

Das

Obligationenrecht

als

Theil des heutigen Römischen Rechts.

Von

Friedrich Carl von Savigny.

Erster Band.

Berlin.

Bei Veit und Comp.

1851.

V o r r e d e .

Ueber den Plan des Werkes, dessen Anfang hier erscheint, habe ich mich bereits in der Vorrede zum achten Bande des Systems des heutigen Römischen Rechts (S. vii — ix) erklärt. Dasselbe ist durch den Titel von dem in acht Bänden abgeschlossenen System verschieden, in der That aber eine Fortsetzung desselben, so daß das System den allgemeinen Theil des Ganzen enthält, das hier vorliegende Werk dagegen den speciellen Theil eröffnet.

Der letzte größere Abschnitt des gegenwärtigen Bandes (vom Gelbe) unterscheidet sich von allen bisher abgehandelten Lehren dadurch, daß in demselben die allgemeinen Grundsätze des Römischen Rechts zwar auch zur Anwendung kommen, in der Untersuchung der sehr bestrittenen besonderen Fragen aber

die Quellen jenes Rechts nur beiläufig und ablehnend erwähnt werden.

Dagegen war es für diese Untersuchung unerläßlich, auf Thatsachen und Verhältnisse einzugehen, die an sich außer den Gränzen der Rechtswissenschaft liegen, ohne welche aber die hier einschlagenden Rechtsregeln weder verständlich gemacht, noch zur Ueberzeugung gebracht werden können.

Da ich mich auf diesem Gebiete nicht völlig einheimisch fühlte, so glaubte ich den Rath und die Belehrung eines gründlichen Sachkenners benutzen zu müssen. Diese Hülfe ist mir durch den Herrn General-Münzwardein Kandelhardt auf die freundlichste und befriedigendste Weise gewährt worden, wofür ich Demselben hierdurch öffentlich Dank sage.

Geschrieben im Mai 1851.



Inhalt

des ersten Bandes des Obligationenrechts.

	Seite
§ 1. Einleitung	1
Erstes Kapitel. Natur der Obligationen.	
I. Begriff der Obligation.	
§ 2. Begriff der Obligation	4
§ 3. Fortsetzung. Kunstausdrücke.....	10
§ 4. Fortsetzung. Verwandtschaften	15
II. Arten der Obligation.	
§ 5. Civilis und naturalis obligatio. Begriff.....	22
§ 6. Fortsetzung.....	28
§ 7. Fortsetzung.....	34
§ 8. Civilis und naturalis obligatio. Wirkung der naturalis	44
§ 9. Civilis und naturalis obligatio. Fälle der naturalis ..	52
§ 10. Fortsetzung.....	59
§ 11. Fortsetzung.....	79
§ 12. Fortsetzung.....	100
§ 13. Fortsetzung.....	109

	Seite
§ 14. Civilis und naturalis obligatio. Heutiges Recht.....	123
III. Personen in der Obligation.	
§ 15. Personen. A. Bestimmungsart der Personen	131
§ 16. Personen. B. Mehrere Personen. Correalschuld. Einleitung	136
§ 17. Personen. B. Correalschuld. Entstehungsgründe	144
§ 18. Personen. B. Correalschuld. Wirkungen	159
§ 19. Fortsetzung.....	180
§ 20. Personen. B. Correalschuld. Unächte Fälle	197
§ 21. Fortsetzung.....	209
§ 22. Personen. B. Correalschuld. Praktische Bedeutung	215
§ 23. Personen. B. Correalschuld. Regreß	226
§ 24. Fortsetzung	251
§ 25. Fortsetzung.....	267
§ 26. Personen. B. Correalschuld. Novelle 99.....	279
§ 27. Personen. B. Correalschuld. Heutiges Recht.....	286
IV. Gegenstand der Obligation.	
§ 28. Positive, negative Leistungen; vorübergehende, dauernde ..	295
§ 29. Theilbare, untheilbare Leistungen.....	303
§ 30. Fortsetzung.....	310
§ 31. Fortsetzung.....	320
§ 32. Fortsetzung.....	329
§ 33. Fortsetzung.....	349
§ 34. Fortsetzung.....	356
§ 35. Fortsetzung.....	369
§ 36. Fortsetzung.....	374
§ 37. Mögliche, unmögliche Leistungen	381
§ 38. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. Alternative.....	386
§ 39. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. Generische. Quantitäten	399
§ 40. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. Geld. Begriff und Arten	403
§ 41. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. Geld. Verschiedene Werthe	423

	Seite
§ 42. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. Geld. Rechtsregeln	440
§ 43. Fortsetzung.....	463
§ 44. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. Geld. Aussprüche der Römer.....	469
§ 45. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. Geld. Schriftsteller	477
§ 46. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. Geld. Preussisches Recht	482
§ 47. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. Geld. Französisches Recht	499
§ 48. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. Geld. Oesterreichisches Recht.....	506
§ 49. Ort der Leistung	508
§ 50. Zeit der Leistung	516



§. 1.

E i n l e i t u n g .

Schriftsteller über das Obligationenrecht.

H. DONELLUS, Commentarii de jure civili Lib. 12—16.

K. Bucher das Recht der Forderungen. 2te Ausg.
Leipzig 1830 (1ste 1815).

C. F. Koch das Recht der Forderungen nach gemeinem
und nach Preussischem Recht. Breslau B. 1—3.
1836. 1840. 1843 (B. 1. 2. der allg. Theil). Damit
zu verbinden: Dessen Lehrbuch des Preussischen Rechts.
B. 2. Berlin 1846.

Unterholzner Lehre des R. R. von den Schuldver-
hältnissen B. 1. 2. Leipzig 1840 (B. 1. der allg.
Theil).

Buchta Pandekten. 4te Aufl. Leipzig 1848. §. 218
—410.

— — Vorlesungen. 2te Ausg. B. 2. Leipzig 1849.
§. 218—240.

— — Cursus der Institutionen B. 3. Leipzig 1847.
§. 258—280.

Bangerow Pandekten B. 3. Neueste Auflage. Marburg
und Leipzig 1850.

Für das Rechtssystem im Ganzen habe ich an einem anderen Orte das Bedürfnis geltend gemacht, von den besonderen Lehren einen allgemeinen Theil auszuscheiden, der als gemeinsame Grundlage derselben dienen müsse (a). Ein ähnliches Bedürfnis wiederholt sich in jeder der besonderen Hauptlehren des Systems, also in dem Obligationenrecht, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht. Es tritt aber ein eigenthümlicher Grund ein, weshalb ein solcher allgemeiner Theil im Obligationenrecht wichtiger ist, und einen größeren Raum in Anspruch nimmt, als in den übrigen genannten Hauptlehren.

Das Sachenrecht ist auf eine kleine Zahl von Rechtsinstituten eingeschränkt, und jedes derselben wird von besonderen Regeln beherrscht, die für gemeinsame Bestimmungen nicht viel Spielraum übrig lassen. In einer ähnlichen Lage befindet sich das Familienrecht und das Erbrecht, so daß in allen diesen Instituten die Rechtsbildung durch freie Willkür in enge Gränzen eingeschlossen ist.

Eine andere Natur hat das Obligationenrecht. Die

(a) System des heutigen R. R. B. 1. § 58.

einzelnen Obligationen, die den besonderen Theil desselben bilden, sind zunächst ungleich zahlreicher und mannichfaltiger, als die einzelnen Institute des Sachenrechts und der übrigen genannten Hauptlehren. Aber selbst diese zahlreichen und mannichfaltigen Obligationen sind nur als einzelne Fälle zu betrachten, welche sich durch lange Erfahrung als besonders wichtig und häufig dargestellt haben. Neben denselben aber bleibt stets freier Raum für die Bildung neuer Obligationen, wie sie durch das wechselnde Bedürfnis der Zeiten, oder auch durch freie Willkür, herbeigeführt werden mögen. Für solche neu zu bildende Obligationen nun sind zunächst nur die Grundsätze des allgemeinen Theils maßgebend, welche daher, um dieser Aufgabe zu genügen, hinreichend ausgebildet sein müssen (b).

Der allgemeine Theil des Obligationenrechts wird hier in folgenden vier Kapiteln dargestellt werden:

Kap. 1. Natur der Obligationen.

Kap. 2. Entstehung der Obligationen.

Kap. 3. Aufhebung der Obligationen.

Kap. 4. Rechtsschutz der Obligationen gegen Verletzung.

(b) Diese eigenthümliche Natur des allgemeinen Theils im Obligationenrecht, vorzugsweise vor anderen Haupttheilen des

Rechtssystems, wird bemerklich gemacht von Puchta Pandekten § 218. und Vorlesungen § 218.

Erstes Kapitel.

Natur der Obligationen.

§. 2.

I. Begriff der Obligationen.

Die allgemeine Natur der Obligation führt auf folgende Betrachtungen: I. Begriff. II. Arten. III. Personen. IV. Gegenstand.

Der Begriff der Obligation ist schon anderwärts in folgender Weise festgestellt worden (a). Sie besteht in der Herrschaft über eine fremde Person; jedoch nicht über diese Person im Ganzen (wodurch deren Persönlichkeit aufgehoben seyn würde), sondern über einzelne Handlungen derselben, die als aus ihrer Freiheit ausscheidend, und unserm Willen unterworfen, gedacht werden müssen. Die Entwicklung dieses Begriffs muß gerichtet werden theils auf die Personen, welche in der Obligation stehen, theils auf die Handlungen, worauf die Obligation gerichtet ist.

In jeder Obligation finden wir zwei Personen, die einander in ungleichem Verhältniß gegenüber stehen.

(a) System B. 1. § 53. S. 338. 339.

Auf der einen Seite erscheint die persönliche Freiheit erweitert über ihre natürliche Gränze hinaus, als Herrschaft über eine fremde Person; auf der anderen Seite erscheint die natürliche Freiheit eingeschränkt, als ein Zustand der Unfreiheit oder Nothwendigkeit (b). — Wir können diese entgegengesetzten Zustände der in der Obligation stehenden Personen als zwei verschiedene Thätigkeiten denken, deren eine in der Leistung des Schuldners, die andere in dem Zwang (der Klage) von Seiten des Gläubigers besteht. Jedoch muß in dieser Auffassung die Thätigkeit des Schuldners als die Hauptsache, als das eigentliche Wesen der Obligation, die des Gläubigers als das Untergeordnete, angesehen werden. Denn in der Obligation, wie in jedem Rechtsverhältniß überhaupt, besteht der gesunde, naturgemäße Zustand in der freiwilligen Anerkennung und Vollziehung des Rechts, so daß die Bekämpfung des Unrechts (der Zwang, die Klage) nur als die Beseitigung eines unnatürlichen Zustandes gedacht werden kann (c). So besteht auch das Wesen des Eigenthums zunächst nur in der unbeschränkten und ausschließenden Herrschaft der Person über die Sache, und es ist etwas Zufälliges, wenn diese Herrschaft in der Gestalt der vindication gegen einen Verlezer erscheint.

(b) *L. 108 de V. S. (50. 16)*
 „Debitor intelligitur is, a quo
invito exigi pecunia potest.“

in die Leistung des Schuldners
 gesetzt wird, ist nicht ohne erheb-
 liche praktische Folgen. Vergl.
 System B. 8. S. 201.

(c) Diese Unterscheidung, wo-
 durch das Wesen der Obligation

Die Handlungen, deren Nothwendigkeit das Wesen der Obligation bildet, wurden bezeichnet als einzelne, im Gegensatz der persönlichen Freiheit im Ganzen, und als ausschließend aus der eigenen Freiheit des Handelnden. Beide Eigenschaften sind hier einer näheren Erwägung zu unterziehen (d).

Die Bezeichnung der Handlungen als einzelner ist nicht so zu beschränken, als ob durch jede Obligation stets nur eine einzige Handlung nothwendig werden könnte; sie kann vielmehr auch auf mehrere einzelne gerichtet seyn, ja auch auf solche, die eine fortgesetzte, zusammenhängende Thätigkeit darstellen. Nur müssen sie stets im Verhältnis zum ganzen Umfang der Freiheit des Schuldners als ein Minimum erscheinen, weil nur durch dieses Verhältnis die in der Obligation enthaltene Unfreiheit gedacht werden kann, ohne die Persönlichkeit des Schuldners selbst aufzuheben. — Ein solches Verhältnis nun der zur Obligation geeigneten Handlung kann durch zweierlei, oft mit einander verbundene, Eigenschaften begründet werden. Zunächst durch ihren Umfang, indem in der That die meisten Obligationen auf ganz einzeln stehende, vorübergehende Handlungen gerichtet sind, wie Geldzahlungen. Dann durch ihre Dauer, indem meist die Erfüllung der Obligation ihre augenblickliche Auflösung herbeiführt, in welchen Fällen es augen-

(d) Ueber die Natur der Philosophie des Rechts §. 67. Puchta zu einer Obligation geeigneten Cursus III. S. 2. 3, Pandekten Handlungen vgl. Hegel Philo- § 220.

scheinlich ist, daß das Ziel der Obligation nicht die Unfreiheit der Person an sich, sondern nur die Gewißheit des Erfolges ihrer Thätigkeit seyn soll. Ja auch in den seltneren Fällen, in welchen die Obligation auf fortgesetzte Handlungen von unbestimmter Dauer gerichtet ist, wie bei dem Mandat und der Societät, wird durch die Freiheit der Kündigung für die Aufrechthaltung jenes natürlichen Verhältnisses der obligatorischen Handlungen gesorgt.

Der hier bemerkte Charakter dieser Handlungen wird noch klarer hervor treten durch die Vergleichung mit den Servituten. Durch die Obligation wird die natürliche Freiheit der Person, durch die Servitut die natürliche Freiheit des Eigenthums beschränkt. Und auch die Servituten werden nur innerhalb enger Gränzen zugelassen, damit das Eigenthum nicht mehr, als nöthig, durch grundlose Willkür beschränkt werde. Diese Gränzen bestehen theils in der Dauer des Rechts, wie bei den persönlichen Servituten (e); theils in dem Umfang, welcher bei den Prädialservituten dahin bestimmt ist, daß sie nur anerkannt werden, wenn die Ausübung derselben dem benachbarten Grundeigenthümer einen Vortheil vermittelt seines Grundstückes, nicht einen rein persönlichen Vortheil, gewährt (f).

In diesen beiden Fällen liegt die gemeinsame Ansicht zum Grunde, daß die Beschränkung der natürlichen Frei-

(e) L. 3 § 2. L. 56 de usu-fructu (7. 1). Vgl. System B. 1. § 56. d.

(f) L. 8 pr. de serv. (8. 1), L. 4. 5. 6 de serv. pr. rust. (8. 3).

heit (der Person oder des Eigenthums) nicht weiter, als es das wahre Bedürfniß des Verkehrs erfordert, durch Rechtsinstitute anerkannt und geschützt werden soll. Aus dieser Ansicht erklärt sich auch der Ausspruch eines Römischen Juristen, daß in zweifelhaften Fällen die Befreiung von einer Obligation begünstigt, die Begründung derselben nicht begünstigt werden soll (g). Eine Rechtfertigung dieses, scheinbar parteiischen, Ausspruchs von einem rein praktischen Standpunkt aus, liegt aber noch darin, daß der Gläubiger (der Kläger), als der angreifende Theil, einen ungemeinen Vortheil über den Gegner dadurch genießt, daß es in seiner Macht steht, den Zeitpunkt der Klage früher oder später eintreten zu lassen, so wie es gerade ihm nützlich, dem Gegner schädlich ist. Diese wichtige praktische Rücksicht ist auch schon bei dem Institut der Klageverjährung beachtet worden (System B. 5. S. 271).

Die obligatorischen Handlungen wurden ferner bezeichnet als ausschließend aus der eigenen Freiheit des Handelnden. Von dieser Seite betrachtet, erscheint uns das Wesen der Obligation als eine Verwandlung solcher Handlungen, die bis dahin als zufällige und ungewisse künftige

(g) *L. 47 de O. et A. (44. 7)*
 „... Ubi de obligando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum. Ubi de liberando, ex diverso, ut facilius ad liberationem.“ Vgl. auch

L. 125 de R. J. (50. 17). — Praktische Anwendungen dieser Ansicht werden unten an mehreren Stellen vorkommen, u. a. im § 19, ferner bei dem Erwerb der Obligationen durch fremde Personen.

Ereignisse gedacht werden mußten, in nothwendige und gewisse Ereignisse. Ja der ganze Zweck der Obligationen geht dahin, den Berechtigten in die Lage zu setzen, daß er auf den Eintritt dieser Ereignisse mit Sicherheit rechnen könne.

Nur diejenigen Handlungen aber sind zu Obligationen geeignet, die einen solchen äußerlichen Charakter annehmen können, und dadurch fähig werden, gleich den Sachen, einem fremden Willen unterworfen zu werden. Dazu aber wird vorausgesetzt, daß diese Handlungen einen Vermögenswerth haben, oder einer Schätzung in Geld empfänglich sind (h). So läßt sich eine Verabredung mehrerer Menschen denken, in regelmäßigen Zusammenkünften sich gegenseitig in Wissenschaft oder Kunst auszubilden. Diese Verabredung wird vielleicht die äußere Gestalt eines Vertrags an sich tragen, aber eine Obligation auf die so verabredete Thätigkeit wird nicht entstehen können.

Die Handlung, welche den Gegenstand der Obligation bildet, wird noch mit einigen besonderen Ausdrücken bezeichnet. Wir nennen sie bald Leistung, bald Erfüllung. Der erste Ausdruck bezieht sich vorzugsweise auf die dem Schuldner obliegende Thätigkeit; der zweite vorzugsweise auf den Zustand, der durch die Obligation hervorgebracht werden soll, und dessen Nothwendigkeit und Gewißheit als der Zweck der Obligation zu betrachten ist.

(h) *L. 9 § 2 de statutib.* cunia lui praestarique pos-
 (40. 7) „... ea enim in obli- sunt“ ... Vgl. System B. 1.
 gatione consistere, quae pe- § 56. S. 369. 377.

§. 3.

I. Begriff (Fortsetzung). Kunstausdrücke.

Das hier dargestellte Rechtsverhältniß zwischen zwei Personen, in welchem die eine als (partiell) unfrei erscheint, wird mit dem Römischen Kunstausdruck obligatio bezeichnet (a). Dieser Ausdruck umfaßt also zwei an sich verschiedene, ja entgegengesetzte, Zustände, und es ist daher folgerichtig, denselben sowohl auf die erweiterte Freiheit des Gläubigers anzuwenden (b), als auf die eingeschränkte Freiheit des Schuldners, für welche letztere regelmäßig der besondere Ausdruck: oportet von alter Zeit her gebraucht wird (c). Ja sogar beide Zustände neben einander werden

(a) *Pr. J. de oblig.* (3. 13) „Obligatio est *juris vinculum*, quo necessitate *adstringimur* alicujus solvendae rei.“ — *L. 3 pr. de O. et A.* (44. 7.) „Obligationum substantia . . . in eo consistit . . . ut *alium nobis obstringat* ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.“

(b) *L. 1 § 1 de div. rer.* (1. 8) „ . . . ipsum jus successio- nis, et ipsum jus utendi fru- endi, et *ipsum jus obligationis*, incorporale est.“ Gleichlautend ist § 2 *J. de reb. incorp.* (2. 2). *L. 128 de V. O.* (45. 1) „*suae obligationis*.“ — Ebenso entscheidend für diesen Sprachgebrauch ist der sehr häufige Ausdruck: *acquirere obliga-*

tionem, welcher unmittelbar das Recht der Forderung bezeichnet. *L. 126 § 2 de V. O.* (45. 1), *L. 46 pr. de j. dot.* (23. 3), § 4 *J. de inut. stip.* (3. 19), *rubr. Inst. III.* 28.

(c) *L. 36 de reb. cred.* (12. 1) „obligatio tua adversus me.“ — Eben so wird sogar der Ausdruck *actio*, der doch unmittelbar die Thätigkeit des Gläubigers bezeichnet, von dem (unfreien) Zustand des Schuldners gebraucht. *L. 8 quod cujusque univ.* (3. 4) „per *actiones debitorum civita- tis*, agentibus satisfieri oportet.“ — Der alte Kunstausdruck für diese, den Schuldner bindende, Nothwendigkeit, besonders in den Klagformeln angewendet, ist oportet. *L. 37 de V. S.* (50. 16)

durch den gemeinsamen Ausdruck: obligatio bezeichnet (d). Nun giebt es außer jenem Rechtsverhältniß noch viele andere Fälle einer juristischen Nothwendigkeit: auf sie aber wird der Ausdruck obligatio regelmäßig nicht angewendet (e). So wird die Nothwendigkeit, fremdes Eigenthum anzuerkennen, der obligatio entgegengesetzt (f); eben so jede durch die freie Macht einer Obrigkeit begründete Nothwendigkeit (g); endlich auch die Nothwendigkeit, welche in

L. 76 § 1. L. 89. L. 125 de V. O. (45. 1), L. 27 de nov. (46. 2). Vgl. System B. 5. § 216. g. S. 80.

(d) § 1 J. de duob. reis (3. 16) „ . . In utraque tamen obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo, omnium perimit obligationem, et omnes liberat.“

(e) Ich will damit nicht gerade behaupten, daß durchaus keine Ausnahmen in dieser Richtung vorgekommen wären. So sagt Ulpian in L. 3 pr. de cens. (50. 15) „ . . usque ad sexagesimum quintum annum tributo capitis obligantur.“ Die Steuerlast war aber keine eigentliche obligatio, sondern eine publicistische Verpflichtung. Indessen läßt sich doch auch jede einzelne fällige Steuersumme als eine obligatio gegen den Fiscus auffassen. Vgl. auch unten Note k am Ende.

(f) § 1 J. de act. (4. 6) „ . . Namque agit unusquisque

aut cum eo, qui ei obligatus est . . . aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est . . . quo casu proditae actiones in rem sunt: veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet. . .“

(g) L. 7 de annuis legatis (33. 1) „ . . . In testamentis quaedam scribuntur, quae ad auctoritatem duntaxat scribentis referuntur, nec obligationem pariunt . . . Et in omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda, neque omnimodo observanda est: sed interventu iudicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci.“ Judex ist hier absichtlich, als abstracte Bezeichnung der Obrigkeit, gewählt. Zuweilen war es der Prätor, wie in dem kurz vorher angeführten Beispiel, wenn der Testator über die Erziehung der Kinder verfügt hatte; in anderen Fällen der Kaiser oder die pontifices, wenn die Verfü-

einem Rechtsstreit durch das freie Ermessen des Jurer herbeigeführt wurde, ohne daß der Gegner ein Klagerecht darauf hatte (h).

Der hier dargestellte Sprachgebrauch der Römer schließt sich genau an die Rechtsbegriffe selbst an. Es ist besonders wichtig, denselben genau aufzufassen und festzuhalten, da seit langer Zeit folgende sehr abweichende Auffassung große Verbreitung gefunden hat. In ihr werden folgende Grundbegriffe angenommen. Auf der einen Seite steht das Recht einer Person, als anerkannte, zu schützende Macht oder Herrschaft, ohne Unterschied der Gegenstände und der Entstehungsgründe. Diesem Recht gegenüber steht die Pflicht, auch wohl Verpflichtung oder Verbindlichkeit genannt, als die in einer, oder mehreren, oder vielen Personen gedachte Nothwendigkeit, jenem Recht sich zu fügen, es nicht zu verletzen. Das Recht heißt *jus*, die Pflicht *obligatio*. So entspricht dem *jus* des Gläubigers die *obligatio* des Schuldners; eben so aber auch dem *jus* des Eigenthümers die *obligatio* aller übrigen Menschen, das Eigenthum unverletzt zu lassen.

gung auf Errichtung eines Denkmals gerichtet war. L. 50 § 1 *de her. pet.* (5. 3) Vgl. MAJANS. ad XXX. Ic. fragm. T. 1 p. 338. — In allen diesen Fällen hatte die Obrigkeit ein sehr freies Ermessen, ihre Macht auszuüben oder nicht.

(h) L. 49 § 1 *de act. emt.* (19. 1) „*cum hae (usurae) non sint in obligatione, sed officio judicis praestentur.*“ L. 54 *pr. loc.* (19. 2), L. 58 *pr. ad Sc. Treb.* (36. 1). — In demselben Sinn wird anderwärts die *judicis potestas* der *juris necessitas* entgegengesetzt. L. 40 *pr. de jud.* (5. 1).

Diese Auffassung ist aus zwei verschiedenen Gründen verwirrend und tadelnswerth. Erstlich, indem die natürliche Verwandtschaft und Verschiedenheit der Rechtsbegriffe selbst dadurch verdunkelt wird. Zweitens durch eine Anwendung des Römischen Ausdrucks obligatio in einem Sinn, der den Römern völlig fremd ist, wodurch also die wahre Einsicht in den Inhalt unserer Rechtsquellen verhindert wird (i). Die wahre Bedeutung des Ausdrucks wird hier von der einen Seite zu sehr beschränkt, indem man ihn nur auf den Zustand des Verpflichteten, nicht auch auf den des Berechtigten, also auf das vollständige Verhältniß zwischen beiden Personen, anwenden will; von der anderen Seite zu weit ausgedehnt, indem er nicht bloß für die dem Obligationenrecht (in dem oben bestimmten Sinn desselben) angehörenden Institute gelten soll, sondern auch für alle anderen Theile des Privatrechts, wie z. B. das Sachenrecht; ja sogar auch über die Gränzen des Privatrechts hinaus, indem man eben so von einer obligatio der Unterthanen gegen den Staat redet.

Dem hier erklärten Ausdruck: obligatio liegt zum Grunde das Bild des Bindens, und er ist daher gewählt,

(i) Hugo hat in mehreren seiner Schriften diesen Irrthum mit Eifer zu bekämpfen gesucht; besonders ausführlich in dem civilistischen Magazin B. 3 Num. XX. — Es konnte nicht fehlen, daß die hier gerügte falsche Auffassung und

Terminologie auch in neueren Gesetzgebungen Eingang fand, die zur Zeit ihrer Herrschaft entstanden, wie namentlich im Preussischen Landrecht. Ausführlich handelt davon Koch Forderungen I. § 2.

um den Zustand des unfreien, oder gebundenen, Willens, anschaulich zu machen. Er steht im Zusammenhang mit einer Reihe verwandter Kunstausdrücke, die bald in verbaler, bald in substantiver Form, gebraucht werden: *nectere* und *nexum*, *contrahere* und *contractus*, *solvere* und *olutio*.

Als nahe verwandte Bedeutungen von *obligatio* können noch folgende erwähnt werden. Zuerst wird darunter auch verstanden der Entstehungsgrund jenes Rechtsverhältnisses, also die obligirende Handlung (k). — Ferner heißt die Verpfändung einer Sache *obligatio*, indem dadurch für die Sache ein ähnliches Verhältniß entsteht, wie das des Schuldners in der eigentlichen *obligatio* (l).

Der besondere Zustand der beiden Personen, die in der *obligatio* einander gegenüber stehen, wird bezeichnet durch die Ausdrücke *creditor* und *debitor*, *creditum* und *debitum*; und zwar sind diese Kunstausdrücke allgemein gültig, ohne Unterschied der Entstehung der Obligation (m). — Jedoch

(k) *L. 1 § 21 de tut. et rat. distr.* (27. 3) „In tutela *ex una obligatione* duas esse actiones constat.“ — Eben so in den Ausdrücken: *verborum*, *literarum obligatio*. — Desgleichen in *L. 22 C. de agric.* (11. 47) „tunc *ex utroque genere obligationis*, id est, tam *scripturae*, quam *confessionis*, vel *depositionis*, talem eum esse credendum, qualem se et scripsit, et inter acta deposuit.“ Allerdings ist das so entstehende Verhältniß eines

Colonen keine *obligatio* im strengsten Sinn; die Stelle gehört aber auch in die Zeit von Justinian.

(l) So schon in der *obligatio praediorum* aus der Zeit von Trajan, und in vielen Stellen der alten Juristen; eben so auch *nectere pignori*, z. B. in *L. 52 § 2 de pactis* (2. 14), *L. 27 de pign. act.* (13. 7)

(m) *L. 10. 11. 12 pr. 108 de V. S.* (50. 16). — *L. 3 fam. herc.* (10. 2), *L. 1 de compens.* (16. 2).

gehört diese allgemeine Bedeutung jener Ausdrücke erst der vollständigeren Ausbildung des Römischen Rechts an, indem ursprünglich dieselben auf das Darlehen beschränkt waren (n). — *Reus* ist der gemeinsame Ausdruck für beide Personen (o).

§. 4.

I. Begriff (Fortsetzung). Verwandtschaften.

Es ist schon an einem anderen Orte darauf aufmerksam gemacht worden, wie wichtig es für die gründliche Einsicht in das Wesen der Rechtsinstitute ist, ihre wahren oder scheinbaren Verwandtschaften mit anderen Instituten zu erforschen (a).

Das Obligationenrecht nun erscheint uns in einer zweifachen Verwandtschaft: mit dem Familienrecht, und mit dem Sachenrecht, zwischen welchen beiden also es gewissermaßen in der Mitte steht.

Ueberwiegend auf den ersten Blick erscheint die Verwandtschaft mit dem Familienrecht, indem die Obligation, eben so, wie das Familienverhältniß, ein Band zwischen zwei bestimmten einzelnen Personen darstellt. Allein bei

(n) *L. 20 de jud.* (5. 1), *L. 5 § 3 de O. et A.* (44. 7). Eine deutliche Hinweisung auf diese Umbildung des Sprachgebrauchs findet sich in *L. 10. 11 de V. S.* (50. 16). — Vgl. System B. 5. S. 513.

(o) *pr. J. de duob. reis* (3. 16), *L. 1 L. 16 de duob. reis* (45. 2). *FESTUS* v. *reus* und v. *contestari*.

(a) System B. 1. Vorrede S. XXXVI.

genauerer Betrachtung tritt diese scheinbare Aehnlichkeit zurück vor der weit wesentlicheren Verschiedenheit, indem der Inhalt der Obligation in der Unterwerfung einzelner Handlungen unter die Macht eines fremden Willens besteht, der Inhalt der Familie dagegen in natürlich-sittlichen Lebensverhältnissen, die durch das freie Zusammenwirken der einzelnen Familienglieder fortwährend gebildet und dargestellt werden sollen (b).

Eine weit wesentlichere Verwandtschaft dagegen muß behauptet werden zwischen den Obligationen und den Verhältnissen des Sachenrechts, deren Grundlage das Eigenthum bildet. Zwar fehlt in dem Eigenthum die Erscheinung der zwei einzelnen Personen, die zum Wesen der Obligation gehören. Dagegen kommen beide darin überein, daß die Obligation, wie das Eigenthum, in der Herrschaft einer bestimmten Person über ein Stück der äußeren Welt besteht. Dadurch bilden beide zusammen das Vermögensrecht, als dessen coordinirte Theile sie erscheinen, und zwar in der Art, daß in dem Sachenrecht das trennende, in dem Obligationsrecht das verbindende Princip des Vermögensrechts enthalten ist (c). Daneben aber finden sich noch zwei nähere Beziehungen zwischen den Obligationen und dem Eigenthum. Die eine derselben besteht darin, daß die zu einer Obligation geeigneten Handlungen einer Schätzung in Geld empfänglich seyn müssen (§ 2. h), die andere aber

(b) System B. 1 § 58. C. 387. (c) System B. 1 § 56. 58.

darin, daß die meisten und wichtigsten Obligationen keinen anderen Zweck haben, als den Erwerb eines Eigenthums, oder die Benutzung desselben, herbeizuführen (d).

Vergleichen wir das Obligationenrecht im Ganzen mit anderen verwandten Theilen des Rechtssystems, so treten uns folgende eigenthümliche Züge desselben als vorherrschend entgegen. In dem gesammten Rechtsverkehr der heutigen Zeit ist dem Einfluß des Obligationenrechts eine augenscheinlich fortschreitende Wichtigkeit, vor anderen Theilen des Rechts, zuzuschreiben, indem darin die Bedürfnisse und Richtungen der Gegenwart vorzugsweise ihre Befriedigung finden. — Ferner haben sich in dem Obligationenrecht die Rechtsbegriffe und Grundsätze der Römer, vorzugsweise vor anderen Rechtstheilen, in anerkannter Wirksamkeit erhalten (e). — Endlich zeigt das Obligationenrecht, vor anderen Theilen des Rechts, eine besondere Biegsamkeit. Die Willkür der die Rechtsverhältnisse bildenden Personen erscheint hier unbeschränkter, als im Sachenrecht und der Familie, so daß in diesem Theile des Rechts vorzugsweise der Sitz der bloß vermittelnden Rechtsregeln zu suchen ist (f).

(d) System B. 1 S. 339. S. 372—374. Dasselbst wird zugleich gewarnt gegen das übertriebene Gewicht, welches von manchen Schriftstellern dieser letzten Beziehung beigelegt wird, und welches dahin führt, das wahre Verhält-

niß zwischen beiden Rechtstheilen zu verbunkeln.

(e) Diese beiden Züge des Obligationenrechts sind treffend hervorgehoben von Buchta Vorlesungen § 218.

(f) Vgl. System Bb. 1 § 16.

Die hier zuletzt erwähnte Eigenthümlichkeit des Obligationenrechts führt noch auf eine besondere Betrachtung über die Stellung der juristischen Thatfachen zu den Obligationen. Der Begriff dieser Thatfachen ist bereits an einem anderen Orte aufgestellt worden (g). Zur vollständigeren Ausführung dieses Begriffs aber muß jetzt hinzugefügt werden, daß die juristischen Thatfachen überhaupt in zwei verschiedenen Functionen vorkommen.

Sie erscheinen zunächst in der allgemeinen, unentbehrlichen Function, als die thatsächlichen Bedingungen für die regelmäßige Anwendung der Rechtsregeln. So, wenn das Eigenthum erworben und verloren wird durch Uebergabe oder Erziehung; eben so, wenn Obligationen begründet werden durch Verträge oder Delicte, aufgehoben durch Erfüllung oder Vertrag.

Außerdem aber erscheinen sie in der besonderen, mehr zufälligen Function, als thatsächliche Bedingungen für die willkürliche Umbildung der Rechtsregeln. Hierauf bezieht sich die bei neueren Schriftstellern sehr verbreitete Auffassung und Ausdrucksweise, welche in den Rechtsverhältnissen *essentialia*, *naturalia* und *accidentalia* unterscheidet (h). Dabei liegt die richtige Bemerkung zum Grunde, daß in den Rechtsverhältnissen dreierlei Zustände denkbar sind: 1. Solche, die nicht hinweggedacht werden können, ohne

(g) System B. 3 § 104.

(h) AVERANIUS Interpret. L. 4 C. 12. MÜHLENBRUCH § 104.

den Begriff des Rechtsverhältnisses selbst zu zerstören, wie z. B. bei dem Darlehen die Uebertragung des Eigenthums. 2. Solche, die mit demselben in der Regel verbunden sind, jedoch durch Willkür ausgeschlossen oder abgeändert werden können, wie z. B. die dem Verkäufer und dem Miether regelmäßig obliegende diligentia. 3. Solche, die mit demselben in der Regel nicht verbunden sind, jedoch durch Willkür damit verbunden werden können, wie z. B. eine Bedingung bei Verträgen, oder eine besondere Thätigkeit, die dem Verkäufer einer Sache noch außer der Uebergabe durch pactum adjectum auferlegt wird. In den zwei letzten Fällen nun kann die oben erwähnte umbildende Function juristischer Thatsachen vorkommen, die aber stets, wenn nicht die Begriffe verwirrt werden sollen, von der allgemeinen Function unterschieden werden muß, durch welche nur die regelmäßige Anwendung der Rechtsregeln begründet wird. Wenn z. B. ein Haus um 1000 verkauft wird, oder wenn ein Testator zwei Personen zu gleichen Theilen zu Erben einsetzt, so haben diese juristischen Thatsachen mit der Eintheilung in essentialia, naturalia und accidentalia Nichts zu schaffen.

Die hier aufgestellte Ansicht ist natürlicherweise auch schon von den Römischen Juristen anerkannt worden, und es ist nur noch festzustellen, wie sich ihre Kunstausdrücke dazu verhalten.

Die essentialia der neueren Schriftsteller werden bei den Obligationen von den Römern abwechselnd durch zwei

Ausdrücke bezeichnet. Zuerst durch *substantia*, welches ganz unzweideutig ist (i). Dann aber auch, und zwar noch häufiger, durch *natura* (k). Eben so wird von ihnen der Ausdruck *natura* auch bei den Servituten gebraucht, um das Wesen derselben (die *substantia*) zu bezeichnen (l).

In weit mehreren Stellen aber werden auch die *naturalia* der Neueren durch *natura* bezeichnet, also Dasjenige, welches zwar in der Regel bei einem Rechtsverhältniß anzunehmen ist, jedoch auch einer willkürlichen Abänderung unterworfen werden kann (m). Daher ist denn der Aus-

(i) *L. 72 pr. de contr. emt.* (18. 1) „... emtionis *substantia* constitit ex pretio.“ d. h. das Wesen des Kaufvertrags ist durch den bedungenen Kaufpreis festgestellt worden, so daß eine Abänderung des Preises einen neuen Vertrag bilden würde. — Eben so die *obligationum substantia* in *L. 3 pr. de O. et A.* f. o. § 3. a.

(k) *L. 12 § 2 quod metus* (4. 2) „propter *naturam metus causa actionis*, quae *damnum* exigit.“ *L. 5 in f. de fidejuss.* (46. 1) „... quia *natura obligationum duarum*, quas haberet, ea esset, ut ... altera consumeretur.“ *L. 9 § 1 de duob. reis* (45. 2) „statum et *naturam obligationis* ... mutare non potest.“ Vgl. *L. 14 § 13 de relig.* (11. 7), *L. 139 de V. O.* (45. 1) „*indivisa natura*.“

(l) *L. 15 § 1 de serv.* (8. 1) „*Servitutum non ea natura* est, ut aliquid faciat quis ... sed ut aliquid patiatut aut non faciat.“ Ganz unrichtig erklärt hier AVERANIUS l. c. num. V. den Ausdruck *natura* für das Regelmäßige, aber einer willkürlichen Abänderung Unterworfene, und bezieht es auf die *anomale servitus oneris ferendi*, die allerdings auf ein positives Thun gerichtet seyn kann. Sollte in dem Sinn jener Stelle die *natura* Das bedeuten, welches die Neueren als die *naturalia* bezeichnen, so müßte in allen Servituten durch Willkür ein *facere* bedungen werden können, nicht bloß ausnahmsweise in einem so einzeln stehenden, seltenen und geringfügigen Falle.

(m) *L. 11 § 1 de act. emt.* (19. 1) „quod si nihil convenit,

druck *natura* zweideutig, und macht eine besondere Vorsicht in der Auslegung der Rechtsquellen nöthig.

Manche neuere Schriftsteller haben auf die Fälle, worin die juristischen Thatsachen in einer die Rechtsregeln umbildenden Function erscheinen, den Namen *Autonomie* anzuwenden versucht. Gegen diesen Sprachgebrauch ist schon an einem anderen Orte Einspruch erhoben worden (n).

Die hier vorgetragene Erörterung über die verschiedene Function juristischer Thatsachen, und was damit weiter zusammenhängt, ist an sich selbst auf alle Theile des Rechtssystems anwendbar. Ich habe den Eingang des Obligationenrechts als die dafür passendste Stelle angesehen, weil in diesem Theile des Rechtssystems die umbildende Willkür den freisten Spielraum hat, und daher bei den Rechtsgeschäften, insbesondere bei den obligatorischen Verträgen (o), die häufigsten und wichtigsten Anwendungen jener Functionen vorkommen.

tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt hujus iudicii potestati.“ L. 5 § 4 de praescr. verb. (19. 5) „potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere.“ L. 27 § 2 de pactis (2. 14) „quotiens enim ad jus, quod lex naturae ejus tribuit, de dote

actio redit“... Vgl. L. 7 § 5 de pactis (2. 14), L. 24 in f. depos. (16. 3), L. 21 § 3 de test. (22. 5).

(n) System B. 8 § 360. Noten a. b. c.

(o) System B. 3 § 104. 114. 140. 141.

§. 5.

II. Arten der Obligation. Civilis und naturalis obligatio. Begriff.

A. D. Weber Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit 1784, dann oft neu herausgegeben, u. a. Leipzig 1825. 8. (Ich citire nach der dritten Ausgabe 1800.)

A. F. E. LELIÈVRE quid est obligatio naturalis ex sententia Romanorum Lovanii 1826. 4.

L. DE PFORDTEN de obligationis civilis in naturalem transitu Lips. 1843. 8.

Buchta Pandekten § 237, Vorlesungen § 237, Cursus B. 3 § 268.

Zur vollständigen Entwicklung des Begriffs der Obligation ist es nöthig, die Gegensätze darzustellen, die sich innerhalb der Gränzen desselben wahrnehmen lassen. Als solche Arten, in welche der Gattungsbegriff zu zerlegen ist, soll an diesem Orte nur die civilis und naturalis obligatio erwähnt werden. Zwar werden von anderen Schriftstellern noch mehrere Eintheilungen auf gleiche Linie gestellt, z. B. die in einseitige und gegenseitige, selbstständige und accessorische u. s. w. Die Natur derselben wird aber anschau-

licher, wenn sie nicht auf den Begriff der Obligation selbst, sondern auf die Entstehungsart der Obligationen, insbesondere auf die Verträge, als den wichtigsten Entstehungsgrund, bezogen werden.

Die Unterscheidung der *civilis* und *naturalis obligatio* steht in augenscheinlichem Zusammenhang mit dem an einem andern Orte dargestellten Gegensatz des *jus civile* und *jus gentium* (a). Sie ist also verwandt mit der Unterscheidung der *civilen* und *natürlichen* Erwerbungsarten des Eigenthums (b), so wie der *civilen* und *natürlichen* Verwandtschaft (c). Die allgemeine Anerkennung eines solchen Zusammenhangs ist jedoch hier um so weniger genügend, als derselbe gerade bei den Obligationen in verschiedenen Beziehungen vorkommt, die hier genau unterschieden werden müssen.

Zunächst bezieht sich die Unterscheidung der *civilen* und *natürlichen* Obligationen auf den Ursprung derselben; ferner auf die persönliche Rechtsfähigkeit; endlich auf die Art und den Grad der Wirksamkeit. Alle diese Beziehungen sind mit einander verwandt, aber jede hat daneben ihre eigenthümliche Natur, und daher erfordert nicht bloß die Bestimmung der Begriffe selbst, sondern auch die des Sprachgebrauchs, besondere Aufmerksamkeit.

(a) Vgl. über diesen Gegensatz:
System B. 1 § 22.

(b) § 11 *J. de div. rerum*
(2. 1).

(c) *L. 4 § 2 de grad.*
(38. 10).

A. In Beziehung auf den Ursprung giebt es Obligationen, welche schon aus dem *jus gentium* herkommen, andere, welche dem *jus gentium* fremd sind, und erst in dem Römischen *jus civile* ihre Entstehung gefunden haben (d).

Diesem Gegensatz darf jedoch nicht die Bedeutung beigelegt werden, als ob die im *jus gentium* entsprungenen Obligationen dem Civilrecht fremd geblieben wären; sie können vielmehr auch in diesem anerkannt und bestätigt seyn, ja die meisten und wichtigsten Obligationen überhaupt sind in der That beiden Rechtssystemen gemeinsam (Note d). Demnach giebt es nach beiden Seiten hin zwei Klassen von Obligationen, die, obgleich in verschiedenem Sinn, als Ausnahmen von dieser Regel betrachtet werden können. — Nach der einen Seite hin sind es die natürlichen Obligationen, welche im Civilrecht ausnahmsweise unbestätigt geblieben sind; von diesen wird ausführlich erst bei der dritten Beziehung unsers Gegensatzes (der Beziehung auf die Wirksamkeit) gesprochen werden (§ 7). — Nach der anderen Seite hin sind es die Obligationen, welche dem

(d) *L. 84 § 1 de R. J.* (50. 17) „*Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus.*“ — § 2 *J. de j. nat.* (1. 2) „*Ex hoc jure gentium omnes pene contractus introducti sunt, ut emtio venditio, locatio con-*

ductio, . . . mutuum, et alii innumerabiles.“ — *L. 5 de just. et jure* (1. 1) „*Ex hoc jure gentium . . . obligationes institutae: exceptis quibusdam, quae jure civili introductae sunt.*“

Civilrecht allein ihren Ursprung verdanken, indem sie dem jus gentium fremd sind.

Gegenwärtig also sind genauer zu betrachten: die den beiden Rechtssystemen gemeinsamen Obligationen, und die dem Civilrecht allein angehörenden. Es würde aber unrichtig seyn, diese beiden Klassen als zwei gleiche Hälften zu betrachten, in welche sich das ganze Obligationenrecht gleichsam zertheilte. Vielmehr müssen die gemeinsamen als die überwiegende, vorherrschende Regel betrachtet werden, so daß die bloß civilen einen exceptionellen Charakter an sich tragen (e). — Eben so würde es unrichtig seyn, mit diesem Unterschied eine verschiedene Art der Wirksamkeit in Verbindung zu bringen, etwa indem man annähme, daß die bloß civilen Obligationen strengere Klagen zur Folge hätten, als die, welche schon aus dem jus gentium herkommen; denn bei diesen letzten finden sich Klagen der verschiedensten Art: prätorische Klagen, civile b. f. actiones, und Conditionen (f).

Es kommt nun hauptsächlich darauf an, die hier erwähnten zwei Klassen von Obligationen auf sichere Weise von einander zu unterscheiden; und in der That lassen sie sich auf bestimmte Grundsätze zurückführen.

(e) *L. 5 de just. et jure* (s. Note d).

(f) Das Darlehen entspringt aus dem Jus gentium (§ 2 J. de j. nat. s. v. Note d.), und erzeugt

dennoch eine *condictio*; eben so gehören die *Conditionen* aus grundloser Bereicherung dem jus gentium an. *L. 25 rer. amot.* (25. 2).

Dem *jus gentium* gehören an alle Obligationen, die nicht auf willkürlichen Anordnungen beruhen, sondern auf der *naturalis ratio*, dem natürlichen Rechtselement (g). Dieses aber führt unzweifelhaft auf die Entstehung einer Obligation aus drei, von einander unabhängigen, Gründen:

Freier Wille des Schuldners (Vertrag).

Grundlose Bereicherung aus fremdem Vermögen (h).

Rechtsverletzung, insoweit die Delictsklage auf bloße Entschädigung geht.

Dem *jus civile* angehörend, und dem *jus gentium* fremd, sind folgende Obligationen.

a) Einige derselben fallen in das Gebiet des regelmäßigen Rechtsverkehrs. Dahin gehören die, welche auf willkürlichen, der eigenthümlichen Volkssitte angehörenden, Formen beruhen.

(g) System B. 1 § 15 S. 55.

(h) L. 25 *rer. amot.* (25. 2) „*jure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex justa causa possident.*“ — L. 14 *de cond. ind.* (12. 6) „*natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiolem.*“ — L. 15 *pr. de cond. ind.* (12. 6) „*Indebiti soluti conditio naturalis est.*“ — L. 5 *pr. de auct.* (26. 8) „*... cum solus tutor mutuam pecuniam pupillo dederit, vel ab eo stipuletur, non erit obligatus tu-*

tori: naturaliter tamen obligatur in quantum locupletior factus est: nam in pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem, in quantum locupletior factus est, dandam D. Pius rescripsit.“ (Aus diesen letzten Worten ist es unzweifelhaft, daß hier das naturaliter obligari nicht eine unvollständige (klaglose) Obligation bezeichnet, sondern gerade eine klagbare, deren Ursprung aber dem *jus gentium* zugeschrieben wird.) — Vgl. unten § 23. b. c. d.

Die *literarum obligatio* (durch das Hausbuch eines Römischen Bürgers).

Die *nexi obligatio* (durch *aes et libra* vor Fünf Zeugen).

Eigentlich müßte dahin auch die *Stipulation* gerechnet werden, da auch schon Frage und Antwort, als Form eines Vertrages, auf einer eigenthümlichen Volkssitte beruht. Davon wird sogleich weiter geredet werden.

Für alle diese Fälle jedoch muß eine zweideutige Natur anerkannt werden. Die positive Form derselben, mit der daran geknüpften besonderen Wirkung, ist *juris civilis*. Insofern aber der Wille der Parteien zum Grunde liegt, kann zugleich jedes Geschäft solcher Art, gleich einem formlosen Vertrag, dem *jus gentium* zugerechnet werden.

b) Andere fallen in das Gebiet des gestörten Rechtszustandes, und der zur Erhaltung oder Herstellung desselben dienenden Anstalten. Dahin gehört die *rei judicatae obligatio*. Denn so heilsam es ist, daß jedes rechtskräftige Urtheil unbedingt aufrecht erhalten werde, selbst auf die Gefahr eines wirklichen Unrechts, so ist doch dieser Grundsatz selbst als eine künstliche Anstalt des positiven Rechts zu betrachten, und nicht aus der *naturalis ratio* abzuleiten (i).

Ganz besonders aber gehören dahin alle *Delictsklagen*,

(i) System B. 6 § 280, B. 5 § 249. c.

insoweit dieselben nicht bloß auf die Herstellung des Rechtszustandes durch Entschädigung, sondern auf Strafe gerichtet sind. Denn jede Strafe ist der naturalis ratio fremd, und beruht auf einer Anstalt des positiven Rechts, welches schon aus dem ganz willkürlichen Maße der Strafe unzweifelhaft hervorgeht.

Die genauere Betrachtung der dem jus civile angehörenden Obligationen führt zu der Ueberzeugung, daß ein befriedigender Rechtszustand ohne dieselben gedacht werden kann, so daß sie in gewissem Sinn als entbehrlich erscheinen. Auch sind die oben erwähnten Vertragsformen schon im Justinianischen Recht wirklich verschwunden. Und was die Strafen betrifft, so sind allerdings diese an sich unentbehrlich. Daß sie aber nicht bloß im Criminalrecht vorkommen, sondern theilweise auch im Obligationenrecht, das beruht auf ganz positiven Rechtsanstalten, es hat sich schon im Justinianischen Rechte sehr vermindert, und im heutigen Rechte ist davon nur noch wenig übrig.

§. 6.

II. Arten der Obligation. Civilis und naturalis obligatio. Begriff (Fortsetzung).

B. In Beziehung auf die persönliche Rechtsfähigkeit giebt es Obligationen, welche für Alle zugänglich sind, andere, wozu nur Römische Bürger die Rechtsfähigkeit haben.

Es gelten hier dieselben Bemerkungen, welche schon bei der ersten Beziehung gemacht worden sind (§ 5. e. f.). Es ist nicht die Rede von zwei gleichen Hälften der Obligationen, vielmehr bilden die allgemein zugänglichen die überwiegende Mehrzahl, die auf Römer beschränkten eine kleine Anzahl von Ausnahmen. Eben so ist kein allgemeiner Unterschied in der Wirksamkeit, indem unter den allgemein zugänglichen Obligationen Fälle von der strengsten Art der Wirksamkeit vorkommen, wie z. B. das Gelddarlehen.

Ueberhaupt steht die erwähnte Unterscheidung in der engsten Verbindung mit der zuerst abgehandelten (§ 5). Es gilt nämlich die unbedingte Regel, daß alle aus dem jus gentium herstammenden Obligationen zugleich für alle Menschen, Peregrinen, wie Römische Bürger, gleich zugänglich sind, so daß also die Bezeichnung einer juris gentium obligatio stets eine doppelte Bedeutung hat: die des Ursprungs, und die der allgemeinen persönlichen Fähigkeit, in einer solchen Obligation zu stehen. So wird bei dem Darlehen ausdrücklich bemerkt, daß es in dem jus gentium seinen Ursprung habe (a), und daß es für Alle gleich zugänglich sey (b), und beide Eigenschaften werden mit demselben Ausdruck bezeichnet. Eben so aber bezeichnet auch

(a) § 2 *J. de j. nat.* (1. 2),
f. o. § 5. d.

(b) GAJUS Lib. 3 § 132 „Unde proprie dicitur, arcariis nominibus etiam peregrinos obli-

gari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur: quod genus obligationis juris gentium est.“

juris civilis obligatio eine erst im Civilrecht entstandene, und daher nur dem Römer zugängliche Obligation (c). Hierdurch nur wird dieser Theil der Untersuchung sehr vereinfacht, und es bedarf nur noch einiger näheren Bestimmungen über die den Römern allein zugänglichen Obligationen.

Bei der *literarum obligatio* wird folgende Streitfrage erwähnt. Die Proculerjaner verneinten jede Verpflichtung der Peregrinen aus dem nomen eines Römers: die Sabinianer verneinten sie nur bei der *transcriptio a persona in personam*, ließen sie aber gelten *a re in personam* (Note c). Der Zweifel überhaupt (nicht gerade diese besondere Modification des Zweifels) möchte wohl auf folgende Weise zu erklären seyn. Dieser ganze Contract beruhte auf der regelmäßigen Führung der Römischen Hausbücher, also auf einer den Römern ganz eigenthümlichen Sitte; daher konnte man ihn dem *jus civile* zurechnen, und die Peregrinen davon ausschließen. Allein das Wesen desselben bestand nicht in einer gemeinsamen Schrift beider Theile, sondern in einer einseitigen Schrift des Gläubigers, der *expensilatio* (nur mit Einwilligung des Schuldners): daher konnte man folgerecht annehmen, daß der Römer durch die in seinem

(c) GAJUS Lib. 3 § 133 Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen transcripticium, etiam peregrinos obligari: si vero a persona in personam, non obligari.“
 „Transcripticiis vero nominibus an obligentur peregrini, merito quaeritur, quia quodammodo juris civilis est talis obligatio: quod Nervae placuit.

Hausbuch eingetragene expensilatio an einen damit einverstandenen Peregrinen, diesen zu seinem Schuldner machte. Daß der Peregrine keinen Römischen codex accepti et expensi führte und führen konnte, war für eine solche Verpflichtung kein Hinderniß (d).

Bei der nexi obligatio kann es keinen Zweifel haben, dieselbe persönliche Beschränkung anzunehmen, wie bei der nahe verwandten Mancipation, also die Peregrinen schlechthin auszuschließen (e). Ja, es könnte sogar in Frage gestellt werden, ob man die zur Mancipation, neben den Römischen Bürgern, zugelassenen Latinen, auch bei dem Nexum zugelassen habe, von welchem ja überhaupt so dürftige Nachricht übrig ist.

Auch bei der Stipulation möchte man geneigt seyn, eine Beschränkung auf Römer, mit Ausschließung der Peregrinen, anzunehmen: theils, weil sie sich aus dem Nexum entwickelt hat (f), theils, weil sie auch schon an sich auf einer ganz positiven Form, zusammenhängend mit einer eigenthümlich Römischen Volkssitte, beruhte. Hier aber hat das praktische Bedürfniß dazu genöthigt, die strenge Consequenz aufzuopfern, doch nicht ohne eine einzelne Erinnerung derselben aufzubewahren. Die Stipulation war nämlich so allgemein der Mittelpunkt des ganzen Rechtsverkehrs geworden, daß bei der stets wachsenden Berührung

(d) Vgl. überhaupt Savigny (f) Vgl. System B. 5 S. 538, vermischte Schriften B. 1. Num. IX. und: Vermischte Schriften B. 2.

(e) GAJUS Lib. 1. § 119. S. 410.

ULPIAN. XIX. § 4. 5.

mit zahllosen Peregrinen in und außer Rom, die Zulassung derselben zur Stipulation fast unentbehrlich wurde. So nahm man nun als feste Regel an, die Stipulation sowohl, als die Acceptilatio sey *juris gentium* geworden, das heißt, für Peregrinen wie für Römer gleich anwendbar; von dieser Regel wurde als einzige Ausnahme beibehalten die Stipulation in der Formel: *spondes? spondeo*, theils als Andenken an die frühere Beschränkung, theils, weil dieses ohne Zweifel die in dem alten *Nerum* angewendete Formel gewesen war (g).

In dieser Annahme eigenthümlicher, positiver Vertragsformen waren übrigens die Römer so consequent und unparteiisch, daß sie auch bei den Peregrinen dergleichen anerkannten, die nur für sie anwendbar waren, weil sie auf ihrer besonderen Volkssitte beruhten (h).

Daß die auf Strafe gerichteten *Delict*sflagen außer der *naturalis ratio* lagen, also dem *jus civile* zugerechnet werden mußten, ist schon oben erwähnt worden (§ 5). Daraus mußte gefolgert werden, daß zwischen Römern und

(g) GAJUS Lib. 3 § 93 „Sed haec quidem verborum obligatio: *dari spondes? spondeo*, propria civium Romanorum est: ceterae vero *juris gentium* sunt: itaque inter omnes homines, sive cives Romanos, sive peregrinos, valent.“ — ib. § 170 „... si id, quod tu mihi debeas, a peregrino, *cum quo*

sponsus communitio non est, spondes verbo stipulatus sim.“ — L. 8 § 4 *de acceptilat.* (46. 4) „hoc jure utimur, ut *juris gentium* sit *acceptilatio*.“

(h) GAJUS Lib. 3 § 134 „... *chirographis et syngraphis* ... quod genus obligationis proprium peregrinorum est.“

Peregrinen eigentlich keine Strafflagen im Sinn des alten strengen Rechts gelten konnten. Und für diese Consequenz findet sich denn auch folgende merkwürdige Anerkennung. Praktisch betrachtet, wäre es widersinnig gewesen, den Peregrinen in Rom freien, straflosen Diebstahl zu gestatten, sie also hierin zu privilegiren: eben so aber auch bei den Delicten, welche gegen Peregrinen verübt wurden. Man bewirkte die Ausgleichung jener Consequenz mit dem unabweislichen Bedürfniß durch Fictionsklagen, indem man in die Klagformel die Fiction aufnahm, als ob der Peregrine (Kläger oder Beklagter) ein Römischer Bürger sey, indem nun die Delictsklage unmittelbar auf denselben anwendbar wurde (i).

(i) GAJUS Lib. 4 § 37, wo dieses Verfahren berichtet wird in Beziehung auf die *civilis furti actio* (aus den 12 Tafeln) und auf die *actio legis Aquiliae*. Dasselbe galt ohne Zweifel auch bei den aus den 12 Tafeln abgeleiteten Injurienklagen. Bei den neueren Strafflagen, z. B. aus dem prätorischen Edict, wurden gewiß keine Fictions in die Formeln aufgenommen, sondern sie wurden unmittelbar auf die Peregrinen angewendet, aber der Sinn dieser Anwendung war derselbe, wie der,

welchen ursprünglich die Fiction ausgedrückt hatte. — Bei den Klagen aus der *literarum obligatio*, aus dem *Nexum*, und aus der *Stipulation: sponde spondeo* war kein Bedürfniß vorhanden, sie durch Fictions den Peregrinen zugänglich zu machen, und bei den vor dem *praetor peregrinus* verhandelten Klagen aus Darlehen, Kauf u. s. w. war gewiß niemals von Fictionsklagen die Rede, weil jene Klagen schon an sich auf dem *jus gentium* beruhten.

§. 7.

II. Arten der Obligation. Civilis und naturalis obligatio. Begriff (Fortsetzung).

C. In Beziehung auf die Art und den Grad der Wirksamkeit sind zu unterscheiden die klagbaren und die klaglosen Obligationen (civiles und naturales), und dieser Unterschied ist der wichtigste unter den dreien, ja die vorhergehenden sind hier überhaupt nur dargestellt worden, um diesen letzten in seinem vollen Zusammenhang zur Anschauung zu bringen.

Das Wesen der Obligation besteht in einem Zustand der Unfreiheit (§ 2). Die regelmäßige Weise, in welcher diese Unfreiheit, dieser Zwang, zur Ausführung gebracht wird, ist die Klage, und daher ist die klagbare (durch Klage geschützte) Obligation die eigentliche, wahre Obligation überhaupt. Es giebt aber Fälle, in welchen der Zwang nicht in dieser einfachen Weise bewirkt werden kann, indem sie nur auf indirecten zufälligen Wegen zur Ausführung zu bringen sind, und diese uneigentlichen Obligationen nennen wir die klaglosen (naturales).

Auch hier nun würde es wieder ganz unrichtig seyn, die klagbaren und klaglosen Obligationen als zwei gleiche oder fast gleiche Hälften des ganzen Gebiets der Obligationen zu betrachten. Vielmehr bilden die klagbaren Obligationen die weit überwiegende Regel, die klaglosen eine Reihe von (vergleichungsweise seltenen) Ausnahmen. Und

zwar steht dieses Verhältniß beider Classen in folgender Verbindung mit dem oben (§ 5) dargestellten verschiedenen Ursprung der Obligationen. Dasselbst wurde angegeben, daß die Obligationen überhaupt ihren Ursprung haben theils in dem jus civile, theils in dem jus gentium, welche letzten die überwiegende Mehrzahl ausmachen. Diese Obligationen des jus gentium sind wieder größtentheils im jus civile anerkannt, und ihre Anerkennung besteht eben in der ihnen beigelegten Klagbarkeit. Einige derselben sind jedoch, wegen irgend eines entgegen wirkenden Umstandes, durch welchen sie mangelhaft werden, im Civilrecht nicht anerkannt, und diese versagte Anerkennung zeigt sich eben in ihrer Klaglosigkeit. Wenn daher diese letzten vorzugsweise naturales genannt werden (welches der weit überwiegende Sprachgebrauch ist), so geschieht dieses in dem Sinn, daß sie nur naturales sind (a), anstatt daß die meisten übrigen zugleich eine Bestätigung durch das Civilrecht erhalten haben. Es ist also eine ganz ähnliche Ausdrucksweise, wie die, nach welcher der Käufer einer res mancipi durch die bloße Tradition die Sache tantum in bonis erhielt (b), anstatt daß er sie durch Mancipation

(a) *L. 5 pr. de pign. (20. 1)* „et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali.“ — *L. 94 § 4 de solut. (46. 3)* „Naturalis obligatio ... justo pacto ... ipso jure tollitur: quia vinculum aequitatis,

quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur.“

(b) *ULPIAN. I. § 16* „Qui tantum in bonis, non etiam ex jure Quiritium servum habet“ rel.

zwar ex jure quiritium erwarb, daneben aber zugleich auch in bonis hatte (c).

Daher wird denn civilis obligatio geradezu mit Klagerrecht für gleichbedeutend genommen (d). Eben so wird im Fall der klaglosen Obligation auch wohl das Daseyn einer obligatio überhaupt verneint (e), eben weil sie nur eine uneigentliche ist. Der Berechtigte heißt in ihr nicht creditor (f), der Verpflichtete nicht debitor (g), welchen Namen er nur minus proprie, nur per abusionem, führt (h). Die Schuld selbst wird in diesen Fällen als indebitum bezeichnet (i).

Es bleibt nun noch übrig, den Sprachgebrauch, der

(c) GAJUS Lib. 1 § 54 ... vel in bonis, vel ex jure Quiritium, vel ex utroque jure cujusquam servus esse intelligitur“ rel.

(d) L. 5 § 1 de praescr. verb. (19. 5) „... dubium non est, nasci civilem obligationem: in qua actione id veniet“ rel.

(e) L. 1 § 2. 4 de pactis (2. 14) „Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa: eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem ... et hinc nasci civilem obligationem ... Sed cum nulla subest causa, ... constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.“

(f) L. 10 de V. S. (50. 16) „Quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum.“ — L. 42 § 1 de O. et A. (44. 7) „Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem habent.“

(g) L. 108 L. 178 § 3 de V. S. (50. 16).

(h) L. 16 § 4 de fidej. (46. 1) (f. u. Note p.)

(i) L. 5 § 2 de sol. (46. 3) Hier werden *indebitae* genannt die Zinsen, die „ex pacto naturaliter debebantur.“ L. 28 C. de pactis (2. 3). — In der Lehre von der *indebiti condictio* gilt jedoch ein anderer Sprachgebrauch L. 64. de cond. ind. (12. 6) „debiti vel non debiti ratio in conductione naturaliter intelligenda est.“

bisher schon vielfach vorausgesetzt und angewendet worden ist, genauer festzustellen.

Civilis obligatio, civiliter obligari oder non obligari, bezeichnet die Klagbarkeit einer Obligation, ohne Unterschied ihres Ursprungs (jus civile oder jus gentium). Dieser Sprachgebrauch ist bereits durch ganz entscheidende Stellen nachgewiesen worden (Note d. e), und wird durch die folgende Darstellung immer mehr bewährt werden. Nur in Einer Richtung findet sich eine kleine Abweichung, die einer bloßen Nachlässigkeit des Ausdrucks zugeschrieben werden darf. Für die Anwendbarkeit des Begriffs einer civilis obligatio ist es ganz gleichgültig, welcher Art die zulässige Klage seyn möge, ob eine civilis actio, eine honoraria actio, oder ein extraordinarium iudicium (k). In einigen Stellen nun ist nachlässigerweise die eben erwähnte Bezeichnung der Klagearten auf die Obligationen übertragen worden, so daß nun von einer obligatio civilis oder honoraria gesprochen, und zuweilen sogar die naturalis als ferneres Eintheilungsglied daneben gestellt wird, anstatt daß überall nur von einer obligatio civilis mit actio civilis oder honoraria gesprochen werden sollte (l). — Allerdings wäre es ferner

(k) L. 10 L. 178 § 3 de V. S., L. 42 § 1 de O. et A. (44. 7)

(l) L. 5 pr. de pign. (f. v. Note a), ferner: L. 1 § 1 de nov. (46. 2) „qualis processit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria.“ — L. 1 § 24 de exerc. (14. 1), L. 8

§ 4 de accept. (46. 4), § 1 J. de oblig. (3. 13). Weit genauer, und völlig tabellos, ist die Zusammenstellung in L. 40 pr. ad Sc. Treb. (36. 1): actiones, quae jure civili competunt, honorariae actiones, und causa naturalium obligationum.

denkbar, daß der Ausdruck *civilis obligatio* auch gebraucht worden wäre, um den Ursprung einer Obligation aus dem *jus civile*, im Gegensatz des *jus gentium* (§ 5), auszudrücken. Allein in dieser Bedeutung kommt genau jener Ausdruck niemals vor, und nur in nahe verwandter Weise sagt einmal in einem solchen Falle Gajus: *quodammodo juris civilis est talis obligatio* (§ 6. c).

Naturalis obligatio, *naturaliter debere* oder *obligari*, bezeichnet die Klaglosigkeit oder unvollständige Wirksamkeit einer Obligation. Auch dafür sind entscheidende Stellen bereits angeführt worden (Note a. f. i.), und weit mehrere werden noch nachfolgen, wodurch diese Bedeutung des Kunstausdrucks nicht nur als richtig, sondern auch als die regelmäßige und überwiegend vorherrschende bewährt werden wird. Nur verhält es sich hier darin etwas anders, als mit dem Ausdruck *civilis obligatio*, daß in mehreren Stellen *naturalis obligatio* auch gebraucht wird, um den Ursprung einer Obligation aus dem *jus gentium* zu bezeichnen, auch da wo diese Obligation in der That eine Klage erzeugt, also in anderem Sinne *civilis* genannt werden muß. — So wird einmal von der *indebiti conditio* gesagt, sie sey *naturalis* (m); augenscheinlich nur in dem Sinn, daß diese (gewiß klagbare) Obligation ihren Ursprung

(m) *L. 15 pr. de cond. indeb.* (f. o. § 5. h). Hier wird der Ausdruck *naturalis*, der eigentlich der Obligation zukommt, auf die Klage übertragen, so wie um-

gekehrt in anderen Stellen der Ausdruck *civilis* ungenau von der Klage auf die Obligation übertragen wurde (f. o. Note l).

aus dem jus gentium herleite. — Ganz in demselben Sinn wird in einer anderen Stelle von einer Obligation, die eine Klage wegen grundloser Bereicherung erzeugt, der Ausdruck naturaliter obligabitur gebraucht (n). — Ferner spricht Paulus von einem Gelddarlehen, welches späterhin in eine Stipulation eingekleidet wurde, und behauptet, daß der Glaubiger nicht nothwendig seine Forderung aus dem Darlehen habe aufgeben wollen. Diesen Satz drückt er so aus: Plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum, *recessum a naturali obligatione* (o). Er nennt also hier das Darlehen eine naturalis obligatio im Gegensatz der Stipulation, offenbar weil das Darlehen dem jus gentium angehörte (§ 6. a. b). Zwar könnte man in dieser Behauptung einen Widerspruch finden mit dem Umstand, daß ja auch die Stipulation dem jus gentium gezählt wurde; allein dieses ist doch nur wahr mit Ausnahme der Stipulation spondes spondeo (§ 6. g), und gerade von einer solchen Stipulation war in der angeführten Stelle des Paulus ausdrücklich die Rede („*spondit Flavius Candidus dominus meus*“). Daher konnte ganz consequenterweise dieser Stipulation das vorhergehende Darlehen als eine naturalis obligatio entgegengesetzt werden. — Besonders wichtig aber sind in dieser Hinsicht zwei Stellen, die eine genauere Erwägung deswegen in Anspruch nehmen, weil die richtige Erklärung derselben

(n) L. 5 *pr. de auct.* (f. o. § 5. h).

(o) L. 126 § 2 *de V. O.* (45. 1).

öfter angefochten worden ist. Die erste Stelle, von Julian, lautet' so (p): *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit: verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest. Nam licet minus proprie debere dicuntur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores: et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.* Der erste Theil dieser Stelle (bis non potest) findet sich in den Digesten nochmals, und zwar wörtlich (bis auf Kleinigkeiten) gleichlautend (q). Ich erkläre diese Stelle so: „Als naturales (d. h. aus dem jus gentium entspringende) obligationes sind nicht nur diejenigen anzusehen, welche Klagen erzeugen (so wie die Mehrzahl derselben, z. B. Kauf, Mieth, Darlehen), sondern auch die, welche nur die Rückforderung einer (irrig geleisteten) Zahlung ausschließen. Denn auch die Schuldner (in den Obligationen dieser zweiten Art) können als debitores, und zwar als naturales debitores, angesehen und bezeichnet werden, wenngleich nicht eigentlich, sondern nur mißbräuchlich.“ Diese Erklärung ist im Wesentlichen auch schon von Anderen angenommen worden; dagegen hat man ihr folgende verschiedene Erklärung entgegengesetzt, nach welcher die ganze Stelle, in allen ihren Theilen, nur von klaglosen Obligationen reden

(p) *L. 16 § 4 de fidej.* (46).
1). Die zweite Hälfte der Stelle ist schon oben benutzt worden, Note h.

(q) *L. 10 de O. et A.* (44. 7).
Hier wird der Verfasser in den Handschriften verschieden angegeben: Paulus (Florent.), Ulpianus, Julianus.

folll (r). Der Sinn soll nämlich folgender feyn. „Nicht bloß dadurch wird eine naturalis obligatio begründet, daß durch fie (zufällig) eine Klage entfteht, wie die Klage gegen den Pfandbefitzer oder den Bürgen, wenn fie gerade durch Pfand oder Bürgfchaft beftärkt worden ift; fondern auch dadurch, daß die irrig geleiftete Zahlung nicht zurückgefordert werden kann.“ Diefte Erklärung muß ich verwerfen, weil der Ausdruck des Juriften (mit *si* und *cum*) auf verfchiedene Fälle von Obligationen deutet, nicht auf verfchiedene Wirkungen einer und derfelben Art von Obligationen. Ferner ift zu beachten, daß die naturalis obligatio ihre Eigenschaft und Benennung nicht erft annimmt, wenn zufällig eine Beftärkung durch Pfand oder Bürgfchaft, oder durch (irrig) Zahlung hinzugetreten ift, fondern daß ihr diefelben allgemein, und unabhängig von folchen Thatfachen, zukommen, bloß deswegen, weil fie fähig ift, folchen Beftärkungen als fichere Grundlage zu dienen.

Zum Schluß diefer terminologifchen Unterfuchung muß noch der Sprachgebrauch mehrerer Schriftfteller erwähnt werden, welche das ganze Gebiet der Obligationen in folgende drei Claffen zerlegen: *mere civiles*, *mere naturales*,

(r) Wangerow S. 5, zunächft anknüpfend an Unterholzner S. 12. 13; jedoch haben ſchon ältere Schriftfteller, in verfchiedenen Wendungen, ähnliche Wege eingefchlagen, wie Weber natürl. Verbindlichkeit §. 51, Glück V. 1 S. 188. 189. Ganz verwerflich

freilich ift es, wenn Manche emendiren wollen: *si actio aliqua earum nomine non competit.* (HOTOMAN. obs. Lib. 3 C. 2). — Weſentlich übereinflimmend mit der hier vertheidigten Auffaffung ift Puchta Pandekten § 237 Note c.

mixtae. Auf den ersten Blick möchte man glauben, dieser Sprachgebrauch stimme ganz überein mit der hier aufgestellten Ansicht. Denn auch ich habe die Behauptung aufgestellt, daß bei Weitem die meisten und wichtigsten Obligationen im jus gentium entsprungen, und zugleich im jus civile anerkannt sind (also mixtae), daß aber zu beiden Seiten dieser großen Masse zwei Classen sich finden, die gewissermaßen einen exceptionellen Charakter an sich tragen: die im jus civile entsprungenen, dem jus gentium fremden (mere civiles); auf der anderen Seite die im jus gentium entstandenen, vom jus civile nicht anerkannten (mere naturales). — Dennoch muß ich den erwähnten Sprachgebrauch völlig verwerfen. Zunächst allerdings, weil die gewählten Ausdrücke den Römischen Juristen durchaus fremd sind. Daneben aber auch deswegen, weil sich an die erwähnte Eintheilung manche, die Sache selbst betreffende, Irrthümer angeknüpft haben, deren völlige Zurückweisung freilich noch wichtiger ist, als die Ablehnung jener neuen, willkürlich gebildeten, Kunstausdrücke.

Man pflegt nämlich, in Verbindung mit jener Eintheilung, stillschweigend vorauszusetzen, die beiden Rechtssysteme, jus civile und gentium, ständen unabhängig und unvermischt neben einander. In der That aber müssen dieselben in gegenseitigem Einfluß auf einander, und dadurch verbunden zu Einem praktischen Ganzen, gedacht werden. Dieser Gegensatz zeigt sich in folgenden wichtigen Anwendungen.

Auf der Seite der f. g. obligationes mere civiles würde es unrichtig seyn, sie so zu denken, als ob die Regeln des jus gentium darauf ohne Einfluß geblieben wären. Die Stipulation spondeo spondeo gehörte unzweifelhaft zu dieser Classe. Wenn nun eine solche Stipulation durch Betrug veranlaßt war, so wurde sie durch die dem jus gentium angehörende doli exceptio eben so gewiß entkräftet, als wenn der Betrug einen Vertrag des jus gentium veranlaßt hätte (s).

Dasselbe Verhältniß zeigt sich auch auf der anderen Seite, und wird hier noch öfter verkannt. Die Gesetze, welche den Wucher oder das Spiel verbieten, sind rein positiv und dem jus gentium völlig fremd. Dennoch würde es ganz unrichtig seyn, bei den durch solche Gesetze verbotenen Verträgen eine naturalis obligatio anzunehmen. Vielmehr greift hier das jus civile dergestalt in das jus gentium ein, daß die Wirkungen dieses letzten entkräftet werden, da die Anerkennung des positiven Gesetzes selbst zu den Regeln des jus gentium gehört (t). Jedoch bedarf

(s) Diese Regel ist deutlich anerkannt in folgenden Stellen. L. 42 § 1 de O. et A. (44. 7) „Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem vel civilem habent, sic tamen ne exceptione summoveantur, vel honorariam actionem, vel in factum.“ L. 10 de V. S. (50. 16) „Creditores accipien-

dos esse constat eos, quibus debetur ex quacunque actione vel persecutione, vel jure civili, sine ulla exceptionis perpetuae remotione, vel honorario, vel extraordinario.“ Vgl. oben Note f.

(t) Vgl. System B. 1 § 22 S. 116.

dieser Satz noch einer näheren Bestimmung. Nicht jede Regel des positiven Rechts hat die Folge, daß im Widerspruch mit derselben eine naturalis obligatio nicht bestehen, und in ihrer (allerdings unvollständigen) Weise wirksam seyn könnte. Vielmehr ist diese Folge zu beschränken auf diejenigen Gesetze, welche eine streng positive, zwingende Natur an sich tragen; die nähere Bestimmung dieser Classe von Gesetzen ist von mir schon an einem anderen Orte, und zu einem anderen Zwecke, versucht worden (u). Daher werden sich denn auch in der folgenden Darstellung einzelne Fälle der naturalis obligatio finden, in welchen das Daseyn und die Wirksamkeit derselben durch eine entgegengesetzte Regel des Civilrechts nicht ausgeschlossen wird, wenn nämlich eine solche Regel jenen zwingenden Charakter nicht an sich trägt.

§. 8.

II. Arten der Obligation. Civilis und naturalis obligatio. Wirkung der naturalis.

Die naturalis obligatio wurde vorläufig als eine klaglose bezeichnet (§ 7). Hätte sie nun bloß diese verneinende Eigenschaft, so könnte sie überhaupt nicht als Obligation, d. h. als Grund einer nothwendigen Leistung (§ 2), angesehen werden. Daher mußten ihr auch positive Wirkungen zugeschrieben werden, die nur vorläufig als indirecte

(u) System B. 8 § 349.

oder zufällige, im Gegensatz der Klagbarkeit, bezeichnet wurden. Diese Wirkungen der klaglosen Obligation sind nunmehr einzeln anzugeben.

Im Allgemeinen lassen sich dieselben so ausdrücken. Die klaglose Obligation ist fähig, die Leistung zu bewirken, wenn die thatsächlichen Umstände so beschaffen sind, daß die Erfüllungsklage entbehrt werden kann. Dieser allgemeine Grundsatz nun ist anwendbar auf folgende Fälle, die daher als einzelne Wirkungen der naturalis obligatio zu betrachten sind.

Solutum non repetere, Compensation, Aufrechnung im Peculium, accessorische Obligationen (Bürgschaft, Constitutum, Pfand, Novation) (a).

1. Solutum non repetere (b), oder mit anderen Worten: Ausschließung der *condictio indebiti*.

Diese erste Wirkung, die unter allen am häufigsten als Kennzeichen der naturalis obligatio angegeben wird, hat folgende Bedeutung (c).

Wenn Etwas in der Absicht hingegeben wird, dadurch eine Schuld zu tilgen, so hat diese Handlung in der Regel

(a) In einer allgemeinen Uebersicht sind diese Wirkungen schon an einem anderen Orte dargestellt worden: System B. 5 § 250, 251.

(b) Neuere Schriftsteller brauchen wohl auch den Ausdruck: *soluti retentio*. Dieser ist zwar nicht unrömisch gebildet (vgl. z. B. die *retentiones ex dote*), wird

jedoch in dieser besonderen Anwendung von den Römern als Kunstausdruck nicht gebraucht.

(c) Schon anderwärts ist zu anderen Zwecken dieser Zusammenhang erörtert worden. Vgl. System B. 3 Beilage VIII. Num. XI, B. 5 Beilage XIV. Num. VII.

unabänderliche Wirkungen; der Schuldner wird frei von der Schuld, und das Gegebene geht bleibend in das Vermögen des Gläubigers über.

Wenn jedoch die erste dieser Wirkungen nicht entstehen kann, weil eine rechtsgültige Schuld nicht vorhanden war, so entsteht die Frage, ob die zweite Wirkung dennoch eintritt. Hierbei sind zwei Fälle zu unterscheiden. Hat der Geber gewußt, daß keine rechtliche Nothwendigkeit vorhanden sey, und dennoch aus besonderen Beweggründen geleistet, etwa aus Gewissenhaftigkeit, Ehrgefühl, Vorsorge für seinen Credit u. s. w., so bleibt die Leistung unwiderruflich, und das Geleistete gilt nun als geschenkt. Hat dagegen der Geber aus Irrthum eine gültige Schuld vorausgesetzt, so kann er das Gegebene mit der *condictio indebiti* zurückfordern, so daß also der Irrthum die Grundbedingung dieser *Condictio* ist (d).

Dabei nun entsteht die Frage, wie in dieser Lehre, bei der *condictio indebiti*, die gültige oder ungültige Schuld zu denken ist. Da sich die *Condictio* selbst auf das *ius gentium* gründet, so ist der Begriff der Obligation *naturaliter* aufzufassen, so daß also auch eine *naturalis obligatio* dazu hinreicht, die *condictio indebiti* unbedingt auszuschießen (e). Und zwar ist dieser Satz zu verstehen von einer irrig geleisteten Zahlung, also hauptsächlich von dem

(d) L. 1 § 1 *de cond. ind.*
(12. 6), L. 53 *de R. J.* (50. 17)

(e) Die entscheidenden Stellen
sind schon oben mitgetheilt worden
§ 5. h. und § 7. i.

Fall, da der Zahlende die klaglose Obligation irrig für eine klagbare hielt; denn wenn er darüber nicht im Irthum war, sondern wissentlich zahlte, so ist die Unwiderruflichkeit nicht mehr eine positive Wirkung der naturalis obligatio, da in diesem Fall sogar die für eine ganz nichtige Schuld geleistete Zahlung nicht widerrufen werden kann (Note d).

Die hier erklärte Bedeutung des *solutum non repetere* als der ersten und allgemeinsten positiven Wirkung der naturalis obligatio wird in vielen Stellen wörtlich und unmittelbar anerkannt (f). Es versteht sich dabei von selbst, daß nicht in jeder dieser Stellen der ganze, oben erklärte, Zusammenhang der Gedanken, insbesondere die Voraussetzung eines Irthums, wenn jene Wirkung von Einfluß seyn soll, wiederholt wird; stillschweigend hinzugebracht ist derselbe überall.

Derselbe Satz aber wird eben so bestimmt in anderen Stellen durch den umgekehrten Ausdruck anerkannt, daß die *condictio indebiti* angewendet werden kann, wenn nicht einmal eine naturalis obligatio vorhanden, oder wenn eine solche wieder aufgehoben worden war (g); immer wieder

(f) *L. 13 pr. L. 19 pr. L. 38 § 1. 2. L. 60 pr. de cond. ind. (12. 6), L. 3 § 7 quod quisque juris (2. 2), L. 50 § 2 de pec. (15. 1), L. 10 de O. et A. (44. 7), L. 16 § 4 de fid. (46. 1, s. o. § 7. p. q.), L. 5 § 2 de sol. (46. 3).*
 (g) *L. 42 pr. de jurej. (12. 2), L. 38 pr. L. 41. L. 47 de cond. ind. (12. 6).*

unter der stillschweigenden Voraussetzung, daß der Geber aus Irrthum, nicht wissentlich, geleistet habe.

2. Compensation.

Im neuesten Recht besteht der wichtige, durchgreifende Grundsatz, daß jeder Schuldner dem Gläubiger Dasjenige aufrechnen kann, was dieser ihm gegenseitig schuldig ist, vorausgesetzt, daß beide Obligationen auf Quantitäten, und zwar auf Quantitäten gleichartiger Gegenstände (Geld gegen Geld, Weizen gegen Weizen u. s. w.) gerichtet sind. Dieser Grundsatz galt aber nicht von jeher, wenigstens nicht in dieser Allgemeinheit, und wurde erst allmählig ausgebildet und anerkannt (h). Der Grund lag in der bloßen *aequitas*, dem *jus gentium*, und so war es natürlich, daß zu einer solchen Gegenrechnung nicht bloß klagbare, sondern auch klaglose Obligationen benützt werden konnten. Zu dieser Anwendung bedurfte es keiner Klage, da die bloße Vertheidigung gegen die Klage des Gegners, also eine bloße *Exception*, schon hinreichte.

Daß nun in der That eine bloße *naturalis obligatio* zur *Compensation* eben so tauglich ist, wie eine *civilis*, wird in unsern Rechtsquellen ausdrücklich anerkannt (i).

3. *Deductio* aus einem *Peculium*.

Wenn ein Hausvater seinem Sohn oder Sklaven ein *Peculium* anvertraute, und dann Verträge mit denselben

(h) GAJUS Lib. 4 § 61—63, „*Etiam quod natura debetur, venit in compensationem.*“ L. § 30. 39 *J. de act.* (4. 6).

(i) L. 6 *de comp.* (16. 2) 20 § 2 *de statulib.* (40. 7).

schloß, so entstanden daraus gegenseitig wahre Obligationen, jedoch nur naturales obligationes, also ohne Klagerecht (k). Diese haben die Wirkung, daß sie sich stillschweigend von selbst bezahlen, durch bloße Rechnung und Gegenrechnung. Was also der Sohn dem Vater schuldet, bezahlt sich von selbst durch stillschweigende Verminderung des Peculium; eben so die Schuld des Vaters, die als stillschweigende Erhöhung gilt, gerade so, als ob der eine oder der andere baar gezahlt hätte (l). Daß nun für diese Wirkung die klaglose Obligation ausreichte, ist schon deswegen unzweifelhaft, weil innerhalb dieses persönlichen Verhältnisses keine andere Obligation möglich war (Note k).

Es folgen nun die Wirkungen, welche in accessorischen Zusätzen zu einer Obligation bestehen.

4. Bürgschaft.

Um eine solche möglich und vollständig wirksam zu machen, ist eine klaglose Hauptschuld eben so tauglich, wie eine klagbare, so daß also gegen den Bürgen eine Klage möglich ist, auch wo der Hauptschuldner nicht verklagt werden kann (m).

5. Constitutum.

Ganz dasselbe, wie von der Bürgschaft, muß auch von

(k) Vgl. System B. 2 S. 35. 36. 54.

(l) L. 9 § 2. 4 *de pec.* (15. 1), L. 38 § 1. 2 *de cond. ind.* (12. 6).

(m) L. 6 § 2, L. 8 § 3, L. 60 *de fid.* (46. 1), L. 42 *pr. de jurej.* (12. 2), L. 50 § 2 *de pec.* (15. 1), L. 13 *pr. de cond. ind.* (12. 6), L. 7 § 1 *de exc.* (44. 1).

dem Constitutum behauptet werden, und diese Wirkung ist sogar noch mannichfaltiger, indem sie nicht bloß auf das Constitutum einer fremden, sondern auch auf das einer eigenen Schuld zu beziehen ist, so daß also jede an sich klaglose Schuld durch ein bloßes Constitutum, d. h. durch ein formlos wiederholtes Versprechen, in eine civilis obligatio verwandelt werden kann (n).

6. Pfandrecht.

Eine gültige Verpfändung ist nur möglich unter Voraussetzung einer gültigen Obligation. Jedoch ist dazu eine klaglose Obligation eben so tauglich, als eine klagbare (o), so daß also der Glaubiger, der gegen seinen Schuldner keine Schuldklage hat, durch Verpfändung eine hypothecaria actio gegen jeden Besitzer des Pfandes erhält.

7. Novation.

Jede Obligation kann dadurch getilgt werden, daß in dieser Absicht eine andere Obligation an ihre Stelle gesetzt wird, welches nach Römischem Recht regelmäßig durch Stipulation geschieht. Diese Umwandlung nun setzt, um vollständig wirksam zu seyn, eine rechtsgültige erste Obligation voraus; jedoch kann diese eben sowohl eine klaglose, als eine klagbare Obligation seyn (p).

(n) *L. 1 § 7 de pec. const.* (12. 6), *L. 11 § 3 de pign. act.*
 (13. 5) „Debitum autem vel (13. 7).
 natura sufficit.“

(p) *L. 19 § 4 de don.* (39.
 5), *L. 1 § 1 de nov.* (46. 2).
 Nach dieser letzten Stelle soll es

Bei einem Rückblick auf diese verschiedenen Wirkungen der klaglosen Obligation zeigt es sich, daß in allen Fällen, worin durch die zufälligen Umstände die Möglichkeit solcher Wirkungen herbeigeführt wird, der Glaubiger die Schuldklage in der That entbehren kann. In den drei ersten Fällen deswegen, weil er den Gegenstand der Schuld auf einem andern Wege schon wirklich erlangt hat (q); in den vier letzten Fällen deswegen, weil ihm das accessorisches Rechtsverhältniß irgend eine andere Klage gewährt, die ihn zu demselben Ziel, wie die Schuldklage, führt.

Die hier zusammengestellten Wirkungen sind nun so zu denken, daß jede naturalis obligatio in der Regel sie alle hervor zu bringen geeignet ist; imgleichen, daß, wo eine jener Wirkungen anerkannt ist, in der Regel auch auf das Daseyn der übrigen, ja der naturalis obligatio überhaupt, geschlossen werden kann. Dennoch ist die Vereinigung aller dieser Wirkungen nicht unbedingt und ohne Ausnahme zu behaupten. Es liegt vielmehr in der eigenthümlichen Natur einiger der hierher gehörenden Rechtsinstitute, daß manche Wirkungen nicht zur Ausführung kommen können. Davon wird sogleich bei den einzelnen Fällen der naturalis obligatio gehandelt werden.

genügen, wenn auch die zweite eine bloße naturalis obligatio ist. Vgl. § 3 *J. quib. mod. obl. toll.* (3. 29).

(q) Zum Theil ist Dieses die

Folge der Regel, daß die naturalis obligatio stets dazu tauglich ist, eine Exception zu begründen. *L. 7 § 4 de pactis* (2. 14), *L. 94 § 3 de sol.* (46. 3).

§. 9.

II. Arten der Obligation. Civilis und naturalis obligatio. Einzelne Fälle der naturalis.

Es ist schon oben bemerkt worden, daß die klagbaren und klaglosen Obligationen nicht als zwei gleich stehende Hälften der Obligationen überhaupt anzusehen sind, daß vielmehr die klagbaren die weit vorherrschende Regel bilden, die klaglosen nur eine Reihe von Ausnahmen dieser Regel, gegründet auf den mangelhaften Zustand einzelner Obligationen (§ 7). Diese einzelnen Obligationen sollen nunmehr zusammengestellt werden; einige derselben befinden sich von ihrer Entstehung an in einem solchen Zustand, andere werden erst durch ein späteres Ereigniß in denselben versetzt. Die Darstellung dieser Fälle kann, wie sich von selbst versteht, größtentheils erst in der folgenden Entwicklung des Obligationenrechts ihren vollständigen Zusammenhang finden, hier also nur als eine vorläufige gelten.

Die Gründe solcher mangelhaften Zustände lassen sich auf folgende vier Classen zurückführen:

Mangelhafte Form bei der Begründung der Obligation.

Mangelhafte Rechtsfähigkeit oder Handlungsfähigkeit.

Strenge Consequenz des Civilrechts, die im jus gentium nicht anerkannt ist.

Eigenthümliche Verhältnisse des Klagenrechts.

A. Mangelhafte Form bei der Begründung der Obligation.

1. Ein Vertrag, der in der Form des *nudum pactum* geschlossen wird, da, wo eine Stipulation erforderlich gewesen wäre (a).

Daß in diesem Fall kein Klagerocht entsteht, welches die negative Seite der *naturalis obligatio* ist, wird in mehreren Stellen so deutlich gesagt, daß darüber niemals ein Zweifel aufkommen konnte (b). Dagegen bedarf das positive Daseyn der *naturalis obligatio*, mit den im § 8 dargestellten praktischen Folgen, einer sorgfältigen Beweisführung.

Betrachten wir diese Frage aus einem allgemeinen Standpunkt, nach der Natur des *jus gentium* überhaupt, so können wir an dem Daseyn einer solchen Obligation nicht zweifeln. Denn der freie Wille des Schuldners, sich zu verpflichten (§ 5), ist augenscheinlich vorhanden, und die fehlende Form der Stipulation, an sich willkürlich und auf bloß nationaler Sitte beruhend, ist dem *jus gentium*

(a) Das Verhältniß dieser beiden Formen der Verträge, also auch die Bedingung, unter welcher eine Stipulation erforderlich ist oder nicht, kann erst in der Lehre von den Verträgen festgestellt werden, wird also hier einstweilen vorausgesetzt.

(b) *L. 7 § 4 de pactis* (2. 14) „*nuda pactio obligationem non*

parit, sed parit exceptionem.“

(Daß hier *obligatio* so viel heißt, als *civilis obligatio*, oder *actio*, ist schon oben § 7. e. aus dem vollständigen Zusammenhang dieser Stelle nachgewiesen worden.) — *L. 45 eod.* „*ad actionem . . . nudum pactum nulli prodesse potest.*“ *L. 28 C. eod.* (2. 3).

völlig unbekannt (c). Auch wird gerade diese Annahme von den Römischen Juristen in den bestimmtesten Ausdrücken anerkannt (d).

Zu diesen allgemeinen Gründen kommt aber noch der Ausspruch der Römer über einen besonders wichtigen einzelnen Fall. Zinsen für ein Gelddarlehen konnten nur durch Stipulation klagbar werden (e); wurden sie durch formlosen Vertrag versprochen, so entstand daraus keine Klage. Dennoch wird für diesen Fall ausdrücklich aner-

(c) Zwar ist die Stipulation, mit einer einzigen Ausnahme, zur Erleichterung des Verkehrs, den Peregrinen zugänglich gemacht, und in diesem Sinn in das *jus gentium* aufgenommen worden (§ 6 g). Dadurch konnte aber nicht dem formlosen Vertrag die Kraft einer Verpflichtung, die ihm nach dem *jus gentium* inwohnte, entzogen werden.

(d) *L. 84 § 1 de R. J.* (50. 17) (f. o. § 5. d). Die Worte „*cujus fidem secuti sumus*“ bezeichnen gerade den Fall, da die Parteien sich dem formlosen Vertrag anvertrauen, ohne die höhere Sicherheit der Stipulation hinzu zu fügen; und für diesen Fall wird hier das *natura debet* angenommen. — *L. 1 pr. de pactis* „*Hujus edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare?*“ Deutlicher kann man nicht

sagen, daß das *jus gentium* dem formlosen Vertrag verbindliche Kraft beilege. — *L. 95 § 4 de sol.* (46. 3) (f. § 7. a). Hier wird von dem formlosen *pactum* ausdrücklich gesagt, daß es *vinculo aequitatis* sustinetur, also gewiß durch das *jus gentium*. — Weniger entscheidendes Gewicht will ich auf diejenigen Stellen legen, welche sagen, das formlose *Pactum* erzeuge eine *Exceptio*, so wie *L. 7 § 4 de pactis* (f. o. Note b), und *L. 40 de R. C.* (12. 1). Denn theils ist *exceptio* nicht der genau bezeichnende Ausdruck für die positiven Wirkungen der *naturalis obligatio* (§ 8), theils kann bei dem *parit exceptionem* zunächst an den auflösenden Vertrag (*pactum de non petendo*) gedacht seyn, anstatt daß hier nur von der Begründung einer *Obligation* die Rede ist.

(e) Vgl. System B. 6 § 268.

kennt, daß ein naturale debitum entsteht (f); ferner, daß die gezahlten Zinsen nicht zurückgefordert werden können (g); endlich, daß für ein solches formloses Zinsversprechen ein gültiges Pfand gegeben werden kann (h). Diese beiden Folgen aber sind oben (§ 8) als sichere Kennzeichen für das Daseyn einer naturalis obligatio nachgewiesen worden.

Diese Wirkung des formlosen Vertrags ist denn auch zu allen Zeiten von den Meisten unbedenklich anerkannt worden. Neuerlich aber wurde dieselbe von Mehreren bestritten (i), wodurch gegenwärtig ein genaueres Eingehen in diese Frage nöthig wird.

Der oben aufgestellte allgemeine Grund wird von Unterholzner in folgender Weise bestritten. Wenn in einem Staat, so wie in Rom, eine positive Form der Verträge eingeführt sey, so werde es für jeden Fall, in welchem zwei Parteien, mit Unterlassung jener Form, einen Vertrag

(f) *L. 5 § 2 de sol.* (46. 3) „... si sint usurae debitae, et aliae indebitae ... puta quaedam earum ex stipulatione, quaedam ex pacto naturaliter debebantur“ (s. v. § 7. i). Der Einwurf von LELIÈVRE p. 21, daß hier nur von naturaliter deberi die Rede sey, nicht von naturalis obligatio, ist ganz unerheblich, denn debitum ist mit obligatio gleichbedeutend, insofern das eine ohne das andere nicht gedacht werden kann (§ 3).

(g) *L. 5 § 2 de sol.* (46. 3) „... ex pacti conventionem da-

tae repeti non possunt“ ... *L. 3 C. de pactis* (2. 3).

(h) *L. 11 § 3 de pign. act.* (13. 7), *L. 4. L. 22 C. de usuris* (4. 32).

(i) LELIÈVRE p. 21. Meherzfeld Schenkungen S. 344—346. Unterholzner I. § 23. — Unter den älteren Schriftstellern hat diese Meinung vertheidigt GIPHANUS lect. Altorph. p. 571, 572, aber mit schwachen Gründen; hauptsächlich, weil in keiner Stelle des R. R. wörtlich gesagt werde, daß eine naturalis obligatio aus dem nudum pactum entspre.

schließen, zweifelhaft, ob sie die ernstliche Absicht gehabt haben, sich zu binden, und dieser Zweifel an der Ernstlichkeit lasse nicht einmal ein natürliches Schuldverhältniß zu. — Allein dadurch wird die Frage von dem Grundsatz ab, und in die bloßen Thatfachen hinüber geleitet, und diese werden sich sehr verschieden gestalten. Wenn zwei Römer einen formlosen Vertrag mündlich schlossen, also unter Umständen, unter welchen sie eben so leicht eine Stipulation schließen konnten, so wird vielleicht die ganz willkürliche Unterlassung dieser kleinen Mühe den Zweifel veranlassen können, ob sie den Vertrag schon jetzt fest abschließen, oder nur erst vorbereiten wollten. Allein selbst dieser Zweifel wird oft durch die übrigen Umstände völlig beseitigt werden, z. B. durch die ganz bestimmte Fassung ihrer Worte, oder dadurch, daß es rechtsunkundige Landleute, oder Fremdlinge waren. Wenn aber vollends der formlose Vertrag unter Abwesenden, durch Briefwechsel, und in ganz entschiedenen Ausdrücken, geschlossen wurde, also in einem Fall, worin unter ihnen eine Stipulation unmöglich war, so verschwindet jener Zweifel bis auf die letzte Spur. Dieser Einwurf also vermag nicht, die Kraft der für meine Meinung aufgestellten allgemeinen Gründe zu vermindern.

Ferner sollen die angeführten Stellen über die naturale Obligation aus einem formlosen Zinsvertrage Nichts beweisen, weil darin bloß eine einzelne Ausnahme von der Regel liege; diese Ausnahme aber rechtfertige sich daraus, daß es die natürliche Billigkeit mit sich führe, geliehenes

Geld zu verzinsen. Allein jene Stellen deuten auch nicht entfernt auf eine solche Ausnahme, oder auf eine solche angebliche Billigkeit, sie betrachten vielmehr das naturale debitum und die Möglichkeit einer rechtsgültigen Verpfändung als die reine Folge des nudum pactum an sich, gerade so, wie wenn von irgend einem anderen Inhalt des Vertrags die Rede gewesen wäre. Die von meinen Gegnern versuchte Behandlung jener Stellen beruht demnach auf einer ganz willkürlichen, gewaltsamen Auslegung, lediglich veranlaßt durch das Bedürfnis, eine vorgefaßte Meinung zu vertheidigen.

Außerdem aber haben jene Schriftsteller auch zwei positive Gründe für ihre Meinung geltend gemacht.

Zuerst den Ausspruch, daß der Schuldner, welcher auf eine Stipulationsfrage nicht mündlich, sondern bloß durch Zincken antworte, nicht einmal naturaliter verpflichtet werde (k); hier aber sey doch gewiß ein nudum pactum vorhanden. — Gerade Dieses muß verneint werden. Der Fragende hatte die Absicht, eine Stipulation abzuschließen, nichts Anderes; sich auf die unsichere Wirkung einer naturalis obligatio einzulassen, war gar nicht seine Absicht, und er mochte es vielleicht vorziehen, in ein solches Ge-

(k) *L. 1 § 2 de V. O. (45. 1)*
 „Si quis ita interroget: *dabis?*
 responderit: *quidni?* et is uti-
 que in ea causa est, ut obli-
 getur. Contra si sine verbis
 adnuisset. Non tantum autem

civiliter, sed nec naturaliter
 obligatur, qui ita adnuit: et
 ideo recte dictum est, non
 obligari pro eo nec fidejusso-
 rem quidem.“

schäft gar nicht einzugehen. Daher liegt hier Nichts vor, als eine versuchte, aber nicht zu Stande gekommene Sitpulation, und für ein nudum pactum fehlt die Einwilligung des Glaubigers.

Zweitens beruft man sich auf die Innominatcontracte. Ein bloß verabredeter Tausch, sagt man, ist ein nudum pactum. Folgte nun aus einem solchen das solutum non repetere, so müßte der Theil, welcher zuerst seine Sache hingab, diese nicht zurück fordern dürfen, indem er seine naturalis obligatio unwiderruflich erfüllt hätte. Bekanntlich gilt aber eine solche Rückforderung durch die condictio ob causam datorum, also soll der verabredete Tausch eine naturalis obligatio nicht hervorgebracht haben.

Dieser Grund, der nicht ohne Schein ist, kann nur in einer zusammenhängenden Darstellung der Innominatcontracte, und besonders der Geschichte derselben, völlig beseitigt werden. An dieser Stelle mögen einstweilen folgende Bemerkungen genügen. Wer einen verabredeten Tausch zuerst erfüllt, giebt überhaupt nicht solvendi, sondern obligandi causa, um eine Gegenleistung zu veranlassen. Die ganze Frage von der condictio indebiti und dem solutum non repetere kann also hier gar nicht vorkommen. Diese Frage paßt nur auf den Fall der beabsichtigten Zahlung einer irrtümlich vorausgesetzten Schuld, welcher hier gar nicht vorhanden ist. Der zuerst Erfüllende ist über das gegenwärtige Rechtsverhältniß völlig im Klaren, und kann also schon deswegen nicht mit der

§. 10. Arten. *Naturalis obligatio*. Einzelne Fälle (Fortf.). 59
condictio indebiti zurück fordern, auch selbst wenn gar keine *Obligatio* (nicht einmal eine *naturale*) vorhanden war. Er fordert zurück, weil seine Erwartung einer Gegenleistung bis jetzt unerfüllt geblieben ist.

§. 10.

II. Arten der *Obligatio*. *Civilis* und *naturalis obligatio*. Einzelne Fälle der *naturalis*.
(Fortsetzung.)

B. Mangelhafte Rechtsfähigkeit oder Handlungsfähigkeit.

2. Rechtsverhältniß zwischen Vater und Sohn. Obligatorische Handlungen zwischen beiden machen den Vater zum Schuldner des Sohnes, den Sohn zum Schuldner des Vaters. Eine solche Schuld aber ist nicht klagbar (a), sondern besteht nur als *naturalis obligatio*. Insbesondere ist darauf anwendbar die stillschweigende Tilgung durch Verminderung oder Erhöhung des *Peculium*, welche ganz von selbst, ohne Zuthun der betheiligten Personen, eintritt (s. v. §. 8. Num. 3).

3. Rechtsverhältniß zwischen einem Herrn und seinem Sklaven.

Hier gilt dieselbe Regel, wie zwischen Vater und Sohn (b). Durch Verträge wird der Herr Schuldner des

(a) *L. 4. 11 de jud.* (5 1),
L. 16 de furtis (47. 2). Vgl.
System B. 2 § 67.

(b) Vgl. System B. 2 § 65
und Beilage IV. (bezieht sich auf
diesen und zugleich auf den folgenden Fall).

Skllaven (c), und umgekehrt. Beide Schuldverhältnisse sind klaglose, jezt sowohl als nach der Freilassung. Ihr Daseyn und ihre Rechtsgültigkeit wird nach denselben tatsächlichen Bedingungen beurtheilt, nach welchen unter freien Menschen eine klagbare Obligation entsteht (d).

Als Wirkung der Schuld zeigt sich das *solutum non repetere* (e), und, eben so wie bei dem Sohne, die stillschweigende Verminderung des *Peculium* (f).

4. Verpflichtungen eines Skllaven gegen eine fremde Person (Note b).

Auch hier entsteht eine klaglose Obligation mit den oben erwähnten positiven Wirkungen. Insbesondere wird erwähnt das *solutum non repetere*, die Compensation, die Rechtsgültigkeit einer auf eine solche Schuld gegründeten Bürgschaft, Verpfändung, Novation (g).

In diesem Fall unterscheidet sich der Sklave vom

(c) *L. 64 de cond. ind.* (12. 6), *L. 40 § 3 de cond.* (35. 1).

(d) *L. 49 § 2 de pec.* (15. 1) „*Ut debitor vel servus domino, vel dominus servo intelligatur, ex causa civili computandum est.*“ Daraus wird bann gefolgert, daß der Herr durch den bloßen Vermerk in seinem Rechnungsbuch, er sey Schuldner des Skllaven, nicht einmal naturaliter Schuldner werde.

(e) *L. 64 de cond. ind.* (12. 6). Diese Ausschließung der *condictio indebiti*, als eigenthüm-

liche Wirkung der *naturalis obligatio*, kann sich nur erst nach der Freilassung zeigen, da vorher ohnehin keine Klage des Herrn denkbar ist.

(f) *L. 5 § 4 de pec.* (15. 1), *L. 9 § 2—8. L. 11 § 6—9. L. 15 eod., L. 30 pr. de act. emti* (19. 1).

(g) *L. 14 de O. et A.* (44. 7), *L. 50 § 2 de pec.* (15. 1), *L. 13 pr. de cond. ind.* (12. 6), *L. 20 § 2 de statulib.* (40. 7), *L. 19 § 4 de don.* (39. 5). GAJUS *Lib. 3 § 119.*

Sohn, indem der *filiusfamilias*, jedem Fremden gegenüber, auch klagbare Schulden eingehen kann.

5. Verpflichtung eines Unmündigen ohne die *auctoritas* des Vormundes.

Dieser Fall hat von der Zeit der Glossatoren an zu den größten Streitfragen im Römischen Recht gehört, wozu die (wirklich oder scheinbar) widersprechenden Stellen der alten Juristen Veranlassung gegeben haben. Zur Vorbereitung einer sicheren Erklärung dieser Stellen muß eine allgemeine Betrachtung über die Handlungsfähigkeit der Unmündigen, und zwar gerade in Beziehung auf Obligationen, vorausgeschickt werden (h).

Nach dem *ius gentium* kann es bloß auf den persönlichen Entwicklungszustand des Einzelnen ankommen. Hat also Dieser Einsicht in die Natur des Rechtsverhältnisses und seiner eigenen Handlung, so wird er Schuldner, und eine bestimmte Altersgränze, die stets eine ganz positive Natur hat, kann dabei keinen Unterschied machen. Diese Regel ist unzweifelhaft anerkannt und festgehalten worden im Criminalrecht, so wie bei den Obligationen aus *Delictis*; eben so auch bei den Geschäftsobligationen aus

(h) Vgl. System B. 3 § 107. 108, wo dieser Punkt in größerem Zusammenhang behandelt ist. — Als neuere Schriftsteller über diese Streitfrage, bei welcher zugleich die älteren in großer Zahl angeführt werden, sind folgende zu be-

merken: Glück B. 4. C. 62 fg. Weber C. 258 fg. LELIÈVRE *nat. obl.* p. 54—60. Rudorff *Vormundschaft II.* C. 279. Göschens *Vorlesungen* § 428. Vangerow 1. § 279. Puchta *Pandekten* § 237.

einem Dolus, welche eine delictartige Natur haben (Note m). Die Streitfrage beschränkt sich also auf die Geschäftsobligationen, welche nicht mit einem Dolus verbunden sind.

Für diese Obligationen nun hat das jus civile einen künstlichen Schutz eingerichtet durch die Unterordnung des Unmündigen unter einen Tutor, welche mit der Pubertät aufhört, also an die schon erwähnte positive Gränze gebunden ist, ohne Rücksicht auf den individuellen Entwicklungszustand. Diese Unterordnung hat in Beziehung auf die Geschäftsobligationen (besonders also bei Verträgen) folgenden Sinn. Der Unmündige kann eine Forderung erwerben (stipulari) für sich allein, Schuldner werden (promittere) nur mit der auctoritas seines Vormundes (i).

Betrachtet man aber genauer die Bedeutung und den Zweck der so unterscheidenden Regel, so geht sie nur auf den Schutz des Unmündigen gegen möglichen Verlust. Diese Betrachtung nun führt in natürlicher Entwicklung zu der verwandten weiteren Regel, daß der Unmündige ohne den Vormund auch Schuldner werden kann, wenn nur durch die Umstände dafür gesorgt ist, daß er keinen Verlust erleidet, also insoweit er durch das Rechtsgeschäft bereichert ist (locupletior factus); dann hat seine Verpflichtung, auch mit einem Klagerrecht verbunden, kein Bedenken. Diese wichtige Regel wird auch in vielen Stellen aner-

(i) *L. 9 pr. de auct.* (26. 8), unzweifelhaft feststehende ausgesprochen. *J. de auct.* (1. 29), in welchen Stellen diese Regel als eine

kannt, ja es ist nirgend ein Widerspruch dagegen sichtbar. Sie kommt namentlich vor in folgenden Anwendungen.

Der Unmündige, der von dem Vormund selbst ein Darlehen empfängt, oder ihm durch Stipulation Etwas verspricht, wird dessen klagbarer Schuldner, soweit er reicher ist aus dem Geschäft (k).

Eben so ist es im Verhältniß zu fremden Personen bei dem Empfang eines Commodats (l) oder eines Depositum (m) von Seiten des Unmündigen.

Desgleichen, wenn der Unmündige fremde Geschäfte ohne Auftrag führt, und daraus reicher ist (n). Ferner, wenn er einen Institor ernennt, und mit der institoria actio verklagt werden soll (o).

Dem gänglichen Mangel der auctoritas steht in allen Fällen gleich die ungünstige Ertheilung einer solchen (p).

In Vier der hier angeführten Stellen (Note k. l. n. p.)

(k) *L. 5 pr. de auct.* (26. 8),
f. o. § 5. h. Gerade in dieser Anwendung konnte die Klagbarkeit, wegen der eigenen Betheiligung des Vormundes, vorzugsweise bezweifelt werden.

(l) *L. 1 § 2. L. 3 pr. comin.*
(13. 6).

(m) *L. 1 § 15 depos.* (16. 3)
„... si apud doli mali jam capacem deposueris, agi posse, si dolum commisit: nam et in quantum locupletior factus est, datur actio in eum, et si dolum non intervenit.“

(n) *L. 3 § 4 de neg. gestis*
(3. 5) „Pupillus sane, si negotia gesserit, post rescriptum D. Pii conveniri potest in id, quod factus est locupletior: agendo autem, compensationem ejus, quod gessit, patitur.“

(o) *L. 9. 10 de instit.* (14. 3).
— Einige allgemeinere Stellen, worin derselbe Rechtsatz anerkannt wird, sind *L. 8 § 15 ad Sc. Vell.* (16. 1), *L. 66 de sol.* (46. 3).

(p) *L. 1 pr. de auct.* (26. 8).

wird zur Begründung dieser Regel ein Rescript des R. Pius angeführt. Das haben manche neuere Schriftsteller so aufgefaßt, als sey dieselbe erst durch dieses Rescript entstanden, also vorher und unabhängig von demselben nicht vorhanden gewesen; gewiß unrichtig. Dieses Rescript, wie alle gewöhnliche Rescripte, hatte nur die Natur einer großen Autorität, und wurde besonders geltend gemacht, um jeden Irrthum oder Zweifel zu beseitigen (q). Der Satz selbst aber lag in der natürlichen Entwicklung der Conditionen, welche besonders dazu dienten, jede zufällige grundlose Bereicherung aus fremdem Vermögen anzufechten (r). Folgende Betrachtung wird uns überzeugen, daß der Satz niemals völlig verkannt werden konnte. Wenn ein Unmündiger aus einem empfangenen Gelddarlehen verklagt wurde, und die ganze Summe war entweder baar vorrätzig (vielleicht nur mit anderem Gelde vermischt, welches die Vincication ausschloß), oder es war dafür eine sichere Schuldforderung erworben, oder ein werthvolles Grundstück erkaufte worden, so konnte der Vormund die Klage gegen den Pupillen nicht zurück weisen, ohne sich eines Dolus schuldig

(q) Vgl. System B. 1 § 24. Allerdings sagt Ulpian in L. 3 § 4 *de neg. gestis* (3. 5) „*pupillus . . . post rescriptum D. Pii conveniri potest*“ (Note n); allein dieses ist nur ein ungenauer Ausdruck, der uns nicht berechtigen kann, für die frühere Zeit das Gegentheil anzunehmen. Es

solte nur gesagt werden, dieses Rescript lasse keinen Zweifel übrig.

(r) Vgl. oben § 5. h. — Ferner: System B. 5 Beilage XIV. Num. VIII. — Endlich L. 14 *de cond. ind.* (12. 6) „*Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiozem.*“ Eben so L. 206 *de R. J.* (50. 17).

§. 10. Arten. *Naturalis obligatio*. Einzelne Fälle (Fortf.). 65
zu machen. Das ganze Institut der Vormundschaft war ja
nur eingeführt, um den Unmündigen zu sichern, nicht ihm
einen grundlosen Gewinn auf fremde Kosten zuzuwenden.

Sind nun auf diese Weise die Fälle beseitigt, in
welchen der Unmündige bereichert ist, so bleiben für die
streitige Frage nur noch die Fälle übrig, worin er nicht
bereichert ist, so daß er lediglich durch die obligatorische
Handlung an sich, also zu seinem eigenen Schaden, ver-
pflichtet seyn müßte. Hier ist eine klagbare Obligation
gewiß nicht vorhanden; ob aber eine naturale, klaglose
entsteht, mit ihren eigenthümlichen Folgen, das ist die
eigentliche Frage.

Es ist schon oben erwähnt worden, daß die willkürlich
angenommene Gränze der Pubertät für die anfangende
Handlungsfähigkeit auf einer ganz positiven Anstalt beruht,
und dem *jus gentium* fremd ist (s). Daher führt die
Consequenz dahin, die Entstehung einer *naturalis obligatio*
mit ihren besonderen Folgen (§ 8) zu bejahen.

Von den Römischen Juristen ist diese Streitfrage
theils verneint, theils bejaht worden.

Verneinend haben sich nur zwei, aber sehr unzwei-

(s) Allerdings sagt GAIUS Lib.
1 § 189, die Anordnung einer
Vormundschaft finde sich bei allen
Völkern, sey also *juris gentium*.
Allein von diesem Institut an sich,
welches die Verwaltung des Ver-
mögens dem Unmündigen entzieht

und dem Vormund überträgt, ist
noch ganz verschieden die bis zur
Gränze der Pubertät dem Mündel
entzogene Fähigkeit zu Rechtsge-
schäften, und die künstliche Ergän-
zung seiner Handlungen durch
auctoritas.

deutig ausgesprochen: Licinius Rufinus und Neratius. Der erste sagt (t): *Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem jure naturali obligatur*. Der zweite aber (u): *Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit (et) solverit, repetitio est: quia nec natura debet*.

Beide verneinen ganz bestimmt das Daseyn einer naturalis obligatio; der zweite, indem er als Folge an diese Verneinung das solutum repetere anknüpft.

Beide unterscheiden nicht, ob der Unmündige bereichert war oder nicht, könnten also, den Worten nach, so verstanden werden, daß auch im ersten Fall jede Obligation, sogar die naturale, verneint werden sollte. Nach den oben aufgestellten Gründen kann Dieses nicht angenommen werden, am wenigsten bei Licinius Rufinus, der erst nach der Zeit des K. Pius gelebt hat. Die Stellen müssen also verstanden werden von den Folgen der Verträge an sich, so daß die besondere Folge der etwa hinzutretenden Bereicherung (die außer den Verträgen liegt) unberührt bleibt.

Die Bejahung der Frage findet sich in einer großen Zahl von Stellen, und zwar gerade bei den in den Digesten überwiegendsten Schriftstellern: Papinian, Ulpian, Paulus.

Zur Erläuterung dieser Stellen ist voraus zu bemerken, daß in einigen das Daseyn der naturalis obligatio unmittelbar anerkannt wird, in anderen diese oder jene

(t) *L. 59 de O. et A. (44. 7)*.(u) *L. 41 de cond. ind. (12. 6)*.

Charakteristische Wirkung derselben, in noch anderen beides neben einander. — Ferner wird in einigen das Daseyn einer Bereicherung gar nicht erwähnt (also wörtlich unentschieden gelassen), in anderen bestimmt verneint. In jenen ersten also könnte man versuchen, eine Bereicherung stillschweigend vorauszusetzen. Dann müßte freilich, nach der oben aufgestellten Lehre, stets eine *civilis obligatio* angenommen werden, und wenn dennoch in unsern Stellen eine *naturalis obligatio* behauptet wird, so müßte dieser Ausdruck nicht auf die Wirkung der Obligation, sondern auf den Ursprung der Obligation, bezogen werden, welcher seltnerer Sprachgebrauch jedoch ohne besondere Gründe nicht leicht anzunehmen ist (v).

Besonders klar, den Gegensatz hervorhebend, ist eine schon oben angeführte Stelle des Ulpian (w), deren Inhalt kurz dieser ist. Wenn ein Unmündiger fremde Geschäfte ohne Auftrag führt, so sind zwei Fälle zu unterscheiden: er ist entweder bereichert, oder nicht. So weit

(v) Ich bemerke Dieses schon vorläufig in Beziehung auf die Meinung von Puchta, die in der Hauptsache dahin geht, daß unsere Streitfrage verneint werden müsse, und daß die in mehreren Stellen behauptete *naturalis obligatio* zu verstehen sey von einer wegen (stillschweigend vorausgesetzter) Bereicherung klagbaren Obligation, die nur wegen ihres Ursprunges *naturalis* genannt

werde. Ich selbst habe oben diesen Sprachgebrauch angewendet zur Erklärung der *L. 5 pr. de auct.* (§ 5. h); hier aber war die Annahme desselben dadurch wohl begründet, ja durchaus nothwendig, weil in derselben Stelle die Obligation für klagbar erklärt wird.

(w) *L. 3 § 4 de neg. gestis* (3. 5), abgedruckt oben in der Note n.

er bereichert ist, kann er verklagt werden (in id quod *factus est locupletior*); so weit er nicht bereichert ist, also nur die Handlung an sich, als Grund einer Obligation, in Betracht kommt (quod *gessit*), gilt gegen ihn keine Klage. Wenn aber er in diesem Fall auf Kostenersatz klagt, so muß er sich wegen seiner nachtheiligen Handlungen die Compensation gefallen lassen (indem diese eine Folge der bloßen *naturalis obligatio* ist, die übrigens Ulpian nicht ausdrücklich erwähnt).

Eben so entscheidend ist eine Stelle des Scävola (x). Wenn ein Pupill ohne Zuziehung des Vormundes einen Sklaven zu geben durch Stipulation verspricht, und dafür einen Bürgen stellt, so geht gegen ihn selbst keine Klage (nulla petitio est); dagegen ist der Bürge klagbar verpflichtet. Dieses Letzte nun ist ein sicheres Kennzeichen der *naturalis obligatio* (§ 8), so wie die Verneinung der Klage gegen den Pupillen unzweifelhaft zeigt, daß dieser, nach der Voraussetzung des Scävola, nicht bereichert war.

Papinian führt folgenden Fall an (y). Ein Pupill empfängt ohne Vormund ein Darlehen; er stirbt, und der Glaubiger wird sein Erbe. Wenn nun dieser Erbe mit

(x) L. 127 de V. O. (45. 1).

(y) L. 95 § 2 de sol. (46. 3)
 „...non enim quanto locupletior pupillus factus est, consequitur, sed in solidum creditum suum ex hereditate retinet.“ — Auch in dem § 4 derselben Stelle wird ausgesprochen, daß ein Pupill

(durch seine Verträge) in eine *naturalis obligatio* eintritt, und es wird daraus gefolgert, daß die Auflösung der Hauptschuld durch Erlaßvertrag oder Eid ipso jure die Obligation zerstöre, also auch den vom Pupillen gestellten Bürgen befreie.

dritten Personen in Berührung kommt (etwa Legataren oder Fideicommissarien), so kommt es gar nicht darauf an, ob und wie weit der Pupill durch das Darlehen bereichert war, sondern der Erbe rechnet sich die ganze Summe als eine (durch Confusion) bezahlte Schuld an. Augenscheinlich wird hier die Schuld selbst, ohne Bereicherung, als naturalis obligatio anerkannt.

Gleichfalls bei Papinian findet sich folgender Fall (z). Ein Pupill empfängt ohne Vormund ein Darlehen, durch welches er nicht bereichert wird. Der Glau-

(z) *L. 25 § 1 quando dies* (36. 2) „... si *petitor ad praesens debitum verba retulit, quia nihil ejus debet, nullius momenti legatum erit: quod si verbo debiti naturalem obligationem et futuram solutionem cogitavit, interim nihil Titius petet, quasi tacite condicio inserta sit: non secus ac si ita dixisset, Titio dato quod pupillus solverit.*“ — Puchta (und schon vorher Andere) erklärt die Stelle von den verschiedenen möglichen Gedanken des Testators, also von einer nothwendigen Auslegung des Testaments; allein der Ausdruck *petitor*, der alles Folgende regiert, kann doch nur gezwungen auf den Testator bezogen werden, da der *creditor* nur dann *petitor* heißt, wenn eine Klage bereits angestellt oder doch beabsichtigt ist; daher will auch Gothofred ganz willkürlich emendiren:

Testator. Es ist aber vielmehr die Rede von den verschiedenen Gedanken und Entschlüssen des Legatars, der gleich jetzt eine Klage versuchen könnte, und in dieser Beziehung richtig *petitor* genannt werden würde. — Uebrigens kann man über den hier bezeichneten Gegensatz möglicher Erklärungen verschiedener Meinung seyn; darin liegt aber auch nicht das entscheidende Moment unserer Stelle. Dieses liegt vielmehr in der ausdrücklichen Anerkennung einer naturalis obligatio. Dagegen sucht sich Puchta durch die Annahme zu retten, dieser Ausdruck werde hier nicht in dem eigentlichen, juristischen, Sinn gebraucht, sondern in einem blos factischen, nämlich in dem Sinn eines scheinbaren Vertrags, der gar keine rechtliche Folgen habe, sondern nur später durch die wirkliche Zahlung zufällig wirksam werden könne. Allein

biger legirt diese Forderung dem Titius. Wenn Titius das Legat wie ein gewöhnliches *nomen legatum* ansehen, und gegen den Erben einklagen will, so ist er abzuweisen, weil keine gegenwärtige Schuld, die ihm *debitum* werden könnte, vorhanden ist. Dagegen ist das Legat nicht wirkungslos, wenn es der Legatar betrachtet als auf die *naturalis obligatio* gerichtet, und daher in seiner Wirksamkeit bedingt durch die etwa künftig von dem Pupillen (willkürlich, vielleicht selbst irrig) zu leistende Zahlung. Sobald diese Zahlung eingeht, kann der Legatar das Geld von dem Erben einfordern. — Hier ist das Daseyn der *naturalis obligatio* wörtlich ausgesprochen, und zugleich in einer ihrer wichtigsten Wirkungen, dem *solutum non repetere* (§ 8), anerkannt.

Ulpian sagt, eine gültige Novation setze voraus, daß die nachfolgende Stipulation entweder *civiliter* oder *naturaliter* gültig sey. Als Beispiel des letzten Falles erwähnt er die Promission des Pupillen ohne Genehmigung des Vormundes (aa). Hier ist es nun ganz einleuchtend, daß

jede solche Annahme ist verwerflich, wenn sie durch keine anderen Gründe unterstützt wird, als durch das Bedürfniß, eine vorgefaßte Meinung dadurch zu retten.

(aa) *L. 1 § 1 de nov.* (46. 2) „*qualiscunque obligatio . . novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter: utputa si pupillus sine tutoris auctori-*

tate promiserit.“ — Auch anderwärts sagt Ulpian, daß aus der einseitigen Promission des Pupillen ein wahres *debitum* entstehe, dahin wirksam, daß darauf später eine rechtsgültige Novation gegründet werden könne, so daß die spätere Promission nicht den Charakter einer Schenkung an sich trage. *L. 19 § 4 de don.* (39. 5).

er einen Vertrag ohne Bereicherung voraussetzt, da er sonst civiliter gültig wäre; ferner, daß hier das naturaliter teneat nicht den Ursprung aus dem jus gentium bedeuten kann, sondern nur die unvollständige Wirksamkeit, weil nur zu dieser der Gegensatz einer promissio, quae civiliter tenet, paßt.

In demselben Sinn sagt Paulus: Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur jure civili (D. h. mit der Wirkung einer Klage) (bb). Und derselbe Jurist beurtheilt folgenden Rechtsfall (cc). Ein Pupill empfängt ein Darlehen ohne Genehmigung des Vormundes. Der Gläubiger legt dem Schuldner einen Sklaven unter der Bedingung, daß er jene Schuld bezahlen werde. Wird nun die Zahlung geleistet, so hat diese Leistung eine zwiefache Wirkung: erstlich als Erfüllung der Bedingung, zweitens als Tilgung der naturalis obligatio (die also hier anerkannt wird). Diese zweite Wirkung ist von der ersten so unabhängig, daß selbst, wenn das Legat ungültig wird, das gezahlte

(bb) *L. 43 de O. et A.* (44. 7). — Wenn daher anderwärts derselbe Paulus sagt, der Pupill, der durch ein empfangenes Darlehen reicher werde, könne das zurückgezahlte Geld nicht zurückfordern (*L. 13 § 1 de cond. ind.* 12. 6), so darf darauf nicht das argumentum a contrario angewendet werden, weil sonst Paulus sich selbst widersprechen würde. Vgl. Note cc.

(cc) *L. 21 pr. ad L. Falc.* (35. 2). Eine ganz ähnliche Entscheidung des Marcianus findet sich in *L. 44 de sol.* (46. 3). — Auch in einer anderen Stelle erkennt Marcianus an, daß aus dem Gelddarlehen an einen Pupillen eine wahre naturalis obligatio entstehe, welche unter andern mit der ganzen Erbschaft des Pupillen an einen Fideicommissar übertragen werden könne. *L. 64 pr. ad Sc. Treb.* (36. 1).

Geld doch nicht zurück gefordert werden kann (Kennzeichen der naturalis obligatio s. o. § 8).

Pomponius entscheidet folgenden Rechtsfall (dd). Ein Pupill wird in Anspruch genommen wegen eines ohne den Vormund empfangenen Darlehens, und schwört nun einen zugeschobenen Eid dahin ab, se dare non oportere. Dadurch wird die naturalis obligatio getilgt, und die späterhin (aus Irrthum) geleistete Zahlung kann zurück gefordert werden. Geht aber der Eid nur auf die fehlende auctoritas, nicht auf den Empfang des Darlehens selbst, so bleibt die naturalis obligatio bestehen, und der gestellte Bürge kann auch ferner verklagt werden. — Hier ist also unzweideutig anerkannt die aus dem bloßen Vertrag entstehende naturalis obligatio, und indem diese in unmittelbare Verbindung gesetzt wird mit den bekannten Wirkungen des solutum non repetere, und der gültigen Bürgschaft, so folgt daraus, daß jener Ausdruck in seinem eigentlichen gewöhnlichen Sinn genommen werden muß, gleichbedeutend mit einer klaglosen Obligation, nicht mit einer aus dem jus gentium herstammenden klagbaren Obligation, so daß also der Jurist entschieden ein Darlehen ohne Bereicherung voraussetzt.

Endlich spricht Gajus von einem ohne den Vormund

(dd) *L. 42 pr. de jurejur.* ut soluta pecunia repeti possit;“ von dem Fall des ersten Eides wird gesagt: „naturalis obligatio hac pactione tolletur,“ Eides aber: „hoc casu fidejussorem praetor non tuebitur.“

promittirenden Pupillen. Dieser, sagt er, sey non obligatus (nämlich civiliter), wohl aber könne für ihn ein sponsor wirksam eintreten. Eben so sagt er an einem andern Orte, die Promission eines Pupillen ohne Vormund sey zwar obligatio nulla (nämlich civiliter), aber sie könne doch als Novation eine frühere Obligation tilgen (ee). Beides erkennt unzweideutig eine klaglose Obligation an, mit den bekannten positiven Wirkungen derselben (§ 8).

Fassen wir die hier zusammengestellten Aussprüche in einen allgemeinen Ueberblick zusammen, so finden wir zwei Stellen, welche die Streitfrage verneinen, viele andere (und gerade von Seiten der größten Juristen), welche sie bejahen. Von der Glosse an hat man nun gesucht, diesen Widerspruch in bloßen Schein aufzulösen, und durch Unterscheidungen zu beseitigen. So sollte die Bejahung auf das etwas höhere Alter des Pupillen, die Verneinung auf das niedere Alter gehen (pubertati, infantiae proximi). Oder die Bejahung auf dritte Personen, die Verneinung auf den Pupillen selbst. Diese und ähnliche Versuche der Vereinigung sind ganz willkürlich und ohne Grundlage in den Stellen selbst; manche werden in den oben dargelegten

(ee) GAJUS Lib. 3 § 119. 176. Das obligatio nulla est ist aus dieser letzten Stelle wörtlich übergegangen in den § 3 J. quib. mod. toll. obl. (3. 29), und muß also daselbst eben so erklärt werden.

Rechtsfällen unmittelbar widerlegt. Neuerlich ist die vereinende Meinung für allgemein wahr ausgegeben worden, so daß die in vielen Stellen anerkannte naturalis obligatio von Fällen der Bereicherung verstanden werden soll, worin der Ausdruck gebraucht werde mit Rücksicht auf den Ursprung der Obligation, nicht auf ihre (unvollständige) Wirkung (ff). Ich habe gesucht, diese Meinung durch Erklärung der hier einschlagenden Stellen zu widerlegen.

Eine unbefangene Betrachtung führt also zu der Ueberzeugung, daß eine Vereinigung jener Stellen in der That nicht möglich ist, daß wir vielmehr hier einen unaufgelösten Streit der Römischen Juristen vor uns haben, der aus Versehen in die Digesten mit aufgenommen worden ist. Im Sinn der Justinianischen Gesetzgebung müssen wir die bejahende Meinung vorziehen; nicht nur wegen der überwiegenden Zahl von Zeugnissen, sondern weil auf dieser Seite die anerkannt größten unter den Römischen Juristen stehen, und weil zugleich die innere Consequenz für dieselbe spricht (Note s). Auch haben mehrere neuere Schriftsteller diesen Weg eingeschlagen (gg).

(ff) Buchta Pandekten §237. Einige, dieser Meinung ungünstig, Stellen sucht er auf gezwungene Weise durch Erklärung zu beseitigen; andere läßt er unberührt.

(gg) Rudorff und Göschen f. o. Note h. Auch Glück stellt

diese Entscheidung an die Spitze, geht aber dann wieder in die Distinctionen seiner Vorgänger auf seine gewohnte Weise ein, und giebt so den Vortheil jener Entscheidung wieder auf.

Indessen lohnt es doch der Mühe, zu untersuchen, wie die verneinende Meinung mancher Römischen Juristen entstanden ist. Für diese Meinung ließe sich vom praktischen Standpunkt aus Vieles sagen, so daß, wenn jetzt die Frage von einer neuen Gesetzgebung wäre, dieselbe wohl vorzuziehen seyn möchte. Durch die positive Anordnung einer Vormundschaft sollen die Unmündigen gründlich geschützt werden gegen ihren Mangel an Erfahrung und an Festigkeit des Charakters, durch welchen sie in großen Nachtheil kommen können, auch wenn sie entwickelt genug sind, um das vorliegende Geschäft völlig zu verstehen, welches nach natürlicher Betrachtung (also nach dem *jus gentium*) zu ihrer Handlungsfähigkeit hinreicht. Wendet man Das an auf die von ihnen ohne den Vormund geschlossenen Verträge, so war es eine halbe Maßregel, sie bloß gegen die Klage zu schützen, es aber dem Zufall zu überlassen, ob sie nicht durch die positiven Wirkungen der *naturalis obligatio* dennoch in Schaden kommen würden. Es war dann praktischer, durchzugreifen, die oben erwähnte Konsequenz aufzuopfern, und ihren Verträgen auch selbst die Wirkungen einer *naturalis obligatio* zu versagen. In einem ganz ähnlichen Fall ist es ja in der That so geschehen. Die Bürgschaften der Frauen werden durch das *Sc. Vellejanum* entkräftet. Diese Anstalt ist dem *jus gentium* fremd, und es hätte also solchen Bürgschaften die Kraft einer *naturalis obligatio*, vermöge der oben erwähnten Konsequenz, beige-

legt werden können. Dennoch sind hier die positiven Wirkungen der *naturalis obligatio* versagt worden (hh).

Auf der anderen Seite aber darf man auch nicht die aus diesem Zustande hervorgehenden Gefahren übertreiben. Seit der neueren Entwicklung der Restitution ist dieselbe, welche ursprünglich nur für die (mündigen) Minderjährigen eingeführt war, auch auf die Unmündigen ausgedehnt worden (ii). Diese Restitution nun würde den Unmündigen Schutz für die Fälle gewähren, in welchen sie durch die aus ihren Handlungen entspringende *naturalis obligatio* in Gefahr eines Verlustes kommen möchten, so z. B. wenn die oben von Ulpian erwähnte Compensation (Note n) gegen sie geltend gemacht werden sollte.

So steht die Sache im Justinianischen Recht. Was die heutige Anwendung betrifft, so kann diese nicht hier, sondern nur in der Lehre von der Vormundschaft untersucht und festgestellt werden. Es ist dabei besonders zu beachten, daß für uns der Unterschied der Tutel von der Curatel der Minderjährigen, also auch die Eigenthümlichkeit der *auctoritas*, verschwunden ist. Die Folgen dieser Veränderung, worüber verschiedene Ansichten möglich sind, bedürfen einer genauen und sorgfältigen Untersuchung. Aus dieser allein wird zu erkennen seyn, ob und in welcher

(hh) *L. 40 pr. de cond. ind.*
(12. 6), *L. 2 quae res pign.*
(20. 3), und andere Stellen.

(ii) Vgl. System B. 7 § 322.

Weise das so eben dargestellte Rechtsverhältniß im heutigen Recht anwendbar ist.

6. Verpflichtung eines Sohnes in väterlicher Gewalt aus einem Gelddarlehen. *Sc. Macedonianum*.

In diesem Fall besteht eine *naturalis obligatio* (kk), indem die Exception aus dem Senatsschluß nur gegen die Klage gerichtet ist, diese mag übrigens gegen den Sohn selbst angestellt werden (vor oder nach Auflösung der väterlichen Gewalt), oder gegen den Vater als *actio de peculio*.

Auch treten hier die gewöhnlichen Folgen der *naturalis obligatio* (§ 8) ein.

Zuerst also das *solutum non repetere* (ll).

Ferner die Rechtsgültigkeit einer Bürgschaft; jedoch kann in der Regel auch der Bürge, wenn er verklagt wird, auf die Exception sich berufen; er kann es nämlich in allen Fällen, in welchen er den Regreß gegen den Hauptschuldner hat. Aber auch dann wirkt seine Verpflichtung, ganz wie die des Hauptschuldners, als *naturalis obligatio*, so daß auch der Bürge das Gezahlte nicht zurück fordern darf (mm).

Eben so die Gültigkeit einer Verpfändung für diese

(kk) *L. 10. L. 18 de Sc. Mac. de R. C. (12. 1), L. 19 de nov. (14. 6).*

(ll) *L. 9 § 4. 5 de Sc. Mac. (mm) L. 9 § 3. 4. L. 10. L. (14. 6), L. 26 § 9. L. 40. pr. 11. L. 18 de Sc. Mac. (14. 6).*
de cond. ind. (12. 6), L. 14

Schuld; nur hat der Besitzer, eben so, wie der Bürge, die Exception (nn).

Endlich auch die Zulässigkeit einer Novation (oo).

Fragt man nach dem Grunde dieser eigenthümlichen Bestimmung, so ist es zunächst einleuchtend, daß dieses ganze Verbot rein positiv, dem jus gentium fremd, ist. Allein ganz dieselbe Bewandniß hat es mit dem, ohnehin sehr ähnlichen, Sc. Vellejanum, neben welchem jedoch die naturalis obligatio nicht aufrecht erhalten ist (Note hh). Es scheint also, daß man glaubte, bei dem positiven Verbot gegen dieses Darlehen weniger streng eingreifen zu müssen. Ohnehin sollte dasselbe gelten ohne Rücksicht auf Betrug, Wucher, Verschwendung oder irgend eine Beschädigung des Sohnes, also auch in ganz unschuldigen Fällen. Es war so allgemein gefaßt worden, nur um die wirklich gefährlichen, vielleicht strafbaren Fälle so viel sicherer mit zu treffen und abzuwehren. Für die Verhütung solcher Fälle aber konnte schon die bloße Verfassung der Klage ausreichend scheinen, da sich der Wucherer schwerlich auf ein Geschäft einlassen wird, das nur in den Wirkungen der naturalis obligatio einen höchst zufälligen und unsicheren Schutz finden könnte.

(nn) L. 2 quae res pign.
(20. 3).

(oo) L. 19 de nov. (46. 2),
L. 20 de Sc. Mac. (14. 6).

§. 11.

II. Arten der Obligation. Civilis und naturalis obligatio. Einzelne Fälle der naturalis.

(Fortsetzung.)

C. Strenge Consequenz des Civilrechts, die im jus gentium nicht anerkannt ist.

7. Es folgen nun einige Fälle, in welchen die strenge Consequenz des Civilrechts zu einer Härte führt, die den Bedürfnissen des Verkehrs nicht angemessen ist, und daher auf eine Milderung durch die im jus gentium vorwaltende aequitas Anspruch macht.

Dahin gehört zunächst der Fall, wenn der Glaubiger vom Schuldner zum Erben eingesetzt, aber mit der Restitution der ganzen Erbschaft belastet ist, und nun gegen seinen Willen zum Antritt der Erbschaft und zur Restitution gezwungen wird, in welchem Fall er den Abzug der Quart verliert. Hier ist nach strengem Recht die Forderung durch Confusion ipso jure getilgt, aber augenscheinlich gegen die aequitas. Daher soll die Forderung als naturalis obligatio fortbauern, mit den gewöhnlichen Folgen derselben. Eine zufällige, irrig geleistete Zahlung kann also nicht zurückgefordert werden, und wenn für diese Schuld ein Pfand bestellt war, so kann Dieses auch ferner der Glaubiger geltend machen,

sowohl durch Exception, wenn er das Pfand besitzt, als durch Klage, wenn er es nicht besitzt (a).

8. Ein zweiter Fall dieser Art findet sich bei der *minima capitis deminutio* im ältesten Recht. Durch eine solche (z. B. durch Arrogation) wurde der Schuldner frei von seinen Schulden. Da aber Dieses augenscheinlich der *aequitas* widersprach, so dauerten die Schulden als *naturales obligationes* fort (b).

Dieser Satz hat indessen schon frühe seine praktische Bedeutung im Römischen Recht verloren. Jene Befreiung wurde als so unnatürlich anerkannt, daß man dagegen eine unbeschränkte Restitution zuließ, so daß die an sich verlorene Klage unter dem Namen einer *fictitia actio* dennoch angestellt werden konnte (c). Dadurch war nun die *naturalis obligatio*, mit ihren besonderen, beschränkten Wirkungen entbehrlich geworden, in der That also verschwunden.

(a) *L. 59 pr. ad Sc. Treb.* (36. 1) „... Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit, et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.“ Ueber die Erklärung dieser ganzen Stelle vgl. System B. 5 § 250. q.

(b) *L. 2 § 2 de cap. min.* (4. 5) „Hi, qui capite minuuntur, ex his causis, quae capitis deminutionem praecesserunt,

manent obligati naturaliter.“ — Auf die Fälle dieser Art (Note a. b.) kann man den sehr bezeichnenden Ausdruck anwenden, welchen bei einer andern Gelegenheit Ulpian gebraucht (*L. 32 pr. de pec. 15. 1*): „Sed licet hoc *jure contingat*, tamen *aequitas dictat*, *judicium in eos dari, qui occasione juris liberantur.*“

(c) GAIUS Lib. 3 § 84, Lib. 4 § 38. Vgl. System B. 2 § 70. m. o., B. 7 § 333.

D. Eigenthümliche Verhältnisse des Klagenrechts.

9. Rechtskräftige, aber irrige, Freisprechung eines wirklichen Schuldners. Daß dieser Schuldner gegen jede fernere Klage durch die Einrede der Rechtskraft sicher ist, darüber kann kein Streit seyn. Dagegen ist, von den Glossatoren an bis jetzt, die Frage in hohem Grade bestritten worden, ob nach der Freisprechung eine *naturalis obligatio* übrig bleibe.

Indem ich mich für die Fortdauer der *naturalis obligatio* erkläre (d), muß ich jedoch voraus bemerken, daß die Wirkungen derselben, wegen der eigenthümlichen Natur der erwähnten Einrede, weniger vollständig, als in den meisten anderen Fällen, erscheinen; ein Verhältniß, auf welches schon oben, am Schluß des § 8, aufmerksam gemacht worden ist.

Für die Fortdauer spricht zuerst ein allgemeiner Grund. Die unanfechtbare Rechtskraft irriger Urtheile beruht auf einer rein positiven Anstalt, und ist dem *jus gentium* fremd (§ 5. i). Dieses wird auf indirecte Weise, aber unzweifelhaft, anerkannt in einer Stelle der Institutionen, worin die *exceptio rei judicatae* nicht so, wie viele andere Exceptionen, auf die dem *jus gentium* eigenthümliche *aequitas* gegründet wird (e).

(d) Vgl. System B. 5 § 249. c, § 250. g. — Eine Stelle, die bei dieser Frage häufig geltend gemacht wird, die L. 8 § 1 *ratam rem* (46. 8), gehört in der

That nicht hierher, sondern zu der unten folgenden Prozeßverfährung, und wird daselbst benutzt werden.

(e) In den §§ 1—4 *J. de except.* (4. 12) wird bei einer

Noch entscheidender aber ist eine Reihe von Stellen, worin für unsern Fall bald das Daseyn der *naturalis obligatio* unmittelbar, bald diese oder jene besondere Folge derselben, ausgesprochen wird.

Als die wichtigste unter diesen Stellen ist von jeher, und von beiden Parteien, folgende Beurtheilung eines einzelnen Rechtsfalles bei Paulus (f) anerkannt worden.

Julianus verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc iudicio, negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset. Licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet; similemque esse ei dicit, qui ita promisit: sive navis ex Asia venerit, sive non venerit, quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur.

ganzen Reihe von Exceptionen, wie exc. doli, metus, pacti, jurisjurandi, als Grund derselben stets angegeben: quia *iniquum* est, eum condemnari; und in der That gründen sich diese alle auf die *naturalis aequitas*, das *jus gentium*. Darauf folgt im § 5 die *exceptio rei judicatae*, worin, ohne Erwähnung des *iniquum* mit sichtbarer Unterscheidung von den vorhergehenden Stellen, blos gesagt wird: *debes per exceptionem rei judicatae adjuvari*. (Vgl. System Bd. 5 § 249. c.) — Ganz irrig haben manche neueren Schriftsteller diese Institutionenstelle so aufgefaßt, als sollte

die beweisende Kraft derselben gelegt werden in die Worte: *nihilominus obligatio durat*. Denn ganz derselbe Ausdruck findet sich (in verschiedenen Wendungen) auch in den vorhergehenden Paragraphen, bei solchen Exceptionen, neben welchen gewiß keine *naturalis obligatio* fortbauert. Er bezieht sich daher überhaupt nicht auf diese Fortdauer, sondern vielmehr auf den, davon ganz verschiedenen, Gegensatz der Aufhebungen, die *ipso jure*, oder *per exceptionem* erfolgen.

(f) *L. 60 pr. de cond. ind.* (12. 6).

Ich will zunächst den unmittelbaren und unzweifelhaften Sinn der Worte darzulegen suchen. Ein wirklicher Schuldner wird verklagt, er zahlt nach der Litiscontestatio, aber vor dem Urtheil, und will nun das Bezahlte gleich darauf, also in derselben Zwischenzeit, zurück fordern. Diese Rückforderung versagt ihm Julian (mit stillschweigender Zustimmung des Paulus). Der Scheingrund für die Rückforderung, welcher bei dem Schuldner vorausgesetzt und in der Stelle widerlegt wird, ist folgender. Wer eine bedingte Schuld (aus Irrthum) bezahlt, kann das Bezahlte zurück fordern, weil dieselbe für jetzt noch gar keine Schuld ist, und, je nach dem tatsächlichen Erfolg, eine reine Schuld, aber auch eine reine Nichtschuld werden kann (g). Mit einem solchen bedingten Schuldner aber scheint jener zahlende Verklagte auf gleicher Linie zu stehen; denn wird er verurtheilt, so ist er Schuldner, wird er freigesprochen, so ist er Nichtschuldner, und welches von Beidem eintreten werde, ist jetzt noch völlig ungewiß und zufällig. Diesen Scheingrund nun entkräftet Julian durch folgende Betrachtung. Die Freisprechung verwandelt keinesweges die Schuld in eine Nichtschuld, da der wirkliche Schuldner, (der hier vorausgesetzt wird) auch nach der Freisprechung in einer naturalis obligatio bleibt (natura debitor permanet), diese aber zur Ausschließung der Condictio völlig hinreicht (h). Jener Verklagte also steht

(g) *L. 16 pr. L. 13 de cond. ind.* (12. 6).

(h) Ganz ohne Noth machen sich Manche eine Schwierigkeit

vielmehr auf gleicher Linie mit Dem, welcher Etwas verspricht unter zwei alternativen Bedingungen, die zugleich in einem contradictorischen Verhältniß zu einander stehen. Denn da eine von beiden unfehlbar eintreten muß, so ist das, nach dem wörtlichen Ausdruck bedingte, Versprechen in der That ein unbedingtes.

Nach dieser Erklärung der Stelle, die sich genau an die Worte und an den inneren Zusammenhang der Gedanken anschließt, steht also Zweierlei fest. Erstlich die Fortdauer einer *naturalis obligatio* nach erfolgter Freisprechung eines wahren Schuldners. Zweitens die hier auf gegründete Ausschließung der *condictio indebiti*, welche überall das sicherste Kennzeichen und die vornehmste Wirkung einer wahren *naturalis obligatio* ist. Es liegt augenscheinlich in dem ganzen Gang der Gedanken, daß Julian den Anspruch auf die *condictio* aus diesem Grunde schlechthin verneinen will, ohne Unterschied, es möge die Zahlung schon jetzt, während des Prozesses, geleistet seyn (wie es hier vorausgesetzt wird), oder aber nach der ungerechten

durch Einmischung der Frage, ob nicht durch die geleistete Zahlung auch die *naturalis obligatio* getilgt, und dadurch die *absolutio* nothwendig werde. Julian fragt gar nicht nach dem Einfluß dieser Zahlung auf die bisherige Schuld, sondern nur, ob vor dieser Zahlung, also unabhängig von derselben, das Daseyn einer wahren,

sicheren Schuld durch die bloße Rücksicht auf mögliche Freisprechung ausgeschlossen werde. Das fragt er deswegen, um darnach entscheiden zu können, ob es ein *debitum* oder ein *indebitum solutum* war, welches letzte die Grundbedingung der *condictio indebiti* ist.

Freisprechung. Denn auf beide Fälle paßt gleichmäßig der Grund: *natura debitor permanet*.

Hiermit nun ist unsere ganze Frage schon so vollständig entschieden, daß wir eigentlich keine unterstützende andere Stellen bedürfen. Dennoch sollen sowohl diese, als auch die scheinbaren Gegen Gründe, besonders erwogen werden.

Bevor wir aber zu diesen beiden Erwägungen übergehen, muß noch besonders geprüft werden, in welcher tatsächlichen Gestalt Julian den von ihm beurtheilten Rechtsfall eigentlich gedacht hat. Die einfachste und zunächst liegende Gestalt scheint folgende. Der verklagte wirkliche Schuldner hat sich während des Prozesses von seinem Unrecht überzeugt und gezahlt. Gleich nachher aber hat er Dieses bereut, mit Rücksicht auf die noch immer mögliche Freisprechung. Nun will er die *condictio indebiti* anstellen, und Das versagt ihm Julian. — Die letzte Entscheidung bleibt auch für diesen Fall wahr; allein die angegebenen Gründe passen auf diesen Fall gar nicht, und darum können wir bestimmt behaupten, daß Julian den ganzen Rechtsfall in dieser einfachsten Gestalt nicht vor- ausgesetzt haben kann.

Wenn der Verklagte mit klarer Einsicht in das Sachverhältniß zahlte, so hatte er unfehlbar die Absicht, den Rechtsstreit zu Ende zu bringen durch vollständige Nachgiebigkeit von seiner Seite. Diese Handlung hat eine ganz ähnliche Natur mit dem gerichtlichen Geständniß und

mit dem Vergleich (i). In allen diesen Fällen kann von einer *condictio indebiti* niemals die Rede seyn, weil die Beendigung des Rechtsstreits in der eigentlichen Absicht lag, und diese Absicht auch dann in Erfüllung ging, wenn das künftige Urtheil zu einem ganz andern Erfolg geführt haben möchte (k). Dazu paßt nun die ganze Beweisführung in jener Stelle durchaus nicht. Denn wenn auch das freisprechende Urtheil keine *naturalis obligatio* übrig ließe, so würde dennoch das so Gegebene einer Rückforderung nicht unterlegen haben. Die Herbeiziehung der *naturalis obligatio* wäre also bei der Beurtheilung eines solchen Rechtsfalles ganz unlogisch und irre führend gewesen. Die eine Hauptbedingung der *Condictio*, das Geben aus Irrthum (l), hätte in einem solchen Fall stets gefehlt, und daneben kommt es gar nicht darauf an, ob die Schuld selbst gar nicht, oder unvollständig, oder vollständig vorhanden war.

Um diesen inneren Widerspruch zwischen den tatsächlichen Voraussetzungen und den Entscheidungsgründen unserer Stelle zu vermeiden, müssen wir annehmen, daß Julian bei dem Rechtsfall, den er beurtheilt, einen Verklagten voraussetzte, welcher die oben vorausgesetzte klare Einsicht in das Sachverhältniß nicht hatte, und daher nicht

(i) System B. 7 § 302. 303.

(l) System B. 3 C. 360 C.

(k) L. 65 § 1 *de cond. ind.* 447 fg.(12. 6), L. 2 C. *de transact.*

(2. 4).

in der eben erklärten Absicht, den Rechtsstreit zu Ende zu bringen, zahlte. Dieses läßt sich zunächst so denken, daß der Beklagte getäuscht war durch die irrige Nachricht, er sey bereits verurtheilt. Ferner ist es denkbar, daß der Beklagte von dem eingeleiteten Rechtsstreit überhaupt Nichts wußte, also nicht zahlen konnte in der Absicht, einen Rechtsstreit zu erledigen, sondern nur in der Absicht, eine ihm bekannte Schuld zu tilgen. Auch auf einen solchen Fall passen die Gründe der Stelle vollkommen. Derselbe läßt sich aber auf mancherlei Weise denken. Der ursprüngliche Schuldner kann gleich nach der Litiscontestation gestorben seyn, und sein Erbe zahlte die ihm bekannte Schuld, ohne von dem Rechtsstreit zu wissen. Ferner kann der Schuldner außer seinem Wohnort einen Vertrag geschlossen, und für den Ort des Vertrags die Zahlung versprochen, auch sogleich für mögliche künftige Streitigkeiten daselbst einen Anwalt bestellt, und diesem die Einlassung in eine mögliche Klage aufgetragen haben (m). Der Anwalt hat nun wirklich die Litiscontestation vorgenommen, und der Schuldner hat, ohne davon unterrichtet zu seyn, an seinem Wohnort gezahlt. Irgend einen Fall solcher Art muß Julian vor Augen gehabt haben, und vielleicht hatte er denselben in seiner vollständigen Stelle genau angegeben, wovon nur in dem Auszug des Paulus keine Spur übrig ist.

(m) Vgl. System B. 8 § 370.

An diese entscheidendste Stelle schließt sich eine andere, nahe verwandte Stelle an, die gleichfalls von Paulus herrührt (n):

Judex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest.

Hier ist nun die Ungerechtigkeit der Freisprechung geradezu ausgedrückt, die in der vorhergehenden Stelle durch die Worte *verum debitorem* eben so unzweifelhaft angedeutet war; es wird daran gleichfalls die Ausschließung der *condictio indebiti* angeknüpft, und dadurch die Fortdauer einer *naturalis obligatio* anerkannt. Der einzige, öfter geltend gemachte, Zweifel liegt in den Worten: *sua sponte*, die man so auffassen könnte: freiwillig, und mit vollständiger Einsicht in die wahre Lage der Sache, also ganz ohne Irrthum, so daß dieser mangelnde Irrthum, und nicht eine vorausgesetzte *naturalis obligatio*, der Grund wäre, weshalb die *Condictio* ausgeschlossen seyn sollte. Diese Erklärung muß jedoch gänzlich verworfen werden wegen der Worte: *si male absolvit*, die doch nicht ohne Bedeutung seyn können. Denn wenn der Beklagte nach einer gerechten Freisprechung wissentlich, ohne Irrthum, zahlt, wozu er mancherlei Gründe haben kann (etwa Großmuth, Mitleid, Aufrechthaltung seines Credits, da er nur sein Recht anerkannt sehen wollte), so ist gleichfalls die *Condictio* ausgeschlossen, und die Entscheidung

(n) L. 28 de cond. ind. (12. 6).

des Paulus wäre daher eben so wahr für den Fall: *si recte absolvit* (o), wodurch es ganz unmöglich wird, daß er die Worte: *si male absolvit* in die Stelle aufgenommen haben sollte, wenn diese den von den Gegnern vorausgesetzten Sinn hätte. Es bleibt also nur noch übrig, die Worte: *sua sponte* von meinem Standpunkte aus zu erklären. An sich nun liegt in diesen Worten nur die Freiwilligkeit, ohne Hindeutung auf den Beweggrund oder irgend einen Zustand des Bewußtseyns. Jene Worte sind in Wahrheit nur aufgenommen, um dem Leser das tatsächliche Verhältniß anschaulich zu machen. Man könnte nämlich Anstoß daran nehmen, daß der Freigesprochene gezahlt haben sollte. Der Verurtheilte zahlt, weil ihn der Richter dazu zwingt, oder weil er diesem Zwang vorbeugen will, also stets wider seinen Willen; diese Gründe freilich fallen bei dem Freigesprochenen weg, so daß er stets freiwillig handelnd gedacht werden muß, womit jedoch ein irrthümliches Handeln eben so vereinbar ist, als ein wissentliches.

Wir müssen nun ferner behaupten, daß nach der ungerechten Freisprechung des Hauptschuldners die früher gestellte Bürgschaft fortwirkt, und eine neue Bürgschaft eingegangen werden kann. Dieses folgt aus dem oben

(o) *L. 26 § 3 de cond. ind.* poterat; quare hoc quoque re-
 (12. 6) „Indebitum . . . accipi- peti poterit, nisi sciens se tu-
 mus . . . et si per aliquam ex- tum exceptione solvit.“
 ceptionem perpetuam peti non

erwiesenen allgemeinen Grundsatz, nach welchem eine gültige Bürgschaft auch für eine klaglose Obligation übernommen werden kann (§ 8. m). Es findet sich dafür aber auch eine merkwürdige indirecte Anerkennung in einer Stelle des Ulpian (p), nach welcher während des Rechtsstreits eine Bürgschaft übernommen werden darf; als Grund wird angegeben, daß ja in der eingeklagten Schuld außer dem civilen, auch ein natürlicher Bestandtheil enthalten sey. Dieser Grund stimmt auf merkwürdige Weise überein mit der oben erklärten Stelle des Julian; Ulpian will damit sagen: selbst für den Fall, daß der Beklagte freigesprochen werden sollte, ja selbst, wenn die Bürgschaft erst nach der Freisprechung übernommen wäre, würde der natürliche Bestandtheil der Obligation fortbauern, und zur Aufrechthaltung der Bürgschaft hinreichen. — Nur ist freilich eine solche Bürgschaft von beschränkter Wirksamkeit. Denn wenn der Bürge verklagt wird, so kann er sich durch die *exceptio rei judicatae* schützen, gerade so, wie Dieses oben in Folge des *Sc. Macedonianum* dargethan worden ist; also nicht unbedingt, da er ja nicht den Rechtsstreit geführt hat, sondern nur, in sofern er den Regreß gegen

(p) *L. 8 § 3 de fid.* (46. 1)
 „Et post litem contestatam fidejussor accipi potest, quia et civilis et naturalis subest obligatio; et hoc et Julianus admittit, eoque jure utimur.“
 Die Anwendung auf den Fall der

nachher erfolgten Freisprechung ist in der Stelle (wenigstens so weit sie in die Digesten aufgenommen ist) nicht ausgedrückt; wohl aber folgt nun eine Anwendung auf den Fall der Verurtheilung.

den Hauptschuldner haben würde, wodurch Diesem sein Recht aus der Freisprechung vereitelt werden würde, wenn man dem Bürgen die *Exceptio* versagen wollte (q).

Eine ähnliche Bewandniß hat es mit dem Pfandrecht nach der ungerechten Freisprechung des Schuldners von der Schuldklage. Das Pfandrecht wirkt auch neben einer klaglosen Obligation (§ 8. o), also auch nach der ungerechten Freisprechung. Wird aber die *hypothecaria actio* gegen den besitzenden Schuldner selbst angestellt, so hat dieser dagegen die *exceptio rei judicatae*, und in sofern kann man sagen: *pignus liberatur*. Gegen einen dritten Besitzer aber unterliegt die Klage dieser Beschränkung nicht (r).

Endlich ist auch noch die Compensation in dieser Beziehung zu erwähnen. Eine Forderung muß selbst nach der ungerechten Freisprechung zur Compensation benutzt

(q) In *L. 7 § 1 de except.* (44. 1) wird dem Bürgen die *exceptio rei judicatae*, scheinbar unbedingt, eingeräumt; zugleich wird aber dieser Fall gleich gestellt mit dem der *exc. Sc. Macedoniani*; diese aber gebührt nur dem zum Regreß berechtigten Bürgen (§ 10. mm). Dieselbe Beschränkung auch auf die *exceptio rei judicatae* des Bürgen anzuwenden, sind wir berechtigt, theils durch die eben erwähnte Zusammenstellung beider *Exceptionen*, theils durch die oben im Text angegebenen inneren Gründe.

(r) Die Hauptstellen sind *L. 27 de pign.* (20. 1), und *L. 13 quibus modis pign.* (20. 6). Vgl. System B. 5 § 250. g. — Die Ausschließung des dritten Besitzers von der *Exceptio* ist nur zu verstehen von dem Besitzer, der mit dem Schuldner in keinem Rechtszusammenhang steht. Ist er auch nur *Singularsuccessor* des Schuldners, so hat er die *Exceptio* allerdings. Vgl. System B. 6 § 301. h. i.

werden können, weil dazu jede klaglose Obligation tauglich ist (s). Wenn jedoch der Beklagte diese Compensation durch *doli exceptio* geltend machen will, so wird ihm diese durch eine *replicatio rei judicatae* entkräftet, worin sich also abermals die sehr beschränkte Wirksamkeit dieser fortbauernenden *naturalis obligatio* zeigt, auf welche schon oben (am Schluß des § 8) hingewiesen worden ist.

Bei dieser ganzen Untersuchung sind bisher die Folgen der ungerechten Freisprechung in derjenigen Gestalt erwogen worden, in welcher allein dieselben im Justinianischen Recht erscheinen, nämlich in der Gestalt einer *exceptio rei judicatae*. Die Vollständigkeit erfordert aber auch noch einen Rückblick auf das frühere Recht. Hier stand die Sache so, daß gerade in den wichtigsten, vornehmsten Fällen die Freisprechung eine weit durchgreifendere Wirkung hervorbrachte. Wenn nämlich in einem *legitimum iudicium* mit einer *juris civilis intentio* geklagt wurde, so war eine *exceptio rei judicatae* nicht nöthig, indem zuerst

(s) S. o. § 8. i. — Ein Zeugniß freilich läßt sich für diese Möglichkeit der Compensation nicht anführen. Insbesondere darf darauf nicht bezogen werden *L. 2 C. de comp.* (4. 31), die freilich auf verschiedene Weise gedeutet werden kann, und auch gedeutet worden ist. Die durch den inneren Zusammenhang gerechtfertigte Erklärung ist aber folgende. „Wer in Folge einer rechtskräftigen Ver-

urtheilung zahlt, kann das Gezahlte in keinem Fall zurück fordern (auch wenn er jetzt die Nichtschuld beweisen wollte), also auch nicht diese Rückforderung als Compensationsmittel gebrauchen. Hat er aber noch nicht gezahlt, und wird mit der *judicati actio* auf Zahlung belangt, so kann er ohne Zweifel eine ihm zustehende (andere) Gegenforderung als Compensation entgegen setzen.“

die Litiscontestation, und dann abermals das Urtheil, das ganze bisherige Rechtsverhältniß ipso jure zerstörte (t). Der irrig freigesprochene wirkliche Schuldner war also nun ipso jure frei geworden, und es fragt sich, wie es daneben mit der Fortdauer der naturalis obligatio stand. Es wäre denkbar, daß hier die erwähnte durchgreifendere Wirkung des Urtheils auch die naturalis obligatio völlig vernichtet hätte. Obgleich wir nun über diese Frage keine Zeugnisse haben, so ist doch die angegebene Möglichkeit als höchst unwahrscheinlich zu verwerfen. Denn die ganze hier erwähnte Rechtsform war im höchsten Grade positiv, noch weit mehr, als die Aufrechthaltung der ungerechten rechtskräftigen Urtheile überhaupt; dem jus gentium war jene Rechtsform durchaus fremd, und wir dürfen also bestimmt annehmen, daß im alten Recht auch in jenen strengeren Fällen die naturalis obligatio fortbauerte, und daß die exceptio rei judicatae, die für alle übrigen Prozesse als Surrogat eintrat, und im neuesten Recht allein übrig ist, gerade in diesem Punkt von jener strengeren Rechtsform gar nicht verschieden war.

Noch weit verwerflicher aber würde es seyn, wenn man für das alte Recht einen Unterschied der erwähnten beiden Rechtsformen in entgegengesetzter Richtung annehmen

(t) GAJUS Lib. 4 § 106. 107. Lib. 3 § 180. 181. Diese strengere Form trat also namentlich ein bei allen Prozessen, die in der Stadt Rom über Darlehen, Stipulationen und andere Contracte geführt wurden.

wollte. Diese Annahme hätte den Sinn, daß man in den strengeren Fällen die Fortdauer einer naturalis obligatio für den Freigesprochenen zugelassen hätte, anstatt daß in den übrigen, freier behandelten, Fällen die naturalis obligatio durch das freisprechende Urtheil zerstört worden wäre. Eine solche Annahme widerspricht aller Analogie natürlicher Rechtswirkung. Das strengere Institut der alten, durch den Buchstaben beherrschten Zeit mußte dann eine schwächere Wirkung hervorgebracht, und mehr Respect vor dem jus gentium gehabt haben, als das freiere Institut der neueren Zeit, auf dessen Ausbildung das freie Denken der Juristen nicht ohne Einfluß bleiben konnte!

Ich kehre jetzt zu dem Eingang dieser ganzen Untersuchung zurück, um die Stellung anderer Schriftsteller zu unserer Streitfrage näher anzugeben. Bis auf die neueste Zeit ist dieselbe mit großem Eifer und Geschick behandelt worden, und es hat keiner der beiden Meinungen an namhaften Vertretern gefehlt.

Gegen die Fortdauer der naturalis obligatio haben sich erklärt: Bangerow, Pfordten und Wächter (u). Unter ihnen hat besonders Pfordten ungemaine Sorgfalt auf diese Untersuchung verwendet, und vorzüglich auch die

(u) Bangerow B. 1 (1839) 153, und: PFORDTEN diss. de § 173, wo auch viele frühere obligationis civilis in naturaliem Schriftsteller angeführt werden. — transitu (Lips. 1843) §. 7. — Pfordten im Archiv für civil. Wächter Erörterungen §. 3 Praxis B. 24 (1841) S. 108— (1846) S. 27—34.

Dogmengeschichte im Einzelnen dargestellt. Er, wie alle Anderen, erkennt an, daß in unseren Rechtsquellen die oben ausführlich erläuterte Entscheidung des Julian (Note f) den Mittelpunkt der Untersuchung bilde, und er sucht die Beweisraft derselben für die entgegengesetzte Meinung in folgender Weise zu beseitigen (v). Die *naturalis obligatio* soll allerdings fortgebauert haben in den Fällen des alten Rechts, worin die Freisprechung das bisherige Recht des Glaubigers *ipso jure* zerstörte (Note t), in allen übrigen Fällen nicht. Der Ausspruch des Julian soll auf einen jener Fälle gegangen seyn, also für das neueste Recht, worin das besondere Recht derselben verschwunden ist, keine Bedeutung mehr haben. — Ich habe nun schon oben zu zeigen gesucht, daß der im älteren Recht enthaltenen Unterscheidung der Fälle, in welchen ein Urtheil *ipso jure* oder *per exceptionem* wirkte, auf die Fortdauer der *naturalis obligatio* gar kein Einfluß zuzuschreiben ist, am wenigsten der von Pfordten behauptete Einfluß (höchstens noch etwa der gerade entgegengesetzte). Aber selbst davon abgesehen, ist diese Auslegung des Ausspruchs von Julian aus zwei anderen Gründen völlig verwerflich. Erstlich, weil die Voraussetzung eines solchen Falles ganz willkürlich in die Stelle hinein getragen werden muß, da kein Wort derselben darauf hindeutet. Zweitens, weil wir dadurch zu der Annahme genöthigt werden, die

(v) Pfordten S. 140—153.

Compilatoren hätten, aus einem schwer zu begreifenden Versehen, dieses Zeugniß für die Fortdauer einer naturalis obligatio in die Digesten aufgenommen, während zu ihrer Zeit eine solche Fortdauer für keinen Fall mehr hätte vorkommen können.

Für die Fortdauer der naturalis obligatio, also für die von mir vertheidigte Meinung, sprechen sich aus: Buchta und Fein (w).

Gewissermaßen eine mittlere Stellung nehmen ein: Kierulff und Buchta (x). Für das Römische Recht nehmen auch sie die Fortdauer an, allein im heutigen Recht soll es damit anders seyn; man sieht nicht recht, wie und warum. Kierulff insbesondere tabelt die Römischen Juristen wegen der von ihnen angenommenen Fortdauer, die nur aus der Beschränktheit jener Juristen zu erklären sey, welche es ihnen schwer machte, sich von ihrem republikanischen Dogma los zu arbeiten.

10. Verjährung einer Schuldklage.

Ueber die Wirkung dieser Verjährung ist von jeher großer Streit gewesen. Am wenigsten Beifall hat die Meinung gefunden, nach welcher (wenigstens in manchen Fällen) die Obligation ipso jure zerstört werden sollte,

(w) Buchta Pandekten § 293. — G. Fein, Archiv B. 26 (1843) S. 161—200, S. 359—400, wo sich auch eine ausführliche Widerlegung von Pfordten findet, S. 376.

(x) Kierulff Civilrecht B. 1 (1839) S. 43. — Buchta Einfluß des Processes Th. 1 (1846) S. 315 fg., Th. 2 S. 200.

mit Inbegriff der naturalis obligatio. Fast Alle sind darüber einig, daß die Verjährung nur per exceptionem die Klage aufhebe, und der Streit betrifft (so wie bei der irrigen Freisprechung) nur die Frage, ob daneben eine naturalis obligatio fortbauere. Ich habe mich bereits an einem anderen Orte ausführlich für die Fortdauer ausgesprochen (y), und darf daher hier im Ganzen auf jene Ausführung verweisen. Nur muß ich dieselbe noch durch die Prüfung der Gründe eines neuerlich aufgetretenen Gegners ergänzen (z). Pfordten geht in den von mir aufgestellten Grundsatz ein, nach welchem die naturalis obligatio unberührt bleibe, wenn eine Aufhebung der Obligation nicht im jus gentium gegründet sey, behauptet aber, gerade die Klagverjährung sey in der That in demselben gegründet. Deshalb behauptet er, die naturalis obligatio gehe durch die Verjährung unter, nur mit Ausnahme der durch ein Pfandrecht bestärkten Obligationen. Die Ableitung aus dem jus gentium will er dadurch beweisen, daß die Verjährung vom Prator eingeführt sey, dieser aber die Regeln des jus gentium befolgt habe. — Diese Gründe muß ich für ganz unhaltbar erklären. Die Klagverjährung kann nicht aus dem jus gentium herkommen, schon weil sie eine ganz willkürliche, völlig positive Natur hat, wie jede Regel, deren Anwendung auf Zahlenver-

(y) System B. 5 § 248—251.

(z) PFORDTEN § 6 der in der Note u. angeführten lateinischen Schrift.

hältnissen beruht (aa). Ferner auch deswegen nicht, weil bei den Römern selbst, die meisten und wichtigsten Klagen bis in die Zeit der christlichen Kaiser ganz ohne Verjährung waren, die daher von ihnen unmöglich als ein gemeinsames Rechtsinstitut aller gesitteten Völker angesehen werden konnte. — Außerdem kann nicht zugegeben werden, daß die Klagverjährung ein Erzeugniß des prätorischen Edicts seyn soll. Die Prätores haben nur die von ihnen selbst eingeführten Klagen (die sie nach Willkür beschränken konnten) durch den Gebrauch innerhalb eines Jahres bedingt, alle Civilklagen, also die meisten und wichtigsten Klagen, erhielten ihre Verjährung nicht durch das Edict, sondern durch Kaisergesetze, also durch das Civilrecht. — Endlich, wenn auch diese Gründe nicht vorhanden wären, müßte jene Ansicht schon deswegen verworfen werden, weil es ganz irrig ist, das prätorische Recht mit dem jus gentium zu identificiren: Allerdings ist in das Edict Vieles aus dem jus gentium übergegangen; aber ein großer Theil des Edicts hat gar nicht diesen Ursprung (bb).

11. Prozeßverjährung einer Schuldklage.

Nach altem Recht sollte jedes Klagerecht dem Kläger verloren seyn, wenn der Prozeß eine gewisse Zeit gedauert

(aa) Die regelmäßigen Klagverjährungen schwanken zwischen einem Jahr und dreißig Jahren; einzelne gehen bis zu sechs Monaten herab, und bis zu hundert Jahren hinauf.

(bb) Gegen diese Identificirung des jus gentium mit dem jus honorarium habe ich schon an einem anderen Orte gewarnt. System B. 1 § 22 S. 118.

hatte, ohne durch Urtheil entschieden zu seyn (cc). Diese Regel war augenscheinlich dem jus gentium fremd, und daher mußte die naturalis obligatio fortbauern.

Diese Fortbauer ist auch theils unmittelbar ausgesprochen, theils in den wichtigsten Wirkungen anerkannt: namentlich in der Ausschließung der *condictio indebiti*, und in der Fortdauer des Pfandrechts (dd).

12. Jus iniquum.

Wenn eine mit richterlicher Gewalt versehene obrigkeitliche Person einen willkürlichen neuen Rechtsatz geltend macht, so muß dieselbe in ihren künftigen eigenen Rechtsachen denselben Rechtsatz zu ihrem Nachtheil sich gefallen lassen. Dieselbe Strafe trifft auch die Partei, die durch ihren Antrag jene Ungerechtigkeit veranlaßte (ee).

Dadurch kann unter andern veranlaßt werden, daß eine solche Person, wenn sie eine an sich wohlbegründete Schuldforderung hat, dennoch mit ihrer Klage aus derselben zurück gewiesen werden muß. Allein dieser Nachtheil, so wie jede andere Strafe, ist dem jus gentium

(cc) GAIUS Lib. 4 § 104. 105.

(dd) L. 8 § 1 *ratam rem* (46. 8) „... quia naturale debitum manet.“ — L. 30 § 1 *ad L. Aqu.* (9. 2). In beiden Stellen ist die Rede von einem Glaubiger „qui litem amisit“, einmal auch „quod litem tempore amisit.“ Schon dieser abwechselnde zweite Ausdruck beweist, daß das litem amittere hier

nicht von einer Freisprechung (die wir wohl ein Verlieren des Prozesses nennen) verstanden werden darf, sondern von der Prozeßverjährung. Vgl. System B. 5 § 249. d. Keller *Litiscontestation* S. 158. 159. PFORDTEN (Note u) § 5.

(ee) L. 1 § 1 *quod quisque juris* (2. 2).

fremd, daher wirkt eine solche Schuld dennoch als *naturalis obligatio*, und wenn der Schuldner, obgleich aus Irrthum, zahlt, kann er das Gezahlte nicht mit der *condictio indebiti* zurück fordern (ff).

§. 12.

II. Arten der Obligation. *Civilis* und *naturalis obligatio*. Einzelne Fälle der *naturalis*.

(Fortsetzung.)

Es folgen nun mehrere Fälle, die zwar auch mitunter als Fälle der *naturalis obligatio* bezeichnet werden, jedoch nicht im vollen Maße dafür gelten können, sondern nur einzelne Erscheinungen derselben darbieten.

1. Dahin gehört zuerst das Verhältniß einer Ehefrau, welche ihrem Manne eine Dos giebt, in der irrigen Meinung, dazu (etwa durch Vertrag) verpflichtet zu seyn. Alles, was sie in dieser Weise giebt, soll sie, ungeachtet des Irrthums, nicht zurückfordern können, weil sie eine natürliche Verpflichtung zur Dotation habe (a). Hier er-

(ff) *L. 3 § 7 eod.* „*Ex hac causa solutum repeti non posse Julianus putat; superesse enim naturalem causam, quae inhibet repetitionem.*“ — Diese Strafe tritt überall nur ein *adversario postulante*. *L. 1 § 1 L. 3 § 2 eod.* In dem hier erwähnten Fall der Anwendung also muß die Klage gedacht

werden als *per exceptionem* gehemmt.

(a) *L. 32 § 2 de cond. ind.* (12. 6) „*Mulier, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit. Sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa,*

scheint also das *solutum non repetere*, dessen Umfang und Gränze durch das Geben selbst völlig bestimmt wird. Dagegen ist von den übrigen Wirkungen nicht die Rede, und in der That würden dieselben auch, wegen des unbestimmten Gegenstandes, nicht anwendbar seyn. So z. B. läßt es sich nicht denken, daß der Mann, wenn er etwa von der Frau aus einem Vertrage verklagt würde, dagegen mit jener natürlichen Verpflichtung compensiren dürfte. Denn es ist gar nicht gesagt, daß die Frau verpflichtet sey, gerade ihr ganzes Vermögen als *Dos* zu geben, so

ex qua solutum repeti non potest.“ Der Name *naturalis obligatio* kommt hier freilich nicht vor, sondern es heißt: *pietatis causa*, aber die daran unmittelbar geknüpfte Folge des *solutum non repetere*, rechtfertigt es, wenn dieser Ausdruck hier auf eine *naturalis obligatio* gedeutet wird. — Buchta (Cursus B. 3 S. 66) verneint in diesem und in dem folgenden Fall das Daseyn einer wahren *naturalis obligatio*, und nimmt blos eine sittliche Verpflichtung an, wodurch die Rückforderung zu einer Unsitlichkeit werde, die das Recht nicht unterstützen dürfte. Allein diese Unsitlichkeit läßt sich nicht unbedingt behaupten, wird vielmehr sehr von individuellen Umständen abhängen; auf der anderen Seite aber giebt es gar mancherlei sittliche Verpflicht-

tungen (*pietatis causae*), wie Wohlthätigkeit, Verwandtenliebe u. s. w., worin doch gewiß nicht das *solutum non repetere* für den Fall irriger Zahlungen anzuwenden ist. Buchta scheint zu viel Gewicht auf den Ausdruck: *pietatis causa* zu legen, der übrigens in dem folgenden Fall nicht vorkommt. — Dieselbe *naturalis obligatio* übrigens, die hier bei der Ehefrau zur Bestellung einer *Dos* anerkannt wird, soll auch gelten für den Vater der Frau, der eine *Dos* durch Stipulation für die Tochter bestellt, in der falschen Meinung, er sey Schuldner der Tochter. L. 46 § 2 *de j. dot.* (23. 3). Ein Fremder würde, im Fall eines solchen Irrthums, sowohl eine Klage auf Befreiung, als eine *doli exceptio* gehabt haben. L. 7 *pr.* § 1 *de doli exc.* (44. 4).

daß also gar nicht zu ermitteln seyn würde, mit welcher Summe der Mann compensiren dürfe.

Vielleicht bestand das wichtigste Interesse bei Aufstellung jener Regel darin, daß man auf recht sichere Weise jeden Gedanken an eine Schenkung ausschließen wollte. Auf der einen Seite war jede Schenkung unter Ehegatten verboten, und für nichtig erklärt, auf der anderen Seite wurde die Bestellung einer Dos, besonders von Seiten der Ehefrau, für natürlich und wünschenswerth erkannt, sie mochte nun vor der Ehe, oder in der Ehe, geschehen. Dieser scheinbare Widerspruch konnte nicht sicherer beseitigt werden, als durch die Annahme einer *naturalis obligatio* der Frau zur Dotation, wobei der Umfang unbestimmt blieb, wodurch aber jede wirkliche Bestellung (auch wenn sie aus Irrthum geschah) zur Zahlung einer Schuld wurde, die den Begriff der Schenkung völlig ausschloß (b).

2. Eine ganz ähnliche Natur haben die Dienstleistungen eines Freigelassenen an den Patron. Diese sind theils *fabriles* (Handwerks- oder Kunst-Arbeiten), theils *officiales* (persönlicher Dienst). Von den ersten ist hier nicht die Rede, wohl aber von den zweiten, welche sich lediglich auf das persönliche Patronatsverhältniß beziehen, anstatt daß die ersten ganz dieselbe Natur haben, sie mögen nun dem Patron oder einem Fremden versprochen und geleistet werden (c).

(b) Vgl. System B. 4 S. 53.
54. 82. 174.

(c) L. 6 L. 9—12 *de op. libert.* (38. 1).

Auf die *officiales operae* nun hatte der Patron kein Klagerrecht, wenn sie nicht durch Vertrag versprochen waren, wohl aber bestand dafür eine klaglose Obligation. Die Wirkung derselben war die, daß der Freigelassene, welcher sie aus der irrigen Annahme eines Vertrags in Natur geleistet, oder durch Geld abgelöst hatte, deshalb keine *condictio indebiti* anstellen konnte (d). Andere Wirkungen, wie die Compensation u. s. w., konnten nicht eintreten, aus demselben Grunde, welcher oben bei der *Dos* geltend gemacht worden ist, indem das an sich ganz unbestimmte Object der Obligation erst durch die wirkliche Leistung bestimmt, und dadurch zu einer juristischen Wirkung fähig gemacht wird.

3. Actio de peculio.

Wenn wegen der Schuld eines Sklaven oder Sohnes der Hausvater mit der *actio de peculio* verklagt wird, so genießt er den Vortheil, daß er nicht mehr zu zahlen braucht, als jetzt (zur Zeit des Urtheils) an Vermögenswerth im *Peculium* vorhanden ist. Zahlt er nun aber freiwillig mehr, als Dieses, und zwar auf Irrthum, so soll er dennoch das Gezahlte nicht zurück fordern dürfen (e).

(d) *L. 26 § 12 de cond. ind.* (12. 6) „... *condicere eum non posse . . . natura enim operas patrona libertus debet.*“ Hier steht in der That der Ausdruck: *natura debet* (gleichbedeutend mit *naturalis obligatio*), der bei der *Dos* fehlte (Note a).

Pucta, der beide Fälle ganz gleich behandelt, ist nun genöthigt, anzunehmen, der Ausdruck sey hier in einem uneigentlichen Sinn, zur Bezeichnung einer bloß sittlichen Verpflichtung, gebraucht.

(e) *L. 11 de cond. ind.* (12. 6) „*Si is, cum quo de*

Diese unzweifelhafte Bestimmung möchte man als Kennzeichen und Beweis einer naturalis obligatio, also einer unvollständigen, klaglosen, Obligation ansehen wollen. Dennoch muß bei genauerer Erwägung diese Ansicht aufgegeben werden.

Der Hausvater, der ein Peculium giebt, verpflichtet sich dadurch unbedingt für alle künftigen Rechtsgeschäfte des Empfängers, ohne Rücksicht auf den zu irgend einer Zeit vorrätigen Geldwerth des Peculium. Die Beschränkung auf diesen Werth betrifft gar nicht die Schuld selbst, sondern die augenblickliche Execution; nach der Sprache des alten Prozesses steht dieselbe nicht in der intentio (die stets auf die volle Schuld gerichtet war), sondern in der condemnatio: der Verklagte schützt sich also gegen die vollständige Verurtheilung nur durch eine dilatorische Exception. Die Folge davon ist die, daß, bei einem künftigen Zuwachs des Peculium, der jetzt ausfallende Theil der Schuld nachträglich eingeklagt werden kann (f), woraus unwiderprechlich folgt, daß die Schuld an sich zu allen

peculio actum est, per imprudentiam plus, quam in peculio est, solverit, repetere non potest.“

(f) L. 30 § 4 de pec. „Is, qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest.“ Damit hängt es auch zusammen, daß der Werth des Peculium nach

der Zeit des Urtheils, nicht der angestellten Klage, abgemessen wird. L. 30 pr. L. 32 § 1 eod. — Ueber die Einwirkung einer dilatorischen Exception auf eine Schuld vgl. L. 55 de V. S. (50. 16) „... qui autem temporalem exceptionem timet, similis est conditionali creditori.“ — (Vgl. System B. 5 S. 175—177.)

§. 12. Arten. Naturalis obligatio. Einzelne Fälle (Fortf.). 105
Zeiten auch als civilis obligatio auf den vollen Betrag
vorhanden gewesen ist.

Auf den ersten Blick scheint Dieses im Widerspruch
zu stehen mit der Regel, nach welcher das richterliche
Urtheil als abweisend gelten soll für jeden Theil des streitigen
Gegenstandes, der darin nicht aufgenommen ist (g),
woraus man eine Einrede der Rechtskraft ableiten könnte
gegen die künftige Nachforderung des Ausfalls. Man
muß daher das frühere Urtheil stets so auffassen, daß es
der beschränkten Verurtheilung den Vorbehalt einer künftigen
Klage auf den Ausfall hinzufügt. Ob, und in
welchen Ausdrücken, dieser Vorbehalt ausgesprochen wird,
ist eine untergeordnete, lediglich formelle, Frage. Im
Römischen Prozeß möchte dieser Vorbehalt am einfachsten
durch eine, dem Beklagten auferlegte, Caution zu be-
wirken gewesen seyn.

4. Beneficium competentiae.

Das sogenannte beneficium competentiae führt ganz
dasselbe Rechtsverhältniß mit sich, welches so eben bei der
actio de peculio ausführlich dargestellt worden ist. Wenn
Der, welchem dieser Vortheil zusteht, z. B. der mit der
actio pro socio Verklagte, weniger aufbringen kann, als
die Schuld selbst beträgt, so wird er nur auf einen Theil
der Schuld verurtheilt; zahlt er aus Irrthum das Ganze
(etwa durch fremde Unterstützung), so kann er das Gezahlte

(g) System B. 6 S. 303.

nicht zurück fordern (h), wodurch also auch für diesen Fall der Schein einer bloßen naturalis obligatio entsteht. Es ist aber bloßer Schein, so wie in dem vorhergehenden Falle. Die volle Schuld hat zu allen Zeiten, auch als civilis obligatio, bestanden, und durch eine dilatorische Exception hat der Beklagte nur die augenblickliche Verurtheilung, also die Execution, auf das Ganze abgewendet, und der Unterschied von anderen, gewöhnlichen Schuldfällen zeigte sich im alten Prozeß nur in der condemnatio, nicht in der intentio. Daß Dieses in der That so ist, geht unwidersprechlich daraus hervor, daß die (stets fortdauernde) civilis obligatio durch neue Klage auf den gegenwärtigen Ausfall geltend gemacht werden kann, sobald der Schuldner neues Vermögen erwirbt (i).

(h) *L. 8. 9 de cond. ind.* (12. 6).

(i) *L. 8 C. soluto matr.* (4. 18). — Der Sicherheit wegen kann auch gleich jetzt dem Beklagten eine promissorische Caution für den Fall künftiger Vermehrung des Vermögens auferlegt werden. *L. 63 § 4 pro soc.* (17. 2). Es würde ganz unrichtig seyn, die Möglichkeit einer neuen Klage und den Anspruch auf Caution entweder für eine Verschiedenheit der beiden hier zusammengestellten Klagen,

oder für älteres und neueres Recht zu halten, und aus diesen Voraussetzungen das Verhältniß der angeführten drei Stellen (Note f und i) zu erklären. Es sind nur zufällig verschiedene Erwähnungen eines und desselben Rechtsfalles. — Mit Recht aber tadelt es G. Fein, Archiv B. 26 S. 386, daß ich früherhin den Fall des s. g. beneficium competentiae mit den Fällen der wahren naturalis obligatio auf gleiche Linie gestellt habe.

In folgenden Fällen, in welchen wohl auch eine naturalis obligatio von Manchen behauptet wird, ist noch weniger Grund oder Schein zur Annahme einer solchen, als in den so eben dargestellten.

Gelegentlich wird in unseren Rechtsquellen erwähnt, durch Schenkung könne man den Beschenkten naturaliter zur Wiedervergeltung verpflichten; das ist aber augenscheinlich in einem bloß factischen, nicht juristischen Sinn gesagt, so daß z. B. das solutum non repetere darauf gewiß nicht gegründet werden könnte (k).

Eben so ist in anderen Fällen die Rede von Handlungen, die aus Ehrgefühl, oder mit Rücksicht auf Sitte und Anstand geschehen. Dahin gehört der Fall, wenn ein Erbe die auferlegten Legate oder Fideicommissa vollständig auszahlt, da, wo er nach allgemeinen Rechtsregeln, oder selbst nach der Vorschrift des Verstorbenen, einen Abzug machen könnte (l). Es würde ganz unrichtig seyn, darauf den Begriff einer naturalis obligatio mit ihren besonderen Folgen (§ 8) anzuwenden. Dagegen haben diese Fälle allerdings eine eigenthümlich juristische Natur, nur von ganz anderer Art. Es kann nämlich durch den angege-

(k) L. 25 § 11 *de her. pet.* (5. 3) „... quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverint.“ L. 54 § 1 *de furtis* (47. 2) „beneficii debitorem sibi adquirere. Vgl. System B. 4 § 153. h. i. k.

(l) L. 5 § 15 *de don. int. vir.* (24. 1) „plenius officium fidei praestandae.“ L. 2 *C. de fid.* (6. 42) „cum ex conscientia relictis fideicommissi defuncti voluntati satisfactum esse videatur.“

benen Beweggrund die Absicht einer Schenkung ausgeschlossen seyn, wodurch dann auch das besondere Recht der Schenkung unanwendbar wird (m).

Noch weit wichtiger aber ist die Ablehnung der von Vielen angenommenen *naturalis obligatio* in den zahlreichen Fällen, worin die Entstehung einer Obligation durch positive Gesetze von zwingender Natur unterfagt ist. Weil nämlich solche Verbote dem *jus gentium* fremd sind, so haben Viele das Daseyn und die Wirkungen einer *naturalis obligatio* angenommen, ohne zu erwägen, daß jedes Gesetz der hier bezeichneten Art auch durch das *jus gentium* in jedem einzelnen Staate anerkannt werden muß. Der hierin liegende Irrthum ist schon oben nachgewiesen worden (§ 7. t. u). Dahin gehören die Obligationen aus wucherlichen Verträgen, aus Spielschulden, aus Verträgen eines Verschwenders, die außergerichtlichen Vergleiche über Alimente (n) u. s. w.

Die Anwendung dieser wichtigen Regel hängt ab von einer richtigen Gränzbestimmung für die oben erwähnte Gattung von Gesetzen. In den meisten Fällen freilich wird die Gränze unverkennbar seyn. Dagegen giebt es allerdings auf der Gränze liegende, zweifelhafte Fälle, worin Alles darauf ankommt, die besondere Absicht des einschlagenden Gesetzes genau zu erforschen, indem weder der Begriff eines positiven Gesetzes überhaupt, noch der

(m) System B. 4 S. 83. 84.

(n) L. 8 pr. § 17 de transact. (2. 15), L. 8 C. eod. (2. 4).

§. 13. Arten. *Naturalis obligatio*. Einzelne Fälle (Fortf.). 109
eines absoluten Gesetzes, für diesen Zweck ausreicht (o).
Von diesem Standpunkt aus läßt es sich allein erklären,
warum das *Sc. Macedonianum* eine *naturalis obligatio*
neben seinem Verbote bestehen läßt, das *Sc. Vellejanum*
aber nicht (p).

Zum Schluß muß noch bemerkt werden, daß bei den
Römischen Juristen für manche Fälle die Entstehung einer
naturalis obligatio, und ihre Wirksamkeit als Grundlage
einer Bürgschaft, oder als Tilgung einer bestehenden
gültigen Obligation durch *Novation*, zweifelhaft und be-
stritten war (q).

§. 13.

II. Arten der Obligation. *Civilis* und *naturalis*
obligatio. Einzelne Fälle der *naturalis*.
(Fortsetzung.)

Um die hier abgehandelten Fälle der *naturalis obligatio*
in ihrem vollständigen Zusammenhang zur Anschauung zu
bringen, ist es nöthig, einen höheren Standpunkt zu neh-
men, und die verschiedenen Arten gültiger und ungültiger
Obligationen überhaupt in Erwägung zu ziehen.

(o) System B. 8 § 349.

(p) System B. 5 S. 375. 379.

(q) GAIUS Lib. 3 § 119. 179.

Der normale Zustand einer Obligation, welcher zugleich der häufigste ist, besteht in der Vollgültigkeit nach allen Seiten hin, nach der Seite des jus civile, wie des jus gentium, wobei der Ursprung der Obligation (§ 5) ganz gleichgültig ist.

Der absolute Gegensatz dieses Falles besteht in der völligen Verneinung einer gültigen Obligation, sowohl nach jus civile, als nach jus gentium.

In der Mitte liegen mancherlei Fälle unvollständiger Gültigkeit, bei welchen folgende drei, von einander unabhängige, Gegensätze in Betracht kommen, deren Verwickelung nicht selten Mißverständnisse hervorgerufen hat.

Erstlich kann die Obligation ungültig seyn oder werden, je nachdem die Ungültigkeit von Anfang an vorhanden ist, oder erst durch ein späteres Ereigniß bewirkt wird (a). Für die Wirkung ist dieser Unterschied gleichgültig.

Zweitens kann die klagbare Obligation ungültig seyn oder werden entweder ipso jure, oder per exceptionem (b). Die wichtigste Bedeutung dieses Gegensatzes zeigte sich im Römischen Prozeß, indem der Jurer das ipso jure in allen Fällen zu beachten hatte, das per ex-

(a) In Anwendung auf die naturalis obligatio, die selbst eine Art unvollständiger Obligation ist (§ 7) drückt Dieses Puchta (Pandekten § 237) recht passend so aus: Der Grund derselben liege

entweder in der unvollkommenen Entstehung oder in der unvollkommenen Aufhebung einer Obligation.

(b) Vgl. System B. 5 § 225 bis 228.

ceptionem, bei manchen Klagen, nur, wenn es in der Formel ausgedrückt war; diese Bedeutung ist für uns verschwunden. Allein es liegt dabei zum Grunde ein allgemeinerer, tiefer liegender Gegensatz, der auch für das heutige Recht vorhanden und nicht unwichtig ist, nur mit dem Unterschied, daß uns die bestimmten Formen fehlen, wodurch die Römer für die leichte und sichere Erkennbarkeit des einen oder anderen Falles gesorgt hatten (c). Das Wesen jenes allgemeinen, bleibenden Gegensatzes besteht aber darin, daß im Fall des ipso jure ein Recht des Gläubigers gar nicht vorhanden ist, im Fall des per exceptionem dagegen der Schuldner ein persönliches, selbstständiges Recht hat, jenes (an sich vorhandene) erste Recht zu behandeln, als ob es nicht vorhanden wäre (d).

Drittens kann die Gegenwirkung, aus welcher irgend eine Ungültigkeit hervorgeht, ihren Grund haben entweder im jus civile allein, oder im jus gentium allein. Ist sie dagegen in beiden zugleich gegründet, so tritt der oben

(c) Ob die Verpflichtung aus einer Stipulation ipso jure, oder per exceptionem nach der Absicht der Parteien aufgehoben werden sollte, konnte leicht und sicher aus dem Gebrauch der Acceptilation oder des formlosen Vertrags erkannt werden. Wir sind an die weniger sichere Interpretation des Willens in jedem einzelnen Falle gewiesen.

(d) Vgl. System B. 5 S. 157. 158. — Unrichtig wird nicht selten dieser Gegensatz verwechselt mit dem des Civilrechts und des prätorischen Rechts (da doch mehrere Exceptionen ganz dem Civilrecht angehören); eben so unrichtig wird er darin gesetzt, daß auf die Ungültigkeit per exceptionem der Beklagte sich berufen müsse, auf die ipso jure nicht.

erwähnte Fall einer absoluten Verneinung der Obligation überhaupt ein.

Mit Rücksicht auf diese Gegensätze sind nun folgende Fälle zu unterscheiden, in welchen die normale, nach allen Seiten hin vollgültige, Obligation in irgend einer Weise geschwächt erscheint.

A. Eine klagbare Obligation (*civilis obligatio*) kann *per exceptionem* in ihrer Wirksamkeit gehemmt seyn, und zwar auf zweierlei Weise:

1. Erstlich ohne Zustimmung des *jus gentium*, so daß sie als *naturalis obligatio positiv* wirksam ist und bleibt.
2. Zweitens mit Zustimmung des *jus gentium*, so daß sie auch selbst als *naturalis obligatio* nicht wirkt.

B. Eine *nulla jure civili obligatio* kann diesen Charakter an sich tragen:

3. Entweder ohne Zustimmung des *jus gentium*, so daß sie als *naturalis obligatio positiv* wirkt.
4. Oder mit Zustimmung des *jus gentium*, so daß sie auch selbst als *naturalis obligatio* nicht wirkt.

Es ergeben sich daraus Viel mögliche Combinationen, oder Vier Classen möglicher Fälle, und es ist sofort ein-

leuchtend, daß alle oben dargestellten einzelnen Fälle der wahren naturalis obligatio (§ 9. 10. 11) in der ersten oder der dritten dieser Vier Classen ihre Stelle finden müssen.

1. Civilis obligatio, per exceptionem unwirksam, aber mit wirksamer naturalis obligatio. Dahin gehören folgende Fälle aus der oben aufgestellten Reihe.

Senatusconsultum Macedonianum (Num. 6. im § 10).

Irrige Freisprechung eines wirklichen Schuldners (Num. 9. im § 11).

Verjährung einer Schuldklage (Num. 10. im § 11).

Jus iniquum (Num. 12. im § 11) (e).

2. Civilis obligatio, per exceptionem unwirksam, und auch selbst als naturalis obligatio nicht wirkend. Dahin gehören alle Obligationen, deren Klagen entkräftet werden durch die exceptio doli, metus, pacti, jurisjurandi; eben so durch die exceptio Sc. Vellejani, von welchem Fall noch besonders in diesem Paragraphen die Rede seyn wird.

3. Nulla jure civili obligatio (f), aber mit wirksamer

(e) Darüber, daß dieser Fall hierher gesetzt wird, unter die per exceptionem gehemmten Klage-rechte, vgl. oben § 11. ff.

(f) In allen diesen Fällen ist es nulla ipso jure obligatio,

das heißt, es fehlt gänzlich an einem Grunde, eine Klage zu geben, anstatt daß in den Fällen der zwei vorhergehenden Classen eine Klage an sich begründet ist, aber per exceptionem entkräftet wird.

naturalis obligatio. Dahin gehören folgende Fälle aus der oben aufgestellten Reihe.

Nudum pactum (Num. 1. im § 9).

Verhältniß zwischen Vater und Sohn (Num. 2. im § 10).

Verhältniß zwischen dem Herrn und Sklaven (Num 3 im § 10).

Verpflichtung des Sklaven gegen einen Fremden (Num. 4. im § 10).

Verpflichtung eines Unmündigen (Num 5. im § 10).

Restitution eines Fideicommisses (Num. 7. im § 11).

Minima capitis deminutio (Num. 8. im § 11).

Prozeßverjährung (Num. 11. im § 11).

4. Nulla jure civili obligatio, auch selbst als naturalis obligatio nicht wirkend.

Diese Fälle enthalten stets die absolute Verneinung einer Obligation mit allen denkbaren Wirkungen derselben.

Es gehören dahin die Verträge eines Wahnsinnigen oder eines Kindes.

Ferner die Obligationen, welchen zwingende Gesetze entgegen stehen, wovon schon oben am Schluß des § 12. gehandelt worden ist.

Endlich die aufgehobenen Obligationen, jedoch nicht in allen Fällen der Aufhebung, sondern nur in Folge der meisten und wichtigsten Aufhebungsarten wie: Erfüllung, Novation, Acceptilation, Confusio u. s. w.

Unter diesen Vier Classen erfordert jetzt noch die zweite eine genauere Erwägung, indem sich an die Natur derselben mancherlei Mißverständnisse angeheftet haben, die hier beseitigt werden sollen.

Der erste Gegenstand, welcher hier festgestellt werden muß, ist die Gränze zwischen dieser Classe und der ersten, worin neben der die Klage hemmenden *Exception* eine *naturalis obligatio* wirksam besteht. Woran haben wir nun zu erkennen, ob überhaupt eine *Exception* so beschaffen ist, daß die *naturalis obligatio* daneben bestehen bleibt oder nicht?

Eine sehr verbreitete Gränzbestimmung, die auch durch manche Stellen Römischer Juristen bestätigt scheint, geht dahin: es soll darauf ankommen, ob die *Exception* eingeführt sey zur Strafe des Glaubigers, oder vielmehr zur Begünstigung des Schuldners. Diese Ansicht muß als unhaltbar verworfen werden (g).

Die wahre Gränze liegt vielmehr darin: wenn die *Exception* übereinstimmt mit den Grundsätzen des *jus gentium* (der *naturalis ratio* oder *aequitas*), so ist auch die *naturalis obligatio* entkräftet; wenn dagegen die *Exception* nicht beruht auf dem *jus gentium*, sondern auf den Regeln des bloß positiven Rechts, so bleibt die *naturalis obligatio* wirksam.

Für die Richtigkeit dieser Gränzbestimmung entscheiden

(g) Vgl. über diese ganze Frage: System B. 5 § 249.

folgende Gründe. Erstens der oben entwickelte, innere Zusammenhang der *naturalis obligatio* mit dem *jus gentium* überhaupt (§ 7). Zweitens die so eben übersichtlich zusammengestellte Anwendung auf einzelne Fälle, die sich aus diesem Grundsatz leicht und unzweifelhaft erklärt, mit der einzigen Ausnahme der *exceptio Sc. Vellejani*, von welchem Fall sogleich noch besonders die Rede seyn wird. Endlich drittens folgende Stelle des Julian (h), worin nach Marcellus diese Gränzbestimmung eine unmittelbare Bestätigung erhält:

Marcellus: Desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem justam, nec ab aequitate naturali abhorrentem.

Der Sinn ist dieser: Ein Schuldner ist als befreit anzusehen von seiner Schuld, nicht bloß, wenn diese völlig vernichtet wird (wie durch Zahlung), sondern auch, wenn er gegen des Gläubigers Klage eine in einer Rechtsregel begründete *Exceptio* erwirbt. Dieses Letzte ist jedoch nur wahr für die *Exceptionen*, welche in Uebereinstimmung mit der *aequitas naturalis* (dem *jus gentium*) stehen, nicht für die, welche dieser widersprechen (i).

(h) *L. 66 de R. J.* (50. 17) aus Julianus lib. LX. *Digestorum*.

(i) Daß die *naturalis ratio* (also die *aequitas naturalis*) gleichbedeutend ist mit dem *jus gentium*, indem sie den Inhalt

desselben bildet, wird unmittelbar angesprochen in *L. 9 de J. et J.* (1. 1) und § 1. *J. de j. nat.* (1. 2), entnommen aus GAIUS Lib. 1 § 1. — Vgl. auch System B. 1. S. 110.

Julian will also sagen: wenn neben dem neu erworbenen jus exceptionis eine naturalis obligatio fortbauert, so hat der Schuldner noch nicht aufgehört, debitor zu seyn (k), weil noch immer manche wichtige Wirkungen eines Schuldverhältnisses fortbauern (wie z. B. bei der verjährten Schuldklage); anders, wenn die Exceptio mit dem jus gentium übereinstimmt (z. B. exc. pacti, jurisjurandi), denn nun kann man ihn gar nicht mehr einen debitor nennen, auch nicht einmal im uneigentlichen Sinn dieses Wortes.

Die hier gegebene Erklärung der angeführten Stelle, insbesondere des Ausdrucks exceptio justa, ist nun noch zu bestätigen und zu ergänzen durch die Betrachtung einiger anderen Stellen von verwandtem Inhalt. Es wird gesagt, eine Klage könne justa seyn (an sich im Recht begründet), aber dennoch unter den gegebenen Umständen iniqua: dann werde sie ausgeschlossen durch mancherlei

(k) Derselbe Julian, von welchem unsere gegenwärtige Stelle herrührt, sagt anderwärts, die naturales debitores führten mit Recht den Namen debitores, wenngleich nur minus proprie und per abusio-nem. Vgl. die im Text des § 7 bei Note p. abgedruckte Stelle, so wie die in § 7 Note f. g. h. angeführten Stellen. Der Sprachgebrauch war also hierin etwas unbestimmt und wechselnd. Wenn daher in mehreren Stellen gesagt wird: creditor is est, qui ex-

ceptione (perpetua) summo-
veri non potest (L. 55 L. 10
de V. S., L. 42 § 1 de O. et
A.), so ist dieser unbedingte
Ausdruck zu erklären theils aus
dem eben erwähnten verschiedenen
Sprachgebrauch, theils daraus,
daß in diesen Stellen unter ex-
ceptio vorzugsweise eine dem jus
gentium angemessene gedacht war,
wie exc. pacti, doli, jurisjurandi,
welche ja ohnehin häufiger vor-
kommen, als die anderen.

exceptiones (l). Und ganz auf dieselbe Weise wird, unserer Stelle noch näher tretend, gesagt: eine exceptio könne prima facie justa seyn, aber zugleich iniqua; dann könne sie ausgeschlossen werden durch eine replicatio (m). Dasselbe wird nachher in ganz gleichen Ausdrücken wiederholt bei den Duplicationen und den Triplicationen (n). In diesen Stellen wird also, ganz wie in der unserigen, von einer exceptio justa gesprochen, die dem jus gentium nicht entspricht (iniqua, ab aequitate naturali abhorrens). Nur geht daraus noch folgende nothwendige Ergänzung der hier aufgestellten Ansicht hervor. Zwar in allen Fällen solcher Art muß neben dem wirklich vorhandenen jus exceptionis eine naturalis obligatio fortwirken. Darin aber unterscheiden sich diese Fälle unter einander, daß in einigen derselben die Exceptio zugleich durch eine Replikation entkräftet wird (o), in anderen Fällen aber nicht.

(l) *pr. J. de except.* (4. 12).

(m) *pr. J. de replic.* (4. 14). „Interdum evenit, ut exceptio, quae prima facie justa videtur, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi actoris gratia, quae replicatio vocatur.“ Fast wörtlich gleichlautend mit GAJUS Lib. 4 § 126.

(n) § 1. 2 *J. de replic.* (4. 14), aus GAJUS Lib. 4 § 127. 128.

(o) Bei Gajus und in den Institutionen wird der Fall angegeben von einer pacti exceptio,

entkräftet durch die pacti replicatio aus einem späteren Vertrag. Eben so unzweifelhaft ist die replicatio doli, metus, jurisjurandi, wenn der Erlaßvertrag durch Betrug oder Drohung bewirkt, oder durch Eid abgeschworen worden ist. — Ganz willkürlich erklärt Kierulff §. 185 die exceptio non ab aequitate naturali abhorrens für eine Exceptio, welcher keine replicatio entgegensteht. Eben so willkürlich erklärt Fein §. 388 die exceptio justa in derselben Weise.

So wird die *exceptio Sc. Macedoniani*, *rei judicatae* u. s. w. nicht durch *Replication* entkräftet, weil dieselben auf positiven Rechtsvorschriften beruhen, deren Absicht gerade dahin geht, daß die Klage in der That durch die *Exception* entkräftet werden und bleiben soll (p).

Es ist bereits bemerkt worden, daß die *exceptio Sc. Vellejani* zu dem hier aufgestellten Grundsatz nicht paßt, da sie an sich eben so positiver Natur, dem *jus gentium* fremd ist, wie die *exceptio Sc. Macedoniani*, und dennoch neben ihr die *naturalis obligatio* nicht besteht (q). Ohne Zweifel hielt man den Schutz, welchen man den für Andere intercedirenden Frauen gewähren wollte, nicht für ausreichend, wenn nicht auch alle mit der *naturalis obligatio* verbundenen indirecten Wirkungen der Bürgschaft ausge-

(p) Man könnte Anstoß daran nehmen, daß diese Frage hier so ausführlich behandelt worden ist. Dieses ist geschehen mit Rücksicht auf die abweichende Ansicht eines Schriftstellers neuester Zeit. Fein nämlich (Archiv B. 26 S. 385 bis 393) fängt damit an, daß er meine, auf das *jus gentium* gegründete, Gränzbestimmung lobt; dann aber verwirft er sie dennoch, und erklärt sich für die (wie er glaubt) verschiedene Regel, nach welcher es darauf ankommen soll, ob die *Exception* ab *aequitate naturali* abhorrens sey. Ich glaube gezeigt zu haben, daß Dieses durchaus nur verschiedene Ausdrücke einer und derselben Regel sind.

Buchka I. S. 320 fg. hat die Sache richtig aufgefaßt.

(q) Daß diese nicht besteht, und daß namentlich *solutum repeti potest*, sagt ausdrücklich *L. 40 pr. de cond. ind.* (12. 6), vgl. System B. 5 S. 375. 379. — Dennoch hat dieser Schutz der Frauen einen eben so positiven, polizeilichen Charakter, wie das *Sc. Macedonianum*, da die Unfähigkeit erwachsener Frauen zu Bürgschaften dem *jus gentium* eben so fremd ist, wie ihre (im älteren Recht angenommene) Unfähigkeit zu Rechtsgeschäften überhaupt (vgl. GAIUS Lib. 1 § 189. 190).

geschlossen würden. So erschuf man für diesen einzigen Fall gleichsam eine künstliche *naturalis aequitas* (r), und so sonderbar Dieses auf den ersten Blick erscheint, so ist es doch im Wesentlichen Dasselbe, wie wenn überhaupt Gesetze von zwingender Natur die Anwendung des *jus gentium* in einzelnen Fällen verhindern (§ 7. t. u, § 12. p).

Ferner ist für die Obligationen der hier erwähnten Classe zu untersuchen, durch welchen Kunstausdruck sie von anderen unterschieden werden können. Der einzige sichere Ausdruck ist: *inanis obligatio*. So wird insbesondere genannt die Stipulation, die aus einem unsittlichen Beweggrund geschlossen wird, indem sie durch eine *doli exceptio* völlig entkräftet wird (s); eben so aber auch die Bürgschaft einer Frau, welcher die *exceptio Sc. Vellejani* hindernd entgegen steht (t).

Als Kunstausdruck zu verwerfen ist der von Manchen gebrauchte Name: *inefficax obligatio*. Allerdings heißt

(r) *L. 2 § 2 ad Sc. Vell.* (16. 1) „... cum eas virilibus officii fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit *aequum* ...“

(s) *L. 8 de cond. ob turp.* (12. 5).

(t) *L. 8 § 9 ad Sc. Vell.* (16. 1), *L. 95 § 2 de sol.* (46.

3). — Nicht beweisend ist *L. 24 mand.* (17. 1), welche auch auf die Unwirksamkeit einer Klage durch Insolvenz des Schuldners gehen könnte. Eben so auch *L. 39 de don. int. v.* (24. 1), wo *inanis stipulatio* eine nichtige Stipulation heißt.

einmal so die Stipulation, welcher eine doli exceptio entgegen steht, welcher Fall in der That hierher gehören würde (u). Dann aber wird auch so bezeichnet die bedingte Stipulation nach vereitelter Bedingung (v), und dieser Fall gehört gar nicht hierher, da hier die Obligation vollständig vernichtet ist, gerade so, als ob sie gar nicht geschlossen worden wäre. Ganz besonders aber zeigt sich jene Bezeichnung unseres Falles dadurch verwerflich, daß in mehreren Stellen die Stipulationsklage, welcher eine pacti oder doli oder metus exceptio entgegen steht, eine *efficax actio* genannt wird (w), augenscheinlich in dem Sinn, daß die Klage an sich begründet, und nur per exceptionem entkräftet ist. Die Ausdrücke: *efficax* und *inefficax* bezeichnen also die Gültigkeit oder Ungültigkeit in irgend einer Hinsicht, und lassen es ganz unentschieden, aus welchem Grunde, und in welchem Grade, die Gültigkeit oder Ungültigkeit behauptet werden soll. Ganz in demselben unbestimmten Sinn wird der Ausdruck *inefficax* auch von anderen Rechtsbegriffen gebraucht, z. B. *inefficax traditio, decretum, sententia, pactum, legatum, ademptio*.

Donellus bezeichnet unsere Fälle durch den Ausdruck: *obligatio sine re* (x), augenscheinlich nach der Analogie der *honorum possessio sine re*. Als Kunstausdruck kann Dieses nicht gelten, "da es keinen quellenmäßigen

(u) L. 13 de j. dot. (23. 3). (w) § 1. 3 J. de except. (4. 12).

(v) L. 11 § 5 de receptis (x) DONELLUS Lib. 12 C. (4. 8). 2. § 2.

Grund hat. Allein die dadurch ausgedrückte Vergleichung mit einem anderen Rechtsinstitut ist allerdings passend und erläuternd.

Endlich ist noch eine nähere Bestimmung des Rechtsverhältnisses nöthig, welches bei den Obligationen der hier beschriebenen Classe anzunehmen ist.

Da hier die Klage durch Exception ausgeschlossen wird, die *naturalis obligatio* aber gar nicht vorhanden ist, so könnte man glauben, diese Obligationen ständen mit den völlig nichtigen auf ganz gleicher Linie. Allein sie unterscheiden sich von ihnen in folgenden Beziehungen, durch welche sie zufälligerweise wirksam werden können.

Erstens beruhen diese Exceptionen, so wie alle anderen, auf dem Recht einer bestimmten Person, können also von fremden Personen an sich gar nicht, sondern nur durch ihre juristische Verbindung mit jener Person geltend gemacht werden.

Zweitens beruhen sie stets auf einem selbstständigen Rechte, welches seine besondere Entwicklung haben, und für sich untergehen kann, in welchem Fall dann die ursprüngliche Obligation in voller Wirksamkeit, als klagbares Recht, erscheint (y).

(y) *L. 95 § 2 de sol.* (46. 3) *L. 27 § 2 de pactis* (2. 14).
 „incipit obligatio civilis auxilium exceptionis amittere.“
 Vgl. System B. 5 S. 157.

Endlich drittens konnte die klagbare Obligation dadurch völlig wirksam werden, daß der Prätor die Exception in die Formel aufzunehmen unterließ, wenn zugleich die Klage eine solche war, in welcher der Zuber nicht die Befugniß hatte, die Exception aus eigener Macht zu berücksichtigen.

Dennoch sind diese Umstände, wodurch eine solche Obligation hinterher wirksam werden kann, ganz zufällig, und dem Wesen der Obligation fremd. Daher gilt die inanis obligatio unter den in derselben ursprünglich stehenden Personen gleich einer nichtigen Obligation (z).

§. 14.

II. Arten der Obligation. Civilis und naturalis obligatio. Heutiges Recht.

Zum Schluß ist der Zustand der naturalis obligatio im heutigen Recht zu untersuchen.

Wie sehr diese Lehre bei neueren Schriftstellern in Zweifel und Verwirrung gerathen ist, wurde schon oben in vielen einzelnen Fragen dargestellt. Noch schlimmer aber waren die falschen Grundansichten, die hierin früher

(z) L. 7 § 8 *de dolo* (4. 3) „... debere dici, quasi nulla actio sit, quae exceptione repellitur, de dolo decernendam.“ — L. 25 *de V. O.* (45. 1) „quia superior quasi nulla sit

exceptione obstante.“ — L. 112 *de R. J.* (50. 17) „Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.“

herrschend waren, und erst in neuerer Zeit seltener geworden sind.

Dahin gehört vor Allem die Lehre, nach welcher jede aus dem Naturrecht abzuleitende Verbindlichkeit auch im bürgerlichen Recht volle Wirkung äußern müsse, wenn sie nicht in diesem verboten oder in ihrer Wirkung abgeschwächt worden sey. Dabei lag zum Grunde ein völliges Verkennen des Römischen Begriffs vom *jus gentium* (in Verbindung mit der *naturalis ratio*), welches auch als ein positives Recht, nur verschieden vom *jus civile*, gedacht wurde, folglich auf rein geschichtlicher Grundlage ruhte. — Ferner die davon an sich verschiedene, aber in jene oft hinein spielende, Lehre von sittlichen Verpflichtungen (Liebespflichten), welchen das Gesetz hier und da, nach Gutdünken, eine bürgerliche Wirkung beigelegt habe (a).

Die Geltung dieser Lehre im heutigen Recht muß im Allgemeinen anerkannt werden, obgleich ein großer Theil der oben dargestellten Fälle aus verschiedenen Gründen unanwendbar geworden ist (b).

Der formlose Vertrag (Num. 1.) kann als Entstehungsgrund einer bloßen *naturalis obligatio* nicht mehr vorkommen, weil derselbe im heutigen Recht, wie unten gezeigt werden wird, ein Klagerecht erzeugt. Die Sklavenverhältnisse (Num. 3. 4) sind für uns verschwunden, und

(a) Vgl. über diese früheren Ansichten: Buchta Pandekten § 237. Note d. (b) Dieses ist auch die Ansicht von Unterholzner I. § 9.

eben so die Strafe des *jus iniquum* (Num. 12), als eine der Römischen Verfassung eigenthümliche Staatsanstalt. Die *capitis deminutio* mit dieser besonderen Wirkung (Num. 8), so wie die Prozeßverjährung (Num. 11) sind schon im Justinianischen Recht außer Anwendung gewesen.

Unter den nun noch übrig bleibenden Fällen sind mehrere von sehr seltener Anwendung und darum von geringer praktischer Erheblichkeit.

Die wichtigsten Fälle für die heutige Anwendung möchten noch sein: die Verjährung einer Schuldklage (Num. 10), und die ungerechte Freisprechung eines wirklichen Schuldners (Num. 9). Bei diesem letzten Fall jedoch war schon im Römischen Recht die eigentliche Wirksamkeit sehr eingeschränkt (§ 11). In beiden Fällen aber stehen einer befriedigenden Anwendung folgende Umstände im Wege. Durch die vielen Controversen der Schriftsteller wird es den Richtern schwer werden, sich in der Anwendung sicher zurecht zu finden; dazu würde mehr Verbreitung gründlicher Rechtswissenschaft durch gute Schule erforderlich seyn, als wir sie besitzen. Ferner hat das ganze Rechtsinstitut ein verkümmertes Daseyn durch das Verschwinden so vieler Fälle bekommen, unter welchen gerade diejenigen waren, die der *naturalis obligatio* vorzugsweise eine Stelle in dem allgemeinen, nichtjuristischen, Rechtsbewußtseyn verschaffen konnten: ich meine den formlosen Vertrag, und die Sklavenverhältnisse, die durch die

häufige Anwendung im wirklichen Leben vorzugsweise bekannt und geläufig zu werden geeignet waren.

Fassen wir diese Bemerkungen in einen gemeinsamen Ueberblick zusammen, so müssen wir sagen: Es ist kein Bedürfniß vorhanden, in den Bestand unseres gemeinen Rechts von dieser Seite durch Gesetzgebung abändernd einzugreifen, es ist aber auch eben so wenig von der Anwendung dieses Rechtsinstituts eine erhebliche und heilsame Einwirkung auf das wirkliche Leben zu erwarten. Da, wo ohnehin eine neue Gesetzgebung, namentlich über das Prozeßrecht, nöthig oder räthlich gefunden wird, ist die Aufnahme und Erhaltung gerade dieses Instituts aus dem Römischen Recht kaum zu erwarten, da man ohne Zweifel vorziehen wird, durch einfachere, leichter erkennbare, Regeln die gleichförmige Anwendung zu sichern.

Aber bei Weitem der wichtigste Fall der Anwendung der Römischen *naturalis obligatio*, und der noch jetzt die größte Aufmerksamkeit verdient, ist der Fall des formlosen Vertrags. Zwar nicht, in sofern von der Anwendung des gemeinen Rechts die Rede ist, indem schon oben bemerkt worden ist, daß in diesem die Eigenthümlichkeit des *nudum pactum*, im Gegensatz der *Stipulation*, für uns verschwunden ist; wohl aber da, wo durch neuere Gesetzgebung irgend eine positive Form der Verträge besonders vorgeschrieben ist, welches eben sowohl in Ländern, worin im Ganzen das Römische Recht gilt, als außer dem Bereich desselben, vorkommen kann. Hier ist das dringende

Bedürfniß vorhanden, die Folgen der Vernachlässigung jener vorgeschriebenen Form klar zu denken und genau zu bestimmen. Dazu könnte die im Römischen Recht ausgebildete Lehre der naturalis obligatio mit Erfolg benutzt werden, indem dadurch die Aufgabe auf befriedigende Weise gelöst ist. Möge man aber auch nicht an diese Bestimmungen sich halten, sondern andere an deren Stelle setzen wollen, so muß in jedem Fall das praktische Bedürfniß anerkannt, und für dessen Befriedigung gesorgt werden. Bleiben jene Folgen der vernachlässigten Form unbestimmt, oder werden einzelne, in sich nicht zusammenhängende, wohl gar einander widersprechende Vorschriften gegeben, so ist ein trostloser Zustand der Praxis unvermeidlich. Die sich selbst überlassenen Richter werden sich nothdürftig durch Schriftsteller des gemeinen Rechts, wie sie ihnen gerade der Zufall zuführt, zu helfen suchen, und so den vielfachen falschen Auffassungen der Römischen Lehre von der naturalis obligatio verfallen, welche oben angedeutet worden sind.

Zwei Beispiele werden diese Behauptungen sowohl erläutern, als bestätigen. Das Französische Gesetzbuch erfordert für alle Verträge, deren Gegenstand mehr, als 150 Franken beträgt, eine schriftliche Abfassung, in deren Ermangelung kein Zeugenbeweis zugelassen, also die Klage versagt seyn soll (c). Es erschafft also eine neue

(c) Code civil art. 1341—1348.

Art formloser Verträge (ähnlich dem Römischen nudum pactum neben der Stipulation), läßt aber ganz dahin gestellt, welche mindere Folgen etwa aus denselben entstehen möchten. Anderwärts wird die Rückforderung eines gezahlten indebitum zugelassen (d), und bei dieser Gelegenheit wird hinzugefügt: La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. Da nun in keiner anderen Stelle des Code, so viel ich weiß, der Begriff einer obligation naturelle bestimmt wird, so scheint hierin die Erwartung ausgedrückt, der Richter werde die Römische Lehre von der naturalis obligatio zur Anwendung bringen, obgleich zu diesem Zweck der Ausdruck volontairement acquittées nicht vorsichtig gewählt ist, indem dieser Ausdruck vielmehr auf eine mit Bewußtseyn der Nichtschuld vorgenommene Erfüllung zu deuten scheint. Auch ist es nicht unwahrscheinlich (obgleich nirgend gesagt); daß man gerade die Schuld aus einem mündlichen Vertrag über mehr, als 150 Franken, als eine obligation naturelle angesehen wissen wollte, daß also der Richter eine solche Schuld so behandeln sollte, wie die Römer das nudum pactum behandelten.

Die Preussische Gesetzgebung enthält weit mehr einzelne Bestimmungen, die jedoch große Zweifel und Bedenken übrig lassen.

(d) Code civil art. 1235, art. 1376—1381.

Im Allgemeinen versagt sie die Rückforderung jeder Zahlung, zu welcher auch nur eine moralische Verbindlichkeit, eine unvollkommene Pflicht, vorhanden war (e). Diese Bestimmung stimmt überein mit den Mißverständnissen älterer Schriftsteller über die Römische naturalis obligatio, und führt, wenn man sie wörtlich auffaßt, zu der (wohl schwerlich gemeinten) Annahme, daß bei irriger Voraussetzung einer Schuld das gezahlte Geld dennoch nicht zurück gefordert werden dürfe, wenn der Geber aus Barmherzigkeit oder Dankbarkeit zur Zahlung einer gleichen Summe (etwa zur Darreichung von Alimenten) verpflichtet wäre.

Ferner hat die Preussische Gesetzgebung vorgeschrieben, daß alle Verträge, welche einen höheren Werth, als 50 Thaler, zum Gegenstand haben, schriftlich abgeschlossen werden müssen, wodurch die mündlichen Verträge in diesem Fall eine ähnliche Natur, wie das Römische nudum pactum, annehmen (f). Diese Vorschrift ist darin strenger, als das Römische Recht, daß sie die Consensualcontracte von der Nothwendigkeit jener Form nicht ausnimmt, ja nicht einmal alle Realcontracte, sondern nur allein das Darlehen (g).

(e) A. L. R. I. 16. § 178. 179. Steht im Zusammenhang mit: Einleitung § 86, worin die Rede ist von unvollkommenen Rechten, d. h. von solchen, woraus weder Klagen, noch Einreden entstehen.

(f) A. L. R. I. 5 § 131. Die Grundlage dieser Vorschrift ist die (noch strengere) Verordnung vom 8. Febr. 1770 (N. C. C., B. 4 S. 6669).

(g) A. L. R. I. 11 § 727.

Wenn man nun fragt, welches die Folgen der vernachlässigten Form, also der naturalis obligatio in diesem Falle, sind, so findet sich die Bestimmung, daß nur die vollständige Erfüllung von beiden Seiten, und zwar nur bei beweglichen Sachen, den Mangel der Form ersetze, und jede Anfechtung ausschliesse, woraus also folgt, daß bei einseitiger, oder unvollständiger Erfüllung, und eben so bei unbeweglichen Sachen, das Gegebene stets zurück gefordert werden kann (h). Allein mit dieser Bestimmung ist wieder schwer vereinbar die oben erwähnte allgemeinere Regel, nach welcher das Daseyn einer bloß moralischen Verbindlichkeit hinreichen soll, jede Rückforderung auszuschließen (Note e); denn die moralische Verbindlichkeit, einen mündlich geschlossenen Vertrag zu erfüllen, wird kaum bezweifelt werden können. Auch wird in einer anderen Stelle die Rückforderung des Gezahlten, auf den bloßen Grund der fehlenden gesetzlichen Form, ausdrücklich versagt, und diese Versagung wird geradezu aus dem Daseyn der moralischen Verbindlichkeit abgeleitet (i).

So ist es also kaum möglich, in dieser Lehre einen inneren Zusammenhang anzuerkennen, und die reine An-

Die Verordnung von 1770 § 2. 6 hatte nicht einmal das Darlehen ausgenommen (welches kaum begreiflich ist), sondern dabei nur die Vindication der noch vorrätigen Geldstücke zugelassen.

(h) A. L. R. I. 5 § 146. 147. Die hieraus im Text gezogene Folgerung wird theilweise anerkannt, ebendasselbst § 161.

(i) A. L. R. I. 16 § 184, worin (ganz folgerecht) auf den § 178 verwiesen wird.

wendung der im Römischen Recht enthaltenen, oben vorgetragenen, Regeln würde zu einem befriedigenderen Erfolg geführt haben (k).

§. 15.

III. Personen in der Obligation. A. Bestimmungsart der Personen.

Das dritte Stück, welches in Beziehung auf die allgemeine Natur der Obligationen eine genauere Bestimmung erfordert (§ 2), sind die in der Obligation stehenden Personen, welche oben als Gläubiger und Schuldner bezeichnet worden sind.

Manche, auf diese Personen bezügliche, wichtige Fragen betreffen nicht die Obligationen im Allgemeinen, sondern nur die, welche aus Verträgen hervorgehen, und werden daher zweckmäßiger nicht hier, sondern erst bei den Verträgen, als der wichtigsten Entstehungsart der Obligationen (Kap. 2), abgehandelt werden. Hiernach bleiben für den gegenwärtigen Punkt der ganzen Untersuchung nur zwei Fragen zu erwägen übrig:

(k) Ueber die Behandlung dieses Rechtes II. § 453, wo die Schwierigkeiten des Preussischen Rechtes in dieser Lehre an wirklichen Fällen nachgewiesen werden.

- A. Die Bestimmungsart der Personen.
- B. Mehrere auf Einer Seite der Obligation stehende Personen.

A. Die Bestimmungsart der in jeder Obligation als Glaubiger oder Schuldner stehenden Personen, ist anzuknüpfen an die schon anderwärts angestellte allgemeinere Untersuchung über die Verknüpfung der Rechtsverhältnisse überhaupt mit einer bestimmten Person (a).

Wie bei den Rechtsverhältnissen überhaupt, so geschieht auch bei den Obligationen diese Verknüpfung mit den Rechts- subjecten regelmäßigweise durch irgend ein das bestimmte Individuum betreffendes Ereigniß, also durch menschliches Handeln oder Leiden, welches sich unmittelbar auf bestimmte Personen bezieht, und wodurch diese, als Subjecte der Obligation, sogleich erkennbar werden.

Daneben aber giebt es auch eine abweichende, mehr künstliche, Verknüpfungsweise, die sich auf irgend eine allgemeine, mit den verschiedensten Individuen vereinbare, Eigenschaft gründet.

Wenden wir diese Betrachtung auf die Obligationen an, so wird es sich finden, daß eine solche ungewöhnlichere

(a) System B. 2 § 103.

Verknüpfungsweise vorzugsweise vermittelt werden wird durch irgend eine Sache. Dann wird das Eigenthum an dieser Sache, oder irgend ein dingliches Recht an derselben, oder der Besitz der Sache, diejenige Eigenschaft seyn, wodurch die Stellung des Glaubigers, oder die des Schuldners, vielleicht auch die Stellung beider Subjecte der Obligation, bestimmt werden wird, obgleich an sich selbst alle diese Rechtsverhältnisse dem Wesen einer Obligation völlig fremd sind.

Im Römischen Recht ist diese künstliche Verknüpfungsweise weder sehr häufig, noch von besonderer Wichtigkeit. Sie findet sich am Bestimmtesten ausgebildet bei dem Nießbrauch, in welchem neben dem dinglichen Recht eine davon verschiedene Obligation zwischen dem Inhaber des Rechts und dem Eigenthümer besteht (b). Diese Obligation ist unabhängig von der ursprünglichen Begründung des Nießbrauchs, also nicht etwa als Folge des Vertrags zu denken, durch welchen der Nießbrauch entstanden seyn mag. Sie geht vielmehr auf Jeden, der zu irgend einer Zeit Inhaber des Eigenthums oder des Nießbrauchs seyn mag, auch wenn durch spätere Thatfachen eine völlige Veränderung in den ursprünglichen Berechtigten (selbst durch Ersetzung) eingetreten seyn mag. — Ähnliche obligatorische Verhältnisse, in Verknüpfung mit Eigenthum auf der einen Seite und jus in re auf der anderen, finden sich bei der

(b) Vgl. besonders den Digestentitel: *usufr. quemadm. cav.* (7. 9).

Emphyteuse und bei dem Pfandrecht. — Eine fernere Anwendung dieses künstlichen Verhältnisses im Römischen Recht tritt ein bei den *actiones in rem scriptae*, in welchen die Stellung des Schuldners und Beklagten als die bloße Folge des Besitzes einer Sache zu betrachten ist, also eines, der Obligation an sich völlig fremden, halb thatsächlichen, halb juristischen Verhältnisses (c).

In größerer Ausdehnung und Wichtigkeit findet sich die erwähnte künstliche Verknüpfungsweise im Deutschen Recht, namentlich bei den Reallasten und den Bannrechten. Hier ist bald die Stellung des Glaubigers, bald die des Schuldners, bald auch die eine und andere zugleich, mit ganz zufälligen, der Natur einer Obligation an sich fremden, Eigenschaften verbunden, und mit diesen Eigenschaften gehen jene Stellungen auf andere Personen über, ganz unabhängig von den Regeln, welche außerdem bei dem Uebergang von Obligationen beobachtet werden. Dennoch sind und bleiben solche Rechtsverhältnisse wahre Obligationen, und das Eigenthümliche derselben besteht nur in der Art, wie das Recht, oder die Verpflichtung, oder auch beides, mit bestimmten Personen verknüpft wird (d). Die wahre

(c) System B. 5 § 208.

(d) Wenn ein Bauergut eine jährliche Abgabe in Geld oder Getreide zu entrichten, oder Dienste zu leisten hat, so sind Dieses reine Obligationen. Dieselben Obligationen könnten in anderen Fällen

zwischen bestimmten Individuen (und ihren Erben) errichtet werden. Hier aber sollen sie gelten zwischen dem jedesmaligen Eigenthümer des berechtigten Gutes (als Glaubiger) auf der einen Seite, und dem jedesmaligen Eigenthümer oder Erb-

Natur derselben wird nur verdunkelt durch den Sprachgebrauch mancher Schriftsteller, welche von subjectiv und objectiv dinglichen Rechten sprechen; dieser Sprachgebrauch ist auch in neuere Gesetzgebungen übergegangen (e).

Unter den Fällen, deren besondere Natur hier bemerkt gemacht worden ist, finden sich einige, zum Theil vorzüglich wichtige, welche nicht bei allen Obligationen überhaupt, sondern lediglich bei den obligatorischen Verträgen, vorkommen; diese werden daher nicht hier, sondern bei den Verträgen über Obligationen (Kap. 2) abgehandelt werden (f).

pächter (als Schuldner) auf der anderen Seite, ohne Rücksicht auf die Art, in welcher der Eine oder Andere zu seinem Grundbesitz gekommen seyn möge.

(e) Das Preussische A. L. R. I. 2 § 125—130. bestimmt die Kunstausdrücke auf folgende Weise. Dingliche Rechte sind von zweierlei Art: 1) In Beziehung auf das Subject, dem sie zukommen (verbunden mit einer Sache). Diese können in Rücksicht auf ihren Gegenstand bloß persönlich, oder zugleich Rechte auf eine Sache seyn. 2) In Ansehung ihres Gegenstandes. Diese können in Ansehung des Subjects, welchem sie zukommen, bloß persön-

lich, oder auch dinglich seyn. Die Rechte dieser zweiten Art heißen Rechte auf die Sache, und von ihnen sind die Gesetze zu verstehen, welche von dinglichen Rechten ohne weiteren Beisatz reden. — Wenn aus dieser Terminologie nicht so viel Verwirrung, als man vielleicht erwarten möchte, entstanden ist, so erklärt sich Dieses daraus, daß in der Darstellung der einzelnen Rechte verhältnißmäßig wenig Gebrauch davon gemacht wird.

(f) Es gehört dahin vorzüglich die wichtige und schwierige Lehre von den auf den Inhaber lautenden Papieren.

§. 16.

III. Personen in der Obligation. B. Correalschuld.
Einleitung.

Quellen.

Inst. III. 16. de duobus reis.

Dig. XLV. 2 de duobus reis.

Cod. VIII. 40. de duobus reis.

Schriftsteller.

Ribbentrop Lehre von den Correal-Obligationen.
Göttingen 1831.Roch Forderungen Bd. 2 § 61—66. Lehrbuch § 515
bis 519.Bucha Pandekten und Vorlesungen § 233—235.
Cursus § 263.

Bangerow S. 64—101.

Vgl. System B. 5 § 232 S. 220—222 § 235 (a).

Zum Wesen der Obligation gehören zwei einander gegenüber stehende Personen, ein Glaubiger und ein Schuldner (§ 2).

(a) In den angeführten Stellen eines an sich verschiedenen, aber ist eine kurze Uebersicht dieser Lehre verwandten, Rechtsinstituts, nämlich gegeben worden, bei Gelegenheit lich der Concurrenz der Klagen.

Nun können aber die Thatfachen, woraus eine Obligation besteht, so beschaffen seyn, daß sie sich von Seiten des Gläubigers nicht auf eine einzige Person beziehen, sondern gleichmäßig auf mehrere; Dasselbe ist möglich von Seiten des Schuldners, ja auch von beiden Seiten zugleich. Dann ist zu bestimmen, welche Folgen aus einer solchen Beschaffenheit der Thatfachen hervorgehen.

Für solche Fälle ist als Regel anzunehmen, daß durch bloße Rechnung die scheinbar einfache Obligation in so viele einzelne, von einander unabhängige, Obligationen aufgelöst wird, als Personen auf der einen Seite derselben stehen. Wenn also Einer an zwei vor ihm auftretende Personen Hundert zu zahlen verspricht, so ist es gerade so zu behandeln, wie wenn er jeder derselben Fünzig versprochen hätte. Eben so auch, wenn zwei an einen Dritten Hundert versprechen, ist es Dasselbe, als ob Jeder allein Fünzig versprochen hätte. Desgleichen, wenn zwei Mit-eigenthümer ein Landgut verpachten, oder wenn der einzelne Eigenthümer ein Landgut an zwei Personen verpachtet, so entstehen für jeden der zwei Verpächter, oder jeden der zwei Pächter, Rechte und Verpflichtungen zur ideellen Hälfte, unabhängig von der daneben stehenden anderen Hälfte (b). Beide Obligationen haben nur die zufällig

(b) *L. 11 § 1.2 de duob. reis* (45. 2), *L. 5 C. si certum* (4. 2), *L. 1. 2 C. si plures* (7. 55). Natürlich werden dabei Obligationen vorausgesetzt, die ihrer Natur nach theilbar sind, welches ohnehin die weit vorherrschende Regel ist. Die Modificationen, welche

gleichzeitige Entstehung mit einander gemein; ein innerer Zusammenhang besteht unter ihnen nicht.

Es kann aber auch, als Ausnahme, durch den Willen der theilhaftigen Personen, das völlig verschiedene Rechtsverhältniß festgestellt werden, in welchem sich eine und dieselbe Obligation ganz, ungetheilt, auf jeden Einzelnen der mehreren Gläubiger oder Schuldner bezieht. Sowohl die thatsächlichen Bedingungen dieser Ausnahme (die Entstehungsgründe), als die Wirkungen derselben, sind nunmehr einzeln anzugeben. Um aber das Verhältniß schon im Eingang anschaulich zu machen, ist sogleich die hervorstechendste Erscheinung desselben bemerklich zu machen. Sie besteht darin, daß Jeder der mehreren Gläubiger für sich allein auf das Ganze klagen kann, und daß die an Einen geleistete Erfüllung die Schuld für Alle tilgt; desgleichen, daß Jeder der mehreren Schuldner auf das Ganze verklagt werden kann, und daß durch die Erfüllung des Einen Alle befreit werden.

Schon hier muß jedoch gegen die Verwechslung gewarnt werden, die in einer irrigen Umkehrung dieses Verhältnisses bestehen würde; indem man annähme, daß überall, wo die eben erwähnte Erscheinung wahrzunehmen ist, auch die oben angegebene Ausnahme, nämlich eine und dieselbe, auf mehrere Personen im Ganzen bezügliche Obligation, vorhanden wäre. Vielmehr kann die erwähnte Erscheinung

bei untheilbaren Obligationen eintreten, können erst da erklärt werden, wo diese Art der Obligationen erwähnt werden wird (§ 34).

zufälligerweiſe auch neben ganz verſchiedenen, von einander unabhängigen, Obligationen vorkommen (c).

Die Kunſtausdrücke der Römer für das, in der angegebenen Ausnahme enthaltene, Rechtsverhältniß ſind folgende. Die zu einem künstlichen Ganzen verbundenen Gläubiger oder Schuldner heißen *duo rei* (d). Zur Unterſcheidung des Gläubigers vom Schuldner heißen ſie *duo rei credendi, debendi* (e), oder, da die Stipulation der häufigſte Entſtandungsgrund einer ſolchen Ausnahme war: *duo rei stipulandi, promittendi*. Indeffen iſt zu bemerken, daß dieſe letzten Ausdrücke ſelbſt neben anderen Verträgen, alſo außer der Stipulation, gebraucht werden (f). Einmal wird auch der Ausdruck *correus* gebraucht, um dieſes Verhältniß zu bezeichnen, woraus denn neuere Schriftſteller die Ausdrücke: Correalſchulden, und: Correalität, gebildet, und beſonders häufig gebraucht haben (g); von

(c) Ribbentrop, der zuerſt auf die Verſchiedenheit gründlich hingewieſen hat, bezeichnet (§ 5. 11. 27) die beiden erwähnten Fälle durch die Ausdrücke: Identität und Solidarität der Obligationen. Man kann ſie auch unterſcheiden durch die Benennungen: ächte und unächte Fälle der Correalität.

(d) Ueberschrift des Digeſten-titels XLV. 2: *de duobus reis constituendis*, eben ſo in *L. 3 § 1* deſſelben Titels und in andern Stellen. — *Reus* nämlich iſt

die gemeinſame Bezeichnung des Gläubigers und des Schuldners (§ 3. o).

(e) *L. 34 pr. de recept.* (4. 8).

(f) *L. 9 pr. de d. r.* (45. 2), von welcher wichtigen Stelle bald ausführlicher die Rede ſeyn wird (§ 17).

(g) *Correus* oder *Conreus* in *L. 3 § 3 de lib. leg.* (34. 3). (*Conreus* in der Flor., aber auch in Ausgaben der Vulgata, z. B. Ven. 1477, *correus* bei Haloander.) Durchaus verwerflich ſind die daraus gebildeten Ausdrücke: cor-

dem Standpunkt dieses Sprachgebrauchs aus ist dann von einer activen und passiven Correalität die Rede, je nachdem mehrere Gläubiger oder mehrere Schuldner in solcher Weise verbunden sind. Außerdem wird dasselbe Verhältniß auch häufig bezeichnet durch den Ausdruck: *in solidum obligari* (h). Indessen ist dieser Kunstausdruck sehr unsicher. Derselbe bedeutet überall ein unbeschränktes Ganze, im Gegensatz irgend einer Beschränkung, es mag nun diese auf einer Theilung des Ganzen, oder auf einer Ausnahme oder einem Vorbehalt beruhen. Der Ausdruck wird also allerdings richtig gebraucht, um das hier beschriebene persönliche Correalverhältniß zu bezeichnen; aber auch eben so richtig bei einem persönlichen Verhältniß von ganz verschiedener Art (Note k); endlich auch bei manchen Beschränkungen, die gar nicht mit dem persönlichen Verhältniß mehrerer Gläubiger oder Schuldner zusammenhängen. So wird derselbe angewendet, um auszudrücken, daß ein Schuldner nicht bloß für den gegenwärtigen Umfang eines Peculium verpflichtet sey; oder nicht bloß, in soweit er Etwas ererbt hat oder zahlungsfähig ist; oder nicht mit dem Vorbehalt, sich von einer *noxalis actio* durch *noxae*

realis und *correalitas*, wenn sie als lateinische Worte gebraucht werden sollen. Daß wir sie in deutscher Umbildung gebrauchen, ist eben so wenig eine Inconsequenz, als wenn wir von *Realität* sprechen,

obgleich Niemand in lateinischer Rede das Wort *realitas* gebrauchen wird.

(h) *L. 2 de d. r.* (45. 2), § 1 *J. eod.* (3. 16) und manche andere Stellen.

datio frei zu machen (i). Jener Kunstausdruck ist also nur da eine sichere Bezeichnung des Correalverhältnisses, wo lediglich die Frage zu beantworten ist, ob dieses Verhältniß, oder vielmehr eine unter Mehreren getheilte Obligation vorliege.

Scheinbar ähnlich den hier behandelten Fällen, im Wesen aber davon völlig verschieden, ist das Verhältniß mehrerer unabhängiger Obligationen, die durch den Entstehungsgrund und durch die Gleichheit des Gegenstandes eine gewisse äußerliche Berührung mit einander haben können. Wenn zwei Personen gemeinschaftlich einen Diebstahl begehen, so wird Jeder derselben auf die volle Strafe des Diebstahls Schuldner, gerade so, als ob er allein gestohlen hätte (k); beide Obligationen stehen in keiner inneren Verbindung. Derselbe Fall tritt ein, wenn drei Personen zusammen kommen, und der Eine an Jeden der Andern Hundert verspricht, oder sich von Jedem derselben Hundert versprechen läßt. Daraus entstehen verschiedene, von einander ganz unabhängige, Obligationen, eben so, als ob

(i) *L. 44 de peculio* (15. 1). — *L. 152 § 3, L. 157 § 2, de R. J.* (50. 17). — *L. 23. 25 de re. jud.* (42. 1). — *L. 2 pr. de nox. act.* (9. 4).

(k) Vgl. unten § 20 c. Auch für dieses Verhältniß wird der

Ausdruck: *in solidum obligari* gebraucht. *L. 1 C. de cond. furt.* (4. 8) „*singulos quosque in solidum teneri.*“ Ferner *L. 55 § 1 de admin.* (26. 7), *L. 21 § 9 de furtis* (47. 1), *L. 1 § si is qui test.* (27. 4).

beide Verträge an verschiedenen Orten und zu verschiedenen Zeiten geschlossen worden wären (1). Alle Fälle der hier beschriebenen Art also haben mit der oben aufgestellten Regel, so wie mit der Ausnahme derselben, durchaus keine Verbindung, und sie sind hier nur erwähnt worden zur Warnung gegen mögliche Verwechslungen.

Bei dem hier aufgestellten Grundverhältniß von Regel und Ausnahme in der Lehre von der Correalschuld ist es nicht unwichtig, zu untersuchen, ob die Römischen Juristen in der Annahme dieses Verhältnisses von inneren Gründen, also von dem wahren Bedürfniß des Rechtsinstituts, geleitet worden sind, indem es davon abhängt, ob wir Ursache haben, uns mit jener Annahme auch für das heutige Recht zu befriedigen, oder vielmehr eine Umbildung des Grundsatzes für rätzlich zu halten.

Die Beantwortung dieser Frage wird jedoch erst möglich seyn, nachdem das ganze Rechtsinstitut in seinen einzelnen Bestimmungen dargestellt seyn wird (vgl. § 22).

(1) *pr. J. de d. r.* (3. 16) „... Nam si prius Titius sponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse.“

Neben der Correalschuld können in einzelnen Fällen manche andere Rechtsverhältnisse vorkommen, welche dann mit jener Schuld in mancherlei Berührungen treten können. Das wichtigste unter diesen Verhältnissen ist die Societät.

Sowohl mehrere Correalgläubiger, als auch Correal Schuldner können unter einander in einer Societät stehen, und dieses Verhältniß wird dann die Grundlage der Correalschuld bilden. Ganz irrig aber würde es seyn, jede Correalschuld als verbunden mit einer Societät anzusehen. Diese Annahme findet ihre völlige Widerlegung in den Stellen des Römischen Rechts, welche geradezu voraussetzen, daß die Correalschuld bald mit einer Societät verbunden, bald ohne eine solche sey (m).

Möchte es sich auch bei der Betrachtung einzelner Rechtsverhältnisse finden, daß vielleicht die Verbindung der Correalschuld mit einer Societät sehr häufig, ja selbst, daß sie in den meisten Fällen vorzukommen pflege, so würden wir doch durch eine solche Wahrnehmung nicht berechtigt seyn, jene Verbindung als die juristische Regel anzusehen, wofür die Vermuthung spräche, und wozu sich die übrigen Fälle als bloße Ausnahmen verhielten. Vielmehr ist diese

(m) *L. 34 pr. de receptis* einer Societät nicht auf das Da-
 (4. 8), *L. 3 § 3 de lib. leg.* seyn einer Correalschuld schließen.
 (34. 3), *L. 62 pr. ad L. L. 12 C. si certum* (4. 2). Beide
Falc. (35. 2), *L. 10 de* Rechtsverhältnisse stehen ganz un-
duob. reis (45. 2), *L. 71* abhängig neben einander, können
pr. de fidej. (46. 1). — aber willkürlich in Verbindung ge-
 Eben so läßt sich von dem Daseyn bracht werden.

Verbindung eine ganz zufällige Thatsache, die stets von Demjenigen erwiesen werden muß, der sie behauptet, und daraus Vortheile für sich ableiten will.

§. 17.

III. Personen in der Obligation. B. Correalschuld. Entstehungsgründe.

Als Ausnahme von der Regel kann das besondere Verhältniß vorkommen, in welchem eine und dieselbe Obligation sich auf jeden Einzelnen unter mehreren Gläubigern oder Schuldnern ganz, ungetheilt, bezieht (§ 16). Zunächst sind die Entstehungsgründe eines solchen exceptionellen Verhältnisses anzugeben.

Diese Gründe lassen sich einfach auf folgenden gemeinsamen Gesichtspunkt zurück führen. Die Ausnahme tritt ein, wenn die Personen, durch deren Thätigkeit die Obligation erzeugt wird, es so wollen; ohne diesen Willen tritt sie nur in dem einzigen Fall ein, wenn die Obligation selbst untheilbar ist, und auch hier nur für das Verhältniß mehrerer Schuldner (als passive Correalobligation) (a).

(a) Die Meinung der meisten neueren Schriftsteller geht dahin, daß das Correalverhältniß auch ohne den Willen des Betheiligten, durch gesetzliche Vorschrift, wie man sich ausdrückt, in sehr ausgedehnter Weise entstehen könne. Für den Fall der untheilbaren

Obligation ist diese Entstehungsart so eben bereits anerkannt worden, und es wird davon unten ausführlich die Rede seyn (§ 34). Für die häufigeren Fälle der unächten Correalschuld wird jene Meinung in den § 20. 21 berichtigt werden.

Der entscheidende Wille nun kann enthalten seyn in einem Vertrag, oder in der Verfügung eines Erblassers, oder in einem richterlichen Urtheil. Der Vertrag ferner kann seyn ein formeller, dessen eigenthümliche Natur auf der bei der Willenserklärung angewendeten besonderen Form besteht: Stipulation, und Literalcontract. Aber auch jeder andere Vertrag kann für diesen Zweck gebraucht werden.

Soll die Ausnahme durch Vertrag entstehen, so wird der übereinstimmende Wille der den Vertrag bildenden Personen (Glaubiger und Schuldner) vorausgesetzt. Der letzte Wille, als Entstehungsgrund jener Ausnahme, ist seiner Natur nach ein einseitiger Wille, und eben so verhält es sich mit dem richterlichen Urtheil.

Hieraus ergeben sich folgende mögliche Entstehungsgründe der erwähnten Ausnahme, in sofern diese auf dem Willen der Betheiligten beruht:

- a. Stipulation.
- b. Literalcontract.
- c. Uebrige Verträge.
- d. Letzter Wille.
- e. Richterliches Urtheil.

Die beiden ersten sind im heutigen Recht nicht mehr vorhanden, bedürfen aber dennoch einer genauen Darstellung, weil ohne diese nur eine sehr unvollständige Einsicht in die Aussprüche des Römischen Rechts über das hier vorliegende Rechtsverhältniß gewonnen werden könnte.

a. Stipulation.

Die Stipulation war, wie überhaupt die vorherrschende Grundlage des Rechtsverkehrs für die Römer, so auch die häufigste Form, welche zur Begründung der Correalverhältnisse angewendet wurde (b). Nur gilt für die Stipulation dasselbe Verhältniß von Regel und Ausnahme, welches oben im Allgemeinen festgestellt worden ist; denn die Hauptstelle über dieses Verhältniß (§ 16. b) spricht gerade von Stipulationen.

Auch hier also kam es auf die Auslegung der Willenserklärung an (c), und eine feste, ausschließend gültige, Formel gab es für diesen Zweck nicht. Die unzweifelhaftesten Ausdrücke waren wohl diese: *eosdem quinque aureos, eandem pecuniam, eadem decem spondeo* (d), indem dadurch unverkennbar ausgedrückt war, daß der Gegenstand der beiden Verpflichtungen nicht bloß gleicher Art und Größe, sondern ein und derselbe (nur auf mehrere Personen zugleich bezüglich) seyn sollte. Die gleichzeitige Verhandlung allein war zur Begründung der Ausnahme nicht hinreichend, so wie umgekehrt die ungleichzeitige Verhandlung die Ausnahme nicht nothwendig ausschloß; eine mäßige Zwischenzeit zwischen beiden Verhandlungen sollte daher für die Ausnahme nicht hinderlich seyn,

(b) Von der Begründung der Correalschuld durch Stipulation handelt ausführlich Ribbentrop § 17.

(c) *L. 3 pr. L. 4 de d. r.* (45. 2).

(d) *pr. J. de d. r.* (3. 16), *L. 2 L. 12 § 1 eod.* (45. 2).

vorausgesetzt nur, daß sie an einem und demselben Tage vorkamen (e).

Es muß aber hier Etwas voraus erwähnt werden, das erst an einem späteren Ort vollständig mitgetheilt werden kann. Die aus Verträgen entspringenden Obligationen haben theils einen selbstständigen Zweck, theils einen accessorischen, indem sie bloß dazu gegründet werden, um eine andere Obligation zu befestigen und zu unterstützen. Dieses geschah bei den Römern regelmäßig durch Correalschulden, die auf Stipulationen gegründet waren. Es geschah aber sowohl von Seiten des Gläubigers, der einen Nebengläubiger (*adstipulator*) zuzog, als von Seiten des Schuldners (*adpromissor*), welches letzte Verhältniß jedoch ungleich häufiger und wichtiger war (f). In allen solchen Fällen nun entstand ein zusammengesetztes Rechtsverhältniß. Es bestand zwischen der Hauptperson und der Nebenperson eine wahre Correalschuld, aber eben so auch in Wahrheit eine accessorische Schuld, und durch das Zusammentreffen dieser beiden Eigenschaften konnte die Correalschuld nicht in ihrer reinen und vollständigen Natur erscheinen; sie mußte vielmehr mancherlei

(e) *L. 3 pr. L. 6 § 3 L. 12 pr. de d. r.* (45. 2).

(f) GAJUS *Lib. 3 § 110—117. — Adpromissores. L. 64 § 4 sol. matr.* (24. 3), *L. 5 § 2 de V. O.* (45. 1), *L. 43 de sol.* (46. 3). — Diese kamen vor in

drei Formen mit sehr verschiedenen Rechten: *Sponsores, fidepromissores, fidejussores.* GAJUS *l. c.* Schon im Justinianischen Recht ist nur noch die letzte Form übrig (*fidejussores*).

Modificationen erleiden, die jedoch erst in anderem Zusammenhang ganz klar gemacht werden können, und an der gegenwärtigen Stelle nur sehr beiläufig zu erwähnen sind.

Dieses Alles übrigens ist auch für das heutige Recht wahr und von Wichtigkeit, nur mit dem untergeordneten und äußerlichen Unterschied, daß wir so wenig für die accessorischen Verträge, als für alle anderen Zwecke, die Stipulationsform anwenden, an deren Stelle überall der formlose Vertrag tritt.

b. Literalcontract.

Durch Gajus sind wir über den Literalcontract (die *expensilatio* durch *nomen transcriptitium*) hinreichend unterrichtet (g), um uns die Anwendung desselben auf die Bildung einer Correalschuld mit voller Sicherheit auf folgende Weise zu denken, in ganz ähnlicher Art, wie diese Bildung durch die Stipulation bewirkt wurde.

Wenn zwei Römer in ihren Hausbüchern einen Dritten als ihren Schuldner für eine und dieselbe Forderung eintrugen, so geschah dadurch völlig Dasselbe, wie wenn sie durch Stipulation *duo rei stipulandi* geworden wären. Eben so, wenn ein Römer in seinem Hausbuch zwei Andere als seine Schuldner für dieselbe Forderung eintrug. In beiden Fällen muß freilich die Einwilligung aller Be-

(g) GAJUS Lib. 3 § 128. 129. Vgl. Savigny vermischte Schriften B. 1. Num. IX.

theiligten in die Entstehung gerade eines solchen Rechtsverhältnisses vorausgesetzt werden, so wie diese Einwilligung überhaupt erforderlich war, wenn irgend ein Literalcontract Gültigkeit erhalten sollte.

Eine Bestätigung dieses Zustandes des älteren Rechts durch unmittelbare Zeugnisse haben wir allerdings nicht. Wohl aber finden sich folgende Zeugnisse, denen wir eine ganz gleiche Beweiskraft zuschreiben können. Im Justinianischen Recht ist bekanntlich der Literalcontract ganz verschwunden, und schon zur Zeit der alten Juristen dauerte er fast nur noch in den Büchern der Argentarien fort, von welcher besonderen Anwendung einzelne Spuren in die Digesten übergegangen sind. Zwei Stellen solcher Art bestätigen völlig die oben aufgestellte Behauptung über den Literalcontract als Grund eines Correalsverhältnisses. Einer derselben spricht von dem Erlaßvertrag durch die Stimmenmehrheit der Gläubiger eines insolventen Schuldners. Sie sagt, daß mehrere Inhaber derselben Forderung als Ein Gläubiger anzusehen sind, 'und führt zur Erläuterung folgende Fälle an (h).

Utputa plures sunt rei stipulandi vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt, unius loco numerabuntur, quia unum debitum est.

Hier wird die *expensilatio* derselben Forderung in den Büchern von zwei Argentarien auf gleiche Linie ge-

(h) *L. 9 pr. de pactis (2. 14).*

stellt mit einer gleichartigen Stipulation, und, eben so wie diese, als Entstehungsgrund einer Correalschuld anerkannt.

Die andere Stelle spricht von *duo rei credendi* durch Stipulation, deren einer ein Compromiß geschlossen hat, und stellt mit diesen auf gleiche Linie zwei Argentarien, in deren Büchern eine und dieselbe Forderung an einen Dritten eingetragen ist (i):

Idem in duobus argentariis, quorum nomina simul eunt.

Was hier von den Argentarien gesagt ist, können wir unbedenklich für die ältere Zeit auf alle Römer übertragen, da es auch bei den Argentarien lediglich aus dem *nomen factum* (der *expensilatio*) abgeleitet wird, welches für die Argentarien und für andere Römer genau dieselbe Natur hatte, nicht aus dem besonderen gewerblichen Verhältniß der Argentarien, und namentlich nicht etwa aus einem Societätsverhältniß zwischen den hier erwähnten beiden Argentarien (k).

Unrichtig wird von manchen Schriftstellern mit diesem Verhältniß der Argentarien zu einer Correalschuld ein ganz

(i) *L. 34 pr. de receptis* auch nicht. Von diesem letzten Umstand wird die Folge des Compromisses abhängig gemacht, nicht (4. 8). Vgl. über diese Stelle unten § 19. v.

(k) In der ersten Stelle (Note h) ist von einer Societät gar nicht die Rede, in der zweiten (Note i) wird erwähnt, daß die beiden Argentarien *socii* seyn könnten, oder das Correalverhältniß der Argentarien an sich, welches vielmehr in den vorhergehenden Worten unbedingt behauptet wird.

anderes zusammengestellt, welches nur eine äußerliche Ähnlichkeit damit hat, und in der That nur auf der gewerblichen Stellung der Argentarien beruhte. Ein einzelnes Bankgeschäft (*argentaria*) konnte bald einem einzigen Herrn angehören, bald Mehreren, welche dann eine gewerbliche Societät für dieses Geschäft bildeten (l). Auch in diesem letzten Fall war das Geschäft selbst, so wie das darüber geführte Buch, ein einfaches, ohne Unterschied, ob die Eintragungen von einem der Gesellschafter allein, oder von mehreren oder allen abwechselnd, besorgt zu werden pflegten. Wenn nun ein anderer Römer mit dieser Bank im Geschäftsverkehr stand, und in seinem eigenen Hausbuch die Bank durch *expensilatio* zu seinem Schuldner machte, so konnte gezweifelt werden, wem er hieraus zu verklagen habe: ob jeden Gesellschafter theilweise, oder etwa Den, welcher an der Spitze des Geschäftes stand und auf dessen Namen (*Firma*) dasselbe geführt wurde. Bei der großen Wichtigkeit der Argentarien war es für die Sicherheit der übrigen Römer wünschenswerth, die Klage möglichst zu erleichtern. Daher wurde durch Gewohnheitsrecht die Regel anerkannt, daß jedes einzelne Mitglied der Gesellschaft die Klage für die ganze Schuld übernehmen müsse (m). Dadurch entstand also ein der Correalschuld

(l) Von einer solchen Societät spricht *L. 52 § 5 pro socio* (17. 2).

(m) *AUCT. AD HERENNIIUM II. 13 „Id quod argentario tuleris expensum, a socio ejus recte*

ähnliches Verhältniß; es war aber von der wahren Correalschuld durch Vertrag, namentlich durch einen Literalcontract, schon darin verschieden, daß der Römer, der jetzt den einzelnen Gesellschafter auf die ganze Schuld verklagen durfte, an diesen zur Zeit der Eintragung vielleicht gar nicht gedacht hatte. Es war also eine ganz einzeln stehende Rechtsregel für das Gewerbe der Argentarii, die hier zur Anwendung kam, und diese Regel stand nicht im Zusammenhang mit dem ganzen System des Correalverhältnisses.

Dieselbe Frage aber konnte auch umgekehrt vorkommen, wenn von Seiten jener Bank eine in ihrem Buch eingetragene *expensilatio* eingeklagt werden sollte. Die Gerechtigkeit forderte, daß dieselbe Regel zu ihrem Vortheil und ihrer Erleichterung angewendet werden mußte, die so eben, als zu ihrem Nachtheil geltend, erwähnt worden ist. Dann mußte also jeder einzelne Gesellschafter die ganze Forderung einklagen können. In der That wurde diese Rechtsregel durch Constitutionen der Kaiser anerkannt (n), und diese Regel hatte dieselbe gewerbliche, isolirte Natur, welche so eben für die umgekehrte Regel angenommen worden ist. Beide Regeln waren Bestandtheile des Römischen Handels-

repetere possis.“ Damit wird sowohl die Theilung der Klage, als die Beschränkung derselben auf diesen oder jenen einzelnen Gesellschafter, verneint. Es läßt sich diese solidarische Verpflichtung auf die Grundsätze der *institoria actio* zurückführen. (Vgl. unten

§ 21.) — Sehr unsicher ist die Erwähnung bei QUINCTILIAN. V. 10 § 105.

(n) *L. 27 pr. de pactis* (2. 14) „... *tantum enim constitutum est, ut solidum alter petere possit.*“ (vgl. unten § 18. u.).

rechts, und lagen außer der allgemeinen Lehre vom Correalsverhältniß.

c. Uebrige Verträge.

Die Begründung des Correalsverhältnisses durch Stipulation (und Literalcontract) mag vielleicht in der älteren Zeit allein üblich gewesen seyn; schon zur Zeit der classischen Juristen aber war es als unzweifelhafte Regel anerkannt, daß ein solches Verhältniß in den Verträgen, die bonae fidei waren, auch durch eine formlose Verabredung, also ohne Stipulation, begründet werden könne. Auch darf Dieses nicht etwa als eine Abweichung von Grundsätzen, blos zur Erleichterung des Verkehrs eingeführt, angesehen werden. Es war vielmehr eine unmittelbare Folge der viel allgemeineren Regel, nach welcher in jener ganzen Classe von Verträgen jede formlose Nebenabrede eine klagbare Natur haben sollte (o).

Die merkwürdige Stelle des Papinian, welche den hier erwähnten Grundsatz allgemein ausspricht, lautet so (p):

Eandem rem apud duos pariter deposui,
utriusque fidem in solidum secutus (q), vel
eandem rem duobus *similiter* (r) commodavi;

(o) L. 7 § 5 *de pactis* (2. 14).

(p) L. 9 *pr. de d. r.* (45. 2). Ausführlich und gründlich handelt von dieser Stelle Ribbentrop § 19. 20.

(q) Dieses ist also die beson-

dere Nebenbestimmung des Vertrags, wodurch dessen exceptionelle Natur festgestellt wird, ganz wie dieses in L. 11 *eod.* auch bei der Stipulation erfordert wird, s. o. § 16. Note b. und h.

(r) „similiter“, in derselben

fiunt duo rei promittendi (s), quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus (t), veluti emtione, venditione, locatione, conductione, deposito, commodato, testamento (u).

Der Grundsatz, der hier allgemein ausgesprochen wird, kommt auch noch anderwärts in einzelnen Anwendungen vor: namentlich bei Kauf und Miethen, desgleichen bei dem Constitutum (v), welches letzte, als prätorischer Vertrag, eine eben so freie Natur haben mußte, als im Civilrecht die b. f. Contracte.

Weise, also gleichfalls in solidum. Irrig lieft die Vulgata *simul*. Daß die Sache an Beide zugleich hingegeben wurde, konnte nicht hinreichen, die Anwendung der Ausnahme zu begründen.

(s) Es soll also nicht blos dasselbe Recht gelten, wie bei einer Stipulation von diesem Inhalt, sondern es wird sogar derselbe Kunstausdruck angewendet, der eigentlich nur auf die Stipulation paßt (§ 16. f); ohne Zweifel, damit über die völlige Gleichheit des Rechts in diesen verschiedenen Fällen um so weniger Zweifel übrig bleiben könne.

(t) Hier ist in der Stelle eine augenscheinliche Lücke, und zwar gleichmäßig in der Florentina und der Vulgata, jedoch so, daß die Ausfüllung, dem Sinn nach, durch den Zusammenhang unzweifelhaft

wird. Die Glosse sagt: „*Supple fiunt duo rei promittendi, secundum Martinum*“, welche Worte also hinter *contractibus* eingeschaltet werden müßten. Mit ganz gleichem Sinn lieft die Ausgabe Lugd. 1551. 4. (und eben so Charondas am Rande): *ceteris fiunt contractibus*. Vgl. Ribbentrop S. 120.

(u) Das Testament wird hier unter die Contracte gerechnet in dem allgemeinen Sinn des Wortes *contractus*, nach welchem es gleich umfassend ist mit *obligatio*. Vgl. *L. 20 de jud.* (5. 1), *L. 52 de re jud.* (42. 1).

(v) *L. 13 § 9, L. 47 loc.* (19. 2), *L. 13 C. eod.* (4. 65), *L. 31 § 10 de aedil. ed.* (21. 1) (vgl. Ribbentrop S. 159). — *L. 16 pr. de pec. const.* (13. 5).

In der angeführten allgemein redenden Stelle, so wie in diesen besonderen Anwendungen, ist nur von mehreren Schuldnern solcher Art (dem passiven Correalverhältniß) die Rede, nicht von mehreren Gläubigern, und man könnte daher zweifeln, ob auch diese bei den Verträgen der hier erwähnten Classe in ein Correalverhältniß eintreten möchten. Dennoch würde schon die Analogie der Stipulation (*duo rei stipulandi*) hinreichen, diesen Zweifel zu beseitigen. Es findet sich aber auch Eine Stelle, welche das Correalverhältniß mehrerer Gläubiger bei dem Depositum, also bei einem Vertrage der hier vorliegenden Classe, ausdrücklich anerkennt (w). Die seltene Erwähnung dieses Verhältnisses, wodurch sogar ein Zweifel an dessen Zulässigkeit möglich werden konnte, erklärt sich aus dem Umstand, daß in allen Beziehungen das passive Correalverhältniß ungleich häufiger und wichtiger ist, als das active (Note f).

Nach der hier gegebenen Zusammenstellung könnte man versucht seyn, anzunehmen, daß bei einem der häufigsten und wichtigsten Verträge, nämlich bei dem Darlehen, eine selbstständige Begründung des Correalverhältnisses nicht möglich, sondern dazu stets eine Stipulation

(w) *L. 1 § 44 depos. (16. 3)*
 „Sed si duo deposuerint, et ambo agant, si quidem sic deposuerunt, ut vel unus tollat totum, poterit in solidum agere; sin vero pro parte, pro quaeorum interest, tunc dicendum

est, in partem condemnationem faciendam.“ Das Letzte ist wieder, so wie überall, die Regel, die sich von selbst versteht; das Erste ist die Ausnahme, die einer besonderen Abrede bedarf.

erforderlich gewesen wäre. Das Darlehen ist nicht *bonae fidei*, also paßt darauf der durchgreifende Ausspruch des Papinian und dessen höherer Grund (Note o) buchstäblich nicht. Auf der anderen Seite aber zieht das Darlehen auch nicht, wie die Stipulation, seine obligirende Kraft aus einer positiv bestimmten Form der Willenserklärung, sondern vielmehr aus dem natürlichen Act des Gebens und Empfangens zu wahren Eigenthum, welcher Act an sich die solidarische Verpflichtung Mehrerer nicht bewirkt, indem das Eigenthum des Geldes stets nur auf Einen ganz, oder auf Mehrere theilweise, gebracht werden kann. Dennoch muß auch bei dem Darlehen angenommen werden, daß das Correalverhältniß durch formlose Abrede, ohne Stipulation, gegründet werden konnte. Denn es war schon zur Zeit der alten Juristen manche Erleichterung der Form bei der Stipulation anerkannt worden. Eine gleichartige Erleichterung wurde dann auch auf das Darlehen angewendet, bei welchem daher die selbstständig wirksame Kraft der Nebenabreden in folgendem Ausspruch des Ulpian anerkannt wird (x): „*Omnia, quae inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniae: et ideo et conditiones*”.

Unter diese selbstständig wirksamen Nebenabreden gehörte nun gewiß auch das Correalverhältniß, bei welchem Nie-

(x) *L. 7 de R. C. (12. 1)*. Vgl. Savigny System B. 6 § 268.

mand zweifeln kann, daß es unter die Dinge gehörte quae inseri stipulationibus possunt. Dann also führte die Consequenz dahin, daß bei dem Darlehen die solidarische Verpflichtung durch formlosen Vertrag neben dem Geben und Empfangen, also ohne Stipulation, begründet werden konnte.

Daß nun diese Consequenz wirklich anerkannt wurde, erhellt aus drei Rescripten von Diocletian, in welchen das Darlehen an sich (der Realcontract) und die Stipulation neben einander, als coordinirte, alternative, Gründe einer solidarischen Verpflichtung aufgestellt werden (x¹).— Nach dem heutigen Recht würde es ohnehin keinen Zweifel haben können, daß das Darlehen hierin mit allen übrigen Verträgen auf völlig gleicher Linie stehe.

d. Letzter Wille (y).

Durch letzten Willen kann ein Correalverhältniß in der Art gegründet werden, daß der Erbe Einem von Mehreren ein Legat auszahlen soll, die dadurch duo rei credendi werden. Dann hat der Erbe unter diesen Mehreren

(x¹) *L. 5 C. si cert. pet.* (4. 2) „Si non singuli in solidum *accepta mutui quantitate vel stipulanti creditori* sponte vos obligastis . . .“ *L. 9 C. eod.* „si *duos reos stipulandi vel re pro solido tibi quaesitam actionem* . . . animadverterit (judex) . . .“ *L. 12 C. eod.* „Si . . . cum Jone mutuam sum-

sisti pecuniam, *nec re, nec solemnitate verborum* vos obligastis in solidum“ . . . Ribbentrop §. 111. nimmt an, neben dem Darlehen sey nur durch Stipulation eine solidarische Verpflichtung entstanden.

(y) Vgl. Ribbentrop §. 42 bis 43 §. 117—119.

die Wahl; bleibt er aber unthätig, so kann ein Einzelner unter jenen das ganze Legat eintragen, wodurch nun die übrigen ausgeschlossen werden (z). Im älteren Recht war es streitig, ob dahin auch der Fall zu rechnen sey, wenn der Erblasser sagte: „illi aut illi do lego vel dari volo,“ und welchen Sinn überhaupt dieser Ausdruck habe. Justinian entscheidet dahin, es solle das aut für et gelten, und jeder Legatar solle die Hälfte des Legats bekommen, also ohne Correalverhältniß (aa).

Umgekehrt kann der Erblasser jedem von mehreren Erben die Entrichtung eines Legats in solidum auftragen. Dann hat der Legatar die Wahl, welchen Erben er auf das Ganze belangen will (bb).

e. Richterliches Urtheil.

Wenn in einem und demselben Urtheil Mehrere auf eine Gesamtsumme verurtheilt werden, so verhält es sich eben so, wie mit einem Vertrag. In der Regel ist die Verpflichtung auf jeden Einzelnen nur theilweise zu beziehen, ohne Haftung für die Uebrigen. Es kann aber auch Jeden verpflichten, für die Zahlungsunfähigkeit der Anderen einzustehen. Es kann endlich noch weiter gehen, indem es sie solidarisch verpflichtet. Dann ist das Urtheil Ent-

(z) L. 16 L. 24 de leg. 2
(31. un.).

(aa) L. 4 pr. § 1 C. de verb.
et rer. (6. 38).

(bb) L. 8 § 1 de leg. 1
(30. un.), L. 25 pr. de leg. 3
(32. un.). — Dieser Fall wird
auch in der oben abgedruckten
Stelle über die Verträge erwähnt,
Note p. und u.

stehungsgrund eines wahren Correalsverhältnisses, und steht mit den bisher angegebenen Entstehungsgründen ganz auf gleicher Linie (cc).

§. 18.

III. Personen in der Obligation. B. Correalschuld.
Wirkungen.

Bei den Wirkungen des Correalsverhältnisses sind zwei Bemerkungen vorauszuschicken. Erstlich, daß dieselben für das active und das passive Correalsverhältniß gleich stehen, so daß jedes alte Zeugniß für das eine derselben, zugleich für das andere als beweisend angesehen werden darf. Zweitens, daß die hier aufzustellenden Regeln auch auf die accessorischen Correalsverhältnisse (§ 17. f) anwendbar sind, mit Vorbehalt der Modificationen, die erst bei den accessorischen Obligationen überhaupt angegeben werden können.

(cc) *L. 1. 2 C. si plures* (7. 55), *L. 43 de re jud.* (42. 1). Entscheidend sind die Anfangsworte der ersten unter diesen Stellen: „*Si non singuli in solidum . . . condemnati estis.*“ Dieses wird also hier als ein ganz zulässiger und wirksamer Inhalt des Urtheils anerkannt. Ein solches Urtheil kann vorkommen,

wenn gerade das Daseyn eines passiven Correalsverhältnisses bestritten wird, und nun der Gläubiger alle Schuldner zusammen verklagt, so daß das Urtheil eben die streitige Correalität feststellt. Vgl. über diesen Fall: Glück B. 4 §. 517. MÜHLENBRUCH II. § 491.

Unter den Wirkungen selbst sind zwei an die Spitze zu stellen, als die einfachsten und unzweifelhaftesten.

A. Jeder Glaubiger hat das Recht, die ganze Forderung von dem gemeinsamen Schuldner einzuklagen (a).

Jeder Schuldner hat die Verpflichtung, von dem gemeinsamen Glaubiger auf die ganze Schuld sich verklagen zu lassen. Jedoch ist Dieses bloß ein Recht des gemeinsamen Gläubigers; zieht also dieser es vor, die einzelnen Schuldner theilweise zu verklagen, so ist er auch dazu berechtigt, da ein solches Verfahren nur als eine Erleichterung für die Schuldner anzusehen ist (b). — Wenn einer der Schuldner durch seine positiven Handlungen die Erfüllung der Obligation verhindert (z. B. den versprochenen Sklaven tödtet), so sind dadurch auch die übrigen obligirt; dagegen soll die Mora des einen (als bloßes Unterlassen) den übrigen Schuldnern nicht zum Nachtheil gereichen (c).

(a) *L. 31 § 1 de nov.* (46. 2), *L. 16 de leg. 2* (31. un.).

(b) *L. 3 § 1 L. 11 pr. de d. r.* (45. 2), *L. 8 § 1 de leg. 1.* (30. un.). — Bei der Correalobligation, welche nicht durch Stipulation, sondern durch freien Vertrag neben einem b. f. Contract entstand, und die überhaupt einer neueren Entwicklung des Instituts anzugehören scheint (§17), tauchte wohl auch die Meinung auf, im Fall der Zahlungsfähig-

keit beider Schuldner sey jeder nur zur Hälfte zu verklagen; allein selbst der Jurist, der diese Meinung erwähnt, räumt doch ein, daß dieselbe nach Rechtsgrundsätzen nicht haltbar sey. *L. 47 locati* (19. 2). Durch die partielle Klage wird das solidarische Recht auf den Rest nicht aufgehoben.

(c) *L. 18 de d. r.* (45. 2). — *L. 32 § 4 de usur.* (22. 1), *L. 173 § 2 de R. J.* (50. 17).

B. Die Erfüllung, die an Einen von mehreren Glaubigern vorgenommen wird, tilgt zugleich die Forderung der übrigen, sie mag freiwillig oder erzwungen geschehen seyn. Dieselbe Folge tritt ein, wenn die Forderung theilweise gegen mehrere Glaubiger erfüllt wird (d).

Eben so kann umgekehrt Jeder von mehreren Schuld-
nern durch seine Erfüllung die Schuld aller übrigen
tilgen (e). Desgleichen kann die Erfüllung von jedem
einzelnen Schuldner theilweise bewirkt werden (f).

Nun giebt es aber, außer der Erfüllung, noch manche
andere Thatsachen, wodurch eine Obligation gleichfalls,
und zwar bald mehr, bald weniger, vollständig aufgehoben
werden kann; die Einwirkung dieser Thatsachen auf das
Correalverhältniß muß nunmehr festgestellt werden, und hierin
ist Manches schwierig und zweifelhaft. Zwar eine erschöpfende
Behandlung dieser Fragen ist erst in der Lehre
von der Aufhebung der Obligationen möglich; es wird
aber hier darauf ankommen, einen Theil dieser Lehre für
den hier vorliegenden besondern Zweck voraus zu nehmen.

Die erwähnten Thatsachen lassen sich auf vier Classen
zurück führen:

Surrogate der Erfüllung (wodurch Dasselbe,

(d) § 1 *J. de d. r.* (3. 16),
L. 31 § 1 de nov. (46. 2), *L. 16*
de leg. 2 (31. un.). — *L. 34 § 1*
de sol. (46. 3).

(e) § 1 *J. de d. r.* (3. 16),
L. 3 § 1 de d. r. (45. 2).

(f) *L. 8 § 1 de leg. 1* (30.
un.), *L. 34 § 1 de sol.* (46. 3).

wie durch die Erfüllung, nur auf anderem Wege, bewirkt wird).

Uebereinstimmender Wille der Betheiligten über Aufhebung der Obligation.

Ereignisse in Beziehung auf Klage und Prozeß.

Zufällige Ereignisse.

Eine besondere Schwierigkeit liegt aber darin, daß diese Classen nicht überall durch scharfe Gränzen von einander geschieden sind, indem manche Fälle bald der einen, bald der anderen Classe zugezählt werden können.

Ich will nun eine Reihe einzelner Thatsachen aufstellen, und bei jeder derselben die Frage zu beantworten suchen, ob sie auf eine Correalschuld (so wie die wirkliche Erfüllung) aufhebend einwirkt oder nicht (g).

(g) Keller, Litiscontestation S. 446—449, stellt den Grundsatz auf, es komme darauf an, ob eine Thatsache den objectiven Bestand der Obligation selbst betreffe, oder blos ihre subjective (persönliche) Beziehung. Eine sehr bestimmte Anerkennung dieses Grundsatzes findet sich in folgenden Worten der *L. 19 de d. r.* (45. 2): „multum enim inter-

est, utrum res ipsa solvatur, an persona liberetur; quum persona liberatur, manente obligatione, alter durat obligatus.“ Als formellen Grundsatz kann man Dieses auch wohl zugeben, nur ist damit die Schwierigkeit keinesweges beseitigt, indem wieder die Gränze dieser beiden Fälle neue Zweifel erregt.

Zuerst von den Surrogaten der Erfüllung.

1. Gerichtliche Deposition des einem Gläubiger angebotenen, von Diesem nicht angenommenen Geldes. Diese gilt der wirklichen Zahlung völlig gleich, und der Gläubiger hat das Recht, das Geld abzufordern, so, als wenn er selbst es deponirt hätte (h).

Geschieht daher diese Handlung von dem gemeinsamen Schuldner, gegenüber von einem aus mehreren Gläubigern, so haben die übrigen kein Recht an dem Geld, da der Schuldner die Wahl hat, an wen er zahlen will (Note d), die Deposition aber als wahre Zahlung an den gewählten Gläubiger anzusehen ist.

Auf gleiche Weise werden alle Schuldner frei, wenn einer aus ihnen das Geld dem gemeinsamen Gläubiger anbietet und dann deponirt.

2. In solutum datio.

Wenn ein Geldschuldner mit Einwilligung des Gläubigers eine andere Sache anstatt des Geldes giebt, so wird er ipso jure frei von der Geldschuld (i).

Diese allgemeine Regel ist auch anwendbar auf den Fall mehrerer Gläubiger in solidum, so wie mehrerer Schuldner in solidum, wenn einer unter diesen

(h) *L. 19 C. de usur.* (4. 32), *ung per exceptionem an, die Sabinianer ipso jure.* Im Justinianischen Recht wird bloß diese

(i) *GAJUS Lib. 3 § 168, pr. J. quib. modis* (3. 29). Die letzte Auffassung erwähnt. Proculianer nahmen eine Befrei-

Mehreren mit dem gemeinsamen Gegner ein solches Abkommen trifft. Man könnte zweifeln, ob Dieses als reines Surrogat der Erfüllung gelten dürfe, da es möglich ist, daß die hingeebene Sache einen geringeren Werth hat, dann also nicht die ganze Schuld deckt. Dieser Zweifel aber verschwindet durch die Betrachtung, daß das erwähnte Geschäft in Wahrheit eine zusammengesetzte Natur hat: es besteht aus einem Verkauf der Sache um eine der früheren Geldschuld gleiche Summe, und aus Zahlung der Schuld durch Aufrechnung gegen den Kaufpreis.

3. Novation.

Die Novation, die Einer unter mehreren Gläubigern mit dem gemeinsamen Schuldner vornimmt, tilgt die Schuld auch für die übrigen Gläubiger. — Eben so verhält es sich mit der Novation zwischen dem gemeinsamen Gläubiger und Einem der mehreren, ihm gegenüber stehenden Schuldner; alle diese Schuldner werden dadurch frei (k).

Der letzte dieser beiden Sätze kann keinen Zweifel haben, da der allein dabei betheiligte Gläubiger durch seine freie Handlung die Veränderung bewirkt hat. Eher könnte man an dem ersten Satz zweifeln, da die übrigen Gläu-

(k) *L. 31 § 1 de nov. (46. 2)* von *Benulejus*. Vgl. über diesen ganzen Fall: *Ribbentrop S. 268 fg.* — Der Zweifel, der aus *L. 27 pr. de pactis (2. 14)* ent-

nommen wird, kann erst weiter unten beseitigt werden. Vgl. die im Text bei Note u. gegebene Erklärung der *L. 27 cit.*

biger in die Veränderung nicht eingewilligt haben.' Dennoch iſt auch dieſer Satz unbedenklich anzunehmen. Die Novation iſt ein wahres Surrogat der Zahlung, Tilgung der urſprünglichen Forderung durch Vertauſchung gegen eine neue, alſo mit der *in solutum datio* von ganz gleicher Natur. Dieſes iſt ſchon völlig wahr für die einfache Novation, die zwiſchen dem urſprünglichen Gläubiger und Schuldner allein vollzogen wird. Es iſt aber noch einleuchtender, wenn man dabei an die zuſammengeſetzteren Formen der Novation denkt; alſo an die Novation, worin der Gläubiger einen neuen Schuldner anſtatt des urſprünglichen annimmt; imgleichen an die, worin der Gläubiger an einen Dritten (ſeinen eigenen Gläubiger) den Schuldner delegirt, dadurch alſo von einer eigenen Schuld befreit wird. — Dieſer ganze Zuſammenhang der Gedanken wird von Benulejus in der angeführten Stelle (Note k) auf überzeugende Weiſe dargelegt.

Mitten in dieſer Stelle des Benulejus finden ſich folgende Worte: „*Secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, cum id specialiter agit: eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus.*“ Dieſe Worte ſind neuerlich ſo ausgelegt worden: nicht jede Novation tilge die daneben ſtehenden Correalforderungen, ſondern nur diejenige Novation, deren ſpecielle Abſicht auf eine ſolche gemeinſame Tilgung gerichtet ſey. Durch dieſe Auslegung werden alſo jene Worte in Gedanken ſo ergänzt: *cum id*

specialiter agit, *ut eum ab altero liberet* (k¹). Nach meiner Meinung tilgt jede wahre Novation unbedingt alle Correalforderungen; allein nicht jede neue Stipulation unter denselben Personen ist eine wahre Novation. Jene Worte müssen demnach in Gedanken so ergänzt werden: *cum id specialiter agit, ut prior obligatio novetur*. Jene Worte aber halte ich nicht für den ursprünglichen Text des *Benulejus*, sondern für eine Interpolation der Compilatoren, wodurch auch an dieser Stelle die neue Vorschrift von Justinian eingeschärft werden sollte, nach welcher nicht jede neue, einer Obligation hinzugefügte, Stipulation für eine wahre Novation der alten Obligation zu halten ist (*L. 8 C. de novat. 8. 42*). Für diese Annahme sprechen folgende Worte der Constitution, die in sichtbarer Uebereinstimmung stehen mit der angeführten Digestenstelle: *nisi ipsi specialiter remiserint . . . priorem obligationem*. Ferner spricht dafür der ganz übereinstimmende Ausdruck in *L. 29. eod.* „*si id specialiter actum est.*“

(k¹) Huschke in Linde's Zeitschrift, neue Folge, B. 2 S. 153 bis 160. Ein von ihm angeführtes Beispiel scheint mir völlig gegen ihn zu sprechen. Wenn bei einer correalen Geldforderung Einer der Glaubiger durch Novation eine Forderung in Getreide substituirt, so sind gewiß sämtliche Forderungen getilgt. Denn jene Ueber-

einkunft enthält ein wahres in solutum dare, und Dieses steht der unmittelbaren Erfüllung völlig gleich. — Für den letzten Theil der Stelle des *Benulejus* schlägt Huschke einige Emendationen vor, die sehr beachtenswerth sind, und ungemein viel für sich haben; die gegenwärtige Streitfrage berühren diese Emendationen nicht.

Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß die Novation eine etwas zweideutige Natur hat. Sie ist hier aufgefaßt worden als Surrogat der Erfüllung (durch Austausch der ursprünglichen Obligation), und dieses wird meistens ihre wahre Natur seyn. Sie kann aber auch auf bloß formelle Weise gebraucht werden, etwa um die Obligation zuerst in eine Stipulation umzuwandeln, und dann durch Acceptilation aufzuheben, vielleicht in der Absicht einer Schenkung. Dann ist nicht mehr das Surrogat der Erfüllung in ihr wirksam, sondern der bloße Wille. Daß nun die Römischen Juristen die unbedingt aufhebende Kraft der Novation annehmen, ohne diesen Unterschied zu beachten, das ist eine Folge der (uns unbekannt) streng formellen Natur der Novation, eben so, wie bei der Acceptilation.

Blos des Gegensatzes wegen ist neben der Novation das Constitutum zu erwähnen.

Unter den alten Juristen war es streitig gewesen, in welchem Grade dieses auf die Fortdauer der ursprünglichen Forderung einwirke. Man entschied sich jedoch dahin, daß es nicht als Tilgung der Forderung, folglich nicht als Surrogat der Zahlung, sondern nur als Bestärkung der alten Schuld durch eine neu hinzugefügte Klage, dienen sollte. Daher sollte auch die Anstellung der *constitutoria actio* nicht als Consumtion der ursprünglichen Klage gelten, und nur die (freiwillig oder erzwungen) erfolgte wirkliche Zahlung sollte als Tilgung beider Schulden zu-

gleich angesehen werden (l). Eine nothwendige Folge dieser Auffassung war es, daß auch bei einer Correalschuld ein hinzutretendes Constitutum die Wirksamkeit der ursprünglichen Klagegarantie gar nicht vermindern konnte. — Es ist daher als ein bloßes Versehen der Compilatoren anzusehen, wenn in einer Stelle des Paulus, von dem Standpunkt der älteren, im Allgemeinen verworfenen Meinung aus, behauptet wird, daß das von einem gemeinsamen Schuldner mit Einem unter mehreren Gläubigern vorgenommene Constitutum als Zahlung der Schuld gelte und die Forderung der übrigen Gläubiger aufhebe (m). Diese Stelle kann also nicht als Zeugniß für den wahren Sinn des Justinianischen Rechts angesehen werden.

4. Compensation.

Das bloße Daseyn einer Gegenforderung eines Schuldners tilgt nicht die Forderung des Gläubigers, kann also nicht der wirklichen Zahlung gleich gestellt werden (n). Wenn nun Einer unter mehreren Gläubigern den gemein-

(l) *L. 18 § 3 L. 28 de pec. const.* (13. 5), *L. 15 de in rem verso* (15. 3), von Gajus und Ulpian.

(m) *L. 10 de pec. const.* (13. 5) „Idem est, et si ex duobus reis stipulandi alteri constitutum, alteri postea solutum est, quia loco ejus, cui jam solutum est, haberi debet is, cui constituitur.“ Daher soll

benn die spätere Zahlung als *indebitum condiciri* werden können.

(n) Dieser Satz hängt zusammen mit der Streitfrage, ob und in welchem Sinn nach dem neuesten Recht die Compensation *ipso jure* oder *per exceptionem* wirkt; eine Frage, die der Lehre von der Aufhebung der Obligationen vorbehalten bleiben muß.

samen Schuldner verklagt, so kann der Schuldner nicht compensiren wollen mit der Gegenforderung gegen einen anderen Glaubiger. Eben so kann Einer der Schuldner, welcher von dem gemeinsamen Glaubiger verklagt wird, nicht compensiren mit der Gegenforderung, die sein Mitschuldner an diesen Glaubiger hat; dieser letzte Satz jedoch leidet eine Ausnahme in dem Fall, wenn beide Mitschuldner in einer Societät stehen, weil aus diesem Verhältniß ein gemeinschaftliches Interesse und Recht beider Schuldner entsteht (o).

Wenn aber die Gegenforderung nicht bloß vorhanden ist, sondern als wirkliches Zahlungsmittel geltend gemacht und anerkannt wird, dann muß sie als vollständiges Surrogat der baaren Zahlung angesehen werden, und, so wie die Zahlung selbst, die Rechte der Mitglaubiger, so wie die Verpflichtungen der Mitschuldner, aufheben. Dieses kann geschehen sowohl durch freiwillige Abrechnung zwischen Glaubiger und Schuldner, als durch die im Prozeß vorgeschützte und vom Richter als gültig anerkannte Einrede der Compensation. Es kann dadurch ferner die Hauptforderung bald ganz, bald theilweise aufgehoben werden,

(o) *L. 10 de d. r. (45. 2)*
 „Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet.“ Auf den Fall

correaler Glaubiger, die zugleich socii sind, ist diese Ausnahme nicht anwendbar. Vgl. überhaupt Bangerow S. 89.

je nachdem die Gegenforderung von gleicher oder geringerer Größe ist.

Es folgen nunmehr diejenigen Fälle der Aufhebung, welche auf dem bloßen Willen der Betheiligten beruhen.

5. Acceptilation.

Ueber die vernichtende Wirksamkeit derselben nach allen Seiten hin war unter den alten Juristen kein Zweifel.

Wenn also Einer unter mehreren Gläubigern mit dem gemeinsamen Schuldner eine Acceptilation einging, so war das Recht der übrigen Gläubiger vernichtet (p). Eben so, wenn der gemeinsame Gläubiger mit Einem unter mehreren Mitschuldnern die Acceptilation vornahm, waren die übrigen Schuldner zugleich befreit (q).

Zur Erklärung dieser unzweifelhaften Regel, die be-

(p) *L. 13 § 12 de accept.* (46. 4), *L. 31 § 1 de nov.* (46. 2). Eine wichtige Folge und zugleich eine Bestätigung des Satzes liegt darin, daß der adstipulator den Schuldner durch Acceptilation frei machen konnte. Es war aber Dieses eine unredliche Handlung, ein Delict, und daher war nun der adstipulator einer *actio legis Aquiliae* unterworfen. GAJUS Lib. 3 § 215. 216.

(q) *L. 26 L. 16 pr. de acceptil.* (46. 4), *L. 3 § 3 de lib. leg.* (34. 3), *L. 12 § 3 de inoff.* (5. 2). — Eine merkwürdige Anwendung dieser Regel für den Fall, daß mit dieser Handlung eine verbundene Schenkung unter Ehegatten verbunden war, findet sich in *L. 5 § 1 de don. int. v. et ux.* (24. 1).

sonders in Vergleichung mit dem sehr verschiedenen Recht des sogleich folgenden formlosen Vertrags auffallen kann, ist Zweierlei zu bemerken.

Zunächst erklärt sich diese Erscheinung aus der streng formellen Natur der Acceptilation. Darin liegt zugleich die Beseitigung des Einwurfs, daß, bei einer activen Correalschuld, durch eine solche unerwartete einseitige Handlung den übrigen Glaubigern ein Unrecht zugefügt werden konnte (r). Denn Alle hatten gerade in diese Form des Geschäfts eingewilligt, sich also auch den möglichen Folgen derselben unterworfen.

Außerdem aber muß die etwas zweideutige Natur der Acceptilation erwogen werden. Es würde unrichtig seyn, diese schlechthin als einen Erlassvertrag, insbesondere als eine Schenkung, aufzufassen. In den Worten: *acceptos fero centum* konnte allerdings dieser Sinn enthalten seyn; sie waren aber eben so empfänglich des ganz anderen Sinnes, welcher eine wirkliche Befriedigung in sich schloß, sey es unmittelbar durch Empfang der schuldigen Summe selbst (in welchem Fall die Acceptilation gleichsam eine feierliche Quittung vorstellte), oder aber durch irgend eine gleich geltende Leistung. Diese Auffassung der Sache findet sich in einer Stelle des Ulpian angedeutet, worin die

(r) Die Acceptilation des gemeinsamen Gläubigers gegen Einen der mehreren Schuldner unterliegt diesem scheinbaren Einwurf ohne hin nicht, da der hier handelnde Gläubiger nur sich selbst ein Recht entzieht, die übrigen Schuldner aber dabei nur gewinnen.

Acceptilation in die Reihe der Surrogate der Erfüllung gestellt wird (s).

6. Formloser Erlaßvertrag (pactum de non petendo).

Ein solcher Vertrag kann bekanntlich geschlossen werden auf zweierlei Weise: in rem und in personam (t). Das erste ist die Regel, und versteht sich überall von selbst, wo nicht die individuelle Beschränkung auf die Person des Berechtigten oder des Verpflichteten ausgesprochen ist, welches letzte daher nur als besondere Ausnahme gedacht werden kann. Das pactum in rem wirkt demnach für und wider alle Personen, auf welche überhaupt Rechte und Verpflichtungen nach allgemeinen Grundsätzen übergehen, also insbesondere für und wider die Erben der Personen, die den Erlaßvertrag geschlossen haben.

Nun liegt der Gedanke sehr nahe, diese Unterscheidung auch auf die Correalschulden anzuwenden, und zwar in der Art, daß der von Einem unter mehreren Gläubigern oder von Einem Schuldner geschlossene Erlaßvertrag auch

(s) *L. 16 pr. de acceptilat.* (46. 4) „... quoniam velut solvise videtur is, qui acceptilatione solutus est.“ — Durch die hier aufgestellte Behauptung einer zweideutigen Natur der Acceptilation soll gesagt werden, daß in ihr eine den Römern geläufige Geschäftsform enthalten war, die in verschiedenem Sinn und zu ver-

schiedenen Zwecken gebraucht werden konnte, überall aber gleichmäßig durchgreifend wirkte. Eine solche Geschäftsform ist für uns nicht vorhanden, und von dieser Verschiedenheit wird sogleich weitere Anwendung gemacht werden.

(t) Hauptstellen: *L. 7 § 8, L. 40 pr., L. 57 § 1 de pactis* (2. 14).

auf die übrigen einwirkte, wenn er in rem (d. h. ohne hinzugefügte persönliche Beschränkung), aber nicht, wenn er in personam geschlossen wäre. Zwar der letzte Theil dieser denkbaren Regel ist unbedenklich als wahr anzunehmen, da die ausgesprochene persönliche Beschränkung jede Einwirkung des Vertrags auf irgend einen Dritten schlechthin ausschließt. Dagegen ist der erste Theil jener Regel zu verwerfen, und es ist vielmehr auch dem Erlaßvertrag in rem die Einwirkung auf die übrigen Gläubiger oder Schuldner, nach der reinen Natur des Correalverhältnisses, schlechthin zu versagen. Dieses soll nunmehr im Einzelnen näher nachgewiesen werden.

Der erste Fall der Anwendung bezieht sich auf zwei Gläubiger in solidum, deren Einer mit dem gemeinsamen Schuldner einen formlosen Erlaßvertrag schließt. Dieser Vertrag hindert den zweiten Gläubiger nicht, sein Recht auch ferner durch Klage geltend zu machen. Die hier folgende Stelle des Paulus, welche diesen Satz anerkennt, bedarf einer genauen Erwägung, da sich an ihre etwas zweifelhafte Fassung manche Irrthümer unserer Schriftsteller angeschlossen haben (u).

(u) *L. 27 pr. de pactis* (2. 14). Die Erklärung derselben beruht vorzugsweise auf der richtigen Abtheilung der einzelnen Sätze. Im Ganzen befriedigend handelt davon: KRAUT *de argentariis* p. 44—51; ein irriges Stück seiner

Erklärung wird sogleich bemerkt gemacht werden. Viele andere Schriftsteller werden angeführt von Bangerow S. 90—93. Vgl. auch S. 95—98. Es ist übrigens die einzige Stelle, worin dieser Fall entschieden wird. In *L.*

Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere; tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo, nam nec novare alium (v) posse, quamvis ei recte solvatur; sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi, quod crederint, licet novare non possint; quod est verum. *Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.*

Paulus spricht zunächst von einem, schon oben erwähnten Rechtsverhältniß, das mit der Correalschuld nur eine äußerliche Ähnlichkeit hat, in der That aber davon verschieden ist (§ 17. l. m. n). Wenn zwei Gesellschafter ein gemeinschaftliches Bankgeschäft betreiben, wenn in ihrem Buch ein Dritter als Schuldner (durch *expensilatio*) eingetragen ist, und Einer aus ihnen mit dem Schuldner

21 § 5 *de pactis* (2. 14) wirft Paulus die Frage auf für die Glaubiger wie für die Schuldner, es fehlt aber die Entscheidung in Beziehung auf die Glaubiger.

(v) KRAUT l. c., p. 49, irrt darin, daß er diesen Ausspruch des Labeo nicht auf die zwei *argentarii socii* beziehen will, und zwar deswegen nicht, weil es sonst an dieser Stelle nothwendig heißen

müßte: *alterum*, nicht *alium*. Allein obgleich alter der regelmäßige und präzisere Ausdruck ist, wenn Einer aus Zweien bezeichnet werden soll, so steht doch auch *alius* für *alter*, sowohl bei juristischen, als nichtjuristischen Schriftstellern; vgl. *Drifsonius* und *Gesner*, bei welchem letztem viele Stellen angegeben sind.

einen Erlassvertrag schließt, so fragt es sich, ob durch diesen Vertrag der zweite Gesellschafter gebunden ist? Drei Juristen verneinen diese Frage (mit stillschweigender Zustimmung des Paulus), und zwar selbst für den Fall, daß der Vertrag in rem (d. h. ohne persönliche Beschränkung) geschlossen ist. Allerdings, sagen sie, wird durch Kaiserliche Constitutionen jedem einzelnen Gesellschafter für sich eine gewisse Verfügung über die gemeinsame Forderung gestattet. Allein diese Verfügung geht nur darauf, daß Jeder das Recht hat, die ganze Forderung einzuklagen; sie geht nicht auf die Abschließung eines Erlassvertrags.

An diese Worte nun schließen sich unmittelbar die letzten Worte der ganzen Stelle, um deren Willen allein dieselbe hier angeführt worden ist: *Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est*. Paulus will also sagen: Eben so muß von zwei *rei stipulandi* behauptet werden, daß der Erlassvertrag des Einen den Anderen nicht bindet, selbst wenn der Vertrag in rem geschlossen wird.

Der ganze, nun noch übrige Theil der Stelle (von: *Idem Labeo bis: quod est verum*) muß gedacht werden als eine Einschaltung zur Bestätigung des vorhergehenden Satzes, aber ohne Verbindung mit den Schlußworten, die sich lediglich auf jenen vorhergehenden Satz beziehen. Labeo sagt nun, Einer von diesen beiden Argentarien könne die Schuld zwar *incassiren*, aber nicht *noviren*, wie denn überhaupt von dem Recht der *Incassirung* einer Schuld auf das Recht der *Novation* nicht sicher geschlossen werden

könne, für welchen letzten Satz er als Beispiel die Kinder und Sklaven in unserer Gewalt anführt, welche gleichfalls das von ihnen ausgeliehene Geld wieder einnehmen könnten (auf unsere Rechnung), aber nicht befugt seyen, die Forderung durch Novation zu verändern.

Der hier vorausgesetzte Zusammenhang der Gedanken ist nun deswegen durchaus nöthig und nicht unwichtig, weil nur durch ihn die Behauptung des Paulus von den *duo rei stipulandi* beschränkt wird auf ihre Unfähigkeit zu einem Erlassvertrag, der für den Mitgläubiger bindend seyn möchte, wobei sich denn auch kein Bedenken findet. Wenn man dagegen, dem ersten Anstoß der Worte folgend, die Schlussworte mit der unmittelbar vorhergehenden Rede des Labeo in Verbindung setzt, so würde Paulus sagen, Einer von zwei *rei stipulandi* sey nicht fähig, die gemeinsame Forderung durch eine Novation aufzuheben. Dieser Satz aber würde nicht nur mit inneren Gründen, sondern auch mit den unzweifelhaftesten Zeugnissen in unauslösllichem Widerspruch stehen (Note k).

Der zweite Fall der Anwendung bezieht sich auf zwei Schuldner in *solidum*, von welchen der Eine mit dem gemeinsamen Gläubiger einen Erlassvertrag schließt. Hier fragt es sich, ob der Andere gegen die Klage des Gläubigers die *pacti exceptio* geltend machen darf. Nach dem reinen *Correalverhältniß* muß diese Frage eben so, wie oben die gleichartige Frage wegen der zwei Gläubiger in *solidum*, verneint werden, wengleich der Erlassvertrag in

rem lautet. Allein es kann hier ein anderes, dem Correalsverhältniß an sich fremdes, Rechtsverhältniß hinzutreten, wodurch die *pacti exceptio* auch dem zweiten Schuldner (der den Vertrag nicht schloß) gestattet werden muß. Dieses ist anzunehmen, wenn der erste Schuldner (der den Vertrag schloß) ein eigenes Interesse dabei hat, daß der zweite die *Exceptio* gebrauche, d. h. wenn die gegen den zweiten durchgeführte Klage in ihren Folgen den ersten zugleich treffen würde (w). Denn wollte man in diesem Fall dem zweiten Schuldner die *Exceptio* versagen, so würde der Vortheil aus dem Erlassvertrag auch dem ersten, der doch den Vertrag geschlossen hat, vereitelt werden.

Wichtige, und zugleich unzweifelhafte, Folgen dieser Regel zeigen sich in folgenden Anwendungen.

Wenn beide *rei promittendi* in einer Societät stehen, und der Eine einen Erlassvertrag schließt, so kann auch der Andere gegen die Klage des gemeinsamen Gläubigers die *Exceptio* geltend machen, weil außerdem die Folgen der Beurtheilung den Ersten zugleich treffen, diesem also den Vortheil seines Vertrags entziehen würden (x).

Wenn der Hauptschuldner einen Erlassvertrag schließt, und dann der Bürge verklagt wird, so kann Dieser die

(w) *L. 21 § 5 de pactis* (2. 14).

(x) *L. 3 § 3 de lib. leg.* (34. 3), *L. 25 pr. de pactis* (2. 14). In dieser letzten Stelle muß

das Wort *sociis* nicht bloß auf *argentariis*, sondern auch auf das vorhergehende *duobus reis promittendi* bezogen werden.

Exception in der Regel geltend machen, weil er außerdem gegen den Hauptschuldner eine Regreßklage hätte, die Diesem den Vortheil seines Vertrags vereiteln würde (y).

Vergleichen wir das hier dargestellte Recht der Acceptilation (Num. 5) mit dem des Erlaßvertrags (Num. 6), so finden wir dabei ganz entgegengesetzte Grundsätze angewendet. Es liegt aber darin keine Inconsequenz, sondern eine Mannichfaltigkeit von Geschäftsformen, anwendbar auf verschiedene Zwecke, je nach der freien Wahl der Beteiligten. Da nun für uns die Acceptilation nicht vorhanden ist, so bleibt bloß das Recht des formlosen Erlaßvertrags übrig, nur mit dem natürlichen Vorbehalt, nach Umständen Dasjenige durch besondere Bestimmungen des Vertrags im einzelnen Fall zu bewirken, welches bei den Römern durch die gangbare Form der Acceptilation leichter und sicherer bewirkt werden konnte. Es würde also ganz unrichtig seyn, in dieser Beziehung für das heutige Recht die durchgreifendere Wirkung der Römischen Acceptilation unserem formlosen Erlaßvertrag beizulegen, hierin also das wahre Verhältniß unseres heutigen Rechts gerade umzukehren (z).

(y) *L. 21 § 5 de pactis* (2. 14). Wo also ausnahmsweise keine Regreßklage gilt, da hat auch der Bürge die Exception nicht. *L. 5 pr. de lib. leg.* (34. 3). Ist der Erlaßvertrag in personam geschlossen, so versteht es sich ohnehin von selbst, daß kein Dritter

die Exception gebrauchen kann. *L. 22 de pactis* (2. 14).

(z) Schriftsteller für die eine und die andere Meinung werden angeführt bei *Bangerow* S. 98 bis 100, welcher selbst die hier aufgestellte Meinung vertheidigt.

7. Vergleich.

Wenn zwischen Einem der mehreren Glaubiger oder Schuldner und dem gemeinsamen Gegner ein Rechtsstreit über die Correalschuld entsteht, und dieser durch Vergleich geendigt wird, so fragt es sich, ob dadurch das Schuldverhältniß in Beziehung auf die Mitglaubiger oder Mitschuldner, die an dem Vergleich nicht Theil genommen haben, aufgehoben ist.

Jeder Vergleich beruht nothwendigerweise auf einem gegenseitigen Nachgeben (aa). Daher kann man ihn als ein zusammengesetztes Geschäft betrachten, bestehend aus partieller Erfüllung und partiellem Erlaß. Gesezt also, die angebliche Correalschuld hatte zum Gegenstand eine Summe von Hundert, und der Vergleich ging dahin, daß der verklagte Schuldner Sechszig baar zahlte, um von der ganzen Klage frei zu werden, so ist bis auf Sechszig die Schuld durch wahre Zahlung getilgt für alle Glaubiger und alle Schuldner (Noten c. d. e. f). Für Bierzig dagegen ist durch den Vergleich ein Erlaßvertrag geschlossen, über dessen Wirksamkeit für Diejenigen, welche daran nicht Theil genommen haben, so eben vollständige Regeln aufgestellt worden sind.

(aa) *L. 38 C. de transact. (2. 4).*

§. 19.

III. Personen in der Obligation. B. Correalschuld.
Wirkungen (Fortsetzung).

Es folgen jetzt diejenigen Fälle der Aufhebung, welche sich auf die Klage und den Prozeß beziehen.

8. Litiscontestation.

Ein sehr wichtiges Institut des alten Rechts war enthalten in der Prozeßconsumtion. Sie beruhte auf dem Grundsatz, daß jede, einmal vorgebrachte und bis zur Litiscontestation geführte, Klage (in litem deducta actio) nie von Neuem vorgebracht werden könne. In manchen Fällen war sie ipso jure durch die Litiscontestation zerstört, in anderen Fällen wurde das neue Vorbringen unmöglich gemacht durch eine exceptio rei in iudicium deductae, oder (wenn es zu irgend einem Urtheil in diesem Prozeß gekommen war) exceptio rei iudicatae (a).

Dieser Grundsatz hatte den wichtigsten Einfluß auf das Correalverhältniß, dessen Wesen gerade darin lag, daß nicht verschiedene Obligationen neben einander standen, sondern daß es eine und dieselbe Obligation war, die sich

(a) GAIUS Lib. 3 § 180. 181. Lib. 4 § 106—108. Der größte Theil des trefflichen Werks von KELLER über die Litiscontestation bezieht sich auf die Darlegung dieses Rechtsinstituts. — Vgl. auch SAVIGNY System B. 5 § 235 S. 254. und B. 6 § 281. 282.

ganz und ungetheilt auf jeden einzelnen Glaubiger oder jeden einzelnen Schuldner bezog (§ 16). Die nothwendige Folge dieses Verhältnisses ging dahin, daß die von Einem der mehreren Glaubiger angestellte Klage auch für die übrigen Glaubiger eine fernere Klage unmöglich machte, und zwar ohne Rücksicht auf den Erfolg jener ersten Klage, diese mochte zur Verurtheilung und Zahlung geführt haben oder nicht. Eben so, wenn der gemeinsame Glaubiger Einen der Schuldner verklagte, konnte keiner der anderen Schuldner forthin von ihm verklagt werden, wiederum ohne Rücksicht auf den Erfolg der angestellten ersten Klage (b).

War nun diese Folge schon für das gewöhnliche Correalverhältniß bedenklich, so war sie vollends gefährlich für das accessorische Correalverhältniß des Bürgen (§ 17), dessen Zweck dadurch völlig vereitelt werden konnte. Denn hatte einmal der Glaubiger den Hauptschuldner verklagt, so war dadurch zugleich die Klage gegen den Bürgen (der ein zweiter reus promittendi für dieselbe Schuld war) für immer consumirt, und konnte nie wieder vorgebracht werden, auch wenn sich der Hauptschuldner in Folge der erhobenen Klage insolvent zeigte, für welchen Fall doch eigentlich die Bürgschaft Schutz gewähren sollte. Gegen diese, in der That widersinnige, Folge suchte man sich durch künstliche Mittel zu schützen, insbesondere durch eine eigenthümliche

(b) Keller Litiscontestation § 49. 52. Ribbentrop § 28.

Fassung des Bürgschafts-Vertrags, wodurch ihm die Gestalt einer Correalschuld entzogen wurde (c).

Justinian erließ ein besonderes Gesetz, wodurch diese künstliche Vorsorge entbehrlich gemacht werden sollte, indem er verordnete, daß die Klage gegen einen Schuldner niemals hindern dürfe, späterhin gegen den Bürgen, oder auch gegen jeden anderen *reus promittendi*, dieselbe Klage anzustellen, indem nur die wirkliche Befriedigung das Recht des Gläubigers aufheben sollte (d).

Weit wichtiger aber war die Veränderung, die im Justinianischen Recht eintrat, daß nämlich das ganze Institut der Prozeßconsumtion überhaupt (unabhängig von dem Correalverhältniß) völlig aufgegeben wurde (e), und zwar nicht etwa durch ein besonderes Gesetz, sondern durch bloßes Weglassen jenes höchst positiven Grundsatzes der Prozeßconsumtion, der sich ja so wenig von selbst verstand, daß wir ihn ohne die angeführten Stellen des Gajus (Note a) gar nicht kennen würden. Wäre diese wichtige Veränderung schon früher beschlossen und deutlich gedacht gewesen, vielleicht auch durch ein besonderes Gesetz ausgesprochen worden, so würde es der besonderen Vorschrift über die Bürgschaften (Note d) gar nicht bedurft haben. Einen Zweifel an dieser wichtigen, durchgreifenden Ver-

(c) *L. 116 de V. O.* (45. 1).
Eine Hinweisung auf diese künstlichen Mittel enthält *L. 28 C. de fidej.* (8. 41).

(d) *L. 28 C. de fidej.* (8. 41) vom J. 531.

(e) Savigny System B. 6 S. 25 und § 282.

änderung, als dem wahren Sinn des Justinianischen Rechts, dürfen wir nicht hegen. Indessen konnte es kaum fehlen, daß in die Digesten manche unvorsichtige Spuren des älteren Rechts übergegangen sind, deren eigentlichen Sinn wir nun erst durch die Nachrichten des Gajus über den Inhalt des älteren Rechts verstehen (f). Eben so konnten umgekehrt Interpolationen im Sinn des veränderten Rechts erwartet werden, und auch an diesen fehlt es nicht ganz (g).

Bei diesem Grundsatz des älteren Rechts muß noch

(f) Folgende Stellen enthalten unverkennbare Spuren des (nunmehr aufgegebenen) älteren Rechts, aus welchem allein sie ganz verständlich sind, so daß ihre Aufnahme in die Digesten nur als ein Versehen zu betrachten ist. *L. 2 L. 16 de d. r.* (45. 2), *L. 116 de V. O.* (Note c.), *L. 5 in f. de fidej.* (46. 1), *L. 31 § 1 de nov.* (46. 2), endlich auch *L. 28 C. de fidej.* (Note d). — Ohne Grund behauptet Buchta Pand. § 235. g, nur für das passive Correalsverhältniß habe die Tilgung durch Litiscontestation aufgehört, für das active bestehe sie noch im neuesten Recht, also auch noch für uns. Allein zwei Stellen, die er dafür anführt, gehören zu den so eben verzeichneten unvorsichtigen Spuren des älteren Rechts, die dritte Stelle (*L. 57 § 1 de sol.* 46. 3) spricht gar nicht von einem *correus*, sondern von einem bloßen

adjectus, gehört also überhaupt nicht hierher.

(g) *L. 8 § 1 de leg. 1* (30. un.) „*Si ita scriptum sit: Lucius Titius heres meus aut Mevius heres meus, decem Sejo dato, cum utro velit, Sejus aget, ut, si cum uno actum sit, et solutum, alter liberetur, quasi si duo rei promittendi in solidum obligati fuissent.*“ Die Worte: *et solutum* sind im Sinn des Justinianischen Rechts ganz richtig interpolirt, Pomponius kann sie nicht geschrieben haben, da zu seiner Zeit die bloße Anstellung der Klage gegen den einen Erben, den anderen Erben völlig befreite (Note b), so daß die hinzutretende Zahlung für diesen Zweck ganz gleichgültig war. — Eben so auch in *L. 2 C. de fid. tut.* (5. 57) die Worte: *et solvente.* — Vgl. Keller S. 438, Ribbentrop S. 42, System B. 5 S. 255.

bemerkt werden, daß darin eine unverkennbare Anwendung der allgemeinen Begünstigung des Beklagten (des angeklagten Schuldners) vor dem Kläger wahrzunehmen ist (§ 2. g).

9. Ableistung eines zugeschobenen Eides (h).

Von dieser Thatsache ist eine zwiefache Anwendung auf das Correalverhältniß denkbar: erstlich, wenn ein Schuldner das Nichtdaseyn der Schuld beschwört (dari non oportere); zweitens, wenn ein Gläubiger das Daseyn der Schuld beschwört (sibi dari oportere). Beide Fälle sollen hier einzeln erwogen werden.

Der erste Hauptfall kann wiederum in zwei Gestalten vorkommen.

Einer von mehreren Gläubigern kann dem gemeinsamen Schuldner den Eid zuschieben über das Daseyn der Schuld. Wenn der Schuldner diesen Eid leistet, so erwirbt er dadurch eine völlig befreiende exceptio jurisjurandi, und zwar nicht bloß gegen den zuschiebenden Gläubiger, sondern auch gegen die übrigen, die an der Zuschiebung nicht Theil genommen haben (i).

Es kann aber auch der einzige Gläubiger Einem von mehreren, in solidum verhafteten, Schuldnern den Eid zuschieben. Wenn Dieser ihn leistet, so ist dadurch die exceptio jurisjurandi nicht nur ihm selbst erworben, sondern

(h) Vgl. System B. 7 § 309 bis 314. duobus reis stipulandi ab altero delatum jusjurandum etiam

(i) L. 28 de jurej. (12. 2) „In alteri nocebit.“

auch allen ſeinen Miſſſchuldnern, obgleich Dieſe nicht geſchworen haben (k).

Dieſer letzte Satz kommt in beſonders häufiger und wichtiger Anwendung vor im Verhältniß eines Hauptſchuldners zu ſeinem Bürgen. Der Eid des Hauptſchuldners giebt auch dem Bürgen Anſpruch auch die Exception (l); eben ſo der Eid des Bürgen auch dem Hauptſchuldner (m). Ständen dieſe zwei letzten Sätze allein, ſo könnte man verſucht ſeyn, ſie aus der acceſſoriſchen Natur der Bürgſchaft abzuleiten (§ 17). Da ſie aber neben dem ganz gleichnamigen Satz von zwei ſolidariſchen Hauptſchuldnern (Note k) aufgeſtellt werden, ſo iſt es einleuchtend, daß ſie aus dem; auch in der Bürgſchaft enthaltenen, Correalverhältniß an ſich hervorgehen, nicht aus der acceſſoriſchen Natur der Bürgſchaft.

Der ganze Grundsatz nun, der hier in ſeinen verſchiedenen Anwendungen nachgewieſen worden iſt, wird zurückgeführt auf eine Gleichſtellung des Eides mit der Erfüllung der Schuld (n), wodurch alſo der Eid unter die Surrogate der Erfüllung aufgenommen wird. Dieſe

(k) *L. 28 § 3 de jurej.* (12. 2) „*Ex duobus reis promittendi ejusdem pecuniae alter juravit, alteri quoque prodesse debeat.*“

(l) *L. 28 § 1 L. 42 pr. § 3 de jurej.* (12. 2), *L. 7 § 1 de except.* (44. 1), *L. 1 § 3 quar. rer. act.* (44. 5).

(m) *L. 28 § 1 L. 42 § 1. 2 de jurej.* (12. 2).

(n) *L. 27 de jurej.* (12. 2) „*Jusjurandum etiam loco solutionis cedit.*“ *L. 28 § 1 eod.* „... *nam quia in locum solutionis succedit...*“

Gleichstellung ist auch nicht bloß als eine Bekräftigung der Wahrheit unseres Grundsatzes anzusehen, sondern zugleich als eine Hinweisung auf die innere Natur desselben, und damit zugleich auf eine wichtige Beschränkung. Es soll nämlich der besondere Inhalt des Eides berücksichtigt werden, so daß ihm jene gemeinsame Wirkung nur zuschreiben ist, wenn er das Daseyn der Schuld an sich (objectiv) zum Gegenstand hat, nicht bloß die Beziehung der Schuld auf eine einzelne Person und deren besondere Verhältnisse (o). Jedoch darf diese Beschränkung nicht so aufgefaßt werden, als ob der Eid gerade auf die Thatsache einer geleisteten Zahlung hätte besonders gerichtet seyn müssen, vielmehr reicht der allgemeine Eid „*dari non oportere*“ durch seine objective Fassung völlig aus, indem darin auch die Zahlung als möglicher Grund der Nichtschuld mit enthalten war; ja sogar sollte im Zweifel angenommen werden, der Eid sey in dieser allgemeinsten, durchgreifendsten Gestalt geleistet worden (p).

(o) *L. 28 § 1 de jurej.* (12. 2) „... si modo ideo interpositum est jusjurandum, ut de ipso contractu, et de re, non de persona jurantis ageretur.“ — *L. 1 § 3 quar. rer. act.* (44. 5) „Si fidejussor juravit, si quidem de sua persona tantum juravit, quasi se non esse obligatum, nihil reo proderit; si vero in rem juravit, dabitur exceptio reo quoque.“

(p) *L. 42 pr. de jurej.* (12. 2). — Es kommt also überhaupt auf die Identität an zwischen dem Inhalt des früher geleisteten Eides und der gerade jetzt vorliegenden Rechtsfrage. Ist diese Identität vorhanden, so wirkt der Eid auch für und wider andere Personen, sonst nicht. Vgl. *L. 28 § 8 L. 36 de jurej.* (12. 2).

Der zweite denkbare Hauptfall des Eides besteht darin, daß ein Glaubiger das Daseyn der Schuld beschwört (*sibi dari oportere*) (q). Auch Dieser kann wieder in zwei Gestalten neben dem Correalverhältniß vorkommen. Erstlich, wenn Einer von mehreren Gläubigern jenen Eid leistet, und nun davon ein Mitglaubiger Gebrauch machen will gegen den gemeinsamen Schuldner. Zweitens, wenn der einzige Glaubiger jenen Eid schwört, und nun davon Gebrauch machen will gegen einen andern Schuldner, als den, welcher ihm den Eid zugeschoben hat.

In beiden Gestalten wird dieser Fall in unseren Rechtsquellen nicht erwähnt, und wir müssen daher annehmen, daß eine solche Einwirkung des Eides auf Personen, zwischen welchen die Zuschiebung und Leistung des Eides ursprünglich nicht Statt fand, völlig zu verneinen ist. Für diese Verneinung spricht auch der Umstand, daß die ausgedehntere Wirksamkeit des negativen Eides (*dari non oportere*) zurückgeführt wird auf die Gleichstellung des Eides mit der Erfüllung (*Note n*), wofür sich bei dem positiven Eid (*dari oportere*) keine Analogie darbietet.

Wollte man Anstoß daran nehmen, daß hier zwischen beiden Parteien (Glaubiger und Schuldner) nicht völlig gleiches Recht durchgeführt werde, so ist darauf zu erwies-

(q) Von der Wirksamkeit eines solchen positiven Eides im Allgemeinen, welcher stets eine Klage erzeugt, handeln *L. 9 § 1. 6 de jurej.* (12. 2).

bern, daß schon im Allgemeinen eine gewisse Begünstigung des Schuldners gegen den Gläubiger eintritt (§ 2. g), deren Einfluß auf das Correalverhältniß so eben in dem wichtigen Fall der Prozeßconsumtion bemerkt worden ist. Es kommt aber auch noch die rein praktische Erwägung hinzu, daß für die eben verneinte ausgedehntere Anwendung des positiven Eides ein weit geringeres Bedürfniß vorhanden ist, als für die des negativen Eides. Wenn der Gläubiger den positiven Eid schwört, so steht es in seiner Macht, die Klage unverzüglich geltend zu machen, ehe noch eine Aenderung der Vermögensverhältnisse, oder eine Verdunkelung der zum Beweis dienenden Thatsachen eintreten kann, die ihm Gefahr bringen können. Dagegen steht es, im Fall des negativen Eides, nicht in der Macht eines Schuldners, den entscheidenden Rechtsstreit herbei zu führen, so daß er den eben erwähnten Gefahren ohne seine Schuld ausgesetzt bleibt. Dafür bietet ihm der ausgedehntere Mitgebrauch der *exceptio jürisjurandi* einen billigen Ersatz.

10. Rechtskräftiges Urtheil eines Richters.

Das Verhältniß des Urtheils zu einer Correalschuld hat die größte Aehnlichkeit mit dem eben dargestellten Verhältniß des Eides, und es kommen dabei genau dieselben Fälle und Rechtsfragen in Betracht, wobei allerdings noch dahin gestellt bleibt, ob auch die Entscheidung der Fragen dieselbe seyn werde.

Dieser ganze Fall übrigens muß an sich für viel wichtiger und häufiger erachtet werden, als der des Eides, und es kann daher auffallen, daß er von den alten Juristen dennoch seltener erwähnt, und weniger vollständig beurtheilt wird, als der Eid. Diese Erscheinung erklärt sich ganz einfach aus dem Umstand, daß zur Zeit der alten Juristen in den meisten Fällen schon durch die Litiscontestation, und die aus ihr folgende Prozeßconsumtion, wovon im Anfang dieses Paragraphen gehandelt wurde, die Obligation für die übrigen Glaubiger oder Schuldner beseitigt war, so daß es dann auf den Inhalt des Urtheils für unseren Zweck nicht mehr ankommen konnte.

Ich werde nunmehr die einzelnen Rechtsfragen nach derselben Ordnung abhandeln, welche bei dem Eide befolgt worden ist.

Zuerst kommt in Betracht das freisprechende Erkenntniß, dann das verurtheilende.

Das freisprechende Urtheil kann zunächst erlassen seyn zwischen einem unter mehreren Glaubigern und dem gemeinsamen Schuldner. Dieser Fall wird in unseren Rechtsquellen nicht erwähnt. Ich habe aber kein Bedenken, dem Schuldner die *exceptio rei judicatae* auch gegen die spätere Klage jedes Mitgläubigers zu gestatten, und zwar nach der Analogie des Eides (Note i), indem für die übrigen Fälle dieselben Grundsätze bei dem Urtheil, wie bei dem Eide, anerkannt werden.

Das freisprechende Urtheil kann ferner erlassen seyn

zwischen dem gemeinsamen Gläubiger, und Einem von mehreren in solidum verpflichteten Schuldnern. Hier kann die *exceptio rei judicatae* auch von jedem anderen dieser Schuldner benutzt werden. Dieses wird nun allerdings in Einer Stelle nur gesagt von der Freisprechung des Hauptschuldners, welche nachher der Bürge soll benutzen können (r), und wäre bloß dieser Ausspruch vorhanden, so könnte man ihn etwa aus dem accessorischen Verhältniß zu erklären versuchen, indem außerdem der verurtheilte Bürge die Regreßklage gegen den Schuldner haben würde, wodurch diesem seine durch das Urtheil gewährte Freisprechung hinterher vereitelt werden müßte. Allein in einer anderen Stelle wird ausdrücklich gesagt, daß dieses Recht aus der Freisprechung wechselseitig sey (s), woraus mit Sicherheit gefolgert werden darf, daß nicht das accessorische Verhältniß des Bürgen, sondern vielmehr das in der Bürgschaft enthaltene Correalverhältniß an sich, den Grund jener Regel enthält.

Die für das Urtheil geltenden Regeln sind daher hierin völlig übereinstimmend mit den für den Eid oben aufgestellten (t).

Es bleibt nun noch das verurtheilende Erkenntniß zu

(r) *L. 7 § 1 de exc.* (44. 1).

(s) *L. 42 § 3 de jurej.* (12. 6)
„Item, si reus juravit, fide-
jussor tutus sit, quia et res
judicata secundum alterutrum
eorum utrique proficeret.“

(t) *S. o. Noten k. l. m.* —

Mit dieser Meinung stimmt über-
ein Ribbentrop *S.* 261. 262.
268. — Hieraus ist zu ergänzen:
Savigny *System B.* 6 § 301.

ermägen übrig. Wenn nämlich Einer von mehreren Glaubigern die Verurtheilung des gemeinsamen Schuldners bewirkt, aber aus irgend einem Grunde nicht zur Befriedigung gelangt, so könnte Einer der Mitgläubiger die Urtheilsklage für sich benutzen wollen. Eben so könnte Dieses der gemeinsame Gläubiger versuchen, wenn ihm Einer der Schuldner (ohne Erfolg) verurtheilt worden ist, um nun gegen einen Mitschuldner die *actio rei judicatae* anzustellen. — Ueber diese Frage, in beiden Gestalten, finden wir in unseren Rechtsquellen keine Entscheidung, eben so, wie Dieses oben bei der ganz ähnlichen Frage im Fall des abgeleiteten positiven Eides (*dari oportere*), bemerkt worden ist (u). Ich nehme keinen Anstand, die oben bei dem Eide aufgestellten Gründe auch hier anzuwenden, und daher die *actio rei judicatae* in dem Correalsverhältniß für und wider alle Diejenigen durchaus zu verneinen, zwischen welchen der erste Rechtsstreit nicht geführt worden ist.

(u) Mit einigem Schein könnte darauf bezogen werden *L. 5 pr. de appell.* (49. 1) „*Igitur et venditoris fidejussor emtore victo appellabit, licet emtor et venditor acquiescant.*“ Allein der Bürge ist ja gewiß nicht *correus* des (verurtheilten) Käufers, sondern nur des Verkäufers. Auch zeigt der vorhergehende Fall des

Miterben, daß die Appellation von einem Dritten eingelegt werden kann, blos um dem factischen Einfluß des nachtheiligen Urtheils vorzubeugen, so daß also aus der Befugniß zu dieser Einlegung nicht gefolgert werden kann, der dritte Appellant sey durch das erlassene Urtheil rechtlich verpflichtet gewesen.

11. Urtheil eines Schiedsrichters.

Die regelmäßige Wirksamkeit eines solchen Urtheils beruht auf der verfallenen Conventionalstrafe für den Fall, daß eine der Parteien dem Urtheil ungehorsam wird. Wird daher der Beklagte durch den Schiedsrichter freigesprochen, der Glaubiger aber zieht ihn nachher mit einer Klage vor Gericht, so ist er wegen dieses Ungehorsams verpflichtet, die bedungene Strafe zu zahlen.

Gesetzt nun, in einem Correalverhältniß schließt Einer der Glaubiger mit dem gemeinsamen Schuldner ein Compromiß und wird vom Schiedsrichter abgewiesen, ein Mitglaubiger aber zieht nun den Schuldner vor Gericht, so fragt es sich, ob der abgewiesene erste Glaubiger auf die Strafe belangt werden kann. Diese Frage muß in der Regel verneint werden, weil die gerichtliche Klage nicht durch ihn angestellt worden ist.

Eben so, wenn der gemeinsame Glaubiger Einen der Schuldner vor dem Schiedsrichter belangt, von diesem abgewiesen wird, und nun eine gerichtliche Klage gegen den Mitschuldner anstellt. Denn die schiedsrichterliche Freisprechung bezog sich auf den Mitschuldner nicht, es ist also auch nicht ihr zuwider gehandelt worden durch die gerichtliche Klage.

Anders würde es sich verhalten, wenn der gegen den Hauptschuldner abgewiesene Glaubiger nunmehr gegen den Bürgen vor Gericht klagen wollte. Denn diese Klage ist

durch einen Umweg gegen den Schuldner selbst gerichtet, da der Bürge eine Regreßklage gegen den Schuldner hat.

Mit diesem letzten Fall können auch die beiden ersten gleichartig werden, wenn die verschiedenen Gläubiger oder die verschiedenen Schuldner in einer Societät stehen. Denn durch die Societät werden die Vortheile und Nachtheile aus dem, nach der schiedsrichterlichen Freisprechung erhobenen, gerichtlichen Prozeß für alle Gesellschafter gemeinschaftlich, woraus derselbe Erfolg hervorgeht, als wenn dieser Prozeß unter den am Schiedsgericht theilhaftig gewesenen Personen geführt würde. Daher wird nun durch Anstellung der gerichtlichen Klage die Straffklage aus dem Compromiß begründet, obgleich vor Gericht nicht derselbe Kläger, oder nicht derselbe Beklagte, auftritt, welcher vor dem Schiedsrichter den Rechtsstreit geführt hatte (v).

12. Klagverjährung.

Wenn mehrere Gläubiger, als correi, dieselbe Klage haben, und wenn eine dieser Klagen verjährt wird, während für die andere die Verjährung noch läuft, so kann die Frage entstehen, ob der Ablauf jener Verjährung zugleich dieser anderen Klage zum Nachtheil gereiche. Eben so bei mehreren Correalschuldnern.

(v) *L. 34 pr. de receptis* (4. diese Stelle KRAUT de argentariis p. 51—53. — Der auf die Darstellung sollte den Inhalt dieser Stelle in etwas veränderter Gedankensfolge auslegen. Vgl. über diese Stelle KRAUT de argentariis p. 51—53. — Der auf die Argentarien bezügliche Theil der Stelle ist schon oben benutzt worden § 17. i.

In der Regel nun wird diese Frage dadurch erledigt seyn, daß alle solche Klagen einen ganz gleichzeitigen Ablauf der Verjährung haben werden.

Indessen könnte hierin ein anderer Verlauf dadurch herbeigeführt werden, daß Einer der Mitgläubiger eine Unterbrechung der Verjährung herbeiführte durch Anerkennung, Zinsenzahlung u. s. w., während der andere Dieses unterließe. Allein gerade für diesen Fall hat Justinian durch ein besonderes Gesetz gesorgt. Nach diesem Gesetz soll die Unterbrechung, die in Beziehung auf Einen Gläubiger oder Einen Schuldner bewirkt wird, zugleich als Unterbrechung für alle übrigen Klagen aus diesem Correalverhältniß gelten, und also nach allen Seiten den Verlauf der Verjährung hemmen (w).

Dennoch bleibt ein Fall übrig, welcher auch durch dieses Gesetz nicht berührt wird. Wenn Einer von mehreren Correalgläubigern stirbt, und einen unmündigen Erben hinterläßt, so ist dessen Klagrecht einstweilen aller Verjährung entzogen, während für die Klagen seiner Mitgläubiger die Verjährung stets fortgeht, und also auch ablaufen kann (x). Tritt nun dieser Ablauf während der Unmündigkeit ein, so könnte man zweifeln, ob der erwähnte Vortheil des Unmündigen den Mitgläubigern zu gut komme, oder ob etwa umgekehrt von dem eingetretenen Verlust der

(w) *L. 5 C. de d. r.* (8. 40).
— *Bgl. System B. 5 § 242. i.*

(x) *Bgl. System B. 5 § 252.*

übrigen auch der Unmündige mit betroffen werde. Beide Fragen aber müssen unbedenklich verneint werden. Jenes günstige Verhältniß des Unmündigen hat eine rein persönliche Natur, und tritt mit dem Daseyn der Obligation an sich in gar keine Verbindung. Das Correalverhältniß kann also in diesem Fall eben so wenig die Begünstigung des Unmündigen verhindern, als den Ablauf der Verjährung gegen die Mitglaubiger.

13. Restitution.

Wenn ein Minderjähriger als Bürge eintritt, und gegen diese Verpflichtung restituirt wird, so kann von dieser Restitution der Hauptschuldner keinen Vortheil ziehen, weil die Restitution nicht auf die Obligation an sich, sondern nur auf das rein persönliche Verhältniß des Minderjährigen zu der Obligation einwirkt (y). Aus demselben Grunde muß unzweifelhaft dieser Satz auch angewendet werden, wenn der Minderjährige nicht gegen eine Bürgschaft, sondern gegen eine reine (nicht accessorische) Correalschuld Restitution erlangt.

Es bleiben nun noch zu betrachten übrig diejenigen Fälle der Aufhebung einer Obligation, welche oben (§ 18) als zufällige Ereignisse bezeichnet worden sind.

14. Confusion.

Wenn Einer von mehreren Correalschuldnern stirbt,

(y) *L. 48 pr. de minor.* (4. 4).

und von dem gemeinsamen Glaubiger beerbt wird, so liegt der Gedanke nahe, daß die Schuld selbst durch Confusion, so wie durch Zahlung, getilgt sey, wodurch dann auch die Mitschuldner befreit seyn würden. Indessen betrifft diese Tilgungsart nicht sowohl das Daseyn der Obligation an sich, als vielmehr die persönliche Beziehung derselben. Daher wird angenommen, daß durch jenes Ereigniß nur die Person des verstorbenen Schuldners austrete, der Glaubiger aber seine Forderung gegen die Mitschuldner fortwährend geltend machen könne. Waren freilich beide Correal Schuldner socii, so dauert die Forderung nur theilweise fort (z).

(z) *L. 71 pr. de fidej.* (46. 1) „Sed quum duo rei promittendi sint, et alteri heres extitit creditor, justa dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, *an persona tantum exempta, confusa obligatione. Et puto, aditione hereditatis, confusione obligationis eximi personam . . . cum altero autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, vel in partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere.*“ Vgl. Ribbentrop S. 24—26. Die Stelle selbst spricht unmittelbar nur von diesem einzelnen Fall; es hat aber kein Bedenken, dieselbe Regel auch anzuwenden, wenn der Glaubiger stirbt,

und Einer der Schuldner sein Erbe wird; ferner auch auf den Fall, wenn Einer von mehreren Gläubigern den gemeinsamen Schuldner beerbt, oder von diesem beerbt wird. — Etwas verschiedene, aber verwandte, Fälle sind noch diese. Ein Glaubiger beerbt den Mitglaubiger, oder Ein Schuldner den Mitschuldner. In beiden Fällen dauern zwei getrennte Forderungen oder Schulden in derselben Person fort. *L. 13 de d. r.* (45. 2), *L. 5 de fid.* (46. 1), *L. 93 pr. § 1. 2 de sol.* (46. 3). Dagegen wird durch die Beerbung zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen das Bürgenverhältniß aufgehoben. *L. 5 cit., L. 93 § 2 cit.*

15. Capitis deminutio.

Der Schuldner, welchen eine minima capitis deminutio traf, wurde in der Regel nach altem Recht frei von seiner Schuld (aa). Gesezt nun, diese Befreiung traf Einen aus mehreren Correalschuldnern, so konnte man zweifeln, ob dieselbe eine gleiche Natur, wie die Zahlung habe, also zugleich die Mitschuldner zu befreien geeignet sey.

So war es nun in der That nicht, sondern diese Befreiung hatte, gleich der so eben abgehandelten Confusion, eine bloß persönliche Natur und Wirksamkeit. Der einzelne Schuldner also, den jene Veränderung getroffen hatte, trat aus der Reihe der Correalschuldner aus, seine Mitschuldner aber blieben nach wie vor verpflichtet (bb).

§. 20.

III. Personen in der Obligation. B. Correalschuld.
Unächte Fälle.

Es ist schon oben bemerkt worden (§ 16. c), daß es neben den hier dargestellten ächten Fällen des Correalverhältnisses auch manche unächte gebe, die mit jenen nur

(aa) Bgl. System B. 2 § 70, B. 7 § 333.

(bb) L. 19 de d. r. (45. 2) „Quum duo eandem pecuniam debent, si unus capitis demi-

nutione exemptus est obligatione, alter non liberatur.“ (Der folgende Theil ist oben abgedruckt § 18. g).

einzelne Folgen gemein haben (a), in ihrem Wesen aber verschieden von ihnen sind. Diese Fälle bedürfen nunmehr einer genauen, sorgfältigen Darstellung; theils, weil sie an sich zahlreich und wichtig sind, theils, weil bei unseren Schriftstellern die vernachlässigte Unterscheidung beider Classen von Fällen nicht wenig Verwirrung der Begriffe und der Rechtsregeln zur Folge gehabt hat.

Ein wichtiger Unterschied beider Classen von Fällen kann schon hier voraus bemerkt werden. Das ächte Correalverhältniß, in sofern es aus dem Willen der Betheiligten hervorgeht, findet sich ganz eben so auf der Seite mehrerer Glaubiger (activ), wie auf der Seite mehrerer Schuldner (passiv) (§ 16). Dagegen können die nun darzustellenden unächten Fälle durchaus nur auf der Seite mehrerer Schuldner vorkommen (passiv).

Die Fälle des unächten Correalverhältnisses sind nun folgende:

A. Die Obligation aus einem Delict, in soweit sie auf Entschädigung geht.

An einem anderen Orte habe ich ausgeführt, daß aus Delicten zweierlei, wesentlich verschiedene, Obligationen und Klagen entspringen: auf Strafe (zweiseitige Strafklagen), und auf Entschädigung (einseitige Strafklagen).

(a) Die wichtigsten Folgen, die sich gemeinsam bei beiden Classen finden, sind diese: Mehrere Schuldner können, nach freier Wahl des Glaubigers, auf das Ganze verklagt werden; die Erfüllung von Seiten Eines Schuldners befreit zugleich alle übrigen Schuldner.

Oft werden beide Zwecke durch getrennte Klagen verfolgt, oft durch eine und dieselbe Klage, die dann eine gemischte, zusammengesetzte Natur hat (b).

Wenn nun ein Delict von Mehreren gemeinschaftlich begangen wird, so kann die Frage aufgeworfen werden, ob daraus ein Correalverhältniß dieser Schuldner, oder etwas Aehnliches entstehe.

Bei dieser Frage sind vor Allem die zweiseitigen Straffklagen völlig abzusondern. Jeder Theilhaber an einem Delict trägt die volle Strafe, gerade so, als ob er allein gehandelt hätte, so daß also die Strafe so vielmal entrichtet wird zum Vortheil des Verletzten, als einzelne Theilnehmer an dem Delict vorhanden sind. Dieser wichtige Grundsatz ist nirgend allgemein ausgesprochen, er erscheint aber in einer so vollständigen Induction, daß an der Wahrheit desselben nicht gezweifelt werden kann (c).

Einige Beispiele werden die Regel anschaulich machen und außer Zweifel setzen. Wenn Drei gemeinschaftlich Hundert stehlen, so würde die Strafe für einen einzeln

(b) System B. 5 § 210. 211.

(c) System B. 5 § 211. h. und S. 234, wo die Beweisstellen zu den hier im Text aufgestellten Sätzen vollständig angegeben sind. — Es findet sich von der aufgestellten Regel eine einzige wahre Ausnahme, die ohne Zweifel auf einer bloßen Verwechslung der Strafe mit der Entschädigung beruhte, nicht auf einer schwan-

kenden Meinung über die Regel selbst. Wenn Mehrere den Fiscus betrügen, so beträgt die Strafe das Vierfache, aber diese Strafe wird nur einmal von allen Thätern bezahlt, von Jedem also, wenn die Anderen zahlungsfähig sind, nur theilweise. *L. 46 § 9 de j. fisci* (49. 14). *FRANSTRÖM* in *Hermodenianum* p. 1047.

stehlenden Dieb Zweihundert betragen haben. Diese Summe nun muß, in dem hier vorausgesetzten Falle, jeder der drei Diebe bezahlen, so daß der Bestohlene überhaupt Sechshundert erhält. — Wenn Zwei gemeinschaftlich ein fremdes Pferd tödten, welches innerhalb des letzten Jahres einen Werth von Hundert hatte, so zahlt Jeder Hundert, und der Eigenthümer erhält daher Zweihundert (d).

In den Fällen der zweiseitigen Strafflagen also ist auch nicht einmal eine scheinbare Aehnlichkeit mit dem Correalverhältniß vorhanden.

Anders verhält es sich mit den einseitigen Strafflagen, deren Wesen darin besteht, daß sie auf reine Entschädigung wegen eines Delicts gerichtet sind.

Auch hier wird zwar, dem Grundsatz nach, in dem von Mehreren begangenen Delict, die Handlung jedes

(d) Es scheint inconsequent, den Fall der *actio legis Aquiliae* unter die zweiseitigen Strafflagen zu rechnen, da jene Klage zunächst auf bloße Entschädigung geht. Allein durch die hinzugefügte künstliche Berechnung (in eo anno, oder in diebus XXX. proximis) konnte sie zufälligerweise bald bloße Entschädigung, bald Entschädigung nebst Strafe, zur Folge haben, und in diesem letzten Fall war die Strafe mit der Entschädigung untrennbar verbunden. Wegen dieser Möglichkeit nun wurde die Klage überhaupt als

eine reine, zweiseitige Strafflage behandelt. Vgl. System B. 5 S. 234. 236. — So ist es nach Römischem Recht. Wird nach dem heutigen Recht angenommen, daß jene Klage auf reine Entschädigung, ohne künstliche Strafberechnung, gehe (wovon künftig die Rede seyn wird), so ist sie nicht mehr als zweiseitige, sondern als einseitige Strafflage zu beurtheilen. Sie steht dann, in Beziehung auf die hier vorliegende Frage, auf gleicher Linie mit der *actio doli*, nicht mehr mit der *actio furti*.

Einzelnen als selbstständig, ohne Verbindung mit den übrigen Theilnehmern, angesehen, so daß jeder Einzelne zur Zahlung der vollen Entschädigung, nicht bloß eines Antheils an derselben, verpflichtet ist. Allein wenn Einer diese Entschädigung bezahlt hat, so werden die übrigen deswegen frei, weil durch die geleistete Zahlung der Begriff eines Schadens, als Bedingung dieser Obligation, gänzlich aufgehoben ist, so daß nunmehr die Obligation keinen Gegenstand mehr hat.

Auch dieser wichtige Grundsatz wird im Römischen Recht nirgend allgemein ausgesprochen, wohl aber durch eine sehr vollständige Induction außer Zweifel gesetzt (e).

Daraus nun entsteht allerdings eine unverkennbare äußerliche Aehnlichkeit der einseitigen Strafflagen mit dem Correalverhältniß, wodurch von jeher die Meisten veranlaßt worden sind, ein wahres Correalverhältniß bei jenen Strafflagen anzunehmen. Um hierin das Wahre und Falsche genau und sicher zu unterscheiden, wird es nöthig seyn, die oben dargestellten Wirkungen des wahren Correalverhältnisses in Erinnerung zu bringen (§ 18. 19), und bei

(e) Die entscheidenden Stellen werden angeführt: System B. 5 § 211. c. und S. 221; noch vollständiger bei Ribbentrop S. 90 bis 106. — Böllig dieselbe Regel, und aus demselben Grunde, ist anzuwenden auf die *condictio furtiva* (L. 1 C. de cond. furt. 4. 8), obgleich diese Klage nicht als Delictsklage anzusehen ist. Vgl. System B. 5 Beilage XIV. Num. XVII.

jeder derselben festzustellen, ob sie auf die einseitigen Strafflagen anwendbar ist oder nicht.

Bei diesen Klagen hat der Glaubiger die freie Wahl, welchen unter den Theilnehmern an dem Delict er auf die volle Entschädigung in Anspruch nehmen will. — Hat Einer derselben die Entschädigung, sey es freiwillig oder gezwungen, geleistet, so sind alle Uebrigen frei. — In diesen Hauptwirkungen also kommen die einseitigen Strafflagen mit dem Correalverhältniß überein.

Was aber die übrigen Folgen des Correalverhältnisses betrifft (§ 18. 19), so zeigen sich die größten Verschiedenheiten zwischen diesem und den einseitigen Strafflagen. Diese Verschiedenheiten lassen sich sogar auf einen durchgreifenden Grundsatz zurück führen.

Alle Thatfachen, welche oben als wahre Surrogate der Erfüllung, als indirecte Mittel der Befriedigung des Glaubigers, anerkannt worden sind (§ 18), tilgen die Schuld auch bei den einseitigen Strafflagen für alle Schuldner zugleich. — Dahin gehören: die gerichtliche Deposition, die in solutum datio, die Novation (in sofern sie wahres Surrogat ist), die Compensation, welche als Zahlungsmittel gebraucht worden ist.

Dagegen bleiben folgende Thatfachen unwirksam in Beziehung auf die übrigen Schuldner: Die Acceptilation, der formlose Vertrag, der Vergleich (in soweit er nicht eine partielle Befriedigung mit sich führt); ferner alle auf

den Prozeß bezügliche Thatsachen, wie die Prozeßconsumtion, der Eid, das freisprechende Erkenntniß (f).

B. Manche Obligationen aus gemeinschaftlichen Verträgen ohne Correalverhältniß.

Es ist oben erwähnt worden, daß die Verpflichtungen aus Kauf, Mieth, Commodat, Depositum u. s. w., wenn darin mehrere Personen auf Einer Seite stehen, jede dieser Personen nur theilweise berühren, daß aber eine Correalverpflichtung besonders bedungen werden kann, und daß dieses Letzte auch schon bei den Römern durch formlosen Vertrag möglich war. Dieses war nicht bloß in einzelnen Anwendungen, sondern auch grundsätzlich in einer merkwürdigen Stelle von Papinian anerkannt (§ 17. p).

Die Fälle der bedungenen Correalität geben hierin keinem weiteren Zweifel Raum; dagegen bedürfen die übrigen Fälle (worin die Correalität nicht ausbedungen ist) einer genaueren Erwägung.

Ich will zuerst Fälle angeben, in welchen die reine Anwendung der hier in Erinnerung gebrachten Regel unzweifelhaft ist. Wenn Jemand ein Grundstück an Zwei Personen um die Summe von Hundert verkauft oder vermietet, ohne die Correalität zu verabreden, so kann er von

(f) Ribbentrop § 28. 29. *ctione*“, L. 3. 4 *de his qui effud.*
 — Besonders wichtig sind in die- . (9. 3) „*perceptione, non litis*
 ser Hinsicht: L. 7 § 4 *quod falso* *contestatione.*“
 (27. 6) „*perceptione, non ele-*

Jedem ganz gewiß nur Fünzig fordern; Keiner haftet für den Anderen (g).

Das Rechtsverhältniß kann sich aber anders gestalten, wenn die einzuklagende Obligation nicht, so wie in diesen Fällen, auf dem bloßen Vertrag an sich beruht, sondern auf einem hinzutretenden Thun oder Unterlassen des Schuldners, wodurch das ganze Verhältniß nach Umständen einen mehr persönlichen Charakter annehmen kann. Dahin gehören folgende Fälle.

Das Depositum verpflichtet den Empfänger in der Regel nur, für seinen Dolus einzustehen, nicht für Culpa, daher er nicht haftet, wenn ein Dritter die Sache stiehlt, obgleich anzunehmen ist, daß Dieses nicht ohne seine Culpa geschehen konnte (h). Wenn nun eine Sache an zwei Personen zur Aufbewahrung gegeben wird ohne verabredete Correalität, und Beide die Sache unterschlagen, so ist Jeder in solidum verpflichtet; hat aber der Eine gezahlt, so ist der Andere frei, weil der Begriff des Schadens, also der Fall der Entschädigung, aufgehoben ist. Hat der Eine allein unterschlagen, so ist dieser allein verpflichtet; wird also der Andere aus Versehen verklagt, und nun vom Richter mit Recht freigesprochen, so hindert

(g) Eine ganz positive, vereinzelt stehende, Verordnung von polizeilichem Charakter, ging auf die solidarische Verpflichtung mehrerer in Societät stehenden Sla-

venhändler. *L. 44 § 1 de aedil. ed.* (21. 1).

(h) § 3 *J. quib. modis re* (3. 14).

Dieses die Klage gegen den Unterschlagenden nicht (i). Es ist einleuchtend, daß hier dieselben Grundsätze angewendet werden, welche oben für die einseitigen Straffklagen aufgestellt worden sind. Wäre es eine Correalschuld, so würde die Contractsklage gegen den Schuldlosen auch die Obligation gegen den Schuldigen consumirt haben. Daß Jeder der Unterschlagenden nicht bloß auf die Hälfte, sondern auf das Ganze verklagt werden kann, hat denselben Grund, wie bei der einseitigen Straffklage gegen zwei Theilnehmer an demselben Delict. Denn obgleich hier nicht eine Delictsklage, sondern eine Contractsklage angestellt wird, so ist es doch nicht der unmittelbare Inhalt des Vertrags, den der Glaubiger durch diese Klage verfolgt, sondern eine bei Gelegenheit des Vertrags zugefügte Rechtsverletzung, die in diesem Fall sogar völlig die Natur eines Delicts, und zwar eines dolosen Delicts, an sich trägt (k).

Etwas verschieden davon, aber auf ähnlichen Grundsätzen beruhend, ist die Verpflichtung mehrerer Miether oder Commodatäre, die eine Sache zu gemeinschaftlichem Gebrauche, aber nicht als Correalschuldner, empfangen,

(i) *L. 1 § 43 depositi* (16. 3). Es wird hier ausdrücklich auf das exemplum duorum tutorum verwiesen.

(k) Diese Art der Beurtheilung wird besonders auch geltend gemacht, wenn die Klage gegen mehrere Erben des ursprünglichen Depositars angestellt wird. Aus dem Dolus des Verstorbenen sind sie

theilweise verpflichtet. Hat Jeder einen Theil des Depositum für sich unterschlagen (ohne gemeinschaftliches Handeln), so haftet er für diesen Theil. Haben sie gemeinschaftlich unterschlagen, so haften sie in solidum, ganz wie bei zwei ursprünglichen Depositaren (Note i). *L. 9 L. 22 depos.* (16. 3).

z. B. einen Wagen zu einer Reise, die sie in einem gemeinsamen Geschäft unternehmen wollen. Zwar wenn diese gemeinschaftlich die Sache unterschlagen, sind sie völlig in derselben Lage, wie sie so eben für das Depositum dargelegt worden ist. Allein die Miether und Commodatare sind auch zur *diligentia* verpflichtet, und eine wichtige Anwendung dieser Verpflichtung liegt darin, daß sie den durch Diebstahl eingetretenen Verlust der Sache vergüten müssen, indem allgemein angenommen wird, jeder Diebstahl hätte durch *diligentia* abgewendet werden können. Gesezt nun, in dem angeführten Fall wird die Sache von einem Dritten gestohlen, so ist Jeder in *solidum* zum Ersatz verpflichtet, weil Jeden der Vorwurf trifft, daß er durch die ihm obliegende *diligentia* den ganzen Schaden hätte abwenden können, weil also Jeder zur vollen, nicht zu einer halben, *diligentia* verpflichtet ist. Dafür hat aber auch Jeder die *furti actio* gegen den Dieb (*k*¹).

C. Die hier erklärten Fälle sind zugleich erläuternd für das folgende sehr wichtige Rechtsverhältniß. Wenn mehrere Mitvormünder gemeinschaftlich verwalten, so ist in der Regel Jeder derselben dem Unmündigen nur theilweise verpflichtet; es kann aber nach Umständen auch eine solidarische Verpflichtung eintreten, selbst für die nachtheiligen Handlungen des Mitvormundes, weil er diese hätte durch gehörige Aufsicht verhüten können und sollen, gerade so, wie in dem oben angegebenen Fall jeder einzelne Miether

(*k*¹) *L. 5 § 15, L. 6, L. 7 pr. comm.* (13. 6).

des Wagens den Diebstahl verhüten konnte. Dann also kann jeder Vormund auf das Ganze verklagt werden, und seine Zahlung befreit die Mitvormünder (1).

Die solidarische Verpflichtung der Mitvormünder tritt natürlich auch in dem Fall ein, wenn der Anspruch des Mündels aus einer gemeinsamen Unredlichkeit der Vormünder entstanden ist, und dieser Fall giebt noch zu einem besonderen Zweifel Veranlassung. Für diesen Fall hatten die zwölf Tafeln eine eigenthümliche Klage eingeführt, die *actio de rationibus distrahendis* auf den doppelten Werth der Unterschlagung. Dieses scheint eine zweiseitige Strafklage zu seyn, bei welcher, nach den oben aufgestellten Grundsätzen, die Zahlung des Einen den anderen Mitvormund nicht hätte befreien dürfen (Note c). Dennoch soll hier diese Befreiung eintreten. Das erklärt sich aber daraus, daß bei der erwähnten Klage der doppelte Werth nicht als reine Strafe aufgefaßt wird, sondern vielmehr als ein, zum Vortheil des betrogenen Unmündigen, willkürlich abgeschätztes höheres Interesse in der *actio tutelae*. Es war also nur eine und dieselbe *actio tutelae* mit einer zweifachen *condemnatio*, die in die freie Wahl des Klägers gestellt war (m).

(1) Ueber die solidarische Verpflichtung der Vormünder im Allgemeinen, die nur in der Lehre von der Vormundschaft befriedigend behandelt werden kann, vgl. Ribbentrop § 9. 10, und Rudorff Vormundschaft § 161. Eine

actio pro socio konnte hier nicht vorkommen, weil das Verhältniß unter Mitvormündern überhaupt nicht auf Vertrag beruht.

(m) L. 1 § 21. 22, L. 2 § 1, L. 15 *de tutelae* (27. 3), L. 55 §. 1 *de admin.* (26. 7).

Vergleichen wir die hier zusammen gestellten Fälle (Depositum, Miethc und Commodat, Vormundschaft) mit den einseitigen Strafflagen, so müssen wir vollkommen gleiche Wirkungen annehmen. Auch hier kann der Gläubiger jeden Schuldner auf das Ganze in Anspruch nehmen; auch hier befreit Jeder durch seine Erfüllung alle übrigen Schuldner; auch hier haben alle anderen Aufhebungsarten der Obligation nur in sofern einen allgemeinen, durchgreifenden Einfluß, als sie für wahre Surrogate der Erfüllung angesehen werden können.

Mit den hier dargestellten contractlichen Verhältnissen wird sehr häufig noch ein anderes zusammen gestellt, welches jedoch nicht nur verschieden davon ist, sondern auch noch weniger, als sie, Verwandtschaft mit dem wahren Correalverhältniß hat. Dieses ist das Verhältniß eines Mandators, welcher einem Andern Auftrag giebt, einem Dritten Geld zu leihen, und dadurch in ein, dem Bürgen ähnliches Verhältniß eintritt. Die Hauptregeln für dieses Verhältniß sind folgende. Wenn der Hauptschuldner zahlt, so wird der Mandator frei, weil kein Schade mehr zu vergüten übrig ist (n). — Mehrere, von einander unabhängige, Mandatoren haften in solidum; die Zahlung des Einen befreit die Uebrigen, aus dem bereits angeführten Grunde; dagegen werden die Uebrigen nicht frei, wenn einer aus ihnen bloß verklagt, ja selbst, wenn er freige-

(n) L. 27 § 5 *mand.* (17. 1), L. 13, L. 71 *pr. de fidej.* (46. 1).
— Vgl. über diesen ganzen Fall: Ribbentrop § 12.

sprochen wird (o). Die Zahlung eines Mandators befreit den Hauptschuldner nicht, weil zwischen ihnen gar kein Rechtsverhältniß besteht (p). — Es ist einleuchtend, daß in diesem Fall nur eine sehr entfernte Aehnlichkeit mit einem Correalverhältniß wahrzunehmen ist.

§. 21.

III. Personen in der Obligation. B. Correalschuld.
Unächte Fälle (Fortsetzung).

D. Sogenannte *actiones adjecticiae qualitatis* (a).

Die letzte Classe von Fällen einer unächten Correalität umfaßt eine Anzahl von Klagen, welche, neben einer gewöhnlichen Schuldklage, gegen eine andere Person, als den eigentlichen Schuldner, angestellt werden können. Zwei dieser Klagen beziehen sich auf gewerbliche Verhältnisse, in welchen der Schuldner fremde Geschäfte besorgt; die übrigen setzen voraus die Abhängigkeit des Schuldners von der häuslichen Gewalt eines Vaters oder Herrn. Die Klagen selbst sind folgende:

Actio exercitoria und institoria.

Actio de peculio, de in rem verso, quod jussu, tributoria.

(o) L. 52 § 3 *de fidej.*
(46. 1).

(p) L. 28 *mand.* (17. 1),
L. 13 *de fidej.* (46. 1), L. 95
§ 10 *de sol.* (46. 3).

(a) Erschöpfend handelt von
diesen Fällen: Keller *Liticon-*
testation § 49. 50. 51.

Wenn der Unternehmer eines Rhedereigenschafts (exercitor) das Geschäft nicht selbst, sondern durch einen Stellvertreter (magister, Kapitän) betreibt, und wenn dieser Stellvertreter Geschäfte abschließt, die innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht liegen, so ist und bleibt zwar er selbst der eigentliche, wahre Schuldner. Allein aus jenen Geschäften muß auch der Rheder sich mit derselben Klage, wie der Schuldner, verklagen lassen, die dann den Beinamen exercitoria actio annimmt. Daher hat nun der Gläubiger die Wahl zwischen zwei Klagen gegen verschiedene Personen auf denselben Gegenstand (b), und darin liegt eine unverkennbare Ähnlichkeit dieses Rechtsverhältnisses mit einer Correalschuld. Diese Ähnlichkeit erhält aber noch eine weitere Ausdehnung. Wenn mehrere Rheder desselben Schiffes den magister bestellt haben, so kann die exercitoria actio gegen jeden einzelnen Rheder gleichfalls in solidum angestellt werden (c).

Genau dasselbe Rechtsverhältniß tritt ein, wenn der Unternehmer irgend eines anderen gewerblichen Geschäfts (Handlung, Fabrik, Landwirthschaft u. s. w.) dieses Geschäft durch einen an die Spitze gestellten Geschäftsführer (institor) betreibt, und Dieser Verträge schließt innerhalb

(b) L. 1 § 17. 24, L. 5 § 1 enim edicto non transfertur de exerc. (14. 1). In der letzten actio, sed adjicitur.“

dieser Stellen wird das Rechtsverhältniß so bezeichnet: „hoc (c) L. 1 § 25, L. 2, L. 3, L. 4 § 1, L. 5 § 2 de exerc. (14. 1).

der Grenzen seines Auftrags. Der Gläubiger hat die Wahl, gegen den institor mit der gewöhnlichen Contractsklage aufzutreten, oder gegen den Unternehmer mit derselben Klage unter dem hinzugefügten Namen einer *institoria actio* (d). Gehört das Geschäft mehreren Unternehmern, die den institor gemeinschaftlich angestellt haben, so ist auch jeder Unternehmer die Klage in *solidum* gegen sich anstellen zu lassen verpflichtet (e).

Wenn ferner der in häuslicher Gewalt stehende Sohn oder Sklave einen Vertrag schließt, so wird er selbst dadurch zunächst Schuldner. War ihm aber schon vorher ein *Peculium* anvertraut worden, so geht nun dieselbe Contractsklage zugleich gegen den Hausvater mit dem Beisatz: *de peculio*, so daß nun der Gläubiger gleichsam zwei Schuldner hat, zwischen welchen er für die Aufstellung der Klage frei wählen kann (f). — Eine ähnliche Verwandtniß hat es mit den Klagen: *de in rem verso*, *quod jussu*, *tributoria*.

Die aufgestellte Behauptung, daß in solchen Fällen der Gläubiger zunächst den eigentlichen Schuldner belangen kann, muß für das Römische Recht mit der allgemeinen Einschränkung verstanden werden, wenn nicht etwa der Hauptschuldner ein Sklave war, welcher Fall bei allen hier zusammen gestellten Klagen vorkommen konnte; denn

(d) *L. 1 pr. L. 7 § 1 de instit.* (14. 3).

(e) *L. 13 § 2 de instit.* (14. 3).

(f) *L. 44. 45 de peculio* (15. 1).

ein Sklave konnte überhaupt nicht verklagt werden, sondern nur in einer klaglosen Obligation als Schuldner stehen (§ 10 b. g). — Ferner hat jede der hier genannten Klagen ihre eigenthümlichen Bedingungen und Einschränkungen; diese werden späterhin, jede an ihrem Orte, vollständig darzustellen seyn.

Hier ist dieses ganze Rechtsverhältniß blos von der Seite erwogen worden, von welcher es eine (sey es wahre, oder scheinbare) Correalschuld enthält, und hierüber muß an dieser Stelle Rechenschaft gegeben werden.

Eine Aehnlichkeit mit der Correalschuld ist nun bereits anerkannt worden; der Gläubiger hat zwei Personen vor sich, deren jede er nach freier Wahl auf die ganze Schuld verklagen kann.

Wir können sogleich eine zweite Aehnlichkeit unbedenklich hinzufügen: wenn der eine oder der andere dieser Schuldner bezahlt, so sind beide frei. Daß der Hauptschuldner durch Zahlung die Schuld völlig tilgen kann, versteht sich ohnehin von selbst; daß aber auch der andere mit voller Wirkung dazu fähig ist, kann keinen Zweifel haben, indem selbst jeder Dritte eine Schuld durch seine Zahlung tilgen kann, wenn er in dieser Absicht zahlt (g).

Wir müssen aber noch einen Schritt weiter gehen, und eine Aehnlichkeit hervorheben, die selbst bei den zunächst vorhergehenden Fällen (§ 20) nicht anerkannt werden

(g) L. 23. 53 de sol. (46. 3), L. 39 de neg. gestis (3. 5).

konnte. Wenn in der einen oder der anderen der beiden hier zulässigen Klagen eine Litiscontestation vorgenommen war, so waren beide Klagen durch Prozeßconsumtion völlig zerstört, ohne Rücksicht auf den Erfolg des Rechtsstreits. Der Grund dieser eigenthümlichen Erscheinung aber war ein ganz zufälliger. Er lag bloß darin, daß in beiden Klagen die intentio wörtlich gleichlautend war, und sogar die Namen derselben Personen ausdrücken mußte (h).

Allein ungeachtet dieser Aehnlichkeiten müssen wir dennoch behaupten, daß in den hier aufgezählten Klagen ein wahres Correalverhältniß in der That nicht enthalten war. Die Sache verhielt sich vielmehr so.

Für Den, welcher den Vertrag geschlossen hatte (den magister, den institor, den Sohn, der ein Peculium besaß), war allein eine wahre, eigentliche Obligation vorhanden. Alle Aufhebungsgründe einer Obligation, so wie sie oben aufgezählt worden sind (§ 18. 19), wenn sie in Beziehung auf diese Obligation vorkamen, tilgten dieselbe nach allen Seiten, und machten forthin auch die Anstellung der Nebenklage unmöglich. Dahin gehören namentlich auch die auf dem bloßen Willen beruhenden Gründe der Aufhebung. Wenn also der Gläubiger dem institor die Schuld durch Acceptilation erließ, so war keine Schuld mehr vorhanden,

(h) Keller a. a. O. Das peculio, combinirt mit der actio de in rem verso für denselben Fall. aufgestellte Formel einer actio de

die durch die *institoria actio* gegen den Herrn des Geschäfts hätte ferner verfolgt werden können. Eben so, wenn eine *Novation* vorgenommen wurde (i), ohne Rücksicht darauf, ob darin eine Befriedigung des Gläubigers verborgen war oder nicht. — Umgekehrt aber kann Dieses wohl nicht behauptet werden. Eine *Acceptilation* des Gläubigers, gerichtet an den Unternehmer des Geschäfts, hätte keinen Sinn gehabt, weil dieser nicht eigentlich Schuldner war, sondern nur eine fremde Klage über sich ergehen lassen mußte. Und auch eine an diesen gerichtete *Novation* konnte nur in sofern den *institor* befreien, als in derselben ein wahres Surrogat der Erfüllung enthalten war, nicht, wenn sie blos als formelles Geschäft (ähnlich der *Acceptilation*) wirken sollte.

Aus diesen Gründen müssen also auch die *f. g. actiones adjecticiae qualitatis* unter die unächtigen Fälle des *Correalverhältnisses* gerechnet werden. Indessen ist zuzugeben, daß diese Behauptung ein mehr theoretisches, als praktisches Interesse mit sich führt, und daß mit Denen, welche etwa ein eigentliches *Correalverhältnis* hier annehmen möchten, ein erheblicher und fruchtbarer Streit nicht zu führen seyn würde. Diesen gegenüber ist be-

(i) Dieser Satz wird unmittelbar ausgesprochen in *L. 13 § 1 de instit.* (14. 3) „*Meminisse autem oportebit, institoria dominum ita demum teneri, si*

non novaverit quis eam obligationem vel ab institore, vel ab alio novandi animo stipulando.“

sonders festzuhalten, daß in den hier angegebenen Fällen kein haltbarer Grund zu finden seyn möchte, eine Entstehung der Correalität durch das Gesetz, also ohne den Willen der Schuldner, anzunehmen (§ 17. a), indem fast in allen Fällen der hier dargestellten Classe die bestimmte Einwilligung des hinzugezogenen zweiten Schuldners augenscheinlich vorliegt. Der Aheider und der Fabrikherr haben durch Anstellung des magister oder des institor bestimmt eingewilligt, die Klagen aus den Verträgen derselben gegen sich anstellen zu lassen; eben so auch der Vater, welcher seinem Sohn ein Peculium anvertraut (*actio de peculio und tributoria*), oder welcher durch den Sohn ein einzelnes Geschäft besorgen läßt (*quod jussu*). Es würde also nur etwa die *actio de in rem verso* als zweifelhaft übrig bleiben, die jedoch einen ganz eigenthümlichen Zusammenhang mit allgemeineren Rechtsgrundsätzen hat, und daher das Princip der Entstehung der Correalschulden gewiß nicht zu modificiren vermag.

§. 22.

III. Personen in der Obligation. B. Correalschuld.
Praktische Bedeutung dieses Rechtsinstituts.

Bisher ist der quellenmäßige Bestand des Römischen Instituts der Correalschuld, so wie einiger demselben verwandter Institute, festgestellt worden. Diese Lehre erfordert

jedoch zuerst noch eine Ergänzung auf einer ihrer wichtigsten und schwierigsten Seiten. Dann ist es nöthig, das Verhältniß des heutigen Rechts zu derselben zu untersuchen.

Bevor jedoch diese zweifache Erwägung mit Aussicht auf wahren Erfolg unternommen werden kann, ist es nöthig, auf den bisher dargestellten Haupttheil derselben einen Rückblick zu werfen, um dadurch die wahre praktische Bedeutung des Rechtsinstituts mit Sicherheit zu erkennen, und so in den bisher aufgestellten Regeln das mehr oder weniger Wesentliche zu unterscheiden.

Wenn wir die oben aufgestellten Wirkungen der Correal Schuld (§ 18. 19) in einen allgemeinen Ueberblick zusammen fassen, so erscheint darin Manches recht auffallend, fast räthselhaft. Auf der einen Seite erscheint darin eine besondere Macht und Willkür der Gläubiger, auf der anderen Seite aber auch manche Gefahr zufälliger Folgen, die nicht bloß die Schuldner, sondern größtentheils auch die Gläubiger treffen. Unter mehreren correalen Gläubigern kann Einer für sich allein die ganze Schuld einziehen, wodurch die übrigen ihre Rechte verlieren; unter mehreren Schuldnern kann Einer gezwungen werden, die Schuld allein zu zahlen, ohne Theilnahme der übrigen. Eben so kann es geschehen, daß, durch die unvorsichtige Anstellung einer Klage, die Correalforderung auch gegen alle anderen Schuldner untergeht. — Durch die Folgen solcher Art erscheint dieses Institut fast wie ein Glücksspiel, mit zu-

fälligen Gewinn und Verluſt, ohne inneren Grund, verbunden.

Es wäre ein großer Irrthum, dieſen möglichen Erfolg als die wahre Abſicht, als die praktiſche Bedeutung des Inſtituts, anzusehen. Alle Folgen der oben beſchriebenen Art liegen bloß in der unvermeidlichen juridiſchen Conſequenz, und ſind dem wahren Sinn und der Abſicht des Inſtituts fremd. Die Rückſicht auf jene Gefahren kann beſondere Vorſicht räthlich machen bei der Einlaſſung in ein Correalverhältniß, ſowie bei der Handhabung der daraus entſpringenden Rechte; theils perſönliches Vertrauen, theils mancher ſchützende Nebenvertrag, kann die erwähnten Gefahren abwenden oder vermindern. Es läßt ſich dagegen ganz allgemein und beſtimmt angeben, worin die wahre praktiſche Bedeutung der Correalſchuld, verglichen mit einem unter mehreren Perſonen getheilten Schuldverhältniß, beſteht. Dem Glaubiger ſoll dadurch eine freiere Macht verliehen werden in der Verfolgung einer Schuld; das iſt die wahre praktiſche Bedeutung.

Dieſe größere Macht des Glaubigers zeigt ſich bei der paſſiven Correalſchuld (alſo bei dem häufigſten und wichtigſten Fall überhaupt) in einer zweifachen Richtung. Erſtlich, indem er unter mehreren Schuldnern den einzelnen auswählen kann, deſſen Vermögen ihm die größte Sicherheit für die Erfüllung darbietet. Zweitens, indem er ſeinen Zweck durch eine einzige Klage, alſo auf leichtere und bequemere Weiſe, erreichen kann, anſtatt daß er

außerdem mehrere Klagen gegen verschiedene Schuldner, die vielleicht an zerstreuten Orten wohnen, anstellen müßte, wodurch also Zeit, Mühe, Geld erspart werden kann. Und zwar steht diese besondere Art der Verfolgung ganz in der Willkür des Gläubigers, welcher völlig freie Wahl hat, die Schuld in dieser besonderen Weise, oder vielmehr als eine getheilte Schuld, zu behandeln (§ 18. b).

In ähnlicher Weise verhält es sich auch bei der activen Correalschuld, nur mit dem natürlichen Unterschied, daß dabei der Zweck der leichteren und bequemeren Verfolgung allein bestimmend ist.

Es ist sehr wichtig, es sich recht klar zu machen und fest zu halten, daß die wahre Bedeutung des Instituts der Correalschuld in den angegebenen beiden Zwecken, und nur allein in diesen, enthalten ist: Sicherheit und Bequemlichkeit in der Rechtsverfolgung (a). So lange diese

(a) Eine unverkennbare Bedeutung auf diese zwei Zwecke der Correalschuld findet sich in einer schon oben (§ 18. b) angeführten Stelle des Marcellus, der L. 47 loc. (19. 2). Diese Stelle spricht von einer durch Consensualcontracte begründeten Correalschuld, welcher Fall wahrscheinlich zu der späteren Entwicklung des Instituts gehörte, und darum auch in seinen Wirkungen nicht immer den ursprünglichen Fällen (der Stipulation) völlig gleich gestellt wurde. Darüber nun war kein Zweifel, daß auch in diesem Fall der Glau-

biger die höchste Sicherheit haben müsse, daß also für einen insolventen Mitschuldner der zahlungsfähige einzustehen habe. Dagegen scheinen Manche einem solchen Gläubiger die bequemere Verfolgung durch eine einzige Klage, gegen den willkürlich ausgewählten Mitschuldner, versagt zu haben, sobald nur die übrigen gleichfalls zahlungsfähig wären. Marcellus selbst freilich ist anderer Meinung, und spricht diesen Correalgläubigern beide Vortheile der Correal-schuld (Sicherheit und bequeme Verfolgung) unbedingt zu, so wie

Zwecke, die lediglich auf den Vortheil der Gläubiger berechnet sind, ungeschädigt bleiben, kann aus Gründen der Billigkeit manche Modification, sey es durch Uebereinkunft, sey es durch Anwendung allgemeinerer Rechtsregeln, versucht werden, ohne dem Wesen des Instituts auf inconsequente Weise Abbruch zu thun.

Der oben aufgestellte Gesichtspunkt bezog sich auf die wahre, ächte Correalschuld. Die unächten Fälle (§ 20) sind zwar an sich von diesen ächten Fällen verschieden; dennoch ist auch bei der Bildung der für sie geltenden Rechtsregeln derselbe Gesichtspunkt leitend gewesen. Wenn aus einem von Mehreren verübten Delict jeder Einzelne solidarisch zur Entschädigung verpflichtet wird, so geschieht Dieses nicht etwa in der Ueberzeugung, als ob in der That jeder Einzelne für sich allein Urheber des ganzen Schadens gewesen wäre (indem dieser vielleicht nur durch die vereinten Kräfte bewirkt werden konnte), sondern es geschieht, um dem Verletzten auf die sicherste und bequemste Weise zum Ersatz des Schadens zu verhelfen, auf welchen Vortheil Dieser gewiß einen wohlbegründeten Anspruch hat. Es ist also nicht richtig, wenn manche Schriftsteller die Fälle der ächten und der unächten Correalschuld auch von Seiten der dabei leitenden praktischen Gesichtspunkte als ganz verschieden betrachten wollen (b).

diese Vortheile den ursprünglichen Correalschuldnern (durch Stipulation) gewiß niemals streitig gemacht wurden.

(b) Durch diese Bemerkung wird weder der Wahrheit, noch der Wichtigkeit der auch von mir anerkannten Unterscheidung der ächten und

Um die hier aufgestellte Behauptung überzeugender und anschaulicher zu machen, wird es nöthig seyn, einen Blick zu werfen auf die Verhältnisse des wirklichen Lebens, in welchen eine Correalschuld vorzukommen pflegt. Diese Betrachtung wird zugleich den Weg bahnen zur Beantwortung der oben (§ 16) aufgeworfenen, aber einstweilen ausgesetzten Frage über das im Römischen Recht angenommene Grundverhältniß, nach welchem jede Obligation mehrerer Glaubiger oder Schuldner so zu betrachten ist, daß sie in der Regel die Einzelnen nur theilweise betrifft, daß sie aber ausnahmsweise auf jeden Einzelnen ungetheilt (in solidum) bezogen werden kann, wenn der freie Wille der Betheiligten auf eine solche besondere Einrichtung führt. Es wird sich aus jener Betrachtung ergeben, ob dieses Grundverhältniß von Regel und Ausnahme auf inneren Gründen beruht, und also auch für das heutige Recht die unveränderte Anerkennung in Anspruch nehmen darf.

Wenn der Eigenthümer eines Landgutes dieses um Tausend Thaler jährlich an zwei Personen verpachtet, so verschafft er jeder derselben die Hälfte der Vortheile, die aus dem Genuß des Gutes gezogen werden können. Die natürliche Vergütung dieser Vortheile besteht darin, daß

unächten Fälle der Correalschuld (§ 16. c) zu nahe getreten. Es soll dadurch nur gewarnt werden gegen eine Uebertreibung in den

Folgen jener Unterscheidung, wie sich z. B. findet bei Schröter S. 431—433.

ihm jeder Pächter Fünfhundert bezahlt, weil er den Werth dieser Geldsumme, nicht mehr, noch weniger, durch den Eigenthümer erhält. — Ganz eben so verhält es sich, wenn ein Landgut an zwei Personen um Zehen Tausend Thaler verkauft wird; jeder Käufer erhält dadurch einen Werth von Fünf Tausend, und würde durch diese Summe die natürliche Vergütung für den erlangten Vortheil leisten. — Genau derselbe Fall aber tritt auch ein, wenn Einer Hundert Thaler als Darlehen an zwei Personen giebt. Jeder derselben empfängt in der That den Werth von Fünfzig, und die natürliche Verpflichtung aus diesem Empfang führt dahin, daß künftig Jeder Fünfzig zurück zahle.

Wenn nun in den hier angegebenen Fällen eine Correalschuld verabredet wird, warum geschieht Dieses? Gewiß nicht in der Meinung, als ob jeder dieser Schuldner mehr, als den angegebenen Vermögenswerth, für sich erhalten hätte, sondern weil der Glaubiger zu seiner Sicherheit und Bequemlichkeit es wünschenswerth findet, diese künstliche Einrichtung an die Stelle der natürlichen Verpflichtung zu setzen, und weil die Schuldner sich Dieses gefallen lassen. Dieses ist die wahre praktische Bedeutung des Instituts, alles Uebrige liegt bloß in der juristischen Consequenz, nicht in der eigentlichen Absicht. Die damit verbundenen Gefahren und Nachtheile muß der Glaubiger mit übernehmen, weil er nur dadurch die erwähnten Vortheile erlangen kann; die Schuldner müssen es, weil ihnen

der Glaubiger nur unter dieser Bedingung die Pachtung, den Kauf, das Darlehen, gewähren will.

Aus dieser Betrachtung aber folgt die vollständige Rechtfertigung des im Römischen Recht angenommenen Grundverhältnisses von Regel und Ausnahme. Das Correalverhältniß wird dabei nicht etwa als ungerecht oder unbillig angesehen, welcher Vorwurf durch die freie Einwilligung gänzlich ausgeschlossen wird. Wohl aber wird es als das nicht natürliche Verhältniß anerkannt, welches sich niemals von selbst versteht, sondern als eine künstliche Einrichtung nur durch den besonderen Willen der Personen, welche die Obligation überhaupt hervorbringen, begründet werden kann.

Zur Ergänzung aber muß noch Folgendes hinzugefügt werden. In den angegebenen Fällen kann zugleich eine Societät der Schuldner zum Grunde liegen, wenn nämlich die Pächter oder Käufer das Landgut auf gemeinschaftliche Rechnung genießen und bewirthschaften wollen, oder wenn die Darlehensschuldner die geliehene Summe von Hundert Thalern zu einem gemeinsamen Gewerbe gebrauchen. Allein dieser Nebenumstand ist dem Correalverhältniß fremd, er ist dem Glaubiger gleichgültig, und kann demselben ganz unbekannt bleiben. Es lassen sich die Verhältnisse auch so denken, daß das Landgut auf der Stelle getheilt, und von jedem Pächter auf eigene Rechnung besonders bewirthschaftet, von jedem Käufer zur Hälfte als ausschließendes Eigenthum erworben wird; eben so, daß jeder der beiden

Darlehensschuldner Fünfzig Thaler für sich allein an sich nimmt und verbraucht. In diesen Fällen hat jeder Schuldner sein eigenes, partielles Interesse an der Schuld für sich, und er tritt in das für ihn lästige solidarische Verhältniß zu der Schuld, nur weil der Glaubiger hierauf bestand. Wenn wir also auf das Wesent der Sache sehen, so ist es hier so zu betrachten, als hätte Jeder eine eigene Schuld zur Hälfte übernommen, und daneben für die Hälfte des Mitschuldners Bürgschaft geleistet. Wir dürfen es nicht Bürgschaft nennen, noch die besonderen Rechtsregeln der *hijejussio* darauf anwenden, weil dafür eine ganz andere (und zwar dem Glaubiger günstigere) Rechtsform angewendet worden ist (c). Allein die Absicht der Mitschuldner, und ihr Verhältniß unter sich, kann in der That nur auf diese Weise gedacht werden. Wie also der gewöhnliche Bürge zu dem Hauptschuldner in einem Mandatsverhältniß steht, vorausgesetzt nur, daß der Hauptschuldner um die Bürgschaft weiß und nicht widerspricht, auch ohne ausdrückliche, positive Willenserklärung (d), —

(c) Die Römer hatten drei ganz bestimmte Formen der Bürgschaft, doch ohne sich an diese abschließend zu binden (GAJUS III. § 116). Bei uns werden in einem solchen Vertrag nicht leicht die Ausdrücke: Bürge und Bürgschaft fehlen. Das Wesentliche aber liegt darin, daß aus dem Vertrag selbst die Absicht einer accessorischnen Verpflichtung er-

kenubar sey, das heißt, die Absicht des Bürgen, für ein ihm fremdes Geschäft sich zu verpflichten. Gerade Dieses aber ist aus der Fassung eines solchen Vertrages, wie er hier im Text vorausgesetzt wird, nicht erkennbar.

(d) *L. 6 § 2 mand.* (38. 5), *L. 1 § 19 si quid in fraud.* (38. 15).

gerade so hat jeder der beiden Pächter dem anderen den Auftrag zur solidarischen Verpflichtung gegeben, weil nur auf diese Weise der ganze Pachtvertrag zu Stande gebracht werden konnte.

Wir könnten nun versuchen, noch einen Schritt weiter zu gehen, und auch den Fall hierher zu ziehen, wenn einer der beiden Correalschuldner gar kein eigenes Interesse bei der Sache hätte, sondern in der That nur zum Zweck der Bürgschaft scheinbarer Correalschuldner würde, so z. B., wenn A. ein Darlehen von Hundert erhielt, und B. (ohne an jener Summe Antheil zu bekommen) dennoch in der Form einer gewöhnlichen Correalschuld einträte. Ich glaube aber nicht, daß die Römer, bei ihrem richtigen Sinn für Formen, ein solches Verfahren angewendet, sondern vielmehr diesen Vertrag als einfache fidejussio geschlossen haben werden; wenigstens weiß ich keine Stelle, worin jenes Verfahren erwähnt würde (e). — Wir sind daher berechtigt, anzunehmen, daß bei dem passiven Correalverhältniß stets jeder der Schuldner ein eigenes, wenn auch nur partielles, Interesse bei dem ganzen Rechtsgeschäft hat (f).

(e) Die einzige Stelle, die etwa darauf bezogen werden könnte, ist *L. 18 ad Sc. Vell.* (16. 1). Allein diese Stelle ist wohl auf den ganz andern Fall einer Expromission zu beziehen, die ja auch eine wahre Intercession ist, und also auch unter dem Verbot des *Sc. Vellejanum* steht. Vgl. *L. 19 de nov.* (46. 2).

(f) Es ist demnach nicht zu billigen, wenn von manchen Schriftstellern dieser Fall als ein besonderer, mit eigenthümlichen Folgen versehener, behandelt wird, da er vielmehr als der allgemeine angesehen werden muß. Jenes geschieht z. B. von v. Schröder in *Linde's Zeitschrift* B. 6 S. 427.

Eine ganz ähnliche, nur noch einfachere, Betrachtung wird uns das Vorkommen der activen Correalschuld im wirklichen Leben anschaulich machen. Wenn zwei Miteigenthümer eines Landgutes dasselbe an einen Dritten verpachten oder verkaufen, so wird Dieser, im natürlichen Gang der Sache, Schuldner jedes Miteigenthümers nur theilweise, und zwar nach Verhältniß des Antheils, der dem Schuldner von jedem der Glaubiger an dem Landgut verschafft wird. Eben so, wenn zwei Personen eine Geldsumme zusammen bringen, um sie einem Dritten als Darlehen zu geben. Es kann aber ausnahmsweise verabredet werden, daß das Recht aus diesen Verträgen von jedem Glaubiger solidarisch ausgeübt werden dürfe. Sie können dazu Veranlassung finden, indem jeder dieser Glaubiger abwechselnd durch seine Lebensverhältnisse zu öfterer Abwesenheit genöthigt wird, in welchem Fall der Anwesende die Rechte des Abwesenden wahrzunehmen durch das Correalverhältniß auf leichte und sichere Weise in den Stand gesetzt wird. — Auch dieses Verhältniß läßt sich mit und ohne Societät denken. Zwei Kapitalisten können ihr Geld in eine gemeinsame Kasse legen, um es so, als Gesellschafter, zinsbar anzulegen. Sie können aber auch, ohne eine solche Verbindung, ein einzelnes Kapital, das ein Dritter, als Schuldner, sucht, zusammen bringen, und darauf, aus dem oben angegebenen Beweggrund, ein actives Correalverhältniß gründen. In diesem letzten Fall wird unter ihnen das Daseyn eines gegenseitigen Mandatsvertrags

noch unverkennbarer seyn, als es schon oben für das passive Correalverhältniß bemerkt worden ist.

§. 23.

III. Personen in der Obligation. B. Correalschuld.
Regreß (Spätere Ausgleichung).

Schriftsteller.

GLOSSA Accursii in L. 2 C. de duob. reis (8. 40).

W. Sell in Linde's Zeitschrift B. 3 S. 370—422 und
B. 4 S. 17—36 (1830. 1831).

— — Versuche Th. 1 Num. 1. S. 116.

v. Schröter in Linde's Zeitschrift B. 6 S. 409—446
(1833).

Habicht rechtliche Erörterungen Herbst 1843 S. 1—77.

Vangerow S. 76—80, wo mehrere andere Schriftsteller angeführt werden.

Die im § 22 angestellten allgemeinen Betrachtungen sind zugleich dazu geeignet, als Grundlage zu dienen für die Beantwortung einer besonderen Frage, die zu den wichtigsten in dieser ganzen Lehre gehört, und die mehr, als irgend eine andere Frage, zu allen Zeiten höchst bestritten gewesen ist: die Frage nach der späteren Ausgleichung unter den Bethetheiligten, oder nach dem Regreß. Der Sinn

dieser Frage bezieht sich gleichmäßig auf die active und die passive Correalobligation. Wenn nämlich Einer unter mehreren Correalgläubigern das Ganze erhalten hat (wodurch das Ziel der Obligation als solcher erreicht ist), muß er hinterher mit seinen Mitgläubigern theilen? Eben so, wenn Einer von mehreren Correalschuldern das Ganze gezahlt, und dadurch die Obligation als solche zu ihrem Ziel geführt hat, kann er hinterher von seinen Mitschuldnern fordern, daß sie ihm theilweise Erfaß leisten?

Schon unter den Römischen Juristen finden sich bei Erwähnung dieser Fragen etwas verschieden lautende Aeußerungen. Bei den Glossatoren sind die Ansichten noch mehr aus einander gegangen, und dieser Streit hat sich bis auf die neueste Zeit theils fortgesetzt, theils noch erweitert.

Ich will damit anfangen, die äußersten Punkte der verschiedenen Meinungen, sammt ihren Grundlagen, anzugeben. Von der einen Seite wird der Anspruch auf die nachfolgende Ausgleichung (Regreß) verneint, von der andern Seite wird derselbe bejaht; beide aber nähern sich einander an, indem sie für einzelne Fälle manche Ausnahmen ihrer Regel zulassen.

Der allgemeinste Grund der ersten (verneinenden) Meinung liegt darin, daß das abstracte Wesen der Correalschuld an sich, auf eine Ausgleichung nicht führt, daß dieselbe also jenem Wesen fremd ist. Dieses muß zugegeben werden, allein es ist darin, streng genommen, nicht sowohl

die Verneinung des Regresses enthalten, als vielmehr der bloße Mangel eines Grundes, den Regreß zu behaupten. Der Unterschied dieser Auffassungen liegt darin, daß, wenn etwa ein Grund zum Regreß neben der Correalschuld, unabhängig von ihr, aufgefunden werden möchte, darin kein Widerspruch gegen das Correalverhältniß, keine Gefährdung des Wesens desselben, erblickt werden könnte; woraus denn ferner folgt, daß die von den Bertheidigern jener Meinung zugegebenen einzelnen Fälle eines Regresses nicht eigentlich als wahre Ausnahmen einer strengen Regel angesehen werden dürfen (a), sondern vielmehr als unabhängige Rechtsverhältnisse, welche außer und neben dem Correalverhältniß liegen.

Der allgemeinste Grund der zweiten (bejahenden) Meinung liegt in dem oben dargestellten Grundverhältniß von Regel und Ausnahme bei einer auf mehrere Personen bezüglichen Schuld (§ 16. 22). Als natürliche Regel gilt die getheilte Schuld, als willkürliche Ausnahme die solidarische. Obgleich nun diese letzte nicht als ungerecht oder unbillig angesehen werden kann, da sie auf Einwilligung beruht (§ 22), so hat sie doch stets einen nicht natürlichen Charakter, und es erscheint daher als wünschenswerth, die natürliche Regel der getheilten Schuld in ihren Folgen wiederherzustellen, soweit es geschehen kann, ohne

(a) So werden sie aufgefaßt von Schröter S. 433. 434, und Habicht S. 24.

das Wesen des Correalverhältnisses irgend zu gefährden. Gerade Dieses nun ist es, worauf die Annahme des Regresses, oder der späteren Ausgleichung, führt. Denn durch diese Ausgleichung werden zuletzt dieselben Folgen, wie bei einer stets getheilten Schuld, hervorgebracht, und es geschieht Dieses zu einer Zeit, in welcher die Correalschuld als solche ihre besondere Wirkung schon vollständig erschöpft hat. Durch den Regreß also wird nur verhütet, daß die Correalschuld im letzten Erfolg wie ein Glücksspiel wirke, welches ihrem wahren Wesen ohnehin völlig fremd ist (§ 22). — Man kann die hier aufgestellte Ansicht auch so ausdrücken: der Regreß soll verhüten, daß Einer auf Kosten des Andern ohne Grund sich bereichere, welche Regel ja auch wörtliche Anerkennung in unseren Rechtsquellen gefunden hat (b).

Indem nun hier die in der zweiten (den Regreß bejahenden) Meinung enthaltene Wahrheit anerkannt worden ist, muß zugleich diese Wahrheit auf ihr richtiges Maß beschränkt werden, welches von neueren Schriftstellern nicht selten versäumt worden ist. Die eben aufgestellten Gründe für den Regreß führen nämlich blos dahin, denselben als billig und wünschenswerth anzuerkennen. Die Zulassung des Regresses erscheint hiernach nicht eigentlich als eine praktisch gültige Rechtsregel,

(b) *L. 206 de R. J.* (50. 17), *L. 2 de j. dot.* (23. 3), *C. 48 de 14 de cond. ind.* (12. 6), *L. 17 § R. J. in VI.* (5. 13). — *Bgl. 4 de inst. act.* (14. 3), *L. 6 § oben § 5. h.*

sondern vielmehr als eine gestellte Aufgabe, die nur durch die consequente Anwendung anderer, selbstständiger Rechtsregeln vollständig und befriedigend gelöst werden kann.

Dieses ist denn auch der Total-Eindruck der in unseren Rechtsquellen vorkommenden Aeußerungen über die Regressfrage. Diese Frage wird darin nirgend grundsätzlich behandelt, wohl aber bei einzelnen Rechtsverhältnissen erwähnt, und in den etwas verschieden lautenden und schwankenden Aeußerungen der alten Juristen ist der so eben angegebene Gesichtspunkt nicht zu verkennen. Sie stellen es als Aufgabe, einen Rechtsgrund für den Regress zu finden, und schlagen verschiedene Wege zu diesem Ziele ein. — Was insbesondere die angeführte Rechtsregel betrifft, welche die Bereicherung auf fremde Kosten untersagt (Note b), so wird diese in den angeführten Stellen als ein *jure naturae aequum* bezeichnet. Schon dieser Ausdruck führt uns dahin, jene Regel als einen leitenden Grundsatz aufzufassen, woraus mehrere wichtige Rechtsinstitute ihr Daseyn und ihren besonderen Inhalt ableiten (c), nicht als einen unmittelbar und unbedingt anzuwendenden praktischen Rechtsatz, welche Auffassung auf die unrichtigsten Folgen führen müßte (d). Hierin haben manche neuere

(c) So z. B. ist ein großer Theil der Conditionenlehre auf jenen leitenden Grundsatz zurück zu führen. In anderen Fällen wird daraus eine bloße *naturalis obligatio* hergeleitet. § 5. h.

(d) Bei jeder Schenkung be-
reichert sich Einer auf Kosten eines

Schriftsteller gefehlt, indem sie die Regreßfrage unmittelbar aus jener Rechtsregel zu entscheiden versucht haben (e).

Unsere wahre Aufgabe geht aber, im Sinn des Römischen Rechts, vielmehr dahin, ein bestimmtes, an sich begründetes Klagrecht aufzufinden, wodurch der Anspruch auf Regreß zu schützen ist. — Dieses kann nur dadurch geschehen, daß wir diejenigen Rechtsinstitute, welche mit der Correalschuld von außen in Verbindung zu treten geeignet sind (§ 16), der Reihe nach in Erwägung ziehen (f). Bei jedem dieser Institute soll die Klage an die Spitze gestellt werden, die in Folge desselben etwa gebraucht werden könnte, um den Anspruch auf Regreß geltend zu machen. — Uebrigens wird sich diese vorläufige Untersuchung meist auf den Fall der passiven Correalschuld, als den wichtigsten Fall überhaupt, und zugleich den schwierigsten und bestrittensten Fall, beschränken; der Re-

Anderen; eben so bei jedem Kauf über oder unter dem wahren Werth der Sache. Um diese und viele andere Fälle gegen die Anfechtung aus jener Regel zu schützen, muß man die Regel selbst so beschränken und umbilden, daß sie ihre Natur völlig verändert. So z. B. müßte man vor Allem den Fall der Einwilligung ausnehmen, wodurch sie wenigstens auf die Correalschuld alle Anwendung verlieren würde.

(e) In größerer Ausdehnung geschieht Dieses von Sell §. 375

bis 377 (verbunden mit: Versuche B. 1 S. 116). — In geringerer Ausdehnung geschieht es von Schröter S. 421. 427, und Bangerow S. 79.

(f) Alle diese Rechtsinstitute werden schon in unsern Rechtsquellen und bei den Glossatoren mehr oder weniger berührt, wo die Regreßfrage vorkommt. — Es sind die Fälle, welche von den Neueren sehr gewöhnlich als Ausnahmen von der Regel bezeichnet werden (Note a).

groß bei der activen Correalschuld wird weiter unten genügende Berücksichtigung finden (§ 24).

I. Actio pro socio.

Wenn mehrere Personen in einem Societätsverhältniß stehen, wenn sie durch dieses zur Uebernahme einer Correalschuld veranlaßt werden, und nun Einer aus ihnen die ganze Schuld zahlt, so kann er mit der actio pro socio verlangen, daß ihm die übrigen, nach Verhältniß ihrer Antheile, die gezahlte Schuld ersetzen. Ganz Dasselbe tritt ein, wenn jene Personen, aus Veranlassung der Societät, ein actives Correalverhältniß eingehen, und nun Einer die ganze Schuld erhebt; durch jene Klage wird er gezwungen, das erhobene Geld in die Societätskasse zu bringen, oder (welches dasselbe ist) mit den übrigen zu theilen. Dieser Fall des Regresses ist ganz unbestritten, und selbst die strengsten Bertheidiger der verneinenden Meinung sehen in diesem Fall die einzige Ausnahme der von ihnen behaupteten Regel. Der Regreß ist hier deswegen unbestreitbar, weil er aus den allgemeinsten Grundsätzen von der Societät so unzweifelhaft folgt, daß wir ihn annehmen müßten, auch wenn diese einzelne Anwendung in unseren Rechtsquellen niemals erwähnt worden wäre (f¹).

(f¹) Der Regreß vermittelt der recte, aber unzweifelhafte, Anwendung actio pro socio hat eine indubung gefunden in *L. 62 pr. ad*

Allein dieser unzweifelhafte Grund des Regresses ist doch zugleich ein sehr unzureichender, indem er eben von dem ganz zufälligen Daseyn einer Societät abhängt, deren Verbindung mit dem Correalverhältniß weder allgemein angenommen, noch auch nur, im juristischen Sinn des Wortes, vermuthet werden darf (§ 16).

Schon von anderen Schriftstellern ist richtig bemerkt worden, daß dieser Fall des Regresses nicht streng auf die Societät, d. h. auf die durch Vertrag entstandene Rechtsgemeinschaft beschränkt werden darf. Wenn zwei Personen Miteigenthümer eines Hauses durch Legat (also nicht durch Vertrag) werden, und zur Ausbesserung des gemeinschaftlichen Hauses eine Correalschuld übernehmen, die dann der Eine allein bezahlt, so ist Diesem der Regreß durch die *actio communi dividundo* eben so gesichert, wie im Fall der eigentlichen Societät durch die *actio pro socio*. Dieselbe Wirkung kann in einem ähnlichen Fall die *actio familiae herciscundae* haben (g).

II. Actio mandati.

Die Anwendbarkeit dieser Klage auf den Regreß ist schon von der Zeit der Glossatoren her vielfach besprochen worden. Gewöhnlich wird die Sache so aufgefaßt, daß

L. *Falc.* (35. 2), und zwar sowohl bei der activen, als bei der passiven Correalschuld. Vgl. unten § 25. (g) Schröter S. 434. Fa- bicht. S. 24. Vgl. unten § 34. a. b. e.

man ein Verhältniß wechselseitiger Bürgschaft zwischen den Correalschuldnern annimmt, unter welcher Voraussetzung dann die Anwendung jener Klage ohnehin keinen Zweifel haben würde (§ 22. d). — Ein solches Verhältniß aber kann wiederum auf zweierlei verschiedene Weise gedacht werden.

Erstlich kann man an den Fall denken, da zwei Correalschuldner, neben der Correalschuld, auch noch ausdrücklich und förmlich für einander Bürgschaft leisten, so daß Jeder zwei verschiedene Verträge mit dem Glaubiger abschließt. Dieser Fall ist nicht nur an sich denkbar, sondern er wird auch ausdrücklich im Römischen Recht erwähnt (h). Allein eines Theils ist dieser Fall so verwickelt und selten, daß er schon deshalb von keiner Erheblichkeit seyn würde. Außerdem aber ist er um so weniger erheblich, als da, wo der Fall wirklich vorkommt, die eigenthümliche Wirksamkeit desselben ganz in der Willkür des Glaubigers steht. Denn wenn Dieser den einen Schuldner auf die ganze Hauptschuld verklagt, so ist von der Bürgschaft, und der aus dieser entspringenden *actio mandati*, gar nicht die Rede; sie kommt nur zur Sprache, wenn es der Glaubiger gut findet, den einen Schuldner halb als Hauptschuldner, halb als Bürgen, zu verklagen, wozu er gewiß nicht leicht geneigt seyn wird.

(h) Nämlich von Papinian in *L. 11 pr. de d. r.* (45. 2). Vgl. darüber unten § 25.

Zweitens aber kann man die Sache auch so auffassen, als ob die einfache Correalschuld an sich selbst schon eine Art von wechselseitiger Bürgschaft in sich schloße, woraus dann die *actio mandati*, zum Zweck des Regresses, hinterher abgeleitet werden könnte. Diese Auffassung nun ist, wenn man nur den Namen der Bürgschaft aufgibt, und auf das Wesen der Sache sieht, in sofern ganz richtig, als, in Ermangelung einer Societät, die Absicht jedes der beiden Correalschuldner meist dahin gerichtet seyn wird, seinem Mitschuldner Auftrag zum Abschluß des gemeinsamen Vertrags zu geben, damit dieser überhaupt zu Stande komme (§ 22 S. 223). Nimmt man Dieses an, so wird hinterher die *actio mandati*, zum Zweck des Regresses, stets begründet seyn, und man würde, von diesem Standpunkt aus, sagen können, daß in den meisten Fällen der Regreß begründet sey, entweder durch die *actio pro socio*, oder durch die *actio mandati*.

Obgleich ich nun diese Ansicht an sich für begründet halte, so muß ich doch zugeben, daß eine Anerkennung derselben in unseren Rechtsquellen sich nicht findet. Den Grund davon suche ich zunächst in dem Umstand, daß eine Andere Art, den Regreß zu begründen, von welcher sogleich die Rede seyn wird, als leichter und einfacher vorgezogen worden ist, und mehr Eingang gefunden hat. Die so eben dargestellte *actio mandati* hat nämlich, wenn sie auch in der Theorie zu begründen seyn mag, doch praktisch den Nachtheil, daß sie den Kläger zu einem genaueren Ein-

gehen in die individuellen Verhältnisse und in die Absichten der Parteien nöthigt, wodurch bei jedem Rechtsstreit der Erfolg erschwert und unsicherer gemacht wird. Es kommt aber ein noch wichtigerer Grund hinzu, die *actio mandati* nicht als die Grundlage des Regresses zu behandeln. Denn die hier versuchte Begründung derselben, so wahr sie an sich seyn mag, paßt doch nur auf die durch Vertrag entstandenen Correalschulden, nicht auf die, welche ein Testator unter seinen mehreren Erben zu begründen gut findet; daher würde sie zwar auf die meisten und wichtigsten Fälle, aber nicht allgemein, anwendbar seyn können.

III. *Actio negotiorum gestorum*, welche, wenn auch nicht als *directa*, dennoch als *utilis*, anwendbar seyn soll.

Die sehr scheinbare Rechtfertigung dieser Annahme liegt in folgender Erwägung. Wenn ein Correalschuldner die ganze Schuld zahlt, so befreit er dadurch zugleich den Mitschuldner für dessen Antheil an der ganzen Schuld (§ 18), und besorgt dadurch für diesen ein nütliches Geschäft. Deshalb kann er von diesem Ersatz für seine Auslage durch die *actio negotiorum gestorum contraria* fordern, worin denn eben die Regreßklage besteht.

Diese Ansicht wird einmal von einem alten Juristen aufgestellt, um darauf die Regreßklage des Vormundes zu gründen, der durch Zahlung der ganzen Schuld zugleich

den Mitvormund befreit (i); außerdem kommt dieselbe in den Rechtsquellen bei Gelegenheit unserer Regreßfrage nicht vor. Ein Schriftsteller der neuesten Zeit hat dieselbe mit großer Sorgfalt allgemein durchzuführen gesucht (k).

Von der anderen Seite wird diese Ansicht aus dem Grunde völlig verworfen, weil die Grundbedingung der *negotiorum gestio* in der Besorgung fremder Geschäfte bestehe, der zahlende Correalschuldner aber seine eigene, auf die ganze Summe gerichtete Schuld bezahle, mithin kein fremdes, sondern lediglich ein eigenes Geschäft besorge (l). — Dieser Einwurf ist allerdings sehr scheinbar, jedoch deswegen nicht völlig entscheidend, weil die Römischen Juristen auch in manchen anderen Fällen die *negotiorum gestio* mit einer gewissen Biegsamkeit behandelt haben; sie lassen sie namentlich gelten und wirken auch bei solchen Geschäften, die beiden Theilen gemeinschaftlich angehören (m): ferner auch bei solchen Geschäften, die nicht aus freiem Entschlus, sondern aus einer juristischen

(i) *L. 30 de neg. gestis* (3. 5). Die solidarische Verpflichtung der Vormünder gehört unter die unächtten Fälle der Correalschuld (§ 20).

(k) Sell a. a. O. Er stellt diese Klage als allgemeinen Grund des Regresses an, nur mit zwei Ausnahmen: im Fall des Dolus, und im Verhältniß zweier Mitbürgen zu einander, weil in diesem Fall ausdrückliche Stellen des R.

R. entgegen stehen. — Natürlich ist er nun genöthigt, zur Begründung seiner Meinung, jede Stelle, die nur überhaupt eine *actio utilis* erwähnt, von einer *actio negotiorum gestororum utilis* zu erklären.

(l) Schröter S. 418—422.

(m) *L. 31 § 7 de neg. gestis* (3. 5), *L. 6 § 2*, *L. 19 § 2 comm. div.* (10. 3).

Nothwendigkeit, oder wenigstens aus der Voraussetzung einer solchen Nothwendigkeit, besorgt werden (n).

Indessen kann ich es unterlassen, auf die Prüfung dieser Gründe und Gegengründe genauer einzugehen, da beide streitende Theile der gemeinsame Vorwurf trifft, daß sie einen unrichtigen Standpunkt für den ganzen Streit gewählt haben. Beide, wie ich glaube, irren darin, daß sie alles Gewicht auf den einzelnen Act der Zahlung legen, die allerdings der Schuldner in eigenem Namen, folglich nicht als ein fremdes Geschäft, vornimmt. Allein die Zahlung darf hier nicht vereinzelt betrachtet werden, da sie nur die nothwendige Folge des früher eingegangenen Rechtsgeschäfts ist, und mit diesem ein unzertrennliches Ganze bildet. Sieht man nun, wie es richtig und nöthig ist, auf den Zeitpunkt jenes Rechtsgeschäfts (der übernommenen Correal Schuld), welches der später zahlende Schuldner frei eingehen oder ablehnen konnte, so ist es aus der oben gegebenen Erörterung einleuchtend, daß er die Correal Schuld theils im eigenen Interesse, theils in dem mit diesem eng verbundenen fremden, übernahm, und wenn wir diese Handlung betrachten, müssen wir die Einwendung völlig verwerfen, als ob dieselbe ein ausschließend eigenes Geschäft beträfe. Durch die Entkräftung dieser Einwendung scheinen also die Vertheidiger der *negotiorum gestio* gerechtfertigt. Allein, genauer betrachtet,

(n) *L. 3 § 10 de neg. gestis* (3. 5), *L. 18 C. eod.* (2. 19).

führt diese Auffassung nicht sowohl auf eine *negotiorum gestio*, als auf ein Mandat, da jenes Geschäft nicht (wie bei einer *negotiorum gestio*) einseitig, und ohne Mitwissen des Andern, sondern durch das bewußte Zusammenwirken aller Betheiligten, zu Stande gebracht wurde, worin wenigstens ein stillschweigender Vertrag (oft auch wohl ein ausdrücklicher) enthalten ist. — So führt also die Behauptung der *negotiorum gestio*, wenn man sie auf ihre wahren Bestandtheile zurück führt, vielmehr auf eine Bestätigung der oben ausführlich dargestellten Ansicht von der *actio mandati*.

IV. Die Klage des Gläubigers gegen die Mitschuldner, vermittelt einer Cession an den zahlenden Schuldner. Diese Begründung des Regresses, welche unter allen die allgemeinste und wichtigste ist, bedarf einer genaueren Darstellung.

Die hier angeedeutete Cession kommt in drei verschiedenen Stufen in Betracht: als freiwillige Handlung des Gläubigers, beruhend auf seinem ganz willkürlichen Entschluß; als erzwingbare Handlung; als fingirte Handlung.

A. Freiwillige Cession.

Der gemeinsame Gläubiger hat gegen jeden Correalschuldner eine Klage auf den vollen Betrag der Schuld (§ 18). Diese Klage kann er cediren, wem er will: unter andern also auch demjenigen Schuldner, der ihm (in oder außer dem Prozeß) Zahlung anbietet, gegen die Mit-

schuldner desselben (o). Dieser Hergang folgt so sehr aus der allgemeinen Natur der Cession, daß es dafür einer besonderen Beweisführung gar nicht bedarf. Auch ist von unseren Schriftstellern die Möglichkeit und Wirksamkeit einer solchen, auf die Correalschuld angewendeten Cession, niemals bezweifelt worden.

Hierin also liegt eine Begründung des Regresses, die eben so unzweifelhaft und unbestritten ist, als die durch die Societät. Sie ist aber auch, eben so, wie diese, nicht durchgreifend und befriedigend, weil die Anwendbarkeit beider Begründungen von zufälligen Thatsachen, von individueller Willkür, abhängt.

B. Erzwingbare Cession.

Die Begründung des Regresses durch Cession erhält einen festeren Boden, sobald es uns gelingt, die Cession selbst der bloßen Willkür des Gläubigers zu entziehen, indem wir sie als eine nothwendige, erzwingbare Handlung anerkennen dürfen. In der That können wir die allgemeine Regel aufstellen, daß jeder Correalschuldner, welchem die Zahlung der ganzen Schuld, sey es durch Klage, sey es außergerichtlich, zugemuthet wird, diese so

(o) Soll die Cession im Prozeß, also in Folge einer angestellten Klage, geschehen, so mußte im älteren Recht die Vorsicht beobachtet werden, sie vor Vollziehung

der Litiscontestation vorzunehmen, weil durch die Litiscontestation die Mitschuldner frei wurden. — Im Justinianischen Recht ist davon nicht mehr die Rede (§ 19).

lange verweigern kann, bis ihm der Gläubiger die Klage gegen die Mitschuldner cebirt. Dadurch also wird diese Cession eine erzwingbare Handlung, und der Regreß vermittelst der Cession wird von der bloßen Willkür des Gläubigers auf diesem Wege unabhängig gemacht.

Dieser wichtige Satz soll hier vorläufig in seinem Zusammenhang mit allgemeineren Rechtsregeln dargelegt werden; die Anerkennung desselben durch unsere Rechtsquellen, in der besonderen Anwendung auf die hier vorliegende Regreßfrage, wird weiter unten (§ 24) nachgewiesen werden.

Ein solcher Anspruch des Beklagten auf Cession einer dem Kläger gegen dritte Personen zustehenden Klage kommt in ganz verschiedenen Rechtsverhältnissen vor; er ist aber überall auf einen und denselben juristischen Gesichtspunkt zurück zu führen. In allen Fällen solcher Art nämlich steht die Sache so, daß der gegenwärtige Beklagte für Das, welches er jetzt leisten soll, an irgend eine dritte Person den Regreß zu suchen hat, dessen Billigkeit unverkennbar ist, der aber vielleicht keine ganz sichere Begründung im strengen Recht, also keinen unzweifelhaften Erfolg hat. Diese mangelnde Sicherheit zu ergänzen, steht in der Macht des Klägers vermittelst der erwähnten Cession, und zwar ohne irgend einen Nachtheil oder eine Gefahr für den Kläger selbst. Wenn er daher die Cession dennoch verweigern wollte, so würde Das als ein Dolus betrachtet werden, der durch die doli exceptio bekämpft werden

dürfte (p). Daher ist die *doli exceptio* das allgemeine Rechtsmittel, wodurch ein Beklagter die Gestton der Klage erzwingt, vorausgesetzt, daß dazu ein an sich begründeter Anspruch vorhanden ist (q).

Diese *doli exceptio*, in der besondern Anwendung auf den hier vorliegenden Fall, als Rechtsmittel des auf die ganze Schuld belangten Correalschuldners, den klagenden Glaubiger zur Gestton seiner Klage gegen die Mitschuldner zu zwingen, findet ihre Rechtfertigung in der oben (§. 229) gegebenen Darstellung der Regressfrage. Die Zulassung des Regresses führt im letzten Resultat auf das natürliche Verhältniß mehrerer Schuldner, das Verhältniß der getheilten Schuld. Es ist daher unsere Aufgabe, für diesen Zweck ein Mittel zu finden, wodurch auf der einen Seite der strenge und vollständige Anspruch des

(p) *L. 1 § 1 de doli exc.* (44. 4) „Ideo autem hanc exceptionem Praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit.“

(q) *L. 65 de evict.* (21. 2) (f. u. § 24 Note h¹). *L. 57 de leg.* 1. (30. un.) „... poterit fideicommissarius per *doli exceptionem* a creditoribus, qui hypothecaria secum agerent, consequi, ut actiones sibi exhiberentur, quod quamquam suo tempore non fecerit, tamen per jurisdictionem Praesidis

provinciae id ei praestabitur.“ — Der Dolus besteht hier, wie im Sinn der vorher (Note p) angeführten Stelle, nicht darin, daß der Kläger für sich einen unredlichen Gewinn sucht, sondern nur darin, daß er sich weigert, den billigen Anspruch des Beklagten gegen einen Dritten durch eine Handlung zu unterstützen, wobei er selbst keinen Nachtheil leidet. Es liegt darin ein Mißbrauch des strengen, buchstäblichen Rechts, mit Verweigerung der unbestreitbaren Billigkeit, die der Kläger ohne irgend ein Opfer zu fördern die Macht hat.

Glaubigers aus der Correalschuld ungefährdet bleibt, auf der anderen Seite aber die Bereicherung eines Mitschuldners auf Kosten des anderen (im Widerspruch mit der naturalis aequitas) verhütet wird. Diese Aufgabe wird befriedigend gelöst, indem der verklagte Correalschuldner eine *doli exceptio* erhält, um die Gession der Klage gegen die Mitschuldner zu erzwingen. Denn durch diese Gession verliert der Gläubiger nicht das Mindeste an seinem Recht, indem er die Zahlung der ganzen Schuld sogleich von dem Beklagten erhält, und nur zugleich die Hand dazu bietet, den billigen Anspruch des Beklagten auf Ausgleichung mit dessen Mitschuldnern zu unterstützen (r).

Die hier versuchte Rechtfertigung der erzwingbaren Gession bezog sich zunächst auf das eigentliche Correalverhältniß. Sie ist aber in der That gleichmäßig anwendbar auch auf die unächten Fälle der Correalität (§. 22. b).

E. Fingerte Gession.

Um diesen, besonders wichtigen, Theil unserer Frage anschaulich zu machen, ist es nöthig, die Grundzüge der Gession überhaupt in kurzer Uebersicht aufzustellen.

(r) Der Zwang durch die *doli exceptio* scheint hier für das alte Recht unausführbar, weil die *Exceptio* in der *formula* gegeben wurden, also gleichzeitig mit der *litiscontestation*, wodurch die Klagen gegen die Mitschuldner untergingen (Note o). Allein der Prätor half hier ohne Zweifel in einer

anderen, sehr einfachen, auch anderwärts erwähnten Form. Er verweigerte die Ertheilung der Klage so lange, bis sich der Kläger zur Gession entschloß, und diese Verweigerung wirkte ganz eben so, wie es durch Ertheilung der *doli exceptio* hätte geschehen können.

Die Uebertragung eines Klagrechts auf einen neuen Erwerber geschah im alten Prozeß regelmäßig so, daß der ursprünglich Berechtigte den Erwerber zum Procurator für diesen Rechtsstreit ernannte, und zwar durch ein schriftliches Mandat, welches entweder vor dem Prätor, oder wenigstens vor dem Jurer, vorzuzeigen war (s). Die Uebertragung selbst wurde aber vollendet durch die Litiscontestation, indem in der Klagformel die Intentio den Namen des Cedenten enthielt, die Condemnatio den Namen des Cessionars (t). Der Cessionar also klagte alieno nomine, das heißt, er trat, dem Beklagten gegenüber, wie ein gewöhnlicher Procurator auf, ja der Beklagte brauchte gar nicht zu erfahren, daß die Absicht einer Cession zum Grunde liege. Zwischen dem Cedenten und dem Cessionar aber mußte die besondere Absicht der Uebertragung verabredet seyn, und in dieser Beziehung wird der Cessionar als ein procurator in rem suam bezeichnet, der den eingeklagten Gegenstand für sich behalten sollte, anstatt daß der gewöhnliche Procurator das Eingeklagte herausgeben mußte. — Mit Rücksicht auf diese verschiedenen Theile und Beziehungen des Geschäfts wird die Cession bald als ein mandatum in rem suam bezeichnet, bald durch die zur Vollendung erforderliche Litiscontestation (u), mit welchen verschiedenen Bezeichnungen aber stets dasselbe zusammen-

(s) GAJUS Lib. 4 § 84.

(t) GAJUS Lib. 4 § 86.

(u) L. 11 § 1 de nov. (46.2),

L. 1 C. de O. et A. (4. 10).

gesetzte Rechtsgeschäft gemeint ist. — Dieser Hergang nun war ganz derselbe, ohne Unterschied, ob die Cession aus einem gegenwärtigen freien Entschluß hervorgehen sollte, oder ob sie durch ein früheres Geschäft nothwendig geworden war, also, im Fall der Weigerung, erzwungen werden konnte, sey es durch Klage, oder durch eine Exception.

Allein in den Fällen der nothwendigen, erzwingbaren Cession konnte die Ausführung jener umständlichen, zusammengesetzten, oft über eine längere Zeit ausgedehnten, Rechtsform mancherlei Bedenken erregen. Zunächst war sie in jedem Fall eine für alle Theile nutzlose Mühe, eine überflüssige Formalität, für den Cessionar doppelt lästig, wenn es der Gegner aus Eigensinn oder Trägheit auf den wirklichen Zwang durch Klage oder Exception ankommen ließ. Noch schlimmer aber war es, wenn, in der Zwischenzeit zwischen dem Mandat und der Litisconstestation, der Cedent ohne Erben starb, indem nun die Handlung in der oben beschriebenen Weise, mit Einrückung des Namens des Cedenten in die Klagformel, gar nicht mehr möglich war (v).

Solche Betrachtungen, ohne Zweifel hervorgerufen durch Erfahrung, mußten auf den nahe liegenden Gedanken führen, den Rechtsverkehr durch folgende Einrichtung zu erleichtern. Ueberall, wo die Cession rechtlich nothwendig

(v) *L. 1 C. de O. et A. (4. 10).*

geworden war, konnte man es dem dazu Berechtigten gestatten, die Klage unmittelbar, ohne jenen überflüssigen Umweg, in eigenem Namen anzustellen. Dieses geschah unter der Form einer utilis actio, mit welcher der Cessionar nicht als Procurator des Cedenten, sondern *suo nomine*, klagte, womit ausgedrückt wird, daß dabei die Intentio der Klagformel nicht den Namen des Cedenten, sondern den des Cessionars enthielt. Dabei lag zum Grunde der Gedanke, daß die ohnehin erzwingbare Cession so behandelt werden sollte, als wenn sie wirklich geschehen wäre. Dem Wesen nach also wurde, in Folge jeder rechtlichen Nothwendigkeit der Cession, eine fingirte Cession angenommen, welcher Ausdruck die Sache richtig bezeichnet, wengleich er in unseren Rechtsquellen in dieser Anwendung nicht vorkommen mag.

Der erste Fall, in welchem diese neue, sehr bequeme Rechtsform erwähnt wird, ist der Fall einer verkauften Erbschaft. Hier hätte eigentlich jede Schuldklage des Verstorbenen dem Käufer einzeln cedirt werden müssen, und wenn der Verkäufer eigensinnig war, mußte er für jede dieser Schuldklagen durch eine actio emti zur Cession besonders gezwungen werden. Diese unnütze Mühe wurde beseitigt, indem man annahm, der Käufer der Erbschaft könne jede Forderung des Verstorbenen, auch ohne wirkliche Cession, durch eine utilis actio einklagen. Dieser wichtige

Rechtssatz wurde durch ein Rescript des K. Antoninus Pius anerkannt (w).

Derfelbe Rechtssatz aber wurde dann in einer großen Reihe anderer, ähnlicher Fälle angewendet. Dieses geschah namentlich bei dem Verkauf einer einzelnen Schuldforderung (x); eben so, wenn eine Forderung legit, oder an Zahlungsstatt, oder als Brautgabe übertragen worden war (y). In allen diesen Fällen hätte der Cessionar die wirkliche Cession durch Klage erzwingen können; allein auch wenn er nicht eine Klage, sondern nur eine Exception hatte, um die Cession zu erzwingen, sollte er dennoch denselben Vortheil genießen, also, ohne wirkliche Cession, suo nomine die utilis actio anstellen können (z). Eben so sollte die utilis actio als hinreichende Aushilfe dienen, wenn die Cession zwar durch Mandat angefangen, aber noch nicht durch Litiscontestation vollendet worden war (Note v).

Obgleich wir nun diese wichtige Regel nur in einzelnen Anwendungen (allerdings in größerer Zahl) anerkannt finden, nicht allgemein und grundsätzlich ausge-

(w) L. 16 pr. de pactis (2. 14), L. 5. C. de her. vend. (4. 39).

(x) L. 7. 8. 9 C. de her. vend. (4. 39). Der Satz ist nicht bloß auf persönliche Klagen zu beziehen, sondern auch auf verkaufte actiones in rem. L. 9 C. cit.

(y) L. 18 C. de leg. (6. 37). — L. 5. C. quando fiscus (4. 15). — L. 2 C. de O. et A. (4. 10).

(z) L. 57 de leg. 1. (30. un.), vgl. oben Note q.

sprochen, so ist sie doch durch jene Anwendungen im Justinianischen Recht zu einer wirklich durchgreifenden Regel geworden, die wir nun auch auf andere, nicht erwähnte, Fälle anzuwenden haben. Es ist damit ergangen, wie mit so mancher anderen Rechtsregel, die auch erst allmählig durch Gerichtsgebrauch und durch die Theorie der Juristen festen Boden gewonnen hat. Es war also eine längere Zeit des unbestimmten Rechts vorhanden, worin bei manchen einzelnen Anwendungen geschwankt und gezweifelt werden konnte, so daß ein sicherer Anfangspunkt sich nicht feststellen läßt. Nur in der Justinianischen Gesetzgebung ist sie als festes, sicheres Recht anzunehmen. Dagegen würde es unrichtig seyn, das oben erwähnte Rescript des K. Pius (Note w) als gesetzliche Einführung einer allgemeinen Rechtsregel dieses Inhalts anzusehen.

Folgende nähere Bestimmungen werden dazu dienen können, Mißverständnissen in der Anwendung jener Regel vorzubeugen.

Die Regel bezieht sich auf juristisch nothwendige Cessionen, nicht auf bloß beabsichtigte, bei welchen noch kein Rechtsgeschäft vorliegt, aus welchem sie erzwungen werden könnten.

In unseren Quellen wird der Gegensatz der beiden Fälle (der wirklichen und der fingirten Cession) durch folgende Ausdrücke unterschieden. Im Fall der wirklichen Cession klagt der Cessionar *mandatis actionibus*, als in *rem suam procurator factus*; im Fall der fingirten Cession

klagt er suo nomine, mit einer utilis actio. Aber auch in diesem letzten Fall klagt er *exemplo creditoris*, das heißt mit denselben Rechten und Beschränkungen, wie der Glaubiger selbst, also genau so, wie er im Fall der wirklichen Cession klagen würde, welches Letzte wegen des Ausdrucks: *suo nomine* leicht verkannt werden könnte (aa).

Eine besonders wichtige Frage ist noch die, auf welchen Zeitpunkt die fingirte Cession zu beziehen ist. Manche scheinen die Sache so aufzufassen, als ob diese Cession in Gedanken versetzt werden müßte in die Zeit, in welcher sie jetzt geltend gemacht werden soll, woraus dann gefolgert werden könnte, daß sie überhaupt wegfallen müßte, wenn sie gerade zu dieser Zeit aus irgend einem Grunde unmöglich seyn würde. Allein diese Auffassung ist ohne Grund. Vielmehr ist die fingirte Cession in Gedanken in die Zeit zu versetzen, in welcher die rechtliche Nothwendigkeit der Cession begründet wird, in welcher also die wirkliche Cession erzwungen werden konnte, welches nun der dazu Berechtigte im Vertrauen auf unsere Rechtsregel unterlassen hat. Ist sie einmal in dieser Zeit entstanden, so kann sie durch später eintretende Thatsachen nicht wieder entkräftet werden (bb).

(aa) Die hier erwähnten Ausdrücke finden sich in *L. 5 C. quando fiscus* (4. 15), und in *L. 8 C. de her. vend.* (4. 39).

(bb) Für diese Ansicht sprechen folgende Stellen: 1) der Fall der *L. 1 C. de O. et A.* (Note v), in welchem die unmöglich gewor-

Zum Schluß dieser Betrachtungen über die mögliche Begründung des Regresses durch verschiedenartige Klagen, muß nun noch eine allgemeine Beschränkung des Anspruchs auf Regress erwähnt werden. Derjenige solidarische Schuldner, dessen Verpflichtung aus einer unredlichen Handlung, einem Dolus, hervorgeht, hat überhaupt keinen solchen Anspruch:

Dieser Satz ist vor Allem als wahr anzuerkennen in Anwendung auf die *actio pro socio*. Denn jede auf unredliche Zwecke gerichtete Societät ist an sich nichtig und unwirksam, kann also auch nicht eine *actio pro socio* erzeugen (cc).

Eben so muß aber auch jedem solidarischen Schuldner, welcher durch seinen Dolus verpflichtet ist, der Anspruch auf eine erzwingbare Cession, so wie auf die *utilis actio* als Surrogat der Cession, versagt werden, weil er sich durch seine Unredlichkeit des schonenden Schutzes unwürdig gemacht hat, welcher durch diese Rechtsmittel in anderen Fällen gewährt wird (dd).

Nur wenn der Gläubiger dem zahlenden Schuldner aus freiem Entschlus die Klage erdirt, kann diese zum

bene *litiscontestatio* dennoch der *utilis actio* nicht schaden soll. 2) Die Schlußworte der in der Note q. angeführten L. 57 *de leg. 1*: „*Quod quaquam in tempore non fecerit, tamen id ei praestabitur.*“ — Einige scheinbare Einwendungen aus Stel-

len, welche die solidarische Verpflichtung der Mitvormünder betreffen, werden weiter unten erwo-gen werden (§ 24. f).

(cc) L. 57 *pro socio* (17. 2).

(dd) Die Beweise für diesen Satz werden im § 24 geführt werden.

Zweck des Regresses ohne Rücksicht auf Dolus gebraucht werden. Denn die freiwillige Cession kann der Klageberechtigten nach Willkür an Jeden vornehmen, und der zahlende Schuldner hat darauf keine Art von Recht. Das aber, welches ihm, in Folge seines Dolus durchaus versagt werden muß, kann nur in den Rechten bestehen, die Andere an seiner Stelle haben würden, um sich den Weg zum Regreß zu bahnen.

§. 24.

III. Personen in der Obligation. B. Correalschuld.
Regreß (Fortsetzung).

Im vorhergehenden Paragraphen sind die allgemeinen Gesichtspunkte für den Regreß aufgestellt worden. Nunmehr sollen die Aussprüche unserer Rechtsquellen selbst, nach der Reihe der einzelnen Classen der solidarischen Obligationen angegeben werden. Diese Aussprüche müssen jene Gesichtspunkte quellenmäßig begründen, so wie sie umgekehrt aus denselben ihr rechtes Licht erhalten werden.

Der Regreß wird zu untersuchen seyn für folgende Classen von Fällen: I. Activa Correalschulden, II. Passive Correalschulden, III. Unächte Fälle. Indessen hängt der Erfolg dieser quellenmäßigen Untersuchung von der gehörigen Verbindung der einzelnen Aussprüche ab, und die Erreichung dieses Zweckes läßt es als rathlich erscheinen,

die Ordnung umzukehren, und zuerst von den unächtten Fällen, dann von den passiven, zuletzt von den activen Correalschulden zu sprechen. Dabei liegt zum Grunde die stillschweigende Voraussetzung, daß wir berechtigt sind, die Aussprüche der alten Juristen über die unächtten Fälle, als angemessene Analogieen auch für die ächten Correalschulden zu benutzen. Diese, in neuerer Zeit von anderen Schriftstellern bestrittene, Behauptung ist schon oben zu rechtfertigen versucht worden (§ 22. b).

I. Unächte Fälle (§. 20).

A. Verpflichtung der Mitvormünder.

Es ist schon oben bemerkt worden, daß diese Verpflichtung in vielen Fällen eine solidarische Natur hat (§ 20.1). Wenn nun einer der Vormünder auf die ganze Schuld verklagt wird, und dieselbe zahlt, so fragt es sich, ob und mit welchen Klagen er einen Regreß gegen die übrigen nehmen kann. Ueber diesen Fall finden sich vollständigere Aussprüche, als über alle anderen Fälle. Besonders wichtig ist eine Stelle des Ulpian, die den größten Theil der oben (§ 23) vorläufig aufgestellten Regeln im Zusammenhang begründet, und deren Inhalt ich kurz angeben will, ehe ich den Text selbst mittheile.

1. Der auf das Ganze verklagte Vormund hat das Recht, die Cession der Klage gegen die Mitvormünder zu fordern.

2. Unterläßt er Dieses, so daß er zahlt ohne erlangte

Cession, so kann er dennoch mit einer utilis actio klagen, welches durch Constitutionen des K. Pius, ferner des damals regierenden Kaisers, so wie des Vaters desselben, bestätigt wird.

3. Wenn er aber verurtheilt wird aus einem gemeinsamen Dolus, so hat er weder Anspruch auf Cession der Klage, noch die utilis actio. Er trägt mit Recht die Strafe seines eigenen Delicts, und ist unwürdig eines Regresses, da aus einem Delict niemals die rechtlichen Folgen, wie aus einer Societät, hervorgehen können, also auch nicht irgend ein Anspruch auf Ausgleichung.

Die Stelle selbst lautet vollständig so (a):

(§ 13) Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit, vel ex communi gestu, nec ei mandatae sunt actiones (b), constitutum est a D. Pio, et ab Imperatore nostro,

(a) *L. 1 § 13. 14 de tutelae* (27. 3). — Das Recht auf die Cession, so wie auf die utilis actio, wird für diesen Fall außerdem anerkannt in einem Rescript von Caracalla. *L. 2 C. de contr. tut.* (5. 58). — Die Cession allein, und zwar als Thatsache, ohne Erwähnung des Rechts auf dieselbe, kommt vor in *L. 21 de tutelae* (27. 3), *L. 42 de admin.* (26. 7).

(b) In diesen Worten ist nur die Cession als fehlende Thatsache

ausgedrückt, nicht das Recht auf dieselbe erwähnt. Allein dieses geht unzweifelhaft hervor aus dem Gegensatz der in dem § 14 vorkommenden Worte: *neque mandatae sunt actiones*, welche augenscheinlich sagen sollen, daß im Fall des Dolus der Vormund kein Recht auf die Cession habe; im Fall des § 13 also (d. h. wo kein Dolus vorliegt) will Ulpian ein solches Recht anerkannt wissen. Auch folgt Dieses aus *L. 2 C. de contr. tut.* (5. 58) (Note a).

et D. patre ejus, utilem actionem tutori adversus contatorem dandam (c).

(§ 14) Plane, si ex dolo communi conventus praestiterit tutor, neque mandandae sunt actiones, neque utilis competit, quia proprii delicti poenam subit, quae res indignum eum fecit, ut a ceteris quid consequatur doli participibus. Nec enim ulla societas maleficiorum, vel communicatio justa damni ex maleficio est (d).

Ein Zweifel entsteht hierbei noch aus folgendem Umstand. Wenn der das Ganze zahlende Vormund hinterher die utilis actio anstellen will, so könnte man glauben, eben durch seine Zahlung sey alles Recht des Gläubigers (auch gegen die Mitvormünder) getilgt, und es könne daher, von nun an, so wenig von einer fingirten, als von einer wirklichen Cession die Rede seyn. Daß es nun nicht so ist,

(c) Aus der Zusammenstellung dieser utilis actio mit den mandatae actiones ist es anzweifelhaft, daß hier keine andere Klage gemeint seyn kann, als die actio tutelae utilis aus einer fingirten Cession (§ 23. aa). — Die Berufung auf mehrere Constitutionen verschiedener Kaiser ist wichtig, weil daraus hervorgeht, daß es ein allgemein anerkannter Rechtsatz war, nicht etwa eine besondere Meinung des Nlpian, die vielleicht hätte von Anderen bezweifelt seyn können. — Endlich ist es Bemerk-

wendwerth, daß unter den angeführten Kaisern auch D. Pius steht, derselbe Kaiser, aus dessen Rescript das älteste Zeugniß für jene utilis actio überhaupt bekannt ist (§ 23. 10).

(d) Dieser Theil des ganzen Ausspruchs ist in so allgemeinen Ausdrücken abgefaßt, daß wir offenbar berechtigt sind, ihn nicht bloß auf den besondern Fall der Vormundschaft, sondern auch in allen andern Fällen, worin von einem Regress die Rede seyn kann, anzuwenden.

folgt unwidersprechlich aus der eben mitgetheilten Stelle des Ulpian, welche gerade dem Vormund, welcher gezahlt hat („si forte . . . praestiterit“), die *utilis actio* ausdrücklich zuspricht. Die Erklärung liegt aber in der oben gemachten Bemerkung, daß die fingirte Cession nicht in den gegenwärtigen Zeitpunkt (also nach der Zahlung), sondern in den früheren, vor der Zahlung, ver setzt werden muß (§ 23. bb). — Wenden wir aber denselben Zweifel auf die wirkliche Cession an, so steht es damit so. Ist die Cession selbst vor der Zahlung geschehen, oder auch nur verabredet, so schadet die spätere Zahlung nicht, weil nun diese Handlung nicht als Tilgung der ursprünglich eingeklagten Schuld gilt, sondern vielmehr als Zahlung des Kaufpreises für die cedirte *actio tutelae* (e). — Anders würde es sich in dem Fall verhalten, wenn der eine Vormund gar nicht in Anspruch genommen wäre, sondern aus eigenem freiem Entschlus, und ohne allen Vorbehalt, die ganze Summe gezahlt hätte, etwa nachdem sein Mitvormund verklagt und wirklich verurtheilt worden wäre. Denn nun ist die Zahlung lediglich auf die ursprüngliche, dadurch getilgte, Forderung zu beziehen, eine wirkliche Cession dieser Forderung ist nun nicht mehr möglich, und auch zur Ertheilung einer *utilis actio* ist hier keine Veranlassung vorhanden (f).

(e) *L. 2 C. de contr. tut.* Worten: *quod si ante solutionem an*.
 (5. 58), *L. 21 de tutelae* (27. 3),
L. 76 de sol. (46. 3) (von den (f) *L. 1 C. de contr. tut.*

Schon oben ist bemerkt worden, daß von einem der Römischen Juristen ein anderer Weg versucht worden ist, den Regreß unter den Mitvormündern zu begründen, nämlich mittelst der *actio negotiorum gestorum* (§ 23. i). Daß dieser Versuch keinen Anklang gefunden hat, und daß namentlich mehrere Kaiserconstitutionen übereinstimmend den ganz anderen Weg einer *utilis actio* (gegründet auf eine fingirte Cession) eingeschlagen haben, ist so eben dargethan worden.

B. Solidarische Verpflichtung aus einem von Mehreren gemeinsam begangenen Delict, in sofern daraus eine einseitige Strafflage (Entschädigungsklage) entsteht (§ 20. e).

Nicht selten wird hier die Regel aufgestellt, daß für diesen Fall ein Regreß durchaus unzulässig sey. Diese Regel ist auch unbedingt wahr für die dolosen Delicte, z. B. die *actio doli*, indem dafür der oben mitgetheilte durchgreifende Ausspruch des Ulpian (Note a. und d) völlig anwendbar ist.

(5. 58), so wie der erste Theil der *L. 76 de sol.* (46. 3) (bis zu den Worten: *cum nulla actio superfuerit*). Diese letzte Stelle bekommt ihr volles Licht durch Vergleichung mit der ersten. — Von den Meisten wird die Stelle deswegen mißverstanden, weil in der Mitte zwischen beiden Hälften der Stelle (die überhaupt nur von außergerichtlichen Handlungen re-

bet) der ganz andere Fall liegt, wenn der verklagte Mitvormund die Cession durch *doli exceptio* erzwingen konnte, Dieses aber unterläßt und unterlassen darf, im Vertrauen auf die ihm dennoch zustehende *utilis actio*. Indem Modestin diesen Fall nicht erwähnt, verneint er auch nicht die *utilis actio*.

Dagegen verhält es sich ganz anders bei den culposen Delicten. Wir haben dafür ein merkwürdiges Zeugniß in einem an sich wenig wichtigen Fall, der aber unbedenklich als maßgebend für diese ganze Classe von Klagen angesehen werden kann. Wenn aus einem bewohnten, an einer öffentlichen Straße liegenden, Gebäude Etwas herausgegossen oder geworfen wird, wodurch ein Schaden entsteht, so geht eine Entschädigungsklage gegen den Inhaber der Wohnung, als *actio quasi ex delicto*, weil im polizeilichen Interesse angenommen wird, dieser Inhaber hätte durch bessere Aufsicht in der Wohnung den Schaden verhüten können. Wohnen hier mehrere Familienhäupter zusammen, sey es miethweise oder unentgeltlich, so geht jene Klage gegen Jeden auf das Ganze mit solidarischer Verpflichtung (g). Hat nun Einer das Ganze gezahlt, so kann Dieser gegen die übrigen auf Ersatz eines Theiles den Regreß nehmen. Dieses geschieht mit der *actio pro socio*, wenn sie wegen der gemeinsamen Wohnung in einer Societät stehen, z. B. durch einen gemeinsam geschlossenen Miethvertrag; außerdem aber durch eine *utilis actio* (h), z. B. wenn der Eigenthümer mehreren unbemittelten Familien eine gemeinsame Wohnung eingeräumt hat, woraus unter diesen Bewohnern kein Vertragsverhältniß entstanden ist. Die hier erwähnte *utilis actio* ist ohne Zweifel die

(g) L. 1 § 10, L. 2, L. 3
de his qui effud. (9. 3).

(h) L. 4 *ead.* „*praestaturi partem damni societatis iudicio, vel utili actione, ei qui solvit.*“

oben erwähnte Klage aus einer fingirten Cession, wobei also der, gewiß richtige, Gedanke zum Grunde liegt, daß der zuerst Belangte, auch eine wirkliche Cession der Klage gegen die übrigen, hätte durch *doli exceptio* erzwingen können.

Diese Regel ist nun auch anzuwenden auf die weit wichtigere *actio legis Aquiliae*. Zwar nicht nach Römischem Recht, in welchem diese Klage die Natur einer zweiseitigen Strafflage hat, so daß Jeder das Ganze bezahlen muß, wie wenn es eine reine Strafe wäre, also ohne die übrigen Theilnehmer der Beschädigung durch diese Zahlung zu befreien; wohl aber nach dem heutigen Recht, wenn man in diesem die erwähnte Klage als eine reine Entschädigungsklage behandelt (§ 21. d). Dann gilt für diese Klage das Verhältniß einer solidarischen Schuld. Nun müssen wir aber für jeden einzelnen Fall unterscheiden, ob die Beschädigung durch *Dolus* oder durch *Culpa* verübt worden ist. Zwar für das Recht des Beschädigten macht Dieses keinen Unterschied; aber für das Verhältniß der Beschädiger unter sich hat es die Folge, daß im Fall des *Dolus* jeder Regreß versagt werden muß (Note d), anstatt daß er im Fall der *culposen* Beschädigung eben so zuzulassen ist, wie Dieses so eben bei der Klage wegen des Ausgießens aus einem bewohnten Gebäude bemerkt wurde (Note h).

II. Rechte Fälle der passiven Correalschuld.

Es ist auffallend, daß wir über den Regreß in diesen Fällen, deren Theorie außerdem in hohem Grade ausgebildet ist, so sehr wenige Aussprüche in unseren Rechtsquellen finden. Ich finde nur folgende Stellen, die von einem solchen Regreß reden.

A. Eine derselben betrifft das eigentliche Correalsverhältniß (durch Stipulation), und setzt, indem sie von dem Verhältniß mehrerer Miterben redet, die wegen der *actio familiae herciscundae* keiner Cession der Klage bedürfen, auf die unzweideutigste Weise voraus, daß jeder auf das Ganze verklagte Correalschuldner berechtigt ist, durch *doli exceptio* die Cession der Klage gegen seine Mitschuldner zu erzwingen (h¹).

Einige andere Stellen beziehen sich nicht auf die ursprüngliche Entstehung der Correalschuld durch Stipulation, sondern auf Correalschulden durch Kauf, Miethe, Darlehen.

B. Wenn eine Sache an Mehrere verkauft oder vermiethet wird unter solidarischer Verpflichtung dieser Schuldner (§ 17), so steht es in der Macht des Gläubigers, einen Einzelnen aus ihnen auf die ganze Schuld zu ver-

(h¹) *L. 65 de evict. (21. 2) quia non duo rei facti proponerentur* (in welchem Fall also jene *doli exceptio* gewiß gelten müßte), *sed familiae herciscundae iudicium eo nomine utile est.*“

Klagen, und zwar ohne Unterschied, ob die übrigen zahlungsfähig sind oder nicht. Dieses sagt Marcellus in einer wichtigen, schon oben angeführten Stelle (i), indem er jedoch eine Beschränkung für dieses strenge Recht des Gläubigers hinzu fügt. Er soll nämlich dieses Recht nur unter der Bedingung haben,

si actiones suas adversus ceteros praestare non recuset.

Hierin ist entschieden das Recht des Beklagten anerkannt, die Cession der Klagen gegen die übrigen zu erzwingen. Der Grund dieses Rechts, so wie der Schutz desselben durch *doli exceptio*, ist oben ausführlich dargestellt worden (§ 23). Da nun aber im Justinianischen Recht jede erzwingbare Cession zugleich, als fingirte Cession, durch *utilis actio* geltend gemacht werden kann (§ 23), so müssen wir den Anspruch auf diese *utilis actio* auch den erwähnten Correal Schuldnern zusprechen, und es für ganz zufällig halten, daß Marcellus nicht auch diese nothwendige Consequenz, neben dem Recht auf die wirkliche Cession, ausgedrückt hat. Eine Bestätigung liegt in der oben angeführten Stelle des Ulpian über die *utilis actio* unter den Mitvormündern (Note a), deren analoge Anwendung auf den hier vorliegenden Fall unbedenklich ist (§ 22. b).

(i) *L. 47 locati* (19. 2). — 22. a. Sie deutet darauf hin, In anderem Zusammenhang ist diese Stelle schon oben benutzt worden § 17. v., § 18. b. und § worden seyn.

Derselbe Satz wird in Beziehung auf den Miethcontract auch anerkannt in einem Kaiserlichen Rescript. Mehrere Miether hatten sich solidarisch verpflichtet, Einige von ihnen wurden auf das Ganze verklagt. Das Rescript geht nun dahin, daß sie allerdings das Ganze zahlen mußten, zugleich aber die Cession der Klagen gegen ihre Mitschuldner (insbesondere auch der Hypothekarklagen) erzwingen könnten (k).

C. Ein Kaiserliches Rescript, welches in dieser Lehre mehr Berühmtheit, als irgend eine andere Stelle, erlangt hat (l), behandelt folgenden, das Darlehen betreffenden, Fall. Zwei Personen hatten gemeinschaftlich ein Darlehen empfangen, unter solidarischer Verpflichtung; Einer derselben wurde auf das Ganze verklagt, hatte gezahlt, und fragte bei den Kaisern an. Das Rescript lautet dahin, der Correalgläubiger habe allerdings das Recht gehabt, Einen der Schuldner nach freier Wahl auf das Ganze zu belangen; nun aber habe der Anfragende, nachdem er gezahlt, den Regreß gegen seinen Mitschuldner, und der Statthalter der Provinz werde gewiß nicht säumen, diesen Anspruch zu schützen (m).

(k) L. 13 C. de loc. (4. 65).

(l) L. 2 C. de duob. reis (8. 40) von Diocletian und Maximian. Es ist die Stelle, in deren Glosse die Regreßfrage ausführlich behandelt wird.

(m) „Rector provinciae juvare te adversus eum, cum quo *communiter* mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur.“

Es ist kaum zu sagen, wie viel ganz überflüssige Subtilität bei Erklärung dieser Stelle und ihrer einzelnen Ausdrücke verschwendet worden ist. Am meisten entfernen sich von der Wahrheit Diejenigen, welche annehmen, bis dahin habe ein Anspruch auf Regreß nicht bestanden, dieses neue Gesetz aber habe einen solchen Anspruch eingeführt. Allein die Stelle ist ein Rescript über das bestehende Recht, wie es nicht bloß aus der ganzen Fassung hervorgeht, sondern vorzüglich aus dem Schluß, der gar nicht eine Vorschrift enthält über Das, welches geschehen soll, sondern eine Versicherung über die zu erwartende Thätigkeit des Richters, also eine Hinweisung auf das unzweifelhaft bestehende Recht. Wüßten wir, welche Thatsachen zum Grunde lagen, so würden wir eben so wenig im Zweifel seyn, als der Verfasser des Rescripts, der die Acten vor sich gehabt haben mag. Jetzt sind wir, wie bei so vielen Rescripten, genöthigt, jene Thatsachen nach innerer Wahrscheinlichkeit, und, so viel möglich, übereinstimmend mit den Ausdrücken, zu ergänzen. Dieses Verfahren nun führt mit der größten Wahrscheinlichkeit auf die Annahme einer Societät unter beiden Schuldnern, indem auch anderwärts die Ausdrücke: *communio*, *communis*, *communiter*, in Verbindung mit der Societät gebraucht zu werden pflegen (n). Lag nun wirklich eine Societät vor, so

(n) Habicht S. 40—65, der diese Erklärung der Stelle mit großer Sorgfalt zu begründen sucht, und dafür eine große Zahl anderer Schriftsteller anführt.

konnten die Kaiser ihr volles Vertrauen auf die *actio pro socio* setzen, um dem Anfragenden die Hülfe des Richters zum Regreß in sichere Aussicht zu stellen. Indessen müssen wir den Gegnern dieser Erklärung zugeben, daß die Annahme einer Societät keine unbedingte Gewißheit für sich hat, indem der Ausdruck: *communiter* vielleicht auch in einem bloß factischen Sinn, ohne Beziehung auf Societät, gebraucht seyn könnte, so daß die beiden Schuldner das geliehene Geld nur gleichzeitig, an demselben Orte, also in diesem Sinne *communiter*, empfangen, dann aber sogleich getheilt hätten, ohne es für ein gemeinsames Geschäft (in einer Societät) zu verwenden. Lag nun den Kaisern ein solcher Fall vor, so müssen sie irgend einen anderen Rechtsgrund zum Regreß als unzweifelhaft vorausgesetzt haben, und es versteht sich von selbst, daß dann jede Partei in der Regreßfrage (§ 23) die Voraussetzung des Rescripts in ihrem Sinn auslegt und auslegen muß (o). Dagegen ist auch an sich Nichts einzuwenden, nur muß sich jede Partei enthalten, das Rescript als einen Beweis für ihre Meinung geltend zu machen; sie muß sich damit begnügen, daß das Rescript sie nicht widerlegt, indem es sich auch aus ihr hinreichend erklären läßt.

(o) Sell S. 403—413 erklärt die Entscheidung der Kaiser aus der von ihm allgemein angenommenen *actio negotiorum gestorum utilis*. Schröter S. 427 und Bangerow S. 79 erklären sie aus der Regel, daß sich

Niemand auf fremde Kosten bereichern soll (§ 22. f, § 23. e). Ich erkläre sie aus der *actio utilis* wegen fingirter Gesson, welche gewiß zur Zeit des Diocletian als unzweifelhaft anerkannt war.

III. Fälle der activen Correalschuld.

Es bleibt jetzt nur noch übrig, die Regreßfrage auf die active Correalschuld anzuwenden, von welcher schon öfter bemerkt worden ist, daß sie seltener vorkommt, als die passive, und darum von geringerer Bedeutung ist. Die Regreßfrage bezieht sich hier auf den Fall, in welchem Einer der Glaubiger die ganze Schuld erhoben hat, die übrigen aber verlangen, daß er ihnen ihren Antheil herauszahle.

Wenn wir erwägen, in welcher Gestalt die active Correalschuld im wirklichen Leben vorzukommen pflegt (§ 22), so müssen wir uns überzeugen, daß sich hier die Fälle einfacher und unzweifelhafter, als bei der passiven, gestalten werden.

Zunächst kann auch hier eine Societät zum Grunde liegen, und dieser Fall wird sogar wahrscheinlich der häufigste seyn. Dann ist der Regreß vermitteltst der actio pro socio völlig unzweifelhaft (§ 23. f¹).

Wo aber eine Societät fehlt, wird ein gegenseitiges Mandat noch weit unverkennbarer, als bei der passiven Correalschuld, zum Grunde liegen.

Nach dieser Annahme wird entweder die actio pro socio, oder die actio mandati, den Regreß überall herbei zu führen geeignet seyn.

Von einer erzwingbaren Cession, so wie von einer utilis actio als Folge einer fingirten Cession, so wie bei

der passiven Correalschuld (§ 23), kann hier, nach der ganzen Sachlage, gar nicht die Rede seyn.

Sehen wir zurück auf die bisher über die Regreßfrage geführte Untersuchung, so lassen sich die gewonnenen Resultate in folgenden Sätzen kurz zusammen stellen.

Wenn eine Societät vorhanden ist, so ist durch diese der Anspruch auf Regreß begründet, sowohl für das active, als das passive Correalverhältniß.

Nach Umständen kann für beide Fälle auch die actio mandati zu diesem Zwecke dienen.

Außerdem liegt für die passive Correalschuld eine sehr allgemeine Begründung in der erzwingbaren Cession, so wie in der utilis actio als Folge der fingirten Cession.

Jedes dieser verschiedenen Mittel wirkt dahin, die Correalschuld im letzten Erfolg nicht wie ein bloßes Glückspiel erscheinen zu lassen.

Alle diese Ansprüche auf Regreß aber bleiben ausgeschlossen bei denjenigen Correalschuldnern, deren Obligation auf einen Dolus gegründet ist.

Die hier aufgestellten Grundsätze über den Regreß bedürfen aber noch einiger Ergänzungen.

Zuerst fragt es sich, wie die erzwingbare Cession, und eben so die utilis actio, als Surrogat derselben, eigentlich zu verstehen ist, wie weit sie reicht. Gesezt, von Sechs Correalschuldnern wären Vier insolvent, Einer der zahlungsfähigen erzwänge die Cession gegen den anderen zahlungsfähigen Schuldner, worauf würde diese gehen? Man könnte denken, der Cessionar hätte nur sein eigenes Sechstheil abzurechnen, die übrigen Fünf Sechstheile forderte er von dem anderen vermittelt der Fünf cedirten Klagen. Dann würde der ganze Verlust aus der Insolvenz allein den zweiten zahlungsfähigen Schuldner treffen, bloß wegen des Zufalls, daß er nicht zuerst verklagt worden wäre. Das Widersinnige dieser Behandlung leuchtet ein. Alles ordnet sich richtig, wenn man als Grundlage der billigen Ausgleichung (worauf die Cession, wie die utilis actio abzweckt) die Regeln der Societät anwendet. Nach diesen Regeln muß der Verlust aus der Insolvenz die Zahlungsfähigen zu gleichen Theilen treffen, so daß, in dem als Beispiel so eben angegebenen Fall, der zuerst Verklagte die Cession auf die Hälfte der ganzen Schuld erhalten muß. — Die Richtigkeit dieser Annahme wird dadurch bestätigt, daß in mehreren anderen ähnlichen Fällen die gleichmäßige Vertheilung eines solchen Verlustes als richtig anerkannt wird, welches namentlich geschieht bei dem beneficium divisionis unter mehreren Mitbürgen (p).

(p) L. 5 pr. de censibus (50. 13), L. 26 de fidej. (46. 1).

Dieses aber ist hier besonders maßgebend, da in dem Verhältniß mehrerer solidarisch verpflichteten Mitvormünder, die zum Theil insolvent sind, auf die Analogie der Mitbürgen unmittelbar verwiesen wird (q).

Bisher ist bei der ganzen Regreßfrage bloß der wichtigste und häufigste Fall berücksichtigt worden, wenn die Schuld getilgt worden ist durch einseitig empfangene oder einseitig geleistete baare Zahlung. Andere Fälle der Tilgung werden in Beziehung auf den Regreß meist weniger Schwierigkeit veranlassen. Wenn der Glaubiger Einen seiner zwei Correalschuldner durch Acceptilation befreit, so werden dadurch beide frei, und von einer späteren Ausgleichung unter ihnen kann nicht die Rede seyn (§ 18. q). Befreit er ihn dagegen durch formlosen Vertrag, so wirkt der Vortheil der Befreiung nur auf diesen Schuldner allein, nicht auf den Mitschuldner, außer wenn Dieser mit dem Befreieten in einer Societät steht, in welchem Fall die actio pro socio Alles ausgleicht (§ 18. u. x).

§. 25.

III. Personen in der Obligation. B. Correalschuld.
Regreß (Fortsetzung).

Um die hier aufgestellte Lehre über den Regreß gegen Einwürfe zu sichern, ist es nöthig, zum Schluß noch

(q) *L. 1 § 12 de tutelae* (27. 3).

einige einzelne Stellen zu erklären, die in dieselbe mehr oder weniger scheinbar eingreifen, und für welche im Zusammenhang der bisher geführten Untersuchung eine passende Stelle nicht aufzufinden war. Es gehören dahin folgende Stellen.

I. Eine Stelle des Papinian über die Verbindung der Correalschuld mit einer wechselseitigen Bürgschaft, welche also lautet (a):

Reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit. Reus itaque stipulandi actionem suam dividere si velit (neque enim dividere cogendus est), poterit eundem ut principalem reum, item qui fidejussor pro altero existit, in partes convenire; non secus, ac si duos promittendi reos divisim actionibus conveniret.

Der Inhalt der Stelle ist folgender. Wenn zwei Correalschuldner zugleich wechselseitige Bürgschaft für einander leisten, so ist Dieses keinesweges für eine völlig

(a) *L. 11 pr. de duob. reis* (45. 2) aus Papin. lib. XI. respons. Ich habe hier den tabellosen Florentinischen Text beibehalten, von welchem die Vulgata bis zur Unkenntlichkeit abweicht. Der schwierigste Theil der Stelle liegt in den Worten: *item qui* fidejussor, die man in Gedanken

so ergänzen muß: *item tamquam eum qui* fidejussor. Man könnte auch den Text so verändern: *item quia* fidejussor, doch ist diese Aenderung nicht nöthig. — Eine gute Erklärung der Stelle giebt Cujacius in den Vorlesungen über Papinian, Opp. T. 4 p. 1311 ed. Neap.

unnütze, wirkungslose Handlung zu halten (*non inutiliter accipi*). Es hat nämlich die Folge, daß der Glaubiger, wenn er es gut findet, den Einen der Schuldner halb als Hauptschuldner, halb als Bürgen des Mitschuldners verklagen kann (welche beiden Klagen dann nicht völlig gleiche Wirkung haben müssen (b)); gerade so, wie er auch die Klage aus der Hauptschuld zwischen zwei Correalschuldnern willkürlich theilen kann (§ 18. b). Nur steht freilich jenes Verfahren ganz in der Willkür des Gläubigers, indem derselbe zu einer solchen Theilung der Klagen nicht gezwungen werden kann.

Papinian will also gar nicht sagen, daß ein Vertrag der hier beschriebenen Art sehr wichtige Folgen haben, noch weniger, daß er dem Gläubiger großen Vortheil bringen werde (c); der Sinn seiner Bemerkung ist nur der, daß jener Vertrag nicht für einen völlig leeren, wirkungs-

(b) Cujacius giebt ganz richtig zwei eigenthümliche Wirkungen der auf die Hälfte angestellten Bürgschaftsklage an. Der Beklagte kann die Compensation geltend machen mit einer Gegenforderung, die nicht ihm selbst zusteht, sondern dem Mitschuldner, welcher in Beziehung auf diese Bürgschaft Hauptschuldner ist. Ferner: wenn er aus der Bürgschaft verurtheilt wird, und Zahlung leistet, so kann er deshalb gegen seinen Hauptschuldner den Regreß mit der *actio mandati* verfolgen. Aus dem neuesten Recht können wir noch die Folge hinzu-

fügen, daß die Klage durch das *beneficium excussionis* (Novelle 4) vorläufig ausgeschlossen werden kann. — Alle diese eigenthümlichen Folgen gereichen zum Vortheil des Beklagten, nicht des Gläubigers.

(c) Der Gläubiger hat von der Theilung gar keinen Vortheil zu erwarten (Note b); er kann aber die menschenfreundliche Absicht haben, dem Beklagten den Regreß zu sichern und zu erleichtern (Note b), während er selbst sich doch nicht der Last unterzieht, sein Recht gegen verschiedene Personen zu verfolgen.

losen erachtet werden dürfe. — Daher ist denn auch diese Stelle, an und für sich betrachtet, nicht sehr erheblich; sie erhält aber eine gewisse Wichtigkeit durch die Verwandtschaft ihres Inhalts mit der Novelle 99, wovon in dem § 26 die Rede seyn wird.

II. Wenn die Falcidische Quart zu berechnen ist für eine Erbschaft, zu welcher eine correaie Forderung oder Schuld gehört, so fragt es sich, ob und wie hoch diese Obligation in Ansatz zu bringen ist. Hierüber erklärt sich Ulpian in folgender Art, jedoch nicht durch einen eigenen Ausspruch, sondern indem er lediglich einen Ausspruch des Julian erzählend angiebt (d).

Man muß unterscheiden, sagt Julian, ob die verschiedenen correi unter einander in einer Societät stehen oder nicht.

Im ersten Fall ist die Obligation in der Berechnung gerade so zu behandeln, wie wenn sie nicht eine correaie, sondern eine getheilte Obligation wäre. Der vorliegenden Erbschaft also ist von der ganzen Obligation sogleich der entsprechende Antheil gut oder zur Last zu schreiben (e).

(d) *L. 62 pr. ad L. Falc.* (35. 2). Der Text der Stelle ist unzweifelhaft, mit Ausnahme der Florentinischen Worte: *debere obligationem*, die mit Haloander verändert werden müssen in: *debeat obligatio*. Dieses fordert die Construction, auf den Sinn hat es keinen Einfluß.

(e) Der Grund liegt darin, daß es in diesem Fall gleichgültig ist, welcher correat die Forderung erhebt, oder die Schuld zahlt, weil hinterher eine Ausgleichung durch Regreß unausbleiblich ist.

Auf den zweiten Fall beziehen sich folgende Worte der Stelle:

Quodsi societas inter eos nulla fuisset, in pendenti esse, in utrius bonis computari oporteat id, quod debetur, vel ex cuius bonis detrahi.

In diesem zweiten Fall soll also jene Obligation einstweilen, als ungewiß im Erfolg, ganz außer Ansatz, und einer künftigen Nachrechnung vorbehalten bleiben, wofür, so wie in anderen ungewissen Fällen, gegenseitig Caution zu stellen ist.

Dieser Theil der Stelle soll, nach der gewöhnlichen Auffassung, beweisen, daß bei den Correalschulden ein späterer Regreß schlechthin unzulässig sey, mit der einzigen Ausnahme der Societät (f), wodurch also insbesondere auch die von mir für den Regreß angenommene erzwingbare Cession, eben so, wie die utilis actio, widerlegt seyn würde. Dabei wird also angenommen, Julian's Meinung gehe dahin, daß in allen Fällen außer der Societät der bloße Zufall der zuerst angestellten Klage unabänderlich entscheide, welcher Gläubiger die ganze Forderung bezahle bekomme und behalte, oder welcher Schuldner durch die Zahlung der ganzen Schuld ärmer werde und bleiben müsse.

Allein für diese Erklärung fehlt es durchaus an einem

(f) Habicht S. 25. Vgl. oben § 23. a.

nothwendigen Grund. Allerdings will Julian einen Gegensatz beider Fälle ausdrücken, allein dieser Gegensatz ist vielmehr in folgender Weise zu denken. Im Fall der Societät hängt die Ausgleichung nicht erst von willkürlichen Entschlüssen und Handlungen ab, sie ist vielmehr durch die Societät selbst eben so fest begründet, wie im Fall einer von Anfang an getheilten Schuld. Ganz anders, wenn (ohne Societät) die Cession vermittelt der *doli exceptio*, oder auch die *utilis actio*, einen Regreß zu begründen hat. Denn nun hängt der Regreß davon ab, daß der in Anspruch genommene Schuldner die *Exceptio* wirklich geltend mache, oder auch hinterher die *utilis actio* anstelle, und daß er damit vor Gericht durchbringe, welches Letzte immerhin als ungewiß betrachtet werden konnte, so lange noch die ganze Lehre von der fingirten Cession durch *utilis actio* in allmäliger Ausbildung begriffen war (§ 23). Auf diese ungewissen Thatsachen muß der Ausdruck: *in pendenti esse* bezogen werden, nicht auf eine unbedingte Verneinung des Regresses überhaupt außer dem Fall der Societät.

Eine solche Verneinung würde auch die Herbeiführung des Regresses durch erzwungene Cession ausschließen, im Widerspruch mit sicheren Zeugnissen für die Erzwingbarkeit dieser Cession (§ 24. i. k). — Wenn dagegen die hier vorliegende Stelle lediglich die *utilis actio* verneinte (welches jedoch, nach der eben aufgestellten Erklärung nicht der Fall ist), so ließe sich diese Verneinung etwa

noch durch den geschichtlichen Umstand erklären, daß sie einen Ausspruch des Julian enthält, während die älteste Anerkennung der fingirten Cession von Antoninus Pius herrührt (§ 23 w).

III. Wenn für dieselbe Schuld mehrere Mitbürgen (confidejussores) austreten, und Einer derselben die ganze Schuld zahlt, so hat er gegen die übrigen Mitbürgen keinen Regreß.

Nun schließen die Gegner des Regresses so. Jene Mitbürgen sind unter einander correi. Da nun unter ihnen kein Regreß gelten soll, so ist daraus zu schließen, daß überhaupt unter den Correalschuldnern (mit Ausnahme der Societät) kein Regreß gilt (g).

Dieser Einwurf wird von den Vertheidigern des Regreßrechts für sehr erheblich angesehen. Einer derselben sucht dagegen seine allgemeine Lehre auf dem Wege zu schützen, daß er die Verneinung des Regresses unter den Mitbürgen als Ausnahme der für die Correalschuldner überhaupt geltenden Regel zugiebt, welche Ausnahme er aus einer ganz eigenthümlichen Strenge des für die Bürgschaften geltenden Rechts zu erklären versucht (h). — Diese Lösung der Schwierigkeit erscheint mir deswegen als unbefriedigend, weil ich in dem Recht der Bürgschaften gerade das Gegentheil einer besonderen Strenge wahrnehme. Die

(g) Schröter S. 424, 425.

(h) Sell bei Linde B. 4 S. 17—36.

Römer hielten die Bürgschaften in ihren verschiedenen Formen für ein so bedenkliches, gefährliches Rechtsinstitut, daß sie gegen die Gefahren desselben durch die allerwillkürlichsten Einschränkungen zu schützen suchten, so daß kaum irgend ein Rechtsinstitut zu finden ist, in welches durch so viele Volksschlüsse eingegriffen worden wäre (i). Darin finde ich das Gegentheil von besonderer Strenge gegen die Bürgen.

Am nun der Sache näher zu treten, wollen wir zuerst die Regel selbst, welche den Regreß unter den Mitbürgen versagt, festzustellen suchen.

Dieselbe ist geradezu ausgesprochen in einer Stelle der Institutionen (k), deren Gedankengang folgender ist. Wird ein Bürge auf das Ganze verklagt, so kann er nach der epistola D. Hadriani verlangen, daß zunächst die Klage getheilt, und gegen die gleichfalls zahlungsfähigen Mitbürgen für deren Antheile angestellt werde. Wenn er Dieses unterläßt, und deshalb das Ganze zahlen muß, der Hauptschuldner aber insolvent ist, dann muß er allein den Schaden tragen (hat also keinen Regreß gegen die Mitbürgen); er hat es sich aber selbst zuzuschreiben, daß er es unterlassen hat, sich durch die epistola D. Hadriani zu schützen. Hier ist also nicht bloß der Regreß verneint, sondern zugleich der Grund angegeben; es sey für den

(i) GAJUS Lib. 3 § 120 sq. (k) § 4 *J. de fidejuss.* (3. Diese Einschränkungen sind größtentheils in das Justinianische Recht nicht übergegangen. 20).

Bürgen durch ein besonderes Institut gesorgt, und es sey seine eigene Schuld, wenn er dasselbe nicht benutze.

Diese Stelle der Institutionen ist genommen aus einer Stelle des Gajus von gleichem Inhalt, durch deren inneren Zusammenhang die Verneinung des Regresses noch klarer hervortritt (1). Gajus sagt zuerst, unter den Sponsoren und Fidepromissores habe die L. Apuleja eine gewisse Gemeinschaft eingeführt (*quandam societatem introduxit*), so daß Derjenige, welcher das Ganze zahle, gegen die Mitbürgen eine Regreßklage habe. Damit aber verhalte es sich ganz anders bei den Fidejussoren, unter welchen ein solcher Regreß nicht Statt finde.

Derselbe Ausspruch findet sich in folgenden Worten des Modestinus (m):

Ut fidejussor adversus confidejussorem suum agat, danda actio non est.

Allerdings fügt er die Ausnahme hinzu: *si . . . nec ei cessae sint actiones*, die sich eigentlich von selbst versteht. Er nimmt also bloß die thatsächliche, durch des Glaubigers Willkür bewirkte Cession aus, räumt aber auf diese dem Verklagten keinen rechtlichen Anspruch ein, so daß also nach Modestin auch an eine *utilis actio*, als Surrogat der erzwingbaren Cession, nicht zu denken ist,

(1) GAJUS Lib. 3 § 122. ihr Inhalt überhaupt, wird da-
Die Stelle ist zwar lückenhaft, durch nicht zweifelhaft.
ihre Uebereinstimmung mit Justi-
nian's Institutionen aber, so wie

(m) L. 39 *de fidejuss.* (46.1).

die ja ohnehin durch die oben mitgetheilten Worte völlig verneint wird.

Damit stimmt endlich noch folgendes Rescript des K. Alexander überein (n):

Cum alter ex fidejussoribus in solidum debito satisfaciat, *actio ei adversus eum, qui una fidejussit, non competit.* Potuisti sane, cum fisco solveres, *desiderare, ut jus pignoris, quod fiscus habuit, in te transferretur;* et si hoc ita factum est, *cessis actionibus* uti poteris. Quod et in privatis debitis observandum est.

Auch hier ist im Anfang der Stelle die unbedingte Verneinung der Regreßklage gegen den Mitbürger unzweifelhaft, wodurch also ganz gewiß auch die utilis actio ausgeschlossen wird. Bedenklich scheint es, daß in den folgenden Worten ein Anspruch auf Cession der Klage anerkannt wird, von welchem Anspruch man glauben könnte, daß er consequenterweise auf die utilis actio führen müßte. Allein die Klage, deren erzwingbare Cession hier erwähnt wird, ist nicht die gegen den Mitbürger, sondern die gegen den Hauptschuldner. Dieses erhellt daraus, daß mit der Cession der (persönlichen) Schuldklage auch die Uebertragung der Pfänder (die Cession der Hypothekarklagen) in Verbindung gesetzt wird; die Pfänder aber sind zu denken als bestellt von dem Hauptschuldner, nicht von

(n) L. 11 C. de fidejuss. (8. 41).

dem Mitbürger. Daß nun der zahlende Bürge die Cession aller Klagen des Glaubigers gegen den Hauptschuldner verlangen kann, ist sehr natürlich, da er gegen den Hauptschuldner ohnehin auch schon unmittelbar die *actio mandati* hat.

Fassen wir alle diese Stellen zusammen, so stimmen sie überein in dem Ausdruck, daß der zahlende Bürge gegen den Mitbürger überhaupt keine Regreßklage hat; ganz gewiß also auch keine *utilis actio*, woraus wir, nach der oben aufgestellten Lehre, schließen müssen, daß er auch keinen Anspruch auf Cession der Klage gegen den Mitbürger gehabt haben kann (o).

(o) Zwei Stellen könnten diesen letzten Satz etwa zweifelhaft machen, und zu der Annahme führen, der Satz möchte unter den alten Juristen vielleicht bestritten gewesen seyn: 1) *L. 17 de fidej.* (36. 1) „*Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina.*“ Allein diese Ausdrücke deuten doch weniger auf ein bestimmtes Recht des Bürgen (durch *doli exceptio*), als auf eine billige richterliche Vermittelung. Dafür gab es einen natürlichen Anknüpfungspunkt in dem *beneficium divisionis* des Bürgen, in Vergleichung mit welchem die Cession noch vortheilhafter für den Glaubiger war. — Ueberdem

ist diese Stelle von Julian, zu dessen Zeit eine *utilis actio*, als Folge der erzwingbaren Cession, noch nicht anerkannt war (§ 23). 2) *L. 36 eod.*, an deren Schluß es von dem Glaubiger heißt: „*quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones.*“ Allein Paulus sagt nicht, daß diese Verpflichtung zur Cession von den Klagen gegen die Mitbürger zu verstehen sey; es können auch die Klagen gegen den Hauptschuldner gemeint seyn (die persönliche Klage und die Hypothekarklagen). — In jedem Fall sind diese indirecten Zeugnisse weniger geeignet, für das letzte Wort der Justinianischen Gesetzgebung angesehen zu werden, als die vorher angeführten, sehr entschiedenen Ausprüche (Noten k. l. m. n).

Ist nun daraus mit dem oben erwähnten Schriftsteller (Note g) zu folgern, daß auch unter den Correalschuldnern in der Regel kein Regreß zulässig sey? Keinesweges. Beide oben bezeichnete Parteien irren gleichmäßig in der Annahme, daß die Mitbürger unter einander in dem Verhältniß von Correalschuldnern ständen, da sie doch nicht dieses Verhältniß, ja überhaupt gar kein eigentliches Rechtsverhältniß zu einander haben.

Allerdings ist jeder einzelne Bürge *correus* seines Hauptschuldners, und wenn er diesen durch Zahlung der Schuld befreit, so befreit er zugleich den Mitbürger. Darin liegt aber nur eine indirecte Einwirkung auf den Mitbürger, vermittelt des in ihrer Mitte stehenden Hauptschuldners. Die Mitbürger selbst haben zu einander so wenig ein unmittelbares Rechtsverhältniß, daß sie vielleicht gegenseitig von ihrem Daseyn gar Nichts wissen (p).

Stehen nun also die Mitbürger nicht als *correi* neben einander, so ist auch der Mangel eines Regreßrechts unter den Mitbürgern durchaus kein Grund, das Regreßrecht unter wirklichen *correis* zu verneinen.

(p) Nach GAIUS Lib. 3 § 123 hatte ein Volksschluß von unbekanntem Namen vorgeschrieben, daß bei den Sponsoren und Fidepromissoren Jedem die Zahl und die Namen der Mitbürger bekannt gemacht werden müßten, und zwar bei Strafe des Verlustes des ganzen Rechts. Auf die Fidejussoren

gehe dieser Volksschluß nicht, doch sey auch bei diesen die Bekanntmachung üblich (nicht gerade nöthig, noch weniger durch Strafdrohung gesichert). Das Justinianische Recht sagt davon gar Nichts, für uns also ist der oben im Text ausgesprochene Satz unbedingt wahr.

§. 26.

III. Personen in der Obligation. B. Correalschuld.
Novelle 99.

Schriftsteller (a):

DONELLUS in Codicem, tit. de duob. reis Cap. 13.

Glück B. 4 S. 526. 527.

ASVERUS ad Novellam 99. Jenae 1822.

v. Schröter bei Linde B. 6 S. 435—446.

Burchardi Archiv B. 19 S. 49—71.

Heimbach bei Linde B. 16 S. 65—71.

Bangerow S. 80—87.

Die Novelle 99 ist, von der Zeit der Glossatoren her, wie wenige andere Gesetze von Justinian, Anlaß des lebhaftesten Streites unter unsern Schriftstellern gewesen, und es hat sich dabei ein so reichhaltiges Material angehäuft, daß es jetzt mehr darauf ankommt, eine gedrängte Uebersicht der gewonnenen Resultate zu geben, als das Material noch zu vermehren (b). Der Streit der Meinungen dreht

(a) Ich habe mich hier auf die Angabe der wichtigsten Schriftsteller beschränkt; viele andere werden genannt von Glück a. a. D., ASVERUS p. 7—20, Bangerow a. a. D.

(b) Das reichste Material für die genaue Erklärung des Textes findet sich bei Asverus, Burchardi und Heimbach a. a. D.

sich aber weniger um die eigentliche Vorschrift des Gesetzes selbst, als um die genaue Bestimmung des Gegenstandes, worauf sich diese Vorschrift bezieht.

Vorzüglich wichtig ist die Bemerkung im Eingang des Gesetzes, Justinian habe kürzlich ein Gesetz über die verschiedenen Arten von Bürgen erlassen; dieses bedürfe einer Ergänzung, welche hier gegeben werden solle. Alle sind darüber einig, daß damit die Novelle 4 (das s. g. beneficium excussionis) gemeint sey, und wir haben also in jener Bemerkung den wichtigen Fingerzeig, daß der Inhalt des hier vorliegenden Gesetzes mit dem früheren Gesetz in einem sichtbaren inneren Zusammenhang stehen muß (c).

In der Erklärung des Gesetzes haben sich drei Hauptmeinungen gebildet, neben welchen noch manche einzeln stehende Ansichten vorkommen (d).

I. Gegenstand des Gesetzes sollen die Bürgen seyn (e). Diese nämlich, die bis dahin stets von selbst solidarisch hafteten, nur geschützt durch das beneficium divisionis, sollen nach unserm Gesetz in der Regel nur theilweise haften, so daß eine solidarische Haftung (und mit ihr das

(c) Die Novelle 4 ist von 535, die Novelle 99 von 539, beide Gesetze liegen also nur vier Jahre aus einander.

(d) Burchardi a. a. O., der übrigens vortreffliche Bemerkungen zur Kritik der anderen Meinungen liefert, nimmt an, die Novelle be-

ziehe sich auf den Fall undeutlicher, zweideutiger Verträge, wofür sie eine Interpretativ-Bestimmung gebe. Die Worte des Gesetzes sind dieser Erklärung nicht günstig.

(e) Ueber diese Meinung und ihre Vertreter vgl. ASVERUS p. 18. 63—66.

Bedürfniß des *beneficium divisionis*) nur durch ausdrücklichen Vertrag herbeigeführt werden könne.

Nach dieser Meinung würde Justinian für die Fidejussoren Das eingeführt haben, was die alte L. Furia für die Sponsoren und Fidepromissores in Italien vorgeschrieben hatte (f). Dieser Inhalt des Gesetzes wird nicht durch die Worte unterstützt, läßt auch keinen Zusammenhang mit der Novelle 4 erkennen. Daher hat diese Meinung von jeher nur äußerst wenige Anhänger gefunden.

II. Gegenstand des Gesetzes sollen alle Correalschuldner überhaupt seyn, so daß das Gesetz als eine Umbildung der Lehre von den Correalschulden angesehen wird, in der Art, daß das *beneficium divisionis*, welches von jeher nur für die Mitbürger galt, nunmehr auf alle Correalschuldner ausgedehnt seyn soll (g).

Diese Meinung ist von jeher von der großen Mehrzahl aller Schriftsteller überhaupt angenommen worden, und man hat insbesondere behauptet, daß die Praxis sie anerkannt habe (h).

Die Worte des Gesetzes sprechen für diese Erklärung

(f) GAJUS Lib. 3 § 121. 122. Schröter S. 445. 446, Rib-

(g) Hierin liegt denn auch der Grund, warum ich nöthig gefunden habe, von der Novelle 99 gerade an dieser Stelle zu reden. Scentrop S. 116, Buchta Pandekten § 235. o, und Vorlesungen S. 235. 236. — Die Meinung selbst, und die dafür geltend gemachte Praxis, wird sehr gut widerlegt von Burchardi a. a. D.

(h) Diese Meinung wird u. a. vertheidigt von Glück a. a. D.,

gar nicht, ein innerer Zusammenhang mit der Novelle 4 wird dadurch nicht begründet, und ein praktisches Bedürfnis für eine so durchgreifende Umbildung des ganzen uralten Rechtsinstituts lag gewiß nicht vor. Auch pflegt Justinian da, wo er wirklich solche große Umbildungen vornehmen will, die Wichtigkeit derselben gar nicht in den Schatten zu stellen (i), anstatt daß hier der Eingang nur auf eine kleine nachhelfende Ergänzung seiner früheren Verordnung hindeutet.

III. Gegenstand des Gesetzes sind nur diejenigen Correalschuldner, welche mit ihrem Correalschuldvertrag noch besondere Verträge wechselseitiger Verbürgung eines Jeden für alle Uebrigen verbunden haben (k).

Um diese Meinung als die richtige zu erweisen, wird es nöthig seyn, zuerst den Inhalt des Gesetzes, und die Verknüpfung der Gedanken, kurz darzustellen.

(i) Man vergleiche z. B. die Einleitungen zu Nov. 22 und Nov. 118.

(k) Diese Meinung, die ich für die richtige halte, wird schon aufgestellt und vertheidigt von Donellus, Asverus, Heimbach a. a. D. Der letzte weicht hauptsächlich darin ab, daß er die Novelle auf den Fall des Gelddarlehens zu beschränken sucht. Indessen kann ich darin keine eigentliche

Meinungsverschiedenheit anerkennen. Wenn auch die Ausdrücke zunächst auf das Darlehen deuten, so ist Dieses doch nur als Repräsentant der Correalsobligationen überhaupt erwähnt, und es ist durchaus nicht anzunehmen, daß z. B. ein solidarischer Kaufvertrag im Sinn dieses Gesetzes nach anderen Regeln beurtheilt werden dürfe.

Wenn mehrere Personen für Eine Schuld als Schuldner auftreten, und sich außerdem für einander wechselseitig verbürgen, so sind in Ansehung der Hauptschuld zwei Fälle möglich.

Der erste Fall besteht darin, daß sie von einer solidarischen Haftung für die Hauptschuld Nichts sagen. Dann haften sie in der That nur theilweise (l). Der zweite Fall besteht darin, daß sie für die Hauptschuld solidarisch sich verpflichten (m). Dann soll der Glaubiger den Vortheil

(l) Dieses ist die uralte Regel des Römischen Rechts, und es ist ganz irrig, wenn Manche die Sache ansehen, als solle diese Regel hier eingeführt, oder auch nur eingekürzt werden. Der ganze Fall wird uur angeführt um des Zusammenhangs Willen, und um den folgenden Fall durch den Gegensatz mehr hervor zu heben. Allerdings kann es aber auf den ersten Blick auffallen, daß dieser Fall so kurz abgefertigt, und nicht (gleich dem zweiten Fall) in seinen weiteren Folgen erörtert wird. Dieses geschieht aber ganz richtig deswegen, weil für den ersten Fall das bestehende Recht völlig ausreichte, also eine neue Bestimmung unnöthig machte. Denn wenn nun der Glaubiger Einen Schuldner theils aus der Hauptschuld, theils aus der Bürgschaft belangte, so schützte den Beklagten gegen die letzte Klage das *beneficium excussionis* aus der Novelle 4.

(m) Es ist also genau derselbe Fall, wie in der oben mitgetheilten Stelle des Papinian (§ 25. a): Mehrere Correalschuldner, und daneben wechselseitige Verbürgung derselben. Bei dem fortwährenden großen Ansehen, worin sich der Name dieses Juristen stets erhielt, zweifle ich nicht, daß der Verfasser der Novelle auf diese Stelle unmittelbar Rücksicht genommen haben werde. — Ganz unrichtig fassen manche Vertheidiger der zweiten Meinung (Note h) die Sache so auf, als ob diese mit der hier vertheidigten Meinung eigentlich zusammen falle, indem ohnehin jede Correalschuld eine wechselseitige Verbürgung enthalte, und eben so auch umgekehrt. Mag auch der äußere Erfolg beider Rechtsgeschäfte größtentheils derselbe seyn, an sich selbst sind sie durchaus verschieden.

aus diesem Vertrag genießen, also Einen aus den Schuldnern, nach freier Auswahl, auf das Ganze verklagen können. Allein nun soll der Richter (n) die übrigen, an demselben Orte anwesenden, und zugleich zahlungsfähigen, Mitschuldner vorladen, und es sollen alle diese Schuldner gemeinschaftlich den Gläubiger befriedigen, so daß sie die Antheile der Insolventen, so wie die der Abwesenden, mit übertragen (o).

Dieses neu eingeführte Verfahren hat nun folgende Wirkungen. Der Gläubiger erreicht seinen Zweck nach dem strengsten Recht, indem er durch eine einzige Klage, und mit freier Auswahl des Beklagten, volle Befriedigung erlangt; aus welchen Rassen ihm diese Befriedigung verschafft wird, kann ihm ganz gleichgültig seyn. Auf der anderen Seite erlangt der Beklagte den Vortheil, daß die Mitschuldner an der Zahlung Theil nehmen, also einen ähnlichen Vortheil, wie durch das beneficium excussionis. In sofern konnte Justinian ganz richtig sagen, dieses Gesetz sey eine Ergänzung der Novelle 4, denn diese konnte nicht unmittelbar angewendet werden, weil der Beklagte nicht als Bürge, sondern lediglich als Hauptschuldner, in Anspruch genommen war. Zugleich liegt in diesem neuen

(n) Verstehet sich wohl, wenn der Beklagte es verlangt, also nicht eigentlich von Amts wegen.

(o) Daß sie gegen diese hinterher den Regreß haben, so weit

derselbe nach allgemeinen Regeln begründet ist, verstehet sich von selbst, und brauchte nicht besonders ausgedrückt zu werden.

Gesetz eine Fortbildung des Gedankens von Papinian, jedoch nur vermitteltst der positiv eingreifenden Gesetzgebung.

Man hat gegen diese Erklärung eingewendet, die hier vorausgesetzten Schuldner hätten sich doppelt verpflichtet, als Hauptschuldner und als Bürgen, daher sey es widersinnig, das Recht des Gläubigers gegen sie schwächer anzunehmen, als wenn sie nur einfach die Correalschuld, ohne Verbürgung, übernommen hätten (p). Allein es ist so eben schon bemerkt worden, daß bei diesem Verfahren das Recht des Gläubigers um gar Nichts geschwächt wird. Unter den Mitschuldnern selbst aber etwas Besonderes eintreten zu lassen, fehlt es nicht an einem guten Grunde, indem sie eben durch die wechselseitige Verbürgung zu erkennen gegeben haben, daß sie in einer näheren, als der sonst gewöhnlichen, Verbindung zu einander stehen wollten. Für das Interesse des Gläubigers allein wäre die einfache Correalverpflichtung völlig ausreichend gewesen.

Eine wichtige Bestätigung für die Richtigkeit dieser Erklärung der Novelle liegt noch in einer uralten Autorität. Julian, dessen Auszug aus den Novellen nur um wenige Jahre neuer ist, als das hier vorliegende Gesetz, hat den Inhalt desselben genau so dargestellt, wie er hier angenommen wird (q).

(p) Bangerow S. 86.

(q) JULIANI epit. Nov. Const. 92, Cap. 348.

Soll zuletzt noch ein Urtheil über dieses Gesetz hinzu gefügt werden, so können wir gegen die Gerechtigkeit und Billigkeit desselben Nichts einwenden, indem das Recht des Gläubigers unverkümmert bleibt, unter den Mitschuldern aber kein anderer Erfolg eintritt, als der, welcher ohnehin durch den späteren Regreß herbeigeführt werden konnte. Von praktischer Wichtigkeit ist das Gesetz ganz und gar nicht, da das verwickelte Rechtsgeschäft, welches das Gesetz voraussetzt, nur sehr selten vorkommen wird. Dagegen ist es in der That von Wichtigkeit, daß man die oben widerlegten, abweichenden Erklärungen als unrichtig anerkenne und verwerfe.

§. 27.

III. Personen in der Obligation. B. Correalschuld.

Heutiges Recht.

Zum Schluß dieser Lehre ist noch Rechenschaft zu geben von der Gestalt, welche dieses Institut im heutigen gemeinen Recht, so wie in neueren Gesetzgebungen, angenommen hat.

Das Römische Grundverhältniß zwischen der getheilten Schuld als Regel, und der Correalschuld als möglicher Ausnahme, ist im heutigen Recht unverändert geblieben, und es ist auch kein Grund vorhanden, dasselbe zu ändern (§ 16. 22).

Von den Entstehungsgründen sind verschwunden: die Stipulation und der Literalcontract (§ 17).

Von den Wirkungen sind die meisten unverändert geblieben. Die Befreiung durch Litiscontestatio ist schon im Justinianischen Recht verschwunden, die Acceptilation, und zum Theil auch die Novation, fällt für uns weg (§ 18. 19).

Die unmächtigen Fälle der Correaltät sind unverändert (§ 20. 21).

Hinzugekommen sind einige neue Fälle der Anwendung.

Dahin gehören zuerst die eigentlichen Handelsgesellschaften, worin jedoch keine neuen, dem Römischen Rechte fremden, Rechtsregeln vorkommen. Jedes Mitglied der Gesellschaft ist in der Regel zugleich Institor, und verpflichtet durch seine Handlungen die übrigen solidarisch, wobei also das Römische Recht zur Anwendung kommt (a).

Zweitens gehört dahin eine andere, völlig neue und eigenthümliche Anwendung, die durch ihre Wichtigkeit und ihr häufiges Vorkommen alle anderen Fälle der Anwendung weit überwiegt. Durch die Ausstellung eines gezogenen Wechsels erhält der jedesmalige Inhaber desselben die Rechte eines Gläubigers; ihm gegenüber stehen als Correalschuldner verschiedene Personen: der Aussteller, der Acceptant, die Indossanten, die in großer, unbegrenzter Anzahl vorhanden seyn können. Wenn Einer von diesen auf die

(a) Thöl Handelsrecht § 34 fg., besonders § 38. — Vgl. oben § 21.

Wechselsumme in Anspruch genommen wird und bezahlt, so tritt er durch Uebergabe des Wechsels in die vollen Rechte des Glaubigers gegen die übrigen ein, und dieser Erfolg kann durch viele Personen gleichmäßig hindurch gehen. Dieses Rechtsverhältniß nun hat mit der Römischen Correalität die unzweifelhafte Ähnlichkeit, daß der Glaubiger eine von mehreren Personen, nach seiner freien Wahl, auf die ganze Schuld verklagen kann; dagegen unterscheidet es sich in sehr wesentlichen Stücken von der Römischen Correalität. Es kommt dabei keine Cession vor, an deren Stelle die Einlösung und Uebergabe des Wechsels tritt. Die von einem einzelnen Mitschuldner geleistete Zahlung hat daher auch nicht die Folge, daß das ganze Schuldverhältniß untergeht (so wie bei der Römischen Correalschuld), sondern sie macht nur den Zahlenden zum wahren und einzigen Glaubiger, mit allen Rechten, die der bisherige Glaubiger gehabt hat. Unter den verschiedenen Schuldnern besteht keine Societät, noch ein der Societät ähnliches Verhältniß. Von einer Ausgleichung unter ihnen kann daher nicht die Rede seyn. — Dieses ungemein wichtige Rechtsinstitut hat ein ganz selbstständiges, vereinzeltcs Daseyn. So unrichtig es wäre, die Regeln der Römischen Correalität auf dasselbe anzuwenden, eben so unrichtig würde es seyn, nach den für dasselbe geltenden Regeln, in dem wahren Correalverhältniß, so wie dieses oben dargestellt worden ist, irgend eine Umbildung versuchen zu wollen, etwa

indem man das Wechselverhältniß als ein allgemeines Bild der heutigen Auffassung des Correalverhältnisses betrachten wollte.

Es ist zuletzt noch anzugeben, wie in den wichtigsten neueren Gesetzgebungen die Lehre von den Correalverhältnissen sich gestaltet hat.

Die Preussische Gesetzgebung hat in einigen Hauptpunkten andere Wege eingeschlagen, als das gemeine Recht, zum Theil ohne die bestimmte Absicht, eine Aenderung vorzunehmen.

Für das Verhältniß mehrerer neben einander stehenden Glaubiger giebt das Landrecht folgende Bestimmung. Das Recht gegen den Schuldner soll nur von allen Gläubigern gemeinschaftlich ausgeübt werden, nach Art eines gemeinschaftlichen Eigenthums; daher soll kein einzelner Gläubiger durch seine Handlungen oder Entfagungen das Recht der übrigen schmälern können (b). Diese Vorschrift ist völlig verschieden, sowohl von der Regel, als von der Ausnahme, die das Römische Recht anerkennt, indem der Einzelne weder einen Theil der Forderung geltend machen kann (welches die Regel im Römischen Recht ausmacht), noch die ganze Forderung vertreten (nach dem exceptionellen Correalverhältniß des Römischen Rechts). — In der An-

(b) A. L. R., Th. 1 Tit. 5 § 450—453.

wendung führt diese Vorschrift zu großen Schwierigkeiten, auch enthält die Gerichtsordnung eine damit nicht übereinstimmende Vorschrift, so daß der Gerichtsgebrauch die Regel des Landrechts, wenigstens in einzelnen Anwendungen, nicht festgehalten hat (c). — Allein auch von dem Standpunkt des Landrechts die Sache ansiehend, dürfen wir unzweifelhaft behaupten, daß es den Parteien freisteht, durch Vertrag ein anderes Verhältniß festzusetzen, und zwar nicht nur eine getheilte Forderung der mehreren Glaubiger, welches am wenigsten Zweifel haben kann, sondern auch das wahre Correalverhältniß, so wie es im Römischen Recht als ganz ausgebildete, durch den Willen der Parteien zu veranlassende, Ausnahme anerkannt ist.

Ueber das Verhältniß mehrerer Schuldner (welches ohnehin häufiger und daher wichtiger ist) schließt sich das Landrecht näher an die Begriffe des Römischen Rechts an, jedoch indem es die Vorschriften jenes Rechts völlig umkehrt. In der Regel nämlich soll hier ein Correalverhältniß angenommen werden, als besonders zu bestimmende Ausnahme eine unter mehreren Schuldnern getheilte Schuld (d). Diese neue Bestimmung beruht nicht etwa darauf, daß die Verfasser des Landrechts aus praktischen Gründen eine Aenderung des gemeinen Rechts rathlich gefunden hätten,

(c) Koch Forderungen § 64, Lehrbuch § 515. 517.

(d) A. L. R., Th. 1 Tit. 5 § 424. 425.

sondern vielmehr auf einem Mißverständniß über den wahren Inhalt des Römischen Rechts (e).

Außerdem sind noch folgende untergeordnete Bestimmungen des Landrechts zu erwähnen. Wenn Einer von mehreren Correalschuldnern das Ganze gezahlt hat, so soll er in der Regel gegen die Mitschuldner einen Regreß zu gleichen Theilen haben (f). Allein an einem anderen Orte findet sich die Bestimmung, daß das Recht des Glaubigers ganz auf ihn übergehe (g). Da nun dieses Recht ein solidarisches Recht ist, so könnte man Das so auffassen, daß er nun den nächsten Mitschuldner auf das Ganze (etwa mit Abzug seines eigenen Anthells) belangen könnte, und diese Behauptung ist auch in der That versucht worden (h). — Daraus könnte der bedenkliche Satz gefolgert werden, daß, im Fall der Insolvenz einiger Mitschuldner, der zuerst zahlende Schuldner die Gefahr dieser Insolvenz von sich ab und auf irgend einen zahlungsfähigen Mitschuldner wälzen könnte, ganz gegen die Grundsätze, welche oben für das gemeine Recht aufgestellt worden sind (§ 24. p. q). Allein gerade für diese wichtigste und bedenk-

(e) Aus den in den Acten enthaltenen Aeußerungen von Suarez ist es klar, daß er glaubte, das ältere, reine Römische Recht wieder herzustellen, im Gegensatz gegen die willkürlichen neuen Bestimmungen der Novelle 99 (so wie er diese, mit vielen Anderen, auffaßte). Koch Forderungen § 61,

wo die entscheidende Stelle abgedruckt ist. Vgl. oben § 26. 1.

(f) A. L. R., Th. 1 Tit. 5 § 443—445.

(g) A. L. R., Th. 1 Tit. 16 § 492—494.

(h) Koch Forderungen § 66 S. 33, wo jene Behauptung mit guten Gründen widerlegt wird.

lichste Folge hat auch das Landrecht das Gegentheil ausgesprochen, und ausdrücklich bestimmt, daß der Nachtheil einer solchen Insolvenz von allen zahlungsfähigen Schuld-
nern zu gleichen Theilen getragen werden soll (i).

Für den Fall einer aus gemeinsam zugesügten Rechtsverletzungen entspringenden Schuld mehrerer Personen (unächte Correalität) finden sich im Landrecht ähnliche Regeln, wie im Römischen Recht, jedoch mit folgenden Modificationen. Die Theilnehmer an der zugesügten Verletzung werden Correalschuldner, aber Derjenige, welcher das Ganze zahlen muß, hat den Regreß an die übrigen. Nur im Fall einer vorsätzlichen Beschädigung soll dieser Regreß wegfallen; dagegen soll der Theil des Ersatzes, welchen der nicht in Anspruch genommene Mitschuldner zu zahlen gehabt hätte, von Diesem an die Armenkasse des Orts entrichtet werden (k).

Das Französische Gesetzbuch stimmt im Ganzen mit dem Römischen Recht überein, von welchem es nur in Nebenpunkten abweicht.

Das Correalverhältniß ist auch hier in der Regel nicht anzunehmen, sondern nur durch ausdrückliche Ueber-

(i) A. L. R., Th. 1 Tit. 5
§ 447.

(k) A. L. R., Th. 1 Tit. 6
§ 29—35.

einkunft zu begründen, sowohl für mehrere Glaubiger, als für mehrere Schuldner (l).

Die Wirkungen sind im Ganzen dieselben, wie die des Römischen Rechts, nur etwa mit folgenden Abweichungen.

Wenn Ein Mitglaubiger dem gemeinsamen Schuldner die Schuld erläßt, so wirkt dieser Erlaß für den Antheil des Erlassenden; der übrige Theil der Schuld dauert für die übrigen als solidarische Forderung fort. Dieselbe Wirkung tritt ein, wenn Ein Glaubiger dem Schuldner den Eid zuschiebt, und Dieser ihn leistet (m).

Wenn zwischen Einem von mehreren Correalschuldnern und dem Glaubiger eine Confusion eintritt, so ist dadurch die Schuld für den Antheil dieses Schuldners getilgt (n). — Der Erlaß der Schuld an Einen der Schuldner tilgt die Schuld für Alle; nur wenn der Glaubiger den Anspruch gegen die Uebrigen ausdrücklich vorbehält, wirkt der Erlaß bloß für den Antheil des Schuldners, dem der Erlaß gewährt wird (o).

(l) Code civil art. 1197. 1202. — Ausnahmen kommen vor bei dem Commodat derselben Sache an mehrere Personen (art. 1887), ferner im Ehrerecht und im Handelsrecht, worin ohnehin andere Grundsätze gelten, als die des Römischen Rechts.

(m) Code civil art. 1198. 1365.

(n) Code civil art. 1209.

(o) Code civil art. 1284. 1285. Der Erlaß wird also in der Regel behandelt wie die Römische Acceptilation, nicht wie das Römische pactum, welches doch gewiß dem heutigen Recht näher steht, als jene. — Die hinzugefügte Ausnahme ist dem Römischen Recht ganz fremd.

Das Oesterreichische Gesetzbuch schließt sich noch unbedingt, als das Französische, an das Römische Recht an.

Auch hier tritt die Correalität nach beiden Seiten in der Regel nicht ein, sie muß vielmehr ausdrücklich verabredet werden, wenn sie gelten soll. Die Wirkungen sind dann dieselben, wie im Römischen Recht (p).

Auch in Ansehung der später eintretenden Ausgleichung (§ 23. 24.) sind hier Regeln aufgestellt, welche mit dem richtig verstandenen Römischen Recht ganz übereinstimmen. Wenn Einer von mehreren Schuldnern das Ganze gezahlt hat, so kann er von jedem Mitschuldner einen Ersatz für dessen Antheil, und zwar in der Regel zu gleichen Theilen, fordern. Den Nachtheil der Insolvenz eines Mitschuldners haben die übrigen zu gleichen Theilen zu tragen. — Hat Ein Mitgläubiger das Ganze von dem gemeinsamen Schuldner empfangen, so ist er den übrigen zu einer Ausgleichung durch das Correalverhältniß an sich nicht verpflichtet; diese Verpflichtung kann also nur durch andere, daneben bestehende, Rechtsverhältnisse begründet werden (q).

(p) Oesterreichisches Gesetzbuch
§ 891—894.

(q) Oesterreichisches Gesetzbuch
§ 895. 896.

§. 28.

IV. Gegenstand der Obligation. Positive, negative Leistungen. Vorübergehende, dauernde.

Unter den vier Stücken, welche oben als Aufgaben des ersten Kapitels bezeichnet wurden (§ 1. 2), wodurch also die allgemeine Natur der Obligationen dargestellt werden sollte, ist jetzt noch das vierte zu betrachten übrig: der Gegenstand der Obligation, welchen man auch als Inhalt derselben bezeichnen kann.

Dieser Gegenstand besteht in einzelnen Handlungen einer Person, die aus der Freiheit derselben ausgescheiden, indem sie einem fremden Willen unterworfen werden: also in den Leistungen des Schuldners (§ 2).

Bei diesen Leistungen nun, als dem Gegenstand der Obligation, sind es drei Stücke, die einer genauen Untersuchung bedürfen.

A. Die Natur der Leistung selbst, worin folgende Reihe möglicher Gegensätze zu erwägen ist:

1. Positive, negative Leistungen.
2. Vorübergehende, dauernde.
3. Theilbare, untheilbare.
4. Mögliche, unmögliche.
5. Bestimmte, unbestimmte.

B. Der Ort der Leistung.

C. Die Zeit der Leistung.

1. Der erste Gegensatz in der Natur oder der Beschaffenheit der Leistungen wurde so bezeichnet, daß sie entweder positive oder negative seyn können, oder, was Dasselbe sagt, daß sie in einem Thun oder Unterlassen bestehen.

Unter diesen beiden Classen ist die erste so sehr die wichtigste und häufigste, daß dagegen die zweite als ein seltener und untergeordneter Fall erscheint. In unseren Rechtsquellen finden sich folgende Anwendungen dieser zweiten Classe, wodurch der Begriff selbst anschaulicher werden wird. Es kann Jemand versprechen, daß er (und seine Erben) den Andern nicht hindern wolle, eine Sache zu besitzen, oder auch über des Versprechenden Grundstück zu gehen und zu fahren (a). Darin liegt nicht bloß die Enthaltung von thätlichen Störungen eines unzweifelhaften Rechts, sondern auch die Unterlassung rechtlicher Ansprüche, so daß eine solche Obligation manche ähnliche (nur schwächere) Folgen haben wird, wie die Uebertragung des Eigenthums, oder die Errichtung einer Servitut, so daß sie in diesem letzten Fall mit Vortheil da angewendet

(a) *L. 75 § 5, L. 83 pr., L. 85 § 3 de V. O. (45. 1)*. Eben so: *dolum abesse, oder amplius non agi L. 4 pr. § 1 eod.*

werden kann, wo ein juristisches Hinderniß der Errichtung einer wahren Servitut im Wege steht. — Ein anderer Fall bezieht sich auf die Fischerei an der Seeküste. Zu diesem Fischfang ist eigentlich jeder Mensch berechtigt, insbesondere also auch Jeder, der als Eigenthümer von Küstenland die Gelegenheit hat, nach Gutdünken die See zu erreichen und zu benutzen. Wenn nun ein solcher Eigenthümer zum Vortheil seines Nachbarn die Verpflichtung übernimmt, sich des Fischfangs zu enthalten, damit der Nachbar, durch Beseitigung dieser Concurrnz, mehr Fische fangen könne, so entsteht aus diesem Vertrag für den Versprechenden und dessen Erben eine auf bloße Unterlassung gerichtete Obligation (b). — Ein ähnliches Verhältniß tritt ein, wenn ein Gewerbetreibender, der die Concurrnz eines Andern an demselben Orte fürchtet, von diesem das Versprechen empfängt, das Gewerbe hier niemals treiben zu wollen.

Die positive Leistung, als Gegenstand einer Obligation, kommt in zwei Richtungen vor, als Geben oder Thun im engeren Sinne.

(b) *L. 13 pr. comm. praed.* (S. 4). In dieser lehrreichen Stelle wird bemerkt, als Obligation sey diese übernommene Verpflichtung wohl möglich, als Servitut, die jeden künftigen fremden Eigenthümer binden würde, sey sie nicht möglich, weil das dadurch beschränkte Recht auf den Fischfang kein Ausfluß des Grundeigenthums

sey, sondern ein gemeinsames Recht aller Menschen auf das Meer als *res communis*. § 1. *J. de rer. div.* (2. 1). — Unter die negativen Obligationen gehören auch die deutschen Bannrechte, deren in anderer Beziehung eigenthümliche Natur schon oben erwähnt worden ist (§ 15).

Unter dem Geben verstehen wir diejenigen Leistungen, welche auf eine Veränderung in dem Gebiete des Sachenrechts abzielen, indem dadurch dem Gläubiger Eigentum, oder irgend ein anderes dingliches Recht, oder auch nur der vorübergehende Gebrauch einer Sache, die bloße Ausübung eines dinglichen Rechts, verschafft werden soll. Der Ausdruck wird also bald in einem weiteren, bald in einem engeren Sinne gebraucht. Selbst auf solche Handlungen wird er bezogen, die nicht mit dem Sachenrecht in Verbindung stehen, sondern nur überhaupt das Vermögen des Andern erweitern sollen, indem sie ihm eine Schuldforderung (etwa durch Cession) verschaffen, oder auch die Befreiung von einer Schuld, die ja gleichfalls als Erweiterung des Vermögens anzusehen ist.

Das Thun umfaßt hiernach alle Handlungen, die, nach der eben gegebenen Erklärung, nicht unter das Geben fallen. Die wichtigsten unter diesen Handlungen sind die, welche mit dem gemeinsamen Namen der Arbeit bezeichnet werden, deren Wesen in der Anstrengung von (geistigen oder körperlichen) Kräften besteht. Und auch die Arbeit, als Gegenstand der Obligation, zweckt wieder meist auf den Erwerb oder die Verarbeitung von Sachen ab (c), während allerdings auch Arbeit vorkommt, die eine mehr persönliche Natur hat, wie das Geschäft der Dienstboten.

(c) Ein besonders wichtiger Fall ist der, da die Arbeit darauf gerichtet ist, eine bestimmte Sache hervor zu bringen (opus facere), z. B. ein Haus oder ein anderes Bauwerk anzufertigen. Ueber die besondere Natur dieser Leistungen vgl. unten § 32.

— Sehr vieles Thun aber, das den Gegenstand von Obligationen bildet, kann durchaus nicht als Arbeit angesehen werden; dahin gehören insbesondere die mannichfaltigen und wichtigen Handlungen, wodurch Rechtsgeschäfte vorgenommen werden, und die selbst wieder Gegenstände von Obligationen seyn können. Wenn z. B. Einer verspricht, für einen Anderen Bürgschaft zu leisten, so besteht das Wesen der versprochenen Handlung nicht in der unbedeutenden Kraftäußerung, die zur (mündlichen oder schriftlichen) Uebernahme der Bürgschaft gehört, sondern vielmehr in dem einzugehenden Rechtsgeschäft, welches auf der einen Seite mit Gefahr, auf der anderen Seite mit dem Vortheil des verschafften Credits, verbunden ist.

Zu erwähnen ist dabei der Zusammenhang der hier aufgestellten Begriffe mit den Römischen Kunstausdrücken. Im Allgemeinen entspricht dem Geben und Thun das Römische *dare* und *facere* (d). — *Dare* insbesondere heißt oft ausschließend das unmittelbare Verschaffen des Eigenthums oder einer Servitut nach strengem Civilrecht (*ex jure quiritium*); in dieser Bedeutung wurde der Ausdruck gebraucht in den Stipulationen und in den Klagformeln, anstatt daß außerdem diesem Ausdruck dieselbe umfassende

(d) *L. 2 pr. de V. O.* (45. 1) „Stipulationum autem quaedam in *dando*, quaedam in *faciendo* consistunt.“ Es versteht sich von selbst, daß die Leistung auch aus beiden Stücken gemischt seyn kann. *L. 82 de cond.* (35.

1), *L. 13 C. de contr. stip.* (8. 38). — Derselbe Gegensatz wird auch so ausgedrückt: „Non solum *res* in stipulatum deduci possunt, sed etiam *facta*.“ § 7 *J. de verb. obl.* (3. 15).

Bedeutung gegeben wurde, wie sie so eben von dem Deutschen Ausdruck: Geben erklärt worden ist (e).

Die Zusammenstellung von dare und facere kommt außerordentlich häufig vor in den alten Klageformeln, und zwar sowohl in den strengen Klagen (den *Conditionen*), als in den freien, jedoch nur bei *Civilklagen*, nicht bei *prätorischen*. Hier wird zuweilen daneben noch ein Drittes erwähnt, das *praestare*, so daß es dann vollständig heißt: dare, facere, praestare, nicht als ob diese drei Stücke jemals in einer einzelnen Klageformel neben einander gestanden hätten, welches nicht der Fall war, sondern so, daß in dieser allgemeinen Aufzählung das *praestare* auf die alten *Delictsklagen* hindeutet, in deren Formeln das *dare facere* nicht vorkam (f). Einmal kommt diese Zusammenstellung auch bei einer Erklärung der Obligationen vor (g), welches

(e) Savigny System B. 5. Beilage XIV. Num. V. Note i. Göschel Grundriß zu Pandecten-Vorlesungen § 383. Beweise für die strenge Bedeutung von dare: GAIUS IV § 4, L. 75 § 10 *de V. O.* (45. 1), L. 167 *pr. de R. J.* (50. 17); für die freie Bedeutung: L. 3 *pr. de usufr.* (7. 1). — Eben so hat also auch das dem dare entgegengesetzte *facere* bald eine weitere, bald eine engere Bedeutung.

(f) Savigny System B. 5. Beilage XIV. Num. XXV—XXIX. Buchta Vorlesungen § 219.

(g) L. 3 *pr. de O. et A.* (44. 7) „*Obligationum substantia . . in eo consistit . . ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.*“ Vgl. Savigny a. a. D., § 602. — Unrichtig beziehen Manche das *praestandum* auf die aus dare und *facere* gemischten Leistungen (Note d); in diesen liegt ja keine besondere, den beiden anderen entgegengesetzte, Klasse.

jedoch nur aus den auf die Klagformeln bezüglichen Stellen herüber genommen ist, und wobei man sich vor der Annahme zu hüten hat, als sollten damit in der That drei verschiedene Classen von Leistungen ausgedrückt werden.

Es muß aber auch vor der nicht seltenen Auffassung gewarnt werden, nach welcher die Ausdrücke *dare* und *facere* einen scharfen, fest bestimmten Gegensatz bilden sollen, so daß an jeden dieser beiden Begriffe eigenthümliche, von einander verschiedene, Rechtsregeln geknüpft werden könnten. Dieses ist mit der so eben erwähnten Biegsamkeit jener beiden Ausdrücke unvereinbar. Auch spricht gegen jene Auffassung der Umstand, daß in den Römischen Klagformeln zwar das bloße *dare oportet* vorkommt, mit der bestimmten Beziehung auf Römisches Eigenthum und Servituten, dagegen niemals ein bloßes *facere*, sondern stets *dare facere oportet*, indem in allen übrigen Fällen das *dare* mit dem *facere* vermischt erscheint, und einer weiteren Unterscheidung weder empfänglich noch bedürftig ist. — Selbst wenn man von der bereits erwähnten Biegsamkeit jener beiden Ausdrücke absieht, und *dare* in seiner strengsten Bedeutung auffaßt, so ist doch unter dem entgegengesetzten *facere* so Vieles und Ungleichartiges enthalten, daß sich an diesen vagen, bloß negativen, Begriff unmöglich irgend eine erhebliche Rechtsregel anknüpfen läßt (h).

(h) *Facere* bezeichnet jede Leistung gedacht werden kann, wohin Thätigkeit überhaupt, die als Leistung auch unter andern auch das

2. Ein zweiter Gegensatz in der Natur der Leistungen besteht darin, daß sie entweder vorübergehende oder dauernde sind.

Unter den vorübergehenden Leistungen sind hier solche zu verstehen, die nur ein augenblickliches Daseyn haben, oder die als keinen Zeitraum erfüllend gedacht werden, indem die auch für sie allerdings erforderliche geringe Zeit nicht in Betracht kommt, und als gleichgültig erscheint. Zu diesen, im Verkehr besonders wichtigen und häufigen, Handlungen gehört die Uebergabe von Geld (Zahlung) und anderen Sachen.

Das Eigenthümliche dieser Classe von Obligationen besteht darin, daß ihre Erfüllung stets zusammen fällt mit der Auflösung oder Vernichtung der Obligation.

Die dauernden Leistungen verbreiten sich stets über einen ganzen Zeitraum, so daß diese Zeiterfüllung zu ihrem Wesen gehört.

Der erwähnte Zeitraum kann ferner begrenzt oder unbegrenzt seyn. Jene können begrenzt werden durch ein voraus

dare gehört, d. h. das unmittelbare Verschaffen des Eigenthums oder einer Servitut ex jure quiritium. *L. 218 de V. S.* (50. 16. Papin.) „*Verbum facere omnem omnino faciendi causam complectitur, dandi, solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi*“ (also juristische und nichtjuristische Thätigkeiten). Wenn nun in vielen Fällen, besonders in

den Klagformeln, *dare facere* als verschieden und entgegengesetzt zusammengestellt wird, so ist der unverkennbare Sinn dieser: „*dare*, oder irgend eine andere Art von Thätigkeit.“ In diesem völlig negativen *facere* kann man doch unmöglich einen bestimmten Rechtsbegriff, als mögliches Substrat einer Rechtsregel, erkennen.“

bestimmtes Zeitmaß (Monat, Jahr u. s. w.), oder aber durch ein zufälliges, willkürliches Ereigniß (z. B. Kündigung). Im ersten Fall ist die Dauer und das Ende gewiß, im zweiten Fall ungewiß.

Ist der Zeitraum unbegrenzt, so ist die Obligation immerwährend, oder von ewiger Dauer. Dahin gehören oft die oben erklärten negativen Obligationen, die jedoch meist in der Natur der Verhältnisse selbst ein nicht sehr entferntes Ende finden werden. Ferner können dahin gerechnet werden die dem deutschen Recht angehörenden Reallasten und Bannrechte (§ 15).

§. 29.

IV. Gegenstand der Obligation. Theilbare, untheilbare Leistungen.

Wichtigste Stellen aus den Rechtsquellen:

L. 2. 3. 4. 72. 85 *de V. O.* (45. 1).

Schriftsteller:

Sc. GENTILIS *de dividuis et individuis obligationibus*,
Opp. T. 1 p. 89—174.

Rubo Erklärung von L. 2. 3. 4. 85 *de V. O.* Berlin
1822. 8.

Ribbentrop (1831) § 21—24.

SCHURL Comm. ad L. 2. 3. 4. 72. 85 de V. O. Erlangae 1835.

Bangerow S. 7—17 und § 340. Anm. 2. b.

3. Ein dritter Gegensatz in der Natur der Leistungen besteht darin, daß sie entweder theilbar oder untheilbar sind, welche Bezeichnung eben so auch auf die Obligation selbst bezogen zu werden pflegt. Dieser Gegensatz bedarf einer ausführlichen Herleitung und Begründung.

Das Verhältniß des Ganzen zu seinen Theilen kommt in sehr verschiedenen juristischen Beziehungen vor, und nimmt in denselben mannichfaltige Gestalten an. Die Vermischung jener Beziehungen, so wie der oft schwankende Sprachgebrauch, hat unter unsern Schriftstellern mancherlei Verwirrungen hervorgebracht.

Zwar ist an der gegenwärtigen Stelle eigentlich nur die Anwendung jenes Verhältnisses auf die Obligationen darzustellen. Diese Anwendung aber kann nur dadurch klar gemacht werden, daß das Verhältniß in seiner Gesamtheit zur Anschauung gebracht wird.

Indem wir nun von irgend einer Einheit, als Grundlage unsers Verfahrens, ausgehen, können wir dieselbe zunächst als Ganzes auffassen, welches wir, herabsteigend, in

seine Theile zerlegen; wir können aber auch jene Einheit selbst wieder als Theil auffassen, welchen wir, aufsteigend, mit anderen Einheiten verbinden, um daraus ein neues, größeres Ganzes zu bilden.

Beide Verwandlungen ferner können wir anwenden bald auf Sachen, bald auf Rechte.

Indem wir davon sprechen, daß Sachen in Theile zerlegt, oder zu einem größeren Ganzen zusammengesetzt werden sollen, denken wir unter der Sache, die wir als Einheit zum Grunde legen, ein räumlich begränktes Stück der unfreien Natur, das als solcher Gegenstand des Eigenthums seyn kann, insofern nicht eine besondere Rechtsvorschrift die Möglichkeit des Eigenthums an demselben ausschließt (a).

Fragen wir nun nach der Möglichkeit der Theilung einer Sache, oder nach ihrer Theilbarkeit, so müssen wir zunächst anerkennen, daß im natürlichen Sinn alle Sachen überhaupt einer Zerlegung in Stücke empfänglich, also theilbar sind. Wenn wir daher dennoch theilbare und untheilbare Sachen unterscheiden, so wird Dieses nur geschehen mit Rücksicht auf Rechtsverhältnisse, deren Gegenstand eine Sache seyn kann, so wie auf die Art der Begrenzung, wodurch die einzelne Sache zu einer besonderen

(a) Savigny System B. 1. S. 338.

Einheit, verschieden von anderen Sachen, wird. Hierin aber müssen vor Allem unbewegliche Sachen (Grundstücke) und bewegliche Sachen unterschieden werden.

Grundstücke, als Bestandtheile der gesammten, in sich zusammenhängenden, Erdoberfläche, können nur durch menschliche Willkür als besondere Einheiten begränzt werden, welche Begränzung bald durch Rechtsverhältnisse, bald durch die Art der Pflege und Benutzung, bestimmt wird. Daß wir ein Stück Land als Einen Acker, Eine Wiese, Ein Landgut bezeichnen und behandeln, beruht daher lediglich auf einer Begränzung aus Willkür. Diese Willkür aber ist ihrer Natur nach stets fortwirkend und veränderlich, und daraus folgt von selbst die Möglichkeit, innerhalb der einmal angenommenen Gränzen, neue engere Gränzen zu ziehen, worauf die unbeschränkte Theilbarkeit des Bodens beruht. Die durch dieses Verfahren entstehenden Theile sind unter sich und mit dem früheren Ganzen gleichartig (b).

Nur der Boden, auf welchem ein Gebäude ruht, ist nicht theilbar. Zwar ist, dem Rechtsbegriff nach, das Gebäude nur Stück des Bodens, so daß es stets in demselben Eigenthum steht und stehen muß, wie der Boden. Allein der so gestaltete Boden bildet nunmehr ein selbstständiges

(b) Zwar können die einzelnen ihre Gleichartigkeit als Grundstücke überhaupt nicht ausgeschieden seyn, dadurch wird aber geschlossen.

Ganzes (ein Kunstganzes), dessen Zerlegung den Begriff dieses Ganzen aufheben würde (c).

Auders, als mit den Grundstücken, verhält es sich mit den beweglichen Sachen, indem diese in räumlicher Begrenzung als Einheiten erscheinen, unabhängig von fortwirkender menschlicher Willkür. Jede solche Einheit bildet ein selbstständiges Ganzes (d), bald ein Naturganzes (wie lebende Thiere), bald ein Kunstganzes (wie Hausgeräthe und Kunstwerke).

Diese Einheiten nun sind zwar an sich stets theilbar, im juristischen Sinn aber nemten wirt sie untheilbar und behandeln sie als solche in zwei an sich verschiedenen Fällen (e). Erstlich, wenn durch die Zerlegung der Begriff

(c) Durch den Abbruch eines Gebäudes entstehen Baumaterialien, also bewegliche Sachen, die unter sich und mit dem Ganzen ungleichartig sind. Die Zertheilung eines Hauses in mehrere Häuser ist nur sehr zufällig möglich, und nur durch wesentliche Umwandlung, also durch ein Verfahren ganz anderer Art, als die bloße Ziehung neuer Grenzen in Aedern oder Wiesen. Vgl. über diesen Fall *L. 6 § 1 comm. praed.* (8. 3). — Der durchgreifende Unterschied zwischen Gebäuden und anderen Grundstücken liegt darin, daß in diesen letzten die meßbare Bodenfläche das Ueberwiegende ist (worauf auch einzelne Gebäude vorkommen können), bei den selbstständigen Ge-

bäuden aber diese besondere, dem Boden durch Kunst gegebene Gestalt.

(d) *L. 23 § 5 de rei vind.* (6. 1).

(e) Sehr bestimmt werden diese beiden Fälle unterschieden in *L. 26 § 2 de leg. 1* (30 un.) „*sin autem vel naturaliter indivisibiles sint, vel sine damno divisio earum fieri non potest, aestimatio . . . praestanda est.*“ Auf den ersten Fall geht *L. 35 § 3 de rei vind.* (6. 1) „*quae sine interitu dividi non possunt.*“ — Der Fall der Werths-Vermin- derung durch Zerlegung ist im Text nur erwähnt worden bei den Sachen, wobei sie allgemein, nach der Natur der Sachen selbst, ein-

des Ganzen aufgehoben wird, indem die Stücke unter sich und mit dem Ganzen ungleichartig sind, wie bei lebenden Thieren, Hausgeräthen, Kunstwerken. — Zweitens, wenn durch die Zerlegung zwar gleichartige Theile entstehen, jedoch mit Verminderung des Werths und der Brauchbarkeit im Ganzen. Dahin gehören Edelsteine, Spiegel, Spiegelglas, Bretter (bei deren fortgesetzter Zerstückelung nur noch der unbedeutende Werth des Brennstoffs übrig bleibt) u. s. w. — Hiernach bleiben übrig als völlig theilbare bewegliche Sachen nur diejenigen, durch deren Zerlegung weder der Begriff des Ganzen aufgehoben, noch der Gesamtwertb vermindert wird. Dahin gehören Klumpen von rohem Metall, unverarbeitete Zeuge zu Kleidungsstücken u. s. w.

Aus dieser Betrachtung ergibt sich, daß die Theilung der unbeweglichen und der beweglichen Sachen eine wesentlich verschiedene Natur hat. Jene geschieht durch bloße Veränderung der Gränzen, welche in der Sache selbst keine sichtbaren Wirkungen hervorbringt. Diese geschieht durch körperliche Zerstörung der bis dahin bestehenden Cohäsion, wodurch die sichtbare Gestalt der Sache verändert wird.

Was nun ferner die Zusammensetzung einzelner Sachen

tritt; sie kann aber auch eben so eintreten wegen der besonderen Verhältnisse einer einzelnen Sache, namentlich bei einem Landgut, dessen Zerlegung nicht selten eine Verminderung des Gesamtwertes herbei führen wird.

zu einem neuen Ganzen betrifft, so zeigt sich auch darin eine Verschiedenheit zwischen den unbeweglichen und beweglichen Sachen. — Bei den Grundstücken geschieht die Zusammenlegung mehrerer Aecker oder Wiesen, so wie die eines ganzen Landgutes, durch dasselbe Verfahren, welches oben bei der Zertheilung bemerkt worden ist, nämlich durch die bloße Ziehung neuer Gränzen. Bei den beweglichen Sachen besteht das neue, künstliche Ganze (die universitas) nur in der gemeinsamen Bezeichnung und Benutzung, ohne irgend eine sichtbare Veränderung der einzelnen in diesem Ganzen enthaltenen Sachen. So geschieht es bei einer Bibliothek, einer Viehheerde, dem Inventarium eines Landgutes u. s. w.

Beide Arten der Verwandlung (Theilung und Zusammensetzung) kommen besonders häufig vor bei Quantitäten. Das Wesen derselben besteht darin, daß Zahl, Maß oder Gewicht allein entscheidet, indem der besondere Werth und die Eigenthümlichkeit der ursprünglichen Einheit verschwindet (f). Die ursprüngliche Einheit ist hier das einzelne Thalerstück (Kunstganzes), das einzelne Weizenkorn (Naturganzes), beide untheilbar, da durch die Zerlegung ungleichartige Theile entstehen. Jene Einheiten aber werden in größeren Massen zusammengesetzt, die dann oft indivi-

(f) Savigny System B. 6 § 268.

dualisirt werden (g), und deren Theilung durch Zahl, Maß oder Gewicht eben so willkürlich, und eben so leicht und sicher bewirkt wird, wie die der Grundstücke. — Bei flüssigen Körpern giebt es selbst gar keine ursprüngliche Einheit, sondern es wird eine solche erst künstlich erzeugt, indem sie in festen Körpern zusammen gefaßt werden.

§. 30.

IV. Gegenstand der Obligation. Theilbare, untheilbare Leistungen (Fortsetzung).

Es ist nun ferner zu erwägen die Theilung und Zusammensetzung der Rechte, welche eine etwas andere Bedeutung hat, als die der Sachen.

Nicht bei allen Classen von Rechten kann davon die Rede seyn, namentlich nicht bei denen, die zum Gebiet des Familienrechts gehören (a). Diese Verwandlungen also sind beschränkt auf das Gebiet des Vermögensrechts, in welchem sie mit wenigen Ausnahmen Anwendung finden; jedoch mit etwas verschiedener Bedeutung im Sachenrecht und im Obligationenrecht. Im Sachenrecht bildet das

(g) So z. B. wenn Rollen ober Kassenbeutel von 50, 100, 500 Thalerstücken durch Siegel und Aufschrift bezeichnet werden; eben so auch Säcke mit Weizen.

(a) Allerdings kommen in derselben Vormundschaft mehrere Mitvormünder vor, aber diese sind, ihrer Stellung nach, nicht mit Miteigenthümern zu vergleichen,

Eigenthum, wie überhaupt, so auch hierin, die Grundlage, an welche sich die übrigen Institute mehr oder weniger anschließen.

I. Eigenthum.

Wir müssen hierbei ausgehen von dem Begriff der Gemeinschaft, das heißt, eines Eigenthums, welches gleichzeitig mehrere Personen an einer und derselben Sache haben. Ein solches Verhältniß nennen wir Miteigenthum, Römisch *communio* (b).

Ein solches Miteigenthum kann auf verschiedene Weise entstehen; bald bei der ursprünglichen Erwerbung einer Sache, indem mehrere Personen dieselbe gemeinschaftlich durch Tradition oder durch Beerbung an sich bringen; bald dadurch, daß der einzige Eigenthümer einer Sache Andere als Miteigenthümer aufnimmt.

Die Rechte der einzelnen Miteigenthümer gegen einander sind in der Lehre vom Eigenthum zu bestimmen. Zunächst folgt aus dem Begriff des Eigenthums, als einer ausschließenden und unbeschränkten Herrschaft über die Sache, daß nicht etwa Jedem das ganze Eigenthum an der Sache (in solidum) zugeschrieben werden kann (c).

sondern vielmehr mit den Mitgliedern einer öffentlichen Behörde, da auch sie ein Amt führen.

(b) Neuere Schriftsteller brauchen wohl die nicht Römischen Ausdrücke *condominus* und *condominium*.

(c) *L. 5 § 15 commod.* (13. 6) „*Et ait, duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse*“ . . . *L. 5 de stip. serv.* (45. 3), f. u. Note e. Vgl. Savigny System B. 1 § 56.

Ferner ist zu bemerken, daß die Rechte der Einzelnen nothwendig von gleicher Art (Qualität) seyn müssen (d), während sie bald von gleicher, bald von ungleicher Größe (Quantität) seyn können. Die Rechte der einzelnen Miteigenthümer werden daher als Theile des Eigenthums an dieser Sache aufgefaßt, und zwar als ideelle oder intellectuelle (e) Theile, als Rechnungstheile oder Quoten; der Umfang derselben wird stets durch ein Zahlenverhältniß oder einen Bruchtheil des ganzen Eigenthums dieser Sache ausgedrückt.

Das hier dargestellte Miteigenthum ist möglich an Sachen aller Art, an unbeweglichen und an beweglichen, an theilbaren und untheilbaren. Es ist ferner gleich anwendbar auf das alte Eigenthum *ex jure quiritium*, wie auf das *in bonis*, und eben so auf die dem wahren Eigenthum nachgebildete Fiction des Eigenthums, die *bonae*

(d) Vom Mittelalter her ist häufig die Ansicht geltend gemacht worden, es könne das Eigenthum derselben Sache, auch mit ungleichartigen Rechten, Mehreren zugleich angehören. Man nannte Das ein *dominium divisum*, und dessen ungleichartige Stücke *dominium directum* und *utile*, welche Begriffe vorzugsweise angewendet wurden auf die *Emphyteuse*, die *Superficies* und das Lehen. Dem Römischen Recht ist diese Auf-

fassung und Ausdrucksweise fremd; dasselbe kennt nur Eigenthum und *jura in re*, unter welche letzte Classe von Rechten auch die *Emphyteuse* und die *Superficies* gehören.

(e) Dieser Ausdruck kommt vor in *L. 5 de stip. serv.* (45. 3) „*Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore.*“

fidei possessio (f). Daher muß das Eigenthum für ein ohne Einschränkung theilbares Recht gehalten werden.

Die Gemeinschaft des Eigenthums kann auf verschiedene Weise aufgehoben werden. Es kann geschehen dadurch, daß Ein Miteigenthümer die Theile der Uebrigen durch deren freie Handlung oder durch Erbschaft erwirbt, oder daß Alle ihre Theile an einen Fremden veräußern, indem in beiden Fällen die bis dahin getrennten Theile wieder in Einer Hand vereinigt werden. Es kann aber auch in ganz anderer Weise geschehen durch Realtheilung, das heißt, durch Zerlegung der Sache, die den Gegenstand des Eigenthums bildet, in Sach=Theile (§ 29), die dann gegen einander ausgetauscht werden, durch welche Handlung die bisherige Gemeinschaft gleichfalls verschwindet. Diese Realtheilung ist, ihrer Natur nach, nur in den Fällen möglich, in welchen der Gegenstand des Eigenthums eine theilbare Sache ist (§ 29). • Sie wird am häufigsten erwähnt, und ist am leichtesten ausführbar, bei Grundstücken (*fundus regionibus divisus*). — Darauf, daß in irgend einer Weise die Gemeinschaft aufgehoben werde, hat jeder einzelne Miteigenthümer, auch gegen den Widerspruch der übrigen, ein unbedingtes Recht (g); die Art der Aufhebung ist, in Ermangelung einer freien Einigung, durch den Richter zu bestimmen.

(f) L. 12 § 6, L. 7 § 8. 9
de public. (6. 2).

(g) L. 8 *pr. comm. div.* (10. 3), L. 5 C. *eod.* (3. 37).

Zur Verhütung von Verwirrungen der Begriffe ist nun noch besonders darauf aufmerksam zu machen, in welchen verschiedenen Bedeutungen die Ausdrücke: Theil, Theilung und Theilbarkeit gebraucht werden. Was diese Ausdrücke bedeuten in Anwendung auf Sachen, ist schon oben (§ 29) angegeben worden. In Anwendung auf die Gemeinschaft im Eigenthum heißt Theil die einem jeden einzelnen Miteigenthümer angehörende Quote. Theilung heißt hier die Verwandlung des einem Einzelnen zustehenden Eigenthums in eine Gemeinschaft, es mag dieselbe durch freie Handlungen entstehen, oder in Folge einer allgemeinen Rechtsregel, namentlich durch Beerbung. Theilbar in diesem Sinn ist jedes Eigenthum ohne Ausnahme. Realtheilung ist eine Art der Aufhebung einer Gemeinschaft (h), also Vernichtung der bisherigen Theile (Quoten) in dem so eben erklärten Sinn; sie wird bewirkt durch Zerlegung der Sache (vorausgesetzt, daß sie theilbar ist) in Sachtheile, und Austausch der an diesen Sachtheilen bisher haftenden Quoten des Eigenthums.

Ueber die Römischen Kunstausdrücke ist Folgendes zu bemerken. *Partes indivisae* oder *pro indiviso* heißen die Quoten in einer bestehenden Gemeinschaft (*communio pro indiviso, res communis pro indiviso*) (Note e). *Partes pro diviso* oder *divisae* (oft mit dem Zusatz *regionibus*)

(h) *L. 1 pr. fam. herc.* (10. *L. 1 comm. div.* (10. 3) „ad 2) „a communiōne *decedere.*“ *communium rerum divisionem.*“

heißen die Sachtheile, deren Ausschcheidung dazu dient, die Gemeinschaft, also die *partes indivisae*, zu zerstören (Note h).

Streng genommen also, sollte nur von *communio und res communis pro indiviso* die Rede seyn; doch wird dieser Sprachgebrauch nicht ganz streng beobachtet, indem hin und wieder auch von einer *res communis pro diviso* gesprochen wird, mit Rücksicht auf die vor der Theilung bestehende Gemeinschaft (i). Dieser schwankende Sprachgebrauch ist an sich wenig erheblich, wenn nur dabei der wesentliche Unterschied festgehalten wird, daß die wahre *communio* in einem fortdauernden, wichtigen Rechtsverhältniß der Einzelnen zu einander besteht, anstatt daß bei der uneigentlich sogenannten *communio* kein anderes Rechtsverhältniß vorhanden ist, als das, welches zwischen allen Gränznachbarn besteht. — Ein solcher Zustand, worauf sich die erwähnte falsche Bezeichnung bezieht, ist übrigens nur möglich bei Grundstücken, deren willkürliche Begränzung den Schein des früheren Zustandes fortbauern läßt. Bei beweglichen Sachen können nur ideelle Theile vorkommen, indem die Realtheilung jeden Schein des früheren Zusammenhangs völlig aufhebt (k).

(i) L. 5 §. 16 *de reb. eor.* (27. 9) „*Communia praedia . . . si pro diviso communia sint.*“ L. 43 *pr. de pass.* (41. 2). L. 29 *de adqu. rer. dom.* (41. 1). In dieser letzten Stelle

bezieht sich der Ausdruck auf die natürliche Einheit der zu einer Insel gehörenden Grundstücke.

(k) L. 5 §. 15 *commod.* (13. 6), L. 23 §. 5 *de rei vind.* (6.1). Eben so, wie bei beweglichen Sa-

Der alte Jurist *Q. Mucius* wollte sogar den Ausdruck *pars* im Allgemeinen beschränkt wissen auf intellectuelle Theile, indem jedes aus einer Realtheilung hervorgehende Stück nicht mehr *pars*, sondern *totum* genannt werden müsse. *Servius* dagegen vertheidigte den Sprachgebrauch von *partes divisae* und *indivisae*, und dieser hat augenscheinlich bei den späteren Schriftstellern allgemeine Anerkennung gefunden (l).

Was hier von der leichten und mannichfaltigen Anwendung der intellectuellen Theile, so wie der Realtheilung, auf Grundstücke gesagt worden ist, gilt eben so, und selbst noch in größerem Maße, bei Quantitäten. Bei diesen ist es sogar völlig gleichgültig, ob wir die intellectuellen Theile auf die einzelnen Geldstücke und Weizenkörner, oder aber auf die Masse derselben als ein Ganzes, beziehen wollen (m).

II. Besitz.

Das Wesen des Besitzes besteht in der Ausübung des Eigenthums, und daher ist, in der juristischen Lehre vom Theile, auf den Besitz alles Dasjenige anwendbar, welches so eben bei dem Eigenthum ausgeführt worden ist (n).

den, ist auch an einem Gebäude nur ein Eigenthum Mehrerer nach ideellen Theilen möglich. Vgl. oben § 29. c.

(l) *L. 25 § 1 de V. S.* (50. 16).

(m) *L. 94 § 1 de solut.* (46. 3), *L. 29 eod.*

(n) *Savigny* Recht des Besitzes § 22.

Eine *communio pro indiviso* (pro partibus indivisis) ist möglich bei Sachen aller Art, bei unbeweglichen und beweglichen, bei theilbaren und untheilbaren.

Dagegen ist ein Besitz Mehrerer pro partibus divisis nur an Grundstücken möglich, nicht an beweglichen Sachen (o); und auch an Grundstücken noch mit Ausnahme der Gebäude (Note k).

Alle hier aufgestellte Sätze aber sind gleich anwendbar auf den juristischen und auf den blos natürlichen Besitz, insbesondere also auf den Besitz des Miethers, des Pächters und des Fructuars.

III. Emphyteuse. Von ihr gilt ganz Dasselbe, wie von dem Eigenthum eines Landgutes, so wie

IV. bei der Superficies Dasselbe, wie von dem Eigenthum eines Gebäudes.

V. Nießbrauch.

Auf denselben ist alles Dasjenige anzuwenden, welches oben in Beziehung auf das Eigenthum dargestellt worden ist, also insbesondere die unbeschränkte Theilbarkeit zu intellectuellen Theilen an Sachen aller Art (p). Der Grund liegt darin, daß der überwiegende Theil des Nießbrauchs, und der eigentliche Charakter desselben, in dem Anspruch auf das Eigenthum der Früchte der Sache enthalten ist.

(o) *L. 8 de rei vmd.* (6. 1). *L. 19 de usu* (7. 8), *L. 13 § 1*

(p) *L. 5 de usufr.* (7. 1), *de accept.* (46. 4).

VI. Prädialservituten.

Sie sind völlig untheilbar, so daß an denselben weder intellectuelle Theile, noch Realtheilungen vorkommen können.

Dieser wichtige Satz wird vorzugsweise und am häufigsten bei den Wegeservituten erwähnt, er ist aber auch wahr bei den Wasserleitungen und den übrigen Servituten dieser Classe (q).

Das eigentliche Subject einer solchen Servitut ist nicht eine Person, sondern ein Grundstück, das heißt, der jedesmalige Eigenthümer dieses Grundstücks als solcher. Wenn nun mehrere Miteigenthümer desselben (nach intellectuellen Theilen) vorhanden sind, so möchte man geneigt seyn, Jedem derselben einen gleichnamigen Theil auch an der Servitut zuzuschreiben. So ist es aber nicht, sondern Jeder hat Diese ganz und ungetheilt. Denn da es unmöglich ist, über einen Weg theilweise (z. B. halb) zu gehen oder zu fahren, so muß jeder Miteigenthümer die Servitut ganz ausüben können, gerade so, als ob er der einzige Eigenthümer wäre.

(q) *L. 2 § 1, L. 72 pr. de V. O. comm. div. (10. 3), L. 31 § 7 de neg. gest. (3. 5).* — In welchem eigenthümlichen Sinn dennoch bei der Wasserleitung eine Theilung vorkommt, kann nur in der Lehre von den Servituten klar gemacht werden. *L. 25 de S. P. R. (8. 3), L. 5 pr. de aqua quot. (46. 20), L. 19 § 4*

comm. div. (10. 3), L. 31 § 7 de neg. gest. (3. 5). — In Anwendung auf die Wegeservituten erscheint das ganze Rechtsverhältniß am einfachsten und reinsten, und daher erklärt sich die bei diesen besonders häufige Erwähnung desselben.

VII. Ufus.

Diese Servitut hat eine ganz auf die einzelne Person beschränkte Natur, und unterscheidet sich dadurch von dem Nießbrauch. Daher ist sie, eben so, wie die Prädialservituten, untheilbar, und dieser Satz wird in unseren Rechtsquellen anerkannt (r), jedoch werden besondere Folgen und Anwendungen desselben, namentlich in Verbindung mit den Obligationen, nicht erwähnt.

VIII. Obligationen.

Die ganze bisherige Betrachtung ist lediglich der Obligationen wegen angestellt worden, und es wird sogleich von der Anwendung des Theil-Verhältnisses auf dieselben ausführlich die Rede seyn.

Wie bei den Sachen, so kommt auch bei den Rechten eine künstliche Zusammensetzung zu einem neuen, collectiven Ganzen vor. Eine solche Zusammensetzung findet sich in dem Peculium, der Dos, der Erbschaft.

An einem solchen Ganzen ist wiederum eine Gemeinschaft zu intellectuellen Theilen möglich, und namentlich bei der Erbschaft bildet dieselbe ein besonders häufiges und wichtiges Rechtsverhältniß. Die Theilung hat hier, wie

(r) *L. 19 de usu* (7, 8),

bei dem Eigenthum, die Bedeutung einer Aufhebung der Gemeinschaft (Note h), welche auch hier in sehr mannichfaltiger Weise bewirkt werden kann: namentlich durch Realtheilung einzelner, zur Erbschaft gehörender, Eigenthumsstücke, durch Austausch einzelner Bestandtheile der Erbschaft, durch Verkauf u. s. w. Nur auf eine wichtige Classe von Vermögensstücken bezieht sich in der Regel diese Gemeinschaft nicht, auf die Forderungen und Schulden. Davon wird sogleich ausführlicher die Rede seyn.

§. 31.

IV. Gegenstand der Obligation. Theilbare, untheilbare Leistungen (Fortsetzung).

Das Verhältniß des Ganzen zu seinen Theilen soll nunmehr auf die Obligationen angewendet werden, und die ganze bisher angestellte Betrachtung sollte blos dazu dienen, zu dieser Anwendung den Weg zu bahnen. Was heißt nun Theil, Theilung und Theilbarkeit in Beziehung auf Obligationen?

Zunächst ist zu bemerken, daß sich diese Begriffe stets beziehen auf die Leistung in der Obligation, also auf Dasjenige, welches durch die Obligation mit Nothwendigkeit bewirkt werden soll (§ 2).

Die Theile einer Obligation kommen mit den Theilen des Eigenthums (§ 30) darin überein, daß auch sie durch

Quoten oder Zahlenverhältnisse begrenzt und bezeichnet werden. Sie unterscheiden sich aber von den Theilen des Eigenthums darin, daß diese auf dem Verhältniß einer fortdauernden Gemeinschaft beruhen, anstatt daß die Theile der Obligation von einander völlig getrennte und unabhängige Rechtsverhältnisse bilden, die nur dadurch als Theile aufgefaßt werden, daß die Summe ihrer Leistungen derjenigen Leistung gleich steht, welche als Gegenstand der ganzen Obligation gedacht wird.

Der Ausdruck Theilung wurde bei dem Eigenthum auf zwei, gewissermaßen entgegengesetzte, Verwandlungen angewendet: bald auf die Errichtung einer Gemeinschaft, indem dadurch intellectuelle Theile entstehen: bald auf die Aufhebung der Gemeinschaft, in sofern diese bewirkt wird durch die Zerlegung der Sache in Sach=Theile (§ 30). — Bei der Obligation heißt Theilung die Zerlegung einer Obligation in mehrere einzelne, von einander unabhängige, Obligationen, und diese Verwandlung erfolgt, wie bei dem Eigenthum, bald durch freie Handlungen, bald durch die bloße Einwirkung allgemeiner Rechtsregeln, in welchem Fall eine juristische Handlung zum Zweck der Theilung weder nöthig, noch möglich ist (a).

Ich will zunächst eine allgemeine Uebersicht geben über die Fälle, in welchen von der Theilung einer Obligation

(a) Vgl. SCHEURL p. 75. 78.

die Rede seyn kann, und bei Jedem dieser Fälle die besondere Bedeutung der Theilung bemerklich machen.

I. Wenn Ein Glaubiger Einem Schuldner gegenüber steht, kann die Theilung in zwei verschiedenen Richtungen zur Anwendung kommen.

Der Glaubiger kann die Obligation theilen, indem er nicht die ganze Leistung, sondern nur einen Theil derselben einfordert, und damit so lange fortfährt, bis die ganze Leistung erschöpft ist. Eine solche getheilte Verfolgung kann vielleicht dem Schuldner unbequem seyn, es liegt aber darin kein Unrecht, weil es dem Schuldner stets frei steht, die ganze Obligation freiwillig zu erfüllen und dadurch zu tilgen.

Umgekehrt kann der Schuldner die Obligation theilen, indem er theilweise erfüllt. Dadurch ist ein Theil der Obligation völlig getilgt, während ein anderer Theil völlig fortbauert. — Daß ein solches Verfahren, mit der angegebenen Wirkung, durch Uebereinstimmung beider Theile möglich ist, kann nicht bezweifelt werden; daß aber auch der Schuldner durch einseitige Willkür eine solche Rückzahlung vornehmen könne, ist von Manchen bezweifelt worden, weil dieselbe dem Glaubiger lästig und nachtheilig seyn könne. Dennoch ist diese Befugniß des Schuldners einzuräumen (b), und sie wird durch zwei Umstände ge-

(b) *L. 21 de reb. cred. (12. 1)*. Diese ganze Frage wird hier

rechtfertigt. Erstlich dadurch, daß der Gläubiger von seiner Seite jederzeit die ganze Schuld einfordern kann. Zweitens dadurch, daß die wichtigsten Nachtheile, die ihn treffen könnten, durch besondere Vorschriften abgewendet werden. Denn der Zinselauf für das ganze Kapital soll fortbauern, unvermindert durch die Rückzahlung (c); und eben so soll das ganze Pfand fortwährend haften, so lange auch nur noch ein Theil der Schuld ungetilgt übrig ist (d).

II. Wenn mehrere Gläubiger Einem Schuldner, oder mehrere Schuldner Einem Gläubiger, gleich bei Entstehung der Obligation gegenüber treten, so ist unter ihnen die Forderung oder Schuld ipso jure getheilt, und zwar in der Regel (wenn sie es nicht anders bestimmen) zu gleichen Theilen. Hier entsteht also die Theilung der Obligation von Anfang an, und zwar in Folge einer allgemeinen Rechtsregel, so daß es einer ausdrücklichen Willenserklärung dazu nicht bedarf.

Dieses ist die wichtige Rechtsregel, welche schon oben im Eingang der Lehre von den Correalschulden vorgetragen worden ist (§ 16. b), und auf welche sich die Correalschulden selbst, als willkürliche Ausnahmen derselben, beziehen.

nur beiläufig berührt, da ihr eigentlicher Sitz in der Lehre von der Aufhebung der Obligationen zu suchen ist.

(c) L. 41 § 1 *de usur.* (22. 1).

(d) L. 19 *de pign.* (20. 1),
L. 65 *de evict.* (21. 2).

Eine solche ursprüngliche Theilung von Obligationen kann hauptsächlich durch folgende Entstehungsgründe herbeigeführt werden:

Durch Stipulationen.

Durch Consensualcontracte (besonders Kauf, Mieth, Pacht).

Durch Testament, indem mehreren Erben ein Legat auferlegt, oder mehreren Legataren eine Summe als Legat angewiesen wird.

Durch die Stipulation eines Sklaven, welcher im gemeinschaftlichen Eigenthum mehrerer Herren stand.

Die drei ersten Fälle sind auf active und passive Schuldverhältnisse gleich anwendbar, der letzte Fall war nur anwendbar auf active, da der Sklave seinen Herren nur Forderungen erwerben, nicht Schulden aufbürden konnte.

III. Wenn durch den Tod eines Gläubigers oder eines Schuldners mehrere Erben in dessen Stelle eintreten.

Hier sind die Forderungen und Schulden unter den Erben, nach Verhältniß ihrer Erbportionen, durch die Zwölf Tafeln ipso jure getheilt, und es bedarf dazu keiner

juristischen Handlung, sey es der Erben, oder eines Richters (e).

Die Erwerbung einer Erbschaft durch mehrere Erben wirkt also auf das in der Erbschaft befindliche Eigenthum so, daß eine Gemeinschaft zu intellectuellen Theilen entsteht; auf die Forderungen und Schulden in der Erbschaft so, daß dieselben unter allen Erben in unabhängige Theile zerlegt werden. Beides aber geschieht ipso jure, ohne Zuthun der Erben. In beiden Fällen richtet sich die Größe der Theile nach den Quoten, die den einzelnen Erben im Erbrecht zustehen.

Die hier dargestellte Theilung der Obligationen setzt voraus die Theilbarkeit derselben. Dadurch werden wir auf die Frage geführt, ob überhaupt die Obligationen theilbar sind oder nicht.

Bei weitem die meisten und wichtigsten Obligationen sind wirklich theilbar, und bei diesen macht daher die reine Anwendung der vorläufig aufgestellten Regeln keine Schwierigkeit. Daneben aber stehen, als Ausnahmen, mehrere untheilbare Obligationen.

(e) *L. 1 C. si unus ex plur.* (8. 32), *L. 6 C. fam. herc.* (3. 36), *L. 25 § 9 fam. herc.* (10. 2). In diesen Stellen werden die zwölf Tafeln als Quelle der Regel angeführt. — Die Regel selbst, ohne diese Erwähnung, kommt vor in *L. 2 C. si unus* (8. 32), *L. 2 § 5, L. 4 pr., L. 25 § 1 fam. herc.* (10. 2).

Unsere Aufgabe geht nunmehr dahin, zunächst die Reihe der erwähnten Ausnahmen festzustellen, dann aber die Behandlung derselben anzugeben, welche an die Stelle der bei ihnen unausführbaren Regel treten soll.

Schon im Anfang dieses §. wurde bemerkt, daß in dieser Lehre der Theil und die Theilung sich beziehe auf die Leistung, die den Gegenstand der Obligation bildet, und die durch die Obligation unmittelbar bewirkt werden soll. Ganz verschieden davon sind diejenigen Leistungen, welche den Inhalt einer Bedingung bilden, und durch welche die Entstehung einer Obligation bald bewirkt, bald verhütet werden soll (*quae in conditione sunt, non in obligatione*). Auch bei diesen Leistungen wäre eine Theilung meist denkbar, sie muß aber, nach der Natur der Bedingung, stets für unzulässig gehalten werden, wenn die Wirkung einer erfüllten Bedingung eintreten soll. Denn als erfüllt kann die Bedingung nur gelten, wenn sie ganz erfüllt ist, eine unvollständige Erfüllung steht mit einer ganz fehlenden auf gleicher Linie (f). — Die Verwechslung

(f) Ein Beispiel wird den Unterschied anschaulich machen. Wenn eine Obligation auf die Zahlung von Hundert geht, so ist dieselbe theilbar, so daß sie sich unter zwei Erben des Schuldners in zwei Obligationen, jede zu Fünzig,

auföst. Wenn dagegen Jemand für den Fall, daß er vor Ende des Jahres Hundert nicht zahlen werde, Zweihundert als Strafe verspricht, und nun sogleich mit Hinterlassung von zwei Erben stirbt, so wirkt die Zahlung von Fünzig

dieser, zu den Bedingungen gehörenden, Leistungen, mit den Leistungen als Gegenständen einer Obligation, von welchen hier die Rede ist, hat nicht selten Verwirrung in unsere Lehre gebracht. Es wird daher nicht überflüssig seyn, diesen Gegenstand noch etwas genauer zu erörtern.

Die Leistung, deren Mangel eine Strafe zur Folge haben soll, kann von der verschiedensten Art seyn, und ihre Beschaffenheit (Theilbarkeit oder Untheilbarkeit) ist für die eben erwähnte Wirkung ganz gleichgültig. So kann diese Leistung in einer Geldzahlung bestehen (g), oder in dem Geben eines Grundstücks (h); ferner in der Anfertigung eines opus (i).

Eben so ist es für den Erfolg gleichgültig, ob jene Leistung auch wörtlich nur als Bedingung ausgedrückt wird (in welchem Fall ihre Natur unzweifelhaft ist) (k), oder ob sie scheinbar zuerst als Gegenstand einer Obligation, dann aber als Bedingung einer Strafe, ausgedrückt wird.

durch einen der Erben zur Abwendung oder Verminderung der Strafe gar nicht; es ist, als ob er gar Nichts gezahlt hätte, die Bedingung ist unerfüllt geblieben.

(g) L. 25 § 13 *fam. herc.* (10. 2), L. 5 § 3 *de V. O.* (45. 1).

(h) L. 44 § 5 *de O. et A.* (44. 7) „*Si ita stipulatus sim, si fundum non dederis, centum dare spondes? sola centum in stipulatione sunt, in exsolu-*

tione fundus.“ L. 85 § 6 *de V. O.* (45. 1) „*Item si ita stipulatio facta sit, si fundus Titianus datus non erit, centum dari, nisi totus detur, poena committitur centum: nec prodest partes fundi tradere, cessante uno.*“

(i) L. 44 § 6 *de O. et A.* (44. 7).

(k) So geschieht es in den Fällen, welche in der Note h. angeführt werden.

Denn auch diese letzte, an sich zweideutige, Fassung soll doch so, wie die erste, verstanden werden, so daß die erwähnte Leistung gar nicht als Gegenstand einer Obligation, sondern nur als Bedingung einer Strafe, zu denken ist (l).

Zur Verhütung von Mißverständnissen muß jedoch noch hinzugefügt werden, daß die Conventionalstrafe auch noch eine ganz andere Bedeutung durch die Willkür der Parteien erhalten kann. Sie kann nämlich auch neben die Obligation selbst gestellt werden, und zwar sogar auf zweierlei Weise: bald so, daß die Obligation selbst und noch außerdem die Strafe, eingeklagt werden kann (m); bald so, daß der Glaubiger nur die Wahl haben soll, entweder das Eine, oder das Andere, einzufordern, welcher Fall häufiger, als der erste, erwähnt wird (n). Ob die Parteien eine dieser besonderen Wirkungen, und welche, der Strafe haben beilegen wollen, kann sowohl durch ausdrückliche Erklärung, als auch durch den Zusammenhang der Umstände, erkannt werden. Unsere Frage berührt diese mögliche neue Bedeutung der Strafe nicht, sie ist hier bloß

(l) *L. 44 § 6 de V. O.* (44. 7) „*Sed si navem fieri stipulatus sum, et si non feceris, centum: videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et conditionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem: an vero transferat in se, et quasi novatio prioris fiat? quod magis verum est.*“

(m) *L. 115 § 2 de V. O.* (45. 1), *L. 16 de transact.* (2. 15).

(n) *L. 10 § 1 de pactis* (2. 14), *L. 41. 42 pro socio* (17. 2), *L. 28 de act. emti* (19. 1), *L. 12 § 2 de pactis dot.* (23. 4).

erwähnt worden, damit nicht das Schweigen über dieselbe als Verneinung mißverstanden werden möge; eine genauere Darstellung muß der besonderen Lehre von der Conventionalstrafe vorbehalten bleiben.

Es ist dabei noch der nicht unwichtige, auf den ersten Blick auffallende, Satz zu bemerken, daß im Fall einer Conventionalstrafe die beabsichtigte Leistung selbst, als Bedingung der abzuwendenden Strafe, stets untheilbar ist (welches so eben gezeigt wurde), dagegen gerade umgekehrt die Strafe, als eigentlicher Gegenstand der Obligation, stets theilbar, weil sie unter die durchaus theilbaren Geldschulden gehört (o).

§. 32.

IV. Gegenstand der Obligation. Theilbare, untheilbare Leistungen (Fortsetzung).

Es ist nunmehr die bereits angekündigte (§ 31) Reihe von Ausnahmen darzustellen, in welchen die Obligationen

(o) L. 4 § 1 de V. O. (45. *reditaria praestatio injungitur*“ 1) „... ab omnibus heredibus (es ist hier die Rede von der poenam committi *pro portione* dupla wegen Eviction, also einer *hereditaria*.“ L. 85 § 5 *eod.* poena). Vgl. unten § 34. p. „sed unicuique *pro parte he-*

für untheilbar zu halten sind. Ich werde mich dabei größtentheils an den Gang der Gedanken anschließen, welcher den oben angegebenen Hauptstellen des Römischen Rechts in dieser Lehre (§ 29) zum Grunde liegt.

I. Obligationen, die auf ein Geben gerichtet sind (dandi obligationes). Diese sind fast alle theilbar, und die einzige entschiedene Ausnahme, die darunter erwähnt, und mit großem Nachdruck geltend gemacht wird, betrifft das Verschaffen der Prädialservituten, also derjenigen Classe von Rechten, welche an sich selbst untheilbar sind, so daß nicht einmal intellectuelle Theile derselben angenommen werden können (§ 30).

Die Obligation also, die auf die Errichtung einer Prädialservitut gerichtet ist, gilt als untheilbar (a), woraus daher auch folgt, daß eine solche Obligation theilweise weder übernommen, noch durch Acceptilation getilgt werden kann (b), ferner, daß einer unter mehreren Miteigenthümern eines Grundstücks diese Obligation weder stipuliren, noch wirklich erwerben kann (c), indem er ja das Grundstück,

(a) *L. 2 § 1, L. 72 pr. de V. O.* (45. 1).

(b) *L. 17 de serv.* (8. 1), *L. 13 § 1 de accept.* (46. 4).

(c) *L. 11 de serv.* (8. 1). — Dagegen kann auch ein Miteigenthümer als Schuldner eine

solche Obligation übernehmen, indem er ja Eigenthümer des benachbarten Grundstücks werden kann. *L. 25 § 10 fam. herc.* (10. 2). Um so mehr also kann es auch der einzelne Miteigenthümer des benachbarten Grundstücks.

welchem sie als Recht eigentlich zustehen müßte, nur zum Theil vertreten kann.

Mit Unrecht werden diese Sätze von Manchen so behandelt, als ob sie bloß von der Stipulation über eine solche Obligation gelten sollten. Diese Obligation kann eben so gut durch einen Kaufcontract begründet werden (d), und es hat nicht den geringsten Zweifel, daß für diesen Fall der Entstehung durchaus dieselben Regeln gelten müssen, wie für den Fall der Stipulation.

II. Obligationen, die auf ein Thun gerichtet sind (faciendi obligationes).

Der Eingang einer Hauptstelle in unserer Lehre (e) lautet so: *Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt*. Durch diese Worte sind manche Schriftsteller zu der Annahme verleitet worden, diese Unterscheidung sey maßgebend für die Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der Obligationen, und zwar so, daß die Obligationen der ersten Classe (dandi), mit einer einzelnen Ausnahme, theilbar seyen, die der zweiten Classe (faciendi) in der Regel untheilbar, und nur in ausgenommenen Fällen, und nur mit Hülfe künstlicher Vermittelungen, theilbar (f).

(d) *L. 3 § 2, L. 6 § 5 de act. emt. (19. 1), L. 80 § 1 de contr. emt. (18. 1), L. 12 de vign. (20. 1).*

(e) *L. 2 pr. de V. O. (45. 1).*

(f) So sagt Rubo §. 37. 52, alle *stricti juris obligationes in faciendo* seyen untheilbar.

Dieser Annahme widersprechen schon die im §. 1 jener Stelle unmittelbar folgenden Worte: *et harum omnium quaedam partium praestationem recipiunt . . . quaedam non recipiunt*, welche Worte offenbar sagen wollen, in beiden Classen fänden sich sowohl theilbare, als untheilbare Obligationen, woraus von selbst folgt, daß der Verfasser der Stelle jene Unterscheidung durchaus nicht an die Spitze gestellt hat, um daran irgend eine Regel über die Theilbarkeit anzuknüpfen.

Dazu kommt noch der Umstand, daß die schwankenden Ausdrücke *dare* und *facere* schwerlich dazu gebraucht werden konnten, um darnach das rein praktische Verhältniß der untheilbaren Obligationen zu regeln (g).

Noch wichtiger aber ist folgende Erwägung. Wenn wir die Hauptstellen über die untheilbaren Obligationen (§ 29) unbefangen betrachten, so müssen wir uns überzeugen, daß die alten Juristen die Untheilbarkeit mancher Obligationen niemals auf eine künstliche Betrachtungsweise, namentlich nicht auf das formelle Recht (z. B. die besondere Natur der Stipulation) zurück führen, sondern stets auf

(g) Vgl. oben § 28. e. — Nehmen wir das *dare* im strengsten Sinn als das Verschaffen von Eigenthum oder *jus in re ex jure quiritium*, so bleiben im Gegensatz desselben für die *faciendi obligationes* so viele und völlig ungleichartige Fälle übrig, daß sich daran unmöglich irgend eine

praktische Regel anknüpfen läßt. Der einzige, wirklich durchgreifende, Unterschied lag darin, daß die *Intentio* einer Formel bei der einen Classe auf *dare oportere*, bei der anderen auf *dare facere oportere* lautete, aber dieser Unterschied war praktisch von keiner Erheblichkeit.

natürliche Gründe der Unmöglichkeit, die Leistung in Theile zu zerlegen. Und diese Behandlung der Sache war auch nicht etwa zufällig und willkürlich, sondern sie hatte folgenden nothwendigen Grund. Die Zwölf Tafeln hatten vorgeschrieben, daß bei dem Tode eines Glaubigers oder Schuldners die Obligationen unter den Erben ipso jure getheilt seyn sollten (§ 31. e). Die Anerkennung dieser Vorschrift stand gar nicht in dem Belieben der Juristen und der Richter, sie konnten sich ihr gar nicht entziehen, wenn nicht etwa ein höheres Gesetz die Anwendung hinderte, — das Gesetz der natürlichen Unmöglichkeit (h).

Wenn wir, dem eben erwähnten Beispiel der alten Juristen folgend, von diesem Standpunkt aus die Sache betrachten, und damit die einzelnen Aussprüche der Digesten verbinden, so müssen wir über die Untheilbarkeit der *faciendi obligationes* folgende Regeln anerkennen.

Untheilbar ist jede auf ein *opus* gerichtete Obligation (i). Als *opus* aber wird uns angegeben die Errichtung eines Bauwerkes irgend einer Art, die Aufstellung einer Bildsäule, die Ziehung eines Grabens, und andere ähnliche Bearbeitungen des Bodens. Eine der Stellen

(h) So sagt *L. 25 § 9 fam. herc.* (10. 2) von der Stipulation einer Wegefervilit: „*talis stipulatio per legem duodecim tabularum non dividitur, quia nec potest.*“

(i) *L. 85 § 2, L. 72 pr. de V. O.* (45. 1), *L. 80 § 1 ad L. Falc.* (35. 2). Diese letzte Stelle braucht den sonst nicht vorkommenden Ausdruck: „*quae dividuitatem non recipiunt.*“

aber, die davon reden, bestimmt den allgemeinen Charakter des opus in folgenden Worten (k): *neque enim ullum balneum, aut ullum theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dederit.* Das will sagen: wenn ein Haus größtentheils fertig gebaut ist, und nur etwa das Dach noch fehlt, so ist es als Haus noch gar nicht zu gebrauchen. Nun kann zwar allerdings ein Haus nicht plötzlich gebaut werden, es geschieht allmählig, theilweise, vielleicht längere Zeit hindurch; allein die zur Vollendung nöthigen einzelnen Arbeiten lassen sich nicht auf Zahlenverhältnisse (intellektuelle Theile) zurück führen, welches erforderlich seyn würde, um die Obligation als eine theilbare behandeln zu können. — Wenn wir diesen Begriff des opus zum Grunde legen, so dürfen wir die Anwendung desselben nicht durchaus auf die Bearbeitungen des Bodens beschränken, von welchen die meisten Beispiele bei den Römischen Juristen hergenommen sind. Auch die Anfertigung beweglicher Sachen kann dahin gehören, wie der Bau eines Schiffes (§ 31. 1), die Verfertigung einer astronomischen Uhr, eines musikalischen Instruments u. s. w.; jedoch wird hier die Frage von der Untheilbarkeit meist nur da von Bedeutung seyn, wo sich die übernommene Arbeit über den Kreis der gemeinen Handwerksarbeiten erhebt.

(k) *L. 80 § 1 ad L. Falc. (35. 2).* — Vgl. damit noch *L. § 1 de V. S. (50. 16).*

Für theilbar dagegen müssen die *faciendi obligationes* in folgenden Fällen gehalten werden:

A. Jede Arbeit, welche die Natur von Quantitäten an sich trägt. Dahin gehört eine bestimmte Zahl von Arbeitstagen, in sofern von gemeiner Handarbeit die Rede ist (l). Dieselbe Natur hat eine nach Maßen in Accord gegebene Arbeit, wie die Ausführung eines Dammes, einer Mauer u. s. w.

B. Diejenige *faciendi obligatio*, welche nicht in einer Arbeit, sondern in der Bornahme eines Rechtsgeschäfts besteht (§ 28). Ein Beispiel wird diesen Fall anschaulich machen. Wenn ein Gläubiger seinem Schuldner im Testament die Liberation legirt, so ist dadurch der Erbe zur Acceptilation verpflichtet (m). Stirbt dieser Erbe vor vollzogener Acceptilation mit Hinterlassung von zwei Erben zu gleichen Theilen, so geht auf jeden dieser Erben die Hälfte der ursprünglichen Forderung, aber auch die Hälfte der auf die Acceptilation gerichteten *faciendi obligatio* über. Hier zeigt sich also diese, in der Bornahme eines Rechtsgeschäfts bestehende, Obligation unzweifelhaft als theilbar.

C. Die Obligation, welche auf eine Tradition gerichtet ist. Dieser wichtigste unter allen hierher gehörenden Fällen bedarf einer genaueren Untersuchung. Neuere

(l) *L. 15 § 1 de op. lib.* (m) *L. 3 § 3, L. 5 pr. de*
(38. 1), *L. 54 § 1 de V. O. lib. leg.* (34. 3).
(45. 1).

Schriftsteller pflegen diesen Fall etwas zu umgehen, jedoch ist bei ihnen eine überwiegende Neigung bemerkbar, in demselben eine untheilbare Obligation anzunehmen. Ich halte diese Obligation entschieden und ohne Ausnahme für theilbar.

Diese Frage muß jedoch in zwei einzelne Fragen zerlegt werden: 1. Ist die Tradition ein *facere*, die *traditionis obligatio* eine *faciendi obligatio*? 2. Wenn sie dieses ist, müssen wir sie deshalb für untheilbar halten?

Die erste Frage müssen wir, für das ältere Recht, je nach Umständen, bald verneinen, bald bejahen.

War die Rede von einer *res nec Mancipi* (Geld, Schaf, Ziege u. s. w.), so war die Tradition kein *facere*, sondern ein *dare*, indem sie das Eigenthum *ex jure quiritium* sogleich unmittelbar übertrug, so gut, als an einer *res Mancipi* die Mancipation (n). Hier also müßte selbst der oben (Note f) erwähnte Gegner die Theilbarkeit der *tradendi obligatio* einräumen, da sich bei ihm der Zweifel und Widerspruch bloß auf die eigenthümliche Natur der *faciendi obligatio* bezog. — War dagegen die Rede von einer *Mancipi res* (Italisches Grundstück, Sklave, Pferd u. s. w.), so war sie kein *dare*, sondern ein *facere*, indem durch sie der Empfänger die Sache nicht *ex jure quiritium*, sondern in *bonis* erwarb (o). — An solchen Sachen (namentlich

(n) ULPIAN. Tit. 19 § 7.

(o) ULPIAN. Tit. 19 § 3. Tit. 1 § 16.

an einem fundus) wird in der That die auf Tradition gerichtete Obligation eine *faciendi obligatio* genannt (p), und dieser Ausdruck hat den praktischen Sinn, daß aus einer solchen Obligation nicht auf *dare*, sondern auf *dare facere oportere*, mit einer *incerti conditio*, geklagt werden konnte (q).

Die zweite Frage (wegen der Untheilbarkeit der *tradendi obligatio*) müssen wir unbedingt verneinen, wenn wir den oben erklärten, in den Zwölf Tafeln wurzelnden, Standpunkt der Römischen Juristen (Note h) festhalten, und die Theilbarkeit und Untheilbarkeit lediglich nach natürlichen Gründen beurtheilen wollen. Denn die Tradition bewirkt stets Uebertragung des Besizes, und unter gewissen Voraussetzungen zugleich Uebertragung des Eigenthums, welches nach altem Recht bald *ex jure quiritium*, bald in *bonis* war. Alle diese Rechtsverhältnisse nun, Besiz und Eigenthum in seinen historisch verschiedenen Gestalten, sind an sich durchaus theilbar (§ 30), also muß, nach natürlicher Betrachtung, auch die Obligation theilbar seyn, die auf Tradition gerichtet ist.

Folgende Erwägungen mögen dazu dienen, diese Behauptung gegen alle Zweifel zu sichern. Wenn Jemand

(p) *L. 75 § 7, L. 72 pr. de causam bonorum.* *L. 52 § 1 de V. O. (45. 1).* Nur heißt es freilich anderwärts: „*Si quis vacuum possessionem tradi promiserit, non nudum factum haec stipulatio continebit, sed*

(q) Savigny System B. 5. Beilage XIV. Num. XXXIV. Note d.

ein Landgut verkauft und vor der Tradition stirbt mit Hinterlassung von Zwei gleichberechtigten Erben, so geht das Eigenthum auf jeden Erben zur Hälfte über, und eben so zur Hälfte die tradendi obligatio (die Verpflichtung zur Uebernahme der actio emti), so daß diese Obligation als theilbar erscheint. Wollte man nun etwa sagen, Dieses sey wahr für den Kauf, aber nicht für die Stipulation, so müßte diese Unterscheidung als ganz willkürlich verworfen werden, da beide Obligationen gleichmäßig unter demselben Gesetz der Zwölf Tafeln standen, welches die Theilung aller Obligationen unter den Erben vorschrieb. — Eben so willkürlich und unnatürlich wäre es, die tradendi obligatio bei einem Schafe für theilbar zu halten, bei einem Pferde für untheilbar, weil die Tradition im ersten Fall den Namen dare führte, im zweiten Fall den Namen facere. — Ferner war es gewöhnlich, wenn die Mancipation eines Grundstücks (das dare) durch Stipulation versprochen war, eine zweite Stipulation über die Tradition hinzuzufügen (r); ja auch wenn diese zweite nicht hinzugefügt war, verstand sich doch die Verpflichtung zur Tradition von selbst, als bloßer Zusatz der Hauptobligation (s). — Indem nun beide Handlungen als Bestand-

(r) L. 4 pr. de usur. (22.1).

(s) L. 3 § 1 de act. emt. (19. 1) (In dieser Stelle werden die Folgen der Stipulation an sich, und die des Kaufs, genau getrennt). — Auf Fälle beider Art

geht die merkwürdige Stelle bei GAJUS Lib. 4 § 131. Der Berechtigte konnte beide Forderungen trennen, und zunächst bloß die Mancipation einflagen, mit Vorbehalt der späteren Klage auf Tra-

theile einer und derselben Obligation erscheinen, ist aus der unzweifelhaften Theilbarkeit der einen Handlung (des dare) auf die Theilbarkeit der anderen (des tradere) zu schließen.

Aus diesen Gründen muß ich annehmen, daß niemals ein Römischer Jurist die Theilbarkeit der tradendi obligatio bezweifelt haben kann, und diese Annahme findet eine Bestätigung in dem Umstand, daß die alten Juristen in dieser Lehre gar nicht ängstlich mit den Ausdrücken verfahren, indem zuweilen in derselben Stelle die Ausdrücke dare und tradere mit willkürlicher Abwechslung gebraucht werden (t). — Und selbst wenn es in dieser Hinsicht im alten Recht anders gewesen seyn sollte (welches ich für unmöglich halte), so müßte wenigstens im Justinianischen Recht die Tradition unbedingt theilbar geworden seyn, indem sie hier ganz die Stelle der alten Mancipation eingenommen hat, also nunmehr allgemein, ohne Unterschied der Gegenstände, zu einem wahren dare erhoben worden ist.

Ich will jedoch nicht die Stelle verschweigen, die das Gegentheil zu sagen scheint, und ohne welche schwerlich unter unseren Schriftstellern ein Zweifel an der hier vortragenen Lehre entstanden seyn würde. Ulpian sagt

dition. Dann aber mußte er sich durch eine Präscription sicher stellen gegen die Consumtion aller Bestandtheile der ganzen Forderung.

(t) *L. 85 § 6 (45. 1) (§ 31. h)*. Eben so auch in *L. 137 § 3 eod.* „sicut liberatur, qui se daturum sponndit, si quandoque tradit.“

zuerst, die Stipulation einer Präbialservitut sey untheilbar, und fügt dann hinzu, dieselbe Untheilbarkeit müsse behauptet werden von der Stipulation „fundum tradi,“ so wie von der auf ein opus gerichteten Stipulation, denn in allen diesen Fällen würde jeder Versuch einer thatsächlichen Theilung dem Sinn und Wesen der Stipulation widersprechen (*corrumpit stipulationem*) (u).

Unter den neueren Schriftstellern ist aus dieser Lage der Sache nicht geringe Verlegenheit entstanden. Auf der einen Seite sträubte sich der gesunde praktische Sinn dagegen, die Verpflichtung zur Tradition für untheilbar zu erklären; auf der anderen Seite aber war der Buchstabe des *fundum tradi* bei Ulpian zu mächtig, als daß demselben die Anerkennung versagt werden konnte. So geschah es, daß man sich in unfruchtbare, spitzfindige Untersuchungen verlor über die Verschiedenheit der Stipulationsformeln: *rem tradi* und *vacuam possessionem tradi*, und daß man untersuchte, in welcher Ecke einer dieser Formeln das Mysterium der Untheilbarkeit seinen geheimen Sitz habe (v).

(u) *L. 72 pr. de V. O.* (45. 1) „*Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae, itineris, actus, aquaeductus, ceterarumque servitutium. Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit: ut puta fundum tradi, vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile:*

horum enim divisio corrumpit stipulationem.“

(v) Eine besonders deutliche Anschauung dieses Verfahrens gewährt GIPHANIUS in *L. 4 D. de V. O. Num. 68 sq., lecturae* Altorph. p. 746, und Sc. GENTILIS l. c. Cap. 17. Von den Schriftstellern neuester Zeit vgl. Ribbentrop S. 215. SCHEURL p. 79. 81.

Wenn man aber die oben aufgestellten Gründe für die allgemeine, unbedingte Theilbarkeit der tradendi obligatio erwägt, womit die angegebene Behauptung Ulpian's in Widerspruch treten würde, so muß man versuchen, der hier sehr kurz und unbestimmt erwähnten Stipulation: fundum dari eine Deutung und Ergänzung zu geben, wodurch jener Widerspruch entfernt wird. Zu dieser Deutung nun führt der Umstand, daß bei den faciendi obligationes die Hinzufügung einer Geldstrafe für den Fall der fehlenden Leistung nicht nur für die correctere Fassung der Stipulation galt, sondern auch überwiegend üblich war (w). Bei einer solchen Stipulation nun war das Thun nicht in obligatione, sondern in conditione, woraus von selbst folgte, daß es vollständig geleistet werden mußte, um die Strafe abwenden zu können, in diesem Sinne also untheilbar war (§ 31. f). Ein solches Strafversprechen aber, mit der eben angegebenen Wirkung, wurde nicht bloß neben dem facere angewendet, sondern auch neben dem dare, und selbst neben einem ursprünglichen Geldversprechen (§ 31. g. h). Die Wirkung war auch ganz dieselbe, man mochte das dare bloß als Bedingung ausdrücken (nisi fundum dederis, centum dare spondes?),

(w) *L. 137 § 7 de V. O.* (45. 1) „Si, ut aliquid fiat, stipulemur, *et usitatius et elegantius esse* Labeo ait, sic subjici poenam, si ita factum non erit.“ Das elegantius erklärt sich daraus,

daß gerade bei dem facere die freie Schätzung des Geldwerthes von Seiten des Richters oft vorzugsweise unsicher und willkürlich ist, mehr, als bei dem dare.

oder scheinbar als selbstständigen Gegenstand einer Leistung voran stellen (*fundum dare spondes? nisi fundum dederis, centum dare spondes?*) (x). — Erwägen wir nun diese, bei den Römern üblichen, Geschäftsformen, so werden wir der Stelle des Ulpian keine Gewalt anthun durch die Voraussetzung, daß er die kurz und vorübergehend, durch die bloßen Anfangsworte (wie bei einer oft vorkommenden, allgemein bekannten, Formel) angedeutete Stipulation: *fundum tradi in vollständiger Fassung* so dachte: *fundum tradi, et nisi traditus erit, centum dari*, bei welcher Fassung dann die Untheilbarkeit nicht das geringste Bedenken hat (y).

Man könnte versuchen, die hier aufgestellte Erklärung durch die Bemerkung zu widerlegen, wir würden dadurch zu der Annahme genöthigt, Ulpian habe etwas ungleichartige Dinge vermischt, und also ein nicht streng logisches Verfahren eingeschlagen. Diese Bemerkung ist als wahr zuzugeben, aber als Einwurf gegen unsere Erklärung völlig abzulehnen. Denn genau dasselbe, nicht streng logische, Verfahren finden wir in der ganzen Behandlung dieses Gegenstandes bei den alten Juristen, und namentlich in

(x) Der Beweis für diese ganz gleiche Bedeutung liegt in *L. 44 § 6 de O. et A.* (44. 7) (s. v. § 31. 1).

(y) Nach dieser Auslegung ist also der Sinn der Worte: *fundum*

tradi ganz derselbe, wie ihn Paulus ausführlicher darlegt in *L. 85 § 6 de V. O.* (45. 1); beide Stellen sind eigentliche Parallelen.

den ausführlichsten Stellen des Paulus (y¹). Es kann daher nicht als ein begründeter Einwurf gegen unsere Erklärung des Ulpian anerkannt werden, wenn bei ihm dasselbe Verfahren vorausgesetzt wird.

III. Obligationen, die auf ein Unterlassen gerichtet sind (non faciendi obligationes).

Hier wird von den Römern ganz ausdrücklich unterschieden zwischen factum individuum und quod divisionem recipiat. Es wird also Alles auf die natürliche Theilbarkeit oder Untheilbarkeit in der Beschaffenheit des Gegenstandes der Leistung zurück geführt, und hiernach die Theilbarkeit der Obligation beurtheilt, namentlich im Verhältniß mehrerer Erben des Schuldners (z).

Es kommt hierin Alles darauf an, ob die Handlung, welche unterlassen werden soll, an sich für Jeden gleich möglich ist, oder ob sich die Möglichkeit derselben unter mehreren Erben vertheilt. Im ersten Fall ist die Obligation selbst untheilbar, im zweiten theilbar. Dieser Gegensatz aber wird meist zusammen fallen mit dem Gegensatz eines nichtjuristischen oder juristischen Handelns. Zwei Beispiele werden die Sache anschaulich machen.

(y¹) L. 2, L. 4, L. 85 de V. O. (45. 1). Besonders L. 85 § 6 de V. O. (45. 1) hat genau denselben Inhalt, welchen ich der Stelle des Ulpian zuschreibe (Note

y), und auch der Zusammenhang der Gedanken ist in beiden Stellen nicht wesentlich verschieden.

(z) L. 4 § 1, L. 85 § 3 de V. O. (45. 1).

Wenn Jemand von seinem Nachbar stipulirt, *per te non fieri, neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere per fundum tuum liceat*, so ist diese Obligation untheilbar. Denn nach dem Tode des Schuldners kann eine thatsächliche Hinderung von allen Erben oder von einem derselben ausgehen, und es ist für das Interesse des Gläubigers ganz gleichgültig, von wem sie ausgeht (aa).

Wenn dagegen ein Schuldner von seinem Gläubiger stipulirt, *amplius non agi*, und nun der Gläubiger stirbt, so ist die Stipulation unter dessen Erben getheilt, weil es ohnehin für jeden Erben nur möglich ist, für seinen Erbtheil die ursprüngliche Klage anzustellen, also die Stipulation zu verletzen (bb).

Da nun hier bei der *non faciendi obligatio* so unzweideutig die Theilbarkeit der Obligation nach der natürlichen Beschaffenheit der jedesmal vorliegenden Leistung beurtheilt wird, so liegt auch darin ein neuer Beweis, wie willkürlich und grundlos es ist, wenn neuere Schriftsteller bei der *faciendi obligatio* einen anderen Maßstab anlegen,

(aa) *L. 4 § 1, L. 85 § 3 de V. O. (45. 1).*

(bb) *L. 4 § 1 de V. O. (45. 1).* Ueber die Bedeutung dieser Stipulation vgl. *L. 15 ratam rem (40. 8)*. Sie ist im Zweck und Erfolg verwandt dem *pactum ne petatur*. Eine ähnliche Natur hat die Stipulation: *ratum ha-*

beri. L. 44 § 6 fam. herc.

(10. 2). — Dagegen ist untheilbar die *poena compromissa* zur Sicherung eines Schiedsgerichts. Denn hier sind die möglichen Zuwiderhandlungen so mannichfaltig, daß sie sich gar nicht auf die Erbtheile zurückführen lassen. *L. 5 § 4 de V. O. (45. 1).*

und eine allgemeine Regel der Untheilbarkeit an die Spitze stellen wollen, ohne Rücksicht auf die natürliche Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der Leistung, die den Gegenstand der Obligation ausmacht.

Fassen wir die so eben angestellte Untersuchung kurz zusammen, so werden wir auf folgende einfache Regeln geführt:

I. Die Obligationen auf ein Geben sind größtentheils theilbar. Untheilbar ist die Obligation auf Errichtung einer Prädialservitut.

II. Unter den Obligationen auf ein Thun giebt es theilbare und untheilbare, je nach der natürlichen Beschaffenheit des Thuns. Der wichtigste Fall einer untheilbaren Obligation dieser Classe betrifft das opus.

III. Auch die Obligationen auf ein Unterlassen sind bald theilbar, bald untheilbar, je nach der natürlichen Beschaffenheit der Handlung, deren Unterlassen den Gegenstand der Obligation bildet.

Anhangsweise sind noch einige Fälle zu erwähnen, die von den Römischen Juristen in der Reihe der untheilbaren Obligationen aufgeführt zu werden pflegen, die aber in der That eine sehr abweichende Natur haben, und

deren nicht ganz logische Verbindung mit den eben abgehandelten Fällen nur zur Verwirrung der Begriffe gereichen kann.

1. Der erste Fall dieser Art betrifft die Obligation auf ein genus (z. B. die Lieferung eines nicht individuell bestimmten Pferdes), so wie die alternative Obligation (cc). Dieser Fall gehört deswegen nicht in die Reihe der untheilbaren Obligationen, weil er in fast allen Beziehungen durchaus als theilbare Obligation behandelt wird. Wenn in einer solchen Obligation mehrere Glaubiger oder mehrere Schuldner stehen (etwa als Erben), so klagt jeder Glaubiger seine Quote ein, und jeder Schuldner kann auf seine Quote verklagt werden (dd). Nur in der einzigen Beziehung ist dieser Fall abweichend, daß nicht der Schuldner freiwillig einen Theil der Schuld abtragen kann mit der Wirkung einer sicheren Tilgung dieses Theiles. Gesezt also, der Schuldner eines Pferdes liefert die intellectuelle Hälfte eines Pferdes, so ist er dadurch noch nicht sicher befreit von der Hälfte seiner Schuld. Denn es wäre möglich, daß er nun noch die Hälfte eines anderen Pferdes lieferte, und auf zwei Hälften verschiedener Pferde kann Niemand reiten, da doch die Obligation dem Glaubiger den Anspruch auf ein ganzes Pferd mit vier zusammenhängenden Beinen gab. Es entsteht also durch die Lieferung

(cc) L. 2 § 1—4, L. 85 § 4 (dd) L. 2 § 3, L. 85 § 4
de V. O. (45. 1). de V. O. (45. 1).

einer Hälfte eine unsichere Tilgung, so lange von ungewisser Wirkung, bis durch die Lieferung der anderen Hälfte desselben Pferdes die Schuld ganz getilgt ist. Auf ähnliche Weise verhält es sich auch bei der alternativen Obligation, z. B. Pferd oder Uhr, wenn etwa der Schuldner einstweilen die Hälfte eines Pferdes liefern wollte, wodurch der Gläubiger in Gefahr käme, sich mit einem halben Pferde und einer halben Uhr begnügen zu müssen, ganz gegen den Sinn der Obligation (ee). In diesen Fällen ist es gleichgültig, ob eine solche unsichere getheilte Leistung von einem einzigen Schuldner, oder von einem der Erben des ursprünglichen Schuldners versucht wird.

Abgesehen von dieser einzigen, ohnehin sehr unerheblichen, Beziehung stehen die Obligationen der hier beschriebenen Art ganz auf gleicher Linie mit allen theilbaren Obligationen. So kann bei ihnen selbst eine Acceptilation theilweise vorgenommen werden, welche sogleich vollständige Wirkung hervorbringt (ff).

Und auch die oben angegebene Einschränkung gilt doch bei den generischen Obligationen nur, in sofern von einem einzelnen Genus die Rede ist. Wenn dagegen die Lieferung von Zehen Pferden versprochen wird, so gilt

(ee) *L. 2 § 1. 2, L. 85 § 4 de V. O. (45. 1), L. 26 § 13. 14 de cond. ind. (12. 6), L. 15 de leg. 2 (31. un.), L. 9 § 1 de sol. (46. 3), L. 34 § 10 eod.* (ff) *L. 2 § 3 de V. O. (45. 1), L. 17 de accept. (46. 4).*

Das als eine durch Zahl meßbare Quantität, so daß der Schuldner durch die Lieferung von Fünf Pferden sogleich zur Hälfte der Schuld sichere Befreiung erhält (gg).

2. Der zweite Fall betrifft die für eine mögliche Eviction eingegangene *duplae stipulatio*, die gleichfalls unter die untheilbaren Obligationen, aber mit Unrecht, gerechnet wird. Denn die wahre Leistung in dieser Obligation ist eine Geldzahlung, die so theilbar ist, wie jedes andere Geldversprechen. Untheilbar ist nur die Vertretung des Gläubigers (*defensio*), die allerdings vollständig, nicht zum Theil, gewährt werden muß, wenn sie die Verurtheilung in das doppelte Kaufgeld abwenden soll. Aber diese Vertretung ist nur ein Schutzmittel für den Schuldner, nicht Gegenstand der Obligation, und auf sie kann nicht geklagt werden. Also gehört diese Bestimmung gar nicht unter die untheilbaren Obligationen (hh).

3. Endlich wird noch erwähnt der Fall der drei Theilungsklagen. Wenn in einer solchen, nach der *Litiscontestation*, eine Partei stirbt, so sollen die Erben nicht theilweise den Rechtsstreit fortführen dürfen. Sie sollen vielmehr Alle vereinigt den Streit fortführen, oder einen

(gg) *L. 54 pr., L. 117 de V. O. (45. 1)*. Vgl. *L. 29 de sol. (46. 3)*. 62 § 1 *de evict.* (21. 2). In der Erklärung dieser Stellen finden sich im Einzelnen manche

(hh) *L. 85 § 5, L. 4 § 2 de V. O. (45. 1), L. 130 eod., L. trop C. 197—214*. Schwierigkeiten. Vgl. Ribben-

gemeinsamen Procurator bestellen (ii). Diese Vorschrift hat eine bloß prozessualische Natur, ist aber sehr zweckmäßig, schon deswegen, weil in diesen Klagen jede Partei zugleich Kläger und Beklagter ist, eine Theilung unter den Erben also große Verwickelungen herbeiführen könnte.

§. 33.

IV. Gegenstand der Obligation. Theilbare, untheilbare Leistungen (Fortsetzung).

Nachdem zuerst die verschiedenen Gesichtspunkte für theilbare Obligationen aufgestellt (§ 31), dann aber die einzelnen Fälle der untheilbaren angegeben worden sind (§ 32), ist nunmehr der praktischen Behandlung der untheilbaren Obligationen näher zu treten, womit unsere gesammte Aufgabe erledigt seyn wird.

Wir müssen dabei zunächst auf die bereits erwähnten Gesichtspunkte zurückgehen, an deren Ordnung wir uns anzuschließen haben werden.

• I. Im Verhältniß eines Gläubigers zu einem Schuldner macht die Behandlung der untheilbaren Obligationen nicht die geringste Schwierigkeit. In diesem Verhältniß zeigte sich die Wirkung der Theilbarkeit darin, daß der Gläubiger sein Recht theilweise, durch wiederholte Kla-

(ii) *L. 48 fam. herc. (10. 2).*

gen, verfolgen, der Schuldner seine Schuld theilweise, durch wiederholte Erfüllungen, tilgen konnte. Diese zweifache Möglichkeit fällt bei den untheilbaren Obligationen hinweg, die ihrer Natur nach nur im Ganzen eingeklagt und getilgt werden können. Dieser Unterschied aber von den theilbaren Obligationen ist nicht einmal von großer praktischer Erheblichkeit.

II. Wenn mehrere Gläubiger, oder mehrere Schuldner, in einer und derselben Obligation ursprünglich vorhanden sind, so ist bei den theilbaren Obligationen die Regel die, daß die Obligation unter diesen Mehreren ipso jure getheilt ist. Neben dieser Regel aber steht die mögliche Ausnahme, die durch besondere Willkür der Betheiligten herbeigeführt werden kann, nach welcher die Obligation nicht getheilt ist, sondern auf jeden Gläubiger oder jeden Schuldner als Ganzes sich bezieht. Diese Ausnahme bildet die oben abgehandelte wichtige Lehre von den Correalobligationen.

Nun ist es einleuchtend, daß die eben erwähnte Regel bei den untheilbaren Obligationen gar nicht durchgeführt werden kann, und unsere Aufgabe geht nun dahin, für diese Regel ein Surrogat aufzusuchen.

Dagegen ist die Ausnahme (die Correalobligation) bei den untheilbaren Obligationen völlig eben so ausführbar, wie bei den theilbaren.

III. Wenn ein Gläubiger oder ein Schuldner stirbt, und mehrere Erben hinterläßt, so ist unter diesen die Forderung oder die Schuld ipso jure getheilt.

Auch diese Regel ist unausführbar bei den untheilbaren Obligationen, und unsere Aufgabe geht gleichfalls dahin, ein Surrogat für die Regel zu finden (a).

Wir suchen also hier für die untheilbaren Obligationen Surrogate unausführbarer Regeln in zwei Fällen, die

(a) Ich habe mich hier auf die Hauptfälle beschränkt, worin untheilbare Obligationen Schwierigkeit machen können, um nicht den Gang der Untersuchung durch zu viel Einzelnes zu stören. Es kommen aber außerdem noch folgende Fälle vor. 1. Die *L. Falcidia* hatte verordnet, daß der Erbe bei einer überlasteten Erbschaft von jedem Legat so viel zurückbehalten dürfe, als zu einem Reinertrag von dem vierten Theil der Erbschaft nöthig wäre. Bei theilbaren Obligationen geschah Dieses unmittelbar durch Abrechnung, bei untheilbaren erhielt der Legatar das volle Legat, mußte aber den dadurch dem Erben fehlenden Werth in Geld heraus zahlen. *L. 80 § 1 ad L. Falc.* (35. 2). — 2. *Paulus* sagt in *L. 2 § 4 de V. O.* (45. 1): *Idemque est in ipso promissore, et fidejussoribus ejus, quod diximus in hereditibus.*“, Diese ungenau ausgedrückte

Stelle läßt mancherlei Deutungen zu. Vielleicht dachte dabei *Paulus* blos an die unmittelbar vorher erwähnten Einschränkungen bei generischen und alternativen Obligationen, von denen er gesagt hatte, daß sie auch bei den Erben des Schuldners eintreten, und von denen er jetzt Dasselbe bei den Bürgen bemerken will. Vielleicht wollte er sagen, die *ep. D. Hadriani* (das *beneficium divisionis*) falle weg bei untheilbaren Obligationen. Vielleicht ist *fidejussoribus* eine Interpolation, und *Paulus* sprach von *sponsoribus*, deren Anspruch aus der *L. Furia* auf Theilung ipso jure (*GAJUS III 121*) bei untheilbaren Obligationen gleichfalls wegfallen mußte (*SCHURL p. 24*). Jede dieser an sich möglichen Deutungen führt zu einem unzweifelhaft richtigen Resultat. Es ist also gleichgültig, worin der wirkliche Gedanke des *Paulus* bestand.

an sich verschieden, aber nahe verwandt sind. Diese zwei Fälle verschieden zu behandeln, ist kein innerer Grund vorhanden, so daß wir vielmehr eine gleichartige Behandlung erwarten dürfen. Auch wird sich diese in der Folge durch quellenmäßige Zeugnisse bestätigen.

Der erste der beiden angegebenen Fälle (ursprünglich mehrere Gläubiger oder Schuldner) wird ungleich seltener erwähnt, als der zweite (Erben eines ursprünglichen Gläubigers oder Schuldners). Am häufigsten kommt er noch vor bei Testamenten, worin der Erblasser eine untheilbare Obligation als Legat mehreren seiner Erben zu entrichten auflegt. Eine Entstehung dieses Falles durch Vertrag finde ich nur einmal erwähnt von Paulus (b), welcher von einer Prädialservitut spricht, deren Errichtung mehrere Miteigenthümer desselben Grundstücks durch Stipulation sich versprechen lassen. Der Grund dieser seltenen Erwähnung liegt wohl in der Schwierigkeit der Ausführung eines solchen Vertrags. Daher wird man sich wohl meist geholfen haben, indem man entweder gar keine Obligation in die Mitte stellte, sondern gleich unmittelbar die Wirkung einer Obligation herbei zu führen suchte (z. B. durch Errichtung einer Prädialservitut vermittelst der *in jure cessio*), oder aber, indem man eine Correalobligation eintreten ließ (z. B. bei einem von Mehreren übernommenen Bauwerk), wobei keine Schwierigkeit und kein Zweifel eintrat. Man

(b) *L. 10 de serv. praed. rust.* (8. 3).

brauchte nun kein Surrogat, weil man die Regel selbst umging. — Anders verhält es sich mit mehreren Erben. Deren Eintritt ist niemals vorherzusehen, noch durch Vorsicht zu verhüten. Daher wird denn auch der zweite Fall so viel häufiger erwähnt, als der erste.

Für den Fortgang der Untersuchung wird es förderlich seyn, wenn wir uns durch eine vorläufige Betrachtung klar zu machen suchen, durch welche Mittel unsere doppelte Aufgabe gelöst, also ein Surrogat für die zwei angegebenen unausführbaren Regeln gefunden werden konnte. Es bieten sich dazu drei verschiedene Wege dar.

A. Eine natürliche und billige Auskunft kann darin gefunden werden, daß sich die mehreren, neben einander stehenden, Personen zu einem gemeinsamen Handeln einigen, indem sie klagen oder verklagt werden durch einen Procurator, den sie gemeinschaftlich aufstellen. Daß Dieses durch freiwilligen Entschluß stets möglich ist, kann auch ohne besondere Vorschrift keinen Zweifel haben. Bei mehreren Gläubigern wird eine solche Einigung auch nicht selten dadurch bewirkt werden, daß ihr gemeinsamer Vortheil die Beschleunigung des Ausgangs wünschenswerth macht (c); seltener wird sie unter mehreren Schuldnern zu Stande kommen, weil diese, wenn sie es überhaupt zur Klage kommen lassen, vielmehr suchen werden, den Austrag der

(c) Es entsteht dann durch schulb von dem Preussischen Landfreie Einigung dasselbe Verhältniß, recht allgemein vorgeschrieben ist, welches für die active Correal- f. o. § 27. b.

Sache zu hemmen. Dann würde es einer gesetzlichen Vorschrift, eines Zwanges zum gemeinsamen Handeln, bedürfen, der aber dem Gang des Römischen Prozesses weniger entsprechend ist, als unserer heutigen Prozeßgesetzgebung (d).

B. Eine andere mögliche Auskunft liegt darin, daß man die untheilbare Obligation als eine solidarische behandelt, also ähnlich einer Correalschuld. — Es wird gezeigt werden, daß dieser Weg in der That eingeschlagen worden ist, jedoch nur, wenn mehrere Schuldner neben einander stehen.

C. Eine dritte Auskunft mußte den Römischen Juristen sehr nahe liegen. Seit der Einführung des Formular-Prozesses konnten alle Verurtheilungen nur auf baares Geld gerichtet werden (e). Wenn man nun diesen unfehlbaren Ausgang des Rechtsstreits in Gedanken auf den Anfang desselben übertrug, so wurde dadurch jede an sich

(d) Nur in zwei ganz einzelnen Fällen wird hier ein Zwang zur Bestellung eines gemeinsamen Procurators erwähnt. Erstlich bei den Theilungsklagen, wenn eine Partei während des Prozesses stirbt (§ 32. ii). Zweitens bei der cautio judicatum solvi, so lange bei derselben noch die (an sich untheilbare) cautio de re defendenda in Betracht kommt. L. 5 § 7, L. 6. *jud. solvi* (46. 7). Sobald das Urtheil gesprochen ist,

also nur noch Geld zu zahlen bleibt, ist diese Obligation völlig theilbar, also keine künstliche Maßregel mehr nöthig. L. 2 § 2 *de stip. praet.* (46. 5). In dieser letzten Stelle enthalten die Worte: *quamvis possit dici etc.* nur einen Zweifelsgrund, der sich aber durch die angegebene Unterscheidung beseitigt, so daß also kein Widerspruch zwischen den eben angeführten Stellen anzunehmen ist.

(e) Gaius Lib. 4 § 48.

untheilbare Obligation völlig theilbar. Denn die Verpflichtung zu einer Prädialservitut oder zur Anfertigung eines opus löst sich nun in eine Geldschuld auf, und alle Geldschulden sind theilbar. — Es wird gezeigt werden, daß dieser Weg für den Fall mehrerer neben einander stehenden Gläubiger in der That eingeschlagen worden ist. In Anwendung auf mehrere Schuldner wird diese Auskunft nur als die vereinzelt Meinung eines älteren Juristen erwähnt (§ 34. n). Indessen hätte dafür noch der Grund geltend gemacht werden können, daß diese Behandlung unzweifelhaft eintritt, wenn eine untheilbare Leistung nicht zum Gegenstand der Obligation gemacht, sondern vielmehr nur als die Bedingung ausgedrückt wird, in deren Ermangelung eine bedungene Geldstrafe eintreten soll. Denn diese Geldstrafe ist, so wie jede Geldschuld, stets theilbar (§ 31. o, § 34. p).

In der praktischen Behandlung der untheilbaren Obligationen ist nun zuerst völlig zu unterscheiden die Lage mehrerer Schuldner von der Lage mehrerer neben einander stehenden Gläubiger. Der innere Grund dieser Unterscheidung liegt aber darin. Wenn der ursprüngliche Schuldner stirbt und mehrere Erben hinterläßt, so kann dadurch der Gläubiger in seiner rechtsbegründeten Erwartung, daß er nur mit Einem Schuldner zu thun haben werde, beeinträchtigt werden, und der hieraus entstehende

Nachtheil ist so viel als möglich zu verhüten. Ein ähnlicher Nachtheil für den Schuldner kann aber nicht eintreten, wenn der Gläubiger mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt, da ihm die Leistung an Mehrere nicht schwerer werden wird, als die an einen Einzelnen.

Die hier aufgestellte Ansicht hat in unseren Rechtsquellen mannichfaltige Anerkennung gefunden, theils in unmittelbar praktischen Regeln, theils als Grund eines Zweifels für manche Fälle. Es hat sich daraus der wichtige allgemeine Grundsatz gebildet, daß bei untheilbaren Obligationen jeder Erbe des Schuldners in solidum verpflichtet ist (f).

§. 34.

IV. Gegenstand der Obligation. Theilbare, untheilbare Leistungen (Fortsetzung).

Ueber die praktische Behandlung der einzelnen Fälle untheilbarer Obligationen sind folgende Regeln zu bemerken:

A. Wenn mehrere Schuldner neben einander stehen.

(f) *L. 192 pr. de R. J.* redum conditio obligationis (50. 17) „Ea, quae in partes immutatur.“ *L. 2 § 2 de stipul. praet.* (46. 5) in den Worten: „singulis heredibus debentur.“ quamvis possit dici etc., worüber die Note d. zu vergleichen ist. — Vgl. *L. 2 § 2 de V. O.* (45. 1) „non enim ex persona he-

I. Obligation auf Errichtung einer Prädialservitut (dandi obligatio).

Unter mehreren Erben des ursprünglichen Schuldners ist Jeder in solidum verpflichtet; er kann aber Das, welches er ganz gezahlt hat, von seinen Miterben theilweise ersetzt verlangen mit der actio familiae herciscundae, und zwar nach Verhältniß der Erbtheile (a).

Völlig dieselbe Regel ist auch anzuwenden auf mehrere ursprüngliche Schuldner. Hat also ein Testator seinen zwei Erben die Verpflichtung auferlegt, dem Nachbar eine Prädialservitut zu errichten, so kann Jeder dieser beiden Schuldner in solidum verklagt werden, und er hat dann den Regreß gegen den Mitschuldner (b).

Berwandt mit diesen beiden Regeln, aber nicht damit zu verwechseln, ist eine Regel, welche die confessorische Klage bei einer schon errichteten Prädialservitut betrifft. Der Inhaber der Servitut, welcher mehreren Miteigenthümern des belasteten Grundstücks (z. B. mehreren Miterben) gegenüber steht, kann gegen Jeden derselben confessorisch in solidum klagen (c).

(a) L. 2 § 2, L. 72 pr. de V. O. (45. 1), L. 25 § 10 fam. herc. (10. 2), L. 17 de serv. (8. 1). — Ueber den Zusammenhang dieses Regreßrechtes mit den allgemeinen Regeln über die Correalschulden vgl. oben § 23 g.

(b) L. 25 § 11 fam. herc. (10. 2), L. 11 § 24 de leg. 3

(32. un.), L. 80 § 1 ad L. Falc. (35. 2).

(c) L. 4 § 4 si serv. (8. 5), L. 7 de serv. leg. (33. 3). In dieser letzten Stelle ist von der vindication der Servitut die Rede, welches ein legatum vindicationis voraussetzt. Daher gehört die Stelle nicht zu unserer hier

II. Obligation auf Ausführung eines opus (faciendi obligatio).

Der Fall mehrerer Erben des ursprünglichen Schuldners, der sonst so häufig vorkommt, wird hier nicht besonders erwähnt. Dagegen findet sich in einer schon oben mitgetheilten Stelle (d) der allgemeine Ausspruch, daß eine solche Obligation ganz auf gleicher Linie stehe mit der Obligation auf Errichtung einer Prädialservitut, daß sie völlig untheilbar sey, und daß jeder Versuch, sie zu theilen, die Stipulation corrumpiren würde. Dieser Ausspruch umfaßt in seiner Allgemeinheit beide Fälle: den Fall mehrerer Erben des Schuldners, und den Fall mehrerer ursprünglichen Schuldner.

Dieser letzte Fall aber wird in einer Reihe von Stellen besonders erwähnt, in welchen die Rede ist von einem Legat, wodurch mehreren Miterben die Errichtung eines opus auferlegt ist (e). Von diesem Legat wird

unmittelbar vorliegenden Frage, welche ein damnationis legatum, als Entstehungsgrund einer Obligation, voraussetzt, und worauf sich die Stellen in der Note b. beziehen.

(d) *L. 72 pr. de V. O.* (45. 1), abgedruckt in § 32. u. Von den Worten: *fundum tradi* in dieser Stelle ist in dem § 32. ausführlich die Rede.

(e) *L. 85 § 2 de V. O.* (45. 1), *L. 11 § 23. 24 de leg. 3* (32. un.), *L. 44 § 8 fam. herc.* (10. 2), *L. 80 § 1 ad L. Falc.* (35. 2). — Ein Zweifel könnte entstehen aus *L. 49 § 4 de leg. 2* (31. un.), nach welcher der Erbe, dem ein Erbtheil accrescirt, auch für diesen Theil beitragen soll zu einem den Erben auferlegten opus. Dieses bezieht sich aber nicht auf das Verhältniß zum Glaubiger (der gegen jeden Erben in *solidum*

gesagt, daß jeder Miterbe in solidum verpflichtet sey, daß er aber, wenn er das ganze opus errichtet habe, oder dafür im Wege des Prozeßes zur Geldentschädigung verurtheilt sey, den Regreß gegen die Miterben mit der familiae herciscundae actio habe. Für diese Regeln werden noch als Bestätigung die Rescripte mehrerer Kaiser angeführt. — Der ganze Fall wird also völlig gleich behandelt mit dem Fall der Obligation auf Errichtung einer Prädialservitut.

Damit scheint also für den Fall des opus Alles klar und entschieden. Und dennoch wird von den meisten neueren Schriftstellern eine ganz abweichende Lehre vorgezogen. Der Beweis wird hergenommen aus derselben Stelle des Ulpian, deren erste Hälfte so eben als Zeugniß für die richtige Lehre an die Spitze gestellt worden ist (f). Auf diese, schon oben mitgetheilte, erste Hälfte jener Stelle folgen nämlich diese Worte:

Celsus tamen lib. 38. Digestorum refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere; ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem. Secundum quem Celsus ait posse dici, juxta aestimationem facti dandam esse petitionem.

Klagen kann), sondern auf die spätere Angleichung unter den Miterben.

(f) L. 72 pr. de V. O. (45. 1), f. o. § 32. u.

Bekanntlich findet sich eine große Zahl von Stellen in den Digesten, worin der Verfasser seine Meinung über eine vorliegende Frage nicht unmittelbar selbst vorträgt, sondern darüber bloß die Meinung eines Anderen angiebt, die er eben dadurch stillschweigend billigt, und als Ausdruck seiner eigenen Meinung benutzt. So ist denn auch die hier vorliegende Stelle von den allermeisten Schriftstellern aufgefaßt worden, und um den Widerspruch mit den übrigen Zeugnissen zu entfernen, wurde nun auf sehr subtile Weise unterschieden, unter welchen Voraussetzungen die *faciendi obligatio* untheilbar sey, unter welchen dagegen sie in eine Geldschuld aufgehe, wodurch sie dann theilbar werde.

Am Ausführlichsten hat diese Erklärung der Stelle *Donellus* in folgender Weise durchgeführt (g). Die Verpflichtung zu einem *opus* ist zunächst eine reine *faciendi obligatio*, und als solche völlig untheilbar. Allein in den ersten Tagen und Wochen kann man doch dem Schuldner keinen Vorwurf darüber machen, daß er einen vielleicht großen, weitläufigen Bau noch nicht ausgeführt habe; vielmehr muß man den Ablauf der Zeit abwarten, in welcher die Ausführung möglich gewesen wäre. Von diesem Zeit-

(g) *DONELLUS* in tit. D. de verb. oblig., L. 72, N. 25 sq. N. 50 sq. — Ihm sind die meisten Neueren gefolgt, wengleich nicht ohne manche Abweichungen im Einzelnen. Vgl. *Ribbentrop* §. 223—227. §. 231, *SCHEURL* p. 35—37. p. 40. p. 102. — Auch schon *SC. GENTILIS* l. c., am Schluß des letzten Kapitels, bekennt sich in wenigen Worten zu derselben Meinung.

punkt an tritt eine wesentliche Verwandlung der Obligation ein. An die Stelle der ursprünglichen *faciendi obligatio* tritt jetzt eine Geldschuld auf das Interesse, und diese ist, so wie jede Geldschuld, völlig theilbar, so daß also diese ganze Obligation, von der Zeit an, in welcher sie überhaupt eingeklagt werden kann, stets theilbar ist (h).

Aus folgenden Gründen halte ich diese ganze Lehre für völlig verwerflich.

Erstlich wird in mehreren Stellen, unterstützt durch ein kaiserliches Rescript, die vollkommen gleiche Behandlung der Obligationen auf eine Servitut und auf ein *opus*, ausgesprochen (i). Da nun die Obligation auf eine Servitut, welches Niemand bezweifelt, von Anfang bis zu Ende untheilbar ist, und daher auf mehreren Schuldnern solidarisch haftet (Note a. b), so muß nothwendig Dasselbe auch für die Obligation auf ein *opus* angenommen werden.

(h) Die ganze Erklärung geht darauf aus, den Widerspruch zu vermitteln zwischen der von Ulpian Anfangs behaupteten Untheilbarkeit der *operis obligatio* („*Idem puto, et si quis*“ . . .) und der nachher von Tubero (und angeblich auch von Ulpian) angenommenen Theilbarkeit. Die Vermittlung wird nun gesucht in den Worten: „*si non fuerit factum, pecuniam dari oportere*.“ Diese Worte sollen heißen: sobald die Zeit der möglichen Ausführung verstrichen ist, verwandelt sich die (untheilbare) *faciendi obligatio*

in eine (theilbare) Geldschuld. — Eine nur scheinbare Unterstützung liegt in *L. 14, L. 84 de V. O.* (45. 1), nach welchen Stellen allerdings nicht geklagt werden kann, so lange die Ausführung noch nicht möglich war. Allein diese Stellen sagen kein Wort davon, daß von dieser Zeit an die Natur und der Gegenstand der Klage sich verändere.

(i) *L. 11 § 24 de leg. 3* (32. un.), *L. 80 § 1 ad L. Falc.* (35. 2), *L. 72 pr. de V. O.* (45. 1) in den Worten: „*Idem puto, et si quis*“ . . .

Zweitens wird von mehreren einzelnen Schuldnern eines opus ausdrücklich gesagt: in solidum tenentur (k). Dieser Ausdruck aber hat nicht nur in unserer gegenwärtigen Lehre, sondern überall, wo von Correalschulden die Rede ist, keine andere Bedeutung, als die, daß jeder einzelne Schuldner auf die ganze Schuld sich muß verklagen und verurtheilen lassen, ganz im Widerspruch mit der Lehre des Donellus. Diesem Einwurf sucht Donellus dadurch vorzubeugen, daß er hier dem Ausdruck: in solidum tenentur eine ganz andere, willkürliche Deutung giebt. Es soll damit gesagt werden, wenn Einer der Schuldner durch freiwillige Leistung die Klage abwenden wolle, so müsse er das ganze opus ausführen; auf den Inhalt und Erfolg der Klage selbst soll der Ausdruck nicht gehen (1).

Endlich erscheint jene Lehre noch besonders verwerflich, wenn man erwägt, von welcher Zeit an, und aus welchem Grunde, die angebliche Verwandlung der Obligation vor sich gehen soll. Die solidarische Obligation ist überall ein Vortheil des Gläubigers, ein Nachtheil für die Schuldner.

(k) *L. 11 § 23 de leg. 3* (32. an.), *L. 80 § 1 ad L. Falc.* (35. 2), *L. 85 § 2 de V. O.* (45. 1).

(1) Eine schwache Unterstützung dieser Behauptung könnte gesucht werden in den besonderen Umständen des Rechtsfalles, worauf sich das Rescript in *L. 11 § 23 de*

leg. 3 (32. an.) bezieht. Die Kaiser wollten den guten Willen der anfragenden Procula unterstützen, durch freiwillige Leistung die Klage abzuwenden. Wenn es dennoch zur Klage gegen die Procula gekommen wäre, hätte sie gewiß den vollen Geldwerth des opus zahlen müssen.

Von diesem Nachtheil nun sollen die Schuldner befreit werden in dem Zeitpunkt, in welchem man ihnen zuerst eine tadelnswerthe Versäumnis, also eine entschiedene Rechtsverletzung, vorwerfen kann. Eine umgekehrte Verwandlung der Obligation hätte offenbar noch mehr Sinn, als diese. — Es ist aber noch besonders zu bemerken, daß überhaupt kein Fall vorkommt, in welchem eine Obligation, die einmal als solidarisch angefangen hat, diese Natur in der Folge verändert, und in den Zustand einer getheilten Obligation übergeht.

Das Gewicht dieser Gründe würde die ganze bisher geprüfte Erklärung schwerlich haben aufkommen lassen, wenn man nicht das unabweisliche Bedürfnis vorausgesetzt hätte, die Meinung des Ulpian, die er mit seinen eigenen Worten vorträgt („Idem puto“ etc.) mit der Meinung des Tubero, die von Ulpian gleichfalls als seine eigene Meinung anerkannt seyn soll, zu identificiren, welche schwere Aufgabe man nur auf dem Wege der oben dargestellten Unterscheidung von zwei Stadien in demselben Rechtsverhältnis lösen zu können glaubte. Aber gerade jene Voraussetzung ist es, die ich durchaus verwerfen muß. Wenn die alten Juristen einen fremden Ausspruch anführen, um denselben als den Ausdruck ihrer eigenen Meinung zu benutzen, so geschieht es gewöhnlich so, daß sie über eine aufgeworfene Rechtsfrage sich nicht selbst aussprechen, sondern einen (stillschweigend gebilligten) anderen Schriftsteller für sich reden lassen. In unserer

Stelle aber hatte sich Ulpian bereits ganz bestimmt, und ohne Andeutung eines Zweifels, über die Frage selbst ausgesprochen, und nun konnte ein fremder Ausspruch nicht mehr zu jenem Zweck dienen, nur etwa zur Bestärkung der eigenen Meinung, oder umgekehrt, um zu bemerken, daß die Frage controvers sey. — Erwägen wir unbefangen diese Umstände, so werden wir folgende Erklärung der gesammten Stelle eben so einfach und natürlich finden, als befriedigend für die vorliegende Frage im Ganzen. Ulpian sagt zuerst, die Obligation zur Errichtung einer Servitut sey untheilbar. Er sagt ferner, ganz Dasselbe gelte (*Idem puto*) von der Obligation zu einem *opus*. Damit ist die Sache selbst erschöpft, und Ulpian findet sich in völliger Uebereinstimmung mit allen übrigen Stellen in den *Digesten*, nur ohne die nothwendigen Folgen jener Untheilbarkeit (*Solidarität* und *Regreß*) hier zu erwähnen, die er stillschweigend voraussetzt. Am Ende aber, und zum Ueberfluß, fügt er noch eine literarische Curiosität hinzu von folgendem Inhalt:

„Es muß jedoch bemerkt werden, daß, nach der Erzählung des *Celsus*, *Tubero* einmal eine ganz andere Meinung aufgestellt hat. Nach ihm soll die Obligation zu einem *opus* („*ubi quid fieri stipulemur*“), wenn Dieses nicht geleistet wird, sogleich in eine Geldschuld verwandelt seyn („*pecuniam dari oportere*“), und also (wie jede Geldschuld) theilbar werden. *Celsus* fügt

hinzü, nach dieser Meinung des Tubero müffe die Klage selbst gerichtet werden auf den in Geld abgeschätzten Werth des opus" (m).

Nach dieser Erklärung ist in der ganzen Stelle des Ulpian nicht die Rede von einer nach Zeiträumen verschiedenen Behandlung der operis obligatio, sondern von zwei entgegengesetzten, völlig unvereinbaren, Meinungen, deren eine nur als eine fast verschollene Merkwürdigkeit aus sehr alter Zeit angeführt wird (n). Dadurch wird die völlig gleiche Behandlung der Obligationen auf eine Servitut und auf ein opus außer Zweifel gesetzt.

III. Obligation auf eine untheilbare Unterlassung (§ 32. z. aa. bb).

Der Grundsatz ist hier derselbe, wie in den vorhergehenden Fällen. Wenn also auch nur Einer der Mit-

(m) Diese Schlußbemerkung ist deshalb nicht unwichtig, weil aus ihr klar hervorgeht, daß Tubero an eine reine operis stipulatio, ohne hinzugesügte Geldstrafe, gedacht hat. Denn neben einer poenae stipulatio kann von einer Abschätzung des Werthes nicht die Rede seyn. Vgl. Note p.

(n) Zur Unterstützung dieser Erklärung können noch folgende Umstände dienen. Wenn Ulpian und seine Zeitgenossen bei der Erörterung praktischer Fragen ältere Autoritäten benutzen wollen, so gehen sie nicht leicht bis auf die Stifter der zwei Schulen (Labeo

und Capito) zurück, noch weniger auf Schriftsteller aus der Zeit der Republik. Ferner hat sich Ulpian nicht einmal die Mühe gegeben, die Schrift des Tubero selbst einzusehen, er führt sie nur an aus Gelsus, der übrigens auch weit entfernt ist, eine Uebereinstimmung mit Tubero kund zu geben. Endlich ist noch zu bemerken, daß die Schriften des Tubero wegen ihrer alterthümlichen Schreibart unbeliebt waren. L. 2 § 46 de O. J. (1. 2). — Der einzige neuere Schriftsteller, bei welchem ich die hier aufgestellte Erklärung finde, ist MIRENDA controvers. Lib. 8 C. 28.

Schuldner die Handlung, welche unterbleiben sollte, vornimmt, so sind Alle in solidum verpflichtet, weil für den Glaubiger die Person, die ihn in seinem gerechten Anspruch auf Unterlassung stört, gleichgültig ist. — In der Art des Regresses unter den Mitschuldnern findet sich aber folgender, in der Natur der Sache liegender, Unterschied. Bei den vorhergehenden Obligationen (Servitut und opus) geht der Regress dahin, daß jeder Mitschuldner die dem klagenden Glaubiger zugesprochene Leistung pro rata trage, also jeder Miterbe nach Verhältnis seiner Erbportion. Bei der Obligation auf eine untheilbare Unterlassung bewirkt der Regress, daß der einzelne Urheber der Rechtsverletzung die Leistung an den Glaubiger ausschließend trage, die übrigen Mitschuldner davon völlig frei gehalten werden. (o).

Blicken wir zurück auf die hier zusammengestellten Fälle der untheilbaren Obligationen (Servitut, opus, Unterlassung), so finden wir überall einen und denselben Grundsatz durchgeführt: mehrere Schuldner sind hier in

(o) L. 2 § 5, L. 3 pr. § 1, L. 4 pr. § 1, L. 85 § 3, L. 131 pr. de V. O. (45. 1), L. 25 § 12, L. 44 § 5 fam. herc. (10. 2). — Bei neueren Schriftstellern ist häufig ein ungegründeter Zweifel entstanden, indem in L. 4 § 1 de V. O. (45. 1) die Construction der Worte: „Sed

videamus ne“ etc. mißverstanden wurde. Man muß sich überzeugen, daß in dieser Stelle Paulus mit Gato nicht im Widerspruch steht, sondern völlig einverstanden ist. Dieser Punkt ist ganz befriedigend ausgeführt worden von SCHEURL p. 26—29.

solidum verpflichtet. Wir müssen jedoch fest im Auge behalten, daß dieser Grundsatz nur anzuwenden ist, wenn in der That diese untheilbaren Obligationen als solche in Betracht kommen, also wenn die Stipulation selbst auf eine Servitut, ein opus, eine Unterlassung, gerichtet ist. Ganz anders verhält es sich, wenn jene Leistungen nicht in obligatione, sondern in conditione sind, indem eine Geldstrafe versprochen wird für den Fall, daß die Servitut oder das opus nicht errichtet werde, oder die Unterlassung nicht eintrete. Denn nun ist die Obligation selbst auf eine Geldzahlung gerichtet, und eine solche Obligation ist stets theilbar (p).

Durch die hier aufgestellten Regeln über das Verhältniß mehrerer Schuldner bei untheilbaren Obligationen ist nun auch ein oben vorbehaltenes Stück in der Lehre von den Correalschulden (§ 16. b. und § 17. a) als erledigt zu betrachten. Dieses Verhältniß ist als eine wahre, eigentliche, Correalschuld im strengsten Sinne des Wortes, zu betrachten, und es hat durchaus dieselbe Natur, wie wenn durch Stipulation duo rei promittendi entstehen, da es in der That eine und dieselbe Obligation ist, die sich ganz, ungetheilt, auf mehrere Schuldner bezieht. Der Fall ist also wesentlich verschieden von dem Fall einer

(p) Vgl. oben § 31. o.

unächten Correalschuld, worin mehrere, von einander unabhängige, Obligationen in einem solchen Verhältniß zu einander stehen, daß die Tilgung der einen zugleich die andere aufhebt, indem sie ihr ihren Gegenstand entzieht (§ 16. c. § 20. 21).

Die hier dargestellten Fälle sind also in der That so beschaffen, daß in ihnen eine wahre Correalschuld ohne den erklärten Willen der betheiligten Personen, also ipso jure, entsteht (q).

Die Richtigkeit dieser Annahme wird besonders einleuchtend durch die Betrachtung eines der hierher gehörenden Fälle, wenn nämlich schon ursprünglich mehrere Schuldner in eine untheilbare Obligation eintreten (Note b). In diesem Fall konnten die Urheber der Schuld ein wahres Correalverhältniß ausdrücklich feststellen, nur eine getheilte Schuld war unmöglich (§ 33). Daher ist es eine sehr natürliche Annahme, daß man sich dieser Lage der Sache auch wirklich bewußt gewesen ist, und eine wahre Correal- schuld gewollt hat, nur ohne Dieses ausdrücklich zu sagen.

(q) Ribbentrop § 21—24 (besonders S. 241) will nur große Ähnlichkeit zwischen diesen Fällen gelten lassen, ohne sie unter denselben Gattungsbegriff zu stellen, weil doch auch wesentliche Verschiedenheit Statt finde. Allein Alles, was er in den § 4—6 über den Begriff der eigentlichen Cor-

realschuld sagt, paßt auf unseren Fall vollkommen, und auch unter den praktischen Folgen der Correalschuld, wie sie oben angegeben worden sind (§ 18. 19), wüßte ich nicht eine einzige, die nicht auf unseren Fall völlig anwendbar wäre.

§. 35.

IV. Gegenstand der Obligation. Theilbare, untheilbare Leistungen (Fortsetzung).

B. Praktische Behandlung der untheilbaren Obligationen, wenn mehrere Gläubiger neben einander stehen (vgl. § 33. 34).

I. Errichtung einer Servitut.

Wenn der Gläubiger stirbt und mehrere Erben hinterläßt, so kann jeder Erbe in solidum klagen (a), aber der Beklagte wird nicht auf das Ganze verurtheilt, sondern nur auf den Theil des Ganzen, welcher der Erbportion des Klägers entspricht (b). Dabei wird augenscheinlich vorausgesetzt, daß nachher jeder Miterbe in derselben Weise, und mit gleichem Erfolge, klagen werde.

Eben so, wenn gleich Anfangs mehrere Gläubiger in einer solchen Obligation neben einander stehen, soll jeder derselben in solidum klagen können (c), -und wir haben unbedenklich diese Regel aus den eben erwähnten näheren Bestimmungen für den Fall mehrerer Miterben zu ergänzen (d). Für diesen letzten Fall ist noch die Analogie

(a) L. 2 § 2 de V. O. (45. 1), L. 17 de serv. (8. 1), L. 25 § 9 fam. herc. (10. 2).

(b) L. 25 § 9 fam. herc. (10. 2).

(c) L. 19 de S. P. R. (8. 3).

(d) Es geschieht Dieses um so unbedenklicher, als am Schluß der L. 19 cit. beide Fälle als so gleichartig zusammengestellt werden, daß aus der Regel des einen Falles auf die des anderen ein Schluß gezogen wird.

des Falles zu beachten, wenn eine schon errichtete Servitut einem Grundstück zusteht, das augenblicklich mehrere Miteigenthümer hat. Jeder derselben kann die confessorische Klage in solidum anstellen, aber die Beurtheilung geht doch nur auf diejenige Summe, die dem persönlichen Interesse dieses Klägers, also seiner Quote am Eigenthum des Grundstücks, entspricht. Dieselbe Klage hat nachher jeder andere Miteigenthümer, welcher sogar den Gewinn des von seinem Mitgenossen früher geführten Rechtsstreites für sich benutzen kann (e). Dieser letzte Satz kann wohl ohne Bedenken auch auf unsern Fall angewendet werden, da in den angeführten Stellen beide Klagen (die persönliche und die confessorische) einer so völlig gleichen Behandlung unterworfen werden.

Unter den hier aufgestellten Regeln findet sich eine, die dazu geeignet ist, mancherlei Zweifel zu erregen. Jeder einzelne Glaubiger soll in solidum klagen, aber durch das Urtheil doch nicht das Ganze, sondern nur einen Antheil erlangen. Dieser Satz bezieht sich zunächst auf die Fassung der alten Formeln, und zwar insbesondere auf die Fassung der Intentio. Denn hätte der Kläger diese auf einen Theil der ganzen Obligation richten wollen (also auf *viam dari oportere pro parte dimidia oder tertia*), so würde er etwas Widersinniges und Unmögliches behauptet

(e) L. 4 § 3 *si serv.* (8. 5). Vgl. Savigny System B. 6 § 301 S. 479.

haben, weil Theile einer solchen Servitut gar nicht gedacht werden können. Das mußte vor Allem vermieden werden, darum lautete die Intentio auf *viam dari oportere* schlechthin, und daß diese Fassung dem Kläger nicht zu viel verschaffte, war schon durch die beschränktere Fassung der *Condemnatio* verhütet.

Aber auch eine nicht-unwichtige praktische Folge mochte sich an jene Fassung der Intentio anknüpfen. Wenn der Beklagte verurtheilt wurde, so hatte damit der Richter das Daseyn der ganzen Obligation anerkannt, und die Rechtskraft dieses Ausspruchs konnten die nachher klagenden Mitglaubiger für sich benutzen, so gut, als bei der confessorischen Klage (Note e).

Dagegen scheint es, daß auf der anderen Seite dieselbe Fassung der Intentio eine sehr gefährliche Folge für die Mitglaubiger hätte haben müssen. Durch jene Fassung war die ganze Obligation in *judicium* deducirt, also consummirt, folglich (so scheint es) konnten nun die Uebrigen gar nicht mehr klagen (§ 19. a. b). Daß Dieses nicht die Absicht, und nicht der wirkliche Erfolg seyn konnte, ist einleuchtend. Worin war aber Schutz gegen die erwähnte Gefahr zu suchen? Man könnte glauben, die nachfolgenden Kläger hätten jedesmal Restitution erhalten. Es ist aber nicht wahrscheinlich, daß man eine Regel, wie die oben erwähnte, hätte aufstellen, und sich über die gefährlichen, ja widersinnigen, Folgen derselben bloß durch die Aussicht auf eine mögliche Restitution hätte beruhigen sollen. —

Allein ich glaube, daß es einer Restitution für diesen Fall gar nicht bedurfte, indem die bekannten Formen des alten Prozesses ein regelmäßiges und ausreichendes Schutzmittel darboten. Wenn Jemand aus einer periodisch wiederkehrenden Forderung einen einzelnen Posten einklagen wollte, so ging gleichfalls die Intentio auf die Forderung im Ganzen. Damit aber nicht diese ganze Forderung, mit Einschluß aller künftig fällig werdenden Posten, consumirt werden möchte, wurde eine Präscription voran gesetzt in den Worten: *ea res agatur, cujus rei dies fuit* (f). Ganz eben so mag in unserem Fall eine Präscription gegeben worden seyn, etwa in den Worten: *ea res agatur de eo, quod* (oder: *quanti*) *Seji interest*. Beide Präscriptionen dienten dann gleichmäßig dazu, den gefährlichen Folgen vorzubeugen, die aus der unvermeidlichen weiten Fassung der Intentio hätten hervor gehen können (g).

II. Anfertigung eines opus.

Wenn der Gläubiger, der sich ein opus hatte versprechen lassen, mit Hinterlassung mehrerer Erben starb,

(f) GAIUS Lib. 4 §130—137.

(g) Man könnte glauben, daß in diesem Fall dadurch geholfen worden wäre, daß man eine *incerta intentio* auf die einzelne Person des gegenwärtigen Klägers gerichtet hätte, welche Auskunft wohl in anderen schwierigen Fällen angewendet wurde (Keller Zeitschrift XV. 147); allein Das hätte man unmöglich eine *actio in so-*

lidum nennen können. Ich denke mir die ganze Formel, wenn der Verstorbene A. Agerius hieß, der klagende Erbe aber Sejus, so faßt: *ea res agatur de eo, quod Seji interest. Si paret, N. Negidium heredibus A. Agerii viam per fundum Cornelianum dare oportere, quanti ea res est, condemna.*

so konnte die Frage entstehen, wie diese mehreren Erben ihre Rechte zu verfolgen hätten. Eben so, wenn das Versprechen des opus schon ursprünglich an mehrere Personen zugleich gegeben worden war.

Ich finde über diese Fragen in unseren Rechtsquellen keine Auskunft. Allein ich habe kein Bedenken, darauf ganz dieselben Regeln anzuwenden, welche so eben bei den Servituten aufgestellt worden sind. Also jeder einzelne Glaubiger klagt in solidum, aber der Schuldner wird nur verurtheilt für den Antheil, der diesem Kläger persönlich an der ganzen Forderung zukommt.

III. Untheilbare Unterlassung.

Wenn der Glaubiger mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt, und nun dem Vertrage zuwider gehandelt wird, so kann jeder einzelne Erbe nur in sofern klagen, als er persönlich durch die Störung einen Nachtheil erlitten hat.

Wenn also eine Stipulation so lautet: per te non fieri, quo minus ire agere liceat, und nach dem Tode des Glaubigers einer der Erben in dem Gebrauch des Weges gestört wird, so kann Dieser klagen, die Miterben, die nicht gestört wurden, können nicht klagen (h).

Bei den hier zusammen gestellten Fällen muß die schon oben aufgestellte Bemerkung (§ 33) in Erinnerung

(h) L. 2 § 6, L. 3 pr., L. 4 pr. de V. O. (45. 1).

gebracht werden, daß die mehreren Gläubiger die Verfolgung ihres Rechts dadurch erleichtern und vereinfachen können, daß sie gemeinschaftlich handelnd auftreten, indem sie einen gemeinsamen Procurator bestellen, der durch eine einzige Klage das Recht verfolgt.

Durch diese Erwägung verlieren denn auch die praktischen Bedenken ihr Gewicht, die man möglicherweise gegen die in dem gegenwärtigen Paragraphen vorgetragene Regeln, und insbesondere gegen die verschiedene Behandlung der Schuldner und der Gläubiger bei den untheilbaren Obligationen, erheben könnte.

§. 36.

IV. Gegenstand der Obligation. Theilbare, untheilbare Leistungen (Fortsetzung).

Zum Schluß der Lehre von den untheilbaren Obligationen ist noch die Frage zu beantworten, ob dieselbe auch noch im heutigen Recht als völlig anwendbar angesehen werden kann.

Die Entscheidung über diese Frage ist größtentheils abhängig von der Auffassung des Römischen Rechts selbst, und hierin habe ich schon mehrmals den herrschenden Meinungen widersprechen müssen (§ 32. 34). Ich muß aber jetzt diesen Widerspruch noch weiter ausdehnen, um

die heutige Anwendbarkeit jener Lehre gegen mehrere Einwürfe neuerer Schriftsteller zu vertheidigen.

Nach einer sehr verbreiteten Ansicht soll ein großer Theil der von den Römern hier aufgestellten Regeln auf dem für uns nicht mehr anwendbaren alten Formularrecht beruhen, anstatt daß nach meiner Ansicht die Römer von der einfachsten und natürlichsten Betrachtung des Gegenstandes ausgegangen sind, die auch für uns nicht wesentlich verschieden ausfallen kann.

Insbefondere wird behauptet, die eigenthümliche, uns fremde, Strenge der Römischen Stipulation habe in dieser Lehre großen Einfluß gehabt. Der Schein eines solchen Einflusses ist aber bloß aus dem ganz zufälligen und gleichgültigen Umstand hervorgegangen, daß die Römischen Juristen diesen Gegenstand bei Gelegenheit der allgemeinen Lehre von den Stipulationen abzuhandeln pflegen. Eine unbefangene Betrachtung der Sache muß uns nun überzeugen, daß bei den formlosen Verträgen weder der Begriff der untheilbaren Obligationen, noch die praktische Behandlung derselben, eine andere Natur, als bei den Stipulationen, gehabt haben kann. So konnte die Errichtung einer Wegefervitut durch Stipulation versprochen werden, die Obligation war dann untheilbar, und mehrere Erben des Schuldners waren in solidum verpflichtet (§ 34. a). Aber ganz dieselbe Obligation kann auch begründet werden durch einen formlosen Kaufvertrag (§ 32. d), und es ist durchaus kein Grund vorhanden,

hier eine andere Folge anzunehmen. Die Obligation ist nicht weniger untheilbar, und die Erben des Verkäufers müssen eben so in solidum haften. — Wenn der Unternehmer eines Baues durch Stipulation sich verpflichtet, so ist die Obligation untheilbar, und geht auf die Erben des Schuldners in solidum über (§ 34. d. e.). Aber dieselbe Obligation kann auch ohne Stipulation begründet werden, durch formlose operis locatio, und es ist wieder kein Grund vorhanden, in diesem Fall irgend eine andere Behandlung eintreten zu lassen, als im Fall der Stipulation.

Indessen ist man noch einen Schritt weiter gegangen. Nicht bloß das Mysterium der Stipulation, im Gegensatz der formlosen Verträge, soll viel Antheil haben an der Römischen Lehre von den untheilbaren Obligationen, sondern auch den Conventional=Stipulationen, im Gegensatz der prätorischen, wird mancher eigenthümliche Einfluß darauf zugeschrieben, und auch dadurch soll die heutige Anwendbarkeit der Römischen Lehre beschränkt werden. Die prätorischen Stipulationen nämlich sollen nicht der rücksichtslosen Strenge der anderen unterliegen, es soll in ihnen die vernünftige Billigkeit mehr Eingang finden, welches schon aus dem bei ihnen erwähnten *vir bonus* erkennbar sey, und so wird bei denselben manche Ausnahme von den vermeintlichen Regeln der Römer für die Conventional=Stipulationen behauptet (a). Für solche angeb-

(a) SCHEURL p. 83. 85. Gr *plus* (35. 3), L. 12. 17. 18 *jud.* beruft sich auf L. 3 § 6. 7 *si cui solvi* (46. 7).

liche praktische Unterscheidungen finde ich in den Aussprüchen der alten Juristen durchaus keinen Raum, und auch die hier angegebene Begründung derselben muß ich völlig verwerfen. In Fällen der Conventional-Stipulationen wird ganz dieselbe vernünftige Billigkeit der Beurtheilung wahrgenommen, und selbst dem *vir bonus* wird es ausdrücklich gestattet, seine menschlich milden Ansichten in denselben geltend zu machen (b).

Endlich wird auch noch besonderer Werth gelegt auf den alten Gegensatz von *certum* und *incertum*, welcher allerdings unserem heutigen Rechte fremd ist. Jedes *incertum*, als Gegensatz einer Stipulation, soll nämlich durchaus untheilbar seyn (c). Zu dieser Annahme ist durchaus kein Grund vorhanden. Die Stipulation eines Nießbrauchs ist *incerta*, wegen der ungewissen Lebensdauer: die Stipulation von Zinsen ist *incerta*, wegen der ungewissen Dauer der Kapitalschuld (d). Dennoch sind diese beiden Stipulationen unzweifelhaft theilbar.

Alle bisher geprüften Gründe können also die unbeschränkte heutige Anwendbarkeit der Römischen Lehre von

(b) *L. 137 § 2. 3 de V. O.* *id est ad virum bonum, remittamus*“ etc.
 (45. 1). In dem § 2 heißt es:
 „Cum ita stipulatus sum,
 Ephesi dari . . . magis est, ut
 totam eam rem ad iudicem,
 (c) *Rubo §. 31. 52.* Ihn
 widerlegt richtig SCHEURL p. 50.
 (d) *L. 75 § 3. 9 de V. O.*
 (45. 1).

den untheilbaren Obligationen nicht zweifelhaft machen. Dagegen ist allerdings Ein wichtiger Punkt übrig, in welchem wir genöthigt sind, die Anwendung derselben in einem etwas andern Sinn durchzuführen, als in welchem die alten Juristen dieselbe dachten.

Zur Zeit der alten Juristen ging jede Verurtheilung und Execution nur auf baares Geld, und von diesem Standpunkt aus müssen wir auch alle bisher dargestellten Regeln der Römer über die untheilbaren Obligationen auffassen. Dieser wichtige Rechtsatz ist schon im Justinianischen Recht aufgegeben, die Verurtheilung geht nun auf den Gegenstand des Klagerrechts unmittelbar, die Execution, so weit es möglich ist, desgleichen, und diese wichtige Veränderung ist im heutigen Prozeß noch vollständiger ausgebildet worden (e).

Der Einfluß dieser Veränderung auf die praktische Behandlung der untheilbaren Obligationen ist auch schon bei unseren Schriftstellern nicht ohne Anerkennung geblieben (f). Wir wollen genauer erwägen, wie durch denselben die oben aufgestellten praktischen Regeln (§ 34 35) neu gestaltet werden.

(e) Savigny System B. 6. § 287. b. c.

(f) Ribbentrop S. 184. SCHEURL p. 109. Allerdings stin-

nen sie bloß überein im formellen Grundsatz, im praktischen Resultat gehen sie ganz aus einander.

A. Verhältniß mehrerer Schuldner.

I. Errichtung einer Servitut.

Die solidarische Verpflichtung der einzelnen Schuldner an sich bleibt unverändert. Allein nach Römischem Recht war die Folge, daß der zum Beklagten ausgewählte Schuldner den ganzen Geldwerth der Servitut zahlen mußte, den er dann theilweise von den Mitschuldnern wieder einzog.

Im heutigen Recht geht die Verurtheilung auf die Errichtung der Servitut selbst, und hierin wird der Beklagte als Vertreter seiner Mitschuldner behandelt. Will oder kann der Beklagte die Vollziehung des Urtheils binnen einer angeetzten Frist nicht bewirken (etwa wegen des Widerstandes der Mitschuldner), so bewirkt sie der Richter unmittelbar. Dieses geschieht, indem er Sachverständige beauftragt, die Richtung und den Umfang der Servitut, unter Anhörung der Betheiligten, zu bestimmen, und dann die so bestimmte Servitut durch ein Endurtheil für errichtet erklärt. — Ein solches Verfahren schließt sich unmittelbar an eine vollständige Analogie des alten Rechts an. In Folge einer Theilungsklage kann der Richter ein Grundstück so theilen, daß einem Theil eine Servitut zum Vortheil des anderen Theiles auferlegt wird, und in diesem Fall entsteht gleichfalls das Recht der Servitut aus dem Urtheil unmittelbar (g).

(g) L. 22 § 3 *sum. herc.* ein Nießbrauch errichtet werden. (10. 2). Auf dieselbe Weise konnte L. 6 § 1 *de usufr.* (7. 1),

II. Anfertigung eines opus.

Die solidarische Verpflichtung ist unverändert. Das Urtheil geht zunächst nicht auf Zahlung des Geldwerthes, sondern auf das opus selbst. Allein die Execution würde hier oft nicht durch unmittelbaren Zwang auszuführen seyn, vielleicht auch nicht zur Zufriedenheit des Klägers ausfallen. Dann wird sich doch wieder Alles in eine Geldzahlung auflösen, indem die Arbeit einem Anderen in Accord gegeben wird auf Rechnung des verurtheilten Beklagten.

III. Untheilbare Unterlassung.

Die solidarische Verpflichtung bleibt auch hier. Für die vergangene Störung ist nur eine Entschädigung möglich.

Der Kläger aber kann zugleich verlangen, daß ihm für die Zukunft Schutz gegen neue Störungen durch Strafbrohung oder durch auferlegte Caution gewährt werde (h).

L. 6 § 10 *comm. div.* (10. 3). FRAGM. VATIC. § 47. — Die *adjudicatio* an sich also reicht hin zur Errichtung der Servitut nach *jus civile*, und es bedurfte einer *in jure cessio* nicht.

(h) Wenn davon im Römischen Recht nicht die Rede ist, so erklärt sich Das daraus, daß die Verurtheilung nicht auf das Interesse der einzelnen Störung gerichtet werden mochte, sondern auf den Werth der ganzen Obligation, die also dadurch dem Kläger abgekauft wurde.

B. Verhältniß mehrerer Glaubiger.

I. Errichtung einer Servitut.

Auch hier klagt jeder einzelne Glaubiger, aber als Vertreter der übrigen. Die Verurtheilung geht auf die Servitut selbst, nicht auf Geld, und daher ist auch nicht, so wie im Römischen Recht, von einer Verurtheilung für den bloßen Antheil des Klägers die Rede.

II. Anfertigung eines opus.

Dabei ist die eben aufgestellte Regel für die Servitut anzuwenden, jedoch mit Berücksichtigung der oben für den Fall mehrerer Schuldner bei einem opus eintretenden Modificationen.

III. Untheilbare Unterlassung.

Die Beschränkung des Klagerrechts auf den einzelnen Verletzten (§ 35. g) bleibt auch hier, und eben so ist hier der oben erwähnte Schutz für die Zukunft (Note h) gleichfalls anzuwenden.

§. 37.

IV. Gegenstand der Obligation. Mögliche, unmögliche Leistungen.

4. Ein vierter Gegensatz in der Natur der Leistungen besteht darin, daß dieselben möglich oder unmöglich seyn können.

Die wichtige praktische Seite dieses Gegensatzes betrifft die in der Regel anzunehmende Ungültigkeit der Obligation in Folge der Unmöglichkeit der Leistung. Davon wird am Zweckmäßigsten in der Lehre von der Wirksamkeit der obligatorischen Verträge gehandelt werden. Hier aber sind die Begriffe selbst festzustellen, worauf dieser Gegensatz beruht.

Derselbe steht in folgendem Zusammenhang mit dem allgemeinen Wesen der Obligation. Die Obligation zweckt darauf ab, freie Handlungen, die an sich als zufällige und ungewisse Ereignisse zu betrachten sind, in nothwendige und gewisse zu verwandeln (§ 2). Ist nun aber die Handlung, welche die Leistung in einer Obligation bilden soll, unmöglich, so widerspricht Das dem eben erwähnten Charakter der Obligation überhaupt. Ja, wir könnten sogar Dasselbe behaupten von den schon an sich nothwendigen Handlungen, indem diese nicht erst durch die Obligation in nothwendige verwandelt werden können, welches so eben als Zweck der Obligation anerkannt worden ist; nur ist dieses letzte Verhältniß von so geringer praktischer Erheblichkeit, daß eine fernere Erwähnung desselben kein Bedürfniß ist.

Die unmöglichen (und eben so die an sich nothwendigen) Leistungen in einer Obligation sind nahe verwandt den unmöglichen (und nothwendigen) Bedingungen. Was daher über diese letzten bereits an einem

anderen Orte ausführlich dargestellt worden ist (a), kann größtentheils auch auf die unmöglichen Leistungen angewendet werden, wodurch es zulässig wird, diesen Gegenstand hier kürzer zu behandeln.

Die Unmöglichkeit einer Leistung kann beruhen sowohl auf natürlichen Gründen, als auf Rechtsgründen (b). — Die natürliche Unmöglichkeit ist vorhanden bei Sachen, die ein Daseyn niemals gehabt, oder zu haben aufgehört haben, oder die ein solches gar nicht haben können (c). — Eine rechtliche Unmöglichkeit ist vorhanden, wenn die Obligation darauf geht, daß ein Eigenthum verschafft werde an Sachen, die gar nicht im Eigenthum seyn können, oder die im Eigenthum des Glaubigers schon sind (d). Eben so bei der Obligation auf Abschluß einer Ehe unter Personen, für welche eine Ehe nicht möglich ist (e).

Eine ähnliche Natur hat jede Handlung, welche rechtswidrig, oder unsittlich ist (f). Zwar darf Dieses

(a) Savigny System B. 3 § 121 — 124.

(b) Der allgemeine Ausdruck ist: *Impossibile, oder quod natura fieri non concedit.* L. 35 *pr. de V. O.* (45. 1), L. 31. 185 *de R. J.* (50. 17).

(c) § 1. 5 *J. de inut. stip.* (3. 19), L. 15 *pr. de contr. emt.* (18. 1), L. 69, L. 97 *pr. de V. O.* (45. 1). — Beispiele: Versprechen, einen hippocentaurus zu geben; Versprechen, ein Pferd

zu geben, wenn dieses Pferd schon todt ist.

(d) § 2 *J. de inut. stip.* (3. 19), L. 82 *pr.*, L. 193 *de V. O.* (45. 1), L. 182 *de R. J.* (50. 17).

(e) L. 35 § 1 *de V. O.* (45. 1).

(f) L. 26, L. 27 *pr. de V. O.* (45. 1), L. 15 *de cond. inst.* (28. 7), L. 4 *C. de inut. stip.* (8. 39). — Der allgemeine Ausdruck ist: *turpe, contra bonos*

nicht in dem Sinn aufgefaßt werden, wie es von Vielen, auch in der Lehre von den Bedingungen, geschieht, als ob eine solche Handlung juristisch unmöglich wäre. Denn selbst das Verbrechen ist durchaus möglich, und nur verboten und mit Strafe bedroht (g). Allein darin steht das Rechtswidrige und das Unfittliche dem Unmöglichen völlig gleich, daß es nicht Gegenstand einer wirksamen Obligation werden kann, daß also insbesondere eine richterliche Hülfe zur Beförderung desselben niemals gewährt werden darf.

Eine besonders wichtige Unterscheidung ist aber noch folgende. Die Unmöglichkeit kann gegründet seyn entweder in der Natur der Handlung an sich, oder in den besonderen persönlichen Verhältnissen des Schuldners. Nur die erste Art der Unmöglichkeit (die objective), worauf sich auch alle bisher angegebenen Anwendungen beziehen, wird als Unmöglichkeit anerkannt. Die zweite Art (die subjective) wird dem Schuldner gar nicht als eine solche angerechnet, und befreit ihn also nicht von den nachtheiligen Folgen, die sich an eine willkürlich unerfüllt gelassene Obligation anknüpfen können. Die unzweifelhafteste Anwendung dieses letzten Falles findet sich bei dem Schuldner einer Geldsumme, welcher weder selbst Geld hat, noch

mores. Davon sind Rechtsverletzungen, und insbesondere Verbrechen, nur einzelne Anwendungen.

(g) Eine Doppelsehe, so wie

eine Ehe unter Geschwistern, ist juristisch unmöglich. Der Ehebruch ist durchaus möglich, aber unfittlich, rechtsverlegend und strafbar. — Vgl. System B. 3 § 122.

durch seinen Credit Geld herbei schaffen kann. Denn Geld ist überall vorhanden, und es liegt bloß an den persönlichen Verhältnissen dieses Schuldners, wenn er das Geld nicht verschaffen kann, das er zu bezahlen schuldig ist.

Diese wichtige Unterscheidung wird von Benulejus in folgender Weise durchgeführt (h). Er nennt die objective Unmöglichkeit, die allein beachtet werden soll, das *impedimentum naturale*, die subjective, die nicht gelten soll, die *facultas dandi*. Von dieser sagt er Folgendes: *Est autem facultas, personae commodum incommodum, non rerum, quae promittuntur . . . Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet.* Zur Bestärkung der Wahrheit dieser Behauptung führt er zwei absurde, unzweifelhaft irrige Folgen an, die man gelten lassen müßte, wenn man die Behauptung nicht annehmen wollte. Die eine, die am Schluß der ganzen Stelle steht, ist diese: *ne incipiat dici, eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit.* — Die andere, etwas schwierigere, in der Mitte der Stelle, lautet so: *Et alioquin, si quis Stichum dari sponderit, quaeremus, ubi sit Stichus: ut sic (i) non multum referre videatur,*

(h) *L. 137 § 4. 5 de V. O.*
(45. 1).

(i) Dieses ist die Lesart der Vulgata. Die Florentinische Lesart: *aut si* ist völlig sinnlos.

Ephesi daturum se, an (quod Ephesi sit, cum ipse Romae sit) *dare* spondeat: nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet. Venulejus will sagen: Wenn in Rom durch Stipulation versprochen wird, den Sklaven Stichus zu mancipiren, der gerade jetzt in Ephesus ist, und wenn die Stipulation schlechthin auf *dare* lautet, so muß der Schuldner die Mühe und Kosten des Transports nach Rom tragen, indem es bloß zu seiner persönlichen *facultas* und *difficultas* gehört, daß er nicht schon jetzt den Sklaven in Rom zur Stelle hat. Lautet dagegen die Stipulation so: *Ephesi daturum se*, so ist es genug, wenn der Schuldner in Ephesus mancipirt. Wollte man nun (sagt Venulejus) den Unterschied zwischen der *facultas dandi* und dem *impedimentum naturale* nicht einräumen, so würde man genöthigt seyn, den beiden hier erwähnten Stipulationen gleiche Wirkung beizulegen, welches absurd wäre (ut sic non multum referre videatur).

§. 38.

IV. Gegenstand der Obligation. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. Alternative.

Zwischen der vollständigen Unbestimmtheit und der eben so vollständigen Bestimmtheit einer Leistung sind sehr viele Abstufungen denkbar. Betrachten wir zunächst den Fall der vollständigen Unbestimmtheit, der etwa so ausgedrückt werden kann, daß „irgend Etwas“ zu leisten versprochen werde. Hier ist

nun sogleich einleuchtend, daß auf 'der einen Seite jeder Anhalt für einen richterlichen Zwang gänzlich fehlt, auf der anderen Seite eben so 'der Ernst einer Verpflichtung für den Schuldner, so wie irgend eine für den Gläubiger begründete Erwartung. Eine scheinbare Verpflichtung dieser Art kann also nur so erklärt werden, daß entweder die, noch nicht reif gewordene, Absicht irgend einer künftigen Verpflichtung ausgedrückt werden sollte, oder daß den Parteien zwar irgend eine wirkliche Leistung vorschwebte, deren Bezeichnung jedoch aus Versehen unterblieben ist. Das Daseyn einer Obligation also muß unter jeder dieser möglichen Voraussetzungen völlig verneint werden.

Die hier angestellte Betrachtung aber ist keinesweges auf den eben erwähnten äußersten Fall zu beschränken. Sie ist eben so anwendbar auf manchen anderen Fall scheinbarer Bestimmtheit, und führt dabei auf dieselbe Verneinung des Daseyns einer Obligation. Folgende Fälle dieser Art werden angegeben: wenn Jemand verspricht, Weizen zu geben, ohne zu sagen, wie viel; oder ein Grundstück überhaupt zu geben; oder ein Haus zu bauen, ohne zu sagen, wo und in welcher Größe (a). Eine Stipulation solcher Art heißt *imperfecta*, und es wird als Grund ihrer Unwirksamkeit auf den Umstand hinge-

(a) *L. 94. 95. 115 pr. de V. legaten. L. 9 § 4 de j. dot. O. (45. 1), L. 69 § 4 de j. dot. (23. 3), L. 71 pr. de leg. 1 (23. 3).* — Ähnlich ist es bei (30. un.).

deutet, daß eine nähere Bestimmung beabsichtigt, aber aus Versehen unterlassen worden ist (b).

Ganz verschieden sind aber die Fälle, in welchen der Gegenstand der Obligation von irgend einer Seite absichtlich unbestimmt gelassen worden ist, so daß die Ergänzung der fehlenden Bestimmung dem Willen der einen oder der anderen Partei überlassen bleibt. In diesen Fällen ist eine gültige, wirksame Obligation vorhanden, und es sind bloß Regeln aufzustellen über das Recht auf jene Ergänzung, und die damit verknüpften Folgen (c). Es kommen fol-

(b) *L. 115 pr. de V. O. (45. 1)* „... si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit, cum id ageretur, ut certo die sisteres, imperfecta erit stipulatio“ etc. — *L. 94 eod.* „Triticum dare oportere stipulatus est aliquis ... si, cum destinare genus et modum vellet, et non fecit, nihil stipulatus videtur: igitur ne unum quidem modium.“

(c) Ich glaube nicht, daß die eine oder die andere dieser beiden Classen von Obligationen für gleichbedeutend zu halten ist mit der Römischen certa und incerta stipulatio. *L. 74. 75. 68 de V. O. (45. 1)*. Incerta heißt eine Stipulation, deren praktischer Erfolg und Geldwerth für den Gläubiger zunächst ungewiß ist, wenngleich das Rechtsverhältniß völlig gewiß und bestimmt seyn kann.

So ist die Stipulation eines Mißbrauchs incerta (*L. 75 § 3 de V. O.*), weil der Werth dieses Rechts von der ganz zufälligen Lebensbauer des Berechtigten abhängt; eben so die Stipulation von Zinsen (*L. 75 § 9 de V. O.*), weil durch die stete Kündbarkeit des Kapitals die Summe der Zinsen ungewiß ist. Das Interesse der Römer an dieser Eintheilung war aber, wie es scheint, mehr theoretisch, als praktisch. Insbesondere hing die Möglichkeit des gefährlichen plus petere nicht von der certa stipulatio ab, sondern lediglich von der certa intentio in der Klage (*GAJUS IV. 53. 54. System B. 5 Beilage XIV. Num. XXXII — XLVI*). Nun konnte aber die incerta stipulatio des Mißbrauchs eine certa intentio haben (wenngleich nach Umständen auch eine incerta);

gende Vier erhebliche Fälle dieser Art vor, welche nunmehr einzeln darzustellen sind:

- A. Alternative Obligationen.
- B. Generische.
- C. Quantitäten.
- D. Geldschulden.

A. Alternative Obligationen.

Schriftsteller:

J. N. HERTH diss. de electione ex obligatione alternativa debitori debita 1699 Comm. et opusc. vol. 1 T. 3 p. 233 — 347.

Bangerow S. 17—31.

Alternativ nennen wir eine Obligation, welche auf eine von mehreren bestimmten einzelnen Leistungen gerichtet ist, so daß die Auswahl unter denselben zunächst unbestimmt gelassen wird, welche also durch irgend einen Willen ergänzt werden muß, wenn die Obligation Wirksamkeit erlangen

eben so die der Zinsen; eben so die alternative Stipulation, die in der Regel incerta war wegen des Wahlrechts des Schuldners (L. 75 § 8 *de V. O.*). In allen diesen Fällen war die Gefahr des plus petere allerdings vorhanden (vgl. § 33 *J. de act.* 4. 6). — Ueber

diese ganze Frage, und insbesondere darüber, daß man aus Gründen des praktischen Bedürfnisses eine incerta intentio zuweilen anstatt der certa anwendete, vgl. die sehr guten Bemerkungen von Keller in der Zeitschrift B. 15 S. 141 bis 147.

soß (d). *Alternativus* ist kein lateinisches Wort, und die Römer bezeichnen diesen Fall überhaupt durch keinen abstracten Kunstausdruck, sondern stets durch Beispiele. Zwar kommt einmal *rerum alternatio* vor, aber nicht als Kunstausdruck, sondern nur, um in einem vorliegenden Fall den Gegensatz gegen eine *locorum alternatio* zu bezeichnen (e). Hätten die Römer eine abstracte Bezeichnung rätzlich oder nöthig gefunden, so dürfte wohl die Analogie auf den Ausdruck *disjunctiva stipulatio* geführt haben (f).

Die wichtigste Frage bei der alternativen Obligation betrifft die zur Wahl berechnigte Person, und diese muß, je nach den verschiedenen Entstehungsgründen, verschieden beantwortet werden. Dann werden noch einige gemeinsame Regeln nachzutragen seyn.

1. Entstehung durch Vertrag.

In der Regel hat der Schuldner die Wahl. Eine

(d) Unsere Schriftsteller verbinden mit dieser *alternativa obligatio* die *alternativa personarum* (Correalſchuld), *remediorum* (Klagenconcurrentz), *poenarum* (wenn dem Strafrichter mehrere Strafarten zur Wahl gestellt sind) u. ſ. w. HERT. p. 234. Diese Zusammenstellung ist ohne Werth, da hier kein innerer Zusammenhang obwaltet, sondern nur ein gemeinsamer Ausdruck für alle diese Verhältnisse willkürlich gebildet worden ist.

(e) *L. 2 § 2 de eo quod certo loco* (13. 4). Bgl. *L. 74 § 4 de injur.* (47. 10), *L. 9 pr. de servo corr.* (11. 3), *L. 8 § 5 de cond. inst.* (28. 5) (*alternata conditio*).

(f) *L. 63 de V. O.* (45. 1) „*ex duabus disjunctivis conditionibus*“, *L. 78 § 1 de cond.* (35. 1) „*Disjunctivo modo conditionibus adscriptis*“, *L. 124 de V. S.* (50. 16) „*disjunctiva oratio*.“

wörtliche Erklärung bindet ihn nicht, so daß er seinen Willen ändern kann bis zur vollendeten Leistung (g).

Der Grund dieses Vorzugs des Schuldners liegt darin, daß das eigentliche Wesen der Obligation in der Thätigkeit des Schuldners besteht (§ 2. c). Da nun der Vertrag einen Theil dieser Thätigkeit unbestimmt gelassen hat, so ist eben dadurch dem Schuldner die Befugniß vorbehalten, die Ergänzung nach seinem Gutdünken vorzunehmen.

Selbst durch die theilweise bewirkte Leistung des einen Gegenstandes wird das Wahlrecht nicht aufgehoben, vielmehr kann der Schuldner den geleisteten Theil zurückfordern (h).

Dagegen liegt in einem Constitutum, das bestimmt auf die eine der beiden Leistungen gerichtet wird, ein Verzicht auf die Wahl (i). Wird auf eine der beiden Leistungen eine Acceptilation oder ein Erlassvertrag gerichtet, so ist die ganze Schuld getilgt, wenn nicht etwa dem Erlassvertrag der ausdrückliche Vorbehalt der anderen Leistung hinzugefügt wird (k).

- (g) *L. 138 § 1 de V. O.* § 8 *eod.*, *L. 6 § 1 de re jud.* (45. 1). „Cum pure stipulatus sum, illud aut illud dari, licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo, quod praestaturus sis (also so lange als nicht die volle Leistung in der Vergangenheit liegt). — *L. 108 eod.* „quamdiu id, quod promissum est, solvatur“, *L. 75*
- (h) *L. 26 § 13. 14 de cond. ind.* (12. 6), *L. 21 § 6 de act. emt.* (19. 1). Vgl. oben § 32. ee.
- (i) *L. 25 pr. de pec. const.* (13. 5).
- (k) *L. 27 § 3 de pactis* (2. 14). Dadurch wird also die al-

In den angeführten Stellen ist meist von Stipulationen die Rede. Dieselben Regeln gelten aber auch von anderen Verträgen, in welchen also gleichfalls der Schuldner die Wahl hat. So der Verkäufer, welcher mehrere Sachen alternativ verkauft (l); der Käufer, welcher mehrere Gegenleistungen alternativ verspricht (m); die Ehefrau, die eine Dos verspricht (n); der Ehemann, der sich zur Rückgabe der Dos in alternativer Weise verpflichtet (o).

Es kann aber auch durch Vertrag das Wahlrecht dem Gläubiger eingeräumt seyn. Dann hängt es von der Bestimmung des Vertrages ab, ob die einmal ausgesprochene Willenserklärung den Gläubiger binden soll; außerdem kann auch er seinen Willen ändern, und wird erst durch die angestellte Klage gebunden (p).

B. Entstehung durch Testament.

Wenn man den Grundsatz, der so eben bei den Verträgen geltend gemacht wurde, auf die Legate anwendet,

ternative Obligation in eine einfache verwandelt, mithin auf die Wahl verzichtet.

(l) *L. 25 pr., L. 34 § 6, L. 60 de contr. emt.* (18. 1).

(m) *L. 21 § 6 de act. emt.* (19. 1).

(n) *L. 46 § 1 de j. dot.* (23. 3).

(o) *L. 10 § 6 de j. dot.* (23. 3).

(p) *L. 112 pr., L. 75 § 8 de V. O.* (45. 1), *L. 6 § 1 ad Sc. Tert.* (38. 17), *L. 34 § 6*

de contr. emt. (18. 1). Hieraus erklären sich die Schlußworte der *L. 138 § 1 de V. O.* (Note g): „quia diversa causa est voluntatis expressae, et ejus, quae inest.“ Wenn das Wahlrecht durch Vertrag begründet ist, wie bei dem Gläubiger, so kann dessen Ausübung an die ausgesprochene Willenserklärung gebunden werden; bei dem Schuldner gründet es sich auf eine allgemeine Rechtsregel, und in dieser ist eine solche Einschränkung nicht enthalten.

so führt er, für das ältere Recht, auf folgende Unterscheidung. Das alternative Legat per vindicationem gewährte dem Legatar die Wahl, das per damnationem dem Erben. Denn bei jenem hatte der Erblasser dem Legatar eine freie Thätigkeit (die Vindication) gestattet, und jede hierin mit Absicht und Bewußtseyn aufgenommene Unbestimmtheit mußte daher von selbst die Freiheit des Legatars erweitern, also zu dessen Vortheil gereichen (p¹). Umgekehrt war bei dem Legat per damnationem dem Erben eine Thätigkeit geboten, deren Unbestimmtheit also ihm den Spielraum der Wahl überließ, gerade so, wie es oben von der durch Vertrag begründeten Schuld bemerkt worden ist.

Diese Unterscheidung wurde denn auch in der That durchgeführt, wie es Ulpian bezeugt (q). Auch stimmt

(p¹) Dieser Grund wird sehr klar ausgedrückt in einer Stelle, die ursprünglich auf das Vindicationelegat sich bezog. L. 108 § 2 de leg. 1 (30. un.) „Respondi, verius esse, electionem ejus esse, cui potestas sit, qua actione uti velit, id est legatarii.“

(q) ULPIAN. Tit. 24 § 14. Die Stelle ist nicht nur sehr verborben, sondern auch im sechszehnten Jahrhundert interpolirt, läßt aber auch in diesem Zustand kaum einen Zweifel über den wirklichen Inhalt. (Vgl. Savigny vermischte Schriften B. 3 S. 53. 63—65.) Sie muß so gelesen werden, wie es theilweise schon von Anderen vorgeschlagen worden

ist: *Optione autem legati per vindicationem data, legatarii electio est, veluti: hominem optato, eligito. Idemque est, etsi tacite legaverim optionem. At si ita: heres meus damnas esto hominem dare, heredis electio est, quem velit dare.*

— Auf den ersten Blick scheint dieses Legat nicht alternativ, sondern generisch, nämlich auf irgend einen Sklaven überhaupt gerichtet. In der That aber ging es immer nur auf die in der Erbschaft vorhandenen Sklaven. (L. 65 pr., L. 71 pr. de leg. 1.) Es führte also immer nur auf die Auswahl unter einer Anzahl von bestimmten einzelnen Sklaven.

damit eine Anzahl von Stellen der Digesten so vollständig überein, als ob Justinian die alten Formen der Legate unverändert beibehalten hätte (r). Dieses ist aber in der That nicht geschehen, vielmehr hat Justinian alle Legate, ohne Unterschied der gewählten Ausdrücke, dahin gleichgestellt, daß der Legatar jedesmal das höchste mögliche Recht (also das Recht eines alten Vindicationslegats) erhalten soll (s). Daraus folgt, daß bei einem alternativen Legat stets der Legatar das Recht der Auswahl haben muß, wenn nicht der Erblasser die Wahl dem Erben ausdrücklich überlassen hat, und diese nothwendige Folge ist denn auch in den Institutionen anerkannt (t).

Daher müssen denn die oben erwähnten Stellen der Digesten im Sinn der Justinianischen Gesetzgebung dahin erklärt werden, daß die, welche ursprünglich von einem Damnationslegate sprachen, jetzt auf den Ausnahmefall zu beziehen sind, in welchem der Erblasser dem Erben die Wahl überlassen hat (u).

(r) Vindicationslegat: *L. 34 § 14, L. 108 § 2 de leg. 1* (30. un.), *L. 19. 23 de leg. 2* (31. un.). — Damnationslegat: *L. 84 § 9 de leg. 1* (30. un.), *L. 49, L. 11 § 1 de leg. 2* (31. un.).

(s) *L. 1 C. comm. de leg.* (6. 43), *§ 2 J. de leg.* (2. 20).

(t) *§ 22 J. de leg.* (2. 20). Daß diese Stelle auf ein alternatives, nicht auf ein generisches

Legat zu beziehen ist, folgt aus den Gründen, die bei der Stelle des Ulpian geltend gemacht worden sind (Note q).

(u) Das optionis legatum unterschied sich von dem gewöhnlichen Vindicationslegat darin, daß der Legatar sein Wahlrecht durch eine in besonderer Form ausgesprochene Willenserklärung ausüben mußte. Diese Eigenthümlichkeit ist von Justinian aufgeho-

C. Entstehung durch eine allgemeine Rechtsregel.

Es kommen folgende Fälle dieser Art vor.

1. Wenn ein Commodatar oder Miether die anvertraute Sache durch Dolus oder Culpa verliert, Entschädigung dafür an den Geber zahlt, dann aber der Geber die Sache zurück erhält, so muß der, welcher gezahlt hat, entweder das gezahlte Geld oder die Sache erhalten, weil sonst der Geber ohne Grund bereichert wäre; darauf geht die Klage aus dem Contract (v). Welcher von beiden Theilen hat nun die Wahl? Dieselbe Frage entsteht, wenn, während einer Eigenthumsklage, der Besitzer durch Dolus oder Culpa den Besitz verliert, Entschädigung an den klagenden Eigenthümer zahlt, und nun der Eigenthümer die Sache wieder bekommt.

In allen diesen Fällen muß das Wahlrecht dem Zahlenden zugeschrieben werden, da der Gegner durch die gezahlte Entschädigung völlig abgefunden ist. Die Sache selbst kann dem Zahlenden nicht wider seinen Willen aufgedrungen werden, weil derselbe in jedem Fall durch eine *condictio sine causa* das gezahlte Geld wieder fordern

ben worden. § 23 *J. de leg.* (2. 20). Auf den alten Unterschied dieser beiden Fälle deutet die Stelle des Ulpian (Note q); in beiden Fällen hatte der Legatar das Wahlrecht. Vgl. *L. 2 pr. § 1 de opt.* (33. 5), welche Stelle ganz mit der oben angeführten des Ulpian

übereinstimmt, und sowohl zur Erläuterung derselben, als zur Feststellung ihres Textes dienen kann.

(v) *L. 17 § 5 comm.* (13. 6), *L. 2 de cond. sine causa* (12. 7).

kann (w). Zieht er dagegen die Sache vor, so kann ihm dieselbe nicht versagt werden, weil die gezahlte Entschädigung als Kaufgeld gilt (x), wodurch der Zahlende entweder unmittelbar das Eigenthum erwirbt, oder doch den Anspruch auf Eigenthum, und zu diesem Zweck den Anspruch auf Cession der vindication seines Gegners gegen jeden dritten Besitzer (y).

2. Wenn eine Sache unter der Hälfte des wahren Werthes verkauft wird, so kann der Verkäufer auf Auflösung des Vertrags und Rückgabe der Sache klagen. Der Käufer aber hat die Wahl, ob er die Sache zurück geben, oder ob er den vollen Werth als Kaufgeld ergänzen, und dadurch den Vertrag aufrecht halten will (z).

3. Wenn Jemand einen Todten auf fremdem Grundstück widerrechtlich beerdigt, so hat er die Wahl, ob er den Leichnam heraus nehmen, oder den Werth des zur Beerdigung verwendeten Bodens bezahlen will (aa).

Außer dem Wahlrecht selbst sind nun noch folgende besondere Regeln zu beachten.

Jedes Wahlrecht geht über auf den Erben des zur

(w) L. 2 de cond. sine causa (12. 7).

(x) L. 1. 3 pro emt. (41. 4).

(y) L. 5 § 1 comm. (13. 6),
L. 46. 47. 63 de rei vind. (6. 1).

Die letzte unter diesen Stellen sagt ausdrücklich, dem Zahlenden, der

die Sache selbst verlange, dürfe nicht das gezahlte Geld aufgedrungen werden.

(z) L. 2. 8 C. de resc. vend. (4. 43).

(aa) L. 7 pr. de relig. (11. 7).

Wahl Berechtigten (bb); außerdem auch auf den Cessionar des Rechts, an welches die Befugniß zur Wahl geknüpft ist (cc).

Wenn die eine von mehreren alternativ verbundenen Leistungen gleich Anfangs unmöglich ist, oder hinterher unmöglich wird durch den zufälligen Untergang (dd) der einen Sache, so tritt diese unmögliche Leistung als Gegenstand der Wahl aus der Obligation aus. War also die Obligation nur auf zwei alternative Leistungen gerichtet, so wird sie in eine einfache Obligation verwandelt, und das Wahlrecht geht unter, ohne Unterschied, wer dasselbe außerdem gehabt haben möge (ee).

Wenn der zur Wahl berechtigte Schuldner aus Irrthum die eine Leistung als eine einfache Schuld ansieht, und deshalb sein Wahlrecht nicht ausübt, so kann er nach Einigen das Geleistete mit der *condictio indebiti* zurück fordern, um die andere Leistung an die Stelle zu setzen, nach Anderen kann er Dieses nicht. Eben so, wenn er aus Irrthum Beides neben einander leistet (in welchem

(bb) *L. 76 pr. de V. O.* (45. 1). Die abweichende Meinung einiger beruht blos auf dem augenscheinlichen Mißverständniß des Ausdrucks: „*haec electio personalis est.*“

(cc) Bangerow *§. 19. 20.*

(dd) Ueber den modificirenden Einfluß von *Dolus* und *Culpa*

als Ursache des Untergangs vgl. Bangerow *§. 23 fg.*

(ee) *L. 34 § 6 de contr. emt.* (18. 1), *L. 10 § 6 de j. dot.* (23. 3), *L. 47 § 3 de leg. 1* (30. un.), *L. 2 § 3 de eo quod certo loco* (13. 4), *L. 9 § 2 de fundo dot.* (23. 5), *L. 5 § 2 qui et a quib.* (40. 9), *L. 128 de V. O.* (45. 1).

Fall er gewiß eine von beiden Leistungen zurück erhalten muß), soll er nach Einigen auch jetzt noch die Wahl haben, nach Anderen nicht (ff). Justinian hat allgemein zum Vortheil des Schuldners entschieden (gg).

Nach altem Recht sollte der Glaubiger in einer alternativen Schuld, der unbedingt die eine Leistung forderte, die ganze Forderung als Folge des plus petere verlieren, welche Folge im neuesten Recht wegfällt (hh).

Die alternative Obligation wird unter die untheilbaren gerechnet. In welchem Sinn Dieses aufgefaßt werden muß, ist schon oben (§ 32) angegeben worden.

Das Preussische Landrecht hat als Regel das Wahlrecht des Schuldners in einer alternativen Obligation beibehalten (ii). Es hat aber diese Regel durch zwei Ausnahmen beschränkt. Wenn ein Kaufvertrag auf eine von mehreren Sachen gerichtet, und das Wahlrecht unbestimmt gelassen ist, so soll der Käufer die Wahl haben (kk).

- (ff) Für den Schuldner: L. eine bloße Exception, also nicht 32 § 3 *de cond. ind.* (12. 6). — den Verlust des Rechts; Das Gegen den Schuldner: L. 26 scheint eine Interpolation zu seyn. § 13 *de cond. ind.* (12. 6), L. (ii) A. L. R., Th. 1 Tit. 5 § 19 *de leg. 2* (31. un). 274. Vgl. Koch Forderungen I. § 5, Koch Lehrbuch II; § 455.
- (gg) L. 10 *C. de cond. ind.* (4. 5). § 5, Koch Lehrbuch II; § 38.
- (hh) § 33 *J. de act.* (4. 6). Nach A. L. R. wählt der Verkäufer (f. o. Note 1).
- L. 46 § 1 *de j. dot.* (23. 3) erwähnt für einen solchen Fall

Wenn ferner ein gutherrliches Recht alternativ auf Dienste oder Dienstgeld gerichtet ist, so soll dem Gutsherrn, also dem Glaubiger, die Wahl zustehen (11).

§. 39.

IV. Gegenstand der Obligation. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. Generische. Quantitäten.

B. Generische Obligationen.

Der juristische Ausdruck: *genus* bezeichnet nicht etwa eine ganze Gattung, die als solche niemals Gegenstand eines Rechtsverhältnisses seyn kann, sondern vielmehr eine einzelne Sache, die nicht individuell, sondern nur nach ihrem Gattungsbegriff, bestimmt ist. Wird nun ein *genus* in diesem Sinne zum Gegenstand einer Obligation gemacht, so daß das Individuum innerhalb der bezeichneten Gattung unbestimmt bleibt (a), so gehört Dieses unter die Fälle absichtlich unvollständiger Bestimmtheit (§ 38).

Dieser Fall hat manche Ähnlichkeit mit dem der alternativen Obligation. Wird durch Vertrag eine generische Obligation begründet, so hat, wie bei der alternativen, der Schuldner die Wahl der einzelnen Sache; leistet er eine solche in der irrigen Meinung, als ob er zu dieser

(11) A. E. R. II. 7 § 424. (45. 1). Der Gegensatz ist *species*.
 (a) Ueber den Begriff des *genus* vgl. L. 54 *pr. de V. O.* Sache.

bestimmten Sache verpflichtet sey, so kann er dieselbe mit der *condictio indebiti* zurück fordern (b).

Auch durch Legat kann eine generische Obligation begründet werden. Zwar gehören die meisten Stellen, die von einem generischen Legat zu reden scheinen, nicht dahin, sondern zu dem alternativen Legat, indem sie sich nur auf die Auswahl unter den zur Erbschaft gehörenden einzelnen Individuen der bezeichneten Gattung beziehen (§ 38. q. t.). Allein allerdings kann auch ein rein generisches Legat vorkommen, wenn etwa der Erblasser, der selbst keine Pferde hat, dem Erben aufträgt, irgend ein Pferd zu kaufen, um es dem Legatar zu geben.

Die generische Obligation wird, so wie die alternative, unter die untheilbaren gerechnet, und es ist schon oben (§ 32) gezeigt worden, in welchem Sinn dieser Satz zu verstehen ist.

C. Quantitäten.

Quantitäten nennen wir Sachen, welche innerhalb der Grenzen einer bestimmten Gattung gar keinen individuellen Werth haben, so daß bei ihnen aller Werth nur durch Zahl, Maas, oder Gewicht bestimmt wird, die Unterscheidung der Individuen also völlig gleichgültig ist (c).

(b) *L. 32 § 3 de cond. ind.* (12. 6). — Das Preussische R. L. R. I. 5 § 275. verordnet, daß eine einzelne Sache von mittlerer Güte gegeben werde.

(c) *L. 2 § 1 de reb. cred.* (12. 1), *pr. J. quib. modis re* (3. 14). — Vgl. Savigny System B. 6 § 268 S. 122, 123. — Die Neueren gebrauchen meist den

Wenn solche Quantitäten den Gegenstand von Obligationen bilden, so können dieselben von zwei Seiten angesehen werden. Man kann dabei Rücksicht nehmen auf das Verhältniß der individuellen Stücke zur Gattung, oder auf die Beschaffenheit der Gattung selbst.

Die erste Art der Betrachtung ist juristisch gleichgültig, weil diese Sachen, ihrer Natur nach, keinen individuellen Werth und Unterschied haben. In dieser Hinsicht kann also auch die Obligation nicht als eine unbestimmte gelten.

Die zweite Art der Betrachtung kann dagegen wichtig seyn, da die Gattung selbst (Weizen, Wein u. s. w.) große Verschiedenheiten der Güte und des Geldwerthes zulassen kann. In dieser Hinsicht aber ist nicht mehr von der Quantität als solcher, sondern vielmehr von einer rein generischen Obligation die Rede. Was also hierüber in unseren Rechtsquellen bestimmt wird, kann zugleich zur Bestätigung und Ergänzung der über die generischen Obligationen bereits vorgetragenen Regeln gelten.

Hier wird daher gleichfalls anerkannt, daß unter den verschiedenen Sorten, in welchen die Gattung vorkommt, der Schuldner die Wahl hat (d). Es geschieht Dieses

unlateinischen Ausdruck: *res fungibilis*. — Der Gegensatz ist *corpus* oder *species* (Sache von individuellem Werth). — Verwandte, aber nicht identische Begriffe: Verbrauchbare Sachen (physisch oder juristisch verbrauchbare). § 2 *J. de usufr.* (2. 4); individuell unerkennbare Sachen. (d) *L. 99 pr. de V. O.* (45. 1).

mit dem entscheidenden Zusatz, daß der Schuldner auch die schlechteste Sorte zu wählen befugt ist (e).

Dieses wird gesagt in Anwendung auf reine Stipulationen. Es kann aber eine Abänderung dieser Regel eintreten, sowohl mit Rücksicht auf die besonderen Umstände und Ausdrücke des vorliegenden Vertrages im Einzelnen, als auf die allgemeine Natur gewisser Verträge. So muß bei dem Darlehen die empfangene Quantität in derjenigen Beschaffenheit der Gattung zurück gegeben werden, in welcher sie ursprünglich der Schuldner erhalten hatte (f).

Der Begriff der Quantität, als Gegenstandes einer Obligation, kann nicht bloß auf Sachen angewendet werden (also auf das Geben), sondern auch auf manche Arbeit (auf das Thun). In jedem einzelnen Fall kommt es darauf an, ob, bei Begründung der Obligation, die Arbeit als eine ganz individuelle gedacht worden ist (wie z. B. ein Kunstwerk), oder vielmehr als eine solche, die von Jedem auf gleiche Weise geleistet werden, also auch der Schätzung durch Zahl, Maß oder Gewicht unterworfen werden kann (g). Daraus wird es unter andern zu erkennen seyn, ob es in der Absicht der Parteien lag, daß

(e) *L. 52 mandati* (17. 1).

(g) *L. 31 de solut.* (46. 3),

(f) *L. 3 de reb. cred.*

L. 26 § 12 de cond. ind. (12. 6),
L. 5 de duob. reis (45. 2).

die Obligation auf die Erben übergehen sollte, oder nicht (h).

Unter den Quantitäten giebt es eine, die an Wichtigkeit alle übrigen weit übertrifft: das Geld. Dieses, als möglicher Gegenstand von Obligationen, muß nun noch einer ganz besonderen Betrachtung unterworfen werden.

§. 40.

IV. Gegenstand der Obligation. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. — Geld. Begriff und Arten.

D. Geld.

Die Aufgabe, zu welcher wir uns jetzt wenden, wird gewöhnlich in folgender Weise aufgefaßt. Wenn ein Darlehen gegeben wird, dann aber irgend eine Veränderung im Geldwesen vorgeht, so soll bestimmt werden, in welcher Art die Rückzahlung zu leisten ist. — Diese Frage kann allerdings in einzelnen Fällen sehr wichtig seyn, sie hat auch unstreitig Anspruch auf Beantwortung, nur ist eine bestreidigende Lösung der Aufgabe in so einseitiger Auffassung unmöglich. Um sie zu lösen, müssen wir zu der

(h) *L. 15 C. de contr. stip.* (8. 38). In dem hier erwähnten Fall war offenbar nicht die persönliche Arbeit des Unternehmers

beabsichtigt, sondern die Beforgung des Werkes durch Anschaffung von Materialien und Bestellung von Arbeitern.

allgemeineren Frage aufsteigen: Welches ist der wahre Inhalt einer Geldschuld? Diese Frage aber führt unmittelbar zurück zu der noch allgemeineren nach dem Begriff des Geldes.

Schriftsteller:

Hufeland Staatswirthschaftskunst Th. 2. Gießen 1813.

J. G. Hoffmann die Lehre vom Gelde. Berlin 1838 (a).

— — die Zeichen der Zeit im deutschen Münzwesen.
Berlin 1841.

J. Helferich von den periodischen Schwankungen im Werth der edlen Metalle. Nürnberg 1843. 8.

Chr. Koback und F. Koback Taschenbuch der Münz-,
Maass- und Gewichts-Verhältnisse. Leipzig 1850. 8.

Der Begriff des Geldes ist anzuknüpfen an den schon anderwärts von mir entwickelten Begriff des Vermögens, als der privatrechtlichen Macht oder Herrschaft der einzelnen Person über Stücke der äußeren Welt (Eigentum und dessen Modificationen; Recht auf fremde Handlungen) (b). Diese Macht erscheint zunächst als ein Mannichfaltiges, ein Verschiedenartiges; sie läßt sich

(a) Diese Schrift werde ich mit dem bloßen Namen des Verfassers citiren, die folgende mit dem besondern Titel.

(b) Savigny System B. 1 § 53. 56, C. 338—340. C. 376.

aber auch auffassen als ein Gleichartiges, und als reine Quantität, die dann den abstracten Begriff des Vermögens überhaupt darstellt. Diese künstliche Behandlung des Vermögens wird begründet und bewirkt durch das Geld, als allgemeinen Werthmesser, welches dabei in einer doppelten Function erscheint.

Das Geld erscheint zunächst in der Function eines bloßen Werkzeuges zur Messung des Werthes der einzelnen Vermögensbestandtheile. In dieser Function steht das Geld auf gleicher Linie mit anderen Mefswerkzeugen, mit der Elle, dem Scheffel, dem Pfundgewicht, die sogar gleichfalls als Werthmesser dienen, indem drei Pfunde einer Waare genau den dreifachen Werth haben von Einem Pfunde derselben. Nur freilich sind es bloß relative Werthmesser, indem sie sich auf die Vergleichung des Werthes von Quantitäten eines und desselben Gegenstandes beschränken, anstatt daß das Geld als absoluter Werthmesser dient, also zur Vergleichung des Werthes der verschiedensten Gegenstände geeignet ist.

Das Geld erscheint aber daneben noch in einer zweiten und höheren Function, indem es den von ihm gemessenen Werth selbst in sich schließt, und so den Werth aller anderen Vermögensstücke vertritt. Daher verleiht das Eigenthum des Geldes dieselbe Macht, welche die durch dasselbe gemessenen Vermögensstücke zu verleihen fähig sind, und es erscheint hierin das Geld als ein abstractes Mittel zur Auflösung aller Vermögensstücke in bloße Quantitäten.

Das Geld also gewährt seinem Eigenthümer eine allgemeine, auf alle Gegenstände des freien privatrechtlichen Verkehrs anwendbare, Vermögensmacht, und es erscheint in seiner zweiten Function als selbstständiger Träger dieser Macht, allen besonderen Bestandtheilen des Vermögens zur Seite stehend, und mit denselben gleich berechtigt und gleich wirksam. Diese dem Gelde einwohnende Vermögensmacht hat daher auch das Eigenthümliche, daß sie von individuellen Fähigkeiten und Bedürfnissen unabhängig ist, also für Jeden, und unter allen Umständen, gleiche Brauchbarkeit hat (c).

Fragen wir nun weiter, wodurch irgend eine Art von Sachen die fast geheimnißvolle Eigenschaft erlangen kann, die sie fähig macht, ihrem Eigenthümer jene Macht zu verschaffen, und zugleich das Vermögen selbst in eine gleichartige Masse aufzulösen, in welcher es als reine Quanti-

(c) *L. 1 pr. de contr. emt.* (18.1) (ist abgedruckt im §44 als Num. II). — Hoffmann S. 1—12. In seiner vortrefflichen Darstellung der allgemeinen Natur des Geldes nehme ich nur einen kleinen Anstoß an dem etwas zu engen Ausdruck, das Geld verleihe die Macht, zu kaufen. Es giebt uns aber auch die Macht, zu miethen, zu pachten, durch Darlehen Anspruch auf Zinsen zu erwerben, fremde Arbeit für uns zu gewinnen u. s. w. Soll nun der Ausdruck: kaufen auf alle diese Erweiterungen unserer persönlichen Macht angewendet werden, so ist Dieses doch nur

als figürliche Bezeichnung möglich. — Will man jene Macht mit einem kurzen, einfachen Ausdruck bezeichnen, so dürfte der von mir gebrauchte Ausdruck: Vermögensmacht als angemessen erscheinen. Wenn in einzelnen Fällen individuelle Beschränkungen vorkommen, wie z. B. bei dem Erwerbe von Rittergütern u. s. w., so hängen diese davon ab, daß manche Rechte nicht ausschließlich dem Privatrecht angehören (dessen Bestandtheil das Vermögen ist), sondern theilweise dem öffentlichen Recht.

tät erscheint. Dieses kann nur geschehen durch die Allgemeinheit der Anerkennung des Geldwerthes, also durch den allgemeinen Glauben, wodurch Jeder zu der Bereitwilligkeit bestimmt wird, das Geld in diesem Werthe anzunehmen, weil er weiß, daß jeder Andere es von ihm in demselben Werthe wieder anzunehmen bereit seyn wird (d).

Eine solche allgemeine Anerkennung aber wird in irgend einer größeren Ausdehnung, in einem ganzen Staate, oder gar durch mehrere Staaten hindurch, nie von selbst entstehen, ohne höhere Vermittlung, die in der Zwischenkunft der Staatsgewalt besteht. Diese Wahrnehmung könnte wiederum zu der Meinung führen, daß der Staat durch sein Gesetz das Geld begründe und schaffe, und daß er in der Wahl des Stoffes, so wie in der Beilegung des Werthes, nach Willkür verfahren könne.

Eine solche Meinung aber würde ganz irrig seyn, und könnte, wenn man ihr nachgeben wollte, nur zu verderblichen Folgen führen. Schon deswegen, weil bei steigender Cultur der Geldverkehr weit über die Gränzen eines einzelnen Staates hinausgeht, auf welche doch die Macht und der Einfluß der regierenden Gewalt beschränkt ist. Aber auch in jedem einzelnen Staate kann die Regierung den oben erwähnten Glauben, auf welchem allein die wirkliche Macht des Geldes beruht, unmöglich erzwingen.

(d) Ueber diesen Grundcharakter des Geldes vgl. Hoffmann S. 12, Rau politische Defono-

mie B. 1 § 62. 127. 257, Hufe-
land § 95. 98. 100. 113. 145.

Vielmehr beschränkt sich der Einfluß der Regierung auf bloße Vermittlung, das Münzgeschäft ist bloß ein Versuch, wahres Geld zu schaffen, dessen Gelingen auf der Wahl der richtigen Mittel beruht, um jenen allgemeinen Glauben hervorzubringen. Dieser kann aber möglicherweise ganz fehlen (welches nicht leicht geschieht), dann ist durch den angestellten Versuch gar kein Geld zu Stande gekommen; er kann auch (welches häufiger vorkommen wird) theilweise fehlen, dann ist in geringerem Maße, als beabsichtigt wurde, Geld geschaffen worden. Man kann diesen Unterschied auch so ausdrücken, daß durch die Thätigkeit einer Regierung wahres Geld entsteht, nur wenn und in soweit die öffentliche Meinung es als solches anerkennt; oder, mit anderen Worten, die öffentliche Meinung entscheidet nicht nur darüber, ob Etwas Geld sey, sondern auch, in welchem Grade es diese Eigenschaft habe.

Besonders wichtig nun ist die Wahl des Stoffes, der als Geld dienen soll. Bei einer geringen Stufe der Ausbildung sind gar mancherlei Stoffe als Geld benutzt worden, wie Pelzwerk, Muscheln, Steinsalz, Cacao u. s. w. (e). Bei steigender Bildung überzeugte man sich früh, daß das Metall vor allen anderen Stoffen die wünschenswerthen Eigenschaften eines Geldstoffes besitze. Manche Völker des Alterthums, besonders die Italischen, fingen damit an, dasselbe Metall als Geld zu benutzen,

(e) Fichte hat bekanntlich für den von ihm entworfenen geschlossenen Handelsstaat Lebergeld vorgeschlagen.

welches auch durch die Verarbeitung zu Waffen, Bildwerken, Hausrath und Ackerwerkzeugen verbreitet und werthvoll war. So gebrauchten namentlich die Römer zu beiderlei Zwecken ein Metall, aes genannt, das wir am treffendsten als Bronze bezeichnen können, da es aus Kupfer, mit einer mäßigen Beimischung von Zinn und Blei zur leichteren Bearbeitung, bestand (f). Sobald aber der Verkehr einen etwas größeren Aufschwung nahm, wurden die zwei edlen Metalle, Silber und Gold, zur Grundlage des Geldwesens erhoben (g), und dieser Zustand hat sich seitdem durch alle Jahrhunderte und durch alle in Verbindung stehenden Völker erhalten (h).

Die Wahl gerade dieser Stoffe zur Grundlage des Geldwesens beruhte nicht auf Zufall und Laune, sondern auf folgenden Eigenschaften derselben. Zuvörderst sind sie, wie alle Metalle, leicht zu theilen und in größere Massen

(f) Der Beweis für die Waffen und Geräthe liegt in den Chemischen Untersuchungen von Klaproth (Chemische Abhandlungen B. 6 Berlin 1815 S. 81—88), für das Geld in denen von Göbel (Einfluß der Chemie auf die Ermittelung der Völker der Vorzeit Erlangen 1842. 8. S. 29, angeführt von Mommsen über das Römische Münzwesen Leipzig 1850 S. 252). — Nicht damit im Widerspruch steht Klaproth S. 33 bis 35, der zweierlei Römische Münzen angiebt, rothe und gelbe, die ersten

aus reinem Kupfer, die zweiten aus Kupfer und Zinn (also Messing); denn Klaproth sagt ausdrücklich, daß er diese Analysen bloß an Münzen der Kaiserzeit vorgenommen habe.

(g) In Rom wurde das Silbergeld im Jahre 485 der Stadt als Courantgeld eingeführt, in Folge des wachsenden Verkehrs mit Unter-Italien und Griechenland.

(h) Platina ist nur versuchsweise in Rußland als Geld gebraucht worden, aber niemals in den Weltverkehr eingetreten.

so zu vereinigen, daß man stets gewiß seyn kann, reine Quantitäten eines gleichartigen Stoffes vor sich zu haben. Ihr eigenthümlicher Vorzug aber besteht in ihrer größeren Dehnbarkeit, einer geringen Oxydationsfähigkeit, endlich auch darin, daß sie nur durch großen Aufwand von Zeit und Kräften zu gewinnen, und rein darzustellen sind; dadurch wird ihr Preis nicht nur höher, als der Preis anderer Metalle, sondern auch unabhängiger von dem natürlichen Vorkommen in den verschiedenen Ländern (i).

Die edlen Metalle haben einen selbstständigen Werth als Handelswaare, unabhängig von ihrem Geldgebrauch, und im Verkehr stellt sich unvermeidlich ein bestimmtes Verhältniß fest zwischen dem Werth einer gewissen Quantität (Gewichts) der edlen Metalle zu dem Werth anderer Vermögensstücke. Dieses Verhältniß ist an sich gleichgültig, und eine Beherrschung desselben ist weder nöthig noch möglich. Die Verwandlung jener Metalle in Geld geschieht dadurch, daß unter Aufsicht der Regierung größere und kleinere Stücke derselben abgegränzt, und gewöhnlich auch mit einem Zeichen versehen werden, aus welchem das Gewicht des edlen Metalles, das sie enthalten, zu erkennen ist. Die oben beschriebene Vermittelung wird nun sehr leicht bewirkt, indem der geforderte Glaube auf die einzige Thatsache sich beschränkt, daß jedes Geldstück in der That das Gewicht enthält, worauf die Bezeichnung

(i) Hoffmann S. 12. Rau politische Oekonomie B. 1 § 262, B. 2 § 250.

deutet. Dieser Glaube kann nur dadurch erschüttert werden, daß aus Unrecllichkeit oder Nachlässigkeit in der Ausführung die Geldstücke nicht das versicherte Gewicht an edlem Metall enthalten, wozu insbesondere auch der Fall gehört, wenn im Laufe der Zeit eine heimliche Veränderung in dem Ausmünzen vorgenommen wird. — Die Art der Bezeichnung ist übrigens gleichgültig, wenn sie nur allgemein bekannt und verständlich ist. Sie kann geschehen durch bloße Bezugnahme auf irgend eine gangbare Rechnungsmünze, deren Verhältniß zu dem Metallgewicht außerdem bekannt ist (k), oder auch durch unmittelbare Angabe des in dem Geldstück enthaltenen Gewichts an edlem Metall (l).

Eine besondere Schwierigkeit entsteht noch dadurch, daß zwei edle Metalle neben einander als eigentliches Geld gebraucht werden, indem das Preisverhältniß dieser Metalle als Waare einem steten Schwanken unterworfen ist (m).

(k) So z. B. häufig auf den Zwanzigern die bloße Zahl 20, d. h. Zwanzig Kreuzer desjenigen Münzfußes, in welchem Ein Gulden (80 Kreuzer) den zwanzigsten Theil einer Mark Silber enthält. — „3 einen Thaler“ bei den Preussischen Stücken von Zehn Silber Groschen. — Eben so: „12 einen Thaler, 2½ Silber Groschen“ bei den Preussischen Zwölftheilstücken.

(l) So auf den Preussischen Thalerstücken: „XIV. eine feine

Mark.“ — Auf den Preussischen Stücken von Fünf Silber Groschen: „84 eine feine Mark.“ — Sehr oft aber auch beiderlei Bezeichnungen (Note k. l) neben einander.

(m) Hoffmann S. 90. 93. Rau B. 1 § 277, B. 2 § 250. — Wie weit die neuen Entdeckungen in Kalifornien das bisher bestehende Preisverhältniß schnell und stark erschüttern werden, steht noch zu erwarten.

Daher muß denn eines derselben als Grundlage des Geldsystems angenommen werden, neben welchem das andere eine untergeordnete Stellung einnimmt. Jene vorzügliche Stellung ist meist dem Silber eingeräumt worden, welches namentlich in Deutschland seit dem sechzehnten Jahrhundert fast ohne Ausnahme die Grundlage des Geldwesens bildet. In England hat man in neuerer Zeit angefangen, das Gold dem ganzen Münzsystem zum Grund zu legen (n). — In Deutschland sind von jeher neben dem Silbergeld hauptsächlich zwei einheimische Goldmünzen vorgekommen: in den Gulden-Ländern Dukaten (besonders Oesterreichische), in den Thaler-Ländern Pistolen, zu einem Nennwerth von Fünf Thalern, unter verschiedenen Namen je nach den einzelnen Ländern (Friedrichsdor, Augustdor u. s. w.). — Bei dem oben erwähnten Schwanken des Goldpreises, den man früherhin zu gering anzunehmen pflegte, ist seit langer Zeit sehr allgemein ein Aufgeld (Agio) gegen das Silbergeld entstanden, nur von verschiedener und wechselnder Höhe. Bei den Preussischen Friedrichsdoren wird dasselbe in den öffentlichen Kassen, und demgemäß meist auch im Privatverkehr, zu $13\frac{1}{2}$ Procenten, also zu zwei Drittheilen eines Thalers, über den Nennwerth von Fünf Thalern Silbergeld, angenommen.

(n) Hoffmann S. 94. Früherhin war in Deutschland der aus Italien herkommende Goldgulden größtentheils vorherrschend.

Die Stadt Bremen hat bis auf unsere Zeit die Goldwährung angewendet.

Wenn nun in irgend einem Lande ein bestimmtes Geldsystem eingeführt, und ein fester Glaube an dasselbe begründet ist, so kann es geschehen, daß neben diesem, aus Silber oder Gold bestehenden, wirklichen Gelde auch noch ein bloßes Zeichengeld eingeführt werde. Und zwar kann Dieses in zweierlei Weise, und zu zwei verschiedenen Zwecken, vorkommen.

Es kann zuerst geschehen, um die Masse des Geldes als Mittels zum Verkehr, zu vermehren, ohne eine größere Menge von Silber oder Gold in Geld zu verwandeln. Dieses geschieht durch die Anfertigung von Papiergeld, welches das wirkliche Geld nur vorstellt, indem man ihm die Bezeichnung irgend einer Zahl von Thalern, Gulden u. s. w. willkürlich giebt, und zwar durch eine von der Regierung ausgehende Veranstaltung. Hier fehlt es nun ganz an dem oben angegebenen Grunde des Glaubens, welcher in dem Werthe des Metalls als Waare bestand. Das als Geldstück bezeichnete Papier ist an sich völlig werthlos, und der Glaube kann daher lediglich begründet werden durch das Vertrauen zu der Regierung. Zur Unterstützung des Glaubens können folgende Umstände dienen: die Beschränkung der Masse des Papiergeldes auf ein gehöriges Maß, bestimmt durch das vorhandene Bedürfniß des Geldumlaufs; die Annahme des Papiergeldes in den öffentlichen Kassen; ganz besonders aber irgend eine Anstalt, wodurch der leichte und sichere Umtausch des Papiers in Metallgeld jederzeit bewirkt werden kann.

Durch das Papiergeld können zwei, an sich verschiedene, Vortheile bezweckt und erreicht werden. Aus dem geringen Umfang und dem unbedeutenden Gewicht entsteht für die Einzelnen die Bequemlichkeit, größere Summen leichter umher zu tragen, zu versenden und aufzubewahren, als es bei dem Metallgeld möglich ist. Für den Staat aber entsteht derselbe Vortheil, wie wenn ihm eine gleich große Summe als zinsloses Darlehen gegeben worden wäre. Er gewinnt die Zinsen derjenigen Summe, die er in der Gestalt von Papiergeld ausgegeben hat.

In dem Paptergeld findet sich ein doppelter Charakter vereinigt. Auf der einen Seite ist es dazu bestimmt, als wahres Geld zu dienen, und wirkt auch in der That so, wie dieses, sogar in sehr bequemer und vortheilhafter Weise, so lange die oben dargestellten Bedingungen vorsichtig und gewissenhaft eingehalten werden. Auf der anderen Seite aber hat es die Natur einer wahren, eigentlichen Staatsschuld, und zwar einer unverzinslichen (o).

Ein Zeichengeld kann aber auch eingeführt werden zu dem ganz andern Zwecke, um für die Bedürfnisse des kleinen, täglichen Marktverkehrs in eigenthümlicher Weise zu sorgen, anders, als es für den größeren Geldverkehr auf angemessene Weise einzurichten ist. Da nämlich ganz geringe Geldwerthe in Silber nicht füglich darzustellen

(o) Preussische Verordnung vom Dec. 1824. (G. S. 1824 p. 238).
17. Jan. 1820 § 18 (G. S. 1820 — Nau B. 2 § 265, B. 3
p. 15). Kabinettsordre vom 21. § 487.

sind, so bedarf es für den kleinen Verkehr eines Mittels der Theilung und Ausgleichung, welches durch die Scheidemünze (im Gegensatz des Courantgeldes) dargeboten wird. Diese besteht zunächst in Kupfergeld, welches zwar auch für sich einen Werth als Handelswaare haben könnte, aber in seiner Geldgestalt in so unverhältnißmäßig hohem Werth (besonders wegen der relativ sehr hohen Prägekosten) ausgebracht wird, daß jener Metallwerth unbeachtet bleibt, so daß es, gleich dem Papiergelde, als bloßes Zeichengeld angesehen wird.

Auf diesem Wege aber ist man auch noch zu einem Mittel Ding zwischen dem Silbergeld (Courant) und Kupfergeld (Scheidemünze) in folgender Weise gekommen. Man hat kleines Silbergeld mit einem überwiegenden Zusatz von Kupfer (Billon) geprägt, welches nur als Scheidemünze dienen soll, und zur Zahlung von Summen, die in größeren Stücken dargestellt werden können, nicht aufgedrungen werden darf. Auf der anderen Seite aber haben diese Stücke doch einen wirklichen Metallwerth durch das in ihnen enthaltene Silber. Jedoch ist dieser Werth geringer, als der Werth, den sie als Geld vorstellen, so daß also auch bei ihnen der Staat einen Gewinn macht, ähnlich dem Gewinn bei dem Papiergeld und Kupfergeld, nur um Etwas geringer. Diese Stücke stehen daher in der Mitte zwischen dem wirklichen Geld und dem bloßen Zeichengeld; sie sind wirkliches Geld, in sofern sie in der That Silber enthalten, Zeichengeld, in sofern sie

weniger Silber enthalten, als sie nach ihrem Nennwerthe enthalten müßten. Der Gewinn, den hieran der Staat macht, ist unschädlich, so lange alle Scheidemünze in ihren rechten Gränzen bleibt, das heißt, wenn sie nur in dem Umfang geprägt wird, in welchem sie zur Befriedigung des sehr kleinen Geldverkehrs nothwendig ist. Wird diese Gränze überschritten, so kann die Scheidemünze in ähnlicher Weise verderblich werden, wie das mißbräuchlich vermehrte Papiergeld. — Die Erfahrungen, die hierüber im Preussischen Staat gemacht worden sind, können das fehlerhafte und das richtige Verfahren anschaulich machen.

In Preußen wurde in der zweiten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts eine Scheidemünze als Billon geprägt, bestehend in Groschen und halben Groschen ($\frac{1}{24}$ und $\frac{1}{48}$ des Thalers); diese sollten gesetzlich zwei Drittheile ihres Nennwerthes an Silber enthalten. Der hieran gemachte Gewinn verleitete zu dem unrichtigen Verfahren, die Summe dieser Münzen über Gebühr zu vermehren, so daß davon zuletzt mehr, als Bierzig Millionen Thaler in Umlauf gesetzt waren. Dennoch erhielten sie sich lange Zeit in ihrem vollen Nennwerthe, ein großer Theil des inneren Handels, und namentlich fast der ganze Getreidehandel, wurde in diesem Gelde geführt. Nach dem Kriegsunglück von 1806 kamen plötzlich diese Münzen aus den benachbarten Ländern und aus den abgetretenen Provinzen in das übrig gebliebene Land zurück, und nun sank schnell ihr Cours zur großen Verwirrung alles Verkehrs. Zugleich

zeigte es sich nun, daß sie in Masse nicht einmal die ursprünglich angenommenen $\frac{2}{3}$, sondern nur $\frac{1}{2}$ ihres Nennwerthes an Silber enthielten. Es bleibt ungewiß, wie viel von dieser (nicht sehr erheblichen) Differenz auf ungenaue Prägung, auf Abnutzung, oder auf allmählig eingemischtes falsches Geld, zu rechnen seyn mag. Gewiß aber sind diese nachtheiligen Einflüsse durch zahlreiche und thätige Wipper sehr vermehrt worden. Jene Münzen wurden daher nun gesetzlich zuerst auf $\frac{2}{3}$, dann auf $\frac{1}{2}$ ihres Nennwerthes herabgesetzt, und es blieb zuletzt Nichts übrig, als sie in diesem Preise einzulösen und einzuschmelzen, welches nicht ohne große Opfer des Staates geschehen konnte, nachdem auch die Einzelnen ansehnliche Verluste erlitten hatten (p).

(p) Hoffmann S. 68. 78. 79. — Ich selbst habe gesehen, wie in Berlin ein großer Theil des Handels mit solchen Groschen in zusammen geklebten Papierpaketen von zehn Thalern (240 Groschen) betrieben wurde, die nicht gezählt, sondern gewogen wurden. Für den Freund des Römischen Alterthums hatte es einen besonderen Reiz, mit eigenen Augen zu sehen, wie hier die täglichen Geschäfte per aes et libram besorgt wurden, und zwar nicht einmal mit einer symbolischen Wage, wie zur Zeit der alten Juristen, sondern ganz ernstlich, gerade wie in der allerältesten Römischen Zeit. — Ich habe dieses Beispiel

angeführt, weil es mir am Genauesten bekannt war. Man muß aber nicht glauben, daß andere deutsche Staaten von solchen Verirrungen und ihren Folgen frei blieben. Ganz ähnlich war es im südlichen Deutschland mit den Sechskreuzerstückchen; vielleicht sogar noch schlimmer, besonders auch darin, daß man das Uebel weit in die Zeit des langen Friedens und Wohlstandes fortdauern und wachsen ließ. Besonders berüchtigt war zu ihrer Zeit eine Finanzspeculation der Koburgischen Regierung, sowohl durch die große Ausdehnung, die sie der Sache gab, als durch die absichtliche Uebervorthellung der Nachbarländer.

Zu diesem fehlerhaften Verfahren gesellte sich noch eine willkürliche Bestimmung der Gesetzgebung, nach welcher jeder Glaubiger genöthigt wurde, die Zahlung von Schulden in solcher Münze zum Nennwerth anzunehmen; jedoch allerdings nur bei sehr kleinen Schulden, nämlich bei Schulden bis zu Zehn Thalern ganz, bis zu Dreißig Thalern zur Hälfte (q).

Ein ganz entgegengesetztes Verfahren aber hat die neuere Preussische Münzgesetzgebung eingeschlagen. Die Scheidemünze in Billon besteht nunmehr in Stücken von $\frac{1}{12}$, $\frac{1}{30}$, $\frac{1}{60}$ des Thalers. Jedes derselben enthält $\frac{7}{8}$ seines Nennwerthes an reinem Silber. Es werden davon nicht mehr Stücke geprägt, als das Bedürfniß des kleinen Verkehrs erfordert. Der Glaubiger braucht dieselben nur anzunehmen bei Zahlungen von weniger, als $\frac{1}{8}$ eines Thalers, außerdem kann er Zahlung in Courantgeld fordern (r). So ist also hier gegen jeden Mißbrauch und dessen nachtheilige Folgen sichere Vorsorge getroffen.

Aus der bisher gegebenen Darstellung geht hervor, daß der Gegensatz des wirklichen Geldes und des Zeichengeldes mit dem des Metallgeldes und des Papiergeldes nicht völlig zusammenfällt, daß vielmehr die Scheidemünze in der Mitte liegt, die auch Metallgeld ist, und dennoch

(q) Allg. Landrecht I. 11 § 57.
§ 780, I. 16 § 77.

(r) Gesetz 30. Sept. 1821 § 7
bis 11 (G. S. 1821 p. 160), Ge-
setz 28. Jun. 1843 (G. S. p. 255).

balb ganz, bald theilweise, als Zeichengeld angesehen werden muß.

Theils, um die bisherige Darstellung zu ergänzen, theils, um die folgende Untersuchung anschaulicher zu machen, wird es nöthig seyn, die Bedeutung des Münzfußes, und die wichtigsten Anwendungen desselben auf Deutschland, zu erörtern.

Unter Münzfuß eines Landes, in einer gegebenen Zeit, ist zu verstehen das Gewicht an edlem Metall, welches in jedem ausgeprägten Geldstück enthalten seyn soll, und unter jeder bloßen Rechnungsmünze zu verstehen ist; also das Gewicht an Silber für die Silbermünzen, an Gold für die Goldmünzen.

In Deutschland ist bei den Silbermünzen von jeher zum Grunde gelegt worden die Cölnische Mark an reinem Silber (Mark fein).

Etwa von der Mitte des achtzehnten Jahrhunderts an war nun in dem größten Theil von Deutschland der Zustand folgender (s).

Zwei Rechnungsmünzen wurden hier allgemein ange-

(s) In einem Theil des nordwestlichen Deutschlands hat sich ein schwererer Münzfuß erhalten, so wie auch andere Rechnungsmünzen, als Thaler und Gulden, dem Geldwesen daselbst zum Grunde

liegen. — Ueber die hier im Text enthaltenen Angaben sind zu vergleichen: Hoffmann S. 62—66. Rau B. 2 § 255. Roback Taschenbuch. Früher war der (Leipziger) 18 Guldenfuß vorherrschend.

wendet, der Thaler und der Gulden, die aber eigentlich als eine und dieselbe angesehen werden könnten: denn der Thaler ist gleich anderthalb Gulden, der Gulden also gleich zwei Drittheilen des Thalers.

Es kam nun ein dreifacher Münzfuß vor, bis auf ganz neue Zeit in folgender Verschiedenheit:

1. Der Zwanzigguldenfuß oder Conventionsfuß, seit 1753 (t), in welchem Zwanzig Gulden mit ihren Theilstücken, also $13\frac{1}{2}$ Thaler, aus der Mark fein geprägt wurden. Er galt namentlich in Oesterreich (wo er noch besteht), und in Sachsen.

2. Der Vierundzwanzigguldenfuß (seit 1754), 24 Gulden oder 16 Thaler auf die Mark fein. In Baiern und im südwestlichen Deutschland. Dabei fand sich die auffallende Erscheinung, daß dieser Fuß bloß in Rechnungsmünzen vorkam, indem darin (mit geringen Ausnahmen) keine wirkliche Münzen geprägt zu werden pflegten. Das Geldbedürfniß wurde befriedigt durch die Münzen des Zwanzigguldenfußes, denen man nur eine andere Bedeutung beilegte, vermittelst der leichten und einfachen Reduction im Verhältniß von Fünf zu Sechs. Die Zwanziger und Zehener galten also hier 24 und 12 Kreuzer, das Zwei-

(t) Er wurde 1748 in Oesterreich eingeführt, dann 1753 in einer Convention zwischen Oesterreich und Baiern angenommen. Daher sind die Ausdrücke: Conventionsfuß, Conventions-

geld, Conventionsmünze, entstanden. Baiern ging aber bald nachher zum Vierundzwanzigguldenfuß über. Vgl. Koback S. 1403—1408.

guldenstück (Speciesthaler oder Conventionsthaler) $2\frac{2}{5}$ Gulden. Neben diesen Geldsorten aber war auch viel ausländisches Geld im Umlauf, besonders der französische Laubthaler (écu de six livres), $2\frac{3}{4}$ leichte Gulden geltend. Dazu kam gegen Ende des achtzehnten Jahrhunderts, nachher stets zunehmend, eine neue Geldsorte, der Kronenthaler (Brabanter, später ausgemünzt auch als Bairischer, Württembergischer, Badischer, Darmstädtischer u. Thaler), welcher anderthalb Thaler ($2\frac{1}{4}$ Gulden) des Zwanzigguldenfußes, also 2 Gulden 42 Kreuzer des Vierundzwanzigguldenfußes galt.

3. Der Einundzwanzigguldenfuß, Vierzehn Thaler auf die Mark fein. Bis auf sehr neue Zeit bloß im Preussischen Staat geltend, dann aber in mehreren Nachbarstaaten angenommen. Eingeführt 1750, nach mancher Abweichung hergestellt 1764. Er heißt auch der Graumannsche Fuß.

Die hier angegebene Verschiedenheit war für den Handelsverkehr fast gar nicht störend, und der ganze Zustand des Geldwesens befriedigend, indem die Ausfuhrung des hier oder dort angenommenen Münzfußes redlich besorgt wurde. Die übertriebene Anfertigung geringhaltiger Scheidemünze in manchen Ländern beschränkte ihre nachtheiligen Folgen in den meisten Fällen auf die Grenzen des eigenen Landes (Note p).

Eine Störung im Großen aber trat dadurch ein, daß die oben erwähnten Kronenthaler geringhaltiger, als nach der öffentlichen Angabe, ausgemünzt wurden, so daß sie um

mehrere Procente schlechter waren, als ihr Nennwerth. Dieses Uebel wurde besonders drückend im gegenseitigen Verkehr der zum Zollverein gehörenden Staaten. Man konnte dem Uebel abhelfen durch Umprägung der geringhaltigen Kronenthaler, welches nicht ohne bedeutende Opfer geschehen konnte, indem damals die Scheidekunst noch weit unvollkommener war, als sie gegenwärtig ist. Daher zogen es die süddeutschen Staaten vor, ihren Münzfuß selbst aufzugeben, indem sie von dem 24 zu dem 24½ Guldenfuß übergingen, in welchem sie dann auch wirkliches Geld prägten. Dadurch wurde zugleich eine Annäherung an den Preussischen Münzfuß durch leichtere Reduction bewirkt, indem jetzt Vier Preussische Thaler genau den Werth haben von Sieben Gulden des neu eingeführten Münzfußes.

Durch diese wichtige Veränderung ist einestheils eine größere Uebereinstimmung in dem Geldwesen des inneren Deutschlands entstanden, andernteils den großen Mißbräuchen vorgebeugt worden, welche vorher Verwirrung in den Verkehr gebracht hatten. Sie ist hervorgegangen aus einem Vertrage unter sämtlichen Mitgliedern des Zollvereins vom J. 1838 (u), welchem ein beschränk-

(u) Abgedruckt in der Preussischen Gesetzsammlung von 1839 S. 18—24. — Vgl. Hoffmann Zeichen der Zeit S. 29. 47. 48. — Der Niederländische (Braban-

ter) Kronenthaler war in Wien schon im J. 1816 auf 2 Gulden 12 Kreuzer des Zwanzigguldenfußes herabgesetzt worden (R. Franz Gesetze im Justiz-Fache

terer Vertrag einiger Staaten im Jahre 1837 vorhergegangen war.

§. 41.

IV. Gegenstand der Obligation. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. — Geld. Verschiedene Werthe.

In dem Geld können dreierlei Werthe unterschieden werden, deren Natur und Verschiedenheit genau angegeben werden muß, bevor eine Feststellung der Rechtsregeln über dieselben mit sicherem Erfolge versucht werden kann. Ich nenne diese drei Werthe: Nennwerth, Metallwerth, Courswerth.

A. Nennwerth.

Darunter ist zu verstehen der Werth, welcher jedem Geldstück, nach der Absicht seines Urhebers, beizulegen ist. Der Kürze wegen will ich diesen Urheber den Münzherrn nennen, worunter also der Staat selbst zu verstehen ist in derjenigen Thätigkeit, wodurch er das Geld hervorbringt, um damit die oben (§ 40) erwähnte unentbehrliche Vermittelung zu übernehmen. Jene Absicht kann in sehr verschiedener Weise ausgesprochen werden. Es kann geschehen durch die bloße Bezeichnung der Münzen selbst (§ 40. k. 1). Ferner durch eine öffentliche Bekanntmachung

v. 1812—1817. Wien 1819. Fol. als 166 Millionen Gulden im
 S. 391). — Im südlichen Deutsch- Umlauf. No bad S. 1183. 1184.
 land waren in Kronenthalern mehr, 1414.

in Form eines Gesetzes (a). Eben so durch eine bloße Anweisung an die Münzbeamten im Verwaltungswege, welche wiederum amtlich bekannt gemacht werden kann oder nicht.

Der Nennwerth ist auf alle Arten von Geld anwendbar, auf wirkliches, wie auf bloßes Zeichengeld; bei diesem letzten ist er vergleichungsweise noch wichtiger, da hier die Bestimmung des Werthes mit freierer Willkür geschieht und geschehen muß, als bei dem aus edlen Metallen bestehenden Gelde. — Der unmittelbare Einfluß des Nennwerthes beschränkt sich auf das Land, in welchem das Geld entstanden ist, und worin der Münzherr durch Gebot oder Autorität wirken kann; der Einfluß auf das Ausland hängt weit mehr von zufälligen Umständen ab. Daher ist denn in jedem einzelnen Staate für das etwa im Umlauf befindliche ausländische Geld ein wahrer Nennwerth gar nicht vorhanden, und es ist nur ein unvollständiges Surrogat desselben, wenn zuweilen die einheimische Regierung Tarife über das Werthverhältniß eines solchen fremden Geldes zu dem einheimischen bekannt macht. Diese Tarife haben zuweilen den Zweck, die Annahme des fremden Geldes in den eigenen öffentlichen Kassen zu reguliren, zuweilen bloß den Zweck, durch Belehrung der Unterthanen

(a) Beispiele: das Preussische Anweisungen (G. S. 1824 p. 238).
Gesetz über die Münzverfassung — Eben so mehrere frühere Ge-
von 1821 (G. S. 1821 p. 159). setze über die Tresorscheine u. s. w.
— Kabinettsordre von 1824 wegen (§ 46. t. u.).
Einführung der neuen Kassen-

auf einen richtigen Cours einzuwirken, während die öffentlichen Kassen das fremde Geld gar nicht annehmen (a¹).

Für diese Art des Geldwerthes werden meist andere Benennungen gebraucht.

Man nennt ihn häufig den äußeren Werth, im Gegensatz des inneren, worunter der Metallwerth verstanden werden soll. Allein diese abstracte Bezeichnung des Gegensatzes erscheint besonders deswegen nicht zweckmäßig, weil daneben der Courswerth in eine zweideutige und zweifelhafte Stellung kommt. In der That werden auch jene Ausdrücke von den Schriftstellern in ganz verschiedenen Bedeutungen gebraucht, wodurch sie sich vollends ungeeignet zu Kunstausdrücken erweisen.

Anderer gebrauchen für den Werth, welchen ich den Nennwerth nenne, den Ausdruck: gesetzlicher Werth, allein auch diese Bezeichnung muß ich ablehnen. Zunächst schon deswegen, weil der Ausspruch in Form eines Gesetzes, wie ich oben gezeigt habe, nur einer der mehreren Wege ist, auf welchen der Münzherr seine Absicht kund geben kann. Dazu kommt aber noch ein zweiter und wichtigerer Grund. Der Ausdruck: gesetzlicher Werth führt leicht zu dem Nebenbegriff, als läge in dem Nennwerth die gesetzliche Vorschrift für die Unterthanen des Münzherrn, jenen Werth als den wahren in ihren Rechts-

(a¹) Beispiele: Preussische Gesetzsammlung 1816 S. 118, 1821, S. 184. 190.

geschäften anzuerkennen. Eine solche Vorschrift ist nun allerdings denkbar, wovon in dem § 42 die Rede seyn wird. Sie versteht sich aber gar nicht von selbst, und ist namentlich in den Gesetzen, welche einen Nennwerth aussprechen, nicht nothwendig enthalten. Mehrere der oben angeführten Gesetze (Note a) enthalten diese Vorschrift nicht, ja manche derselben sprechen geradezu das Gegentheil eines solchen Zwanges aus.

Der Nennwerth hat keine nothwendig bleibende Natur, er kann vielmehr im Laufe der Zeit verändert werden.

B. Metallwerth.

Unter diesem wird verstanden der Werth, welcher jedem Geldstück zuzuschreiben ist wegen des in ihm enthaltenen Gewichts von reinem Silber oder Gold. Dieser Werth ist sicher erkennbar durch die Wage und durch die chemische Untersuchung des Stoffs: die erste bestimmt das Schrot, die zweite das Korn des Geldstücks. Allein dieser Weg der Erkenntniß ist so schwierig und kostbar, daß er für den Einzelnen meist unausführbar ist. Daher tritt an die Stelle die schon oben erwähnte öffentliche Versicherung über den Gehalt an Silber oder Gold, die sehr gewöhnlich auf den Geldstücken selbst zu lesen ist (§ 40 k. l), verbunden mit dem Vertrauen auf die Wahrheit dieser Versicherung.

Der Metallwerth hat darin eine beschränkte Anwendbarkeit, daß er Geldstücke von Silber oder Gold voraus-

setzt, also bei dem Papiergeld gar nicht vorkommen kann, und eben so wenig bei dem, ohnehin hier ganz unbedeutenden, Kupfergeld. Dagegen ist er auf der anderen Seite weniger beschränkt, als der Nennwerth, indem er von den Gränzen des einzelnen Landes unabhängig ist.

Viele gebrauchen dafür den Ausdruck: innerer Werth, im Gegensatz des äußeren, als welchen sie den Nennwerth bezeichnen. Die Gründe, welche ich bei diesem letzten gegen eine so abstracte Bezeichnung geltend gemacht habe, müssen auch dem Gebrauch jenes Ausdrucks entgegen treten.

Es ist so eben erwähnt worden, daß die öffentliche Versicherung über den Metallgehalt nur in soweit sichere Wirkung hervorbringe, als man der Wahrheit derselben Glauben schenke. Die Wichtigkeit dieses Punktes macht es nöthig, die verschiedenen Gründe zusammen zu stellen, aus welchen die Wahrheit von der Versicherung abweichen kann.

1. Zunächst ist ein Umstand zu erwähnen, der uns glauben machen könnte, die meisten Geldstücke enthielten sogar einen höheren Werth, als den, worauf ihre Bezeichnung hindeutet. Nur sehr selten nämlich wird reines Silber oder Gold ausgemünzt, fast immer erhält es einen, oft recht bedeutenden, Zusatz von Kupfer, welches die Legierung oder Beschickung genannt wird. So ist in vierzehn Preussischen Thalerstücken zwar wirklich eine feine Mark enthalten, allein jeder Thaler erhält außerdem,

zum dritten Theil seines Silbergewichts, Zusatz von Kupfer, so daß darin drei Viertel aus Silber, Ein Viertel aus Kupfer bestehen. Nun möchte man glauben, das Thalerstück wäre mehr werth, als Ein Thaler (d. h. als $\frac{1}{14}$ der Mark Silber), indem der Werth des beigefügten Kupfers hinzu gerechnet werden müßte. Denn der Empfänger eines Thalerstücks kann es allerdings einschmelzen, und dann jedes Metall besonders verkaufen. Indessen sind die Kosten der Ausscheidung so groß, daß sie den Werth des Kupfers weit übersteigen, so daß ein solches Verfahren gewiß nicht zu befürchten ist. Zwar muß der Staat das zur Beschickung dienende Kupfer kaufen, aber diese Ausgabe wird in die allgemeinen Münzkosten mit eingerechnet, und es ist daher allgemeiner Gebrauch, den Werth des zugesetzten geringeren Metalls gar nicht in Anschlag zu bringen, wo von dem Metallwerth des Geldes die Rede ist (b).

2. Der unzweifelhafteste Grund einer Abweichung der Wahrheit von der Versicherung würde darin bestehen, wenn mit Absicht jedem Geldstück ein geringeres, als das zugesicherte, Gewicht an edlem Metall zugetheilt würde, um der Regierung diese Differenz als Gewinn zuzuwenden. Ein solches Verfahren ist in früherer Zeit öfter einge-

(b) Hoffmann S. 23—30. Rau B. 2 § 252. — In neuerer Zeit hat man sich überzeugt, daß die früher angenommenen Vor-

theile einer starken Legierung keinen wahren Grund haben, worüber auch noch Hoffmann nicht im Klaren gewesen zu seyn scheint

schlagen worden, späterhin aber meist verschwunden, da es der aufmerksamen Handelswelt nicht lange unbemerkt bleiben kann, dann aber der Zweck nicht erreicht wird. Der neueste erhebliche Fall einer Abweichung solcher Art ist bei den Kronenthalern im südlichen Deutschland eingetreten (§ 40).

3. Als fernerer Grund einer Abweichung kann der Schlagſchag vorkommen, worunter eine Verminderung des Metallgehalts verstanden wird, welche zum Zweck der Deckung der Münzkosten dienen soll. Dafür scheint eine gewisse Billigkeit zu sprechen, indem dem Staat nicht zugemuthet werden kann, den zum Vortheil der Einzelnen durch die Münzanstalt gemachten Aufwand aus seinen Mitteln zu bestreiten, auf der anderen Seite aber der Empfänger des Geldstücks in diesem Etwas erhält, das ihm durch Einrichtung und Bezeichnung brauchbarer ist, als ein rohes Stück Silber von demselben Gewicht. Dennoch ist es nicht rätlich, aus diesem Grunde eine Verminderung der Geldstücke vorzunehmen, weil dadurch zu leicht das Vertrauen in den Metallgehalt des Geldes geschwächt wird, auch sehr oft der Vorwand des Schlagſchages dazu gedient hat, ihn über die wahren Grenzen auszu dehnen, und so den vorher erwähnten, ganz verwerflichen reinen Gewinn unvermerkt durchzuführen.

Es ist daher vorzuziehen, daß die Deckung der Münzkosten auf anderem Wege gesucht werde, nämlich durch möglichst wohlfeilen Ankauf des edlen Metalls. Zu diesem

Zweck hat man nicht selten die Eigenthümer der einheimischen Bergwerke genöthigt, das Metall unter dem sonst üblichen Preise an die Münze zu verkaufen; allein zu einer solchen einseitigen Belastung des einzelnen Gewerbes fehlt ein gerechter Grund. Dagegen giebt es in dem Handel mit edlen Metallen keine größeren Käufer, als die Münzherrn, welchen es zugleich an Kapital nicht fehlen kann; wenn nun Diese, mit gehöriger Aufmerksamkeit auf den Welthandel, Zeit und Gelegenheit zu wohlfeilem Ankauf benutzen, so werden sie meistens im Stande seyn, auf diesem völlig tabellosen Wege die Münzkosten zu decken (c). Wenn die Münze von Privatpersonen in Anspruch genommen wird, welche das rohe Gold oder Silber einliefern, um es in Geldstücke verwandeln zu lassen, so wird Diesen der Schlagschaz in Abrechnung gebracht.

4. Eine Abweichung kann ferner entstehen durch eine unvollkommene Ausführung der Vertheilung der einzelnen Geldstücke, wobei der Fehler bald liegen kann in der nicht gleichmäßigen Vertheilung des zusammengeschmolzenen Silbers und Kupfers (also in dem Korn), bald in dem ungleichen Gewicht der einzelnen Geldstücke (in dem Schrot). Diese Abweichung war in früherer Zeit äußerst häufig und wichtig, ist aber durch die fortschreitende Münzkunst in immer engere Gränzen eingeschlossen worden. Da dieselbe jedoch nie völlig vermieden werden kann, so hat man sich damit

(c) Hoffmann S. 50. Rau B. 2 § 257, B. 3 § 196—198.

begnügt, durch Gesetze die Gränzen zu bestimmen, in welchen sich jene Abweichung halten muß, wenn sie noch geduldet und den ausführenden Münzbeamten nachgesehen werden soll. Man nennt diese Gränze das Remedium, Fehlergränze, tolérance, oder auch remède (d). — Auch das Remedium ist früherhin nicht selten als Vorwand mißbraucht worden, um einen unredlichen Gewinn zu verdecken.

5. Ein weiterer Grund der Abweichung lag früher sehr häufig in dem Beschneiden (Kippen) der Münzen, dessen Gefährlichkeit durch die vervollkommnete Prägekunst sehr abgenommen hat.

6. Ein unvermeidlicher, mit dem Alter der Münzen fortschreitender, Grund liegt in der natürlichen Abnutzung, die nicht selten dazu nöthigt, die allzu abgegriffenen Stücke einzuwechseln, und mit Verlust einzuschmelzen (e).

7. Alle diese Gründe der Abweichung endlich können, einzeln oder in Verbindung, dahin wirken, daß der verächtliche, vielleicht auch ursprünglich vorhandene, Metallwerth nicht mehr anerkannt wird, wodurch dann im Verkehr die Geldstücke durchschnittlich einen geringeren Werth erhalten, als sie nach dem Nennwerth haben sollten, ohne

(d) Hoffmann S. 39. — Preussischen Thalers beträgt das Ueber das Remedium in Preussischen Gesetzen vgl. G. S. 1821 G. S. 1839 p. 21. p. 162, G. S. 1843 S. 256. — (e) Hoffmann S. 43—48. Für die Vereinsmünze von zwei S. 98.

Rücksicht darauf, daß die einzelnen Stücke bald mehr, bald weniger Silber oder Gold enthalten mögen. Dieser Zustand wird dann noch besonders verderblich durch das unredliche Gewerbe solcher Personen, die aus einer Menge von Geldstücken die besseren aussondern und einschmelzen, die schlechteren aber wieder in den Umlauf bringen (Wipper) (f).

Der Metallwerth der einzelnen Geldstücke hat an sich eine bleibende, von bloßer Willkür unabhängige, Natur, er kann aber zufällige Veränderungen erfahren durch das Beschneiden und durch die Abnutzung der Geldstücke, welche jedoch in neuerer Zeit weniger gefährlich, als früher, geworden sind.

C. Courswerth.

Unter diesem wird derjenige Werth verstanden, welchen der allgemeine Glaube, also die öffentliche Meinung, irgend einer Art des Geldes beilegt. Dieser steht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem oben (§ 40) erklärten Wesen des Geldes überhaupt, und daraus wird die Realität und Wichtigkeit des Courswerthes von selbst einleuchtend.

Der Courswerth ist nicht gebunden an die Gränzen eines bestimmten Staates, wohl aber kann er, je nach Orten und Ländern, verschieden seyn, und auch das besondere Verhältniß eines einzelnen Staates kann, innerhalb

(f) Die älteren Deutschen Gerungen gegen die Ripper und seze sind angefüllt mit Vorseh- Wipper.

der Gränzen desselben, Einfluß darauf ausüben. — Er hat durchaus keine bleibende Natur, ist vielmehr, in verschiedenen Zeiten, den stärksten Veränderungen unterworfen.

Bei dieser, örtlich und zeitlich wandelbaren Natur des Courswerthes kann er nur dadurch eine bestimmte Bedeutung erhalten, und zur Grundlage von Rechtsregeln fähig werden, daß er auf irgend ein Unwandelbares, von Ort und Zeit Unabhängiges, zurückgeführt wird. Als eine solche unwandelbare Grundlage des Courswerthes ist der Werth des edlen Metalles zu betrachten, also des Silbers oder des Goldes, je nachdem Silberwährung oder Goldwährung in einem Lande besteht. Wenn also etwa bei irgend einer Art des Papiergeldes der Courswerth für zwei Zeitpunkte, die Zehen Jahre aus einander liegen, verglichen werden soll, so muß man in deutschen Staaten fragen, wie viel reines Silber in dem einen und anderen Zeitpunkte für Einen Thaler (oder Einen Gulden) jenes Papiergeldes gekauft werden konnte; dadurch ist der Courswerth desselben für beide Zeitpunkte fest bestimmt (g).

Die hier aufgestellte Behauptung ist nun allerdings

(g) Das hier angegebene Verfahren könnte für schwieriger gehalten werden, als es in der That ist, indem freilich der Handel mit rohem Silber als Waare nicht so häufig vorkommt, daß man stets dessen Stand leicht erforschen könnte. Es bedarf aber dieser Nachforschung

nicht, da überall irgend ein vollhaltiges Silbergeld von allgemein bekanntem und unzweifelhaftem Silbergehalt vorhanden seyn wird (wie z. B. das Preussische Thalerstück und ebenso der Oesterreichische Zwanziger), welches zur Vergleichung vollkommen ausreicht.

nicht ganz unbestritten, indem sie mit in die große und verwickelte Streitfrage von dem schwankenden Preise der edlen Metalle, verglichen mit anderen Waaren, hereingezogen worden ist. Ein solches Schwanken, wie es insbesondere seit der Entdeckung von Amerika in vielen Ländern fühlbar geworden ist, soll keinesweges geleugnet werden, so daß also der Werth der edlen Metalle nicht für ein absolut, sondern nur für ein relativ Unwandelbares (in Vergleichung mit jeder anderen Waare) ausgegeben werden soll. In der That haben deshalb Manche für einen besseren, noch mehr unwandelbaren, Maßstab manches Andere ausgeben wollen; namentlich den Preis des Getreides, oder auch den Preis der Arbeit, so wie er sich in dem gewöhnlichen Tagelohn darstellt.

Dennoch muß ich auf jener Behauptung, als einer völlig gewissen, fest bestehen, und zwar aus folgenden Gründen. Zuerst beruhen viele Angaben von schwankenden Preisen der edlen Metalle, und zwar gerade die stärksten und auffallendsten, auf bloßen Mißverständnissen, indem man die großen Veränderungen im Münzfuß übersah, und sich durch die gleichnamige Bezeichnung höchst verschiedener Münzsorten täuschen ließ. — Zweitens ist jenes Schwanken immer erst nach längeren Zeiträumen fühlbar geworden, anstatt daß bei allen anderen Waaren, namentlich bei dem Getreide, ein weit stärkeres Schwanken, und zwar ganz plötzlich und zufällig, vorzukommen pflegt. — Endlich ist jenes Schwanken durch den in neuerer Zeit sichtbar ge-

wordenen Gang des großen Welthandels immer mehr vermindert worden (h).

Fragen wir nun ferner, woran der Courswerth zu erkennen ist, so erscheint auf den ersten Blick gerade dieser Punkt sehr bedenklich. Denn wenn wir erwägen, wie schwankend und unsicher auf anderen Gebieten die öffentliche Meinung, oft an demselben Ort und zu derselben Zeit, zu seyn pflegt, so möchten wir eine gleiche Ungewißheit auch bei dem Courswerthe des Geldes erwarten. In der That aber steht es damit ganz anders. Jeder Einzelne hat hier das größte Interesse, eine allgemeine Uebereinstimmung zu fördern und sich derselben zu fügen. Diese Uebereinstimmung wird erleichtert durch die Vereinigung der Handelsleute an den Börsen der Handelsplätze, deren ausgesprochene Meinung entscheidenden Einfluß auf große Landstriche ausübt. Dazu kommt die unglaubliche Bervielfältigung und Beschleunigung des Verkehrs zwischen Städten und Ländern vermittelt der Eisenbahnen, Telegraphen und Dampfschiffe, und durch diese ist zunächst in Europa, dann aber auch nach anderen Welttheilen hin, eine Gemeinschaft der Courswerthe des Geldes entstanden, von deren Möglichkeit man in früherer Zeit keine Ahnung gehabt hat. Durch diese Einrichtungen ist für das, auf den hier vor-

(h) Ueber diese wichtigen und schwierigen Fragen verweise ich auf folgende Schriften: Helferich durch das ganze Werk, besonders

§. 40. 46—47. 266—268. Rau B. 1 § 169—178. Savigny Geschichte des R. R. im Mittelalter B. 3 Anhang I.

liegenden Gegenstand bezügliche, Denken und Wollen der über die ganze Erde verbreiteten einzelnen Menschen eine annähernde Gemeinschaft herbeigeführt worden, die wir noch in stetem Fortschreiten begriffen sehen.

Betrachten wir nun zuletzt noch das Verhältniß der eben erklärten drei Werthe des Geldes neben einander.

Der gesunde, normale Zustand des Geldwesens besteht in der möglichsten Uebereinstimmung dieser Werthe; also bei dem Metallgeld in der Uebereinstimmung des Nennwerthes mit dem Metallwerth und Courswerth: bei dem Papiergeld in der Uebereinstimmung des ersten mit dem letzten dieser Werthe.

Bedeutende Abweichungen von diesem Zustande werden nicht leicht ohne nachtheilige Einwirkung auf den Verkehr und auf das Vermögen der Einzelnen bleiben (1). Eine besonders wichtige, und sehr nachtheilige, Wirkung besteht darin, daß, wenn in einem Lande zweierlei Geld, gutes und schlechtes (sey es Metall neben Metall, oder Metall neben Papier), gleichzeitig im Umlauf ist, sehr gewöhnlich das gute Geld verschwindet, indem es theils auswandert, theils verschlossen oder vergraben wird.

Die stärksten Abweichungen kommen bei dem Papier-

(1) Daß hierin in neueren Zeiten weit bessere Ueberzeugungen Raum gewonnen haben, als früher, bemerkt Rau B. 3 § 201.

gelbe vor. — Zwischen dem Metallwerth und dem Cours-
werth kann am wenigsten Verschiedenheit auf die Dauer
sich erhalten. Oben ist das Beispiel angegeben worden
von den alten Preussischen Groschen (§ 40. p), deren
Courswerth viele Jahre hindurch dem Nennwerthe gleich
blieb, obgleich der Metallwerth zuletzt nur Vier Sieben-
theile desselben betrug. Daß umgekehrt der Courswerth
geringer, als der Metallwerth, stehen sollte, wird nur in
geringem Maße und nur vorübergehend eintreten können,
weil es sonst ein sehr lohnendes Geschäft seyn würde,
eine solche Geldart einzuwechseln, einzuschmelzen, und als
rohes Metall zu verkaufen (k).

Zur Erläuterung will ich noch einige Fälle angeben,
in welchen solche Abweichungen im allergrößten Umfang
vorgekommen sind, und theilweise noch jetzt vorkommen.

In der ersten Französischen Revolution wurde ein
Papiergeld unter dem Namen der Assignaten, bald nachher
ein anderes unter dem Namen von Mandaten, eingeführt.
Der Courswerth von beiden sank sehr schnell und sehr
stark, so daß sie nach nicht langer Zeit gar keinen Werth
mehr hatten. Natürlich mußte daneben das Metallgeld
fast ganz verschwinden, indem es entweder in das Ausland

(k) Wenn daher für eine sehr
alte Zeit der Courswerth irgend
einer Geldart auszumitteln ist,
wofür es an hinreichenden Zeug-
nissen fehlt, so wird, wegen dieser

natürlichen Uebereinstimmung, der
erweisliche Metallwerth zugleich
als wahrscheinlicher Courswerth
angenommen werden können.

gebracht, oder verborgen gehalten wurde. Ein so unnatürlicher Zustand würde völlig vernichtend gewirkt haben, wenn er nicht eine mäßige Dauer gehabt hätte (l).

In Oesterreich hatte man neben dem Metallgeld ein Papiergeld (Bankzettel), welches bei mäßigem Umfang bequem und vortheilhaft für den Verkehr war. Durch unverhältnißmäßige Vermehrung fing es um das Ende des achtzehnten Jahrhunderts an, im Courswerth zu sinken, und dieses Uebel nahm so zu, daß im J. 1811 die ganze Masse des Papiergeldes (1060 Millionen Gulden) gesetzlich auf $\frac{1}{2}$ ihres ursprünglichen Nennwerthes herab gesetzt wurde (m). Daß nun an die Stelle gesetzte neue Papiergeld (Einslösungsscheine, Anticipationscheine, unter

(l) Da ich vermuthen kann, daß die Meisten meiner Leser niemals Assignaten gesehen haben mögen, so will ich von einem solchen Stück, das zufällig vor mir liegt, den wesentlichen Theil der Aufschrift hierher setzen: „Assignat de cinq cents liv. hypothéqué sur les domaines nationaux. créé le 20 pluviôse l'an 2^{ème} de la république. (Oben:) la loi punit de mort le contrefacteur. (Unten:) la nation recompense le denonciateur.“ → Es waren nach und nach über 45000 Millionen livres in Assignaten ausgegeben worden. Helfferich S. 186.

(m) Finanzpatent 20. Feb. 1811 (R. Franz Gesetze im Justizfache 1804—1811. Wien 1816 S. 254). Bancozettel auf $\frac{1}{2}$ gesetzt und so gegen Einslösungsscheine ausgewechselt (§ 2—4). Diese Scheine sind jetzt Wiener Währung und einzige Landes-Waluta (§ 8). Contracte dürfen nur in dieser Wiener Währung geschlossen werden, mit Ausnahme der auf eine bestimmte Münzsorte lautenden Darlehen (§ 9). „Klingende Münze“ in Contracten bedeutet von jetzt an Eirtlösungsscheine (§ 15). Besondere Cours-Scala für die Zahlung der älteren Schulden (§ 12. 13. 14).

dem gemeinsamen Namen der Wiener Währung) wurde später wieder auf $\frac{2}{5}$ gesetzt, so daß dadurch die Herabsetzung im Ganzen auf $\frac{2}{25}$ des ursprünglichen Nennwerthes geschah (n). Aber auch das nun an die Stelle gesetzte neueste Papiergeld (Banknoten, Cassenanweisungen u. s. w.) verliert jetzt wieder etwa ein Viertel seines Nennwerthes gegen Metallgeld im Course. Auch hier ist die stets unvermeidliche Folge eingetreten, daß das Metallgeld aus dem Verkehr fast ganz verschwunden ist.

Das hier beschriebene Uebel ist in Frankreich ungleich heftiger gewesen, dagegen von kurzer Dauer. In Oesterreich ist es milder aufgetreten, es dauert aber daselbst (mit Unterbrechungen) schon länger, als ein halbes Jahrhundert.

In beiden Ländern hat es völlig die Natur eines Staats-Bankerottes an sich getragen, da jedes Papiergeld nicht nur Geld, sondern zugleich wahre Staatsschuld ist (§ 40. ö).

(n) Die Herabsetzung auf $\frac{2}{5}$ geschah durch eine bloße Bekanntmachung der Bank vom 9. März 1820. Die Wiener Währung war allmählig wieder bis über 600 Mil-

lionen vermehrt worden, wurde aber späterhin bis auf eine sehr mäßige Summe eingezogen. Nov. 1822. 1824.

§. 42.

IV. Gegenstand der Obligation. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. — Geld. Rechtsregeln.

Die ganze bisher angestellte Untersuchung sollte bloß den Weg bahnen zur Beantwortung der Rechtsfrage, worin der wahre Inhalt einer Geldschuld besteht; woraus dann weiter die rein praktische Frage zu entscheiden seyn wird, in welcher Summe eine früher entstandene Geldschuld zu tilgen ist.

Suchen wir nun zunächst an die oben (§ 39) aufgestellten Begriffe anzuknüpfen, so werden wir kein Bedenken haben, folgende Sätze anzuerkennen: Das Geld gehört unter die Quantitäten, daher ist unter den einzelnen Stücken einer gewissen Art des Geldes so wenig Unterschied, als unter den einzelnen Weizenkörnern, die sich in einem Haufen vereinigt finden; die einzelnen Geldstücke sind an sich nicht zu unterscheiden, also unerkennbar; sie sind eudlich im juristischen Sinne verbrauchbar, indem ihr wahrer und richtiger Gebrauch in dem Ausgeben besteht, welches in der Regel jede fernere Verfolgung des früheren Eigenthums an denselben eben so unmöglich macht, als wenn sie körperlich aufgezehrt wären (a).

Erscheint nun hierdurch die Unterscheidung der einzelnen Stücke in jeder Geldart juristisch sowohl unmöglich,

(a) § 2 *J. de usufr.* (2. 4). Vgl. oben § 39. b.

als gleichgültig, so wird um so wichtiger die Unterscheidung der einzelnen Geldarten selbst. Dadurch scheint aber unsere ganze Frage in das Gebiet der generischen Obligationen überzugehen, so daß der Zweifel und Streit über eine bessere und eine geringere Geldart dieselbe Natur haben würde, wie der Streit über guten und schlechten Weizen. Dann müßte der Schuldner die Wahl haben, in welcher Geldart er leisten wolle, oder, was dasselbe sagt, es müßte die Leistung stets in der geringsten unter den mehreren zweifelhaften Geldarten erfolgen (§ 39. b). — Allein diese Entscheidung würde nur auf einem täuschenden Schein beruhen. Die so eben in Erinnerung gebrachte Regel über die Behandlung der generischen Schulden setzt voraus einen Fall absichtlicher Unbestimmtheit, deren Ergänzung dem Gutfinden des Schuldners überlassen bleibt (§ 38). Ein solcher Fall aber ist bei eigentlichen Geldschulden nie anzunehmen. Bei diesen denken die Betheiligten stets an einen ganz bestimmten Werth, und es kann nur zweifelhaft und streitig werden, welches dieser Werth ist. Daher ist unsere Frage nicht nach der Regel über die generischen Schulden zu entscheiden (b), sondern vielmehr nach den Regeln über die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Diese Auslegung werden wir zunächst nach der allgemeinen Natur des Geldes versuchen müssen. Daneben aber wird

(b) Diese Regel kommt allerdings zur Anwendung in manchen untergeordneten und minder wichtigen Fällen, die aber nicht mehr in das Gebiet der reinen Geldschulden gehören (s. u. § 43. b).

zu untersuchen seyn, inwiefern positive Gesetze darin etwa eingreifen mögen.

Unsere Frage nimmt nunmehr folgende bestimmtere Gestalt an:

Ist der Inhalt einer Geldschuld zu verstehen von dem Nennwerth, oder von dem Metallwerth, oder von dem Courswerth der in dem Rechtsgeschäft ausgesprochenen Geldsumme?

Dabei ist sogleich einleuchtend, daß neben dem oben dargestellten gesunden Zustand des Geldwesens, welcher in der Uebereinstimmung der verschiedenen Werthe besteht (§ 41), jene Frage ohne praktische Bedeutung seyn wird; desgleichen wird sie nicht leicht Veranlassung zu Zweifel und Streit geben, wenn nicht in dem Zustand des Geldwesens, in der Zwischenzeit zwischen der Gründung und der Tilgung der Schuld, irgend eine Veränderung eingetreten ist, sey es in Einem jener Werthe, oder in mehreren derselben. Eine solche Veränderung kann sich beziehen auf Schulden der verschiedensten Entstehung, also auf Schulden aus Darlehen, Kauf, Pachtvertrag, Testament oder Delict. Unter diesen Fällen aber ist der des Darlehens aus mehreren Gründen der wichtigste. Zunächst deswegen, weil gerade in diesem Fall am häufigsten eine Dauer des Schuldverhältnisses durch lange Zeiträume vorkommt. Dann aber auch aus dem anderen Grunde, weil bei dem Darlehen nach allgemeinen Rechtsregeln die Beschaffenheit des ursprünglich empfangenen Stoffes maßgebend ist für die Beschaffenheit des zurück zu

gebenden (c), so daß es hier am wenigsten ankommt auf die mögliche Verschiedenheit in den Gedanken der den Vertrag schließenden Parteien, und also auf die wörtliche Auslegung der in dem Vertrag gebrauchten Ausdrücke, die aber auch in anderen Fällen ohnehin gleichgültig und leicht irreführend seyn wird, wo es auf unsere Frage über den wahren Inhalt einer Geldschuld ankommt.

Indem ich mich nun zur Beantwortung der oben formulirten Rechtsfrage wende, und also bei jedem der drei Werthe untersuche, ob er als der wahre anzusehen seyn möchte, will ich voraus erklären, daß ich den Courswerth für den wahren halte. Die entscheidende Widerlegung der beiden anderen wird also erst durch die Begründung des Courswerthes gegeben werden können; es wird sich jedoch auch schon bei jedem der beiden anderen zeigen, daß denselben noch ganz eigenthümliche Gründe entgegen stehen.

A. Nennwerth.

Für den Nennwerth, als wahren Inhalt einer Geldschuld, wird zunächst der Grund geltend gemacht, daß der Urheber des Geldes in jedem Staate (den ich oben den Münzherrn genannt habe), indem er das Geld schafft, allein in der Lage sey, auch den Werth desselben nach seinem Ermessen zu bestimmen. Dieser Grund aber verliert sein Gewicht durch die Erwägung, daß die wahre Thätig-

(c) So ist es anerkannt im Preussischen Recht. A. L. R. I. Römisches Recht. L. 3 *de reb. 11* § 778, I. 16 § 74. *cred.* (12. 1). Eben so auch im

feit des Münzherrn nur scheinbar eine schaffende, in der That aber eine vermittelnde ist (§ 40).

Mehr Schein hat der Grund, daß der Münzherr meist neben dieser seiner Eigenschaft zugleich die andere, weit wichtigere Eigenschaft des Gesetzgebers hat, und daß, wegen dieser Vereinigung von zwei Gewalten in Einer Person, der Ausspruch des Münzherrn über den Nennwerth des Geldes zugleich als Gesetz bindend ist für alle Einwohner des Staates, und insbesondere für jeden Richter, der über eine Geldschuld zu entscheiden hat. — Dieser Punkt erfordert um so mehr eine recht genaue Erwägung, als in der erwähnten, sehr häufigen, Behauptung, Wahres und Falsches auf verführende Weise vermischt ist. Folgende Sätze sind hierin wohl zu unterscheiden.

1. Der Ausspruch des Münzherrn über den Nennwerth irgend einer Geldart wird zuweilen in der Form eines Gesetzes, oft aber in ganz anderen Formen, etwa durch ein bloßes Zeichen auf den Münzen, erlassen (§ 41). In den Fällen dieser letzten Art hat der oben angegebene Grund auch nicht einmal einen Schein für sich.

2. In den Fällen der ersten Art ist ein solcher Schein allerdings vorhanden. Dennoch hat ein Gesetz, welches den Nennwerth ausspricht, nicht nothwendig den Sinn, daß dadurch der Wille der Einwohner gebunden, die Entscheidung der Richter bestimmt werden soll. Daß dieser Sinn nicht nothwendig, also nicht allgemein, anzunehmen

ist, erhellt aus dem Umstand, daß unter den Gesetzen, welche den Nennwerth einer Geldart aussprechen, manche ausdrücklich sagen, daß die Einwohner und die Richter daran gebunden seyn sollen (wovon sogleich mehr die Rede seyn wird), anstatt daß andere das Gegentheil ausdrücken (§ 41. a), so daß solche Gesetze mit beiden entgegengesetzten Bestimmungen gleich vereinbar sind. Wenn daher ein den Nennwerth aussprechendes Gesetz diesen Punkt unbestimmt läßt, so sind wir nicht berechtigt, dasselbe so auszulegen, als ob dadurch der Richter gebunden seyn sollte, indem wir dadurch eine ganz positive Vorschrift in das Gesetz willkürlich hinein legen würden.

3. Dagegen soll gar nicht geleugnet werden, daß Gesetze von einem solchen bindenden Inhalt allerdings erlassen werden können, auch öfter gegeben worden sind. Der Inhalt und die Wirkung einer solchen Vorschrift wird der Zwangscours des Geldes genannt. Wo nun ein solches Gesetz vorhanden ist, da hat es durchaus keinen Zweifel, daß jeder Richter dasselbe anwenden muß, indem jedes Gesetz auf unbedingte Befolgung Anspruch hat, auch selbst, wenn der Richter den Inhalt für tadelnswerth, hart und ungerecht halten sollte.

Einige Beispiele aus dem wirklichen Leben werden die Bedeutung des Zwangscourses anschaulicher machen, wobei voraus zu bemerken ist, daß derselbe bei dem Metallgeld weder oft, noch in besonderer Wichtigkeit, vorkommt, anstatt daß bei dem Papiergeld die mögliche An-

wendung desselben mit ihren gefährlichen Folgen ohne Grenzen ist.

Im größten Maßstabe wurde der Zwangscours geltend gemacht bei den Französischen Assignaten und Mandaten, und es wurden die gewaltsamsten Mittel zur Durchführung desselben nicht gescheut (§ 41). In Folge der neuesten Revolution wurde im März 1848 wieder ein Zwangscours eingeführt für die billets de banque (d), der jedoch schon im August 1850 wieder aufgehoben wurde.

Als im Preussischen Staate, in Folge des Kriegs-unglücks von 1806, das Papiergeld unter den Nennwerth sank, war die Gesetzgebung öfter schwankend über den Zwangscours. Im J. 1813 ist derselbe völlig aufgehoben worden, und dieser Zustand hat sich seitdem stets erhalten (e).

In Oesterreich hat, neben den wiederholten gesetzlichen Reductionen des Papiergeldes, der Zwangscours mancherlei Modificationen erfahren. Durch das Finanzpatent vom 1. Jun. 1816 (§ 1. 16) wurde erklärt, daß nie wieder ein Papiergeld mit Zwangscours eingeführt werden würde, und daß insbesondere die damals eingeführten neuen Banknoten keinen Zwang mit sich führen sollten. Aber gerade diese Banknoten wurden wieder mit dem Zwangscours im J. 1848 versehen, zuerst durch einen bloßen

(d) Les codes Français par Tripiet Paris 1851. p. 1410.

(e) G. n. § 46, t. u.

Ministerialerlaß, dann durch ein bestätigendes kaiserliches Patent (e¹). So besteht derselbe noch jetzt für dieses neueste Papiergeld in so durchgreifender Weise, daß der Staat selbst diejenigen Staatsschulden, welche schon durch ihre übliche Benennung die Anwendung jedes anderen Geldes, als des Metallgeldes, auszuschließen scheinen (die métalliques), und in deren Schuldbriefen ausdrücklich Konventionsmünze versprochen wird, in Papiergeld nach dem Nennwerth verzinsset, zum großen Nachtheil seiner Glaubiger.

Mit den hier erwähnten Gesetzen, die auf eigenmächtige Weise in das Geldwesen eingreifen, dürfen nicht verwechselt werden manche Gesetze, die in der That eine ganz andere Bedeutung haben. So bestimmt das Preussische Landrecht, daß die in Verträgen vorkommenden Geldsummen in gangbarem Silber-Courant verstanden werden sollen (f). Dieses Gesetz enthält eine bloße Auslegung der Verträge, keine den Willen bindende Vorschrift, welches am Vollständigsten daraus erhellt, daß daneben abweichende Verträge zulässig und wirksam sind (g). — Eine ähnliche Bewandniß hat es mit manchen Gesetzen über den veränderten Münzfuß, wovon weiter unten die Rede seyn wird (Note m).

(e¹) R. Franz Gesetze v. 1812 (g) A. L. R. I. 11 § 778, I. bis 1817 Wien 1819 S. 359. 12 § 450. 451, I. 5 § 257, I. Kobach S. 1402. 1477. 1879. 16 § 74.

(f) A. L. R. I. 11 § 779, I. 5 § 258, I. 16 § 76.

4. Durch die eben ausgesprochene und näher erläuterte Anerkennung der den Zwangscours vorschreibenden Gesetze, hat nun die hier vorliegende Frage, ob der Nennwerth als wahrer Inhalt einer Geldschuld anzusehen ist, eine bestimmtere und zugleich beschränktere Bedeutung erhalten. Die Frage geht nämlich zunächst dahin, ob dem Gesetzgeber zu rathen ist, daß er den Nennwerth so behandle, wie es durch die Vorschrift des Zwangscourses geschieht. Daran schließt sich dann die zweite, praktisch viel wichtigere Frage: ob, in Ermangelung eines den Zwangscours vorschreibenden Gesetzes, nach der bloßen Natur des Geldes, der Nennwerth als wahrer Inhalt einer Geldschuld zu behandeln ist. Gesähe Dieses durch den Richter, so wäre der letzte praktische Erfolg völlig derselbe, wie unter Voraussetzung eines gesetzlichen Zwangscourses.

Beide Fragen nun müssen entschieden verneint werden, weil der Nennwerth nicht den wahren Inhalt einer Geldschuld bildet. Der vollständige Beweis dieser Behauptung kann allerdings erst unten, bei der Betrachtung des Courswerthes, geführt werden. Allein auch schon hier müssen zwei wichtige Gründe geltend gemacht werden, die es sehr bedenklich machen würden, den Nennwerth als Inhalt der Geldschulden zu behandeln, insbesondere also ihn als Zwangscours gesetzlich vorzuschreiben.

Erstlich ist das Ansehen und die Gewalt des Münzherrn und des Gesetzgebers auf den eigenen Staat beschränkt. Was also von ihm, im Widerspruch mit der

Meinung, etwa durchgesetzt werden möchte, würde über die Gränzen hinaus keinen Einfluß haben, also den gegenseitigen Verkehr zwischen dem eigenen Lande und fremden Ländern hemmen und verwirren, zum größten Nachtheil beider Theile.

Was nun aber zweitens die Einwirkung des Zwangscourses auf das Inland betrifft, so könnte man denselben durch die Betrachtung rechtfertigen wollen, daß Alle ohne Ausnahme Geld bedürfen und gebrauchen, so daß Alle von jenem künstlichen, gewaltsamen Zustand des Geldwesens gleichmäßig betroffen werden, wodurch sich die Nachtheile desselben für jeden Einzelnen auszugleichen scheinen. Allein diese Annahme würde auf einer bloßen Täuschung beruhen. - Denn in der That ist selbst im eigenen Lande die Macht des Gesetzgebers in Geldsachen sehr beschränkt, indem die allermeisten Lebensverhältnisse sich derselben unvermeidlich entziehen werden. Gesetzt also, es würde einem neu eingeführten Papiergeld der doppelte Werth beigelegt von dem, welchen die öffentliche Meinung dafür anerkennt, so würde Das keine andere Folge haben, als daß der Preis aller Waaren, so wie auch des Arbeitslohns, auf das Doppelte des bisherigen Preises steigen würde, so daß der Eigenthümer eines Scheffels Getreide, der denselben vorher für Einen Thaler verkaufte, jetzt dafür in jenem Papiergeld Zwei Thaler fordern würde. Dieses ist nicht zu verhindern, weil ja jener Eigenthümer das Recht hat, dem Käufer, der sich darin nicht fügen

will, den Verkauf ganz zu verweigern (h). Es bleibt dann ein einziges Rechtsverhältniß übrig, worin der Gesetzgeber seinen Willen wirklich durchsetzen kann, die Rückzahlung der früher entstandenen Schulden. Denn da der Glaubiger dafür die Hülfe des Richters bedarf, der Richter aber, wie oben gezeigt wurde, den Zwangscours anerkennen muß, so muß sich nun der Glaubiger, der früher eine Forderung von Hundert Thalern erwarb, gefallen lassen, daß ihm Hundert Thaler des neuen Papiergeldes gezahlt werden, wofür er nur noch halb so viel Getreide kaufen kann, als er hätte kaufen können, wenn die Schuld vor Einführung dieses Papiergeldes abgetragen worden wäre. Gerade der Umstand nun, daß jenes Gesetz so einseitig wirkt und drückt, nämlich nur auf die Abzahlung älterer Geldschulden, während es alle übrigen Lebensverhältnisse unberührt läßt und lassen muß, gerade dieser Umstand läßt über die Härte und Ungerechtigkeit eines solchen Gesetzes keinen Zweifel übrig.

Zu dieser Betrachtung aber tritt noch eine ganz andere hinzu. Indem der Staat ein im Course sinkendes Papiergeld durch sein zwingendes Gesetz zu heben sucht, hat er gar nicht die Absicht, Eine Classe der Unterthanen auf

(h) Allerdings wurde in der wildesten Zeit der Französischen Revolution der Versuch gemacht, auch hierauf den Zwang auszu dehnen, indem wenigstens für Lebensmittel ein höchster Preis (le

maximum) unter schweren Strafen vorgeschrieben wurde. Allein zu einer durchgreifenden Ausführung konnte es damit nicht gebracht werden.

Kosten der anderen zu bereichern (von welcher unvermeidlichen, aber ungerechten Folge so eben die Rede war), sondern vielmehr die ganz andere Absicht, einen Theil seiner eigenen Ausgaben an Zinsen, Gehalten und Pensionen durch Abzüge zu decken. Der auf diesem Wege von Seiten des Staats gemachte Gewinn hat die Natur einer Einkommensteuer, und scheint durch das Recht der Besteuerung gerechtfertigt. Allein erstlich hat der Staat gegen die ausländischen Staatsgläubiger gar kein Recht der Besteuerung, und zweitens ist es auch im Inland ungerecht, eine Einkommensteuer einseitig auf die Kapitalisten, Beamten und Pensionäre zu legen, so daß die übrigen Classen davon nicht betroffen werden.

Ganz besondere Rücksicht endlich verdient noch die moralische Wirkung eines solchen Gesetzes, mit welchem eine allgemeine Erschütterung des Rechtsgefühls unzertrennlich verbunden ist.

Die enge Gränze, die hier der natürlichen und zweckmäßigen Einwirkung des Gesetzgebers auf den Geldwerth gesetzt worden ist, darf nicht übertragen werden auf die hin und wieder vorkommenden Gesetze, wodurch irgend eine einheimische Geldart völlig verrufen oder außer Cours gesetzt wird. Ein solches Gesetz hat die unbedingte Folge, daß die verrufene Geldart nicht mehr die Natur des Geldes hat, folglich nicht mehr als Zahlungsmittel von einem Schuldner benutzt werden darf, indem der Münzherr dieser Geldart die ihr bisher verliehene Autorität entzieht, sie also in

die Lage verfezt, wie wenn sie gar nicht von ihm ausgegangen wäre. Auch wird ein solcher Ausspruch nicht leicht ohne dringende Gründe erfolgen. Allerdings kann derselbe für die gegenwärtigen Eigenthümer einer solchen Geldart großen Nachtheil bringen, und es wird daher stets billige Rücksicht dabei zu beobachten seyn, insbesondere wird der Staat nach Umständen das Opfer bringen müssen, das Geld nach dem Nennwerth einzuwechseln, um es dann einschmelzen zu können. Aber für das Verhältniß der Einzelnen unter einander hat das verrufene Geld durchaus aufgehört, Geld zu seyn (i).

B. Metallwerth.

Daß auch der Metallwerth des Geldes nicht als wahrer Inhalt einer Geldschuld betrachtet werden darf, kann erst bei dem Courswerth vollständig bewiesen werden. Allein auch schon hier müssen folgende Bedenken gegen den Metallwerth als Grundlage der Rechtsregeln geltend gemacht werden.

Als wichtige Thatsache kann nicht bezweifelt werden, daß neben dem Metallgeld auch Papiergeld in der That vorhanden ist, und zwar in ungeheurem Umfang. Da nun auf dieses der von dem Metallwerth hergenommene Grundsatz über den Inhalt der Geldschulden ganz gewiß nicht anwendbar ist, so zeigt sich eben dadurch dieser

(i) Ein Fall dieser Art kommt vor in *L. 102 pr. de solut.* (46. 3). Vgl. über diese Stelle *AVERANIVS interpret. Lib. 3 C. 13.*

— Ferner werden die *reprobi numi* erwähnt in *L. 24 § 1 de pign. act.* (13. 7).

Grundsatz als einseitig und unzureichend für den gegenwärtigen Zustand unseres gesammten Geldwesens. Es folgt hieraus das Bedürfnis, einen Grundsatz aufzusuchen von so allgemeiner Natur, daß er auf jede Art des Geldes gleichmäßig angewendet werden könne. — Man möge auch nicht glauben, der hier bemerkten Schwierigkeit dadurch ausweichen zu können, daß man beide Hauptarten des Geldes als zwei von einander unabhängige Gebiete behandelte, deren jedes nach eigenthümlichen Regeln zu beurtheilen wäre. Denn ein besonders häufiger und wichtiger Fall besteht gerade darin, daß eine Metallschuld in Papiergeld getilgt werden soll, oder umgekehrt. Dieser Fall kann augenscheinlich nur entschieden werden durch eine gemeinsame Regel, welche das Metallgeld und das Papiergeld gleichmäßig beherrscht.

Ein anderes Bedenken gegen die Erhebung des Metallwerthes zur allgemeinen Rechtsregel liegt darin, daß er eigentlich nur anwendbar ist auf das Darlehen, nicht auf alle Obligationen überhaupt. Bei dem Darlehen kann man mit einigem Schein sagen, der Schuldner müsse dasselbe Gewicht an Gold oder an Silber, welches er durch das Darlehen empfangen hatte, wieder zurück geben. Bei anderen Obligationen, wie etwa bei dem Kauf, ist Nichts vorhanden, woran man die Behauptung des Metallwerthes als Verpflichtung des Käufers anknüpfen könnte, wenn nicht etwa die Zahlung einer gewissen Zahl von Stücken in einer bestimmten Münzsorte versprochen worden

ist. In einem solchen Fall aber ist es überhaupt nicht mehr eine reine Geldschuld, sondern es kommt eine ganz andere Regel zur Anwendung (§ 43).

Es ist aber zu bemerken, daß die Folgen des Irrthums, der daraus entstehen kann, daß man den Inhalt einer Geldschuld nach dem Metallwerth abmißt, für die Anwendung in ziemlich enge Gränzen eingeschlossen sind, anstatt daß ein ähnlicher Irrthum, wenn man nach dem Nennwerth abmißt, möglicherweise gar keine Gränzen in seinen Folgen hat. Daher ist jener erste Irrthum ungleich weniger gefährlich, als dieser letzte.

C. Courswerth.

Das allgemeine Wesen des Geldes wurde oben darin gefest (§ 40), daß es seinem Eigenthümer eine Macht verleiht, die sich auf alle verschiedenen Bestandtheile des Vermögens erstreckt, und diese Macht wird begründet durch die allgemeine Anerkennung. Von dieser Anerkennung hängt es aber ab, nicht nur, daß Etwas Geld sey, welches außerdem gar nicht Geld seyn würde, sondern auch, in welchem Grade es Geld sey, also wie hoch der ihm beizulegende Werth sich belaufe. Gerade Dieses nun ist die oben erklärte Natur des Courswerthes (§ 41). Und so ist also der Courswerth, als wahrer Maßstab für den Inhalt einer Geldschuld, eine unmittelbare Folge aus der allgemeinen Natur des Geldes.

Damit ist denn auch die Annahme, sowohl des Nennwerthes, als des Metallwerthes, zur Grundlage für den Inhalt einer Geldschuld, vollständig widerlegt, und es ist

zugleich einleuchtend, daß die Annahme des Courswerthes keinem der eigenthümlichen Bedenken unterliegt, welche oben gegen den Nennwerth und den Metallwerth aufgestellt worden sind. — Insbesondere ist die Beurtheilung einer Geldschuld nach dem Courswerthe völlig gleich anwendbar, es mag nun die Schuld ursprünglich entstanden seyn durch ein Darlehen in einheimischem oder in ausländischem Gelde.

Die aufgestellte Regel bedarf nur noch einer näheren Bestimmung für den Fall, daß der Courswerth örtlich verschieden seyn möchte, indem nun hinzuzufügen ist, nach welchem Orte der Cours abgemessen werden soll. Ist die Obligation durch empfangenes Geld entstanden, wie bei dem Darlehen (also *re*), so ist in der Regel der Ort des Empfanges entscheidend, weil an diesem Ort der Empfänger den Grad von Vermögensmacht erhielt, den das empfangene Geld zu gewähren fähig ist (*k*). Ist sie durch den bloßen Willen der Parteien entstanden, wie bei einem Kaufvertrag

(*k*) Wenn der Schuldner das empfangene Geld an einen entfernten Ort mit sich nimmt, und dort an dem Course verliert, so ist das die Folge seines willkürlichen Entschlusses, und dem eingegangenen Rechtsgeschäft fremd. Denn er konnte das Geld an dem Orte des Empfanges in Waaren, oder in anderes, jener örtlichen Verschiedenheit nicht unterworfenen, Geld umsetzen. — Anders wird es freilich

seyn in den seltneren Fällen, in welchen der Ort des gegebenen Darlehens auf einem zufälligen und vorübergehenden Aufenthalt beruht, z. B. wenn an einem Waadeort zwei entfernt wohnende Landsleute zusammentreffen, und unter diesen ein Darlehen in ihrem vaterländischen Gelde zu Stande kommt, welches in der Heimath verbraucht werden soll.

(consensu), so ist nach den Regeln der Auslegung der Ort zu bestimmen, an dessen Cours der ausgesprochenen Geldsumme die Parteien gedacht haben mögen (1). — Diese Frage übrigens wird für die Anwendung in demselben Grade unbedeutender, je mehr sich die Courswerthe des Geldes für verschiedene Orte und Länder ausgleichen (§ 41).

Einige Beispiele werden dazu dienen, die hier aufgestellten Regeln anschaulicher zu machen und zur vollständigeren Ueberzeugung zu bringen.

Wenn in Oesterreich ein Darlehen von Hundert Gulden in alten Banknoten zu einer Zeit gegeben wurde, in welcher dieses Papiergeld dem Silbergeld gleich stand, und wenn dasselbe zurück gezahlt werden sollte zu einer Zeit, worin die Banknoten (noch ohne gesetzliche Einwirkung) auf den vierten Theil des früheren Werthes gesunken waren, so mußte, nach den oben aufgestellten Regeln, eine Summe von Vierhundert Gulden in Banknoten zurück gezahlt werden. Denn nur durch diese Zahlung verschaffte der Schuldner dem Glaubiger dieselbe Vermögensmacht, die er von demselben ursprünglich empfangen hatte.

Wenn in Preußen ein Darlehen von Vierhundert Thalern in Groschen (also in 9600 Stück Groschen) zu einer Zeit gegeben wurde, worin diese dem Courantgeld

(1) Von dieser Frage habe ich fühllich gehandelt. System B. 8. bereits an einem andern Ort aus- § 374.

gleich standen (§ 40), und wenn dieses Darlehen zu einer Zeit zurück gezahlt werden sollte, in welcher jene Groschen ihren tiefsten Stand erreicht hatten, so mußte der Schuldner entweder Vierhundert Thaler Courant, oder Siebenhundert Thaler in jenen Groschen zurück geben. Nur dadurch konnte er dem Glaubiger dieselbe Vermögensmacht zurück verschaffen, die er von demselben ursprünglich empfangen hatte, indem er damals mit dem empfangenen Gelde ganz eben so viel ausrichten konnte, wie wenn es Vierhundert Thalerstücke gewesen wären. Es wäre also nicht richtig gewesen, wenn er die Regel des Metallwerthes hätte anwenden, und ein gleiches Gewicht an Silber hätte zurück geben wollen, welches er ursprünglich empfing.

Wenn in einem Lande, worin Silberwährung gilt, ein Darlehen in Goldstücken gegeben wird, ohne besondere Verabredung über eine Rückzahlung in Gold, so muß der Schuldner künftig so viel Silber zurück geben, als zur Zeit des Darlehens für die empfangenen Goldstücke erkaufte werden konnte. Das Fallen oder Steigen des Agio in der Zwischenzeit bleibt also ohne Einfluß, und eine Rückgabe des ursprünglich empfangenen Gewichtes an reinem Golde kann weder von der einen Seite verlangt, noch von der anderen Seite angeboten werden.

In allen diesen Fällen hätten vielleicht die Empfänger den Beweis führen können, daß sie das geliehene Geld sogleich vergraben hätten, und daher Dasselbe, welches ihnen gegeben war, unberührt wieder brächten. Dieses

würde keinen Unterschied machen, da sie eine so unnatürliche Behandlung des Geldes, welches zum Ausgeben und nicht zum Vergraben bestimmt ist, ganz willkürlich, und auf eigene Gefahr, vorgenommen hätten.

Die gemeinsame Regel für alle diese Fälle geht also, unter Voraussetzung der Silberwährung, dahin, daß durch die Rückzahlung dem Glaubiger so viel an reinem Silber wieder verschafft werden muß, als er dem Schuldner ursprünglich durch das gegebene Darlehen verschafft hatte. — In den Ländern dagegen, worin Goldwährung gilt, muß so viel reines Gold dem Glaubiger verschafft werden, als ursprünglich für das empfangene Darlehen angekauft werden konnte, ohne Unterschied, ob das Darlehen in Gold, oder Silber, oder Papier gegeben worden war.

Eine besondere Betrachtung verdient hier noch die nicht selten vorkommende Veränderung des Münzfußes (§ 40), die stets in dem Uebergang zu einem leichteren Fuß, nie zu einem schwereren, zu bestehen pflegt. Darin liegt eigentlich keine wesentliche Veränderung des Geldwesens, und keine Veranlassung, die oben aufgestellten Regeln zu bezweifeln oder anders zu fassen. Der eigentliche Unterschied besteht nur darin, daß die Ausdrücke: Thaler oder Gulden nunmehr etwas Anderes bedeuten, als vorher, so daß man sich nur vor dem Irrthum zu hüten hat, als könne ein in Hundert älteren Thalern empfangenes Darlehen in Hundert neuen Thalern zurück gezahlt werden. Sieht man dabei lediglich auf die ausgesprochene Uende-

zung des Münzfußes, so müßte der Schuldner, der Hundert Thaler empfangen hatte, nach dem Uebergang vom 20 zum 21 Guldenfuß (wie 1840 in Sachsen), Hundert und Fünf Thaler zurück zahlen (also die ursprüngliche Summe mit einem Zuschlag von Fünf Prozenten); eben so 49 Gulden für empfangene 48 Gulden nach dem Uebergang vom 24 zum 24½ Guldenfuß im südlichen Deutschland 1838 (§ 40).

Allein es kommt hier noch ein besonderer Umstand in Betracht, durch welchen die eben aufgestellte Regel als nicht ganz ausreichend erscheint. Eine Herabsetzung des Münzfußes wird meist nicht ganz willkürlich vorgenommen, sondern durch die Wahrnehmung veranlaßt, daß sich in das wirklich umlaufende Geld unvermerkt Vieles eingemischt hat, welches geringhaltiger ist, als es nach dem gesetzlich geltenden Münzfuß seyn sollte. Dann muß also der vor dem veränderten Münzfuß durchschnittlich geltende Cours- werth des in diesem Lande umlaufenden Geldes berücksichtigt werden, und diese Erwägung wird dahin führen, die Zahl der für ältere Schulden zurück zu zahlenden Thaler oder Gulden etwas geringer anzunehmen, als es nach der eben aufgestellten Regel erwartet werden mußte.

So war es bei den neuesten Veränderungen des Münzfußes in Sachsen. In Sachsen mußte, wie oben angegeben wurde, nach dem veränderten Münzfuß ein Zuschlag von 5 Prozenten für die älteren Schulden erwartet werden. Durch ein Gesetz aber wurde dieser Zuschlag auf

2 $\frac{1}{2}$ Prozente gesetzt (m), mit Rücksicht auf die durchschnittliche Geringshaltigkeit der vorher umlaufenden Valuta. Ein solches Gesetz darf nicht verwechselt werden mit den oben tabelnd erwähnten Gesetzen über den Zwangscours. Es hat vielmehr einen bloß vermittelnden tabellosen Charakter. Es setzt die eben aufgestellte Regel voraus, und spricht bloß aus, wie hoch nach thatsächlichen Ermittlungen der Coursverth des früher umlaufenden Geldes war, erleichtert also den Einzelnen die Regelung ihrer Geldverhältnisse. Ja es dürfte in Fällen dieser Art, ohne ein solches vermittelndes Gesetz, auf sichere und gleichförmige Entscheidungen der Richter schwerlich zu rechnen seyn. — Im südlichen Deutschland ist, so viel ich weiß, bei der Rückzahlung von Schulden die Veränderung des Münzfußes gar nicht beachtet worden, und mit gutem Grund. Denn diese Veränderung enthielt in der That nur die Anerkennung, daß thatsächlich schon vor derselben, wegen der vorherrschenden schlechten Kronenthaler, der 24 $\frac{1}{2}$ Guldenfuß eingetreten war. Diese Thatsache wird außer Zweifel gesetzt durch den Umstand, daß seit längerer Zeit das Preussische Geld in den Gegenden, worin der Kronenthaler vorherrschend war, weit über seinen Nennwerth allgemein ausgebracht wurde.

(m) Hoffmann Zeichen der Zeit S. 15—17.

Ich kehre jetzt zurück zu einer Bemerkung, die schon im Anfang dieses Paragraphen, der Untersuchung über die Rechtsregeln zum Grunde gelegt worden ist. Wir haben es hier überhaupt zu thun mit einer Auslegung der Rechtsgeschäfte, also mit der Erforschung des wahren, thatsächlichen Willens der Betheiligten.

Ich behaupte nun, daß gerade dieses Verfahren dahin führt, die hier aufgestellten Rechtsregeln als richtig anzuerkennen. Und zwar ist diese Behauptung nach zwei an sich verschiedenen Seiten hin als richtig anzuerkennen.

Sie geht zuerst dahin, daß es dem wahren Willen der Parteien gemäß ist, bei Beurtheilung ihrer auf Geld gerichteten Obligationen die Regel des Courswerthes eintreten zu lassen, nicht die des Metallwerthes, noch weniger die des Kennwerthes. Zwar werden sich die Wenigsten, bei Abschluß eines Geldgeschäftes, diese Gegensätze vollständig klar machen. Wenn man sie ihnen aber zum Bewußtseyn bringt, und ihnen die Consequenzen derselben darlegt, werden sie sich fast immer für den Courswerth entscheiden. — Indessen ist es möglich, daß in einzelnen, seltneren Fällen eine abweichende Absicht von den Parteien gehegt wird. Dann bleibt es ihnen unbenommen, diese Absicht in einem besonderen Vertrage niederzulegen, der dann gewiß gelten muß (§ 43).

Zweitens aber geht meine Behauptung auch dahin, daß der Courswerth nach dem wahren Willen der Parteien so bestimmt werden muß, wie es oben geschehen ist, indem

als unabänderlicher Maßstab der Vergleichung der Werth des edlen Metalles (also des Silbers, wo Silberwährung gilt) zum Grunde zu legen ist, nicht irgend ein anderer Werth, z. B. des Getreides oder der Arbeit (§ 41).

Daß der thatsächliche Wille der Parteien so aufzufassen ist, muß ich aus zwei Gründen für unzweifelhaft halten.

Zunächst deswegen, weil bei einem Geldgeschäft Jeder gewiß an Geld, und nur an Geld, und dessen Grundlage, das edle Metall, denkt.

Dann aber auch aus dem Grunde, weil bei der Eingehung von Geldgeschäften stets an eine Abwicklung in so mäßigen Zeiträumen gedacht werden wird, in welchen von einem merklichen Schwanken in den Preisen der edlen Metalle kaum die Rede seyn kann.

Betrachten wir zum Schluß noch die rein praktischen Folgen der hier aufgestellten Rechtsregeln, so werden wir in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle keinen Anlaß zu irgend einem Bedenken finden. Ich will jedoch die seltenen Fälle namhaft machen, in welchen solche Bedenken etwa erhoben werden möchten.

Es kommt zuweilen, wenn auch selten, vor, daß ein Darlehen erst nach einem sehr langen Zeitraum (etwa nach Jahrhunderten) abgetragen werden soll. In dieser langen Zeit können allerdings merkliche Schwankungen in den Preisen der edlen Metalle eingetreten seyn, so daß vielleicht der Glaubiger jetzt eine geringere Vermögensmacht zurück

erhält, als ursprünglich dem Schuldner durch das Darlehen gewährt worden war. Allein diese Veränderung ist gewiß nur sehr allmählig eingetreten, und bei einiger Aufmerksamkeit auf die Entwicklung der Geldverhältnisse hätte der Glaubiger die Schuld kündigen und den Verlust abwenden können. Da er es nicht that, hat er sich ihm also freiwillig unterworfen.

Eine ähnliche Folge tritt ein bei ewigen Gelbrenten, wenn dieselben in sehr alter Zeit gegründet worden sind. Ja es fällt hier sogar die Möglichkeit der Kündigung meist weg, wodurch der Verlust hätte abgewendet werden können. Daher ist dieser Verlust als unabwendliches Unglück zu tragen, und er beweist nur die Gefährlichkeit, die in der allgemeinen Natur dieses Rechtsgeschäfts liegt.

§. 43.

IV. Gegenstand der Obligation. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. — Geld. Rechtsregeln (Fortsetzung).

Die aufgestellten Rechtsregeln (§ 42) setzen reine Geldschulden voraus, also Schulden, deren Gegenstand das Geld als solches ist.

Neben denselben stehen manche Fälle, in welchen zwar auch von Geld die Rede ist, aber in irgend einer anderen Beziehung, wodurch jene Regeln bald ganz unanwendbar werden, bald gewissen Umbildungen unterliegen.

Zunächst kann das Geld in Betracht kommen so, wie jedes andere Stück des Eigenthums, also ohne Rücksicht auf seine besondere Eigenschaft als Quantität. So kann es vorkommen als Gegenstand mancher Verträge (wie Commodat und Depositum), oder der vindication, der usucapion, des Diebstahls. Die meisten dieser Beziehungen aber sind nur vollständig durchzuführen, wenn dem Gelde, durch willkürliche Verbindung mit anderen Sachen, die individuelle Erkennbarkeit verschafft wird, die ihm als bloßem Gelde fehlt, wie etwa durch versiegelte Rollen oder Beutel. Die Eigenschaft des Geldes, mit Anwendung der oben aufgestellten Regeln, tritt in solchen Fällen erst dann wieder hervor, wenn von der Entschädigung für die nicht mehr vorhandene Sache die Rede ist.

Noch weiter entfernt von der bisher vorausgesetzten Natur des Geldes ist der Fall, in welchem Geldstücke als Waare behandelt werden. Dieses geschieht bei der Einsammlung von Münzen für wissenschaftliche Sammlungen, bei dem Ankauf von ausländischem oder verrufenem Geld zum Einschmelzen u. s. w.

Die aufgestellten Rechtsregeln gehören nicht zu den absoluten, sondern zu den vermittelnden, es bleibt also den Parteien überlassen, Verabredungen zu treffen, die außer jenen Regeln liegen, oder auch denselben widersprechen.

So ist es unbedenklich, daß bei einem in Papiergeld gegebenen Darlehen die Rückzahlung verabredet werde in einer gleichen Zahl von Thalern oder Gulden desselben

Papiergeldes, ohne Rücksicht auf den gleichen oder verschiedenen Courswerth, welcher nach der oben aufgestellten Regel entscheidend seyn müßte. In einem solchen Vertrag liegt eine Speculation auf das Steigen oder Fallen des Courses, welche gleich anderen gewagten Geschäften zulässig ist.

Es läßt sich ferner denken ein Darlehen in Hundert Gulden eines Papiergeldes, dessen Courswerth nur die Hälfte von dem Courswerth des gleichnamigen Metallgeldes beträgt, mit dem Versprechen, Hundert Gulden Metallgeld zurück zu zahlen. Dieser Vertrag ist ganz gleichartig mit einem Darlehen von Fünzig Gulden Metallgeld, für welches eine Rückzahlung von Hundert Gulden versprochen wird. Die überschießenden Fünzig Gulden können in keinem Fall als eine Darlehensschuld betrachtet werden (a), es liegt darin in der That ein Zinsversprechen, und zwar in dem vorliegenden Fall ein höchst wucherliches, mit allen Folgen eines solchen.

Besonders häufig sind die Rechtsgeschäfte, in welchen nicht eine Geldsumme überhaupt, mit der gewöhnlichen Bezeichnung nach Thalern oder Gulden, als Gegenstand der Schuld bezeichnet wird, sondern vielmehr eine bestimmte Geldsorte, z. B. Hundert Thaler in Thalerstücken. Hier kommt es zunächst auf die Auslegung des Vertrages an, also auf die wahre Absicht der Parteien. Oft hat eine

(a) *L. 17 pr. de pactis* (2. 14), *L. 11 § 1 de reb. cred.* (12. 1).

solche Bestimmung bloß den Zweck, den Münzfuß zu bezeichnen, oder geringhaltige oder unsichere Geldarten (wie etwa Papiergeld) auszuschließen. Wenn aber in der That gerade diese, besonders bezeichnete, Geldsorte gemeint ist, so ist der Schuldner schlechthin auf diese verpflichtet. Dabei können aber noch folgende Fälle vorkommen, die einer näheren Bestimmung bedürfen.

Es können mehrere Geldsorten desselben Namens vorhanden seyn. So, wenn das Versprechen auf Hundert Stück Dukaten gerichtet ist, können sowohl Oesterreichische, als Holländische Dukaten gemeint seyn. Wenn nun an diesem Ort oder in dieser Gegend Eine Sorte von Dukaten ausschließend oder überwiegend üblich ist, so ist der Vertrag von dieser zu verstehen. Sind beide gleich üblich, so ist die Schuld als eine generische anzusehen (§ 39); der Schuldner hat dann die Wahl zwischen beiden Sorten, kann also auch die geringere wählen (b).

Dahin gehört denn auch der in den Thaler-Ländern sehr häufige Fall, daß eine bestimmte Summe von Thalern versprochen wird, mit dem Zusatz „in Golde.“ Das hat stets den Sinn, daß in Pistolen, das Stück zu Fünf Thalern gerechnet, gezahlt werden soll, so daß „Tausend Thaler in Gold“ so viel heißt, als: „Zweihundert Stück Pistolen.“ Da es nun aber mehrere Sorten von Pistolen

(b) L. 34, L. 114 de R. J. (50. 17).

giebt (§ 40), so wird die Auswahl unter diesen nach der so eben aufgestellten Regel vorzunehmen seyn (Note b). In den Ländern, worin Pistolen geprägt werden, wird man stets die einheimische Pistole anzunehmen haben, so z. B. in Preußen den Friedrichsdor (c). — In diesen Fällen nun würde es ganz unrichtig seyn, den Courswerth des Goldes (gegen Silber) zu berücksichtigen; denn es lag ohne Zweifel in der Absicht der Parteyen, die ihren Vertrag auf Gold gestellt haben, daß der steigende oder fallende Werth des Goldes (das Aufgeld gegen Silber) dem einen oder anderen Theil zum Vortheil gereichen sollte.

Ist nun aber die in dem Rechtsgeschäft ausgedrückte Geldsorte aus dem Verkehr verschwunden, also nicht mehr zu verschaffen, so bleibt Nichts übrig, als den Courswerth anzunehmen, welchen jene Sorte zur Zeit des Rechtsgeschäfts gehabt hat. Ist dieser Courswerth, wegen der Länge der Zeit, nicht mehr zu ermitteln, so muß der Metallwerth der verschwundenen Geldsorte zum Grunde gelegt werden, da dieser gewiß von dem alten Courswerth wenig oder gar nicht abweichen wird (§ 42). — Leyser erzählt hierüber folgenden, etwas abentheuerlichen, Fall. Zur Zeit von R. Carl V. wurde eine sehr alte Schuldschreibung eingeklagt, die auf 20,000 Schlickenthaler gestellt war. Solche Thaler aber waren nicht mehr zu

(c) Allg. R. R. I. 11 § 781.

finden, konnten auch nicht mehr neu entstehen, weil die Grafen von Schlick ihr Münzrecht an die Krone Böhmen übertragen hatten. Der hart bedrängte Schuldner wandte sich an den Kaiser, welcher die Sache dadurch zum Austrag brachte, daß er den Grafen von Schlick erlaubte, ihr Münzrecht noch einmal auszuüben, um dadurch jene 20,000 Thaler entstehen zu lassen (d). — Von anderen Schriftstellern wird dieser Fall wohl mit Grund für erdichtet gehalten, weil die Grafen von Schlick erst 1518 zu münzen anfangen, so daß unter der Regierung von K. Carl V. weder von einem Verschwinden der Schlickenthaler, noch von sehr alten Schuldverschreibungen in dieser Münzsorte, die Rede seyn konnte.

(d) LEYSER Sp. 529 med. 21. Er selbst entscheidet die Rechtsfrage richtig, und beruft sich dabei ganz passend auf *L. 71 § 3 de leg. 1* (30. un.). — Ich bin geneigt, Dasselbe anzunehmen, nicht nur, wenn eine Geldsorte völlig verschwunden, sondern auch, wenn sie so selten geworden ist, daß sie nur mit sehr großem Verlust eingewechselt werden kann, wie Dieses in manchen Gegenden mit den Speciesthalern eintreten wird, die

in älteren Verträgen häufig versprochen worden sind. Denn es lag gewiß nicht in der Absicht der Parteien, daß aus einem so zufälligen, zur Zeit des Vertrages nicht vorherzusehenden, Umstande ein ganz unverhältnißmäßiger Gewinn für den Glaubiger entstehen sollte. Auch dafür sprechen die Worte der *L. 71 cit.* „*vel immensum pretium ejus rei petere adfirmet.*“

§. 44.

IV. Gegenstand der Obligation. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. — Geld. Aussprüche der Römer.

Die Untersuchung über die das Geld betreffenden Rechtsregeln ist bisher aus dem Standpunkt der allgemeinen Natur des Geldes geführt worden, ohne Rücksicht auf die Quellen unseres gemeinen Rechts. Es bleibt noch übrig, zu untersuchen, ob etwa das Römische Recht abweichende Regeln aufstellt.

Von dieser Seite müssen wir schon voraus sehr geringe Erwartungen hegen, ja die völlige Unmöglichkeit aussprechen, auf diesem Wege befriedigende und erschöpfende Regeln zu finden. Denn den Römern fehlten nicht nur die sehr mannichfaltigen Erfahrungen vieler Völker, die uns von Jahrhunderten her zu Gebote stehen, sondern es waren ihnen auch zwei der wichtigsten Elemente unseres Geldwesens völlig unbekannt: das Papiergeld, und der ausgebreitete Weltverkehr, durch welchen der Coursverth allererst seine bestimmte und wichtige Bedeutung erhält.

Dennoch bleibt Das, welches wir finden, noch unter dieser geringen Erwartung, indem es eigentlich gar Nichts ist. Denn die Beweise, die manche Schriftsteller für ihre Meinung aus Stellen des Römischen Rechts zu führen gesucht haben, beruhen auf der Art willkürlicher Aus-

legung, welche Das, welches sie beweisen will, selbst erst in den Text hinein trägt.

Ich will die Stellen, die man für unsere Frage benutzt hat, der Reihe nach angeben.

I. *L. 99 de solut.* (46. 3) *Creditorem non esse cogendum in aliam formam numos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit* (a).

Die Florentina liest: *Debitorem*, und nach dieser, von Vielen vertheidigten Lesart, würde die Stelle auch nicht einmal scheinbar zu unserer Frage gehören. Der Sinn wäre dann der, daß, bei einem verabredeten Darlehen, der Schuldner kein anderes, als das ihm zugesagte, Geld mit Schaden anzunehmen genöthigt werden könne. Dieser Sinn ist aber juristisch unmöglich, da er voraussetzt, daß der Schuldner das zugesagte Geld, oder auch anderes Geld ohne Schaden, annehmen müsse. Dieses ist jedoch ganz unrichtig, da der Schuldner die Annahme überhaupt verweigern kann, bloß weil er seinen Sinn ändert, oder sein Bedürfnis auf andere Weise befriedigt; welches auch schon daraus folgt, daß er in jedem Fall gleich nach der Annahme kündigen und zurück zahlen könnte, ganz mit demselben Erfolge, wie wenn er gar nicht angenommen hätte (b).

(a) Vgl. Baugerow S. 32, und die daselbst angeführten Schriftsteller.

(b) *L. 30 de reb. cred.* (12. 1), *L. 4 quae res pign.* (20. 3), *L. 9 § 1*, *L. 11 pr. qui pot.* (20. 4).

Daher ist denn die Lesart: Creditorem, die sich in der Vulgata und bei Haloander findet, entschieden vorzuziehen, nun bezieht sich die Stelle auf die Rückzahlung, und nun soll sie (angeblich) unsere Rechtsfrage dahin beantworten, daß der Gläubiger kein schlechteres Geld anzunehmen braucht, als das, welches er ursprünglich hingab. In der That aber sind die Ausdrücke der Stelle so unbestimmt, daß sie selbst dieses Wenige nicht sagen. Denn was heißt: *aliam formam*? Es könnte seyn eine verschiedene Art des Metalles (Gold oder Silber) (c), oder auch ein veränderter Gehalt, etwa bei neuem Münzfuß. Ferner, was heißt: *aliam formam*? Bezieht sich die vorausgesetzte *eadem forma* auf das ursprünglich empfangene Geld (also auf ein Darlehen), oder auf eine versprochene bestimmte Münzsorte? Hier ist Alles ungewiß, und das Einzige, welches wir mit großer Wahrscheinlichkeit aus der Stelle abnehmen können, ist Dieses: Paulus wollte nicht, daß dem Gläubiger etwas Unbilliges zugemuthet werde. Mit diesem Satze können wir uns denn nur einverstanden erklären.

II. L. 1 *de contr. emt.* (18. 1) .. *electa materia est, cujus publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret.*

Man sollte kaum glauben, daß diese Stelle eine Ent-

(c) So versteht die Stelle CUIACIUS in L. 59 de V. O. (Comm. in tit. D. de V. O.).

scheidung unserer Rechtsfrage enthielte. Auch wird sie dazu nur dadurch fähig gemacht, daß man das Wort *quantitas* von dem durch den Münzherrn ausgesprochenen Nennwerth erklärt (d). Man braucht dann nur einen kleinen Schritt weiter zu gehen, um in der Stelle den dem Nennwerth beigelegten Zwangscours zu verstehen; dann giebt in der That die Stelle eine Antwort auf unsere Rechtsfrage, nur dürfen wir nicht vergessen, daß diese Antwort nicht von Paulus herrührt, sondern daß wir sie in die Stelle hinein tragen. Denn die sehr passende Erklärung, die Paulus wirklich von dem Wesen des Geldes giebt, ist auch da anwendbar, wo wir den Richter nicht an den Nennwerth gebunden glauben.

III. *L. 1 C. de vet. numism. pot.* (11. 10) (e). *Solidos veterum principum veneratione formatos, ita tradi ac suscipi ab eminentibus et distrahentibus jubemus, ut nihil omnino refragationis oriatur, modo ut debiti ponderis sint et speciei probae: scituris universis, qui aliter fecerint, haud leviter in se vindicandum.*

Dieses Gesetz enthält allerdings einen Zwangscours, sogar mit einer Strafdrohung verbunden, die in neuerer

(d) MEES *de vi mutatae monetae* p. 39—42.

(e) Die Stelle ist von den Kaisern Valentinian und Valens. — Wichtige Parallelfstellen zu derselben: PAULUS V. 25 § 1, *L.*

un. C. Th. si quis sol. (9. 22), mit dem Commentar des J. Gothofredus, endlich *Nov. Valent. Tit. 14* ed. Haenel (Theod. 25 ed. Rittersh.)

Zeit für ähnliche Fälle meist nicht vorkommt. Allein es enthält keinesweges das allgemeine Princip des Zwangscourses zur Unterstützung jedes Nennwerthes, insbesondere zur Hebung eines neu eingeführten schlechten Geldes, sondern eine Vorschrift für einen ganz einzelnen Fall, der in dieser Art bei uns niemals vorkommen wird. Es setzt voraus, daß Manche die von früheren Kaisern herrührenden, obgleich vollwichtigen, Goldstücke aus Eigensinn oder Vorurtheil nicht annehmen wollten; diese Annahme will es unter Strafe erzwingen. Daß es keine andere Absicht hat, namentlich keine finanzielle, ergiebt die billige Ausnahme für nicht vollwichtige Münzen, also die Rücksicht auf abgenutzte oder beschnittene Stücke. Darin liegt die Anerkennung des Metallwerthes, der in Fällen solcher Art mit dem Coursverth meist zusammen fallen wird.

IV. L. 2. C. de vet. numism. pot. (11. 10) (f). Pro imminutione, quae in aestimatione solidi forte tractatur, omnium quoque pretia *specierum* decrescere oportet.

Es ist unglaublich, welche völlig willkürliche und gezwungene Erklärungen an dieser Stelle versucht worden sind. Entscheidend ist hier die Bedeutung des Ausdrucks: *species*.

Species heißt nun unter anderen eine Quantität außer

(f) Von denselben Kaisern, wie die vorhergehende Stelle, und zwar aus dem J. 367. J. GOTHOFREDI *chronologia* p. LXXX.

dem baaren Gelde, also insbesondere Getreide, oder auch Gewürze, so daß es dann für Waare überhaupt stehen kann (g). Verstehet man es in diesem Sinn, so würde die Stelle sagen, daß bei einer Verringerung des Werthes der Goldstücke (durch leichteren Münzfuß) eine gleichmäßige Verringerung der nominellen Waarenpreise eintreten müsse. Da nun Dieses völliger Unsinn seyn würde, indem gerade der entgegengesetzte Erfolg eintreten müßte, so könnte man noch etwa folgende Wendung versuchen. Die nominellen Waarenpreise sollen unverändert bleiben, so daß der Verkäufer eben so viele Goldstücke, als früher, aber weniger Gold im Gewicht erhält. Dann enthielte das Gesetz eine überall unausführbare Vorschrift über die Waarenpreise. Nach beiden Erklärungen wäre in ihm eine Beantwortung unserer Rechtsfrage über den wahren Geldwerth und über die richtige Abzahlung von Geldschulden gar nicht enthalten (h).

(g) *L. 26 C. de usuris* (4. 32) „... vel specierum foenorationibus.“ — *L. 16 § 7 de publicanis* (39. 4).

(h) Eujacius sucht dem Gesetz eine Anerkennung des Nennwerthes für die Schuldenzahlung abzuwingen (in dem Comm. in tres libros, zu dieser Stelle, und in dem Comm. zum tit. D. de V. O., bei L. 59 de V. O.). — Noch weit gezwungener ist die Erklärung des J. Gothofredus, der ganz ohne Grund eine Veränderung des

Gewichts an sich (des Pfundes, nicht des Geldes) annimmt. (Zu *L. 13 C. Th. de suscept.* 12. 6, und noch ausführlicher in einer eigenen Abhandlung hinter *L. 1 C. Th. de obl. vot.* 7. 24. T. 2 Cod. Th. p. 461—467). Diese ganz verwerfliche Erklärung hängt zusammen mit der allerdings schwierigen und verdorbenen *L. 1 C. Th. de ponderat.* (12. 7), über welche zu vergleichen ist NAUDET changemens de l'admin. de l'empire Romain T. 2 p. 311. 312.

Allein species hat noch eine andere Bedeutung, es bezeichnet auch die Geldsorten (i). Nun erhält das Gesetz folgenden einfachen und natürlichen Inhalt. Wenn eine leichtere Ausmünzung des Solidus verfügt wird, so soll dieselbe Verminderung auch auf die übrigen Geldsorten angewendet werden; sie soll also stets verstanden werden als eine allgemeine Veränderung des Geldes überhaupt, durch alle Sorten hindurch, so daß deren gegenseitiges Verhältniß zu einander unverändert bleibt (k). — So verstanden, enthält das Gesetz die Erklärung, daß die gesetzliche Verminderung des solidus stets als eine allgemeine Herabsetzung des Münzfußes angesehen und zur Ausführung gebracht werden soll; es ist also zunächst eine Anweisung für die Münzbeamten, und hat mit unserer Rechtsfrage gar keine Verbindung.

Man könnte nun noch versuchen, sich auf die Praxis der freien Republik zu berufen, da im Anfang des sechsten Jahrhunderts in nicht langer Zeit der Münzfuß des Bronze-Geldes auf $\frac{1}{6}$, $\frac{1}{12}$, $\frac{1}{24}$ seines früheren Werthes herabgesetzt wurde (l), so daß die älteren Schulden im Nennwerth des neuen leichteren Geldes (also mit Zwangscours desselben) abgetragen werden konnten. Wer aber in diesem, allerdings

(i) L. 78 § 1 *de her. inst.* ill. Qu. 15 in f. — Theilweise (28. 5) „numis Titio legatis, *numorum specie non demonstrata.*“ stimmt damit überein auch BYNKERSHOEK observ. II. 22.

(k) Vgl. HOTOMANI quaest. 13.

sehr willkürlichen, Verfahren den Ausdruck einer Rechtsregel erblicken wollte, der müßte auch in den *novae tabulae*, welche späterhin vorkommen, eine Rechtsregel zu entdecken versuchen; diese aber dürfte schwer zu formuliren seyn.

Noch mehr Belehrung, als in den hier angeführten Stellen, finden wir in einer Stelle des canonischen Rechts, die zwar auch keinen allgemeinen Grundsatz ausspricht, aber doch in einem einzelnen Rechtsfall richtige Grundsätze zur Anwendung bringt (m). Eine ältere Abgabe betrug 3 *denarii papienses*, welche damals gleich standen mit 9 *denarii lucenses*. In der Folge aber war der *denarius lucensis* gesunken auf $\frac{2}{3}$ oder $\frac{3}{4}$ seines früheren Werthes (wahrscheinlich in Folge eines veränderten Münzfußes). Der Pabst entscheidet dahin, daß der Schuldner künftig zu entrichten habe entweder 3 *denarii papienses* (deren Werth sich nicht verändert hatte), oder eine Anzahl von *denarii lucenses*, gerechnet nach ihrem gegenwärtigen Werth (also in verhältnißmäßig größerer Stückzahl).

(m) *C. 20 X. de cens.* (3. 39). Vgl. damit das weniger bestimmt lautende *C. 26 X. eod.*

§. 45.

IV. Gegenstand der Obligation. Bestimmte, unbestimmte
Leistungen. — Geld. Schriftsteller.

Ich will nunmehr Rechenschaft geben von der Stellung unserer Schriftsteller zu den hier behandelten Fragen (a). Diese sind größtentheils nach den schon oben dargestellten drei Werthen des Geldes zu ordnen; dabei sind jedoch Einige abzusondern, deren Meinung entweder völlig unklar, oder doch schwankend und unentschieden ist.

I. Vertheidiger des Nennwerthes als Grundlage der Geldschuld. Die praktische Bedeutung dieser Meinung ist die, daß der Richter von selbst jede Geldschuld so zu beurtheilen hat, wie er es thun müßte, wenn der Nennwerth durch ein Gesetz über den Zwangscours des Geldes unterfügt wäre.

Dahin gehören fast alle älteren Schriftsteller, namentlich Cujacius in den schon oben angeführten Stellen (§ 44. h).

Von späteren Schriftstellern sind folgende dahin zu rechnen:

BRANCHU observ. decas 2 C. 14. Er tröstet sich über das Bedenken der Unbilligkeit durch den Gedanken,

(a) Viele Schriftsteller werden angeführt bei Glück Pandekten B. 12 § 783, und bei Hufeland S. 38.

daß der Fürst, von dem die Münze ausgehe, allen Schaden zu verantworten habe.

VOETIUS Lib. 12 C. 1 Num. 24. Er macht nur eine Ausnahme für den Fall, daß der Vertrag die Verpflichtung auf eine gewisse Zahl von Münzen einer bestimmten Sorte stelle.

AVERANII Interpretat. Lib. 3 C. 11. 12.

Pfeiffer praktische Ausführungen B. 1 Num. VII. § 4. 6. 8. Er verneint ausdrücklich die Annahme des Metallwerthes und des Courswerthes.

Bangerow S. 33.

Man kann zu dieser Classe auch Pothier und Merlin rechnen, von welchen unten (§ 47) bei dem Französischen Recht die Rede seyn wird, indem dieselben ihre Lehre auf das gemeine Recht gründen.

II. Vertheidiger des Metallwerthes.

Die Lehre derselben ist besonders aufzufassen als entschiedener Widerspruch gegen die Annahme des Nennwerthes, in welchem Widerspruch man ihnen nur beistimmen kann. Die Anerkennung des Courswerthes scheint bei ihnen (namentlich bei Buchta) besonders verhindert zu werden durch folgende Verwechslung. Eine bestimmte Geldart kann ein wandelbares Verhältniß haben zu dem Preise der Waaren, und Dieses darf allerdings nicht berücksichtigt werden bei der Beurtheilung einer Geldschuld (§ 41), weil der wechselnde Preis jeder Waare ganz eigenthümlichen und zufälligen Schicksalen unterworfen ist.

Dieselbe Geldart hat aber auch ein (möglicherweise wandelbares) Verhältniß zum Preise des reinen Silbers; in diesem ganz anderen Verhältniß besteht der Coursverth jeder Geldart, und dieser bildet die wahre Grundlage für die Beurtheilung der Geldschulden.

In jedem Fall aber hat diese Meinung nur eine mögliche Anwendung auf die Schulden in Metallgeld, und es ist noch besonders zu tadeln, wenn die Vertheidiger derselben das Papiergeld ganz mit Stillschweigen übergehen, wofür sie doch auch irgend eine Regel aufstellen müßten, selbst wenn ihre Regel über die Behandlung des Metallgeldes die richtige wäre.

Es gehören dahin folgende Schriftsteller:

SEGER opuscula Num. IV., doch mit einiger Einlenkung auf den Coursverth (p. 177 — 180).

Gianrinaldo CARLI diss. 8, Opere T. 7 Milano 1785.

8. p. 272. 364.

Buchta Bandekten 1ste Ausg. (1838) § 203, 4te Ausg. § 38, und Vorlesungen § 38. Zu den oben im Allgemeinen gemachten Ausstellungen gegen seine Behandlung kommt noch die, daß er zu einseitig auf die bloße Veränderung des Münzfußes Rücksicht nimmt, da doch Dieses weder die einzige, noch auch nur die wichtigste Veränderung ist, die in dem Geldwesen eintreten kann.

III. Vertheidiger des Coursverthes.

Betrachtungen über das Recht bei der Bezahlung in

veränderten Münzen Braunschweig und Hildesheim 1764. 4. § 47. 66. 68. (von einem ungenannten Verfasser).

F. G. Dieser Versuch einer münzwissenschaftlichen Beantwortung der Fragen: wie ist eine Geldschuld abzutragen? u. s. w. Frankfurt a. M. 1791. 8. (besonders § 32. 36—38. 54—57. 168—172. 239. 240).

Noch Forderungen B. 1 § 6—8, vgl. dessen Lehrbuch § 456—458.

G. Hufeland über die rechtliche Natur der Geldschulden, neu herausgegeben von A. Hufeland, Stadtgerichtsrath. Berlin 1851. (Die erste Ausgabe, unter dem Titel: Rechtliches Gutachten über die Entscheidung der durch die Herabwürdigung der Bankojettel in Tyrol entstandenen Rechtsstreitigkeiten 1807, war gar nicht in den Buchhandel gekommen.) Unter allen Schriften über diesen Gegenstand ist mir keine bekannt, welche die rechtliche Natur der Geldschulden so klar und überzeugend darlegte, als diese. Daher hat der Sohn des würdigen Verfassers auf meine Bitte sich entschlossen, diese neue Ausgabe zu besorgen.

W. C. MEES de vi mutatae monetae in solutionem pecuniae debitaе. Roterodami 1838. 8. — Zuerst hat es den Schein, als wolle der Verfasser dieser sehr lehrreichen Schrift den Metallwerth als Grundlage annehmen (Cap. 4). In der That aber behauptet er diesen nur für den Fall eines geordneten, normalen Geldwesens. In diesem Fall nun wird Metallwerth und Courswerth gleich stehen,

ja es wird überhaupt kein Rechtsstreit vorkommen. Dagegen für den Fall eines gestörten Geldwesens (in conturbata moneta), welcher allein einen Rechtsstreit herbei führen kann, und eine Regel zur Entscheidung erforderlich macht, behauptet er klar und entschieden, daß der Courswerth als Grundlage der Entscheidung gelten müsse (Cap. 5 p. 35).

IV. Folgende Schriftsteller endlich erklären sich so unbestimmt und schwankend, daß sie keiner der aufgestellten Classen mit Sicherheit zugerechnet werden können.

STRYK Lib. 12 Tit. 1 § 12.

MÜLLER ad STRUV. Lib. 12 Tit. 1 § 29—33.

COCCEJI Lib. 46 Tit. 3 qu. 5. Zuerst nimmt er bestimmt den Nennwerth als Grundlage an, dann aber fügt er eine Ausnahme hinzu für den Fall, daß der Glaubiger ein abweichendes Interesse habe. Außer diesem Fall ist nun freilich eine richterliche Entscheidung überhaupt nicht nöthig.

Glück Bandekten B. 12 § 783.

MÜHLENBRUCH § 375. Er schließt sich zuerst an Pfeiffer an, vertheidigt also den Nennwerth, lenkt aber dann auf den Courswerth ein.

Unterholzner B. 1 § 113—115.

Für Den, welcher die hier aufgestellte Lehre als die richtige anerkennen möchte, kann es auffallend scheinen, daß die große Mehrzahl der Schriftsteller ganz andere Wege eingeschlagen hat, und diese Erscheinung bedarf wohl einer besonderen Erklärung, wenn nicht einiger Zweifel an der Richtigkeit jener Lehre selbst übrig bleiben soll. Ich suche die Ursache jener Erscheinung weniger in einer Grundverschiedenheit der Rechtsansichten, als in dem Umstand, daß die meisten Schriftsteller es unterlassen haben, sich von dem Gegenstand der aufzustellenden Rechtsregeln an sich, also von der nichtjuristischen Seite des Geldwesens, eine lebendige und zusammenhängende Anschauung zu verschaffen. Durch diese Ueberzeugung mag es gerechtfertigt werden, wenn ich jene Seite des Gegenstandes in der Einleitung zu dieser Lehre ausführlicher behandelt habe, als es Manchen für ein rein juristisches Werk passend scheinen möchte.

§. 46.

IV. Gegenstand der Obligation. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. — Geld. Preussisches Recht.

Das Preussische Recht giebt über das Geld Bestimmungen von ganz verschiedener Art. Das allgemeine Landrecht enthält allgemeine Grundsätze über die Behandlung der Geldschulden, sucht also auf seine Weise dieselbe

Aufgabe zu lösen, deren Lösung so eben, von einem allgemeineren Standpunkte aus, versucht worden ist. Daneben aber stehen einige neuere Gesetze über einzelne Arten des Geldes, bei welchen es besonders darauf ankommen wird, zu untersuchen, in wiefern sie mit jenen Grundsätzen übereinstimmen oder nicht.

Um nun die in dem Landrecht enthaltenen Grundsätze recht zu verstehen, ist es nöthig, sich den Zustand zu vergegenwärtigen, in welchem sich bei der Einführung des Landrechts (1794) das Geldwesen unseres Landes befand, und den also die Verfasser des Landrechts vor Augen hatten. Der eigentliche Geldverkehr beruhte auf dem Silbercourant im Bierzehenthalersfuß, welches seit langer Zeit in dreierlei Stücken (Thalern, $\frac{1}{2}$ und $\frac{1}{4}$ Thalern) redlich ausgemünzt worden war, und überall volle Anerkennung fand. Daneben stand auf der einen Seite eine sehr gangbare Goldmünze, der Friedrichsdor von Fünf Thalern Nennwerth (ganze, halbe und doppelte), auf der anderen Seite Scheidemünze, theils in Billon, theils in Kupfer. Papiergeld gab es noch gar nicht. — So war also im Ganzen der Zustand des Geldwesens befriedigend zu nennen. Streitigkeiten kamen im Großen nicht vor, und die Gesetzgebung konnte sich in einer Art von theoretischem Charakter halten, da sich kein Bedürfniß gezeigt hatte, großen praktischen Schwierigkeiten und Mißbräuchen entgegen zu treten.

Die einzige schwache Seite unseres Geldwesens lag in der Scheidemünze; nicht sowohl, weil ihr Silbergehalt unter dem Nennwerth stand, als weil sie in ganz übermäßigem Umfang ausgeprägt war, weit über das Bedürfniß einer wahren Scheidemünze hinaus, so daß sie im inneren Verkehr größtentheils als Courantgeld, selbst zu größeren Zahlungen, gebraucht wurde (§ 40). Indessen war dieser, allerdings fehlerhafte, Zustand noch nicht als wirkliches Uebel fühlbar geworden, indem diese Geldart im Verkehr nach ihrem Nennwerth unbedenklich angenommen wurde. Daher findet sich auch im Landrecht keine Bestimmung, wodurch für die Zukunft den möglichen Folgen jenes Fehlers hätte vorgebeugt werden mögen.

Die Vorschriften des Landrechts sind zunächst auf das Darlehen gerichtet (a); es ist aber anderwärts bestimmt, daß dieselben auch auf andere Arten von Geldschulden angewendet werden sollen (b). Das Landrecht enthält folgende Bestimmungen für den Fall, daß sich in der Zwischenzeit, zwischen der gegründeten Obligation und der

(a) Sie finden sich im eilften Titel des ersten Theils des Landrechts. Eine dieser Vorschriften sagt, jedes Darlehen müsse zurückgezahlt werden in derselben Münzsorte, worin es empfangen war. I. 11 § 778. Hier ist unter den verschiedenen Münzsorten nur der Unterschied der Metalle gemeint,

so daß ein in Gold gegebenes Darlehen nicht in Silber, ein in Silber gegebenes nicht in Billon (in Scheidemünze) sollte zurückgezahlt werden. Verschiedene Stücke des Courantgeldes (Thaler, $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{6}$) sind hier gewiß nicht als verschiedene Münzsorten gemeint.

(b) L. R. I. 16 § 82.

Rückzahlung, Veränderungen im Geldwesen ereignen möchten.
Die Veränderungen können eintreten:

I. Im Courswerth.

Dieser soll ausnahmsweise beachtet werden in folgenden seltneren und vergleichungsweise minder erheblichen Fällen: wenn die Verpflichtung auf ausländisches Geld gerichtet ist, oder auf Geld, das außer Cours gesetzt, oder das gar nicht mehr zu haben ist (c). Außer diesen Fällen, also in der Regel, soll der Courswerth gar nicht beachtet werden (d).

Diese Vorschrift muß grundsätzlich getadelt werden, da gerade die entgegengesetzte Regel der Natur des Geldes angemessen ist (§ 42). Man kann aber mit großer Sicherheit behaupten, daß den Verfassern des Gesetzes keiner der Fälle vorschwebte, für welche die wahre Regel von Wichtigkeit ist, und daß sie daher auch nicht die Absicht hatten, diese Regel auszuschließen, obgleich die Worte des Gesetzes allerdings auch darauf gehen. Sie dachten ohne Zweifel an mehr untergeordnete Fälle: etwa an den oft wechselnden Cours des Goldes gegen Silber; ferner an die kleinen, vorübergehenden Schwankungen des Courses zwischen gleich guten Geldarten, wie sie sich bei den Geldwechslern zeigen, wenn zufälligerweise die eine Geldart an manchen Orten mehr begehrt wird, und seltener vorkommt.

(c) E. R. I. 11 § 785. 786 — 788. 789 — 791.

(d) E. R. I. 11 § 792.

Die wichtigen Anwendungen des Coursverthes zu beachten (man möchte sie nun zulassen oder verwerfen wollen), zwar bis dahin ein praktisches Bedürfnis nicht hervorgetreten. Allerdings hätte man die Möglichkeit einer solchen Anwendung wohl vorhersehen können, wenn man bedacht hätte, daß die übertriebene Menge der umlaufenden geringhaltigen Scheidemünze leicht zu einem Sinken des Courses derselben im Großen führen könnte; und in der That ist ja dieser Erfolg nach wenigen Jahren eingetreten, freilich durch Mitwirkung des allerdings nicht vorherzusehenden unglücklichen Krieges.

II. Im Metallwerth.

Dieser ist nur beachtet worden für den einzigen Fall, der an sich am wenigsten Schwierigkeit macht, wenn nämlich der Münzfuß im Ganzen geändert wird. Hier soll jede früher entstandene Schuld gezahlt werden in der gleichnamigen Geldart, aber die Zahl der Geldstücke soll vermehrt werden im Verhältniß des alten und neuen Münzfußes (e). Dagegen ist nicht erwähnt der Fall, wenn, mit Beibehaltung des Münzfußes im Ganzen, bloß eine einzelne Münzsorte in anderem Metallgehalt, als bisher, ausgeprägt werden möchte.

III. Im Kennwerth.

Auf diesen Fall bezieht sich die wichtigste Bestimmung, deren Sinn in hohem Grade streitig geworden ist. Unmit-

(e) 2. R. I. 11 § 787.

telbar vorher geht die schon oben angeführte Bestimmung (Note c), daß, wenn die Münzsorte, worauf die Obligation gerichtet war, außer Cours gesetzt worden ist, die Tilgung in einer anderen Münzsorte geschehen soll, aber mit Berücksichtigung des Unterschieds zwischen dem Courswerth der alten Münze zur Zeit des Contracts, und der neuen Münze zur Zeit der Tilgung (f). Hieran schließt sich nun unsere Stelle in folgenden Worten (g):

Ist die Münzsorte, in welcher die Valuta gegeben worden, nicht außer Cours, sondern nur in ihrem äußern Werthe, ohne Veränderung des innern Gehalts, von dem Landesherrn heruntergesetzt worden, so muß dennoch die Rückzahlung in eben derselben Münzsorte geleistet und angenommen werden.

Buchstäblich ist hier bloß gesagt, in welcher Münzsorte die Rückzahlung erfolgen soll, nicht, in wie viel Stücken von Münzen dieser Sorte. Daher haben mehrere Schriftsteller die Stelle so ausgelegt, als wolle sie bloß über die Art des Geldes verfügen (etwa nach dem Unterschied von Gold, Silber, Billon, vgl. Note a), lasse aber daneben zu und setze voraus, die Stückzahl müsse dieselbe oder eine andere seyn, je nachdem der Cours dieser Münzsorte in beiden Zeitpunkten gleich oder ungleich gefunden

(f) 2. R. I. 11 § 788. 789.

(g) 2. R. I. 11 § 790.

werde (h). Nach dieser Auslegung würde die Stelle für das Geld mit herabgesetztem Nennwerth völlig Dasselbe vorschreiben, welches unmittelbar vorher für das außer Cours gesetzte Geld unstreitig vorgeschrieben wird; sie würde ferner einen Sinn haben, der mit den oben dargestellten allgemeinen Regeln völlig übereinstimmt.

Ich halte aber diese Auslegung für unrichtig, und glaube, daß durch diese dem Gesetz ein an sich richtiger, ihm selbst aber fremder, Sinn aufgezwungen wird. Der wahre Sinn des Gesetzes ist vielmehr dieser: die Rückzahlung soll in derselben Münzsorte und in derselben Stückzahl, welche ursprünglich gegeben war, erfolgen, ohne Rücksicht auf den veränderten Nennwerth, und ohne Vergütung der Differenz, die vielleicht zwischen dem Course beider Zeitpunkte eingetreten seyn möchte. Wenn also ein Darlehen in Hundert Thalerstücken gegeben war, und nachher das Thalerstück (ohne neue Ausmünzung) auf zwei Drittheile eines Thalers vom Landesherrn heruntergesetzt worden ist, so müssen, nach dem § 790, Hundert Thalerstücke zurückgezahlt werden, ohne Rücksicht auf den Cours, der allerdings (nach § 788. 789) zu berücksichtigen seyn würde, wenn in der Zwischenzeit das

(h) Abhandlung eines Unge-
nannten in *Mathis juristischer*
Monatschrift B. 7 S. 24—44
(besonders S. 41). — Koch *Lehr-*
buch § 457 Note 3. 4, in welcher

letzten Stelle der § 790 mit einem
späteren Gesetz unrichtig identi-
firt wird. — Die richtige Ansicht
hat *Bornemann Preuß. Recht*
B. 3 S. 167 (2te Aufl.).

Thalerstück ganz außer Cours gesetzt wäre. — Meine Gründe für diese Auslegung sind folgende.

Erstlich würde das Gesetz, nach der Auslegung der Gegner, völlig leer und nichts sagend seyn. Denn wenn dem Glaubiger (wie Jene wollen) die Differenz des Courses wahrhaft vergütet wird, so ist für ihn die Münzsorte, die er erhält, völlig gleichgültig; er kann sich Silber für Gold, ja selbst Billon, gefallen lassen, da die wahre Vergütung des Courses dahin führt, daß er genau so viel Geld erhält, als nöthig ist, um irgend eine ihm beliebige Münzsorte einzuwechseln, und darin den Courswerth wieder zu erhalten, den er ursprünglich durch das Darlehen dem Schuldner verschafft hat.

Zweitens müßte, nach der Auslegung der Gegner, für das Geld mit herabgesetztem Nennwerth dieselbe Regel gelten, wie bei dem (unmittelbar vorher erwähnten) außer Cours gesetztem Geld. Dann aber wäre es viel einfacher gewesen, ausdrücklich zu sagen, daß hier Dasselbe gelten solle, und da Dieses nicht geschehen ist, muß man annehmen, daß der Gesetzgeber vielmehr hier etwas Anderes gelten lassen wollte. — Doch dieser Grund würde an sich wenig beweisen, da er bloß den Ausdruck betrifft, der auch ganz zufällig so oder anders gefaßt seyn könnte. Er wird aber sehr wichtig, wenn man das Landrecht mit dem früheren Entwurf des Gesetzbuchs vergleicht. Der Entwurf nimmt ganz denselben Gang, wie das Landrecht. Er bestimmt zuerst für das außer Cours gesetzte Geld, so wie

das Landrecht, daß die Rückzahlung nach berechneter Cours-Differenz geschehen müsse (i). Darauf verfügt er über den Fall des herabgesetzten Nennwerthes in folgenden Worten (k):

Ein gleiches findet statt, wenn die Münzsorte, in welcher die Baluta bestanden hat, zwar nicht außer Cours, aber doch vom Landesherren, in Ansehung ihres äußern Werthes, herunter gesetzt worden.

Durch die Vergleichung dieser Stelle mit unserer Stelle des Landrechts, die denselben Fall behandelt, gewinnt der oben aufgestellte Grund ein großes Gewicht. Es wird daraus klar, daß man im Landrecht nicht Dasselbe gelten lassen wollte (so wie es der Entwurf vorgeschlagen hatte), sondern vielmehr gerade das Gegentheil.

Doch wenn man nach diesen Gründen über den wirklichen Sinn des § 790 noch zweifeln könnte, so würde jeder Zweifel beseitigt werden durch folgende Geschichte der Entstehung jenes Paragraphen (l).

Gegen den oben abgedruckten § 595 des Entwurfs erhob Gößler den Einwurf, der äußere Werth sey gleich-

(i) Entwurf eines Gesetzbuchs Th. 2 Tit. 8 § 594. Diese Stelle entspricht, größtentheils wörtlich, durchaus aber dem Sinne nach, dem L. R. I. 11 § 788. 789.

(k) Entwurf H. 8 § 596. Be-

handelt denselben Fall, wie L. R. I. 11 § 790, aber mit entgegengesetzter Entscheidung.

(l) Handschriftliche Materialien Vol. 80 (Revision der monitorum) fol. 247.

gültig und bloßer Schein, Schrot und Korn (d. h. der Metallwerth) verdiene allein Rücksicht. Diesem Einwurfs trat Suarez bei in folgenden Worten, worin er den § 595 bestreitet.

Dies scheint mir ungerecht und unbillig. Da (nach einer vorher beispieisweise erwähnten Voraussetzung) nicht der innere Gehalt des Graumannschen Geldes, sondern nur sein äußerer Werth verändert (z. B. dasselbe auf 90 Prozent herabgesetzt) worden, so sind 100 Thaler Graumannsches Geld heute noch eben so viel werth, als vor 10 Jahren, und man muß annehmen, daß damit noch eben so viel auszurichten sey, als damals. Denn der äußere Werth, welchen der Landesherr einer Münzsorte beilegt, hat auf die pretia rerum keinen wesentlichen Einfluß. Wenn der Landesherr heute sagt, der Friedrichsdor soll nur 2½ Thaler gelten, so werde ich für einen Friedrichsdor doch immer ohngefähr eben so viel Waare bekommen, als vorher.

Nach dieser Ansicht, aus welcher der § 790 unmittelbar hervorgegangen ist, kann es wohl keinen Zweifel haben, daß, wie ich es oben angenommen habe, die Herabsetzung des Nennwerthes ganz ohne Einfluß bleiben sollte, woraus folgt, daß, nach dem Sinn dieses Gesetzes, nicht bloß die Münzsorte, sondern auch die Stückzahl, ganz dieselbe seyn sollte, die Rückzahlung möchte vor oder nach der

Herabsetzung des Nennwerthes erfolgen (m). Ja es ist unzweifelhaft, daß, nach dem Sinn des Gesetzes, Dasselbe behauptet werden müßte, auch wenn der Landesherr den Nennwerth nicht herunter gesetzt, sondern erhöht hätte: ein Fall, der nur deswegen nicht erwähnt zu seyn scheint, weil er nicht vorzukommen pflegt.

Ich habe versucht, die Bestimmungen des Landrechts über die Behandlung der Geldschulden zusammen zu stellen, und manche einzelne Einwendungen gegen dieselben hinzugefügt. Es muß aber nun noch bemerkt werden, daß der wichtigste Fehler in der stillschweigenden Voraussetzung bestand, als ob die Veränderungen im Nennwerth, Metallwerth, Courswerth stets einzeln für sich vorkämen, und daß man deswegen versäumte, den häufigsten und wichtigsten Fall zu beachten, in welchem jene Veränderungen mehrerer Werthe in Verbindung eintreten (Note m).

In Veranlassung dieses Tadel's könnte man nun aber die Frage aufwerfen, ob es denn verlangt werden könne, daß der Gesetzgeber, bei der Abfassung eines Gesetzbuches, die Fälle hervorhebe, in welchen das Münzwesen des

(m) Zwei Irrthümer liegen bei dem Ausdruck von Suarez zum Grunde. Erstlich ein Mißverständnis über den Courswerth, der hier als das Verhältniß einer Münzsorte zu dem (sehr schwankenden) Waarenpreise gedacht wird, anstatt zu dem Werthe des reinen Silbers. Zweitens, daß hier vorausgesetzt

wird, die Veränderung des Nennwerthes könne nur für sich allein eintreten, anstatt daß fast immer die Veränderung des einen Werthes mit der Veränderung des anderen (Nennwerth, Metallwerth, Courswerth) in Verbindung stehen wird. Der zweite Irrthum kann als Folge des ersten angesehen werden.

eigenen Landes auf fehlerhafte Weise behandelt worden sey, oder künftig behandelt werden möchte; oder auch den Fall, in welchem ein großes Kriegsunglück alle Verhältnisse in Verwirrung bringen könnte. Denn gerade von diesen Fällen ist oben gezeigt worden, daß sie in dem Geldwesen große Störung hervorbringen, und zu Streit und Zweifel Veranlassung geben, der außerdem gar nicht zu entstehen pflegt. — Niemand wird solche Bestimmungen eines Gesetzbuches verlangen; dagegen soll dasselbe auch keine Bestimmungen in sich aufnehmen, die in solchen beklagenswerthen Fällen ungerechte Folgen mit sich führen können. Der Gesetzgeber soll also entweder gar Nichts über die Geldschulden bestimmen, und Alles dem Ermessen des Richters überlassen, vielleicht auch in einzelnen Fällen durch Specialgesetze nachhelfen, oder er soll sich auf die Aufstellung der allgemeinsten, unbedenklichsten Grundsätze beschränken, wohin namentlich die Anerkennung des Courswerthes als Grundlage der Entscheidung über Geldschulden gehört, in welcher Gestalt man übrigens diese Anerkennung aussprechen möge, um sie nicht allzu abstract erscheinen zu lassen.

Das hier ausgesprochene Urtheil über die landrechtlichen Bestimmungen hat eine Bestätigung erhalten in dem ersten wichtigen und bedenklichen Fall, welcher nicht lange nach der Einführung des Landrechts eintrat; die Groschen, welche als Scheidemünze dienen sollten, aber in ganz unverhältnißmäßiger Menge geprägt waren, hatten sich,

während ruhiger Zeiten, unerwartet lange in gleichem Werthe mit dem Courantgelde erhalten, und waren im inneren Handel auch bei Zahlung größerer Geldsummen, gleich dem Courantgelde angewendet worden. Nach dem Kriegsglück von 1806 sanken sie immer mehr, die Regierung war genöthigt, sie erst auf $\frac{2}{3}$, dann auf $\frac{1}{2}$, ihres Nennwerthes herabzusetzen, und zuletzt ganz einzuwechseln und einzuschmelzen (§ 40). In der Zwischenzeit entstand die Frage, wie die Schulden getilgt werden sollten, die vor der Herabsetzung, durch Darlehen in solchen Groschen entstanden waren. Da sich nun mit diesen Groschen nur eine Veränderung im Nennwerth, nicht im inneren Gehalt, ereignet hatte, so hätte, nach dem wahren Sinn des § 790, die Rückzahlung in gleicher Stückzahl von Groschen, wie sie bei dem Darlehen gegeben war, erfolgen müssen. Hier war aber doch die Unbilligkeit allzu einleuchtend. Daher wurde jetzt verordnet, ein in älterer Zeit gegebenes Darlehen von 24 Stück Groschen sollte jetzt in 36 Stück derselben Groschen zurück gezahlt werden. Wäre aber das Darlehen in der Zwischenzeit, bei schon etwas sinkendem Course der Groschen, gegeben worden, so sollte auch der zur Zeit des Darlehens herrschende Cours berücksichtigt werden (n).

In diesem Gesetze nun war der richtige Grundsatz zur

(n) Deklaration des Allg. L. R. lin 1822, S. 441. — Vgl. die Th. 1 Tit. 11 § 790. 791. und Tit. 16 § 74, vom 27. Sept. 1808, 187. 181, die sich auf die Anwendung jenes Gesetzes beziehen.

Anwendung gekommen. Allerdings wurde dasselbe als Declaration des § 790 bezeichnet. Durch diesen Ausdruck muß man sich nicht täuschen lassen, als ob der § 790 wirklich denselben Sinn gehabt hätte. Es war vielmehr eine Aufhebung desselben mit rückwirkender Kraft gemeint. Die Bezeichnung als Declaration des § 790, wodurch das neue Gesetz mit dieser Stelle des Landrechts zu Einem Ganzen verschmolzen wurde, hatte eine doppelte Bedeutung. Es wurde dadurch die rückwirkende Kraft außer Zweifel gesetzt und gerechtfertigt; zugleich aber folgte daraus, daß der hier aufgestellte Grundsatz nicht bloß in dem vorliegenden einzelnen Fall zur Anwendung kommen sollte, sondern auch in allen künftigen Fällen von ähnlicher Natur. Die Entscheidung dieses einzelnen Falles wurde dadurch zu einem Bestandtheil unserer allgemeinen, bleibenden Gesetzgebung erhoben. Man kann daher behaupten, daß in dieser sogenannten Declaration die grundsätzliche Anerkennung des Courswerthes enthalten ist, deren Anwendung auf die in Zukunft entstehenden Fragen jeder Art von nun an als die Aufgabe des Richteramtes zu betrachten ist.

Einige Jahre nachher wurden die Groschen auf $\frac{1}{2}$ des Nennwerthes herabgesetzt, und nun zugleich in diesem Werthe mit Zwangscours versehen (o). Dieser Zwangscours war jedoch ganz unschädlich, indem zugleich die öffentlichen Cassen sie in diesem Werthe einwechselten, so

(o) Edict vom 13. Dec. 1811, Gesesamml. 1811 S. 373.

daß diese Geldart nach nicht langer Zeit völlig vernichtet wurde.

Durch diesen ganzen Hergang entstanden allerdings für viele Einzelne bedeutende Verluste, und es trifft die Regierung der Vorwurf, durch die übermäßige Ausprägung von Scheidemünze dazu mitgewirkt zu haben. Indessen vermindert sich dieser Vorwurf durch die Erwägung, daß die Ausmünzung der Groschen zu $\frac{2}{3}$ des Nennwerthes stets bekannt war, und daß Niemand genöthigt wurde, die Scheidemünze anders, als in sehr geringen Summen in Zahlung anzunehmen (§ 40. q). Wer sich hieran hielt, konnte keinen bedeutenden Verlust erleiden.

Die bisher dargestellte Preussische Gesetzgebung betraf nur das Metallgeld. Von dem Papiergeld zu reden, hatte das Landrecht keine Veranlassung, da solches damals weder vorhanden war, noch in Aussicht stand.

Dagegen gab es auch schon damals Geldpapiere verschiedener Art, wie Pfandbriefe, Actien zu industriellen Unternehmungen u. s. w. Diese haben mit dem Gelde manche Aehnlichkeit. Sie lauten auf bestimmte Geldsummen, sie sind meist auch auf jeden Inhaber gerichtet, sie sind, gleich dem Gelde, einem Course, und einem

wechselnden Course, unterworfen (p). Daher sind sie auch von Manchen mit dem Gelde verwechselt und für Geld gehalten worden (q). Dieses ist aber irrig, da sie eine ganz andere Natur und Bestimmung haben, als das Geld. Sie sind gar nicht bestimmt, als Werthmesser zu dienen, noch als allgemeine Träger einer nach allen Seiten hin wirkenden Vermögensmacht (§ 40). Sie sind dazu bestimmt, auf der einen Seite Geldsummen für bestimmte Zwecke zusammen zu bringen, auf der anderen Seite, als zinstragende Kapitalanlagen zu dienen.

Das Landrecht behandelt die Geldpapiere sehr richtig als reine Quantitäten, etwa dem Getreide zu vergleichen. Ein in Geldpapieren gegebenes Darlehen muß in gleich vielen Stücken derselben Art zurück gegeben werden, ohne Rücksicht auf den verschiedenen Cours beider Zeitpunkte; auf den Cours soll nur gesehen werden,

(p) Sogar ist bei diesen Papieren viel allgemeiner, als bei dem Gelde, von einem Course die Rede. In einem gesunden Zustande des Geldwesens wird von einem Course des Metallgeldes oder des Papiergeldes gar nicht gesprochen, weil beide Geldarten stets Pari, also 100 Prozent, stehen. Bei den Geldpapieren dagegen ist das Pari der allerseltenste Fall; sie stehen fast immer höher oder niedriger, als Pari, je nach ihrem Zinsertrag und ihrer Sicherheit.

(q) Manche verneinen für die Geldpapiere den Charakter des Geldes aus einem ganz irrigen Grunde, nämlich weil sie nicht, so wie das Geld, mit einem Zwangscours versehen seyen. Daß aber der Zwangscours nicht zum Wesen des Geldes gehört, ist schon oben (§ 42) gezeigt worden. Von jener irrigen Meinung wird in einem folgenden Bande, bei den auf den Inhaber lautenden Papieren, die Rede seyn.

wenn Papiere dieser Art verschwunden sind (r). Daher liegt in einem solchen Darlehen an sich eine Art von Speculation auf steigenden und fallenden Cours, wenn auch im einzelnen Fall die Parteien andere Beweggründe zu diesem Geschäft gehabt haben mögen. — Es kann aber auch diesem Darlehen von den Parteien die andere Bedeutung gegeben werden, daß das dargeliehene Geldpapier als baares, geliehenes Geld (zu irgend einem Course) betrachtet werden soll; dann ist das Geschäft gemischt aus Verkauf und Darlehen, und es ist erlaubt, insofern darin nicht etwa ein verborgener Wucher enthalten ist (s).

Eigentliches Papiergeld wurde eingeführt im J. 1806, und zwar mit Zwangscours (t). Dann war die Gesetzgebung hierüber einige Zeit hindurch schwankend, indem der Zwangscours durch mancherlei Bedingungen in billiger Weise beschränkt wurde. Im J. 1813 wurde der Zwangscours für immer aufgehoben (u). Diese Aufhebung geschah

(r) L. R. I. 11 § 793 — 795. Der § 793 sagt: „oder andere an jeden Inhaber zahlbare Papiere.“ Nach diesen Worten könnte man das Gesetz auch auf das späterhin eingeführte Papiergeld beziehen wollen; gewiß irrig, da der Gesetzgeber an Dieses nicht dachte und nicht denken konnte.

(s) L. R. I. 16 § 84. Vgl. oben § 43. a.

(t) Der Name war zuerst: Erzforscheine, dann Thalerscheine, zuletzt Kassen-Anweisungen. — Einführung 4. Febr. 1806. Neue Gbikensammlung 1806 S. 39. — Vgl. das spätere Gesetz 19. Jan. 1813 (G. S. p. 6).

(u) Gesetz 5. März 1813 (G. S. p. 23). — Später auf die Kassen-Anweisungen einfach angewendet (G. S. 1824 p. 230).

unbedingt und ohne nähere Bestimmungen, so daß in Ansehung des Papiergeldes Alles dem freien Ermessen des Richters überlassen ist, indem das Landrecht, wie oben erwähnt wurde, gar nicht davon spricht. So lange der gegenwärtige normale Zustand besteht, kann hierüber ein Rechtsstreit nicht vorkommen. Sollten einmal minder glückliche Verhältnisse eintreten, so würden, nach meiner Ueberszeugung, die auf Papiergeld gerichteten, oder durch dasselbe entstandenen, Obligationen nach dem Grundsatz des Courswerthes zu beurtheilen seyn.

§. 47.

IV. Gegenstand der Obligation. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. — Geld. Französisches Recht.

Im Französischen Recht wird der Nennwerth des Geldes, als ausschließende Grundlage für die Beurtheilung der Geldschulden, in der schroffsten Weise anerkannt, so daß hier ein merkwürdiger Gegensatz gegen die Bestimmungen des Preussischen Landrechts (§ 46) wahrzunehmen ist.

Der Sitz dieser Lehre ist in dem art. 1895 des code civil, welcher so lautet:

L'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que de la somme numérique, énoncée au contrat.

S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement.

Wäre bloß diese Stelle vorhanden, so könnte man vielleicht noch zweifeln, ob die im zweiten Satz erwähnten veränderten Münzsorten vielleicht in einer den Cours ausgleichenden Stückzahl gezahlt werden müßten. Es ist merkwürdig, daß bei dieser Stelle in den sonst so ausführlichen Discussionen des Staatsraths gar Nichts vorkommt, ganz als ob sich hier Alles von selbst verstände. — Allein die Schriftsteller lassen hierüber durchaus keinen Zweifel übrig. —

An der Spitze derselben steht Maleville, dessen Ausspruch vorzüglich wichtig ist, da er unter die Verfasser des Code gehörte (a). Er sagt, wenn ein Darlehen gegeben sey in pièces de 6 francs, die nachher (ohne neue Ausmünzung) durch ein Edict auf den Nennwerth von 12 francs gesetzt werden, so müsse der Schuldner die Hälfte der empfangenen Stücke dieses Geldes zurück zahlen. Das möge vielleicht ungerecht seyn, aber die raison d'état verlange es also.

Damit stimmt überein Toullier an zwei Stellen seines Werkes (b). Er sagt: on ne considère dans la

(a) MALEVILLE analyse raisonnée T. 4 p. 39.

(b) TOULLIER droit civil T. 6 p. 628, T. 7 p. 73.

monnaie que la valeur qui lui est donnée par le prince de chaque état.

Noch deutlicher aber und ausführlicher ist Merlin (c), bei welchem zunächst der Sprachgebrauch zu bemerken ist. Er nennt *valeur réelle*, oder auch *intrinsèque*, Das, welches ich als Metallwerth bezeichnet habe, *valeur numéraire* den Nennwerth (celle qu'il plait au prince de donner aux pièces de monnaie). — *Monnaie nominale* ou *numéraire* nennt er die Rechnungsmünze (z. B. livre), *monnaie réelle* die in wirklichen Stücken ausgeprägte Münze (z. B. écu, louis). Hieran knüpft er folgende Regeln. Wenn ein Darlehen gegeben wird in 3000 livres (Rechnungsmünze), die der Schuldner empfängt in 1000 Stück écus, nachher aber der écu vom Landesherrn auf den Nennwerth von 6 livres erhöht wird, so hat der Schuldner zu zahlen 500 Stück écus. Das sey unzweifelhaft, wofür er sich auf viele Urtheile der Gerichte beruft. — Wenn dasselbe Darlehen wörtlich ausgedrückt werde in 1000 écus (nicht in 3000 livres), so gelte ganz dieselbe Regel. Ueber diesen Fall aber seyen viele Schriftsteller und Richtersprüche anderer Meinung; nach ihnen sollen in diesem zweiten Fall 1000 écus zurückgezahlt werden. Merlin beruft sich

(c) MERLIN répertoire art. art. prêt § II. T. XIII. (1828)
monnaie § I. IV. T. XI. p. 212 p. 35. Die wichtigste Stelle ist
 — 237 ed. Paris 1827. 4., und p. 228 des Artikels monnaie.

zur Bestätigung seiner Meinung auf eine ordonnance des R. Philipp des Schönen vom J. 1311 (d).

Besonders wichtig ist nun noch der Ausspruch von Merlin (e), daß jeder abweichende Vertrag völlig nichtig sey, namentlich der Vertrag, nach welchem ein in 100 Stück louis gegebenes Darlehen in 100 Stück louis von demselben Schrot und Korn zurück gezahlt werden sollen, ohne Rücksicht auf eine in der Zwischenzeit möglicherweise eintretende Aenderung des Nennwerthes.

Die hier dargestellten Aussprüche der Französischen Gesetzgebung und der Schriftsteller stehen in völligem Widerspruch mit den oben aus der allgemeinen Natur des Geldes abgeleiteten Regeln (§ 42). Darin liegt eine besondere Veranlassung, die Entstehung jener Aussprüche zu untersuchen.

Zunächst müssen wir zusehen, wie es oben bei dem

(d) Die ordonnance ist abgedruckt bei Merlin p. 229. Sie spricht aber gar nicht von einer Aenderung im Nennwerth, sondern sie verbietet wucherliche Contracte, in welchen der Schuldner die Rückzahlung in anderem Werth oder anderer Münzsorte, als worin das Darlehen geschlossen war, verspricht. Dann heißt es: *Volumus quod nullus teneatur solvere, nec quis creditor praesumat exigere. . in majori valore quam in valore pecuniae traditae, quantum videlicet va-*

lebat et currebat communiter juxta ordinationes nostras tempore contractus. Hier ist ja gerade der Courswerth bezeichnet, und an eine Differenz zwischen Courswerth und Nennwerth ist hier eben so wenig gedacht, als an eine Aenderung des Nennwerthes.

(e) MERLIN art. prêt p. 35. — MEES p. 82. 84 führt neuere Schriftsteller an, die über diesen Punkt anderer Meinung sind, und er selbst glaubt, der Richter könne wohl solche Verträge anerkennen.

Breussischen Recht geschehen ist, welcher wirkliche Zustand des Geldwesens dem Gesetzgeber vor Augen stand. Dieser Zustand war so befriedigend, daß er Nichts zu wünschen übrig ließ, und auch für die Zukunft stand durchaus keine Störung in wahrscheinlicher Aussicht. Ein gleich befriedigender Zustand hatte vor der Revolution seit langer Zeit ununterbrochen bestanden. Daher konnte die oben angegebene gesetzliche Bestimmung, wenn man sie aus theoretischen Gründen für richtig hielt, auch praktisch als unbedenklich, gleichsam als ein unschuldiges Gedankenspiel, erscheinen; aus demselben Grunde konnte man auch jede gesetzliche Vorschrift über diesen Gegenstand für entbehrlich halten.

Nun lag aber in der Mitte zwischen der alten und neuen Zeit die Zeit der Revolution, in welcher, namentlich auch in dem Geldwesen, durch die Assignaten die äußerste Noth entstanden, und die härteste Tyrannei ausgeübt worden war (§ 41.1); die damaligen Gewalthaber konnten denselben Grundsatz für sich geltend machen, welchen jetzt der Code als bleibend für alle Zeiten aufstellte. Wenngleich nun die Regierung, zur Zeit der Abfassung des Code, den festen Entschluß haben mochte, nie ein ähnliches Uebel hervor zu rufen, so war doch in dieser ganz nahe liegenden schrecklichen Erfahrung hinreichende Veranlassung enthalten, den Grundsatz selbst einer wiederholten Prüfung zu unterwerfen, und wenigstens in solcher Weise zu fassen, daß er

nicht ähnlichen Mißbräuchen in künftigen Zeiten zur Verschönerung dienen könnte.

Daß Dieses nicht geschehen ist, erklärt sich wohl geschichtlich auf folgende Weise.

Pothier, der lange vor der Revolution starb (im J. 1772), also an die Assignaten nicht denken konnte, sondern nur einen guten, schon seit längerer Zeit dauernden, Zustand des Geldwesens vor Augen hatte, stellt die oben dargelegten Grundsätze in schroffster Weise auf, obgleich er ausdrücklich anerkennt, daß der Glaubiger dadurch in Schaden kommen könne, indem er für das zurück erhaltene Geld weniger Waaren kaufen werde, als er für das geliehene kaufen konnte. Auch sagt er ausdrücklich, daß alle Verträge von abweichendem Inhalt nichtig seyen (f). Nun genossen Pothier's Schriften zu der Zeit, als der Code abgefaßt wurde, ein unbegrenztes Ansehen (g), und

(f) POTHIER traité du prêt de consommation P. 1. Chap. 3 Num. 36. 37. „Dans la monnaie on ne considère pas les corps et pièces de monnaie, mais seulement *la valeur que le prince y a attachée.*“ Und nachher: „Car le prince *distribuant sa monnaie* aux particuliers pour leur servir de signe de la valeur des choses, *elle n'appartient aux particuliers que sous ce rapport* . . . toute convention doit être réjetée *comme contraire au droit public* et à

la destination que le prince a faite de la monnaie.“

(g) Mehrere der entscheidendsten Stellen von Merlin (Note c) sind ganz wörtlich aus Pothier abgeschrieben. — Man könnte es auffallend finden, daß Merlin, dessen Werk erst seit 1807 erschienen ist, sich so ganz an einen weit älteren Schriftsteller anschließt. Allein das Werk von Merlin selbst ist nur als eine Reihe von neuen Ausgaben des älteren Werks von Guyot zu betrachten, das schon 1777 und 1784 erschienen war, also mit Po-

hieraus erklärt es sich, daß seine Lehre von den Geldschulden unmittelbar in den Code aufgenommen wurde, obgleich er unter ganz anderen Umständen geschrieben hatte, so daß es wenigstens bezweifelt werden kann, ob er nicht an seiner Lehre irre geworden wäre, wenn ihm die Erfahrungen der Revolution zu Gebote gestanden hätten.

Eine Entschuldigung (nicht Rechtfertigung) des bei der Abfassung des Code eingeschlagenen Verfahrens liegt aber noch in der folgenden, rein praktischen Erwägung. So lange das Geldwesen in gutem Zustande ist, kann aus jener gesetzlichen Bestimmung kein Uebel entstehen. Treten aber unglückliche, gewaltsame Zustände ein, wie zur Zeit der Revolution, so werden die besten und vorsichtigsten Gesetze keinen Schutz gegen Ungerechtigkeit gewähren; es werden Specialgesetze mit rückwirkender Kraft gegeben werden, ohne Rücksicht auf die bis dahin geltenden allgemeinen Gesetze (h).

Der Vollständigkeit wegen muß noch bemerkt werden, daß das Gesetz, von welchem bisher die Rede war, nur auf eigentliche, reine Geldschulden geht, so daß es nicht anzuwenden ist auf ein Darlehen in Barren von edlem Metall (i), und eben so wenig auf ein Depositum an

thier in eine und dieselbe Periode gehört. Vgl. CAMUS lettres sur la profession d'avocat ed. 4 par DUPIN T. 2 N. 1616.

(h) Diese Entschuldigung für das Gesetz des Code versucht MEES p. 73—75.

(i) Code civil art. 1896. 1897. Dieses Darlehen wird mit Recht so behandelt, wie jedes andere Darlehen in einer Quantität außer dem Gelde.

Geld, wobei dieses nicht als Geld, als Quantität, sondern so, wie jedes andere Eigenthum, in Betracht kommt (k). Eben so soll es nicht angewendet werden bei Wechseln, für welche dem freien Willen der Parteien mehr Spielraum gelassen ist (l).

Das hier besprochene Gesetz hat übrigens blos das Metallgeld zum Gegenstand, obgleich der in ihm enthaltene Grundsatz auch auf das Papiergeld Anwendung finden könnte. Ueber die Stellung des Papiergeldes in Frankreich ist schon oben an mehreren Stellen Nachricht gegeben worden (§ 41. 42).

§. 48.

IV. Gegenstand der Obligation. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. — Geld. Oesterreichisches Recht.

Bei der Einführung des Oesterreichischen Gesetzbuchs (1. Juni 1811) befand sich der Gesetzgeber in einer ganz anderen Lage, als die, welche oben bei dem Preussischen Landrecht und dem Französischen Code geschildert worden ist (§ 46. 47). Er konnte nicht einen befriedigenden Zustand des Geldwesens für Gegenwart und Zukunft voraus-

(k) Code civil art. 1932. — abweichende Bestimmung folgt von selbst daraus, daß das Wechselgeschäft kein Darlehen ist.

(l) Code de commerce art. 143. Diese von dem art. 1895

sehen, vielmehr befand sich der Staat mitten in den bedenklichsten Zuständen durch das seit längerer Zeit fortwährend sinkende Papiergeld, und dadurch war erst vor wenigen Monaten ein Specialgesetz mit auffallenden, sehr durchgreifenden, Bestimmungen veranlaßt worden (§ 41. m). Es ist daher sehr natürlich, daß gerade in den praktisch wichtigsten Stücken, namentlich wegen der klingenden Münze, der Valuta, und dem erlaubten Darlehen in einer besonders bestimmten Münzsorte, das Gesetzbuch gar keine eigenen Bestimmungen enthält, sondern nur auf das kurz zuvor erlassene besondere Gesetz verweist, und dessen Vorschriften wiederholt (a).

Daneben enthält das Gesetzbuch eine besondere Bestimmung, die allein als neuer Grundsatz angesehen werden kann, für den Fall, daß das Metallgeld im Nennwerth verändert werden möge, ohne neue Ausmünzung. Eine solche Veränderung soll auf die Rückzahlung keinen Einfluß haben (b). Dieses ist eine Wiederholung der oben (§ 46) dargestellten Vorschrift des Preussischen Landrechts (I. 11. § 790).

Hieran schließt sich eine Vorschrift für den Fall, daß die Münzsorte, worin ein Darlehen gegeben war, nicht mehr im Umlauf seyn möchte. Nun soll der Schuldner in anderen Münzsorten zurück zahlen, aber so, daß der

(a) Gesetzbuch § 986, 987.

(b) Gesetzbuch § 988.

Glaubiger denselben inneren Werth (Metallwerth) zurückhalte, welchen er ursprünglich als Darlehen hingegeben hatte (c). Auch diese Vorschrift steht im Zusammenhang mit einer Vorschrift des Preussischen Landrechts für denselben Fall (s. o. § 46. f.), jedoch mit dem (nicht sehr erheblichen) Unterschied, daß in diesem Fall das Preussische Recht eine Ausgleichung des Courswerthes, das Oesterreichische eine Ausgleichung des Metallwerthes bewirken will.

Diese eigenthümlichen Bestimmungen waren in dem Oesterreichischen Gesetze noch unwichtiger und gleichgültiger, als im Preussischen, da gar nicht abzusehen war, wann man wieder zu einer Valuta in Metall werde zurück kehren können, und da, selbst für den Fall dieser Rückkehr, keine Wahrscheinlichkeit vorhanden war, daß die Regierung es nöthig oder rätlich finden werde, den Nennwerth der Zwanziger u. s. w. abzuändern.

§. 49.

IV. Gegenstand der Obligation. Ort der Leistung.

Die bisher angestellte Untersuchung über den Gegenstand der Obligation betraf die Natur der Leistung, und die darauf bezüglichen Gegensätze. Jede Leistung aber, als

(c) Gesetzbuch § 989.

äußere Handlung, kann nur in irgend einem Ort und zu irgend einer Zeit vorkommen, und diese Eigenschaften der Leistung sind nun noch durch Rechtsregeln zu bestimmen (§ 28).

Ueber den Ort der Leistung habe ich schon anderwärts Gelegenheit gehabt, mich ausführlich zu äußern (a), und indem ich auf diese frühere Ausführung verweise, ist es mir erlaubt, mich an der gegenwärtigen Stelle kürzer zu fassen.

Die Frage nach dem richtigen Ort der Leistung betrifft sowohl die Thätigkeit des Gläubigers, als die des Schuldners. Bei dem Gläubiger muß bestimmt werden, für welchen Ort er die Handlung verlangen und erzwingen kann; bei dem Schuldner dagegen, an welchem Ort er die freiwillige Leistung dergestalt anbieten kann, daß der Gläubiger sich dadurch für befriedigt erachten muß.

Vor Allem sind nun zweierlei Handlungen zu unterscheiden, die in einer Obligation als Leistungen vorkommen können.

Manche Handlungen sind durch ihre Natur an einen bestimmten Ort im Raum dergestalt gebunden, daß sie nur an diesem Ort gedacht werden können, und durch jede versuchte Verlegung ganz andere Handlungen werden würden. Dahin gehört die Uebergabe eines bestimmten

(a) Es ist Dieses geschehen bei der Obligationen, System B. 8 der Untersuchung über das örtliche Recht und über den Gerichtsstand § 370. 371.

Grundstücks, desgleichen die Bearbeitung eines Grundstücks, wohin namentlich die Ausführung eines Gebäudes auf demselben gehört. Ferner die Arbeit in einer Handlung oder Fabrik, die einen bestimmten Sitz hat. Bei Leistungen solcher Art kann der Glaubiger nicht an einem anderen Ort fordern, der Schuldner nicht an einem anderen Ort leisten wollen, weil die so vorgenommene, wenn auch gleichartige Handlung (z. B. der Bau eines Hauses) eine durchaus verschiedene Handlung seyn würde.

Alle anderen Handlungen haben eine örtlich unbestimmte Natur, so daß sie an jedem Orte gleichmäßig vorgenommen werden können, ohne ihr Wesen zu verändern. Dahin gehört die Bearbeitung einer beweglichen Sache, und eben so die Uebergabe einer solchen, insbesondere also jede Geldzahlung.

Bei dieser Art der Handlungen sind zwei Fälle zu unterscheiden. Durch die Thatsache, welche die Obligation begründete (z. B. den Vertrag), ist entweder auch der Ort der Leistung bestimmt worden, oder dieser Ort ist unbestimmt geblieben.

A. Bestimmter Ort der Leistung.

Die Lage des Gläubigers ist hier folgende. Er kann an dem bestimmten Orte klagen, und an diesem Orte ist auch ein Gerichtsstand des Schuldners durch den Vertrag selbst begründet. An jedem anderen Orte ist er nicht berechtigt, zu klagen, also auch nicht da, wo der Schuldner

durch den Wohnsitz seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (b).

Durch diese, an sich richtige, Regel kann nun aber für den Gläubiger im Erfolg eine völlige Rechtsverweigerung entstehen. Wenn ein Römer einem anderen Römer durch Stipulation versprach, ihm Tausend Sesterzien in Ephesus zu zahlen, so konnte vor dem Römischen Prätor nicht geklagt werden, weil die versprochene Leistung nicht in dessen Sprengel fiel. In Ephesus konnte geklagt werden; war aber der Schuldner so vorsichtig, nicht in Ephesus zu erscheinen, so war diese Klage thatsächlich unmöglich, und der Gläubiger blieb ganz ohne Rechtshülfe. Um diesem Mangel abzuhelpfen, führte der Prätor eine eigene Klage ein, die *actio de eo quod certo loco* (c). Mit dieser konnte jener Gläubiger in Rom seine Forderung einklagen. Er erhielt jedoch nicht gerade Tausend, sondern es wurde ermittelt, um wie viel etwa eine solche Summe in Rom mehr oder weniger, als in Ephesus, werth seyn möchte. So konnte er in Rom mehr oder weniger, als Tausend, zugesprochen bekommen, indem nach beiden Seiten hin das Interesse der Geldzahlung an beiden Orten abgewogen wurde (d). — Eine solche Klage konnte aber zu einer ungerechten Bedrückung des Schuldners mißbraucht werden, wenn Dieser zur Zahlung in Ephesus bereit war,

(b) System B. 8 § 370. c. d. *eo quod certo loco* (13. 4), L.
 (c) Dig. Lib. 13 Tit. 4. *un. C. ubi conven.* (3. 18), § 38
 (d) L. 2 pr. § 8, L. 3 de J. de act. (4. 6).

und der Gläubiger die Weigerung fälschlich vorgab. Gegen diesen Mißbrauch konnte sich der Schuldner schützen, wenn er in Rom Caution stellte wegen der vertragsmäßigen Leistung in Ephesus, oder wenn er bewies, daß er in Ephesus das Geld angeboten oder deponirt habe; nun wurde er in Rom von der Klage entbunden (e).

Dieses Verfahren, vermitteltst einer neu erfundenen prätorischen Klage, war nur erforderlich und üblich bei solchen Obligationen, die durch *Conditionen* (strenge Klagen) verfolgt wurden (f), deren strenge und buchstäbliche Behandlung besonders in der Fassung der *intentio* erscheint (g). Bei den freien Klagen (Kauf, Miethé, Commodat u. s. w.) war jene besondere Klage nicht nöthig. Hier reichte schon die gewöhnliche *Contractsklage* völlig aus, indem durch diese ganz derselbe Erfolg herbeigeführt wurde, der so eben bei der besonderen prätorischen Klage dargestellt worden ist (h). — Dieser Unterschied hat schon im Justinianischen Recht, um so mehr also im heutigen, seine Bedeutung verloren.

(e) *L. 4 § 1 de eo quod certo loco* (13. 4).

(f) *L. 1, L. 7 § 1 de eo q. c. l.* (13. 4), *L. un. C. ubi conven.* (3. 18), § 33 *J. de act.* (4. 6) (von Stipulationen). — *L. 8 eod.* (Bürgschaft). — *L. 6 eod.* (Darlehen). — *L. 5 eod.* (Legat).

(g) Wenn bei der oben erwähnten Stipulation die *intentio in Rom* so gefaßt wurde: *si paret, H. S. mille dari oportere*, so war Das hier, vor dem Prätor, nicht wahr, da der Beklagte hier keine Verpflichtung hatte.

(h) *L. 7 pr. de eo q. c. l.* (13. 4), *L. 16 § 1 de pec.*

Die Lage des Schuldners bei den mit einem bestimmten Ort der Leistung versehenen Obligationen ist folgende. Der Schuldner hat nur an diesem Orte das Recht der freiwilligen Erfüllung, das heißt, jeder einseitige Versuch, an irgend einem anderen Orte zu erfüllen, kann die Tilgung der Schuld nicht herbei führen (i). Wenn jedoch an einem anderen Orte der Gläubiger die Erfüllung annimmt, so ist dadurch die Schuld getilgt, indem nun durch Uebereinkunft beider Theile dieses Stück der ursprünglichen Obligation abgeändert worden ist (k).

B. Unbestimmter Ort der Leistung.

Die Lage des Gläubigers ist folgende. Er kann sein Recht verfolgen, also die Klage anstellen und die Leistung erzwingen, wo er es gut findet, da ihm die Obligation hierin freie Hand läßt (l). Nur ist durch die Regeln des Prozesses diese Freiheit darin beschränkt, daß die Klage ange stellt werden muß an einem Orte, an welchem ein Gerichtsstand für den Beklagten begründet ist.

const. (13. 5) „*exemplo arbitrariae actionis*,“ d. h. nach denselben Regeln, mit demselben Erfolg, wie bei der *actio arbitraria de eo quod certo loco*. Denn hier reichte die gewöhnliche *intentio* der b. f. *actio: quidquid dari fieri oportet ex fide bona*“ an sich schon aus, so daß es der Aushilfe durch eine besondere Klage nicht bedurfte.

(i) *L. 2 § 7, L. 9 de eo q. c. l.* (13. 4), *L. 122 pr. de V. O.* (45. 1).

(k) *L. 2 § 7, L. 10 de eo q. c. l.* (13. 4).

(l) Der Schuldner muß also leisten *ubi petitur*. Vgl. System B. 8 § 370. v.

Der Gläubiger kann also klagen an dem allgemeinen persönlichen Gerichtsstand des Schuldners (m). Er kann aber auch klagen an den Orten, an welchen für diese Obligation ein besonderer Gerichtsstand durch stillschweigende Uebereinkunft der Parteien begründet ist (n). Zwischen diesen verschiedenen Orten des Gerichtsstandes hat der Gläubiger freie Wahl (o).

Das erwähnte Recht des Gläubigers ist für Einen Fall durch Rücksichten der Billigkeit beschränkt worden. Wenn die Obligation gerichtet ist auf die Uebergabe einer beweglichen Sache, und wenn es zugleich eine b. f. obligatio ist, so soll sich der Gläubiger begnügen, wenn die Uebergabe an dem Orte erfolgt, an welchem sich die Sache gerade jetzt zufällig befindet; er soll also nicht verlangen können, daß der Schuldner die Sache auf seine Kosten und Gefahr an den Ort der Klage bringe (p).

Es bleibt noch übrig, die Lage des Schuldners im Fall des unbestimmten Ortes der Leistung zu erwägen. Bleibt man bei der abstracten Bestimmung stehen, daß der Schuldner, wegen der Unbestimmtheit, ein unbeschränktes Wahlrecht für den Ort der freiwilligen Erfüllung haben

(m) Dieses ist das forum domicilii, nach Römischem Recht auch das forum originis, mit freier Wahl des Klägers zwischen beiden.

(n) Vgl. System B. 8 § 370 S. 226—228. Es ist der Ort,

an welchem die Erfüllung nach den vorliegenden Umständen von beiden Theilen vorzugsweise erwartet werden konnte.

(o) Vgl. System B. 8 § 371. t.

(p) Vgl. System B. 8 § 370. w. x. y.

müsse, so würde der Schuldner eine Geldzahlung an irgend einem entfernten Orte der Erde anbieten und deponiren dürfen, welches dann als vollendete Tilgung gelten müßte; er könnte Dieses thun aus Chicanen gegen den Gläubiger, oder auch, weil er selbst zufällig an jenem entfernten Orte Geld vorrätzig hätte, also bei dieser Art der Tilgung seinen Vortheil finden würde. Es ist aber wohl einleuchtend, daß Dieses der ursprünglichen Erwartung, also dem wahren Sinn des Rechtsgeschäfts, nicht entsprechen würde.

Unsere Rechtsquellen entscheiden über diese Frage nicht (q). Die natürlichste Entscheidung liegt wohl in der Annahme völliger Gleichheit zwischen beiden Parteien. Hiernach müssen wir dem Schuldner die Wahl einräumen zwischen denjenigen Orten, an welchen der Gläubiger von seiner Seite hätte klagen können (Note m. n), also zwischen dem eigenen Wohnsitz des Schuldners, und jedem Orte, an welchem ein besonderer Gerichtsstand für diese Obligation begründet ist. Daß Dieses dem Sinn des Rechtsgeschäfts entspricht, kann nicht bezweifelt werden, da auf jeden dieser Orte gleich Anfangs eine gewisse Erwartung gerichtet seyn mußte. Entspricht die von dem Schuldner getroffene Wahl den Wünschen des Gläubigers nicht, so hat Dieser es sich selbst zuzuschreiben, daß er nicht dem

(q) Schon aus diesem Umstand seyn könne, wofür denn auch die läßt sich schließen, daß die Frage Erfahrung sprechen dürfte.
nicht von großer Erheblichkeit

Schuldner durch Anstellung der Klage zuvorgekommen ist, in welchem Falle er selbst die Wahl des Ortes gehabt haben würde (r).

Abweichend von der hier aufgestellten Lehre, und mit Umkehrung des wahren Verhältnisses, haben Manche, für die Fälle des unbestimmten Ortes der Leistung, den Grundsatz aufgestellt, daß stets ein gesetzlicher Ort der Leistung angenommen werden müsse, und daß dieser Ort dann zugleich bestimmend sey für den Gerichtsstand dieser Obligation (s).

§. 50.

IV. Gegenstand der Obligation. Zeit der Leistung.

Jede Leistung kann ferner nur zu irgend einer Zeit vorkommen (§ 28), und Dieses ist das letzte Stück, welches bei Betrachtung des Gegenstandes der Obligationen noch zur Erwägung kommt.

Diese Frage hat eine etwas verschiedene Bedeutung von der gleichartigen Frage, die in Beziehung auf den

(r) Eine andere Meinung hat Buchta Pandekten § 246. Note i, und Vorlesungen B. 2 S. 54. Der Schuldner soll erfüllen da, wo der Gläubiger ist, also, wenn Beide entfernt von einander wohnen, das Porto tragen. Ich weiß diese einseitige Begünstigung des Gläubigers nicht zu rechtfertigen,

auch scheint sie mir im Widerspruch zu stehen mit Buchta's eigenen Worten (S. 54): „Sonst kann der Schuldner so wenig fordern, daß der Gläubiger zu ihm, als der Gläubiger, daß jener zu ihm komme.“

(s) Vgl. System B. 8 § 370.

Ort der Leistung bereits untersucht worden ist (§ 49). Bei dem Orte kam es darauf an, genau zu bestimmen, wo die Leistung geschehen müsse, und diese Bestimmung kann insbesondere durch die Willkür der bethelligten Personen vorgenommen werden. Eine ähnliche Bestimmung ist auch in Ansehung der Zeit denkbar, indem ein Vertrag darauf gerichtet werden kann, daß eine Handlung in einem genau begränzten Zeitraum, weder früher noch später, vorgenommen werde. Allein eine Bestimmung solcher Art ist überaus selten, und daher unerheblich.

Dagegen ist von großer Wichtigkeit die andere Frage, von welchem Zeitpunkt an die Nothwendigkeit, die das Wesen der Obligation ausmacht, anfangen soll. Wenn eine Obligation nach dieser Richtung hin eine willkürliche Bestimmung durch die Parteien erhält, so heißt sie obligatio ex die oder in diem. Ueber diese habe ich bereits ~~an~~verwärts Veranlassung zu einer genaueren Ausführung gehabt (a), und indem ich mich auf diese hier beziehe, darf ich mich gegenwärtig kürzer fassen.

Diese willkürliche Bestimmung erhält ihre wahre Bedeutung erst durch den Gegensatz der Regel, welche anzuwenden ist, wo eine solche Bestimmung fehlt. Die Regel aber geht dahin, daß jede Obligation, von dem Augenblick ihrer Entstehung an, die Nothwendigkeit begründet, welche

(a) Vgl. System B. 3 § 125. den Obligationen vor, sondern auch 126. Diese Beschränkung in diem bei manchen anderen Rechtsverhältnissen. kommt übrigens nicht allein bei

das Wesen der Obligation ausmacht, so daß die Leistung sogleich eingeklagt werden kann. Der Römische Kunstausdruck lautet so: jede Obligation ist von selbst als praesens obligatio anzusehen (b). Dieser Regel gegenüber haben wir nun eine Reihe von Ausnahmen zu betrachten.

Die erste und wichtigste Ausnahme ist die bereits ange deutete, wenn derselbe Wille, der die Obligation begründete, sie zugleich zu einer in diem obligatio gemacht hat. Dieser Fall hat augenscheinliche Aehnlichkeit mit der durch den Willen der Parteien bewirkten Bestimmung des Orts der Leistung (§ 49). Nur unterscheiden sich beide Fälle darin, daß die Bestimmung des Orts im Allgemeinen keine Partei begünstigt, indem dieser oder jener Ort zufälligerweise bald dem einen Theil, bald dem anderen, zum Vortheil gereichen kann. Dagegen ist die praesens obligatio stets dem Gläubiger vortheilhafter, die in diem weniger vortheilhaft, indem die frühere Leistung stets die bessere angesehen werden muß (c). Es ist nur ein anderer Ausdruck desselben Satzes, wenn gesagt wird, daß die Bestimmung einer Obligation in diem stets zum Vortheil des Schuldners hinzugefügt werde (d). Eine Folge davon ist aber die, daß der Schuldner auf diesen seinen

(b) *L. 41 § 1 de V. O.* (45. 1), *L. 213 pr. de V. S.* (50. 16), *L. 14 de R. J.* (50. 17). — In mehreren Stellen wird dieselbe Regel vorausgesetzt. *L. 60, L. 73 pr., L. 137 § 4 de*

V. O. (45. 1), *L. 186 de R. J.* (50. 17).

(c) § 5 *J. de fidej.* (3. 20), *GAJUS Lib. 3 § 113.*

(d) *L. 41 § 1, L. 38 § 16 de V. O.* (45. 1), *L. 17 de R. J.* (50. 17).

Vorthheil verzichten, also früher erfüllen kann, als es für ihn nothwendig war (e).

Eine fernere Ausnahme tritt ein, wenn die Handlung, ihrer Natur nach, nicht sogleich, sondern erst in irgend einer künftigen Zeit möglich ist. Dieses kann die Folge davon seyn, daß die Handlung an einem weit entfernten Orte vorgenommen werden soll (f), oder an einem Gegenstand, welcher noch gar nicht vorhanden ist, sondern erst künftig entstehen soll (g).

Damit verwandt ist die Ausnahme bei denjenigen Obligationen, in welchen die Nothwendigkeit der Leistung abhängig gemacht wird von einer besonderen Aufforderung oder Kündigung, wie bei dem Darlehen, Depositum u. s. w. (h).

Eine ganz positive Ausnahme wird noch erwähnt bei dem Constitutum, in welchem der Schuldner stets den Vorthheil eines mäßigen Aufschubs genießen soll; als mäßig aber wird ein Zeitraum von Zehen Tagen betrachtet (i).

(e) *L. 137 § 2, L. 38 § 16 de V. O. (45. 1), L. 70 de solut. (46. 3), L. 15 de annuis (33. 1), L. 1 § 1 de cond. (35. 1).* — Eine Ausnahme machen die seltenen Fälle, in welchen, aus besonderen persönlichen Gründen, die Absicht erweislich ist, eine frühere Leistung zu verhüten. *L. 43 § 2 de leg. 2 (31. un.), L. 15 de annuis (33. 1).*

(f) *L. 41 § 1, L. 60, L. 73 pr., L. 137 § 2 de V. O. (45. 1).*

(g) *L. 73 pr. de V. O. (45. 1), L. 186 de R. J. (50. 17).*

(h) *L. 73 pr. de V. O. (45. 1),* am Ende der Stelle.

(i) *L. 21 § 1 de pec. const. (13. 5).* Könnte vielleicht im Zusammenhang stehen mit einer Controverse der älteren Juristen, die Justinian entschieden hat. *L. 2 C. de const. (4. 18).*

Der wichtigste und schwierigste Theil dieser Lehre ist der, welcher sich auf die eigenthümlichen Verletzungen bezieht, die gegen die richtige Zeit der Leistung (nicht gegen den Inhalt derselben) gerichtet seyn können. Dieses ist die Lehre von der Mora, welche aber nicht an der gegenwärtigen Stelle, sondern erst bei den Entstehungsgründen der Obligation, und zwar insbesondere bei der Umwandlung derselben, dargestellt werden kann.

