D. h. t., §. 9 I. h. t., §. 19 I. de act. 4. 6. Vgl. Note 2.

<sup>21</sup> L. 27 §. 5 l. 29 §. 8 D. h. t., §. 16 I. h. t. (Gai. III. 218).

<sup>22</sup> §. 9 I. h. t.: „Qua ratione creditum est, poenalem esse huius legis actionem, quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe plurius“. So auch l. 11 §. 2 l. 23 §. 8 D. h. t., §. 19 I. de act. 4. 6.

<sup>23</sup> S. §. 326 Note 4. Nach römischem Rechte traf die Beschädigung als solche eine öffentliche Strafe überhaupt nicht. Nur wenn in der Beschädigung zugleich ein anderes Verbrechen enthalten war, konnte eine öffentliche Strafe eintreten, vgl. l. 23 §. 9 D. h. t., l. 14 §. 1 D. de praeser. verb. 19. 5. Darüber, inwiefern die Beschädigung nach heutigem Rechte einer öffentlichen Bestrafung unterliegt, sind freilich die gemeinrechtlichen Schriftsteller sehr verschiedener Meinung. S. die Nachweisungen bei Wächter Strafr. II §. 202 Note 19, Heffter Strafr. §. 521.

<sup>24</sup> So Heffter Strafr. §. 521, und wenn man vorsichtig sein will, wird man nicht weiter gehen dürfen. S. §. 326 Note 5. Dagegen sagt Wächter Strafr. II S. 360: „die angeführten Privatstrafen . . . sind bei uns wohl durchaus außer Gebrauch“. Zu bemerken ist übrigens, daß gegen die heutige Anwendbarkeit der bezeichneten Werthsteigerung sich selbst solche praktische Schriftsteller aussprechen, welche sonst die römischen Privatstrafen im

selbem Recht durch die Ablehnung der Beschädigung eintretenden Steigerung des Anspruchs auf das Doppelte<sup>25</sup>.

6. Mit der zuvor erwähnten Strafnatur des Anspruchs steht und fällt auch die römische Bestimmung, daß, wenn die Beschädigung von Mehreren verübt worden ist, von jedem derselben die volle Leistung eingetrieben werden kann<sup>26</sup>. Der Anstifter als solcher haftet nicht; wohl derjenige, welcher einen Andern als Werkzeug zur Beschädigung benützt<sup>27</sup>. Die Erben haften der

Princip nicht für aufgehoben erachten; so namentlich Brunnenmann (ad l. 27 h. t. n. 9, anders freilich Paratitl. Wesenbee. h. t. qu. 9), Schilter (exere. 19 §. 61), Strypf (ad h. t. §. 2). Gegen die heutige Anwendbarkeit s. auch die bei Glüd X S. 383 Note 43 Citirten und das Urtheil des OAG. zu Dresden bei Kriß Rechtsfälle III S. 222 fg. (Seuff. Arch. I. 66); ferner Thibaut §. 622, Seuffert §. 422, Sintonis §. 125 Note 17. Für die heutige Anwendbarkeit ohne spezielle Beweisführung vgl. Culpa §. 18. Buchta (§. 388. g) spricht die Meinung aus, daß von den römischen Bestimmungen „ebenfalls“ heutzutage noch die Anwendung zu machen sei, daß der Kläger den Beweis des Wertes nicht auf den Zeitpunkt der Beschädigung zu richten brauche, und diesen Beweisvorteil gewährt dem Kläger auch Arnolds §. 324 vor Note r. Ich weiß nicht, wie diese Mittelmeinung gerechtfertigt werden soll. Vgl. übrigens: a) Fhering Geist des röm. R. II S. 358; b) oben §. 258 Note 20.

<sup>25</sup> S. §. 263 Note 3. 15. Daß in der Praxis auf das Doppelte nicht mehr gesprochen werde, erkennen an Schilter (exere. 19 th. 65) und Strypf (ad h. t. §. 20), der Erste halb widerwillig, der Letzte tabelnd (vgl. ad tit. Dig. XLIV. 7 §. 5).

<sup>26</sup> L. 11 §. 2 D. h. t.: — „nam ex lege Aquilia, quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena“. Unter allen Umständen aber haften die mehreren Beschädiger solidarisch (§. 298 Note 15). Vgl. Seuff. Arch. I. 66 (Kriß Rechtsfälle III S. 218—228), XIII. 144.

<sup>27</sup> L. 37 pr. D. h. t. „Liber homo si iussu alterius manu iniuriam dedit, actio legis Aquiliae cum eo est, qui iussit, si modo ius imperandi habuit. Quod si non habuit, cum eo agendum est, qui fecit“. Vgl. l. 7 §. 4 D. arb. furt. caes. 47. 7; ferner l. 44 §. 1 l. 45 pr. D. h. t. (dazu Seuff. Arch. XVI. 220). S. auch das. X. 165. — Um so weniger haftet der Auftraggeber oder Dienstherr ohne Weiteres für den Schaden, welchen der Beauftragte oder Bedienstete bei Ausführung der ihm aufgetragenen oder gebotenen Thätigkeit anrichtet. Seuff. Arch. XVII. 34 (anders X. 164, vgl. übrigens XIV. 208). Er haftet nur insoweit, als ihn eine culpa in eligendo trifft (oben Note 12), oder der Schaden seinen Grund in einem Versehen hat, welches ihm selbst zur Last fällt, z. B. er hat zum Zweck der Ausführung der betreffenden Thätigkeit fehlerhafte Werkzeuge gestellt (Seuff. Arch. XIV. 208). Daß er auch

Regel gemäß auf den Bestand der Erbschaft<sup>28</sup>; auch die Verjährungszeit ist die regelmäßige.

7. Del der Verletzung eines freien Menschen kann nach heutigem Recht außer dem Ersatz des Vermögensinteresse ein f. g. Schmerzensgeld<sup>29</sup> gefordert werden<sup>30</sup>, welches wirkliche

bann haftet, wenn der Schaden durch eine von dem Beauftragten oder Bediensteten geleistete Arbeit angerichtet worden ist, und er diese Arbeit sich als die feinste angeeignet hat, versteht sich von selbst (Seuff. Arch. IV. 119, VIII. 53, XIV. 86; auch VIII 150 gehört wohl hierher, obgleich dieses Erkenntnis im Ausdruck weiter geht).

<sup>28</sup> Nach römischem Recht auf die Versicherung, l. 23 §. 8 D. h. t., §. 9 l. h. t. S. §. 369 Note 15. 16.

<sup>29</sup> Sieh Untersuchungen über die heutige Schmerzensgeldklage (1860). S. außerdem Genster Arch. f. civ. Pr. I S. 146—155 (1820).

<sup>30</sup> Dieser Satz beruht auf der Praxis, welche in der P. O. Art. 20. 21 einen Anhalt gefunden hat. (Es heißt hier, daß der Richter, welcher Jemanden ohne genügende Anzeige foltere, schuldig sei, dem Gefolterten „seiner Schmach, Schmerzen, Kosten und Schaden der gebühre Ergebung zu thun.“) Doch ist die gemeinrechtliche Geltung des Schmerzensgeldanspruches nicht unbestritten. Gegen dieselbe haben sich erklärt die bei Gl. d. X S. 388 Note 61 und bei Wächter Lehrb. des Strafr. II S. 183 Genannten, und neuerdings wird sie auch von Seitz a. a. D. S. 120 fg. angefochten. Dieser letztere Schriftsteller leugnet zwar nicht die gemeinrechtliche Gerichtsübung des Schmerzensgeldanspruches, wohl aber, daß diese Übung als Ausdruck eines Gewohnheitsrechtes anerkannt werden dürfe. Denn das Schmerzensgeld habe seinen Ursprung in dem altdeutschen Compositionensystem, die deutschen Privatbußen aber seien durch Gewohnheitsrecht abgeschafft worden. Aber auch die bezeichnete Ansicht über den Ursprung des Schmerzensgeldes als richtig zugegeben (sie ist die herrschende), so wird ja eben durch die gemeinrechtliche Übung des Schmerzensgeldanspruches bewiesen, daß jene Abschaffung keine vollständige gewesen ist. Seitz beruft sich ferner darauf, daß die Geltung des Schmerzensgeldanspruches schon deswegen nicht Gewohnheitsrecht sein könne, weil es einem solchen Gewohnheitsrecht an der Vernünftigkeit fehlen würde; denn es sei ein keine Ausnahme bildendes Princip, daß die Strafe nicht Privatrecht werden könne. Dies ist jedoch eine unbewiesene Behauptung, wie, von allem Anderen abgesehen, schon die unbestrittene Geltung der actio iniuriarum beweist. Das Gewicht der Carolina, welche jedenfalls den Grundsatz anerkennt, schlägt Seitz offenbar zu gering an. Vgl. gegen Seitz auch die guten Bemerkungen von Stilling krit. BSchr. II S. 592 fg. Für die gemeinrechtliche Geltung des Schmerzensgeldanspruches haben erkannt die höchsten Gerichte zu Oldenburg, München und Celle (Seuff. Arch. I. 220, IV. 227, XV. 131); gegen dieselbe das OLG. zu Wiesbaden (XIII. 31, — weil die behauptete Praxis gegen ein ausdrückliches Gesetz, l. 7 D. de his qui off. d., verstoße!).

Strafe<sup>31</sup>, und nach der Analogie der Injurienstrafe zu beurtheilen ist<sup>32, 33</sup>

<sup>31</sup> Bestritten. Als Gegner der aufgestellten Behauptung müssen alle diejenigen angesehen werden, welche die Schmerzensgeldklage als eine actio utilis legis Aquiliae auffassen, wie das die herrschende Auffassung im vorigen Jahrhundert war, und wohl noch jetzt ist (Seitz S. 105). Aber es ist zu bedenken, daß Schmerzen und Geldleistung absolut unvergleichbare Größen sind; das Schmerzensgeld ist also eben nicht Ersatz, und wenn es nicht Ersatz ist, so muß es Strafe sein. Allerdings ist der dem Schmerzensgeld zu Grunde liegende Gedanke der, daß dem Verletzten sein Schmerz bezahlt werden soll; aber es ist eben der Gedanke einer jeden Privatstrafe, daß dem Verletzten das erlittene Unrecht bezahlt werden soll. S. auch Genster S. 147 Note 4 Seitz S. 164 und die das. Citirten. — Folgt aus der Strafnatur des Schmerzensgeldes, daß es durch die von Amtswegen eintretende öffentliche Bestrafung der Körperverletzung ausgeschlossen werde? Nicht ohne Weiteres, und die herrschende Meinung ist dagegen (s. die Lehrbücher des Strafrechts von Wächter II S. 183 und Pfeiffer §. 283), allerdings, wie es scheint, hauptsächlich auf Grund der Auffassung der Schmerzensgeldklage als einer Ersatzklage (vgl. auch das Urtheil des OLG. zu Oldenburg bei Seuff. Arch. I. 220); obgleich andererseits selbst solche Schriftsteller die Concurrenz bestritten, welche diese Auffassung theilen (so namentlich Petr. Müller Diss. de pecuniis doloris, Iena 1606, cap. IV th. 2 vgl. mit cap. II th. 3). A. M. auch Seitz S. 181 fg. Vgl. auch Köppen Erbrecht S. 179 Note 22. Die Concurrenz der Schmerzensgeldklage mit der Injurienklage ist unbestritten, wie denn auch die Carolina ausdrücklich neben „Schmerzen“ die „injurien“ nennt. Seitz S. 180. — Eine berechtigte Folgerung aus der Strafnatur des Schmerzensgeldes ist, daß die Erben des Verletzten nicht haften, vgl. l. 5 §. 5 D. de his qui off. 9. 3. Wäre übrigens auch das Schmerzensgeld Ersatz, so würden doch die Erben nicht, wie Gl. d. X S. 389 und Seitz S. 182 annehmen, unbedingt, sondern nur bis zum Belange der Erbschaft haften (§. 369 Note 15. 16).

<sup>32</sup> Das Schmerzensgeld enthält eine Ausdehnung der von der Injurie geltenden Regel von der geistigen auf die körperliche Kränkung. Deswegen geht der Anspruch nicht auf die Erben des Verletzten über. Für entscheidend halte ich in dieser Beziehung l. 5 §. 5 D. de his qui off. 9. 3. Uebereinstimmend Seitz S. 183 und das Erkenntnis des OLG. zu Cassel bei Seuff. Arch. VIII. 138. In früherer Zeit war die Auffassung der Schmerzensgeldklage als actio iniuriarum sehr verbreitet. Seitz S. 108. — Die Verjährung des Anspruchs ist die gewöhnliche. Vgl. l. 5 §. 5 cit. und Seitz S. 198 fg.

<sup>33</sup> Ueber noch andere Fragen s. Seitz S. 184—197. 206—213. Ausmessung des Schmerzensgeldes: Seuff. Arch. XV. 131, XVIII. 138.

## 2. Andere Bestimmungen.

## §. 456.

1. Aus gewaltsamer Beschädigung gewährt das römische Recht einen Anspruch nach den Grundsätzen des Raubes<sup>1</sup>. Für die heutige Anwendbarkeit des Strafzuges dieses Anspruchs gilt das Nämliche, was in Betreff des Raubes selbst gesagt worden ist.

2. Aus böswilliger Beschädigung in den in §. 454 bei Nr. 2 und 3 bezeichneten Fällen gewährt das römische Recht Ansprüche nach den daselbst bezeichneten Grundsätzen<sup>2</sup>. Für die heutige Anwendbarkeit des in diesen Ansprüchen enthaltenen Strafzuges gilt das Gleiche, wie für die heutige Anwendbarkeit des betreffenden Strafzuges bei dem Anspruch aus dem Aquilischen Gesetz.

3. Das Nämliche ist zu sagen, was den Strafzuges des Anspruches angeht, welchen das römische Recht aus böswilliger Beschädigung bei einem Auflaufe gewährt: dieser Anspruch geht außer auf Ersatz binnen eines Jahres auf das andere Einfache als Strafe<sup>3</sup>. Der Ersatzanspruch hat das Besondere, daß er auch gegen den Anstifter geht<sup>4</sup>.

4. Auch der aus dem Baumfrevel<sup>5</sup> entstehende Anspruch<sup>6</sup> geht außer auf Ersatz binnen eines Jahres auf das andere Einfache als Strafe<sup>7</sup>. In Betreff der heutigen Anwendbarkeit dieser Strafe ist auch hier das zuvor Gesagte zu wiederholen<sup>8</sup>. Der

§. 456. <sup>1</sup> L. 2 (s. namentlich pr. und §. 9 das.) D. vi bon. rapt. 47. 8. Unterholzner II. §. 689.

<sup>2</sup> a) L. 1 pr. 1. 3 §. 4. 7 D. de incend. 47. 9; b) l. 1 pr. 1. 12 §. 1 D. de public. 39. 4. Unterholzner II §. 690. 693.

<sup>3</sup> L. 4 D. vi bon. rapt. 47. 8. Unterholzner II §. 680.

<sup>4</sup> L. 4 §. 4 — 6 tit. cit.

<sup>5</sup> Dig. 47. 7 arborum furtim caesarum. Unterholzner II §. 688.

<sup>6</sup> Daß in diesem Falle aber auch die gewöhnliche actio legis Aquiliae begründet sei, sagt ausdrücklich l. 1 D. h. t.

<sup>7</sup> L. 7 §. 7 l. 3 pr. D. h. t.

<sup>8</sup> Für die heutige Anwendbarkeit spricht sich hier (vgl. §. 455 Note 24) Schiltet exoro. 49 §. 21 aus.

Anspruch wird außer dem Eigenthümer auch dem Emphyteuta zugestanden<sup>9</sup>, dagegen dem Nießbraucher versagt.

5. Böswillige Verletzung eines Grabmals<sup>10</sup> erzeugt einen Anspruch<sup>10a</sup> für den Betheiligten<sup>11</sup> auf eine von dem Richter nach seinem Ermessen zu bestimmende Geldleistung<sup>12</sup>. Es überwiegt hier jedoch über den Gesichtspunkt der Beschädigung der Gesichtspunkt der dem Betheiligten zugesügten Kränkung<sup>13</sup>, und deswegen geht der Anspruch auf die Erben des Verletzten nicht über<sup>14</sup>. Durch die öffentliche Strafe wird der Anspruch nicht ausgeschlossen<sup>15</sup>, und somit läßt sich seine heutige Anwendbarkeit principiell nicht bestreiten<sup>16</sup>.

6. Aus unbefugter Bestattung eines Leichnams entspringt ein Anspruch auf Wegnahme des Leichnams oder Ersatz des Werthes des Grundstücks. Dieser Anspruch steht dem Eigenthümer, und analog auch dem sonst an dem Grundstück dinglich Berechtigten zu<sup>17</sup>.

<sup>9</sup> L. 5 §. 2. 3 D. h. t. Vgl. Jhering Abhandlungen S. 130. 131. 140. — Ueber andere Punkte s. l. 3. 4 D. h. t.; l. 5 pr. l. 7 §. 2. 3 D. h. t.; l. 7 pr. §. 1 l. 8 §. 1—3 D. h. t.; l. 6 pr. §. 1 D. h. t.; l. 7 §. 6 D. h. t.

<sup>10</sup> Dig. 47. 12 Cod. 9. 19 D. de sepulcro violato. Unterholzner II §. 733. Der Begriff des sepulcrum violatum wird sehr weit gefaßt; s. darüber l. 3 pr. §. 3. 6. 11 l. 4 l. 11 D. l. 4. 5 C. q. t., l. 11 §. 2 l. 22 §. 4 D. quod vi aut cl. 43. 24, Paul. 8. R. l. 21 §. 4. 5. 8. 9; l. 3 §. 2 D. h. t., l. 2 §. 5 D. de relig. 11. 7.

<sup>10a</sup> Die actio legis Aquiliae ist in diesem Falle nicht anwendbar, l. 2 D. h. t.

<sup>11</sup> „Ei ad quem pertinet“. L. 3 pr. §. 9. 10 l. 6 D. h. t.

<sup>12</sup> L. 3 pr. §. 8. 9 D. h. t. L. 3 §. 8 cit. „Qui de sepulcri violati actione iudicant, aestimant, quatenus interit, scilicet ex iniuria, quae facta est, item ex lucro eius, qui violavit, vel ex damno, quod contigit, vel ex temeritate eius, qui fecit“.

<sup>13</sup> L. 6 l. 10 D. h. t., l. 20 §. 5 D. de acq. vel. om. her. 29. 2.

<sup>14</sup> S. §. 359 Nr. 1. In l. 10 §. 1 cit. wird dem Erben die Klage nicht als Erben gegeben. S. auch l. 20 §. 5 cit. u. l. 5 l. 6 pr. D. de rel. 11. 7.

<sup>15</sup> L. 4 C. h. t.

<sup>16</sup> Vgl. Wächter Strafr. II S. 547, Pfister Strafr. §. 354. — Wenn der Betheiligte den Anspruch nicht verfolgt, gewährt das römische Recht jedem Bürger das Recht, eine Strafe von 100 bez. 200 auri einzuklagen. L. 3 pr. l. 6 D. h. t. Vgl. Brunß Zeitschr. f. Rechtsw. III S. 371—375 und §. 326 Note 6.

<sup>17</sup> L. 2 §. 1—3 l. 7 l. 8 §. 4 D. de relig. 11. 7. Die in l. 2 §. 2 cit. erwähnte „poena pecuniaria“ ist keine Privatstrafe.

Windschreib, Pandecten. II. Bd. II. 246f.



7. Ein Schadenersatzanspruch ist auch gegen denjenigen begründet, welcher durch fortgesetztes Gehen ein Stück von einem fremden Grundstück abtritt und zum Wege zieht<sup>18</sup>.

8. Wer auf einem fremden Grundstück etwas vorzunehmen an und für sich berechtigt ist, wird dazu nicht eher zugelassen, bis er Ersatz des etwa anzurichtenden Schadens versprochen hat<sup>19</sup>.

9. Wegen Beschädigung des Geistes hat der Vater einen Anspruch gegen den Verführer seines Kindes. Die Bestimmung der Höhe der Leistung ist dem Ermessen des Richters überlassen; derselbe hat aber namentlich auf den durch den Verführten dem Vater zugesügten Vermögensschaden Rücksicht zu nehmen<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Actio vias receptas (reioctas?). L. 3 pr. D. de via publ. 43. 11.

<sup>19</sup> Damni infecti cautio (§. 460 Note 9). L. 5 §. 4 I. 9 §. 1 I. 15 D. ad exh. 10. 4, I. 19 §. 4 D. loc. 19. 2, I. 9 §. 1 I. 30 D. de damn. inf. 39. 2, I. 5 D. de aq. pl. 39. 3, I. 3 §. 11 I. 5 §. 4 D. de itin. publ. 43. 19, I. 1 §. 38 D. de aq. quot. 43. 20, I. 3 §. 9 D. de riv. 43. 21. I. 1 pr. D. de cloac. 43. 23. Vangerow III S. 567. Senff. Arch. IV. 10.

<sup>20</sup> Das römische Recht gibt dem Herrn gegen den Verführer seines Sklaven einen Anspruch auf das Doppelte des Vermögensinteresses, actio de servo corrupto, Dig. 11. 3. Unterholzner II S. 703—705. Dieser Anspruch ist natürlich heutzutage unpraktisch. Nach I. 14 §. 1 D. tit. cit. soll aber auch dem Vater gegen den Verführer seines Kindes eine utilis actio gewährt werden. Daß auch diese utilis actio auf das Doppelte gehe, wie allgemein angenommen wird, ist in der genannten Stelle nicht gesagt; vielmehr zeigt dieselbe deutlich, daß bei dieser utilis actio der vorwiegende Gesichtspunkt gar nicht der des Vermögensinteresses ist, so daß sie auch da eintritt, wo es an einem zu Verdoppelnden ganz fehlt, weswegen eben auf das richterliche Ermessen verwiesen wird. Von der anderen Seite läßt sich nicht annehmen, daß das römische Recht dem Richter habe verbieten wollen, für den Fall, daß sich wirklich ein Vermögensschaden herausstellen sollte, auf denselben bei der Bestimmung der Leistungssumme Rücksicht zu nehmen, vgl. in dieser Beziehung I. 9 §. 3 — I. 11 §. 1 D. h. t. Für die heutige Anwendbarkeit dieser actio utilis erklären sich Schilter (exerc. 21 §. 16) und Strypf (ad h. t. §. 3); Anwendungsfälle berichtet Berger in der bei §. 326 Note 5 angeführten Dissertation S. 31. — Man hat es vielfach versucht, diese actio utilis auf andere Fälle auszu dehnen; namentlich hat man sie dem Eheманne wegen Verführung der Ehefrau geben wollen. Vgl. Glük XI §. 754.

### 3. Beschädigung durch andere Personen und durch Thiere.

#### §. 457.

1. Für den Schaden, welcher durch Hinauswerfen oder Hinausgießen auf einen besuchten Ort angerichtet ist, haftet dem Beschädigten derjenige, welcher das Gemach oder den sonstigen Raum, aus dem hinausgeworfen oder hinausgegossen worden ist, bewohnt oder sonst benützt<sup>1</sup>, vorbehaltlich seines Rückgriffs gegen den wirklichen Thäter<sup>2</sup>. Und zwar haftet er nach römischem Recht mit einem Strafzusatz, welcher das andere Einfache des angerichteten Schadens beträgt, bei Körperverletzung aber durch das Ermessen des Richters zu bestimmen ist<sup>3</sup>. Die heutige Anwendbarkeit dieses Strafzusatzes ist principiell nicht ausgeschlossen, wird aber von den Meisten bestritten<sup>4</sup>.

2. Schiffer, Gast- und Stallwirth e haften aus den von ihren Leuten angerichteten Beschädigungen in gleicher Weise, wie aus den von denselben verübten Entwendungen (§. 454 Nr. 5)<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Dig. 9. 3 de his qui effuderint vel eiecerint; §. 1. 2 I. de obl. quae quasi ex del. 4. 5. Glük X S. 392 fg.; Unterholzner II S. 730. 731, Kunze bei Holzschufer III S. 1124. 1125. — Besuchter Ort: I. 1 §. 1. 2 I. 6 pr. §. 1 h. t. Bewohnt: I. 1 §. 4. 9 I. 5 §. 1. 2 I. 6 §. 2 h. t.; I. 1 §. 10 I. 5 pr. h. t. Sonstiger Raum und sonstige Benützung: I. 5 §. 3 I. 6 §. 3 D. h. t.

<sup>2</sup> L. 5 §. 4 D. h. t.

<sup>3</sup> L. 1 pr. §. 6 I. 5 §. 5 D. h. t. Es ist bestritten, ob die Selbstleistung wegen Körperverletzung als Strafe oder als Schadenersatz zu verstehen sei, Richter Lehrb. des Strafr. II S. 191. Aber s. gegenüber von §. 1 I. cit. und I. 7 D. h. t. I. 5 §. 5 D. h. t.

<sup>4</sup> Schilter (exerc. 19 §. 80) und Strypf (ad h. t. §. 2) sprechen sich nicht dagegen aus. — Die Klage aus der Körperverletzung ist nach römischem Recht actio popularis; wenn durch die Verletzung der Tod herbeigeführt worden ist, geht dieselbe auf 50 auroi, I. 1 pr. D. h. t. Bruns Zeitschr. f. Rechtsgech. III S. 375—377. Diese actio popularis ist heutzutage unanwendbar, §. 326 Note 6. — Ebenso ist unanwendbar die actio popularis auf 10 solidi gegen denjenigen, welcher auf einem Vorsprunge eines von ihm benützten Gebäudes Etwas in gemeingefährlicher Weise aufstellt, I. 5 §. 7 sqq. D. h. t., §. 1 I. de obl. quae quasi ex del. 4. 5. Vgl. Bruns Zeitschr. f. Rechtsgech. III S. 383—384.

<sup>5</sup> S. §. 454 Note 21. 22.

3. Für den Schaden, welchen ein Thier gegen die Art und Weise seiner Gattung anrichtet<sup>6</sup>, haftet dem dadurch in seinem Interesse Gefährten<sup>7</sup> der Eigenthümer des Thieres mit der Maßgabe, daß er sich durch Preisgeben des Thieres befreien kann<sup>8</sup>. Wird das Thier veräußert, so geht der Anspruch auf den neuen Eigenthümer über<sup>9</sup>. Der gleiche Anspruch findet Statt, wenn Vieh fremde Früchte abfrischt<sup>10</sup>. — Für den Schaden, welchen ein nicht gehörig bewachtes gefährliches Thier anrichtet, haftet derjenige, den die Schuld trifft, nach den Grundsätzen des Aquilischen Gesetzes<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Inst. 4. 9 Dig. 9. 1 si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. Thibaut Verläufe II. 8 (1801). Zimmermann System der römischen Noxallagen S. 79—117 (1818). Gesterding Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV S. 261—288 (1831, auch abgedruckt in der „Ausbeute von Nachforschungen“ VI. 2. Abth. S. 135—166). Glück I S. 269 fg.; Unterholzner II §. 682, Sintenis II S. 780—788, Wangerow II §. 689 Anm. — L. 1 §. 3 D. h. t. „Pauperies est damnum sine iniuria facientis datum; nec enim potest animal iniuriam fecisse, quod sensu caret“. — Gegen die Natur seiner Gattung: l. 1 §. 4—7. 10. 11 l. 5 D. h. t., pr. l. h. t. Thier: l. 4 D. h. t. — Ist der Eigenthümer an der Beschädigung Schuld, so haftet er nach den Grundsätzen des Aquilischen Gesetzes, l. 1 §. 5 D. h. t., l. 8 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2.

<sup>7</sup> L. 2 pr. D. h. t. „Haec actio non solum domino, sed etiam ei, cuius interest, competit: valuti ei cui res commodata est, item fulloni; quia eo, quod tenentur, damnum videntur pati“.

<sup>8</sup> Noxae datio. L. 1 pr. §. 11—14. 16 D. h. t., pr. l. h. t., l. 7 §. 1 D. de damno inf. 39. 2. Egl. l. 12. 13. 30 D. de nox. act. 9. 4.

<sup>9</sup> Noxa caput sequitur. L. 1 §. 12. 13. 17 D. h. t. Mit dem Tode des Thieres fällt der ganze Anspruch weg, l. 1 §. 13 D. h. t. (vgl. l. §. 128 Note 4). — Auf diesen engen Raum haben sich die actiones noxales zurückgezogen, welche im römischen Rechte so wichtig waren. Gai. IV. 75—79; Inst. 4. 8 Dig. 9. 4 Cod. 3. 41 de noxalibus actionibus. Sie galten, außer bei Thieren, bei Delicten der Sklaven, und im classischen Rechte auch bei Delicten der Hauskinder (im Justinianischen Rechte ist das Letztere verschwunden, und von Justinian ausdrücklich aufgehoben, §. 7 l. h. t.). Geizhütige haften Dienstherrn aus den Beschädigungen ihrer Leute, und Aeltern aus den Beschädigungen ihrer Kinder nur insoweit, als die Schuld auf sie zurückfiel (§. 455 Note 12. 27).

<sup>10</sup> Actio de pastu pecoris, deren Existenz übrigens bestritten ist. S. l. 14 §. 3 D. de praescr. verb. 19. 5 in Verbindung mit Paul. S. B. I. 15 §. 1; Zimmermann S. 105 fg., Gesterding §. 6, Unterholzner S. 172, Sintenis II §. 127 Anm. 29 zweite Hälfte, Arndts §. 327 Anm. 2. S. auch l. 9 §. 1 D. ad exh. 10. 4, l. 6 C. de leg. Aq. 3. 35.

<sup>11</sup> Egl. l. 1 §. 5 D. si quadrupes 9. 1, l. 8 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2,

#### 4. Beschädigung durch Sachen\*.

##### a. Durch Grundstücke\*\*.

##### α. Das Allgemeine.

##### §. 458.

Für den Schaden, welcher von Grundstücken herkommt, kann Ersatz begehrt werden nach folgenden Grundsätzen<sup>1</sup>.

1. Der Schaden braucht bloß dann ersetzt zu werden, wenn der Beschädigte sich vor dem wirklichen Eintreten desselben gerührt, und ein Versprechen des Ersatzes von dem Gegner erlangt hat<sup>2</sup>. Nur wenn der Beschädigte das Seinige gethan hat, um ein solches Versprechen zu erlangen, dieß ihm aber trotz dem nicht gelungen ist, kann er Schadenersatz auch direct for-

l. 6 C. de lege Aq. 3. 35. — Das römische Recht enthält für diesen Fall (auch dem acbilischen Edict) noch eine besondere Bestimmung: nach derselben geht gegen den Schuldigen eine actio popularis (Bruno Zeitschr. f. Rechtsgesch. III S. 343) auf das Doppelte des angerichteten Schadens, außerdem bei Körperverletzung auf eine arbiträre Geldstrafe, bei Tödtung auf 200 solidi, l. 40 §. 1 l. 41 l. 42 D. de aed. ed. 21. 1. Dieser Anspruch ist für das heutige Recht, auch soweit er nicht popular ist, durch Art. 136 der P. O. O. beseitigt (§. 326 Note 4\*).

\* Genau genommen sollte gesagt werden: durch andere Sachen, da ja auch die Thiere (§. 457) Sachen sind.

\*\* Dig. 39. 2 de damno infecto et de sugrundis et de protectionibus. c. 608. — Heße die cautio damni infecti (2. Aufl. 1841). Bachofen das römische Pfandrecht S. 110 fg. 368 fg. (1847). Reinhard Arch. f. civ. Pr. XXX S. 226 fg. (1847). Grob über die Caution wegen zukünftigen Schadens (Inauguralabhandl. 1854). Heße über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 1—184 (1859). Unterholzner II S. 714—721, Sintenis II S. 784—790, Wangerow III §. 678 Anm. (S. 567—587). — Ueber das Geschichtliche der Lehre s. Busche de actionum formalis, quae in lege Rubria existant (1832), deutsch bearbeitet in dessen „Gaius“ S. 203—242 (1855); Heße Rechtsverhältnisse ec. S. 168 fg.

<sup>1</sup> Das Edict des Praetors in l. 7 pr. D. h. t.

<sup>2</sup> Cautio damni infecti. Mit dem Versprechen muß in gewissen Fällen Sicherheitsbestellung verbunden werden; darüber das Nähere im folgenden §. (Nr. 2). — Vgl. noch Thering Jahrb. f. Dogm. VI S. 98 fg. — Heutige Anwendbarkeit: Reinhard a. a. O. S. 246, Heße Rechtsverh. ec. S. 144. 182. 183. Senff. Arch. XVII. 51.

bern<sup>3</sup>; abgesehen von diesem Fall hat er ohne Schadenersatzversprechen nur ein Retentionsrecht an den etwa in seinen Besitz gelangten Sachen<sup>4</sup>.

2. Der Schaden braucht nicht über den Werth hinaus ersetzt zu werden, welchen das Grundstück für den Verpflichteten hat; derselbe kann sich durch Preisgeben des Grundstücks von aller Verpflichtung befreien<sup>5</sup>.

3. Es braucht nur derjenige Schaden ersetzt zu werden, welcher seinen Grund in einer fehlerhaften, nicht derjenige, welcher seinen Grund in der natürlichen Beschaffenheit des Grundstücks hat<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> a) L. 7 pr. l. 4 §. 2 l. 15 §. 36 l. 16. 17 l. 18 §. 13—15 l. 44 pr. D. h. t., l. 4 §. 2 D. ne vis fiat ei 43. 4: der Beschädigte hat einen richterlichen Befehl auf Leistung des Versprechens erwirkt, aber der Gegner dem Befehl nicht gehorcht. b) L. 15 §. 28 D. h. t.: der Beschädigte hat sich an den Richter gewendet; aber der Richter überlegt noch, ob er den Befehl erteilen soll. c) L. 4 §. 3 D. ne vis fiat ei 43. 4: der Beschädigte konnte sich nicht an den Richter wenden, weil derselbe ihm nicht zugänglich war. d) L. 7 §. 2 l. 8 l. 9 pr. D. h. t.: der Beschädigte „non ipsius negligentia, sed propter aliquod impedimentum sibi non prospexit“. — Nach römischem Recht konnten auch die Municipalmagistrate auf Ersatz belangt werden, wenn durch deren Verschulden das Versprechen nicht geleistet worden war, l. 4 §. 7—10 D. h. t.

<sup>4</sup> L. 6 l. 44 pr. D. h. t. — Vgl. zu dieser und der vorhergehenden Note Fesse Rechtsverhältnisse zc. S. 181 fg., Bangerow Nr. IX.

<sup>5</sup> Also derselbe Grundsatz, wie bei dem durch Thiere angerichteten Schaden, nur daß dieser Grundsatz nach dem im folgenden §. (Nr. 4) zu Sagenen hier in anderer Weise verwirklicht wird. L. 7 §. 1 D. h. t. — „Cum enim animalia, quas noxiam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxae ea dedamus: multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non debent onerare, praesertim cum res quidem animales, quae damnum dederint, ipsae exstant, aedes autem, si ruina sua damnum dederunt, desiderint exstare“. E. 9 pr. eod. Vgl. auch l. 5 D. ne quid in loco publ. 43. 8 (dazu Huschke a. a. D. S. 210. 211 der deutschen Bearbeitung).

<sup>6</sup> Es muß ersetzt werden der Schaden, welcher entstanden ist „vitio aedium, loci, operis“, l. 24 §. 12 D. h. t. S. ferner l. 24 pr. §. 2. 5. 6. 9 l. 19 §. 1 eod. Ueber den Begriff des vitium s. l. 24 §. 2 D. h. t. „Vitium autem aedium et loci esse Labeo ait, quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit; denique nemo dixit, palustris loci vel arenas nomine quasi vitiosi committi stipulationem, quia naturale vitium est, et ideo nec ea stipulatio interponitur, neque interposita committetur“. Nähere Ausführung im Verfolg der Stelle und in l. 43 pr. D. h. t. Vgl. noch l. 13 §. 2 D. h. t. Fesse Rechtsverhältnisse zc. S. 59 fg.

4. Dem Grundstück stehen gleich die auf dem Grundstück befindlichen Anlagen<sup>7</sup>.

b. Das Nähere.

§. 459.

1. Fordern kann<sup>1</sup> das Schadenersatzversprechen derjenige, welcher von dem drohenden Schaden betroffen werden wird: nicht bloß der Eigenthümer<sup>2</sup>, welchem der rechtliche Besitzer gleichzustellen ist<sup>3</sup>, sondern auch der an der Sache sonst dinglich Berechtigte<sup>4</sup>, ja auch der an der Sache nicht Berechtigte, wenn er<sup>5</sup> entweder dem Berechtigten den Schaden ersetzen muß<sup>6</sup>, oder ein Forderungsrecht auf die Sache hat, und der Schuldner ihm für den Schaden nicht einsteht<sup>7</sup>. Jedoch braucht bei der Forderung des Versprechens der Fordernde das Rechtsverhältniß, kraft dessen er von dem drohenden Schaden wird betroffen werden, nicht sofort auch zu beweisen; der Gegner kann einstweilen nur den Gefährdeeid verlangen, und zum Beweise kommt es erst dann, wenn aus dem geleisteten Versprechen auf Ersatz des wirklich eingetretenen

<sup>7</sup> Es muß ersetzt werden der Schaden, welcher entstanden ist „vitio aedium, loci, operis“. Bei „opus“ denken die Römer vorzugsweise an ein Bauwerk; aber auch jede andere Anlage gehört hierher, selbst das auf dem Grundstück Gewachsene, l. 24 §. 9 D. h. t.

<sup>1</sup> Fesse Rechtsverhältnisse zc. S. 80—96, Bangerow Nr. II.

<sup>2</sup> L. 5 §. 2 l. 20 D. h. t. Miteigenthum: l. 27 D. h. t.

<sup>3</sup> Dieß ist bestritten wegen l. 11 l. 13 §. 9 D. h. t., wo von Marcellus, unter Billigung von Ulpian, das Gegentheil ausgesprochen wird. Aber man muß dieß für eine von der Gesamtentwicklung des römischen Rechts überholte Meinung halten. S. l. 18 pr. D. h. t.: „Damni infecti stipulatio competit... ei, cuius in bonis res est“ in Verbindung mit l. 49 D. de V. S. 50. 16 und die Ausführung von Thering Abhandlungen S. 106 fg., auch Fesse a. a. D. S. 84 fg. Auf der anderen Seite namentlich Bangerow a. a. D. und die daselbst Citirten.

<sup>4</sup> Genannt werden: Superficiar, l. 13 §. 8 l. 39 §. 2 D. h. t.; Nießbrannter, l. 5 §. 2 l. 13 §. 8 l. 20 D. h. t.; Pfandgläubiger, l. 11 D. h. t.

<sup>5</sup> L. 18 pr. D. h. t. „Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cuius in bonis res est, sed etiam cuius periculo res est“. Vgl. andererseits l. 13 §. 4 D. h. t.

<sup>6</sup> L. 21 D. h. t. In l. 13 §. 5 D. h. t. fordern, wie Fesse S. 80 richtig bemerkt, die inquilini das Versprechen nicht wegen des von ihnen gemieteten Hauses, sondern wegen der von ihnen eingebrachten Sachen.

<sup>7</sup> L. 38 pr. D. h. t.; vgl. l. 18 §. 7—10 eod.

Schadens geklagt wird<sup>9</sup>. — Ausnahmsweise kann der an und für sich Berechtigte das Versprechen dann nicht fordern, wenn er selbst früher dem Gegner das Versprechen verweigert, und in Folge davon an denselben das Eigenthum des schaden drohenden Gegenstandes verloren hat<sup>10</sup>.

3. Verpflichtet<sup>9</sup> zur Leistung des Versprechens ist außer dem Eigentümer<sup>10</sup>, welchem auch hier der rechtliche Besitzer gleichsteht<sup>11</sup>, jeder sonst an der Sache dinglich Berechtigte<sup>12</sup>, so jedoch, daß das Versprechen nicht von Mehreren gleichzeitig verlangt werden kann<sup>13</sup>. Zwischen dem Eigentümer und dem rechtlichen Besitzer einerseits, und dem sonst an der Sache Berechtigten andererseits, besteht aber der Unterschied, daß Jene mit dem einfachen Versprechen genügt thun, während Diese außerdem Bürgschaft stellen müssen<sup>14</sup>. Auch derjenige muß Bürgschaft stellen, welcher auf einem öffentlichen Grundstück eine Anlage macht<sup>15</sup>.

4. Gerichtet werden<sup>16</sup> muß das Versprechen auf Ersatz des in §. 458 Nr. 3 bezeichneten Schadens. Unter Schaden ist das gesammte Interesse zu verstehen<sup>17</sup>, einschließlich des entbehrten

<sup>9</sup> L. 7 pr. l. 13 §. 3. 12. 13 D. h. t. N. R. Fesse S. 117 fg.

<sup>10</sup> L. 13 §. 11 D. h. t.

<sup>11</sup> Fesse Rechtsverhältnisse zc. S. 96—104, Bangerow a. a. D. Nr. III. IV.

<sup>12</sup> L. 9 §. 4. 5 l. 10 l. 15 §. 27 l. 19 pr. l. 22 D. h. t. Wird über das Eigenthum Prozeß geführt, so trifft die Verpflichtung den Besitzer, l. 39 §. 1 D. h. t. Miteigenthum: l. 27 l. 40 §. 3 D. h. t., l. 6 §. 7 D. comm. div. 10. 3.

<sup>13</sup> L. 13 pr. D. h. t.

<sup>14</sup> *Emphyteuta und Superficiar*: l. 9 §. 4 l. 15 §. 26 l. 19 pr. D. h. t. *Nießbraucher*: l. 9 §. 5 l. 10 l. 15 §. 25 l. 19 pr. D. h. t. *Pfandgläubiger*: l. 11. 12 l. 15 §. 25 l. 19 pr. D. h. t.

<sup>15</sup> L. 9 §. 4. 5 D. h. t. In beiden Stellen wird der Nichteigentümer neben dem Eigentümer *alternatio* („aut“) genannt. Vgl. l. 22 §. 1 D. h. t. — *Hinterherige Ausgleichung zwischen dem Eigentümer und dem sonst dinglich Berechtigten*: l. 9 §. 5 l. 10 l. 22 pr. D. h. t., vgl. l. 17 §. 1 D. de nox. act. 9. 4, l. 9 pr. §. 3 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Fesse a. a. D. S. 166 fg., Wachsen a. a. D. S. 118 fg., *Ubers röm. Servitutentehr* S. 572 fg.

<sup>16</sup> L. 7 pr. D. h. t.; l. 9 §. 4. 5 l. 10 l. 22 D. h. t.; l. 13 pr. D. h. t.; l. 9 §. 4. 5 l. 10 l. 11 l. 15 §. 25 l. 19 pr. l. 22 pr. D. h. t.

<sup>17</sup> L. 7 pr. l. 15 §. 2. 6 l. 24 pr. D. h. t.

<sup>18</sup> Fesse Rechtsverhältnisse zc. S. 146 fg., Bangerow a. a. D. Nr. VI.

<sup>19</sup> L. 5 §. 2. l. 18 §. 10 l. 23 l. 37 D. h. t. S. noch l. 18 §. 5. 6 D. h. t., l. 40 pr. eod. und dazu §. 258 Note 2.

Gewinnes<sup>18</sup>. — Das Versprechen braucht bloß für eine vom Richter zu bestimmende Zeit<sup>19</sup>, bei Wasserbauten für 10 Jahre, gegeben zu werden<sup>20</sup>. — Das Versprechen berechtigt und verpflichtet natürlich auch die Gesamtnachfolger, aber ebenso natürlich nicht die Sondernachfolger<sup>21</sup>.

4. Die Leistung des Versprechens wird nicht direct erzwungen. Die Folge seiner Verweigerung<sup>22</sup> ist vielmehr zuerst Einweisung in den Besitz des Grundstücks, von welchem der Schaden broht<sup>23</sup>; durch welche Einweisung jedoch der bisherige Besitzer nicht verdrängt wird<sup>24</sup>. Wird das Versprechen auch jetzt noch nicht geleistet<sup>25</sup>, so wird dem Beklagten durch eine zweite richterliche Verfügung<sup>26</sup> sein Recht abgesprochen, und dieses auf den Kläger übertragen<sup>27</sup>.

<sup>18</sup> L. 28. 29. 37 D. h. t.

<sup>19</sup> L. 4 pr. l. 13 §. 14 l. 14 l. 15 pr. §. 1 D. h. t.

<sup>20</sup> L. 7 pr. l. 15 §. 2. 4. 6. 7 D. h. t.

<sup>21</sup> Aber es kann ausgemacht werden, daß der Versprechende auch für denjenigen Schaden haften solle, welcher eintreten werde, nachdem das Grundstück in andere Hände übergegangen sei. Dieß sagt l. 24 §. 1 D. h. t. Vgl. l. 17 §. 4 l. 18 §. 10 eod. Bangerow Nr. VI. 6, Fesse S. 150—152. Anders, aber gewiß nicht richtig, sagt die l. 24 §. 1 cit. Schmidt Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. §. VIII S. 21 unt. 22.

<sup>22</sup> Fesse Rechtsverhältnisse zc. S. 152—166, Bangerow a. a. D. Nr. VII.

<sup>23</sup> L. 7 pr. D. h. t.; l. 4 §. 1 l. 15 §. 11—14 l. 38 §. 1 D. h. t., l. 1 D. quib. ex caus. in po. 42. 4; l. 15 §. 15 l. 40 §. 4 l. 7 pr. i. f. D. h. t.

<sup>24</sup> L. 15 §. 20 D. h. t. Der Zweck der Einweisung ist, dem Eingewiesenen „custodiam et observationem“ zu verschaffen (l. 3 §. 23 de seq. vel ompo. 41. 2, l. 12 D. quib. ex caus. in po. 42. 4), nebenbei auch: „ut saltem taedio perpetuae custodiae exstorqueat... cautionem“ (l. 5 pr. D. ut in po. leg. 36. 4). Zur Reparatur ist der Eingewiesene zwar nicht verpflichtet (l. 15 §. 30 D. h. t.), wohl aber berechtigt, und braucht, wenn er wirklich reparirt hat, den Besitz nicht eher zu verlassen, bis ihm außer dem Versprechen des künftigen eintretenden Schadens auch Ersatz der angewendeten Kosten geleistet worden ist (l. 15 §. 31 vgl. l. 34 D. h. t.). — *Klage auf Zulassung*: l. 1 §. 3 l. 4 pr. D. ne vis fiat ei 43. 4.

<sup>25</sup> L. 4 §. 4—6 l. 15 §. 21. 22 l. 19 pr. D. h. t. (l. 30 D. de nox. act. 9. 4).

<sup>26</sup> S. g. *missio ex secundo decreto*, vgl. l. 1 §. 15. 16 D. h. t.

<sup>27</sup> Der römische Magistratus konnte aber nicht das Recht selbst, sondern nur gerichtlichen Schutz des dem Rechte entsprechenden factischen Zustandes verleihen; das Recht selbst wurde erst durch die Erfügung erworben. Daher

5. Das Versprechen kann nicht gefordert werden, wenn ein Anspruch des eintretenden Schadens schon anderweitig begründet ist<sup>20</sup>.

c. Zusätzliches\*.

§. 460.

Das im Vorstehenden entwickelte Recht ist zum Theil übertragen worden auf den Schaden, welchen Jemand erleidet nicht durch die fehlerhafte Beschaffenheit eines fremden Grundstücks

obicitur der Practor: „EUM CUI ITA NON CAVEBITUR, IN POSSESSIONEM EIUS REI, CUIUS NOMINE UT CAVEATUR POSTULABITUR, IRE, ET CUM IUSTA CAUSA ERRE VIDERITUR, ETIAM POSSIDERE IUREDO“, l. 7 pr. D. h. t., und f. ferner l. 5 pr. l. 12 l. 15 §. 16. 26. 27 l. 18 §. 15 D. h. t., l. 3 §. 23 D. de acq. vel om. po. 41. 2, während in anderen Stellen als Wirkung der zweiten Verfüllung geradezu Entstehung des Eigentumsrechtes bezeichnet wird, f. l. 15 §. 16. 17. 33 D. h. t., l. 7 §. 1 D. de usufr. 7. 1, l. 1 pr. D. de fundo dot. 23. 5; auch l. 26 §. 9 i. f. D. de nox. act. 9. 4. Ist freilich der Gegner selbst nur rechtlicher Besitzer, so erhält auch der Eingewiesene bloß bonae fidei possessio, vgl. l. 28 D. de nox. act. 9. 4. Hesse a. a. O. S. 158 fg., Bangerow a. a. O. S. 577 fg. — Durch die Uebertragung des Eigentums gehen dingliche Rechte, welche an der Sache zu Gunsten eines Dritten bestehen, nicht unter; aber auch sie werden dem Berechtigten abgesprochen, wenn auch er seinerseits die Caution verweigert. L. 44 §. 1 l. 15 §. 24. 25 l. 12 l. 9 §. 4—6 D. h. t., vgl. l. 17 §. 1 l. 26 §. 6 D. de nox. act. 9. 4. Ist die Caution bloß von dem an fremder Sache Berechtigten gefordert, so wird bei Verweigerung derselben auch bloß das Recht an fremder Sache abgesprochen, und auf den Forbernden übertragen. L. 15 §. 26 D. h. t.; vgl. l. 27 D. de nox. act. 9. 4. Andere, so namentlich Eibers Servitutenlehre S. 525, Bangerow S. 580, wollen die Entscheidung der l. 15 §. 26 cit. auf den in derselben behandelten Fall der Emphyteuse beschränken. — Miteigentum: l. 5 §. 1 D. h. t. Einweisung Mehrerer: l. 5 §. 1 cit., l. 15 §. 17 l. 40 §. 4 D. h. t.

<sup>20</sup> L. 32 D. h. t.: — „et est plane nostrorum praeceptorum haec sententia, ut credamus, inutilem esse damni infecti stipulationem, quo casu damnnum alia actione carere possit“. S. ferner l. 13 §. 6 l. 33 D. h. t.; l. 18 §. 2 l. 20 D. h. t.; l. 18 §. 4 D. h. t.; l. 18 §. 9 D. h. t. Hesse Rechtsverh. x. S. 122 fg., Bangerow Nr. X. Vgl. auch noch Sch. neiber in Sell's Jahrb. l. 6 §. 423 fg., Schäffer Arch. f. prakt. RW. II S. 272—294. Seuff. Arch. VII. 185.

\* Das in diesem §. Vorgetragene gehört eigentlich seinem systematischen Zusammenhange nach nicht hierher, weil es sich dabei nicht mehr um Beschädigung durch Sachen handelt; es gehört vielmehr eigentlich als Anhang in die

oder einer darauf befindlichen Anlage, sondern in Folge einer Thätigkeit, durch welche auf das Grundstück eingewirkt wird<sup>1</sup>. Eine solche Thätigkeit kann möglicherweise zum Schadenersatz verpflichten nach dem Rechte des Aquilischen Gesetzes<sup>2</sup>; wo dieses Recht nicht aushilft<sup>3</sup>, kann unter Umständen der Beschädigte noch zum Schadenersatz gelangen auf dem Wege eines vorgängig erlangten Schadenersatzversprechens. Die dafür geltenden Regeln sind folgende.

1. Nicht einer jeden Thätigkeit gegenüber, durch welche der Eigentümer auf seinen Grund und Boden einwirkt, kann das Schadenersatzversprechen begehrt werden; wo hier die Grenze zu ziehen sei, ist eine Frage, welche der Lehre von dem Eigentums-

Lehre vom Recht der lex Aquilia. Die ihm hier gegebene Stellung empfiehlt sich aber dadurch, daß auch in diesem Falle Schadenersatz nur auf dem Wege vorgängigen Versprechens erlangt werden kann.

1. Auch von einem solchen Schaden kann man nämlich sagen, daß er „vitio operis“ eingetreten sei, für welchen Fall das Edict die cautio damni infecti versprochen hatte (§. 458 Note 6). Denn: a) opus bezeichnet nicht bloß das Resultat der Thätigkeit, sondern auch die Thätigkeit selbst, vgl. l. 5 D. de V. 8. 50. 16 und l. 18 D. ratam rem 46. 8, in welcher letzteren Stelle als Formel der cautio damni infecti bezeichnet wird: „si quid . . . scindatur, fodietur, aedificabitur“; und b) vitium hat nicht bloß die Bedeutung von fehlerhafter Beschaffenheit, sondern auch die Bedeutung von Schuld (vgl. z. B. l. 95 §. 11 D. de solut. 46. 3), und zwar, in gleicher Weise wie dies auch bei dem deutschen Ausdruck Schuld der Fall ist, ohne daß dabei immer an eine Zurechnung gedacht würde (vgl. z. B. Cic. Phil. 2 c. 18: fortuna vitio, non suo desequera, — de har. resp. c. 26: honorem vitio civitatis, non suo non assequi). In gleich abgekläutem Sinne wird in l. 40 §. 1 D. h. t. und l. 46 pr. D. de fart. 47. 2 der Ausdruck beneficium gebraucht, so daß auch er nichts bezeichnet, als daß eine Wirkung in einer Person, Sache, Thatsache ihre Ursache habe. Vgl. auch Reinhard Arch. f. civ. Pr. XXX S. 229, Hesse Rechtsverhältnisse x. S. 71—73.

<sup>2</sup> Dattu bleibt es natürlich dem Beschädigten unbenommen, sich auf dieses Recht zu berufen; er kann aber auch, wenn er ein Schadenersatzversprechen erlangt hat, dieses geltend machen. L. 27 §. 10 D. ad leg. Aq. 9. 2 (vgl. Coll. XII, 7 §. 8), l. 1 §. 5 D. de ripa munita 43. 15, l. 18 D. de S. P. U. 8. 2 (vgl. Note 9).

<sup>3</sup> Entweder weil den Handelnden keine Verschuldung trifft (l. 18 §. 4 D. h. t.), oder weil der Schaden nicht an dem Körper einer Sache erlitten worden ist, z. B. die Miether ziehen aus (l. 37 vgl. l. 23. 29 l. 43 §. 1 D. h. t.).

beschränkungen angehört<sup>4</sup>. Unter keinen Umständen braucht der Eigenthümer Ersatz zu versprechen für die Vortheile, welche er durch seine Thätigkeit dem benachbarten Grundstück entzieht<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Man bemerke hierüber Folgendes. 1) In den Quellen ist entschieden, daß nach dem Recht der *damaui insecti cautio* Schadenersatz begehrt werden könne: a) wenn Jemand auf seinem Grundstücke so tief grabe, daß dadurch des Nachbarn Mauer einstürze (l. 24 §. 12 D. h. t.; b) wenn Jemand auf seinem Grundstück einen Dungplatz so anlege, daß dadurch des Nachbarn Mauer feucht werde (l. 17 §. 2 D. si serv. 8. 5). Es fragt sich nun, ob diese analoge Entscheidungen sind, oder ob in ihnen ein Grundsatz anerkannt ist, nach welchem dem Eigenthümer überhaupt verboten ist, auf seinem Grundstücke eine den Nachbar beschädigende Thätigkeit vorzunehmen. Das Erste ist im ersten Band dieses Lehrbuches (§. 169, namentlich Note 12) angenommen worden; aber diese Meinung ist schwerlich haltbar. Gegen dieselbe spricht: a) die Allgemeinheit des Ausdrucks in der eben citirten l. 24 §. 12 und der damit in Verbindung stehenden l. 26 D. h. t. b) In l. 15 §. 2 sqq. l. 24 pr. D. h. t. vgl. l. 31 eod. heißt es von der *cautio damni insecti*, welche von demjenigen geleistet worden ist, der auf einem öffentlichen Grundstück ein „opus facti“, daß kraft ihrer Ersatz alles aus dem opus entstandenen Schadens verlangt werden könne. Dabei wird zwar einerseits ausgegangen von dem Begriff „vitio operis“, andernseits aber (vgl. Note 1) so wenig eine fehlerhafte Beschaffenheit des opus verlangt, daß vielmehr dieser letztere Fall in l. 24 pr. cit. als ein besonderer ausdrücklich hervorgehoben wird. In l. 15 §. 5 cit. heißt es denn auch, daß das „dammum ex opere“ ersetzt werden müsse. (Der gleiche Ausdruck in l. 39 pr. D. h. t., nur daß hier statt „dammum“ „vitium“ gesagt ist, worüber zu vergleichen ist l. 32 D. h. t., l. 1 §. 3 D. ne quid in fl. publ. 43. 18). c) Die *cautio damni insecti* kann nach dem in §. 456 Note 19 und unten in diesem §. unter Nr. 4 Gesagten auch von demjenigen gefordert werden, welcher auf fremdem Grund und Boden etwas vornehmen will, wozu er an und für sich berechtigt ist. Auch in diesem Falle wird eine fehlerhafte Beschaffenheit des opus nicht verlangt; ja die Arbeiten, um die es sich hier handelt, sind zum Theil von der Art, daß in Betreff ihrer ein *vitium operis* in dem Sinne von fehlerhafter Beschaffenheit keinen Sinn hat, f. g. B. l. 9 §. 1 D. h. t. (Begnennen von aufgetriebenen Sachen), l. 9 §. 1 D. ad ex. 10. 4 (Auslesen von Baumsrüchten), ferner l. 19 §. 4 D. loc. 19. 2, l. 5 D. de ag. pluv. 39. 3. d) Nach l. 35—37 D. h. t. ist derjenige, welcher eine gemeinschaftliche Mauer neu baut, aus der *damaui insecti cautio* dem Mitigenthümer zum Schadenersatz verpflichtet, wenn in Folge des Neubaus dessen Miether ansieht. Dabei wird nur vorausgesetzt, daß der Neubau unnützlich war, weil sonst der Bauende die Befugniß zu demselben ohne Rücksicht auf seine Folgen hatte; unter dieser Voraussetzung aber ist es der Neubau als solcher, welcher verpflichtet, nicht erst eine fehlerhafte Beschaffenheit desselben.

2) Wird nun aber auf Grund dieser Erwägungen im Principe anerkannt, daß

2. Leistet der Eigenthümer das Versprechen nicht, wo er es leisten muß, so erfolgt nicht Einweisung in den Besitz und Anerkennung des Rechtes<sup>6</sup>, sondern der Eigenthümer wird in der Fortsetzung seiner Thätigkeit gehindert<sup>7</sup>.

3. Der gleiche Nachtheil trifft denjenigen, welcher auf einem öffentlichen Grundstück eine Thätigkeit vornimmt, von welcher ein Anderer Schaden fürchtet<sup>8</sup>.

4. Daß auch derjenige ein Schadenersatzversprechen leisten muß, der zu einer Thätigkeit auf fremdem Grund und Boden, zu welcher er an und für sich berechtigt ist, zugelassen werden

der Grundeigenthümer auf seinem Grund und Boden nicht Alles thun darf, was ihm beliebt, daß er vielmehr für den durch seine Thätigkeit dem Nachbar zugefügten Schaden dem Nachbar Ersatz nach dem Grundsatze der *damaui insecti cautio* leisten muß; so ist es doch auf der anderen Seite vollkommen sicher, daß dieser Satz keine unbedingte Wahrheit in Anspruch nehmen kann, daß er vielmehr in der gleichen Weise beschränkt werden muß, wie der Satz, von welchem in diesem Lehrbuch an der bezeichneten Stelle ausgegangen worden ist, daß nämlich der Nachbar sich keine Einwirkung (Inmission) auf sein Grundstück gefallen zu lassen braucht (§. 169 Note 7). Wie aber die hier an und für sich nothwendige Beschränkung zu formuliren sei, ist eine noch nicht abgeschlossene Frage; seit dem Erscheinen des ersten Bandes dieses Lehrbuches sind darüber folgende Aufsätze veröffentlicht worden: von Werenberg, Thering, und Hesse, alle drei in den Jahrb. f. Dogm., VI Nr. 1. 2. 9 (1863), ferner von Hoffmann Arch. f. prakt. RW. R. 7 (1864). S. auch das ausführlich motivirte Urtheil des OAG zu Rostock bei Buchta und Dübbe Entscheidungen IV S. 108—121 (1862).

<sup>5</sup> L. 24 §. 12 l. 26 D. h. t. Hesse Rechtsverhältnisse etc. S. 64—66, Bangerow a. a. O. Nr. VI. 4. Scuff. Arch. XVIII. 12.

<sup>6</sup> Wie die herrschende Meinung annimmt. Die hier vertretene Meinung ist namentlich ausgeführt worden von Wachosen Pfandrecht S. 384 fg., welcher Schriftsteller aber darin zu weit geht, daß er den Ausdruck: *dammum vitio operis* ausschließlich auf den hier verhandelten Fall bezieht. Vgl. noch Hesse a. a. O. S. 153 unt. 154.

<sup>7</sup> Durch den Richter, wenn der Eigenthümer auf den Einspruch des Gegners nicht hört, — *operis novi nuntiatio, interdictum quod vi aut clam*. Vgl. namentlich l. 1 §. 16. 17 D. de O. N. N. 39. 1.

<sup>8</sup> Nur daß in diesem Falle die Leistung des Versprechens umgekehrt die Bedingung ist, unter welcher der Handelnde gerichtlichen Schutz für die Fortsetzung seiner Thätigkeit erhält. L. 1 pr. D. de ripa mun. 43. 15 in Verbindung mit l. 7 pr. D. h. t., l. pr. D. de via publ. 43. 11 in Verbindung mit l. 15 §. 6 D. h. t., l. 1 pr. D. de loco publ. fr. 43. 9 in Verbindung mit l. 15 §. 9 h. t.

will, und daß die Leistung des Versprechens die Bedingung seiner Zulassung ist, ist bereits oben bemerkt worden<sup>9</sup>. Bürgschaft braucht in diesem Falle nicht bestellt zu werden<sup>10</sup>.

β. Durch bewegliche Sachen.

§. 461.

Für Schaden, welcher Jemandem durch eines Andern bewegliche Sachen zugefügt wird, kann er Ersatz nur insofern begehren, als er die Schaden stiftenden Sachen, wenn sie in seinen Besitz gelangt sind, vor geleistetem Schadenersatz nicht herauszugeben braucht<sup>1</sup>.

D. Zwang und Betrug.

§. 462.

Den Betrug stellt das römische Recht lediglich unter die allgemeine Kategorie der Arglist; der Betrug ist die wichtigste Art der Arglist<sup>1</sup>. Es gelten daher für den aus dem Betrug entstehenden Anspruch die in §. 451 angegebenen Grundsätze<sup>2</sup>.

Dagegen gelten für den Zwang<sup>3</sup>, vorausgesetzt daß er die

<sup>9</sup> B. §. 456 Note 19. Hierher gehört auch wohl l. 18 D. de s. p. u. s. 2.

<sup>10</sup> L. 13 §. 1 l. 30 pr. §. 1 D. h. t. Anders ist entschieden bei Seuff. Arch. IV. 11.

§. 461. <sup>1</sup> L. 5 §. 4 D. ad exh. 10. 4, l. 9 §. 3 D. de damno inf. 39. 2, l. 8 D. de incoad. 47. 9. Feise u. Cropp Abhandlungen I. 20 (über l. 9 §. 2 D. de damno inf. inf. §. 422. 423). Seuff. Arch. III. 59, IV. 53.

§. 462. <sup>1</sup> Vgl. §. 451 Note 2.

<sup>2</sup> Nur Einen Fall des Betrugs hebt das römische Recht besonders hervor, den Betrug desjenigen, welcher wissend, daß er nicht Tutor ist, zu einer Rechtsabhandlung des Mündels seine Auctorität gibt. L. 7 §. 1 D. quod falso tut. 27. 6. Unterholzner II §. 338, Anderffs Recht der Vormundschaft II S. 295—301. Für die Römer hatte diese besondere Hervorhebung die Bedeutung, daß die actio gegen den falsus tutor nicht den in §. 451 Note 10 angegebenen Beschränkungen unterlag. Für uns dagegen ist die Unterscheidung dieses Falls ohne alles Interesse. Denn das Recht des Betrugers, wie es für uns gilt, ist nicht enger, sondern weiter, als das Recht dieses besonderen Falles, da die actio de dolo erst in zwei Jahren verjährt (§. 451 Note 5), die actio gegen den falsus tutor dagegen bereits in einem Jahre (l. 9 §. 1 D. tit. cit.).

<sup>3</sup> Dig. 4. 2 quod metus causa gestum erit. Cod. 2. 20 de his quae vi

I §. 80 Note 6 angegebenen Eigenschaften hat<sup>4</sup>, folgende besondere Bestimmungen<sup>5</sup>.

1. Der Zwingende haftet auf vollen Schadenersatz<sup>6</sup> binnen der gewöhnlichen Verjährungsfrist<sup>7</sup>. Wird aber innerhalb eines Jahres<sup>8</sup> gegen ihn geklagt, so trifft ihn noch der fernere Nachtheil, daß er, wenn er bis zum Urtheil hartnädig bleibt, auf das Vierfache verurtheilt wird<sup>9</sup>. Ob die erzwungene Handlung eine Rechtsabhandlung ist, oder eine Handlung thatsächlicher Natur, ist dabei gleichgültig<sup>10</sup>.

2. Aus dem Zwange entsteht aber ferner auch ein Anspruch gegen den dritten Unschuldigen, welcher dasjenige in Händen hat, was dem Gezwungenen durch den Zwang entzogen worden ist<sup>11</sup>,

metuere causa gesta sunt. — Schliemann die Lehre vom Zwange S. 15—52. Kramer de leer van den psychischen dwang (Zwanguralabhandlung, 1864) S. 199 fg. Glück v S. 468 fg.; Unterholzner II §. 339—341, Sintenis II S. 743—745.

<sup>4</sup> Vgl. zu dem in Note 6 a. a. O. Gesagten noch Kramer a. a. O. S. 167 fg., welcher als positives Erforderniß Unwiederherstellbarkeit des gedrohten Uebels ansieht.

<sup>5</sup> Anwendbarkeit der actio doli: l. 14 §. 13 D. h. t., — der condictio ob turpem causam: l. 4 §. 2 l. 7 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5 (§. 423 Note 4).

<sup>6</sup> L. 9 §. 7. 8 l. 10 §. 1 l. 12 pr. l. 12 §. 2 l. 21 §. 2 D. h. t.; l. 4 C. h. t. Er haftet unabhängig von aller Bereicherung: l. 14 §. 5 D. l. 1 C. h. t.

<sup>7</sup> Die actio quod metus causa ist nach klassischem Recht actio perpetua, l. 14 §. 1 D. h. t. Allerdings heißt es, daß dieselbe post annum nur dann gegeben werden solle, wenn keine andere actio zu Gebote stehe (l. 14 §. 1. 2 D. l. 4 C. h. t., Schneider subsidiäre Klagen S. 377 fg.); aber es ist nicht abzusehen, wie von diesem Satze noch heutzutage Gebrauch gemacht werden könnte, da auch aus dem Zwang als solchem nicht Mehr verlangt werden kann, als Ersatz des erlittenen Schadens. — Die Erben haften, wie bei allen andern Delictsanprüchen, nach römischem Recht auf die Bereicherung (l. 16 §. 2 l. 17. 19. 20 D. h. t.), nach heutigem auf den Bestand der Erbschaft (§. 359 Note 15. 16).

<sup>8</sup> Annus utilis. l. 14 §. 2 D. l. 4 C. h. t.

<sup>9</sup> L. 14 §. 1. 4. 7. 9. 10. 14 D. l. 4 C. h. t. Die heutige Anwendbarkeit dieses Satzes ist freilich sehr bestritten, und jedenfalls ist er nicht mehr in lebendigem Gebrauch. S. §. 359 Note 13. 15.

<sup>10</sup> Dieß wird gewöhnlich nicht beachtet. Aber f. l. 9 §. 2 D. h. t. („vel aedificii depositionem“). Schliemann S. 38—40, Kramer p. 56. 105 sqq.

<sup>11</sup> L. 9 §. 1. 8 l. 10 pr. l. 11 l. 14. §. 3. 5 D. h. t.; vgl. l. 3 C. h. t.



oder der es arglistigweise wieder verloren hat<sup>12</sup>, — auf Herausgabe des in seinen Händen Befindlichen oder in der angegebenen Weise wieder Verlorenen. Auch dieser Anspruch verjährt in der gewöhnlichen Zeit und steigert sich ebenfalls binnen eines Jahres durch hartnäckige Verweigerung der Restitution auf das Vierfache<sup>13</sup>. Dieser Anspruch setzt aber voraus, daß die erzwungene Handlung eine Rechts-handlung sei<sup>14</sup>.

### E. Verkürzung der Gläubiger\*.

#### §. 463.

Wenn ein Schuldner in der Absicht, seine Gläubiger zu verkürzen, eine Vermögensverminderung vornimmt, so haftet nicht bloß er selbst den Gläubigern, sondern unter gewissen Bedingungen auch derjenige, zu Gunsten dessen er die Vermögensverminderung vorgenommen hat<sup>1</sup>. Von praktischer Bedeutung ist natürlich allein

<sup>12</sup> L. 14 §. 5 l. 18 D. h. t.

<sup>13</sup> L. 14 §. 3 D. h. t. S. Note 9.

<sup>14</sup> Schliemann S. 40 Note 15.

2. 463. \* Dig. 42. 8 quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur. Cod. 7. 75 de revocandis his quae in fraudem creditorum alienata sunt. — Dabelow ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurs der Gläubiger S. 375—477 (1801). v. Schröder Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VI S. 131—137 (1833). Franke Arch. f. civ. Pr. XVI 5. 10 (1833). Laspeyres das. XXI. 2 (1838). Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIV. 1 (1857). Unterholzner II S. 92—100. 141, Sintonis II S. 734—738.

<sup>1</sup> Das Praetorische Edict, die Quelle der hierher gehörigen Bestimmungen, stellte den Gläubigern für den bezeichneten Fall sowohl eine actio zur Verfügung (l. 1 pr. D. h. t.), als ein interdictum (l. 10 pr. D. h. t.) Die actio wird in l. 38 §. 4 D. de iur. 22. 1 Pauliana actio genannt; das interdictum kommt sonst unter dem Nomen fraudatorium interdictum vor (l. 67 §. 1 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 96 pr. D. de solut. 46. 3, l. 1 C. Th. de integri rest. 2. 26). Am Schlusse der zweiten Edictsstelle (l. 10 pr. cit.) wird aber noch eine actio in factum gegen den unschuldigen Erwerber versprochen, und in der Interpretation dieser Edictsstelle wird eine actio in factum auch gegen den der Arglist theilhaftigen Erwerber als das zutreffende Rechtsmittel behandelt. Das Verhältnis dieser verschiedenen Rechtsmittel zu einander ist nicht klar. Was zuerst die actio Pauliana und die actio in factum angeht, so nimmt man gewöhnlich an, beide Klagen (oder doch die actio Pauliana und die actio in factum gegen den arglistigen Erwerber) seien identisch. Dagegen hat Huschke

das Letztere, da der Schuldner selbst den Gläubigern ohnehin verpflichtet ist<sup>1a</sup>.

1. Vermögensverminderung. Wie dieselbe geschieht, ist gleichgültig. Ein Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der der Veräußerung im engeren Sinn, d. h. der Fall der Rechtsübertragung<sup>2</sup>; aber ebenso gehört hierher der Fall der bloßen Aufgabe eines Rechts, mag dieselbe direct<sup>3</sup> oder indi-

a. a. O. auszuführen gesucht, daß die actio in factum der actio Pauliana gegenüber nicht bloß äußerlich selbständig gewesen sei (in der zweiten Edictsstelle sei sie auch gegen den arglistigen Erwerber versprochen gewesen, dieser Theil des Edicts aber von den Compilatoren weggelassen worden), sondern auch materiell von ihr verschieden. Ich halte die Huschke'sche Beweisführung vielsach für nicht überzeugend (s. unten Note 6. 15. 17. 21. 26.); doch kommt hierauf praktisch nichts an. Denn jedenfalls für das heutige Recht ist der Unterschied beider Klagen, wenn er auch für das römische bestanden haben sollte, gleichgültig; der Kläger kann heutzutage verlangen, was dem Römer die eine und die andere actio gewährte. Was sodann das Interdict betrifft, so nimmt Huschke an, dasselbe sei eingeführt worden, um den Gläubigern eine schnellere Rechtshilfe zu gewähren, jedoch nur zum Zwecke der Zurückziehung der entzogenen Sachen zum Concursvermögen, um mit diesen verkauft zu werden; und auch noch in andern Punkten habe sich das Interdict von der actio Pauliana und der actio in factum materiell unterschieden. Mir scheinen auch diese Aufstellungen Huschke's äußerst bedenklich (vgl. Note 1a. 6). In der Praxis wird allerdings wohl mit Anknüpfung an das Interdict zu dem bezeichneten Zwecke ein schleuniges Rechtsmittel gewährt, aber nur als provisorisches, und im Uebrigen mit dem Recht der Pauliana. Huschke S. 129 (s. aber auch Pecholt Zeitschr. f. Rechtspf. u. Verw. f. das Rh. Sachsen XIX S. 485 Note 51). Vgl. Brinz §. 123, Keller §. 370, Arndts §. 228 Anm. 1. — Ueber die in integrum restitutio wegen alienatio in fraudem creditorum s. I §. 116 Note 2. Huschke a. a. O. S. 49 sq. bezieht die Quellenstelle, auf welche es hier ankommt (§. 6 I. de act. 4. 6) auf die Pauliana actio (Note 15).

<sup>1a</sup> Deswegen, ist von diesem Fall in den Quellen kaum die Rede. S. l. 1 pr. i. f. l. 10 §. 24 l. 12 l. 25 §. 7 D. h. t. (Die von Huschke [S. 101] aufgestellte Behauptung, daß das Interdict nicht gegen den Fraudator selbst gewährt worden sei, gründet sich bloß auf die von diesem Schriftsteller dem Interdicte beigelegte specifische Function [Note 1]).

<sup>2</sup> Vgl. I §. 69 zu Note 9. L. 1 §. 2 D. l. 1 C. h. t.; l. 3 pr. l. 9 D. l. 2. 3. 5 C. h. t., l. 43 §. 7 D. de aed. ed. 21. 1, l. 8 §. 1 D. de rob. auct. ind. 42. 5. Befestigung eines das Eigenthumsrecht beschränkenden Rechts: l. 10 §. 18 l. 22 D. h. t.

<sup>3</sup> Aufgeben eines Pfandrechts, l. 2 l. 18 D. h. t., — eines Nießbrauchs, Windscheid, Pandekten. II. Bd. II. Sect. 21

rect<sup>4</sup> geschehen, so wie der Fall der Begründung einer dinglichen oder obligatorischen Last<sup>5</sup>. Auch auf rein factischem Wege, durch Vernichten oder Verderben von Sachen, kann eine Vermögensverminderung herbeigeführt werden; doch ist dabei die Verhaftung eines Dritten natürlich ausgeschlossen<sup>6</sup>. Dagegen gibt bloße Abweisung eines Erwerbes den Gläubigern einen Anspruch nicht<sup>7</sup>, und nur zu Gunsten des Fideiuss wird in dieser Beziehung eine Ausnahme gemacht<sup>8</sup>.

2. Vermögensverminderung in der Absicht, die Gläubiger zu verkürzen<sup>9</sup>. Diese Absicht ist anzunehmen, sobald der Schuldner, welcher die Vermögensverminderung vornimmt, weiß, daß er zahlungsunfähig ist, oder daß er sich durch die Vermögensverminderung zahlungsunfähig macht<sup>10</sup>.

1. 10 §. 15 D. h. t., — eines Forderungsrechtes, 1. 1 §. 2 l. 3 pr. 1. 17 pr. D. h. t., l. 9 §. 5 D. de iur. 12. 2.

<sup>4</sup> Nichtunterbrechen einer Verjährung, l. 3 §. 1 l. 4 D. h. t.; absichtliche Herbeiführung des Verlustes eines Processes, l. 8 §. 1 D. h. t.; Dereliction einer Sache, damit ein Anderer sie occupire, l. 5 D. h. t.

<sup>5</sup> L. 2 §. 1 l. 3 pr. l. 6 §. 6 l. 10 §. 13 l. 22 D. h. t. — Im Fall der Begründung einer Obligation ist jedoch der einfachere Weg der Rechtshilfe der der Zurückweisung der Forderung aus dem Concurse (exceptio, denegatio actionis). L. 25 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 9 §. 5 D. de iur. 12. 2. Vgl. Huschke S. 26—29.

<sup>6</sup> L. 25 §. 7 D. h. t. — Das Praetorische Edict spricht bei der Aufstellung der actio von einem genere fraudationis causa, bei der Aufstellung des Interdicts von einem facere fraudandi causa. Nach der Meinung Huschke's (S. 81 fg.) ist dieser letztere Ausdruck mit Absicht gewählt, um dabarch auch den Fall der bloß factischen Vermögensverminderung (l. 25 §. 7 cit.), so wie den Fall der indirecten Vermögensverwendung zu treffen (l. 5 D. h. t.). Das mag sein; obgleich doch Ulpian bei der Erklärung der die actio gewährenden Edictstelle das genere ganz unbedeutlich mit facere wiedergibt (l. 1 §. 2 l. 3 §. 1. 2 l. 6 §. 8 D. h. t.). Vgl. noch l. 28. D. de V. S. 50. 16. Wenn aber Huschke hierauf, unter Verbeiziehung der Erzählung bei Cic. de orat. II. 69 §. 280, eine Vermuthung über den Urheber des Interdicts baut (S. 1—25. 121), so scheint mir das eine fast mehr als kühne Combination zu sein.

<sup>7</sup> L. 6 pr. — §. 5 D. h. t., l. 67 §. 1 D. ad SC. Treb. 36. 1. Vgl. Holzschuber III §. 232 Nr. 8.

<sup>8</sup> L. 45 pr. D. de I. F. 49. 14.

<sup>9</sup> L. 1 pr. D. h. t. „fraudationis causa“, l. 10 pr. D. h. t. „fraudandi causa“. Vgl. l. 79 D. de R. I. 50. 17.

<sup>10</sup> L. 17 §. 1 D. h. t. Vgl. noch l. 10 §. 11 D. eod., l. 8 D. de tut. 26. 1. Senff. Arch. III. 249, V. 95, VII. 268, IX. 356 Nr. 3, XII. 227. A. R. das OAG. zu Kofsted bei Huschke u. Hubbe Entscheidungen V. S. 284 fg.

3. Die Verkürzungsabsicht muß wirklich erreicht worden sein<sup>10a</sup>, und zwar denselben Gläubigern gegenüber, auf welche sie gerichtet war<sup>11</sup>, und an demselben Vermögen, an welchem die Verminderung vorgenommen worden ist<sup>12</sup>.

4. Ein Anspruch gegen den Dritten, zu Gunsten dessen die Vermögensverminderung vorgenommen worden ist, ist begründet:

a) wenn der Dritte die betrügerische Absicht der Vermögensverminderung gekannt hat<sup>13</sup>. In diesem Falle haftet er auf vollen Ersatz des den Gläubigern Entzogenen<sup>14</sup>, ohne Rücksicht darauf, ob er es noch hat<sup>15</sup>, ja ohne Rücksicht darauf, ob er es jemals

<sup>10a</sup> Senff. Arch. I. 393, III. 247. 248, V. 95, XII. 113, XIII. 307.

<sup>11</sup> L. 10 §. 1 l. 15. 16 D. h. t. L. 15 D. cit.: — „utrumque in eorundem personam exigimus, consilium et eventum“.

<sup>12</sup> L. 10 §. 9 D. h. t. Vgl. l. 10 §. 10. 11 eod.

<sup>13</sup> L. 1 pr. D. h. t.: „cum eo qui fraudem non ignoraverit“; l. 10 pr. D. h. t. „sciencie te“. L. 5 C. h. t. Näheres: l. 6 §. 8 l. 10 §. 2. 3. 5. 7. 8 l. 25 §. 3 D. h. t.

<sup>14</sup> L. 38 §. 4 D. de usur. 22. 1: — „nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset“. L. 10 §. 22 D. h. t.: — „generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt, sive obligationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset“. L. 10 §. 15. 23 l. 14 pr. l. 17 pr. l. 18 D. h. t.

<sup>15</sup> Der Grund seiner Verhaftung ist nicht sein Haben, sondern sein Delict. Vgl. l. 9 pr. D. h. t.: — „quia dolus ei duntaxat nocere debeat, qui eum admisit“. S. noch l. 25 §. 1 D. h. t.: der Empfänger hat mit der Auflage der Herausgabe an einen Dritten erhalten, und dieser Auflage genügt; er haftet nichtsdestoweniger. Wenn es in l. 9 D. h. t. heißt, daß der Empfänger, wenn er das Erhaltene verkauft habe, das Kaufgeld herausgeben müsse, so ist damit nicht gesagt, daß er bloß das Kaufgeld herausgeben müsse, falls damit das Interesse der Gläubiger nicht vollständig gedeckt sei. So wird auch in l. 14 D. h. t. dem Empfänger die Verpflichtung auferlegt, den Anspruch, welchen er gegen einen Dritten in Betreff des Erhaltenen habe, herauszugeben, obgleich er unzweifelhaft nicht minder auf das Erhaltene selbst haftet. — Huschke (S. 49 fg. 100. 102) behauptet, daß bloß das Interdict und die actio in factum unabhängig vom Besitze des Beklagten seien, nicht dagegen die actio Pauliana. Die actio Pauliana sei nämlich actio rescissoria in rem, und nicht bloß, wenn damit ein dingliches Recht zurückgefordert werde (auf welchen Fall Huschke §. 6 l. de act. 4. 6 bezieht, vgl. Note 1 a. E.), sondern auch in allen andern Fällen; denn sie mache immer das Recht der Gläubiger am Vermögen geltend, und sei daher zu vergleichen mit der hereditatis petitio. Gegen diese Auffassung (mit welcher im Wesentlichen übereinstimmt Brinz §. 123) spricht das ausdrückliche Zeugniß der l. 38 §. 4

gehabt hat<sup>16</sup>. Mit dem Empfangenen muß er allen Gewinn herausgeben, welchen er davon gezogen hat<sup>17</sup>, oder welchen der Schuldner davon hätte ziehen können<sup>18</sup>. Für Gegenleistungen, welche er für den Erwerb gemacht hat, kann er seinerseits Ersatz nur dann verlangen, wenn sie noch vorhanden sind<sup>19</sup>; Ersatz für Verwendungen kann er nur dann verlangen, wenn dieselben notwendig waren<sup>20</sup>. — Jedoch haftet der Erwerber in dieser Strenge nicht mehr, wenn ein Jahr seit dem Verkauf des Vermögens des Schuldners verfloßen ist<sup>21</sup>, nach dieser Zeit nur auf die jetzt noch

D. de usur. 22. 1, welche Stelle Fuchsle (S. 51. 52) sehr kurzweg beseitigt; für dieselbe, so viel ich sehe, nur die Paraphrase des Theophilus zu der gedachten Institutionenstelle, und auch diese nur was den speziellen daselbst erwähnten Fall angeht (vgl. auch Schröder Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. VI S. 138). Uebrigens ist die Behauptung, daß die actio Pauliana eine dingliche Klage sei, auch vor Fuchsle häufig aufgestellt worden, freilich nicht in diesem Umfange.

<sup>16</sup> L. 25 §. 3 D. h. t. Unterholzner S. 95, Fuchsle S. 103. A. M. Sintonis Num. 30.

<sup>17</sup> L. 10 §. 19—21 D. h. t., l. 38 §. 4 D. de usur. 22. 1. Nach l. 25 §. 4—6 D. h. t. sollen aber bloß die bereits zur Zeit der Veräußerung vorhandenen Früchte herausgegeben werden müssen, ja es scheint, daß die betreffende Edictstelle in dieser Beziehung eine anstrückliche Bestimmung enthalten habe (l. 25 §. 6 cit. „Fructus autem fundo cohaerentes, non satis intelligere se Labeo ait, utrum dantaxat qui maturi, an etiam, qui immaturi fuerint, praetor significet“). Wie es sich hiermit verhalte, bleibt dunkel. Die Annahme, daß in der zuletzt genannten Stelle nur von der Klage gegen den rechtlichen Erwerber die Rede sei (Unterholzner S. 98 fg.), scheint mir eben so wenig gerechtfertigt, als die von Fuchsle (S. 105 fg.), daß die Beschränkung auf die fructus cohaerentes eine Eigenthümlichkeit der actio in factum gegenüber dem Interdict und der actio Pauliana gewesen sei, indem nämlich auch in l. 10 §. 19—21 D. h. t. unter fructus nur fructus cohaerentes zu verstehen seien! (Vgl. hiergegen namentlich auch §. 22 das.: generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum“ in Verbindung mit l. 38 §. 4 D. de usur. 22. 1 „praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset“, und mit dem weiteren Inhalt des §. 22). S. auch Schmidt Interdictenverf. S. 42. 43.

<sup>18</sup> L. 10 §. 20. 22 D. h. t. A. M. Fuchsle S. 70. 105 fg.

<sup>19</sup> L. 7. 8 D. h. t.

<sup>20</sup> L. 10 §. 20 D. h. t.

<sup>21</sup> L. 10 §. 18 D. h. t. „Annus huius in factum actionis computabitur ex die venditionis bonorum“. In l. 6 §. 14 D. h. t. heißt es einfach: „ex die factae venditionis“. Fuchsle S. 64 fg. versteht das Letztere von der

vorhandene Verreicherung<sup>22</sup>. Seine Erben haften nach der für Delictsansprüche überhaupt geltenden Regel<sup>23</sup>.

b) Hat der Erwerber die betrügerische Absicht der Vermögensverminderung nicht gekannt, so haftet er von vorn herein nur auf die jetzt noch vorhandene Verreicherung<sup>24</sup>.

5. Der Anspruch kann nach Eröffnung des Concurfes nur von der Gesamtheit der Gläubiger bez. deren Vertreter geltend gemacht werden<sup>25</sup>, vorher und nachher von jedem einzelnen Gläubiger<sup>26</sup>. Wird die Vermögensverminderung selbst erst nach Er-

fraudulösen Veräußerung, und begründet hierauf einen weiteren Unterschied zwischen der actio in factum und der actio Pauliana. Dagegen spricht, daß der genannte §. 14 am Ende einer Ausführung steht, welche durchweg von Rechtsgeschäften überhaupt handelt, und dafür gewiß nicht, was Fuchsle geltend macht, daß die actio Pauliana in erster Linie dem curator bonorum, der doch mit dem Güterverkauf aufhöre, versprochen sei; war ja, wie auch Fuchsle annimmt, die actio Pauliana nicht minder den Gläubigern selbst zugänglich. — Das Jahr wird stiliter berechnet, l. 1 pr. l. 6 §. 14 D. h. t.

<sup>22</sup> L. 10 §. 24 D. h. t.

<sup>23</sup> Römisches Recht: l. 10 §. 25 l. 11 D. h. t. Heutiges Recht: §. 359 Nr. 2. — Häufig wird angenommen (Sintonis Num. 34, Brinz S. 531, Arnolds §. 228 Num. 4), auch der Sonbernachfolger hafte, wenn er in bösem Glauben erworben habe. Mir erscheint der Schluß a contrario aus l. 9 D. h. t., auf welchen dieser Satz gestützt wird, zu wenig zwingend. Dagegen auch Fuchsle S. 58.

<sup>24</sup> L. 10 pr. D. h. t.: — „interdum causa cognita, etsi scientia non sit, in factum actionem permittam“. L. 5 C. h. t.: — „contra . . . eum, qui ex lucrativo titulo possidet, scientias mentione detracta“. Schenkung: l. 6 §. 11 D. l. 3 C. h. t.; Vermächtniß: l. 6 §. 13 D. h. t.; Bestellung einer Dos, in welcher aber bloß eine Schenkung an die Frau liegt, nicht an den Mann: l. 10 §. 14 l. 25 §. 1. 2 D. h. t. Erwerb durch einen Andern: l. 6 §. 12 l. 10 §. 5 l. 25 pr. D. h. t. Haftung auf die Verreicherung: l. 6 §. 10 — 12 l. 10 §. 5 D. h. t. — Scuff. Arch. XI. 106, XVI. 273.

<sup>25</sup> Der Fall, wo der Anspruch nach Eröffnung des Concurfes von dem curator bonorum geltend gemacht wird, erscheint als der Normalfall. L. 1 pr. D. h. t. „Quae fraudationis causa gesta erant, . . . de his curatori bonorum . . . actionem dabo“. Vgl. Dikter für Rechtsanw. zunächst in Bayern R. F. X S. 129. fg.

<sup>26</sup> Der Prätor fährt fort (l. 1 pr. cit.): „vel si cui de ea re actionem dari oportebit“. In dem zweiten Edict (l. 10 pr. D. h. t.) verweist der Prätor auf dieses erste. Ein einzelner Gläubiger als Kläger erscheint in l. 10 §. 6 D. l. 1 C. h. t., l. 96 pr. D. de sol. 46. 3, l. 1 C. Th. de integri rest. 2. 16 — Es ist jedoch nicht unbestritten, daß der Anspruch auch vor Eröffnung

Öffnung des Concurſes vorgenommen, ſo iſt ſie nach heutigem Recht nichtig<sup>27</sup>, ohne daſſ jedoch dadurch der perſonliche Anſpruch der Gläubiger ausgeſchloſſen wäre<sup>28</sup>.

G. Zahlungen an einen Gläubiger unterliegen, vorausgeſetzt daſſ ſie nicht nach Eröffnung des Concurſes erfolgt ſind<sup>29</sup>, der Rückforderung nicht<sup>30</sup>, ſelbſt dann nicht, wenn der Schuldner ſie in der Abſicht gemacht hat, dadurch dem Empfänger auf Koſten der übrigen Gläubiger einen Vortheil zu verſchaffen, und der Empfänger dieſe Abſicht gekannt hat<sup>31</sup>. Anders, wenn der

des Concurſes erhoben werden könne, und namentlich Fuſchke (S. 39 fg. 94 fg., ſ. außerdem Schwegge System des Concurſes §. 33, Paspeyres a. a. O. S. 40) hat die Behauptung aufgeſtellt, daſſ der Anſpruch nur einem immittirten Gläubiger zuſtehe. Fuſchke grundet dieſe Behauptung, abgeſehen von Schlſſen aus der Natur der actio Pauliana und des interdictum fraudatorium, wie er dieſe Natur conſtruiert (Note 1. 15): a) auf §. 6 I. de act. 4. G., ſ. darüber I §. 116 Note 2 und oben Note 1 u. 15; b) auf l. 10 §. 1. 9. 10. 18 l. 25 §. 7 D. l. 5 C. h. t., aus welchen Stellen hervorgeht, daſſ die actio in factum von den immittirten Gläubigern ſogar erſt nach dem Gterverkauf habe erhoben werden können. Das Letztere könnte richtig ſein, ohne daſſ bezwegen die Regel für das heutige Recht anders geſtellt werden mſſte, als geſchehen iſt (Note 1); aber auch in jener Beziehung darf geſtagt werden, ob die erwähnten Stellen in der That die actio in factum auf die Zeit nach dem Gterverlaufe haben beſchränken wollen. Vgl. auch Omelin die Lehre vom materiellen Concurſ der Gläubiger S. 40—42, Kori System des Concurſproy. §. 41. Senff. Arch. II. 115, III. 247. 251, IX. 366 Nr. 2, XI. 321, XV. G. 180. XVI. 171; anders III. 251, XIII. 202, XVIII. 86.

<sup>27</sup> S. §. 272 Note 8; auch Franke a. a. O. S. 229 fg.

<sup>28</sup> Derſelbe kann den Gläubigern von Wichtigkeit ſein, wenn der Erwerber nicht mehr beſitzt, ebenſo in Betreff der nicht gezogenen Fruchte.

<sup>29</sup> L. 6 §. 7 l. 10 §. 16 D. h. t.

<sup>30</sup> Von dieſer Frage ſpeciell handeln die bei \* angeführten Aufſätze von Franke und Paspeyres; ſ. ferner Bangerow III §. 697 Anm.

<sup>31</sup> L. 6 §. 7 und namentlich l. 24 i. f. D. h. t., ſ. auch l. 129 pr. D. de R. l. 50. 17 (l. 6 §. 6 D. h. t. handelt wohl nicht von Zahlung, ſondern von Zahlungsempfang, Paspeyres S. 58 fg., Bangerow S. 649, Fuſchke S. 31 Anm. 2). Anders früher die herrſchende Meinung (Franke S. 134. 135), welche in neuerer Zeit, wenigſtens dem Grundgedanken nach, wieder von Paspeyres in Schutz genommen worden iſt (ſ. j. Gratificationstheorie); dawider Franke a. a. O., Bangerow a. a. O., Fuſchke S. 32—34, Sintenis a. a. O. Anm. 26, Arndts §. 228 Anm. 3. Sene hier verworfene Meinung wird hauptſächlich auf l. 6 §. 1. 2 D. de reb. auct. iud. 42. 5 und l. 24 D. h. t. im erſten Theil, ferner auf l. 96 pr. D. de solut.

Schuldner nicht zahlt, ſondern ein Pfand beſtellt<sup>32</sup>; anders auch, wenn er etwas Anderes an Zahlungsſtatt gibt<sup>33</sup>. Daſſ die getilgte Schuld eine bloß natürliche war, begrundet ein Rückforderungsrecht nicht<sup>34</sup>; ebenſo wenig, daſſ ſie noch nicht fällig war, doch muß in dieſem letzteren Fall der durch die verfrhete Zahlung erlangte Vortheil herausgegeben werden<sup>35</sup>. Ein unbedingtes Rückforderungsrecht Zahlungen gegenüber hat der Fiskus<sup>36</sup>.

## F. Widerrechtliche Störung factiſcher Zuſtände.

### 1. Störung des Beſitzes.

#### §. 464.

#### Die Verpflichtungen, welche ſich aus der widerrechtlichen

46. 3 geſtgt, welche Stellen aber von anderen Fällen handeln (die erſten: es hat ein Erbe gezahlt, welcher später von dem beneficium abstinendi Gebrauch macht; die letzte: es hat der Schuldner den einen Gläubiger mit dem Geld des andern bezahlt). Für jene Meinung aus Senff. Arch. nur IV. 276; dawider II. 352, IV. 272, VI. 305, IX. 356 Nr. 4, XII. 228.

<sup>32</sup> L. 2 l. 6 §. 6 l. 10 §. 13 l. 22 D. h. t. Franke S. 259—262, Dernburg Handr. I S. 197—200, Scheurl lit. VJſchr. II S. 444. Senff. Arch. I. 302, II. 116. 352, III. 249, IV. 274, VI. 124.

<sup>33</sup> Diefr gibt es ein ausdrückliches Zeugniß nicht; aber es folgt unmittelbar aus dem für die Verpfändung Anerkannten. Franke S. 262—266, Paspeyres S. 71—74, Bangerow S. 655, Römer Leiſtung an Erfllungsſtatt S. 149 fg. Senff. Arch. III. 250, IX. 356 Nr. 4, XII. 228, XVIII. 202; anders IV. 276, VI. 305; vgl. auch VI. 125.

<sup>34</sup> L. 19. 20 D. h. t. Bangerow S. 654, Brinz S. 531. N. N. Franke S. 269, Fuſchke S. 32. — Nichtgeltendmachung des beneficium competentiae zu Gunſten der Gläubiger gegenüber einem Schenkungsverſprechen iſt als Grund der actio Pauliana anerkannt in dem Erl. des OVG. zu Lübeck bei Kierulff Sammlung I S. 109 (97).

<sup>35</sup> L. 10 §. 12 l. 17 §. 2 D. h. t. Nach einer anderen Meinung (Franke S. 266 fg., Paspeyres S. 75 fg., Peholdt Zeiſchr. f. Wffl. u. Verwalt. f. d. Könige. Sachſen XIX S. 481—504, Senff. Arch. IV. 275) ſoll, wenn die Schuld erſt nach Eröffnung des Concurſes fällig wird, allerdings das Gezahlte zurückgefordert werden können; ſ. dagegen Bangerow S. 633, Sintenis Anm. 26 Nr. 5.

<sup>36</sup> L. 18 §. 10 l. 21 D. de l. F. 49. 14. Vgl. Holzſchuber III S. 1161. Senff. Arch. XVIII. 27.

Störung<sup>1</sup> des Sachbesizes ergeben, sind schon oben im Zusammenhang der Lehre vom Besize dargestellt worden; ebenso die Verpflichtungen aus der Störung des Besizes an dinglichen Rechten<sup>2</sup>. Hier ist hinzuzufügen, daß auch die Störung des Besizes anderer Rechte<sup>3</sup> Verpflichtungen erzeugt. Die Frage, an welchen anderen Rechten, außer den dinglichen, Besiz stattfinden, ist dahin zu beantworten, daß der Besiz principiell bei keinem Rechte ausgeschlossen ist, welches eine dauernde Ausübung zuläßt<sup>4</sup>, daß aber die gegenwärtig in Deutschland herrschende

1. 464. <sup>1</sup> Der Ausbruch „Störung“ wird hier im weiteren Sinne genommen, so daß er die Entziehung des Besizes mit umfaßt.

<sup>2</sup> S. I §. 159—162. 164.

<sup>3</sup> Auf das Unpassende des, allerdings bequemen, Ausdrucks „Besiz eines Rechtes“ ist bereits oben (I §. 163) aufmerksam gemacht worden. Was man Besiz eines Rechtes nennt, ist thatsächliche Geltendmachung eines Willensinhaltes, dessen rechtliche Anerkennung ein bestimmtes Recht ausmachen würde.

<sup>4</sup> Daher auch bei Obligationen nicht, wenn dieselben eine dauernde Ausübung zulassen. Nach einer andern sehr verbreiteten Meinung soll der Besiz bei Obligationen begriffsmäßig ausgeschlossen sein, s. namentlich Savigny Besiz S. 508 der 7. Aufl., Buchta Bort. zu §. 137, Arnbt's §. 218, Unger I S. 547 Note 25, Sinteris I §. 43 Note 19. Dawider namentlich Bruns Besiz S. 480 fg., Nanda der Besiz nach österr. R. S. 253 fg. In der That kann die Frage nur die sein, ob es Obligationen gibt, welche eine dauernde Ausübung zulassen; daß, wenn es solche gibt, an ihnen auch Besiz denkbar ist, sollte nicht bezweifelt werden; weder der Begriff des Besizes, noch der der Obligation legt irgendwelche Schwierigkeit in den Weg. Von der bezeichneten Art sind aber zuvörderst alle Obligationen auf ein Untertassen; ferner die Reallasten (und diese sind als möglicher Besizgegenstand in Theorie und Praxis allgemein anerkannt [Note 5], freilich von Vielen nur auf Grund der Annahme, daß sie dingliche Rechte seien [§. 291 Note 6, auch Nanda a. a. O. S. 254 Note 37]), Rentenforderungen, Zinsforderungen, Forderungen aus dem Miethverhältnisse u. Bruns a. a. O. ist der Meinung, daß Einheit der Obligation mit dauernder Ausübung (im Gegenfah des Falles, wo jedem Ausübungsact eine besondere Obligation entspricht) nur da angenommen werden dürfe, wo die Obligation „an dauernde personenrechtliche Verhältnisse geknüpft, oder dauernd auf Sachen, namentlich Immobilien, radicirt“ sei. Bruns hat die Berechtigung dieser Beschränkung nicht nachgewiesen, und ich sehe für dieselbe keinen Grund. Bruns leugnet den Besiz namentlich bei Capital- und Miethzinsen (bei den ersteren auch Nanda S. 265. 266); hier bilde „jede Leistung eine selbständige Obligation“, es liege nicht „die fortdauernde Ausübung einer Obligation, sondern nur... die sich stets erneuernde Ausübung einer sich stets erneuernden Obligation“

Doctrin und Praxis Besizeschutz in diesem Umfange zu gewähren nicht geneigt ist, und denselben namentlich bei obligatorischen Rechten, welche nicht auf Grund und Boden radicirt sind, entweder ganz ausschließt, oder doch bedeutend beschränkt<sup>5</sup>. Die

vor. Aber wenn gefragt wird, worauf die Einheit einer Obligation beruht, so wird nimmermehr eine andere Antwort gegeben werden können, als: auf der Einheit des Entstehungsgrundes, und es wird im gegebenen Fall nur zuzusehen sein, ob auch wirklich, und nicht bloß scheinbar, Einheit des Entstehungsgrundes vorliegt. Wer sich versprechen läßt: das Grundstück A und das Grundstück B, läßt sich zweimal versprechen, und nur in der Abfäzung der Rede erscheint der doppelte Act als Einer; der Vermächtnisnehmer, welcher sich die Auszahlung der ihm hinterlassenen Vermächtnisse versprechen läßt, läßt sich nur einmal versprechen, denn er faßt die mehreren Vermächtnisse als Einheit zusammen. So wörtlich l. 29 pr. D. de V. O. 45. 1. Die Anwendung hievon auf Zinsen und Miethzins braucht nicht erst nachgewiesen zu werden. Ueberblich ausdrücklich: l. 58 pr. de fidei. 46. 1 („Si a colono stipulatus fideiussores accopit, una stipulatio est plurimum pensionum“), l. 75 §. 9 D. de V. O. 45. 1 („qui sortem stipulatur et usuras quasonaque, certum et incertum stipulatus videtur, et tot sunt stipulationes, quot res“ —). Vgl. §. 252 Note 9. — Ueber Besiz an „Personenrechten“ s. Bruns S. 483 fg. 495 fg.

<sup>5</sup> Das römische Recht ist mit dem Besizeschutz nicht über den Kreis der dinglichen Rechte hinausgegangen (I §. 163). Das canonische Recht dagegen nimmt Besiz und Besizeschutz an: bei kirchlichen und weltlichen Hoheitsrechten, bei kirchlichen Aemtern und Würden, bei Beneficien und Pfründen, beim Patronate und dem Befehungsrechte der Aemter, bei Ehrenrechten, bei Regalien, bei Reallasten, namentlich Zehnten, bei dem ehelichen Verhältniß. S. die Nachweisungen bei Bruns S. 186 fg. Dabei tritt nirgends hervor, daß der Besiz gerade nur dieser Rechte zu schätzen sei, nirgends wird für irgend ein Recht eine Ausnahme gemacht. Auf demselben Standpunkt steht die an das canonische Recht sich anlehnende Doctrin und Praxis des kirchlichen und weltlichen Rechts bis zum Schluß des Mittelalters. Bruns §. 29. 34. Nur bei nicht dinglich radicirten Obligationen war keine Einigkeit der Meinungen vorhanden, indem hier eine Partei die Möglichkeit des Besizes ganz leugnete (unter Verutung darauf, daß c. 24 X. de olect. l. 6 nur von Grundzinsen rede, was ohne Zweifel auch richtig ist, Bruns S. 190), eine andere Partei wenigstens einen beschränkten, wie Besiz zu schätzenden status percipiendi annahm. Bruns S. 242. 277. Diese Theorie ist denn auch in Deutschland recipirt worden. Im 16. 17. und 18. Jahrh. hat man in Deutschland Besiz anerkannt: bei Familienrechten (Ehe, väterlicher Gewalt), Zustandsrechten (Abel, Bürgerrecht, persönlicher Freiheit, Verwandtschaft), Aemtern, Ehren, Rang-, Zinsrechten, bei allen Arten von Grundlasten, bei Vannrechten, Zöllen, Hoheitsrechten, — während der Streit über

Grundsätze, nach welchen der Besitzeschutz, wo er wirklich eintritt, gewährt wird, sind die für den Besitzeschutz überhaupt gelten-

die Möglichkeit des Besizes an (rein persönlichen) Obligationen fortbauerte. Bruns S. 383. 384. 407. 408. Auch in Reichsgesetzen hat diese Auffassung Ausdruck gefunden, Saact. pragm. 1498 tit. X, R. A. 1548 §. 56. 59. 63, Landfriede 1548 §. 1, I. P. O. art. V §. 46. Im 19. Jahrh. dagegen hat die Ansicht Savigny's (Besitz §. 49), welcher Besitz nur an solchen Rechten anerkennt, die „mit dem Besitz und Genuß des Bodens verbunden“ sind (im Einzelnen nennt er kirchliche und weltliche Hoheitsrechte und Grundlasten, und schließt namentlich „Rechte des persönlichen Zustandes und Obligationen“ aus), in der Theorie überwiegenden Eingang gefunden, und nur Einzelne gehen über Savigny hinaus. S. die Citate bei Bruns S. 421, Kanda S. 252 Note 34. Ueber und gegen die Ansicht Duncker's (Zeitschr. f. deutsch. R. II S. 28 fg.), daß Besitz nur bei solchen Rechten anzuerkennen sei, bei welchen im älteren deutschen Recht eine Gewere stattgefunden habe, s. Bruns S. 421 und an den das. Note 5 citirten Stellen, Kanda S. 248—250. Im Allgemeinen vgl. über das bisher Gesagte noch Kanda §. 24. Die gegenwärtige Praxis ist hier, wie überall, schwer zu constatiren; nur das steht fest, daß der Besitz an Grundlasten allgemein anerkannt wird. Seuff. Arch. V. 178, VII. 42. 43, VIII. 14, XII. 241, XIV. 8, XV. 149, XVI. 5. 174. 175, XVII. 46; f. auch I. 183. 317. Die Zulässigkeit des Besitzeschlusses an reinen (nicht dinglich radicirten) Obligationen leugnen die Urtheile bei Seuff. Arch. I. 183 und 223 (DAG. zu Stuttgart, vgl. Bruns §. 422 Note 1); dagegen schützen den Besitz von Staats- und Kirchendienern (nicht Privatdienern) an ihren Befolgungen die Urtheile I. 61 und III. 99 (DAG. zu Cassel, — das letztere Urtheil mit Berufung darauf, daß jenen Personen ein ausübliches Recht am Staats- und Kirchenvermögen zustehe), XIII. 32 (DAG. zu Darmstadt, — Staats- und andere öffentliche, selbst standesherrliche Diener). Noch weiter gehen die Urtheile IX. 126, XIII. 32 (DAG. zu Darmstadt), VII. 269 (DAG. zu Jena), XVI. 5 (DAG. zu Dresden), welche Besitzeschutz resp. Ersetzung bei allen Forderungsrechten annehmen, welche auf sich wiederholende Leistungen von juristischen Personen (Corporationen) oder dauernden Personenklassen gehen (die Bruns'sche Idee, s. Note 4). Den Besitz der Mutter am Kinde schützt das DAG. zu Cassel (Brunn S. 422 Note 3), den Besitz am Präsentationsrecht das DAG. zu Jena (Seuff. Arch. VIII. 232), dasselbe den Besitz an dem Rechte, allein einen Gasthof zu haben (Seuff. Arch. XVI. 168), das DAG. zu Celle den Besitz an dem Rechte, „als Kreisbesitzbesitzer an allen ein bestimmtes Kohlenbergwerk betreffenden Versammlungen, Beratungen und Beschlüssen der Gemeinde, so wie an den Aufwänden des fraglichen Kohlenbergwerks . . . Theil zu nehmen (Seuff. Arch. XV. 27). Dagegen hat das frühere DAG. zu Berlin possessorisches Schutz des Rechtes, „um Lohn zu lochen, zu baden, und sogenannte Aschluchen zu baden“ verweigert (Seuff. Arch. I. 317).

den<sup>6</sup>, nur daß körperliche Störung des Besizes nicht erforderlich ist<sup>7</sup>.

## 2. Handeln gegen fremden Willen\*.

§. 465.

Handeln gegen fremden Willen erzeugt unter Umständen selbst dann Verpflichtungen, wenn dadurch kein fremder Besitz verletzt wird<sup>1</sup>.

### 1. Die Handlung muß eine Handlung sein, durch welche

<sup>6</sup> Die Decretalen (Brunn S. 205—207) gewähren das interdictum uti possidetis und eine Klage nach Analogie des interdictum unde vi. Die spätere Theorie und Praxis hat von jeher sowohl beide römische Rechtsmittel, als die Spolienklage und das Summarissimum für anwendbar erachtet. Brunn S. 243 fg. 279 fg. 384. 408.

<sup>7</sup> Bei obligatorischen Leistungen reicht bloße Verweigerung hin. So schon die Decretalen (Brunn S. 207 fg.), und konstant die folgende Theorie und Praxis. Brunn S. 244. 280 fg. 384. 408. 409, vgl. auch S. 496 fg. Seuff. Arch. VII. 42, XII. 340, XIII. 82, XVI. 5, XVII. 46, XVIII. 250; entgegengekehrt ganz vereinzelt XII. 241. — Störung durch Dritte? Brunn S. 214 fg. 280. Seuff. Arch. XVI. 168.

<sup>8</sup> In Betreff des Erweibes und Verlustes des Besizes an Rechten (vgl. I §. 163) ist jetzt vor Allem zu vergleichen die genaue und gründliche Ausführung von Kanda der Besitz nach österr. R. S. 269—334, bei Weitem das Eingehendste, was bisher über diese Materie geschrieben worden ist.

\* Dig. 43. 24. quod vi aut clam. — Die ausführlichste Bearbeitung dieser Lehre ist die von Stölzel: die Lehre von der oporis novi nuntiatio und dem interdictum quod vi aut clam S. 341—522. 556—594 (1865). S. außerdem: G. Haffe Rhein. Mus. IV. 1. (1830). Franke Arch. f. civ. Pr. XXII. 14 (1839). Schmidt (von Schwerin) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. §. I. 7 (1845). Schäffer Arch. f. prakt. RW. I S. 2 fg., II S. 16 fg. (1852. 1853). Zimmermann Arch. f. civ. Pr. XXXVII S. 280 fg. (1854) und XLI. 7 (1858). Fesse die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 265—268, II S. 62—79 (1859. 1861). v. Duhn Arch. f. civ. Pr. XLVIII. 3 (1865). Karlowa Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprocesses S. 89—100 (1865). Fesse das Einspruchsrecht gegen Bauunternehmungen und andere Veränderungen an Grundstücken S. 1—91 (1866). Baron Rec. der Schrift von Stölzel, fr. BZSchr. VII S. 489—511 (1865, aber später ausgeben, als die Schrift von Fesse). Unterholzner II S. 179—186, Sintonis II S. 745—750, Bangerow III §. 677 Anm.

<sup>1</sup> L. 16. pr. D. h. t. „Competit hoc interdictum etiam his, qui non possident, si modo eorum interest“.

auf ein Grundstück, oder einen Bestandtheil eines Grundstücks, eingewirkt wird<sup>2</sup>.

2. Die Handlung muß entweder in Widerspruch mit einem von der Gegenseite eingelegten Verbot erfolgt sein<sup>3</sup>, oder es muß der Handelnde in anderer Weise gewußt haben, daß ihm das Recht zur Handlung bestritten werde<sup>4</sup>. Dem Wissen von

<sup>2</sup> *Opus in solo factum*. L. 1 §. 4 l. 7 §. 5 D. h. t. Im Einzelnen wird in den Quellen genannt: Graben, l. 7 §. 8 l. 9 §. 3 l. 22 §. 1 D. h. t.; Wägen, l. 9 §. 3 l. 22 §. 1 D. h. t.; Steine werfen, l. 15 §. 1 D. h. t.; Erde aufstauen, l. 15 §. 2 D. h. t.; zu starkes Düngen, l. 7 §. 6 D. h. t.; Verunreinigen eines Brunnens, l. 11 pr. D. h. t.; Abschneiden und Beschädigen von Bäumen und Pflanzen, l. 7 §. 5 l. 9 §. 3 l. 11 §. 3 l. 13 pr. §. 3. 4. 7 D. h. t., l. 11 D. arb. furt. caes. 47. 7 (Arch. f. prakt. R.R. VI S. 296 fg.); Herüberziehen von Pflanzen, l. 22 pr. D. h. t.; Errichten eines Gebäudes, l. 7 §. 2 D. h. t. in Verbindung mit l. 1 §. 11 D. de O. N. N. 39. 1, l. 11 §. 5 D. h. t.; Abbrechen eines Gebäudes, l. 7 §. 9 D. h. t.; Abdecken eines solchen, l. 7 §. 10 l. 8 l. 9 pr. D. h. t.; Wegnahme von Statuen, l. 9 §. 2 l. 11 §. 1. 2 D. h. t., l. 2 D. de sep. viol. 47. 12; Anbringen eines Anschlags an dem Gebäude eines Andern, l. 22 §. 2 D. h. t. (Stölzel S. 407 fg., Baron S. 468 Note \*); Anbringen eines Vordachs oder einer Wasserabfalleinrichtung über dem Grundstück eines Andern, l. 22 §. 4 D. h. t. Dagegen soll das *interdictum q. v. a. cl.* nicht begründet werden durch: Gehen über ein Grundstück, l. 22 §. 3 D. h. t.; Aneinanderwerfen oder Anjünden eines auf dem Grundstück liegenden Hauses, l. 9 §. 3 l. 10 D. h. t.; Wegnahme oder Beschädigung von Früchten, l. 7 §. 5 D. h. t.; Wegnahme von Schlüssel, Schlüsseln, Gittern, Fensterscheiben, l. 9 §. 1 D. h. t. S. noch l. 20 §. 4 D. h. t. „*Quod in navi fit, vel in alia qualibet re vel amplissima, mobili tamen, non continetur hoc interdicto*“.

<sup>3</sup> Eine solche Handlung ist nach römischer Redeweise ein *vi factum* (l. 1 §. 159 Note 4, §. 160 Note 5). L. 1 §. 5 D. h. t. „*Vi factum videri, Q. Mucius scripsit, si quis contra quam prohiberetur fecerit*“. Auf die Art und Weise der Einlegung des Verbots kommt nichts an, l. 20 §. 1 l. 1 §. 7 D. h. t. Die Einlegung kann auch durch eine symbolische Handlung erfolgen, wo eine solche allgemein verstanden wird (bei den Römern durch einen „*iacetus lapilli*“, l. 1 §. 6 l. 20 §. 1 D. h. t., l. 6 §. 1 D. si serv. 8. 5, l. 5 §. 10 D. de O. N. N. 39. 1; vgl. Stölzel S. 345—355, Feste Einspruchsrecht S. 15. 16). Verbot durch Andere: l. 3 pr. l. 17 D. h. t., l. 17 D. de O. N. N. 39. 1. S. noch l. 1 §. 8 l. 20 pr. D. h. t.; l. 1 §. 10. 11 l. 2 D. h. t.; l. 1 §. 9 l. 3 §. 1. 2 §. 1. 20 §. 2 D. h. t.; l. 20 §. 3 D. h. t., l. 13 §. 5 l. 1 l. 11 §. 9 eod. (Wangerow S. 560).

<sup>4</sup> Eine solche Handlung bezeichnen die Quellen als *clam factum*. Das *clam factum* setzt ebenso wenig eine besondere Veranstaltung zum Zweck der Verheimlichung voraus, wie das *vi factum* Gewalt. Wer weiß, daß ihm das

der Bestreitung steht gleich, daß der Handelnde von der Bestreitung hätte wissen sollen<sup>5</sup>.

3. Die Bestreitung muß eine an und für sich begründete gewesen sein. Auf eine an und für sich nicht begründete Bestreitung braucht nicht gehört zu werden<sup>6</sup>. Dagegen darf eine

Recht zu der Handlung, welche er vornehmen will, bestritten wird, soll sie nicht vornehmen, ohne dem Gegner davon Anzeige zu machen; unterläßt er die Anzeige, so handelt er eben bestreuen *clam*. L. 3 §. 7— l. 5 §. 7 l. 11 §. 11 l. 18 §. 1 l. 21 §. 1 l. 22 §. 5 D. h. t., l. 73 §. 2 D. de R. 1. 50. 17. Senff. Arch. IX. 292; f. auch V. 25.

<sup>5</sup> L. 3 §. 7. 8 l. 4 D. h. t., l. 43 i. f. D. ad leg. Aq. 9. 2. L. 4 cit.: — „*no melioris conditionis sint stulti, quam periti*“.

<sup>6</sup> Mit anderen Worten: wer mit dem *interdictum q. v. a. cl.* beauftragt wird, kann von dem Gegner den Nachweis eines Rechtsverhältnisses verlangen, aus welchem sich in Ermangelung besonderer Gegengründe die Ungerechtfertigkeit der vorgenommenen Handlung ergibt. Von welcher Art dieses Rechtsverhältnis sei, ist gleichgültig. Es kann Eigentumsrecht sein (s. §. 3. l. 11 §. 14 l. 12 D. h. t. [Miteigentum, l. 13 §. 3 D. h. t.]), oder ein sonstiges dingliches Recht (z. B. Nießbrauch oder Grunddienstbarkeit gegenüber dem Eigentumsrecht, l. 13 pr. D. h. t., l. 6 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 6 §. 1 D. si serv. 8. 5, l. 21 D. de aq. pl. 39. 3), oder ein obligatorisches Recht (z. B. Pachtrecht gegenüber dem Eigentumsrecht, l. 12 in Verbindung mit l. 13 pr. D. h. t.). Ferner kann das *interdictum q. v. a. cl.* auf eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung (l. 4 §. 2 §. 1. 6 l. 13 l. 14 pr. D. de aq. pl. 39. 3), oder auf die Vorschriften über die Benutzung öffentlicher Sachen (nach römischem Recht ist hinzuzufügen: von *res sacrae* und *religiosae*, l. 20 §. 5 l. 7 §. 8 l. 11 §. 1. 2 l. 13 §. 5 l. 15 §. 2 l. 22 §. 4 D. h. t.), oder auf die Verpflichtung des Beklagten, *cautio damni infecti* zu leisten (l. 3 §. 6 D. h. t., vgl. l. 13 §. 10 D. de damn. inf. 39. 2) begründet werden.— Das hier Gesagte wird von der herrschenden Meinung nicht anerkannt; vgl. darüber das Nähere in Note 18. Der Beweis für das Gesagte liegt zum Theil schon in dem, was die Quellen über die Nothwendigkeit des Vorhandenseins eines Interesse in der Person des Klägers sagen (Note 11). Zum Nachweis dieses Interesse ist regelmäßig der Nachweis eines Rechtsverhältnisses erforderlich (Note 12), und aus diesem Rechtsverhältnis wird sich in vielen Fällen sofort ergeben, daß die Handlung des Beklagten eine an und für sich unberechtigte ist. Allerdings nicht immer; und namentlich ergibt sich aus dem Eigentumsrecht nicht, daß die auf einem fremden Grundstück vorgenommene Handlung eine ungerechtfertigte ist. Aber gerade für diesen Fall ergibt einen entscheidenden Beweis l. 21 D. de aq. pl. 39. 3, auf welche zuerst aufmerksam gemacht zu haben, Stölzel's Verdienst ist. „*Si in meo aqua erumpat, quae ex tuo fundo vana habeat, si eas vana incidaris, et ob id desiderit aqua ad me pervenire, tu non videris vi fecisse, si nulla servitu*



an für sich begründete Bestreitung selbst dann nicht misachtet werden, wenn dem Handelnden ein Gegenrecht zusteht, welches sie überwindet<sup>1</sup>. Der Handelnde muß mit der Handlung einhalten, bis entweder sein Gegenrecht klagend dargethan, oder bis er dem Gegner zur Sicherheit der von diesem zu erhebenden Klage Bürgschaft geleistet hat<sup>2</sup>.

1. Führt der Handelnde mit der Handlung fort, ohne eines von Beiden gethan zu haben, so ist er, ohne sich auf sein Gegenrecht berufen zu dürfen<sup>3</sup>, verpflichtet, den früheren Zustand wiederher-

*miti eo nomine debita fuerit, nec interdictum quod vi aut clam tenoris*“. Weniger beweisend sind l. 15 D. de S. P. U. S. 2 (wo der Ausdruck „prohiberi potest, si servitus debeat“ möglicherweise auch auf die Verhinderung durch Anstellung der actio negatoria gedeutet werden kann, vgl. l. 6 §. 1 D. si serv. S. 5) und l. 9 D. eod. (welche Stelle, ohne unrichtig zu sprechen, das interdictum q. v. a. cl. unbeachtet lassen durfte). Aber mit Recht macht Stölzel auch darauf aufmerksam, daß es bei dem interdictum q. v. a. cl., im Gegensatz zur operis novi nuntiatio (§. 466 Note 9. 15), weder remissorischen Prozeß noch Geldrcheid gibt. Endlich aber wird allein durch den hier vorgetragenen Satz das interdictum q. v. a. cl. erst verständlich; abgesehen von diesem Satz ist dasselbe ein so exorbitantes Rechtsmittel, daß es geradezu als Mißthet erscheint (vgl. Note 18). Gegen das hier Gesagte hat man namentlich die Worte des Edicts (l. 1 pr. D. h. t.) angeführt (Schmidt S. 356, Bangerow S. 563), nach welchen für das Interdict weiter nichts notwendig sei, als die Thatfache des vi oder clam factum. Aber darauf hat schon Stölzel (S. 494) geantwortet, daß, wenn man annehmen wollte, in diesen Worten seien die Erfordernisse des Interdicts erschöpfend angeführt, auch kein Interesse in der Person des Klägers erfordert werden dürfe.

2. D. er hat dem Eigentumsrecht oder dem gesetzlichen Eigentumsrecht gegenüber eine Servitut oder eine obligatorische Gestattung, der Servitut gegenüber obligatorische Gestattung.

3. L. 3 §. 5 D. h. t. Stölzel S. 459 fg. versteht die in dieser Stelle erwähnte cautio von einer cautio iudicio nisi, ebenso Hesse Einspruchrecht S. 17 fg. Aber es heißt ja: „si modo entis operat, et defensors paratus est, si quis agat.“ Vgl. noch Hesse S. 14—19.

4. In diesem Sinne heißt es in l. 1 §. 2 D. h. t. „Et parvi refert, utrum ius habuerit faciendi, an non. Sive enim ius habuit, sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit: tuari enim ius suum debuit, non iniuriam commisisse“. Ebenso l. 1 §. 3 D. h. t. Es hilft dem Beklagten nicht sein *ius faciendi*; aber auch Seiten des Klägers muß ein *ius prohibendi* (in eigener Person, oder der Person eines Dritten, z. B. des Verpächters, s. Note 12 g. C.) vorhanden sein. — Nur in Einem Fall darf der Beklagte sich auf sein *ius faciendi* allerdings berufen; es ist dieß der Fall,

zusteilen und vollen Schadenersatz zu leisten<sup>10</sup>. Der Anspruch darauf, setzt in der Person des Klägers ein durch die Handlung

wo das *ius faciendi* rechtsträftig feststeht. In diesem Falle hat der Beklagte bereits dasjenige gethan, auf dessen Unterlassung der Vorwurf formalen Unrechts gegen ihn gegründet wird, — dem Gegner gegenüber sein Recht erfüllt. Franke S. 368 fügt den Fall hinzu, wo der Kläger das *ius faciendi* des Beklagten anerkenne. Gewiß ist in diesem Falle das interdictum q. v. a. cl. nicht begründet. Aber ebenso gewiß ist richtig, und dieß ist ohne Zweifel auch die Meinung Franke's, daß der Kläger zu einer Erklärung darüber, ob er das *ius faciendi* anerkenne, oder nicht, nicht genötigt werden kann. — Wie ist es aber, wenn der Beklagte dem interdictum q. v. a. cl. gegenüber geltend macht, daß er im Besitze des *ius faciendi* sei? Hätten wir bloß die oben mitgetheilten Stellen, so müßten wir ohne Zweifel sagen, daß der mit dem interdictum q. v. a. cl. Belagte den Kläger ebenso wenig nöthigen könne, sich auf einen Besitzstreit einzulassen, wie auf einen Streit über das Recht, und dieß ist denn auch die Meinung Franke's S. 369. Aber zu dem entgegengesetzten Resultat führt l. 3 §. 8. D. de rivis 43. 21. In dieser Stelle ist zwar nur von der operis novi nuntiatio die Rede; aber der Schluß von derselben auf das interdictum q. v. a. cl. ist nicht abzuweisen, und nichts verräth, daß, wie Franke a. a. O. behauptet, diese Stelle von einem rechtsträftig feststehenden oder anerkannten Besitze handle, s. auch Stölzel S. 491. Ceuff. Arch. IX. 157. Aus dem Gesagten folgt aber nicht, daß, wie Stölzel (S. 415 fg.) und Zimmermann (XXXVII S. 231 fg., XLI S. 185 fg.) annehmen, auch der Besitzer eines Grundstücks durch den Nachweis seines Besitzes sich dem interdictum q. v. a. cl. des Eigenthümers, d. h. des sein Eigenthum nachweisenden Klägers, entziehen könne. Hier handelt es sich nicht um den Besitz eines Gegenrechtes gegenüber dem vom Kläger geltend gemachten Rechte, sondern um den Besitz gerade desjenigen Rechts, welches auch der Kläger geltend macht, und von welchem derselbe nachgewiesen hat, daß es ihm, und folglich nicht dem Beklagten, zustehe, — und man kann sich nicht einer auf das Recht gestützten Rechtsverfolgung gegenüber mit der Berufung auf den Besitz vertheidigen. Was die genannten Schriftsteller an Beweisen für ihre Behauptung beibringen, hat m. E. keine Bedeutung. Vgl. auch Hesse Einspruchrecht S. 59 fg.

10. L. 15 §. 7 D. h. t. „Hoc interdictum tantum hinc aestimatur, quanti actoris interest, id opus factum esse. Officio autem iudicis ita oportere fieri restitutionem indicandum est, ut in omni causa eadem conditio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi neque clam factum esset“. L. 11 §. 4. 8 l. 15 §. 8—12 l. 16 §. 1. 2 l. 21 pr. §. 3 D. h. t.; l. 7 §. 7 l. 18 l. 22 §. 3 D. h. t. Zu l. 15 §. 9 cit. vgl. l. §. 183 Note 15. Hofnung Mehrerer: l. 15 §. 2 l. 6 l. 13 §. 7 D. h. t. Ribbentrop Correolobl. S. 95 fg., Schmidt Interdictenverfahren S. 200 fg. (S. 298 Note 15).

verletztes Interesse voraus<sup>11</sup>, aber nicht nothwendig, daß dieses Interesse von vermögensrechtlicher Art sei<sup>12</sup>. Gegen dritte Besitzer des Grundstücks geht der Anspruch insoweit, daß von denselben Gestattung der Wiederherstellung des früheren Zustandes auf eigene Kosten des Interessirten verlangt werden kann<sup>13</sup>.

4. Der Anspruch verjährt in Einem Jahr<sup>14</sup>. Auf die Erben geht er nach den für die Delictsanprüche überhaupt geltenden Grundregeln über<sup>15</sup>. Er fällt weg, wenn unter obrigkeitlicher Ermächtigung<sup>16</sup>, oder nur zum Zweck der Beseitigung Desjenigen

<sup>11</sup> L. 11 §. 14 D. h. t. „Idem Iulianus scribit, interdictum hoc non solum domino praedii, sed etiam his, quorum interest, opus factum non esse, competere“. L. 16 pr. eod.

<sup>12</sup> So kann klagen wegen Wegnahme einer Statue derjenige, dem zu Ehren die Statue aufgestellt worden ist, l. 11 §. 2 D. h. t. S. auch l. 16 §. 1 D. h. t. — Ist das Interesse, wie regelmäßig, ein Vermögensinteresse, so setzt der Nachweis desselben den Nachweis eines Rechtsverhältnisses in der Person des Klägers voraus, aus welchem hervorgeht, daß gerade kein Vermögen von dem angerichteten Schaden betroffen worden ist. Die Quellen nennen: Eigenthumsrecht, l. 11 §. 14 l. 12 l. 13 §. 3. 5 l. 16 §. 1 l. 17 l. 22 pr. D. h. t., l. 13 §. 2 D. de usufr. 7. 1, l. 27 §. 14 D. ad leg. Aq. 9. 2; Nießbrauch, l. 12 l. 16 §. 1 D. h. t., l. 5 §. 3 l. 6 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 22 pr. D. de aq. pl. 39. 3; Grunddienbarkeit, l. 15 D. de S. P. U. 8. 2, l. 6 §. 1 D. si serv. 8. 5, l. 21 D. de aq. pl. 39. 3; Pachtrecht oder sonstiges obligatorisches Nützungrecht, l. 11 §. 12 l. 12 l. 19 l. 18 §. 4 D. h. t. Nicht aber steht das int. q. v. a. cl. demjenigen zu, welcher ein bloßes Forderungsrecht auf Leistung der Sache hat, und daher nicht dem Käufer als solchem, wenn ihm nicht provisorisch der Besitz eingeräumt ist, l. 11 §. 9—13 D. h. t., vgl. l. 14 pr. §. 1 l. 80 pr. l. 66 §. 6 l. 85 D. de fart 47. 2 (§. 458 Note 14) und Fesse S. 27 fg., Stölzel S. 392 fg., Baron S. 497 fg.

<sup>13</sup> L. 7 pr. §. 1 l. 11 §. 6 l. 14 l. 15 pr. §. 1 l. 16 §. 2 D. h. t.

<sup>14</sup> Annus utilis. L. 1 pr. l. 15 §. 3—6 l. 22 pr. D. h. t. Ueber l. 1 pr. cit. s. Schmidt Interdictenverfahren S. 102. 108, Stölzel S. 365—378, und gegen letzteren Schmidt krit. 23 Schr. VII S. 289 Note \*.

<sup>15</sup> S. §. 369 Nr. 2. Römisches Recht: l. 15 §. 3 D. h. t. Den Uebergang auf die Erben des Klägers bestreitet Savigny Syst. II S. 125 fg., mit Rücksicht auf l. 18 §. 1 D. h. t., l. 9 D. de O. et A. 44. 7. S. dagegen Schmidt Interdictenverfahren S. 139, Vangerow I S. 216.

<sup>16</sup> L. 7 §. 4 l. 3 §. 4 D. h. t., l. 7 §. 2 eod.

gehandelt worden ist, was der Gegner mit gleicher formaler Widerrechtlichkeit gethan hat<sup>17. 18</sup>

<sup>17</sup> L. 7 § 3 l. 22 §. 2 D. h. t. Jedoch soll nach der zuerst genannten Stelle die Berufung auf die gleiche Widerrechtlichkeit des Klägers nur „ex magna et satis necessaria causa“ gestattet werden, und der Richter im einzelnen Fall nach seinem Ermessen zu entscheiden haben. v. Duhn a. a. O. nimmt an, die genannte Stelle setze den Fall voraus, daß der Beklagte ein auf dem Eigenthum des Klägers errichtetes Werk zerstört habe.

<sup>18</sup> Am Schlusse der hier gegebenen Darstellung ist noch näher auszuführen, was in Note 6 über die herrschende Auffassung des interdictum q. v. a. cl. gesagt worden ist. Die herrschende Auffassung (s. Franke S. 350, aber auch Stölzel S. 479 fg.) verlangt für das interdictum q. v. a. cl. nicht, daß die Bestreitung der vorzunehmenden Handlung eine an und für sich begründete gewesen sei, sondern gesteht einer jeden Bestreitung, vorausgesetzt nur daß sie von einem Interessirten ausgeht, die Kraft zu, den Unternehmer zu nöthigen, sich die Befugniß zu dem, was er vornehmen will, erst durch Klage zu erkreiten, oder, wenn er das nicht will, Bürgschaft zu stellen. Dieß erscheint erträglich, wenn Jemand auf fremdem Grund and Boden, unerträglich, wenn er auf eigenem etwas thut. Man hat daher verschiedene Wege eingeschlagen, um diesen Satz dem Verhältniß näher zu rücken. Zimmermann a. a. O. hat (unter Zustimmung von Fesse und Holzschuher III S. 1075) die Behauptung aufgestellt, ursprünglich habe nicht jedes Verbot respectirt zu werden brauchen, sondern nur ein solches, welches ergangen sei, nachdem der Unternehmer seinem Nachbarn die vorzunehmende Handlung angezeigt, und dadurch dessen mögliches Interesse anerkannt habe; erst später sei das Interdict auf den Fall des Verbots ohne Anzeige ausgedehnt worden. Aber die hier behauptete ursprüngliche Beschränkung ist vollkommen unbewiesen; und warum hat man sie denn später wieder fallen lassen? Schmidt, welchem Vangerow, Sintenis, Arnolds §. 329 Anm. 3 und Kuborff zu Puchta §. 386. q in der 9. Aufl. (anders in der 10.) gefolgt sind (gegen ihn Karlowa S. 96 fg.), lehrt: der Unternehmer werde allerdings durch die Bestreitung zur Klage genöthigt; aber in dieser Klage brauche er nicht nothwendigerweise sein Recht auszuführen, es genüge, wenn er seinen Besitz darthut. Aber so bleibt immerhin übrig, daß kein Nachbar durch ein vielleicht vollkommen frivoles Verbot mit zur Erhebung eines Prozesses nöthigen kann. Deswegen behaupten denn auch Schmidt und Sintenis freilichweg, das interdictum q. v. a. cl. sei bei uns nicht recipirt, weil — kein Mittel ausgebildet sei, um den Besitzer gegen ein Verbot dritter Unberechtigter zu schützen! Die heutige Unanwendbarkeit behauptet auch Fesse (Rechtsverhältnisse II S. 77, Einspruchsrecht S. 88); über dessen Auffassung im Uebrigen s. in dieser Note unten. — Das m. E. Richtige, wie es oben dargestellt worden ist, hat in seinen Grundzügen zuerst Franke entwickelt, und Stölzel näher ausgeführt; übereinstimmend auch Karlowa S. 90 fg. (dessen Verächtigung S. 91 Franke nicht trifft). Es

kann mich eben nicht Jeder zum Prozeß nöthigen, sondern nur derjenige, welcher ein Recht hat, welches ich durch ein Gegenrecht erst überwinden muß. Namentlich wenn ich auf meinem Grund und Boden, oder auf Grund und Boden, von welchem ich behaupte, daß er der meinige sei, etwas thue, kann ich das Verbot eines Jeden misachten, der mir nicht darthun kann, daß nicht ich, sondern er der Eigentümer sei, oder daß er auch als Nichteigentümer ein Verbotungsrecht habe. Stölzel hat aber der Auffassung Francke's, gegen welche er in unbegründeter Weise polemisiert, eine m. E. unrichtige Beimischung gegeben, indem er nämlich einerseits das int. q. v. a. cl. auch dem Besitzer (folglich diesem auch die Befugniß der Note 13), so wie dem obligatorisch zur Detention Berechtigten kraft eigenen Rechtes (Gegensatz: kraft des Rechtes des Verpächters etc.) gibt, andererseits behauptet, daß der Besitzer als solcher gegen das Verbot geschützt sei (s. Note 9), von welchem Ausgangspunkte er zu dem Resultat gelangt, daß das int. q. v. a. cl. dem Besitzer gegenüber auch nicht durch den Nachweis einer zum Verbot berechtigenden Servitut begründet werden könne, wenn nicht zugleich Besitz der Servitut dargethan werde (s. freilich auch Baron S. 503). Stölzel beruft sich natürlich auf l. 6 §. 1 D. si serv. S. 5 (S. 442 fg.), in welcher Stelle aber nach meiner Ansicht „possessor“ nur denjenigen bezeichnet, dessen Rechtsbehauptung der factische Zustand entspricht, gleichgültig ob kraft seines Willens oder nicht. Vgl. über diese Stelle Savigny Besß §. 46 Note 5 (dessen Auffassung l. §. 163 Note 4 festgehalten worden ist), Kanda der Besitz nach österr. R. §. 28 Note 4. Gegen den Vorzug des Besitzers s. auch Baron a. a. D., welcher im Uebrigen zu den gleichen Resultaten gelangt, wie Stölzel; gegen Stölzel überhaupt v. Hesse Einspruchsrecht S. 59 fg., welcher selbst für das interd. q. v. a. cl. „ein Sachenrecht oder ein sonst zustehendes Recht auf den Gebrauch und die Benutzung eines Grundstücks“, für dieses Recht aber nur Bescheinigung verlangt. — Eine große Rolle hat in der Frage über die Erfordernisse des int. q. v. a. cl. die l. 5 §. 10 D. de O. N. N. 89. 1 gespielt, welche von den verschiedenen Schriftstellern in der verschiedensten Weise ausgelegt worden ist; s. Hesse S. 42 fg., Francke S. 380 fg., Schmidt S. 373 fg., Bangerow S. 563, 564, Karlowa S. 94, 95 und S. 97 Anm. 65, Baron S. 412. Nimmt man diese Stelle, wie sie jetzt in unseren Ausgaben lautet, beim Worte, so sagt sie, daß das int. q. v. a. cl. gegen den Eigentümer nicht zulässig sei, und das ist entschieden falsch (l. 13 pr. §. 6. 7 D. h. t., l. 6 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 6 §. 1 D. si serv. S. 5, l. 21 D. de ag. pl. 39. 3). Nach meiner Meinung sind die Worte „id est lapilli iectum“ Glossen, und die Stelle spricht in ihrem ersten Theil gar nicht von dem int. q. v. a. cl., sondern von Selbstverteidigung („per manum“) und dem int. uti possidetis („per praetorem“). Diese Hülfsmittel seien, sagt sie, aufgeschossen, wenn ein Anderer auf seinem Besitzthum etwas thue: dann müsse man zur operis novi nunt. greifen, — wobei diese allein genannt wird, nicht weil das int. q. v. a. cl. aufgeschossen werden soll, sondern weil der Tractat, welchem die Stelle angehört, überhaupt nur von der op. novi nunt. handelt. Will aber Jemand, fügt die Stelle hinzu, nicht von seinem Besitz-

## 3. Handeln gegen Einspruch. \*

## §. 466.

Besondere Grundsätze gelten für den Fall, wo Einspruch gegen eine Bauhätigkeit erhoben wird<sup>1</sup>, mag dieselbe in Errichtung oder Niederreißung eines Gebäudes bestehen<sup>2</sup>.

thum ein erst zu errichtendes Werk abhalten, sondern aus seinem Besitzthum ein errichtetes entfernen („facere perseverat“ — der Gegner hat also schon etwas gethan), so hilft ihm natürlich weder Selbstverteidigung, noch op. novi nunt., sondern er muß dann zu dem int. q. v. a. cl. oder dem int. uti possidetis greifen. — Ueber die Praxis, welche sehr verschiedene Standpunkte vertritt, s. die Urtheile bei Cassf. Arch. VIII. 51, IX. 292, XII. 160, XV. 28; VII. 45; XVI. 223; XVII. 245, — so wie die Mittheilungen und Nachweisungen bei Zimmermann XXXVII S. 238 fg., XLI S. 189 fg., Stölzel S. 459 fg., Hesse Einspruchsrecht S. 87 fg.

\* Dig. 39. 1 de operis novi nuntiatione. Cod. 8. 11 de novi operis §. 466. nuntiatione. — Die ausführlichste Darstellung dieser Lehre gibt die im vorigen §. bei \* citirte Schrift von Stölzel S. 15 fg. (1865). S. ferner: Kaemmerer de operis novi nuntiatione (1807). Reinhardt ausführliche Erläuterung des Pandektentitels de novi operis nuntiatione (1820). v. Hesse über die operis novi nuntiatione, Rhein. Mus. III S. 579—631 (1829). Wiederhold das interdictum uti possidetis und die Novi operis Nuntiatione S. 65 fg. (1831). Schmidt (von Imenau) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. VIII. 2 (1851). Zimmermann Arch. f. Civ. Pr. XXXVII S. 218 fg. (1854). Ruborff Jahrb. d. gem. R. IV. 3 (1860). Schmidt (von Imenau) das. IV. 7 (1860). Hesse die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn II S. 79—102 (1861). Schmidt (von Imenau) über die oben genannte Schrift von Stölzel, krit. BZSchr. VII S. 287—304 (1865). Karlowa Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprozesses S. 59—89 (1865). Hesse das Einspruchsrecht gegen Bauunternehmungen und andere Veränderungen an Grundstücken S. 92—166 (1866). Baron Rec. der Schrift von Stölzel, krit. BZSchr. VII S. 483—489, 511—530 (1865, vgl. §. 465 bei \* a. E.). Unterholzner II S. 169—179, Sintenis II S. 750—754, Bangerow III §. 676 Anm., Holzschuher III §. 319.

<sup>1</sup> Die technische Bezeichnung des römischen Rechts für den Einspruch gegen eine Bauhätigkeit ist: operis novi nuntiatio. Die Grundsätze über die operis novi nuntiatio sind ein Stück des römischen Stadtrechts; das interdictum quod vi aut clam ist ein Stück des römischen Reichsrechts. Jene haben ihre Ausbildung ohne Zweifel durch das Edict des praetor urbanus erhalten; das interdictum quod vi aut clam gehört dem Edict des praetor peregrinus an. Vgl. übrigens über die Quellen der operis novi nuntiatio auch Stölzel S. 116, 117 und die daselbst Citirten, Schmidt BZSchr. S. 292.

<sup>2</sup> L. 1 §. 11—14 D. h. t. Cassf. Arch. XV. 226; vgl. aber auch Stölzel S. 528.

1. Damit diese besonderen Grundsätze eintreten, ist näher erforderlich:

a) daß der Einspruch gegen die Unternehmung selbst, d. h. nicht an die Person des Unternehmers als solche, sondern an eine bei der Unternehmung gegenwärtige Person gerichtet werde<sup>3</sup>;

b) daß der Einspruch gegründet werde entweder: a) auf die Freiheit des Eigenthums<sup>4</sup>, oder eine negative Dienstbarkeit<sup>5</sup>, oder

<sup>3</sup> L. 5 §. 1—4 l. 1 §. 5 l. 10. 11 D. h. t. Sonstige positive Vorschriften über die Art und Weise der Erhebung des Einspruchs gibt es nicht. Vgl. noch l. 1 §. 2. 4. 8 l. 5 §. 15. 16 l. 8 §. 1. 5 l. 16 l. 19 D. h. t.; l. 5 §. 6 l. 18 pr. D. h. t.; l. 1 §. 3 l. 5 §. 18 l. 13 pr. l. 5 §. 1 D. h. t. Stölzel S. 20—24 und die baselst. Citirten, Schmidt BZSchr. S. 293. 294. Stöff. Arch. V. 28. o. Ueber l. 5 §. 7 D. h. t. f. Wangrow S. 548.

<sup>4</sup> Die Freiheit des Eigenthums vertreten (mit der actio negatoria) kann aber außer dem Eigenthümer selbst (l. 1 §. 3 D. de remiss. 43. 25, l. 5 §. 8 D. h. t.) auch der rechtliche Erwerber (l. §. 199 Note 3, Ihering Abhandl. S. 108), so wie der Emphyteuta, der Superficiar und der Pfandgläubiger (welcher utilis rei possessio zusteht, s. auch l. 3 §. 3 D. h. t. in Verbindung mit l. 2 pr. D. si serv. 8. 5, vgl. l. §. 219 Note 11, l. §. 228 Note 9, Ihering a. a. D. S. 124. 125; a. M. Stölzel S. 55—57). Der Mit-eigenthümer ist dem Mit-eigenthümer gegenüber zur operis novi nunt. nicht berechtigt, l. 3 §. 1. 2 D. h. t. Stölzel S. 59 fg., Fesse Jahrb. f. Dogm. VIII S. 67 fg.

<sup>5</sup> Die Quellen nennen die servitus non altius aedificandi und die servitus ne luminibus oder ne prospectui officietur (l. 2 l. 5 pr. D. h. t., l. 15 D. de S. P. U. 8. 2), ferner die servitus oneris ferendi, l. 6 §. 7 D. si serv. 8. 5 (s. unten), und schließen ausdrücklich aus die servitus vine, l. 14 D. h. t. Der Gehalte, welcher der Beschränkung der operis novi nunt. auf die negativen Servituten zu Grunde liegt, ist dieser: sie soll zulässig sein nur auf Grund derjenigen Rechte, welche ein Verbotungsrecht unmittelbar enthalten, nicht erst durch einen Schluß ergeben, oder, in der Sprache des classischen Rechts ausgedrückt, aus welchen man die Formel begehren kann: ius adversario non esse . . . invito me, oder: ius mihi esse prohibendi adversarium (vgl. l. 1 pr. D. de remiss. 43. 25, l. 1 §. 4 eod., l. 2 l. 21 pr. D. h. t.). Was die servitus oneris ferendi angeht, s. l. 6 §. 7 si serv. cit.: „Parietem autem meliorem, quam in servitute impositum est, facere licet, deteriozem si facit, aut per hanc actionem aut per operis novi nuntiationem prohibetur“. Vgl. Stölzel S. 24, und über die verschiedenen Meinungen die das. und S. 527 Citirten, auch Wangrow S. 545, 546, Heitzhauer III §. 319 Nr. 2; neuchst. noch Fesse Jahrb. f. Dogm. VIII S. 77 fg. und Einspruchsrecht S. 115 fg. — Auch die Servitut kann, wie die Freiheit des Eigenthums,

eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung, deren unmittelbarer Inhalt ein Nichtthun des Eigenthümers ist<sup>6</sup>; oder β) auf die gesetzlichen Vorschriften über die Benutzung öffentlicher Sachen<sup>7</sup>; oder γ) auf die Verpflichtung des Gegners, Sicherheit für befürchteten Schaden zu leisten<sup>8</sup>.

2. Sind diese Erfordernisse erfüllt, so darf:

a) der Einspruch selbst dann nicht mißachtet werden, wenn der Unternehmer sich demselben gegenüber nicht auf ein Gegenrecht beruft, sondern ihn als an und für sich unbegründet bestreitet. Vielmehr muß der Unternehmer auch in diesem Falle mit seiner Thätigkeit so lange innehalten, bis er richterliche Aufhebung des Einspruches<sup>9</sup> erwirkt hat. Dieselbe wird ihm ertheilt: 1) wenn der Einsprechende nicht binnen einer vom Richter zu bestimmenden kurzen Frist den Prozeß auf Anerkennung seines

nicht bloß von dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks geltend gemacht werden. Deshalb sind auf Grund einer negativen Servitut zur operis novi nunt. ferner berechtigt: der rechtliche Erwerber (l. §. 217 Note 7), der Emphyteuta und der Superficiar (l. 3 §. 3 D. h. t., l. 16 D. de serv. 8. 1), der Pfandgläubiger (l. 9 D. h. t., l. 1 §. 5 D. de remiss. 43. 25, l. 16 D. de serv. 8. 1.). In Betreff des Nießbrauchers tritten die römischen Juristen darüber, ob derselbe die dem Nießbrauchsgrundstück zustehenden Servituten als solche klagen und verfolgen könne, oder ob er Schutz in diesen Servituten nur auf dem Wege der vindicatio ususfructus erlangen könne, l. 1 pr. l. 5 §. 1 D. si ususfr. 7. 6, l. 1 §. 20 l. 2 D. h. t., l. 1 §. 4 D. de remiss. 43. 25. Dieser Streit muß für die Compilation, nach der Art und Weise, wie in derselben l. 2 cit. eingeschoben worden ist, und nach der Art und Weise, wie l. 1 §. 4 cit. redet oder von den Compilatoren zugeschnitten worden ist, wenigstens was die operis novi nunt. angeht als dahin erledigt angesehen werden, daß allerdings auch der Nießbraucher auf Grund einer dem Nießbrauchsgrundstück zustehenden negativen Servitut zur operis novi nunt. berechtigt ist. Vgl. Stölzel S. 48; auch Ihering Abhandlungen S. 127.

<sup>6</sup> L. 1 §. 17 D. h. t., l. 3 pr. D. de mort. inf. 11. 8.

<sup>7</sup> L. 1 §. 16. 17 l. 5 §. 9 D. h. t. Für das römische Recht sind hinzu-zufügen die res sacras und religiosas. Ferner stand nach römischem Recht wegen Verletzung der Vorschriften über den Gebrauch öffentlicher Sachen jedem Bürger die operis novi nunt. zu, nicht bloß dem dadurch Benachtheiligten, l. 3 §. 4 l. 4 l. 5 pr. vgl. mit l. 1 §. 19 D. h. t. Stölzel S. 136 fg.

<sup>8</sup> L. 1 §. 16—18 D. h. t. Stölzel S. 118 fg.

<sup>9</sup> Remissio nuntiationis. Dig. 43. 25 de remissionibus.

Einspruchsrechts erhebt<sup>9</sup>; 2) wenn der Einsprechende nicht den ihm auf Antrag des Unternehmers richterlich aufzuerlegenden

<sup>9</sup> Der Hauptfall der Remission; derselbe ist vorgesehen in der in l. 1 pr. tit. cit. enthaltenen Edictstelle. „QUOD IUS SIT ILLI PROHIBERE, NE SE INVITO FIAT, IN EO NUNTIATIO TENEAR; CETERUM NUNTIATIONEM MISSAM FACIO“. Vgl. dazu l. 1 §. 2 D. eod., l. 1 pr. D. h. t. Die bezeichneten Worte sind das Formular für den Wiederaufhebungsauspruch, welchen der Praetor im gegebenen Fall auf einseitiges Begehren des Unternehmers nach Art eines Interdicts erteilte (woraus sich die Stellung des Titels de remissionibus mitten unter Interdicten erklärt, — vgl. namentlich Schmidt Zeitschr. S. 42 fg., Sobann Stölzel S. 174 fg., und wieder Schmidt VZSchr. S. 299). Aber so wenig derjenige, gegen welchen ein Interdict erlassen worden war, sich demselben ohne Weiteres zu fügen brauchte, so wenig brauchte sich der Unternehmer dem Remissionsauspruch ohne Weiteres zu fügen; vielmehr konnte Dieser, wie Jener, ein (durch sponsio und restipulatio vermitteltes) Iudicium über die Begründetheit des praetorischen Spruches begehren. Hierfür läßt sich zwar kein directes Quellenzeugniß beibringen; aber es scheint mir nach der Analogie des Interdictenverfahrens vollkommen sicher. Vgl. mit Gai. IV. 141 l. 1 §. 9 D. h. t. (in welcher Stelle die „praetoria iurisdictione“ nicht zur Annahme eines Verfahrens extra ordinem nöthigt). Der materielle Gehalt dieses iudicium war durch den Remissionsauspruch selbst bezeichnet; derselbe hatte sich ausdrücklich an das Bestehen eines ius prohibendi gebunden. Da er aber nicht gesagt hatte: ich hebe den Einspruch auf, wenn kein ius prohibendi besteht, sondern: ich hebe den Einspruch auf, und halte ihn nur für den Fall aufrecht, daß ein ius prohibendi besteht, so traf den Nuntianten die Beweislast. In diesem Sinne sagen die Quellen: „in operis novi nuntiationis possessorum adversarium facimus“ (l. 1 §. 6 l. 5 §. 10 D. h. t.; vgl. über die verschiedenen Auffassungen, welche dieser Satz erfahren hat, Wiederhold S. 91 fg., Haffe S. 613, Franke Arch. f. civ. Pr. XXII S. 376, Schmidt Zeitschr. S. 19. 30 fg., Rudorff S. 129, Stölzel S. 256 fg., Varon S. 434 fg.). Nach Justinianischem und heutigem Recht wird der dargestellte Rechtszustand dadurch wiedergegeben, daß der Richter auf Antrag des Unternehmers dem Einsprecher eine kurze Frist zur Anbringung einer Klage setzt, in welcher Letzterer ein den Einspruch rechtfertigendes Recht zu behaupten und zu beweisen hat. Vgl. Stölzel S. 534—536, Franke Arch. f. civ. Pr. XXII S. 379. — Uebrigens ist das hier Ausgesprochene weit davon entfernt, allgemein anerkannt zu sein; vielmehr findet sich über die Bedeutung der Remission eine bunte Verschiedenheit der Ansichten. Vgl. die Nachweisungen bei Stölzel S. 271—291, Karlowa S. 65. 1) Im Wesentlichen stimmen mit dem hier Gesagten überein Haffe S. 615 fg., Franke Arch. f. civ. Pr. XXII S. 376 fg., Stölzel S. 166 fg. Wenn aber dieser letztere Schriftsteller (nach dem Vorgange von Wiederhold S. 111 fg.) hinzusetzt, daß es dem Unternehmer verwehrt gewesen sei, in dem

Gefährdeid auschwört<sup>10</sup>; 3) im Fall, wo der Einspruch im Namen eines Andern erhoben wird, wenn nicht für die Geneh-

Remissionsprozeß gegenüber dem an und für sich begründeten Verdictungsrecht des Einsprechenden ein etwaiges Gegenrecht geltend zu machen, so ist dieß nicht haltbar. Jedensfalls durfte der Unternehmer der Berufung auf das Eigentumsrecht gegenüber sich auf eine Servitut berufen, weil, diese vorausgesetzt, ein ius prohibendi auf Seiten des Eigentümers eben nicht vorhanden war (Schmidt VZSchr. S. 294 fg., Karlowa S. 76. 77), und es ist nicht abzusehen, warum der Praetor die Einführung einer exceptio zum Zweck der Geltendmachung einer obligatorischen Gestattung oder eines sonstigen Gegenrechts hätte verweigern sollen. Aus l. 8 §. 4 D. h. t., auf welche sich Stölzel beruft, geht allerdings hervor, daß nach erteilter Remission möglicherweise das ius aedificandi noch in Frage stehen konnte; aber Remission wurde auch nicht bloß wegen materieller Unbegründetheit des Einspruchs erteilt (Note 10. 11); und wie, wenn der Einsprechende sich dem Remissionsdecret gefügt hatte? 2) Andere lassen in dem Remissionsverfahren die Frage der materiellen Begründetheit des Einspruches nur provisorisch, auf Grund summarischer Cognition, entschieden werden, und behalten dem Unterliegenden ein künstliches Petitorium vor. S. die bei Stölzel S. 273. 274, Karlowa S. 65 Note 18 Genannten, ferner Haffe Einspruchsrecht S. 130 fg., vgl. den f. Rechtsverhältnisse zc. S. 94. 3) Noch Andere schließen die Frage nach der materiellen Begründetheit des Einspruchsrechtes aus dem Remissionsverfahren ganz aus. Dabei finden sich noch verschiedene Auffassungen, welche aber zum Theil mit einander combinirt werden. a) Die Remission werde erteilt wegen formaler Mängel des Einspruchs oder wegen späterer Entkräftigung desselben (s. im Text Nr. 3). Vangerow S. 553, Schmidt Zeitschr. S. 39. 40, Rudorff S. 139, 140; dagegen Karlowa S. 60 fg. b) Sie werde erteilt auf Grund der geleisteten Caution. So Schmidt Zeitschr. S. 40 fg., VZSchr. S. 301, welcher Schriftsteller die Bedeutung der Nuntiation eben darin sieht, daß durch dieselbe die Leistung der Caution indirect habe sollen erzwungen werden. Dagegen Rudorff S. 142, Stölzel S. 284 fg., Karlowa S. 66 fg. c) Die Remission werde ohne Weiteres erteilt, so daß der Unternehmer sofort in seiner Thätigkeit fortfahren dürfe, bis der Einsprechende ihm sein Einspruchsrecht bewiesen habe (im Petitorium: Rudorff S. 140, — im interd. demolitorium: Karlowa S. 65 fg., Varon S. 519 fg., welche letztere Schriftsteller sich noch dadurch unterscheiden, daß Jener den Gegenbeweis eines ius aedificandi zuläßt, nicht Dieser). Vgl. auch Douellus Comm. de iure civ. lib. XV c. 46 not. 18.

<sup>10</sup> L. 5 §. 14 D. h. t. Allerdings sagt die Stelle nicht, daß die Folge der Eidesverweigerung Remission sei, und es läßt sich nicht wohl bestreiten, daß die Eidesverweigerung auch ohne Remission dem interd. demolitorium gegenüber geltend gemacht werden könne. Aber das Rückliegende ist es doch, daß

migung desselben Sicherheit gegeben wird<sup>11</sup>. Führt der Unternehmer vor Aufhebung des Einspruchs in seiner Thätigkeit fort, so ist er zur Wiederherstellung des früheren Zustandes und zum Schadenersatz verpflichtet<sup>12</sup>, ohne jetzt die Frage der materiellen Berechtigung zur Sprache bringen zu dürfen<sup>13</sup>.

b) Auch durch Sicherheitsleistung<sup>14</sup> kann in diesem Fall der Unternehmer sich nicht sofort das Recht zur Fortsetzung seiner

der Richter bei der Eidesaufgabe sogleich das Präjudiz der Remission hinzusetzt. Vgl. Stölzel S. 238 fg., Karlowa S. 60. 61.

<sup>11</sup> L. 5 §. 18 D. h. t. „Qui procuratorio nomine nuntiaverit, si non satisfecerit, eam rem dominum ratam habiturum, nuntiatio omnimodo remittitur, etiamsi verus sit procurator“. Stölzel S. 246. Ueber l. 18 pr. §. 1 D. h. t. f. Vangerow S. 549, Stölzel S. 247. 248.

<sup>12</sup> S. g. interdictum demolitorium, l. 20 pr. — §. 8 D. h. t. Haffe S. 595 fg., Schmidt Zeitschr. S. 32 fg., Rudorff S. 131 fg., Stölzel S. 210 fg., Baron S. 528 fg. Der Anspruch verjährt in der gewöhnlichen Zeit, l. 20 §. 6 D. h. t. Dagegen gelten für die Verhaftung der Erben, wie beim interd. q. v. a. cl., die Grundsätze von den Delictsanprüchen (§. 359 Note 2; römisches Recht: l. 20 §. 8 1 22 D. h. t.). In welchem Sinne man hier von einem Delictsantrage (l. 22 cit.: poena) gegenüber l. 1 §. 5 l. 10. 11 D. h. t. reden könne, darüber s. Stölzel S. 217 fg. Ein Anspruch gegen den dritten unschuldigen Besizer, wie beim interd. q. v. a. cl. ist hier nicht bezeugt; l. 22 D. h. t. handelt nur vom Erben; hawiter spricht l. 5 §. 5 l. 18 D. h. t., und eher dawider als dafür l. 3 §. 8 D. de al. iud. mut. e. 4. 7 in Verbindung mit §. 2 und §. 4 eod. Stölzel S. 214 fg., Baron S. 529; anders Haffe S. 600 fg., Vangerow S. 552, Schmidt Zeitschr. S. 37.

<sup>13</sup> L. 20 pr. §. 1. 3. 4 l. 1 pr. §. 7 D. h. t. Haffe S. 607, Vangerow S. 552, und nach ihnen Karlowa S. 62 fg. (vgl. auch die Angaben bei Stölzel S. 540. 541), stellen die Behauptung auf, in dem interd. demolitorium müsse der Einsprechende jedenfalls beweisen, daß er ein Recht habe, das Grundstück, für welches der Einspruch erhoben worden sei, zu vertreten. Die dafür von Karlowa beigebrachten Gründe sind nicht überzeugend. S. auch Stölzel S. 227.

<sup>14</sup> Dasselbe muß auch hier, wie beim interd. q. v. a. cl., regelmäßig durch Bürgschaft erfolgen; bloßes Versprechen genügt nur in dem Falle, wo die Dantthätigkeit auf einem öffentlichen Grundstück vorgenommen wird, l. 8 §. 3 D. h. t., l. 1 §. 6 D. de stip. praest. 46. 5. Vgl. überhaupt l. 5 §. 17 l. 8 §. 3. 4 l. 12 l. 20 pr. §. 1. 9. 13 l. 21 D. h. t., l. 2 §. 1 D. de stip. praest. 46. 5, l. un. C. h. t. Haffe S. 620, Schmidt Zeitschr. S. 22 fg., Rudorff S. 148 fg., Schmidt Jahrb. S. 215 fg., Stölzel S. 105 fg., Schirmer practische Judicialstipulationen S. 85 fg., Ubbelohde Zeitschr.

Thätigkeit erkaufen, sondern muß dem Gegner 3 Monate zur Ausführung seines Verbotungsrechtes lassen<sup>15</sup>. Von der anderen Seite wird er aber auch, wenn er Sicherheit geleistet, oder der Gegner die angebotene nicht angenommen hat, nach dieser Zeit in der Fortsetzung seiner Thätigkeit richterlich geschützt<sup>16</sup>.

3. Der Einspruch verliert auch abgesehen von dem Fall der richterlichen Aufhebung seine Kraft durch den Tod des Einsprechenden und durch die Veräußerung des Grundstücks, für welchen er erhoben worden ist<sup>17</sup>. Er bewährt nicht seine Kraft gegenüber einer Thätigkeit, welche im öffentlichen Interesse liegt, oder bei welcher Gefahr im Verzuge ist<sup>18</sup>. —

Ein Einspruch, welcher nach den hier dargestellten Grund-

f. Civ. u. Pr. R. F. XVIII. 5 und Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 99 fg., Karlowa S. 82 fg., Haffe Einspruchsrecht S. 148 fg. — Wenn zum Zwecke der Erlangung von Sicherheit für Ersatz beschränkter Schadens Einspruch erhoben wird, so wird natürlich das Recht zur Fortsetzung der Bau- thätigkeit durch Leistung dieser Sicherheit erlangt.

<sup>15</sup> So, in Abänderung des bis dahin geltenden Rechts Justinian in l. un. C. h. t. (wiederholt in l. 3. 4. X. de op. novi nunt. 5. 32). Ob nicht die l. un. C. cit. anders gedeutet werden kann, so daß das alte Cautionsrecht neben ihr fortbestehen würde? Haffe S. 619. 622 (damüber Vangerow S. 555, wo aber Haffe's Meinung nicht vollständig referirt ist), Schmidt Jahrb. S. 222 fg. (damüber Rudorff §. 330 Anm. 5, Karlowa S. 81), Stölzel S. 314 fg. Senff. Arch. VII. 44. S. noch die Angaben bei Stölzel S. 528—533.

<sup>16</sup> Aber unter allen Umständen nur, wenn er Sicherheit durch Bürgschaft geleistet hat. L. 20 §. 9—15 D. h. t., l. 5 §. 20 l. 6. 7 pr. eod. Stölzel S. 111 fg.

<sup>17</sup> L. 8 §. 6 D. h. t. Anders beim interd. q. v. a. cl.: l. 13 §. 5 i. f. l. 11 §. 9 D. quod vi aut. cl. 43. 24. Dagegen wirkt der Einspruch gegen den Erben und Sondernachfolger des Unternehmers fort, — vorausgesetzt, daß er diesen bekannt geworden ist. L. 8 §. 7 l. 23 D. h. t. vergl. mit l. 20 §. 3 D. quod vi aut. cl. 43. 24. Ueber l. 3 §. 3 D. de al. iud. mut. e. 4. 7 f. Haffe S. 608 fg., Vangerow S. 551, Stölzel S. 224 fg., Haffe Einspruchsrecht S. 111 fg. — Im classischen römischen Recht erlosch die Wirkung der operis novi nunt. auch durch Ablauf eines Jahres, l. un. C. h. t. Vgl. Karlowa S. 80. fg. Daß ihre Wirkung durch Vertrag der Parteien aufgehoben wird (l. 1 §. 10 D. h. t.), versteht sich von selbst.

<sup>18</sup> L. 5 §. 11—13 D. h. t. Vgl. Senff. Arch. V. 28. f.

fähig zu wirken nicht im Stande ist, behält immer diejenigen Wirkungen, welche ihm nach §. 465 zukommen<sup>19</sup>, <sup>20</sup>

## G. Verletzung der Vorschriften über den Gebrauch öffentlicher Sachen.

### §. 467.

Die Privatanprüche, welche das römische Recht aus der Verletzung dieser Vorschriften entstehen läßt, haben zwar heutzutage durch die weitere Ausdehnung des polizeilichen Schutzes zum

<sup>19</sup> Daß eine gültige *operis novi nunt.* auch das *interdictum q. v. a. cl.* erzeuge, sagt ausdrücklich I. 7 §. 2 D. *quod vi* 43. 24. Es ist aber ferner nicht abzusehen, weswegen eine ungültige beschweden nicht als Verbot schlichthin wirken sollte, weil sie als qualificirtes Verbot zu wirken nicht im Stande ist.

<sup>20</sup> Man hat behauptet (von Neueren gehören hierher namentlich Sintonis S. 758 Anm. 2. Col., Stölzel S. 353. 527. 550), die *operis novi nunt.* habe nach römischem Recht, um als solche zu wirken, durch ihre Form, oder durch ihren Wortausdruck (*nuntiare*), sich von einem gewöhnlichen Verbote unterscheiden müssen; da nun das heutige Rechtsleben eine entsprechende Form oder einen entsprechenden Wortausdruck nicht mehr kenne, so sei eben deswegen die römische Theorie von der *operis novi nunt.* unanwendbar. Aber die erwähnte Behauptung ist vollkommen unbewiesen. Es mag sein, daß die Römer für das Bauverbot eine hergebrachte Formel gehabt haben, — was Niemand weiß; jedenfalls machen unsere Quellen die eigenthümlichen Wirkungen des Bauverbotes von dem Gebrauch dieser Formel nirgends abhängig, und diese eigenthümlichen Wirkungen treten daher überall ein, wo die materiellen Voraussetzungen vorhanden sind, welche für die *operis novi nunt.* verlangt werden. — Man hat die heutige Anwendbarkeit der römischen Theorie von der *operis novi nunt.* auch beschweden bestritten, weil man behauptet, die *operis novi nunt.* sei im heutigen Rechtsleben durch ein vom Richter zu erwirkendes provisorisches Inhibitionsdecret verdrängt worden; so namentlich Zimmermann, Sintonis, Hesse. Aber ein abschaffendes Gewohnheitsrecht ist so wenig nachweisbar, daß allein das Seuffert'sche Archiv eine ganze Reihe von Erkenntnissen enthält, in denen die *operis novi nunt.* als praktisches Rechtsinstitut behandelt wird (III. 58. 174, v. 28. 78, VII. 44. 45, IX. 161, XIV. 189, XV. 226), theilweise unter ausdrücklicher Verwerfung der entgegengesetzten Ansicht (III. 58, IX. 131), und kein einziges, in welchem die letztere anerkannt würde (XVIII. 139?). S. auch die Ausführung bei Stölzel S. 536 fg.

großen Theil ihre Bedeutung verloren<sup>1</sup>; principiell darf aber ihre Anwendbarkeit nicht bestritten werden<sup>2</sup>.

1. Vorrichtung auf einem öffentlichen Grundstück zum Nachtheil eines Andern<sup>3</sup>. Derjenige, welcher durch die Vorrichtung benachtheiligt wird, kann gegen die Errichtung derselben ein gerichtliches Verbot auswirken, und hat einen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, wenn gegen das Verbot fortgeföhren wird<sup>4</sup>. — Wer die Nupungen eines öffentlichen Grundstücks gepachtet hat, hat gegen denjenigen, welcher ihn in dem

<sup>1</sup> Darauf, daß diese Ansprüche nur Auspflüsse bei Ermangelung polizeilichen §. 467. Schutzes sein sollen, weisen die Quellen selbst hin. L. 2 §. 17. 24. 25 D. *ne quid in loco publ.* 43. 8. S. auch Dig. 43. 10 *de via publica et si quid in ea factum esse dicetur.*

<sup>2</sup> Vgl. Buchta §. 35<sup>a</sup> i. A., Sintonis I S. 413, Bruns Zeitschr. f. RG. III S. 410, Rechtsprüche und Gutachten der Juristenfacultät zu Hofstadt (Berlin 1846) S. 152. 153. Anwendungsfälle aus Seuffert's Archiv: v. 27. 134, VIII. 261, IX. 161. 293, X. 166. 167. 168, XIV. 38, XVII. 99. 224. 246. S. ferner die citirten Rechtsprüche *ic. Nr. 8.* — Nur soweit das römische Recht aus der Verletzung dieser Vorschriften einen Anspruch auch dem dadurch nicht Benachtheiligten gewährte (Brunns Zeitschr. f. RG. III S. 388 fg.), ist es heutzutage unanwendbar (§. 326 Note 6). Hiermit ist auch die heutige Anwendbarkeit des *interdictum ne quid in loco sacro fiat* (Dig. 43. 6) beseitigt (vgl. I §. 147 zu Note 4). — Daß in den hierher gehörigen Fällen unter Umständen auch Schutz durch die *operis novi nunt.* und das *interdictum q. v. a. cl.* erlangt werden kann, ist bereits gesagt worden (§. 465 Note 6, §. 466 Note 7).

<sup>3</sup> L. 2 pr. — §. 19 I. 6. 7 D. *ne quid in loco publ.* 43. 8. Unterholzner II S. 186—188, Feimach im Rechtslexicon V S. 591—593, Reinhard Arch. f. civ. Pr. XXXII S. 201—208. Ueber den Begriff der „Vorrichtung“ (römisch: „*scelere immittens*“) vgl. Schmidt (von Blumenau) Zeitschr. f. gesch. RW. XV S. 60—62.

<sup>4</sup> L. 7 D. h. t. Ohne vorherige Erwirkung eines gerichtlichen Verbotes hat er einen Anspruch auf Wiederherstellung nicht. L. 2 pr. h. t. „*DE EO QUOD FACTUM ERIT, INTERDICTUM NON DABO*“. L. 2 §. 17 eod. Vgl. Schmidt Interdictenverfahren S. 332. 333, auch S. 59. 60; Buchta und Budde Entscheidungen V S. 136. Anders die in Note 2 citirten Rechtsprüche *ic. S. 153. 154.* — Es kann auch der Richter Caution wegen Nichtfortsetzung der Thätigkeit auferlegen (L. 2 §. 18 D. h. t., vgl. übrigens Schmidt Interdictenverfahren S. 278. 279. 329), heutzutage: die Fortsetzung bei Strafe verbieten. — Wie ist es, wenn die Vorrichtung von einer öffentlichen Behörde ausgeht? Zimmermann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII 3, Hesse Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn II S. 131 fg.



348 Verletzung der Vorschriften über den Gebrauch öffentl. Sachen. §. 467.

ihm zuständigen Gebrauch stört, einen Anspruch auf Unterlassung und Schadenersatz<sup>1</sup>.

2. Vorrichtung auf einem öffentlichen Wege, durch welche derselbe schlechter wird. Der dadurch Benachtheiligte hat einen Anspruch gegen den Thäter auf Wiederherstellung und Schadenersatz, gegen den dritten unschuldigen Besitzer auf Gestattung eigener Wiederherstellung<sup>2</sup>.

3. Störung in dem Gebrauch oder in der Ausbesserung eines öffentlichen Weges. Anspruch für den Benachtheiligten auf Unterlassung der Störung und Schadenersatz<sup>3</sup>.

4. Vorrichtung in einem öffentlichen fließenden Gewässer oder auf dessen Ufer, durch welche Vorrichtung die Schifffahrt beeinträchtigt wird. Wie bei Nr. 2<sup>4</sup>.

Seuff. Arch. V 27. 134, X. 166, XVIII. 141. Buchta u. Bubbe Entscheidungen V S. 287—296.

<sup>1</sup> Dig. 43. 9 de loco publico fruendo. L. 1 pr. tit. cit.: — „vim fieri veto“. Nach classischem römischem Recht entstand also ein Schadenersatzanspruch erst aus den nach Auswirkung des Interdicts vorgenommenen Handlungen. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 55. 328 fg. (I §. 159 Note 3). S. auch I. 1 §. 7 D. ut in fl. publ. 43. 14, Anwendungsfälle in Seuff. Arch. VIII. 261, XVII. 224.

<sup>2</sup> L. 2 §. 20—44 D. ne quid in loco publ. 43. 8. Unterholzner II S. 189—191, Heimbach im Rechtslex. V S. 593—595, Reinhard a. a. O. S. 208—212. Das praetorische Edict stellte für diesen Fall ein doppeltes Interdict auf, ein prohibitorisches (l. 2 cit. §. 20—34), und ein restitutorisches (l. 2 cit. §. 35—44). Im Justinianischen Recht setzt auch das erste Interdict nicht mehr vorgängige Erwirkung eines richterlichen Verbots voraus, ist also ebenfalls restitutorisch geworden; doch hat neben demselben das restitutorische Interdict immer noch Bedeutung wegen seiner Richtung gegen den dritten Besitzer. L. 2 cit. §. 37. 38. 43. Ueber die Anwendbarkeit des restitutorischen Interdicts gegen den nicht mehr besitzenden Errichter s. das. §. 39. 40. 42. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 328—331. Beide Interdicts beziehen sich übrigens nicht auf Stadtstraßen, l. 2 cit. §. 24. 36.

<sup>3</sup> L. 2 §. 45 D. ne quid in loco publ. 43. 8, Dig. 43. 11 de via publica et itinere publico (beide Male: „vim fieri veto“, vgl. Note 5). Unterholzner II §. 382. 412, Heimbach im Rechtslex. V S. 595—596. 585—586, Reinhard a. a. O. S. 212—214.

<sup>4</sup> L. 1 D. de fluminibus 43. 12. Unterholzner II §. 403. 404, Heimbach im Rechtslexicon V S. 543 fg. Auch hier stellte der Praetor ein doppeltes Interdict auf, ein prohibitorisches und ein restitutorisches, vgl. Note 5. Daß der dritte unschuldige Besitzer nur auf patientia restituendi

5. Vorrichtung in einem öffentlichen fließenden Gewässer oder auf dessen Ufer, durch welche Vorrichtung der Lauf des Wassers im Verhältnis zum nächstvorhergehenden Sommer abgeändert wird. Ebenso<sup>5</sup>.

6. Störung in der Benutzung eines öffentlichen, fließenden oder sonstigen Gewässers zur Schifffahrt oder zu einem sonstigen erlaubten Zweck; Störung in der bezeichneten Benutzung der Ufer eines solchen Gewässers zum Zweck der Schifffahrt; Störung in der Wiederherstellung und Befestigung der Ufer eines solchen Gewässers. Wie bei Nr. 3<sup>6</sup>.

haste, ist hier nicht ausdrücklich bezeugt, aber deswegen nicht weniger sicher. Vgl. Schmidt Zeitschr. f. gesch. RW. XV S. 64, Interdictenverf. S. 87. Eine Beeinträchtigung der Schifffahrt liegt auch in der Beeinträchtigung der „statio“, d. h. desjenigen „locus . . . ubicunque navas tuto stare possunt“, l. 1 cit. §. 13. Welche fließende Gewässer öffentliche Gewässer seien, darüber I §. 146 Nr. 3. Analoge Ausdehnung auf Anlagen im Meere, l. 1 cit. §. 17. Bei Anlagen in nicht schiffbaren öffentlichen Gewässern hat der dadurch Benachtheiligte nur einen Anspruch auf patientia restituendi, l. 1 cit. §. 12. 18. Vgl. Seuff. Arch. IX. 161 Nr. 1; IX. 293.

<sup>5</sup> Dig. 43. 13 ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque ut priore aestate fluxit. Unterholzner §. 405. 406, Heimbach im Rechtslex. V S. 589 fg. Auch hier enthielt das Edict zwei Interdicts, ein prohibitorisches und ein restitutorisches, vgl. Note 5. Eine Ausnahme gilt nach richterlichem Ermessen für den Fall, wo die Anlage den Schutz des Ufers zum Zweck hat, l. 1 §. 6 D. tit. cit. Vgl. auch §. 7 eod., wo die Schlussworte zu beachten sind: „sine iniuria utique acolarum“. Seuff. Arch. IX. 161 Nr. 2. S. noch das. X. 167. 168, XVII. 246. Buchta u. Bubbe Entscheidungen V S. 88—99.

<sup>6</sup> Dig. 43. 14 ut in flumine publico navigare liceat. Dig. 43. 15 de ripa munienda. Unterholzner II §. 386. 419, Heimbach im Rechtslex. V S. 625 fg. 570 fg. Fließendes oder sonstiges öffentliches Gewässer: lacus, fossa, stagnum, l. 1 pr. D. 43. 14. Benutzung zu einem sonstigen erlaubten Zweck: l. 1 §. 8 D. 43. 14 nennt, gewiß nur beispielsweise, die Viehtränke. Im Edict war noch besonders vorgesehen der Fall, wo Jemand von der zuständigen Behörde das Recht der Wasserleitung aus einem öffentlichen Wasserbehälter (castellum) erlangt hat, l. 1 §. 38 sqq. D. de aq. quot. 43. 20. Benutzung der Ufer eines solchen Gewässers: l. 1 pr. §. 8. D. 43. 14 nennt nur die ripa fluminis, kaum in ausschließendem Sinne. Auch Dig. 43. 15 spricht nur von ripa fluminis, und l. §. 6 eod.: „illud notandum, quod ripae lacus, fossae, stagni muniendi nihil praetor hic caret; sed idem erit observandum, quod in ripa fluminis munienda“.

7. Vorrichtung, durch welche ein öffentlicher Abzugsgraben verschlechtert wird. Wie bei Nr. 2<sup>10</sup>.

## H. Störung des Begräbnisrechts.

### §. 468.

Wer einen Andern unbefugter Weise an der Beerdigung eines Leichnams oder an der Errichtung eines Grabmals hindert, haftet auf Unterlassung der Störung und Schadenersatz<sup>1</sup>. Der Anspruch geht nicht auf die Erben des Berechtigten über, auf die Erben des Verpflichteten nach allgemeinen Grundsätzen<sup>2</sup>.

## I. Störung der Rechtshülfe.

### §. 469.

1. Wer sich der Realisirung einer richterlichen Einweisung in den Besitz, gleichviel ob vor oder nach der Besizergreifung, arglistigerweise widersetzt, haftet dem Eingewiesenen auf Zulassung und Schadenersatz<sup>1</sup>. Der Anspruch verjährt in einem Jahre, und verbindet die Erben nur nach den für die Delictsanprüche geltenden Grundsätzen; mit Ausnahme jedoch des Falles, wo die Einweisung zum Zweck der Sicherung des Vermächtnisnehmers erfolgt<sup>2</sup>.

2. In gleicher Weise haftet derjenige, welcher eine Prozeßpartei arglistigerweise am Erscheinen in einem gerichtlichen Ver-

<sup>10</sup> L. 1 §. 16. 16 D. de cloac. 43. 23. Schmidt (von Simenau) Zeitschr. f. gesch. RW. XV S. 51—76.

§. 468. <sup>1</sup> Dig. 11. 8 de mortuo inferendo et sepulcro aedificando (interdictum prohibitorium). L. 9 D. de relig. 11. 7 (actio in factum). Vgl. l. 6 C. de sep. viol. 9. 19. Unterholzner II S. 168. 209. Heimbach im Rechtslex. V S. 563 fg. 573. fg.

<sup>2</sup> L. 9 de relig. cit.: „Unde miror, quare constare videatur, neque heredi uoque in heredem dandam hanc actionem; nam, ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur“. Man hat diese Stelle dahin verstehen wollen, es werde durch sie der aufgestellte Satz mißbilligt (Heimbach S. 565), was offenbar ungerechtfertigt ist. Vgl. §. 359 Note 11 u. 16.

§. 469. <sup>1</sup> Dig. 48. 4 ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit. Unterholzner II S. 373. 712. Bachofen Pfandrecht S. 467—475.

<sup>2</sup> L. 1 §. 8 D. h. t.; §. 359 Nr. 2.

mine verhindert, mag der dadurch Benachtheiligte der Verhinderte sein oder der Gegner<sup>3</sup>. — Außerdem gewährt das römische Recht gegen denjenigen, welcher einen Geladenen gewaltsam am Erscheinen vor Gericht verhindert, dem Ladenden binnen Jahresfrist einen Strafanpruch auf den Belang seiner Klageforderung<sup>4</sup>.

3. Auf Schadenersatz haftet auch derjenige, welcher eine Sache in der Absicht veräußert, um einem Andern die Verfolgung seines Rechtes zu schmälern<sup>5</sup>. Verjährung und Vererblichkeit des Anspruchs wie bei Nr. 1<sup>6</sup>.

## K. Verletzung der Amtspflicht.

### §. 470.

Aus der Verletzung der Amtspflicht entsteht ein Schadenersatzanspruch für den Beschädigten dann, wenn dieser Verletzung Arglist oder grobe Nachlässigkeit zu Grunde liegt. Dieß gilt namentlich für die Thätigkeit des Richters bei Fällung eines Urtheils<sup>1</sup>; es gilt aber ferner auch für jede andere Thätigkeit

<sup>3</sup> Dig. 2. 10 de eo per quem factum erit, quomodo quis in iudicio sistat. Gl. III S. 485 fg., Unterholzner II S. 709.

<sup>4</sup> Dig. 2. 7 ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat. Gl. III S. 421 fg., Unterholzner II S. 726. Die Strafnatur des Anspruchs ergibt sich aus l. 5 §. 1 l. 6 D. h. t. Für die heutige Anwendbarkeit dieses Anspruchs muß die Ansicht maßgebend sein, welche man über die heutige Anwendbarkeit der römischen Privatstrafen überhaupt hat (§. 326).

<sup>5</sup> Dig. 4. 7 Cod. 2. 55 de alienatione iudicii mutandi causa. Unterholzner II S. 342. 134. Veräußerung: l. 3 §. 1 l. 4 §. 2. 4 l. 8 §. 2 — l. 10 pr. l. 11 D. h. t.; l. 10 §. 1 eod. Böse Absicht: l. 1 §. 1 — l. 3 §. 3 l. 3 §. 5 l. 4 pr. l. 12 D. h. t. Schadenersatz: l. 3 §. 4. 5 l. 8 pr. D. h. t.; f. auch l. 12 pr. D. h. t. (vgl. Sintenis II S. 124 Num. 24). Verhältniß zu dem Satze, daß der Nichtbesitzer als Besitzer haftet, si dolo desit possidere: l. 4 §. 1 D. h. t. (vgl. I §. 193 Note 8, aber auch Franke Commentar zum Pandektenitel de hor. pet. S. 149. 270). In integrum restitutio iwegen alienatio iudicii mutandi causa? S. I §. 116 Note 2 g. E.

<sup>6</sup> L. 4 §. 6 — l. 7 D. h. t. in Verbindung mit §. 359 Nr. 2.

<sup>1</sup> Die Klage gegen den ein ungerichtetes Urtheil fällenden Richter hat man s. 470. im Mittelalter Syndicatsklage genannt. S. über die Benennung Schütter Exerc. ad Pand. X §. 60, G. L. Böhmner Electa iur. civ. II exerc. 4 e. I §. 14, — und über die Sache die Abhandlungen von: W. Weber Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. 1. (1834), Strippelmann Neue Sammlung zc. III S.

des Richters, bei Ausübung der freiwilligen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit;<sup>2</sup> und ebenso gilt es für die amtliche Thätigkeit eines

289 fg. (1845), Schwarze Zeitschr. f. Pflege u. Verm. zunächst f. d. Rh. Sachsen R. F. XI S. 113 fg., XII S. 298 fg., XVIII S. 193 fg. (1863, 1864, 1869), Schläyer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XIII S. 128 fg. (1856); ferner Unterholzner II S. 698—700, Sintenis II S. 766—773, Bayer Civilproz. S. 275—281, Hefster Civilproz. S. 91, Wehll Civilproz. S. 36 Note 14. — Das Recht der Syndicatsklage ist äußerst bestritten. Und zunächst fragt es sich, ob der Richter in der That auch wegen grober Nachlässigkeit, und nicht bloß wegen Arglist, oder ob er umgekehrt nicht bloß wegen grober, sondern auch wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit in Anspruch genommen werden kann. Das Material der Entscheidung ist folgendes. a) Das römische Recht gibt einen Anspruch gegen den Richter nicht bloß wegen dolus, sondern auch wegen „imprudencia“ (l. 15 §. 1 l. 16 D. de iud. 5. 1, l. 2 C. de poena iud. 7. 49, — l. 5 §. 4 D. de O. et A. 44. 7, l. 6 C. de extr. cogn. 50. 13, pr. 1. de obl. quas quasi ex del. 4. 5), im ersten Fall auf „vera aestimatio litis“, im zweiten Fall auf „quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit“. Ein Widerspruch zwischen den angeführten Stellen ist in der Sache nicht, und nur im Ausdrack insofern vorhanden, als sie die Bezeichnung: *litum suam facere* zum Theil auf den Fall des dolus beschränken, zum Theil auf den Fall der *imprudencia* erstrecken. Auch in andern Stellen des römischen Rechts wird ein Anspruch gegen den Richter wegen Pflichtverletzung überhaupt, nicht bloß wegen doloser Pflichtverletzung anerkannt. Dig. 27. 8 de magistratibus conveniendis, l. 4 §. 7 D. de damno inf. 39. 2, l. 29 C. de pact. 2. 3, l. 13 §. 6 C. de iud. 3. 1, l. 19 C. de test. 4. 20. b) Durch die R.O. von 1565 Ehl. III Lit. 58 §. 4. 5. 6. 10 ist aber die Syndicatsklage ausdrücklich auf den Fall der Arglist beschränkt worden, s. auch J. R. A. §. 157. Man hat dieß geleugnet mit Berufung auf die Worte des §. 6 cit.: „oder anderer dergleichen Ursachen“, welche von culpa lata zu verstehen seien (Sintenis S. 770 in der Ann.); diese Behauptung, obgleich, wie es scheint, in dem Urtheile bei Seuff. Arch. XIV. 140 einfach adoptirt, ist kaum begreiflich. Von Andern sind andere Wege eingeschlagen worden, um der reichsgesetzlichen Bestimmung gegenüber eine weiter gehende Verhaftung des Richters zu rechtfertigen. Hefster a. a. O. leugnet, daß durch die reichsgesetzliche Bestimmung gemeines Recht begründet worden sei; — man wird sich, wenn man dieß annimmt, entschließen müssen, die R. O. überhaupt nicht als Quelle des gemeinen Rechts anzusehen. Man hat ferner gesagt, dem dolus stehe die lata culpa gleich (Wehll a. a. O.). Dieser letztere Weg führt m. E. zum Ziel. Zwar halte ich den allgemeinen Satz, daß lata culpa dem dolus auch außerhalb contractlicher oder sonst begründeter obligatorischer Verhältnisse in allen Fällen gleichzustellen sei, für äußerst bedenklich (vgl. l. 1 §. 101 Note 10 a. E.); aber gerade für den vorliegenden Fall findet derselbe einen Anhalt in den Bestimmungen des römischen Rechts über den *ensor*

jeden andern nicht richterlichen Beamten<sup>2</sup>. Aus der Verletzung der obervormundschaftlichen Amtspflicht wird ausnahmsweise schon

Das römische Recht faßt die Stellung des *ensor* ebenso auf, wie die des Richters; es wird nach römischer Anschauung mit dem *ensor* ebenso wenig ein Contract geschlossen, wie mit dem Richter (§. 404 Note 4). Deswegen läßt das römische Recht den *ensor* zunächst nur für dolus haften. L. 1 §. 1 D. si mens. 11. 6. „Haec actio dolum malum duntaxat exigit; visum est enim satis abundeque coerceri *ensorem*, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est...“. Dann aber wird hinzugefügt: „Lata culpa plane dolo comparabitur“. Für die hier vertretene Meinung sind (im Resultat) außer Wehll: Sintenis a. a. O., Arnolds §. 333, Pfeiffer prakt. Ausführungen II S. 365; für die Beschränkung der Verhaftung auf dolus: Weber (welcher aber diese Beschränkung bereits im römischen Recht begründet findet), Strippelmann (§. 311, s. aber auch S. 316), Schwarze (XI S. 133, s. aber auch S. 141), Schläyer, Unterholzner, Bayer. Für die Erstreckung der Verhaftung auf *omnis culpa* (welche nach dem Gesagten gar keinen Anhalt hat) sind die bei Sintenis S. 768 in der Ann. Genannten. — Man streitet ferner darüber, ob die Syndicatsklage subsidiarisch sei, oder nicht, d. h. ob sie voraussetze, daß die zu Gebote stehenden Rechtsmittel gegen das Urtheil angewendet worden seien, und ob sie demnach wegfallen, wenn die unterliegende Partei sich in dieser Beziehung ein Verschulden habe zu Schulden kommen lassen. Für die Bejahung dieser Frage sind: Weber S. 36 fg., Strippelmann S. 346 fg., Schwarze XII S. 292 fg., Unterholzner S. 698. k.; für die Verneinung: Hefster S. 93, Bayer S. 280, Sintenis S. 772 in der Ann., Zachariä deutsches Staats- und Bundesrecht II §. 140 a. E., Seuff. Arch. XIV. 140. Ich glaube nicht, daß die Bejahung gerechtfertigt ist. Die Frage reducirt sich auf die andere Frage: ob ein Schaden deswegen weniger vorhanden ist, weil Wiederanhebung der beschädigten Thatsache verlangt werden kann, — und diese Frage muß verneint werden. Man hat sich für das Gegentheil auf l. 3 §. 2. 3 D. si mens. 11. 6 berufen. Aber diese Stelle will nur sagen, daß derjenige, welcher Eigentum verloren, und dafür einen obligatorischen Anspruch erworben hat, effectiv noch nicht ärmer geworden sei, indem sie nämlich voraussetzt, daß der Anspruch sich ohne Mühe oder sonstige Aufopferung werde realisiren lassen. Wäre dem Verfasser der Stelle die Frage vorgelegt worden, ob der Beschädigte, wenn er die mit der Realisirung des Anspruchs verbundenen Aufopferungen nicht übernehmen wolle, nicht gegen Abtretung seines Anspruchs sofort Schadenersatz begehren könne, so würde er sich gewiß nicht bedacht haben, diese Frage zu bejahen. Will man, was die vorliegende Frage betrifft, weit gehen, so wird man vielleicht dem belangten Richter das Recht einzuräumen können, von der beschädigten Partei zu verlangen, daß dieselbe gegen Vorschuß der nöthigen Kosten ihrerseits den Rechtsweg beschreite. In keinem Falle aber wird man dem Richter das Recht geben

wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit ein Anspruch gewährt<sup>2</sup>. Neben dem Beamten haftet auch der Staat, welcher ihn angestellt hat<sup>4</sup>. —

Das Gesagte gilt nur für die eigentlichen Beamten, d. h. für diejenigen Personen, welche berufen sind, als Organe der Staatsordnung in deren Namen thätig zu werden. Personen dagegen, welche auf Grund einer staatlichen Concession, Approbation, Anstellung dem Publicum ihre Dienste darbieten, haften demjenigen, welcher ihre Dienste nachsucht, nach den Grundsätzen des Vertrags, also für alle Nachlässigkeit<sup>5</sup>, Dritten für Arglist

bürden, sich darauf zu berufen, daß die Partei die Verletzung eines ihr zu Gebote stehenden Rechtsmittels veräumt habe. Anders dann, wenn die Partei das Rechtsmittel nicht veräumt, sondern freiwillig von demselben keinen Gebrauch gemacht hat; sie hat dann das Urtheil anerkannt. — Ueber den Fall, wo das Urtheil von einem Richtercollegium gesprochen worden ist, s. v. Langen und Kori Erörterungen prakt. Rechtsfragen II Nr. 8, Schwarze a. a. O. Bd. XVIII, S. 101; Anm. 39, und vgl. auch §. 445 Note 7. 8; Senff. Arch. V. 298, XI. 252, XIV. 140.

<sup>2</sup> Nach der Analogie der Syndicatslage und der Bestimmungen über den *mentor*.

<sup>3</sup> S. §. 445 Note 3. — Die Praxis zeigt eine entschiedene Neigung, einen jeden Beamten, richterlichen oder sonstigen, abgesehen von dem Falle des unrechtmäßigen Urtheils, für *omnis culpa* haften zu lassen. Senff. Arch. I. 166, II. 54, III. 326, 327, V. 136, 174, 287, VII. 321, X. 51, XIV. 140, XV. 189, XVI. 118, XVII. 120, 123.

<sup>4</sup> Der Beamte handelt, vorausgesetzt, daß er innerhalb seiner Competenz thätig wird, im Namen des Staates; es handelt durch ihn der Staat. Deshalb haftet der Staat nicht etwa nur subsidiarisch neben dem Beamten. So auch Pfeiffer prakt. Erörterungen II Nr. 12, Zacharia deutsches Staats- und Bundesrecht II §. 140. B.; ferner die Urtheile bei Senff. Arch. I. 166, II. 54, 159 (vgl. VI. 199), V. 281 Nr. 2, VII. 321, XVII. 145. Anders V. 281 Nr. 1: der Staat haftet nur subsidiarisch, und nur wegen *culpa in eligendo*; V. 174: der Staat haftet nur subsidiarisch; es müßte ihn denn eine *culpa in eligendo* treffen. — Pfeiffer und Zacharia a. a. O. wollen den Staat nicht haften lassen aus der eigentl. richterlichen Thätigkeit des Beamten; eben so Senff. Arch. III S. 370, VII S. 382. Ich halte diese Ausnahme nicht für begründet. — Unter allen Umständen aber wird der Staat so lange nicht in Anspruch genommen werden können, als noch Mittel, Wiederaufhebung der betreffenden Verfügung zu erlangen, zu Gebote stehen; vorher liegt eine definitive Handlung des Staates nicht vor.

<sup>5</sup> S. §. 404 Note 3.

und grobe Nachlässigkeit<sup>6</sup>. Der Staat haftet für ihre Verschuldung nicht<sup>7</sup>.

## L. Ungerechter Prozeß<sup>8</sup>.

### §. 471.

Wenn sich Jemand etwas geben läßt<sup>1</sup>, um einen ungerechten Prozeß zu führen, oder von demselben abzustehen<sup>2</sup>, so hat der Bedrohte einen Anspruch gegen ihn auf Herausgabe des Empfangenen, und zwar binnen eines Jahres in vierfachem Betrage<sup>3</sup>. Der Erbe des Empfängers haftet sofort nur auf das Einfache<sup>4</sup>; der Erbe des Berechtigten hat den Anspruch gar nicht<sup>5</sup>. — Außerdem unterliegt das Gegebene der Rückforderung nach den Regeln von der Rückforderung des zu einem unerlaubten Zwecke Gegebenen<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Nach der Analogie des *mentor*, dessen Recht in dieser Beziehung noch anwendbar ist. S. I. 3 §. 1 D. si *mentor* II. 6. „*Compositi autem haec actio ei, cuius interfuit, falsum modum remanentium non esse, hoc est vel emptori, vel venditori, cui repunitatio obstat*“. S. ferner I. 3 §. 4 eod. (der *mentor* wird vom Richter zugezogen).

<sup>7</sup> Auch nicht für *culpa in eligendo*, da der Staat zu dem Publicum in keinem contractlichen oder sonst obligatorischen Verhältnis steht. K. M. Pfeiffer a. a. O. S. 362, 363.

<sup>8</sup> Dig. 3, 6 de *calumniatoribus*. — Unterholzner II §. 728.

s. 471.

<sup>1</sup> L. 1 §. 4 l. 2 l. 3 pr. D. h. t.

<sup>2</sup> Als Kläger, oder auch als Beklagter. Ueber den letzteren Fall s. l. 7 §. 2 D. h. t. Civil- oder Criminalprozeß: l. 1 §. 1 l. 8 D. h. t.

<sup>3</sup> L. 1 pr. l. 3 §. 1. 3 l. 7 pr. §. 1 D. h. t. *Annus utilis*: l. 6 D. h. t. Für die heutige Anwendbarkeit dieses Strafzufasses (vgl. §. 326) sind Schiller (exorc. 10 §. 74), Strödel (ad. h. t. §. 2), Lehner (spec. LVI mod. l. 2).

<sup>4</sup> L. 5 pr. D. h. t.

<sup>5</sup> L. 4 D. h. t. Der Gesichtspunkt der persönlichen Kränkung macht sich auch geltend in l. 7 §. 1 D. h. t.

<sup>6</sup> S. §. 423 Note 5, §. 428 Note 9. 11. — Man unterscheidet: a) der Bedrohte hat gegeben, damit der Prozeß nicht geführt werde. Es steht ihm sowohl *actio calumniae*, als *condictio ob turpem causam* zu (l. 4 D. h. t.), so jedoch daß sowohl die erstere, als auch die letztere die erstere, und zwar selbst in Betreff des Strafzufasses, ausschließt, l. 5 §. 1 D. h. t. (s. über diese Stelle Bangerow III §. 697 und die daselbst Citirten). b) Ein Dritter hat gegeben, damit der Prozeß nicht geführt werde. Der Dritte hat die *condictio*, der Bedrohte die *actio calumniae*, l. 7 pr. §. 1 D. h. t. c) Ein

## M. Injurie (Beleidigung)\*.

## §. 472.

Injurie ist jede rechtswidrige Handlung, welche den Ausdruck einer Mißachtung der fremden Persönlichkeit enthält<sup>1</sup>. Aus der Injurie entsteht für den Bekräfteten ein Strafanspruch auf Leistung einer Geldsumme, deren Höhe er selbst ansetzen, der Richter aber ermäßigen kann<sup>2</sup>. Der Anspruch verjährt in einem

Dritter hat gegeben, damit der Prozeß geführt werde. Die *condictio* fällt weg, der Bekräftete hat die *actio calumniae*, I. 3 §. 3 D. h. t.

§. 472. \* Inst. 4. 4 de iniuriis. Dig. 47. 10 de iniuriis et famosis libellis. Cod. 9. 53 de iniuriis. — Unterholzner II S. 759—781, Sintonis II S. 754—759, Senffert II S. 406—410, Holzschuher I §. 47.

<sup>1</sup> Die Quellen bezeichnen die „*iniuria*“ als: *contumelia*, *ſp̄is* (pr. I. h. t., I. 15 §. 46 D. h. t., I. 5 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 1). Das Nähere über den Begriff und die verschiedenen Arten der Injurie muß der Disciplin des Strafrechts überlassen bleiben. S. darüber und über diese Lehre überhaupt die Lehrbücher des Strafrechts von Wächter II S. 150—160 und von Jeffter S. 296—321; Johann die Aufsätze von Walter im N. A. für Criminalrecht IV. S. 12 („über Ehre und Injurie nach Römischer Recht“), Jeffter Arch. f. Criminalr. N. F. 1839 S. 237—248 („die Begriffsverschiedenheit der römischen und deutschen Injurie“), Rittermaier Rechtslexic. V S. 863—904. Nur das sei hier hervorgehoben, daß zum Begriff der Injurie nicht erforderlich ist, daß die Handlung zu dem Zwecke vorgenommen worden sei, um dadurch eine Mißachtung der fremden Persönlichkeit an den Tag zu legen; es reicht vollkommen hin, daß sie in dem Bewußtsein vorgenommen worden sei, daß sie eine Mißachtung der fremden Persönlichkeit enthalte. Daher liegt eine Injurie in jeder bewußten Rechtsverletzung. Vgl. I. 13 §. 7 I. 24 D. h. t., I. 25 D. de A. E. V. 19. 1, I. 2 §. 9 D. ne quid in loco publ. 43. 8; I. 15 §. 31 D. h. t.; I. 5 §. 2—5 I. 23 D. h. t., I. 21 D. de fart. 47. 2; I. 20 D. h. t.; I. 11 §. 9 I. 12 I. 13 §. 3 I. 15 §. 33 I. 19 D. h. t., I. 1 §. 8 D. de insp. ventro 25. 4; I. 8 pr. D. de rel. 11. 7; I. 1 §. 38 D. dep. 16. 3; I. 15 pr. D. h. t. Nur tritt, wenn die Handlung unter die Kategorie irgend eines andern Vergehens fällt, die Strafe dieses Vergehens, und nicht die der Injurie, ein. Vgl. über den Begriff der Injurie aus Senffert's Arch. die Urtheile I. 64, II. 51, III. 57, 171, VI. 196, 196, VII. 38, 39, VIII. 137, X. 50, XVII. 43.

<sup>2</sup> Dieser Anspruch beruht auf dem praetorischen Edict (I. 7 pr. I. 15 §. 2. 25. 26. 34 I. 17 §. 5. 10 D. h. t., I. 15 §. 28 I. 21 eod., §. 7 I. h. t., Gai III. 223, 224, Coll. II. 6), für gewisse Fälle der Injurie (Note 4. 5) auch auf der *lex Cornelia de iniuriis* (I. 5 I. 37 §. 1 D. h. t., §. 8 I. h. t.,

Jahre<sup>3</sup>; mit Ausnahme jedoch der thätlichen Injurie und des gewaltthätigen Eindringens in die Wohnung<sup>4</sup>, in welchen Fällen der Anspruch der gewöhnlichen Verjährungszeit unterliegt<sup>5</sup>. Der Anspruch geht weder auf die Erben des Verpflichteten, noch auf die des Berechtigten über<sup>6</sup>. Der Ankläger haftet wie der Beleidiger selbst<sup>7</sup>. — Außer diesem Geldanspruch hat der Beleidigte gegen den Beleidiger auch einen Anspruch auf Widerruf, Abbitte und Ehrenerklärung<sup>8</sup>.

Paul. S. R. V. 4 §. 8). Die heutige Anwendbarkeit dieses Anspruchs ist ausdrücklich anerkannt in der R. O. D. II. 28 §. 4.

<sup>3</sup> L. 5 C. h. t., §. 1 I. de perp. et temp. act. 4. 12.

<sup>4</sup> Pulsare, verberare, domum vi introire. L. 5 §. 1 D. h. t. „Inter pulsationem et verberationem hoc interest, ut Otilius scribit: verberare est cum dolore caedere, pulsare sine dolore“. Ueber domum vi introire s. I. 5 §. 2—5 D. h. t.

<sup>5</sup> Es sind diese die Fälle der *lex Cornelia*, deren *actio* der Regel gemäß (pr. I. de perp. et temp. act. 4. 12) *perpetua* war. Sehr mit Unrecht hat man aus I. 5 C. h. t. herleiten wollen, daß wenigstens im neueren Recht die Verjährung in allen Fällen die einjährige sei. Vgl. Seib Zeitfchr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX. 6.

<sup>6</sup> L. 13 pr. I. 15 §. 14 I. 28 D. h. t., §. 1 I. de perp. et temp. act. 4. 12. So auch §. 359 Note 7 und 14.

<sup>7</sup> L. 11 pr. §. 3—6 I. 15 §. 2. 8 I. 17 §. 2 D. h. t., §. 11 I. h. t.

<sup>8</sup> Dieser Anspruch ist durch die Praxis unter dem Einfluß altdeutscher und sächsischer Ideen (vgl. c. 5 Dist. 46) eingeführt, und in der Reichsgesetzgebung (R. G. O. Art. 216, R. O. D. II. 28 §. 4, f. auch den N. A. Anfang v. 1670 a. C.) anerkannt worden. Ueber das Geschichtliche s. namentlich: v. Wallenrodt Zeitfchr. f. Rechtsgesch. III S. 238—300. — Ist die Concurrenz dieses Anspruchs mit dem Geldanspruch eine *cumulative* oder eine *elective*? Für Ersteres: Wächter Strafr. II S. 108, v. Wallenrodt S. 294; für Letzteres die Meisten, f. die bei Wächter a. a. O. Genannten, Jeffter Strafr. S. 308, Unterholzner S. 779, Sintonis S. 758, Senff. Arch. I. 62 (Plenarbeschluß des D. N. O. zu München vom 27. Mai 1845). Es wird sogar behauptet, daß der Anspruch auf Abbitte zc. selbst durch den Antrag auf öffentliche Strafe nicht ausgeschlossen werde, Jeffter a. a. O. und die bei Wächter a. a. O. und Wallenrodt S. 233—296 Genannten; f. dagegen Wächter a. a. O. — Daß der Antrag auf öffentliche Strafe den Geldanspruch ausschliesse, wird nicht bestritten, s. I. 6 D. h. t., §. 10 I. h. t.

## IV. Andere gesetzliche Forderungsrechte.

## A. Forderungsrechte aus den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen.

## §. 473.

Die hierher gehörigen Fälle sind bereits oben I §. 169 genannt worden<sup>1</sup>. Näher ist von dem Satz zu handeln, daß der natürliche Ablauf des Regenwassers nicht zum Nachtheil des benachbarten Grundstücks abgeändert werden soll<sup>2</sup>.

1. Es soll der Ablauf des Regenwassers nicht abgeändert werden<sup>3</sup>. Regenwasser hört aber dadurch nicht auf, Regenwasser zu sein, daß es sich mit anderem Wasser mischt<sup>4</sup>.

2. Es soll der natürliche Ablauf des Regenwassers nicht abgeändert werden<sup>5</sup>. Für den durch künstliche Anlagen regulirten

§. 468. 1 Note 1. 9. 10. 18.

<sup>2</sup> Dig. 39. 8 de aqua et aquae pluviae arcendae (in welchem Titel aber I. 8 — I. 11 pr. 1. 17. 21. 26 von der vorliegenden Materie nicht handeln). — R. W. Schneider Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V. 22 (1832). Eibers Ephemis N. F. I S. 497—508 (1833). Schmidt (von Immenau) civil. Abhandlungen S. 90—168 (1841). Habicht rechtliche Erörterungen I S. 518—542 (1843). Schäffer Arch. f. prakt. RW. -II S. 16—45 (1854). Fesse über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 184—271 (1859). Welter Jahrb. d. gem. R. V S. 176—185 (1862). Unterholzner II S. 194—201, Sintenis II S. 477.

<sup>3</sup> Ueber die Quelle dieses Satzes vgl. I. 21 pr. D. de statulib. 40. 7, die Inscription von I. 13 D. h. t. und Schneider S. 325, Schmidt S. 92, Fesse S. 193.

<sup>4</sup> L. 1 pr. §. 2. 15. 16 l. 3 §. 1 D. h. t. Ueber I. 8 pr. D. h. t. f. Schneider S. 334, Schmidt S. 99—102, Fesse S. 200—202; über I. 1 §. 28 und I. 2 §. 9 D. h. t. f. Schneider S. 328—333, Schmidt S. 102—106, Fesse S. 197. 198.

<sup>5</sup> L. 1 pr. cit.: — „sive per se haec aqua coelestis nocent, sive cum alia mixta sit“. L. 1 §. 15 cit.: — „aqua pluvia vel quae pluvia crescit“. L. 1 §. 2 cit. „Neratus scribit, opus, quod quis fecit, ut aquam excluderet, quae exundante palude in agrum eius refluxu solet, si ea palus aqua pluvia ampliatur, eaque aqua repulsa ex opere agris vicini nocent, aquae pluviae actione cogatur tollere“.

<sup>6</sup> L. 1 §. 1 D. h. t.: — „cum quis manu fecerit, quo aliter fieret, quam natura solet“. L. 1 §. 22 D. h. t.

Ablauf des Regenwassers gilt das Gleiche nur dann, wenn die Anlagen auf obrigkeitlicher Anordnung beruhen, oder seit unvor-denklicher Zeit bestehen<sup>7</sup>.

3. Es soll der Ablauf des Regenwassers nicht abgeändert werden, d. h. es soll keine Aenderung durch Menschenhand bewirkt werden<sup>8</sup>. Jedoch kann gegenüber einer von selbst eintretenden Abänderung wenigstens Befristung der Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangt werden, vorausgesetzt, daß der Eigenthümer keinen Schaden davon hat<sup>9</sup>.

4. Es soll der Ablauf des Regenwassers nicht zum Schaden des benachbarten Grundstücks abgeändert werden<sup>10</sup>. Entziehung eines Vortheils ist erlaubt<sup>11</sup>.

5. Das benachbarte Grundstück muß ein Feldgrundstück sein<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> L. 1 §. 22. I. f. 23 D. h. t. In die erste Stelle muß die Voraussetzung der zweiten hineingetragen werden („domino aut“). Die zweite spricht übrigens nicht von einer Abänderung der Anlage, sondern von dem Verfall derselben, daher: „non ergo cogemus vicinum aggeros munire, sed nos in eius agro munimus“, während es in der ersten einfach heißt: „aqua pluviae arcendae actio agi potest“. — Ueber die Bedeutung der in I. 1 §. 23 cit. und I. 2 D. h. t. erwähnten „lex“ f. I. 23 pr. D. h. t. und Schmidt S. 115 fg., Savigny Syst. IV S. 438. — Senff. Arch. I. 68, XVII. 48.

<sup>8</sup> „Opere manu facto“. L. 1 §. 1. 10. 14. 15 D. h. t.; I. 3 §. 2 l. 24 §. 1. 2 D. h. t. Senff. Arch. V. 141.

<sup>9</sup> Daß gab es über diesen Punkt zwischen den römischen Juristen verschiedene Meinungen, und die mildere, im Text bezeichnete, ist erst allmählig zur Herrschaft gelangt. S. I. 11 §. 6 D. h. t., I. 2 §. 5 eod. („haec aequitas suggerit, etiam iure deficiamus“), I. 2 §. 6 eod. („sed nos etiam in hunc casum aequitatem admittimus“), I. 2 §. 7 eod. Das Verhältniß der I. 2 §. 5 cit. zu I. 2 §. 1 eod. bleibt dunkel; eben so das Verhältniß der I. 2 §. 4 und 7 D. h. t. zu dem sonst anerkannten (I. 11 §. 6 l. 1 §. 22 l. 2 §. 1. 5. i. f. D. h. t.). Beruht der bisherige Ablauf des Regenwassers auf einer künstlichen Vorrichtung, so ist hier (vgl. Note 7) gesetzliche Anordnung oder Unvorbedenklichkeit nicht erforderlich, I. 2 §. 5. 6 cit. Natürlich aber kann Befristung der Wiederherstellung nur dann verlangt werden, wenn Wiederherstellung überhaupt möglich ist; bezwungen I. 14 §. 1 D. h. t. — Vgl. über die verschiedenen Ansichten Schneider S. 341—348, Schmidt S. 137—142. 162—165, Fesse S. 215—218. 248—256.

<sup>10</sup> L. 1 §. 1. 11. 13. 21 D. h. t. Ueber I. 2 §. 9 D. h. t. f. Schneider S. 352—356, Schmidt S. 142—145, Fesse S. 221—226.

<sup>11</sup> L. 1 §. 11. 21 D. h. t. Senff. Arch. I. 5.

<sup>12</sup> L. 1 §. 17—20 D. h. t. In I. 1 §. 20 cit. ist die richtige Lesart ge-

6. Der aus der unerlaubten Abänderung entstehende Anspruch geht auf Wiederherstellung des früheren Zustandes<sup>13</sup>, auf Schadenersatz nur in Betreff des nach dem Streitbeginn entstandenen Schadens<sup>14</sup>. — Der Anspruch steht nicht zu gegen den Abändernden als solchen, sondern gegen den Abändernden in seiner Eigenschaft als Eigenthümer des Grundstücks, an welchem die Aenderung vorgenommen worden ist<sup>15</sup>, so daß der Abändernde nicht mehr haftet, wenn er das Eigenthumsrecht am Grundstück verloren hat<sup>16</sup>. Dem Eigenthümer steht gleich der Nießbraucher, Emphyteuta und Superficiar<sup>17</sup>. Gegen den Eigenthümer, welcher die

wiß „*nocturna*“, so daß die Stelle sagen will, daß die *actio aquae pluviae arcendae* in den Vorstädten so wenig Anwendung finde, wie in der Stadt selbst. Vgl. Schneider S. 357—358, Schmidt S. 106—108, Hesse S. 233—241. Senff. Arch. VII. 47, X. 259.

<sup>13</sup> Restitutio: l. 6 §. 6 l. 22 §. 1 D. h. t. Tollere opus: l. 6 §. 7 l. 7 D. h. t. L. 24 §. 2 l. 25 §. 1 D. h. t.

<sup>14</sup> L. 6 §. 6 l. 14 §. 3 D. h. t., vgl. l. 6 §. 4 l. 11 §. 3 l. 14 §. 2 sod. In Beziehung auf den früher entstandenen Schaden verweist l. 14 §. 3 cit. auf das *interdictum quod vi aut clam*. D. h. also: für den früher entstandenen Schaden kann Ersatz begehrt werden nur, wo die Voraussetzungen des bezeichneten Interdicts gegeben sind. Es versteht sich aber von selbst, daß im heutigen Prozeß der Richter, wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, dem Antrag auf Ersatz auch des früheren Schadens ohne Weiteres Folge geben muß, und daß der Kläger nicht etwa ausdrücklich zu erklären braucht, er stelle neben der *actio aquae pluviae arcendae* auch das *interdictum q. v. a. cl. an*.

<sup>15</sup> L. 4 §. 2 l. 18 pr. D. h. t. Daher entsteht die *actio aquae pluviae arcendae* nicht aus einer Anlage, welche auf einem *locus publicus* gemacht worden ist, l. 3 §. 3 l. 18 pr. D. h. t. Vgl. übrigens Senff. Arch. X. 169, XVI. 116. — Mehrheit der Eigenthümer: l. 6 §. 1. 2 l. 11 §. 1—3 D. h. t.; Uebelohde die Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 196 fg. Vgl. §. 299 Note 7.

<sup>16</sup> L. 12. 13. 14 pr. D. h. t. (s. über diese Stelle Hesse Zeitschr. f. gesch. RB. III. 2), l. 16 i. t. sod. Jedoch befreit Veräußerung nach dem Streitbeginn nicht, l. 4 §. 1 D. h. t.; l. 16 i. t. D. h. t. ist wohl von der Veräußerung vor der *litis contestatio* zu verstehen, vgl. übrigens auch Schmidt S. 150 Note 80, Hesse S. 258. Ferner soll der Erbauer eines *sepulcrum* fortfahren zu haften, wenn er das Grundstück durch Einbringung eines Zeichens zum *fundus religiosus* mache, l. 4 pr. D. h. t. Veräußerung des Nießbrauchs befreit den Eigenthümer nicht, l. 22 pr. D. h. t.

<sup>17</sup> Bezeugt ist die Gleichstellung (*actio utilis*) nur für den Nießbraucher l. 22 §. 2 D. h. t.; aber daß Emphyteuta und Superficiar bei ihrem weiter

Abänderung nicht selbst vorgenommen hat, geht der Anspruch nur auf Gestattung der Wiederherstellung<sup>18</sup>. — Ebenso steht der Anspruch zu dem Eigenthümer als solchem, nicht demjenigen, welcher zur Zeit der Abänderung Eigenthümer war<sup>19</sup>; neben dem Eigenthümer auch dem sonst an dem Grundstück dinglich Berechtigten<sup>20</sup>.

7. Der Anspruch fällt weg gegenüber von Veranstaltungen, welche im Interesse der Fruchterzeugung nöthig sind<sup>21</sup>. Ferner kann sich der in Anspruch Genommene vertheidigen mit Berufung auf Gestattung des Gegners<sup>22</sup>, obrigkeitliche Verfügung<sup>23</sup>, Servitut<sup>24</sup>, Unvordenklichkeit<sup>25</sup>.

gehenden Recht nicht anders behandelt werden können, versteht sich von selbst. Vgl. auch l. 23 §. 1 D. h. t. (Note 20). Mit der l. 22 §. 2 cit. wird man die l. 3 §. 4 D. h. t. im Sinne der Justinianischen Compilation in der Weise in Einklang bringen müssen, daß die letztere nur die Klage gegen den nicht selbst abändernden Nießbraucher leugnet.

<sup>18</sup> L. 4 §. 2. 3 l. 5 l. 6 §. 7 l. 7 §. 1 l. 11 §. 2 l. 12 D. h. t. Schmidt S. 150—154.

<sup>19</sup> L. 6 §. 4 D. h. t. Jedoch nimmt Veräußerung nach dem Streitbeginn den Anspruch nicht, l. 16 D. h. t. Veräußerung des Nießbrauchs schadet dem Eigenthümer nicht, l. 22 pr. D. h. t. Mehrheit der Eigenthümer: l. 6 §. 1. 2 l. 11 §. 1. 4 D. h. t. Uebelohde die Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 196 fg.

<sup>20</sup> Für den Emphyteuta: l. 23 §. 1 D. h. t., l. 5 §. 3 D. arb. surt. caes. 47. 7. Der Superficiar fällt hier weg, weil das beeinträchtigte Grundstück ein Feldgrundstück sein muß. In Betreff des Nießbrauchers widersprechen sich l. 3 §. 4 und l. 22 pr. D. h. t. Dieser Widerspruch muß im Sinne der Compilation als zu Gunsten des Nießbrauchs gelöst befürwogen angesehen werden, weil dieselbe eine Stelle aufgenommen hat, in welcher sogar dem Inhaber einer Grunddienstbarkeit die *actio aquae pluviae arcendae* zugesprochen wird, l. 25 D. h. t. Vgl. Schmidt S. 148. 149, Hesse S. 241. 242, auch Thering Abhandlungen S. 138—140.

<sup>21</sup> „*Agri colendi causa*“. l. 1 §. 3—9. 15 l. 3 §. 2 l. 24 pr. D. h. t. Schneider S. 359—361, Schmidt S. 131—133, Hesse S. 226—229. Senff. Arch. VII. 46, XVII. 48.

<sup>22</sup> L. 19. 20 D. h. t.

<sup>23</sup> L. 2 §. 3 l. 23 pr. D. h. t. Senff. Arch. XIII. 252.

<sup>24</sup> L. 2 §. 10 D. h. t.

<sup>25</sup> L. 2 §. 3 D. h. t.



## B. Verpflichtung zum Vorweisen.

## §. 474.

Wer eine Sache innehat, ist verpflichtet, dieselbe einem Jeden vorzuweisen, welcher in Ansehung derselben einen Anspruch erheben will.

1. Vorweisen heißt: die Sache zu Jemandem in ein solches körperliches Verhältnis bringen, daß derselbe sich über ihre Identität und Beschaffenheit unterrichten kann<sup>1</sup>. Vorweisen ist nicht Herausgeben<sup>2</sup>; wenn aber der Anspruch, welchen der die Vorweisung Begehrende auf die Sache selbst erhebt, von dem Innehaber nicht bestritten wird, so ist das Resultat der Vorweisung allerdings das gleiche, als wenn die Sache herausgegeben worden wäre<sup>3</sup>. Ist die Sache als Bestandtheil mit einer andern verbunden, so setzt Vorweisung Trennung voraus<sup>4</sup>.

2. Berechtigt, Vorweisung zu verlangen, ist Jeder, welcher einen Anspruch in Ansehung der Sache geltend machen will<sup>5</sup>, d. h.

\* Dig. 10. 4. Cod. 8. 42 ad exhibendum. — § 167 fg.; Unterholzner II S. 141—153, Sintonis II S. 776—780, Bangerow III §. 707. 708, Sołtyścher III §. 321. 322. |

<sup>1</sup> L. 2 (Note 5) l. 9 §. 5 D. h. t., l. 3 §. 8 D. de tab. exh. 43. 5, l. 3 §. 8 D. de hom. lib. exh. 43. 29, l. 22 l. 246 pr. D. de V. S. 50. 16.

<sup>2</sup> L. 22 l. 246 D. de V. S. 50. 16.

<sup>3</sup> Daraus erklären sich l. 8 §. 11 l. 5 §. 2—6 l. 9 §. 1 l. 15 D. h. t., l. 25 D. de A. E. V. 19. 1, l. 16 D. de praeor. verb. 19. 5. Scauff. Arch. VIII. 49.

<sup>4</sup> L. 6 pr. l. 7 §. 1. 2 D. h. t., l. 28 §. 5 D. de R. V. 6. 1. Sgl. I §. 189 Note 4.

<sup>5</sup> L. 2 D. h. t. „Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui rogat, experundi sit copia“. L. 9 §. 5 D. h. t.: — „ut quis copiam rei habens possit exsequi actionem, quam destinavit“ (über die Lesart des Folgenden s. Bangerow S. 664 und die das. Citirten, Rommensen in seiner Ausgabe ad h. l.). In andern Stellen wird die actio ad exhibendum Jedem zugeschrieben, cuius interest (l. 3 §. 9. 12 l. 7 §. 7 l. 13 l. 19 D. h. t.); aber daß dies ein zu allgemeiner Ausdruck sei, erkennen die Quellen selbst an (l. 3 §. 11 l. 19 D. h. t.). L. 3 §. 14 D. h. t. bezieht sich nur auf die Vorweisung von Urkunden, s. unten bei Nr. 6. Doch erklärt auf Grund dieser Stelle ein jedes rechtliche Interesse zur Begründung der actio ad exhibendum für hinreichend das Urtheil bei Scauff. Arch. XVI. 48. — Muß der Anspruch, um dessentwillen Vorweisung begehrt wird, ein Vermögensanspruch sein? Da-

einen Anspruch entweder auf die Sache, oder gegen die Sache<sup>6</sup>. Der Anspruch kann ein dinglicher<sup>7</sup> oder ein obligatorischer sein<sup>8</sup>. Er kann auch ein alternativer sein, und die Vorweisung zum Zweck der Wahl begehrt werden<sup>9</sup>. Wird der Anspruch vom Innehaber bestritten, so tritt summarische Cognition ein<sup>10</sup>. Es versteht sich von selbst, daß bei Erhebung des Anspruches das Vorzuweisende in hinreichend genauer Weise bezeichnet werden muß<sup>11</sup>.

3. Verpflichtet zur Vorweisung ist Jeder, welcher als Innehaber der Sache zur Vorweisung im Stande ist<sup>12</sup>. Juristischer Besitz ist zur Begründung der Verpflichtung weder nothwendig<sup>13</sup>, noch hinreichend<sup>14</sup>. Wie der Innehaber haftet aber derjenige, welcher sich arglistigerweise des Innehabens entäußert hat<sup>15</sup>

wider spricht l. 12 pr. D. h. t. (vindicatio in libertatem); dafür beruft man sich (Söld XI S. 177, Unterholzner S. 143, Bangerow S. 664) auf l. 13 D. h. t., indem man an die Stelle der Lesart der Florentina „peculiariter“ die den Passiven entsprechende „pecuniariter“ setzt (so auch Rommensen in seiner Ausgabe). Aber die Lesart der Florentina hat guten Sinn: der Anspruch muß ein Privatanspruch sein, nicht ein Anspruch, durch welchen Erfüllung einer allgemeinen Bürgerpflicht verlangt wird, wie das in dem von der l. 13 cit. ausgeschlossenen Fall (Freiheitsberaubung) allerdings der Fall ist (vgl. l. 3 §. 9 D. de hom. lib. exh. 43. 29). Sgl. Scauff. Arch. VIII. 223.

<sup>6</sup> Gegen die Sache: damit soll der Fall der actio noxalis wegen (des Delictis eines Sklaven oder) der Beschädigung durch ein Thier bezeichnet sein. L. 3 §. 7 l. 12 §. 2 D. h. t., vgl. l. 2 C. h. t.

<sup>7</sup> Der Hauptfall ist der des Eigenthumsanspruches. L. 1 D. h. t. „Hae actio . . . maxime propter vindicationes inducta est“. L. 3 §. 12 l. 12 §. 2 D. h. t., l. 1. 6. 8 C. h. t. Sonstige dingliche Ansprüche: l. 3 §. 3. 4. 12 D. h. t. (Vindicatio in libertatem: l. 12 pr. D. h. t.)

<sup>8</sup> L. 3 §. 5. 12 D. h. t.

<sup>9</sup> L. 3 §. 6. 10 l. 12 §. 2 D. h. t., l. 8 §. 3 D. de opt. leg. 33. 5.

<sup>10</sup> L. 3 §. 9. 13 D. h. t. Ueber den Begriff des „summatim cognoscere“ vgl. die gemeine Meinung bei Wegell Civilproz. §. 29 Note 2. 21 fg., und die abweichende Ansicht von Briegleb Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse S. 240—245. 358—359. Scauff. Arch. IV. 10. — Führung des Beweises durch Calumniens? L. 15 D. h. t., Wegell a. a. O. Note 24 fg.

<sup>11</sup> L. 3 pr. D. h. t. Scauff. Arch. IX. 38.

<sup>12</sup> L. 5 pr. i. f. §. 6 D. l. 7 C. h. t.

<sup>13</sup> L. 3 §. 15 — l. 5 §. 1 l. 12 §. 1 l. 15 D. h. t.

<sup>14</sup> L. 5 §. 6 D. h. t.

<sup>15</sup> Er haftet auf das Interesse, d. h. auf Alles, was der Kläger gehabt haben würde, wenn ihm die Sache vorgewiesen worden wäre, und er in Folge

sowie derjenige, welcher sich arglistigerweise als Innehaber auf den Prozeß einläßt<sup>16</sup>.

4. Verliert der auf Vorweisung Belangte die Innehabung nach Beginn des Prozesses, so gelten die gewöhnlichen Grundsätze<sup>17</sup>. Ebenso gelten die gewöhnlichen Grundsätze in Betreff des sonstigen Einflusses des Prozesses auf den Vorweisungsaufspruch<sup>18</sup>.

5. Der Anspruch auf Vorweisung findet der Natur der Sache nach seine Hauptanwendung bei beweglichen Sachen<sup>19</sup>, ist aber bei unbeweglichen nicht unbedingt ausgeschlossen<sup>20</sup>.

6. Besonders ist bestimmt über die Verpflichtung zur Vorweisung von Urkunden: Vorweisung einer in den Händen eines Andern befindlichen Urkunde kann Jemand schon auf Grund davon verlangen, daß die Urkunde eine Bekundung über eine Thatsache enthält, welche auf die Gestaltung seiner Vermögensverhältnisse eingewirkt hat<sup>21</sup>. — Ueber die Verpflichtung zur

davon den Hauptanspruch hätte erheben können. Daher vertritt in diesem Fall die actio ad exhibendum den Hauptanspruch (das „iudicium directum“, l. 3 §. 13 l. 17 D. h. t.). Der dabei an und für sich erforderliche Beweis des Hauptanspruches geht auf in dem dem Kläger nach allgemeinen Grundsätzen (l. §. 133 Note 15—17) gestatteten Währungsverweid. L. 5 §. 2 l. 8 l. 9 pr. — §. 4 l. 14. 15 D. l. 5 C. h. t., l. 11 i. f. D. de R. O. 12. 1, l. 23 §. 6 D. de R. V. 6. 1, l. 1 §. 2 D. de tigno iuncto 47. 3, §. 2 l. quib. al. 2. 8.

<sup>16</sup> Dieß ist nicht ausdrücklich bezeugt, aber bei der sonstigen Gleichstellung zwischen demjenigen, qui liti se obstat, und demjenigen, qui dolo assuit possiders (l. §. 196 Note 8), wohl unzweifelhaft. Arn dt's §. 346 Note 3.

<sup>17</sup> L. 7 §. 5. 6 l. 12 §. 4 D. h. t., und vgl. dazu I §. 124 Note 9 (aber auch II §. 280 Note 15).

<sup>18</sup> L. 9 §. 6. 7. 8 l. 11 pr. l. 17 D. l. 7 C. h. t., und vgl. dazu I §. 124 Note 1. 3. — Gehört der Verurtheilte dem Urtheil nicht, so hat der Kläger die Wahl zwischen Naturalexecution und Forberung des durch seinen Eid bestimmten Interesses. L. 3 §. 2 D. l. 4 C. h. t.; vgl. I §. 193 Note 1—3 (Wegeß Civilproz. 2. Aufl. S. 588).

<sup>19</sup> Daher l. 56 D. de proc. 3. 3, l. 38 D. de iud. 5. 1, l. 1 §. 6 D. de vi 43. 16.

<sup>20</sup> S. das Erl. des OAG. zu Cassel bei Seuff. Arch. XVI. 48; auch l. 8 D. h. t.

<sup>21</sup> L. 3 §. 14 D. h. t., l. 18 eod., l. 9 C. eod., l. 7 C. de edendo 2. 1. Ein hierher gehöriges Erkenntniß des OAG. zu München in den Bl. f. Anwendung in Bayern N. F. X Nr. 15. — Specieell war im prätorischen Edict vorgesehen die Ediktionspflicht der argentarii und nummularii, l. 4—18

Vorweisung einer Testamentsurkunde ist im Erbrecht, über die Verpflichtung zur Vorweisung einer in den Händen des Prozeßgegners befindlichen, auf den geführten Prozeß bezüglichen Urkunde im Prozeßrecht zu handeln<sup>22</sup>.

### C. Alimentationsverbindlichkeit.\*

#### §. 475.

Eine Alimentationsverbindlichkeit kann begründet werden durch Vertrag<sup>1</sup>, Vermächtniß<sup>2</sup>, Delict<sup>3</sup>. Sodann besteht eine gesetzliche Alimentationsverbindlichkeit zwischen Ascendenten und Descendenten<sup>4</sup>, und zwar als gegenseitige, so daß sowohl diese jene, als jene diese zu alimentiren verpflichtet sind<sup>5</sup>. Von den Ascendenten haftet zuerst der Vater, dann die Mutter, dann die Großältern und weiteren Ascendenten<sup>6</sup>. Die Verbindlichkeit setzt

D. de edendo 2. 13. Vgl. darüber Wegeß Civilproz. §. 24 Note 11 fg. Die viel weiter gehende l. 22 C. de sdo instrum. 4. 21 ist nicht glossirt. Vgl. über die Lehre überhaupt: Bangerow §. 708 Nr. I, Bajer Vorträge S. 956 fg., Wegeß Civilproz. §. 24 Note 102. 103. Seuff. Arch. I. 134.

<sup>22</sup> Vgl. Bangerow a. a. D. Nr. II, Bajer Vorträge S. 962 fg., Wegeß Civilproz. §. 24 Note 104. 105.

\* Unterholzer II S. 568—584.

<sup>1</sup> Vgl. l. 8 C. de rer. perm. 4. 64, l. 1 C. de don. quas sub modo 8. §. 475. 55. Eine besonders wichtige Anwendung findet der Alimentenvertrag im bürgerlichen Recht bei der bäuerlichen Gutsübergabe.

<sup>2</sup> Dig. 34. 1 de alimentis et cibariis legis.

<sup>3</sup> Vgl. l. 7 D. de his qui effund. 9. 3.

<sup>4</sup> Glüc XXVIII S. 50 fg.; Sintenis III S. 129—137, Holzschuher I S. 66 Nr. 5—18 und III §. 324, Reinhard Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII. 5.

<sup>5</sup> L. 5 pr. §. 1—6. 13 D. de agnosc. et alendis liberis vel parentibus 25. 3, l. 1—4 C. de alendis liberis ac parentibus 5. 25, l. 8 §. 5 C. de bon. quas lib. 6. 61, l. 5 C. de patr. pot. 8. 47, Nov. 117 c. 7.

<sup>6</sup> Von Andern wird behauptet, daß die väterlichen Ascendenten vor der Mutter haften (s. die bei Glüc XXVIII S. 209 Citirten, Puchta §. 316, Arn dt's §. 348), wenigstens dann, wenn sich die Descendenten in ihrer Gewalt befinden (Glüc a. a. D., Sintenis S. 131, Seuff. Arch. XI. 154). Aber dafür läßt sich ein Beweis aus den Quellen nicht erbringen. L. 8 D. h. t., auf welche man sich vorzüglich beruft, setzt voraus, daß die Mutter (als vermögenslos oder gestorben) nicht in Betracht komme; will man dieß nicht annehmen, so muß man auf Grund der genannten Stelle auch die

hinreichendes Vermögen auf der einen Seite<sup>6</sup>, Mangel auf der anderen voraus<sup>7</sup>; ferner daß der Fordernde sich nicht seinerseits gegen die verwandtschaftlichen Pflichten verfehlt habe<sup>8</sup>. Das Maß der Alimente ist nach den Verhältnissen zu bestimmen, namentlich nach dem Stande des Berechtigten und dem Vermögen des Verpflichteten<sup>9</sup>. Zu den Alimenten gehört aber nur das zur Erhaltung und Pflege des Körpers<sup>10</sup>, nicht auch das zur Entwicklung und Ausbildung des Geistes Erforderliche<sup>11</sup>; doch sind Müttern ihren Kindern gegenüber zur Gewährung des Besseren (Erziehungskosten) ebenfalls verpflichtet<sup>12</sup>. Die Erben

mütterlichen Ascendenten vor der Mutter haften lassen („nisi pater aut non sit superstes aut agnos est“). Auch nennt Nov. 117 c. 7 hinter dem Vater nur die Mutter. — Daß nicht die väterlichen Ascendenten vor den mütterlichen haften: Senff. Arch. XIII. 265. S. auch Holzschuher I §. 66 Nr. 18. — Daß die Alimentationsverbindlichkeit des in zweiter Linie Gastenden auch bei Auswanderung des in erster Linie Gastenden eintrete: Senff. Arch. III. 266.

<sup>6</sup> L. 5 §. 13 D. l. 2 C. h. t. Holzschuher I §. 66 Nr. 7. Senff. Arch. I. 238, VI. 204, X. 262, XII. 45. 169 (IX. 90 Nr. 3), XIV. 43.

<sup>7</sup> L. 5 §. 7. 18 vgl. §. 19. 25 D. h. t., l. 8 §. 5 C. de don. quao lib. 6. 61. Puggé Rhein. Mus. III S. 569—574. Senff. Arch. X. 179, XII. 45. 169. Ueber die Beweislast s. die Auffäge von Hofmann und Scholz dem Dritten in Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVI. 4 u. XVIII. 4.

<sup>8</sup> L. 4 C. h. t. „Si patrem tuum officio debito promerueris, paternam pietatem tibi non denagabit“. L. 5 §. 11 vgl. §. 23 D. h. t. Puggé a. a. D. S. 569—568, Reinhard a. a. D. S. 150 fg., Holzschuher I §. 66 Nr. 11. Senff. Arch. V. 285 a. E.

<sup>9</sup> L. 5 §. 7. 10 vgl. §. 19. 25 D. l. 3. 4 C. h. t., l. 1 §. 19 D. de ventre in po. 37. 9. Vgl. Nov. 89 c. 12 §. 6: „secundum substantiae mensuram a bono viro arbitratam“.

<sup>10</sup> L. 6. 28 D. de alim. leg. 34. 1, l. 5 pr. l. 1 §. 19 D. de ventre in po. 37. 9, l. 43. 44 l. 234 §. 2 D. de V. S. 50. 16. Ueber das Singulue s. Walthers Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 361 fg. Natural- oder Selbstprästation? Puggé a. a. D. S. 574 fg.; Senff. Arch. X. 264. Nachzahlung für die Vergangenheit? Senff. Arch. XII. 273.

<sup>11</sup> L. 6 D. de alim. leg. 34. 1, l. 6 §. 5 D. de Carb. ed. 37. 10, l. 4 D. ubi pup. 27. 2. N. R. mit Unrecht Walthers a. a. D. S. 371 fg., wo auch über abweichende Meinungen Anderer berichtet ist. S. auch Sintenis Ann. 56.

<sup>12</sup> L. 5 §. 12 D. h. t., l. 6 §. 5 D. de Carb. ed. 37. 10. Unterholzner S. 575, Sintenis a. a. D., Reinhard a. a. D. S. 145—146.

des Verpflichteten haften nur im Falle äußerster Noth des Berechtigten<sup>13</sup>. — Uneheliche Kinder haben der Regel gemäß einen Alimentationsanspruch gegen ihre Mutter und deren Ascendenten, wie eheliche<sup>14</sup>; außerdem aber<sup>15</sup> nach Gewohnheitsrecht<sup>16</sup> auch gegen denjenigen Mann, welcher innerhalb der kritischen Zeit<sup>17</sup> mit der Mutter den Beischlaf vollzogen hat<sup>18</sup>. Diese letztere Verbind-

<sup>13</sup> L. 5 §. 17 D. h. t. Wenn man die Verpflichtung des Erben an die fernere Voraussetzung knüpft, daß der Erblasser bei seinen Lebzeiten schon Alimente verabreicht habe (Holzschuher I §. 66 Nr. 14, Senffert §. 449, Senff. Arch. VI. 205), so findet das in der citirten Stelle keine Rechtfertigung („dabit“). Eher rechtfertigt diese Stelle die Beschränkung auf den Vater (wo man aber dann neben den Großvätern auch die Mutter einschließen muß).

<sup>14</sup> L. 5 §. 4 D. h. t.

<sup>15</sup> Vgl. zum Folgenden: Glüd XXVIII S. 183 fg. (1826). Busch theoretisch-praktische Darstellung der Rechte geschwächter Frauenpersonen gegen ihre Verführer und der unehelichen Kinder gegen ihre Erzeuger S. 214 fg. (1828). Bett über die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft S. 84—207 (1836). Ferner: Spangenberg Arch. f. civ. Pr. I. 5 (1820). Raucher das. III. 26 (1822). Busch in Ebers' Themis II. 7 (1829). Kämmerer das. II. 8 (1829). Dunge Arch. f. civ. Pr. XII. 7 (1829). Heerwart das. XIV. 18 (1831). v. Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V. 21 (1832). Heerwart Arch. f. civ. Pr. XVII. 3 (1834). Busch das. XXIII. 7 (1841). Heerwart Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVII. 9 (1842). v. Buttler Arch. f. d. Praxis des in Odenburg geltenden R. I. 3 (1844). Schömann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. I. 4 (1845). v. Prentzen das. IV. 4 (1847). Busch Arch. f. civ. Pr. XLVI. 10 (1863). Sintenis I S. 131—133, Pangerow I §. 260 Ann., Holzschuher I §. 49.

<sup>16</sup> Dieses Gewohnheitsrecht (vgl. Schömann S. 131) hat sich namentlich angeschlossen an c. 5 X. de eo qui duxit in matr. 4. 7, obgleich diese Stelle nach der ungewissen richtigen Auslegung nichts von den Grundbüchern des römischen Rechts Abweichendes enthält, s. auch c. 13 X. qui filii sint leg. 4. 17. Vgl. Spangenberg S. 88 fg., Raucher S. 442 fg., Schröter S. 308, Schömann S. 128—130. Das römische Recht gewährt den unehelichen Kindern einen Alimentationsanspruch gegen den unehelichen Vater nicht, erst Nov. 89 c. 12 §. 6 c. 13. 15 den Concubinentkindern.

<sup>17</sup> D. h. innerhalb des 182. und 300. Tages vor der Geburt. S. I §. 56 Note 3. Vgl. Holzschuher I §. 49 Nr. 6. 7. Senff. Arch. I. 227, V. 175, IX. 124. 162, X. 170, XII. 161, XIII. 123, XV. 98, XVII. 115, XVIII. 108. 109 (vgl. auch I. 161, VI. 210 a. E., VIII. 229, XI. 11, XII. 36).

<sup>18</sup> Der aufgestellte Satz selbst ist vollkommen ungewisselt; aber welches ist sein Grund? Hierüber gibt es zwei entgegengesetzte Meinungen. Nach

lichkeit wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Mutter sich in der gleichen Zeit mit mehreren Männern in geschlechtliche Verbindung eingelassen hat<sup>19</sup>; diese Mehreren haften soli-

der einen ist die Verpflichtung des Concumbenten eine Delictsobligation; so Bölow u. Jagemann Erörterungen IV. 70, Rämmerer S. 225 fg., Dunze S. 180, Buchta §. 316 und Vorl. dazu, vgl. auch Glük XXVIII S. 197. Nach einer andern Meinung haftet der Concumbent als Vater (Glük S. 184, Selt §. 28, Heerwart XIV S. 435—442, XVII 3 und XVII 9), oder, wie Andere es ausgebrüht haben (v. Schröter S. 309—313, Busch XXIII 8 und XLVI S. 218, v. Buttell S. 66 fg., Schömann S. 188 fg.) aus der Thatfache der Erzeugung (vgl. Note 21). M. E. ist der Delictsstandpunkt als solcher (s. diese Note a. E.) unhaltbar (vgl. gegen denselben Heerwart XIV S. 436, v. Schröter S. 310, v. Buttell S. 64, 65, Bangerow S. 432); wie kann man sagen, daß der Vater gegen das Kind durch Hervorrufung seiner Existenz ein Delict begehe? Aber auch die zweite Auffassung halte ich nicht für gerechtfertigt. Der Schluß von dem Beischlaf auf Vaterschaft oder Erzeugung ist anerkanntermaßen kein notwendiger Schluß: warum soll er denn hier gemacht werden? Man meint: daß der Concumbent wirklich der Vater sei, ist sicher, sobald es sicher ist, daß die Mutter mit einem andern Manne sich nicht in Geschlechtsverbindung eingelassen habe; dieß wird aber stillschweigend angenommen, bis der in Anspruch Genommene das Gegentheil bewiesen hat. Aber warum soll es stillschweigend angenommen werden? Trägt man in den gewohnheitsrechtlichen Satz nichts hinein, was er nicht enthält, so kommt man nicht weiter, als dahin: der Concumbent haftet als möglicher Vater. Und wenn gefragt wird, wie kommt das Recht hier dazu, die Möglichkeit der Wirklichkeit gleichzustellen? so ist die Antwort diese: weil der Concumbent eine unerlaubte Handlung begangen hat. So kommt auch der Delictsstandpunkt wieder zu seinem Rechte.

<sup>19</sup> Sie alle sind mögliche Väter. Die zweite der vorhin erwähnten Auffassungen führt umgekehrt dazu, die s. g. *exceptio plurium concumbentium* (*conatupratorum*) als zulässig anzuerkennen, und daher keinen der Concumbenten haften zu lassen, wie dieß wirklich thun Selt S. 142 fg. und die das. Citirten, Busch theor.-prakt. Darstellung zc. S. 325, Themis S. 189, 190, Arch. XXIII S. 228 fg., Heerwart XIV S. 447 fg., v. Preusschen a. a. O. Nur Schröter hat es versucht, auch von dieser Auffassung aus die Unzulässigkeit der genannten Einrede zu rechtfertigen; aber der Trugschluß, welchen er dabei macht (S. 313) liegt auf der Hand (s. darüber auch Busch Arch. XXIII S. 229 fg.). — Eine wunderliche Modification der Zulässigkeits-theorie (Busch theor.-prakt. Darstellung zc. S. 245 fg.) ist die, daß ein Anspruch gegen die mehreren Concumbenten doch wieder im Falle der Unvermögenheit der Mutter begünstigt sei (*actio in factum ex lege Aquilia*), weil jeder Concumbent das Kind in die Lage versetzt habe, die Paternitätsklage nicht geltend machen zu können, — darüber Heerwart XIV S. 450 fg.,

darisch<sup>20</sup>. Mit dem Manne haften nicht auch seine Ascendenten<sup>21</sup>, wohl dagegen seine Erben nach der für Delictsansprüche geltenden Regel<sup>22</sup>. Daß der Mann Ehemann ist, schließt seine Verbindlichkeit nicht aus<sup>23</sup>, wohl, daß die Mutter Ehefrau ist<sup>24</sup>.<sup>25</sup>

vgl. auch Schömann S. 134 fg.). Auch die Meinung ist aufgestellt worden, daß von den mehreren Concumbenten derjenige hafte, dessen Beischlaf der Zeit nach mit der Niederkunft der Mutter am besten zusammentreffe. Walbed Controversenentscheidungen des OAG. zu Woffenbüttel I S. 192—207; darüber Busch in dem Aufsatz in der Themis. — Gegen die Zulässigkeit der *exc. plurium concumbentium*, zum Theil mit Berufung auf den gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauch: Seuff. Arch. IV. 51, IX. 167, X. 171, XVI. 17; dafür VII. 183 (Plenarbeschluß des OAG. zu München), vgl. auch XVIII. 253. Ueber die Behandlung dieser Einrede in der Particulargesetzgebung s. Busch XLVI S. 219 fg.; über die Verhandlungen des dritten deutschen Juristentages in Betreff derselben, das. S. 223 fg.

<sup>20</sup> Die Meinung, daß die mehreren Concumbenten jeder pro rata haften, läßt sich in keiner Weise rechtfertigen.

<sup>21</sup> Das Gegentheil müssen diejenigen annehmen, welche den Vaterschaftsstandpunkt festhalten; doch geschieht es nicht immer, s. Glük S. 221 fg., Selt S. 97—99, Bangerow a. a. O. Nr. 6. Der bezeichneten Consequenz glauben diejenigen entgegen zu können, welche die Alimentationsverpflichtung nicht auf die Vaterschaft (Verwandtschaft), sondern auf die Thatfache der Erzeugung gründen. „Als ob man nicht eben durch die Erzeugung der Vater und also verwandt würde!“ (Keller Pand. S. 383). Vgl. auch Polzschuher a. a. O. Nr. 2 und III S. 1096, 1097. Gegen die Verbindlichkeiten der Ascendenten: Seuff. Arch. III. 175, IV. 50.

<sup>22</sup> Also mit Beschränkung auf die Kräfte der Erbschaft. Dieß kann zweifelhaft erscheinen, da ja nach der hier vertretenen Ansicht die Obligation ihren Grund nicht in einem Delict als solchem hat. Aber ohne Berücksichtigung der Unerlaubtheit der Handlung würde das Recht die Obligation nicht verhängen haben. — Der Uebergang der Obligation auf die Erben des Concumbenten scheint in der Praxis nie bestritten worden zu sein. Busch XXIII S. 222, 223 und dazu Heerwart Zeitschr. XVII S. 331, 334, Polzschuher a. a. O. Nr. 26 und III S. 1094, Seuff. Arch. XI. 42, XIX. 47. Das Argument, welches sich daraus gegen die Vaterschaftstheorie ergibt, liegt auf der Hand. Der Uebergang wird aber eben auf Grund der Vaterschaftstheorie geleugnet von Heerwart XIV S. 441 und XVII S. 335, Bangerow Nr. 3, während die Erzeugungstheorie sich auch gegen diese Consequenz gedeckt glaubt, Schröter S. 312.

<sup>23</sup> Das römische Recht, welches den *adulterini* und den *incestuosi* allen Alimentationsanspruch verweigert (Nov. 74 c. 6, 89 c. 15), ist durch Gewohnheitsrecht auch in dieser Beziehung überwunden worden. Vgl. die oben citirten Windscheid, Pandekten. II. Bd. II. 4616.

Geschwister haben einen Alimentationsanspruch gegen einander nicht<sup>26</sup>. Ueber den Alimentationsanspruch zwischen Ehegatten s. die Lehre von der Ehe<sup>27</sup>.

Aufsätze von Spangenberg, Raucher, Dunke, Schröter; auch Holzschuher Nr. 4.

<sup>24</sup> Die entgegengesetzte Ansicht wird namentlich von Schröter a. a. O. verfolgt. Aber das von einer Ehefrau geborene Kind hat, auch wenn der Ehebruch der Mutter nachgewiesen ist, rechtlich zum Vater den Ehemann derselben (I §. 56<sup>b</sup> Note 2), und das Recht kann nicht den Einen als wirklichen Vater anerkennen, und daneben einen Andern als möglichen Vater behandeln. S. auch Heerwart Arch. XVII S. 86 fg., Bangerow Nr. 2. Die Ansicht von Schröter liegt dem Urtheil bei Seuff. Arch. IV. 234 zu Grunde, vgl. auch XVII. 50; dagegen das II. 186. 296, VI. 46, X. 54 (V. 176), Buchta und Budde Entscheidungen III. 38.

<sup>25</sup> Fernere Fragen. 1) Hastet auch der unzurechnungsfähige Concubent? Nach der hier vertretenen Auffassung: nein. A. M. Heerwart XIV S. 438, Bangerow Nr. 5; Seuff. Arch. VI. 47, XII. 162. 2) Kann der Concubent seiner Verpflichtung auch dadurch genügen, daß er sich er bietet, das Kind bei sich aufzuziehen? Nein; denn er ist nicht Vater, und kann nicht verlangen, daß die Mutter sich von dem Kinde trenne. Für diese Entscheidung: Kammerer in der Themis II. 8, Buch XXIII S. 285 fg., Büttel S. 70, Seuff. Arch. IV. 280, XII. 163; a. M. Gell S. 116, Heerwart XIV S. 442 fg. und Zeitschr. XVII S. 343 fg., Fabricius Jahrb. d. gem. R. VI. 10. Vgl. auch Holzschuher a. a. O. Nr. 9. 10 und III S. 1094. 1095. 3) Welches Recht entscheidet, das Recht des Ortes des vollzogenen Beischlafs oder das Recht des Wohnorts des Concubenten? Läßt man überhaupt für Delictobligationen das Recht des Delictsortes maßgebend sein (vgl. I §. 85 Note 8), so muß man auch hier für die erste Alternative entscheiden (Note 22). Vgl. Holzschuher Nr. 27 und die das. Citirten; Seuff. Arch. XIV. 196 und die das. citirten Urtheile. 4) Umfang der Alimentationsverbindlichkeit: Gell S. 107 fg. 110 fg., Holzschuher Nr. 10<sup>a</sup>. 14; Seuff. Arch. VI. 208, X. 53, XI. 245, XII. 35. 5) Zeitliche Grenze: Gell S. 114 fg., Holzschuher Nr. 8; Seuff. Arch. I. 228, VII. 49, XI. 41; VI. 202, XII. 278, XVII. 250. Buchta u. Budde Entscheidungen V S. 297. 298. 6) Klage der Mutter: Holzschuher Nr. 5; Seuff. Arch. IV. 49, XI. 48, XVII. 49. 50; II. 55. 7) Beweis: Seuff. Arch. VI. 201, XVII. 247.

<sup>26</sup> Man (namentlich Lühbaut Versuche I. 12) hat es behauptet wegen I. 4 D. ubi pup. 27. 2. I. 1 §. 2 D. de tutela 27. 3 in Verbindung mit I. 12 §. 3 I. 13 §. 2 D. de adm. et per. 26. 7. S. dagegen Müller Arch. f. civ. Pt. XIII. 13, Bangerow I §. 260 Anm. 2. Vgl. Holzschuher a. a. O. Nr. 9 u. III S. 1096.

<sup>27</sup> §. 491 Note 1, §. 493 Note 3.

## V. Haftung für Verbindlichkeiten Anderer.

### A. Bürgschaft\*.

#### 1. Begriff und Abschluß.

##### §. 476.

Die Bürgschaft hat den gleichen Zweck, wie die Verpfändung: einem Gläubiger Sicherheit zu geben für die Befriedigung seiner Forderung. In der Verpfändung wird dieser Zweck dadurch erreicht, daß an die Forderung eine Sache gebunden wird, durch deren Verwerthung der Gläubiger sich selbst Befriedigung verschaffen kann; in der Bürgschaft wird der bezeichnete Zweck dadurch erreicht, daß dem Gläubiger ein zweiter Schuldner gegeben wird, an welchen er sich halten kann, wenn er von seinem eigentlichen Schuldner, dem Hauptschuldner, nicht befriedigt wird. Im Uebrigen kann der Bürgschaftsvertrag noch einen verschiedenen Inhalt haben. 1) Der Bürge nimmt die Verbindlichkeit des Hauptschuldners auf sich; er begründet nicht eine neue Verbindlichkeit für sich, sondern erstreckt die Verbindlichkeit des Hauptschuldners auf sich, so daß er neben demselben Correalschuldner wird. 2) Der Bürge begründet für sich eine besondere Verbindlichkeit, welche aber zum Inhalt die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners hat; er macht sich neben demselben zum (bloßen) Solidarschuldner. 3) Der Bürge begründet für sich eine besondere Verbindlichkeit, welche zum Inhalt nicht die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners hat, sondern den Ersatz des Schadens, welcher dem Gläubiger durch Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners erwachsen werde. Das römische Recht hat für jede dieser Willensrichtungen eine besondere Vertragsform ausgebildet, und stellt jede dieser Vertragsformen unter ihre besonderen Regeln. Der ersten Will-

\* Inst. §. 20 de fideiussoribus. Dig. 46. 1 Cod. 8. 41 de fideiussoribus et mandatoribus. — Citroner die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht (1850). Kriß Pandektenrecht I Bd. 1 S. 115—239 (1836). Siehe im Rechtslexicon V S. 512—525 (1844). Bangerow III S. 578. 579, Unterholzner II S. 801—849, Sinenis II S. 826—836.

lenstrichtung entspricht die *fideiussio*<sup>1</sup>, der zweiten das *constitutum*<sup>2</sup>, der dritten das *mandatum*<sup>3</sup>. Auch im heutigen Recht ist es nicht ausgeschlossen, daß die Parteien einen dieser Wege zur Erreichung des Bürgschaftszweckes mit Abweisung der übrigen erwählen und als gewollt unzweifelhaft bezeichnen: wenn sie dies aber nicht gethan, sondern sich darauf beschränkt haben, nur im Allgemeinen den Bürgschaftswillen, mit oder ohne Gebrauch des Wortes Bürgschaft, auszudrücken, so darf 1) nicht angenommen werden, daß die Parteien einen bloßen Schabloshaltungsvertrag gewollt haben<sup>4</sup>; 2) was den Gegensatz zwischen *fideiussio* und *constitutum* angeht, so ist zu sagen, daß das Bewußtsein der Parteien für diesen Gegensatz im Zweifel unempfindlich ist<sup>5</sup>; wo sich aber

<sup>1</sup> Die *fideiussio* wurde durch Stipulation mit Gebrauch des Wortes *fidei iurare* („idem fide tua esse iubes“?) geschlossen. Im klassischen Recht dienten dem gleichen Zweck noch zwei andere Stipulationsformen, die *sponsio* („idem dari spondere“?) und die *fidepromissio* („idem fidepromittis“?), für welche auch in mannichfacher Beziehung besonderes Recht galt; im Justinianischen Recht sind dieselben verschwunden. Vgl. mit Gal. III. 115—127 den Titel der Institutionen de *fideiussoribus*. Girtanner S. 4—46, Beller proz. Consumption S. 182—207. Wo in der Justinianischen Compilation das Wort *spondere* vorkommt, geht es auf die (Stipulations-) Bürgschaft überhaupt; vgl. §. 1. 3. 4. 8 l. de mand. 3. 26, 1. 26. C. l. t. Girtanner S. 102—105.

<sup>2</sup> Das f. g. *constitutum debiti alieni*. Dasselbe bedurfte, wie jedes *constitutum*, der Stipulationsform nicht. Vgl. über das *constitutum* überhaupt oben §. 284; über die Anwendung desselben auf fremde Schulden l. 2 l. 5 §. 2—4 l. 26—28 D. de pec. const. 13. 5. Zimmern in sein. u. Neufreies römisch-rechtlichen Untersuchungen S. 255 fg., Girtanner S. 47—59, Bruns Zeitschr. f. RWsch. I S. 97—101.

<sup>3</sup> Das f. g. *mandatum qualificatum*. S. §. 412 Nr. 2 und speziell Note 19 u. 20; Zimmern in dem in der vorigen Note citirten Aufsatz, Girtanner S. 60—72.

<sup>4</sup> Die Intention der Parteien ist im Zweifel darauf gerichtet, daß der Bürge schuldig werden solle, was der Hauptschuldner schuldig ist, daß der Bürge verpflichtet werden solle, statt des Hauptschuldners zu leisten.

<sup>5</sup> Die Parteien wissen sehr genau, daß der Bürge verpflichtet werden soll, eine Verbindlichkeit zu erfüllen, die ihm materiell eine fremde ist; aber sie würden wohl regelmäßig sehr in Verlegenheit kommen, wenn sie Antwort auf die Frage geben sollten, ob sie wollen, daß diese Verbindlichkeit als solche auf den Bürgen übergehen solle, oder ob sie wollen, daß für denselben eine besondere Verbindlichkeit zur Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners entstehen solle.

ein Bedürfnis ergibt, zwischen dem Recht der *fideiussio* und dem *constitutum* zu unterscheiden, ist das erstere, nicht das letztere zur Anwendung zu bringen<sup>6</sup>.<sup>7</sup> —

Geschlossen wird der Bürgschaftsvertrag durch die Erklärung des Parteiwillens; einer Form bedarf diese Erklärung nicht. — Unterlagt ist die Bürgschaft den Frauen<sup>8</sup>; für gewisse Verpflichtungen den Soldaten und Geistlichen<sup>9</sup>.

## 2. Verpflichtung des Bürgen.

### a) Im Allgemeinen.

#### §. 477.

Die Verpflichtung des Bürgen steht unter freiem richterlichen Ermessen; im Folgenden sind nur die Hauptpunkte angegeben<sup>1</sup>.

<sup>6</sup> Dies aus einem doppelten Grunde: a) weil wohl in der *fideiussio*, nicht aber in dem *constitutum* als solchem, die Bürgschaftsabsicht, d. h. die Absicht, nur zur Sicherheit des Gläubigers zu haften, ausgedrückt ist; das *constitutum* kann auch den Sinn haben, daß die Verpflichtung, die fremde Verpflichtung zu erfüllen, definitiv übernommen wird. b) Weil das Recht des *constitutum* in seiner Abweichung von dem Recht der *fideiussio* gar nicht als recipirt angesehen werden kann. S. Girtanner S. 163 fg.

<sup>7</sup> Ueber die verschiedenen Ansichten in Betreff der heutigen Bedeutung der römischen Unterscheidung zwischen den verschiedenen Bürgschaftsformen s. Girtanner S. 163 fg. 373 fg., Liebe S. 515, Bangerow III S. 161. 162, Sintenis Anm. 36, Arndts §. 353, Samhaber Correolobig. S. 173 fg., Bruns Zeitschr. f. RWsch. I S. 97 fg.

<sup>8</sup> Durch das SO. *Velleianum*, welches sich aber nicht bloß auf Bürgschaften bezieht. S. darüber §. 485 fg.

<sup>9</sup> Soldaten sollen nicht Bürgen werden für Pacht- und Mietverträge, l. 31 C. de loc. 4. 65; Geistliche sollen nicht Bürgen werden für Pachtungen von Gütern oder öffentlichen Gefällen, für Verwaltungen, für Führung fremder Prozesse, Nov. 123 c. 6. Jedoch ist die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmungen nicht allgemein anerkannt. Entschieden unanwendbar ist die Bestimmung in Betreff der *curiales* in l. 30 C. de loc. 4. 65. Vgl. Girtanner S. 143 fg. 283 fg. 368 fg. — Auf Grund von l. 1. 2 C. ne *fideiussores aditum* 5. 20 wird auch wohl ein Verbot der Bürgschaft für Restitution einer Dos behauptet; jene Stellen handeln aber nur von dem Recht, Bürgschaft zu verlangen. Gl. d. XXVII S. 231, Girtanner S. 144.

<sup>1</sup> Der Bürgschaftsvertrag ist nach heutigem Recht *bonae fidei contractus* §. 477. in dem Sinne, in welchem es bei den Römern Kauf, Miete u. w. d. h.

1. Der Bürge ist nicht schuldig, wenn der Hauptschuldner nicht schuldig ist.

a) Besteht von allem Anfang an eine Verbindlichkeit für den Hauptschuldner nicht, der Bürge hat aber das Bestehen einer solchen irrigerweise angenommen, so wird auch der Bürge nicht verpflichtet<sup>1</sup>. Ist die Bürgschaft für eine künftige Verbindlichkeit übernommen worden<sup>2</sup>, so entsteht für den Bürgen eine Verbindlichkeit nur dann, wenn für den Hauptschuldner eine entsteht<sup>3</sup>. Die Verbindlichkeit des Hauptschuldners braucht aber, um den Bürgen haftbar zu machen, keine juristische zu sein<sup>4</sup>; wengleich nicht eine jede natürliche Verbindlichkeit hinreicht<sup>5</sup>. Von der anderen Seite haftet der Bürge nicht nur dann nicht, wenn die Hauptschuld an und für sich nicht besteht, sondern auch dann nicht, wenn sie durch eine Einrede entkräftet ist: die Einreden des Hauptschuldners stehen auch dem Bürgen zu<sup>6</sup>. Doch läßt dieser letztere Satz Ausnahmen zu<sup>7</sup>. Wo aber auch immer nach

die Parteien bezeichnen in demselben nur im Allgemeinen ihre Intention; sie legen aber nicht im Besonderen auseinander, was dieser Intention gemäß ist.

<sup>1</sup> L. 29 §. 1. 37 §. 1. 47 pr. 1. 56 pr. §. 2 l. 70 §. 4 D. h. t., l. 1 §. 1. 6. S. D. de pec. const. 18. 5. Wie sich zu den zuerst genannten Stellen l. 25 D. h. t. verhalte, bleibt dunkel. Vgl. Girtanner S. 20—26. — Irrthum über den Grund der Schuld schadet nicht. Seuff. Arch. V. 20. Ebenso wenig schadet der Irrthum über die Person des Gläubigers; wohl der über die Person des Schuldners. Seuff. Arch. IV. 225, V. 169; V. 168, VII. 19. Beweis des Irrthums? Seuff. Arch. II. 181. Beweis der Schuld durch Anerkennung des Hauptschuldners? Seuff. Arch. II. 186, XV. 23, XVII. 35.

<sup>2</sup> Was zulässig ist, l. 6 §. 2 D. h. t., l. 2 C. de pec. const. 4. 18; vgl. Girtanner S. 106 fg., Bruns Zeitschr. f. Rechtsw. I. S. 71. 89.

<sup>3</sup> L. 6 §. 2 cit.

<sup>4</sup> L. 6 §. 2 l. 7 l. 16 §. 3 D. h. t., §. 1 l. h. t., l. 1 §. 7 D. de pec. const. 18. 5.

<sup>5</sup> S. §. 268 Note 4, §. 289.

<sup>6</sup> L. 19 D. de exc. 44. 1, l. 32 D. h. t. (zu den Worten: „et quidem invito roo“ vgl. Seuff. Arch. IX. 290 [II. 186]), §. 4 l. de replic. 4. 14; l. 7 §. 1 D. de exc. 44. 1, l. 15 pr. l. 49 pr. D. h. t., l. 14 §. 6 D. quod met. c. 4. 2, l. 16 §. 1 D. ad SC. Vall. 16. 1, l. 4. 5 D. de compens. 16. 2, l. 12 C. de non num. pec. 4. 30; l. 3 §. 1 D. de pec. const. 13. 5. Vgl. Girtanner S. 40 fg., 384 fg., Baugersow S. 162 fg.

<sup>7</sup> L. 7 pr. D. de exc. 44. 1 sagt (mit unmittelbarer Beziehung auf den Bürgen): „exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transiunt ad alios“. Aber welche Einreden sind exceptiones personae cohaerentes? Die

den hier aufgestellten Regeln der Bürge haftet, ohne daß der Hauptschuldner in Anspruch genommen werden kann<sup>8</sup>, haftet er doch in dem Falle nicht, wo er einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner hat, so daß seine Leistung auf den Hauptschuldner zurückfallen würde<sup>9</sup>. — Kennt der Bürge die Ungültigkeit der Verbindlichkeit, für welche er sich verbürgt, so kann er sich auf ihre Ungültigkeit nicht berufen<sup>10 11</sup>.

citirte Stelle nennt als Beispiel die Einrede aus dem f. g. beneficium competentiae (§. 268 Note 8). Diese Einrede steht aber dem Bürgen schon deswegen nicht zu, weil sie sich nicht sowohl auf die Schuld, als vielmehr auf die Vollstreckbarkeit derselben bezieht (§. 268 Note 11). Die sonst in den Quellen noch genannten Fälle von Einreden, welche auf den Bürgen nicht übergehen, setzen spätere Entstehung der Einrede voraus. S. Note 15.

<sup>8</sup> Also: a) wenn der Hauptschuldner nur natürlich verpflichtet ist (Note 4); b) wenn dem Hauptschuldner eine Einrede zusteht, welche der Bürge nicht gebrauchen kann (Note 7). S. jedoch in Betreff des letzteren Falles die folgende Note.

<sup>9</sup> L. 9 §. 3 D. de SC. Mac. 14. 6; vgl. §. 481. Es ist aber zuzusehen, ob nicht das Recht, indem es dem Bürgen eine dem Hauptschuldner zustehende Einrede verleiht, dem Bürgen damit auch den an und für sich begründeten Regress gegen den Hauptschuldner abspricht. Dieß ist ohne Zweifel gerade bei der in Note 7 genannten Einrede aus dem beneficium competentiae der Fall, arg. l. 58 §. 1 D. mand. 17. 1.

<sup>10</sup> In diesem Sinne heißt es in l. 37 D. h. t.: — „erroris admissio nulla est“. Doch ist es sehr zweifelhaft, ob gerade die admissio nach römischem Recht auch dann gültig war, wenn sie für eine nichtige Verbindlichkeit in Kenntniß ihrer Nichtigkeit übernommen wurde. Jedenfalls war sie gültig für eine durch Einrede entkräftete Verbindlichkeit; und auch die Verhaftung für eine nichtige Verbindlichkeit konnte unzweifelhaft wirksam durch mandatum übernommen werden. Vgl. l. 13 pr. D. de min. 4. 4, l. 12 §. 13 D. mand. 17. 1. Heutzutage ist eine für eine nichtige Verbindlichkeit wesentlich übernommene Bürgschaft anzufassen als Versprechen der Schadloshaltung für den Fall, daß der als verpflichtet Bezeichnete die Leistung, zu welcher er rechtlich nicht verbunden ist, nicht freiwillig machen sollte. Vgl. Arnolds §. 352 Anm. 2.

<sup>11</sup> Vorbehaltlich an und für sich auch hier des Falles, wo die Leistung des Bürgen auf den Hauptschuldner zurückfallen würde; wobei jedoch zu erwägen ist: a) ob nicht nach Lage der Umstände eher dem Bürgen der Regress gegen den Hauptschuldner zu entziehen ist, als dem Gläubiger sein Forderungsrecht gegen den Bürgen; es wird dieß dann das Zutreffende sein, wenn der Gläubiger beim Geschäfte kein Vorwurf trifft. Vgl. mit l. 9 §. 3 D. de SC. Mac. 14. 6 (welche Stelle zwischen Wissen und Nichtwissen des Bürgen nicht unterscheidet) l. 12 §. 13 D. mand. 17. 1. b) Ob nicht in der Bestellung des Bürgen durch den Hauptschuldner eine gültige Bekräftigung der Haupt-



b) Wird die Verbindlichkeit des Hauptschuldners hinterher aufgehoben, so hört auch die Verbindlichkeit des Bürgen auf<sup>12</sup>. In Betreff des Näheren gelten die gleichen Grundsätze wie im vorigen Fall. Also: 1) es macht keinen Unterschied, ob die Verbindlichkeit des Bürgen direct aufgehoben wird<sup>13</sup>, oder ob nur eine Einrede gegen dieselbe begründet wird<sup>14</sup>, obgleich es auch hier Einreden gibt, welche ausnahmsweise dem Bürgen nicht zustehen<sup>15</sup>. 2) Für die Fortdauer der Verbindlichkeit des Bürgen reicht die Fortdauer einer natürlichen Verbindlichkeit in der Person

schuld gefunden werden muß; wie z. B. wenn der Schwungene nach Aufhören des Zwanges einen Bürgen gibt.

<sup>12</sup> L. 49 D. de sol. 46. 3, l. 60 D. h. t. — Galt diese Regel auch für das *constitutum debiti alieni*? Für das *constitutum* als solches nicht; denn das *constitutum* als solches geht auf Leistung dessen, was der Andere jetzt (zur Zeit des *constitutum*) schuldig ist. L. 18 §. 1 D. de pec. const. 13. 5. Der Untergang der Hauptschuld befreit hier den accessorischen Schuldner nur nach den für die (bloße) Solidobligation geltenden Regeln (§. 284 Note 4. 5). Es konnte aber ohne allen Zweifel das *constitutum* auch gerichtet werden auf dasjenige, was der Hauptschuldner schuldig ist und bleiben wird. Ein Erfüllungsversprechen dieser letzteren Art ist das Bürgschaftsversprechen, wenn es Erfüllungsversprechen ist, gewiß.

<sup>13</sup> Die Quellen nennen speziell außer der Erfüllung: *Revocatio* (l. 4 C. h. t.) und *Confusio* (l. 21 §. 3 l. 71 pr. D. h. t., l. 38 §. 5 D. de sol. 46. 3).

<sup>14</sup> Die Quellen nennen speziell die *exc. iurisiurandi* (l. 28 §. 1 D. de iuri. 12. 2, l. 7 §. 1 D. de exc. 44. 1) und die *exc. pacti* (l. 21 §. 5 D. de pact. 2. 14, l. 29 pr. D. mand. 17. 1, l. 5 pr. D. de lib. leg. 34. 3, l. 7 §. 1 D. cit.; über l. 62 und l. 27 §. 2 D. de pact. 2. 14 f. Wangerow S. 154. 155; Seuff. Arch. II. 185). In Betreff der Wiedereinsetzung s. Note 18. — Die Unterbrechung der Verjährung der Hauptschuld wirkt auch gegen den Bürgen. S. §. 295 Note 11. Seuff. Arch. XIV. 31.

<sup>15</sup> So die Einrede aus dem *pactum de non petendo in personam*, l. 22 D. de pact. 2. 14, l. 5 pr. D. de lib. leg. 34. 3 (für welche Einrede sich jedoch nach neuestem und heutigem Recht das *benef. excussionis* geltend macht, §. 478 Note 6). Ferner die Einrede aus dem erzwungenen Nachlassvertrag, l. 58 §. 1 D. mand. 17. 1, welcher Einrede die Einrede aus einem erzwungenen Stundungsvertrag und aus einem dem Schuldner erteilten *Revocatorium* gleichzustellen ist (§. 275 Note 1. 4); die Einrede aus dem *beneficium competentias* (Note 7, vgl. §. 267 Nr. 1. 3. 5). Die Einrede aus der *essio bonorum*, welche §. 4 l. de reprob. 4. 14 ebenfalls hierher rechnet, hat heutzutage abgesehen von dem *beneficium competentias* keine Bedeutung mehr (§. 266).

des Hauptschuldners hin<sup>16</sup>. 3) Wenn auch der Bürge an und für sich fortfährt zu haften, so kann er sich auf die Befreiung des Hauptschuldners doch in dem Falle berufen, wo seine Leistung auf den Hauptschuldner zurückfallen würde<sup>17</sup>. 4) Der Wegfall der Verbindlichkeit des Hauptschuldners thut der Verbindlichkeit des Bürgen keinen Schaden, wenn der Bürge sich gerade mit Rücksicht auf den möglichen, nun eingetretenen Fall des Wegfalls derselben verbürgt hat<sup>18</sup>. — Eine besondere Vorschrift enthält das römische Recht für den Fall, wo der Bürge durch seine Schuld die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners unmöglich macht; hier wird der Hauptschuldner befreit, und der Bürge fährt fort, zu haften<sup>19, 20</sup>.

<sup>16</sup> L. 60 D. h. t.

<sup>17</sup> L. 32 D. de pact. 2. 14. Doch ist auch hier (vgl. Note 9) zu erwägen, ob nicht das Recht dem Bürgen, indem es ihm eine dem Hauptschuldner erworbene Einrede versagt, auch den Regress gegen den Hauptschuldner abspriecht, wie dieß bei sämtlichen in Note 15 genannten Einreden, mit Ausnahme der aus dem *pactum de non petendo in personam*, nach und arg. l. 58 D. mand. 17. 1 der Fall ist.

<sup>18</sup> Im Speziellen heißt es in den Quellen, daß die dem minderjährigen Hauptschuldner erteilte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dem Bürgen nicht zu Gute komme, wenn derselbe sich gerade mit Rücksicht auf die Minderjährigkeit des Hauptschuldners verbürgt habe. Paul. S. R. I. 9 §. 6, l. 3 §. 4 l. 13 pr. D. de min. 4. 4, l. 2 C. de fid. win. 2. 24, mit welchen Stellen weder l. 7 §. 1 i. f. D. de exc. 44. 1, noch l. 1 C. de fid. min. 2. 24 in Widerspruch steht. S. noch l. 51 D. de proc. 3. 3, l. 95 §. 3 D. de sol. 46. 3, und über das Ganze Wangerow I §. 183 Anm. 1, wo auch die Literatur der Lehre angegeben ist.

<sup>19</sup> Es macht sich hier eine allmähliche Entwicklung des römischen Rechts bemerklich. Zuerst wurde der Regel gemäß gesagt, daß der Bürge von der Bürgschaftsverpflichtung frei werde, aber aus seinem dolus hafte; dann wurde die Bürgschaftsklage gegen ihn als *utilis*, und zuletzt *schlechthin* gegeben. Alle diese Auffassungen sind in den Quellen vertreten. S. l. 19 D. de dolo 4. 3; l. 32 §. 5 D. de usur. 22. 1, l. 38 §. 4 D. de sol. 46. 3; l. 95 §. 1 D. eod., l. 88 l. 91 §. 4 D. de V. O. 45. 1.

<sup>20</sup> Eine eigenthümliche Ansicht über die Fortdauer der Verbindlichkeit des Bürgen nach Wegfall der Verbindlichkeit des Hauptschuldners hat Wirtanner S. 80 fg. 480 fg. 495 fg. aufgestellt. Nach dieser Ansicht soll der Schuldner nur befreit werden: 1) durch diejenigen in der Person des Hauptschuldners eintretenden Befreiungsgründe, welche auch einen Correalschuldner befreien; 2) durch *Confusio*; 3) die in der Person des Hauptschuldners ent-

2. Der Bürge ist nicht Mehr schuldig, als der Hauptschuldner schuldig ist; er ist nicht unter härteren Modalitäten<sup>21</sup> schuldig, als der Hauptschuldner schuldig ist. Wird das Gegentheil ausdrücklich ausgemacht, so liegt, so weit die dem Bürgen auferlegte Leistung die dem Hauptschuldner obliegende übersteigt, jedenfalls nicht Bürgschaft vor<sup>22</sup>; der Vertrag selbst kann aber

stehenden Einreden sollen dem Bürgen nur insofern zu Gute kommen, als er einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner habe. Girtanner beruft sich für diese Theorie auf L. 18 §. 1 D. de pec. const. 13. 5, f. darüber Note 12; auf die Möglichkeit der Fortdauer der Verpflichtung des Bürgen nach einer dem Hauptschuldner ertheilten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, f. darüber Note 18; auf L. 32 D. de pact. 2. 14, welche von einem pactum de non petendo in personam zu verstehen ist, vgl. L. 7 §. 1 D. de exc. 44. 1; auf die zu Note 19 erwähnte Bestimmung, welche offenbar den Character einer Ausnahmebestimmung hat, und nur der auch sonst begründeten Verhaftung des Bürgen einen neuen Ausdruck gibt; endlich auf die Fortdauer der Verhaftung des Bürgen bei capitis diminutio und unberechtigtem Tod des Schuldners (L. 5 pr. D. qui satisd. 2. 8, L. 1 C. h. t., L. 1 §. 14 D. dep. 16. 3, L. 96 §. 1 D. de sol. 46. 3), in welchen Fällen eine Verhaftung, wenn auch nicht des Schuldners, doch seines Vermögens fort dauert (L. 2 pr. D. de asp. min. 4. 5, vgl. L. 22 D. h. t.). Wegen Girtanner f. Wangerow §. 578 Anm. 2, Sintenis Anm. 39, Arndts §. 357 Anm. 3. Vgl. noch Schwanert Naturalobligat. S. 397 fg.

<sup>21</sup> Bedingung, Befristung, Leistungsort, andere Nebenbestimmungen, namentlich in Betreff des Wahlrechts bei alternativen Obligationen. Vgl. §. 5 I. h. t. („Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intelligitur“) und §. 33 I. de aet. 4. 6 („Plus autem quatuor modis putatur: re, tempore, loco et causa“). L. 8 D. de eo quod certo loco 18. 4.

<sup>22</sup> Nach römischem Recht war die *adieuissio* in *duriorum causam* ganz nichtig, während das *constitutum* abweichende Modalitäten der Leistung wohl vertug, und wenn es auf ein Mehr ging, bloß auf das Maß der Verbindlichkeit des Hauptschuldners herabgesetzt wurde. L. 8 §. 7–10 l. 16 §. 1. 2. 5, l. 34 l. 70 pr. §. 1 D. h. t., §. 5 I. h. t., Gai. III. 126; l. 1 §. 8 l. 11 §. 1 l. 12 l. 19 pr. l. 3 §. 2 l. 4 l. 5 pr. l. 25 pr. D. de pec. const. 13. 5. Nach heutigem Recht kann die theilweise Gültigkeit der Bürgschaft in *duriorum causam* nicht bezweifelt werden, und wird auch nicht bezweifelt. Die Schriftsteller sind aber nicht einverstanden darüber, wie dieses heutige Recht zu rechtfertigen sei. Die Einen sagen, die römische Bestimmung über die *adieuissio* gelte bezwungen nicht mehr für uns, weil sie ihren Grund gehabt habe in der Strenge, mit welcher man die Stipulationsformel glaubte interpretiren zu müssen; nach der Meinung der Anderen ist eine Bürgschaft der bezeichneten Art als *constitutum debiti alieni* aufzufassen. Zu dem oben (§. 476 Note 5 u. 6) Gesagten stimmt nur die erste Auffassung. Vgl. Girt-

aufrecht erhalten werden als Schenkungsversprechen, Entschädigungsversprechen, Schulübernahme<sup>23</sup>. — Ueberrimmt der Bürge nicht eine schwerere, sondern nur eine andere Leistung, so ist wirklich Bürgschaft vorhanden, aber mit Hinzufügung eines Vertrages über Leistung an Erfüllungsstatt<sup>24</sup>.

3. Der Bürge ist nicht Weniger schuldig, als der Hauptschuldner schuldig ist; er ist nicht unter leichteren Modalitäten schuldig, als der Hauptschuldner schuldig ist. Doch kann das Gegentheil ausgemacht werden<sup>25</sup>. Erleidet die Hauptschuld eine Aenderung, oder erhält sie einen Zuwachs, so haftet der Bürge auch dafür<sup>26</sup>. Für selbstständige<sup>27</sup> Nebenverbindlichkeiten der Hauptschuld haftet der Bürge an und für sich nicht<sup>28</sup>; doch kann die Verhaftung dafür auch stillschweigend übernommen werden.

tanner S. 31–39. 170 fg. 375 fg., Wangerow §. 578 Anm. 1, Samhaber Correalobligat. S. 174. 176.

<sup>23</sup> Es entscheidet der Wille der Parteien, und nicht der Ausdruck. Wer erklärt, für eine bedingte Schuld unbedingt bürgen zu wollen, schenkt dem Gläubiger für den Fall des Ausfalls der Bedingung. Wer erklärt, daß er sich für eine Schuld von 100 auf 150 verbürge, verbürgt sich wirklich auf 100, und verspricht außerdem dem Gläubiger 50 als Ersatz für den ihm durch das Ausbleiben der Leistung des Schuldners erwachsenen Schaden. Wer erklärt, er verbürge sich für eine in einem Jahre fällige Schuld in der Weise, daß er sie in einem Monat zahlen wolle, verbürgt sich gar nicht, sondern übernimmt einfach die Leistung einer fremden Schuld.

<sup>24</sup> Nach römischem Recht war die *adieuissio* in diesem Fall ebenfalls nichtig (L. 42 l. 8 §. 8 l. 38 pr. l. 70 §. 2 D. h. t.), nicht das *constitutum* (l. 1 §. 5 D. de pec. const. 13. 5).

<sup>25</sup> Auch bei der römischen *adieuissio*, l. 8 §. 7 l. 34 l. 6 §. 1 l. 9 l. 68 §. 1 D. h. t.

<sup>26</sup> Aenderung: z. B. durch verschuldete Herbeiführung der Unmöglichkeit der Erfüllung, l. 58 §. 1 D. h. t., l. 49 l. 88 l. 91 §. 4 D. de V. O. 45. 1. Zuwachs: z. B. durch Verzugszinsen, l. 24 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 54 pr. D. loc. 19. 2, l. 10 D. rem pup. 46. 6, l. 2 §. 12 D. de adm. rer. 50. 8, l. 5 C. de pact. int. emt. 4. 54; l. 68 §. 1 D. h. t. Vgl. l. 56 §. 2 D. h. t.: — „in omnem enim causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione nasci potest“. Girtanner S. 411 fg. Rabai Mora S. 419 fg. verlangt mit Unrecht, damit der Bürge für Verzugszinsen hafte, eine ausdrückliche Erklärung desselben, daß er sich für das gesammte Schuldverhältniß verbürge (f. auch Senff. Arch. I. 213); dagegen auch Holzschuher III §. 311 Nr. 5.

<sup>27</sup> D. h.: der Hauptschuld gegenüber eine besondere Obligation ausmachende.

<sup>28</sup> So namentlich nicht für versprochene Zinsen und Conventionalstrafen.

## b. Rechtswohlthat der Vorausklage \*

## §. 478.

Der Bürge haftet erst in zweiter Linie; er kann verlangen, daß der Gläubiger vorher seine Befriedigung bei dem Hauptschuldner suche, und zwar durch Ausklagung desselben<sup>1</sup>. Dieses

L. 10 C. h. t., l. 8 C. quod cum eo 4. 26; vgl. l. 68 pr. D. h. t. S. übrigen auch Seuff. Arch. III. 325, IV. 44, XIV. 30.

§. 478. \* Girtanner S. 118 fg. 200 fg. 423 fg.

<sup>1</sup> S. g. beneficium excussionis oder ordinis. Eingeführt durch Nov. 4 c. 1. Vorher konnte der Gläubiger nach seiner Wahl den Bürgen oder den Hauptschuldner in Anspruch nehmen, und nicht bloß bei der *admissio*, sondern auch bei dem *constitutum* und dem *wadatum* erodendi. L. 3. 5. 19. 28 C. h. t.; l. 7 D. quod cum eo 14. 5, l. 56 pr. l. 60 pr. D. mand. 17. 1, l. 7 C. eod. 4. 35, l. 19 C. cit. Doch konnte das Gegentheil ausgemacht werden (l. 5. 19 C. h. t.; l. 41 pr. D. h. t., l. 116 D. de V. O. 45. 1, l. 6 D. de nov. 46. 2, l. 21 D. de sol. 46. 3); die Neueren haben für diesen Fall den Ausdruck *admissor indemnitas*, Schadloßbürge, erstanden. — Es ist bezweifelt worden, ob die Bestimmung der Nov. 4 c. 1 auch für das *constitutum* gelte, weil die *Vulgata* die griechische Bezeichnung für den Constituenten: *ὁ ἀντιφωνητής, ὁ ἀντιφωνησας, ὁ τῆν ἀντιφωνῶντων ὑπελθῶν* durch die Ausdrücke: *sponsor, qui sponsioni se subiecit* wiedergibt. Aber auf wen sollen diese Ausdrücke gehen, wenn nicht auf den Constituenten? In anderen Stellen (Nov. 115 c. 6, 186 pr. c. 1) übersetzt die *Vulgata* auch wirklich *ἀντιφωνητής, ἀντιφωνητής* mit *constitutus pecunia, constitutus pecunias reus*. Ebenso sicher ist es freilich, daß die Novelle nur das *constitutum* zum Zweck der Bürgschaft, nicht das *constitutum* als solches im Sinne hat. Vgl. Zimmermann in seinen und Neufkehl's römisch-rechtl. Untersuchungen S. 276 fg., Girtanner S. 429, Bangerow S. 106; auch unten Note 9. — Begründet die gesetzliche Vorschrift nur eine Einrede, oder erhebt sie die fruchtlose Ausklagung des Bürgen zum Klagefundament? Gewiß das Erstere. Girtanner S. 200 fg. 223 fg. 424 fg. Sen ff. Arch. II 182. — Die Rechtswohlthat gibt die Befugniß, die Zahlung abzulehnen; nicht aber die Befugniß, das Gezahlte zurückzufordern, selbst dann nicht, wenn irrthümlich gezahlt worden ist. Arg. l. 49 §. 1 D. h. t., §. 4 i. f. l. h. t. (§. 479 Note 2 a. G.). — Von einer Rechtswohlthat spricht man übrigens mit Recht nicht bloß den Bestimmungen des früheren römischen Rechts, sondern auch dem heutigen Bürgschaftswillen gegenüber. Dieser Wille läßt zwar darüber keinen Zweifel, daß der Bürge erst solle in Anspruch genommen werden können, wenn der Hauptschuldner seiner Verbindlichkeit nicht nachkomme; aber welche Schritte der Gläubiger thun müsse, um von dem Hauptschuldner Befriedigung zu erlangen, darüber gibt der Bürgschaftsvertrag als solcher keinen

Recht fällt jedoch weg: 1) wenn der Hauptschuldner abwesend ist<sup>2</sup>. Vermag in diesem Fall der Bürge den Hauptschuldner nicht binnen einer vom Richter zu bestimmenden Frist zu stellen, so wird der Klage gegen den Bürgen freier Lauf gelassen<sup>3</sup>. Das bezeichnete Recht fällt ferner weg: 2) wenn die Ausklagung des Hauptschuldners aus einem anderen Grunde schwieriger ist, als die des Bürgen<sup>4</sup>; 3) wenn es feststeht, daß die Ausklagung des

Ausschluß. — Kann der Gläubiger den Bürgen sofort mit dem Hauptschuldner (auf den Ausfall) belangen? Seuff. Arch. III. 264.

<sup>2</sup> D. h. wenn der Hauptschuldner seinen Gerichtsstand am Wohnort des Gläubigers, der Bürge auswärtig hat. Vgl. Girtanner S. 439. Wie wenn Beide ihren Gerichtsstand auswärtig haben? Seuff. Arch. II 46: es ist zuzusehen, ob nicht der Hauptschuldner „noch viel weiter entfernt und schwerer zu belangen ist“ (der Bürge lebte in Hamburg, der Hauptschuldner in New-York). Vgl. auch Seuff. Arch. V. 21, VI. 42.

<sup>3</sup> Nov. 4 c. 1 cit.

<sup>4</sup> Das Gesetz enthält diese Bestimmung nicht unmittelbar; aber es ist nicht zu gewagt, dieselbe durch Auslegung (s. g. analogische Ausdehnung, §. 22) in das Gesetz hineinzutragen. Daß dabei die Eigenschaft des Gesetzes als *ius singulare* kein Hinderniß ist, darüber s. §. 29 Note 3. Wollte man bei der unmittelbaren Bestimmung des Gesetzes stehen bleiben, so müßte man den Gläubiger auch dann zur Ausklagung des Hauptschuldners nöthigen, wenn der Hauptschuldner z. B. in Australien wohnt, während der Bürge seinen Wohnsitz in einem wenige Meilen entfernten Ort hat (Note 2). Auch ist für die analogische Ausdehnung des Gesetzes von jeder die in *Doctrina* und *Praxis* vorherrschende Meinung gewesen. Girtanner S. 205 fg. 226 fg. Girtanner (S. 444 fg.) nimmt dafür sogar ein *Gewohnheitsrecht* an; dazu stimmen aber nicht die Entscheidungen bei Seuff. Arch. X. 48, XII. 158. Der Hauptfall, um welchen es sich dabei immer gehandelt hat, ist der des *Concurtes* des Hauptschuldners. Vgl. über diesen Fall speziell aus der neueren Zeit: für die Ausdehnung W. Sell Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III. 18 (welcher aber die gewiß richtige Beschränkung hinzufügt, daß darauf gesehen werden müsse, ob in dem gegebenen Fall der *Concurts*weg auch wirklich schwieriger sei), Heimbach das. XIII S. 387 fg. (dieser mit einer Wendung, welche ich für unrichtig halte), Dernburg Pandr. II S. 385—387, Holzschuher III §. 311 Nr. 11. a; gegen die Ausdehnung: Ches Arch. f. civ. Pr. XV 3. Aus der *Praxis*: für die Ausdehnung: Seuff. Arch. IV. 42, VII. 314; dagegen X. 48, XII. 158. Für die Ausdehnung noch, jedoch ohne spezielle Beziehung auf den *Concurts*: Sen ff. Arch. II. 46. — Girtanner S. 450 fg. fügt aber die gewiß richtige Beschränkung hinzu, daß die Ausklagung des Hauptschuldners aus Rechtsgründen schwieriger sein müsse, nicht aber weil derselbe z. B. freisüchtig, *filiosus*, *potentior* sei. — Nach dem hier Ausgeführten ist nun auch das I §. 335 Note 19 a. G. Gesagte zu berichtigen.

Hauptschuldners fruchtlos sein wird<sup>5</sup>; 4) wenn eine Klage gegen den Hauptschuldner gar nicht begründet ist<sup>6</sup>; 5) wenn der Bürge auf die Rechtswohlthat verzichtet hat<sup>7</sup>; 6) wenn er die Bürgschaft arglistigerweise abgeleugnet hat<sup>8, 9</sup> —

<sup>5</sup> Die Insolvenz des Hauptschuldners ist notorisch. — Diese, wie die folgende Ausnahme, sind ebenfalls im Gesetze nicht ausdrücklich enthalten; aber beide sind zweifellos. Vgl. Nov. 99 c. 1 und Girtanner S. 437—438, Dernburg Pseudrecht II S. 384. Seuff. Arch. XIV. 34.

<sup>6</sup> Der Hauptschuldner ist nur naturaliter verpflichtet. Der Hauptschuldner ist durch eine Einrede gedeckt, welche dem Bürgen nicht zu Gute kommt. Der Bürge hat sich für eine ungünstige Verbindlichkeit in Kenntniß ihrer Ungünstigkeit, oder für den nun eingetretenen Fall der Aufhebung der Hauptschuld verbürgt. S. über diese Fälle §. 477 Nr. 1. Im Einzelnen ist aber zu bemerken, daß das beneficium excussionis nicht wegfällt, wenn der Hauptschuldner durch ein vom Gläubiger mit ihm abgeschlossenes pactum de non petendo in personam gedeckt ist (§. 477 Note 15); das Gegenteil anzunehmen, würde heißen, es von der Willkür des Gläubigers abhängig machen, ob der Bürge die ihm gesetzlich zustehende Rechtswohlthat genießen soll, oder nicht. Girtanner S. 247; über l. 15 §. 1 D. h. t. f. §. 479 Note 7. Seuff. Arch. VI. 40. Anders natürlich, wenn der Bürge sich damit einverstanden erklärt hat, daß das pactum nur dem Hauptschuldner zu Gute kommen solle, wie in dem Falle bei Seuff. Arch. IV. 43 (pactum de non petendo in tempus).

<sup>7</sup> Genügt genereller Verzicht? Der Verzicht muß so speziell sein, daß daraus erkannt werden kann, es habe diese bestimmte Rechtswohlthat dem Bewußtsein des Verzichtenden vorgeschwebt. Vgl. l. 4 §. 4 D. si quis caut. 2. 11, l. 1 D. si quis in ius voc. 2. 5. Girtanner S. 436, Poljsch uher §. 311 Nr. 2. Vgl. Seuff. Arch. XI. 40. Ein Verzicht liegt auch in dem Versprechen, an einem bestimmten Tage Zahlung leisten zu wollen. Seuff. Arch. XIV. 33. Liegt ein Verzicht auch in der Erklärung, als Selbstschuldner haften zu wollen? Die Frage wird bejaht von Girtanner S. 240 fg. 319 fg. und von den bei Poljsch uher §. 311 Nr. 11. c. Genannten; ferner bei Seuff. Arch. III. 167, IV. 226, V. 132, VII. 312, XIII. 223, XVII. 36. Ist aber die oben (§. 293 Note 7. 8) vorgetragene Auffassung der Nov. 99 c. 1 richtig, so ist auf Grund dieser Novelle zu behaupten, daß der Bürge durch eine solche Erklärung zwar das Recht, Vorausklage, nicht aber das Recht, gleichzeitige Belangung des Hauptschuldners zu verlangen, verliert.

<sup>8</sup> Arg. l. 10 §. 1 D. h. t. Für die Ausdehnung ist von jeder die herrschende Meinung gewesen. Girtanner S. 208, 229, 239 fg. 453, 454.

<sup>9</sup> Vielfach ist behauptet worden, die Rechtswohlthat falle auch unter Kaufleuten weg (vgl. Nov. 4 c. 3 §. 1 und die nicht glossirte Nov. 136). Girtanner S. 236 fg. 454 fg. Das SSB. (Art. 281 Abs. 2) schließt sie aus, „wenn die Schuld aus einem Handelsgeschäft auf Seiten des Hauptschuldners hervorgeht, oder wenn die Bürgschaft selbst ein Handelsgeschäft ist“. — Nach

Ist der Grund, weswegen der Gläubiger keine Befriedigung von dem Hauptschuldner erlangen kann, Nachlässigkeit des Gläubigers, so kann der Bürge gar nicht in Anspruch genommen werden<sup>10</sup>.

der Behauptung von Vangerow (II S. 160) soll die Rechtswohlthat auch beim constitutum wegfallen, wenn nicht „die Verbindlichkeit des Konstituenten in keiner Beziehung von der des Hauptschuldners sich unterscheidet, und das Constitutum also in der That nur den Zweck der Sicherstellung des Gläubigers hat“, s. auch Samhaber Correalsobligat. S. 175. Nach meiner Ansicht gilt die Rechtswohlthat beim constitutum nicht, wenn dasselbe in der Absicht gemacht worden ist, die Schuld des Anderen einfach auf sich zu nehmen (Seuff. Arch. IV. 45, XIV. 32); sie gilt immer, wenn dasselbe in Bürgschaftsabsicht gemacht worden ist. Dadurch daß der Verbindlichkeit des Bürgen ein anderer Inhalt gegeben wird, als die Verbindlichkeit des Hauptschuldners hat, kann möglicherweise der Bürgschaftswille ausgeschlossen sein: so weit dieß nicht der Fall ist (§. 477 zu Note 23, 24), sehe ich keinen Grund, dem Eintretenden die Rechtswohlthat der Vorausklage zu entziehen. Indem er für den Fall der Nichterfüllung der Hauptschuld Mehr oder Anderes zu leisten verspricht, verspricht er nicht weniger, für den Fall der Nichterfüllung der Hauptschuld zu leisten.

<sup>10</sup> Dieser Satz galt nicht für die gewöhnliche adieussio (l. 62 D. h. t., vgl. übrigens auch l. 18 C. h. t.), wohl für die adieussio eius, quod a debitore servari non potest (l. 41 pr. D. h. t.). Seit Nov. 4 c. 1 ist eine jede Bürgschaft eine Bürgschaft dieser letzteren Art. Daß die Verpflichtung, zuerst seine Befriedigung bei dem Hauptschuldner zu suchen, durch das Gesetz, und nicht durch die Bestimmung des Bürgschaftsvertrages auferlegt ist, kann keinen Unterschied machen. Vangerow III §. 578 Anm. 4; vgl. auch Arndts §. 357 Anm. 2. A. M. Jäger Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V. 16. Girtanner S. 433 fg. glaubt mit Unrecht, daß der hier gelehrte Satz sich schon aus den Worten der Novelle „si non valuerit creditor a debitore recipere aut in partem aut in totum“ rechtfertige; diese Worte wollen, wie der Zusammenhang lehrt, nur sagen: wenn der Gläubiger durch die angestellte Klage sich seine Befriedigung zu verschaffen nicht vermag. Auch mit dem beneficium eademum actionum (§. 481 Note 8) ist der aufgestellte Satz vielfach in Verbindung gebracht worden. S. Girtanner S. 211 fg. 248 fg. 463 fg. Seuff. Arch. VI. 41, VII. 34, 311, 312 Nr. 2. — Eine Nachlässigkeit des Gläubigers liegt an und für sich nicht schon in der Gewährung einer Zahlungsfrist. Vangerow S. 158; Seuff. Arch. VII. 33, 177, XII. 240. Vgl. noch das. VII. 312, XI. 243, XII. 159, XVI. 112.

## c. Mehrheit der Bürgen\*. Afterbürge.

## §. 479.

Mehrere Bürgen, welche für dieselbe Schuld eingetreten sind, haften zwar an und für sich für das Ganze<sup>1</sup>, genießen aber eine ähnliche Rechtswohlthat, wie der Bürge gegenüber dem Hauptschuldner. Jeder Bürge kann nämlich verlangen, daß, wenn sein Mitbürge zahlungsfähig ist<sup>1a</sup>, der Gläubiger seine Forderung zwischen ihm und dem Mitbürgen theile<sup>2</sup>. Zeugnet der Gläubiger die Zahlungsfähigkeit des Mitbürgen, so liegt nicht ihm der Beweis der Zahlungsunfähigkeit, sondern dem in Anspruch Genommenen der Beweis der Zahlungsfähigkeit ob<sup>3</sup>. Vorausklage kann der in Anspruch Genommene nur verlangen, wenn er gleichzeitig Sicherheit dafür anbietet, daß der Gläubiger

§. 479. \* Girtanner S. 90 fg. 457 fg. Rückert principia iuris Romani de exceptione quam vocant divisionis (1852). Grotensend de exceptione divisionis (1852). Dedekind de exceptione divisionis disquisitiones (1853).

<sup>1</sup> Gal. III. 121. 122, §. 4 I. h. t.

<sup>1a</sup> Das Gleiche gilt natürlich in dem Fall einer Mehrheit von Mitbürgen.

<sup>2</sup> S. g. beneficium divisionis. Eingeführt durch ein Rescript von Sabrian. Gal. III. 121. 122, §. 4 I. h. t. S. über dieses Rescript außer den im Folgenden genannten Stellen noch: l. 26 l. 27 l. 51 pr. D. l. 3 l. 10 §. 1 C. h. t. Dasselbe nannte außer den fideiussores auch die mandatores (l. 3 C. de pec. const. 4. 18, vgl. l. 7 D. de fidei. et nom. 27. 7); daß es in gleicher Weise für das constitutum gelte, hat Justinian in der cit. l. 3 C. de pec. const. ausdrücklich anerkannt. — Die Behauptung, daß diese Rechtswohlthat nur solchen Bürgen zukomme, welche gemeinschaftlich für dieselbe Schuld eingetreten sind (Kritz Pandekten. I. 1 S. 122 fg. 178 fg., Seuffert Pand. §. 385 Note 17, vgl. denf. in seinem Archiv VI S. 58 Anm. 2; Seuff. Arch. III. 263, XIII. 27, XIV. 234 — dawider VI. 43, XI. 40), läßt sich nicht rechtfertigen, und wird sogar, wenigstens was den später eingetretenen Bürgen angeht, durch l. 48 §. 1 D. h. t. direct widerlegt. Vgl. Note 7 a. G. und Dedekind §. 99, Girtanner Arch. f. civ. Pr. XLIII. 12. — Die Rechtswohlthat gibt das Recht, die Zahlung abzulehnen; nicht aber das Recht, das Gezahlte zurückzufordern, selbst wenn irrtümlich gezahlt worden ist. L. 49 §. 1 D. h. t., §. 4 I. h. t. Vgl. Ergleben conditiones sine causa I S. 109. 110.

<sup>3</sup> Er schützt sich mit einer Eirede (l. 28 D. h. t.), die er beweisen muß, wie jede andere Eirede. S. auch l. 3 C. de prob. 4. 19. Vgl. Seuff. Arch. V. 297. Das Gegentheil wird angenommen in dem Erf. bei Seuff. Arch. XIII. 96.

bei Fruchtlosigkeit der Vorausklage Befriedigung für den betreffenden Theil bei ihm finden werde<sup>4</sup>, und auch in diesem Falle nicht, wenn der Mitbürge abwesend, oder seine Belangung aus anderen Gründen schwieriger ist<sup>5</sup>. Das Recht auf Theilung<sup>5a</sup> selbst wird durch die zuletzt bezeichneten Umstände nicht ausgeschlossen<sup>6</sup>. Auch durch Ungültigkeit der Mitbürgschaft wird das Recht auf Theilung nicht unbedingt ausgeschlossen; es besteht trotz derselben, wenn der Bürge guten Grund hatte, sich darauf zu verlassen, daß er nur zu seinem Theile haften werde<sup>7</sup>. Dagegen wird das Recht auf Theilung,

<sup>4</sup> L. 10 pr. D. h. t. Die Stelle verlangt speciell Anbieten von Bürgschaft. — Ich zweifle nicht daran, daß diese Sicherheitstiftung im classischen römischen Recht hauptsächlich mit Rücksicht auf die Klagenconsumtion erfordert wurde (vgl. l. 22 §. 2 D. mand. 17. 1, l. 7 D. de fidei. et nom. 27. 7); aber ich halte es für zu gewagt, zu behaupten, daß der Schutz des Gläubigers gegen die Klagenconsumtion ihr einziger Zweck gewesen sei. Jedenfalls haben die Compileratoren ihr, indem sie die l. 10 pr. cit. trotz l. 28 C. h. t. aufgenommen haben, eine von der Klagenconsumtion unabhängige Bedeutung gegeben.

<sup>5</sup> L. 10 pr. cit.: — „ita tamen, si . . . confideiussores, qui idonei esse dicuntur, praesto sint“. Die Ausdehnung auf andere Gründe größerer Schwierigkeit der Belangung rechtfertigt sich durch die Analogie der Nov. 4 c. 1 (§. 478 Note 4). — Daß das Recht auf Vorausklage ebenfalls bei notorischer Insolvenz des Mitbürgen wegfällt, versteht sich auch hier von selbst.

<sup>5a</sup> Mit andern Worten: das Recht, durch Beweis der Zahlungsfähigkeit des Mitbürgen Abweisung des Gläubigers für den Theil des Mitbürgen zu erlangen.

<sup>6</sup> Es heißt in den Quellen immer nur, die Forderung müsse zwischen den Bürgen getheilt werden, die „solvendo“ oder „idonei“ seien. Dedekind §. 45.

<sup>7</sup> Dazu wird erfordert: a) daß er nicht vor dem Mitbürgen, sondern zugleich mit demselben, oder nach demselben eingetreten sei; b) daß er sich in Betreff der Ungültigkeit der Mitbürgschaft in einem entschuldbaren Irrthum befangen habe. L. 48 D. h. t. Wenn in dieser Stelle auch demjenigen das Recht auf Theilung nicht versagt wird, welcher sich neben einem Minderjährigen verbürgt hat, „propter incertum aetatis ac restitutionis“, so ist das zu verstehen: 1) weil er sich über das Alter des Mitbürgen täuschen konnte; 2) weil er hoffen durfte, der Minderjährige werde Restitution nicht erbitten, oder sie werde ihm nicht ertheilt werden. Freilich wird diese Stelle sehr verschieden erklärt. Vgl. Girtanner S. 462 fg., denf. Arch. f. civ. Pr. XLIII S. 286 fg., Dedekind p. 123 sqq., und die von diesen Schriftstellern Citirten. — Für die nachträgliche Ungültigkeit gilt natürlich das Gleiche, wie Windscheid, Pandekten. II. 2b. II. 2bpf. 25

wie das Recht auf Vorausklage, verloren durch Verzicht<sup>7a</sup> und durch arglistige Ablegnung der Bürgschaft<sup>8</sup>; außerdem fällt es weg bei Bürgen, welche ein Vormund seinem Mündel gibt<sup>9</sup>. — Ist die Forderung einmal getheilt worden, so schadet die nun eintretende Zahlungsunfähigkeit des Mitbürgen demjenigen, welchem gegenüber getheilt worden ist, nicht mehr<sup>10</sup>. Auch die vor

für die ursprüngliche. Aber ebenso sehr versteht es sich von selbst, daß der Gläubiger durch Befreiung des einen Bürgen dem andern das benef. divisionis nicht nehmen kann. In l. 15 § 1 D. h. t. ist entweder mit Girtanner Arch. f. civ. Pr. XLIII S. 281 fg. das „nulla excoptione“ bloß auf die excoptio pacti zu beziehen, oder mit Dedekind p. 123 sqq. statt „quindocim“ zu lesen „decem“. — Aus l. 48 cit. darf man nicht ein Argument für die Behauptung herleiten wollen, daß bei Ungleichzeitigkeit des Eintretens der mehreren Bürgen der vorher Eingetretene das Recht auf Theilung überhaupt nicht (auch bei Stätigkeit der Mitbürgschaft) habe (vgl. Note 2), indem man etwa so schließt: auf die ungültige Mitbürgschaft kann man den Gläubiger nur dann verweisen, wenn man sich auf die Theilhaftung verlassen hat; also ist das Sichverlassen auf die Theilhaftung der Grund des Rechtes auf Theilung. Der wahre Gedankenzusammenhang ist vielmehr dieser: 1) der Mitbürge hat das Recht auf Theilung als Mitbürge; 2) er hat es nur dann, wenn der Mitbürge auch wirklich haftet; 3) er müßte sich denn auf bloße Theilhaftung mit Grund verlassen haben.

<sup>7a</sup> Seuff. Arch. XI. 40. — Diegt ein solcher Verzicht in dem Sichverpflichten „als Selbstschuldner“? Im Zweifel gewiß, und auch Nov. 99 c. 1 (§ 478 Note 7) steht hier nicht entgegen. Anders Seuff. Arch. VIII. 134.

<sup>8</sup> L. 10 §. 1 D. h. t. Der Bestimmung wird die heutige Geltung abgeprochen in dem Erl. bei Seuff. Arch. XVII. 37. Vgl. §. 263 Note 15.

<sup>9</sup> L. 12 D. rem. pup. 46. 6, u. vgl. §. 443 Note 2.

<sup>10</sup> L. 51 §. 4 l. 52 §. 1 D. l. 16 C. h. t. In diesen Stellen wird gesagt, daß nach der Litiscontestation mit einem Bürgen (auf seinen Theil) die nun eintretende Insolvenz der Mitbürgen ihm nicht mehr schade. In diesen Stellen wird aber von der Annahme ausgegangen, daß der Prozeß zugleich gegen sämtliche Bürgen, gegen jeden auf seinen Theil, angestellt worden sei, und man könnte daher der Ansicht sein, der Grund der definitiven Befreiung eines jeden der Belangten werde lediglich darin gefunden, daß durch die Belangung auch der Uebrigen die gesammte actio consumirt sei. Es ist auch keinem Zweifel unterworfen, daß die genannten Stellen in ihrem ursprünglichen Sinne in dieser Weise ausgelegt werden können. Aber einerseits halte ich es für viel zu gewagt, zu behaupten, daß sie in dieser Weise ausgelegt werden müssen — sie können auch sehr wohl den Gedanken ausdrücken wollen, daß zwischen den zur Zeit der Litiscontestation Solventen eine definitive Theilung eintrete, kraft des Gesetzes —; und andererseits ist es im Zusammenhang der Compilation wegen l. 28 C. h. t. geradezu unzulässig, jene Stellen aus der

der Theilung eintretende schadet dann nicht, wenn der Gläubiger in der Beitreibung seiner Forderung nachlässig gewesen ist<sup>11</sup>. —

Für den Bürgen kann wieder ein Bürge angenommen werden (Alterbürgen). Für denselben ist der erste Bürge Hauptschuldner. Besondere Grundsätze gelten für diesen Fall der Bürgschaft nicht<sup>12</sup>.

#### d. Beendigung der Verpflichtung des Bürgen.

##### §. 480.

Die der Bürgschaftsverpflichtung eigenthümlichen Beendigungsgründe sind:

Klagenconsumtion, und daher nothwendig, sie in der so eben bezeichneten Weise zu erklären. Wie aber ist es, wenn ein Mitbürge auf seinen Theil nicht belangt, sondern dieser Theil außergerichtlich von ihm beigetrieben, oder wenn sein Theil auf sein Erbieten vom Gläubiger angenommen wird? L. 16 D. iud. solvi 46. 7 setzt offenbar voraus, daß in diesem Falle Alles so gehalten werden sollte, als wenn es zur Litiscontestation gekommen wäre. Auf der andern Seite sagt zwar l. 51 §. 1 D. h. t., daß „fidussor, qui partem pecuniae suo nomine vel rei promittendi solvit“ auch den Rest noch zahlen müsse, wenn der Mitbürge hinterher insolvent werde; aber diese Stelle kann sehr wohl von dem Falle verstanden werden, wo ein Bürge einen Theil der Schuld schlechthin, nicht aber seinen Theil, gezahlt hat, und die Worte „vel rei promittendi“ scheinen diese Auslegung sogar nothwendig zu machen. — Die einem Mitbürgen gegenüber erfolgte Theilung wirkt auch nur diesem, nicht den andern gegenüber. Wenn z. B. für eine Schuld von 300 drei Bürgen eingetreten sind, und von Einem werden seine 100 eingefordert, so bleiben die andern zwei in der Weise verhaftet, daß bei Insolvenz des Einen der Andere die ganzen 200 zahlen muß. — Vgl. über die in dieser Note behandelten Fragen: Zimmermann in sein. u. Reußel's römisch-rechtl. Untersuchungen I S. 269 fg., v. Wenig-Ingenheim Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV. 17, Girtanner S. 457 fg., Dedekind p. 94 sqq., und die von diesen Schriftstellern Citirten.

<sup>11</sup> Dies muß nach Analogie des für das Verhältniß des Bürgen zum Hauptschuldner Geltenden (§. 478 Note 10) behauptet werden. — Der Bürge kann nach der Praxis auch darauf klagen, daß der Gläubiger mit seiner Forderung sofort gegen ihn aufträte, bei Strafe, sich auf die später eintretende Insolvenz des Mitbürgen nicht mehr berufen zu dürfen, i. g. provocatio ex l. si contendant. Bayer. summ. Proj. §. 58, Wehelli Civilproj. S. 97 fg.

<sup>12</sup> L. 8 §. 12 l. 27 §. 4 D. h. t., l. 38 §. 5 D. de sol. 46. 3. Seuff. Arch. III. 217, XIII. 223.

1. Wegfall der Hauptschuld. Hiervon ist bereits gehandelt worden (§. 477 Nr. 1. b).

2. Zusammenkommen der Hauptschuld und der Bürgschaftsverpflichtung in derselben Person<sup>1</sup>. Doch besteht in diesem Falle die Bürgschaftsverpflichtung fort, wenn sie wirksamer ist, als die Hauptschuld<sup>2</sup>.

3. Wenn der Hauptschuldner die Befriedigung des Gläubigers ungebührlich verzögert, oder sein Vermögen verschwendet, so kann der Bürge verlangen, daß der Hauptschuldner ihm Befreiung verschaffe<sup>3</sup>.

### 3. Rückgriff des Bürgen.

#### §. 481.

1. Ob der Bürge, welcher geleistet hat, auf den Hauptschuldner zurückgreifen kann, hängt von dem zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältniß ab. Er kann es nicht, wenn er die Bürgschaft für eine Schuld übernommen hat, welche eigentlich ihn angeht<sup>4</sup>, oder zwar im Interesse des Hauptschuldners, aber ohne die Absicht, denselben zu verpflichten<sup>5</sup>. Sonst kann er zurückfordern nach den Regeln entweder des Auftrags oder der Haublung in fremdem Interesse<sup>6</sup>. Auch wenn er geleistet hat, wozu er nicht verpflichtet war, kann er das Geleistete dann

§. 480. <sup>1</sup> L. 5 l. 14 l. 71 pr. i. f. D. h. t., l. 18 D. de duob. reis 45. 2. Gilt dieser Satz auch für das constitutum? Für das constitutum als solches gewiß nicht, da dasselbe ja hauptsächlich auf eigene Schulden berechnet ist; für das constitutum zum Zweck der Bürgschaft aber allerdings, nach demselben Grundsatze, nach welchem er für den fideiusor im Gegensatz zum gewöhnlichen Contrahentur gilt.

<sup>2</sup> L. 21 §. 2 l. 95 §. 3 D. h. t. Daß aber für die Bürgschaftsverpflichtung wieder eine Bürgschaft bestellt ist, erhält sie nicht aufrecht, l. 38 §. 5 D. de sol. 46. 3. A. R. Girtanner S. 492.

<sup>3</sup> L. 38 §. 1 D. mand. 17. 1, l. 10 C. eod. 4. 35. Vgl. Girtanner S. 529 fg.

§. 481. <sup>1</sup> Vgl. l. 24 D. de pact. 2. 14, l. 8 §. 1 D. qui testid. 2. 8.

<sup>2</sup> 3. B. er will dem Hauptschuldner eine eventuelle Schenkung machen, l. 6 §. 2 D. mand. 17. 1, l. 9 §. 3 D. de SC. Mac. 14. 6.

<sup>3</sup> Actio mandati oder actio negotiorum gestororum contraria. L. 6 §. 2 l. 18 l. 20 §. 1 l. 21 l. 22 pr. §. 1 l. 40 l. 60 §. 1 D. mand. 17. 1, §. 6 l. h. t.

zurückfordern, wenn ihn keine Schuld trifft<sup>4</sup>; und er kann zurückfordern, ohne geleistet zu haben, wenn der Gläubiger ihm die Schuld in der Absicht erlassen hat, um dadurch ihn zu bereichern<sup>5</sup>. — Dem Bürgen kann zur Sicherheit seines Rückforderungsrechts von dem Hauptschuldner seinerseits ein Bürge gegeben werden (Rückbürge). Besondere Grundsätze gelten für diesen Fall der Bürgschaft nicht<sup>6</sup>.

2. So weit der Bürge einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner hat<sup>7</sup>, kann er auch von dem Gläubiger verlangen, daß dieser ihm seine Forderung gegen den Bürgen abtrete<sup>8</sup>.

3. Mitbürgen, welche mehr als ihren Theil geleistet haben, haben einen directen Rückgriff gegen den andern Mitbürgen nicht<sup>9</sup>, wohl aber das Recht auf Forderungsabtretung gegen den Gläubiger, welchen sie befriedigen<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> L. 10 §. 1 l. 12 l. 29 D. mand. 17. 1, l. 10 C. eod. 4. 35, l. 67 D. h. t.

<sup>5</sup> 3. B. um ihm zu schenken, oder auch aus irgend einem andern Grund. Vgl. l. 10 §. 13 l. 12 pr. §. 1. 2 D. mand. 17. 1, und dazu §. 368 Note 11 a. G. Zu l. 11 eod. vgl. §. 352 Note 4. — Auch schon auf Grund der Verurtheilung hat der Bürge einen Anspruch gegen den Hauptschuldner, nämlich nur auf Liberation. L. 38 §. 1 D. mand. 17. 1.

<sup>6</sup> L. 4 pr. D. h. t.

<sup>7</sup> Diese Beschränkung wird gewöhnlich nicht hinzugefügt, und ist auch in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt; aber ich halte sie für unzweifelhaft. Der Bürge hat einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner nur dann nicht, wenn er denselben das von ihm Geleistete doch hätte ersehen müssen, oder wenn er auf den Rückgriff verzichtet hat (Note 1. 2). In diesen Fällen aber würde ihm auch die vom Gläubiger freiwillig abgetretene Forderung nichts helfen; um so weniger darf er ihre Abtretung verlangen.

<sup>8</sup> S. g. beneficium cedendarum actionum. L. 36 D. h. t., l. 2 C. h. t., l. 95 §. 11 D. de sol. 46. 3, Nov. 4 c. 1 Girtanner S. 211 fg. 248 fg. 468 fg. 533 fg. Vgl. noch Knorr Arch. f. civ. Pr. XXVIII S. 170 fg. und Holzschuher III §. 311 Nr. 16. Senff. Arch. VII. 313, XII. 117. Wie viel kann mit der abgetretenen Klage von dem Mitbürgen gefordert werden? Senff. Arch. XVII. 144.

<sup>9</sup> L. 39 D. l. 11 C. h. t., §. 4 l. h. t. A. R. Girtanner S. 538 Note 9.

<sup>10</sup> L. 17 l. 36 l. 41 §. 1 D. h. t., l. 12 D. rem. pup. 46. 6. Dede-kind (§. 479) p. 129—133. A. R. Savigny Obl. I S. 273 fg.



## B. Die f. g. actiones adiecticiae qualitatis\*.

1. Actio quod iussu<sup>1</sup>, actio institoria<sup>2</sup>, actio exercitoria<sup>3</sup>.

## §. 482.

Mit dem Namen actiones adiecticiae qualitatis<sup>3</sup> werden hergebrachtermaßen eine Reihe von Fällen bezeichnet, in welchen Jemand aus den Verpflichtungen eines Andern als Selbstschuldner nach gefehliger Regel haftet. Das Gesetz gibt dem Gläubiger zu demjenigen, welcher zunächst sein Schuldner wird, einen zweiten Schuldner; das Verhältnis zwischen diesen beiden Schuldnern ist näher zu denken als Correalverhältnis<sup>4</sup>.

Auf die ersten der hierher gehörigen Fälle gehen die in der Ueberschrift des §. genannten Magnamen. Dieselben bezeichnen folgenden Satz: als Selbstschuldner haftet neben dem ein Rechtsgeschäft Abschließenden derjenige, welcher die Erklärung abgegeben hat, daß das Rechtsgeschäft rechtlich als mit ihm abgeschlossen gelten solle<sup>5</sup>. Diese Erklärung kann direct gegenüber dem anderen

\* Inst. 4. 7, Dig. 14. 5, Cod. 4. 26 quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestam esse dicitur. — Ruffrat Arch. f. d. Praxis des im O. H. Oldenburg geltenden R. I S. 16 fg. Buchs's Lehre von der Stellvertretung S. 22—61. Brinz krit. Blätter II S. 10—20. Savigny Obl. II S. 378—383. Unterholzner I S. 414—439, Sententis II S. 378—383. (Die beiden zuerst genannten Darstellungen schließen die actio de peculio aus.)

§. 482.

<sup>1</sup> Dig. 15. 4 quod iussu. — Thibaut Arch. f. civ. Pr. XII. 10 (1829). Müller civilt. Abhandlungen Nr. 4 (1853). Schmitz Arch. f. civ. Pr. XXIX. 3 (1846). Chambré Beiträge zum Obligationenr. S. 179—268 (1851). Vangerow I §. 240 Anm.

<sup>2</sup> Dig. 14. 1 de exercitoria actione, 14. 3 de institoria actione. Cod. 4. 35 de institoria et exercitoria actione. — E. A. Weiste skeptisch-praktische Behandlung einlger civilrechtl. Gegenstände Nr. 2 (1829). Kriß Pandektenr. I. 1 S. 288—347 (1835). Thöl Handelsrecht I §. 20—33e.

<sup>3</sup> Derselbe beruht auf l. 5 §. 1 D. de exerc. act. 14. 1: — „hoc edicto non transfertur actio, sed adicitur“. Vgl. l. 1 §. 17. 24 D. eod., l. 17 §. 1 D. de inst. act. 14. 3.

<sup>4</sup> S. §. 297 Note 6; übrigens auch Keller Jahrb. f. Dogm. III S. 174—179.

<sup>5</sup> L. 1 pr. D. quod iussu 15. 4. „Merito ex iussu domini in solidum adversus eum iudicium datur; nam quodammodo cum eo contrahitur, qui iubet“. L. 5 §. 3 D. de trib. act. 14. 4.

Contrahenten abgegeben werden<sup>6</sup>; sie liegt aber auch schon darin, daß Jemand zur Besorgung eines gewissen Geschäftskreises angestellt wird<sup>7</sup>, ja sie liegt in jedem Auftrag zum Abschluß eines Rechtsgeschäftes, welcher Jemandem erteilt wird<sup>8</sup>. Nur ist in diesen letzteren Fällen erforderlich, daß das Rechtsgeschäft mit

<sup>6</sup> Auf diesen Fall geht die actio quod iussu. Das Wort iussus hat hier den technischen Sinn, welcher in §. 412 Note 3 bezeichnet worden ist; es bedeutet nicht Befehl, sondern Verweisung, Anweisung. Indem man diese technische Bedeutung von iussus verkannte, und zu gleicher Zeit in's Auge faßte, daß die actio quod iussu auf den Fall berechnet ist, wo Jemand durch gewaltunterworfenen Personen verpflichtet werden will (Note 10), hat man die Behauptung aufgestellt, daß der iussus an den Gewaltunterworfenen gerichtet werden müsse, oder doch, daß dieß der Normalfall der actio quod iussu sei. Vgl. den Bericht bei Vangerow a. a. O. Nr. 1. Die Quellen sprechen fast allein von einem iussus an den Dritten (s. namentlich l. 1 §. 1. 8. 9 l. 2 pr. §. 1. 2 l. 3 l. 4 l. 5 §. 1 D. h. t. 15. 4, §. 1. 5 I. quod cum eo 4. 7, l. 13 C. eod. 4. 26), und die einzige Stelle (zu l. 1 §. 2 D. h. t. 15. 4 vgl. l. 12 D. de SC. Mac. 14. 6), in welcher der iussus ungewisshaft auf den Gewaltunterworfenen bezogen wird, l. 2 D. quod cum eo 14. 5, hat nicht die Absicht, die Voraussetzungen gerade der actio quod iussu anzugeben. Ein Befehl an den Gewaltunterworfenen kann die actio quod iussu nur insofern begründen, als in diesem iussus indirect ein iussus auch an den Dritten liegt (vgl. Note 7), und in diesem Sinne wird aus einem solchen Befehl — jedoch ohne daß es als iussus bezeichnet wird — die actio quod iussu allerdings gegeben in l. 5 §. 2 D. de in rem verso 15. 3, l. 10 §. 2 D. de fidel. 46. 1, vgl. l. 1 §. 8. 9 D. h. t. 15. 4; f. andererseits aber auch l. 6 C. de inst. et exerc. act. 4. 25 (Note 8).

<sup>7</sup> Hierauf beruhen die actio institoria und die actio exercitoria. Jene ist begründet gegen denjenigen, welcher einen institor, d. h. einen Gewerbetreibenden, Gewerbetreibenden angestellt hat (§. 2 l. h. t. 4. 7, l. 3—1. 5 §. 8 l. 18 D. h. t., Thöl §. 21. 22). Die actio exercitoria ist eine Anwendung der actio institoria für einen besonderen Fall (l. 1 pr. D. h. t. 14. 1, l. 4 C. h. t. 4. 25, l. 7 §. 1 l. 13 §. 2 D. de inst. act. 14. 3); sie ist begründet gegen den Schiffsführer (exercitor), welcher einen Schiffsführer (magister navis) angestellt hat (§. 2 l. h. t. 4. 7, l. 1 pr. — §. 5. 15. 16 D. h. t. 14. 1). Vgl. §. 8 l. h. t. 4. 7: „Ei quoque, qui exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet; quia huius quoque iussu contractum intelligitur“. L. 1 §. 2 D. de exerc. act. 14. 1: — „si quidem, qui magistrum praeposit, contrahit cum eo permittit“. L. 29 D. de R. C. 13. 1.

<sup>8</sup> Die Quellen fagen, in diesem Falle sei eine actio ad exemplum institoriae actionis, eine utilis institoriae, quasi institoriae actio begründet. L. 31 pr. D. de neg. gest. 3. 5, l. 19 pr. D. h. t. 14. 3, l. 10 §. 5 D. mand. 17. 1, l. 13 §. 25 D. de A. E. V. 19. 1, l. 5. 6 C. h. t. 4. 25.

Bezugnahme auf Anstellung bez. Auftrag abgeschlossen worden sei<sup>9</sup>. Der im Voraus abgegebenen Erklärung steht hinterherige Genehmigung gleich<sup>10</sup>. Ob derjenige, welcher das Rechtsgeschäft abschließen soll, in der Gewalt des Erklärenden steht, oder unabhängig von ihm ist, ist gleichgültig<sup>10</sup>. Ebenso ist gleichgültig, ob das Rechtsgeschäft die Angelegenheiten des Abschließenden, oder die des Erklärenden betrifft<sup>11</sup>; nur muß, wenn es die An-

<sup>9</sup> L. 3 §. 9 D. de exere. act. 14. 1. X 681 §. 29. Also es ist erforderlich: 1) daß der dritte Contrahent von der Anstellung bez. dem Auftrage gewußt, und mit Beziehung auf dieselben contrahirt habe; 2) daß diese seine Willensrichtung in dem Geschäfte auch erkennbar hervorgetreten sei. Ob dieß aber in der Weise geschieht, daß der Angestellte zc. sich von vorne herein als Geschäftsführer präsentiert, und mit ihm darauf hin das Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, oder in der Weise, daß der dritte Contrahent erklärt, er schließe mit ihm nur im Hinblick auf seine Anstellung zc. ab, ist gleichgültig. — Gegen die von Savigny Obl. II S. 61—66 aufgestellte Ansicht, daß der Geschäftsherr aus den Rechtsgeschäften seines Geschäftsführers unter allen Umständen hafte, s. namentlich Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 312 fg. 335 fg. Senff. Arch. XVIII. 241.

<sup>10</sup> L. 1 §. 6 vgl. §. 4 D. h. t. 15. 4.

<sup>10</sup> Die actio quod iussu setzt allerdings Gewaltunterworfenheit des Abschließenden voraus, während die actio institoria und die actio exercitoria auch aus Geschäften unabhängiger Personen gegeben werden (§. 2 I. h. t. 4. 7). Die actio quasi institoria (Note 8) aber bedt alle Fälle der actio quod iussu.

<sup>11</sup> Dieß ist bestritten. Nach der Meinung Anderer soll die actio quod iussu (bei der actio institoria und der actio exercitoria ist es von selbst klar, daß es sich um Angelegenheiten des Erklärenden handelt) nur dann begründet sein, wenn das Rechtsgeschäft die Angelegenheiten des Contrahirenden, oder umgekehrt nur dann, wenn es die Angelegenheiten des Erklärenden betrifft; s. den Bericht bei Dagerow a. a. O. Nr. 2. Aber die erste Meinung beruht auf einer offensichtlich falschen Erklärung der l. 5 pr. D. h. t. 15. 4 und l. 4 C. quod cum eo 4. 26, und steht in Widerspruch mit l. 5 §. 2 D. de in rem verso 15. 3. Wenn die zweite Meinung richtig wäre, so müßte die actio quod iussu auch bei Rechtsgeschäften in Betreff des peculium concessum unzulässig sein, — denn auch diese sind für den Herrn und Vater negotia aliena, da er aus ihnen nur bis zum Belange des peculium hafte —; und dieß, wie es bei der allgemeinen Ausdrucksweise der Quellen an und für sich unwahrscheinlich ist, wird direct widerlegt durch l. 9 §. 8 D. de pec. 15. 1, l. 10 §. 10 D. de in rem verso 15. 3. S. auch l. 1 C. quod cum eo 4. 26, l. 7 D. de tut. 26. 1, l. 21 D. de adm. et per. 26. 7, Paul. S. R. I. 4 §. 6. Ueber l. 25 D. ad SC. Vell. 16. 1 und l. 1 §. 5 D. h. t. 15. 4 s. die folgende Note.

gelegenhelten des Abschließenden betrifft, die Erklärung in dem Sinne erfolgt sein, daß die zu begründende Verbindlichkeit nicht bloß formal, sondern auch materiell eine eigene Verbindlichkeit des Erklärenden werden soll; sonst gilt das Recht der Bürgschaft<sup>12</sup>. Betrifft das Rechtsgeschäft die Angelegenheiten des Erklärenden, so wird regelmäßig der Abschließende bei dem Abschluß an den Tag legen, daß er nicht für sich, sondern für den Erklärenden, nicht in eigenem Namen, sondern im Namen des Erklärenden zu handeln gemeint sei, und dann hafte nach dem im heutigen Recht anerkannten Princip der directen Stellvertretung der Abschließende gar nicht, und nur der Erklärende<sup>13</sup>. Jedoch ist es nicht ausgeschlossen, daß der Abschließende auch in eigenem Namen handele, und also zunächst sich, und erst durch sich den Erklärenden zum Schuldner mache<sup>14</sup>. — Im Einzelnen ist noch

<sup>12</sup> Es muß die Erklärung eben nicht zum Zweck der Sicherstellung des dritten Contrahenten abgegeben worden sein. Zu diesem Satze paßt zwar nicht ganz das „periculo meo“ in l. 1 §. 1 D. h. t. 15. 4; aber seine Annahme wird unbedingt notwendig durch l. 25 D. ad SC. Vell. 16. 1. „Si dominus servo suo credi iusserit, actione honoraria tenetur. Quod si pro eo fideiusserit, exceptione SC. Velleiani iudicio conventa adversus creditorem tueri se poterit, nisi pro suo negotio hoc fecerit“. Dieße die actio quod iussu zu, daß die zu begründende Verbindlichkeit als materiell fremde übernommen werde, so hätte die Haftung der Frau aus der actio-quod iussu nicht als unbedingt hingestellt werden können. Vgl. auch l. 1 §. 5 D. h. t. 15. 4. „Quid ergo si fideiusserit pro servo? Ait Marcellus, non teneri quod iussu; quasi extraneus enim intervenit“. — Viel eher könnte man auf Grund dieser Stellen die Behauptung aufzustellen geneigt sein, daß die durch den iussus übernommene Verbindlichkeit nicht bloß eine materiell eigene werden, sondern von Anfang an eine materiell eigene gewesen sein müsse; aber dem steht das in der vorigen Note Bemerkte entgegen.

<sup>13</sup> S. oben §. 313.

<sup>14</sup> Man unterscheide folgende Fälle. a) Das Rechtsgeschäft ist von der Art, daß es im Namen des Erklärenden gar nicht vorgenommen werden kann. Von dieser Art ist die Bürgschaft für den Erklärenden; s. l. 10 §. 2 D. de fidei. 46. 1, welche Stelle aus einer von dem Sohne für den Vater geleisteten Bürgschaft gegen den Letzteren die actio quod iussu gibt. b) Das Rechtsgeschäft könnte auch im Namen des Erklärenden vorgenommen werden; aber während der Erklärende den iussus direct an den dritten Contrahenten richtet (actio quod iussu), beauftragt er den Abschließenden ebenso ausdrücklich, in seinem eigenen (des Abschließenden) Namen abzuschließen. c) Die Erklärung an den Dritten liegt in der Anstellung des Abschließenden, in dem ihm erteilten

Folgendes zu bemerken. 1) Haftet der Erklärende für die Schuld des Abschließenden nur in derjenigen Gestalt, in welcher sie durch den Abschluß des Rechtsgeschäfts begründet worden ist, oder ergreift ihn diese Schuld auch in derjenigen Gestalt, welche sie durch ein späteres rechtswidriges Verhalten des Abschließenden annimmt? Es ist das Letztere zu sagen; nur mit der Maßgabe, daß, wenn das Rechtsgeschäft die Angelegenheiten des Erklärenden betrifft, der Erklärende für die Rechtswidrigkeit des Abschließenden bloß dann haftet, wenn es mit seinem Willen geschehen ist, daß derselbe in eigenem Namen, und nicht im Namen des Erklärenden abgeschlossen hat<sup>15</sup>. 2) Mehrere Erklärende haften jeder auf das

Auftrag (actio institoria, exercitoria, quasi institoria). In diesem Falle ist, damit die actio institoria etc. überhaupt begründet sei, beim Abschluß des Rechtsgeschäfts Bezugnahme auf die Anstellung zc. erforderlich (Note 9), und es ist anzugeben, daß durch diese Bezugnahme regelmäßig auch ein Contrahiren im Namen des Principals gegeben sein wird; aber nothwendig ist dieß nicht. Wie, wenn der Angestellte zc. ausdrücklich erklärt, daß er zwar in Ausführung des ihm erteilten Auftrages, aber nichtsdestoweniger in eigenem Namen abzuschließen gewillt sei: würde man auch in diesem Falle nicht ihn, oder umgekehrt nur ihn, wollen haften lassen? Nur ihn — wo dieß doch genau der Fall wäre, auf welchen die actio institoria und exercitoria berechnet sind? Und was ausdrücklich erklärt wirksam ist, sollte das weniger wirksam sein, wenn es aus den Umständen als gewollt unzweifelhaft erkannt werden kann? Der hier verteidigten Ansicht sind Sintonis II S. 370. 362 in der Ann., Jaun Arch. f. pr. RW. N. F. I S. 40. 41. Dawider namentlich Thöl §. 25 Note 1, §. 29 Note 1. Auch das SOW. kennt nur Contrahiren in eigenem Namen schlechthin und Contrahiren in fremdem Namen, kein Mittleres (Art. 52). — Ueber die heutige Anwendbarkeit der actio quod iussu speiell s. die verschiedenen Ansichten bei Chambron S. 253 fg., Bangerow a. a. D. Nr. 3, Sintonis §. 102 Ann. 91.

<sup>15</sup> L. 5 §. 8. 10 D. de inst. act. 14. 3. Thöl §. 33 Nr. 2 schließt die Verhaftung des Principals für unerlaubte Handlungen des Institor unbedingt aus. „Denn so weit der Institor nicht contrahirt, ist er gar nicht in seiner Sphäre als Institor“. Ich meine, der römische Institor, welcher eben in eigenem Namen contrahiren sollte, war in seiner Sphäre als Institor, auch nachdem er contrahirt hatte. Ein unmittelbarer Beweis liegt in den zu Anfang dieser Note genannten Stellen. Thöl meint, in diesen Stellen würden die unerlaubten Handlungen des Institor nicht als die Handlungen eines Institor, sondern als die Handlungen eines Gehülfsen, durch welchen der Principal die von dem Institor für ihn begründete Verbindlichkeit erfüllen lasse, in Betracht gezogen. Aber der Satz, daß der Schuldner unbedingt für die Hand-

Ganze<sup>16</sup>; sie sind, wie mit dem Abschließenden, so auch unter sich Correalschuldner<sup>16a</sup>. 3) Der Abschließende haftet ebenso unbe-

lungen des Gehülfsen einstehe, dessen er sich bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, kann als richtig nicht anerkannt werden (§. 401 Note 5); und auch abgesehen hiervon wäre es doch auffallend, wenn die Frage ob Jemand Institor sei — denn nur um diese Frage handelt es sich im Zusammenhang jener Stellen — mit Beziehung auf einen Fall erörtert würde, in welchem der Institor als Institor gar nicht in Betracht kommt. Was hätte den Juristen bewegen können, in die Frage, welche er wirklich beantworten will, eine ganz andere Frage hineinzuwerten, und diese nebenbei und ganz stillschweigend mit abzumachen? Wie Thöl: Burcharbi Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfsen S. 166 fg., Ubbelohde Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 281, Senff. Arch. IV. 35, vgl. V. 164, VI. 190. — Die L. 5 §. 10 cit. ist in der neueren Zeit der Gegenstand sehr eingehender Erörterungen geworden, welche sich aber nicht auf die hier verhandelte Frage, sondern auf die Erklärung des Zusammenhanges der Stelle beziehen. Es sind darüber vier verschiedene Meinungen aufgestellt worden: 1) die von Puchta §. 278. d, verteidigt von Rudorff das., Debelind Arch. f. cit. Pr. XLI. 8, Burcharbi a. a. D.; 2) die von Bangerow III §. 661 (Mühlentbruch Cession S. 143 Note 287, Krit. a. a. D. S. 315 fg.), verteidigt von Keller Jahrb. d. gem. R. II. 5; 3) die von Thöl a. a. D.; 4) die von Jhering Jahrb. f. Dogm. II S. 78 fg. Von diesen verschiedenen Meinungen würde auf die hier verhandelte Frage nur die Bangerow-Keller'sche von Einfluß sein, nach welcher die Personen des Institor und des die unrechtmäßige Handlung Begehenden nicht zusammenfallen, dieser letztere vielmehr nur als Gehülfe erscheint. Aber gegen diese Erklärung spricht: 1) daß auch in den beiden vorhergehenden §§. der Institor und der die unrechtmäßige Handlung Vornehmende dieselbe Person sind; 2) daß es in der von Keller angezogenen Stelle aus den S. R. des Paulus II. 8 §. 3 heißt: „quod cum discipulis... contractum est“, wornach also das Thöl-Jhering'sche Bedenken aufrecht bleibt; 3) wenn die Lehrlinge durch ihr Annehmen den Institor verpflichten können, warum nicht auch den abwesenden Principal, welcher sein Geschäft in seiner Abwesenheit durch einen „procurator“ weiter treiben läßt? Mir scheint von allen jenen Erklärungen die Jhering'sche noch am Meisten für sich zu haben. Die Puchta'sche hat, wie ich glaube, durch die von Rudorff in der 8. Aufl. am Schluß hinzugefügte Bemerkung nicht gewonnen. Zu dem letzten Satz der Stelle vgl. noch l. 5 pr. D. quod iussu 15. 4, l. 4 C. quod cum eo 4. 26.

<sup>16</sup> L. 5 §. 1 D. quod iussu 15. 4, l. 1 §. 25 — l. 4 §. 2 D. de exore. act. 14. 1, l. 13 §. 2 l. 14 D. de inst. act. 14. 3 Thöl Handelsr. §. 37 (S. 214. 215) behauptet, die solidarische Verhaftung falle weg, wenn der Regreß gegen den Genossen aus rechtlichen oder factischen Gründen ausgeschlossen sei. Er beruft sich dafür weniger auf l. 14 D. de inst. act. 14. 3 (a. a. D.

dingt, wie der Erklärende, und auch wenn er als Geschäftsführer gehandelt hat, nicht etwa nur so lange, wie seine Geschäftsführung dauert<sup>1)</sup>. 4) Ein Forderungsrecht aus dem abgeschlossenen Rechtsgeschäft hat der Erklärende, abgesehen von der Einwirkung eines zwischen ihm und dem Erklärenden bestehenden Gewaltverhältnisses, nur im Fall der Noth oder aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt<sup>10)</sup>.

## 2. Actio de in rem verso\*.

### §. 483.

#### Als Selbstschuldner haftet neben dem ein Rechtsgeschäft Ab-

Note 15), als auf l. 13 §. 2 eod. in Verbindung mit l. 27 §. 8 l. 28 D. de pec. 15. 1, in welchen letzteren Stellen aber von Fällen die Rede ist, in welchen eine solidarische Verhaftung des Genossen gar nicht stattfindet. Vgl. auch Bangerow III S. 494, Genfel Arch. f. pr. RW. R. F. I S. 191.

<sup>10)</sup> Denn sie haften aus derselben Obligation.

<sup>17)</sup> Denn er hat sich ja in eigenem Namen verpflichten wollen. L. 67 D. de proc. 3. 3. Man hat das Gegentheil behauptet wegen l. 20 D. de inst. act. 14. 3, welche aber von einem Falle handelt, in welchem angenommen wird, daß der Geschäftsführer gar nicht die Absicht gehabt habe, überhaupt eine Verpflichtung für sich zu begründen („*noe iuro his verbis obligatum*“). Kuffrat a. a. D. (Note \*) S. 46. 46 und Arch. f. civ. Pr. XXX S. 345, Thöl §. 26 Note 9, Bangerow III §. 661 Anm. — Noch viel weniger begründet ist die Behauptung, daß der Geschäftsführer auch bei wählender Geschäftsführung nicht genötigt werden könne, den Gläubiger aus eigenem Vermögen zu befriedigen. Vgl. Bangerow a. a. D. und andererseits Poljschuker III §. 276 Nr. 5.

<sup>18)</sup> L. 2 D. de inst. act. 14. 3: — „*si modo aliter rem suam servare non potest*“. L. 1 §. 18 D. de exorc. act. 14. 1: — „*propter ministerium anonae*“. S. noch l. 5 D. de stip. praet. 46. 5, l. 49 §. 2 D. de acq. vel om. po. 41. 2. Wie die Compileratoren die im Text bezeichnete Maßgabe der l. 1 D. de inst. act. 14. 3 hinzugefügt haben, so ist mit derselben auch l. 13 §. 25 D. de A. R. V. 19. 1 zu verstehen. S. auch l. 1 §. 18 D. de exorc. act. 14. 1: Wählendruck Cession S. 145. 146, Thöl §. 24, Schmidt Cession I S. 408 fg. 422 fg.

§. 483. \* Dig. 15. 3 de in rem verso. — S. außer den bei §. 482 Note \* genannten Schriftstellern: Keller commentatio ad L. si ex duobus 32 pr. §. 1. ff. de peculio (1822). Kriz Pandektenrecht I. 1 S. 429—476 (1835). Leifzivilistische Studien II S. 61—102 (1855). S. Witte Bereicherungsklagen S. 266—273 (1859).

schließenden auch der durch dieses Rechtsgeschäft Bereicherte<sup>1)</sup> bis zum Belange der Bereicherung; jedoch nur mit folgenden Maßgaben. 1) Es muß dem Bereicherten die Bereicherung in einer Weise zugegangen sein, daß er dadurch zum Erlaß an den Abschließenden verpflichtet wird<sup>2)</sup>; auch muß diese Verpflichtung nicht hinter-

<sup>1)</sup> L. 1 pr. D. h. t.: — „*tenentur . . . si in rem eorum, quod acceptum est, conversum sit, quasi cum ipsis potius contractum videatur*“.

<sup>2)</sup> Mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Fall, wo die Bereicherung dem Bereicherten durch den das Rechtsgeschäft Abschließenden selbst zugeht (Note 7), heißt es in den Quellen, dieser dürfe dem Bereicherten nicht animo donandi, er müsse ihm animo negotia gerendi die Bereicherung zugewendet haben. L. 7 pr. l. 10 §. 2 D. h. t.; l. 5 §. 3 l. 7 §. 5 l. 10 §. 10 l. 11 D. eod. Mit diesen ganz zweifellos neben Stellen steht l. 7 §. 1 D. h. t. („*Plaus si mutuum servus acceperit, et donandi animo solvit, dum non vult eum debitorem facere peculiararem, de ist rem verso actio est*“) in so handgreiflichem Widerspruch (ein mißlungener Lösungsversuch bei Buchfa-Stellvertret. S. 32 Note 6), daß ich nicht ansehe, statt „est“ zu lesen „cessat“. — Auch l. 3 §. 2 D. h. t. („*Et regulariter dicimus, toties de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem*“) darf hierher gezogen werden, obgleich diese Stelle, wie der Zusammenhang lehrt, unmittelbar nur von der Frage handelt, wann man sagen dürfe, daß der Herr wirklich bereichert worden sei. — Witte a. a. D. führt, namentlich auch auf Grund der zuletzt genannten Stelle, in weiterer Entwicklung eines Gedankens von Keller, die actio de in rem verso auf eine Fiction der Cession der dem Abschließenden gegen den Bereicherten zustehenden actio mandati oder negotiorum gestororum zurück, indem er für den Fall, von welchem das römische Recht ausgegangen ist, dem, wo der Abschließende der Gewalt des Bereicherten unterworfen ist (Note 4), die weitere Fiction hinzunimmt, daß diesem eine Klage gegen den Gewalthaber wirklich zustehe. Ich glaube nicht, daß diese der Gedankenzusammenhang des römischen Rechts ist. Mir ist es nicht zweifelhaft, daß der wirkliche Anlehnungspunkt der actio de in rem verso die actio de peculio ist. Wenn der Gewaltunterworfenen ein peculium hat, und die actio de peculio noch begründet ist, so ist die actio de in rem verso überflüssig, indem die natürliche Verbindlichkeit, welche für den Gewalthaber aus der zu seinen Gunsten gemachten Verwendung entstanden ist, bei der Berechnung des peculium mit in Anschlag gebracht wird (l. 1 §. 2 l. 19 D. h. t.). In der actio de in rem verso wird nun die natürliche Verbindlichkeit des Gewalthabers aus der Verwendung auch für den Fall zur Geltung gebracht, wo die actio de peculio entweder nie begründet gewesen ist, oder begründet zu sein aufgehört hat. Auf diesen Zusammenhang weist auch hin, daß beide Klagen in derselben Formel zusammengefaßt wurden (Gal. III. 73, §. 4 l. h. t.). Vgl. l. 19 cit. l. f. — „*quas tamen adiectio tunc necessaria est, cum annus post mortem filii excessit*“.

her wieder weggefallen sein<sup>2</sup>. 2) Wenn der Abschließende nicht der väterlichen Gewalt des Bereicherten unterworfen ist<sup>3</sup>, so muß das Rechtsgeschäft in des Letzteren Angelegenheiten, und mit Hinweisung darauf, daß es dessen Angelegenheiten betreffe, vorgenommen worden sein<sup>4</sup>. — Die Bereicherung<sup>5a</sup> kann dem Be-

<sup>1</sup> L. 10 §. 6—9 D. h. t. Senff. Arch. VI. 192.

<sup>2</sup> Die actio de in rem verso ist ursprünglich nur für die Rechtsgeschäfte gewaltunterwerfener Personen aufgestellt, und erst später auf die Rechtsgeschäfte Unabhängiger ausgedehnt worden, l. 7 §. 1 O. h. t. 4. 26, l. 82 D. pro soc. 17. 2. S. Ubrigens auch Note 5 a. E.

<sup>3</sup> Wenn der das Rechtsgeschäft Abschließende der Gewalt des Bereicherten unterworfen ist, so ist es nicht erforderlich, daß das Rechtsgeschäft in Angelegenheiten des Gewalthabers abgeschlossen worden sei. L. 5 §. 3 l. 3 §. 1 i. f. D. h. t., l. 8 pr. l. 7 §. 2 eod. Die gegentheilige Behauptung Leiß's S. 64, welcher sogar so weit geht, zu verlangen, daß auch der dritte Contractant im Hinblick auf den Gewalthaber abgeschlossen haben müsse, findet weder in l. 3 §. 9 D. h. t., noch in den übrigen von Leiß angeführten Stellen eine Stütze. Der animus negotia gerendi des Abschließenden beim Abschluß des Geschäfts ist nur insoweit nöthig, als ohne ihn kein Erforderniß gegen den Bereicherten begründet sein würde (Note 6 und l. 7 §. 4 D. h. t. [Note 7]). S. auch Witte S. 270 fg. Ist dagegen der das Rechtsgeschäft Abschließende der Gewalt des Bereicherten nicht unterworfen, so ist die actio de in rem verso gegen den Bereicherten nur dann begründet, wenn sowohl: a) das Rechtsgeschäft in dessen Angelegenheiten abgeschlossen worden, als auch b) der Abschließende dabei als Geschäftsführer hervorgetreten ist. Das erste Erforderniß ist früher vielfach verkannt worden, woraus sich eine ganz ungebührliche Ausdehnung der actio de in rem verso ergeben hat; jetzt wird es wohl nicht mehr bestritten. S. Kammerer Arch. f. civ. Pr. VIII S. 350 fg., Friß Erläuterungen II S. 248 fg., Witte S. 268, Sintenis §. 102 Note 86. Was die Praxis angeht: Senff. Arch. I. 211, IV. 221, VIII. 257, XVI. 44. Das zweite Erforderniß wird auch heutzutage bei Weitem nicht allgemein anerkannt. Für dasselbe mit Vehaftigkeit Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 339 fg.; dagegen Kuhstrat (§. 472 \*) S. 49 fg., Thöl §. 27 b a. E. Aus den Quellen läßt sich eine directe Entscheidung nicht gewinnen. In l. 13 C. si cert. pot. 4. 2, auf welche sich Kuhstrat beruft, wird das Gewicht des „principaliter obligatum“ durch die von Spering angeführte l. 4 C. si tutor 2. 25 gebrochen. L. 7 §. 1 C. h. t. 4. 26, l. 82 D. pro soc. 17. 2 verlangen Geschäftsführung im Allgemeinen, ohne es besonders hervorzuheben, daß der Geschäftsführer auch als solcher hervorgetreten sein müsse (aus den Worten „et eius personam elegisti“ geht nun hervor, daß der dritte Contractant seine Qualität als Geschäftsführer gekannt habe), — obgleich andererseits auch nichts die Annahme verbietet, und es sogar wahrscheinlich ist, daß sie dieß als selbstverständlich voraussetzen. Für mich ist entscheidend die

reicherten möglicherweise schon durch den Abschluß des Rechtsgeschäfts selbst zugehen, wenn ihm dadurch nämlich die Eingehung einer eigenen Verbindlichkeit erspart, oder er von einer eigenen Verbindlichkeit befreit wird<sup>6</sup>; möglicherweise erst dadurch, daß dasjenige, was der Gläubiger bei dem Rechtsgeschäft seinerseits aufgeopfert hat, in sein Vermögen verwendet wird<sup>7</sup>. Ist die Bereicherung einmal bewirkt worden, so schadet hinterheriger Wegfall derselben nicht<sup>8</sup>.

### 3. Actio de peculio\*.

#### §. 484.

Der Vater<sup>1</sup> haftet als Selbstschuldner aus den Verbind-

Analogie der actio institoria (§. 472 Note 9). Wenn der Dritte selbst aus seiner Erklärung nicht haftet, ohne daß das Rechtsgeschäft in ausgesprochenem Hinblick auf seine Person abgeschlossen worden ist, so kann er auch aus seiner Bereicherung ohne eine solche Bezugnahme nicht haften. — Es fehlt übrigens auch nicht an solchen, welche die Ausdehnung der actio de in rem verso auf unabhängige Geschäftsführer ganz leugnen, und in l. 7 §. 1 C. h. t. nur eine actio negotiorum gestororum anerkannt glauben. S. Kammerer a. a. O. S. 351, Friß a. a. O. S. 248 Note 432; auch Puchta Vorl. zu §. 279 a. E. Andere (Savigny Obl. II S. 32, Arndts §. 248 Ann. 3) wenden wenigstens hier die Fiction der Fesslon an, von welcher in Note 3 die Rede gewesen ist, und erklären die Klage des dritten Contractanten gegen den Geschäftsführer für die als eebirt gedachte actio mandati oder negotiorum gestororum des Geschäftsführers.

<sup>5a</sup> Vgl. zum Folgenden namentlich Leiß S. 66 fg.

<sup>6</sup> L. 17 pr. l. 19 l. 10 §. 1. 2 D. h. t. Vgl. l. 15 D. h. t.; aber auch l. 10 §. 2 D. de fidei. 46. 1.

<sup>7</sup> Diese Verwendung wird regelmäßig durch den Abschließenden erfolgen; daß dieß aber nicht der einzig mögliche Fall ist, zeigen l. 7 §. 4 D. h. t. (Verwendung durch den Gläubiger selbst), l. 19 eod. (der Vater nimmt eine von dem Sohne gekaufte Lega, nicht wissend, daß sie zu dessen peculium gehört, an sich). Von jenem regelmäßigen Falle handeln l. 3 §. 1. 3—8. 10 l. 5 pr. §. 2 l. 7 §. 5 l. 8. 9 l. 10 pr. l. 12. 15. 19 l. 20 pr. l. 21 D. h. t. Zu l. 3 §. 3 cit. vgl. Senff. Arch. IX. 305. 306, X. 61, XVII. 64.

<sup>8</sup> L. 3 §. 7. 8. 10, l. 17 pr. D. h. t.

\* Dig. 15. 1 de peculio, 15. 2 quando de peculio actio annalis sit. — §. 484. Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. f. V. 4 (1848). Diebel Jahrb. d. gem. R. II. 1. 12, III. 3 (1858. 1859). Keller bas. III. 6 (1859). Mosler Zeitschr. f. Pandect. IV. S. 300—318 (1861). Better bas. IV S.

tungen der seiner Gewalt unterworfenen Kinder mit Allem, was er denselben zum factisch selbständigen Haben überlassen hat, so daß es, ohne rechtlich aus dem Vermögen des Vaters auszuschneiden, äußerlich als Vermögen des Kindes erscheint (Peculium, Sondergut)<sup>2</sup>.

501—537 (1861). Außerdem gehört hierher die im vorigen §. bei \* citirte Dissertation von Keller. S. auch dens. Litiscontestation u. Urtheil S. 420 fg. 544 fg.

<sup>1</sup> „Vater“ wird hier repräsentativ für den Inhaber der Gewalt gesagt. Das Gleiche, wie für den Vater gilt für den Großvater u., in dessen Gewalt der Enkel u. steht.

<sup>2</sup> L. 39 D. h. t. „Peculium ex eo constat, quod . . . velut proprium patrimonium servum suum habere quis voluerit“. L. 47 §. 6 cod.: — „quis quasi patrimonium liberi hominis peculium servi intelligitur“. L. 32 pr. i. f. h. t. — Nach römischem Recht ist Peculium Alles, was aus dem Vermögen des Vaters an das Kind gelangt, selbst wenn der Vater es mit dem Willen dem Kinde überlassen hat, daß es in das Vermögen des Kindes übergehen solle; das Kind kann vom Vater nicht erwerben. Pr. I. per quas pars. 2. 9, 1. 6 pr. U. de bon. quae lib. 6. 61. Ob dieß noch heutzutage gilt, ist bestritten. Es findet sich die Behauptung (s. Note 4), daß heutzutage Schenkungen des Vaters an das Kind gültig seien. Diese Behauptung darf aber jedenfalls nicht darauf gestützt werden, daß, wie auch ich annehme, im heutigen Recht, anders als im römischem, Rechtsgeschäfte überhaupt zwischen dem Vater und dem Kinde in der Gewalt zulässig sind. Denn der Satz, daß Alles, was ex substantia patris an das Kind kommt, Vermögen des Vaters bleibe, wird in den Quellen nicht als Consequenz der Unzulässigkeit von Rechtsgeschäften zwischen beiden, sondern als directe Consequenz der Erwerbunfähigkeit des Kindes, welche in dieser Beziehung aufrechterhalten wird, behandelt. Wie die Unzulässigkeit von Rechtsgeschäften zwischen Vater und Kind beim peculium castroense wegfällt (l. 2 pr. D. de contr. smt. 18. 1), so muß sie auch beim peculium adventitium wegfallen, und es ist Zufall oder Nachlässigkeit, daß dieß in den Quellen nicht ausdrücklich ausgesprochen worden ist. Dagegen ist die Erwerbunfähigkeit des Kindes in der bezeichneten Beziehung von den Compilatoren mit vollem Bewußtsein aufrechterhalten worden. Es kann sich daher nur darum handeln, ob nicht Schenkungen zwischen Vater und Kind durch ein modernes, gerade auf Schenkungen gerichtes Wohnheitsrecht zulässig geworden sind. Ich bin nun allerdings der Ansicht, daß ein solches Wohnheitsrecht nicht ganz wird gelehnet werden können, glaube aber nicht, daß es sich in weiterem Umfang nachweisen läßt, als in Betreff dessen, was der Vater dem Kinde zum Zweck der Begründung einer selbständigen Wirtschaft, oder zum Zwecke der Abfindung aus der väterlichen Erbschaft zuwendet. S. S. u. f. Arch. XIV. 44; VII. 196, IX. 44. 304, XV. 30; II. 305; I. 353, XVII. 255. Hieruff. Sammlung der Entscheidungen des O. A. zu Lübeck I S. 109 (88). Vgl. auch Arndts §. 436 Num. 4 a. E.

Dieser Satz hat für das heutige Rechtsleben eine unendlich geringere Bedeutung, als er für das römische hatte<sup>3</sup>; unanwendbar ist er aber auch heutzutage nicht<sup>4</sup>. Das Nähere ist Folgendes.

1. Der Vater haftet mit Allem, was er dem Kinde in der be-

<sup>3</sup> Weil bei uns die väterliche Gewalt aufhört, sobald das Kind im Stande ist, für sich selbst zu sorgen, und in Folge davon einen selbständigen Haushalt begründet. Bei den Römern war die Einräumung eines Peculium hauptsächlich gerade auf den Fall berechnet, wo das Kind nach Außen hin selbständig geworden war; die ihm auch jetzt noch fehlende Vermögensfähigkeit sollte ihm durch das Peculium ersetzt werden. — Eine noch wichtigere Anwendung fand das Peculium im römischen Rechtsleben bei den Sklaven.

<sup>4</sup> Für die heutige Unanwendbarkeit der actio de peculio und der römischen Grundsätze vom f. g. peculium profectitium überhaupt hat sich namentlich die gewichtige Stimme Kraut's ausgesprochen, Vormundschaft II S. 640 fg.; nach ihm Dollmann Bl. f. Anwend. zunächst in Bayern XIV S. 129 fg.; ferner Seuffert Pand. III §. 485, Savigny Obl. II S. 52; von Letzteren f. die bei Kraut S. 641 Note 25 Genannten. Kraut's Argumentation ist diese: nach heutigem Rechte sind Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kind erlaubt, also auch Schenkungen, das Geschenk wird also pec. adventitium und nicht pec. profectitium; insofern aber der Vater dem Sohne ein Vermögen zur eigenen Disposition ohne die Absicht zu schenken übergibt, führen die heutzutage über freie Stellvertreter geltenden Grundsätze zu dem gleichen Resultat, wie die actio de peculio. Ich halte aber nun zunächst das Letztere für entschieden irrig. Nach dem heutigen Rechte der Stellvertretung haftet der Vater auf das Ganze, wenn das Kind in des Vaters Namen contrahirt hat; hat aber das Kind in eigenem Namen contrahirt, und darauf ist ja eben das Peculium berechnet, so haftet der Vater gar nicht. Was sodann die Behauptung der unbedingten heutigen Gültigkeit von Schenkungen zwischen Vater und Kind angeht, s. die Note 2. Seuffert stellt Alles darauf ab, worauf nebenbei auch Kraut hinweist, daß das dem Sohne zur Begründung einer eigenen Wirtschaft übergebene Vermögen eben auch den Austritt aus der väterlichen Gewalt begründe. Es sind dabei die Fälle übersehen, wo der Vater dem Sohne Vermögen nicht zur Begründung einer eigenen Wirtschaft, und wo er ihm Vermögen zur Begründung einer eigenen Wirtschaft nicht in der Absicht zu schenken überläßt, so daß das Kind fortfährt, aus den Mitteln des Vaters zu leben. Savigny veruft sich ohne nähere Ausführung darauf, daß das heutige Peculium nicht mehr die römische Bedeutung habe. — Eine ganz eigenthümliche Stellung zur Frage nimmt Diezel in den beiden bei \* genannten Aufsätzen ein. Er behauptet nämlich, daß die actio de peculio bereits im Justinianischen Rechte weggefallen sei. Denn peculium sei nach classischem Rechte nicht das dem Kinde vom Vater überlassene Vermögen, sondern alles vom Kinde erworbene Vermögen, auch ohne Concession des Vaters; die Grundlage der

zeichneten Weise überlassen hat<sup>5</sup>. Das Ueberlassen kann in einem Geben<sup>6</sup> bestehen, aber auch in einem Nichtnehmen des vom Kinde anderweitig Erlangten<sup>7</sup>.

2. Der Vater haftet für alle Verbindlichkeiten des Kindes<sup>8</sup>, mit Ausnahme der Verbindlichkeiten aus Schenkungen<sup>9</sup>, aus Delicten<sup>10</sup>, und derjenigen Verbindlichkeiten, welche das Kind mit

*actio de peculio* sei also nicht das *peculium*, sondern die „Peculienfähigkeit“ des Kindes gewesen, und diese habe sich im Justinianischen Recht in eine Vermögensfähigkeit verwandelt. In dem zweiten Aufsatz sucht er dann noch auszuführen, daß durch Schenkungen des Vaters an das Kind bereits nach classischem Recht kein *peculium* erzeugt worden sei, d. h. daß das Geschenkte Vermögen des Vaters geblieben sei, ohne daß derselbe mit der *actio de peculio* haftbar geworden wäre. In Beziehung auf den ersten Punkt darf hier auf die Gegenausführung von Keller Jahrb. f. Dogm. a. a. O. verwiesen werden; die zweite Behauptung halte ich für ebenso willkürlich, s. l. 15 pr. D. de castr. pec. 49. 17, l. 31 §. 2 D. de don. 39. 5, l. 37 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1; in Betreff der l. 31 §. 1 D. de don., auf welche sich Dietzel beruft, f. l. 9 §. 3 D. de I. D. 23. 3, in Betreff von Vat. fr. 294 f. l. 31 §. 2 cit. Vgl. auch Sintonis III §. 141 Num. 67.

<sup>5</sup> L. 4 pr. §. 1. 2 l. 5 §. 3. 4 l. 6 l. 7 pr. — §. 5 l. 39 l. 40 pr. D. h. t. S. noch l. 25 l. 40 §. 1 eod. Dazu Uebelschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. §. XVI 9.

<sup>6</sup> L. 8 D. h. t. „Non statim, quod dominus voluit ex re sua peculii esse, peculium fecit; sed si tradidit, aut, cum apud eum esset, pro tradito habuit“. Vgl. l. 49 §. 2 D. h. t. „Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intelligatur, ex causa civili computandum est; ideoque si dominus in rationes suas referat, se debere servo suo, cum omnino neque mutuum accepit, neque ulla causa praecesserit debendi, nuda ratio non facit eum debitorem“. L. 4 §. 1 eod., l. 6 §. 4 D. de pec. leg. 33. 8.

<sup>7</sup> L. 4 §. 2 l. 30 l. 49 pr. D. h. t. In l. 7 §. 1 D. h. t. ist von einem andern Falle die Rede, von dem Nichtzurückziehen eines früher eingeräumten *Peculium*.

<sup>8</sup> L. 3 §. 5. 9. 10. 11. 13 l. 5 pr. §. 1. 2 D. h. t., l. 23 §. 4 l. 57 §. 1 D. de sol. ed. 21. 1, l. 1 C. quod cum eo 4. 26 u. a. m. Der pater arrogator haftet nicht „ex auto gesto“, l. 42 D. h. t.

<sup>9</sup> Die Schenkungsbefugniß muß dem Kinde besonders eingeräumt werden, was übrigens auch stillschweigend geschehen kann. L. 7 D. de don. 39. 5, l. 28 §. 2 D. de pact. 2. 14.

<sup>10</sup> Aus Delicten haftet der Vater nur bis zum Belange der Bereicherung des *Peculium*. L. 3 §. 12 D. h. t., l. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1; l. 1 §. 7 D. de his qui off. 9. 9, l. 58 D. de R. 1. 50. 17. Anders aber, wenn das Kind aus dem Delicte verurtheilt worden ist, l. 3 §. 11 D. h. t., l. 35 D. de nox. act. 9. 4 (l. §. 129 Note 3).

Rücksicht auf sein eigenthümliches Vermögen eingegangen hat<sup>11</sup>. Im Uebrigen befreit den Vater nicht einmal die ausdrückliche Erklärung, für die Verbindlichkeiten des Kindes nicht haften zu wollen<sup>12</sup>.

3. Bei der Berechnung des Sondergutes wird auf die Zeit des Urtheils gesehen<sup>13</sup>. Eingerechnet wird in dasselbe Alles, was der Vater dem Sondergute schuldig ist<sup>14</sup>; dagegen darf der Vater abziehen, was er seinerseits von dem Sondergute zu fordern hat<sup>15</sup>. Dieses Abzugsrecht fällt nur dann weg, wenn das Kind mit dem Sondergute unter Zustimmung des Vaters Handel getrieben hat; in diesem Falle wird der Vater mit den übrigen Gläubigern nach gleichem Verhältniß befriedigt<sup>16</sup>. Eingerechnet wird in das Sondergute ferner, was der Vater dem Sondergute

<sup>11</sup> L. 18 §. 5 D. de castr. pec. 49. 17.

<sup>12</sup> L. 29 §. 1 l. 47 pr. D. h. t.

<sup>13</sup> L. 30 pr. D. h. t., l. 53 D. sol. matr. 21. 3, l. 7 §. 15 D. quib. ex caus. in po. 42. 4.

<sup>14</sup> L. 7 §. 6 l. 9 pr. §. 1 l. 17 i. f. D. h. t., l. 38 §. 2 D. de cond. ind. 12. 6.

<sup>15</sup> Darauf wird sogar die Definition des *Peculium* gestellt. L. 5 §. 4 D. h. t.: — „deducto inde si quid domino debetur“; l. 11 §. 7 eod.: — „non est in peculio, quod domino debetur“. L. 16 D. de in rem verso 15. 3. Vgl. l. 9 §. 2 D. h. t.: — „quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur“. Vgl. ferner einerseits l. 4 §. 5 D. h. t., andererseits l. 6. 8 D. de pec. leg. 33. 8, und dazu Dernburg Compensation S. 119 fg., Ihering Geist des röm. R. III S. 73 fg. — Selbst den Gläubigern mit einem Concurprivilegium geht der Vater vor, l. 52 D. h. t., l. 22 §. 13 D. sol. matr. 14. 3. Auch dasjenige kann der Vater abziehen, was den Personen geschuldet wird, deren Geschäfte er führt, l. 9 §. 4 D. h. t. Ausnahmsweise gilt das Abzugsrecht nicht für Straforderungen, l. 9 §. 6 D. h. t. (vgl. l. 4 §. 4 l. 27 §. 1 eod., l. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1). Vgl. im Uebrigen l. 9 §. 2 — l. 19 §. 1 l. 22 l. 47 §. 5 l. 56 D. h. t.

<sup>16</sup> *Actio tributoria* Dig. 14. 4 de tributoria actione. Die Zustimmung braucht keine ausdrückliche zu sein; das Edict sprach nur von *scientia patris*. L. 1 pr. §. 3 D. h. t. (l. 1 §. 3 cit.: — „scientiam eam accipimus, quae habet et voluntatem; . . . non . . . velle debet dominus, sed non nolle . . .“). Betreift das Kind zwei verschiedene Geschäfte, so haftet das Vermögen eines jeden dieser Geschäfte nur dessen Gläubigern, nicht den Gläubigern des andern Geschäfte, l. 5 §. 15. 16 D. h. t. Ueber die Conception der formula s. Keller Jahrb. f. Dogm. III S. 195. Ueber die *actio tributoria* überhaupt vgl. Dietzel Zeitschr. f. R. II S. 1—18.



arglistigerweise entzogen hat<sup>17</sup>. In soweit der Vater dasjenige, was von dem Gläubiger in Folge des Contractes an das Kind gelangt ist, in Händen hat, haftet er auch über den Betrag des Sondergutes hinaus<sup>18</sup>.

4. Mit dem Tode des Vaters oder des Kindes, ebenso mit der Emancipation des Kindes, hört das Sondergut auf; nach dieser Zeit haften aber der Vater bez. seine Erben noch ein Jahr lang<sup>19</sup>. Miterben haften nur bis zu dem Belange, bis zu welchem das Sondergut an sie gelangt ist<sup>20</sup>. Dagegen be-

<sup>17</sup> L. 5 pr. l. 21 pr. — §. 3 l. 26 D. h. t., l. 1 pr. D. quando de pec. actio 16 2, l. 9 §. 2 D. do trib. 14. 4, l. 19 D. do in rem verso 15. 3. Die Einrechnung findet jedoch nur innerhalb der Verjährungszeit der actio doli statt, und gegen die Erben nur auf die Bereicherung, l. 30 §. 6. 7 l. 31 D. h. t.

<sup>18</sup> Kraft der Klausel: si quid dolo malo patris captus fraudatusque est. L. 36 D. h. t., l. 5 pr. eod., l. 3 §. 5 D. commod. 13. 6, l. 1 §. 42 D. dep. 16. 3.

<sup>19</sup> Dig. 15. 2 quando de peculio actio annalis est. Die Zeit wird utiliter berechnet, l. 1 §. 2 tit. cit. In der Einziehung des Peculium, welche an und für sich dem Vater unbedingt freisteht (l. 4 pr. l. 8 l. 40 §. 1 D. h. t.), liegt, wenn sie ohne Befriedigung der Gläubiger erfolgt, ein dolus gegen die Gläubiger, und deswegen entscheiden die Grundsätze der Note 17. L. 21 pr. D. h. t. „Sed dolum malum accipere debemus, si ei ademit peculium.“

<sup>20</sup> L. 30 §. 1. 2 l. 32 pr. l. 29 pr. D. h. t., l. 7 §. 5 l. 9 §. 2 D. de trib. act. 14. 4. Ist der Sohn selbst unter den Miterben, so haftet er zwar als Principalschuldner den Gläubigern auf das Ganze, kann aber das Geleistete von seinen Miterben bis zum Belange der auf sie gefallenen Sondergutsanteile zurückfordern. L. 30 §. 3 D. h. t., l. 38 pr. D. de cond. ind. 12 6, l. 18 §. 5 D. fam. here 10. 2, l. 13 C. eod. 3. 36. Consequent-muß man dem Sohne ein Rückforderungsrecht auf das Ganze geben, wenn von dem Sondergute gar nichts an ihn gelangt ist. — Vetter in dem bei \* genannten Aufsatz findet in der Beschränkung der Verhaftung des Erben auf den an ihn gelangten Sondergutsanteil den Ausdruck des Gedankens, daß die Verpflichtung auf dem Sondergute als solchem ruhe, und mit demselben auf jeden übergehe, an welchen das Sondergut gelange. Mir scheint das nicht richtig. Der Erbe haftet nicht, weil er das Sondergut hat, sondern weil er Erbe ist; er haftet nur, wie auch der Vater selbst, nicht weiter, als er das Sondergut hat. Das hat wohl auch Vetter selbst nicht verkannt. Auch was Vetter sonst für den bezeichneten Satz beibringt, kann ihn m. E. nicht rechtfertigen. Umgekehrt, nach l. 27 §. 2 D. h. t. haftet der Käufer des Sklaven mit der actio de peculio nicht anders, als wenn er das an ihn gelangte Peculium dem Sklaven läßt, und nach l. 1 §. 7 D. quando de pec. 15. 2 und l. 18 D. de

freit Vermächtniß des Sondergutes an einen Dritten den Erben von der Verhaftung nicht<sup>21</sup>.

### C. Ueberrahme fremder Verbindlichkeiten durch Personen weiblichen Geschlechts\*.

#### 1. Das Recht des Vellejanischen Senatschlusses.

§. 485.

Nach dem Vellejanischen Senatschlusse<sup>1</sup> ist die Ueberrahme fremder Verbindlichkeiten (Intercession<sup>2</sup>) für Personen weiblichen

pec. leg. 33. 8 haften nicht derjenige, welchem das Peculium vermacht worden ist. Allerdings wird man zugeben müssen, daß die Quellen hier kein ganz reines Resultat gewähren; denn i. l. 32 §. 2 D. h. t., auf der anderen Seite freilich l. 11 §. 7 eod.

<sup>21</sup> Denn er braucht das Sondergut nur nach Abzug der auf demselben haftenden Schulden herauszugeben. L. 1 §. 7 D. quando de pec. 15. 2, l. 9 §. 2 D. de trib. act. 14. 4, l. 18 D. de pec. leg. 33. 8.

\* Dig. 16. 1 Cod. 4. 29 ad Senatusconsultum Velleianum. — Krüg. §. 485 Pandektenrecht I S. 240—287 (1835). Sinteris Zeitschr. f. Civ. u. Pr. X. 2 (1837). Rattenhorn über Intercessionen der Frauen nach römischen Rechten (1840). Sinteris Sch's Jahrb. II. 9 (1843). Deurer Arch. f. Civ. Pr. XXVIII. 15 (1846). Bachofen ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts Nr. 1 (1848). Windscheid Arch. f. Civ. Pr. XXXII. 12. 13 (1849). Girtanner Bürgschaft S. 133 fg. 258 fg. 335 fg. (1850. 1851). Fuhr Arch. f. prakt. RW. II. 5. 6 (1854). Fasenbalg Beiträge zur Lehre von der Intercession I. (einziges) Bändchen (1856). Sinteris II §. 129, Bangerow III §. 577. 581.

<sup>1</sup> Aus der Regierung des Kaiser Claudius (Glück XIV S. 438 fg., Bachofen S. 3). Die Worte des Senatschlusses in l. 2 §. 1 D. h. t. Derselbe bestätigte nur eine bereits gestellte Prohib („tametsi antea videtur ius ita dictum esse“). Vorhergegangen waren Gesetze (edicta) von August und Claudius durch welche Frauen die Intercessionen für ihre Ehemänner untersagt wurden.

<sup>2</sup> Der Ausdruck intercessio wird in den Quellen in einem doppelten Sinne gebraucht. In weiterem Sinne bezeichnet er eine jede Ueberrahme einer fremden Verbindlichkeit; in engerem Sinne aber wird nur eine solche Ueberrahme einer fremden Verbindlichkeit intercessio genannt, welche unter die Senatsvorschrift fällt (s. Note 3). Der erste Sinn ist der gewöhnliche; in Betreff des zweiten vgl. 3. P. l. 3. 14. 16. 23. 26 D. h. t.

Geschlechts unverbindlich. — Damit die Vorschrift des Senatschlusses Platz greife, ist im Einzelnen erforderlich<sup>3</sup>:

1) daß die Frau eine fremde Verbindlichkeit übernommen habe. Unter Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit wird hier verstanden: sich in die Lage versetzen, eine fremde Verbindlichkeit statt des eigentlichen Schuldners erfüllen, oder sonst eine Aufopferung zu Gunsten derselben machen zu müssen<sup>4</sup>. Eine fremde

<sup>3</sup> Der Senatschluß selbst hat für unverbindlich nicht die Uebernahme fremder Verbindlichkeiten erklärt (obgleich allerdings im Eingange desselben von Frauen die Rede ist, „quae pro aliis reo ferant“), sondern zwei einzelne Formen der Uebernahme fremder Verbindlichkeiten, Willigkath und Darlehensausnahme für einen Andern. Die Jurisprudenz aber hat anerkannt, daß der eigentliche Gedanke (vgl. I §. 22) der Senatsvorschrift auf die Uebernahme fremder Verbindlichkeiten als solche gehen (alienam obligationem in se suscipere) I. 2 §. 5 l. 8 §. 1 D. l. 1. 8. 16. 18 C. h. t.), andererseits freilich nicht auf Alles, was Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit an und für sich genannt werden kann. Der eigentliche Gedanke der Senatsvorschrift ist aber der, daß der Frau wegen ihrer Unerfahrenheit und leicht beweglichen Gutmüthigkeit (I. 2 §. 2. 3 D. h. t.) Schutz gegen Rechtsgeschäfte gewährt werden soll, welche sie deswegen für ungefährlich hält, weil sie vertraut, daß eine Verbindlichkeit von demjenigen, welchen sie angeht, auch werde erfüllt werden. Alle Rechtsgeschäfte, welche Frauen in diesem Glauben und Vertrauen abschließen, aber auch nur solche, fallen unter die Bestimmung des Senatschlusses. In dieser Weise ist der eigentliche Gedanke des Senatschlusses in dem oben bei \* citirten Aussatz von mir bestimmt worden; übereinstimmend Oltmann, Pasenbald, Wangerow (S. 166 unt.), und, in der Formulirung, wenngleich nicht in den Consequenzen, Fuhr. Ueber die Ansichten Anderer s. den genannten Aussatz S. 310 fg.; und vgl. noch Arndts §. 359 Num. 3, Brinz §. 145. — An dem angeführten Orte habe ich übrigens nicht von dem „eigentlichen Gedanken“, sondern von dem „Princip“ des Senatschlusses gesprochen, und ich halte das auch jetzt noch für einen ganz passenden Ausdruck. Jedenfalls habe ich dafür gesorgt, daß darüber, was unter „Princip“ des Senatschlusses zu verstehen, ein Mißverständnis nicht möglich sei, indem ich die Frage: welches ist das Princip des Senatschlusses? durch die andere Frage wiedergegeben habe: welches sind die charakteristischen Eigenschaften derjenigen Rechtsgeschäfte, auf welche sich die Bestimmung des Senatschlusses bezieht? Nichtsdestoweniger hat sich Sinteris Civilr. a. a. D. Num. 78<sup>a</sup> erlaubt, über meine Ansicht von der Unterstellung aus abzuspinnen als gehe dieselbe nicht von dem klaren hier bezeichneten Begriff, sondern von der unbestimmten Vorstellung aus, welche er selbst mit den Ausdrücken „Zweck und Absicht“ verbindet.

<sup>4</sup> Ueber das Letztere s. Note 7. 8. 11. d.

Verbindlichkeit erfüllen, oder sonst eine Aufopferung zu Gunsten derselben machen, ist nicht Uebernahme der fremden Verbindlichkeit<sup>5</sup>. Ebenso wenig liegt eine Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit in dem Versprechen, dem Schuldner er setzen zu wollen, was derselbe seinerseits zum Zweck der Erfüllung seiner Verbindlichkeit werde aufgeopfert haben<sup>6</sup>. — Im Uebrigen kann die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit in sehr verschiedener Weise geschehen. Sie kann nicht bloß durch Sicherpflichten geschehen, sondern auch durch Verpfändung<sup>7</sup>; auch in dem Verzicht auf einen Pfandvor-

<sup>5</sup> Erfüllung: l. 4 §. 1 D. l. 4 9. C. h. t. Sonstige Aufopferung: Geben an Erfüllungsort, l. 5 D. h. t.; Delegation eines Schuldners, l. 8 §. 5 D. h. t.; Verzicht auf ein Pfandrecht, l. 8 pr. l. 11. 21 C. h. t. l. 8 §. 5 cit. — „mulier enim per se non relevatur, non quae dominat restituatur.“ — Ueber l. 32 §. 2 D. h. t. f. Wandscheid S. 291 fg., Pasenbald S. 17 fg., Wangerow S. 143. Ich halte es jetzt für das Wahrscheinlichste, daß die Stelle von einem Verkaufe an einen Gläubiger spricht, welchem die Frau gegen den Senatschluß ein Pfandrecht an der verkauften Sache bestellt hat. Die Frau verkauft ihm, weil er sonst seinerseits ihr die Sache wegverkaufen würde, so daß ihr Verkauf nur pignoris executio ist. Vgl. den vorhergehenden §. 1. „Sed si creditor, qui pignus per intercessionem acceperit, hoc alii vendidit.“ — Dann fährt unser §. fort: „Item si mulier creditor viri fundum vendidit.“

<sup>6</sup> L. 8 §. 1 l. 19 pr. §. 1 D. h. t., l. 2 C. si maior indomitatem 5. 46. Wenn die Frau in diesem Falle erwartet, daß sie von dem abgeschlossenen Rechtsgeschäfte keinen Schaden haben werde, so thut sie das entweder kraft des Leichtsinns, welcher nicht daran denkt, daß Verbindlichkeiten einmal auch werden erfüllt werden müssen, oder auch vielleicht in der Hoffnung, daß für den Schuldner selbst eine Verbindlichkeit nicht werde existenz werden; und gegen die nachtheiligen Folgen dieses Leichtsinns und dieser Hoffnung soll sie eben nicht geschützt werden. Damit der Gedanke des Senatschlusses Platz greife, ist nothwendig, daß ein Anderer vorhanden sei, von dem als eigentlichen Schuldner die Frau die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit erwarten kann. L. 19 pr. cit. — „quando vix sit, ut aliquis apud eundem pro eo ipso intercessisse intelligi possit.“ L. 8 §. 1 cit. — „Papinianus . . . non putat, eam intercessisse; nullam enim obligationem alienam recepit, neque veterem, neque novam, sed ipsam fecit hanc obligationem.“ — Die in dieser Note genannten Stellen sind (alle oder theilweise, allein oder mit Andern) für Andre (Sinteris, Deurer, Wangerow) die Veranlassung gewesen, in die Definition der Intercession das Moment: Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit durch Verhandlung mit dem Gläubiger aufzunehmen. Vgl. darüber Note 8 a. C.

<sup>7</sup> L. 8 pr. l. 32 §. 1 D. l. 5. 7 C. h. t. Vgl. Seuff. Arch. VII. 32.

zug zu Gunsten einer fremden Verbindlichkeit liegt eine Uebnahme derselben<sup>8</sup>. Sie kann ferner geschehen entweder in der Weise, daß die Frau sich zur Schuldnerin neben dem Schuldner der fremden Verbindlichkeit macht (s. g. cumulative Intercessio)<sup>9</sup>, oder in der Weise, daß sie sich zur alleinigen Schuldnerin macht (s. g. privative Intercessio)<sup>10</sup>. Das Letztere ist noch in doppelter Weise möglich: a) die Frau nimmt die fremde Verbindlichkeit dem Schuldner, welcher sie trägt, ab<sup>11</sup>; b) sie bewirkt durch ihre

<sup>8</sup> L. 17 §. 1 D. h. t.; vgl. dazu l. 12 §. 4 D. qui pot. 20. 4. Wer auf ein Pfandrecht verzichtet (Note 5), macht eine sofortige Aufopferung, er gibt ein Recht auf; wer auf einen Pfandvorzug verzichtet, setzt sich nur der Gefahr einer Aufopferung aus; denn wird die Verbindlichkeit, zu Gunsten deren verzichtet worden ist, von ihrem Schuldner erfüllt, so ist der Verzicht ohne alle Bedeutung. Anders faßt die Sache Deurer a. a. D. S. 413 fg. Er glaubt, daß der Fall der l. 17 §. 1 cit. bezwungen unter die Senatsvorschrift falle, weil der Verzicht auf den Pfandvorzug gedacht werde als die Uebnahme der Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber, den Pfandvorzug gegen ihn nicht geltend zu machen. Dieß ist aber nicht die Auffassung der Quellen; sie erblicken vielmehr den Verzicht in der dem Schuldner erteilten Befassung (voluntas, permittens, l. 12 §. 4 cit., l. 8 §. 6 sqq. D. quib. mod. pign. 20. 6). — Ist dieß übrigens richtig, so beweist es auch, daß das Moment „durch Verhandlung mit dem Gläubiger“ (Note 6 a. E.) in die Definition der Intercessio nicht gehört. — Die l. 17 §. 1 cit. ist nicht beachtet in dem Erf. bei Ceuff. Arch. III. 54, nicht gehörig gewürdigt in dem Erf. XVII. 243 Nr. II. Vgl. auch das. Nr. I.

<sup>9</sup> Die cumulative Intercessio kann vollzogen werden: a) durch Bürgschaft; b) durch Eingehen einer eigentlichen Correalverbindlichkeit; c) durch Verpfändung oder Verzicht auf einen Pfandvorzug (Note 7. 8). Was den Fall der Bürgschaft angeht, s. noch l. 6 §. 2 C. h. t., l. 1. 3 C. si mater in dominitatem 5. 46.

<sup>10</sup> Bei der privativen Intercessio ist die Erwartung der Frau, daß derjenige, welchen die Verbindlichkeit materiell angeht, sie auch erfüllen werde, natürlich nicht ausgeschlossen.

<sup>11</sup> Dieß kann geschehen: a) durch Novation (s. z. B. l. 8 §. 2 l. 11 l. 13 pr. 1). h. t., vgl. l. 8 §. 7 eod.); b) nach heutigem Recht auch durch Schuldübernahme (§. 388). Ferner gehört c) der Fall hierher, wo die Parteien ausmachen, daß statt des Schuldners die Frau den Prozeß, vor dem Richter oder Schiedsrichter, auf sich nehmen solle; der Gläubiger läßt hier den Schuldner frei gegen die Aussicht, die Frau als Schuldnerin zu gewinnen. Nach classischem römischen Recht befreite die litis contestatio mit der Frau als solche den Schuldner, l. 2 §. 5 l. 23. 26. D. h. t. Von der Uebnahme eines Schiedspruches handelt l. 82 §. 2 D. de recept. 4. 8. d) Endlich kann die

Dazwischenkunft, daß die Verbindlichkeit für denjenigen, welchen sie angeht, gar nicht entstehe<sup>12</sup>.

2. Die Frau muß eine fremde Verbindlichkeit übernommen haben, d. h. eine Verbindlichkeit, welche ihr nicht bloß formal, sondern auch materiell fremd ist<sup>13</sup>. Bloß formal fremd ist ihr diejenige Verbindlichkeit, aus welcher ein Rückgriff gegen sie begründet ist<sup>14</sup>, oder für welche sie schon aus einem andern Grunde aufkommen muß<sup>14a</sup>.

3. Die Frau muß die fremde Verbindlichkeit als fremde, d. h. als eine von dem eigentlichen Schuldner, nicht von ihr zu erfüllende, übernommen haben. Der Frau, welche die fremde Verbindlichkeit in der Absicht übernimmt, sie auch zu erfüllen, wird nicht geholfen. Ob sie diese Absicht hat, oder nicht, ist aus den Umständen zu bestimmen, im Zweifel aber nicht gegen, sondern für die Frau, zu entscheiden<sup>15</sup>. Einzelne Fälle der Uebnahme einer fremden Verbindlichkeit in der Absicht, sie zu erfüllen, sind folgende: die Frau hat sich zur Uebnahme der Verbindlichkeit für eine dem Betrage derselben entsprechende Gegenleistung verpflichtet<sup>16</sup>; die Frau will durch die Uebnahme der Verbind-

Frau eine Befreiung des Schuldners durch ihre Intercessio auch in der Weise bewirken, daß sie sich durch Obligation gegen einen Dritten die Mittel zur Befriedigung des Gläubigers verschafft. Von diesem Falle handeln l. 19 §. 5 und l. 28 §. 1 D. h. t.

<sup>12</sup> Es ist gleichgültig, ob dieß durch Darlehnsaufnahme geschieht, oder durch Abschluß irgend eines andern eine Obligation erzeugenden Rechtsgeschäfts. L. 8 §. 14 l. 11. 12 l. 29 pr. D. l. 3. 4. 10. 19 C. h. t. Von diesem Fall handelt näher und ausführlich Hasenbalg S. 82—287. Derselbe zieht hierher aber auch den Fall d) der vorigen Note. — Die verschiedenen im Vorstehenden bezeichneten Fälle der Intercessio faßt zusammen l. 4 C. h. t.

<sup>13</sup> Der Frau wird nicht geholfen, „cum prima facie quidem alienam, revera autem suam obligationem suscipiat“, l. 13 pr. D. h. t.

<sup>14</sup> z. B. die Verbindlichkeit des Erben, von dem sie die Erbschaft gekauft hat; die Verbindlichkeit ihres Bürgen, oder desjenigen, welcher sich sonst in ihrem Auftrage verpflichtet hat. L. 3 l. 13 pr. D. h. t. S. auch l. 25 §. 1 eod.

<sup>14a</sup> Hierher gehört wohl l. 6 pr. C. h. t. Windscheid a. a. D. S. 304 Note 30. Ein sehr wichtiges Argument für diese Auffassung der l. 6 pr. cit. enthält auch §. 1 eod.

<sup>15</sup> S. Windscheid S. 301. 302.

<sup>16</sup> L. 22 D. h. t. „Si mulieri dederim pecuniam, ut eam creditori meo solvat vel expromittat, si ea expromiserit, locum non esse SC<sup>o</sup>, Pomponius scribit: quia mandati actione obligata, in rem suam videtur obligari“.

lichkeit eine entsprechende Gegenleistung erlangen<sup>17</sup>, oder sich von einer entsprechenden eigenen Verbindlichkeit befreien<sup>18</sup>, oder schenken<sup>19</sup>; die Frau will das zur Erfüllung der fremden Ver-

<sup>17</sup> L. 27 §. 2 D. h. t. „Uxor debitorum suam viro delegavit, ut vir creditori eius pecuniam solveret: si fidem suam pro ea, quam delegavit, apud virum obligaverit, locum exceptio SC<sup>i</sup> non habebit, quia mulier suum negotium gessit“. Nach heutigem Recht würde übrigens der Fall dieser Stelle nicht hierher, sondern unter Note 16 gehören.

<sup>18</sup> L. 2 C. h. t. — „Sic autem pro creditore suo alii se obligaverit, vel ab eo se vel debitorem suum delegari passa est, huius SC<sup>i</sup> auxilium non habet“. Daß der „alius“ Gläubiger ihres Gläubigers sei, ist durch diese Worte nicht gesagt, aber auch nicht ausgeschlossen; daß er wirklich als Gläubiger gemeint sei, geht aus dem Vorhergehenden hervor. S. ferner l. 24 D. h. t. Der gleiche Gesichtspunkt liegt auch in l. 1 §. 4 D. de pign. 20. 1 zu Grunde. — Wie ist es, wenn die Frau die Existenz der Verbindlichkeit, von welcher sie sich durch die Intercession befreien will, irrthümlicher Weise angenommen hat? Nach der Regel ist dann *condictio indebiti* gegen denjenigen begründet, welchem sie durch die Intercession geleistet hat, gegen den vermeintlichen Gläubiger; dagegen hat die Frau keine Vertheidigung gegen den Intercessiongläubiger, da durch ihren Irrthum die Absicht, in welcher sie intercedirt hat, nicht alterirt wird. In dieser Weise wird auch entschieden in l. 8 §. 2 D. h. t., entgegengesetzt in l. 17 pr. D. h. t. Beim Widerspruch dieser Stellen muß man das Princip befolgen. Die abweichende Meinung, welche in l. 8 §. 2 cit. selbst erwähnt wird, und welche ihren Ausdruck in l. 19 D. de nov. 46. 2 gefunden hat, bezieht sich nur auf den Fall, wo die Verbindlichkeit, von welcher die Frau sich durch die Intercession befreien will, gerade wegen Verstoßes gegen das SC<sup>um</sup> Velleianum ungültig ist (vgl. §. 487 Note 3). — Uebrigens wird das hier Vorgetragene (vgl. Windscheid S. 320 fg.) nicht allgemein anerkannt. So geben namentlich Fuhr in der zweiten der oben citirten Abhandlungen und Hasenbalg S. 40 fg. der irrenden Frau die Einrede allerdings. Lehnerer erkennt an, daß darin eine Abweichung von dem Principe liege, welche aber aus Billigkeitsgründen, eben wegen des Irrthums der Frau, zugelassen worden sei (vgl. auch Sirtanner S. 388). L. 8 §. 2 cit. erklärt Hasenbalg aus der Unterstellung, daß die delegirte Frau die Ungültigkeit ihrer Verbindlichkeit gekannt habe, welche Annahme aber mit der am Schlusse der Stelle gewährten *condictio* absolut unvereinbar ist. S. über diese Stelle auch noch Sinteris Zeitschr. S. 65 fg., v. Salpinx Novation und Delegation S. 127 fg.

<sup>19</sup> Für diesen Satz liegt kein Beweis in l. 21 §. 1 D. h. t., kein sicherer in l. 4 §. 1 D. h. t.; aber ich halte ihn nichtbestimmender für unzweifelhaft. Der Grund, weshalb in den in Note 16—18 erwähnten Fällen der Frau der Schutz des Senatschlusses entzogen wird, ist: weil sie durch die Uebernahme

Verbindlichkeit Geleistete dem Schuldner in Anrechnung bringen<sup>20</sup>; die Frau macht durch den Antritt einer Erbschaft die Erbschaftsschulden zu den ihrigen<sup>21</sup>. 22

4. Daß die Frau die fremde Verbindlichkeit auch in frem-

der fremden Verbindlichkeit einen Andern bereichern will; dieser Wille ist im Falle der Schenkung ebenso gewiß, wie in jenen anderen Fällen. Uebereinstimmend Sirtanner S. 388 fg., Bangerow S. 165—167, Hasenbalg S. 24 fg., im Defultat auch Sinteris Zeitschr. S. 69 und Civilt. Ann. 91; während auch der schenkenden Frau die Einrede gewährt Croy in Heise und Croy Abhandlungen II. 6, Bachofen S. 18 fg. und das Urtheil des OAG. zu Lübeck (vom Jahre 1828) bei Seuff. Arch. XV. 224. Sirtanner und Bangerow machen aber eine Ausnahme für den Fall der cumulativen Interessirn, weil in derselben die Erwartung der Frau, selbst nicht zahlen müssen, selbst bei Schenkungsabsicht nicht ausgeschlossen sei. Es ist ihnen darin wohl beizutreten, allein nur für das neueste Recht (seit Einführung des beneficium excussionis).

<sup>20</sup> L. 13 C. h. t. „Si foenebris pecunia iuxta fidem veri a creditore tibi data est, sive tota quantitas foeneris, sive pars eius in usum mariti processisse proponatur, decreto patrum non adiuvaris, licet creditor causam contractus non ignoraverit“. Die Frau hat das Darlehn für den Mann genommen, aber nicht in der Absicht, daß es durch ihn solle zurückgezahlt werden; sie will es vielmehr selbst zurückzahlen, und das Gezahlte dem Manne in Anrechnung bringen (*actio negotiorum gestorum*). Auch in diesem Falle läuft sie allerdings Gefahr wegen der möglichen Insolvenz des Mannes. Aber gegen das Sichverlassen auf fremde Insolvenz hat der Senat der Frau eben keinen Schutz gewähren wollen, — was in keiner Stelle deutlicher hervortritt, als in l. 19 §. 3 D. h. t. — Auch l. 13 C. cit. wird übrigens sehr verschieden ausgelegt (hauptsächlich abweichende Meinungen: Absicht der Frau, den Gläubiger zu täuschen; Absicht der Frau, dem Empfänger zu schenken; das empfangene Geld wird nicht zum Darlehn gegeben; es wird nicht zu vermögensrechtlichen Zwecken verwendet). S. Windscheid S. 293 fg., Hasenbalg S. 147 fg. und die daselbst Genannten. Seuff. Arch. I. 214.

<sup>21</sup> L. 32 pr. D. h. t.

<sup>22</sup> Wie ist es, wenn die Frau irrthümlicherweise die übernommene fremde Verbindlichkeit für eine eigene gehalten hat? Dann hat sie dieselbe gewiß nicht als fremde übernommen, und gemäß des Principes darf ihr nicht geholfen werden. Damit stimmt überein die Entscheidung in l. 26 D. h. t. Aber auch hier, wie in dem Falle der Note 16, hat sich eine entgegengesetzte Auffassung in der römischen Jurisprudenz geltend gemacht, l. 23 D. h. t. („*pluribus existimaverunt*“). Windscheid S. 322 fg. Hasenbalg S. 32 fg. hält auch hier die der Frau günstige Entscheidung für die in der Anwendung zu befolgende. Vgl. noch Sirtanner S. 336 Anm. 3.

dem Interesse übernommen habe, ist Voraussetzung des Senatschlusses nicht<sup>23</sup>. Dagegen greift derselbe

5. seinem eigentlichen Sinne gemäß nicht Platz, wenn die Frau durch die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit keinen Schaden erleidet<sup>24</sup>.

6. Der Uebnahme der Verbindlichkeit durch die Frau selbst steht es gleich, wenn sie dieselbe durch einen Andern unter Versprechen der Schadloshaltung übernehmen läßt<sup>25</sup>.

### §. 486.

Auch wenn die im Vorstehenden genannten Voraussetzungen vorhanden sind, und somit der Senatsschluß an und für sich Platz greift, kann sich doch die Frau ausnahmsweise auf denselben nicht berufen:

1) wenn der Gläubiger sich in Betreff ihrer Intercession in einem entschuldbaren Irrthum befunden hat<sup>1</sup>;

2) wenn die Frau den Gläubiger getäuscht hat<sup>2</sup>;

<sup>23</sup> Dies wird bewiesen durch l. 17 §. 2 D. h. t. (Windscheid S. 308 fg.) und l. 17 §. 4 eod. A. M. Hasenbalg S. 63 fg. Auf die Ausprüche der Quellen, die Frau habe nicht, wenn sie „suum negotium gessit“ (l. 27 §. 2 l. 6 pr. C. h. t., l. 1 §. 4 D. de pign. 20. 1, vgl. l. 25 §. 1 D. l. 22 C. h. t.), „in rem suam obligata est“ (l. 22 D. h. t.), darf man sich nicht berufen; sie sind zu unbestimmt (vgl. auch §. 355 Note 9), und erklären sich vollkommen aus den in Note 13 und 16 fg. geltend gemachten Gesichtspunkten.

<sup>24</sup> L. 21 pr. D. h. t. „Si pro aliquo mulier intercesserit, sed in rem eius, quod acceptum est, versaretur, exceptio SC<sup>i</sup> locum non habet; quia non sit pauperior“. Über der eigentliche Schuldner hängt ihr den Betrag der Schuld zum Zweck der Zahlung ein: — „neque enim eam periclitari, ne eam pecuniam perdat, eam iam eam habeat“, l. 16 pr. D. h. t. S. ferner l. 17 §. 2 eod. Windscheid S. 313 fg., Hasenbalg S. 69 fg.

<sup>25</sup> L. 6 l. 8 §. 6 l. 30 §. 1 l. 32 §. 3 D. l. 15 C. b. t. S. auch l. 29 §. 1 D. h. t.

<sup>1</sup> Er hat nicht gewußt, daß er mit einer Frau contrahire, oder nicht, daß er mit einer intercedirenden Frau contrahire. L. 1 C. h. t.; l. 6 l. 32 §. 3 D. h. t.; l. 4 pr. l. 11. 12 l. 19 §. 5 l. 27 pr. l. 28 §. 1 D. h. t.; l. 17 pr. D. h. t.

<sup>2</sup> „Decipientibus mulieribus SC<sup>um</sup> auxilio non est; infirmitas enim foeminarum, non calliditas auxilium meruit“, l. 2 §. 3 D. h. t. L. 23 l. 30 eod., l. 5. 18 C. h. t. Im Falle der Täuschung wird der Frau nicht geholfen, selbst wenn der Irrthum des Gläubigers kein unentschuldbarer war. Wind-

3) wenn sie sich für ihre Intercession hat bezahlen lassen<sup>3</sup>;

4) wenn ihre Intercession die Wiederholung einer andern früher gemachten ist, und seit dieser anderen wenigstens zwei Jahre verfloßen sind<sup>4</sup>;

5) wenn sie entweder: a) ihre Intercession ebdlich bekräftigt, oder b) nach vorangegangener gehöriger Belehrung auf die ihr zustehende Rechtswohlthat speziell verzichtet hat<sup>5</sup>;

6) wenn sie zu Gunsten der Bestellung einer Dos intercedirt hat<sup>6</sup>;

scheid S. 316—319. Hasenbalg S. 33 fg. nimmt an, daß die bloße Täuschungsabsicht, auch wenn dadurch ein Irrthum des Gläubigers gar nicht hervorgerufen worden sei, der Frau den Schutz des Senatschlusses entziehe.

<sup>3</sup> L. 23 pr. §. 1 C. h. t., in welcher Stelle übrigens Justinian den bezeichneten Satz nicht sowohl neu eingeführt, als vielmehr nur von Zweifeln und Distinctionen der älteren Jurisprudenz befreit hat. Die Frau, welche sich die Unterstützung des Schuldners durch ihren Credit ablaufen läßt, muß den Schaden des Geschäfts nehmen, wie sie den Vortheil davon hat; sie schließt ein gewagtes Geschäft ab. In dem Aufsatz im Archiv f. civ. Pr. S. 209 habe ich diesen Satz mit dem Princip des Senatschlusses in Verbindung gebracht; ebenso Girtanner S. 336, Hasenbalg S. 80, Bangerow S. 165. 180. Davider Arndts §. 361 Anm. Nr. 1.

<sup>4</sup> L. 22 C. h. t., von Justinian: — „sibi imputet, si, quod saepius cogitare poterat et evitare, non fecit, sed ultro firmavit; videtur enim ex huiusmodi temporis prolixitate non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere“. S. auch Nov. 61 c. 1 §. 1. Windscheid Diss. de valida mulierum intercessione (1838) p. 40 sqq., Bangerow S. 169. 170, Sintenis Sell's Jahrb. S. 366 fg. und Civilrecht Anm. 97, Girtanner S. 347—350.

<sup>5</sup> Nach einem nicht zu bestreitenden, sich an c. 9. X. de iurei. 2. 28 anlehnenden Gewohnheitsrecht. Vgl. §. 324 Note 5 a. G. Girtanner S. 278 fg. S. 351, Holzschuber III §. 314 Nr. 8 und S. 1028; Senff. Arch. VII. 178, XIII. 249. S. noch Buchta u. Bubbe Entscheidungen II S. 193 fg. S. 204 fg.

<sup>6</sup> Für diesen Satz spricht eine feststehende Praxis. Ob er bereits im römischen Recht anerkannt ist, ist äußerst bestritten. M. G. enthalten die Stellen, auf welche man sich berufen hat (l. 30 pr. l. 31 l. 32 §. 4 D. h. t., l. 22 C. h. t., l. 3 C. quando mul. 5. 35, Nov. 118 c. 5), ein Zeugniß für diesen Satz nicht. Noch das meiste Gewicht hat l. 32 §. 4 cit.; aber das in dieser Stelle erwähnte Versprechen hat Solutionseharacter. Vgl. überhaupt Girtanner S. 263 fg. 364 fg., Holzschuber a. a. O. Nr. 14, und die baselst. Güterr.; auch Windscheid Arch. S. 302. Senff. Arch. XV. 224.

<sup>7</sup> L. 12 l. 25 C. h. t. Windscheid l. c. p. 40—42, Girtanner S.

7) wenn der Intercessionsgläubiger minderjährig, und der eigentliche Schuldner zahlungsunfähig ist<sup>6</sup>;

8) wenn die Frau als Handelsfrau intercedirt hat<sup>9</sup>.

### §. 487.

Eine Verbindlichkeit, welche entgegen den hier aufgestellten Regeln eingegangen worden ist, ist zwar nicht nichtig, aber die Frau kann sich derselben gegenüber durch eine Einrede schützen<sup>1</sup>, und zwar noch in der Executionsinstanz<sup>2</sup>. — Leistet sie in Kenntniß ihrer Einrede dennoch, so wird ihr weiterer Schutz nicht gewährt; das irrthümlicherweise Geleistete kann sie zurückfordern<sup>3</sup>. — Hat die Frau durch Pfandbestellung intercedirt, so gestattet sich die Berufung auf den Senatschluß zur Gegeneinrede gegen die Ein-

346. 347. — Nach römischem Recht war auch die Intercession pro libertato verbindlich für die Frau, l. 24 C. h. t.

<sup>6</sup> L. 12 D. de minor. 4. 4. Girtanner S. 346.

<sup>9</sup> Nach einem sicheren Gewohnheitsrecht. Bangerow S. 170, Girtanner S. 351, Holzschuber a. a. O. Nr. 12, Thöl Handelsr. I §. 50 zu Note 10. S. noch Tropp in Heise und Tropp Abhandl. I. 1 („von der Verpflichtung verheiratheter Frauenzimmer als Handelsfrauen“).

§. 487. <sup>1</sup> Von der exceptio SC<sup>i</sup> Velleiani ist in zahlreichen Stellen unserer Quellen die Rede. Wichtigkeit der Obligation der Frau behauptet aus sehr unzureichenden Gründen Fuhr a. a. O. (§. 485 bei \*) S. 70 fg.; dawider Sinterl's Jahrb. S. 343 fg., Lehrb. Ann. 79.

<sup>2</sup> L. 11 D. de SC. Mac. 14. 6. Weßell Civilproz. §. 47 Note 123. Vgl. auch Fuhr a. a. O. Nr. 5.

<sup>3</sup> L. 40 pr. D. de cond. ind. 12. 6, l. 8 §. 3 D. l. 9 C. h. t. — Kößt die Frau sich unwissentlich einem Dritten delegiren, so ist es der Regel gemäß, daß sie nur ein Rückforderungsrecht gegen den vermeintlichen Gläubiger, nicht aber Einrede und Rückforderungsrecht gegen den Dritten habe (§. 412 Note 10). Dieses der Regel Gemäße ist auch anerkannt in l. 8 §. 2 D. h. t. Eine andere in der römischen Jurisprudenz vertretene Meinung gab aber der Frau für den Fall, wo sie dem Gläubiger des vermeintlichen Gläubigers, und zwar zum Versprechen, nicht zur Zahlung, delegirt worden war, die exceptio SC<sup>i</sup> Velleiani auch gegen den Delegatar, weil nämlich auch in der Verpflichtung ihm gegenüber eine Intercession liege. Dieser Grund ist aber falsch (l. §. 485 Note 18), und so wird die bezeichnete Meinung denn auch verworfen von Ulpian in l. 8 §. 2 D. h. t., während sie als maßgebend vorgebracht wird von Paulus in l. 19 D. de nov. 46. 2. Bei dem Widerspruch beider Stellen heben sie sich gegenseitig auf, und es besteht für uns kein Hinderniß, nach dem Princip zu entscheiden.

rede der Verpfändung<sup>4</sup>. Auch gegen denjenigen, an welchen der Pfandgläubiger die Pfandsache verkauft hat, kann sie ihr Eigenthumsrecht noch geltend machen<sup>4</sup>. — Auch ein Dritter kann sich auf den Senatschluß dann berufen, wenn durch seine Leistung eine Intercessionsobligation für die Frau erst zu Stande kommen<sup>5</sup>, oder die Frau zur Erfüllung einer Intercessionsobligation indirect genöthigt werden würde<sup>6</sup>. — Die Befreiung der Frau hat aber zur Folge, daß der Gläubiger einen Anspruch gegen den eigentlichen Schuldner wiedererhält oder erhält<sup>7</sup>.

## 2. Spätere Aenderungen<sup>1</sup>.

### §. 488.

Nach Justinian's Vorschrift soll:

1) die Intercession der Frau in einer öffentlichen Urkunde

<sup>4</sup> l. 32 §. 1. D. l. 7 C. h. t., l. 39 §. 1 l. 40 D. de R. V. 6. 1. Vgl. auch l. 32 §. 2 D. h. t. (§. 485 Note 5). L. 7 C. cit.: — „vendendo eum mulieri dominium auferre nequivit“. L. 40 D. cit.: — „nullum pignus creditor vendidisse videtur“.

<sup>5</sup> So der von der Frau zur Intercession Beauftragte, l. 6 l. 7 l. 30 §. 1 l. 32 §. 3 D. l. 15 C. h. t., l. 19 §. 5 D. h. t.; ferner derjenige, welcher von der Frau um ein Darlehn zu Gunsten eines Dritten angegangen, auf Grund ihrer Weisung die betreffende Summe dem Dritten versprochen hat, l. 19 §. 5 D. h. t. Das richtige Verständniß der letzteren, viel besprochenen und vielfach mißverstandenen Stelle hängt davon ab, daß man das Wort *postea* („quae postea non recto comparari sit“) faßt — *post scientiam*. Vgl. über diese Stelle die bei Bangerow S. 169 Citirten und diesen selbst, Hasenbalg S. 91 fg.

<sup>6</sup> L. 8 §. 4 D. h. t., l. 19 §. 5 eod. (vv. *respondit videndum*).

<sup>7</sup> L. 1 §. 2 D. h. t. „Aequum autem visum est, ita mulieri succurri, ut in veterem debitorem, aut in eum, qui pro se constituisset mulierem ream, actio daretur.“ L. 8 §. 7—13 l. 9 l. 13 §. 1. 2 l. 14 l. 20 l. 24 §. 2. 3 l. 29 §. 1 l. 32 §. 5 D. l. 8. 16 C. h. t., l. 12 D. de min. 4. 4; l. 8 §. 14. 15 D. h. t. Für den dem Gläubiger zurückgegebenen Anspruch kommt in den Quellen der Ausdruck *actio restitutoria*, auch *recessoria*, vor; von dem neu gegebenen heißt es: „actio quae instituit magis, quam restituit obligationem“ (l. 8 §. 14 D. h. t.), weshalb die Neueren wohl *institutoria actio* sagen. Zu l. 13 §. 1 D. h. t. cit. vgl. l. §. 249 Note 5. 6; l. 29 §. 1 D. l. 8 C. cit. enthalten eine Anomalie (Wachsen S. 37). Vgl. überhaupt Wachsen S. 35 fg., Voigt cond. ob causam S. 791 fg., und über die *actio institutoria* speziell Hasenbalg S. 178 fg.

<sup>1</sup> Auch im Vorhergehenden sind bereits Bestimmungen angeführt wor- §. 488.

errichtet werden<sup>2</sup>. Ist diese Form beobachtet, so behalten die in §§. 486 u. 487 entwickelten Grundsätze ihre Geltung<sup>3</sup>. Ist sie nicht beobachtet, so ist die Intercession nichtig<sup>4</sup>, und von den in §. 486 aufgeführten Ausnahmen fallen die unter Nr. 5<sup>b</sup> und 7 bezeichneten weg<sup>5</sup>.

den, welche nicht auf dem Senatsschlusse, weder direct noch indirect, beruhen (s. §. 486 Note 4—7. 9 und vgl. auch Note 3); aber dieselben fügen sich dem Systeme des Senatschlusses unmittelbar ein. Eine viel größere Abweichung enthalten die in diesem §. genannten Bestimmungen, wiewegen es zweckmäßig erscheint, von ihnen abgesehen zu handeln.

<sup>2</sup> L. 23 §. 2 C. h. t. Justinian selbst verlangt Errichtung „instrumento publico confecto et a tribus testibus subsignato“. Aber „die römische Sitte, auch zu der gerichtlichen Errichtung von Urkunden noch Zeugen zuzuziehen, welche dieselben mit unterschrieben, ist . . . gegenwärtig ganz außer Gebrauch, und die heutigen Notariats-Documente bedürfen nur der Zuziehung zweier Zeugen. Bei uns genügt daher für die Form der Intercessionen der Frauennimmer . . . eine einfache gerichtliche Urkunde ohne Zeugen, oder ein Notariatsdocument mit zwei Zeugen“. Buchla u. Budde Entscheidungen II S. 202. S. auch Girtanner S. 260. 357. 358.

<sup>3</sup> L. 26 §. 2 cit.: — „tunc enim tantummodo eas obligari (s. Note 4), et sic omnia tractari, quae de intercessionibus foeminarum vel veteribus legibus cauta, vel ab imperiali auctoritate introducta sunt“. Die Ansicht (Valett Lehrb. d. Pandekten. §. 584, Kattenhorn a. a. O. S. 172 fg.), daß bei Beobachtung der Form die Intercession unbedingt, nicht bloß in den in §. 486 genannten Ausnahmefällen, gültig sei, steht mit diesen Worten des Gesetzes in directem Widerspruch. S. auch Sintenis Sell's Jahrb. S. 366 fg., Girtanner S. 259. 352, Bangerow S. 175.

<sup>4</sup> Nicht bloß durch Einrede entkräftbar, — so daß also der Richter die Klage des Intercessiongläubigers von Amteswegen zurückschleifen muß. L. 23 §. 2 cit. „Sic autem extra eandem observationem mulieres acceperint intercedentes, pro nihilo habentur huiusmodi scriptura vel sive scriptis obligatio, tanquam nec confecta, nec penitus scripta, ut nec SCi auxilium implorebitur, nec aut libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsequuto“.

<sup>5</sup> Daß die a. a. O. unter Nr. 3 angeführte Ausnahme ihre Geltung behalte, hat Justinian in der genannten l. 26 (pr. §. 1) ausdrücklich bestimmt. Wie verhält es sich aber mit den übrigen Ausnahmen, welche Justinian vorkam, und von denen er nichts sagt? Hierüber ist seit der Zeit der Glossatoren Streit. Es sind drei verschiedene Meinungen aufgestellt worden. a) Auch diese übrigen Ausnahmen dauern sämmtlich fort; die Neuerrung Justinian's besteht nur darin, daß bei Nichtbeobachtung der Form statt Aufhebbarkeit Nichtigkeit eintritten soll. b) Es dauert keine von den bezeichneten Ausnahmen fort, so daß also bei Mangel der gehörigen Form die Frau j. B. nicht einmal im Falle des Betruges haftet. c) Es ist zwischen den verschiedenen Aus-

2) Die Intercession einer Ehefrau für ihren Ehemann ist selbst dann nichtig, wenn die zuvor bezeichnete Form beobachtet worden ist<sup>6</sup>, und von den in §. 486 genannten Ausnahmen gelten hier nur die unter Nr. 1. 2. 5<sup>a</sup> und 8 aufgeführten<sup>7</sup>.

nahmen zu unterscheiden. E. die Citate bei Girtanner S. 259—262, Bangerow S. 174; auch diese Schriftsteller selbst, Girtanner S. 351 fg., Bangerow S. 173 fg.; ferner Hasenbalg S. 281 fg. Die erste Meinung war früher die herrschende, und auch ich habe sie in der in §. 486 Note 4 genannten Dissertation p. 47 seq. zu vertheidigen gesucht; aber ich zweifelte jetzt sehr an ihrer Haltbarkeit. Die zweite Meinung führt zu dem unvertäglichen, zuvor bezeichneten Resultat, und wird sich daher nie bleibender Gunst erfreuen. Die dritte Meinung, welcher hier der Vorzug gegeben worden ist, motivirt sich folgendermaßen (s. namentlich Girtanner a. a. O.). Es ist anzunehmen, daß Justinian nur solche Intercessionen im Auge gehabt hat, welche sich als Intercessionen, und Intercessionen einer Frau, sofort akklabigen. Es ist dieß um so mehr anzunehmen, als Justinian sich in seinem Gesetze auch an die Gläubiger wendet, und diesen die Beobachtung der vorgeschriebenen Form einschärft („nisi instrumento publico confecto . . . accipiant homines a muliere pro aliis confessionem“, „sic autem extra eandem observationem mulieres acceperint intercedentes“): wie kann man von Jemand verlangen, daß er einer Vorschrift nachkomme, wenn er gar nicht weiß, daß der Fall vorliegt, in welchem die Vorschrift Platz greift? Hiernach bleibt also die Ausnahme unter Nr. 1 (Zitatum des Gläubigers), bezwogen aber um so mehr die unter Nr. 2 (Einschüpfung durch die Frau), aufrecht. Die Ausnahme unter Nr. 4 (Wiederholung der Intercession nach zwei Jahren) bleibt bezwogen bestehen, weil das betreffende Gesetz (l. 22 C. h. t.) nicht sowohl durch die Wiederholung die frühere Intercession gültig werden läßt, als vielmehr die wiederholte Intercession für gültig erklärt (§. 486 Note 4). Die Ausnahme unter Nr. 6 ist späteren Ursprungs, als die l. 23 cit., und wird daher von derselben nicht berührt. Vgl. in dieser Beziehung gegen Bangerow S. 178. 179 Girtanner S. 357. Was die gewohnheitsrechtlichen Ausnahmen von der Ungültigkeit der Intercession der Frauen betrifft; so ist man darüber einverstanden, daß eibliche Bestärkung (vgl. Senff. Arch. I. 344, XIII. 249) und die Eigenschaft der Frau als Handelsfrau auch den Mangel der Form heben. Dagegen hat sich eine feste Meinung für die gleiche Kraft des Verzichtes nicht gebildet, vgl. Glück XV S. 47; Senff. Arch. XV. 224 (S. 394). Sieht man die Wirksamkeit des Verzichtes als bereits im römischen Recht begründet an (§. 486 Note 6), so ist zu sagen, daß nach dem oben Ausgeführten diese Ausnahme durch l. 23 cit. aufgehoben worden ist.

<sup>6</sup> Nov. 134 c. 8 und daraus Auth. Si qua mulier C. h. t.

<sup>7</sup> Der unmittelbare Inhalt der Novelle in Betreff der ausnahmsweisen Gültigkeit der Intercession der Ehefrau ist der, daß die Intercession nur dann gültig sein soll, wenn „manifeste probetur, quia pecunias in propriam ipsius Vindicta, Pandekten. II. Bd. II. Abth.



mulieris utilitatem expensas sunt“, und speziell nicht gültig sein solle, wenn sie auch noch so oft wiederholt werde. Das Erste ist hier unter den Ausnahmen von der Ungültigkeit der Intercession deswegen nicht mit aufgeführt worden, weil in dem bezeichneten Fall (mag man ihn sich so denken, daß das Geschäft von Anfang an zum Nutzen der Frau geschlossen wird, oder so, daß hinterher das durch dasselbe Erlangte in ihren Nutzen verwendet wird) eine wirkliche, eine unter die Senatsvorschrift fallende, Intercession gar nicht vorliegt (§. 486 Nr. 2 und 5). Als wirkliche Ausnahmefälle müssen aber anerkannt werden, trotzdem daß die Novelle sie nicht ausdrücklich nennt, der Fall der Unwissenheit des Gläubigers und der Fall des Betruges der Frau. Daß Justinian bei seiner Vorschrift nur solche Intercessionsfälle im Auge gehabt hat, in welchen die Intercession als solche offen hervortritt, ist hier noch viel ungewisser, als bei der l. 23 §. 2 C. h. t. (Note 4); denn Justinian spricht hier gar nicht von Intercession im Allgemeinen, sondern von dem Beitritt der Frau zu einer vom Manne ausgestellten Darlehensurkunde, so daß es sogar zweifelhaft erscheinen könnte, ob nicht die Vorschrift der Novelle ganz auf diesen speziellen Intercessionsfall zu beschränkt sei. Dagegen müssen die übrigen zur Zeit der Novelle geltenden Ausnahmen von der Ungültigkeit der Intercession der Frauen als durch die Novelle beseitigt angesehen werden. Zwar ist auch hier die Ansicht, daß die Novelle diese Ausnahmen gar nicht berühre, aufgestellt (Sirtanner S. 277. 278), und früher auch von mir verteidigt worden (in der angeführten Dissertation p. 52 sqq.); aber diese Ansicht ist der Novelle gegenüber wohl ebenso wenig haltbar, wie gegenüber der Codexstelle. Was die späteren gewohnheitsrechtlichen Ausnahmen angeht, so ist man darüber einverstanden, daß eidliche Bekräftigung und die Eigenschaft als Handelfrau auch die Ehefrau haftbar machen, nicht dagegen der gewöhnliche, nicht eidliche, Verzicht. Vgl. überhaupt Sirtanner S. 278 fg. 358 fg., Vangerow §. 581 Anm. 3, und über die Frage des Verzichtes speziell Buchta und Buchde Entscheidungen II S. 188 fg. — Daß eine Ehefrau, welche mit ihrem Manne zusammen ein Darlehn annimmt, und darüber eine gemeinschaftliche Urkunde ausstellt, sich nicht ohne Weiteres auf die Novelle berufen kann, hätte nie bestritten werden sollen. Vgl. über diese Frage Vangerow S. 180. 181 und die das. Angeführten, Sirtanner S. 358 Note 32. Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten Seuff. Arch. XVII. 38; dawider XII. 272. Vgl. auch VII. 179. 180, XIII. 143.

## Fünftes Buch.

### Familienrecht.

## Erstes Kapitel.

### Die Ehe.

#### I. Begriff, Begründung, Beendigung.

##### §. 489.

Die Ehe ist die Verbindung von Mann und Frau zu ungetheilter Lebensgemeinschaft. Dieser Begriff der Ehe ist bereits im römischen Recht in voller Reinheit anerkannt<sup>1</sup>.

Die Begründung und Beendigung der Ehe steht heutzutage gemeinrechtlich nicht unter den Grundsätzen des römischen, sondern unter den Grundsätzen des Kirchenrechts<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> L. 1 D. de R. N. 23. 2. „Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris consociatio“. §. 1 I. de patr. pot. 1. 9. „Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam vitas consuetudinem continens“. Vgl. c. 3 C. XXVII qu. 2. „Individua consuetudo est, talis se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est, et a converso“.

<sup>2</sup> Vgl. die Lehrbücher des Kirchenrechts von Walter § 298 fg., Richter §. 248 fg. — Die Form der Eheschließung ist bei den Katholiken an den Orten, wo das Concil von Trident publicirt ist, Erklärung vor dem zuständigen Pfarrer und zwei Zeugen; wo dieses Concil nicht publicirt ist, bedarf es für die Erklärung des ehelichen Consensus keiner Form. Bei den Protestanten kommt die Ehe zu Stande durch die kirchliche Trauung (welche Bedeutung der kirchlichen Trauung sich aber erst allmählig entwickelt hat, vgl. E. Friedberg das Recht der Eheschließung, Leipzig 1865, S. 158 fg.). — Eine Trennung der Ehe bei Lebzeiten der Ehegatten ist nach heutigem Recht nur durch richterliches Urtheil, und bei den Katholiken nur in Betreff des ehelichen Zusammenlebens, nicht des Bandes, möglich.

Ebenso muß der Disciplin des Kirchenrechts die nähere Darstellung der Lehre von dem, der Ehe möglicherweise vorhergehenden, Eheversprechen (Verlöbniß) überlassen bleiben<sup>1</sup>.

## II. Rechtliche Bedeutung.

### A. Persönliches Verhältniß der Ehegatten.

#### §. 490.

Die Ehe ist nicht allein, und ist nicht zunächst ein Rechtsverhältniß: sie ist zunächst ein sittliches Verhältniß. Als solches tritt sie mit einer fertigen Ordnung in das Rechtsgebiet ein, und die Aufgabe der Rechtsordnung kann im Ganzen und Großen keine andere sein, als die, die von dem Sittengeley geforderte Gestaltung des ehelichen Verhältnisses, so weit sie es vermag, zur äußeren Erscheinung zu bringen. Hierher gehört im Einzelnen Folgendes<sup>1</sup>.

1. Ehegatten haben gegen einander einen gerichtlich verfolg- baren Anspruch auf eheliches Zusammenleben<sup>2</sup>. Hartnäckige Ver-

<sup>1</sup> Nach römischem Recht war das Verlöbniß (sponsalia) nicht bindend, und konnte nicht einmal durch Conventionalstrafe bindend gemacht werden (l. 1 l. 5 i. f. C. de spons. 5. 1, l. 71 §. 1 D. de eand. 35. 1, l. 134 pr. D. de V. O. 45. 1); doch verlor derjenige, welcher das Verlöbniß brach, zur Strafe die arrha sponsalicia bez. ihren Werth (l. 5 C. de spons. 5. 1, vgl. l. 3 cod., l. 56 pr. C. de op. et cler. 1. 3, l. 16 C. de ep. aud. 1. 4). Das canonische Recht dagegen gestattet eine Klage auf Vollziehung des Verlöb- nisses, freilich (für den Fall der Weigerung nur kirchliche Zwangsmittel (c. 10. 17. 22 X. de spons. 4. 1); nach der heutigen Praxis wird in diesem Fall auf eine Entschädigung erkannt. Glück XXIII S. 90, Richter Kirchenr. §. 271 Note 21. Senff. Arch. VI. 208. 209, VII. 59, XIII. 35, XVIII. 256; vgl. V. 293. 294, XII. 311, XVI. 50, XVIII. 143. 256. Daneben be- steht aber auch die römische Strafe des Verlustes der arrha sponsalicia (des Wahrschätzer) nach fort. Glück XXIV S. 411.

<sup>2</sup> Das ältere römische Recht kannte in der manus eine Gestaltung des ehelichen Verhältnisses, in welcher dasselbe keines Rechtsverhältniß war. Aber das Rechtsbewußtsein des römischen Volkes hat sich früh von der manus ab- gewendet; im Justinianischen Recht ist sie spurlos verschwunden.

<sup>3</sup> Nicht nach römischem Recht, wegen der unbedingten Freiheit der Ehe- scheidung. Für das heutige Recht s. Senff. Arch. I. 237, VIII. 143, XVI.

weigerung des ehelichen Zusammenlebens<sup>3</sup> ist bei den Protestan- ten Scheidungsgrund<sup>4</sup>.

2. Die Verletzung der ehelichen Treue ist in ihrer schwersten Form, der des Ehebruchs, Scheidungsgrund, und wird gestraft.

3. Auf der Anerkennung der Pflicht der Ehegatten zur Liebe gegen einander beruhen die Rechtsläge: daß ein Ehegatte gegen den andern keinen Strafanspruch erheben kann<sup>5</sup>; daß den Ehegatten gegen einander die Rechtswohlthat der Lebensnothdurft zusteht<sup>6</sup>, selbst im Falle des Verzichtes<sup>7</sup>; daß die Frau von dem Manne keine Sicherheit für ihre Dos fordern darf<sup>8</sup>; daß Ehegatten nicht zum Zeugniß gegen einander genöthigt werden können<sup>9</sup>.

4. Die Frau ist dem Manne Gehorsam schuldig<sup>10</sup>; richter- liche Hilfe wird aber dem Manne zu diesem Ende nicht ge- währt<sup>11</sup>. Doch ist die übergeordnete Stellung des Mannes ferner noch anerkannt in den Rechtslägen: daß der Mann Rang und Stand und das Domicil der Frau bestimmt<sup>12</sup>; daß er als

52. 54, XVIII. 257; IV. 126; XIII. 38. Hieruff Entscheidungen des D. O. zu Vöck I S. 390 fg. Vgl. Holtzschuber I §. 55 Nr. 10—12.

<sup>5</sup> Senff. Arch. IX. 42. „Zur Befriedigung eines rechtskräftigen Ur- theils auf Rückkehr zu dem Ehegatten können zwar mäßige Strafen eintreten; sie dürfen aber ebenso wenig als bei einem Urtheil auf Eingehung der Ehe bis zu unbedingter Nöthigung gesteigert werden, um die Wiedervereinigung und Fortleitung einer factisch getrennten Ehe zu erzielen“. Das. III. 67.

<sup>6</sup> Waller Kirchenrecht §. 314. 316, Richter §. 268. 269.

<sup>7</sup> L. 2 C. rer. amot. 4. 21, l. 17 D. de servo corr. 11. 8. Senff. Arch. XIII. 264, XIV. 137. Das römische Recht schließt auch actiones famosae aus, l. 2 C. cit., l. 1 l. f. C. de l. D. 5. 12. Ueber die actio rerum amotarum s. §. 454 Note 24.

<sup>8</sup> S. §. 267 Nr. 3.

<sup>9</sup> L. 14 §. 1 D. sol. matr. 24. 3.

<sup>10</sup> Cod. 5. 20 no fideiussores dotium dentur. S. aber c. 7 X. de don. i. v. e. n. 4. 20. Glück XXVII S. 231 fg., Sirtanner Bürgschaft S. 144. 145, Dernburg Pfandr. I S. 381 Note 4.

<sup>11</sup> L. 4 D. de test. 22. 5. Payer Vorträge S. 794

<sup>12</sup> L. C. 12 sqq. Caus. XXXIII qu. 5; vgl. l. 14 l. f. D. sol.-matr. 24. 3, l. 48 D. de op. lib. 38. 1.

<sup>13</sup> Abgesehen von dem Falle der Note 2. Auch ein Züchtigungsrecht des Mannes läßt sich gemeinrechtlich nicht begründen. Ueber l. 8 §. 2 C. de rep. 6. 17 und Nov. 117 c. 14 l. Glück XXIV S. 383 fg. Deutsches Recht: vgl. Beseler deutsch. Privatr. §. 134 Note 3. 4.

<sup>14</sup> L. 13 C. de dign. 12. 1; l. §. 3; Note 5.

Vertreter der Frau im Prozesse ohne Vollmacht zugelassen wird<sup>13</sup>; daß er in der Person der Frau injuriert wird<sup>14</sup>.

5. Der Mann hat auch gegen den Dritten, welcher die Frau gegen ihren Willen zurückhält, ein Klagerrecht auf Herausgabe<sup>15</sup>.

## B. Einfluß der Ehe auf die Vermögensverhältnisse der Ehegatten.

### Uebersicht.

#### §. 491.

Den durch die Ehe verursachten Vermögensaufwand hat der Mann zu tragen<sup>1</sup>. Im Besonderen steht der Frau gegen den Mann ein, im Nothfall gerichtlich verfolgbarer, Anspruch auf Gewährung standesmäßigen Unterhalts zu<sup>2</sup>. Abgesehen hiervon gewährt die Ehe weder der Frau an dem Vermögen des Mannes, noch dem Manne an dem Vermögen der Frau irgendwelche Rechte<sup>3</sup>. Doch ist es nahe liegend, daß die Frau dem Manne

<sup>13</sup> L. 21 C. de proc. 2 13.

<sup>14</sup> L. 1 §. 3. 9 1. 2 l. 18 §. 2 D. de iniur. 47. 10.

<sup>15</sup> Interdictum de uxore exhibenda et ducenda. L. 2 D. de lib. exh. 43.

30. 1 11 C. de nupt. 5. 4. Vgl. Sinteris III §. 131 Anm. 13.

§. 491. 1 L. 7 pr. D. de I. D. 23. 3. 1. 20 C. cod. 5. 12. 1. 65 §. 16 D. pro soc. 17. 2.

<sup>2</sup> Daß der Mann die Verpflichtung habe, die Bedürfnisse der Frau zu bestreiten, wird in den Quellen vielfach anerkannt; s. l. 21 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1 und die übrigen §. 509 Note 5 angeführten Stellen. Einer gerichtlichen Verfolgung aber konnte der Mann nach römischem Recht durch die Scheidung entgehen, und deswegen ist in den Quellen von einer solchen Verfolgung wenig die Rede. Aber s. l. 22 §. 8 D. sol. matr. 24. 3: — „Sic autem in rarissimo furoris constituta maritus dirimere . . . matrimonium calliditate non vult, . . . tunc licentiam habet vel curator furiosae vel cognati, adiro iudicem competentem . . .“ Vgl. Scuff. Arch. XIV. 87; XII. 40, XIII. 146, und unten §. 493 Note 3. — Eine Alimentationspflicht der Frau gegen den Mann geht aus l. 29 C. de I. D. 5. 12, welche man dasir angeführt hat, nicht hervor. Vgl. Sinteris III §. 131 Anm. 14.

<sup>3</sup> So das römische Recht. Anders das germanische Recht. Das germanische Recht hat von jeher die durch die Ehe begründete Lebensgemeinschaft auch in der Gestaltung der Vermögensverhältnisse der Ehegatten zum Ausdruck gebracht. Sachsenp. I. 31 §. 1. „Man unde wif ne hebbe nein gewewiet gut to irne live“. Schwabenp. Kap. 33. „Man unde wip mugen

als Beitrag zu den Lasten der Ehe ein Heirathsgut, eine Dos<sup>4</sup>, zubringe (§. 492 fg.). Seinerseits kann der Mann der Frau

mit gegeben haben gut gewewiet“. Dieser Grundgedanke ist in den verschiedenen deutschen Particularrechten noch in verschiedener Weise ausgebildet worden; im Großen aber zeigen sich zwei Hauptrichtungen. Entweder wird das beiderseitige Vermögen nur äußerlich in der Hand des Mannes vereinigt, mit der Befugniß desselben, auch das Vermögen der Frau zu den Zwecken der Ehe zu verwenden (System der Gütereinheit, Gütervereinigung, Güterverbindung); oder es wird aus dem beiderseitigen Vermögen eine rechtlich einigte Masse unter der mehr oder minder beschränkten Disposition des Mannes gebildet (System der Gütergemeinschaft). Das erste System ist unter dem Einfluß des römischen Rechts vielfach, und namentlich durch die kurfürstliche Jurisprudenz, zum System des ehemännlichen Nießbrauchs (ususfructus maritalis) umgebildet worden. — Die deutschrechtliche Gestaltung der ehelichen Vermögensverhältnisse ist statisch genommen auch heutzutage noch in Deutschland die überwiegende; auf keinem andern Punkte hat sich das deutsche Recht in Deutschland ein gleich umfassendes räumliches Herrschaftsgebiet gewahrt. Nichtsdestoweniger muß als das gemeine deutsche Recht auch in dieser Materie das römische Recht angesehen werden. Zwar, wenn man diesen Satz so andrückt: daß für das römische Recht die Vermuthung streite, so ist dieser Ausdruck, wie er überhaupt dem Mißverständnisse ausgesetzt ist (vgl. I §. 2 Note 2), so namentlich in der vorliegenden Materie ein wenig passender; nirgends mehr, als gerade hier, wird der Richter Veranlassung und Pflicht haben, selbständig zuzusehen, ob sich nicht auf einem gegebenen Rasin eine deutschrechtliche Gestaltung der ehelichen Güterverhältnisse durch Gewohnheit oder Gewohnheit erhalten habe. Aber bezweigen ist es nicht weniger wahr, daß, wenn diese Untersuchung zu keinem bejahenden Resultate führt, der Richter, wenn er mit dem Satze von der Reception des römischen Rechts als Ganzen (I §. 2 Note 3) nicht überhaupt brechen will, kein anderes, als eben das römische Recht, zur Anwendung bringen darf. Für welches andere System sollte er sich auch entscheiden? Man hat gesagt: für das System der Gütereinheit. So namentlich Serber Lehrb. v. deutsch. Privatr. §. 281 Note 1, vgl. §. 280 Note 2, und in ausführlicher Erörterung Fr. Nathmann (Obertribunalsrath in Berlin): Einige Worte über eheliches Güterrecht nach heutigem gemeinen Recht in Deutschland, Chemnitz 1859. Aber auch abgesehen davon, daß durch den Ausdruck: System der Gütereinheit doch nur eine allgemeine Richtung der Gestaltung der ehelichen Güterverhältnisse bezeichnet wird, welche im Einzelnen, und namentlich was den Umfang des Rechtes des Ehemannes angeht, eine Reihe von Fragen offen läßt, man also in diesem System nicht sowohl eine fertige Theorie hat, als vielmehr nur die Grundlage einer erst zu entwickelnden, bei welcher Entwicklung dem individuellen Ermessen ein nicht unbedeutender Spielraum zufallen wird; so beruht diese ganze Meinung auf der Auffassung, daß das System der Gütergemeinschaft eine spätere, mehr

eine Wiederlage gegen die Dos machen (§. 508). Das nicht zur Dos gegebene Vermögen der Frau ist ihr freies Vermögen oder Paraphernalvermögen (§. 507). — Auf den vermögensrechtlichen

oder minder unorganische Veränderung (Gerber sprach in früheren Auflagen von einer „Verunkeltung“) des ursprünglich in Deutschland allein herrschend gewesenen Systems der Gütereinheit sei, und die Richtigkeit dieser Auffassung ist durch neuere Untersuchungen, zum Mindesten gesagt, zweifelhaft gemacht worden (s. namentlich Roth Jahrb. d. gem. deutsch. R. III. 13, Sünel Zeitschr. f. Rechtsw. I. S. 278 fg., — auch die Notiz in Betreff des skandinavischen Rechts bei Olunski deutsch. Privatr. §. 197 Nr. 2 a. G.). So ist also die Frage noch gar nicht erledigt, ob nicht, wenn man einmal vom römischen Recht abgehen will, für Deutschland ein doppeltes gemeines Recht anzunehmen wäre, welches sich im Allgemeinen als das sächsische und das fränkische bezeichnen ließe, dessen geographische Abgränzung im Einzelnen aber den größten Schwierigkeiten unterliegen, und der Thatsache gegenüber, daß auf einem und demselben Gebiete sich Particularrechte der entgegengesetzten Systeme begegnen, vielleicht unmöglich sein würde. In der That ist aber auch von der Anwendung des römischen Rechts als gemeinen Rechts, wenn sie vernünftig und mit Vorsicht geschieht, keine Schädigung des nationalen Rechtsbewußtseins zu fürchten. Denn die Ehe ist ein so häufig vorkommendes Rechtsverhältniß, daß, wo sich die deutschrechtliche Auffassung der ehelichen Vermögensverhältnisse als wirkliches Rechtsbewußtsein aufrecht erhalten hat, leicht auch eine demselben entsprechende Uebung wird nachgewiesen werden können, und daß, wo dies nicht möglich ist, der Schluß als gerechtfertigt erscheint, daß es sich nicht sowohl um ein Rechtsbewußtsein, als um eine Stimmung, Neigung, Gefühl- und Gemüthsrichtung handle, welche in ihrer Unbestimmtheit auf keine andere Berücksichtigung Anspruch machen darf, als ihr auf dem Wege der Willensinterpretation sogleich verschafft werden kann (§. 494 Note 13). — Das römische Dotalrecht als gemeines Recht erkennen an: Kunde eheliches Güterrecht §. 42, und die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Eichhorn §. 301 und Mittermaier §. 392. Dagegen daß für das römische Recht eine „Vermuthung“ streite, erklären sich die Lehrbücher von Olunski §. 198 Nr. 2 a. G., Beseler §. 138. Ueber die frühere Doctrin und Praxis finden sich Mittheilungen in der oben cit. Schrift von Rathmann S. 116 fg.

4 Der römische Ausdruck dos wird hier beibehalten, aber als recipirter deutscher („Dos“) behandelt. Alle deutschen Ausdrücke, welche man an die Stelle dieses Ausdrucks setzen könnte: Heirathsgut, Eingebrautes, Mitgift, Aussteuer, würden die Frage offen lassen, nach welchen rechtlichen Grundsätzen das Heirathsgut u. s. zu beurtheilen sei, während bei der bunten Mannichfaltigkeit der in Deutschland geltenden ehelichen Güterrechte ein Ausdruck, welcher auf das gerade nach römischen Grundsätzen zu beurtheilende Heirathsgut

Verkehr zwischen den Ehegatten hat die Ehe nur in soweit Einfluß, daß Schenkungen zwischen Ehegatten ungültig sind (§. 509). — Besondere vermögensrechtliche Folgen sind endlich noch angeknüpft an die verschuldete Ehescheidung (§. 510), an die zweite Ehe (§. 511), und an die vorzeitige Wiederverheirathung (§. 512).

## 1. Von der Dos\*.

### a. Begriff.

#### §. 492.

Dos ist Alles, was von Seiten der Frau dem Manne als Beitrag zu dem Vermögensaufwand zugebracht wird, welcher dem Manne aus der Ehe erwächst<sup>1</sup>. Wegen dieser Bestimmung

gut hinweist, wo nicht bringendes Bedürfniß, so doch entscheidende Wohltat ist.

\* Dig. 23. 3 Cod. 5. 12 de iure dotium. Die übrigen von dieser Lehre handelnden Titel werden im Verlauf der Darstellung angegeben werden. — Sasse das Güterrecht der Ehegatten nach römischem Recht, 1. (einziger) Band 1824. v. Tiggerström das römische Dotalrecht, 2 Bände 1831. 1832. Besmann das römische Dotalrecht, 1. (bisher einzige) Abth. 1863; darüber v. Schenk krit. VSchr. VI S. 1 fg. (1864). Olunski XXIV S. 425 fg., XXV S. 1—421, XXVII S. 100—454. Unterholzner Schulvorbereitung II S. 405—482, Sinteris III S. 15—62.

<sup>1</sup> Die Bestimmung der Dos, den „onera matrimonii“ zu dienen, wird in vielen Stellen der Quellen hervorgehoben. So namentlich in l. 76 D. h. t.: — „quia, nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est“; l. 16 pr. D. de pec. onatr. 40. 17: — „dos . . . matrimonio cohaerens oneribus eius ac liberis communibus consistat“; f. ferner l. 11 D. de pact. dot. 23. 4, l. 20 C. h. t., l. 56 §. 1 D. h. t., l. 46 D. fam. hanc. 10. 2, l. 65 §. 16 D. pro soc. 17. 2. In die dos wird geradezu als Aequivalent der onera matrimonii aufgefaßt, f. Note 4. Nichtsdestoweniger hat Besmann a. a. O. in Betreff des Verhältnisses der onera matrimonii zum Begriff der Dos eine lebhafteste Polemik gegen die „herrschende Auffassung“ erhoben. Besmann möchte am liebsten, wenigstens was das classische Recht angeht, die onera matrimonii aus der Begriffsbestimmung der Dos ganz hinaufwerfen, und die Dos einfach definiren als „Gabe an den Mann um der Ehe willen“, obgleich er dann freilich hinzusetzt: Ehe und Eheleuten seien in diesem Sinne ganz identische Begriffe; wo Ehe, da seien auch Eheleuten. Der Hauptinhalt seiner Ausführung ist folgender: a) Das als Dos Gegebene könnte möglicherweise in einem einzelnen Fall gar nicht fähig sein, einen Beitrag zu den Kosten der Ehe zu liefern, z. B. eine nuda proprietas, ein unverzinsliches

der Dos liegt in dem Geben einer Dos keine Schenkung an den Mann<sup>2</sup>; der Mann erhält in der Dos keine Bereicherung, son-

derungsrecht; deswegen sei es nicht weniger Dos. Aber die herrschende Definition der Dos lautet auch nicht: Dos ist, was Beitrag zu den Eheleuten ist, — sondern: Dos ist, was als Beitrag zu den Eheleuten, mit der Bestimmung, Beitrag zu den Eheleuten zu sein, gegeben wird. b) Der Zweck der Dos sei nicht bloß die Gewährung eines Beitrags zur Verrichtung der ehelichen Lasten; die Dos habe bei den Römern ebenso sehr die Bedeutung gehabt, der Frau eine würdige Stellung im Hause des Mannes zu verschaffen; sie sei ferner für die in der Gewalt des Vaters befindliche und in die manus des Mannes übertretende Frau der anticipirte Antheil am väterlichen Vermögen, für die selbständige Frau das Organ gewesen, durch welches den Kindern ein Antheil am mütterlichen Vermögen verschafft worden sei. Aber was die zuletzt genannten Zwecke angeht, so liegt es auf der Hand, daß sie der Dos durchaus extrinseke sind, Zwecke, welche allerdings möglicherweise durch Geben einer Dos, aber ebenso gut, ja noch viel unmittelbarer, durch Testament erreicht werden könnten; und die würdige Stellung im Hause des Mannes erlangt die Frau eben dadurch, daß sie dem Manne einen Beitrag zu den Kosten des gemeinschaftlichen Lebens zubringt: die Dos dient allerdings auch ihren Interessen, aber doch nur dadurch, daß sie zunächst denen des Mannes dient. Vgl. auch Scheurl S. 4 fg. — Nicht in die Begriffsbestimmung der Dos gehört — und in dieser Beziehung hat die Polemik Beschmann's Grund — das Moment, daß nach dem Willen des Gebers nur der Ertrag des gegebenen Beitrags zu den Eheleuten sein solle. Wäre diese Beschränkung des Rechtes des Mannes auf den Willen des Gebers zurückzuführen, so müßte dem Geber nach Beendigung der Ehe, oder jedenfalls nach Aufhören der Eheleuten, *condictio sine causa* (ob *causam dati causa finita*) zustehen, und davon weiß das römische Recht nichts. Umgekehrt heißt es in l. 1 D. h. t. ausdrücklich: „*Dotis causa perpetua est, et eum voto eius qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit*“ (vgl. Beschmann S. 17 fg.). Die Verpflichtung des Mannes zur Herausgabe des Capitals der Dos nach Beendigung der Ehe beruht vielmehr auf der Bestimmung des Gesetzes, welches die Dos ergreift, sowie sie gegeben ist. Eben deswegen gehört aber auch ferner diese Verpflichtung nicht in die Begriffsbestimmung der Dos; diese Verpflichtung setzt eine Dos voraus, und kann daher eine Dos nicht erst schaffen. — Wie aber ist es, wenn ausdrücklich ausgemacht wird, daß der Mann das Eingebachte definitiv behalten solle: ist auch dann noch eine Dos vorhanden? Jedenfalls fallen dann alle diejenigen Rechtsfälle weg, welche sich auf die Herausgabe der Dos beziehen, und damit der wesentliche Inhalt des Dotalrechtes: im Uebrigen aber sehe ich nicht an, die aufgeworfene Frage zu bejahen. Eine solche Gabe ist immer noch eine Gabe um der Eheleuten willen, und daher namentlich nicht als Schenkung zu behandeln (Note 4). Vgl. Beschmann S. 208, 209; auf der anderen Seite Arndts §. 395 Num. 1.

dem Ersatz für eine Vermögensaufopferung, welche er seinerseits übernimmt<sup>5</sup>. Ferner wird durch diese Bestimmung der Dos bewirkt, daß der Bestand der Bestellung der Dos von dem Zustandekommen der Ehe bez. der Gültigkeit der bestehenden abhängig ist<sup>6</sup>, entweder nach dem Gesichtspunkt der Voraussetzung, oder nach dem der Bedingung<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Vgl. zum Folgenden Paffe S. 383—411, Beschmann S. 194—200, v. Meyerfeldt Lehre von den Schenkungen S. 38—37, Savigny System IV S. 82; vgl. S. 174.

<sup>3</sup> a) L. 21 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. b) L. 25 §. 1 i. f. D. quae in fraud. cred. 42. 8. c) L. 9 §. 1 D. de cond. a. d. c. n. s. 12. 4. 1. 5 §. 5 D. de doli exc. 44. 4. 1. 41 pr. D. de re iud. 42. 1. d) L. 19 D. de O. et A. 44. 7. e) L. 47 pr. D. mand. 17. 1. f) L. 8 §. 13 D. quib. mod. pign. 20. 6. g) L. un. §. 1 C. de imponenda lucrativa descriptione 10. 35. Ueber l. 20 C. de don. a. n. 5. 3 f. Beschmann S. 201.

<sup>4</sup> Es ist bereits bemerkt worden, daß die Quellen die Dos geradezu als Äquivalent für *onera matrimonii* auffassen. Es heißt, daß der Mann die Dos „*pro oneribus matrimonii*“ habe (l. 21 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1); daß er ohne die Dos nicht geheiratet haben würde (l. 25 §. 1 i. f. D. quae in fraud. cred. 42. 8. 1. 5 §. 5 D. de doli exc. 44. 4. 1. 9 §. 1 D. de cond. c. d. n. s. 12. 4); er wird mit einem Gläubiger, und gar mit einem Käufer verglichen (l. 25 §. 1 cit., l. 19 D. de O. et A. 44. 7. 1. 13. D. quib. mod. pign. 20. 6). Trotz dem sieht Beschmann, der auch hier von seiner Ehe vor dem *onera matrimonii* beherrscht bleibt, den Grund, weswegen das Geben einer Dos keine Schenkung sei, nicht in dem Mangel der Bereicherung des Mannes, sondern darin, daß die Absicht des Gebers nicht auf eine Bereicherung schlechthin, sondern auf eine Bereicherung zum Zweck der Verfertigung einer dotirten Ehe gerichtet sei. Allerdings würde auch dieser Gesichtspunkt hinreichen, den Begriff Schenkung auszuschließen, wengleich in der Dos eine Bereicherung für den Mann läge (§. 365 Note 4). — Bei der Dos, welche von der Frau selbst gegeben wird, kommt als Grund, weswegen sie keine Schenkung ist, hinzu die der Frau obliegende natürliche Verpflichtung zum Geben einer Dos, l. 32 §. 2 D. de cond. ind. 12. 6, vgl. 289 Nr. 8.

<sup>5</sup> Dagegen liegt in der Bestellung einer Dos durch einen Dritten eine Schenkung an die Frau, oder sie kann wenigstens darin liegen. Vgl. l. 33 i. f. l. 43 §. 1 D. h. t., l. 25 §. 1 D. quae in fraud. cred. 42. 8. 1. 31 pr. C. h. t., l. un. §. 13 C. de rei ux. act. 5. 13, Vat. Fr. 305, 306. Beschmann S. 211 fg., Scheurl S. 35 fg.

<sup>6</sup> „*Neque enim dos sine matrimonio esse potest*“, l. 3 D. h. t.

<sup>7</sup> L. 7 §. 3 l. 9 pr. D. h. t. Für die Voraussetzung (§. 427 Note 12) spricht die Vermuthung, wenn die Dos sofort hingegeden worden ist. L. 8 D. h. t. „*Sed nisi hoc evidentiter actum fuerit, credendum est, hoc agi, ut statim res sponsi fiant, et nisi nuptiae secutae fuerint reddantur*“. L. 1 §. 2

## b. Bestellung.

## a. Personen. Verpflichtung zur Bestellung.

## §. 493.

1. Bestellt wird die Dos dem Manne; möglicherweise, wenn derselbe in väterlicher Gewalt steht, auch seinem Vater<sup>1</sup>.

2. Bestellt wird die Dos entweder von der Frau selbst, oder für sie von einem Dritten<sup>2</sup>.

3. Verpflichtet zur Bestellung einer Dos dem Manne gegenüber ist nur die Frau, und auch sie nur in natürlichem Sinne<sup>3</sup>. Dagegen hat die Frau ihrerseits einen Anspruch auf Gewährung einer Dos: a) gegen ihren Vater und ihre väterlichen Ascendenten<sup>4</sup>,

3 D. pro dote 41. 9. Anders jedoch dann, wenn nicht das Eingetragene selbst, sondern sein Geldwerth Dos sein soll, l. 10 §. 4. 5 D. h. t., l. 17 §. 1 eod., l. 2 D. pro dote 41. 9. Vatr. fr. 111. Anders auch bei dem Besprechen einer Dos, l. 21 l. 41 §. 1 l. 68 D. h. t., l. 36. 37. 80. 83 eod., l. 4 §. 2 D. de pact. 2. 14, vgl. §. 494 Note 4; ferner bei der Bestellung einer Dos durch Schuldverlass, l. 43 pr. D. h. t., l. 10 D. de cond. e. d. e. n. s. 12. 4. Windscheid Voraussetzung S. 146—148, Erleben conditiones sine causa II S. 92 fg. 486.

1 In diesem Falle fällt aber die Dos nach dem Tode des Vaters nicht an seine Erben, sondern an den Mann. L. 20 §. 2 l. 51 pr. D. fam. her. 10. 2, l. 1 §. 9 D. de dote prael. 33. 4 („sive heres institutus esset, familiae hereditariae iudicio, sive non, utili actione“).

2 „Pro muliere“, „nomine mulieris“. Vgl. j. B. l. 5 §. 11 l. 9 pr. l. 29 l. 44 l. 48 §. 1 l. 58 pr. l. 59 §. 2 D. h. t. L. 9 C. de pact. conv. 5. 14: — „alio pro ea offerente dotem ipsa eam pro s. videtur offerre“. Vgl. Buchta Stellvertretung S. 93 fg., Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 96 fg. — Die von dem Vater oder einem väterlichen Ascendenten der Frau bestellte Dos heißt dos profecticia, jede andere dos adventicia. Ulp. VI 2, l. 5 l. 6 pr. §. 1 D. h. t., l. 6 D. de coll. 37. 6. Auf väterliche Gewalt kommt es dabei nicht an, l. 5 cit. §. 11.

3 L. 32 §. 2 D. de cond. ind. 12. 6. S. §. 289 Nr. 3. Erfülle die Frau, obgleich sie Vermögen hat, diese ihre Verbindlichkeit nicht, so darf der Ehemann seinerseits ihr die Alimentation verweigern; er ist verpflichtet, die onera matrimonii zu tragen, aber nur von seinem in angemessener Weise durch die Frau verstärkten Vermögen.

4 Zuerst eingeführt durch die lex Iulia und Papia Poppaea für die Tochter unter Gewalt unter dem Gesichtspunkt, daß der Vater durch Verweigerung einer Dos der — notwendig vermögenslosen — Tochter die Eingehung einer

eigene Vermögenslosigkeit vorausgesetzt<sup>5</sup>; b) in außerordentlichen Fällen in gleicher Weise gegen ihre Mutter<sup>6</sup>; und endlich kann o) nach einem unzweifelhaften Gewohnheitsrecht die verführte unbescholtene Jungfrau oder Wittve von dem Verführer verlangen, daß er sie entweder eheliche, oder ihr durch Gewährung einer Dos die Eingehung einer andern Ehe ermögliche<sup>7</sup>.

Ehe unmöglich mache. L. 19 D. de R. N. 23. 2. Die spätere Ausdehnung auf emancipirte Töchter ist nicht unbestritten. Einen sicheren Beweis für diese Ausdehnung gewähren allerdings weder l. 6 D. de coll. 37. 6, noch, worauf man sich gewöhnlich beruft, l. 7 C. de dot. prom. 5. 11; doch halte ich für entscheidend, daß auch die der emancipirten Tochter gegebene Dos dos profecticia ist, und dem Rückfallrecht des Vaters unterliegt (aber doch nach classischem Rechte unterlag). S. auch Nov. 97 c. 5. Paffe S. 348—351, Glüd XXV 3. 62 fg.

5 L. 7 C. de dot. prom. 5. 11. Diese Stelle, eine Decision von Justinian, will die Frage entscheiden, wann angenommen werden dürfte, daß die dem Vater gegebene Dos nicht aus seinem Vermögen, sondern aus dem Vermögen der Tochter gegeben sei: sie hätte sich unmöglich so ausdrücken können, wie sie sich ausdrückt, wenn sie angenommen hätte, daß der Vater unter allen Umständen eine Dos geben müsse. Glüd XXV S. 69 fg., Bangerow I §. 216 Anm. 1, Sintonis §. 132 Anm. 43 (welcher mit Recht auch auf die Analogie der Alimentationsverbindlichkeit des Vaters aufmerksam macht). Seuff. Arch. I. 238, VII. 260. — Fernere Fragen: 1) Ob die zu gewährenden Dos? L. 60 l. 69 §. 4. 5 D. h. t., l. 43 D. de leg. II<sup>o</sup> 31. Seuff. Arch. VII. 60, XIV. 141. 2) Ist der Vater zur Dotation auch bei bereits besetzter Ehe, und ist er auch zur Wiederbestellung einer Dos nach Verlust der ersten verpflichtet? Glüd XXV S. 76 fg., Sintonis §. 132 Anm. 47, Bangerow I §. 216 Anm. 2. Seuff. Arch. VII. 60.

6 L. 14 C. h. t. „Neque mater pro filia dotata dare cogitur, nisi ex magna et probabilis causa, vel lege specialiter expressa“. Ich glaube nicht, daß alle „magna et probabilis causa“ schon erachtet werden darf, wenn die Tochter einjährig kein Vermögen hat, und auch vom Vater zu keine Dos zu erlangen ist; sondern es muß irgend ein anderer Umstand hinzukommen, welcher die Verweigerung der Dotierung als eine ganz besondere Lieblosigkeit erscheinen läßt. Vgl. übrigens auch Glüd XXV S. 97, 98, Sintonis §. 132 Anm. 44. Die einzige „causa lege expressa“ steht in l. 19 §. 1 C. de haer. l. 5: die nicht rechtmäßige Mutter soll die rechtmäßige Tochter totiren, — und diese Vorschrift ist heutzutage unkenntlich (l. §. 55). — Ueber die auf Grund von l. 12 §. 3 D. de adm. 26. 7 von Manchen gemachte Annahme einer Dotationspflicht des Erübers s. Paffe S. 358 fg., Glüd XXV S. 99 fg., Bangerow I §. 216 Anm. 1, Arnbt's §. 396 Anm. 3.

7 Das Gewohnheitsrecht gründet sich auf c. l. 2 X. de adult. 5. 16, welche Stellen aber den bezeichneten Satz nicht enthalten. Denn in der ersten

## A. Act der Bestellung.

## §. 494.

Bestellt wird die Dos dadurch, daß dem Manne eine Vermögensvermehrung in der in §. 492 bezeichneten Absicht verschafft wird. Worin die Vermögensvermehrung besteht, ist gleichgültig; eine Dos kann nicht bloß durch Verschaffung des Eigenthums<sup>1</sup> bestellt werden, sondern namentlich<sup>2</sup> auch: durch Verschaffung eines Rechtes an fremder Sache<sup>3</sup>; durch Verschaffung eines Forderungsrechtes, gegen den Bestellenden<sup>4</sup> oder

heißt es: „dotabit eam et habebit uxorem“; die zweite droht bei Verweigerung der Ehe Strafe. Vgl. über das Nähere dieser Lehre Glüd XXVIII S. 150—183 und die daselbst Citt., ferner Busch Darstellung der Rechte geschwächter Frauenpersonen gegen ihre Verführer zc. (1828), Gelt die Rechtsverhältnisse aus der außerrechtlichen Geschlechtsgemeinschaft S. 6—84 (1836), Sintonis III S. 26—29, Seuffert Pand. II §. 427, Holzschuher I S. 415—428, Seuff. Arch. I. 230. 231, IX. 163. 164. 295. 296, XIII. 145; I. 230. 232. VI. 200. 294, VII. 43; I. 229, IX. 295. 296, XIV. 39; IX. 164, X. 52, XIII. 316 vgl. IX. 36. — Die zuletzt genannten Urtheile beziehen sich auf die Frage, ob der Anspruch der Verführten auf ihre Erben übergehe? Man hat sich gelegentlich, indem man den Anspruch unter den Gesichtspunkt einer actio vindictam spirans gestellt hat (Kierulff S. 227 Note, Wächter Würt. Privatr. II S. 533 Note 53, Köppen Erbrecht S. 178 Note 20); aber diese Auffassung des Anspruchs läßt sich als eine gewohnheitsrechtlich begründete nicht nachweisen. S. Glüd a. a. O. S. 170 fg. (welcher selbst aber verlangt, daß die Verführte wenigstens bei ihren Lebzeiten sich über die Absicht der Geltendmachung ihres Anspruchs erklärt habe), Busch §. 87. 90, Gelt S. 33, Seuffert Note 19, Sintonis Anm. 50 a. G. Von den oben genannten Urtheilen ist nur das erste gegen die Vererblichkeit.

§. 494.

<sup>1</sup> Der gewöhnliche Fall, f. §. 1. 7 §. 3 D. h. t., l. 47 §. 6 D. de pec. lib. 1, Gai. II. 63. Nuda proprietas: l. 4 D. l. 17. 18 C. h. t. — Auch wenn dem Manne eine bloße bonae fidei possessio verschafft worden ist, greifen die Dotalsgrundsätze Platz, l. 12 pr. D. de Publ. G. 2, l. 6 §. 1 D. h. t. Egl. Cassé z. 241.

<sup>2</sup> Im Uebrigen vgl. §. 365 Abs. 2.

<sup>3</sup> L. 7 §. 2 l. 66 l. 78 §. 2 D. h. t., l. 57 D. sol. matr. 24. 3; vgl. l. 4 D. de pact. dot. 23. 4.

<sup>4</sup> Der Besteller kann entweder abstract versprechen, oder mit dem ausdrücklichen oder stillschweigend verstandenen, l. 23 D. h. t.) Zusatz: als Dos (dotis nomine), f. §. 1. 20 l. 48 pr. D. h. t. Der letztere Fall ist terminig, in welchem der Bestand der Ehe für den Bestand des Versprechens Verbindung ist (§. 492 Note 7): l. 21 l. 41 §. 1 l. 68 D. h. t.

einen Dritten<sup>5</sup>; durch Befreiung von einer Eigenthumsbeschränkung<sup>6</sup> oder von einer Schuld<sup>7</sup>. Eine Dos kann ferner bestellt werden nicht bloß durch directe, sondern auch durch indirecte Zuwendung<sup>8</sup>, und nicht bloß durch Willenserklärung unter Lebenden, sondern auch durch Vermächtniß<sup>9</sup>. Auch ein ganzes Vermögen kann zur Dos gegeben werden, ohne daß jedoch dadurch eine Gesamtnachfolge begründet wird<sup>10</sup>. — Ein besonderer Fall der Bestellung einer Dos ist der, wo Etwas unter Veranschlagung zu Geld hingegeben wird, mit der Bestimmung, daß nicht das Hingegebene selbst, sondern die Anschlagssumme Dos sein solle. Ein solches Geschäft ist Bestellung einer Dos mit vorhergehendem Verkauf<sup>11</sup>. —

<sup>5</sup> Namentlich (vgl. übrigens §. 365 Note 10) durch Cession (l. 69 §. 1 D. h. t., l. 2 C. de O. et A. 4. 10), oder durch Delegation (l. 36. 37 l. 56 pr. l. 78 §. 5 l. 80. 83 D. h. t.). Auch der Delegirte kann abstract versprechen oder dotis nomine: vgl. l. 36. 37. 80. 83 D. h. t., l. 7 pr. D. de cond. c. d. e. n. s. 12. 4.

<sup>6</sup> L. 78 pr. D. h. t., l. 57. D. sol. matr. 24. 3.

<sup>7</sup> L. 41 §. 2 l. 43 pr. l. 58 §. 1 D. h. t., l. 10 D. de cond. c. d. e. n. s. 12. 4, l. 12 §. 2 D. h. t.

<sup>8</sup> Indirecte Zuwendung: a) durch Inbetriebsetzung von Mittheilgebern, namentlich (§. 365 Note 15) durch Ausschlagung eines Erwerbes (l. 5 §. 5 D. h. t., l. 14 §. 3 D. de fundo dot. 23. 5), durch Bestimmung eines Dritten zur Leistung an den Mann (Note 5, l. 5 §. 1 D. h. t., l. 9 pr. D. de cond. c. d. e. n. s. 12. 4); b) durch Leistung an den Mann in der Person eines Dritten (l. 19 l. 59 pr. D. h. t., l. 14 pr. D. de fundo dot. 23. 5).

<sup>9</sup> L. 48 §. 1 D. h. t., l. 69 §. 2 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30, l. 71 §. 3 D. de cond. 35. 1. Cassé S. 319—334.

<sup>10</sup> L. 72 pr. D. l. 4 C. h. t., l. 13 §. 10 D. de H. P. 5. 3. In Betreff des Näheren f. das in §. 368 für die Schenkung Angeführte, was in ganz gleicher Weise auch hier gilt.

<sup>11</sup> L. 10 §. 5 D. h. t.: — „estimatio venditio est“. Der Besteller überläßt dem Manne das Hingegebene für den vereinbarten Kaufpreis, und bestimmt zugleich, daß der Mann den Kaufpreis nicht zu bezahlen brauche, sondern als Dos behalten solle. Consequenzen aus dem Gesichtspunkt des Kaufes: a) actio ex empto, l. 1. 10. C. h. t.; b) der Mann trägt die Gefahr schon vor der Tradition, l. 10 C. cit., l. 14. 15 D. h. t.; c) er erhält andererseits das commodum rei, l. 10 C. cit., l. un. §. 9 C. de rei ux. act. 5. 13; d) er haftet wegen Entwehrung nach den Grundsätzen des Kaufs, l. 16 D. l. 1 C. h. t.; e) usucapio pro emptore, l. 2 D. pro dots 41. 9. Andererseits ist das Geschäft doch kein reiner Kauf, sondern ein Kauf eben zum Zweck der Bestellung einer Dos, „non simplex venditio, sed dotis causa“, l. 16 D. h. t.



Die Bestellung einer Dos braucht nicht ausdrücklich zu geschehen; sie kann auch stillschweigend erfolgen. Dieß ist bereits im römischen Recht für den Fall anerkannt, wo die Frau nach der Scheidung mit dem nämlichen Manne eine neue Ehe eingeht, ohne die Dos der früheren Ehe zurückgefordert zu haben: es soll dann angenommen werden, daß sie die Dos auch für die neue Ehe habe geben wollen<sup>12</sup>. Nach heutigem Recht muß man weiter gehen, und eine stillschweigende Bestellung einer Dos in allen Fällen annehmen, in welchen von der Frau oder von Seiten der Frau Vermögen ohne Vorbehalt in die Hand des Mannes gegeben wird<sup>13</sup>.

Daher wird bei Unangemessenheit des vereinbarten Kaufpreises dem Benachteiligten in einer Weise geholfen, welche weit über die Grundsätze des Kaufvertrages hinausgeht, l. 12 §. 1 D. h. t., l. 6 C. sol. matr. 5. 18, vgl. l. 6 §. 2 D. h. t. Ferner: was der Mann im Fall der Entwehrung über den vereinbarten Preis hinaus erlangt, ist ebenfalls Dos, l. 16. 52 D. h. t. (§. 500 Note 12). Mobilisation des Geschäftes: es soll entweder das Ding gegeben, oder die bezeichnete Geldsumme zurückgegeben werden müssen, l. 10 §. 6 l. 11 D. h. t. l. 11 D. de fundo dot. 23 5, l. 1 C. cod. 5. 23, Vat. fr. 114. Vgl. hierzu l. 52 §. 1 D. loc. 19. 2 (§. 400 Note 22), — und über das Ganze Cypflarz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. 9. J. XX. 1.

<sup>12</sup> L. 13. 30. 40. 64 l. 69 §. 2 D. h. t., l. 19 l. 66 §. 5 D. sol. matr. 24. 3; vgl. l. 68 D. h. t. Casse S. 452—474.

<sup>13</sup> An diesem Punkte darf, glaube ich, und muß verwertet werden der durch die Geschichte des deutschen ehelichen Vermögensrechtes hinlänglich bezeugte Zug des deutschen Rechtsbewusstseins nach einer Ausprägung der Einheit der Ehegatten auch in der Gestalt ihrer Vermögensverhältnisse (§. 491 Note 3). Der allgemeinste Inhalt dieses Zuges ist der, daß das Vermögen beider Ehegatten in der Hand des Hauptes der Familie, des Mannes, vereinigt sein, und durch denselben den Zwecken der Ehe dienlich gemacht werden solle: die gemeinrechtliche Rechtsform aber zur Beschränkung dieses Zuges ist das römische Dotatrecht (§. 491 Note 3). — Folgen ten im Letzte aufgestellten Satz kämpft auf das Behäufte Bachmann Jahrb. d. gem. R. V. 14, und vom Standpunkte des römischen Rechts unwiderleglich richtig; das heutige Recht läßt Bachmann unberücksichtigt. Anders Casse S. 412 fg., welcher ausdrücklich sagt, daß der aufgestellte Satz nur vom Standpunkte des römischen Rechts unrichtig sei. „Was hier die Praxis aber entschuldigen, ja, wenn man über die Quelle, aus der sie ihre Regeln herleitet, hinwegsieht, rechtfertigen kann, wird erst in einem folgenden Theil sich zeigen lassen“ (§. 412 Note 445). Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten in der Hauptsache: Glück XXV S. 220 fg., XXIV S. 434, Sintonis §. 132 Anm. 71. 12.

γ Verpflichtung aus der Bestellung.

§. 495.

Aus der Bestellung der Dos kann sich möglicherweise eine Verpflichtung für den Besteller ergeben<sup>1</sup>. Es ist dieß der Fall: a) wenn die Bestellung der Dos dadurch geschieht, daß Etwas als Dos versprochen wird<sup>2</sup>; b) wenn die Bestellung der Dos in der Erklärung besteht, daß Etwas Dos sei oder sein werde, oder als Dos gegeben werde, und durch diese Erklärung der beabsichtigte rechtliche Zustand nicht sofort auch bewirkt wird<sup>3</sup>. — Hierfür gelten folgende nähere Grundsätze.

Angaben über die ältere Literatur bei Glück XXV S. 221. 222 und in der §. 491 Note 3 citirten Schrift von Rathmann. Vgl. auch Holzschuher I §. 58 Nr. 12, Puchta §. 414. d; andererseits Arnolds §. 398 Anm. 6.

<sup>1</sup> Vgl. hierzu das §. 366 in Betreff der Schenkung Gesagte.

<sup>2</sup> Dotis promissio. Es ist schon bemerkt worden (§. 494 zu Note 4), daß bereits in der dotis promissio eine dotis constitutio liegt; b. h. das durch das Versprechen dem Manne erworbene Forderungsrecht steht schon unter Dotalsgrundsätzen. L. 41 l. 44 §. 1 D. sol. matr. 24. 3, l. 33. 49 D. h. t. Casse S. 264—290. — Das Dotalsversprechen war schon nach römischem Recht ohne alle Form verbindlich, l. 6 C. de dot. prom. 5. 11 (Theodos. II et Valentin. III a. 428; f. übrigens auch Dioelet. et Maxim. l. 4 eod.). Nach einer verbreiteten Behauptung (v. Esch Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 227 fg., Puchta §. 415. b, Sintonis §. 132 Anm. 33, Holzschuher I §. 58 Nr. 10. a) soll es auch der Annahme von Seiten des Mannes nicht bedürfen. Man stützt diese Behauptung auf den in l. 6 C. cit. vorkommenden Ausdruck pollicitatio, welcher aber hier, wie in l. 25 C. ad SC. Voll. 4. 29, nicht in technischem Sinn (§. 304 Note 3), und offenbar nur deswegen gebraucht ist, um die in der folgenden Note erwähnte Dotalsusage (dotis dictio, f. die ursprüngliche Gestalt der l. 6 C. cit. in l. 4 C. Th. de dotibus 3. 13) mit zu treffen. In anderen Stellen ist geradezu pollicitatio für dictio interpolirt, so in l. 1 §. 8 D. de dot. coll. 37. 7, l. 1. 13 C. h. t. Vgl. auch Unterholzner II S. 424, Arnolds §. 397 Anm. 2.

<sup>3</sup> Beispiele aus den Quellen: l. 25 l. 44 §. 1 l. 46 §. 1 l. 57 l. 59 pr. D. h. t. Im älteren römischen Rechte wurde durch eine solche Zusage — dotis dictio — nur die Frau selbst, ihr Vater, Großvater etc., und ihr Schuldnere verpflichtet. Ulp. VI. 2, op. Gaii II. 9 §. 3. In der Justinianischen Compilation ist der Ausdruck dotis dictio überall durch Interpolation beseitigt, f. die zu Anfang dieser Note und in Note 2 a. C. citirten Stellen. Die dotis dictio als besonderes Rechtsinstitut war durch das in der vorigen Note genannte Gesetz überflüssig gemacht; vielleicht auch, daß für die dotis dictio besonderes galt, Windscheid, Pandekten. II. Bd. II. 966f.

1. Aus der Bestellung einer Dos entsteht deswegen nicht weniger eine Verbindlichkeit, weil die Bestellung ohne nähere Bezeichnung des Gegenstandes erfolgt ist; es ist in diesem Falle eine den Verhältnissen angemessene Dos zu leisten<sup>4</sup>.

2. Die Verpflichtung des Bestellers geht bei körperlichen Sachen auf Verschaffung von Eigenthum, und zwar von

was nun überflüssig sein sollte, wie z. B., was sehr wahrscheinlich und fast sicher ist, persönliche Gegenwart der Parteien und mündliche Rede. Die Behauptung, daß die *dotis dictio* ohne Annahme verbindlich gewesen sei, läßt sich nicht rechtfertigen. Vgl. überhaupt: *Reylov* die *Dictio* der römischen Brautgabe (1850); *Paffe* S. 291 fg., *Arnolds* §. 397 Anm. 2.

<sup>4</sup> Es ist in den Quellen anerkannt, daß, wenn Jemand als Dos verspreche: „quodcumque arbitratus fuisset“, dieses *arbitrium* als *arbitrium boni viri* zu verstehen sei, l. 3 C. de dot. prom. 5. 11 (vgl. l. 24 pr. D. loc. 19. 2, l. 22 §. 1 D. de R. I. 50. 17). L. 69 §. 4 D. h. t. *Jobann* sagt, daß das Gleiche gelte „arbitrio quoque detracto“. Man hat zwar diese letztere Entscheidung auf denjenigen Fall beschränken wollen, von welchem die genannte Stelle unmittelbar spricht, den Fall, wo das Versprechen von dem Vater der Frau geleistet worden ist, indem man nämlich den Grund der Entscheidung in der dem Vater obliegenden *Dotationsverbindlichkeit* gefunden hat; aber die Stelle selbst gibt als Grund ihrer Entscheidung einen ganz anderen an, nämlich daß in dem Betrage des Vermögens des Vaters und dem Stande des Mannes Anhaltspunkte zur Bestimmung der Größe der Dos gegeben seien. Andererseits rescribirt nun allerdings in l. 1 C. de dot. prom. 5. 11 *Alexander* an eine Ehefrau, daß das von ihr ohne Bezeichnung einer „specios“ oder „quantitas“ gegebene *Dotalversprechen* unverbindlich sei, und man hat daher wenigstens für die Ehefrau eine Ausnahme von der im Text aufgestellten Regel geltend machen wollen. Aber wenn man die Auslegung, daß das Versprechen einer Dos ohne nähere Bezeichnung als das Versprechen einer angemessenen Dos zu verstehen sei, überhaupt als eine natürliche und von der Billigkeit geforderte anerkennt: so wüßte ich keinen Grund, weshalb diese Auslegung nicht auch bei der Ehefrau, der doch sogar eine, wenn auch nur natürliche, Verbindlichkeit zur Leistung einer Dos obliegt, durchgeführt werden sollte. Ich halte es daher für weit wahrscheinlicher, daß in l. 1 C. cit. ein principuell verschiedener Standpunkt vertreten ist, und daß daher hier eine Antinomie vorliegt und die bezeichneten Stellen sich gegenseitig aufheben. Welche Entscheidung dabei wir von uns aus zu treffen haben, kann unmöglich zweifelhaft sein; es hindert uns durchaus nichts, die zuvor bezeichnete natürliche und billige Auslegung in einem gegebenen Falle wirklich zur Anwendung zu bringen. Ueber die verschiedenen Ansichten s. *Paffe* S. 369 fg., *Gück* XXV S. 169 fg., *Sintenis* §. 132 Anm. 37, *Puchta* §. 415. f, *Arnolds* §. 397 Anm. 3. *Scuff. Arch.* II. 189.

solchem Eigenthum, welches zum Behalten der Sache befugt<sup>5</sup>. Ist Eigenthum dieser Art nicht verschafft worden, so haftet der Besteller auf das Interesse des Mannes, bei generisch bestimmten Sachen nach Wahl desselben auch auf Geben einer anderen Sache oder anderer Sachen derselben Art<sup>6</sup>. Bei cedirten Forderungen haftet der Besteller für juristische Existenz<sup>7</sup>; für factische Realisir-

<sup>5</sup> Eigenthum: die beschränkte Verpflichtung des Käufers, welcher nur wegen Entwehrung haftet, auf den Besteller einer Dos zu übertragen, halte ich trotz des §. 492 Note 4 bezeichneten Gesichtspunktes nicht für gerechtfertigt. l. 1 C. h. t. steht nicht entgegen; diese Stelle sagt nicht, daß der Besteller bloß wegen Entwehrung hafte. Eigenthum, welches zum Behalten der Sache befugt: gemäß der *Regel*, §. 342 Note 5. 6. Die herrschende Meinung läßt den Besteller nur wegen *Eviction* haften. — Die herrschende Meinung geht aber noch weiter, und läßt auch diese letztere Verpflichtung nur im Falle eines vorhergegangenen *Dotalversprechens* (oder, wie Einige hinzufügen, einer gesetzlichen *Dotationsverpflichtung*), nicht aber in dem Falle eintreten, wo ohne vorhergehende Verpflichtung eine Sache sofort zur Dos gegeben worden ist. Man stützt diese Beschränkung auf l. 1 cit., welche sie allerdings wörtlich enthält, und welche von dem Standpunkte des zu ihrer Zeit geltenden Rechts gar nicht anders entscheiden konnte. Aber ebenso unzweifelhaft scheint es mir, daß anders entschieden werden muß, seit keine *Stipulation* mehr nöthig ist, um die Verpflichtung zur Leistung einer Dos zu erzeugen. Seit dieser Zeit begründet die Uebergabe einer Sache zur Dos gerade so gut eine Verpflichtung, wie das *Dotalversprechen*. Oder will man keine Verpflichtung entstehen lassen aus der Erklärung: ich gebe als Dos dieses Grundstück? Und wenn man es will, warum soll es anders sein, wenn mit dieser Erklärung *Tradition* verbunden, oder, besser gesagt, wenn diese Erklärung in der *Tradition* abgegeben wird? Man wird auch nicht die Analogie der *Schenkung* anziehen dürfen (§. 366 Note 7: „der Schenker schenkt das Geschenk, wie er es hat“); denn die Bestellung einer Dos ist eben keine *Schenkung* (§. 492 Note 3. 4). Uebrigens würde aus diesem Argument sich ergeben, daß auch aus dem *Dotalversprechen* nicht wegen *Eviction* gehaftet werde, und wirklich ist dieser Satz aufgestellt worden, indem man nämlich das in l. 1 C. cit. erwähnte *Versprechen* von einem *Evictionsversprechen* hat verstehen wollen. S. noch l. un. §. 1 C. de rei ux. act. 5. 13. *Literatur*: *Gück* XX S. 206, XXV S. 90 fg., *Unterholzner* II §. 549, *Sintenis* §. 132 Anm. 80, *Arnolds* §. 403, *Bangerow* I §. 217 Anm. 2, *Holzschuber* I §. 58 Nr. 15, *Vetter* *Jahrb. d. gem. R.* VI S. 262. 263.

<sup>6</sup> Es greifen hier die gleichen Grundfälle Platz, wie bei der *Schenkung* und beim *Kauf* (§. 366 Note 8, §. 391 Note 37\*).

<sup>7</sup> Es darf auch hier (vgl. Note 5 a. C.) nicht die Analogie der *Schenkung* zu Grunde gelegt werden.

barkheit nur dann, wenn der Cession die Verpflichtung zur Bestellung einer Dos, oder aus der Bestellung die Verpflichtung zur Verschaffung einer nicht individuell bestimmten Forderung vorherging<sup>9</sup>.

3. Der Besteller haftet nicht bloß wegen Arglist, sondern auch wegen solcher Nachlässigkeit, welche er in eigenen Angelegenheiten zu vermeiden pflegt<sup>10</sup>. Auf Früchte und Zinsen haftet er auch abgesehen vom Fall des Verzuges dann, wenn er mit der Entrichtung der Dos zwei Jahre nach Eingehung der Ehe in Rückstand bleibt; der Zinsfuß beträgt in diesem Falle 4%<sup>10</sup>.

4. Ueber die dem Besteller zustehende Rechtswohlthat der Lebensnothdurft s. §. 267 Note 12. 13.

5. Die Forderung gegen den Besteller ist gesichert durch ein gesetzliches Pfandrecht an dessen gesamtem Vermögen<sup>11</sup>.

### c. Rechtsverhältniß.

#### a. Während bestehender Ehe.

#### §. 496.

Die Bestimmung der Dos ist, dem Manne Beitrag zu sein zu den Lasten der Ehe (492). Jedoch gewährt das Recht dem Manne

<sup>9</sup> Für factische Realisirbarkeit haftet nicht einmal der Verkäufer (§. 397 Note B). Wer aber zur Bestellung einer Dos verpflichtet ist, muß das Vermögen des Mannes in gewissem Maße vermehren, und das thut er nicht durch Verschaffung einer uneinziehbaren Forderung. Ebenso, wer versprochen hat, eine gewisse Summe als Dos in Forderungen zu geben, hat versprochen, diese Summe in guten Forderungen zu geben. Vgl. Schlemmann Haftung des Lebenden S. 28 fg.

<sup>10</sup> Er haftet nicht bloß wegen Arglist: er hat nicht geschenkt, und man kann nicht sagen, daß „nulla eius utilitas versatur“ (§. 265 Note 12, §. 492 Note B. 4). Von der andern Seite darf er nicht härter behandelt werden, als der Mann selbst; auch sonst wird in den Quellen die Verpflichtung des Bestellers und des Empfängers der Dos vielfach parallelirt (l. un. §. 1 C. de rei ux. act. 5. 18, §. 7 eod. vergl. mit l. 81 §. 2 C. h. t., §. 267 Note 12. 13).

<sup>10</sup> L. 81 §. 2 C. h. t. Vgl. Glüd XXV S. 181 fg., Sintenis §. 132 Num. 68. Senff. XII. 116.

<sup>11</sup> L. un. §. 1 C. de rei ux. act. 5. 13. S. I §. 282 Note 15.

zu diesem Ende nur den Ertrag der Dos<sup>1</sup>, so daß das Kapital der Frau verbleibt. Die Form aber, in welcher das Recht diesen Gedanken verwirklicht, ist nicht der eines ehemännlichen Nießbrauchs; vielmehr verleiht es dem Manne das ihm als Dos Gegebene zu vollem Rechte<sup>2</sup>, und legt ihm nur die Verpflichtung auf, das empfangene Kapital nach Auflösung der Ehe wieder herauszugeben<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> L. 7 pr. D. h. t. „Dotis fructum ad maritum pertinere debere, aequitas suggerit; cum enim ipse onera matrimonii subeat, sequum est, eum etiam fructus percipere“. L. 10 §. 3 eod.: — „quia fructus dotis ad eum pertinet“.

<sup>2</sup> S. 3. B. §. 40 I. de R. D. 2. 1, l. 47 §. 6 D. de pec. 15. 1, l. 3 §. 21 D. de acq. poss. 41. 2, l. 13 §. 2 D. de fundo dot. 23. 5, l. 9 §. 1 l. 75 i. f. D. h. t., l. 23 C. h. t.

<sup>3</sup> Es tritt somit hier das Recht in einen Gegensatz zur natürlichen Auffassung (vgl. I §. 148 Note 12, II §. 287 Note 1), welche nicht auf die Rechtsform steht, sondern auf das praktische Resultat, dem die Rechtsform dient. Dieser natürlichen Auffassung hat den prägnantesten Ausdruck gegeben Justinian in l. 30. C. h. t.: — „quum eandem res et ab initio uxoria fuerint, et naturaliter in eius permanserint dominio. Non enim, quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est“. Lind sechann: — „sive ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intelligantur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse“. Aber auch schon bei den klassischen römischen Juristen findet sich diese natürliche Auffassung hervorgehoben. S. l. 3 §. 5 D. de min. 4. 4.: — „quoniam dos ipsius illius proprium patrimonium est“; l. 75 D. h. t.: — „quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est“; l. 71 D. de oviet. 21. 2: — „mulieris dos est“; l. 4 D. de coll. 37. 6: — „in matrisfamilias bonis esse dos intelligatur“. L. 7 §. 12 l. 24 §. 5 D. sol. matr. 24. 5. — Weichmann S. 132 fg. hat sich große Mühe gegeben, die Bedeutung dieser Äußerungen möglichst herabzusetzen, auch hier unter dem Einbrude seiner Abneigung gegen die onera matrimonii (§. 492 Note 1). S. gegen denselben auch Scheurl S. 28 fg. Von der andern Seite hat es umgekehrt nicht an solchen gefehlt, welche diesen Äußerungen Einfluß auf die juristische Construction gestattet haben, und daher dem Manne nur Nießbrauch, oder doch auch der Frau Eigentum, ein dominium naturale oder dormiens, haben zugestehen wollen. S. Glüd XXV S. 127 fg., und dagegen namentlich v. Höhr Magaz. f. RW. u. Gesetzg. IV S. 57 fg.; beanoch wieder v. Tigrisström I S. 202 fg. S. auch Bangerow I §. 218 Num. 1, Sintenis §. 133 Num. 2.

<sup>4</sup> Die Verpflichtung des Mannes zur Herausgabe der Dos entsteht erst mit Auflösung der Ehe; aber der Grund zu derselben ist schon in dem Em-

## §. 497.

Wie der Mann das ihm zur Dos Gegebene in jeder andern Beziehung zu vollem Rechte hat<sup>1</sup>, so steht ihm namentlich in Betreff desselben auch die Veräußerungsmacht zu<sup>2</sup>. Durch positive gesetzliche Vorschrift<sup>3</sup> ist ihm aber diese Macht für Grundstücke entzogen worden<sup>4</sup>; jedoch lediglich im Interesse der Frau, so daß das Veräußerungsverbot wegfällt, wenn durch besondere Vereinbarung der Rückfall der Dos an die Frau ausgeschlossen ist<sup>5</sup>. Im Uebrigen ist hier Veräußerung im weitesten Sinne zu nehmen: das Veräußerungsverbot ergreift nicht bloß die Uebertragung des Eigenthums, sondern auch jede andere Rechtsverminderung<sup>6</sup>; es ergreift nicht bloß Veräußerungen unter Lebenden, sondern auch letztwillige<sup>7</sup>; es ergreift endlich auch solche Veräußerungen, welche durch Nichtverhinderung eines fremden Erwerbes geschehen<sup>8</sup>. Andererseits bezieht das Verbot sich nur

pfang der Dos gelegt. Der Empfang der Dos ist diejenige Thatfache, kraft deren das Recht den Mann mit der Verpflichtung zur bereinstimmigen Herausgabe belastet. Auch dieses leugnet Wachmann S. 150; er bestreitet, daß die Restitutionsverbindlichkeit „dem Dotalsbegriffe immanent“ sei. Er meint, das Verhältniß sei hier ganz das gleiche, wie bei der Revocation der Schenkung wegen Undankbarkeit; wie nicht die Schenkung die Rückgabeverbindlichkeit begründet, sondern erst die Revocation, so nicht das Geben der Dos, sondern die Auflösung der Ehe. Mir scheint der Unterschied beider Fälle auf der Hand zu liegen. Gegen Wachmann s. Scheurl S. 30 fg.

§. 497. <sup>1</sup> L. 24 D. rer. amot. 25. 2, l. 3 §. 1 D. de Publ. 6. 2, l. 49 §. 1 D. de furt. 47. 2, l. 11 C. h. t.; l. 4 D. h. t.; l. 7 D. de fundo dot. 23. 5; l. 1 pr. eod.; l. §. 1 l. 2 eod.

<sup>2</sup> L. 61 §. 1 D. h. t., l. 3 C. h. t., l. 61 D. sol. matr. 24. 3.

<sup>3</sup> Durch die lex Julia (von August) de adulteris. Paul. S. R. II. 21b §. 2, Gai. II. 63, pr. I. quib. al. 2. 8, l. un. §. 15 C. de rei ux. act. 5. 13.

<sup>4</sup> Dig. 23. 5 Cod. 5. 23 de fundo dotali. Gluck XXV S. 154—163. 391—421. Wachsen ausgewählte Lehren S. 89—118.

<sup>5</sup> L. 3 §. 1 D. h. t. 23. 5.: „Totiens autem non potest alienari fundus, quotiens mulieri actio de dote competit, aut omnimodo competitura est.“

<sup>6</sup> L. 1 C. h. t., l. 4 D. h. t., l. un. §. 15 C. de rei ux. act. 5. 13, pr. I. quib. alien. 2. 8, l. 5. 6 D. h. t.

<sup>7</sup> L. 16 D. de test. mil. 29. 1. Vgl. l. 13 §. 4 D. h. t.

<sup>8</sup> L. 16 D. h. t. (vgl. Arnolds §. 402 Anm. 2), l. 5. 6 D. h. t. (Unterholzner Veräußerungslehre I §. 78). S. andererseits l. 1 pr. D. h. t.

auf freiwillige Veräußerungen<sup>9</sup>. — Die gegen das Verbot erfolgende Veräußerung ist nichtig, und diese Nichtigkeit wird auch durch die Einwilligung der Frau nicht gehoben<sup>10</sup>; diese Einwilligung müßte denn eiblich gegeben sein<sup>11</sup>. Die Nichtigkeit kann nach Anfall der Dos von der Frau und ihren Erben geltend gemacht werden<sup>12</sup>; aber auch während bestehender Ehe von dem Manne selbst<sup>13</sup>. Die Frau verliert das Recht, die Nichtigkeit der Veräußerung geltend zu machen, durch Genehmigung nach Anfall der Dos<sup>14</sup>. — Das Veräußerungsverbot dauert auch nach Auflösung der Ehe fort, so lange der Mann das Dotalgrundstück noch in Händen hat<sup>15</sup>. Umgekehrt gilt es auch für die Zeit vor der Ehe, wenn das Grundstück vorher übergeben wird<sup>16</sup>.

## §. 498.

Das Verhältniß der Frau zur Dos zeigt sich während bestehender Ehe hauptsächlich darin wirksam, daß die Frau das Recht hat, die Dos sofort zurückzufordern, wenn der Mann dieselbe verschleudert, oder wenn er in Vermögensverfall geräth. Jedoch wird dadurch die Bestimmung der Dos, für die Ausgaben der Ehe zu dienen, nicht aufgehoben, und es muß die fortbauernde Verwendung der Dos zu diesem Ende sichergestellt werden<sup>1</sup>. Ferner gilt, wenn zur Dos ein Grundstück gehört, die

<sup>9</sup> L. 1 pr. D. h. t., l. 2 C. h. t., l. 78 §. 4 D. de l. D. 23. 3.

<sup>10</sup> L. un. §. 15 C. de rei ux. act. 5. 13, pr. I. quib. alien. 2. 8. Ueber Nov. 61 s. Gluck S. 412 fg.

<sup>11</sup> C. 28 X. de iurel. 2. 24, c. 2 eod. in VI<sup>o</sup> 2. 11.

<sup>12</sup> L. 13 §. 3 D. h. t.

<sup>13</sup> S. I §. 172 a Note 2. Behält der Mann die Dos nach Beendigung der Ehe, so ist dadurch die Nichtigkeit der Veräußerung geheilt, l. 17 D. h. t., l. 42 D. de usurp. 41. 3.

<sup>14</sup> Eine Genehmigung liegt auch in der Annahme einer ihr vom Manne letztwillig hinterlassenen Entschädigung, l. 77 §. 5 D. de leg. 11<sup>o</sup> 31. Vgl. l. 13 §. 4 D. h. t.

<sup>15</sup> L. 12 pr. D. h. t.

<sup>16</sup> L. 4 D. h. t. „Lex Julia . . . plenius interpretanda est, ut etiam de sponso idem iuris sit, quod de marito.“

<sup>1</sup> L. 22 §. 8 l. 24 pr. D. sol. matr. 24. 3, l. 29 l. 30 C. de l. D. 5. 12; §. 498. Nov. 97 c. 6; c. 7 X. de don. i. v. e. u. 4. 20. L. 22 §. 8 cit. ordnet Sequestration der Dos an. Vgl. Gluck XXVII S. 244 fg., Franke Arch. f.

Frau zum Zweck der Befreiung von Cautionen bereits bei wählender Ehe als Grundbesitzerin<sup>2</sup>.

B. Nach aufgelöster Ehe\*.

aa. An wen ist die Dos herauszugeben?

§. 499.

Nach Auflösung der Ehe muß die Dos der Frau herausgegeben werden, oder wenn die Ehe durch ihren Tod aufgelöst wird, ihren Erben<sup>1</sup>. Auch dann treten an die Stelle der Frau

cit. Pr. XVII §. 459—464, Sicutis §. 133 Anm. 114—116, Bangerow I §. 218 Anm. 2 Nr. 1.

<sup>1</sup> L. 15 §. 3 D. qui satisd. 2. 8. — Daß der Frau der Entwehrungsanspruch zusteht, wenn die zur Dos gegebene Sache dem Manne entwehrt wird (l. 75 D. de l. D. 23. 3), ist nichts Besonderes, §. 391 Note 31. — Nicht hierher gehört, was man sonst noch anführt, daß die Frau Anspruch auf die Hälfte des vom Manne auf dem Dotalsgrundstück gesunden Schotes habe (l. 7 §. 12 D. sol. matr. 24. 3). Diese Hälfte fällt an den Mann nach den Regeln des Eigentums, muß aber von ihm bei Beendigung der Ehe herausgegeben werden, wie Alles, was nicht Frucht ist (§. 501). — Vgl. aber auch noch l. 21 §. 4 D. ad munic. 50. 1, und über eine hierher gehörige oder hierher bezogene Stelle aus dem Ed. Tiborii Iulii Alexandri Rudorff Rhein. Mus. für Philologie II S. 171 fg., Bachofen röm. Pfandr. S. 242 fg., Weichmann S. 111 fg.

\* Dig. 24. 3 Cod. 5. 18 soluto matrimonio dos quemadmodum (quemadmodum dos) potatur. L. un. C. de rei uxoriae actione in ex stipulata actionem transfusa et de natura dotibus praesita 5. 18. — Durch dieses letztere Gesetz hat Justinian das frühere Recht in mehrfacher Beziehung reformirt. Der formale Ausdruck seiner Reform ist dieser: es solle durch die Auflösung der Ehe nicht mehr, wie bis dahin, die actio rei uxoriae, sondern die actio ex stipulata erzeugt werden, gleich als wäre wirklich eine Stipulation über die Rückgabe der Dos abgeschlossen worden; für diese neue actio ex stipulata sollen aber nicht ausschließlich die Grundstücke der alten actio ex stipulata (bei wirklich abgeschlossener Stipulation), sondern theilweise, so weit es nämlich der Vortheil der Frau erfordert, die der actio rei uxoriae maßgebend sein. Vgl. hierzu die Note bei Franke Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 436 Note 41.

§. 499.

<sup>1</sup> L. un. cit. §. 6. Das ältere Recht schloß die Erben der Frau aus; wenn die Frau in der Ehe starb, so behielt die dos adventicia (§. 498 Note 2) der Mann, die dos profecticia frei mit Abzug eines Fünftels für jedes Kind an den Geber zurück. Ulp. VI. 4, Vat. fr. 108. Spuren des älteren Rechts

ihre Erben, wenn die Frau zwar die Auflösung der Ehe überlebt, aber vor Herausgabe der Dos stirbt<sup>2</sup>. — Insofern man aber annimmt, daß heutzutage eine verheirathete Frau noch unter väterlicher Gewalt stehen kann<sup>3</sup>, hat das Gesagte folgende Modificationen zu erleiden. 1) Stirbt die noch in der Gewalt stehende Frau in der Ehe, so fällt die von dem Gewalthaber herrührende Dos an diesen zurück<sup>4</sup>. 2) Ueberlebt die Frau die Ehe, so er-

im Corpus Juris: a) l. 23 D. de evict. 21. 2, l. 78 pr. D. de l. D. 23. 3, l. 20 D. de cond. inst. 28. 7, l. 15 D. de fundo dot. 23. 5, l. 5 D. de bon. damn. 48. 20; b) l. 6 pr. D. de l. D. 23. 3, l. 78 §. 1 eod., l. 5 D. de divort. 24. 2, l. 10 pr. D. h. t. 24. 3, l. 4 C. h. t. 5. 18. Uebrigens ist der Mißfall der dos profecticia an den Geber auch im Justinianischen Rechte nicht ganz ausgeschlossen, s. darüber Note 4.

<sup>2</sup> L. un. cit. §. 4 Auch dies war im älteren Recht anders. Ulp. VI. 7.

<sup>3</sup> S. §. 525 Note 20 Nr. 3.

<sup>4</sup> L. un. cit. §. 13. Justinian verordnet hier, daß der Fran die, nach §. 6 eod. vererbliche, actio ex stipulata auch dann zustehen solle, wenn ein „extraneus“ die Dos gegeben habe, und fügt sodann hinzu: „Extraneum autem intelligimus omnem citra parentem per virilem sexum ascendentem et in potestate dotatam personam habentem; parenti enim tacitam ex stipulata actionem damus“. Wird hier aber väterliche Gewalt bloß zur Zeit der Bestellung der Dos, oder auch zur Zeit der Auflösung der Ehe verlangt? Das Erste ist die Meinung von Bangerow I §. 220 Anm. 1 Nr. 2. aa, das Zweite die Meinung von Franke Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 438 fg. (welcher Schriftsteller sich übrigens nicht ganz deutlich ausdrückt). M. A. ist für das Zweite entscheidend §. 13 eod., nach welchem Emancipation der Tochter für das Schicksal der Dos die gleiche Bedeutung haben soll, wie der Tod des Gebers bei wählender Ehe. — Merkwürdigerweise sind aber die zuvor erwähnten Worte von jeher ganz vernachlässigt worden, und so hat sich, indem man an den noch das alte Recht vortragenden Pandektenstellen (l. 5 D. de divort. 24. 2, l. 10 pr. l. 59 D. h. t. in Verbindung mit l. 5 §. 11 D. de l. D. 23. 3) festhielt, in der herrschenden Meinung der Satz festgesetzt, daß die dos profecticia an den Geber auch dann zurückfalle, wenn dieselbe für eine bereits zur Zeit der Bestellung emancipirte Tochter gegeben worden sei. S. hiergegen Franke a. a. O., welchem Bangerow a. a. O. (in der 6. u. 7. Auflage) folgt. Unter dem Einfluß dieser Meinung ist auch in einige Handschriften vor „habentem“ ein „non“ hineingekommen, welche Lesart einen ganz verkehrten Sinn gibt und den Basiliken widerspricht (Franke a. a. O. S. 439). — Durch das Gesagte verringert sich nun die Bedeutung der alten und schon zur Zeit der Glossatoren berühmten Streitfrage, ob Mißfall der dos profecticia an den Geber auch bei Vorhandensein von Kindern eintrete? Daß die vermeintliche Beantwortung dieser Frage sich theoretisch nicht rechtfertigen lasse, ist jetzt wohl

wirbt sie gemäß der Regel die von dem Gewalthaber herrührende Dos für diesen, während jede andere Dos adventicisches Vermögen wird<sup>6</sup>; in dem einen und dem andern Fall aber kann der Gewalthaber die Dos nicht ohne Consens der Frau einziehen, und wenn er vor der Frau stirbt, so fällt auch die von ihm herrührende Dos an die Frau, nicht an seine Erben<sup>6</sup>.

bb. Was ist herauszugeben?

§. 500.

Herausgegeben werden muß im Allgemeinen, was als Dos empfangen worden ist; nach folgenden näheren Grundsätzen.

1. Nicht vertretbare Sachen sind in Natur herauszugeben, vertretbare in gleicher Quantität und Qualität<sup>1</sup>.

allgemein anerkannt, s. namentlich Francke Arch. f. civ. Pr. XXVI. 14, außerdem Bangerow a. a. D. lit. bb (dessen Argumentation aber nicht richtig ist, wie Francke S. 425 fg. nachgewiesen hat,) während sie sich in der Praxis sehr festgesetzt hat. Vgl. Senff. Arch. I. 350, V. 182. 183a. 183b, VI. 214.

<sup>6</sup> S. 516 Nr. 2 und 3. Arndts §. 405 Anm. 3.

<sup>1</sup> L. un. cit. §. 14; l. 2 §. 1—4 l. 22 §. 3—6. 9—11, l. 31 §. 2 l. 34 l. 66 §. 2 D. h. t., l. 34 §. 6 D. de sol. 46. 3, l. 25 pr. D. ratam rem 46. 3, l. 2 7 C. h. t. 5. 18, l. 8 pr. D. de proc. 3. 3; Ulp. VI. 6, Vat. fr. 116. 119. Vgl. Francke a. a. D. S. 417 fg., Baron Gesamttrechtsverhältnisse S. 392 fg., Bachmann S. 83 fg. (gegen den Letzteren mit Recht Scheurl S. 20 fg.).

§. 500. <sup>1</sup> L. 42 D. de I. D. 23. 3. „Res in dotum datae, quas pondere numero mensura constant, mariti periculo sunt, quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat, et quandoque soluto matrimonio eiusdem generis et quantitatis alias restituat vel ipse vel heres eius“. Wenn es nichtsdestoweniger in l. 54 D. eod., l. 22 §. 13 i. f. D. h. t. heißt, daß das mit Dotalgeld Angeschaffte dotal werde, so kann das der l. 42 eit. gegenüber nicht den Sinn haben, daß der Mann sich nicht durch Herausgabe der empfangenen Geldsumme befreien könne; es kann nur den Sinn haben, daß, wenn die empfangene Geldsumme nicht herausgegeben werde, die Frau das mit Dotalgeld Angeschaffte in Anspruch nehmen könne. — Es ist schwer zu begreifen, wie man zwischen l. 54 und l. 22 §. 13 eit. einerseits und l. 12 C. de I. D. 5. 12 andererseits einen Widerspruch hat finden können. Die letztere Stelle sagt nichts, als daß die Frau an dem mit Dotalgeld Angeschafften durch die Anschaffung nicht Eigentümerwerbe; aber sie behält der Frau ausdrücklich die dotis actio vor, ohne deren Inhalt näher zu bestimmen, also ohne zu sagen, daß ihr

2. Rechte sind entweder in Natur herauszugeben<sup>2</sup>, oder in Dem, was durch sie erlangt worden ist<sup>3</sup>; Forderungen gegen den Rückempfänger durch Befreiung<sup>4</sup>.

3. Befreiungen sind durch Wiederherstellung des betreffenden Rechts herauszugeben, Befreiungen von fälligen Forderungen durch Leistung des Forderungsgegenstandes<sup>5</sup>.

4. Hat der Mann das Herauszugebende nicht mehr oder nicht mehr in unverkehrtem Zustande, so ist er zur Leistung des Interesses des Rückempfängers verpflichtet, wenn der Verlust durch seine Arglist oder durch eine Nachlässigkeit eingetreten ist, welche er in eigenen Angelegenheiten nicht zu begehen pflegt<sup>7</sup>. Ein speziell hierher gehöriger Fall<sup>8</sup> ist es, wenn der Mann eine

Inhalt ein anderer sei, als der sich aus den Pandektenstellen ergebende. Vgl. auch Fhering Jahrb. f. Dogm. I S. 131, Sintenis §. 133 Anm. 14, und im Uebrigen Glück VIII S. 169 fg.

<sup>2</sup> Ein Nießbrauch kann, wenn das Eigenthum nicht beim Rückempfänger oder beim Manne ist, dem Rückempfänger selbst nur der Ausübung nach zurückgegeben werden; es kann aber auch der Rückempfänger verlangen, daß er dem fremden Eigentümer herausgegeben werde. L. 66 D. de I. D. 23. 3, l. 78 §. 2 eod., l. 57 D. h. t. Glück XXV S. 1—12.

<sup>3</sup> L. 44 §. 1 D. h. t., l. 43 §. 1 D. de I. D. 23. 3. Der Einziehung einer Forderung steht gleich Erlass oder Novation, l. 66 §. 6 D. h. t., l. 49 D. de I. D. 23. 3, l. 35 eod.

<sup>4</sup> L. 41 §. 4 D. h. t., l. 81 D. pro soc. 17. 2.

<sup>5</sup> L. 78 pr. §. 1 D. de I. D. 23. 3, l. 57 D. h. t.; l. 43 §. 1 D. de I. D. 23. 3.

<sup>6</sup> Vgl. zum Folgenden Gasse Cuspa S. 420—453.

<sup>7</sup> L. 18 §. 1 l. 25 §. 1 l. 66 pr. l. 67 D. h. t., l. 72 §. 1 D. de I. D. 23. 3; l. 24 §. 5 D. h. t., l. 17 pr. D. de I. D. 23. 3. Gasse a. a. D. S. 424—429. — Durch Vereinbarung kann natürlich die Verhaftung des Mannes gesteigert werden. Als einen dahin gehörigen Fall pflegt man auch den Fall der aestimatio venditionis gratia (§. 494 Note 11) zu bezeichnen; mit Unrecht, da hier der wirkliche Gegenstand der Dos Geld ist. Eher gehört der Fall hierher, wo ausgemacht wird, daß entweder das als Dos Gegebene oder die vereinbarte Geldsumme zurückgegeben werden müsse (§. 494 Note 11 a. G.). — Eine Schätzungssumme kann aber beim Tode der Dos auch bloß zu dem Ende hinzugesetzt werden, um die Größe des zu leistenden Erlages festzustellen, für den Fall daß nach den gewöhnlichen Regeln Erlass geleistet werden müßte, s. g. aestimatio taxationis gratia. L. 21 C. de I. D. 5. 12, l. 69 §. 7 D. eod. 23. 3, l. 50 D. h. t.

<sup>8</sup> Vgl. über denselben Gasse S. 433 fg., v. Meyerfeld Rhein. Mus.

Dotalforderung nicht zur rechten Zeit eingezogen, und dadurch deren Verlust herbeigeführt hat<sup>9</sup>. Auch im Fall der Veräußerung ist der Mann zur Interesselieferung verpflichtet, bei Grundstücken unbedingt, bei beweglichen Sachen, wenn die Veräußerung ohne die Zustimmung der Frau erfolgt ist<sup>10</sup>.

VII. 5 (1836), Hoffmann in Fuhr und Hoffmann civis. Versuche Nr. 3 S. 87 fg. (1835).

<sup>9</sup> L. 56 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 33 l. 41 §. 3 l. 49 D. eod., l. 20 §. 2 D. de pact. dot. 23. 4. Alle Verantwortlichkeit fällt für den Mann weg, wenn der Mündelkäufer selbst der Schuldner ist, l. 30 §. 1 l. 66 §. 7 D. h. t., l. 41 §. 4 D. de I. D. 23. 3; außerdem soll es dem Manne nicht als Verschulden angerechnet werden, wenn er den Vater der Frau, oder denjenigen, welcher sich aus bloßer Liberalität gegen die Frau zum Schuldner gemacht hat, nicht zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gedrängt hat, l. 33 D. de I. D. 23. 3. — Es findet sich die Behauptung (Meyerfeld a. a. D. S. 123 fg., Hoffmann a. a. D. S. 46 fg., v. Salpius Novation u. Delegation S. 110 fg., Puchta §. 420. 1, Arndts §. 406 Anm. 4. b, Bangerow §. 218 Anm. 1 [dieser jedoch mit einer Unterscheidung], — bewider Gasse S. 436 fg.), daß der Mann für eine ihm durch Delegation verschaffte Forderung auch dann Ersatz leisten müsse, wenn der Schuldner bereits zur Zeit der Dotalbestellung zahlungsunfähig gewesen sei, er müßte sich denn dagegen verwahrt haben, daß er die Forderung als gute annehme. Diese Behauptung, welche das richtige Sachverhältniß geradezu umkehrt, hängt mit dem allgemeineren in §. 412 Note 17 bezeichneten Irrthum zusammen, daß das römische Recht die durch Delegation verschaffte Forderung dem Delegatar als barees Geld anrechne. Speziell für die Dos wird diese Meinung widerlegt durch l. 41 §. 3 D. de I. D. 23. 3 („periculum viri esse, quod sciens tale nomen secutus videretur, quale initio obligationis fuit“, — welche Worte freilich Meyerfeld S. 134 dahin erklären will, daß die Wissenschaft des Mannes „präsumirt oder vielmehr fingirt“ werde), und einen Gegenbeweis enthalten auch nicht l. 46 pr. l. 53 D. de I. D. 23. 3, l. 6 D. de pact. dot. 23. 4. Meyerfeld glaubt, daß in diesen Stellen ein „arg. a contrario fortissimum“ enthalten sei; dasselbe würde aber, was speziell die l. 6 cit. angeht, zu dem Resultate führen, daß die Dos der Regel nach auf Gefahr des Mannes stehe, *vt. ut sit dos periculo mulieris*. S. auch l. 71 D. de I. D. 23. 3 (Meyerfeld S. 117).

<sup>10</sup> Grundstücke kann der Mann nicht veräußern (§. 497); bewegliche Sachen kann er veräußern, aber er soll sie nicht veräußern, wenn ihm nicht die Erlaubniß dazu durch den Besteller oder die Frau erteilt worden ist, was natürlich auch stillschweigend geschehen kann. L. 50 D. h. t., l. 32 D. de I. D. 23. 3, l. 82 pr. D. de pact. dot. 23. 4. Vgl. auch l. 61 l. 64 pr. l. 5 D. h. t., l. 14 §. 2 D. ad leg. Corn. de fals. 48. 10, und dazu Franke Arch. f. civ. Pr. XVIII S. 14. 15.

5. Der Gegenstand der Dos kann möglicherweise während bestehender Ehe verändert werden: entweder durch Vertrag, welcher Vertrag aber ungültig ist, wenn er der Frau zum Nachtheil gereicht<sup>11</sup>, oder nach rechtlicher Nothwendigkeit<sup>12</sup>.

### §. 501.

Mit dem Kapital der Dos muß das aus demselben Gewonnene herausgegeben werden, soweit es nicht Frucht ist<sup>1</sup>. Die Früchte dagegen behält der Mann<sup>2</sup>. Wenn aber näher gefragt wird: welche Früchte?<sup>3</sup>, so ist das Entscheidende nicht die Thatfache der Perception<sup>4</sup>, sondern es gebührt dem Manne für jedes Jahr, während dessen er die Dos in Händen gehabt hat<sup>5</sup>, ein voller Jahresertrag<sup>6</sup>, von dem Fruchttertrag des letzten unvoll-

<sup>11</sup> L. 25. 26. 27 D. de I. D. 23. 3, l. 32 eod., l. 21 l. 29 pr. D. de pact. dot. 23. 4. Vgl. l. 7 §. 5 D. de don. i. v. o. u. 24. 1.

<sup>12</sup> §. 8. in Folge einer vom Mitigentümer erhobenen Theilungsklage, l. 78 §. 4 D. de I. D. 23. 3; in Folge der Entwehrung, l. 16 l. 52 D. de I. D. 23. 3.

<sup>1</sup> So der dem Eigenthum anwachsende Nießbrauch, die Anschwemmung, §. 501. die Eigenthums Hälfte des auf dem Dotalgrundstück gefundenen Schatzes, die Bindbrüche, (der *partus ancillae*, das vom Dotalclaven nicht *ex re mariti* oder *ex operis suis* Erworbene). L. 4 l. 10 §. 1. 2 l. 32 l. 65 D. de I. D. 23. 3, l. 7 §. 12 l. 31 §. 4 D. h. t., l. un. §. 9 C. de rei ux. act. 5. 13.

<sup>2</sup> L. 7 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 20 C. eod. 5. 12, l. 5 l. 7 §. 9—12 l. 8 pr. D. h. t., l. 18 pr. D. de fundo dot. 23. 5, l. 10 §. 3 D. de I. D. 23. 3, l. un. §. 7. 9 C. de rei ux. act. 5. 13. Vgl. l. §. 203 und §. 112 XXV S. 106 fg. Die vor der Ehe gezogenen Früchte vermehren das Kapital der Dos, l. 6 l. 31 §. 4 D. h. t., l. 7 §. 1 l. 47 D. de I. D. 23. 3.

<sup>3</sup> Schrader de divisione fructuum dotis commentatio (1825). Gluck XXVII S. 272—329 (1825). Haase de variis eorum sententiis, qui in expiananda l. 7 §. 1 D. soluto matrimonio vulgata interpretationem reliquerunt (1827). Derf. Rhein. Museum II S. 1—41 (1828). Franke Arch. f. civ. Pr. XXX 10 (1847). Brindmann bas. XXXVI. 15 (1853, unvollendet). Bangerow I §. 220 Anm. 2, Böcking Band. III §. 14 Note 8, Arndts §. 407 Anm., Sienens §. 133 Anm. 78.

<sup>4</sup> L. 7 §. 9 D. h. t.: — „fructus toto tempore, quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus“.

<sup>5</sup> Die Dos als Dos, also während bestehender Ehe. L. 5. 6 D. h. t.

<sup>6</sup> Bezieht sich der Fruchtvertrag in kleineren oder größeren Zeiträumen, so werden nicht Dotaljahre, sondern die betreffenden Zeiträume gerechnet, l. 7 §. 6—8 D. h. t.



ründigen Dotaljahres<sup>7</sup> aber ein Antheil, welcher der Zeit entspricht, während deren in diesem Jahre die Ehe bestanden hat<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Dieses letzte unvollständige Dotaljahr kann möglicherweise auch das erste sein, wenn nämlich der Mann die Dos kein volles Jahr in Händen gehabt hat. L. 7 pr. §. 1. 2 D. h. t.

<sup>8</sup> L. 5—7 D. h. t., l. un. §. 9 D. de rei ux. act. 5. 13. Dieß gilt nicht minder von den juristischen Früchten, l. 7 §. 8. 10. 11. D. h. t. Wie ist es aber, wenn in das letzte Dotaljahr zugleich eine natürliche Fruchtperception und ein Ertrag juristischer Früchte fällt, z. B. das Dotalgrundstück wird nach gemachter Ernte verpachtet? Es liegt auf der Hand, daß der Theil des Pachtgelbes, welcher noch während der Ehe verfällt, den Fruchtsertrag nicht dieses, sondern des folgenden Jahres repräsentirt, und daß daher dem Mann von demselben kein Antheil gebührt. Nichtsdestoweniger entscheidet entgegengesetzt Papinian in l. 7 §. 1 D. h. t. „Papinianus autem l. XI. Quaesit. divortio facto fructus dividi ait non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit. Neque enim si vindemias tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex Kalendis Novembribus primis fruentum locaverit, mensis Ianuarii suprema die facto divortio retinere virum et vindemias fructus et eius anni quo divortium factum est quartam partem mercedis aequum est; alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque si sine mensis Ianuarii divortium fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemias fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro reliquatur“. Da das Princip der Rechnung im Uebrigen hinlänglich feststeht, so glaube ich nicht, daß die falsche Anwendung, welche in dieser Stelle von demselben gemacht wird, für uns bindend ist. — Freilich steht diese Auffassung der Stelle durchaus vereinzelt da; alle übrigen Schriftsteller erkennen die Entscheidung Papinian's als maßgebend an. Während aber Einige bei dem Wortsinne derselben stehen bleiben, und sie, so vorhanden, in verschiedener Weise zu rechtfertigen suchen (Haffe, dem sich später auch Schrader *Ueb. krit. Zeitschr.* VI S. 219 sq. angeschlossen hat, Francke, *Puncta Bortles.* zu §. 421), haben Andere es versucht, sie umzudeuten. a. Die Stelle soll dem Manne  $\frac{1}{2}$  zusprechen nicht von der ganzen Weinlese und einem Viertel des jährlichen Pachtzinses, sondern von einem durch Berücksichtigung der Weinlese für das eine Jahr, und des Pachtzinses für das andere Jahr zu findenden mittleren Jahresertrag; so namentlich Schrader l. c., dem dann Glük und viele Andere (*Glük* S. 317) gefolgt sind, und schon vor ihm, aber mit einer andern Art der Berechnung Fr. Connanus *comm. iur. civ.* VIII. 10 n<sup>o</sup> 8, vgl. auch noch Arnold *comm. ad leg. 7 §. 1 D. sol. matr.* Berl. 1859 p. 6 sqq. (Bangerow S. 413). b. Die Stelle soll dem Manne  $\frac{1}{2}$  zusprechen, welches aus der Weinlese und einem Viertel des jährlichen Pachtzinses in der Weise zu finden sei, daß ihn dieses Viertel ganz, von der Weinlese aber nur  $\frac{1}{12}$  zugesprochen werde; so namentlich, nach dem Vor-

cc. Zeit der Zurückgabe.

### §. 502.

Unbewegliche Sachen sind sofort nach Auflösung der Ehe zurückzugeben, bewegliche und unkörperliche nach einem Jahre<sup>1</sup>. Jedoch gebühren die Einkünfte auch dieses Jahres nicht dem Manne, sondern dem Rückempfänger<sup>2</sup>. Was bewegliche Sachen angeht, welche keine Einkünfte gewähren, so zahlt der Mann nach Ablauf des bezeichneten Jahres 4% Zinsen von der Schätzungssumme<sup>3</sup>.

Vor Auflösung der Ehe kann die Dos ausnahmsweise in dem in §. 498 bezeichneten Fall zurückgefordert werden. Freiwillige Herausgabe der Dos vor Auflösung der Ehe<sup>4</sup> ist Schenkung, und daher nach den Grundsätzen von der Schenkung zwischen Ehegatten für den Mann unverbindlich<sup>5</sup>. Aber auch für die Frau

gange von Duarenus *disput.* I. 60, Bangerow, ferner Böcking, *Sentenit*, Kuborff *Grundr.* S. 342. Was nun zuvörderst diese letztere Meinung angeht, so glaube ich, auch wenn man davon absehen will, wie viel sie in die Stelle hineinragt, mit Arnolds, daß sie widerlegt ist durch die Frage:  $\frac{1}{2}$  wovon? Die Meinung von Connanus und Schrader ist, als mit den Worten zu schwer vereinbar, jetzt wohl allgemein aufgegeben. Die Versuche aber, welche von Haffe, Francke und Anderen (s. ob.) zur Rechtfertigung der nach dem Wortsinne verstandenen Entscheidung des Papinian gemacht worden sind, kann ich nicht für gelungen halten.

<sup>1</sup> L. un. §. 7 C. de rei ux. act. 5. 13. Früher hieß es: nicht vertretbare §. 602. Sachen sofort, vertretbare in drei Jahrestermen. *Ulp.* VI. 8.

<sup>2</sup> So sind zu verstehen die Schlussworte der l. un. §. 7 cit. — „similique modo pensionibus vel vecturis navium sive iumentorum, vel operis servorum, vel quaestu civilium annuarum, et aliis quae sunt eis similia, parti mulieris restituendis“, — wegen l. un. §. 9 eod. Vgl. *Glük* XXVII S. 271, *Sentenit* §. 133 Anm. 10.

<sup>3</sup> L. un. §. 7 cit.

<sup>4</sup> Vgl. zum Folgenden: *Glük* XXVII S. 234 sq. 246 sq., Haffe *Zeitschr. f. gesch. RW.* V. 9 (1823), Francke *Arch. f. civ. Pr.* XVII. 16, XVIII. 1 (1834. 1835).

<sup>5</sup> L. 28 D. de pact. dot. 23. 4, l. un. C. si dos const. matr. 5. 19, Nov. 22 c. 39. Francke XVIII S. 9 hält es, mit Rücksicht auf l. 15 §. 1—17 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (§. 509 Note 27), für etwas Besonderes, daß mit der Dos auch ihre Früchte zurückgefordert werden können, l. un. C. cit., Nov. 22 c. 39. Aber die Früchte sind hier Gegenstand der Schenkung. —

ist die Annahme der Herausgabe unverbindlich, d. h. die Frau kann, wenn sie zur Zeit der Auflösung der Ehe die Dos nicht mehr hat, sie noch einmal fordern<sup>4</sup>. Der eine und der andere Satz aber unterliegt gewissen Ausnahmen<sup>5</sup>.

ad. Natur des Anspruchs auf Herausgabe.

§. 503.

Auf Herausgabe der Dos geht:

1) ein persönlicher Anspruch<sup>1</sup>, welcher unter freiem richterlichen Ermessen steht<sup>2</sup>, und durch eine gesetzliche und privilegierte Hypothek am gesammten Vermögen des Mannes gesichert ist<sup>3</sup>.

Etwas wirklich Besonderes enthält dagegen Nov. 22 c. 39 in der Vorschrift, daß das Rückforderungsrecht nicht bloß dem Manne, sondern auch seinen Erben zusehen soll. Vgl. §. 509 Nr. 4.

<sup>4</sup> Wahrscheinlich nach einer Vorschrift der l. Julia und Papia Poppaea. Franke XVIII S. 14. L. 27 §. 1 D. de relig. 11. 7, l. 1 §. 5 D. de dote praed. 33. 4, l. un. C. si dos const. matr. 5. 19, Nov. 22 c. 39. Eine ganz besondere (mit dem §. 496 Note 4 Bemerkten zusammenhängende) Auffassung bei Wechmann S. 165 fg.

<sup>5</sup> Diese Ausnahmen galten ursprünglich nicht für beide Sätze, sondern nur für den zweiten, und erst durch die Compilatoren sind sie, wohl in Folge eines Mißverständnisses, auf den ersten übertragen worden, wie die Vergleichung von l. un. C. si dos const. matr., welche in Nov. 22 c. 39 nur wiederholt ist, mit l. 3 §. 1 C. Th. de dot. 3. 13 ergibt. Die Ausnahmen selbst stehen in l. 73 §. 1 D. de I. D. 23. 3, l. 20 D. h. t., und sind folgende: wenn der Mann der Frau die Dos zurückgibt a) zur Bezahlung von, Schulden oder zum Ankauf von Grundstücken (f. auch l. 85 D. de I. D. 23. 3) b) damit sie für ihre Bedürfnisse selbst sorge; c) zum Zweck der Alimentation armer Angehörigen oder des Loskaufs derselben aus der Gefangenschaft, — und wenn entweder die Verwendung zu diesen Zwecken wirklich erfolgt ist, oder doch der Mann annehmen durfte, daß sie erfolgen werde (l. 73 §. 1 cit.: „non perdituras uxori“). S. Franke S. 16 fg., Halle S. 318 fg., Müll S. 248 fg., Feist civ. Studien II S. 199 fg.; Puchta §. 420. o., Arnolds §. 404 a. G., Bangerow I §. 218 Anm. 2 Nr. 2, Sinenis §. 133 Anm. 123.

<sup>1</sup> Die alte actio rei uxoriae, die Justinianische actio ex stipulata (§. 499 Note \*). Rechtshistorisches über die actio rei uxoriae bei Dernburg Compensat. S. 99 fg., Wechmann S. 47 fg.

<sup>2</sup> L. un. §. 2 C. de rei ux. act. 5. 18.

<sup>3</sup> S. über das Nähere I §. 232 Nr. 6, §. 246 Nr. 2, und dazu jetzt noch Dernburg Pandr. II S. 443 fg.

2) Außerdem kann die Frau auch die noch vorhandenen Dotalsachen sofort als ihr Eigenthum in Anspruch nehmen<sup>4</sup>. Unter vorhandenen Dotalsachen<sup>5</sup> sind solche zu verstehen, welche noch im Vermögen des Mannes vorhanden sind, so daß also die gültig veräußerten<sup>6</sup> von dem Eigenthumsanspruch nicht ergriffen werden<sup>7</sup>. Andererseits fallen unter den Eigenthumsanspruch auch

<sup>4</sup> Nach der Vorschrift Justinian's in l. 30 C. de I. D. 5. 12; f. auch Nov. 91 c. 1. Der Gedanke, von welchem die l. 30 cit. ausgeht, ist folgender: es ist nicht erträglich, daß der Anspruch der Frau auf Herausgabe ihrer vorhandenen Dotalsachen durch die Gläubiger des Mannes, welche an diesen Sachen eine Hypothek haben, sollte vereitelt werden können. Deswegen gibt Justinian der Frau in Betreff dieser Sachen die doppelte Befugniß: entweder sie ihrerseits mit einer actio hypothecaria, welche jeder andern vorgehen soll, abzufordern, oder aber sie sofort als ihr Eigenthum in Anspruch zu nehmen, da diese Sachen ja „naturaliter“ und abgesehen von der „legum subtilitas“ immer im Eigenthum der Frau geblieben seien (§. 496 Note 3). — Jedoch ist es nicht allgemein anerkannt, daß dieß wirklich der Inhalt des Gesetzes sei. Andere sind der Meinung, daß Justinian in demselben der Frau nur eine Hypothek gegeben habe (f. namentlich v. Pöhr Nag. f. RW. u. Gesetzgeb. IV S. 70—76, Arch. f. civ. Pr. V S. 295 u. X S. 268 Note 7), oder umgekehrt nur einen Eigenthumsanspruch (Dernburg Pandr. I S. 383). Ueber die Ansicht Ihering's, nach welcher die der Frau gewährte utilis rei vindicatio nur eine andere vortheilhaftere Form für ihren persönlichen Anspruch gegen den Mann sein soll, f. I §. 174 Note 6; dawider jetzt auch Rindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 356 fg.

<sup>5</sup> Im Gesetze Justinian's heißt es: „si tamen exstant“.

<sup>6</sup> Dieß können natürlich der Regel nach nur bewegliche Sachen sein (§. 497).

<sup>7</sup> Für diese Auslegung des Ausdrucks exstante f. l. 6 §. 3 C. de concept. 5. 9, auch l. 12 §. 1 C. qui pot. 8. 18. Andere (Unterholzner Verjährungslehre I §. 80, Schirmer das. Anm. 271\*, v. Buchholz jur. Abhandlungen S. 181) verstehen unter res exstantes Sachen, die noch körperlich vorhanden sind, und allerdings wird der Ausdruck auch in diesem Sinne in den Quellen gebraucht, f. z. B. l. 50 D. h. t. 24. 3. Mit Sicherheit wird wohl nie ausgemacht werden können, welchen Sinn dieser Ausdruck in l. 30 cit. wirklich habe. Für die hier angenommene Auslegung (welche vertreten wird von Zimmern Gesch. d. röm. Privatr. I S. 584 Anm. 14, Puchta Erlang. Jahrb. III S. 42, 43, Arnolds §. 411) spricht, daß sonst der Zusatz: „si tamen exstant“ denn doch gar zu nichtslegend sein würde; ferner die citirte l. 12 §. 1 C. qui pot. 8. 18, wo offenbar der Frau ein Pandprivilegium nur für den Fall gegeben werden soll, daß sie nicht bereits durch ihr Recht an den res exstantes geschützt sein sollte, zu den res „quae non exstant“ aber außer den „consumptae“ auch die „dissipatae“ gerechnet werden, — und auf welchen Windscheid, Pandekten. II. Bd. II. Abthl. 29

diesigen Sachen, welche gegen eine Taxe in der Weise zur Dos gegeben worden sind, daß den eigentlichen Dotalgegenstand die Schätzungssumme bilden soll, — diese Sachen jedoch nur unter der Voraussetzung, daß die Schätzungssumme nicht gezahlt wird<sup>8</sup>. Ebenso können Sachen, welche mit Dotalgeld angeschafft worden sind, nur dann vindicirt werden, wenn die Kaufsumme nicht gezahlt wird<sup>9</sup>. —

anderen Fall könnte der Ausdruck *res dissipatas* in diesem Gegensatz gehen, als auf den Fall, wo der Mann die Dotal Sachen in Geld umgesetzt, und das Geld verschwendet hat? Das beste Argument für die entgegengelegte Auslegung ist, daß der Frau jedenfalls die *actio hypothecaria* gegen den dritten Erwerber nicht verlagert werden kann, dieser *actio* aber von Justinian die *utilitas rei vindicatio* im Uebrigen ganz gleichgestellt wird. — Eine mittlere Meinung bei Sintonis §. 133 Anm. 12: die Frau soll den Eigenthumsanspruch gegen den dritten Erwerber dann haben, wenn (die Veräußerung ohne ihren Consens geschehen, und) der Mann insolvent sei. Für diese Meinung spricht die Tendenz des Gesetzes und l. 7 D. de fundo dot. 23. 5; von der anderen Seite: der Gesetzgeber kann sich doch unter *res ortantes* nur Eines gedacht haben, entweder im Vermögen des Mannes befindliche, oder körperlich existirende Sachen, und einen Unterschied macht er nicht. S. noch die folgende Note.

<sup>8</sup> Das Gesetz sagt ausdrücklich, daß seine Bestimmung auch gelten solle für *res aestimatas*. Darunter nur *res taxationis gratia aestimatas* zu verstehen (Kinderbater Jahrb. d. gem. R. VI S. 343 fg., s. auch Arndts §. 411 Anm. a. E.), ist willkürlich; und welche Veranlassung hätte das Gesetz gehabt, seine Geltung für diese Sachen ausdrücklich einzuschränken? Von der anderen Seite läßt sich nicht annehmen, daß das Gesetz dem durch den Vertrag der Parteien festgestellten Dotalgegenstand einen andern habe substituiren wollen: daraus ergibt sich die im Text bezeichnete Beschränkung. — Es wird also hier in das Gesetz etwas hineingetragen, was es nicht auspricht. Man wird nicht sagen dürfen, daß sich durch eine ähnliche Hineintragung auch die am Schluß der vorigen Note abgelehnte Meinung rechtfertigen lasse. Diese letztere Hineintragung müßte so lauten: die Frau soll einen Eigenthumsanspruch an den noch im Vermögen des Mannes befindlichen Dotal Sachen haben, für den Fall der Insolvenz des Mannes aber auch an den veräußerten. Die hier gemachte Hineintragung lautet so: die Frau soll einen Eigenthumsanspruch an den im Vermögen des Mannes befindlichen (Dotal-) Sachen haben, für den Fall aber, daß ihre Forderung nicht auf eben diese Sachen gehen sollte, nur dann, wenn ihre Forderung nicht befriedigt wird. Der Unterschied scheint mir auf der Hand zu liegen.

<sup>9</sup> Der Grund ist der gleiche, wie in dem vorigen Fall: weil auch hier die angeschaffte Sache nicht dem eigentlichen Gegenstand der Dos bildet (§. 500 Note 1).

Dritte Besitzer können dem Anspruch der Frau keine Verjährung entgegensetzen, welche abgelaufen ist, bevor die Dos an die Frau zurückgefallen ist<sup>10</sup>. —

Ueber die gegenüber dem Anspruch auf Herausgabe der Dos zustehende Rechtswohlthat des Nothbedarfs s. §. 267 Nr. 8.

es. Beweis\*.

### §. 504.

Der Beweis des Empfanges einer Dos kann durch die Heirathsurkunde nicht ohne Weiteres geführt werden. Gegen eine in derselben enthaltene Erklärung, daß Etwas als Dos gegeben worden sei, kann der Mann sich in gleicher Weise vertheidigen, wie gegen das Bekenntniß des Empfanges eines Darlehens (§. 372): also durch Rückfordern der Urkunde, durch Ablehnung des Empfanges gegenüber der Rückforderung der Dos, durch schriftlichen Protest<sup>1</sup>. Nur die Fristen sind hier anders be-

<sup>10</sup> L. 30 cit. — „*Omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta, sive per decem sive per viginti annorum curricula, sive per triginta vel quadraginta annorum metas, sive ex alio quocunque tempore maiore vel minore sit inducta: ea mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possunt actiones movere, i. e. opulenti quidem maritis constitutis post dissolutum matrimonium, minus autem idoneis, ex quo hoc infortunium eis illatum esse claruerit*“. Vgl. I §. 109 Note 7, §. 182 Note 13.

\* S. namentlich Guciß formelle Vorräge S. 32—50, wo auch die §. 504. frühere Literatur berücksichtigt ist. Aus der Zeit nachher: Bähr Anerkennung S. 320 fg., Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 267 fg., S. Witte Bereicherungslagen S. 214 fg., Sintonis II §. 96 Anm. 30, III §. 133 Anm. 6.

<sup>1</sup> L. 3 C. de dote cauta non numerata 5. 15, Nov. 100. Dem Manne steht zu die *querela* (Nov. 100) non numeratae pecuniae, non numeratae dotis (l. 14 §. 4 l. f. C. de non num. pec. 4. 30). Die in § 372 für die *querela* non numeratae pecuniae angegebenen Grundsätze gelten auch hier (zu Nr. 3 das. vgl. l. 4 C. de dot. prom. 5. 11). — Die *querela* non numeratae dotis steht dem Manne zu nur gegenüber der Heirathsurkunde (*pacta dotalia, pacta nuptialia*), nicht gegenüber einem sonstigen Empfangsbekennniß. Sowohl l. 3 C. cit., als Nov. 100, denken sich die Erklärung, daß eine Dos gegeben worden sei, als ausgehend nicht von dem Manne, sondern dem Beseller. S. namentlich Gneiß S. 42 fg. Auch unter l. 14 C. de non num. pec. 4. 30 fällt das nicht in der Heirathsurkunde enthaltene Bekenntniß über den Empfang einer Dos nicht. Wenn l. 3 C. de dote cauta non num. nicht geradezu ein

stimmt: der Mann hat dieses Recht, wenn die Ehe zwei Jahre oder weniger bestanden hat, nach Auflösung der Ehe noch ein Jahr; wenn die Ehe mehr als zwei, aber weniger als zehn Jahre bestanden hat, noch drei Monate; wenn die Ehe mehr als zehn Jahre bestanden hat, so hat der Mann das bezeichnete Recht gar nicht mehr<sup>2</sup>. Wiedereinsetzung wegen Minderjährigkeit kann der Mann auf keinen Fall länger begehren, als binnen zwölf Jahren nach Abschluß der Ehe; die Erben des minderjährigen Mannes haben ein Jahr; Erben, welche ihrerseits minderjährig sind, fünf Jahre<sup>2</sup>. — Die von dem Manne nach der Errichtung der Heirathsurkunde über den Empfang der darin bezeichneten Dos ausgestellte Quittung beweist voll gegen denselben<sup>2</sup>.

#### n. Gegenansprüche<sup>6</sup>.

#### §. 505.

Ein Gegenanspruch steht dem Manne zu wegen nothwendiger Verwendungen<sup>1</sup>: dieselben mindern den Betrag der Dos<sup>2</sup>, und

Bestandtheil der l. 14 cit. gewesen ist, so war sie doch nur um einen einzigen Monat älter: wie ist es da denkbar, daß das letztere Gesetz über den Gegenstand des ersteren eine anderweitige Bestimmung habe treffen wollen, ohne dasselbe nur zu erwähnen? Um so mehr, da in demselben ausdrücklich bestimmt ist, daß gegen eine Quittung über den Empfang einer Dos, welche nach der Heirathsurkunde angestellt worden sei, die *exc. non num. pec.* nicht stattfinden solle. — Die besonderen bei §. 372 Note 15 bemerkten Auffassungen von Bähr und Schlesinger beziehen sich auch auf die *querela non numeratae dotis*.

<sup>2</sup> Diese Vorschriften sind enthalten in Nov. 100. Vgl. dazu die bei C. neiff S. 33 Note 1 Genannten.

<sup>3</sup> L. 14 §. 4 C. de non num. pec. 4. 30. Vgl. Gluck XXV S. 254 Note 3.

§. 505. \* Balett theoretisch-praktische Abhandlungen Nr. 1 (1824). Gluck XXVII S. 374—454; Sintenis III S. 60—62.

<sup>1</sup> Ueber den Begriff s. l. 1 § 1 — l. 4 pr. D. de impensis in res dotales factis 25. 1, l. 79 pr. D. de V. S. 50. 16; aber auch Note 5. Vgl. I §. 195 Note 2.

<sup>2</sup> *Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt.* L. 5 D. de impens. 25. 1, l. 61 D. de R. N. 23. 2, l. 5 §. 2 D. de pact. dot. 23. 4, l. 1 §. 4 l. 5 D. de dote prael. 33. 4, l. un. §. 5 C. de rei ux. act. 5. 13, §. 37 I. de act.

daher kann der Mann sie abziehen, wenn er eine Geldleistung zu machen hat<sup>2</sup>, sonst das Herauszugebende innebehalten, bis er für sie bestiebtigt worden ist<sup>4</sup>. Dieß gilt jedoch nur von den auf die Dotalsachen selbst, nicht von den auf die Fruchtziehung gemachten Verwendungen<sup>5</sup>, und auch von den ersteren dann nicht, wenn sie nothwendig waren, um die Sachen in einem gebrauch- und ertragsfähigen Zustand zu erhalten<sup>6</sup>. Wegen nützlicher Verwendungen<sup>7</sup> hat der Mann zwar ein Rückforderungsrecht, kann dasselbe aber nicht als Gegenanspruch gegen den Anspruch auf Herausgabe der Dos geltend machen<sup>8</sup>. Wegen Verwendungen, welche auch nicht nützlich sind, steht dem Manne nur ein Wegnahmerecht zu<sup>9, 10</sup>.

4. 6. Die Minderung bezieht sich aber nur auf den Gesamtbetrag der Dos, nicht auf die einzelnen Sachen, auf welche die Verwendungen gemacht worden sind, l. 5 pr. D. de impens. 25. 1, l. 1 §. 4 D. de dote prael. 33. 4, l. 5 §. 3 D. de I. D. 23. 3. Doch gab es in der römischen Jurisprudenz auch eine ältere Auffassung, welche das Gegentheil annahm, und von dieser finden sich noch Spuren in l. 56 §. 3 cit.; vgl. auch einerseits l. 4 §. 5 D. de pec. 15. 1, andererseits l. 6. 8 D. de pec. leg. 33. 8. Konsequenzen aus dem bezeichneten Satze (abgesehen von der von Justinian daraus gezogenen in Note 8): l. 5 D. de dote prael. 33. 4, l. 1 §. 5 D. de dot. coll. 37. 7, l. 5 §. 2 D. de pact. dot. 23. 4. Literatur: Gluck XXVII S. 396 fg., Dernburg Compensation S. 107 fg., M. S. Mayer Interpretatio l. 56 §. 3 D. de I. D. 23. 3 (1859), und was den ursprünglichen Grund des Satzes angeht: Spering Geist des röm. R. III S. 68.

<sup>5</sup> L. 5 pr. D. de impens. 25. 1. „Ubi ergo admittimus, deminutionem dotis ipso iure fieri? Ubi non sunt corpora, sed pecunia; nam in pecunia ratio admittit, deminutionem fieri“.

<sup>4</sup> Der Mann hat „retentionem“. Ulp. VI. 9. 14. 15, §. 37 I. de act. 4. 6, l. 56 §. 3 D. de I. D. 23. 3.

<sup>5</sup> L. 16 D. de impens. 25. 1, l. 7 pr. D. sol. matr. 24. 3.

<sup>6</sup> L. 7 §. 16 D. sol. matr. 24. 3, l. 12 l. 15 D. de impens. 25. 1.

<sup>7</sup> Näher: wegen solcher Verwendungen, die, ohne nothwendig zu sein, im Interesse der Frau lagen. L. 5 §. 3 l. 6 l. 8. 10 l. 14 §. 1 D. de impens. 25. 1, l. 79 §. 1 D. de V. S. 50. 16, l. un. §. 5 C. de rei ux. act. 5. 13. Vgl. I §. 195 Note 6. 7.

<sup>8</sup> Ursprünglich hatte der Mann auch wegen dieser Verwendungen „retentionem“. Ulp. V. 9. 16. Justinian hat, wie alle retentiones ex dote, so auch die *retentio propter impensas* aufgehoben, und nur wegen *impensae necessariae* auf Grund des Satzes, daß sie „minuunt dotis quantitatem“, ein Retentionsrecht bestehen lassen. L. un. §. 5 C. de rei ux. act. 5. 13.

## d. Dotalverträge\*.

## §. 506.

Wenn die Parteien über das Schicksal der Dos, für die Zeit während des Bestehens der Ehe oder für die Zeit nach Auflösung derselben, vertragmäßige Bestimmungen getroffen haben, so sind, die Gültigkeit des Vertrags vorausgesetzt<sup>1</sup>, diese, und nicht die bisher entwickelten gesetzlichen Regeln, maßgebend<sup>2</sup>. Die Parteien können aber nicht Alles ausmachen, was ihnen beliebt; hierfür gelten folgende Grundsätze.

1. Wer für die Frau eine Dos gibt, kann bei der Bestellung über die Dos bestimmen, was er will<sup>3</sup>; nach der Bestellung dagegen kann er ohne Consens der Frau keine derselben nachtheilige Bestimmung mehr treffen<sup>4</sup>. Auch bei der Bestellung

<sup>1</sup> L. 7 pr. 1. 9 l. 11 pr. 1. 14 §. 2 b. de impens. 25. 1, l. un. §. 13 C. cit. Vgl. I §. 195 Note 12.

<sup>2</sup> Nach älterem römischem Rechte konnte der Mann auch seine Ansprüche aus einer der Frau gemachten Schenkung und aus einer von derselben begangenen Entwendung (actio rerum amotarum) als Gegenanspruch gegen den Anspruch auf Herausgabe der Dos retentionweise geltend machen. Ulp. VI. 9. Justinian hat auch diese retentiones aufgehoben, l. un. §. 5 cit. Die von Justinian in demselben Gesetz gleichfalls aufgehobenen retentiones propter liberos und propter mores (Ulp. VI. 10—12) waren schon vorher gegenstandslos geworden (§. 510).

<sup>3</sup> Dig. 23. 4 de pactis dotalibus. Cod. 5. 14 de pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis. — Glück XXVII S. 330—374. Mit Recht nennt Bachmann diese Lehre eine „bernenwolle“; sie ist noch nicht gehörig bearbeitet.

<sup>4</sup> Vertrag zu Gunsten eines Dritten: römisches Recht, l. 54 D. sol. matr. 24. 3, l. 7 C. h. t., l. 9. 23 D. h. t., l. 26 §. 4 l. 29 §. 2 D. l. 4 C. h. t.; heutiges Recht: §. 316 zu Note 15 fg.

<sup>2</sup> Wenn speziell der Geber der Dos sich den Rückfall derselben an sich selbst bebungen hat, so heißt die Dos nach Ulp. VI. 5 dos recepticia. L. 9 l. 23 D. l. 1 C. h. t., l. 29 D. sol. matr. 24. 3, l. 6 C. de l. D. 5. 12, l. un. §. 13 C. de rei ux. act. 5. 13.

<sup>3</sup> L. 20 §. 1 D. h. t. „Si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult pacisci et ignorante muliere sicuti et stipulari potest; legem enim suae rei dicit“. Das gleiche Princip gilt für den Vater und den väterlichen Ascendenten, l. 7 D. h. t.

<sup>4</sup> L. 7 cit. (Note 3): — „si vero post datam pacisci velit, utriusque

hat nicht unbedingt freie Hand der Vater oder väterliche Ascendent, welcher eine Dos geben muß; derselbe kann: a) für den Fall, wo die Dos an die Frau fällt, nichts derselben Nachtheiliges ohne deren Consens bestimmen<sup>5</sup>; b) er kann nicht bestimmen, daß die Dos den Erben des Mannes bleiben soll, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöst wird<sup>6</sup>.

2. Die Frau, welche selbst eine Dos gibt, kann auch bei der Bestellung<sup>6a</sup> keine ihr nachtheilige Bestimmung zu Gunsten des Mannes treffen<sup>7</sup>, mit Ausnahme der Bestimmung, daß der Mann im Falle des Vorhandenseins von Kindern die Dos behalten solle<sup>8</sup>, wenn die Ehe durch ihren Tod oder durch Scheidung aufgelöst werde<sup>9</sup>.

persona in paciscendo necessaria est, quoniam iam acquisita mulieri dos tum esset“. L. 20 §. 1 cit., l. 28 D. de l. D. 23. 3, l. 7 C. eod. 5. 12, l. 29 pr. D. sol. matr. 24. 3. — In l. 29 pr. i. f. D. sol. matr. 24. 3 heißt es vom Vater der Frau: „Plano si ante nuptias dotem dederit, poterit ex intervallo, ante nuptias tamen, et citra voluntatem quoque filias stipulari“. Dieß hat seiner Grund in der nach römischem Recht dem Vater zustehenden Macht, das Zustandekommen der Ehe zu verhindern (vgl. l. 5 §. 14 D. de l. D. 23. 3), und kann daher heutzutage auf gemeinrechtliche Geltung keinen Anspruch machen.

<sup>5</sup> L. 19 D. h. t. (Bestimmung, daß die Dos zu einem späteren als dem gesetzlichen Termin zurückgegeben werden sollte). In dieser Stelle ist ohne Zweifel statt: „et interveniente“ zu lesen: „aut interveniente“. L. 14—16 eod. — L. 40 D. sol. matr. 24. 3? Eine Erklärung dieser Stelle von seinem Standpunkt (§. 496 Note 4) gibt Bachmann S. 159.

<sup>6</sup> L. 3 C. h. t. „Quamvis pater tuus, cum te nuptui collocaret, pactus sit, ut, si maritus tuus superstitibus filiis communibus in matrimonio decessisset, pars dotis liberorum nomine retineatur, eiusmodi tamen conventio, quominus actionem integram dotis habeas, proficere non potest“. L. 2 D. h. t.: — „non esse servandum pactum contra dotem, cum mariti mortalitas intervenit“. L. 6 C. h. t. (zu welcher, damit sie nicht mißverstanden werde, zu vergleichen sind l. 29 pr. D. sol. matr. 24. 3, l. 6 C. de l. D. 5. 12, l. un. §. 14 C. de rei ux. act. 5. 13). S. noch l. 16 i. f. D. h. t., l. 26 pr. — §. 2 l. 12 pr. eod.

<sup>6a</sup> Viel weniger nach Eingehung der Ehe. L. 18 l. 29 pr. D. h. t., §. 500 Note 11.

<sup>7</sup> L. 17 D. h. t. (Bestimmung, daß die Dos später zurückgegeben werden sollte). L. 14—16 eod.

<sup>8</sup> L. 1 §. 1 D. de dote prael. 33. 4; l. 16 i. f. D. h. t. Vgl. l. 24 D. h. t.

3. Es kann nicht ausgemacht werden, daß der Mann die Früchte der ihm übergebenen Dos nicht beziehen solle<sup>9</sup>, es müßte denn zugleich ausgemacht werden, daß die Frau selbst für ihren Unterhalt zu sorgen habe<sup>10</sup>. Wohl kann ausgemacht werden, daß der Mann die Früchte theilweise nicht beziehen solle<sup>11</sup>; doch fällt dieser Vertrag, wenn er während bestehender Ehe abgeschlossen wird, unter das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten<sup>12</sup>.

4. Es kann nicht ausgemacht werden, daß der Mann keinen Gegenanspruch wegen nothwendiger Verwendungen haben<sup>13</sup>, und daß ihm nicht die Rechtswohlthat der Lebensnothdurft zustehen solle<sup>14</sup>; andererseits auch nicht, daß er von der Verhaftung für Nachlässigkeit frei sein solle<sup>15</sup>. —

Wenn in Folge des Ehevertrages die Dos an den Mann fällt, so erwirbt er, wenn Kinder vorhanden sind, an dem Ganzen derselben nur den Nießbrauch, während er das Eigenthum mit den Kindern theilt<sup>16</sup>.

<sup>9</sup> L. 4 D. h. t. In einer solchen Bestimmung liegt ein Widerspruch gegen die Erklärung, daß der Mann eine Dos haben solle. Bei diesem Widerspruch wird die positive Erklärung aufrecht erhalten, nicht die negative. — Anders wenn dem Manne die Dos bloß versprochen worden ist. In diesem Falle wird ein Vertrag aufrecht erhalten, durch welchen dem Manne das Recht auf Einforderung des Kapitals ganz oder theilweise genommen wird. L. 12 §. 1 l. 20 §. 2 l. 32 §. 1 D. h. t., l. 20 (vgl. l. 76) D. de l. D. 23. 3. Jedoch soll auch in diesem Falle eine freiere Interpretation zu Gunsten der Dos erlaubt sein, l. 11 D. h. t. Francke Arch. f. civ. Pr. XVII S. 466—470.

<sup>10</sup> L. 4 l. f. D. h. t.

<sup>11</sup> L. 28 l. 31 D. h. t. L. 28 cit.: — „eoque modo minorem dotem constitutam“.

<sup>12</sup> L. 28 cit. l. f.

<sup>13</sup> L. 5 §. 2 D. h. t. — „quia tales impensae dotem ipso iure minuunt“. Vgl. übrigens Mayer (cit. §. 505 Note 2) p. 5 sqq.

<sup>14</sup> S. §. 490 Note 7.

<sup>15</sup> L. 6 D. h. t.

<sup>16</sup> Nov. 98 c. 1, 127 c. 3.

## 2. Von dem freien Vermögen der Frau.

### §. 507.

Alles Vermögen der Frau, welches dieselbe dem Manne nicht, ausdrücklich oder stillschweigend, zur Dos gegeben hat, ist ihr freies Vermögen (Paraphernalvermögen)<sup>1</sup>. Der Mann hat an diesem Vermögen keine anderen Rechte, als diejenigen, welche die Frau ihm einräumen will<sup>2</sup>. Gibt die Frau dieses Vermögen in die Verwaltung des Mannes<sup>3</sup>, so haftet derselbe nur für relative Sorgfalt, und die Frau hat zur Sicherheit ihrer Ansprüche gegen ihn ein gesetzliches Pfandrecht an seinem gesammten Vermögen<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> *Μαρίμνηρα*, parapherna. L. 8 C. de pact. conv. 5. 14. Es kommt auch die Redeweise *dote in parapherna* vor, l. 9 §. 3 D. de l. D. 23. 3, l. 11 C. de pact. conv. 5. 14. Ein anderer Ausdruck, welchen die Quellen gebrauchen, ist *peculium*. L. 9 §. 3 cit.: „quae Galli peculium appellant“; l. 31 §. 1 D. de don. 39. 5. Res extra dotem constitutae: l. 95 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 29 C. de l. D. 5. 12. — In Deutschland hat man den Ausdruck *bona paraphernalia* zur Bezeichnung desjenigen Vermögens der Frau verwendet, welches zwar nicht Dos ist, aber nach gesetzlicher Regel des Particularrechts der Verwaltung und dem Nießbrauch des Mannes unterliegt (§. 491 Note 2); das diesen Befugnissen des Mannes durch ausdrückliche Disposition entzogene Vermögen der Frau wird dann als *bona recepticia* unterschieden. Gl. d. XXV S. 273.

<sup>2</sup> L. 8 C. de pact. conv. 5. 14. L. 9 §. 3 D. de l. D. 23. 3 spricht davon, daß dieses Vermögen dem Manne sogar zu Eigenthum übergeben werden könne; der Frau steht dann nach Auflösung der Ehe eine *condictio sine causa* zu.

<sup>3</sup> D. 6. mit der ausdrücklichen Erklärung, daß dieses Vermögen nicht Dos sein, sondern der Mann es als freies Vermögen der Frau verwalten solle. Vgl. §. 494 Note 13.

<sup>4</sup> L. 11 C. de pact. conv. 5. 14. In dieser Stelle ist speziell nur von Kapitalvermögen (*nomina*) die Rede; aber l. 1 §. 232 Note 12. Die Stelle enthält noch die fernere Bestimmung, daß der Mann die Zinsen der ihm übergebenen Kapitalien zu Ehezwecken („circa se et uxorem“) solle verwenden dürfen. Ich halte diese Bestimmung für in dieser Form heutzutage unanwendbar. Ueber gibt die Frau dem Manne ihr Kapital- oder sonstiges Vermögen ohne weitere Bestimmung, so ist anzunehmen, daß sie ihm dasselbe zur Dos habe geben wollen (§. 494 Note 13), und der Mann bezieht dann allerdings für sich die Einkünfte dieses Vermögens, aber nicht als Verwalter. Hat die Frau aber ausdrücklich erklärt, daß der Mann nur Verwalter sein solle, so liegt m. A. ein anderer Fall vor, als der in l. 11 cit. vorausgesetzte.

## 3. Von der Eheschenkung\*.

## §. 508.

In der nachconstantinischen Zeit war es bei den Römern Sitte, daß von Seiten des Mannes der Frau eine Gegengabe gegen die Dos<sup>1</sup> bestellt wurde, mit der Bestimmung, daß diese Gegengabe nach Auflösung der Ehe an die Frau unter gewissen Voraussetzungen, und namentlich für den Fall ihres Ueberlebens, ganz oder theilweise fallen solle, während zugleich ausgemacht wurde, daß unter der entgegengesetzten Voraussetzung, namentlich also im Falle des Ueberlebens des Mannes, dieser die Dos ganz oder theilweise behalten solle<sup>2</sup>. Nach der Bestimmung K. Leo's müssen die von Dos und Eheschenkung gegenseitig zugesicherten Quoten gleich sein<sup>3</sup>, nach der Bestimmung Justinian's auch Dos und Eheschenkung selbst<sup>4</sup>. Sind Kinder aus der Ehe vorhanden, so erhält die Frau an dem Ganzen der Eheschenkung nur Nieß-

4. 506. \* Cod. 5. 3 de donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsalicia. — *Silb* & XXV S. 274—329 (1824). *Burchardi* Arch. f. civ. Pr. IX. 10 (1826). *Wartknig* das. XIII. 1 (1830). v. *Pöhr* das. XV. 20, XVI. 1 (1832, 1833). *Frände* das. XXVI. 4 (1843). v. *Pöhr* das. XXX. 11 (1847).

<sup>1</sup> L. 20 C. h. t.: — *quis quasi antipherna haec possunt intelligi*“. Und ferner: — „*ut non simplices donationes intelligantur, sed propter dotem et propter nuptias factae*“. Daher der neulateinische Ausdruck: *contrados, antidos*. Die römische Bezeichnung war früher *donatio ante nuptias*, bis Justinian mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Bestellung einer Eheschenkung auch während bestehender Ehe (l. 19. 20 C. h. t.) die Bezeichnung *donatio propter nuptias* vorschrieb. L. 20 cit., §. 3 I. de don. 2. 7. — Dafür, daß eine solche Schenkung regelmäßig voram: l. 19 C. h. t. („*interdum accidit, ante nuptias quidem donationem nullam esse, solam vero dotem marito mulierem obtulisse*“).

<sup>2</sup> L. 9. 10 C. de pact. conv. 5. 14, l. 19. 20 C. h. t., Nov. 22 c. 20 pr., 97 c. 1. — Uebrigens ist das im Text über die Bedeutung der *donatio propter nuptias* Gesagte bei Weitem nicht allgemein anerkannt. Vielmehr geben die Meinungen hier sehr auseinander, wie das bei dem Zusauß unserer Quellen, welche mehr voraussetzen, als aussprechen, nicht anders möglich ist. Vgl. die Uebersicht bei *Frände* S. 67 fg., dazu aber auch den zweiten Aufsatz von *Pöhr*. *Dangerow* I §. 222 Anm.

<sup>3</sup> L. 9. 10 C. de pact. conv. 5. 14, Nov. 22 c. 20 pr.

<sup>4</sup> Nov. 97 c. 1. 2.

brauch, wogegen sie das Eigenthum mit ihren Kindern theilt<sup>5</sup>. Während bestehender Ehe ist die Eheschenkung in den Händen des Mannes, nicht bloß factisch<sup>6</sup>, sondern auch rechtlich<sup>7</sup>; doch darf er die unbeweglichen Sachen derselben nicht veräußern<sup>8</sup>, und der Anspruch der Frau auf eventuelle Herausgabe ist durch eine gesetzliche Hypothek an seinem ganzen Vermögen gesichert<sup>9</sup>. Für den Vater des Mannes besteht eine gleiche Verpflichtung zur Bestellung einer Eheschenkung, wie für den Vater der Frau eine Verpflichtung zur Bestellung einer Dos<sup>10</sup>. Den besonderen Vorschriften für die Schenkung unterliegt die Eheschenkung nicht<sup>11</sup>. —

In Deutschland ist der Satz, daß der Dos nothwendigerweise eine an Größe gleiche Eheschenkung entsprechen müsse, nicht praktisch geworden; damit fällt auch die Verpflichtung des Vaters zur Bestellung einer Eheschenkung weg<sup>12</sup>. Im Uebrigen kommt

<sup>5</sup> In gleicher Weise wie der Mann, wenn die Dos an ihn fällt (§. 506 Note 16). Nov. 98 c. 1, 127 c. 3.

<sup>6</sup> Nur wenn der Mann in Vermögensverfall geräth, kann die Frau, wie die Dos (§. 498), auch die Eheschenkung einfordern, muß aber dann ihren Ertrag zu Ehezwecken verwenden. L. 29 C. de I. D. 5. 12.

<sup>7</sup> *A. M.* *Pöhr* XV S. 459. 460, welcher aber das beste Argument für seine Ansicht: daß die Frau nach l. 5 C. de soc. nupt. 5. 9 dem Manne die Eheschenkung als Dos zurückzugeben pflegte, nicht nennt. Wie es sich auch hiermit verhalten mag, so wird der im Text aufgestellte Satz unwiderleglich durch Nov. 61 bewiesen, welche das Verbot der Veräußerung von Dotalgrundstücken auf die Eheschenkung ausgedehnt hat.

<sup>8</sup> Nov. 61. Durch die Zustimmung der Frau wird die Veräußerung nur dann gültig, wenn dieselbe nach zwei Jahren wiederholt wird, und es zugleich an anderweitigem Vermögen des Mannes zur Befriedigung der Frau nicht fehlt. Nov. 61 c. 1 §. 2. 3.

<sup>9</sup> L. 12 §. 2 C. qui pot. 8. 13, Nov. 109 c. 1. Vgl. I §. 232 Note 13. — Die Frau hat auch, wie bei der Dos, neben der *actio hypothecaria* eine *utilis rei vindicatio*. Nov. 61 c. 1 §. 1 und Auth. *Permissa est* zu l. 20 C. h. t.

<sup>10</sup> L. 7 C. de dot. prom. 5. 11.

<sup>11</sup> Nov. 119 c. 1. „*Sponsalicia largitatem contractum speciale esse et iudicari, et non aliis donationibus eam connumerari, per praesentem sancimus legem: quoniam pro ea aequalitas dotis offertur*“. Im Besonderen: die Eheschenkung kann auch während bestehender Ehe gemacht werden, l. 19. 20 C. h. t., §. 3 I. de don. 2. 7; ihre Gültigkeit hängt bei keinem Betrage von der Insinuation ab, Nov. 119 c. 1 vgl. Nov. 127 c. 2.

<sup>12</sup> *Seuff.* Arch. XII. 275.



es auch heutzutage vor, daß von Seiten des Mannes der Frau etwas als Gegengabe gegen das von ihr Zugebrachte für den Fall ihres Ueberlebens ausgesetzt wird<sup>13</sup>, und es ist kein Grund vorhanden, warum nicht auf eine solche Aussetzung, wenn Vertrag oder Particularrecht nicht entgegenstehen, die Grundsätze des römischen Rechts von der Eheschenkung angewendet werden sollten<sup>14</sup>.

#### 4. Von den Schenkungen zwischen Ehegatten\*.

##### §. 509.

Ehegatten können sich einander nicht gültig schenken<sup>1</sup>.

1. Ungültig ist nur die eigentliche Schenkung, und nur die Schenkung im engeren Sinn (§. 365); d. h. nur diejenige Zuwendung, welche, wie einerseits eine Vermehrung des Vermögens des Empfängers, so andererseits eine Verminderung des Vermögens des Gebers enthält<sup>2</sup>. Daher liegt namentlich<sup>3</sup> keine

<sup>13</sup> Es ist dies ein so nahe liegender Gedanke, daß es ihm ganz an Verwirklichung zu seiner Zeit und an keinem Orte fehlen wird. In Deutschland hat man für solche Aussetzungen die Ausdrücke: Widerlage, Gegengeld, Gegengift, Gegenvermächtniß, Contrados gebraucht.

<sup>14</sup> Glük XXV S. 308 fg., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 393. Die herrschende Meinung betrachtet die römische Lehre von der donatio propter nuptias einfach als unanwendbar. So auch Sintenis §. 132 Anm. 3. Canonisches Recht: o. 5. 6. 8 X. de don. i. v. e. u. 4. 20, c. 15 X. de foro comp. 2. 2. Glük S. 311. Ortloff, Heimbach u. Vermehren zur Abhandlungen II S. 8 fg. — Unter den Particularrechten geht am weitesten in der Anerkennung des römischen Rechts das Bayer. Landr. I. 6 §. 14.

\* Dig. 24. 1 de donationibus inter virum et uxorem. Cod. 5. 16 de donationibus inter virum et uxorem cel. — Glük XXV S. 422 fg., XXVI S. 1 fg. Savigny System IV §. 162—164. v. Pöhr Arch. f. civ. Pr. XVI 9. Franke das. XVIII S. 1—7. Sintenis III §. 136.

<sup>1</sup> Diesen Satz führen die Römer auf altes Gewohnheitsrecht zurück. „Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent“. L. 1 D. h. t. Als Grund wird angegeben: Schutz gegen eigene Schwäche und gegen habliche Ausbeutung von Seiten des Andern, auch Rücksicht auf den Ruf der Ehegatten („ne concordia pretio consiliari videretur“). L. 1—1. 3 pr. D. h. t. Ueber die Zeit der Entstehung dieses Rechtsatzes vgl. Franke a. a. O. S. 1 fg.

<sup>2</sup> L. 5 §. 8 D. h. t. — „Hoc autem ex eo venit, quod desiniri solet,

ungültige Schenkung: in der Erfüllung einer Verbindlichkeit, wenn auch nur einer natürlichen<sup>4</sup>, und daher im Besonderen nicht in der Bestreitung der Bedürfnisse der Frau durch den Mann<sup>5</sup>; in der Hingabe zu einer Verwendung, durch welche die durch die Hingabe bewirkte Vermögensvermehrung wieder aufgehoben wird<sup>6</sup>; in dem Verzicht auf einen Erwerb<sup>7</sup>. Auch die

eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem, et accipientem facit locupletiores“. L. 25 eod.: — „nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus sit“. L. 5 §. 16 eod. — Auf den Inhalt der Vermögenszuwendung kommt es, mit den zu Note 8 und 9 bezeichneten Ausnahmen, hier so wenig an, wie bei der Schenkung überhaupt, obgleich der Hauptfall natürlich auch hier der ist, wo durch Eigentumsverschaffung geschenkt wird. Aber f. j. D. 1. 3 §. 10 l. 52 §. 1 D. h. t. (Verschaffung eines Forderungsrechts); l. 3 §. 10 l. 5 §. 1 l. 31 §. 4. 5 l. 32 §. 26 D. h. t. (Erlaß einer Schuld); l. 46 D. h. t. (Verschaffung des bloßen Besitzes, vgl. §. 365 Note 9); l. 31 §. 10 D. h. t. (Erhaltung einer Sache, vgl. Note 9). Ferner ist es auch hier gleichgültig, ob die Schenkung eine mittelbare oder eine unmittelbare ist (§. 365 Note 15—17). S. j. D. 1. 5 §. 6 D. h. t. (Nichtunterbrechung einer Verjährung, vgl. l. 44 D. h. t. und dazu §. 365 Note 5 und 15); l. 5 §. 7 D. h. t. (Nichtgebrauch einer Einrede); l. 3 §. 9. 12. 13 l. 4 l. 5 §. 2. 3. 4 l. 7 §. 7 l. 39 l. 50 pr. 1. 56 D. h. t., l. 5 pr. 1. 11 §. 2. 6. 7. 8 eod. (Schenkungen durch einen Andern oder in der Person eines Andern). Schenkung unter der Hülle eines lästigen Geschäfts: l. 5 §. 5 l. 7 §. 6 l. 32 §. 25 D. l. 20 C. h. t., l. 32 §. 24 D. h. t.; l. 5 §. 5 l. 31 §. 8 l. 32 §. 26 D. h. t., l. 7 §. 5 eod.; l. 52 pr. eod.

<sup>3</sup> Vgl. §. 365 Note 3.

<sup>4</sup> Vgl. §. 288 Note 8, §. 289 Note 4. 5. 10.

<sup>5</sup> „Non enim donat, qui necessariis oneribus succurrit“, l. 21 pr. §. 1 D. h. t. L. 28 §. 6. 7 l. 31 §. 8 D. l. 11 C. h. t., vgl. l. 15 pr. D. eod., l. 33 eod. Vgl. Senuff. Arch. XII 167.

<sup>6</sup> L. 49 D. h. t., l. 5 §. 9 D. de I. D. 23. 3 (Schenkungen mit der Auflage des Weitergebens); l. 7 §. 8. 9 l. 8 l. 9 pr. D. l. 22 C. h. t. (Schenkungen eines Sklaven mit der Auflage der Freilassung); l. 5 §. 8—12 D. h. t. (Schenkungen mit der Bestimmung, daß das Geschenkte res divini iuris oder res publica werden solle); l. 7 §. 1 D. h. t. (Schenkungen zum Zweck des Ankaufs einer zum Verzehren bestimmten Sache, einer „res mortua“, vgl. l. 31 §. 9 D. h. t.). Anders, wenn der Zweck, zu welchem geschenkt werden ist, die Bereicherung des Empfängers nicht aufhebt, l. 13 §. 2 D. h. t., l. 59 eod. (die Dos fällt an die Frau zurück).

<sup>7</sup> L. 5 §. 13. 14 l. 31 §. 7 D. h. t. Ueber den Fall des Verzichtes auf die Nutzung eines Vermögensstückes f. §. 365 Note 6 und die daselbst citirten Stellen.

Schenkung im engeren Sinne ist nicht ungültig, wenn sie nur in der Gestattung des Gebrauchs von Sachen oder Diensten besteht, wie sie die Folge des ehelichen Zusammenlebens ist<sup>8</sup>, oder nur in der Ersparung einer Ausgabe<sup>9</sup>. Ferner sind gültig: die herkömmlichen Gelegenheitsgeschenke<sup>10</sup>; die Schenkung der Frau an den Mann, um ihm die Erlangung einer Ehrenstelle oder einer sonstigen Auszeichnung zu ermöglichen<sup>11</sup>; die Schenkung zum Zweck des Wiederaufbaues eines Gebäudes<sup>12</sup>; die Schenkung zwischen dem Landesherrn und seiner Gemahlin<sup>13</sup>.

2. Ungültig ist die Schenkung zwischen Ehegatten, d. h. diejenige Schenkung, welche zwischen Ehegatten wirksam werden soll; daher weder die Schenkung vor der Ehe<sup>14</sup>, wenn nicht ihre Wirksamkeit auf die Zeit der Ehe hinausgeschoben wird<sup>15</sup>, noch die Schenkung nach der Ehe<sup>16</sup>, noch auch die Schenkung während der Ehe in dem Falle, wo ihre Wirksamkeit auf die Zeit nach der Ehe hinausgeschoben wird<sup>17</sup>. — Ungültigkeit der Ehe schließt zwar

<sup>8</sup> L. 28 §. 2 D. h. t. „Si quas servi operas viri uxori praestiterint, vel contra, magis placuit, nullam habendam eorum rationem. Et satis non amare, ut tanquam inter infestos ius prohibitas donationis tractandum est, sed ut inter coniugatos maximo affectu et eorum inopiam timentes“. L. 18 l. 31 §. 1 D. h. t. Allerdings liegt in einer solchen Gestattung nicht ohne Weiteres eine Schenkung (§. 365 Note 2); aber l. 1. 31 §. 1 cit. (Note 23). Der gewährte Gebrauch kann jedoch gegen die von dem Gebraucher aufgewendeten Erhaltungskosten aufgerechnet werden, l. 31 §. 10 l. 58 §. 1 D. h. t.

<sup>9</sup> L. 5 §. 8 D. h. t. (§. 365 Note 14). Vgl. l. 5 §. 17 eod. Ueber l. 31 §. 10 und l. 50 §. 1 D. h. t. s. §. 365 Note 14.

<sup>10</sup> Vorausgesetzt natürlich, daß sich unter ihnen nicht eine anderweitige Schenkung versteht. L. 31 §. 8 D. h. t.

<sup>11</sup> L. 40—42 D. h. t. Insofern hier das Hingegabene zum Wiederweggeben gegeben wird, ist schon deswegen die Anwendung gültig, und diesen Gesichtspunkt hebt l. 21 C. h. t. hervor, vgl. auch l. 5 §. 17 D. h. t. Aber es ist nach l. 40—42 cit. nicht zu bezweifeln, daß die Schenkung durch den gedachten Zweck auch dann gültig gemacht wird, wenn zum Behalten gegeben worden ist. Vgl. Savigny S. 179. Die heutige Anwendbarkeit des Satzes leugnet das Erf. bei Senff. Arch. XVII. 251.

<sup>12</sup> L. 14 D. h. t.

<sup>13</sup> L. 26 D. h. t. — E. noch §. 502 Note 7, §. 508 Note 11.

<sup>14</sup> L. 5 pr. l. 27 l. 36 §. 1 l. 66 D. h. t., l. 23 C. eod.

<sup>15</sup> L. 32 §. 22 D. h. t.]

<sup>16</sup> L. 35 C. h. t. — Schenkung zwischen zwei Ehen: l. 64 D. h. t.

<sup>17</sup> Daher ist namentlich gültig die Schenkung auf Todesfall, „quia in

an und für sich die Ungültigkeit der Schenkung aus<sup>18</sup>, nicht aber unbedingt das Rückforderungsrecht des Schenkers<sup>19</sup>. — In gleicher Weise, wie die Schenkung zwischen den Ehegatten selbst, ist auch die Schenkung zwischen dem Vater des Mannes, welcher den Mann in der Gewalt hat, und der Frau, und, wenn man annehmen will, daß auch heutzutage noch eine verheirathete Frau unter Gewalt stehen könne, zwischen dem Vater der Frau, welcher die Frau in der Gewalt hat, und dem Manne, so wie zwischen den beiderseitigen Vätern, welche Mann und Frau in der Gewalt haben, ungültig<sup>20</sup>.

hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt“. L. 9 §. 2 l. 10 D. h. t. Der Beschenkte wird aber erst Eigenthümer mit dem Tode des Schenkenden, auch wenn die Absicht des Schenkenden auf sofortige Eigenthumsverschaffung gerichtet war (§. 369 Note 3); nur hat in diesem letzteren Fall der Tod des Schenkenden rückwirkende Kraft, l. 11 pr. — §. 9 l. 20 D. h. t., l. 40 D. de m. c. don. 39. 6. Durch die Scheidung verliert die Schenkung auf Todesfall ihren Bestand, l. 11 §. 10 eod. — Ferner ist gültig die Schenkung auf den Fall der Scheidung, „quae tamen sub ipso divortii tempore, non quae ex cogitatione quandoque futuri divortii fiunt“. L. 11 §. 11 — l. 13 pr. l. 60 — 62 pr. D. h. t. Unter demselben Gesichtspunkt (vgl. l. 5 §. 1. de bon. damn. 48. 20, l. 1 C. de repud. 5. 17) wird in den Quellen auch die Schenkung deportationis oder exilii causa für gültig erklärt, l. 13 §. 1 l. 43 D. h. t.

<sup>18</sup> L. 3 §. 1 D. h. t.: — „si aliquid . . . impedimentum interveniat, non sit omnino matrimonium, donatio valebit“. L. 7 C. h. t.: — „licet ipso iure donatio tenuerit“.

<sup>19</sup> Man unterscheide: a) wenn der Schenker die Ehe irrigerweise für gültig gehalten hat, so kann er zurückfordern wegen Ermangelung der Voraussetzung, unter welcher er geschenkt hat, l. 32 §. 27 D. h. t. (vgl. Windscheid Voraussetz. S. 109 fg.). b) Hat der Schenker die Ungültigkeit der Ehe gekannt, so kann er in dem Falle zurückfordern (vgl. l. 65 D. h. t.), wo der Ehe ein eigentliches Eheverbot entgegensteht, und den Empfänger, nicht aber ihn selbst, in Betreff der Verletzung desselben ein Vorwurf trifft, — „no melior sit conditio eorum qui deliquerunt“, l. 3 §. 1 D. h. t., l. 7 C. eod. (vgl. l. 108 D. de leg. l. 30). c) Trifft auch den Schenkenden ein Vorwurf, so steht das Rückforderungsrecht dem Fiscus zu, l. 32 §. 28 D. h. t.

<sup>20</sup> Das römische Recht stellt den Satz auf, daß für die Schenkungen zwischen Ehegatten mit den Ehegatten als Eine Person gerechnet werden soll, wer einen Ehegatten in seiner Gewalt hat, oder in dessen Gewalt steht, oder mit demselben in der Gewalt der nämlichen dritten Person steht. Ein kürzerer Ausdruck für denselben Satz ist: es soll nicht aus der familia des einen Ehegatten in die familia des andern geschenkt werden. L. 3 §. 2—8 l. 26

3. Die Ungültigkeit der Schenkung zwischen Ehegatten ist Nichtigkeit<sup>21</sup>, und zwar auch in dem Falle, wo die Schenkung durch das Geben oder Empfangen einer dritten Person vollzogen wird<sup>22</sup>. Nur dann, wenn die Schenkung durch Nichtverhinderung eines Erwerbes bewirkt wird, tritt der Erwerb wirklich ein, und der Beschenkte haftet bloß obligatorisch auf Herausgabe des Geschenkten<sup>23</sup>. Auch dann findet obligatorische Verhaftung statt, wenn die Schenkung in dem Bewirken einer bloßen Thatsache liegt<sup>24</sup>, in welchem Falle natürlich von Nichtigkeit keine Rede sein kann<sup>25</sup>. — Hat der Beschenkte das Geschenkte nicht mehr, so haftet er nur auf basjenige, warum sein Vermögen durch dasselbe

§. 1 l. 32 §. 16. 19. 20. 21 l. 53 pr. l. 60 pr. D. h. t., l. 4. 5 C. h. t. Was die Anwendbarkeit dieses Satzes im heutigen Recht angeht, so kommt, auch abgesehen von der Frage, ob heutzutage eine verheiratete Frau noch unter Gewalt stehen kann (s. darüber §. 525 Note 20 Nr. 3), in Betracht, daß bereits nach Justinianischem Recht die Schenkung an den Sohn des Mannes, der in dessen Gewalt steht, so wie an den Bruder des Mannes, welcher mit ihm unter der Gewalt derselben Person steht (bez. an den Bruder der Frau unter der gleichen Voraussetzung) nicht mehr ungültig ist; denn das Geschenkte wird *poscillum adventicium*, und das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten bewirkt nur, daß der Vater auch den sonst an dem *pec. adventicium* ihm zustehenden Mißbrauch nicht erwirbt. Vgl. Savigny S. 171. 172, Sincents III S. 68.

<sup>21</sup> L. 3 §. 10. 11 l. 5 §. 1. 18 l. 3 pr. §. 2 l. 36 pr. l. 38 §. 1 l. 48 l. 52 §. 1 D. h. t., vgl. l. 31 §. 3 eod.

<sup>22</sup> L. 3 §. 12. 13 l. 4 l. 5 §. 3. 4 l. 39 l. 56 D. h. t. Vgl. §. 367 Note 8, auch l. 172 Note 16.

<sup>23</sup> L. 5 §. 6. 7 D. h. t. — Zu dem im Text genannten Fall ist jedoch noch der der Verarbeitung einer eigenen Sache zu Gunsten des andern Ehegatten mit Arbeitskräften, welche diesem gehören, hinzuzufügen; auch in diesem Fall soll der beschenkte Ehegatte Eigentümer werden, und nur obligatorisch auf Herausgabe des Wertes der verarbeiteten Sache haften, — während, wenn die Verarbeitung mit den eigenen Arbeitskräften des Specificanten erfolgt, der Regel gemäß gar kein Eigentümserwerb für den Beschenkten eintritt. L. 31 pr. §. 1 D. h. t. — Die römische Form des obligatorischen Anspruches ist *condictio sine causa*, s. l. 5 §. 6. 7 eitt., l. 6 D. h. t., l. an. C. de rei ux. act. 5. 13, und vgl. §. 423 Note 1.

<sup>24</sup> Wie z. B. in der Verschaffung des Bestes, in der Erhaltung oder Wertsteigerung einer Sache. L. 46 l. 31 §. 10 D. h. t., vgl. §. 421 Note 4.

<sup>25</sup> — „quoniam res facti infirmari iure civili non potest“, l. 1 §. 4 D. de seq. poss. 41. 2.

indirect noch jetzt vermehrt ist<sup>26</sup>. — Die von dem Geschenkten gezogenen Früchte brauchen nicht mit herausgegeben zu werden<sup>27</sup>, wohl dagegen der sonst auf Grund des Geschenkten gemachte Erwerb<sup>28</sup>.

4. Die Ungültigkeit der Schenkung zwischen Ehegatten wird dadurch gehoben<sup>29</sup>, daß der Schenker stirbt, ohne die Schenkung widerrufen zu haben<sup>30</sup>; die Schenkung gilt dann als im Augenblicke des Todes wiederholt, und demnach für die Zeit nach dem Tode gemacht<sup>31</sup>. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß weder Scheidung eingetreten<sup>32</sup>, noch der Beschenkte vor dem Schenker gestorben sei<sup>33</sup>. Die Heilung der Ungültigkeit hat rückwirkende Kraft<sup>34</sup>.<sup>35</sup>

<sup>26</sup> L. 28 pr. §. 3 l. 57 i. f. D. h. t.; l. 5 §. 17. 18 l. 6 l. 7 pr. l. 31 §. 9 D. l. 8. 17 C. h. t.; l. 16 D. h. t.; l. 7 §. 3. 4 l. 28 §. 3. 4 l. 29 pr. l. 50 §. 1 l. 55 l. 58 §. 2 D. l. 9 C. h. t., vgl. l. 67 D. h. t.; l. 29 §. 1 l. 30 D. h. t. Darüber, daß für das „Consumirte“ kein Ersatz gegeben zu werden brauche, enthielt der unter der folgenden Nummer zu nennende Senatsschluß eine ausdrückliche Bestimmung, l. 32 §. 9 D. h. t., und es scheint, daß erst durch diese Bestimmung jener Satz zur Anerkennung gelangt ist, s. l. 37 D. h. t., l. 14 D. ad exh. 10. 4. Vgl. Savigny S. 63—69. Haben die Ehegatten sich gegenseitig geschenkt, so tritt im Fall der Scheidung Compensation des Bezehrten mit dem Vorhandenen ein. L. 7 §. 2 l. 32 §. 9 D. h. t. — Die Klage auf die zurückgebliebene Bereicherung ist ebenfalls eine *condictio*. Zuweilen wird aber auch eine *utilis rei vindicatio* gegeben: l. 55 l. 30 D. h. t., l. 1 §. 5 C. de rei ux. act. 5. 13, vgl. l. §. 174 Note 6 und dazu Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 344—346. 351, Voigt eod. ob causam S. 798. 802—804.

<sup>27</sup> L. 15 §. 1 l. 16 l. 17 pr. D. h. t. Es ist dieß eine Willkürung ähnlicher Art, wie die, daß Ersparung einer Ausgabe nicht als Schenkung gelten soll (Note 9). Vgl. §. 365 Note 6.

<sup>28</sup> Die Quellen nennen *partus avellae* und *Schlavenerwerb*, l. 28 §. 5 l. 17 §. 1 D. h. t. Auch der durch Ersetzung der geschenkten fremden Sache gemachte Eigentümserwerb gehört hierher, vgl. l. 13 D. de m. e. don. 39. 6.

<sup>29</sup> Nach einem Senatsschluß aus der Regierung der Kaiser Severus und Caracalla 206 n. Chr. L. 32 pr. D. h. t., l. 23 eod., l. 3. 10 C. h. t.

<sup>30</sup> Welcher Widerruf aber kein ausdrücklicher zu sein braucht. L. 32 §. 2. 3. 4. 5. 15 D. h. t., l. 12. 15. 18 C. h. t.

<sup>31</sup> L. 32 §. 1 vgl. §. 7. 8. D. h. t.

<sup>32</sup> Es ist nicht anzunehmen, daß der Schenkungswille die Scheidung überdauere, wenn dieß nicht ausdrücklich erklärt worden ist. L. 32 §. 10—13 vgl. §. 19. 20 D. h. t., l. 18 C. eod.

<sup>33</sup> Es ist ebensowenig anzunehmen, daß der Schenkungswille sich auf die Windscheid, Pandekten. II. Bd. II. Abth.

5. Was den Beweis der Schenkung zwischen Ehegatten angeht, so gilt die Präsomption, daß die Frau von dem Manne erhalten habe, wovon anderweitiger Erwerb nicht feststeht<sup>26</sup>.

Erben des Beschenkten erstreckt. L. 32 §. 10. 14 vgl. §. 16—18 D. h. t., l. 18 C. h. t. Gleichzeitiger Tod der Ehegatten: l. 32 §. 14 D. h. t., l. 8 D. de reb. dub. 34. 5, l. 26 D. de m. e. don. 39. 5 (vgl. §. 369 Note 1).

<sup>24</sup> Nach dem Recht der Bestätigung (l. §. 83 Note 10). L. 25 C. h. t.

<sup>25</sup> Es ist eine alte Streitfrage, ob die Senatsvorschrift sich auf alle Schenkungen beziehe, oder nur auf vollzogene, so daß also das bloße Schenkungsversprechen durch den Tod des Schenkers nicht gültig werde. Für die erste Meinung, welche auch hier vertreten wird, haben sich von Neueren ausgesprochen: v. Pöhr a. a. D. §. 233 fg., Buchta Rhein. Mus. VI S. 372 fg. (fl. civil. Schriften S. 332 fg., Savigny S. 183 fg., Heimbach im Alex. IX S. 696 fg.), Schäfer Jahrb. b. gem. R. III S. 442 fg., Sintonis Ann. 41, Buchta u. Hubde Entscheid. des OAG. zu Moskau II S. 288 fg. (Seuff. Arch. XII. 41); für die zweite Glüd XXVI S. 104 fg., Wächter Arch. f. civ. Pr. XVI S. 107 fg., Franke das. XVIII S. 7 Note 20, Bangerow I §. 225 Ann. 2, Seuff. Arch. XVIII. 260. Für die erste Meinung darf man sich zwar billigerweise nicht, wie geschehen ist, auf l. 2 C. de dote cauta 5. 15 berufen, wo der Sinn des *adscribere* zweifelhaft bleibt; dagegen sprechen für dieselbe l. 32 §. 1 D. h. t. („ad omnes obligationes“, „et obligatio ut civilis“), l. 32 §. 23—26 eod. („universas donationes“, Gesellschafts- oder Kaufvertrag *donationis causa*), l. 33 pr. §. 2 eod. (*stipulatio annui*), in einer Weise, welche nach meiner Ansicht bisher noch nicht widerlegt worden ist. (Man sagt: die *obligatio civilis* der l. 32 §. 1 cit. sei eine gebirte Obligation; aber wie konnte Ulpian sich so allgemein ausdrücken, wenn er so Beschränktes meinte? Man sagt in Betreff der l. 33 cit.: bei der *stipulatio annui* sei es insofern anders, als in der ein- oder mehrmaligen Zahlung des Jahresgeldes bereits eine Vollziehung der Schenkung liege; aber die Worte „*id ex stipulata petere non potest*“ weisen darauf hin, daß der Jurist annimmt, es sei während der Ehe noch gar nichts von dem Jahresgeld gezahlt worden). Für die hier verworfene Meinung enthält ein sehr schwaches Argument der von dem Senatsschluß gebrauchte Ausdruck *eripere* (l. 32 §. 2 D. h. t.); auch der Vellejanische Senatsschluß sprach nur von einzelnen Fällen. Dagegen hat sie eine schwer zu beseitigende Stütze in l. 23 D. h. t. „*Papinianus reos putabat, orationem D. Severi ad rerum donationes pertinere; denique si stipulanti sponduisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit*“. Von den verschiedenen Versuchen, welche gemacht worden sind, um diese Stelle zu beseitigen, hat m. E. keiner einen Anspruch auf allgemeinen Beifall. Aber auch den Widerspruch der l. 23 cit. gegen die übrigen Quellenentscheidungen zugegeben — und soweit wir bis jetzt sehen können, wird, wie ich glaube, dieses Zugeständniß, trotzdem daß die l. 23 den gleichen Verfasser hat, wie die übrigen Stellen, nicht ver-

## 5. Ehescheidungsstrafen\*.

### §. 510.

Bei der Ehescheidung treffen den schuldigen Theil zu Gunsten des unschuldigen gewisse Vermögensstrafen<sup>1</sup>. Die Frau verliert<sup>2</sup> an den Mann die Dos<sup>3</sup>, oder wenn keine Dos bestellt

weigert werden dürfen, — scheint es mir nicht zweifelhaft, daß nicht sie es ist, in welcher der eigentliche Gedanke der *Comptatio* gefunden werden darf; der Zug des römischen Rechts geht nicht auf Begünstigung, sondern auf Beschränkung des Verbots der Schenkung zwischen Ehegatten (Note 2. S. 9. 26. 27). Einen Streit über die hier besprochene Frage fand auch Justinian vor, und entschied ihn in Nov. 162 für die hier vertheidigte Meinung; aber diese Novelle ist nicht glossirt

<sup>26</sup> S. g. *praesumptio Muciana*. L. 51 D. l. 6 C. h. t. Vgl. Glüd XXVI S. 210 fg., Sintonis Ann. 36. 37, Tenge Arch. f. civ. Pr. XLV. 13. Seuff. Arch. II. 302, IX. 298, XI. 250.

\* Glüd XXVII S. 3—108 (1825). Strippelmann das Ehescheidungsrecht S. 307—321 (1854). Ortloff in Ortloff, Heimbach u. Vermehren juristische Abhandlungen II. 1 (1857). Sintonis III §. 136. — Geschichtliches: Wächter über Ehescheidungen bei den Römern S. 165 fg., 205 fg., Passie Güterrecht der Ehegatten S. 180 fg., Zimmern Gesch. d. röm. Privat. I. 2 §. 168. 171, Bachmann röm. Dotalrecht S. 87 fg.

<sup>1</sup> Dieselben beruhen auf l. 8. 11 C. de repud. 5. 17, Nov. 22 c. 15. 16. 117 c. 8. 9; c. 4 X. de don. i. v. s. u. 4. 20. Die römischen Gesetze setzen Privatscheidung voraus; daß heutzutage die Scheidung durch richterliches Urtheil erfolgt, thut der Anwendbarkeit ihrer Bestimmungen keinen Eintrag. S. auch c. 4 cit. Es ist jedoch nicht unbestritten, ob die römischen Strafen heutzutage in allen Fällen Platz greifen, in welchen die Ehe wegen der Verschuldung eines Ehegatten geschieden wird; es findet sich die Behauptung, daß sie auf den Fall des Ehebruchs, oder auf den Fall des Ehebruchs und die demselben gleichgestellten Fälle, zu beschränken seien. Vgl. Glüd S. 30 fg., Strippelmann S. 316 fg., Ortloff S. 19. 29 fg., Sintonis Ann. 2 Nr. III, Holzschuher I §. 64 Note 34, Seuff. Arch. XVII. 253. S. noch Seuff. Arch. VI. 312, VII. 326 (Glüd S. 86 fg., Strippelmann S. 312 fg.). — Die gleichen Nachteile, wie dem schuldigen Theil, drohte das römische Recht demjenigen, welcher sich ohne gesetzlich anerkannten Scheidungsgrund scheidete. Eine solche Scheidung kann heutzutage nicht mehr vorkommen.

<sup>2</sup> Man hat mit Unrecht behauptet, daß dies für den Fall des Ehebruchs durch Nov. 134 c. 10 aufgehoben worden sei. Glüd S. 14 fg.

<sup>3</sup> Vorausgesetzt, daß dieselbe nicht nach vertragmäßiger Bestimmung an den Geber zurückfällt. L. 24 C. de l. D. 5. 12. In Betreff der dos pro-

ist, den vierten Theil ihres Vermögens, jedoch nicht über 100 Pfund Goldes<sup>4</sup>. Der Mann verliert an die Frau die Eheschuldung, oder was er der Frau sonst nach Vertrag oder gesetzlicher Regel des Particularrechts für den Fall der Auflösung der Ehe durch seinen Tod herauszugeben hat<sup>5</sup>; in Ermangelung von Eheschuldung oder sonstiger Herausgabe ebenfalls den vierten Theil seines Vermögens, mit der zuvor bezeichneten Maßgabe<sup>6</sup>. Im Fall des Ehebruchs der Frau, oder wenn der Mann eine Weichläuferin in der gemeinschaftlichen Wohnung oder auch nur am gemeinschaftlichen Wohnort gehalten, oder wenn er die Frau fälschlich des Ehebruchs angeklagt hat, wird die Strafe um ein Drittel erhöht<sup>7</sup>. Was aber in dieser Weise an den unschuldigen Theil fällt, erwirbt derselbe, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind, nur zu Nießbrauch, während das Eigenthum auf die Kinder übergeht<sup>8</sup>. — Die Einforderung dieser Strafen wird gewöhnlich mit dem Antrag auf Scheidung verbunden; sie kann aber auch nach der Scheidung geschehen<sup>9</sup>. Auf die Erben gehen die Strafen weder activ noch passiv über<sup>10</sup>, nur mit der Ausnahme,

foeticia f. Glüd S. 42 fg. — Daß die Dos bloß versprochen ist, schließt den Verlust derselben nicht aus. Ortloff S. 70 fg., Seuff. Arch. I. 74.

<sup>4</sup> L. 11 §. 1 C. de repud. 5. 17.

<sup>5</sup> Ortloff S. 18. 37 fg. Vgl. Seuff. Arch. III. 332, XI. 246.

<sup>6</sup> L. 11 §. 1 cit.

<sup>7</sup> Nov. 117 c. 8 §. 2, c. 9 §. 4. 5. Die heutige Geltung dieser Steigerung ist nicht unbestritten. Ortloff S. 36 Note 1. Gegen die Geltung: Seuff. Arch. XVIII. 259. — Nov. 117 c. 8 und Nov. 134 c. 10 enthalten noch weitere Bestimmungen über die Strafe des Ehebruchs: Klosterinsperrung für die Ehefrau, Todesstrafe für den Mann, welcher mit ihr die Ehe bricht (vgl. l. 30 §. 1 C. ad leg. iul. de adult. 9. 9, §. 4 l. de publ. iud. 4. 18), Verlust des ganzen Vermögens (zu Gunsten der Verwandten, des Klosters, des Fiscus) für Beide. Diese Bestimmungen sind heutzutage, jedenfalls was die öffentlichen Strafen angeht, unanwendbar. Vester Strafr. §. 445, Sintenis Ann. 2 Nr. 1.

<sup>8</sup> L. 8 §. 7 l. 11 §. 1 i. f. C. de repud. 5. 17, Nov. 98 c. 2, 117 c. 3. 9. Bezieht sich nicht auch auf diesen Fall die Vorschrift der Nov. 127 c. 3 (§. 506 Note 16, §. 508 Note 5)? Diese Frage wird bejahend beantwortet von Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III S. 104 fg. Vgl. Seuff. Arch. XIV. 277.

<sup>9</sup> Strippelmann S. 322, Ortloff S. 74; Seuff. Arch. XVIII. 259. Binnen welcher Frist? Vgl. Ortloff a. a. D.

<sup>10</sup> Auf die Erben des Schuldigen nicht, weil sie eben Strafen sind (§. 359.

daß, wenn der Berechtigte nach erfolgter Scheidung stirbt, seine Erben nicht herauszugeben brauchen, was sie bereits in Händen haben<sup>11</sup>. — Durch Vertrag können diese Strafen weder gemindert, noch erhöht werden<sup>12</sup>.

## G. Nachtheile der Wiederverheirathung\*.

### §. 511.

Wiederverheirathung nach aufgelöster Ehe hat für den Sichwiederverheirathenden Nachtheile dann zur Folge, wenn er aus der früheren Ehe Kinder hat<sup>1</sup>.

1. Er verliert an diese Kinder das Eigenthum an Allen, was er aus dem Vermögen des früheren Ehegatten in seiner Eigenschaft als Ehegatte erworben hat (Ehegewinn)<sup>2</sup>, und behält

Nr. 1); auf die Erben des Unschuldigen nicht, weil der Gesichtspunkt, auf welchem sie beruhen, der einer dem Unschuldigen zu verschaffenden Genugthuung ist (§. 359 Nr. 2). Die Ansichten sind hier übrigens verschieden. Vgl. §. 359 Note 10 und Glüd S. 71 fg., Ortloff S. 76 fg., Sintenis Ann. 3 Nr. IX. Seuff. Arch. X. 57.

<sup>11</sup> C. 4 X. de don. i. v. e. a. 4. 20. Ortloff S. 76. 77.

<sup>12</sup> L. 5 pr. D. de pact. dot. 23. 4, l. 19 D. de V. O. 45. 1.

\* Cod. 5. 9 de secundis nuptiis. Nov. 22 c. 20—48. — Glüd XXIV S. 98 fg. (1823). Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V. 23 (1832). v. Löhner Arch. f. civ. Pr. XVI S. 31 fg. (1833, aber vor dem Aufsatz von Marezoll geschrieben). Geiger Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX. 7 (1844). Zimmermann Gesch. d. röm. Privatr. I. 2 §. 177, 178. Sintenis III S. 80—84, Bangerow I §. 227 Ann. 1.

<sup>1</sup> Diese Nachtheile sind von den christlichen römischen Kaisern im Interesse der Kinder der früheren Ehe eingeführt worden. Daher ist der gewöhnlich für sie gebrauchte Ausdruck: *poenae secundarum nuptiarum*, obgleich er Anhalt in den Quellen hat (Nov. 2 c. 2 §. 1 c. 3, Nov. 22 c. 23), wenig passend. — Man pflegt unter den Nachtheilen der zweiten Ehe auch anzuführen, daß der Sichwiederverheirathende das ihm unter der Bedingung der Nichtwiederverheirathung letztwillig Hinterlassene verliert, obgleich es doch auf der Hand liegt, daß hier der Grund des Verlustes nicht in der zweiten Ehe, sondern in der Beschränkung der Zuwendung liegt. Nähere Bestimmungen über diesen Fall gibt Nov. 22 c. 44, vgl. c. 43 eod., l. 2. 3 C. de indicta viduitate 6. 40. Glüd S. 169 fg.

<sup>2</sup> *Lucrum nuptiale*. Ueber den Begriff f. Nov. 22 c. 23. 30. Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III S. 93 fg. Seuff. Arch. XI. 249. Anwendung auf deutschrechtliche Verhältnisse: Glüd S. 160, Marezoll a. a. D. S. 95, Geiger S. 231 fg.

baran nur den Nießbrauch<sup>3</sup>. Keinen Theil bekommen diejenigen Kinder, welche sich eines Enterbungsgrundes gegen ihn schuldig gemacht haben<sup>4</sup>; Enkel treten an die Stelle ihrer verstorbenen Aeltern<sup>5</sup>. Veräußerungen des Ehegewinnes sind nicht bloß nichtig, wenn sie nach Eingehung der zweiten Ehe vorgenommen werden, sondern es werden auch früher vorgenommene durch das Eingehen einer zweiten Ehe nichtig. Soweit der Vater durch den früheren Tod der Kinder etwas von dem verlorenen Eigenthum zurück erwirbt, wird die Nichtigkeit der Veräußerung geheilt<sup>6</sup>. Die Kinder der zweiten Ehe erhalten ihrerseits Dos und Ehegeschenk dieser Ehe ausschließlich<sup>7</sup>. — Der Ehegewinn fällt übrigens, soweit er beim Tode des Erwerbers noch vorhanden ist, auch ohne zweite Ehe an die Kinder der Ehe, ohne Rücksicht darauf, ob sie Erben ihrer Aeltern geworden sind<sup>8</sup>.

2. In gleicher Weise verliert der Sichwiederverheirathende an die Kinder der früheren Ehe das Eigenthum an demjenigen,

<sup>3</sup> Nov. 22 c. 23—26; vgl. l. 3 pr. l. 5 pr. §. 1 C. h. t., Nov. 2 c. 1. 2. Diese Bestimmung hat übrigens durch die spätere Gesetzgebung (Nov. 98 c. 1, 127 c. 3), nach welcher das Eigenthum von Dos und Ehegeschenk auch ohne zweite Ehe, bloß mit Ausnahme eines Kopstheils, an die Kinder fällt (§. 506 Note 16, §. 508 Note 5), sehr an Wichtigkeit verloren. — Besteht der Ehegewinn nur in einem Nießbrauch, so verliert der Sichwiederverheirathende gar nichts. Nov. 22 c. 30 (anders im früheren Rechte, l. un. C. si secundo nupsit 5. 10). — Besonders für die Mutter, wenn der Ehegewinn in Mobilien besteht: l. 6 §. 1 C. h. t., Nov. 2 c. 4, 22 c. 45. Sintonis Anm. 2 a. E.

<sup>4</sup> Nov. 22 c. 26 §. 1.

<sup>5</sup> Ohne Rücksicht darauf, ob sie deren Erben geworden sind. L. 7 l. 8 pr. C. h. t., Nov. 22 c. 26. 26 §. 1. U. M. Pöhr S. 37, Vangerow Nr. I a, Sintonis Anm. 4, welche Nov. 22 c. 21 §. 1 (Note 8) hierher beziehen. — Stirbt ein Kind nach dem Anfall, so geht das ihm Anfallene auf seine Erben, wenn dieselben nicht Decedenten sind, nicht unbedingt über, sondern der Vater bez. die Mutter erhalten davon den soviellsten Theil, als ihnen im Ehevertrag für den Fall der Auflösung der Ehe ohne Kinder zugesichert ist. Nov. 2 c. 2, 22 c. 26 pr. Pöhr S. 39; anders Vangerow Nr. I a. 4.

<sup>6</sup> Nov. 2 c. 2, 22 c. 26.

<sup>7</sup> L. 4 C. h. t., Nov. 22 c. 29. Vgl. übrigens Note 3.

<sup>8</sup> L. 5 §. 2 l. 6 §. 3 l. 8 §. 1 C. h. t., Nov. 22 c. 20. 21. Aber die Enkel treten an die Stelle ihrer vorverstorbenen Aeltern nur dann, wenn sie deren Erben geworden sind, Nov. 22 c. 21 §. 1.

was er von dem Vermögen des früheren Ehegatten dadurch erworben hat, daß er gesetzlicher Erbe eines Kindes der früheren Ehe zugleich mit dessen Geschwistern geworden ist; erfolgt der Erbfall zur Zeit, wo er bereits wieder verheirathet ist, so erhält er von Anfang an nur den Nießbrauch<sup>9</sup>.

3. Der Sichwiederverheirathende kann dem neuen Ehegatten aus seinem Vermögen nicht Mehr zuwenden, als ein Kind der früheren Ehe, und wenn die Kinder der früheren Ehe nicht gleiche Theile erhalten, als das wenigstbekommende Kind der früheren Ehe erhält<sup>10</sup>. Das Juviel wird unter die Kinder der früheren Ehe zu gleichen Theilen vertheilt<sup>10</sup>. Kinder, welche sich eines Enterbungsgrundes schuldig gemacht haben, kommen auch hierbei nicht in Betracht<sup>10</sup>. Durch Minderung einer dem neuen Ehegatten einmal bestellten Dos oder Ehegeschenk kann das Recht der Kinder der früheren Ehe nicht verkürzt werden<sup>11</sup>.

4. Der Sichwiederverheirathende verliert das ihm sonst seinen Kindern gegenüber zustehende Vorrecht, daß er ihnen für herauszugebende Vermächtnisse keine Sicherheit zu leisten braucht<sup>12</sup>.

5. Die sich wieder verheirathende Mutter erleidet eine Beschränkung in dem Rechte, eine einem Kinde gemachte Schenkung wegen Undankbarkeit zu widerrufen<sup>13</sup>. Sie verliert ferner Erziehungsrcht<sup>14</sup> und Vormundschaft über die Kinder, und wenn sie zur zweiten Ehe schreitet, ohne denselben Rechnung gelegt,

<sup>9</sup> L. 5 C. ad SC. Tert. 6. 56, Nov. 2 c. 3, 22 c. 46. 47. Diese Gesetze reden nur von der Mutter, aber bloß deswegen, weil zur Zeit ihres Erlasses der Vater kein Intestaterbrecht neben den Geschwistern hatte. Der eigentliche Gedanke geht sehr bestimmt aus l. 10 C. Th. de mat. bon. 8. 18 hervor. X. M. Marejoli V S. 397 fg., und nach ihm Vangerow Nr. II (2). a. Für die Ausdehnung auf den Vater: Seuff. Arch. XVII. 254; darüber XI. 248. — Vgl. noch Seuff. Arch. I. 239.

<sup>10</sup> Nov. 22 c. 27. 28, vgl. l. 6 pr. l. 10 C. h. t. Glüß S. 147 fg., Vangerow Nr. I. b. Seuff. Arch. II. 63, VII. 61. 62. 204, IX. 43. 173, XIII. 98, XVI. 120 2. Hälfte, XVII. 63.

<sup>11</sup> L. 12 C. de don. a. n. 5. 3, Nov. 22 c. 31.

<sup>12</sup> L. 6 §. 1 C. ad SC. Treb. 6. 49, Nov. 22 c. 41. Eine engere Interpretation vertheidigt Marejoli V S. 372 fg. Vgl. Vangerow Nr. I. d. Sintonis Anm. 13.

<sup>13</sup> S. §. 367 Note 21.

<sup>14</sup> S. §. 514 Note 7.

und ihr Vermögen herausgegeben zu haben, so unterliegt sie den Strafen vorzeitiger Wiederverheirathung<sup>15</sup>. —

Diese Nachtheile können nicht durch Verfügung des vorversterbenden Ehegatten erlassen werden<sup>16</sup>.

### 7. Nachtheile vorzeitiger Wiederverheirathung\*.

§. 512.

Das römische Recht verhängt über die Frau, welche sich vor Ablauf des Trauerjahrs wiederverheirathet, folgende Nachtheile<sup>1</sup>: a) die Infamie; b) die Frau verliert Alles, was sie von dem früheren Mann erhalten hat, an dessen Kinder, Enkel, Aeltern, Großältern, Geschwister, den Fiscus; c) sie kann durch letztwillige Hinterlassung nichts erwerben, durch gesetzliche Vererbung nichts von Verwandten über den dritten Grad hinaus; d) sie kann dem neuen Ehegatten nicht Mehr, als ein Drittel ihres Vermögens zuwenden. Die heutige Geltung dieser Strafen ist aber sehr zweifelhaft und bestritten<sup>2</sup>.

<sup>15</sup> S. §. 484 Note 5, §. 437 Note 12.

<sup>16</sup> Man hat das Gegentheil behauptet wegen Nov. 2 c. 2 S. dawider namentlich Razer (Mejer) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. §. V. 7. Uebereinstimmend Senff. Arch. IX. 300.

\* Söld XXIV S. 189—202; Sintenis III S. 84, Bangerow I §. 227 Ann. 2.

<sup>1</sup> L. 11 §. 1—3 D. de his qui not. 3. 2, l. 1. 2 C. de sec. nupt. 5. 9, l. 4 C. ad SC. Tert. 6. 56, Nov. 22 c. 22. Dem Mann ist Eingehung einer Ehe innerhalb des Trauerjahrs nicht verboten, l. 9 pr. D. de his qui not. 3. 2, Nov. 22 c. 22. Der Grund, weshalb sie der Frau verboten ist, ist ein doppelter: einmal die Rücksicht auf den Anstand, sodann die Besorgniß vor Ungewißheit der Vaterschaft über ein von der Frau zu gebärendes Kind. Aus dem zweiten Grunde muß das Trauerjahr auch im Fall der Scheidung ausgehalten werden, und auch dann, wenn der verstorbene Mann aus einem besonderen Grunde nicht betrauert zu werden braucht, jedoch in diesem Falle nicht, wenn die Frau niedergelassen ist. L. 8 §. 4 l. 9 C. de repud. 5. 17, l. 11 §. 1—3 D. de his qui not. 3. 2. — Die Trauerzeit ist erst im Jahre 381 (l. 2 C. de sec. nupt. 5. 9) auf ein Jahr gesetzt worden; früher betrug sie nur 10 Monate.

<sup>2</sup> Es fragt sich: a) Stab sie nicht durch das canonische Recht abgeschafft? Das canonische Recht (c. 7 C. II qu. 3, c. 4. 5 X. de sec. nupt. 4. 21) hebt zwar unmittelbar nur die Strafe der Infamie auf, aber erklärt dabei die Ehe

Justinian hat diese Strafen auf die Frau ausgedehnt, welche innerhalb des Trauerjahrs ein uneheliches Kind gebiert<sup>3</sup>. Jedoch ist es auch für diesen Fall bestritten, ob diese Strafen heutzutage vollständig zur Anwendung gebracht werden dürfen<sup>4</sup>.

## Zweites Kapitel.

Das Verhältniß zwischen Aeltern und Kindern.

### I. Rechtliche Bedeutung.

#### A. Ueberhaupt.

§. 513.

Das Verhältniß zwischen Aeltern und Kindern steht, wie das eheliche, zunächst unter sittlichen Grundfäden, und die Rechtsregeln, welche sich auf dasselbe beziehen, haben auch hier im Ganzen und Großen keine andere Bedeutung, als die, daß durch sie das sittliche Wesen des Verhältnisses zum Ausdruck gebracht werden soll (I §. 41). Im ursprünglichen römischen Recht war die Auffassung des Verhältnisses zwischen Vater und Kind eine ganz andere; dem Vater wurde eine rein selbstnützige und in ihrem Umfang lediglich durch sein Interesse bestimmte Gewalt

innerhalb des Trauerjahrs im Allgemeinen für erlaubt. b) Steht nicht jedenfalls ein gemeines Gewohnheitsrecht entgegen? Vgl. einerseits: Söld S. 197 fg., Guypet Abhandl. S. 185 fg., Geiger Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX S. 223 fg., Arndts §. 418 Ann. 2; andererseits: v. Ehr Mag. f. RW. u. Gesetzg. III S. 520 fg., Sintenis Ann. 15, Bangerow Ann. 2 a. E.

<sup>3</sup> Nov. 39 c. 2. Vgl. übrigens Bangerow Ann. 2 Nr. 3.

<sup>4</sup> Es wird behauptet, daß sie auch für diesen Fall durch Gewohnheitsrecht mit Ausnahme des Verlustes des Ehegewinnes beseitigt worden seien. Vgl. Söld S. 201 Note 92, Buchta §. 429 a. E., Arndts §. 418 a. E.



über das Kind zugeschrieben<sup>1</sup>. Aber diese Auffassung ist bereits im Justinianischen Recht fast vollständig überwunden, und hat nur einzelne Spuren zurückgelassen, welche dann größtentheils auch in das heutige Recht übergegangen sind<sup>2</sup>. Das Verhältniß zwischen Mutter und Kind ist auch vom römischen Recht nie anders aufgefaßt worden, als in der zuvor bezeichneten Weise.

## B. Insbesondere:

### 1. In Betreff der Personen.

#### §. 514.

Nach der persönlichen Seite zeigt sich das Verhältniß zwischen Aeltern und Kindern in folgenden Punkten rechtlich wirksam.

1. Auf der Verpflichtung der Aeltern und Kinder zur Liebe gegen einander beruht ihre Unfähigkeit, Zeugniß gegen einander abzulegen<sup>3</sup>.

2. Die Verpflichtung der Kinder zur Ehrfurcht und Pietät<sup>4</sup> gegen die Aeltern hat rechtlichen Ausdruck in den Vorschriften gefunden: a) daß das Kind einen auf Arglist gestellten Anspruch gegen die Aeltern nur bis zum Belange der Bereicherung geltend machen kann<sup>5</sup>; b) daß es von den Aeltern nicht den Gefährde-

§. 513. <sup>1</sup> Der Vater durfte das Kind sogar tödten und als Vermögensobject verkaufen. Vgl. Gai. I. 55: — „quod ius proprium civium Romanorum est; fore enim nulli alii sunt homines, qui talem in filiis suos habent potestatem, qualem nos habemus“.

<sup>2</sup> Keine Geltung hat heutzutage die noch im Justinianischen Rechte anerkannte Befugniß des Vaters, sein neugeborenes Kind aus Noth zu verkaufen, l. 2 C. de patribus 4. 43. — Ueber die väterliche Gewalt im Allgemeinen vgl. den Aufsatz von Heimbach im Rep. XII S. 1 fg.; über die Auffassung des älteren deutschen Rechts Kraut Vormundsch. II S. 586 fg.

§. 514. <sup>1</sup> L. 6 C. de test. 4. 20. Ausnahmen: c. 3 X. qui matr. accus. possunt 4. 18. Baper Vorträge S. 795, Wegell Civilproz. §. 23 Note 12.

<sup>2</sup> L. 4 D. de cur. fur. 27. 10, l. 1. 9. 10 D. de obseq. 37. 15.

<sup>3</sup> L. 2 §. 1 l. 5 l. 6 l. 7 pr. §. 2 D. de obseq. 37. 15. Ausnahme bei schweren Injurien: l. 7 §. 3 D. de injur. 47. 10. Die Verhaftung auf die Bereicherung in allen Fällen ergibt sich aus l. 11 §. 1 l. 12 D. de dolo 4. 3. Das römische Recht schloß auch die actiones temporales aus, l. 11 §. 1 D. de dolo cit., l. 2 pr. l. 5 §. 1 D. de obseq. 37. 15 (vgl. I §. 56).

eid verlangen kann<sup>6</sup>; c) daß Aeltern gegen die Kinder die Rechtswohlthat der Lebensnothdurft zusteht<sup>7</sup>.

3. Die Aeltern haben über das Kind die Erziehungsgewalt, und zum Zweck der Handhabung derselben ein Züchtigungsrecht<sup>8</sup>. Die Erziehungsgewalt steht aber der Mutter bei Lebzeiten des Vaters nicht in Widerspruch mit demselben zu, und nach dem Tode des Vaters nur so lange, als sie nicht zur zweiten Ehe schreitet, und nur unter der Voraussetzung, daß der Vater über die Erziehung des Kindes nicht anderweitig verfügt hat<sup>9</sup>. Von der anderen Seite kann durch Richterspruch auch bei Lebzeiten des Vaters

<sup>3a</sup> L. 7 §. 3 D. de obseq. 37. 15. Vgl. l. 34 §. 4 D. de iurei. 12. 2, und dazu Arnolds §. 437 Num. 1.

<sup>4</sup> S. §. 267 Note 4 und l. 7 §. 1 D. de obseq. 37. 15. Vgl. §. 267 Note 14.

<sup>5</sup> Außer den hier genannten Sätzen gehört nach römischem Recht noch hierher das Verbot der in ius vocatio der Aeltern (und weiteren Ascendenten) ohne Erlaubniß der Gerichtsobrigkeit, dessen Verletzung mit einer Privatstrafe von 50 aurei geahndet wurde, l. 4 §. 1 sqq. l. 11. 12. 15. 24. 25 D. de in ius. voc. 2. 4. Dieses Verbot hatte seinen Grund in der Form der alten Privatklage, und es ist wohl nicht zu lähnen, anzunehmen, daß es mit dieser bereits im Justinianischen Recht seine Anwendbarkeit verloren habe. Vgl. l. 15 cit.: — „neque enim qui libellum principi vel praesidi dat, in ius vocare . . . videtur“, wo „vel praesidi“ interpolirt ist. Freilich stimmt hierzu nicht die Aufnahme der betreffenden Stellen in die Compilation, s. auch §. 12 l. de act. 4. 6, §. 3 l. de poen. tam. lit. 4. 16. Jedenfalls wird man zu sagen haben, daß, wenn das Gericht von dem betreffenden Verwandtschaftsverhältniß unterrichtet ist, in der Uebersetzung der Klageschrift schon die gehörige Erlaubniß liegt, vgl. l. 15 cit.: — „non dissimulato se libertum esse eius“. Vgl. Gild II S. 351 und die das. Ctt.

<sup>6</sup> Mehr als Erziehungsgewalt und Züchtigungsrecht gibt auch die römische patria potestas im Resultate der Entwicklung dem Vater nicht mehr. L. 3 C. de patr. pot. 8. 47, l. un. C. de emend. propinq. 9. 15. Der Vater kann aber zur Unterstützung seiner Autorität den Richter anrufen, damit derselbe mit Strafen gegen das Kind vorgehe, l. 3 cit., l. 9 §. 3 D. de off. proe. 1. 16. Vgl. übrigens auch Kraut Vormundsch. II S. 621—622, und über den Umfang der Erziehungsgewalt im Allgemeinen Burchardi Arch. f. civ. Pr. VIII S. 186 fg. Seuff. Arch. I 81, XII: 169.

<sup>7</sup> L. 1 C. ubi pup. 5. 49, Nov. 22 c. 38; l. 1 §. 10 D. de insp. voutre 25. 4, l. 1 §. 1 D. ubi pup. 27. 2; l. 7 D. de ann. leg. 33. 1. Die l. 1 §. 1 und l. 7 cit. geben jedoch der Obrigkeit das Recht, von der Verfügung des Vaters abzuweichen, wenn das Kind bei dem vom Vater bezeichneten Erzieher schlecht aufgehoben ist. Vgl. Burchardi a. a. O. S. 167 fg.

seine Erziehungsgewalt zu Gunsten der Mutter ausgeschlossen werden<sup>8</sup>. Auch im Fall der Scheidung können die Kinder dem Vater ab- und der Mutter zugesprochen werden, wobei vorzugsweise zu Gunsten des unschuldigen Theils zu entscheiden ist<sup>9</sup>. — Der Erziehungsgewalt der Aeltern entspricht eine Erziehungspflicht, welche sich aber rechtlich wirksam nur in der Verpflichtung zur Gewährung der zur Erziehung erforderlichen Vermögensmittel erweist<sup>10</sup>.

4. Kinder sollen ohne Zustimmung der Aeltern keine Ehe eingehen; jedoch ist der Mangel dieser Zustimmung kein Ungültigkeitsgrund<sup>11</sup>. Anders beim Verlöbniß; dasselbe ist ohne Zustimmung des Vaters nichtig<sup>12</sup>.

## 2. In Betreff des Vermögens.

### a. Ueberhaupt.

#### §. 515.

In vermögensrechtlicher Beziehung zeigt sich das Verhältniß zwischen Aeltern und Kindern als solches, d. h. abgesehen von der väterlichen Gewalt, wirksam in der gegenseitigen Alimentationsverbindlichkeit der Aeltern und Kinder, ferner in der Verpflichtung der Aeltern zur Erziehung und zur Ausstattung der Kinder. Von allen diesen Punkten ist bereits gehandelt worden (§. 475. 514. 498).

Weiter gehend ist die vermögensrechtliche Wirkung der väterlichen Gewalt<sup>1</sup>. Nach ursprünglichem römischem Recht konnte das

<sup>8</sup> L. 1 §. 3 l. 3 §. 5 D. de lib. exh. 48. 30.

<sup>9</sup> L. un. C. divorzio facto 5. 24. Nov. 117 c. 7. Burchardi a. a. O. S. 181—182, Garweg Arch. f. civ. Pr. XXI. 14, XXXII. 1, Sintenis III §. 140 Anm. 34. Senff. Arch. VI. 218, VIII. 269, XIV. 43.

<sup>10</sup> S. §. 475 Note 12.

<sup>11</sup> Cona. Trid. Sess. XXIV c. 1 de reform. matr. Richter Kirchenr. §. 254, Walter Kirchenr. §. 291. Römisches Recht: pr. I. de nupt. l. 10, l. 2 D. de R. N. 23. 2, l. 5 C. de nupt. 5. 4; l. 1. 20 C. eod.

<sup>12</sup> L. 7 §. 1 D. de spons. 23. 1. Richter Kirchenr. §. 271 Note 6. 7. Vgl. Glöck XXIII S. 88 fg. 54.

§. 515. <sup>1</sup> Von der väterlichen Gewalt wird hier repräsentativ gesprochen. Das Gleiche, wie für den Vater, gilt für den Großvater etc., in dessen Gewalt der Enkel etc. steht.

Kind in väterlicher Gewalt nichts Eigenes haben; vielmehr erwarb es Alles, was es erwarb, dem Vater<sup>2</sup>. Dieser Grundsatz ist im Justinianischen Recht durch so viele Ausnahmen durchbrochen, daß die Ausnahme zur Regel geworden ist. Der daraus hervorgegangene Rechtszustand ist im Folgenden (§. 516 fg.) näher dargestellt. —

Auf dem zuvor bezeichneten Grundsatz des ursprünglichen römischen Rechts beruhen in letzter Linie auch zwei andere Rechte des Vaters, welche sich aber später von diesem Grundsatz abgelöst haben, und deren nähere Darstellung anderen Zusammenhängen angehört: das Recht des Vaters, dem Kinde lehtwillig einen Vormund, und unter gewissen Voraussetzungen einen Erben zu ernennen (s. §. 433 und das Erbrecht).

### b. Recht des Vaters an dem Erwerbe des Kindes.

#### §. 516.

Der Rechtszustand, welcher in dieser Beziehung im Justinianischen Rechte gilt (§. 515), ist folgender.

1. An gewissen Erwerben hat der Vater gar kein Recht; sie fallen an das Kind, als wenn es der väterlichen Gewalt nicht unterworfen wäre<sup>1</sup>. Diese Erwerbe sind: der Erwerb auf Grund

<sup>2</sup> Gai. II. 86—89, Ulp. XIX. 18. 19. Das Kind war notwendiges Erwerbsergan des Vaters, — „patris voce loqui videtur“, §. 13 l. inut. stip. 3. 19, f. auch §. 4 l. eod., l. 42 D. de damno inf. 39. 2.

<sup>1</sup> Die römische Bezeichnung für diese Erwerbe hieß: peculium castrense §. 516. und quasi castrense (Note 2). Durch die Bezeichnung peculium werden sie aber als Vermögen des Vaters, nicht des Sohnes, charakterisirt (a. M. Marc. 3011 Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 63 fg., aber aus nicht stichhaltigen Gründen), und in der That waren sie doch bis zur Nov. 118, obgleich das Recht des Vaters sich nur (oder doch fast nur, s. l. 18 pr. §. 3 D. de castr. pec. 49. 17) in dem Falle wirksam erwies, wenn das Kind ohne Testament starb; sie wurden dann nicht vererbt, sondern der Vater zog sie als sein Vermögen ein. Pr. I. quib. non est perm. 2. 12; l. 4 §. 1 l. 12 l. 15 §. 1—4 l. 18 §. 1. 2 D. de castr. pec. 49. 17, l. 2. 3 C. eod. 12. 37, l. 3 §. 10 D. de min. 4. 4; l. 1. 2. 9. 14 l. 17 pr. l. 19 §. 3 D. de castr. pec., l. 5 C. eod., l. 18 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 1 §. 22 D. de coll. 37. 6 (f. aber auch pr. l. cit. vr. nullis liberis vel fratribus superstitibus, l. 34. C. de ep. et cler. 1. 3, und dazu Bangerow II S. 40—42, Schirmer Erbrecht I S. 180. 183). Seit diese Erwerbe durch die Nov. 118 der gewöhnlichen

des Kriegsdienstes<sup>2</sup>; der Erwerb aus einem Staats-<sup>3</sup> oder Hofamt<sup>4</sup>; der Erwerb auf Grund der Advokatur<sup>5</sup>; der Erwerb aus

Intestaterbfolge unterworfen worden, und dadurch wirkliches Vermögen des Kindes geworden sind, ist die Bezeichnung peculium für sie nicht mehr passend. Vgl. auch Note 10. — Neuere fassen das peculium castrense und quasi castrense unter dem Ausdruck peculium militare zusammen, — eine Bezeichnung, welche in l. 37 pr. C. de inoff. test. §. 28 einen Anhalt hat.

<sup>2</sup> Peculium castrense Dig. 49. 17 de castrensi peculio. Cod. 12. 37 de castruali peculio militum et praefectorum. — Zum pec. castrense gehört Alles, „quod . . . Alivestimilis in militia adquisit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset“, l. 11 D. h. t. L. 1 C. h. t.: — „quae in castris per occasionem militiae quaeruntur; in quibus sunt etiam hereditates eorum, qui non alias noti esse potuerunt, nisi per militiae occasionem“. S. noch l. 5. 6. 8 l. 16 §. 1 l. 19 pr. D. 1. 2. 4 C. h. t.; l. 15 §. 3 l. 19 §. 1 D. h. t. l. 1 l. 1 C. h. t. Nach positiver Bestimmung wird pec. castrense auch die Erbschaft der Ehefrau aus einem Testament, welches zu Gunsten des Haussohnes während seiner Dienstzeit errichtet worden ist, l. 18 l. 10 §. 1 D. h. t. Vgl. Marejoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 107—116. — Dem peculium castrense gegenüber bilden die unter dieser Nummer im Folgenden bezeichneten Erwerbe das peculium quasi castrense. Von dem letzteren handelt Marejoll a. a. O. S. 117—136. — Das pec. castrense ist so alt, wie die Kaiserzeit, pr. l. quid. non est perm. 2. 12. Die für das pec. quasi castrense im Folgenden citirten Stellen sind von Constantin und den folgenden Kaisern. Andererseits wird das pec. quasi castrense auch in den Digesten erwähnt: l. 32 §. 17 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 1 §. 6 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 3 §. 5 D. de B. P. 37. 1, l. 1 §. 15 D. de coll. 37. 6, l. 7 §. 6 D. de don. 89. 5, vgl. auch l. 52 §. 8 D. pro soc. 17. 2. Sind alle diese Stellen interpolirt? Dagegen Zimmermann Gesch. d. röm. Privatr. I. 2 §. 188 Note 1, Marejoll a. a. O. S. 78 fg. Ueber l. 50 D. ad SC. Treb. 36. 1 f. Note 8.

<sup>3</sup> L. an. C. de castrensi omnium palatinorum peculio 12. 31, l. 7 C. de off. eius l. 51, l. 6 C. h. t. 12. 37, l. 5 C. de silentiariis 12. 16, l. 37 C. de inoff. test. §. 28. Auch der Erwerb bloß „per occasionem“ des Amtes? Dagegen v. Pöhr Arch. f. Civ. Pr. X S. 177. 178; dagegen Marejoll a. a. O. S. 130—134, Sintenis a. a. O. Ann. 66, Bangerow I §. 235 Ann.

<sup>4</sup> L. an. C. de castrensi omnium palatinorum peculio 12. 31. Zu den hier genannten palatini gehören zwar nicht bloß, und nicht einmal vorzugsweise, aber doch auch Hofbeamte. Ueber den Umfang des pec. quasi castrense dieser Beamten besteht der gleiche Zweifel, wie bei den Staatsbeamten.

<sup>5</sup> L. 4 vgl. l. 14 C. de advocatis diversorum iudiciorum 2. 7. Hier ist ausdrücklich bestimmt, daß pec. quasi castrense werden solle, was die betreffenden Personen „ex huiusmodi professione vel ipsius occasione“ erworben haben. Vgl. auch l. 8 C. eod.

Geschenken des Landesherrn oder seiner Gemahlin<sup>6</sup>; der Erwerb eines Geistlichen<sup>7</sup>. — Bedarf das Kind eines Vormunds, so gebührt die Vormundschaft in Betreff dieser Erwerbe zunächst dem Vater; schlägt derselbe aus, so tritt obrigkeitliche Berufung ein<sup>8</sup>.

2. Andere Erwerbe<sup>10</sup> fallen an das Kind nur der Substanz

<sup>6</sup> L. 7 C. de bonis quae liberis 6. 61.

<sup>7</sup> Aller und jeder Erwerb des Geistlichen, nicht bloß der Erwerb aus dem geistlichen Amte oder aus Veranlassung desselben. Geistliche im Sinne dieser Vorschrift sind auch diejenigen, welche nur die niederen Weihen empfangen haben. L. 34 C. de ep. et cler. l. 3, Nor. 123 a. 19.

<sup>8</sup> Ein pec. quasi castrense nehmen Manche (Marejoll a. a. O. S. 81 fg., v. Buchholz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV S. 310 fg., Sintenis Ann. 64, Bangerow I §. 235 Ann.) auch im Falle der l. 50 D. ad SC. Treb. 36. 1 an. Dagegen mit Recht Arnolds §. 434 Ann., Schirmer röm. Erb. I S. 173 Note 134.

<sup>9</sup> L. 7 D. de cur. fur. 6. 70. Vgl. §. 432 Note 5.

<sup>10</sup> Cod. 6. 60 de bonis maternis et materni generis, — 6. 61 de bonis quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias acquiruntur, et eorum administratione. — Die Neuere bezeichnen diese Erwerbe als peculium adventitium. Der Ausdruck adventitium geht darauf, daß es sich hier um einen Erwerb handelt, welcher nicht aus dem Vermögen des Vaters, sondern anders woher kommt (Note 12), und hat in dieser Bedeutung, wenn er auch in der Verbindung mit peculium nicht quellenmäßig ist, doch gute Analogien für sich (dos adventicia, f.erner l. 28 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 36 pr. C. de inoff. test. §. 28, und vgl. auch l. 4 §. 1 D. de manum. 40. 1). Dagegen ist der Ausdruck peculium zur Bezeichnung der hier fraglichen Erwerbe nicht zu billigen, da es sich um ein Vermögen handelt, welches jedenfalls im Resultat der Entwicklung nicht Vermögen des Vaters, sondern Vermögen des Sohnes ist (vgl. Note 3). Wenn es in l. 3 C. de bon. quae lib. 6. 61 heißt: „ad liberos eorum easdem res iure hereditatis, non ad patres iure peculii transmittantur“, so ist das nichts als eine historische Reminiscenz (vgl. l. 1 §. 1 l. 2 C. Th. de mat. bon. 8. 18, und damit l. 1 C. de bon. mat. 6. 60). Abgesehen von der l. 3 C. cit. wird in der Justinianischen Compilation der Ausdruck peculium zur Bezeichnung der hier fraglichen Erwerbe überall mit Absichtlichkeit vermieden. Wenn man sich für das Gegentheil auf l. 37 pr. C. de inoff. test. §. 28 und pr. l. quib. non est perm. 2. 12 beruft, so ist es weder notwendig, in der ersten Stelle den Ausdruck peculium pagatum auf den adventitischen Erwerb mit zu beziehen, noch in der zweiten die Worte „exceptis videlicet iis“ auf „peculia“ zurückzubeziehen, und das „iis“ anders als substantivisch zu verstehen. Vgl. über die verschiedenen Ansichten einerseits Hugo im civ. Magazin v. 19 und VI. 4, andererseits Unterholzner Tab. lit. Zeitschr. v. S. 205—209,

nach, dagegen an den Vater zum Genuß<sup>11</sup>. Dieß ist der Fall bei jedem Erwerbe, welcher einerseits nicht von der unter Nr. 1 bezeichneten Art ist, andererseits nicht aus dem Vermögen des Vaters selbst gemacht wird (Nr. 3)<sup>12</sup>. Außerordentlicher Weise fällt auch

Marezoll a. a. O. S. 68 fg., Mißbrauch in der Fortf. von Oldi XXXV S. 190 Note 28, und aus der neuesten Zeit die schwer verständliche Ausführung von Diegel Jahrb. d. gem. R. III S. 60—68.

<sup>11</sup> Gewöhnlich sagt man: an das Kind zum Eigentum, an den Vater zum Nießbrauch, und diese Ausdrucksweise ist auch die der Quellen. Die hier gewählte empfiehlt sich aber mehr, aus dem doppelten Grunde: a) weil von Eigentum doch nur bei körperlichen Sachen, nicht bei anderen Vermögenssüden die Rede sein kann; b) weil das Genußrecht des Vaters nicht ohne Weiteres unter die für den Nießbrauch geltenden Regeln gestellt werden darf (§. 517 Nr. 1).

<sup>12</sup> In dieser Allgemeinheit hat zuletzt Justinian die Regel gestellt in l. 6 C. de bon. quae lib. 6. 61. „Si quis itaque filiusfamilias vel patris sui vel avi vel prouvi in potestate constitutus aliquid sibi adquisierit non ex eius substantia, cuius in potestate sit, sed ex aliis quibuscunque causis, quae ex liberalitate fortunae vel laboribus suis ad eum perveniant: eas suis parentibus non in plenum, sicut antea fuerat sanctum, sed usque ad usumfructum solum adquirat, et eorum ususfructus quidem apud patrem vel avum vel proavum, quorum in sacris sit constitutus, permaneat, dominium autem filiusfamilias inheredit . . . Exoptis castrensibus pecuniis . . . in his enim nihil innovamus, sed vetera iura intacta servamus; eodem observando etiam in his pecuniis, quae quasi castrensia pecunia ad instar castrensis pecuniae accesserunt“. S. auch §. 1 l. per quas pers. 2. 9. Vorher waren nur einzelne Erwerbe dem hier bezeichneten Rechte unterworfen: die bona materna und materni generis und das lucrum nuptiale, l. 1—4 C. de bon. mat. 6. 60, l. 1—5 C. de bon. quae lib. 6. 61. — Zum adventitischen Erwerb gehört nach der ausdrücklichen Bestimmung Justinian's auch was das Kind durch seine Arbeit erwirbt. Seuff. Arch. X. 60, XII. 166. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß das Kind nicht aus dem Vermögen des Vaters erworben habe, in welchem Falle dieser letztere Gesichtspunkt der entscheidende ist. Kann aber nicht in diesem Falle, sowie in jedem anderen, wo das Kind durch seine Arbeit den Vater bereichert hat, dasselbe Ertrag des Wertes seiner Arbeit fordern? Es ist zu sagen: a) da das Kind die Arbeit freiwillig geleistet, also den Vater willentlich bereichert hat, so steht ihm eine Ertragsforderung nur (§. 422) nach dem Gesichtspunkte der negotiorum gestio (§. 430) oder des stillschweigenden Vertrags (§. 399 Note 14, §. 404 Note 7) zu; b) der Vater ist besugt, gegen die vom Kinde im Hause nach Art des Hauses geleistete Arbeit die dem Kinde gewährte Alimentation aufzurechnen, welchem Satze l. 10 D. de obseq. 37. 15 nicht entgegensteht. Vgl. Marezoll a. a. O. S. 271 fg., Pfeiffer prakt. Ausführungen VII S. 156 fg., Kraut Vormundsch. II S. 638—640, Ein-

das Genußrecht des Vaters weg. Hiervon, sowie näher von dem in dem einen und dem anderen Fall stattfindenden Rechtsverhältnisse, im folgenden §.<sup>13</sup>

3. Erwerbe aus dem Vermögen des Vaters fallen auch nach neuestem Recht ganz an den Vater, nicht an das Kind<sup>14</sup>. Daher sind namentlich Zuwendungen, welche der Vater dem Kinde aus seinem Vermögen macht, ohne rechtlichen Bestand<sup>15</sup>. Ausgenommen ist nach heutigem Recht, was der Vater dem Kinde zur Begründung einer selbständigen Wirthschaft, und was er ihm zum Zweck der Absichtung gibt; nicht aber die gewöhnliche Schenkung<sup>16</sup>. Doch wird die Schenkung dadurch, daß der Vater sie bei der Emancipation nicht zurücknimmt, oder bis zu seinem Tode nicht widerruft, rückwärts gültig<sup>17</sup>.

tenis III §. 141 Anm. 16. Seuff. Arch. I. 354, VII. 196, VIII. 59, IX. 174, XV. 135. — Ueber andere Fragen, welche auf den Umfang des adventitischen Erwerbes Bezug haben, s. Marezoll a. a. O. S. 260 fg. 264 fg. 276 fg. 280 fg. Vangerow I §. 236 Anm. 1, und vgl. im Allgemeinen auch noch Seuff. Arch. III. 271.

<sup>13</sup> Es kann auch abgesehen von der väterlichen Gewalt vorkommen, daß ein Vermögenssüde an den Vater zu Nießbrauch, an das Kind zu Eigentum fällt, s. J. B. Nov. 22. c. 23, 98 e. 1 (127 e. 3), 98 e. 2, 117 e. 8. Für diesen Fall gelten natürlich die besonderen Grundsätze vom adventitischen Erwerb nicht, selbst dann nicht, wenn im gegebenen Fall das Kind der väterlichen Gewalt unterworfen ist. Marezoll a. a. O. S. 249 fg., Vangerow I §. 236 Anm. 1.

<sup>14</sup> L. 6 pr. C. de bon. quae lib. 6. 61, §. 1 l. per quas pers. 2. 9.

<sup>15</sup> L. 1 §. 1 D. pro don. 41. 6; l. 11. 17 C. de don. 8. 54.

<sup>16</sup> S. §. 484 Note 2 und 4.

<sup>17</sup> a) Nichtzurücknahme bei der Emancipation: l. 31 §. 2 D. de don. 39. 5, l. 17 C. de don. 8. 54. b) Nichtwiderruf bis zum Tode: l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16, l. 6 §. 2 C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 18 pr. C. fam. here. 3. 36, l. 3 C. de inoff. don. 3. 29; Paul. S. R. V. 11 §. 3, Vat. fr. 274. 277. 278. 281. Dieser letztere Satz hat im römischen Recht nicht von jeher gegolten, und ist wahrscheinlich erst unter dem Einfluß der entsprechenden Bestimmung für die Schenkung unter Ehegatten (§. 509 Nr. 4) zur Anerkennung gelangt. Das ältere Recht in: l. 2 §. 2 D. pro her. 41. 5, l. 1 §. 1 l. 4 D. pro don. 41. 6, Vat. fr. 294—296. Ueber l. 13 C. de coll. 6. 20 s. Vangerow II S. 449—451 und die das. Citirten. c) Convalescenz nach rückwärts: l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16. Allerdings hat diese Stelle zunächst nur den Fall des Todes im Auge; aber der Grund ihrer Entscheidung ist doch der in der Nichtzurücknahme enthaltene Bestätigungswille. — Vgl. über das Ganze v. b. Pistorien Abhandlungen S. 187—204.

4. Schlägt das Kind einen ihm angebotenen Erwerb aus, so kann der Vater denselben für sich machen<sup>18</sup>.

## §. 517\*.

Die für das im vorigen §. unter Nr. 2 bezeichnete adventicische Vermögen geltenden näheren Grundsätze sind folgende.

1. Das Genußrecht, welches dem Vater an dem adventicischen Vermögen zusteht, ist ein Genußrecht nicht nach Art des Nießbrauches, sondern ein Genußrecht nach Art des dem Eigentümer zustehenden Genußrechtes<sup>1</sup>. Daher ist der Vater weder an die dem Nießbraucher bei der Ausübung seines Rechts gezogenen Schranken<sup>2</sup> gebunden<sup>3</sup>, noch zu der dem Nießbraucher obliegenden Sicherheitsleistung verpflichtet<sup>4</sup>. Ebensovienig kann

<sup>18</sup> Nach Justinian's Bestimmung in l. 8 pr. §. 1. 2 C. de bon. quae lib. 6. 61. Der Satz gilt nicht bloß für Erbschaften, auf welche man ihn oft beschränkt, sondern für jeden Erwerb überhaupt. „Sanctimus igitur in omnibus rebus, quae effugiant quidem dominii acquisitionem, sed usufructus tantummodo patri offertur“. Sobann: — „nulla actione neque contra patrem danda, ubi adversus eius voluntatem filius hereditatem vel legatum vel fideicommissum vel aliquid quidquam ex quocunque titulo sive donationis sive contractus alterius sibi acquirere maluerit, neque adversus filium simili modo actione extendenda, ubi recusante eo pater sua auctoritate haec sibi vindicat“. Marejoll a. a. O. S. 101.

\* Die hierher gehörigen Titel sind bei §. 516 Note 10 angegeben. — Marejoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 92 fg. 285 fg. 362 fg. Bangerow I §. 286. 287, Sintonis III S. 142—152.

<sup>1</sup> L. 1 C. de bon. mat. 6. 60: — „atque ita omnia agere tamquam solidum perfectumque dominium eis adquisitam fuisset“. L. 6 §. 2 C. de bon. quae lib. 6. 61: — „tantummodo alienatione vel hypotheca suo nomine patribus denegata, rerum habeat parens plenissimam potestatem uti fruique his rebus . . . et gubernatio earum sit penitus impunita, et nullo modo audeat illiusfamilias . . . votare eum . . . easdem res tenere aut quomodo voluerit gubernare . . .“. Ursprünglich war das Recht des Vaters wirklich Eigentumsrecht, l. 1. 2 C. Th. de mat. bon. 8. 18. Marejoll S. 285 fg. — Haben die Kinder gegen Verfügungen des Vaters über sein Genußrecht ein Einspruchsrecht auf Grund ihrer Alimentationsberechtigung? Seuff. Arch. III. 338. 342 a. G., V. 296.

<sup>2</sup> S. I §. 208 Note 12—14.

<sup>3</sup> Marejoll S. 369—371.

<sup>4</sup> L. 8 §. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61: — „paterna reverentia eum excu-

von dem Vater verlangt werden, daß er seine Verwaltung durch Rechnungslegung rechtfertige<sup>5</sup>, woraus jedoch nicht folgt, daß er nicht nach Beendigung seines Rechts von dem Kinde in Anspruch genommen werden könnte, wenn dieses ihm einen Verstoß gegen die Pflichten ordentlicher Vermögensverwaltung nachzuweisen im Stande ist<sup>6</sup>. Wegen grober Verletzung dieser Pflichten kann die Verwaltung dem Vater sogar ganz entzogen, und einem Vormunde übertragen werden<sup>7</sup>. An die Zustimmung des Kindes ist der Vater nur in dem einen Fall gebunden<sup>8</sup>, daß er zum Zweck der Realisirung eines adventicischen Erwerbes oder der Abweisung eines aus demselben von einem Dritten abgeleiteten Anspruchs einen Prozeß zu führen hat; jedoch wird auch in diesem Falle vorausgesetzt, daß das Kind das Alter der Geschlechtsreife erreicht habe, und nicht abwesend sei<sup>9</sup>.

sante et a ratiociniis et a cautionibus et ab aliis omnibus, quae ab usufructuaris extraneis a legibus exiguntur . . .“. Seuff. Arch. III. 337. Der Vater ist daher auch nicht zur Errichtung eines Inventars verbunden. Marejoll S. 390. Seuff. Arch. XII. 44, XVII. 258.

<sup>6</sup> L. 1 C. de bon. mat. 6. 60. — „Parentes autem, penes quos maternas rerum utendi fructuque potestas est, omnem debent tuendae rei diligentiam adhibere“. L. 8 §. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61: — „Quodsi pater hoc facere supersederit, ipse usuras vel ex redditibus vel ex substantia sua omnimodo dare compelletur“. — Und ferner: — „et omnia circa usufructum facere, quae nullo modo proprietatem possint deteriorem facere . . .“. — Marejoll S. 388 fg. und nach ihm Bangerow I §. 286 Anm. 2 Nr. 2 sub der Ansicht, daß der Vater nur in Betreff der bona materna und maternal generis und des lucrum nuptiale zur Prästation von omnia diligentia juristisch verpflichtet, dagegen seine Verpflichtung in Betreff des sonstigen adventicischen Erwerbes lediglich eine moralische sei. Ihr Hauptgrund ist: weil sich eine Verhaftung für omnia culpa und Befreiung von Rechnungslegung (Note 4) nicht mit einander vertragen. Ich wüßte nicht, was hier im Text bezeichneten Vereinigung entgegenstände. Andere (Puchta §. 436 f., Sintonis a. a. O. Anm. 33, Krudts §. 432 Anm. 2) suchen die Vereinigung darin, daß sie die Befreiung von der Verpflichtung zur Rechnungslegung nur auf die Zeit des Bestehens der väterlichen Gewalt beziehen.

<sup>5</sup> Arg. l. 13 §. 1 C. de sent. pass. 9. 51. Sicut XIV S. 383, Sintonis a. a. O. Anm. 52. Seuff. Arch. III. 336, VII. 198, vgl. III. 342. A. M. v. Eßhr. Arch. für civ. Pr. VII S. 268 Anm. 10 u. X S. 179, Marejoll S. 426, Bangerow S. 443. Seuff. Arch. II. 306. Natürlich verliert aber der Vater in diesem Fall nicht auch den Anspruch auf die Einkünfte.

<sup>6</sup> Vgl. im Uebrigen l. 6 §. 2 C. de bon. quae lib. 6. 61 (Note 1).

<sup>7</sup> L. 8 §. 3 C. de bon. quae lib. 6. 61. Marejoll S. 373—388 und

2. Ueber die Substanz des adventicischen Vermögens kann der Vater nicht verfügen; Veräußerungen, welche er mit demselben vornimmt, sind nichtig<sup>8</sup>, und das Kind kann nach Beendigung des väterlichen Rechts die Nichtigkeit derselben geltend machen<sup>9</sup>, ohne daß ihm aus der bis dahin abgelaufenen Zeit eine Verjährung entgegengesetzt werden könnte<sup>10</sup>. Ausnahmsweise ist dem Vater die Veräußerung gestattet: a) bei Sachen, welche dem Untergang ausgesetzt oder unnütz sind<sup>11</sup>; b) zur Abtragung von Schulden und Lasten, welche das Kind mit dem Erwerbe überkommen hat<sup>12</sup>, vorausgesetzt, daß sie nicht in periodisch

Vangerow I §. 236 Anm. 2 Nr. 3 sind der Ansicht, daß diese Stelle nur Prozesse über die Erbschaft selbst (von welchem Erwerbe in der genannten Stelle vorzugsweise die Rede ist) im Sinne habe, wie z. B. *querela inofficiosa testamenti*, *actio familias hereditariae*, *hereditatis petitio*, während umgekehrt die Klagen (von *Reueren* s. Puchta §. 436 g, *Arabis* §. 432 Anm. 3, *Sintenis a. a. O.* Anm. 35) die Vorschrift der Stelle von allen Prozessen überhaupt verstehen. Nach meiner Meinung bezieht sie sich allerdings auf die zuvor erwähnten Klagen, aber z. B. auch auf eine *ereditio actio venditi* oder *rei vindicatio*, nicht aber z. B. auf die *actio locati* aus einem vom Vater abgeschlossenen Mietvertrag. Vgl. *Seuff. Arch.* III. 272, 273, XIII. 266.

<sup>8</sup> L. 1. 2 O. de bon. mat. G. 60, 1. 4 l. 6 §. 2 l. 8 §. 5 O. de bon. quaes. lib. G. 61. Diese Gesetze haben im Einzelnen nur Uebertragung des Eigenthums und Verpfändung im Auge; aber es ist keiner Frage unterworfen, daß in ihrem Sinne dem Vater auch jede Bestellung eines andern dinglichen Rechts, sowie jede Rechtsaufgabe überhaupt, unterfällt. In Betreff der Forderungen verschiedene Ansichten in den Urtheilen bei *Seuff. Arch.* II. 807, X. 181, XIV. 100; XVII. 65. Verzicht auf Erbansprüche: das. VI. 228, VII. 65.

<sup>9</sup> Ueber die Frage, ob auch der Vater selbst die Nichtigkeit der Veräußerung geltend machen könne, s. I §. 172<sup>a</sup> Note 2.

<sup>10</sup> S. I §. 109 Note 5, §. 182 Note 12.

<sup>11</sup> L. 8 §. 5 O. de bon. quaes. lib. G. 61: — „*exceptis videlicet rebus mobilibus vel immobilibus illis, quae onerosae hereditati sunt vel quocunque omdo damnosae*“.

<sup>12</sup> L. 8 §. 4 O. de bon. quaes. lib. G. 61. Diese Stelle spricht zunächst nur von Erbschaften, welche dem Kinde anfallen, aber daß sie für jeden Erwerb überhaupt verfügen will, zeigt das *princ.* Zum Zweck der Abtragung neu gemachter Schulden ist dem Vater die Veräußerung nicht gestattet; er soll eben solche Schulden nicht machen. Vgl. übrigens auch *Fritz Arch. f. civ. Pr.* XI S. 30. Ueber das Pfandungsverhältnis, wenn bei Schulden der ersten Art auch ein *pec. adventicium extraordinarium* oder *castrans* oder *quasi castrans* vorhanden ist, vgl. den s. das. S. 37—41.

wiederkehrenden Leistungen bestehen, in welchem Fall der Vater sie aus den Einkünften bestreiten muß<sup>13, 14</sup>. — Andererseits ist auch das Kind zu Veräußerungen des adventicischen Vermögens nicht anders als mit Einwilligung des Vaters befugt<sup>15</sup>, und zu legwilligen Verfügungen nicht einmal mit dieser<sup>16</sup>.

3. Das Genußrecht des Vaters fällt weg<sup>17</sup>: a) wenn dem Kinde von einem Dritten etwas mit dieser Bestimmung zugewendet wird<sup>18</sup>; b) wenn der Vater zu einem von dem Kinde zu machenden Erwerb seine Zustimmung verweigert<sup>19</sup>; c) wenn das Kind mit dem Vater zusammen gesetzlicher Erbe eines Geschwisters wird<sup>20</sup>. — In diesen Fällen hat das Kind das Erworbene zu vollem Recht<sup>21</sup>; nur kann es darüber nicht legwillig verfügen<sup>22</sup>,

<sup>13</sup> L. 8 §. 4 O. cit.: — „*si quidem tales redditus sunt, qui sufficient ad annalia legata, pater ex huiusmodi redditibus hoc dependere compellitur*“.

<sup>14</sup> Daß der Vater auch durch die Zustimmung des Kindes die Befugnis zu Veräußerungen erlangt, sagen die Quellen nicht ausdrücklich, weil sie es als selbstverständlich voraussetzen. Die Gründe, aus welchen *Marezoll S. 405* ff. und *Vangerow S. 439* diesen Satz leugnen, halte ich nicht für sichhaltig. Vorausgesetzt wird natürlich Handlungsfähigkeit des Kindes, oder Ergänzung derselben, wie sie bei einem nicht unter väterlicher Gewalt Stehenden erforderlich sein würde. Für die hier verteidigte Meinung auch *Seuff. Arch.* VIII. 60. — Das Erkenntniß bei *Seuff. Arch.* III. 335 nimmt an, daß dem Vater auch dann Veräußerung erlaubt sei, wenn sie dem Kinde zu „merklichem Nutzen“ gereiche.

<sup>15</sup> L. 8 §. 5 O. de bon. quaes. lib. G. 61. Daher haftet auch das adventicische Vermögen nicht für die von dem Kinde neu gemachten Schulden. *Fritz Arch. f. civ. Pr.* XI S. 29, vgl. aber auch S. 31.

<sup>16</sup> L. 8 §. 5 O. cit., l. 11. 12 O. qui test. G. 22.

<sup>17</sup> S. g. *peculium adventicium extraordinarium* oder *irregulare*. *Marezoll S. 409—446*, v. *Buchholz* *Zeitschr. f. Civ. u. Pr.* XIV. 11, *Vangerow I §. 237*.

<sup>18</sup> *Nov.* 117 c. 1. *Seuff. Arch.* III. 71. 343, XII. 43.

<sup>19</sup> L. 8 pr. O. de bon. quaes. lib. G. 61.

<sup>20</sup> *Nov.* 118 c. 2. — S. noch §. 509 Note 2 a. E. — Ueber die, jedenfalls heutzutage unpraktische, *Nov.* 134 c. 11 f. *Marezoll S. 418—423*, v. *Buchholz S. 303—309*. — Viele lassen auch in dem Falle der l. 50 D. ad SC. Treb. 36. 1 ein *pec. adventicium extraordinarium* entstehen; vgl. §. 516 Note 8. — Ueber noch andere Fälle desselben, welche man aufgestellt hat, s. *Marezoll S. 423—426*, v. *Buchholz S. 310—333*, *Vangerow S. 443*, *Sintenis Anm. 47*.

<sup>21</sup> Daßer kann das *pec. adventicium extraordinarium* auch wegen der Schulden des Kindes angegriffen werden. Rechtsverhältnis den Gläubigern

und im zweiten der genannten Fälle ist ihm auch zur Prozeßführung die väterliche Zustimmung in dem oben bei Nr. 1 z. E. angeführten Maße erforderlich, so jedoch, daß der Vater zu dieser Zustimmung richterlich genöthigt werden kann<sup>22</sup>. Bedarf das Kind eines Vormundes, so ist im ersten Falle zunächst darauf zu sehen, ob nicht der Zuwendende einen Vermögensverwalter bezeichnet hat; ist dieß nicht der Fall, oder lehnt der Bezeichnete ab, so hat die Obrigkeit in der Ernennung des Vormundes freie Hand<sup>24</sup>. In den beiden letzten Fällen wird zunächst der Vater zur Vormundschaft berufen; lehnt derselbe ab, so tritt obrigkeitliche Berufung ein<sup>25</sup>.

### c. Einräumung eines Sondergutes.

#### §. 518.

Wenn der Vater dem Kinde etwas aus seinem Vermögen zum factisch selbständigen Haben überläßt<sup>1</sup>, so haftet er aus den

gegenüber, wenn das Kind zugleich ein pec. castrans oder quasi castrans hat: Frig. Arch. f. civ. Pr. XI S. 34—37. — Vgl. noch Seuff. Arch. XII. 44.

<sup>22</sup> Doch ist dieser Punkt bestritten. Vgl. Wangerow III §. 428 Anm. Nr. II und die daselbst Citirten.

<sup>23</sup> L. 8 pr. C. de bon. quas lib. 6. 61, welche Stelle nothwendigerweise denselben Sinn haben muß, wie §. 3 eod. (Note 7). Auch hier sind übrigens die Ansichten verschieden. S. auf der einen Seite Marezoll S. 442, Wangerow I §. 297 Anm. 2 Nr. 2, Sententis a. a. D. Anm. 50, auf der anderen v. Pöhr. Arch. f. civ. Pr. XI S. 180, v. Buchholz S. 285.

<sup>24</sup> Nov. 117 c. 1. Der Zuwendende kann ausnahmsweise auch die verheiratete Mutter und Großmutter durch seine Bezeichnung zur Vormundschaft fähig machen. S. jedoch auch Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVI S. 81—86. Sententis Anm. 62 läßt, wenn der Zuwendende keine Bestimmung getroffen hat oder der Ernannte ausschlägt, den Vater als Vormund eintreten, mit Berufung auf l. 7 pr. C. de eur. fur. 5. 70; aber Nov. 117 c. 1 cit. spricht zu bestimmt. Vgl. noch Seuff. Arch. III. 344.

<sup>25</sup> L. 8 §. 1 C. de bon. quas lib. 6. 61, l. 7 pr. C. de eur. fur. 5. 70. Vgl. §. 482 Note 6.

§. 518. <sup>1</sup> Das eigentliche peculium, das einzige vor der Entstehung des pec. castrans oder quasi castrans (§. 516 Note 2), von den Neuten im Gegensatz zu dem f. g. peculium adventitium (§. 516 Note 10) peculium profectitium genannt. — Ueber die Ansicht, daß die römischen Grundsätze über dieses peculium heutzutage unanwendbar seien, f. §. 484 Note 4.

Verpflichtungen des Kindes bis zum Belange des Ueberlassenen. Hiervon ist bereits in §. 484 gehandelt worden. Dagegen ist das Kind zu Veräußerungen des Ueberlassenen nicht ohne Weiteres befugt<sup>2</sup>; es bedarf dazu einer besonderen Gestattung des Vaters. Dieselbe kann aber auch stillschweigend gegeben werden, und liegt namentlich in der Einräumung der Verwaltung des Ueberlassenen<sup>3</sup>; nur wird eine solche Einräumung regelmäßig nicht dahin ausgelegt werden dürfen, daß dem Kinde auch Schenkungen erlaubt sein sollen<sup>4</sup>. — Andere rechtliche Wirkungen der Ueberlassung eines Sondergutes sind:

1) daß der Vater durch das Kind ohne sein Wissen und Willen Besitz erwirbt<sup>5</sup>;

2) daß das Sondergut dem Kinde als eigenes Vermögen bleibt, wenn der Vater es bei der Emancipation nicht zurücknimmt<sup>6</sup>; und ebenso

<sup>2</sup> Vgl. hierzu und zum Folgenden überhaupt Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. V S. 200 fg. 232 fg.

<sup>3</sup> L. 46 D. de pec. 15. 1, l. 48 §. 1 eod., l. 28 §. 2 D. de pact. 2. 14, l. 34 pr. (vgl. l. 16. 23. 25) D. de nov. 46. 2, l. 84 D. de sol. 46. 3, l. 52 §. 26 D. de fart. 47. 2, l. 10 C. quod cum eo 4. 26. Wenn in einigen dieser Stellen als Voraussetzung der Veräußerungsbefugniß nicht „administratio“ überhaupt, sondern „libera administratio“ bezeichnet wird, so soll damit nur gesagt sein, daß bei der Einräumung der Verwaltung der Veräußerungsbefugniß nicht ausdrücklich mißgefallen entzogen worden sein. In anderen Stellen wird denn auch von administratio schlechthin, in noch anderen von administratio und libera administratio abwechselnd gesprochen. S. z. B. l. 28 §. 2 D. de pact. 2. 14, l. 3 §. 2 D. de 80<sup>o</sup> Mac. 14. 6, l. 48 D. de pec. 15. 1. — Auch die Einräumung der Verwaltung selbst kann stillschweigend geschehen. L. 7 §. 1 D. de pec. 15. 1 steht nicht entgegen; diese Stelle will nur sagen, daß die Einräumung der Verwaltung eine Willenserklärung überhaupt voraussetze. Vgl. auch §. 354 Note 15.

<sup>4</sup> L. 28 §. 2 D. de pact. 2. 14, l. 1 §. 1 D. quae res pign. 20. 2, l. 7 pr. — §. 5 D. de don. 39. 5, l. 52 §. 16 D. de fart. 47. 2. Regelmäßig: l. 7 §. 1. 3 D. de don. 39. 5. Den Schenkungen stehen gleich andere Veräußerungen, durch welche ein bloßer Vermögensverlust herbeigeführt wird: l. 3 §. 2 D. de 80<sup>o</sup> Mac. 14. 6.

<sup>5</sup> S. I §. 155 Note 11. D. h. näher: es wird dem Vater aus dem Besitz des Kindes das Besitzrecht gegeben (I §. 148 Note 10).

<sup>6</sup> Dieser Satz wird durch die gewöhnlich dafür angeführten l. 31 §. 2 D. de don. 39. 5 und l. 17 C. eod. 8. 54 nicht bewiesen: diese Stellen sprechen nur von der Convalidirung der Schenkung durch Nichtzurücknahme



3) wenn das Vermögen des Vaters vom Fiskus wegen Schulden mit Beschlagnahme belegt wird.<sup>7, 8</sup>

d. Rechtsgeschäfte und andere juristische Thatfachen zwischen Vater und Kind.

### §. 519.

Eine Folge der im ursprünglichen römischen Rechte geltenden Vermögensunsfähigkeit des Kindes in väterlicher Gewalt war auch die, daß weder durch Rechtsgeschäfte noch durch andere juristische Thatfachen eigentliche Rechtsverhältnisse zwischen dem Vater und dem Kinde erzeugt werden konnten<sup>1</sup>; bloß im natürlichen Sinne konnte von einer Verbindlichkeit zwischen ihnen die Rede sein<sup>2</sup>, und nur in außerordentlichen Fällen griff die Gerichtsobrigkeit

der Schenkung bez. des Peculium (vgl. §. 484 Note 1. 4 a. E.). Aber er folgt aus der Analogie des bei der Freilassung eines Sklaven geltenden (§. 20 I. de leg. 2. 20, l. 53 D. de pec. 15. 1, Vat. fr. 261), und ist direct anerkannt in Vat. fr. 260. Die Beschränkung in Betreff der Ansprüche, welche l. 53 cit. und Vat. fr. 260 hinzusetzen, hat nur historische Bedeutung (§. 329 Note 6). — Nichtjuristische Beschränkung des peculium bis zum Tode des Vaters bewirkt nur, daß die dem Kinde vom Vater gemachte Schenkung (derjenige Theil des peculium, welcher es durch Schenkung des Vaters an das Kind erworben ist) an das Kind fällt, s. §. 516 Note 17 und l. 12 C. de coll. 6. 20, §. 20 I. de leg. 2. 20, Vat. fr. 261. *Marejoll a. a. D. S. 241 fg.*

<sup>7</sup> L. 8 §. 4 D. de min. 4. 4. *Kämmerer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV. 4, Marejoll a. a. D. S. 244 fg.*

<sup>8</sup> Eine fernere in diesen Zusammenhang gehörige, aber heutzutage nicht mehr anwendbare Bestimmung in Nov. 81 c. 1. *Marejoll Arch. f. civ. Pr. VII S. 281—284.*

g. 519. <sup>1</sup> §. 6 I. de inat. stip. 3. 19, l. 2 pr. D. de contr. omt. 18. 1, l. 50 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 7 D. de O. et A. 44. 7, l. 16 l. 17 pr. D. de furt. 47. 2. Das Kind konnte dem Vater gegenüber nicht berechtigt sein, weil es überhaupt nicht berechtigt sein konnte; es konnte dem Vater gegenüber nicht verpflichtet sein, weil sein Wille bereits in seiner Totalität dem Vater unterworfen war. S. über die verschiedenen Auffassungen: v. d. Pfordten Abhandlungen S. 113 fg., *Rudorff krit. Jahrb. f. deutsche RW. 1842 S. 17 fg.*, *Schwauert Naturalobligat. S. 311 fg.*, *Sentenis III §. 141 Ann. 3.*

<sup>2</sup> S. unten Nr. 2.

kraft ihrer Machtvollkommenheit auch zwangsweise ein<sup>3</sup>. Ebenso wenig war ein Rechtsstreit zwischen Vater und Kind möglich<sup>4</sup>. — Mit der Anerkennung der Vermögensfähigkeit des Kindes ist auch diese Folge weggefallen. Rechtsgeschäfte und andere juristische Thatfachen haben jetzt der Regel nach zwischen Vater und Kind die gleiche Wirkung, wie zwischen Personen, welche durch väterliche Gewalt nicht verbunden sind<sup>5</sup>, und nur folgende Ausnahmen gelten.

1. Rechtsgeschäfte und andere juristische Thatfachen, welche darauf gerichtet sind, das Kind aus dem Vermögen des Vaters schlechthin reicher zu machen, erzeugen gar keine juristische Wir-

<sup>3</sup> L. 5 §. 1 D. de agnos. 25. 3, l. 19 D. de R. N. 23. 2. Vgl. l. 16 §. 11 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 32 pr. l. 33 D. de adopt. 1. 7, l. 92 D. de cond. 35. 1; l. 16 D. de ann. 33. 1, l. 17 D. de alim. 84. 1.

<sup>4</sup> L. 4. 11 D. de iud. 5. 1, l. 7 §. 3 D. de iniur. 47. 10.

<sup>5</sup> Dieß ist in den Quellen ausdrücklich anerkannt für das peculium castrense, l. 4 D. de iud. 5. 1, l. 2 pr. D. de contr. omt. 18. 1, l. 42 §. 3 D. de acq. her. 29. 2, l. 52 §. 4—6 D. de furt. 47. 2, l. 15 §. 1. 2 D. de castr. pec. 49. 17, l. 2 D. de SC. Mac. 14. 6. Es ist zwar nicht anerkannt für den adventitischen Erwerb; aber der Grund davon kann nur in der Nachlässigkeit der Compiler, oder darin gefunden werden, daß sie die Mühe der Aenderung gespart haben. In der That ist nach dem neuesten römischen Recht das Kind in väterlicher Gewalt als solches, abgesehen von Ausnahmefällen, ganz in gleichem Grade vermögensfähig, wie es in früherer Zeit nur der *Aliusfamilias miles* war, — ja in noch höherem Grade, da ja das pec. castrense der Strenge des Rechtes nach nicht aufhörte, Vermögen des Vaters zu sein; folglich müssen auch Rechtsverhältnisse zwischen dem Kinde als solchem und dem Vater in derselben Weise möglich sein, wie sie bereits früher zwischen dem *Aliusfamilias miles* und dem Vater möglich waren. Man darf auch nicht entgegenen, daß nach neuestem Recht zwischen dem Vater und dem Kinde als solchem Rechtsverhältnisse jedenfalls nur ex causa adventicia möglich seien, wie früher zwischen dem Vater und dem *Aliusfamilias miles* nur ex causa castrensi (l. 15 §. 1. 2 D. de castr. pec. 47. 17); denn causa adventicia ist eben eine jede, die nicht castrensis oder ex re patris ist (Note 6). Uebrigens hat auch das römische Recht die Nothwendigkeit der causa castrensis für den *Aliusfamilias miles* in Betreff der Verpflichtungen desselben nicht festgehalten, l. 52 §. 5 D. de furt. 47. 2. — Das hier Gesagte ist jedoch weit davon entfernt, allgemein anerkannt zu sein. Anders, und unter den Gelehrten wohl die Meisten, bleiben bei dem unmittelbaren Inhalt des römischen Rechts stehen. S. die Citate §. 289 Note 27. Aus der Praxis: *Seuff. Arch. I. 353, XIV. 44, XVII. 255; III. 33, XIII. 267; VII. 195, IX. 44, XXXI, XV. 30. Kierulff Sammlung der Entscheidungen des OAG. zu Alstedt I S. 109 (88).*

tung<sup>9</sup>. Doch kann in dem Abschluß eines Rechtsgeschäfts zu dem bezeichneten Zwecke möglicherweise die Einräumung eines Sondergutes, oder die Vermehrung eines eingeräumten liegen<sup>10</sup>.

2. Rechtsgeschäfte und andere juristische Thatfachen, welche eine spezielle Beziehung auf ein dem Kinde eingeräumtes Sondergut haben, erzeugen nur eine natürliche Verbindlichkeit, welche, an das Sondergut gebunden<sup>8</sup>, ihre Wirkung darin zeigt, daß sie: a) bei der Berechnung des Sonderguts activ und passiv berücksichtigt werden muß<sup>9</sup>; b) daß sie eine genügende Grundlage für Bürgschaft, Pfandrecht, Erfüllungsversprechen und Novation bildet<sup>10</sup>.

## II. Geltendmachung der älterlichen und Kindesrechte.

### §. 520.

1. Ihre Erziehungsgewalt den Kindern gegenüber setzen die Ältern durch eigene Macht durch; im Nothfall können sie zunächst den Richter um Unterstützung anrufen<sup>1</sup>. — Die vermögensrecht-

<sup>1</sup> S. §. 516 Nr. 3. Ueber die Meinung, welche für das heutige Recht auch diese Beschränkung fallen lassen will, s. §. 484 Note 2 u. 4.

<sup>2</sup> S. §. 484 Note 2 u. 4 a. E.

<sup>3</sup> L. 38 pr. §. 1. 2 D. de cond. ind. 12. 6. Vgl. §. 289 Note 27. Die Ansicht v. b. Pfordten's Abhandl. S. 184 fg., daß §. 2 cit. die Forderung des Kindes an seine Person, nicht an das Peculium anknüpft, ist gewiß ungegründet; s. darüber auch Sintonis §. 142 Note 19. L. 64 D. de cond. ind. 12. 6. l. 14 D. de O. et A. 44. 7 sind von dem Falle des Nichtvorhandenseins eines Peculium zu verstehen.

<sup>4</sup> S. darüber §. 289 Note 6.

<sup>5</sup> Dieß ist oben, an dem in der vorigen Note genannten Orte, mit Unrecht übergangen worden. L. 3 §. 7 D. de pec. 15. 1 (vgl. §. 1 L. de Adol. 3. 20, l. 56 §. 1 D. de Adol. 46. 2, l. 34 §. 8 D. de sol. 46. 3) erkennt ausdrücklich die Möglichkeit der Bürgschaft für eine Peculiar-schuld an, und dieselbe hat ja auch guten Sinn, da sie dem Vater ein Mittel gewährt, sich zu verschaffen, was er sonst nicht erhalten würde. Nach Analogie der Bürgschaft muß auch Versäumdung, Erfüllungsversprechen, Novation für rechtlich wirksam erachtet werden. S. auch l. 11 §. 1 D. de pec. 15. 1. — Bürgschaft für eine Peculiarforderung hat rechtliche Wirksamkeit nicht, da der Vater hier Gläubiger und Schuldner in Einer Person ist, l. 56 §. 1 cit.

<sup>6</sup> L. 3 C. de patr. pot. 8. 47. Vgl. übrigens auch Kraut Vormundsch. §. 520. 11 S. 621—622.

lichen Ansprüche der Ältern gegen die Kinder und umgekehrt werden in der gewöhnlichen Weise durch Klage geltend gemacht<sup>2</sup>. — Auch dann tritt richterliche Cognition ein, wenn das Verhältniß von der einen oder der anderen Seite bestritten ist<sup>3</sup>. — Für das Kind kann auch die Mutter auf Anerkennung und Alimentation klagen<sup>4</sup>. Dabei gilt folgendes Besondere: wenn eine Frau nach der Scheidung sich schwanger fühlt und dieß dem Manne binnen eines Monats anzeigt, und der Mann darauf weder die Schwangerschaft bestreitet, noch der Frau eine Aufsicht bestellt, so kann die Frau für das von ihr geborene Kind trotz der Nichtanerkennung des Mannes Alimente verlangen, bis dieser nachweist, daß das Kind nicht sein Kind sei<sup>5</sup>.

2. Den Ältern erwächst aus dem älterlichen Verhältnisse auch gegen Dritte, welche ihnen ihre Kinder gegen deren Willen vorenthalten, ein durch Klage geschützter Anspruch auf Herausgabe der Kinder<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> S. §. B. l. 5 pr. D. de agnos. 25. 3.

<sup>3</sup> L. 3 §. 4 D. de lib. exh. 48. 30, l. 1 §. 2 D. de R. V. 6. 1; l. 4 D. de lib. exh., l. 1 C. eod. 8. 8; l. 3 §. 2 D. de iurei. 12. 2, l. 8 D. de prob. 22. 3.

<sup>4</sup> L. 1 §. 16 l. 2 l. 3 D. de agnos. 25. 3.

<sup>5</sup> Nach der Vorschrift des SC. Plancianum, l. 1 D. de agnos. 25. 3. Gl. d. XXV S. 86—106, Sintonis III S. 87—88. Der Ausdruck der Quellen ist: der Mann werde zur Anerkennung gezwungen, jedoch nur was die Alimentation angehe, §. 4. 14. 15 l. cit. Daß der Mann dieser Nothwendigkeit entgeht durch Bestreitung der Schwangerschaft oder Bestellung einer Aufsicht: §. 4 l. c.; §. 11 eod. sagt nicht das Gegentheil, und ebenso wenig Paul. S. R. II. 24 §. 5, in welcher Stelle die richtige Lesart ist „quo omisso“ (statt „quibus missis“, s. die Husche'sche Ausgabe). A. W. Gl. d. S. 99, Sintonis Anm. 21. Möglichkeit für den Mann, sich auch von der Alimentationsverbindlichkeit durch Gegenbeweis zu befreien: l. 6 h. t. Anzeige binnen eines Monats nach der Scheidung: §. 7. 9. 10 l. c. Durch Zurückweisung der vom Manne bestellten Aufsicht verliert die Frau wieder den bezeichneten Vortheil: §. 6 l. c. Daß die unterlassene Anzeige dem Kinde keinen weiteren Schaden bringt: §. 6. 8. 13. 15 l. c.

<sup>6</sup> Das römische Recht stellte zu diesem Ende dem Inhaber der patria potestas sowohl eine rei vindicatio zu Gebot (l. 1 §. 2 D. de R. V. 6. 1), als zwei Interdicte, de liberis exhibendis und de liberis duocendis, von denen das zweite das erste ergänzt, — Dig. 43. 30, Cod. 8. 8. Der Mutter wurde „ad instar“ dieser Interdicte geholfen, l. 2. 3 C. tit. cit. Befugniß des Richters,

3. Fürchtet ein Mann nach der Scheidung, daß die Frau ihm ein Kind, mit welchem sie schwanger geht, entziehe, so kann er verlangen, daß die Frau eine von ihm bestellte Aufsicht annehme, und wenn die Frau die Schwangerschaft bestreitet, daß die Schwangerschaft durch Sachverständige festgestellt werde. Die Weigerung der Frau wird durch Geldstrafen und Pfändung gebrochen<sup>1</sup>.

### III. Entstehung der älterlichen und Kindesrechte.

#### A. Durch Geburt.

##### §. 521.

Ein Kind hat zur Mutter die Frau, welche es geboren hat, zum Vater den Ehemann der Mutter zur Zeit der Conception. Daraus folgt, daß uneheliche Kinder keinen Vater haben<sup>1</sup>. Hier- von gilt jedoch nach der Vorschrift des canonischen Rechts eine Ausnahme für die aus einer putativen Ehe geborenen Kinder<sup>2</sup>.

Ist der Vater eines Kindes selbst noch der väterlichen Gewalt unterworfen, so stehen die Rechte der väterlichen Gewalt nicht dem Vater des Kindes zu, sondern dem Vater zc. des Vaters<sup>3</sup>.

bei Impubertät des Kindes den Prozeß bis zur erreichten Pubertät aufzusetzen: l. 3 §. 4 D. tit. cit. Möglichkeit provisorischer Verfügung für die Dauer des Prozesses: l. 3 §. 6 cod.

<sup>1</sup> L. 1 pr. — §. 9 D. de inspiciendo ventre custodiendoque partu 25. 4. Gluk XXVIII S. 301—311. — Zu Vorsichtsmaßregeln gegen den umgekehrten Fall der Unterschlebung eines Kindes ist der Mann nur nach dem Recht des 80. Placidianum befugt, s. Note 5 und speciell l. 1 §. 6 D. de agnosc. 25. 3. Dagegen ist noch eine besondere Vorschrift zu Gunsten der Erben des Mannes gegeben: sie können verlangen, daß die Wittve, welche schwanger zu sein behauptet, sich untersuchen lasse (römisches Recht: durch Frauen, aber „dum ne qua earum dum inspicit invita muliere ventrem tangat“<sup>1</sup>) und sich bei der Geburt einer genau vorgeschriebenen Beaufsichtigung unterwerfe, — bei Strafe des Verlustes der missio ventris nomus für sich und der bonorum possessio Carboniana für das Kind. L. 1 §. 10—15 l. 2 D. de insp. ventre 26. 4. Gluk XXXVIII S. 312—329.

<sup>1</sup> S. I §. 56 b Note 1—4.

<sup>2</sup> S. a. a. D. Note 5.

<sup>3</sup> L. 4. 5 D. de his qui sui l. 6, pr. l. quib. mod. ius l. 12.

#### B. Durch Legitimation\*.

##### §. 522.

Die Legitimation ist ein Mittel, durch welches der Erzeuger eines unehelichen Kindes<sup>1</sup> demselben die rechtliche Stellung eines ehelichen verschaffen kann. Die Legitimation kann erfolgen:<sup>2</sup> 1) durch Eingehung der Ehe mit der Mutter, vor oder nach der Geburt des Kindes, vorausgesetzt jedoch ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung desselben<sup>3</sup>; 2) wenn der Vater keine

\* Gluk II S. 279—338, Heimbach in Weiske's Rep. XII S. 17 fg. s. 622.

<sup>1</sup> Ueber die Streitfrage, ob nach römischem Recht die Legitimation bloß bei Concubinenkindern zulässig gewesen sei, oder auch bei anderen unehelichen Kindern, s. Schneider Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. 7. XII S. 336—369, Bangerow S. 254 Anm. Es ist schwer zu begreifen, wie diese Frage dem Hauptgesetz in unserer Lehre, der Nov. 89, gegenüber nur hat aufgeworfen werden können. In diesem Gesetz ist mit vollkommener Deutlichkeit entschieden, daß die leg. per oblationem curias bei allen unehelichen Kindern zulässig sein solle. (c. 1 pr. c. 2 sqq.), dagegen die leg. per subsequens matrimonium und die sich daran anschließende leg. per rescriptum principis nur bei Concubinenkindern (c. 8—10). Für das heutige Recht ist diese Beschränkung durch den Wegfall des Concubinats als Rechtsinstitut, und durch c. 1. 6. 13 X. qui filii sint legitimi 4. 17 beseitigt.

<sup>2</sup> Außer den im Folgenden genannten Legitimationsarten kannte das römische Recht noch eine legitimatio per oblationem curiae, Nov. 89 c. 2—4. S. über dieselbe Zimmer n Gesch. d. röm. Privat. I. 2 §. 219 Note 20 fg. und die daselbst Citirten, Schirmer röm. Erbr. I §. 12 Note 7. Ueber die f. g. legitimatio per nuncupationem s. Note 7.

<sup>3</sup> L. 10. 11 C. de nat. lib. 5. 27, Nov. 74 pr., 89 c. 8. Ueber §. 13 i. f. l. do nupt. l. 10, welche Stelle jedenfalls keinerlei sachliche Schwierigkeit zu erregen geeignet ist, s. Bangerow S. 255 Anm. 3. — „Vor der Geburt des Kindes“: das Kind wird in der Ehe geboren, aber ist vor der Ehe concipirt. Dieser Fall wird sowohl in l. 11 C. cit., als in Nov. 89 c. 8 ausdrücklich berücksichtigt. — Das römische Recht verlangt für die Ehe dotalia instrumenta; heutzutage genügt die nach heutigem Recht vorgeschriebene Form der Ehe. Gluk S. 301 fg. — In Betreff der Anerkennung s. noch Sinteris III §. 138 Anm. 47. — Daß durch nachfolgende Ehe auch Kinder legitimirt werden können, welche aus Ehebruch geboren sind, ist nicht allgemein anerkannt. Der Zweifelsgrund liegt in c. 6 X. qui filii sint leg. 4. 17, welche Stelle sich aber vollkommen daraus erklärt, daß nach dem Rechte ihrer Zeit die Ehe zwischen Ehebrecher und Ehebrecherin verboten war. S. namentlich Dieck Beiträge zur Lehre von der nachfolgenden Ehe S. 143 fg., auch

ehelichen Kinder hat, durch Erwirkung eines landesherrlichen Rescripts<sup>4</sup>. Hat der Vater in seinem Testamente erklärt, das Kind solle ehelich und sein Erbe sein, so kann auch das Kind selbst nach dem Tode des Vaters ein solches Rescript erwirken<sup>5</sup>. In allen anderen Fällen setzt die Legitimation Nichtwiderspruch des Kindes voraus<sup>6</sup>.

Die bloße Anerkennung macht das uneheliche Kind nicht zu einem ehelichen<sup>7</sup>.

Bangerow §. 255 Anm. 2. Seuff. Arch. I. 352, V. 188, XIII. 43, XV. 227, XVIII. 261. — Ueber die sehr willkürliche Meinung, daß die Legitimation durch nachfolgende Ehe ausgeschlossen sei, wenn die Ehe zwischen den Vätern nicht zur Zeit der Zeugung möglich war, s. Thibaut Versuche I. 10, Bangerow §. 255 Anm. 1.

<sup>4</sup> Nov. 74 pr. c. 1. 2, 89 c. 9. Diese Legitimationsart ist auf den Fall berechnet, daß die Ehe mit der Mutter dem Manne nicht möglich, oder nicht zugumuthen ist. Daß sie Abwesenheit ehelicher Kinder voraussetze, ist in den genannten Gesetzen ausdrücklich bestimmt. Wie aber, wenn der Landesherr sich über dieses Erforderniß hinwegsetzt? Für die Gültigkeit einer solchen Legitimation sind Glüd S. 311. 317 fg., Puchta §. 440, Arnbtz §. 421 Anm. 3, Bangerow §. 256 Anm. 1, Sinentis III §. 133 Anm. 51, Schirmer röm. Erbr. I §. 12 Note 5. Aber diese Meinung ist m. E. nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt, daß der Landesherr ein unbeschränktes Gesetzgebungsrecht hat. — Zulässigkeit dieser Legitimation bei adulterini: Seuff. Arch. III. 65, XIII. 42, XIV. 239. — Ueber die s. g. legitimatio minus plena, durch welche bloß der Makel unehelicher Geburt weggenommen werden soll, s. Glüd S. 284—285. 321—323.

<sup>5</sup> Nov. 74 c. 2, 89 c. 10; s. g. legitimatio per testamentum. Dieselbe ist aber nicht mehr ein Mittel zur Begründung von väterlichen und Kindesrechten, sondern nur ein Mittel zur Begründung von Erbrecht. Vgl. Marejoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 78—93; dazu aber auch Bangerow §. 256 Anm. 2, Sinentis Anm. 49.

<sup>6</sup> Nov. 89 c. 11. C. 6 X. qui alii sint leg. 4. 17. hat das römische Recht nicht abändern, sondern wiederholen wollen.

<sup>7</sup> Man hat auf Nov. 117 c. 2 eine s. g. legitimatio per nuncupationem gegründet. Aber diese Stelle spricht jedenfalls nicht von der Erklärung, daß das Kind von dem Erklärenden erzeugt sei, sondern von der Erklärung, daß das Kind von dem Erklärenden in der Ehe erzeugt sei; und sie behandelt diese Erklärung nicht als Disposition, sondern als Zeugniß (testimonium, μαρτυρία), weswegen sie auch die zu Gunsten eines Kindes abgegebene Erklärung allen zu Gute kommen läßt, und hinzusetzt, daß durch die Erklärung zu Gunsten des Kindes auch der Beweis der Ehe hergestellt sei. A. M. noch jetzt, jedoch nicht für das heutige Recht, Schirmer röm. Erbr. I §. 12 Note 6. Seuff. Arch. V. 189.

## C. Durch Adoption<sup>8</sup>.

### 1. Begriff und Erfordernisse.

§. 523.

Adoption ist Annahme an Kindes Statt<sup>1</sup>. Die Adoption eines Menschen, welcher nicht unter väterlicher Gewalt steht, heißt speciell Arrogation<sup>2</sup>.

1. Die Arrogation geschieht durch landesherrliches Rescript<sup>3</sup>, die Adoption im engeren Sinne durch Rechtsgeschäft zwischen dem Inhaber der väterlichen Gewalt und dem Adoptivvater, welches Rechtsgeschäft in Gegenwart des Kindes zu gerichtlichem Protokoll erklärt werden muß<sup>4</sup>. Bei der Arrogation ist ausdrückliche Zustimmung des Kindes bez. seines Vormundes erforderlich; bei der Adoption im engeren Sinn genügt Nichtwiderspruch<sup>5</sup>.

2. Die materiellen Erfordernisse der Adoption sind folgende<sup>6</sup>.

<sup>8</sup> Inst. I. 11 de adoptionibus. Dig. I. 7 de adoptionibus cet. Cod. 8. §. 523. 48 de adoptionibus. — Schmitt die Lehre von der Adoption (1825). Glüd II S. 339—391; Sinentis III §. 139.

<sup>1</sup> Nach ihrer ursprünglichen Bedeutung im römischen Recht ist die Adoption nicht ein Mittel zur Begründung des Kindesverhältnisses schlechthin, sondern ein Mittel zur Begründung der väterlichen Gewalt. Das spätere römische Recht kennt aber Fälle, in denen durch die Adoption Kindesverhältniß ohne väterliche Gewalt begründet wird. Andererseits kann auch noch nach neuestem römischem Rechte Jemand, welcher bereits Kind ist, zum Zweck der Begründung der väterlichen Gewalt adoptirt werden, I. 12. 41 D. h. t. Aus diesen Gründen läßt sich eine erschöpfend richtige Definition der Adoption ohne große Weitläufigkeit nicht geben. — Der Ausdruck: Annahme an Kindes Statt ist im weiteren Sinne zu verstehen; es kann Jemand auch als Enkel adoptirt werden. L. 6. 10. 11. 37. 43. 44 D. h. t., I. 23 §. 1 D. de lib. et post. 28. 2. — Die Adoption ist heutzutage seltener als bei den Römern; aber sie ist nicht unpraktisch. Vgl. Glüd S. 389 fg., Kraut Vormundsch. II S. 642.

<sup>2</sup> L. 1 §. 1 D. h. t.

<sup>3</sup> §. 1 I. h. t., L. 2 pr. D. h. t., I. 2. 6. 8 C. h. t. Aelteres Recht: Gal. I. 98. 99.

<sup>4</sup> L. 11 C. h. t. Erklärung des Willens durch einen Andern ist unzulässig, I. 25 §. 1 D. h. t. Vgl. noch Sinentis Anm. 21. — Aelteres Recht: Gal. I. 134. Vgl. Bangerow §. 251 Anm.

<sup>5</sup> L. 5. 8. 42 D. I. 11 C. h. t., I. 5 C. de auct. 5. 59.

<sup>6</sup> Vgl. v. Buchholz's Abhandlungen Nr. 15, Bangerow §. 249 Anm. 1.

a. Adoptiren können regelmäßig nur Männer: bloß ausnahmsweise wird Frauen die Adoption dann gestattet, wenn sie eigene Kinder gehabt und verloren haben; es bedarf dazu aber eines landesherrlichen Rescripts<sup>7</sup>. Adoptiren kann ferner Niemand, der seinerseits unter väterlicher Gewalt steht<sup>8</sup>. Sodann muß der Adoptirende um wenigstens 18 Jahre älter, als der zu Adoptirende<sup>9</sup>, und darf nicht Castrat sein<sup>10</sup>.

b. Nicht adoptirt werden können uneheliche Kinder<sup>11</sup>.

c. Die Adoption kann nicht auf Zeit geschehen<sup>12</sup>, und kann nicht wiederholt werden<sup>13</sup>.

d. Die Arrogation<sup>13a</sup> speciell wird, abgesehen von besonderen Umständen, nicht bewilligt, wenn derjenige, welcher arrogiren will, eigene Kinder hat<sup>14</sup>, oder noch in der Lage ist, sich eigene Kinder erzeugen zu können<sup>15</sup>; außerdem wird es nicht gestattet, mehr als Einen zu arrogiren<sup>16</sup>. Vor Allem aber wird darauf gesehen, ob nicht die Interessen des zu Arrogirenden unter der Arrogation leiden, und mit besonderer Sorgfalt wird diese Untersuchung

<sup>7</sup> L. 5 C. h. t., §. 10 I. h. t. L. 29 §. 3 D. de inoff. 5. 2 ist interpretirt. Vgl. überhaupt Lang Arch. f. civ. Pr. XXI S. 451—454.

<sup>8</sup> Es kann ihm aber mit seiner Zustimmung durch seinen Vater zc. ein Enkel adoptirt werden, §. 7 I. h. t., l. 6. 10. 11 D. h. t.

<sup>9</sup> §. 4 I. h. t., l. 40 §. 1 D. h. t. Als Grund wird angegeben, daß „adoptio . . . naturam imitatur“. S. auch l. 16 D. h. t. Dieß ist aber kein durchgreifendes Princip, l. 2 §. 1 l. 30 l. 37 l. 40 §. 2 D. h. t.

<sup>10</sup> §. 9 I. h. t. Andere Zeugungsunfähige sind nicht ausgeschlossen, l. 2 §. 1 l. 40 §. 2 D. h. t. Vgl. Bangerow a. a. O. Nr. 1.

<sup>11</sup> Nov. 74. c. 3, Nov. 89 c. 7. a. 11 §. 2. Bangerow Nr. 5, Sintenis Anm. 18.

<sup>12</sup> L. 34 D. h. t.: — „nec enim moribus nostris conuenit, filium temporalem habere“.

<sup>13</sup> L. 37 §. 1 D. h. t. Vgl. l. 12 l. 41 eod., l. 23 pr. D. de lib. et post. 28. 2.

<sup>13a</sup> Gegen die Ausdehnung der im Folgenden genannten Bestimmungen auf die Adoption im engeren Sinne s. Bangerow §. 249 Anm. 1 a. E., Sintenis Anm. 24.

<sup>14</sup> L. 17 §. 3 D. h. t.

<sup>15</sup> Als Lebensgrenze wird das 60. Jahr bezeichnet. L. 15 §. 2 D. h. t., l. 17 §. 3 eod.

<sup>16</sup> L. 15 §. 3 D. h. t.

gepflogen, wenn es sich um die Arrogation eines Unmündigen handelt<sup>17—18</sup>.

## 2. Wirkung.

### §. 524.

Es ist zu unterscheiden zwischen der Adoption durch einen Mann, und der Adoption durch eine Frau.

1. Die Adoption durch einen Mann hat entweder die volle Wirkung, oder sie hat die volle Wirkung nicht<sup>1</sup>.

a. Die volle Wirkung tritt ein: bei der Arrogation immer; bei der Adoption im engeren Sinne nur dann, wenn das Kind einem leiblichen Ascendenten in Adoption gegeben wird, ausgenommen jedoch wieder den Fall, wo der Enkel bei Lebzeiten seines Vaters in Adoption gegeben wird<sup>2</sup>.

b. Die volle Wirkung der Adoption besteht darin, daß das Kind zum Vater in das rechtliche Verhältnis eines von ihm Erzeugten tritt<sup>3</sup>. Namentlich wird dadurch auch die väterliche

<sup>17</sup> Im Einzelnen wird gesehen: a) auf den Grund der Arrogation, und deswegen wird speciell dem Vormund die Arrogation nicht vor abgelegter Vormundschaftsrechnung gestattet, §. 3 I. h. t., l. 17 pr. §. 1 vgl. l. 32 §. 1 D. h. t.; b) auf die Moralität desjenigen, welcher arrogiren will, sowie auf seine Vermögensverhältnisse, l. 17 §. 2. 4 D. h. t. — Die Quellen sprechen nur vom impubes; aber es ist gewiß gerechtfertigt, ihre Bestimmungen auf die minores zu übertragen, welche heutzutage ebenso nothwendig unter Vormundschaft stehen, wie die impuberes.

<sup>18</sup> L. 38 D. h. t. „Adoptio non iure facta a principe confirmari potest“. L. 39 eod. Vgl. dazu Sintenis Anm. 34.

<sup>1</sup> S. g. adoptio plena — minus plena. Die adoptio minus plena ist erst §. 524. durch Justinian in l. 10 C. h. t. eingeführt worden.

<sup>2</sup> L. 10 C. cit., §. 2 I. h. t. S. darüber v. Pöhr Magaz. f. RW. u. Gesetzgeb. III. 11, Lang Arch. f. civ. Pr. XXI S. 419 fg., Bangerow S. 250 Anm., Sintenis Anm. 20. Die im Text bezeichnete Ausnahme ist enthalten in §. 4 der cit. l. 10. Stirbt der Vater zc. bei Lebzeiten des Enkels zc., so wird dadurch die adoptio plena zu einer minus plena. Vgl. v. Pöhr S. 393. 394, Lang S. 429 fg., Bangerow a. a. O. Nr. 3. — Ueber die Frage, ob die Regel auch für den Fall gilt, wo der in Adoption gebende Vater selbst ein Adoptivvater ist, s. v. Pöhr S. 391 Note 3, Büchel Streitfragen aus Nov. 118 S. 39 Note 6, Bangerow a. a. O. Nr. 2, Schirmer röm. Erbr. I §. 11 Note 10.

<sup>3</sup> Daher nimmt das Kind den Namen und Stand des Adoptivvaters an, Windscheid, Pandekten II. Bd. II. Abthl.

Gewalt mit den ihr, eigenthümlichen vermögensrechtlichen Folgen begründet<sup>4</sup>. Doch vermag die Arrogation des Geschlechtsunreifen für den Fall daß derselbe vor erreichter Geschlechtsreife stirbt sein Vermögen denjenigen Personen nicht zu entziehen, welche es ohne die Arrogation erhalten haben würden, und der Vater muß für die Herausgabe des Vermögens an diese Personen Sicherheit stellen<sup>5</sup>. — Zu den Verwandten des Adoptivvaters tritt das Adoptivkind in ein Verwandtschaftsverhältniß, soweit sie Agnaten des Vaters sind<sup>6</sup>, jedoch nur für die Dauer der Adoption<sup>7</sup>.

1. 13 D. h. t. Sedoch: „per adoptionem dignitas non minuitur, sed augetur“, 1. 35 D. h. t. Vgl. Sicut II S. 362. 390.

<sup>4</sup> Pr. §. 10 I. h. t., 1. 2 §. 2 l. 15 pr. D. h. t., tit. I. de acqui. per arrogationem §. 10. Ueber die Behauptung, daß bei der Adoption im engeren Sinne der Adoptivvater nicht den Mißbrauch am Vermögen des Kindes erwerben (v. Wening-Ingenheim Zeitschr. f. Civ. u. Pr. L. 17, Parejoll XIII S. 172 fg. 212 fg., Sintenis III §. 139 Anm. 39, Arnolds §. 433 Anm. 4) s. Fuhr in Fuhr und Hoffmann civ. Versuche Nr. 2, Sangerow I §. 286 Anm. 3.

<sup>5</sup> L. 17 §. 5 — 1. 22 D. h. t., §. 3 I. h. t. Dieser Satz war im älteren römischen Recht wichtiger, als er im neueren ist, wo das Vermögen des Arrogirten nicht mehr Eigenthum des Arrogirenden, sondern peculium adventitium wird. Doch ist er auch für das heutige Recht nicht ohne Bedeutung: er schließt jedes Erbrecht des Arrogirenden aus und bewirkt, daß derselbe das pec. adventitium nach dem Tode des Kindes unbedingt herausgeben muß (vgl. §. 525 Note 21); er hält eine von dem früheren Vater für das Kind gemachte Pupillarsubstitution aufrecht; er verpflichtet endlich den Arrogirenden zu einer Sicherheitsleistung, von welcher der Vater sonst frei ist (§. 517 Note 4). — Die Sicherheit (Bürgschaft) wurde nach römischem Recht „personae publicae, h. e. tabulario“ (§. 3 I. h. t., vgl. 1. 18 D. h. t. und 1. 3 C. de tabul. 10. 69, Schirmer röm. Erbr. I §. 11 Note 18), heutzutage wird sie dem Gericht bestellt. Vgl. auch Schirmer a. a. D. S. 208. 204. — Ueber den Anspruch des arrogirten impubes auf die f. g. quarta D. Pii s. das Erbrecht.

<sup>6</sup> L. 23 D. h. t., 1. 1 §. 4 D. unde cogn. 38. 8, 1. 4 §. 10 D. de gradibus 38. 10. Sintenis Anm. 35 läßt das Adoptivkind in Verwandtschaft nur zu den in der Gewalt des Adoptivvaters befindlichen Descendenten desselben treten. S. dagegen Arnolds §. 425 Anm. 1, Schirmer röm. Erbr. I §. 12 Note 26.

<sup>7</sup> L. 13 D. h. t., §. 10 I. de her. quae ab int. 3. 1., Gai. II. 136. Anders in Betreff der Eheverbote: 1. 14 pr. §. 1 l. 55 pr. D. de R. N. 23. 2. Vgl. auch Schirmer röm. Erbr. I §. 11 Note 27.

c. Wo die Adoption nicht die volle Wirkung hat, erzeugt sie zwischen dem Adoptivvater und dem Adoptivkinde nicht das Verhältniß der väterlichen Gewalt, sondern nur ein natürliches Kindesverhältniß, welches aber kein Mütterrecht des Adoptivkindes gegen den Adoptivvater, und zwischen dem Adoptivkinde und den Verwandten des Adoptivvaters kein für das Erbrecht irgendwie in Betracht kommendes Verwandtschaftsverhältniß begründet<sup>8</sup>.

2. Die Adoption durch eine Frau bringt das Kind in die rechtliche Stellung eines von ihr geborenen Kindes, begründet aber kein Verwandtschaftsverhältniß zwischen dem Adoptivkinde und ihren Verwandten<sup>9</sup>.

#### IV. Beendigung der älterlichen und Kindesrechte.

##### §. 525.

1. Die Pflicht der Kinder zur Ehrfurcht und Pietät gegen die Aeltern dauert fort, so lange die Aeltern leben. Ebenso

<sup>8</sup> L. 10 C. h. t. Diese Stelle steht ganz auf dem erbrechtlichen Standpunkt, und nur in Zusammenhang mit dem, was sie über das Erbrecht bestimmt, fügt sie hinzu, daß der minus plene adoptatus nicht für den Adoptivvater, sondern für den leiblichen Vater erwerben solle, wie er ja auch in seiner Familie das volle Erbrecht behalte. Daß zwischen ihm und dem Adoptivvater kein Respectsverhältniß eintreten solle, hat sie gewiß nicht bestimmen wollen, und deswegen ist auch nicht anzunehmen, daß sie die gegenseitige Alimentationsverbindlichkeit hat ausschließen wollen; ebenso wenig wahrscheinlich ist es, daß sie das Adoptivkind der Erziehungsgewalt des Adoptivvaters hat entziehen wollen, womit doch offenbar gegen die Intention der Parteien verstoßen werden würde. S. auch Burchardi Arch. f. civ. Pr. VIII S. 183, Sintenis III S. 127. Daß die adoptio minus plena ein Ehehinderniß in gleichem Maße begründet, wie die adoptio plena, führt aus Rang Arch. f. civ. Pr. XXI S. 419 fg.

<sup>9</sup> Das Erste folgt aus 1. 5 C. h. t.: — „et cum perinde atque ex te progenitum ad vicem naturalis legitimique filii habere permittimus“. Von der anderen Seite spricht das Gesetz auch nur von dem Verhältniß zwischen dem Kinde und der Adoptivmutter, und für eine ausdehnende Auslegung ist kein Anhalt vorhanden. Rang a. a. D. S. 454, Schirmer röm. Erbr. I §. 11 Note 22.

erstreckt sich die gegenseitige Alimentationsverbindlichkeit der Aeltern und Kinder über das ganze Leben<sup>1</sup>.

2. Die Erziehungsgewalt der Aeltern hört auf, sobald die Kinder der Erziehung entwachsen sind<sup>2</sup>. Außerdem kann die Erziehungsgewalt den Aeltern wegen Pflichtverletzung oder Unfähigkeit durch Richterspruch entzogen werden<sup>3</sup>. Ferner verliert der Vater sie, wenn ihm die väterliche Gewalt zur Strafe genommen wird<sup>4</sup>, die Mutter durch Wiederverheirathung<sup>5</sup>. Endlich hört die Erziehungsgewalt der Aeltern durch Adoption des Kindes auf<sup>6</sup>.

3. Die väterliche Gewalt nach ihrer vermögensrechtlichen Seite<sup>7</sup> hat folgende Beendigungsgründe<sup>8</sup>.

a. Emancipation, b. h. Entlassung des Kindes aus der väterlichen Gewalt durch Willenserklärung des Vaters<sup>9</sup>. Die

§. 525. <sup>1</sup> Gilt dies auch für Adoptivkinder nach aufgelöster väterlicher Gewalt? S. einerseits l. 13 D. de adopt. 1. 7, andererseits l. 14 pr. l. 55 pr. D. de R. n. 28. 2, und vgl. Puchta §. 445 Nr. 2 a. G. Seuff. Arch. IX. 303.

<sup>2</sup> Dieser Satz ist in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt, aber folgt aus der Natur der Sache. S. jedoch auch Kraut Vormundsch. II S. 665.

<sup>3</sup> L. 1 §. 8 l. 3 §. 5 D. de lib. exh. 48. 30. S. auch l. 5 D. si a parente 37. 12. Diese Stellen sprechen nur von dem Vater; aber es kann keinem Zweifel unterliegen, daß für die Mutter nach dem Tode oder bei sonstigem Ausschluß des Vaters das Gleiche gelten muß. S. auch l. 1 C. ubi pup. 5. 49.

<sup>4</sup> S. Note 18. Burchardi Arch. f. civ. Pr. VIII S. 270.

<sup>5</sup> L. 1 C. ubi pup. 5. 49, Nov. 22 c. 38. Doch bleibt es der Obrigkeit, welche lediglich das Beste des Kindes zur Richtschnur zu nehmen hat, unbenommen, die Mutter in der Erziehung zu erhalten. Vgl. Glück XXIV S. 206, Rudorff Vormundsch. II S. 253, Sintenis III §. 140 Anm. 15.

<sup>6</sup> Durch die Arrogation und die adoptio plena wird das Kind einer fremden väterlichen Gewalt unterworfen, welche die Erziehungsgewalt sowohl des bisherigen Vaters, als der Mutter ausschließt. Ueber die adoptio minus plena und die Adoption durch eine Frau s. §. 524 Note 8. 9. — Die Emancipation hebt die Erziehungsgewalt des Vaters nicht auf, weil er sich durch dieselbe seiner Erziehungspflicht nicht entledigen kann.

<sup>7</sup> Soweit die väterliche Gewalt Erziehungsgewalt ist, gelten von ihr die Grundzüge unter Nr. 2.

<sup>8</sup> Die gleichen Beendigungsgründe hat natürlich die Gewalt des Großvaters etc. Nur wird durch die Beendigung der Gewalt des Großvaters etc. das Kind nicht nothwendigertweise gewaltfrei. Pr. l. quib. mod. ius l. 12, l. 5 D. de his qui sui l. 6, l. 10 D. de adopt. 1. 7. Vgl. Arnolds §. 427.

Emancipation darf nicht formlos<sup>10</sup>, sondern muß entweder vor Gericht in Gegenwart des Kindes<sup>11</sup>, oder durch Erwirkung eines landesherrlichen Rescriptes geschehen; im letzten Falle muß das Kind, wenn es nicht noch im Kindesalter ist, seine Zustimmung hinterher vor Gericht erklären<sup>12</sup>. In gewissen Fällen kann der Vater zur Emancipation gezwungen werden<sup>13</sup>. Andererseits kann er Wiederaufhebung der Emancipation begehren, wenn das Kind sich gräßlich gegen ihn verfehlt<sup>14</sup>. Durch die freiwillige Emancipation verliert der Vater den Nießbrauch an dem bis dahin erworbenen Vermögen des Kindes nur zur Hälfte<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> Die Emancipation ist in Deutschland nicht unanwendbar, aber selten. Sie war bei den Römern berechnet auf den Fall, wo das Kind die Möglichkeit erlangt hatte, für sich selbst zu sorgen, und damit hört heutzutage die väterliche Gewalt von selbst auf. Vgl. Glück II S. 432, Kraut Vormundsch. II S. 643. Seuff. Arch. III. 268.

<sup>10</sup> L. 3 C. de emanc. 8. 49. Stillschweigende Emancipation? L. 1 C. de patr. pot. 8. 47, l. 26 D. de adopt. 1. 7. Vgl. Arnolds §. 426 Anm. 3, Seimbach in Weiske's Rep. VIII S. 34 Note 164.

<sup>11</sup> S. g. emancipatio Iustiniana. L. 11 C. de emanc. 8. 49, §. 6 l. quib. mod. ius l. 12. Aelteres Recht: Gai. I. 132, Ulp. X. 1.

<sup>12</sup> S. g. emancipatio Anastasiana. L. 5 C. de emanc. 8. 49. — Im ersten Fall (Note 11) liegt die Zustimmung des Kindes in seinem Nichtwiderspruch. Gegen den Willen des Kindes kann die Emancipation nicht erfolgen, Paul. S. R. II. 25 §. 5, Nov. 39 c. 11 pr. Die Behauptung, daß diese Regel bei Adoptivkindern eine Ausnahme erleide, läßt sich auf l. 10 pr. C. de adopt. 8. 48, §. 8 l. eod. l. 11, l. 132 pr. D. de V. O. 45. 1, auf welche Stellen man diese Ausnahme gestützt hat, nicht rechtfertigen. v. Buchholz Abhandl. Nr. 17, Sintenis III §. 139 Note 63, s. auch Puchta §. 445. h; a. M. Vangerow I S. 480.

<sup>13</sup> Nämlich: a) wegen Mißbrauchs der väterlichen Gewalt, l. 5 D. si quis a par. 37. 12; b) wenn er Etwas angenommen hat, was ihm mit der Auflage der Emancipation zugewendet worden ist, l. 92 D. de emanc. 35. 1; c) wenn der adoptirte Geschlechtsunreife nach erlangter Geschlechtsreife nachweist, daß ihm die Adoption unzutraglich sei, l. 32. 33 D. de adopt. 1. 7; d) im Fall der l. 16 D. de cur. fur. 27. 10. Vgl. überhaupt Vangerow I §. 257 Anm. Nr. 1.

<sup>14</sup> L. un. C. de ingr. lib. 8. 50.

<sup>15</sup> S. g. praemium emancipationis. L. 6 §. 3 C. de bon. quae lib. 6. 61, §. 2 l. per quas pers. 2. 9. Vgl. Marcovoli Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIII S. 190—200. Zweifel an der heutigen Gültigkeit des praemium emancipationis: Kraut Vormundsch. II S. 665—667.



b. Hingabe des Kindes in volle Adoption<sup>16</sup>. Gibt der Vater sich selbst in Adoption, so geht die Gewalt über seine Kinder auf den Adoptivvater über<sup>17</sup>.

c. Von selbst hört die väterliche Gewalt auf:

a) in gewissen Fällen zur Strafe des Vater<sup>18</sup>;

β) wenn der Sohn die bischöfliche Würde erlangt<sup>19</sup>;

γ) nach heutigem Recht dadurch, daß das Kind im Stande ist, sich selbst zu erhalten, und in Folge davon sich von dem Haushalt des Vaters absondert; bei der Tochter auch durch ihre Verheirathung<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> §. 6 L. quid. mod. ius l. 12, §. 2 I. de adopt. l. 11. Ueber die Behauptung, daß der Nießbrauch an dem zur Zeit der Adoption vorhandenen Vermögen dem leiblichen Vater verbleibe, s. §. 524 Note 4.

<sup>17</sup> L. 2 §. 2 l. 15 pr. l. 40 pr. D. de adopt. l. 7.

<sup>18</sup> Wegen Ausschließung des Kindes, l. 2 C. de infant. expos. §. 52, c. un. X. de inf. expos. §. 11; wegen Verkluppelung der Tochter, l. 6 C. de spectat. §. 40 (l. 12 C. de episc. aud. l. 4); wegen Eingehung einer blutschänderischen Ehe, Nov. 120 c. 2. In Betreff der beiden ersten Fälle ist a. M. v. Buchholz's Abhandl. Nr. 16; vgl. Sintenis §. 143 Anm. 8.

<sup>19</sup> Nov. 81 c. 3. Die sonstigen Würden, welchen das römische Recht die gleiche Bedeutung beilegt (l. 5 C. de consal. 12. §. 3, Nov. 81 pr. c. 1, vgl. l. 66 C. de decur. 10. §. 1) kommen heutzutage nicht mehr vor. Vgl. Marejoll a. a. O. S. 201—203.

<sup>20</sup> Früher sprach man in diesem Falle von einer emancipatio tacita, oder Germanica, oder Saxonica. S. über dieses Institut Kraut Vormundsch. II S. 644—667, dessen Darstellung fast wörtlich wiederholt ist von Heimbach in Weiste's Rep. XII S. 70—82. — Besondere Fragen: 1) Hört die väterliche Gewalt auch dadurch auf, daß das Kind sich zwar von dem Haushalt der Aeltern trennt, aber für sich keine besondere Wirtschaft begründet, sondern z. B. als Diensthote, Handwerksgefelle, Handlungsgehülfe etc. sich seinen Unterhalt erwirbt? Diese Frage ist ohne Zweifel zu bejahen, und daher der Ausdruck, welchen man der Regel gewöhnlich gibt: die väterliche Gewalt höre auf durch Begründung einer separata oeconomia, zu enge. Doch muß sowohl die Trennungsabsicht des Kindes, als die von ihm gewonnene selbständige Stellung keine bloß vorübergehende sein, obgleich andererseits einzelne zur Erleichterung gewährte Zuschüsse des Vaters nicht schaden. Kraut S. 657. Seuff. Arch. III. 269 Nr. 1 und 3, III. 339, XI. 51, XII. 168, XVII. 257. Kierulff's Entscheidungen des O. A. zu Lübeck I Nr. 52. 2) Hört die väterliche Gewalt auch bei der Tochter dadurch auf, daß sie auf Grund eigener Subsistenzmittel sich von dem väterlichen Haushalt trennt? Es ist kein Grund vorhanden, diese Frage zu verneinen. Kraut 658 fg. Seuff. Arch. III. 269 Nr. 4. 3) Wird die Tochter durch die Verheirathung als solche von der

d) Daß die väterliche Gewalt auch durch den Tod des Vaters aufhört, versteht sich von selbst. Dagegen wird durch den Tod des Kindes der Nießbrauch des Vaters am Vermögen desselben nur dann aufgehoben, wenn er dieses Vermögen ganz oder theilweise erbt<sup>21</sup>.

## Drittes Kapitel.

### Die Vormundschaft.

#### §. 526.

Wenn ein Kind den väterlichen Schutz in einem Lebensalter verliert, in welchem es selbst für sich zu sorgen noch nicht im Stande ist<sup>1</sup>, so ist es Recht und Pflicht der obervormundschaft-

väterlichen Gewalt frei, oder nur dann, wenn mit derselben Anlegung eines besonderen Haushaltes verbunden ist? Für die erstere Meinung mit der Mehrzahl der Juristen Kraut S. 660 fg.; für die letztere Seuff. Arch. III. 270. 4) Bedarf das Kind zur Trennung von dem väterlichen Haushalt eines bestimmten Alters oder der Zustimmung des Vaters? S. über diese Frage Kraut S. 649 fg. 654 fg., Seuff. Arch. III. 269 Nr. 2, XVI. 58. 5) Kann der Vater auch bei dieser Beendigung der väterlichen Gewalt das praemium emancipationis zurückbehalten? Die Verneinung dieser Frage ist ganz unzweifelhaft. Kraut S. 666.

<sup>1</sup> Nov. 118 c. 1. 2. S. v. Pöhr Arch. f. civ. Pr. X S. 165 fg., Marejoll a. a. O. S. 203 fg., Vangerow II §. 416 Anm. 3 und die übrigen von dem letzteren Citirten.

\* Dig. 27. 2 ubi pupillus educari vel morari debeat. Cod. 5. 49 ubi s. 526. pupillus morari debeat. — Buchardt Arch. f. civ. Pr. VIII. 8. v. Buchholz's juristische Abhandlungen Nr. 20. Stück XXX S. 215 fg., XXXII. S. 155 fg. Kuborff's Recht der Vormundschaft II S. 249 fg. Kraut die Vormundschaft II S. 125 fg. — Hierher gehört nur die persönliche Seite der Vormundschaft; von der Vormundschaft nach ihrer vermögensrechtlichen Seite ist bereits §. 432 fg. gehandelt worden. Vgl. §. 432 Note 4.

<sup>1</sup> Es ist nicht bloß an den Fall des Todes der Aeltern zu denken, sondern auch an den Fall, wo sie unfähig oder rechtlich ausgeschlossen sind. S. l. I §. 3 l. 3 §. 5 D. de lib. exh. 43. 30 und §. 525 Note 3—5.

lichen Behörde, diejenige Person zu bestimmen, welcher die Erziehung des Kindes übertragen werden soll<sup>2</sup>. In Ermangelung einer solchen Bestimmung hat der für das Vermögen des Kindes bestellte Vormund sich auch der Person desselben anzunehmen<sup>3</sup>, wie es dem Vormunde auch obliegt, den von der obervormundschaftlichen Behörde bestellten Erzieher zu überwachen<sup>4</sup>. Bei der Auswahl des Erziehers muß die obervormundschaftliche Behörde vorzugsweise die letztwilligen Anordnungen des Vaters berücksichtigen<sup>5</sup>; im Uebrigen verfährt sie nach ihrem freien Ermessen<sup>6</sup>. Gegen Angehörige des Kindes, welche die Uebernahme der Erziehung verweigern, kann sie im Nothfall mit Zwangsmaßregeln vorgehen<sup>7</sup>. —

Für Wahnsinnige, Kranke und Gebrechliche hat, soweit die Verwandten sich derselben nicht annehmen<sup>8</sup>, der Vormund zu sorgen<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> L. 1 pr. 1. 5 D. h. t., 1. 1 C. h. t. R. P. D. v. 1577 Tit. 32 §. 3 a. G.

<sup>3</sup> Nach der R. P. D. v. 1577 Tit. 32 §. 3 soll der Vormund schwören: „daß er seinen Pflegkindern und ihren Eltern getreulich und erbarlich vorseyn, ihre Personen und Güter versehen und verwahren.“ S. auch 1. 12 §. 3 D. de adm. 26. 7: „quum non robus duntaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur“.

<sup>4</sup> S. die Stellen in Note 3.

<sup>5</sup> L. 1 §. 1 D. h. t., 1. 7 D. de ann. 33. 1, 1. 1 §. 10 D. de insp. ventre 26. 4. Vgl. 514 Note 7.

<sup>6</sup> L. 1 §. 1 1. 5 D. l. 1. 2 C. h. t.

<sup>7</sup> L. 1 §. 2 D. l. 1 C. h. t.

<sup>8</sup> L. 18 §. 1 l. 14 D. de off. praes. 1. 18, 1. 22 §. 7. 8 D. sol. matr. 24. 3. Verlassen des Wahnsinnigen ist für De- und Ascendenten Enterbungsgrund, Nov. 115 c. 3 §. 12, c. 4 §. 6.

<sup>9</sup> L. 7 pr. D. de cur. fur. 27. 10. Diese Stelle spricht nur von Wahnsinnigen; aber ihre Uebertragung auf Personen, welche wegen körperlicher Krankheit für sich selbst zu sorgen nicht im Stande sind, unterliegt keinem Bedenken.

## Register.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

- Abbitte II. 472<sup>8</sup>.  
 Abstufung des Eigenthümers I. 193<sup>8</sup>. 12.  
 — des Pfandgläubigers I. 233<sup>8</sup>.  
 Abgeleiteter Besitz I. 149 a. G., I. 154.  
 — Erwerb I. 66.  
 Ablegnen II. 263 Nr. 2.  
 — bei der rei vindicatio I. 1967.  
 Abortus I. 52<sup>8</sup>.  
 Abrechnung II. 284a 6 a. G. 9 a. G.  
 Absetzung des Vormundes II. 437 Nr. 5.  
 Abtretung der Forderungen II. 329 §. Abwesenheit I. 53.  
 — als Restitutionsgrund I. 119.  
 — Einfluß bei der Berührung I. 180 §. 1., I. 213 Nr. 4, I. 216<sup>1</sup>, I. 248<sup>1</sup>.  
 — Vertragsschluß unter Abwesenden II. 306.  
 — cura bonorum absentis II. 447<sup>8</sup>. 11—13.  
 Acceptation II. 305.  
 Acceptilatio II. 357<sup>5</sup>, II. 295<sup>4</sup>.  
 Accessio als Eigenthümerwerbart I. 188.  
 — possessionis I. 181.  
 — beim interdictum utrobi I. 181 s. 9. 10.  
 — bei der Klagenverjährung I. 1107.  
 Accessionen I. 143 §. G.  
 Accidentalitas negotii I. 85.  
 Accusatio suspecti II. 437<sup>9</sup>.  
 Actiengesellschaft I. 58<sup>8</sup>, II. 406<sup>1</sup>, II. 407<sup>1</sup>.  
 Actio I. 44.  
 — ad exhibendum II. 474.  
 — adiecticiae qualitatis II. 482<sup>8</sup>.  
 — adversus publicanos II. 454 Nr. 3, II. 456 Nr. 2.  
 — aestimatoria II. 3837.  
 — aquae pluviae arcendae I. 169<sup>13</sup>, II. 473.  
 Actio arbitraria I. 464.  
 — arborum furtim cassarum II. 456 Nr. 4.  
 — bonae fidei I. 464.  
 — calumniae II. 471.  
 — civilis I. 462.  
 — commodati II. 375.  
 — communi dividendo II. 449.  
 — conducti II. 400. 401.  
 — confessoria I. 217.  
 — utilis I. 218<sup>11</sup>, I. 223<sup>9</sup>.  
 — constitutoria II. 284.  
 — contraria II. 320<sup>2</sup>.  
 — damni infecti II. 458 §. 1.  
 — de bene de pensis II. 370<sup>8</sup>.  
 — de dote II. 503.  
 — de effusis et eiectis II. 457 Nr. 1.  
 — de eo quod certo loco II. 282<sup>2</sup>.  
 — de filiatione II. 520 Nr. 1.  
 — de in rem verso II. 488.  
 — de liberis agnoscendis II. 520 Nr. 1.  
 — de mortuo illato II. 456 Nr. 6.  
 — de partu agnoscendo II. 520 Nr. 1.  
 — de pastu II. 457<sup>10</sup>.  
 — de patria potestate II. 520 Nr. 1.  
 — de pauperie II. 457 Nr. 3.  
 — de peculio II. 484.  
 — de pecunia constituta II. 284.  
 — de positis et suspensis II. 457<sup>4</sup>.  
 — de rationibus distrahendis II. 438<sup>8</sup>.  
 — de recepto II. 389.  
 — de superficie I. 223<sup>9</sup>.  
 — de tigno iuncto I. 186 Nr. 2. b.  
 — depositi II. 378.  
 — directa I. 462.  
 — doli II. 451.  
 — dotis II. 508.  
 — duplex I. 46<sup>1</sup>, I. 127<sup>2</sup>.  
 — emphyteuticaria I. 219<sup>9</sup>. 10.  
 — empti II. 389.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Actio exercitoria II. 482<sup>7</sup>.  
 — ex stipulatu II. 499\*.  
 — ex syndicato II. 470<sup>1</sup>.  
 — extraordinaria I. 461<sup>a</sup>.  
 — familiae hereditariae II. 449<sup>1</sup> a. & c.  
 — famosa I. 56<sup>2</sup>.  
 — finium regundorum II. 450.  
 — funeraria II. 480<sup>20</sup>.  
 — furti II. 458 Nr. 2.  
 — — adversus nautas II. 454 Nr. 5.  
 — honoraria I. 46<sup>2</sup>.  
 — hypothecaria I. 236.  
 — in factum I. 46<sup>2</sup> b.  
 — in magistratus II. 445.  
 — in personam I. 45.  
 — in rem I. 45.  
 — in rem scripta I. 45<sup>6</sup>.  
 — iniuriarum II. 472.  
 — in iustitia II. 482<sup>7</sup>; quasi in iustitia II. 482<sup>8</sup>.  
 — institutoria II. 487<sup>7</sup>.  
 — iudicati I. 129.  
 — iurisiurandi II. 418<sup>1</sup> c.  
 — legis Aquiliae II. 456.  
 — legis Corneliae II. 472<sup>2</sup> 4. 5.  
 — locati II. 400. 401.  
 — mandata II. 329<sup>4</sup>.  
 — mandati II. 410. 412.  
 — — bei Verbürgung II. 412<sup>19</sup> 20, II. 476<sup>2</sup>.  
 — nata I. 108.  
 — negatoria I. 198.  
 — — utilis I. 219<sup>11</sup>, I. 228<sup>9</sup>.  
 — negotiorum gestorum II. 430. 431.  
 — noxalis II. 457<sup>9</sup>.  
 — operis avari II. 401<sup>19</sup>.  
 — ordinaria I. 46<sup>1</sup> a.  
 — Pauliana II. 463<sup>1</sup>.  
 — perpetua I. 46<sup>2</sup>.  
 — personalis I. 45.  
 — pignoraticia in personam II. 382.  
 — — in rem I. 285<sup>1</sup>.  
 — poenalis I. 46<sup>2</sup>, II. 326 Nr. 2, II. 359 Nr. 2.  
 — popularis I. 46<sup>2</sup>, II. 326<sup>6</sup>.  
 — praedictialis I. 45 Nr. 3.  
 — praescriptis verbis II. 312<sup>5</sup>, II. 386<sup>6</sup>, II. 399<sup>14</sup>.  
 — praetoria I. 46<sup>2</sup> c.  
 — privata I. 46<sup>2</sup> b.  
 — prohibitoria I. 198<sup>7</sup>.  
 — pro socio II. 406.  
 — protutela II. 444 Nr. 2.  
 — Publiciana I. 199; bei Servitutibus

I. 217<sup>9</sup>; bei der Emphyteusis I. 219<sup>12</sup>; bei der Superficies I. 223<sup>9</sup>; bei dem Pfandrecht I. 230<sup>6</sup>.  
 Actio quanti minoris II. 393—395.  
 — quasi in iustitia II. 482<sup>8</sup>.  
 — quasi Serviana I. 235<sup>1</sup>.  
 — quod iussu II. 482<sup>6</sup>.  
 — quod metus causa I. 80<sup>4</sup>, II. 462.  
 — redhibitoria II. 393—395.  
 — rei persecutoria I. 46<sup>3</sup>, II. 326<sup>1</sup>.  
 — rei uxoriae II. 499\*, II. 503.  
 — rerum amotarum II. 454 Nr. 6.  
 — rescissoria I. 120<sup>9</sup>, II. 487<sup>7</sup>.  
 — restitutoria I. 120<sup>9</sup>, II. 487<sup>7</sup>.  
 — sepulcri violati II. 456 Nr. 5.  
 — sequestraria II. 380.  
 — servi corrupti II. 456 Nr. 9.  
 — Serviana I. 235<sup>1</sup>.  
 — spoli I. 162.  
 — stricti iuris (iudicii) I. 46<sup>4</sup>.  
 — syndicatus II. 470<sup>1</sup>.  
 — temporalis I. 46<sup>2</sup>.  
 — tributoria II. 484<sup>16</sup>.  
 — tutelae II. 438. 439.  
 — utilis I. 46<sup>2</sup>; bei der Cession II. 329<sup>6</sup>.  
 — vectigalis I. 219<sup>9</sup>.  
 — venditi II. 389.  
 — vias receptas II. 456 Nr. 7.  
 — vi honorum raptorum II. 454 Nr. 1, II. 456 Nr. 1.  
 — vindictam spirans I. 46<sup>2</sup>, II. 359<sup>6</sup>.  
 Actus I. 211<sup>2</sup>.  
 Actus legitimi I. 95<sup>2</sup>.  
 Adiectio in diem II. 323<sup>2</sup>.  
 Adiecta causa I. 130<sup>6</sup>.  
 Adiectus solutionis causa I. 342<sup>2</sup>.  
 Adiudicatio I. 173<sup>4</sup>, I. 214<sup>4</sup>, I. 221<sup>5</sup>, I. 223<sup>13</sup>, I. 233<sup>1</sup>.  
 Administratio des Vormundes I. 438 fg.; des Vaters II. 517; des Paterfamilias II. 518<sup>2</sup>.  
 Adoptio II. 528 fg.; minus plena II. 524; bei Frau II. 523<sup>7</sup>.  
 Adoptivverwandschaft I. 56a<sup>7</sup>, II. 524<sup>6</sup> 7. 8. 9.  
 Adplumbatio I. 189<sup>1</sup>.  
 Adulterini II. 475<sup>2</sup>, II. 522<sup>2</sup> 4.  
 Adventicia bona II. 516 Nr. 2, II. 517.  
 — dos II. 493<sup>2</sup>.  
 Advocat II. 404<sup>2</sup> 4. 5. 8. 9.  
 Adilicisches Edict II. 393<sup>1</sup> 4, II. 457<sup>11</sup>.  
 Aeltern und Kinder II. 518 fg.; persöhnliches Verhältnis II. 514; Vermögensverhältnisse II. 515 fg.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Aequitas I. 28.  
 Aestimatio f. Abschätzung, Lage.  
 Aestimatorius contractus II. 383.  
 Affectionswert II. 258<sup>6</sup>.  
 Affinitas I. 56a<sup>10</sup>.  
 Affirmator II. 444<sup>2</sup>.  
 Affirmative II. 479 a. &.  
 Affirmativer II. 400<sup>20</sup>.  
 Affirmatives I. 227<sup>6</sup>, I. 239 Nr. 3.  
 Ager desertus I. 174<sup>5</sup>.  
 Ager vectigalis I. 218<sup>3</sup>.  
 Agnation I. 56 a.  
 Alimentarischer Vertrag II. 322.  
 Alienatio I. 69<sup>8</sup> fg.  
 — in fraudem creditorum II. 463; Wiedererstattung gegen dieselbe I. 116<sup>2</sup>, II. 463<sup>1</sup> a. &.  
 Alimente II. 475<sup>10</sup> 11.  
 Alimentatione verbundenheit II. 475, II. 491<sup>2</sup>.  
 Alivion I. 185 Nr. 3.  
 Alter I. 54.  
 — bei Pfandrechte I. 242.  
 Alternative Obligation II. 255 Nr. 1.  
 Altersvormundschaft II. 432 fg.  
 Alterum tantum bei Zinsen II. 261<sup>6</sup>; beim Interesse II. 258<sup>2</sup>.  
 Alveus derelictus I. 185 Nr. 2.  
 A momento ad momentum I. 103 Nr. 2. a. Amt II. 448.  
 — als juristische Person? I. 57<sup>2</sup>.  
 Amtspflicht, Verletzung derselben II. 470.  
 Analogie I. 22 a. &., I. 23<sup>1</sup>.  
 Anatecismus II. 261<sup>5</sup>.  
 Anerkennung II. 284a, II. 413<sup>12</sup>, II. 426<sup>19</sup>.  
 — eines unehelichen Kindes I. 566<sup>7</sup>, II. 522<sup>2</sup> 7.  
 Anfangstermin I. 96<sup>1</sup>.  
 Anfechtbarkeit I. 82 Nr. 1.  
 Anfechtung II. 325.  
 Animus domini I. 149<sup>6</sup>.  
 — donandi II. 365<sup>4</sup>.  
 — iniuriandi II. 472<sup>1</sup>.  
 — lucrificandi II. 452 Nr. 2.  
 — novandi II. 364 Nr. 2.  
 — possidendi I. 149<sup>6</sup>.  
 Anlegung von Pupillenfugeln II. 439 Nr. 2.  
 Annahme an Erfüllungstatt II. 342 Nr. 2.  
 — an Kindesstatt II. 523 fg.  
 Annus continuus, utilis I. 104.  
 Aufschwemmung I. 185 Nr. 3.  
 Anspruch I. 43 fg.  
 Anspruchserhebung I. 106 fg.  
 Anstellung des Vormundes II. 436<sup>2</sup> a.  
 Antichrestus I. 234 a. &.  
 Antinomie I. 19.  
 Eintritt der Vormundschaft II. 436.  
 Anweisung II. 412<sup>4</sup> 13 fg.  
 Apocha f. Quittung.  
 Apokaten I. 56.  
 Apprehensio I. 153<sup>2</sup>.  
 Aqueductus, aquaeductus I. 211<sup>6</sup> 7.  
 — Schutz im Besitz I. 164 Nr. 3. b. c.  
 Arbitrator II. 415<sup>1</sup>.  
 Arbitrium boni viri I. 93<sup>7</sup>, II. 254<sup>5</sup>, II. 386<sup>2</sup>, II. 436<sup>4</sup>.  
 Argentarii I. 297<sup>2</sup>, II. 474<sup>21</sup>.  
 Arglist f. dolus.  
 Argumentum a contrario I. 22<sup>7</sup>, I. 25 a. &.  
 Arrest I. 184<sup>2</sup>.  
 Arrha II. 325.  
 Arrogation II. 523<sup>2</sup>.  
 Arz II. 404<sup>2</sup> 4. 9.  
 Ascendenten I. 56a.  
 Assignation II. 412<sup>4</sup> 13 fg.  
 Auction f. Versteigerung.  
 Auctor I. 66<sup>2</sup>.  
 Auctoris laudatio I. 196<sup>6</sup>.  
 Auctoritas tutoris I. 71<sup>7</sup> 9, II. 432<sup>2</sup> 9, II. 442<sup>2</sup>.  
 Aufhebung des Besitzes I. 156. 157.  
 — der Dienstbarkeiten I. 215 fg.  
 — des Eigentums I. 191.  
 — der Emphyteusis I. 222.  
 — der juristischen Personen I. 61.  
 — der Obligationen II. 341 fg.  
 — des Pfandrechts I. 248 fg.  
 — der Rechte I. 63.  
 — der Superficies I. 223.  
 Aufhebung II. 361. & auch Abhebung.  
 Aufrechnung II. 348 fg.  
 Auftrag II. 409 fg.  
 Auslegung I. 20 fg.  
 — der Rechtsgeschäfte I. 84.  
 Auslobung II. 309 Nr. 1. a.  
 Auspielgeschäft II. 387<sup>1</sup> a. &.  
 Ausstattung II. 493 Nr. 3.  
 Aussteuer II. 491<sup>4</sup>.  
 Ausübung der Rechte I. 121.  
 — der Dienstbarkeiten I. 216.  
 Auswerfen I. 172<sup>11</sup>, II. 403<sup>5</sup>.  
 Authenticus I. 9 a. &.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Autonomie I. 19.  
 Avulsio I. 188.<sup>2</sup>  
 Bauen I. 188 Nr. 2. b.  
 Baumaterialien I. 169<sup>12</sup>, I. 188<sup>10</sup> fa.  
 Beamte II. 448, II. 470.  
 Bedingung I. 84 fa.  
 — aufstrebende, aufstrebende I. 86 g. G.  
 — eigentliche, uneigentliche I. 87.  
 — erfüllte I. 90—92.  
 — notwendige I. 87.  
 — perplexte I. 93 a. G.  
 — positive, negative I. 87.  
 — schwobende I. 89.  
 — si voluerim I. 93.  
 — unerlaubte I. 94.  
 — unvollständige I. 87<sup>4</sup> b. I. 94.  
 Bedingung, rückwirkende Kraft? I. 91.  
 Beobachtung, unbefugte II. 466<sup>17</sup>.  
 — Ordnung derselben II. 468.  
 — Verpflichtung zu derselben II. 490<sup>20</sup>.  
 Beobachtungsstellen, Privilegium derselben II. 271<sup>18</sup> 18.  
 Beendigung der Rechte, f. Aufhebung.  
 Befreiung des Schuldners II. 341 fa.  
 — von Vormundschaften II. 436.  
 Befristung I. 96. 96a.  
 Befristung II. 472.  
 Bemächtigung I. 184.  
 Bewachrichtigung (von der Cession) II. 331<sup>7</sup> 8.  
 Beneficium iuris I. 294; causae. personae I. 295.  
 — Auth. Si qua mulier II. 488 Nr. 2.  
 — condonarum actionum II. 294<sup>5</sup> 6, II. 298<sup>12</sup>, II. 481 Nr. 2; beim Pfandrecht I. 285<sup>10</sup>.  
 — competentiae II. 267. 268.  
 — dationis in solutum II. 342<sup>12</sup> 13.  
 — divisionis II. 298<sup>6</sup> 9-10, II. 298<sup>8</sup> fa., II. 479.  
 — excusationis s. ordinis II. 299<sup>7</sup> 8, II. 298<sup>8</sup> fa., II. 478; beim Pfandrecht I. 235 Nr. 5. a—e.  
 Berechnung der Zeit I. 103. 104.  
 Bereicherung, bei der Schenkung II. 865.  
 — ungerichtlichste II. 421 fa.  
 Berufspflicht, Verletzung derselben II. 470.  
 Beschädigung II. 455 fa.  
 Bescholtenheit I. 56.  
 Beschränkungen des Eigentums I. 169.  
 Besitz I. 148 fa.; juristischer, natür-

licher I. 148 g. G.; abgeteilter I. 149 a. G., I. 154.  
 Besitz Erwerb I. 153—155.  
 — Verlust I. 156—157.  
 — Schutz I. 158—162.  
 — Rechtsbesitz I. 151. 163, II. 464.  
 — in gutem Glauben I. 166.  
 Besitzverweisung I. 184<sup>2</sup>, II. 469 Nr. 1.  
 Bestallung des Vormundes II. 436.  
 Bestandtheil I. 140<sup>1</sup> a. G.  
 Bekräftigung I. 83 Nr. 2.  
 — gerichtliche I. 72<sup>5</sup>.  
 — Bestimmung der Dos II. 493 fa.  
 Betrug als Ungültigkeitsgrund I. 78.  
 — als Obligationensgrund II. 462.  
 — als Restitutionsgrund I. 118.  
 Bente I. 184 Nr. 5.  
 Beweis I. 133.  
 — bei der actio negatoria I. 198 g. G.  
 — bei der actio negotiorum gestorum contraria II. 430<sup>12</sup>.  
 — bei der Alimentationsverbindlichkeit II. 475<sup>7</sup>.  
 — bei der Bedingung I. 86<sup>4</sup> a. G.  
 — bei der Befristung I. 96<sup>2</sup>.  
 — bei der conditio indobiti II. 426 Nr. 5.  
 — bei der conditio ob causam datorum II. 429.  
 — bei der culpa II. 265 Nr. 6; II. 410<sup>4</sup> a. G., II. 430<sup>5</sup> a. G., II. 439<sup>7</sup>; II. 455<sup>12</sup>.  
 — beim Darlehn II. 372.  
 — bei der Dos II. 504.  
 — bei der Erfüllung II. 344.  
 — bei der exceptio divisionis II. 479<sup>2</sup>.  
 — bei der lex Anastasiana II. 333<sup>7</sup>.  
 — beim Tode I. 53.  
 — bei der Unvorbenklichkeit I. 113.  
 — bei der Veräußerung von Willensbüßern II. 441<sup>12</sup>.  
 — bei der Zengung I. 56b, II. 476 35 a. G.  
 Bilkigkeit I. 28.  
 Bodenzins I. 220<sup>3</sup>, I. 223<sup>11</sup>.  
 Bona I. 42<sup>2</sup>.  
 — adventicia II. 516 Nr. 2, II. 517.  
 — castrensis II. 516 Nr. 1.  
 — maternae. materni generis II. 516<sup>12</sup>.  
 — paraphernalia II. 507.  
 — recepticia II. 507<sup>1</sup>.  
 Bona fides f. fides.  
 Bonae fidei possessio I. 166.  
 Bonitas nominis II. 336.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Boze I. 73<sup>1</sup>, II. 308<sup>4</sup>.  
 Brautgeschenke II. 427<sup>18</sup>.  
 Brautkauf II. 491<sup>4</sup>.  
 Brevis manu traditio I. 154<sup>2</sup>, I. 172<sup>21</sup>.  
 Bürgschaft II. 476 fa.  
 Calumnias II. 471.  
 Canon I. 220<sup>3</sup>.  
 Canonisches Recht I. 2<sup>2</sup>, I. 5 Nr. 1.  
 Capitis diminutio I. 55<sup>2</sup>.  
 — als Grund der Restitution I. 116<sup>2</sup>.  
 Castrensis II. 523<sup>10</sup>.  
 Casus II. 264<sup>5</sup>.  
 — annus I. 196<sup>5</sup>.  
 Causa II. 884, II. 454 Nr. 5, II. 457 Nr. 2.  
 Causa adiecta I. 130<sup>6</sup>.  
 — perpetua bei Servituten I. 209 Nr. 3.  
 — rei I. 124<sup>2</sup>.  
 Causa als Voraussetzung I. 97<sup>2</sup>, II. 423<sup>8</sup>.  
 — bei obligatorischen Verträgen II. 318.  
 Causa lucrativa, onerosa I. 69<sup>5</sup>.  
 Cautio I. 134.  
 Cautio damni infecti II. 458 fa.  
 — de demolendo II. 466 Nr. 2. b.  
 — de non amplius surbando I. 159<sup>2</sup>, I. 198<sup>3</sup>, I. 217<sup>2</sup>.  
 — de rato bei der operis novi nunt. II. 466<sup>11</sup>.  
 — fideiussoaria, iuratoria, pignoratitia I. 134<sup>4</sup> 5. e.  
 — indiscreta II. 284<sup>2</sup>.  
 — usufructuaria I. 204; quasi-usufructuaria I. 206<sup>5</sup>.  
 — bei der Arrogation II. 524<sup>5</sup>.  
 — bei der Vormundschaft II. 436<sup>6</sup>.  
 Certum, incertum II. 254<sup>1</sup>.  
 Cession II. 329 fa.  
 — Beschränkungen derselben II. 383. 335.  
 — dinglicher Ansprüche II. 337.  
 — nacheinander an Verschiedene II. 331<sup>10</sup>.  
 Censio legis II. 330<sup>10</sup>.  
 — necessaria, voluntaria II. 330<sup>6</sup>.  
 — bonorum II. 266 a. G.  
 Censura I. 121<sup>2</sup>, II. 471.  
 Ceterographeglaubiger II. 270<sup>2</sup>.  
 Civilis cognatio I. 56<sup>2</sup>.  
 — computatio I. 103<sup>6</sup>.  
 — obligatio II. 287<sup>1</sup>.  
 — possessio I. 148<sup>12</sup>.  
 Clausula generalis I. 119<sup>2</sup>.  
 Codex I. 31.  
 — Verhältniß zu Institutionen und Pandekten I. 26.  
 Codex Florentinus I. 45.  
 Cognaten I. 56a.  
 Cognatio naturalis, civilis I. 56a.  
 Collaterales I. 56a<sup>2</sup>.  
 Collegium I. 57<sup>4</sup>.  
 Collision der Rechte I. 121<sup>4</sup> fa.  
 Colonus II. 399<sup>4</sup>.  
 — partiarus II. 399<sup>12</sup>.  
 Communitätsgesellschaft II. 407<sup>2</sup>.  
 Commission II. 383<sup>2</sup>, II. 412 Nr. 3.  
 Commixtio I. 189.  
 Commodatum II. 374. 375.  
 Commodum II. 327.  
 — beim Kaufe II. 389<sup>15</sup>.  
 — temporis s. repraesentationis II. 274<sup>2</sup>.  
 Commorientes I. 53.  
 Communio II. 449.  
 Compensation II. 348 fa.  
 Compensationvertrag II. 351 Nr. 2.  
 Competenz II. 267. 268.  
 Compossessio I. 152<sup>11</sup>.  
 Compromiß II. 415. 416.  
 Computatio temporis I. 103.  
 Concubinatus II. 522<sup>1</sup>.  
 Concurs II. 269 fa.  
 Concursprivilegien II. 270. 271.  
 Concursus actionum I. 121<sup>8</sup>—<sup>11</sup>, II. 326<sup>7</sup>—<sup>9</sup>.  
 — earum causarum lucrativarum II. 360 Nr. 3.  
 Condemnation des Klägers I. 127<sup>2</sup>.  
 Conditio I. 46<sup>4</sup>, II. 424<sup>1</sup>.  
 — causa data causa non secuta II. 423<sup>11</sup>, II. 427—429.  
 — certi, incerti II. 254<sup>1</sup>.  
 — de bene deponis II. 370<sup>8</sup>.  
 — ex l. 35 C. de donat. II. 366<sup>5</sup>.  
 — ex c. Redintegranda I. 162<sup>4</sup>.  
 — ex mutuo II. 371<sup>2</sup>.  
 — factiva II. 423<sup>4</sup>, II. 425, II. 463 Nr. 1.  
 — indobiti II. 423<sup>10</sup>, II. 426.  
 — Iuventiana II. 370<sup>15</sup>.  
 — ob causam datorum II. 423<sup>12</sup>, II. 427—429.  
 — ob iniustam causam II. 422<sup>5</sup>, II. 423<sup>1</sup>.  
 — ob turpem causam II. 423<sup>5</sup>, II. 423<sup>11</sup>.  
 — possessionis I. 161, II. 365<sup>2</sup>, II. 370<sup>2</sup>, II. 421<sup>7</sup>.  
 — sine causa II. 424<sup>1</sup>.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

**Conditio** f. **Bedingung**.  
**Conditionis implendae gratia** II. 427  
 9-11.  
**Condominium** I. 169a.  
**Conductio** II. 399<sup>2</sup>.  
**Confirmatio** I. 88 Nr. 2.  
**Confirmatio des Vormundes** II. 438  
 10 fg., II. 436<sup>2</sup>.  
**Confirmatio iuris Germanici** II. 436<sup>2</sup>.  
**Confusio** f. **Verbindung**.  
 — bei *tura in re* I. 215 Nr. 3, I.  
 222 p. N., I. 248 Nr. 4.  
 — bei **Obligationen** II. 352.  
**Coniux binubus** II. 511.  
**Consensus** zu **Verfügungen** über **Frem-**  
**des** I. 81 Nr. 3.  
 — des **Curators** I. 71<sup>2</sup>, II. 432<sup>2</sup>,  
 II. 442<sup>2</sup>.  
**Consensualcontracte** II. 312<sup>2</sup>.  
**Consensus contrarius** II. 357<sup>2</sup> a. G.  
**Consilium** (Rath) II. 412<sup>2</sup>.  
**Consolidatio** I. 215<sup>2</sup>.  
**Constitutum debiti** II. 284, 284<sup>2</sup>.  
 — alieni zum Zweck der **Sürg-**  
**schaft** II. 476<sup>2</sup>.  
**Constitutum possessorum** I. 155<sup>4</sup>, I.  
 172<sup>2</sup>.  
**Conjunction**, **prozessualische** I. 124<sup>1</sup>,  
 I. 129, I. 130 p. G.  
**Continuum tempus** I. 104.  
**Contractus** II. 312.  
 — **acquilatorius** II. 383.  
 — **emphyteuticarius** II. 404 a. G.  
 — **matris** II. 261<sup>2</sup>.  
 — **pignoratitius** II. 381, 382.  
 — **socialis** II. 400<sup>2</sup>.  
 — **suffragii** II. 404<sup>2</sup>.  
**Contrados** II. 508 1-12.  
**Contractatio** II. 452 Nr. 1.  
**Contocurrent** II. 351<sup>2</sup>.  
**Contremandiren** II. 411 Nr. 1.  
**Contutor** II. 443.  
**Convalescenz** I. 83<sup>1</sup>.  
 — der **Schenkung** unter **Ehegatten** II.  
 509 Nr. 4.  
 — der **Schenkung** des **Vaters** II.  
 516 17.  
**Conventionalstrafe** II. 285, 286.  
**Conversion** I. 82 Nr. 5.  
**Corporation** I. 57.  
**Corpus iuris civilis** I. 3, 4.  
 — **canonici** I. 5 Nr. 1.  
**Correatifikation** II. 293 fg.  
**Creditauftrag** II. 412<sup>12</sup>, II. 476<sup>2</sup>.

**Crimen expilatae hereditatis** II. 454  
 Nr. 4.  
**Culpa** I. 101, II. 265.  
 — **lata**, **lavis** I. 101<sup>10</sup>, II. 265 Nr.  
 2-4.  
 — **lavis in concreto** I. 101<sup>2</sup>, II. 265  
 Nr. 5.  
**Kultur als Eigenthumsverwertart** I.  
 174<sup>6</sup>.  
**Cura** II. 432<sup>7-8</sup>, II. 446<sup>1</sup>, II. 447<sup>1</sup>.  
 — **absentis** II. 447<sup>2</sup>, II. 447<sup>11-12</sup>.  
 — **bonorum** II. 447.  
 — **furiosi** II. 446<sup>2</sup>.  
 — **hereditatis incertae** II. 447<sup>2</sup>.  
 — **minoris** II. 432 fg.  
 — **prodigi** II. 446<sup>4</sup>.  
 — **ventris** II. 447<sup>4</sup>.  
 — **wegen Krankheit und Gebrechlich-**  
**keit** II. 446<sup>5-6</sup>.  
**Curatorium** II. 456<sup>2</sup> a. G.  
**Curstwerth** II. 256<sup>12</sup>.  
**Custodia** II. 265<sup>2</sup>, II. 384<sup>2</sup>.  
**Dammum emergens** II. 268<sup>1</sup>.  
 — **infectum** II. 458 fg.  
 — **iniuria datum** II. 455.  
**Dare** II. 252<sup>4</sup>.  
**Darlehen** II. 370 fg.  
**Datio in solutum** II. 342 Nr. 2, II.  
 392<sup>2</sup>.  
**Decretum de alienando** II. 441.  
 — **D. Marci** I. 123<sup>2</sup>.  
**Deductio** bei **Erbituten** I. 212 Nr. 7.  
 — bei der **actio de peculio** II. 434<sup>12</sup>.  
**Defensio** als **Intercession** II. 485<sup>11</sup>.  
**Dejection** I. 160 Nr. 1.  
**Delation** des **Eides** I. 133<sup>12</sup>, II. 418<sup>4</sup>.  
 — der **Vormundschaft** II. 433.  
**Delegation** II. 353<sup>2</sup>, II. 412<sup>2</sup>.  
**Delict** I. 101, II. 326.  
**Demons** I. 54<sup>11</sup>.  
**Denuntiatio** bei der **Cession** II. 331<sup>7-8</sup>.  
 — **litis** II. 391<sup>11-12</sup>.  
**Deposition** zum Zweck der **Erfüllung**  
 II. 347.  
**Depositum** II. 377 fg.  
 — **irregularis** II. 378 fg.  
 — **miserrabilis** II. 378<sup>12</sup>.  
**Dereliction** I. 184 Nr. 3, I. 191<sup>1</sup>.  
**Derivativer Erwerb** I. 66.  
**Descendenten** I. 56a.  
**Detention** I. 148 g. G.  
**Deutsches Recht** I. 2<sup>6</sup>.  
**Diebstahl** II. 452<sup>2</sup>.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

**Dictio dotis** II. 496<sup>2</sup>.  
**Dienstbarkeiten** I. 200 fg.  
 — **affirmative**, **negative** I. 201 Nr. 1.  
 — **Freibdienstbarkeiten** I. 210, 211.  
 — **Gebäudedienstbarkeiten** I. 210, 211a.  
 — **Grunddienstbarkeiten** I. 201 Nr. 2,  
 I. 209 fg.  
 — **persönliche** I. 201 Nr. 2, I. 202 fg.  
 — **unregelmäßige** I. 202<sup>2</sup>, I. 210<sup>2</sup> a. G.  
 — **Begründung** I. 212 fg.  
 — **Aufhebung** I. 215 fg.  
**Dienstbarkeitsanspruch** I. 217.  
**Dienstbarkeitsklage** I. 217.  
**Dienstmitthe** II. 401.  
**Dienstvergütung ohne Zusage** II. 399<sup>14</sup>,  
 II. 404<sup>7</sup>.  
**Dies** I. 96, 96a.  
 — **incertus** I. 96a.  
 — **cedit**, **venit** I. 88, I. 96<sup>4</sup>.  
 — bei **Obligationen** II. 273.  
 — **interpellat pro homine** II. 278 Nr. 1.  
**Diligentia** II. 265<sup>2</sup>.  
 — **quam suis** I. 101<sup>2</sup>, II. 265 Nr. 5.  
**Dilucida intervalla** I. 71<sup>4</sup>.  
**Dingliche Rechte** I. 40, I. 165 fg.  
 — **Ansprüche** I. 43, 45.  
**Dispositionsbefugniß** I. 81 Nr. 3.  
**Dispositivgesetz** I. 80.  
**Dissensus mutans** II. 357<sup>5</sup>.  
**Distractio pignoris** I. 237.  
**Dolus** I. 101<sup>6</sup>, II. 265<sup>1</sup>.  
 — als **Obligationsgrund** II. 451, II.  
 462.  
 — als **Restitutionsgrund** I. 118.  
 — als **Unzüchtigkeitgrund** I. 78 p. G.  
**Domicilium** I. 36.  
**Dominium** I. 165<sup>1</sup>.  
 — **civile**, **naturale** II. 496<sup>2</sup> a. G.  
 — **directum**, **utile** I. 169a<sup>10</sup>.  
 — **dormiens** I. 188<sup>7</sup>, I. 189<sup>4</sup>.  
 — **revocabile** I. 165<sup>7</sup>.  
 — **usufructus, proprietatis etc.** I. 165<sup>1</sup>.  
**Domus negotii** II. 490<sup>1</sup>.  
**Donatio** II. 365 fg.  
 — **ante nuptias** II. 427<sup>12</sup>.  
 — **bonorum** II. 368.  
 — **inter virum et uxorem** II. 509.  
 — **mortis causa** II. 369.  
 — **propter nuptias** II. 508.  
 — **remuneratoria** II. 368<sup>10-11</sup>.  
 — **sub modo** II. 368<sup>12</sup> fg.  
**Dot** II. 492 fg.  
 — **Bestellung** II. 493 fg.

**Dot** **Rechtsverhältnisse** während be-  
 stehender **Ehe** II. 496 fg.  
 — **Rechtsverhältnisse** nach aufgelöster  
**Ehe** II. 499 fg.  
**Dot adventicia** II. 498<sup>2</sup>.  
 — **ascimata** II. 494<sup>11</sup>, II. 500<sup>7</sup>.  
 — **necessaria** II. 498 Nr. 3.  
 — **profecticia** II. 498<sup>2</sup>.  
 — **recepticia** II. 506<sup>2</sup>.  
 — **tacita** II. 494<sup>12-13</sup>.  
**Dotallieferungen**, **Verlust** derselben  
 II. 500<sup>2-3</sup>.  
**Dotalgelder**, **davon** angeschaffte **Sachen**  
 II. 500<sup>1</sup>.  
**Dotallieferung** II. 501<sup>2</sup> fg.  
**Dotallieferung** II. 497.  
**Dotallieferung** II. 501<sup>5-6</sup>.  
**Dotallieferung** II. 503.  
**Dotallieferungen** II. 495<sup>2, 3</sup>.  
**Dotallieferungen** II. 506.  
**Dotationsverbindlichkeit** II. 493<sup>2</sup>.  
**Dotis constitutio, datio, promissio** II.  
 494, 495<sup>2</sup>.  
**Draufgabe** II. 325.  
**Drohung** f. **Zwang**.  
**Ducat** II. 367<sup>2</sup>.  
**Duplae stipulatio** II. 391<sup>2</sup>.  
**Duplex actio** I. 46, I. 127<sup>2</sup>.  
**Duplitt** I. 48.  
**Edition** II. 474 Nr. 6.  
**Ehe** II. 489 fg.  
 — **Begründung u. Beendigung** II. 489.  
 — **Verhältniß** der **Ehe-**  
**gatten** II. 490.  
 — **Einfluß** auf das **Vermögen** II.  
 491 fg.  
**Ehe**, **putative** I. 56b<sup>6</sup>.  
 — **zweite** II. 511.  
 — **innerhalb** des **Erwerbsjahres** II.  
 512.  
**Ehebruch** II. 490 Nr. 2, II. 510.  
**Ehegatten**, **Schenkungen** unter den-  
 selben II. 509.  
 — **Entwendungen** II. 454 Nr. 6.  
**Ehegewinn** II. 511 Nr. 1, II. 516<sup>12</sup>.  
**Ehevertragsstrafen** II. 510.  
**Eheverträge** II. 506.  
**Ehre** I. 56.  
**Ehrenklärung** II. 472<sup>2</sup>.  
**Eid** als **Beförderungsmittel** II. 324, II.  
 486<sup>5</sup>.  
 — als **Beweismittel** I. 133 Nr. 2. b.  
 — der **Vormünder** II. 496<sup>5</sup>.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Eidvertrag II. 418.  
 Eigenmacht I. 128, I. 148 Nr. 1, II. 465, II. 466.  
 Eigentum I. 167 fg.  
 — geistiges I. 187<sup>9</sup>, I. 168 a. G.  
 — Erwerb I. 170 fg.  
 — Verlust I. 191.  
 Eigentumsansprüche I. 192 fg.  
 Eigentumsbeschränkungen I. 169.  
 Eigentumsfragen I. 192 fg.  
 Einrede I. 47 fg. S. auch exceptio.  
 Einwilligung zu Verfügungen über Fremdes I. 81 Nr. 3.  
 — des Curators I. 71<sup>9</sup>, II. 432<sup>9</sup>, II. 442<sup>9</sup>.  
 Eisenbahnen II. 401<sup>11</sup>.  
 Eltern Bleib II. 400<sup>12</sup>.  
 Emancipation II. 525 Nr. 3. a.  
 Emancipatio tacita s. Germanica II. 525<sup>12</sup>.  
 Emblemata Triboniani I. 26<sup>3</sup>.  
 Emphyteusis I. 218 fg.  
 Ratio II. 385 fg.  
 — ad gustum II. 387<sup>6</sup>.  
 — rei speratae, spoi II. 385<sup>6</sup>.  
 Enbignung der Rechte I. 63. S. auch  
 Beobnignung, Verlust.  
 Endtermin I. 96.  
 Entäußerungsbeschränkung II. 321<sup>18</sup>.  
 Entlassung I. 69 a. G.  
 Entstehung der Rechte I. 63. S. auch  
 Erwerb.  
 — der juristischen Personen I. 60.  
 Entwehrung s. Eviction.  
 Entwendung II. 452 fg.  
 Erbitung eines Vormundes II. 433  
 37. 38.  
 Erbpacht I. 218 g. G.  
 Erfüllung der Bedingung I. 90—92.  
 — der Obligation II. 342 fg.  
 Erfüllungsort, Leistung an II. 342  
 Nr. 2, II. 392<sup>2</sup>.  
 Erfüllungsversprechen II. 284, 284a.  
 Erlaß der Dienstbarkeiten I. 216 Nr. 4.  
 — der Emphyteusis I. 222 Nr. 2.  
 — der Obligationen II. 357.  
 — erzwungener II. 358.  
 — des Pfandrechts I. 248 Nr. 1.  
 — der Superficies I. 223 g. G.  
 Error s. Irrthum.  
 Ersthung des Eigentums I. 175 fg.  
 — — ordentliche I. 175a fg.  
 — — außerordentliche I. 183.  
 — der Dienstbarkeiten I. 213.

Ersthung der Emphyteusis I. 221<sup>6-9</sup>.  
 — der Freiheit I. 216, I. 248<sup>14</sup>.  
 — der Forderung? II. 302<sup>2</sup>.  
 — des Pfandrechts? I. 229<sup>1</sup>.  
 — der Superficies I. 223<sup>14</sup>.  
 Erwerb der Rechte I. 66.  
 — des Besizes I. 153.  
 — — durch Stellvertreter I. 155.  
 — — an Rechten I. 163, II. 465<sup>3</sup>.  
 — der Dienstbarkeiten I. 212 fg.  
 — des Eigentums I. 170 fg.  
 — der Emphyteusis I. 221.  
 — der Forderungsrechte II. 302 fg.  
 — des Pfandrechts I. 229 fg.  
 — der Rechte an Sachen I. 165<sup>2</sup>.  
 — der Superficies I. 223.  
 Erwerb des Vaters durch die Kinder  
 II. 515, 516.  
 Erwerbgesellschaft II. 405<sup>3</sup>.  
 Erwerbgrund I. 165<sup>2</sup>.  
 Erzeugnisse I. 144.  
 Erziehungsgewalt II. 514 Nr. 3, II.  
 520 Nr. 1, II. 525 Nr. 2, II. 526.  
 Erziehungslofen II. 475<sup>12</sup>, II. 515.  
 Essentialia negotii I. 86.  
 Eviction beim Kauf II. 389<sup>6</sup>, II. 391;  
 beim Pfandverkauf I. 237 Nr. 3.  
 — bei anderen Rechtsgeschäften II. 392;  
 bei Bestellung einer Dos II. 495  
 Nr. 2; bei der Schenkung II. 366  
 Nr. 4; bei der Theilung II. 449<sup>24</sup>.  
 Exceptio I. 47 fg.  
 — dilatoria I. 47<sup>3</sup>.  
 — divisionis II. 293<sup>6-9-10</sup>, II. 298<sup>6</sup>  
 fg., II. 479.  
 — doli I. 78<sup>6</sup>.  
 — — generalis I. 47<sup>7</sup>.  
 — excussionis s. ordinis II. 293<sup>7-8</sup>,  
 II. 298<sup>8</sup> fg., II. 478.  
 — — beim Pfandrechte II. 235 Nr. 5.  
 e—e.  
 — in personam, in rem I. 47<sup>5</sup>.  
 iurisiurandi I. 418 1. a.  
 — litis pendens I. 124<sup>1</sup> s. G.  
 — motus I. 80.  
 — non adimpleti contractus II. 321<sup>2-3</sup>.  
 — non numeratae dotis II. 504.  
 — — pecuniae II. 344<sup>3</sup>, II. 372,  
 II. 504.  
 — non rite adimpleti contractus II.  
 321<sup>2</sup> s. G.  
 — peremptoria I. 47<sup>3</sup>.  
 — personae, rei cohaerens I. 47<sup>6</sup>.  
 — plurium concumbentium II. 475<sup>19</sup>.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Exceptio quod metus causa I. 80.  
 — rei in iudicio deductae I. 124<sup>1</sup>.  
 — rei indicatae I. 130, 131.  
 — rei venditae et traditae I. 197 Nr. 3.  
 — SC<sup>o</sup> Macedoniani II. 373 Nr. 5.  
 — SC<sup>o</sup> Volloiani II. 487.  
 — spoli I. 162<sup>9</sup>.  
 — utilis, in factum I. 467.  
 Exceptio servitutis I. 212 Nr. 7.  
 Excusatio II. 435.  
 — necessaria II. 434<sup>1</sup>.  
 Exorcitor II. 432<sup>7</sup>.  
 Exhibition II. 353<sup>3</sup>.  
 Expromissio II. 388<sup>2</sup>.  
 Expropriation II. 388<sup>2</sup>.  
 Factor II. 482<sup>7</sup>.  
 Fähigkeit zur Vormundschaft II. 434.  
 Fahrlässigkeit I. 1017.  
 Fahrweg I. 211<sup>3</sup>.  
 Falsa causa II. 423<sup>3</sup>.  
 Familia I. 55<sup>8</sup>, I. 56a.  
 Familienrechte I. 41.  
 Fatuus I. 54<sup>19</sup>.  
 Faustpfand I. 234.  
 Fehler s. Mängel.  
 Felddienstbarkeiten I. 210, 211.  
 Feldgrundstück I. 139<sup>4</sup>.  
 Feldmesser II. 403<sup>3-4</sup>, II. 470<sup>16</sup>.  
 Fensterrecht I. 211a<sup>8</sup>.  
 Ferraminatio I. 189<sup>1</sup>.  
 Fiction I. 67<sup>4</sup>.  
 Fictus possessor I. 193<sup>8</sup>, I. 196<sup>8</sup>.  
 Fideiussor II. 476<sup>1</sup>.  
 — indemnitate II. 478<sup>1</sup>.  
 Fides, bona, mala bei der Ersthung  
 des Eigentums I. 176, 177.  
 — — bei der Ersthung der Dienst-  
 barkeiten I. 213<sup>6</sup>.  
 — — bei der Ersthung der Frei-  
 heit I. 216<sup>10</sup>, I. 248<sup>18-19</sup>.  
 — — beim Fruchtterwerb I. 1867 fg.  
 — — bei der Klagenverjährung  
 I. 111.  
 — — Einfluß auf die Verpflichtung  
 des Beklagten I. 124, I. 193<sup>8</sup> fg.  
 Fiducia I. 224<sup>3</sup>.  
 Filiafamilias s. Pauskind.  
 Finden I. 184<sup>7</sup>.  
 Fingerte Person I. 49 a. G.  
 Fiscus I. 577, I. 581.  
 — Veräußerungen desselben I. 165<sup>6</sup>.  
 Fischerei I. 184 Nr. 2.  
 Florentina I. 45.

Fluß I. 146 Nr. 2, II. 467 Nr. 4—6.  
 Flußbett I. 185 Nr. 2.  
 Forum nauticum II. 371 a. G.  
 Forderung, Forderungsrecht II. 250 fg.  
 — Begriff II. 250—251a.  
 — Entstehung II. 302 fg.  
 — Gegenstand II. 252 fg.  
 — Inhalt II. 262 fg.  
 — Subjecte II. 290 fg.  
 — Unterang II. 341 fg.  
 — Veränderung II. 327 fg.  
 Forderungskauf II. 397.  
 Form der Rechtsgeschäfte I. 72.  
 — der obligatorischen Verträge II. 312.  
 Formalcontract II. 318 Nr. 2, II.  
 319, II. 364.  
 Fruchtvertrag II. 461 Nr. 1.  
 Frauen I. 54.  
 — Intercession derselben II. 485 fg.  
 — Rechtsirrtum derselben I. 79<sup>11-14</sup>.  
 — Unfähigkeit zum Schiedsrichteramt  
 II. 416<sup>10</sup>.  
 — Unfähigkeit zur Vormundschaft II.  
 434 Nr. 1. a.  
 Fremde I. 55.  
 Frucht I. 144.  
 Fruchtterwerb I. 186.  
 Früchte auf dem Palm II. 385<sup>6</sup>.  
 Fuhrente I. 401 Nr. 1.  
 Fundata intentio I. 2<sup>2</sup>.  
 Funddiebstahl II. 452<sup>8</sup>.  
 Fundus dotalis II. 497.  
 Fungible Sachen I. 142<sup>2</sup>.  
 Furcht I. 80. S. auch Zwang.  
 Furiosus I. 54<sup>11</sup>.  
 Furtum II. 452 fg.  
 Fußweg I. 211<sup>3</sup>.  
 Gant s. Concurs.  
 Garantievertrag II. 412 Nr. 2.  
 Gastwirth II. 384, II. 454 Nr. 5, II.  
 457 Nr. 2.  
 Gattungssache I. 142.  
 Gebäudedienstbarkeit I. 210, I. 211a.  
 Gebäudegrundstück I. 139<sup>4</sup>.  
 Gebiet des Rechts, zeitliches I. 31, fg.  
 — — räumliches I. 34 fg.  
 Gebrauchsrecht I. 207.  
 Geburt als Beginn der Rechtsfähig-  
 keit I. 52.  
 Gefahr s. periculum.  
 Gemeinrede I. 48.  
 Gegenseitige Verträge II. 320, 321.  
 Gegenvermächtniß II. 508<sup>12</sup>.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Seite die Noten.

- Gefälle II. 401<sup>6</sup>, II. 406<sup>6</sup>, II. 410<sup>8-9</sup>.  
 Geisteskrankheit, Geisteschwäche I. 54.  
 — Vormundschaft wegen derselben II. 446<sup>8</sup>.  
 Geistliche, Beschränkung der Bürgschaft II. 477<sup>9</sup>.  
 — Peculium derselben II. 516<sup>7</sup>.  
 — Verbot von Pachtungen II. 399<sup>15</sup>.  
 — Unfähigkeit zur Vormundschaft II. 484<sup>2</sup>.  
 Geld als verbrauchbare Sache I. 141<sup>3</sup>, C.  
 — als Waare II. 385<sup>8</sup>.  
 — Äußerer, innerer Werth II. 256<sup>11-12</sup>.  
 — Eigentumsverwerb am Geld durch Vermischung I. 189<sup>8</sup>.  
 — Kennwerth, Metallwerth, Courswerth II. 256<sup>11-12</sup>.  
 — Tauschwerth II. 256<sup>10</sup>.  
 — Papiergeld II. 256<sup>11</sup> Nr. 4.  
 Geldleistung II. 256.  
 Geldleihe II. 304 Nr. 2.  
 Gemälde I. 189<sup>6</sup>.  
 Gemeinde I. 57<sup>2,3</sup>.  
 Gemeines Recht I. 11.  
 Gemeinschaft II. 449.  
 Gemeinschuldner II. 269.  
 Genehmigung I. 74<sup>3</sup> f. a., I. 81<sup>7</sup> s., I. 83<sup>4</sup> s.  
 Generalhypothek I. 228<sup>1</sup>.  
 Generische Obligation II. 255 Nr. 2.  
 Genossenschaften I. 58<sup>5</sup>.  
 Genus I. 142.  
 Gerichtsgebrauch I. 16<sup>6</sup>.  
 Gemeintheilgenothum I. 169<sup>2,3</sup>.  
 Gesamtheit f. univocitas.  
 Gesamtnachfolge I. 65<sup>2</sup>.  
 Gesamtschuld f. Correalobligation.  
 Geschäftsführer, Geschäftsführung II. 430, 431. S. auch II. 482<sup>1</sup> s. 14, II. 483 Nr. 2.  
 Geschlecht I. 54 s. A.  
 Geschlechtsreihe I. 54<sup>6</sup>.  
 Gesellschaft II. 406 fg.  
 Gesetz I. 14.  
 Gesetzliche Fesseln II. 330 Nr. 3.  
 — Pfandrechte I. 281, 282.  
 — Servituten I. 169<sup>2</sup>.  
 — Sinsen II. 259<sup>7</sup>, II. 260.  
 Gesandtschaft II. 271<sup>14-16</sup>.  
 Gesundheit I. 54.  
 Getreide auf dem Saal II. 385<sup>5</sup> s. C.  
 Gewähr der Mängel f. Mängel.  
 Gewagte Geschäfte II. 322.

- Gewalt I. 41, I. 160 Nr. 1.  
 — väterliche II. 513<sup>1</sup>, II. 514<sup>6</sup>, II. 515 fg.  
 Gewerkeführer II. 482<sup>7</sup>.  
 Wohnheitsrecht I. 15 fg.  
 — gemeines deutliches I. 2<sup>5</sup>, I. 5 Nr. 3.  
 Gläubiger II. 251a a. C.  
 Stoffe I. 3.  
 Glottatoren I. 7.  
 Gläubiger II. 322.  
 Gläubiger II. 251a a. C.  
 Grade der Culpa I. 101<sup>8</sup>, II. 265 Nr. 2-5.  
 — der Verwandtschaft I. 56a<sup>4</sup>.  
 Grenzverwirrung II. 450.  
 Großjährigkeit I. 54<sup>8</sup>.  
 Grunddienstbarkeit I. 201 Nr. 2, I. 209 fg.  
 Grundstück I. 139.  
 Grundzins I. 220<sup>8</sup>, I. 223<sup>11</sup>.  
 Güterabtretung II. 266 a. C.  
 Gütereinheit II. 491<sup>3</sup>.  
 Gütergemeinschaft II. 491<sup>3</sup>.  
 Güterrecht der Ehegatten II. 491 fg.  
 Habitatio I. 208.  
 Häretiker I. 55.  
 Halbblütige Verwandtschaft I. 56a<sup>6</sup>.  
 Haltung gefährlicher Thiere II. 457<sup>11</sup>.  
 Handelsfrau II. 486<sup>9</sup>.  
 Handelsgeschäfte des Handelsmanns II. 484<sup>16</sup>.  
 Handelsgesellschaft II. 405<sup>11</sup>, II. 407<sup>2</sup>.  
 Handgeld II. 325.  
 Handlohn I. 220<sup>8</sup>.  
 Handlung, juristische I. 67, 68.  
 — unvertaube I. 101, II. 325.  
 — als Gegenstand des Verbringungsrechtes II. 252.  
 Handlungsfähigkeit I. 71.  
 — der juristischen Person I. 59.  
 Hauptsache I. 189<sup>6</sup>.  
 Hauptschuld II. 476.  
 Hankeloh I. 55 s. C.  
 — Erwerb für den Vater II. 515-517.  
 — Rechtsgeschäfte mit dem Vater II. 519.  
 — Verpflichtung des Paters II. 457<sup>9</sup>, II. 482<sup>10</sup>, II. 483<sup>4-5</sup>, II. 484.  
 Heirathsgut II. 491<sup>4</sup>.  
 Hermaphroditen I. 54<sup>2,3</sup>.  
 Herrentose Sachen I. 184.  
 Hinterlegung II. 377 fg.  
 — zum Zweck der Erfüllung II. 347.  
 Historische Schule I. 9, 10.  
 Hebungsgeld II. 385<sup>5</sup>.  
 Honorar II. 409<sup>7</sup>, II. 410<sup>10</sup>, II. 404<sup>8</sup>.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Seite die Noten.

- Hyperocha I. 237<sup>25</sup>.  
 Hypotheca I. 224<sup>2</sup>.  
 Hypothecarische Succession I. 233a, 233b.  
 Iactus lapilli II. 465<sup>8</sup>.  
 — missilium I. 172<sup>11</sup>.  
 — navis levandas gratia II. 408.  
 Jahr I. 103 Nr. 2, d.  
 Jagd I. 184 Nr. 2.  
 Id quod facere debitor potest II. 267<sup>1</sup>.  
 Ignominia I. 56.  
 Ignorantia facti et iuris I. 79.  
 Immemorialisjährung I. 105<sup>7</sup>, I. 113.  
 Immissio f. missio in possessionem.  
 Impensae necessarias, utiles, voluptuarias I. 195<sup>2</sup> s. 10.  
 — beim Aufzug II. 410 Nr. 2 s. A.  
 — bei der Gemeinschaft II. 449<sup>10</sup> s. 11.  
 — bei der Geschäftsführung II. 430 Nr. 2, II. 431.  
 — bei der Gesellschaft II. 406<sup>10</sup>.  
 — bei der Grenzverwirrung II. 450<sup>6</sup>.  
 — bei der Hinterlegung II. 378<sup>15</sup>.  
 — beim Kauf II. 389<sup>10</sup>.  
 — bei der Reibe II. 375<sup>15</sup>, II. 376<sup>7</sup>.  
 — bei der Rente II. 400<sup>10</sup>.  
 — beim Pflanzvertrag II. 382<sup>14</sup>.  
 — bei der rei vindicatio I. 195.  
 — bei der Vormundschaft II. 438<sup>13</sup>.  
 Impetratio domini I. 238.  
 Impuberes I. 54<sup>6</sup>.  
 Inaedificatio I. 188<sup>2</sup> s.  
 Incendium, ruina etc. II. 454 Nr. 2, II. 456 Nr. 2.  
 Incestuosi II. 475<sup>23</sup>.  
 Indebitum II. 426.  
 In diem addictio II. 323<sup>8</sup>.  
 Indirecte Vermögensanwendung II. 342 Nr. 5, 6, II. 365<sup>16-17</sup>, II. 370<sup>10-12</sup>, II. 412 Nr. 1, II. 421<sup>10</sup>, II. 424 Nr. 2, II. 494<sup>8</sup>.  
 Inultus II. 275 Nr. 3.  
 Infamie I. 56.  
 Infantes I. 54<sup>4</sup>.  
 Infractio II. 263 Nr. 2.  
 Inhaberpapierforderung II. 291<sup>3</sup>, II. 304<sup>10</sup>, II. 364 a. C.  
 In integrum restitutio I. 114 fg.  
 Injurie II. 472.  
 Innominatecontracte II. 312<sup>4</sup>.  
 In pondanti I. 67.  
 Inquilinus II. 399<sup>4</sup>.  
 In rem versio II. 483.

- Insel I. 184 Nr. 1, I. 185 Nr. 1.  
 Instigation der Klage I. 126.  
 — der Schenkung II. 367 Nr. 2.  
 In solutum datio II. 342 Nr. 2.  
 Insolvency II. 266.  
 Insultor II. 482<sup>7</sup>.  
 Institutionen I. 31.  
 — Verhältnis zu Digesten und Codex I. 26.  
 Intercessio II. 485.  
 — cumulative, privative II. 485 Nr. 1 g. C.  
 — der Frauen II. 484 fg.  
 Interdictenbesitz I. 148<sup>5</sup>, I. 158<sup>1</sup>.  
 Interdiction wegen Verschwendung I. 71 Nr. 5.  
 Interdictum I. 461.  
 — de aqua I. 164 Nr. 3, b.  
 — de arboribus caedendis I. 169<sup>10</sup>.  
 — de clandestina possessione I. 160<sup>2</sup>.  
 — de cloacia I. 164 Nr. 3, d.  
 — de fonte I. 164 Nr. 3, e.  
 — de glande legenda I. 169<sup>9</sup>.  
 — de itinere actiouis privato, de itinere relictio I. 164 Nr. 3, a.  
 — de liberis exhibendis et ducendis II. 520<sup>6</sup>.  
 — de mortuo inferendo II. 468<sup>1</sup>.  
 — de migrando I. 236<sup>4</sup>.  
 — de opere restitendo II. 466<sup>12</sup>.  
 — de precario I. 160 Nr. 2.  
 — de rivis I. 164<sup>12</sup>.  
 — de superficibus I. 164<sup>1</sup>.  
 — de tabulis exhibendis II. 474 a. C.  
 — de thesauro I. 169<sup>18</sup>.  
 — de uxore exhibenda et ducenda II. 490<sup>15</sup>.  
 — de vi I. 160.  
 — demolitorium II. 466<sup>12</sup>.  
 — duplex I. 169<sup>8</sup>.  
 — fraudatorium II. 463<sup>1</sup>.  
 — ne vis fiat ei qui in possessionem missus est II. 469 Nr. 1.  
 — possessorium I. 153<sup>1</sup>.  
 — quod vi aut clam II. 465.  
 — Salvianum I. 236<sup>5</sup>.  
 — unde vi I. 160.  
 — uti possidetis I. 159.  
 — utrobi I. 159<sup>2</sup>.  
 Interesse als Gegenstand der Obligation II. 267, 268.  
 — als Erforderniß der Obligation? II. 361<sup>8</sup>.



Die römischen Büchern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Seite die Notizen.

Interesse negatives II. 307<sup>a</sup>. 6. 7, II. 308 g. C., II. 316<sup>7</sup>.  
 Interpellation II. 278. 279.  
 Interpretation I. 20 fg.  
 Interpretatio duplex I. 26.  
 Intersurium II. 274.  
 Inter vivos I. 69<sup>a</sup>.  
 Invocta et illata I. 281 Nr. 1.  
 Inventar bei der Vormundschaft II. 436<sup>7</sup>.  
 Ipso iure compensari II. 349<sup>a</sup>.  
 Scribium bei Rechtsgeschäften I. 76. 77. 78.  
 — als Restitutionsgrund I. 119.  
 — entschuldbarer, unentschuldbarer I. 79.  
 — factischer, Rechtsirrtum I. 79.  
 Iter I. 311<sup>a</sup>.  
 — ad aspidum I. 212<sup>a</sup>.  
 Juden I. 55, II. 312<sup>a</sup>, II. 335 Nr. 2. b, II. 434<sup>22</sup>.  
 Index qui litam suam facit II. 470<sup>1</sup>.  
 Iudicium rescindens, rescissorium I. 120<sup>a</sup>.  
 Iura in re I. 165<sup>1</sup>.  
 — praediorum I. 201 Nr. 2.  
 Iuramentum Zenonianum I. 160<sup>10</sup>.  
 Juratorische Caution I. 184<sup>4</sup>.  
 Iuris quasi possessio I. 151. 163, II. 464.  
 Juristenrecht I. 16.  
 Juristische Berechnung der Zeit I. 103<sup>6</sup>.  
 — Personen I. 49, I. 57 fg.  
 — Thatsachen I. 67.  
 Juristischer Besitz I. 148.  
 Ius cogens, dispositivum I. 30.  
 — distrabendi beim Pfandrecht I. 237.  
 — futurum I. 67<sup>1</sup>.  
 — offerendi I. 233b Nr. 4.  
 — possidendi II. 821<sup>11</sup>. 12.  
 — possessionis II. 150<sup>2</sup>.  
 — possidendi beim Pfandrecht I. 234 — 236.  
 — promissos II. 338 Nr. 2.  
 — singulare I. 23.  
 — tollendi I. 195<sup>4</sup>. 11. 12.  
 Ius iurandum in litem I. 133 Nr. 2. b.  
 — necessarium, voluntarium II. 418<sup>4</sup>.  
 Iussum II. 412<sup>8</sup>, II. 482<sup>6</sup>.  
 Iusta causa i. r. restitutionis I. 116 fg.  
 — bei der Tradition I. 171<sup>6</sup>.  
 — bei der Cession II. 330<sup>5</sup>.  
 Kalenbertag I. 103 Nr. 2. a.  
 Kauf II. 385 fg.  
 — in Bausch und Bogen II. 390<sup>11</sup>.

Kauf auf Verzicht II. 387<sup>5</sup> fg.  
 — auf Probe II. 387<sup>5</sup> fg.  
 — nach Probe II. 387<sup>16</sup>.  
 — von Rechten II. 397.  
 — eines Vermögens II. 397<sup>4</sup>.  
 Kauf bricht Miethe II. 400<sup>7</sup>.  
 Kehler I. 55.  
 Kindheit I. 54<sup>4</sup>.  
 Kinder I. 56b, II. 521.  
 — uneheliche I. 56b, II. 521<sup>1</sup>, II. 475<sup>14</sup> fg., II. 522, II. 523<sup>11</sup>.  
 Kirchen als juristische Personen I. 57 Nr. 2.  
 — Restitutionsanspruch I. 117<sup>a</sup>.  
 — Verjährung I. 110<sup>a</sup>. 2. I. 182 Nr. 2. c.  
 Klage I. 44, I. 122<sup>4</sup>.  
 Klagenconcurrentz I. 121<sup>a</sup> — 11, II. 326<sup>7-9</sup>.  
 Klagenverjährung I. 106 fg.  
 Krankheit I. 54.  
 Kritik I. 21<sup>1</sup>.  
 Kritische Zeit I. 56b<sup>3</sup>, II. 475<sup>17</sup>.  
 Kündigung II. 361.  
 — beim Auftrag II. 411 Nr. 1.  
 — bei der Gesellschaft II. 408 Nr. 1.  
 — bei der Miethe II. 402 Nr. 1.  
 Kündung I. 126.  
 Laesio enormis II. 396.  
 Lässen I. 115.  
 Läßige Rechtsgeschäfte I. 69<sup>5</sup>.  
 Laudatio auctoris I. 196<sup>6</sup>.  
 Laudemium I. 220<sup>9</sup>.  
 Laudum II. 416<sup>1</sup>.  
 Laxamentum temporis II. 439<sup>8</sup>.  
 Lebensdauer I. 53<sup>1</sup>.  
 Lebensfähigkeit I. 52<sup>a</sup>.  
 Lectio Florentina, vulgata, Haloandrina I. 45.  
 Regalverbituten I. 169<sup>2</sup>.  
 Leges restitutas I. 35.  
 Legitima usurae I. 260.  
 Legitimation II. 522.  
 Leibrentenvertrag II. 420<sup>9</sup>.  
 Leihenbestattung, statt des Verpflichteten II. 430<sup>20</sup>.  
 — unbefugte II. 456 Nr. 6.  
 — Störung derselben II. 468.  
 Leihenlosten II. 271<sup>13-18</sup>, II. 430<sup>20</sup>.  
 Leistung, indirecte. S. indirecte Vermögenszuwendung.  
 Leugnen, Strafe des II. 263 Nr. 2.  
 Lex Anasiana II. 333.  
 — Aquila II. 455.

Die römischen Büchern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Seite die Notizen.

Lex Cincia II. 367 3. 7.  
 — commissoria II. 323<sup>2</sup>.  
 — Cornelia de iniuriis II. 472<sup>2-5</sup>.  
 — Iulia de fundo dotali II. 497.  
 — Rhodia de iactu II. 403.  
 — Scribonia I. 213<sup>1</sup>.  
 Liberation II. 341 fg.  
 Liberalitas II. 365<sup>4</sup>.  
 Liberi supervenientes II. 367<sup>22</sup>.  
 Licitation I. Versteigerung.  
 Rechte Zwischenräume I. 71<sup>4</sup>.  
 Viehlohn II. 271<sup>14-16</sup>.  
 Liquidität als Voraussetzung der Compensation II. 350 Nr. 5.  
 Lis erescit in duplum II. 263<sup>2</sup>.  
 Litigiosität I. 125 Nr. 1.  
 Litiscontestatio I. 126<sup>1</sup>.  
 Litisrescenz II. 263<sup>2</sup>.  
 Litis denuntiatio II. 391<sup>11-12</sup>.  
 Litispenz I. 124<sup>18</sup>. 20.  
 — Verjährung der I. 110<sup>2</sup>.  
 Litteralcontract II. 312<sup>2</sup>.  
 Locatio conductio II. 399 fg.  
 — irregularis II. 400<sup>22</sup>, II. 401<sup>21</sup>.  
 — operis II. 399<sup>7</sup>.  
 Location der Gläubiger im Concurse II. 270 fg.  
 Locus regit actum I. 35 a. C.  
 Lohn II. 399<sup>12</sup>.  
 Longa manu traditio I. 154<sup>2</sup>.  
 Longi temporis possessio I. 175.  
 Longo tempore capio I. 175.  
 Loss bei Collision der Rechte I. 121<sup>8</sup>.  
 Lotterievertrag II. 420 Nr. 3.  
 Lucidum intervallum I. 71<sup>4</sup>.  
 Lucrativa causa I. 69<sup>5</sup>.  
 Lucrum cessans II. 258<sup>1</sup>.  
 — ex re, ex negotiatione II. 327<sup>7</sup>.  
 Lucrum nuptiale II. 511 Nr. 1, II. 512 lit. b, II. 516<sup>12</sup>.  
 Lügen im Recht I. 23.  
 Mängel der Willenserklärung I. 70 fg.  
 — der Sache beim Kaufvertrag II. 393—395.  
 — beim Mietvertrag II. 400<sup>9</sup>.  
 — bei der Schenkung II. 366 Nr. 5.  
 Magister navis II. 482<sup>7</sup>.  
 Mäßigung II. 278. 279.  
 Majorität bei Corporationsbeschlüssen I. 59.  
 — beim unfreiwilligen Erlaß und Stundungsvertrag II. 275 Nr. 2, II. 358<sup>2</sup>.

— beim Schiebsgericht II. 416<sup>8</sup>.  
 Makler II. 404<sup>3</sup>. 2.  
 Mala fides i. fides.  
 Malen I. 189<sup>6</sup>.  
 Mandat II. 409 fg.  
 Mandatum qualificatum II. 412<sup>20</sup>, II. 476<sup>3</sup>.  
 Mannbarkeit I. 54<sup>6</sup>.  
 Meer I. 146 Nr. 2.  
 Mehrfache Verwandtschaft I. 56<sup>a</sup>. 5.  
 Mentor II. 404<sup>3</sup>. 4, II. 470<sup>1-6</sup>.  
 Monte captus I. 54<sup>11</sup>.  
 Metas als Grund der Obligation II. 462.  
 — — — — — der Restitution I. 118.  
 — — — — — der Ungültigkeit I. 80.  
 Miethe II. 399 fg.  
 Milde Stiftungen I. 57 Nr. 2.  
 Minderjährige I. 54<sup>8</sup>.  
 — Handlungsunfähigkeit I. 71.  
 — Rechtsirrtum I. 79<sup>10</sup>.  
 — Restitution I. 117.  
 — Unfähigkeit zur Vormundschaft II. 434 Nr. 1. b.  
 — Vormundschaft II. 432 fg.  
 Minderungsklage II. 393<sup>2</sup>, II. 394.  
 Mineralien I. 144<sup>3</sup>, I. 169 Nr. 11.  
 Missilia I. 172<sup>11</sup>.  
 Missio in possessionem I. 184<sup>8</sup>.  
 — — — — — damni infecti nomine II. 459 Nr. 4.  
 Mißgeburt I. 52<sup>6</sup>.  
 Mißbehalt I. 152 Nr. 3.  
 Mißbürge II. 479.  
 Mißguthum I. 160<sup>a</sup>.  
 Mißguth II. 491<sup>4</sup>.  
 Mißguthiger, Mißguthner II. 292 fg.  
 Mißvormund II. 443.  
 Mobilien I. 189.  
 Modus I. 97<sup>1-2</sup>.  
 — bei Schenkungen II. 363<sup>13</sup> fg.  
 Modus acquirendi I. 165<sup>2</sup>.  
 Mohatra II. 261<sup>8</sup>.  
 Monat I. 103 Nr. 2. c.  
 Monstrum I. 52<sup>6</sup>.  
 Mora II. 276 fg.  
 — creditoris II. 345. 346.  
 Moralische Person I. 49 a. C.  
 Moratorium II. 275 Nr. 3.  
 Mortis causa I. 69<sup>5</sup>.  
 — — — — — donatio II. 369.  
 Motive I. 78 fg.  
 Movensia I. 139<sup>1</sup>.

Die römischen Biffen bezeichnen den Band, die arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

**Muciana praesumptio** II. 609 Nr. 5.  
**Mündigkeit** I. 54<sup>4</sup>.  
**Mündelgüter**, deren Veräußerung II. 441.  
**Münze** II. 266<sup>1</sup>.  
**Muleta poenitentialis** II. 285<sup>10</sup>.  
**Mutum** II. 370 fg.  
**Mutans dissensus** II. 357<sup>6</sup>.  
**Mythische Person** I. 49 a. C.  
  
**Nachbarrecht** I. 169<sup>5</sup>.  
**Nachbürge** II. 479 a. C.  
**Nachlaß des Pachtgelbes** II. 400<sup>16</sup> 17.  
**Nachlaßvertrag** II. 357.  
 — unfreiwilliger II. 358.  
**Nachlässigkeit** I. 101, II. 285.  
**Nachtheil der zweiten Ehe** II. 511.  
 — innerhalb des Trauerjahres II. 512.  
**Nasciturus** I. 52.  
**Nativität der Sklave** I. 108.  
**Naturales libri** I. 56a<sup>7</sup>, I. 56b<sup>7</sup>.  
**Naturalia negotii** I. 86<sup>1</sup>.  
**Naturalis cognatio** I. 56a.  
 — computatio I. 103 Nr. 2. a  
 — obligatio II. 287 fg.  
 — possessio I. 148<sup>12</sup>.  
**Natürliche Personen** I. 49.  
**Nauta** II. 384, II. 454 Nr. 5, II. 457 Nr. 2, II. 482<sup>7</sup>.  
**Nauticum foenus** II. 371 a. C.  
**Nebenbestimmungen** I. 85.  
**Nebensache** I. 143 a. C., I. 189<sup>6</sup>.  
**Nebenverträge** II. 323.  
**Negatives Vertragsinteresse** I. Interesse.  
**Negatoria actio** I. 198.  
 — utilis I. 219<sup>11</sup>, I. 223<sup>9</sup>.  
**Negotia claudicantia** II. 321<sup>23</sup>.  
**Negotiorum gestio** II. 430, 431.  
**Negotium mixtum donationis** II. 365<sup>8</sup>.  
**Nichtausübung** I. 105.  
 — der Ansprüche I. 106 fg.  
 — der Dienstbarkeiten I. 216.  
 — der Empfänger und Superficien I. 222 Nr. 3, I. 223<sup>16</sup>.  
 — der Privilegien I. 146<sup>5</sup>.  
 — des Pfandrechts I. 248 Nr. 3.  
**Nichtgebrauch** f. Nichtausübung.  
**Nichtigkeit** I. 82 Nr. 1.  
 — relative I. 82<sup>8</sup>.  
**Nichtschuld** II. 426.  
**Nichtbrauch** I. 203 fg.  
 — uneigentlicher I. 206.  
**Nomen bonum, verum** II. 336

**Nomen pignori datum** I. 227<sup>2</sup>, I. 239 Nr. 2.  
**Nominatio auctoria** I. 196<sup>6</sup>.  
**Nominator** II. 444<sup>5</sup>, II. 448<sup>6</sup>.  
**Non usus** f. Nichtausübung.  
**Nothweg** I. 212<sup>6</sup>.  
**Nothwehr** I. 123<sup>3</sup>.  
**Novation** II. 353 fg.  
**Novatio necessaria** II. 356.  
**Novellen** I. 3<sup>0</sup>.  
**Novi operis nuntiatio** II. 466.  
**Noxae datio** II. 457 Nr. 3.  
**Nulität** I. 82 Nr. 1.  
**Nuntiatio novi operis** II. 466.  
**Nuntius** I. 73<sup>1</sup>, II. 308<sup>4</sup>.  
**Ruheigentum** I. 169a<sup>10</sup>.  
**Ruhungsrechte** I. 200.  
  
**Obereigenthum** I. 169a<sup>10</sup>  
**Obervormundschaft** II. 432<sup>2</sup>, II. 446.  
**Oblatio** II. 345.  
**Obligatio alternativa** II. 255 Nr. 1.  
 — dividua, individua II. 253, II. 299.  
 — futura I. 225<sup>6</sup>.  
 — generis II. 255 Nr. 2.  
 — in solidum II. 292<sup>2</sup>.  
 — naturalis II. 287 fg.  
**Obligation** II. 251a. C. auch Forderung.  
**Obligatorischer Vertrag** II. 305 fg.  
**Obmann** II. 416<sup>9</sup>.  
**Observanz** I. 19.  
**Occupation** I. 184.  
**Oeconomia separata** II. 525<sup>20</sup>.  
**Oeffentliche Sachen** I. 146.  
 — Schutz in dem Gebrauch derselben II. 467.  
**Onerose Rechtsgeschäfte** I. 69<sup>5</sup>.  
**Operas liberales** II. 404<sup>2</sup>.  
 — servorum I. 208.  
**Operis novi nuntiatio** II. 466.  
**Oratio Antonini** II. 509<sup>9</sup> Nr. 4.  
 — D. Severi II. 441.  
**Orthopapierforderung** II. 291<sup>3</sup>, II. 304<sup>10</sup>, II. 364 a. C.  
**Originärer Erwerb** I. 66.  
**Ornamenta** II. 395<sup>6</sup>.  
**Ort der Leistung** II. 282.  
**Osculum** II. 427<sup>12</sup>.  
  
**Pacht** II. 399<sup>4</sup>.  
**Pacta adiecta** II. 323.  
 — dotalia II. 506.  
**Pactum antichreticum** I. 234 a. C.

Die römischen Biffen bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

**Pactum de contrahendo** II. 310 Nr. 1.  
 — de mutuo dando II. 370<sup>18</sup>.  
 — de non petendo II. 357<sup>6</sup>.  
 — de non praestanda evictionis II. 391<sup>38</sup>.  
 — de retrocedendo et retrovendendo II. 388 Nr. 1.  
 — displicentiae II. 323<sup>12</sup>.  
 — nudum II. 312.  
 — protimiseos II. 388 Nr. 2.  
 — reservati domini I. 172<sup>18</sup>.  
**Pandekten** I. 31.  
 — Verhältnis zu Institutionen und Codex I. 26.  
**Pandektenrecht** I. 1. 2.  
 — Quellen desselben I. 3—5.  
 — Literatur I. 7—12.  
**Papiergeld** II. 256 Nr. 4.  
**Paraphrasen** II. 507.  
**Paras binubus** II. 511.  
 — manumissor II. 433<sup>21</sup>.  
**Pars pro diviso, pro indiviso** I. 140<sup>4</sup>.  
**Partus ancillae** I. 144<sup>1</sup>.  
**Paternitätsklage** II. 520 Nr. 1.  
**Patria potestas** II. 513<sup>1</sup>, II. 514<sup>6</sup>, II. 515 fg.  
**Pauperes** II. 457<sup>6</sup>.  
**Peculium** II. 516<sup>1</sup>.  
 — adventicium II. 516 Nr. 2, II. 517.  
 — extraordinarium s. irregulare II. 517 Nr. 3.  
 — castrense, quasi castrense II. 516 Nr. 1.  
 — militare II. 516<sup>1</sup> a. C.  
 — profecticium II. 484<sup>2</sup>, II. 518.  
**Pecunia constituta** II. 284.  
 — non numerata II. 344<sup>8</sup>, II. 372, II. 504.  
 — traiecticia II. 371 b. C.  
**Pensio** I. 220<sup>8</sup>, I. 223<sup>11</sup>.  
**Perception der Früchte** I. 186<sup>5</sup>.  
**Peregrini** I. 55<sup>5</sup>.  
**Perfection** I. 236<sup>4</sup>.  
**Perfection der Verträge** II. 305 fg.  
 — des Kaufs II. 386, II. 390 Nr. 1.  
**Periculum rei bei Verträgen** II. 321 Nr. 3.  
 — gibt Anspruch auf das commodum? II. 327 g. C.  
 — beim Kauf II. 389<sup>12</sup>, II. 390.  
**Perpetua causa bei Dienstbarkeiten** I. 209 Nr. 3.  
**Perpetuatio obligationis** II. 280<sup>13</sup>.

**Permutatio** II. 398.  
**Peson** I. 49.  
 — juristische I. 49, I. 57 fg.  
**Personalerbitrat** I. 201 Nr. 2, I. 202 fg.  
**Persönliche Rechte** I. 41 a. C.  
 — Dienstbarkeiten I. 201 Nr. 2, I. 202 fg.  
**Persönlichkeit** I. 49<sup>8</sup>.  
**Personengeammtheit** I. 57<sup>2</sup>.  
**Personenrechte** I. 399.  
**Pertinenzen** I. 143.  
**Petitio tutoris, curatoris** II. 433<sup>27-28</sup>.  
**Pfand** I. 224<sup>1</sup>.  
**Pfandklagen** I. 285, 296.  
**Pfandrecht** I. 224 fg.  
 — gesetzliches I. 231, 232.  
 — richterliches I. 233.  
 — vertragmäßiges I. 230.  
 — an unkörperlichen Sachen I. 227, I. 239.  
 — am Vermögen I. 228.  
**Pfandreht, Pfändung** I. 243 fg.  
 — Entstehung I. 229 fg.  
 — Inhalt I. 234 fg.  
 — Rang I. 240 fg.  
**Pfandvertrag, obligatorischer** II. 381, 382.  
**Pfändung** I. 233 Nr. 1.  
**Pfändungsrecht** I. 123<sup>11</sup>.  
**Pflanzen** I. 188 Nr. 2. a.  
**Photographien** I. 189<sup>6</sup>.  
**Pia corpora, pia causae** I. 575.  
**Pignus als obligatorischer Vertrag** II. 381, 382.  
**Pignus als Pfand** I. 224<sup>1-2</sup>.  
 — conventionale I. 230.  
 — generale I. 228<sup>1</sup>.  
 — in causa iudicati captum I. 233<sup>1</sup>.  
 — legale s. tacitum I. 231, 232.  
 — necessarium I. 231, 232.  
 — nominis I. 227<sup>2</sup>, I. 239 Nr. 2.  
 — pignoris I. 227<sup>6</sup>, I. 239 Nr. 3.  
 — praetorium I. 233 Nr. 2.  
 — privilegiatum I. 246.  
 — publicum, quasi publicum I. 246.  
 — testamentarium I. 229.  
 — voluntarium I. 230.  
**Plumbatura** I. 189<sup>1</sup>.  
**Poenae compromissa** II. 415<sup>10</sup>.  
 — privata II. 326.  
 — promissa II. 285, 286.  
**Poenae secundarum nuptiarum** II. 511.  
**Pollicitation** II. 304 Nr. 1.  
**Popularklage** I. 46<sup>2</sup>, II. 326<sup>6</sup>.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

- Positum et suspensum II. 457<sup>4</sup>.  
 Possessio I. 148 fg.  
 — ad interdicia I. 148<sup>b</sup>, I. 158<sup>1</sup>.  
 — bonae, malae fidei I. 166.  
 — civilis, naturalis I. 148<sup>12</sup>.  
 — ficta I. 198<sup>8</sup>, I. 196<sup>8</sup>.  
 — pro emptore etc. I. 179.  
 — vitiosa I. 159<sup>6</sup>, I. 213 Nr. 3.  
 Possessorische Klagen I. 159 fg.  
 Possessorium ordinarium I. 159<sup>12</sup>, I. 162<sup>8</sup>.  
 — summarium a. summarissimum I. 159<sup>12</sup>.  
 Postulator II. 444<sup>4</sup>.  
 Potentior II. 885 Nr. 2. a.  
 Potestas I. 41.  
 — patris II. 513<sup>1</sup>, II. 514<sup>6</sup>, II. 515 fg.  
 Potestativbedingung I. 89<sup>14</sup>.  
 Praedium I. 189.  
 — dominans, serviens I. 201<sup>5</sup>, I. 209<sup>6</sup>.  
 — rusticum, urbanum I. 130<sup>4</sup>.  
 — suburbanum II. 441<sup>1</sup>.  
 Prädialservituten I. 201 Nr. 2, I. 209 fg.  
 Praejudicialklagen I. 45 Nro. 3.  
 Praemium emancipationis II. 525<sup>16</sup>.  
 Praescriptio I. 105<sup>1</sup>.  
 — acquisitiva, extinctiva I. 105<sup>1</sup>.  
 — definita, indefinita I. 105<sup>7</sup>, I. 113.  
 — dormians I. 109, I. 181.  
 — immemorialis I. 106<sup>7</sup>, I. 118.  
 — longi temporis I. 175.  
 Praesumptio hominis, iuris, iuris et de iure I. 133 Nr. 2. a.  
 — Muciana II. 509 Nr. 5.  
 Praestatio culpa II. 265.  
 Prävention I. 121<sup>6</sup>.  
 — beim Pfandrecht I. 240.  
 Praxis I. 16<sup>6</sup>.  
 Praecarium II. 876.  
 Pretium II. 886.  
 — affectionis II. 258<sup>6</sup>.  
 Principium I. 246<sup>9</sup>.  
 Priorität der Pfandrechte I. 142 fg.  
 — res Lobes I. 53.  
 Privation des Emphyteuta I. 222 Nr. 4.  
 Privatstrafe II. 326 Nr. 2.  
 Privilegien I. 29, I. 135, 136.  
 Privilegium causae, personae I. 295, I. 136<sup>6</sup>.  
 — exigendi II. 270<sup>4</sup>.  
 Privilegierte Forderungen II. 271.  
 — Pfandrechte I. 246.  
 Probe, Kauf auf II. 387<sup>8</sup> fg.

- Probe, Kauf nach II. 387<sup>15</sup>.  
 — — jur II. 387<sup>15</sup>.  
 Proceß f. Proceß.  
 Procurator I. 74.  
 — in rem suam II. 329<sup>6</sup>.  
 Prodigus I. 71 Nr. 5, II. 446<sup>4</sup>.  
 Promissio dotis II. 495.  
 Proprietas I. 165<sup>1</sup>.  
 Protestation I. 72<sup>11</sup>.  
 Protutor II. 444 Nr. 2.  
 Provocatio ex l. Si contendat II. 479<sup>11</sup>.  
 Proxena II. 404<sup>3-6</sup>.  
 Prozeß, Einfluß desselben auf das materielle Rechtsverhältniß I. 124 fg.  
 Prozeßqualifizierte Conjunction I. 124<sup>1</sup>, I. 129.  
 Prozeßzinsen I. 124<sup>6</sup>.  
 Pubes, pubertas I. 54<sup>6</sup>.  
 Publicani II. 454 Nr. 3, II. 456 Nr. 2.  
 Publiciana actio I. 199, I. 217<sup>9</sup>, I. 219<sup>12</sup>, I. 223<sup>9</sup>, I. 230<sup>6</sup>.  
 Punctation II. 310 Nr. 2.  
 Pupillus I. 54<sup>9</sup>.  
 Purgatio morae II. 281, II. 345 a. G.  
 — vitii rei furtivae I. 182<sup>10</sup>.  
 Putative Ehe I. 56b<sup>5</sup>.  
 Putativer Titel I. 178<sup>6</sup>.  
 Quanti ea res est II. 257<sup>2</sup>.  
 Quasibesitz I. 151, I. 163, II. 464.  
 Quasicontracte II. 308<sup>1</sup>.  
 Quasibesetzte II. 303<sup>1</sup>.  
 Quasitraction bei Erbintuten I. 212<sup>1</sup>.  
 Quasiususfructus I. 206.  
 Quereles non numeratas dotis II. 504.  
 — — pecuniae II. 844<sup>3</sup>, II. 872.  
 Quinquagesima I. 220<sup>6</sup>.  
 Quittung II. 844, II. 857 g. G.  
 Rangordnung der Gläubiger im Concurs II. 269 fg.  
 — der Pfandrechte I. 242 fg.  
 Rapina II. 454 Nr. 1.  
 Raub II. 412<sup>11</sup>.  
 Ratihabition f. Genehmigung.  
 Raub II. 454 Nr. 1.  
 Realarrest I. 134<sup>9</sup>.  
 Realcaution I. 134 Nr. 3.  
 Realcontracte II. 312<sup>4-5</sup>, II. 321<sup>10</sup>, II. 371<sup>6</sup>, II. 377<sup>8</sup>, II. 383<sup>7</sup>.  
 Realkassen II. 291<sup>6</sup>.  
 Realobligation II. 345<sup>8</sup>.  
 Realservituten I. 201 Nr. 2, I. 209 fg.  
 Reception des römischen Rechts I. 1. 2.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

- des canonischen Rechts I. 2<sup>3</sup>.  
 Receptum arbitri II. 417.  
 — nautae etc. II. 384.  
 Recht, gemeines I. 11.  
 — römisches, Bedeutung desselben I. 6, I. 10<sup>4</sup>.  
 — singuläres I. 29.  
 — strenges, billiges I. 28.  
 — zukünftiges I. 67<sup>1</sup>.  
 — zwingendes, nachgiebiges I. 30.  
 Recht im subjectiven Sinn I. 37.  
 Rechte an der eigenen Person I. 39.  
 — dingliche, persönliche I. 40, 41.  
 — Familien-, Vermögensrechte I. 41.  
 Rechte, Ausübung I. 121 fg.  
 — Entstehung und Untergang I. 63.  
 — Erwerb I. 66.  
 — Schutz I. 122 fg.  
 — Veränderung I. 64.  
 — Verletzung I. 122.  
 — Verlust I. 66.  
 Rechtsbesitz I. 151, I. 163, 164, II. 464.  
 Rechtsfähigkeit I. 43.  
 — Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen I. 52, 53.  
 Rechtsgehalte I. 69 fg.  
 — zwischen Vater und Kind II. 519.  
 Rechtshülfe, Störung derselben II. 469.  
 Rechtsinstitut I. 37 a. G.  
 Rechtsirrtum I. 79.  
 Rechtskraft I. 127<sup>1</sup>.  
 — der Entscheidungsurtheile I. 130 Nr. 5. b.  
 Rechtsnachfolge I. 65.  
 Rechtsobject I. 38.  
 Rechtsquellen I. 14 fg.  
 Rechtsränge, Arten derselben I. 27 fg.  
 Rechtsstreit I. 122, I. 124 fg.  
 Rechtssubject I. 49.  
 — Unbestimmtheit I. 50.  
 — Mehrheit I. 51.  
 Rechtsurheber I. 66<sup>2</sup>.  
 Rechtsverhältniß I. 37 g. G.  
 Rechtsverletzung I. 101, I. 122.  
 Rechtswohlthat I. 29.  
 Redotatio II. 493<sup>5</sup>.  
 Reges des Bürgen II. 481.  
 — bei der Cession II. 336.  
 — bei der Correalobligation II. 294.  
 — bei der bloß solidarischen Obligation II. 293<sup>12</sup>.  
 — bei der untheilbaren Obligation II. 299<sup>8</sup>.  
 Reichsgerichte I. 2<sup>4</sup>, I. 5 Nr. 2.
- Rei vindicatio I. 193 fg.  
 — — utilis I. 174<sup>6</sup>.  
 — — des Emphyteuta und Superficiars I. 219<sup>10</sup>, I. 223<sup>9</sup>.  
 — — des Pfandgläubigers I. 235<sup>4</sup>.  
 Reiner Vertrag II. 319, II. 364.  
 Religionsveränderung als Bedingung I. 94<sup>18</sup>.  
 Religionsbekenntniß I. 55.  
 Relocatio tacita II. 402 Nr. 3.  
 Remissio f. Erlass.  
 — der Nuntiatio II. 466 Nr. 2. a.  
 — des Nachzinses II. 400<sup>16-17</sup>.  
 — bei der Emphyteuse? I. 220<sup>5</sup>.  
 Remotio tutoris II. 437 Nr. 5.  
 Remuneratorische Schenkung II. 368<sup>10-11</sup>.  
 Rentenforderung, ihre Verjährung I. 103<sup>7</sup>.  
 Renuntiatio I. 69<sup>18</sup>, II. 361.  
 — mandati II. 411 Nr. 1.  
 — societatis II. 408 Nr. 1.  
 Reparaturkosten des Mitigenthümers I. 169<sup>40</sup>, I. 174<sup>4</sup>.  
 Repit I. 48<sup>1</sup>.  
 Repräsentation, f. Stellvertretung.  
 Repromissio als Caution I. 134<sup>8</sup>.  
 Res I. 137.  
 — consumibilia I. 141.  
 — corporalia, incorporalia I. 42, I. 137.  
 — extra commercium I. 147.  
 — divini iuris I. 147<sup>3-3</sup>.  
 — fungibilia I. 142.  
 — furtiva bei der Erfindung I. 182 Nr. 3.  
 — futura I. 280<sup>10</sup>, I. 242 Nr. 5, II. 385<sup>5</sup>.  
 — in commercio I. 147.  
 — iudicata I. 127<sup>1</sup>.  
 — litigiosa I. 125 Nr. 1.  
 — mobilia, immobilia I. 139.  
 — omnium communia I. 146.  
 — publica I. 146<sup>3-4</sup>, II. 467.  
 Rescissibilität I. 82 Nr. 1.  
 Res succedit in locum pretii? I. 42<sup>6</sup>.  
 Reservation I. 72<sup>3</sup>.  
 Resolutivebedingung I. 86 g. G.  
 Restituere I. 114<sup>4</sup>, I. 133<sup>17</sup>.  
 Restitutio in integrum I. 114 fg.  
 Retentionrecht II. 351 Nr. 3.  
 — des Chirographargläubigers I. 234<sup>1</sup>.  
 Retentiones ex dote II. 505.  
 Retractrecht II. 388<sup>11</sup>.  
 Reuerse II. 285<sup>18</sup>.  
 Reuerrecht II. 821<sup>11-12</sup>.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Rena II. 251a 4.  
 Revocabilität der Rechte I. 165 7.  
 Revocatio ex nunc — ex tunc I. 165 7.  
 Revocatio s. Widerruf.  
 Reher II. 482 7.  
 Römisches Recht, Bedeutung desselben I. 8, I. 10 4.  
 — — Reception I. 1. 2.  
 Rückbürge II. 481 Nr. 1 a. G.  
 Rückfall des Eigentums an der Dos II. 603 Nr. 2.  
 Rückgriff s. Regress.  
 Rückkaufrecht II. 388 Nr. 1.  
 Rücktrittsrecht, vertragsmäßiges II. 323.  
 — beim Auftrag II. 411 Nr. 1.  
 — bei der Gesellschaft II. 408 Nr. 1.  
 — bei der Miethe II. 402 Nr. 2.  
 — beim Schiedsvertrag II. 416 13, II. 417 4.  
 Rückverkaufrecht II. 388 Nr. 1.  
 Rückwirkende Kraft der Gesetze I. 32. 33.  
 — — bei juristischen Thatsachen I. 67 2 2.  
 Rückziehung I. 67 2 2.  
 Ruhendes Eigentum I. 188 7, I. 189 4.  
 — Verjährung I. 109, I. 181.  
 Rustici, Behandlung bei Rechtsirrthum I. 79 13.  
 — — bei der conditio indebiti II. 426 20.  
 Sache I. 137.  
 — bewegliche, unbewegliche I. 139.  
 — einfache, zusammengesetzte I. 138.  
 — körperliche, unkörperliche I. 42, I. 137.  
 — theilbare, untheilbare I. 140.  
 — jungible I. 142.  
 — öffentliche I. 46 3 4, II. 467.  
 — verbrauchbare I. 141.  
 — vertretbare I. 142.  
 — zukünftige I. 230 10, I. 242 Nr. 5, II. 385 2.  
 — Sachgesamtheit I. 137 Nr. 1.  
 Satisfactio I. 134 5.  
 Schadenersatz II. 257 fg.  
 Schalltag I. 103 Nr. 2. b.  
 Schatz I. 184 Nr. 4.  
 Schätzung s. Taxe.  
 Schätzungseid I. 133 Nr. 2. b.  
 Scheidung II. 266 6.  
 Scheidung s. Ehescheidung.  
 Schenkung II. 365 fg.  
 — auf Todesfall II. 369.  
 — remuneratorische II. 368 10-11.

Schenkungsmodus II. 368 12 fg.  
 — unter Ehegatten II. 509.  
 — des Vaters an das Kind II. 484 4.  
 — II. 516 Nr. 3, II. 519 Nr. 1.  
 — eines Vermögens II. 368 1 fg.  
 Schiffer II. 384, II. 454 Nr. 5, II. 467 Nr. 2, II. 482 7.  
 Schiffswurf II. 403.  
 Schmerzengelb II. 455 Nr. 7.  
 Schreiben I. 189 6.  
 Schrift bei Verträgen II. 308 5, II. 312 12-13.  
 Schuld (culpa) I. 101, II. 265.  
 — (debitum) II. 251a.  
 Schuldbekentniß, Schuldschein II. 284a, II. 364 g. G.  
 Schuld der Rechte I. 122.  
 Schwägerchaft I. 56a g. G.  
 Schwängerung, außereheliche II. 475 15 fg., II. 493 7.  
 Schwebezustand I. 67 1.  
 — der Verbindung I. 89.  
 Contraction II. 351 b.  
 Secundae nuptiae II. 511. 512.  
 Seitenverwandte I. 56a 2.  
 Selbsthilfe I. 123.  
 Senatusconsultum über den uneigentlichen Nießbrauch I. 206 2.  
 — Macedonianum II. 373.  
 — Plancianum II. 520 6.  
 — Velleianum II. 485 fg.  
 Senectus I. 54 2.  
 Separata oeconomia II. 525 20.  
 Separation der Früchte I. 136 2-5.  
 Separatisten II. 272 1, 4.  
 Sequester II. 380 2.  
 Sequestration I. 134 7, II. 380.  
 Servitus I. 200 1.  
 — affirmativa, negativa I. 201 Nr. 1.  
 — continua, discontinua I. 163 2.  
 — in faciendo consistere nequit I. 201 Nr. 1.  
 — irregularis I. 202 2, I. 210 2 a. G.  
 — legalis I. 169 1.  
 — personae, personalis I. 201 Nr. 2.  
 — praedii I. 201 Nr. 2.  
 — praedii rustici I. 210, I. 211.  
 — praedii urbani I. 210, I. 211a.  
 Servituten s. Dienstbarkeiten.  
 Sicherung der Rechte I. 134.  
 Singularsuccession I. 65 2.  
 — in Obligationen II. 329 fg.  
 Simulation I. 75.  
 Societas II. 405 fg.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Societas publicanorum I. 57 2 a, II. 407 1 a.  
 Solarium I. 223 11.  
 Soldaten, ihr benef. competentias II. 267 Nr. 1.  
 — Bürgschaften derselben II. 476 2.  
 — Rechtsirrthum I. 79 12.  
 — Unfähigkeit zur Vormundschaft II. 434 2.  
 Solidarische Obligation II. 292 3, II. 298.  
 Solidus II. 367 2.  
 Solutio II. 341 2.  
 Solutio causa adiectus II. 343 3 a.  
 Sondernachfolge I. 65 2.  
 — in Obligationen II. 329 fg.  
 Species I. 142 1.  
 Specificatio I. 187.  
 Expedition II. 412 Nr. 3.  
 Spiel II. 419. 420.  
 Spolium I. 162.  
 Sponsalia II. 489 3.  
 Sponsio II. 419. 420, II. 476 1, II. 359 2.  
 Stabularius II. 384, II. 454 Nr. 5, II. 457 Nr. 2.  
 Status I. 55 2.  
 Statusrechte I. 40 2.  
 Statuta personalia, realia, mixta I. 35 2.  
 Stellvertretung bei Rechtsgeschäften I. 73.  
 — bei obligatorischen Verträgen II. 313.  
 — bei der Adoption II. 523 4.  
 Stiftungen I. 57 Nr. 3.  
 Stillicidium I. 211a 1.  
 Stillschweigen, Willenserklärung durch I. 72 10, II. 308 1-3, II. 523 5, II. 525 11.  
 Stillschweigende Willenserklärung I. 72.  
 Stipulation II. 312 2.  
 Stipulatio duplex II. 391 3.  
 Stundung, erzwungene II. 275 Nr. 2.  
 Stuprator II. 475 15 fg., II. 493 7.  
 Streitbeginn I. 126.  
 Summe, Unfähigkeit zum Schiedsrichteramt II. 416 10.  
 — Möglichkeit der Stellung unter Vormundschaft II. 446 6.  
 Substantiation s. Versteigerung.  
 Subjecte der Rechte I. 94 fg.  
 — der Obligation II. 290 fg.  
 Sublocatio II. 400 23.  
 Subpignus I. 227 6, I. 239 Nr. 3.  
 Substitution beim Mandate II. 410 6-8.  
 Succession I. 65.  
 — hypothetische I. 233a, I. 233b.  
 Summarissimum I. 159 a. G.  
 Superarbitr II. 416 2.  
 Superfoies I. 223.  
 Suspecti remotio II. 437 Nr. 5.  
 Suspensivbedingung I. 86 g. G.  
 Synbicatslage II. 470.  
 System des Privatrechts I. 13.  
 — des speciellen Obligationenrechts II. 362. 363.  
 Tag I. 103 Nr. 2. a.  
 Taxe, Unfähigkeit zum Schiedsrichteramt II. 416 10.  
 — Möglichkeit der Stellung unter Vormundschaft II. 446 6.  
 Tauf II. 398.  
 Tage II. 375 10, II. 400 22, II. 494 11, II. 500 7.  
 Tempus continuum, utile I. 104.  
 Thatsache, juristische I. 67.  
 Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Sachen I. 140.  
 — der Rechte I. 140 4.  
 — des Eigentums I. 169a 6-7.  
 — der Servituten I. 206 6 fg., I. 207 12, I. 209 Nr. 8.  
 — der Obligationen II. 253, II. 299. 300.  
 Theilleistung II. 342 Nr. 3.  
 Theilungslage II. 449 Nr. 3.  
 Thiere, Beschädigung durch II. 457 Nr. 3.  
 — wisse I. 165 5, I. 184 Nr. 2.  
 Tignum inunctum I. 169 Nr. 13, I. 182 13, I. 188 Nr. 2. b.  
 Titulus I. 165 2.  
 — bei der Erziehung I. 178. 179.  
 — putativus I. 178 2.  
 Tod als Ende der Rechtsfähigkeit I. 53.  
 — — des Mandats II. 411 Nr. 2.  
 — — der Gesellschaft II. 408 Nr. 2.  
 — — der Obligationen II. 359.  
 Todeserklärung I. 53.  
 Tractate II. 310 5.  
 Tradition I. 153 g. G.  
 — als Eigenthumsverwerbart I. 171 fg.  
 Transactio II. 413. 414.  
 Translativverjährung I. 221 6.  
 Trauerjahr II. 512.  
 Erbvertrag II. 383.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Turba II. 456 Nr. 3.  
 Turbatio angustiana II. 512<sup>1</sup>.  
 Turpitude I. 56.  
 Tutela, tutor II. 432<sup>7-9</sup>.  
 Tutor honorarius II. 443<sup>3</sup>.  
 Tutor notitias causa datus II. 443<sup>3</sup>.  
 Tutorium II. 436<sup>2</sup>.  
 Uebergang der Rechte I. 66.  
 — des Pfandrechts I. 233a, I. 233b.  
 — der Obligationen II. 328 fg.  
 Ufer I. 169 Nr. 12, II. 467 Nr. 4—6.  
 Umgestaltung der Rechte I. 64. 65.  
 — der Obligationen II. 327 fg.  
 Unbekannte Realcontracte II. 312<sup>4</sup>.  
 Unbestimmtheit des Subjects der Rechte I. 50.  
 — — — der Obligationen II. 291.  
 Unbath, Widerruf der Schenkung wegen II. 367 Nr. 3.  
 Uneheliche Kinder I. 566<sup>4</sup> §., II. 521<sup>1-2</sup>.  
 — Alimentationsanspruch II. 475<sup>14</sup> §.,  
 — Legitimation II. 522.  
 Unerklautes Bedingung I. 94<sup>9</sup> §.,  
 Unerklautes als Gegenstand von Willenserklärungen I. 81, II. 314 Nr. 3.  
 Unerklautes Verhalten I. 101.  
 Unerklautes Verbot II. 314 Nr. 3.  
 Ungültigkeit I. 82 fg.  
 Unius personae II. 519<sup>1</sup>.  
 Unvollstaeftion I. 65<sup>2</sup>.  
 Universitas I<sup>1</sup>, I. 42<sup>2</sup>.  
 — facti, iuris I. 42<sup>2</sup>.  
 — von Befugnissen I. 167.  
 — von Personen I. 57.  
 — von Rechten und Verpflichtungen I. 42<sup>2</sup>.  
 — von Sachen I. 137 Nr. 1, I. 138.  
 Unmögliche Bedingung I. 94.  
 Unmögliches als Gegenstand von Willenserklärungen I. 81, II. 314 Nr. 2, II. 315.  
 Unmöglichkeit bei Obligationen, nachfolgende II. 264 Nr. 2, II. 360.  
 — ursprüngliche II. 264 Nr. 1, II. 315.  
 Unmöglichkeit I. 54<sup>4</sup>.  
 Unterbrechung der Erfüllung I. 180<sup>6</sup> §.,  
 — der Klagenverjährung I. 107.  
 Untergang I. Aufhebung.  
 Untheilbarkeit I. Theilbarkeit.  
 Unus casus I. 96<sup>5</sup>.  
 Unvorbenkliche Verjährung I. 113.  
 Unwissenheit I. 79.

Urkunden I. 72, I. 134<sup>2</sup>.  
 Urkundenebition II. 474 Nr. 6.  
 Ursprünglicher Erwerb I. 66.  
 Urtheil I. 127 fg.  
 Usucapion f. Erftigung.  
 Usucapio libertatis I. 216, I. 248 Nr. 3.  
 Usuras f. Zinsen.  
 Usurpatio I. 180<sup>6</sup>.  
 Usus I. 207.  
 Ususfructus I. 203 fg.  
 Utile tempus I. 104.  
 Utilitas circa rem II. 258<sup>10</sup>.  
 Varias causarum figuras II. 302<sup>1</sup>.  
 Väterliche Gewalt II. 513. 514<sup>6</sup>. 515 fg.  
 Vaterschaft I. 566, II. 521.  
 Venditio II. 385 fg.  
 Venia aotatis I. 54<sup>10</sup>, II. 437<sup>3</sup>.  
 Veränderung der Rechte I. 64.  
 — der Obligationen II. 327 fg.  
 Verarbeitung I. 187.  
 Veräußerung I. 69<sup>9</sup> §.,  
 — der Dotatgrundstücke II. 497.  
 — durch den Fiscus I. 165<sup>6</sup>.  
 — durch den Vormund II. 441.  
 Veräußerungsverbot I. 172a.  
 — als Usucapionshinderniß I. 182 Nr. 5.  
 Veräußerungsverbot bei bona adventicia II. 517 Nr. 2.  
 — bei Dotatgrundstücken II. 497.  
 — bei res litigiosae I. 125 Nr. 1.  
 — bei vormundschafftlicher Verwaltung II. 441.  
 Verbalcaution I. 194<sup>3</sup>.  
 Verbaloblation II. 345<sup>3</sup>.  
 Verbalobligation II. 812<sup>2</sup>.  
 Verbindlichkeit I. 43 a. G.  
 Verbindung I. 188. 189.  
 Verfügungsfähigkeit I. 81 Nr. 3.  
 Verführung einer Jungfrau oder Witwe II. 493<sup>7</sup>.  
 — eines Hauskinds II. 456 Nr. 9.  
 Vergehen I. 101, II. 326.  
 Vergleich II. 413. 414.  
 Verbintern am Erftimmen vor Gericht II. 469 Nr. 2.  
 Veritas nominis II. 336.  
 Verjährung I. 105.  
 — der Ansprüche I. 106 fg.  
 — der Einreden I. 112<sup>6</sup> §.,  
 — der Emphyteufis und Superficies I. 222<sup>4</sup>, I. 223<sup>10</sup>.  
 — der Fideicommissen I. 110<sup>2</sup> c.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Verjährung des Pfandrechts I. 248 Nr. 3.  
 — der Privilegien I. 136<sup>5</sup>.  
 — der Servituten I. 216 Nr. 6.  
 — unvorbenkliche I. 113. — S. auch Erftigung.  
 Verkauf II. 385 fg.  
 Verkürzung der Gläubiger II. 463.  
 Verletzung der Rechte I. 122.  
 — über die Hälfte II. 393.  
 Verlöbniß II. 489<sup>3</sup>.  
 Verlust f. Aufhebung.  
 Vermischung I. 189.  
 Vermögen I. 42.  
 — bewegliches, unbewegliches I. 139<sup>3</sup> G.  
 Vermögensrechte I. 42.  
 Vermuthungen I. 133 Nr. 2. a.  
 Verpfändung I. 230, II. 381. 382.  
 Verpflichtung I. 43 a. G., II. 251a.  
 Verschuldung, Restitution gegen I. 119.  
 Verschollenheit I. 53, II. 447 a. G.  
 Verschwenker I. 71 Nr. 5, II. 446<sup>4</sup>.  
 Versehen des Richters II. 470.  
 Versicherungsvertrag II. 420<sup>9</sup>.  
 Versio in rem II. 483.  
 — als Grund des Pfandprivilegiums I. 246 Nr. 3.  
 Versio vulgata I. 34.  
 Verzeigerung II. 309 Nr. 1. b.  
 Versprechen II. 304.  
 Vertrag I. 69<sup>2-3</sup>, II. 305.  
 — als Entstehungsgrund von Obligationen II. 305 fg.  
 — abstract, individuell charakteristischer II. 319.  
 — einseitiger, zweiseitiger, gegenseitiger II. 320. 321.  
 — formeller, materieller II. 319.  
 — Formalvertrag II. 319.  
 — Glücksvertrag II. 322.  
 — Nebenvertrag II. 325.  
 — zu Gunsten eines Dritten II. 309 Nr. 2, II. 316.  
 — zu Kosten eines Dritten II. 317.  
 Vertragsschließung unter Abwesenden II. 306. 307.  
 Verurtheilung des Klägers I. 127<sup>2</sup>.  
 Verwaltung des Vormunds II. 438 fg.  
 — des Vaters am adventischen Vermögen II. 517 Nr. 1.  
 Verwandtschaft I. 56a.  
 Verwendungen f. impensas.  
 Verwirkung beim Eigenthum I. 174 Nr. 1.  
 — bei der Emphyteufis I. 222 Nr. 4.  
 — bei Obligationen II. 361.  
 Verzicht I. 69 a. G.  
 Verzug II. 276 fg.  
 — des Gläubigers II. 345. 346.  
 Verzugsinsen II. 280 Nr. 1.  
 Via I. 211<sup>2</sup>.  
 Vicina praedia I. 209 Nr. 4.  
 Vilestris I. 211<sup>3</sup>.  
 Vindicatio f. rei vindicatio.  
 Vindicantem II. 272<sup>1</sup>.  
 Via I. 80, I. 159<sup>4</sup>, I. 160<sup>6</sup>, II. 465<sup>3</sup>.  
 Vitalität I. 52<sup>9</sup>.  
 Vitium des Bestes I. 159<sup>6</sup>, I. 213 Nr. 3.  
 — der Sache bei der Erftigung I. 182.  
 — — — beim Kauf II. 393. 394.  
 — — — bei der Miete II. 400<sup>9</sup>.  
 — — — bei der Schenkung II. 366 Nr. 5.  
 Volljährigkeit I. 54<sup>5</sup>.  
 Vollmacht I. 74, II. 409 a. G.  
 Voraussetzung I. 97 fg., II. 423 Nr. 3.  
 Vorlaufsrecht II. 388 Nr. 2.  
 Vormundschaft II. 432 fg., II. 526.  
 Vorvertrag II. 310 Nr. 1.  
 Vorweisung II. 474.  
 Votum II. 304 Nr. 2.  
 Waare II. 385<sup>3</sup>.  
 Wahl bei alternativen und generischen Obligationen II. 255.  
 Wahnfinn I. 54 g. G.  
 Wandellage II. 393<sup>3</sup>, II. 394.  
 Wandelpön II. 286<sup>16</sup>.  
 Wassergerechtigkeiten I. 211<sup>6-8</sup>.  
 Wasserrecht I. 146 Nr. 3.  
 Weggerechtigkeiten I. 211<sup>1</sup> §.,  
 Weiber f. Frauen.  
 Weibegerechtigkeit I. 211<sup>9-10</sup>.  
 Weib II. 257<sup>2</sup>.  
 Weite II. 419. 420.  
 Widerruf des Mandats II. 411 Nr. 1.  
 — der Privilegien I. 136.  
 — der Schenkungen II. 367 Nr. 3. 4.  
 Widersprüche im Recht I. 23.  
 — in den Quellen des gemeinen Rechts I. 26.  
 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand I. 114 fg.  
 Wiederkaufs- und Wiederverkaufrecht II. 388 Nr. 1.  
 Wiederverehrung II. 511.  
 — innerhalb des Trauerjahres II. 512.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die größeren arabischen den §., die kleineren arabischen oberhalb der Zeile die Noten.

Wilde Thiere I. 165 <sup>b</sup> , I. 184 Nr. 2, II. 457 <sup>11</sup> .	Zinsen ultra duplum II. 261 Nr. 3.
Willenserklärung I. 69.	Zollbefraubation I. 174 <sup>2</sup> .
Wirthe II. 384, II. 454 Nr. 5, II. 457 Nr. 2.	Zollpächter II. 454 Nr. 3, II. 456 Nr. 2.
Wohltätige Rechtsgeschäfte I. 69 <sup>a</sup> .	Zubehör I. 143.
Wohnsitz I. 86.	Züchtigungsrecht II. 490 <sup>11</sup> , II. 514 <sup>6</sup> .
Wärderungseid I. 133 Nr. 2. b.	Zufall II. 264 <sup>2</sup> .
Zahlung II. 342 fg.	Zukunftige Rechte I. 67 <sup>1</sup> .
Zahlungsunfähigkeit II. 266.	— Forderungen I. 225 <sup>6</sup> .
Zelt I. 102 fg.	— Sachen f. Sache.
— Berechnung derselben I. 103 fg.	Zurechnung I. 101.
— der Fiskung II. 273.	Zuschlag des Pfandes I. 173 <sup>2</sup> , I. 235.
Zengung, Beweis derselben I. 56b.	Zwang als Obligationsgrund II. 462.
Zinsen II. 259—261.	— als Restitutionsgrund I. 118.
— gesetzliche II. 259 <sup>7</sup> , II. 260, II. 261 Nr. 1.	— als Ungültigkeitsgrund I. 80.
— von Zinsen II. 261 Nr. 2.	Zweckbestimmung I. 97 <sup>1-2</sup> .
	Zweite Ehe II. 511. 512.
	Zwitter I. 54 <sup>2a</sup> .

## Zusätze und Verbesserungen.

### I. Zusätze.

#### A. Zur ersten Abtheilung.

Seite	8	Note 9: vgl. §. 464	Note 4.
—	25	Note *: Cohnfeldt die Lehre vom Interesse nach römischem Recht. Mit Rücksicht auf die neuere Gesetzgebung. 1865.	
—	39	Zeile 7 v. u.: Seuff. Arch. XVIII. 218.	
—	46	Note *: Ube Arch. f. civ. Pr. XLVIII. 10. 14.	
—	94	Note 3: Unger Jahrb. f. Dogm. VIII. 7 (1866).	
—	99	Zeile 8 v. u. hinter „(Darmstadt)“: vgl. XIX. 24.	
—	100	Zeile 13 v. o. hinter „(Zahlungseid)“: Seuff. Arch. XVIII. 197.	
—	104	Note 14: Buchla u. Bubbe Entscheidungen V S. 230, 236.	
—	106	*: v. Meyerfeldt Lehre von den Schenkungen §. 18.	
—	120	(Nr. 6): f. d. Berichtigung §. 519	Note 10.
—	125	Zeile 14 v. u.: Fortsetzung des Frisch'schen Aufsatze: XXII. 12 (1866).	
—	129	Zeile 4 v. u.: Seuff. Arch. XIX. 22.	
—	132	Note 1: Brinkmann Verhältnis der actio communi dividendo und der actio negotiorum gestorum S. 142 fg.	
—	157	Note *: F. Dahn Zeitschr. f. Pandekt. IX S. 503 fg. (1866).	
—	167	„ 11: Unger Jahrb. f. Dogm. VIII. 5 (1866).	
—	174	„ 5: Brinz Pandekten S. 370 fg. (410 fg. 443 fg.), Unger Jahrb. f. Dogm. VIII. 1 (1866).	
—	176	Note 13: Seuff. Arch. XVIII. 221.	
—	177	„ 2: Schmid Cession I S. 339 fg.	
—	177	„ 3: Schmid Cession I S. 374 fg. 384 fg.	
—	181	„ 4 Zeile 6: Seuff. Arch. XVIII. 126, XIX. 100.	
—	182	„ *: Ube Arch. f. civ. Pr. XLVIII. S. 247 fg., Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 224—243.	
—	183	Note 4: Admer Leistung an Erfüllungsstat S. 101 fg., Buchla und Bubbe Entscheidungen V S. 225.	
—	189	Zeile 4 v. u.: Seuff. Arch. XVIII. 12.	
—	—	6 v. u.: Spruchcollegium zu Kofod (Seuff. Arch. XIX. 33).	
—	199	Note 1 <sup>a</sup> : Seuff. Arch. XIX. 32.	
—	202	„ 7 a. C.: Seuff. Arch. XVIII. 239.	

- Seite 208 Note 10: Bring Panbetten S. 410. 443, Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 6 fg.
- 228 „ 6 a. E. Feist Mancipation und Eigenthumstradition S. 300 fg.
- 234 „ 11: Schmid Cession II S. 122.
- 236 „ 1 a. E.: Seuff. Arch. XIX. 26.
- 236 „ 7: Buchla u. Bubbe Entscheidungen V S. 221.
- 237 „ 10: Dernburg Pfandrecht II S. 449 fg.
- 244 „ 5: Maßbarkeit der Forderung aus dem pactum de mutuo dando, Seuff. Arch. XIX. 35.
- 247 Seite 8 v. u.: Seuff. Arch. XIX. 36.
- 249 Note \*: Zimmermann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. f. XV. 4.
- 251 „ \*: Örgens Jahrb. f. Dogm. VIII. 8 (1866).
- 257 „ 8 (§. 341): Feist Mancipation und Eigenthumstradition S. 83 fg.
- 258 „ 10 fg.: Römer die Leistung an Zahlungsstatt nach römischen und gemeinem Recht, mit Berücksichtigung der neueren Gesetzgebungen. 1866.
- 269 Note 8 a. E.: Seuff. Arch. XIX. 34.
- 269 (§. 350): Compensation gegen Compensation? Buchla u. Bubbe Entscheidungen V S. 238.
- 285 Seite 5 v. u.: Seuff. Arch. XVIII. 232.
- 298 Note \*: Salkowski zur Lehre von der Novation nach römischem Recht. 1866. — Recensionen des Buches von v. Salkowski: von Baron Schletters Jahrb. XI S. 198—220 (1865), von Witte krit. BSchr. VIII. 6. 12 (1866).
- 301 Seite 12 v. u.: 1. 7 §. D. de pec. 15. 1. (§. 518 Note 3).
- 302 „ 20 v. u.: Römer Leistung an Zahlungsstatt S. 106 fg.

### B. Zur zweiten Abtheilung.

- 5 §. 365 a. E. füge hinzu als Note 4: S. §. 304 Note 10. „
- 85 §. 390 Nr. 1. a. c.: Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLIX. 8 (1866).
- 106 Note 23: Seuff. Arch. XIX. 27.
- 110 „ 9: Seuff. Arch. XIX. 28. 29.
- 122 „ 7: vgl. Seuff. Arch. XIX. 30.
- 126 „ 6: Seuff. Arch. XIX. 33.
- 127 „ 10. Wie das OAG. zu Oldenburg, hat auch das OAG. zu München am 2. März 1866 entschieden, Bl. für Rechtsanwendung 1866 S. 172.
- 143 Note 4: Seuff. Arch. XIX. 44.
- 147 „ 1: Seuff. Arch. XIX. 40.
- 217 Seite 7. 8 v. u.: Seuff. Arch. XIX. 43.
- 221 Note 1: Seuff. Arch. XIX. 42.
- „ 2: Seuff. Arch. XIX. 33. 42.
- 321 „ 1a: Zimmerthal Arch. f. pr. NB. R. f. III. S. 225 fg.
- 328 „ 4: Anzeige des Randa'schen Buches von Arnolds, krit. Ueberschau VIII. 13.
- 331 „ \*: Stögel Jahrb. f. Dogm. VIII. 6 (1866).
- 476 „ 1: Ueber die Meinung, daß nach heutigem Recht auch der Mutter nach dem Tode des Vaters eine Gewalt mit gleicher rechtlicher Wirkung zukomme, f. Cropp in Festsch und Cropp Abhandlungen I. 16 und Kraut II S. 68 fg.

## II. Verbesserungen.

(Siehe auch S. VI.)

### A. Zur ersten Abtheilung.

- |          |  |
|----------|--|
| Seite 10 | Zeile 9 v. u. l. 4 fl. 3.  |
| — 11     | 15 v. u. l. 2 fl. 4.   |
| — 12     | 5 v. u. l. 1 fl. 2.  |
| — 13     | 12 v. o. ist hinter „Obligation“ das Notenzeichen 1 zu setzen.   |
| — 22     | 2 v. u. l. 11 fl. 12.  |
| — 25     | 10 v. u. l. Schöman fl. Schömann.  |
| — 29     | 11 v. o. l. 3 fl. 4.   |
| — 30     | 14 v. u. l. Verbindlichkeit fl. Verbindlichkeiten.   |
| — 32     | 6 v. u. l. 255 fl. 225.  |
| — 36     | 5. 6. v. o. ist das Notenzeichen in die 6. Zeile hinter „werden“ zu rücken.  |
| — 39     | 7 v. u. l. noch fl. nach.  |
| — 45     | 11 v. u. l. Nov. 18 c. 8 fl. Nov. 18 a. 10.  |
| — 46     | 3 v. u. ist hinter „obligatio“ ausgefallen „est“.  |
| — 47     | 17 v. o. l. 31 fl. 32.   |
| —        | 18 v. o. l. 30 fl. 31.   |
| — 50     | 13 v. u. ist hinter „nisi“ ausgefallen „tamen“.  |
| — 56     | 15 v. u. l. Reversfeld fl. Reversfeldt.  |
| — 57     | 11 v. u. l. damnatione und damnationem fl. condemnatione und condemnationem.   |
| — 59     | 20 v. o. l. 42. 8 fl. 42. 7.   |
| — 61     | 6 v. o. ist das Notenzeichen 2 in 3 zu verwanbeln.   |
| — 66     | 7 v. u. l. „fuerit“ fl. est.   |
| — 70     | 6 v. u. l. patitur fl. patitur.  |
| — 73     | 20 v. u. l. Schöman fl. Schömann.  |
| — 78     | 11 v. o. ist hinter „ist“ das Notenzeichen 6 zu setzen.  |
| — 81     | 12 v. u. l. 46. 2 fl. 46. 1.   |
| — 84     | 19 v. o. l. XV. fl. XIV.   |
| —        | 25 v. o. l. XIII. fl. XII.   |
| — 86     | 9 v. u. l. 32 fl. 23.  |
| — 87     | 11 v. u. l. Verzug fl. Vorzug.   |
| — 90     | 6 v. u. streiche das erste „in“.   |
| — 98     | 13 v. o. l. 1858 fl. 1838.   |
| — 99     | 13 v. u. l. mensae fl. menstae.  |
| — 100    | 3 v. u. l. vid'ori fl. esse.   |
| —        | 4 v. u. l. 26 §. 2 fl. 1. 26.  |
| — 110    | 11 v. u. l. Verbindlichkeit fl. Verbindlichkeiten.   |
| — 114    | 4 v. o. l. Jahrb. d. gem. R. fl. Jahrb. f. Dogm.   |
| — 117    | 16 u. 19 v. o. l. 36. 3 fl. 36. 2.   |
| — 118    | 14 v. u. l. Rückforderungsrechts fl. Forderungsrechts.   |
| — 120    | 12 v. o. l. 25 fl. 24.   |
| —        | 20 v. o. l. Pfordten fl. Pforden.  |
| — 124    | 4. 8. 14 v. o. ist das Notenzeichen 5 in Zeile 8 hinter „macht“ das Notenzeichen 6 in Zeile 14 hinter „ist“ zu setzen. |
| — 125    | 20 v. u. l. der Correalobligation fl. den Correalobligationen.   |
| — 125    | 14 v. u. l. XVIII. 18 fl. XVIII. 8.  |
| — 133    | 9 v. u. l. 175 fl. 177.  |



Seite 133	Seite 11 v. u. ist hinter „alteri“ ausgefallen „roo“.
—	12 v. u. l. sint fl. sunt.
— 185	8 v. u. ist hinter „ost“ ausgefallen „iurandum“.
— 186	15 v. o. l. stenim fl. anim.
— 140	18 v. u. l. e fl. et.
— 145	2 v. o. l. 13 fl. 14.
—	16 v. o. l. denn fl. dann.
— 146	12. 13. v. o. ist zu streichen: l. 5 §. 1 i. f. D. quod iussu 15. 4.
— 154	11 v. o. ist hinter „ist“ das Notenzeichen 1 ausgefallen.
— 156	13 v. u. l. Indoffatar fl. Indoffaten.
— 160	9 v. u. l. Wegner fl. Gekünger.
— 167	8 v. u. l. 1865 fl. 1863.
— 173	1 v. u. l. Heise fl. Heise.
—	10 v. u. l. 24. 1 fl. 241.
— 176	6 v. o. l. 308 fl. 298.
— 180	1 v. u. l. de inut. stip. 8. 39 fl. de contr. stip. 8. 38.
— 188	5 v. o. l. 6 fl. 7.
—	8 v. u. l. her. vel act. fl. auct. vel her.
—	2 v. u. l. 2 fl. 3.
— 185	10 v. u. l. verlangt fl. erlangt.
— 187	2 v. o. l. Herausgabe an einen fl. Herausgaben an eine.
— 188	2 v. o. ist hinter „Erben“ das Notenzeichen 9 ausgefallen.
—	21 v. o. l. nach fl. noch.
— 191	11 v. o. l. 17 fl. 16.
— 218	2 v. o. ist hinter „bestit“ das Notenzeichen 1 ausgefallen.
— 214	17 v. u. ist hinter „venditionis“ ausgefallen „contractas“.
— 215	11 v. u. muß das Notenzeichen 5 heißen fl. 6.
— 219	4 v. u. l. Untergang fl. Uebergang.
— 222	14 v. u. l. 18. 4 fl. 28. 4.
— 223	3 v. u. l. Note 1 fl. der vorigen Note.
— 238	13 v. u. l. Note 1 fl. Note 3.
— 239	2 v. u. l. contingit fl. contingit.
— 240	11 v. o. l. sit fl. est.
— 241	9 v. o. l. XIII. fl. XII.
— 245	15 v. u. l. Note 8 fl. Note 9.
— 243	8 v. o. l. das Notenzeichen: 1 fl. 5.
— 249	17 v. u. l. 205 fl. 257.
— 251	8 v. u. l. erwuchs fl. anwuchs.
— 259	19 v. u. l. porroctum fl. prorroctum
— 268	5 v. o. l. das Notenzeichen: 29 fl. 20.
—	19 v. u. l. 12. 6 fl. 11. 6.
— 270	20 v. u. l. Stelle fl. stelle.
—	3. 7. 8 v. u. l. obligation fl. obligation.
— 279	19 v. o. ist vor „auf“ ausgefallen „sch“.
—	21 v. o. ist vor „ipso“ ausgefallen „an“.
— 283	17. 18 v. o. l. in compensationem non veniunt.
— 284	14 v. o. ist ausgefallen: l. 7 pr. D. h. t.
— 286	5 v. o. l. sint fl. sunt.
— 292	7 v. u. l. alter fl. alteri.
— 295	7 v. u. l. atque fl. et.
— 296	8 v. u. l. 1 fl. 11.
— 304	19. 20. v. o. l. die Verschuldung fl. das Verschuldete.
— 315	20 v. o. l. VI. 7 fl. VI. 6.
— 318	23 v. u. l. Delictforderung fl. Delictforderungen.

## B. Zur zweiten Abtheilung.

Seite 9	Seite 3 v. o. streiche „ferner“
— 13	15 v. u. l. §. 5 fl. §. 2.
— 31	16 v. o. streiche „nur“.
— 35	21 v. u. l. Rechte fl. letzte.
— 43	24 v. u. l. Andere fl. andere.
— 59	1 v. o. l. sonstiger fl. sonstigen.
—	5 v. o. l. h. t., l. 3 fl. h. t. l., 3.
— 60	15 v. o. l. ihm fl. ihn.
— 73	23 v. u. l. Unger fl. Unge.
— 129	13 v. u. l. 3 fl. 2.
— 145	4 v. u. schalte hinter „Concurs“ das Notenzeichen 15 ein.
— 151	16 v. u. l. erhebende fl. erhebende.
— 187	22 v. u. l. noch fl. nach.
— 214	15 v. o. l. des fl. das.
— 230	11 v. u. l. Anwendbarkeit fl. Anwendung.
— 235	21 v. u. l. tutorem fl. tutorum.
— 245	4 v. u. l. des neuen Vormundes fl. des Vormundes.
— 247	12 v. u. l. praestando fl. praestand.
— 250	— v. u. l. 57 pr. D. fl. D. 57 pr.
— 264	2 v. u. l. §. 151 fl. §. 15.
—	3 v. u. l. 27. 3, fl. 27. 31.
— 279	18 v. u. l. h. t. ( fl. h. t.
— 280	4 v. u. streiche eine.
— 285	9 v. u. l. gegeben fl. geben.
— 296	11 v. o. l. exero. fl. exero.
— 299	11 v. u. ist vor „Aquilis“ ausgefallen „lex“.
— 307	4 v. u. l. §. 6 fl. §. 7.
— 312	9 v. o. l. zugleich fl. gleichzeitig.
— 313	13 v. o. l. extorqueat fl. extorquant.
— 317	2 v. o. l. do fl. do.
—	3 v. u. l. l. 1 pr. fl. 1 pr.
— 321	15 v. u. schalte hinter „Sachsen“ ein: R. fl.
— 327	6 v. u.
—	7 v. u. l. Caspères fl. Casperes.
— 335	17 v. o. l. entgegengesetzt fl. entgegengesetzt.
— 356	14 v. o. l. 9. 2 fl. 9. 1.
— 357	18 v. u. l. S. fl. So.
— 361	4 v. o. l. 19 fl. 16.
—	12 v. u. l. Nießbrauchers fl. Nießbrauchs.
—	13 v. u. l. dieser fl. dieser.
— 364	17 v. u. l. obtulit fl. obtulit.
— 366	19 v. o. l. IX. 190 fl. IX. 90.
— 369	17 v. u. l. Verbindlichkeit fl. Verbindlichkeiten.
— 381	1 v. u. l. 285 fl. 335.
— 386	2 v. u. ist das „hinter „eintrete“ zu streichen.
— 387	11 v. o. l. erklären fl. erklären.
— 390	15 v. u. l. 1833 fl. 1858.
—	12 v. u. l. 25 fl. 35.
— 391	2 v. u. l. inattoria fl. inattoriae.
— 400	9 v. u. l. gerichtetes fl. gerichtes.
— 408	14 v. u. l. 24 fl. 14.
— 408	4 v. o. l. 9 fl. 4.
— 410	9 v. o. l. sin fl. sic.
— 411	5 v. u. l. entgegengesetzte fl. entgegengesetzte.

Seite	411	Zeile	16	v. u. l.	hauptsächliche	ff.	hauptsächlich.
—	419	"	14	v. o. l.	communicatio	ff.	consociatio.
—	432	"	21	v. u. l.	Exyblary	ff.	Exyblary.
—	437	"	14	v. u. l.	24. 3 ff.		24. 5.
—	440	"	1	v. u. l.	Vat.	ff.	Vatr.
—	441	"	17	v. u. l.	11 ff.		13.
—	448	"	6	v. o. l.	C ff.		D.
—	—	"	24	v. o. l.	relinquatur	ff.	reliquatur.
—	—	"	2	v. u. l.	ihm	ff.	ihn.