Rostocker Dokumentenserver
Dieses Werk wurde Ihnen durch die Universitätsbibliothek Rostock zum Download bereitgestellt.
Für Fragen und Hinweise wenden Sie sich bitte an: digibib.ub@uni-rostock.de

Samuel Gottfried Liekefett

Praktischer Commentar über die Pandekten

Fünfter Theil : Welcher den Beschluß des dreyzehnten Titels und den Anfang des vierzehnten Titels des zweyten Buchs der Pandekten enthält

Leipzig: bey Adam Friedrich Böhme, 1798

http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051

Band (Druck) Freier Zugang



K. 8 – 653 (5)
K. 1. – 653 (5.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0002
DFG

Praktischer

Commentar

über

die Pandekten

nach dem Lehrbuch

des Herrn GRR. Hellfeld.

Fünfter Theil,

welcher den Beschluß des dreyzehnten Titels und den Anfang des vierzehnten Titels des zweyten Buchs der Pandekten enthält.

Leipzig,
bey Adam Friedrich Böhme.
1798.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0005
DFG

Ex Bibliotheca Academiae Rostochiensis

Inhalt.

§. 284.

Warum ist die Cumulation der Klagen eingeführt worden? S. 1. Was nennt man concurrirende Klagen, und wenn heißen die Klagen einzelne Klagen? 2. Worin besteht das Wesen der Concurrenz der Klagen? 2. Bey der Concurrenz der Klagen wird nicht darauf gesehen, ob sie in einem Klageschreiben zugleich gebraucht werden können, oder nicht, 2. Die Concurrenz der Klagen kann in die objective und subjective Concurrenz eingetheilt werden, 3. Wenn sagt man, daß eine objective Concurrenz der Klagen vorhanden sey? 3. Eine objective Concurrenz der Klagen ist vorhanden, wenn der nämlichen Anforderung wegen von einem Kläger, mehrere Klagen, wider verschiedene Beklagte gebraucht werden können, 3. Andere Klagen dieser Art sind so beschaffen, daß sie von mehreren Klägern, aus einerley verbindlichen Handlung, wider einen Beklagten angestellt werden dürfen, 4. Es giebt Klagen dieser Art, wo mehrere Klagen von verschiedenen Klägern wider verschiedene Beklagte angestellt werden können, 4. Was nennt man eine cumulativische Concurrenz der Klagen? 5. Eine cumulativische Concurrenz der Klagen ist vorhanden, wenn mehrere Klagen aus der nämlichen Quelle entstehen, oder doch wenigstens durch ein gewisses Hauptfactum veranlaßt worden sind, 5. Concurriren die Injurienklage und die Klage aus dem Aquilischen Gesetz nur electivisch? 5. Sind mehrere widerrechtliche Handlungen bey einerley Gegenstande vorgenommen worden, so veranlaßt dieser Umstand eine Concurrenz von Klagen, davon keine die andere ausschließt, 8. Eine andere cumulative Concurrenz der Klagen kommt alsdenn vor, wenn mehrere auf verschiedene Gegenstände gerich-

tete Klagen, aus verschiedenen erlaubten Geschäften herrühren, 9. Wie ist eine electivische und eine successive Concurrenz der Klagen unterschieden? 10. Bey einer electivischen Concurrenz der Klagen kommt es nicht darauf an, ob die Klagen aus einerley oder aus verschiedenen Quellen herrühren, wenn solche nur einerley Gegenstand betreffen, und auf einerley Endzweck gerichtet sind, 11. Bei der successivischen Concurrenz der Klagen kann der Grund darin bestehen, daß die Beschaffenheit der Klage es schlechterdings nicht verstattet, sie zum zweytenmal zu brauchen, wenn sie der Kläger schon einmal angestellt hat, 12. Eine andere Ursache, warum der Kläger gewisse Klagen successivisch brauchen muß, kann darin bestehen, daß die Hauptklage nicht eher gebraucht werden darf, als bis erst eine andere präparatorische Klage angestellt worden, 13. Ist es ein richtiger Grund, behaupten zu können, bey den Römern habe deswegen keine Cumulation der Klagen vorgenommen werden dürfen, weil es dem Formularwesen ganz entgegen gewesen seyn würde? 14. Es stand sogar dem Kläger bisweilen frey, mehrere Klagen einerley Endzwecks in einem Klageschreiben alternativisch zu verbinden, 14. Was nennt man eine objectivische Klagenhäufung? 15. Die objectivische Klagenhäufung wird in die alternativische und in die schlechthin geschehene Cumulation der Klagen eingetheilt, 16. Wie ist die simultanische und die successivische Klagenhäufung unterschieden? 16. Wenn man von der objectiven Klagenhäufung Gebrauch machen will, so ist vor allen Dingen zu untersuchen, ob die stattfindenden Klagen cumulativisch, oder electivisch, oder successivisch concurriren, 16. Wenn kann eine cumulativische Klagenhäufung vorgenommen werden? 16. Bey den Römern durfte die Petitorienklage nicht mit der Possessorienklage cumulirt werden, 17. Durch die vorgenommene cumulativische Klagenhäufung darf keine Verwirrung im Proceß veranlaßt werden, 18. Wenn die Klagen electivisch concurriren, so soll der Regel nach keine Klagenhäufung vorgenommen werden, 19. Sollte es zweifelhaft seyn, welche Klage der Kläger wirklich brauchen wollen, so muß der Rich-

Richter auf diejenige Klage Rücksicht nehmen, die dem Kläger am vortheilhaftesten ist, 20. Hat der Kläger durch die angestellte Klage nicht alles erreicht, was er zu fordern berechtigt war, so kommt es darauf an, ob die gebrauchte Klage verworfen worden, oder nicht, sondern der Kläger hatte nur weniger dadurch erhalten, als er durch die andere ihm ebenfalls zuständige Klage hätte erhalten können, 21. Habe ich Jemandem Kleider gelehnt, die er beschädigt hat, so concurriren die actio commodati und die actio ex Lege Aquilia electivisch, 21. Die actio de rationibus distrahendis darf alsdenn nicht weiter gebraucht werden, wenn der Pupill schon durch die actio tutelae sein Recht gesucht hatte, 23. Wenn der Kläger mit seiner Klage abgewiesen worden, und er will nunmehr durch die andere electivisch concurrirende Klage sein Recht suchen, so kommt es darauf an, ob seine bereits gebrauchte Klage eine Realklage oder eine Personalklage war. Wer mit der Realklage abgewiesen worden, kann immer noch die electivisch concurrirende Personalklage brauchen, 24. Wenn mehrere Realklagen electivisch concurriren, und der Kläger ist mit der einen abgewiesen worden, er hat aber nur einen besondern Rechtstitel zur Begründung derselben angeführt, so geht es immer noch an, die andere noch nicht gebrauchte Klage zu brauchen, 24. Wer der nämlichen Anforderung wegen, mehrere Personalklagen aus verschiedenen Rechtsgründen brauchen können, und er ist mit einer derselben abgewiesen worden, so kann er immer noch von den übrigen Gebrauch machen, 25. Wenn ist die alternativische Klagenhäufung bey electivisch concurrirenden Klagen erlaubt? 26. Von der successivischen Cumulation der Klagen macht man alsdenn Gebrauch, wenn die Klagen, welche dem Kläger zustehen, so beschaffen sind, daß die eine der andern den Weg bahnt, welches bey den so genannten präparatorischen Klagen und den Hauptklagen der Fall ist, 28. Wegen geschehener successivischer Cumulation solcher Klagen, wovon die eine die Präparatorienklage der andern ist, hat man alsdenn, wenn jene geendigt ist, nicht nöthig, wegen der Hauptsache ein neues Klageschreiben zu übergeben, 29.

Sind die Klagen nicht so beschaffen, daß die eine von der andern eine Präparatorienklage ist, so hat die eine ohne die andere, ohne Cumulation nur subsidiarisch statt, 29. Wenn darf eine subjectivische Klagenhäufung vorgenommen werden? 30. Eine subjectivische Cumulation darf gebraucht werden, wenn mehrere Personen auf die nämliche Weise, theils mittelbar, theils unmittelbar injurirt worden sind, 31.

§. 285.

Von der Art und Weise, wie eine Klage abgefaßt werden muß, S. 31. Was nennt man ein Präsentationsschreiben der Klage? 32. Wie wird die Klage angefangen, wenn man sie mit einem Präsentationsschreiben übergiebt? 32. Wie ist der Anfang der Klage einzurichten, wenn sie dem Richter ohne Präsentationsschreiben übergeben werden soll? 33. Wie wird die Geschichtserzählung in der Klage angefangen? 33. Ist es schicklich, die Geschichtserzählung der Klage mit einer Art von Einleitung anzufangen? 33. Was wird im Schluß der Klage angeführt? 34. Verschiedene Rechtslehrer unterscheiden bey der Abfassung einer Klage den innern Bau und die äußere Beschaffenheit, 34. In den sächsischen Gerichten werden die Klageschreiben wie ein Brief gebrochen, und zusammengelegt, 34. Was für eine Aufschrift bekommt das Klageschreiben, wenn es in einem sächsischen Gerichte übergeben werden soll? 34. Klageschreiben, welche in Gerichten übergeben werden sollen, wo der gemeine teutsche Proceß gilt, werden in Quart gebrochen, übergeben, 35. Von der Rubrik der im Gericht zu übergebenden Schriften, 35. Wie muß der Name der Partheyen auf der Rubrik einer Klage richtig angeführt werden? 35. Wie zeigt man den Inhalt der Schrift und die Beylagen auf der Rubrik einer Klage an? 35. Wie wird eine Proceßschrift rubricirt, wenn sich ein Dritter in den Proceß mischen will? 36. Vom Inhalt des Präsentationsschreibens bey der Klage, 36.

§. 286.

§. 286.

Bisweilen werden der Klage Urkunden beygefügt, damit der Richter und der Beklagte von der Richtigkeit der angeführten Umstände überzeugt werden soll, S. 37. Bey den Römern hatte der Beklagte das Recht, auf die Vorlegung derjenigen Urkunden zu dringen, woraus der Kläger seine Klage beweisen wollte, 37. Wie wird es heut zu Tage in diesem Falle gehalten? 37. Warum ist es vorsichtig gehandelt, daß der Kläger so lange mit den Documenten zurück hält, bis sich der Beklagte auf die Klage eingelassen hat? 38. Böse Beklagte würden dadurch verleitet werden, manches zu leugnen, was sie ohne Einsicht der Urkunden zugestanden haben würden, 38. Der Beklagte kann sich schon aus der Geschichtserzählung belehren, was es mit den Ansprüchen des Klägers für eine Bewandniß habe, 39. Die Vorlegung der Urkunden bey der Klage muß vom Kläger alsdenn geschehen, wenn er sich nicht anders zur Sache legitimiren kann, 39. Bisweilen macht die Beschaffenheit der angestellten Klage die Beylegung dieser oder jener Urkunde nothwendig, 40. Wenn der Beklagte unter die in Gesetzen begünstigten Personen gehört, so muß ihm die Abschrift der Urkunden bey der Klage zugefertigt werden, 41. Bisweilen haben Landesgesetze vorgeschrieben, daß der Kläger die Urkunden der Klage in Abschrift beylegen soll, 41. In was für Fällen mußten bey den Römern die öffentlichen Banquiers ihre Handelsbücher zur Einsicht vorlegen? 42. Wer auf die Vorlegung der Handelsbücher dringen wollte, bediente sich einer bloßen Imploration, 42. Wenn mußte die actio in factum de edendo gebraucht werden? 42. Wie lange durfte diese Klage gebraucht werden? 43. Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche kann die actio in factum de edendo von einem Jeden gebraucht werden, der zu beweisen im Stande ist, daß ihm daran gelegen sey, Rechnungen oder Urkunden nachzusehen, die ein Anderer im Besitz hat, und welcher sich weigert, dieselben herauszugeben, 44. Wenn man ein anderes Rechtsmittel hat, wodurch man die

Einsicht des Documents erlangen kann, so darf von jener Klage kein Gebrauch gemacht werden, 44.

Lib. II. Tit. XIV.

de pactis.

§. 287.

Warum haben die Verfasser der Pandekten auf dem Titel de edendo den Titel de pactis folgen lassen? S. 45. Schon nach den Gesetzen der zwölf Tafeln war ein Vergleich gültig, dadurch ein Proceß gleich anfangs gütlich beygelegt worden war, 46. Es ist streitig, ob alle Vergleiche dieser Art durch die Gesetze der zwölf Tafeln bestätigt worden sind? 46. Die Prätoren erklärten in ihrem Edict, daß sie alle Verträge, die ohne Betrug geschlossen worden, und nicht wider die Gesetze wären, bey Kräften erhalten wollten, 47. Wie ist diese Stelle des Edicts zu verstehen? 47. Die Rechtslehrer haben von dem Inhalt des Prätorischen Edicts über die Gültigkeit der Verträge verschiedene Meynungen vorgetragen, 48. und 52. Der Begriff, welcher mit dem Worte Vertrag, verbunden werden muß, ist schwer zu bestimmen, 49. Das Wort, Convention, ist als ein generischer Begriff bey der Festsetzung des Begriffs von Verträgen und Contracten anzunehmen, 50. Wie werden die bloßen Verträge im römischen Rechte genannt? 51. Zum Wesen eines Vertrags werden zweyerley Handlungen erfordert, 52. Was nennt man ein Versprechen? 52. Warum ist die Annahme eines Versprechens nothwendig? 53. Wenn muß die Annahme eines Versprechens geschehen seyn, wenn gegen die Gültigkeit eines Vertrags nichts Gegründetes soll eingewendet werden können? 53. Kann man ein Versprechen im Voraus annehmen? 53. Ist es zur Gültigkeit eines Vertrags nothwendig, daß noch eine besondere Einwilligung in die von dem andern Theile geschehene Annahme des Versprechens erfolgt sey? 54. Warum muß die Einwilligung bey jedem Vertrage vorhanden seyn? 55. Warum sind die Verträge eingeführt worden? 55.

§. 288.

§. 288.

Was für Personen haben das Recht einen Vertrag zu schließen? S. 56. Was verordnen die Gesetze über die Verträge, welche von rasenden und wahnsinnigen Personen geschlossen worden sind? 56. Rasende können zu der Zeit, wo sie den Gebrauch ihres Verstandes haben, gültige Verträge schließen, 57. Ist die Meynung derjenigen Rechtslehrer richtig, welche behaupten, ein Rasender habe gar keine dilucida interualla? 57. Von Verträgen, welche von im höchsten Grade zornigen Personen geschlossen worden sind, 58. Von Verträgen, welche von einfältigen und melancholischen Personen geschlossen worden, 59. Ein Sterbender, der bey vollem Verstande war, kann einen gültigen Vertrag schließen, 60. Höchstbetrunkene Personen sind den Sinnlosen gleich zu halten, und daher gelten ihre Verträge nicht, 60. Wie ist die Trunkenheit zu erweisen? 60. Von Verträgen, welche von Personen geschlossen worden, die gerichtlich für Verschwender erklärt worden sind, 61. Ein Vertrag dieser Art bewirkt nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit, 61. Wie ist es mit einer wegen eines Vertrags dieser Art, geleisteten Bürgschaft zu halten? 62. Wenn dem Bürgen die Beschaffenheit eines Vertrags dieser Art bekannt gewesen, und er den Gläubiger wegen seines Rechts sichern wollen, so ist er aus der Bürgschaft verbindlich, 64. In solchen Fällen ist eine Schenkung anzunehmen, 65. Wer sich für verbotene Spielschulden, oder unerlaubten Wucher verbürgt hat, ist von aller Verbindlichkeit frey, 67. Von Verträgen der Kinder, 68. Kann ein Kind eine geschenkte Sache ganz allein aquiriren? 68. Die mehresten Rechtslehrer sind der Meynung, ein Kind könne für sich allein, und ohne Zustimmung seines Vormundes, keinen bürgerlichen Besitz erwerben, 68. Von Verträgen unmündiger Personen, 70. Kann man annehmen, den Unmündigen, welche sich ohne Vormund in Rechtsgeschäffte eingelassen haben, liege wenigstens eine natürliche Verbindlichkeit ob? 70. Die römischen Rechtsgelehrten waren über diesen Satz verschie-

schiedener Meynung, 71. Die hiervon handelnden römischen Gesetze lassen sich nicht vereinigen, 72. Der Hauptfehler, dessen sich auch die neuern Rechtslehrer hierbey schuldig gemacht, liegt darin, daß man den eigentlichen Begriff von einer natürlichen Verbindlichkeit nicht gehörig festgesetzt hat, 73. Wie ist die Sache nach dem Naturrechte zu beurtheilen? 73. Wenn man sich Unmündige in bürgerlichen Staaten denkt, so ist von ihrer Verbindlichkeit aus Verträgen anders zu urtheilen, 74. Es giebt mancherley Arten von Verbindlichkeiten; und nicht auf alle paßt der Grund, weshalb die bürgerlichen Gesetze die vollkommene Verbindlichkeit des Pupillen von der Autorität seines Vormundes abhängig machen, 74. Die Meynung derjenigen Rechtsgelehrten, welche behaupten, der Rasende könne zwar nicht bestraft, jedoch die Vergütung des von ihm verursachten Schadens allerdings aus seinen Gütern gefordert werden, ist nicht nur dem Naturrechte, sondern auch den bürgerlichen Gesetzen entgegen, 76. Die aus Verbrechen entspringende Verbindlichkeit erfordert zwar die Concurrenz des Vormundes nicht; sie setzt aber doch Moralität und Freyheit bey dem Urheber der Handlung voraus, weswegen der Wahnsinnige gar nicht, der Pupill aber nur, wenn er eines bösen Vorsatzes fähig war, daraus belangt werden kann, 79. Die Gesetze gestatten nicht nur keine Klage wider den, der in seiner Unmündigkeit etwas versprochen hat, sondern sie erlauben ihm sogar, was er wirklich schon bezahlt hat, wieder zurück zu fordern, 80. und 89. Um das Alter, in welchem der Mensch rechtliche Geschäfte gültig eingehen darf, zweckmäßig zu bestimmen, haben die Gesetze die Fähigkeit, sich verbindlich zu machen, möglich weit hinaus gesetzt, hingegen bey der Fähigkeit, Rechte zu erwerben und andere sich zu verbinden, den frühesten Termin bestimmt, wo man nur irgend einige Begriffe bey dem Menschen erwarten kann, um den rechtlichen Handlungen desselben eine Wirksamkeit einzuräumen, 82. Nach welchen Sätzen ist die ganze Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit der Pupillen zu bestimmen? 84. Bey der Frage von der Gültigkeit des von einem Minderjährigen geschlosse-

schlossenen Vertrages muß ein Unterschied gemacht werden zwischen dem römischen Rechte und den teutschen Gesetzen, 92. Bey den Römern bekam der Minderjährige der Regel nach keinen Curator wider seinen Willen, sondern er mußte darum angesucht haben, 93. Das Lätorische Gesetz verordnete, daß man stupiden und liederlichen Minderjährigen, Curatoren bestellen sollte, 94. Wenn die Verwandten um einen Curator baten, so führten sie zur Ursache an, daß der Minderjährige von schwachem Verstande oder ein schlechter Wirth sey, 95. Machte ein Minderjähriger bey den Römern von seiner Freyheit Gebrauch, und ließ sich keinen Curator bestellen, so konnte er, seines minderjährigen Alters ungeachtet, der Regel nach, über das Seinige frey disponiren, 96. Derjenige Minderjährige, der sich einen Curator hatte bestellen lassen, konnte in Angelegenheiten seines Vermögens, sich ohne Einwilligung desselben zu nichts verbindlich machen, 97. Wie müssen die L. 101. D. de verb. oblig. und die L. 3. C. de in integr. rest. minor. mit einander vereinigt werden? 99. In Teutschland sind alle Rechtsgeschäfte der Minderjährigen, die ohne des Vormundes Einwilligung geschlossen worden, null und nichtig, 104. Es ist eine bestrittene Frage: Ob ein Minderjähriger in Teutschland nicht wenigstens solche Verträge ohne Beystimmung seines Vormundes schließen könne, wodurch er sich blos für seine Person verbindlich machen wollen, 104.

§. 289. 290.

Wie muß die Einwilligung der Paciscenten beschaffen seyn, wenn sie einen gültigen Vertrag schließen wollen? S. 106. Die Einwilligung der Paciscenten kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden, 106. Es ist gleich viel, ob Verträge persönlich, oder unter Abwesenden durch Briefe, oder durch Bevollmächtigte geschlossen worden sind, 107. Die stillschweigende Einwilligung in einen Vertrag kann nicht blos aus Handlungen gefolgert werden, sondern sie liegt auch sogar bisweilen in

in Worten, 108. Läßt sich aus dem bloßen Stillschweigen eine hinreichende Einwilligung folgern? 108. Was versteht man unter silentium qualificatum? 109. Wenn das Stillschweigen als eine hinlängliche Einwilligung betrachtet werden soll, so muß ein solcher Fall vorhanden seyn, wo der Stillschweigende schuldig war, ausdrücklich zu widersprechen, wenn er nicht wollte, daß sein Schweigen zu seinem Nachtheile ausgelegt werden sollte, 109. Das Stillschweigen ist unschädlich, wenn Jemand deswegen nicht widersprochen hat, weil er wußte, daß ihm sein Recht nicht gekränkt werde, obgleich diese oder jene Handlung vorgehe, 110. Ist von solchen Handlungen die Rede, wozu eine bestimmte Erklärung oder eine ausdrückliche Einwilligung erfordert wird, so ist das Stillschweigen unschädlich, 111. Das Stillschweigen ist unschädlich, wenn von der Aufhebung eines zweyseitigen Contracts die Rede ist, 111. Wenn das Stillschweigen für eine hinreichende Einwilligung erklärt werden soll, so muß man auch im Stande gewesen seyn, der nachtheiligen Einwilligung zu widersprechen, 112. Das Stillschweigen wird nachtheilig, wenn es der damit verbundenen Umstände wegen, auf keine andere Weise erklärt werden kann, als für eine gegebene Einwilligung, 112. Beyspiele von Fällen, wo die stillschweigende Einwilligung aus einer Handlung geschlossen werden kann, 112. Wenn eine stillschweigende Einwilligung aus Handlungen geschlossen werden soll, so wird eine deutliche Wissenschaft von der Sache voraus gesetzt, wozu die Einwilligung nothwendig war, 113. Wenn Jemand die entgegengesetzte Willensmeynung deutlich erklärt hat, so kann keine stillschweigende Einwilligung vermuthet werden, 114. Handlungen, woraus die stillschweigende Einwilligung geschlossen werden soll, dürfen nicht so beschaffen seyn, daß sie auf verschiedene Art erklärt werden können, 115. Im Zweifel muß diejenige Auslegung der Handlung vorgezogen werden, welche demjenigen am wenigsten nachtheilig ist, der die Handlung vorgenommen hat, 115. Wie die wörtliche Einwilligung der Contrahenten, auf Dinge, woran bey Schließung eines

eines Vertrags gar nicht gedacht worden, keinesweges gezogen werden darf, so kann auch der stillschweigende Consens zwar wohl ad non expressa, aber nie ad non cogitata ausgedehnt werden, 116.

§. 291.

Von der vermutheten Einwilligung bey Verträgen, S. 117. Man findet im ganzen römischen Rechte nicht eine einzige Stelle, wo der fingirte Consens auf die Art vorausgesetzt wird, wie neuere Rechtsgelehrte die Sache angegeben haben, 118. Man hat sogar Fälle zum Beweise angeführt, wo die Verbindlichkeit solchen Personen obliegt, welche nicht allein nicht consentirt, sondern in der That ausdrücklich dissentirt haben, 118. Es ist eine sehr unschickliche Terminologie, daß man die Ausdrücke, consensus fictus und praesumtus synonymisch zu brauchen pflegt, 119. Der fingirte Consens hat weder in dem Rechte der Natur, noch in den bürgerlichen Gesetzen seinen Grund, 119. Diejenigen Gesetze, woraus ein fingirter Consens bewiesen werden soll, enthalten blos den Satz, daß in solchen Fällen, wo die Verbindlichkeit ex re entsteht, auch sogar ein Rasender vollkommen verbindlich werde, 121. Woraus wird der vermuthete Consens geschlossen? 121.

§. 292.

Zu Eingehung eines jeden Vertrags werden zweyerley Personen erfordert, S. 122. Die römischen Gesetze erklärten es für unerlaubt, wenn ein Vertrag zwischen Personen geschlossen worden, welche, physisch betrachtet, zwar als mehrere Personen angesehen werden konnten, die aber doch im Rechtsverstande nur für eine Person gehalten wurden, 122. Von Verträgen zwischen dem Vater und seinen Kindern nach dem römischen Rechte, 123. In wie fern konnten Geschwister bey den Römern keine Verträge mit einander eingehen? 124. Von Verträgen sind Tractaten unterschieden, 125. Von vorbereitenden Verträgen, 125. Von der Punctation, 127.

§. 293.

§. 293. 294. 295.

Die Einwilligung zu einem Vertrage ist fehlerhaft, wenn ein Betrug dabey zum Grunde liegt, S. 128. Im weitläuftigen Verstande wird in Gesetzen, jede Handlung, dolus genannt, wodurch man dem Andern wissentlich schadet, 128. Wie wurde dolus bonus und dolus malus bey den Römern unterschieden? 128. Vom dolus verus und praesumtus, 128. Bey jeder an sich unerlaubten Handlung, wird dolus malus vermuthet, wenn der Handelnde nicht im Stande ist, eine scheinbare unschuldige Ursache davon anzugeben, aber bey Handlungen, die erlaubt sind, wird kein dolus vermuthet, 129. Die Römer hielten den dolum bonum für eine erlaubte Verstellung, und billigten denselben, 129. Für eine erlaubte Verstellung wird es in Gesetzen erklärt, wenn man seinen Schuldner, der in Concurs verfallen wird, bewegt, die schuldige Post zu bezahlen, 130. Was nennt man dolum ex proposito und dolum ex re? 131. Ein dolus ex re ist begangen worden, wenn man es erst nach unternommener Handlung erfahren hat, daß man dem Andern dadurch geschadet habe, und gleichwohl will man diesen Schaden nicht vergüten, 132. Wie ist dolus manifestus und dolus clandestinus unterschieden? 132. Was versteht man unter dem dolus dans causam contractui und dem dolus incidens? 132. Ist diese Eintheilung des dolus gegründet? 133. Die Sache kommt in Gesetzen deutlich vor, wenn auch die Terminologie nicht daraus bewiesen werden kann, 134.

§. 296.

Von den rechtlichen Wirkungen des Betrugs, S. 138. Wenn beyde Contrahenten für Betrüger gehalten werden müssen, so hat Keiner ein Recht wider den Andern zu klagen, sondern Jeder muß den erlittenen Schaden tragen, 138. Ist der betrügerische Contract noch nicht erfüllt worden, so darf Keiner

Keiner gegen den Andern auf die Erfüllung klagen, 138. Wenn der betrügerische Contract bereits erfüllt worden, so darf Keiner gegen den Andern auf Entschädigung wegen des Betrugs klagen, 139. Wenn dem Kläger die exceptio doli opponirt worden ist, so kann er sich nicht mit der Replik des gegenseitigen Betrugs schützen; denn es findet auf keiner Seite eine Verbindlichkeit statt, 139. Hat einer von den Contrahenten sich bey Schließung des Vertrags eines Betrugs schuldig gemacht, so kommt es darauf an, ob dolus incidens oder dans causam contractui begangen worden ist, 139. Von den Folgen des dolus bey den Römern, wenn ein contractus bonae fidei geschlossen worden, 140. Wenn konnte der Betrogene auf die Nichtigkeit eines solchen Contracts klagen? 141. Konnte bey dem Contracte blos wegen des dolus incidens Beschwerde geführt werden, so durfte der Betrogene nur auf den Schadensersatz klagen, der contractus bonae fidei selbst aber blieb gültig, 142. Was für Wirkungen hatte der Betrug bey einem Contracte, welcher stricti iuris genennt wurde? 143. Wenn mußte der Beklagte bey den Römern nach dem alten Proceß, die Einrede des Betrugs vorschützen, wenn wider ihn aus einem Contract des strengen Rechts geklagt worden war? 143. Bey uns hat der Betrüger nicht die Wahl, ob er wegen seines begangenen dolus incidens, dem betrogenen Mitcontrahenten den verursachten Schaden vergüten oder das Erhaltene zurückgeben, und dadurch vom Contract abgehen will, 144. War der Betrug die Ursache, daß ein Contract geschlossen worden, so hat der Betrogene die Wahl, wenn er von seiner Seite den Contract bereits erfüllt hat, ob er gegen den Betrüger auf die Aufhebung des Contracts klagen will, oder auf die Erfüllung desselben, 146. Hätte der Betrüger von seiner Seite den Contract erfüllt, so steht ihm das Recht zu, wider den Betrogenen darauf zu klagen, daß er sich erkläre, ob er den Contract halten, oder ihm das Erhaltene zurückgeben wolle, 147. Die Rechtslehrer streiten darüber, was Rechtens sey, wenn der Contract sich auf den Betrug einer dritten Person gründet, 147. Es giebt Rechtslehrer,

lehrer, welche unterscheiden, ob der Dritte, von dem der Betrug begangen worden, als ein Bevollmächtigter des Contrahenten zu Schließung des Contracts bevollmächtigt worden war, oder ob dieses nicht gesagt werden kann, 148. Wenn die Vollmacht überschritten worden, so kann der Bevollmächtigte seinen Gewaltgeber zu nichts verbindlich machen, was wider die Vollmacht streitet, 149. Gebe ich Jemandem die Vollmacht, meine Uhr zu verpfänden, und er verkauft sie, so ist der ganze Kauf ungültig, 149. Kann der Dritte, welcher bey dem Contract einen Betrug begangen hat, nicht als Bevollmächtigter eines Andern betrachtet werden, so müssen zwey Fragen unterschieden werden, wenn von den Folgen dieses Betrugs die Rede ist, 150. Wußte der Contrahent gar nichts von dem Betruge, und er schloß den Vertrag bona fide, so muß der Andere den Contract halten, und kann nur actione doli gegen den Betrüger auf den Schadensersatz klagen, 151. Wenn kann die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in diesem Falle gesucht werden? 151. Was ist Rechtens, wenn der dolus des Dritten für einen dolus dans causam contractui gehalten werden muß? 151. Macht der dolus dans causam contractui den Contract dergestalt unverbindlich, daß die Uebertragung des Eigenthums der Sache gar nicht geschehen können? 152. Wenn auch der Irrthum auf Seiten dessen, der eine Sache eigenthümlich übergeben will, die Erwerbung des Eigenthums keinesweges hindert, so ist doch schlechterdings auf Seiten dessen, der die Sache in Besitz nimmt, ein guter Glaube nöthig, weil das Eigenthum ohne rechtmäßige Uebergabe gar nicht erworben werden kann, 154.

§. 297.

Vom Irrthum bey Eingehung eines geschlossenen Vertrags, S. 156. Wer in dem, was die Gesetze verordnet haben, oder in Rücksicht auf das Recht irrt, der leidet dadurch Schaden, 156. Wäre bey Eingehung eines Contracts die durch

durch die Gesetze vorgeschriebene Form nicht beobachtet worden, weil die Contrahenten es nicht einmal wußten, wie ein solcher Contract geschlossen werden solle, so gilt der ganze Contract nicht, 157. Hat der Irrende zur Erfüllung des geschlossenen Contracts, an den andern Contrahenten bereits etwas abgeliefert, so muß ihm dieses zurück gegeben werden, 158. Was ist Rechtens, wenn man sich aus Unwissenheit eines Rechts begeben hat, wodurch man sein Vermögen vergrößern konnte? 158. Wer eine Erbschaft hätte bekommen können, er leistete aber, aus Unwissenheit der Gesetze, Verzicht darauf, der hat sein Recht verloren, wenn er auch noch so viel dabey verlieret, 159. Hat man sich aus Unwissenheit in Rechtssachen verbindlich gemacht, dem Andern etwas von seinem Vermögen zu überlassen, so kommt es darauf an, ob sich der Irrende zu etwas verbindlich gemacht hat, wozu sich ganz und gar keine rechtliche Verbindlichkeit erweisen läßt, 159. Hat sich eine Mannsperson mit einem Frauenzimmer zugleich für eine Schuld verbürgt, weil er glaubte, er hafte nur für die Hälfte der Schuld, und in der Folge wird das Frauenzimmer frey gesprochen, so kann er sich nicht auf seinen Irrthum berufen, weil er es wissen konnte und sollte, daß sich kein Frauenzimmer gültig verbürgen könne, 160. Was die Folgen des Irrthums in Ansehung dieser oder jener Handlung bey Eingehung eines Vertrags betrifft, so kommt es dabey vor allen Dingen darauf an, ob der Vertrag von den Paciscenten selbst geschlossen worden ist, oder durch einen Bevollmächtigten, 160. Wenn sich der Bevollmächtigte in Ansehung dieses oder jenes Umstandes, worauf es bey dem geschlossenen Contract ankommt, geirrt hat, so schadet dieser Irrthum nichts, wenn sein Gewaltgeber, für den er den Contract geschlossen hat, von allen Umständen die erforderliche Kenntniß gehabt hat, 160. Bey Bestimmung der Folgen des Irrthums in Thatsachen, wenn von der Gültigkeit des Contracts die Rede ist, kommt es darauf an, ob sich alle beyde Contrahenten in Ansehung dieser oder jener Handlung geirrt haben, oder ob nur der eine Contrahent die Sache un-

recht verstanden hat, 161. Wenn der Irrthum beyder Contrahenten einen wesentlichen Theil des Contracts betrift, so ist der ganze Contract ungültig, weil es hier an der nöthigen beyderseitigen Einwilligung fehlt, 161. Ein solcher wesentlicher Irrthum ist es, wenn sich beyde Contrahenten in Ansehung der Sache geirrt haben, 161. Haben sich beyde Contrahenten über die Existenz der Sache geirrt, so ist der ganze Vertrag nichtig, weil sie über nichts contrahirten, 162. Ein Irrthum bey stillschweigenden Bedingungen eines Contracts kann sich auf verschiedene Weise äußern, 163. Die Paciscenten können sich bey den gesetzlichen Eigenschaften der Sache irren, 163. Vom Irrthum bey den physischen Eigenschaften der Sache, worüber ein Vertrag geschlossen worden ist, 164. Wie wird in Gesetzen unterschieden, wenn Essig als Wein verkauft worden ist? 164. Ist die versicherte Materie vorhanden, und nur mit einer andern vermischt, jedoch so, daß jene den größten Theil ausmacht, so darf der darüber geschlossene Vertrag nicht für ungültig erklärt werden, 165. Wenn der Irrthum in Ansehung der Materie bey einem solchen Vertrage begangen worden ist, wodurch Jemand die Sache umsonst bekommt, so verursacht der Irrthum noch weniger eine Nichtigkeit des Vertrags, wenn nur nicht gar auch ein Betrug begangen worden ist, 166. Ein wesentlicher Irrthum, wodurch der ganze Vertrag ungültig wird, ist es, wenn sich die Paciscenten in der Art des Contracts geirrt haben, 166. Wollte ich Jemandem wirklich die übergebene Summe schenken, er glaubte aber aus Irrthum, sie sey ihm blos geliehen worden, er braucht auch das Geld als Darlehn, und giebt es aus, so kann er nur die Einrede des Betrugs entgegen setzen, wenn ich ihm das Geld als Darlehn abgefordert habe, 168. Ein Vertrag ist ungültig, wenn sich beyde Paciscenten in dem Bewegungsgrunde geirrt haben, weswegen der Vertrag geschlossen worden ist, 171. Man darf ein Geschenk deswegen nicht zurückfordern, weil man dem Beschenkten die Sache in der Einbildung schenkte, er habe sich um uns verdient gemacht, und nach der Zeit zeigt sichs, daß man sich geirrt habe,

habe, 172. In welchen Fällen macht der Irrthum in der Person der Contrahenten den Contract ungültig? 172. Wenn der Irrthum in Ansehung der Person bey einem solchen Vertrage begangen worden, wo es mehr auf die Sache ankommt, worüber der Vertrag geschlossen worden, als auf die Person, welche der Vertrag verbindlich machen soll, so verursacht dieser Irrthum nicht allemal eine Nichtigkeit des Vertrags, 172. Was für Folgen hat der Irrthum in Ansehung der Eigenschaften der Person, mit welcher der Vertrag geschlossen worden ist? 173. Wenn sich die Contrahenten blos in zufälligen Dingen und bey Nebensachen geirrt haben, so verliert der Contract dadurch seine Gültigkeit nicht, 173. Ein zufälliger Irrthum bey einem Vertrage ist es, wenn sich die Personen blos im Namen oder im Amte geirrt haben, 174. Bey einem Irrthum in Ansehung einer zur Hauptsache gehörenden Sache müssen zwey Fälle unterschieden werden, 174. Der Irrthum in Rücksicht auf das Maaß, Gewicht oder die Zahl, ist blos für einen zufälligen Irrthum zu halten, 176. Wenn sich die Contrahenten in Ansehung der Güte der Materie geirrt haben, oder bey der Art derselben, so ist der Vertrag der Regel nach nicht für ungültig zu halten, 176. Was ist Rechtens, wenn sich nur der eine Contrahent bey Eingehung des Contracts geirrt hat? 176. Veranlaßt der andere Contrahent den Irrthum seines Mitcontrahenten vorsätzlich, oder er unterrichtet ihn nicht von dem begangenen Irrthume, da er es doch gar wohl wußte, daß er sich irre, so wird die Gültigkeit des geschlossenen Vertrags nach den Grundsätzen vom dolus beurtheilt, 177. Weiß der Mitcontrahent von dem Irrthum seines Mitcontrahenten nichts, so kommt es darauf an, ob der Irrende seinen begangenen Irrthum sehr leicht hätte vermeiden können, 177. Konnte der Irrthum äußerst schwer vermieden werden, und er betrifft die wesentlichen Stükke des Contracts, so ist der ganze Contract für ungültig zu halten, 178. Der Irrthum in den zufälligen Stücken des Contracts macht blos, daß der Irrende auf den Schadenser-

satz bringen kann, der ihm durch seinen unvermeidlichen Irrthum verursacht worden ist, 178.

§. 300. 301.

Die Einwilligung zu Eingehung eines Vertrags hat einen Fehler, wenn sie durch Zwang und die daraus entstandene Furcht veranlaßt worden ist, S. 179. Was versteht man unter der Furcht bey Eingehung eines Vertrags? 179. Wie ist metus illatus und non illatus unterschieden? 179. Schon die gegründete Besorgniß eines wirklich in der Folge bevorstehenden Uebels macht die Furcht zu einer solchen, welche metus praesens genennt wird, 180. Wie ist eine rechtmäßige und wie ist eine unrechtmäßige Furcht unterschieden? 180. Wenn heißt die Furcht eine ungegründete? 180. Muß die Ausführbarkeit des angedrohten Uebels nicht nur für möglich, sondern auch für wahrscheinlich gehalten werden, so ist eine gegründete Furcht vorhanden, 181. Worauf ist hauptsächlich Rücksicht zu nehmen, wenn es entschieden werden soll, ob die Furcht in einem bestimmten Falle für gegründet oder für ungegründet zu halten sey? 181. Wenn Jemand Urkunden in seinem Besitz hat, woraus meine Familienrechte, oder meine freye Geburt bewiesen werden kann, und er bedroht mich mit der Vernichtung derselben, wenn ich ihm die verlangte Sache nicht gebe, so ist die Furcht für gegründet zu halten, 182. Bey der Bestimmung des Einflusses der Drohung auf die Willenserklärung des Bedrohten ist zugleich darauf Rücksicht zu nehmen, wie der Bedrohte die Sache in seiner Lage und nach der Beschaffenheit seines Zustandes angesehen hat, 182. Man kann die Furcht auch in eine solche eintheilen, wodurch der ganze Vertrag erzwungen worden, und in diejenige, welche blos diese oder jene Bestimmung des Vertrags veranlaßt hat, 183. Biete ich dem Andern eine Sache zum Verkauf an, und er zwingt mich, die Sache sehr wohlfeil zu verkaufen, so ist die durch diesen Zwang bewirkte Furcht, als metus incidens zu betrachten, 183. Nicht selten kommt der Fall vor,

daß

daß Jemand vorgiebt, er habe einen Vertrag aus Furcht geschlossen, diese Furcht rührt aber blos von seiner Einbildung her, 184. Derjenige darf sich auf keine gegründete Furcht berufen, der aus bloßem Gefühl der Ehrerbietung gegen eine gewisse Person veranlaßt worden, etwas zu versprechen oder zu bewilligen, wobey es aber an aller Gewalt und Bedrohung gefehlt hat, welche Furcht metus reuerentialis genennt wird, 185. Der rechtmäßige Zwang macht keinen Vertrag ungültig, 185. Wenn die Furcht wirklich durch einen ungerechten Zwang verursacht worden ist, so kommt es darauf an, ob die ungerechte Handlung eine Concussion genennt werden kann, 186. Ist die vorgegebene Furcht für eine eingebildete zu halten, so darf der Vertrag aus diesem Grunde nicht angefochten werden, 186. Wenn der gebrauchte unrechtmäßige Zwang blos die Ursache war, daß der Vertrag geschlossen worden, so ist der ganze Vertrag ungültig, weil es an aller Einwilligung fehlt, 187. Wurde Jemand, zwar nicht durch Zwang und Furcht, genöthigt, einen Vertrag zu schließen, der Andere brauchte aber doch bey Festsetzung gewisser Bedingungen des Vertrags eine ungerechte Gewalt, so gilt die erzwungene Bedingung nicht, und der verletzte Paciscent kann deswegen auf den Schadensersatz dringen, 187. Die römischen Rechtsgelehrten befolgten bey der Beurtheilung der Gültigkeit simpler Verträge und der Contracte, welche bonae fidei genannt wurden, eben die Grundsätze, welche im Naturrechte gegründet sind, 188. Die Contracte des strengen Rechts hielt man, der gebrauchten widerrechtlichen Gewalt ungeachtet, dennoch für verbindlich, weil der Zwang die Einwilligung nicht aufhebe, und hierbey alles auf die dabey gebrauchte Formel ankam, 189. Was ist Rechtens, wenn die ungerechte Furcht von einem Dritten verursacht worden ist, der nicht als Mitcontrahent betrachtet werden darf? 191. Hatte der Dritte bey der gebrauchten unerlaubten Gewalt gar nicht die Absicht, dem Andern zu Schließung eines Vertrags zu bewegen, so gilt der Vertrag, 191. Wenn der Dritte den unrechtmäßigen Zwang deswegen gebraucht hat, um den Andern zu dem geschlossenen

Vertrage zu nöthigen, so kommt es darauf an, ob der Promissar es wußte, daß der Promittent zu Schließung des Vertrags gezwungen worden, oder ob er nichts davon wußte, 192. Ein erzwungenes Versprechen wird gültig, wenn es der Gezwungene in der Folge ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat, 193. Man darf es für keine stillschweigende Genehmigung halten, wenn der Gezwungene sich über die erfahrne Gewalt nicht beschweret, noch dagegen protestirt hat, 193.

§. 302.

Von Scheinverträgen, S. 194. Ein solcher Vertrag hat alsdenn einige Wirkung, wenn er ein Mittel seyn soll, sein Recht auf eine erlaubte Weise zu erhalten, 195. Wenn die Paciscenten unter dem Scheinhandel ein anderes Geschäfte verstecken wollen, so gilt nur der geheime Vertrag und nicht der simulirte, 196. Wenn die Schenkung unter einem Scheinkaufe verdeckt worden, so wird die Sache nicht als gekauft verjährt, sondern als geschenkt betrachtet, 197. Die Scheinverträge gelten alsdenn nicht, wenn man die Gesetze dadurch unkräftig machen wollen, 197. Ein Scheinvertrag gilt ganz und gar nicht, wenn keine gültige Verbindlichkeit dadurch entstanden ist, 197. Was für Folgen entstehen daraus, wenn Jemand bey Eingehung eines Vertrags den Namen eines Andern zum Schein gebraucht hat? 198. Gereicht diese Verstellung zum Nachtheil eines Dritten, so wird sie als ein Betrug angesehen, 198. Handelt nur der eine Paciscent zum Scheine, um den andern zu hintergehen, so wird dieses einem Betruge gleich gehalten, 199. Wenn ein erlaubter Scheinvertrag geschlossen worden, so ist bisweilen der ganze Vertrag ein Scheinhandel, bisweilen nur einige Stücke desselben, 200. Damit es nicht am Beweise fehlt, daß der Vertrag ein Scheinhandel seyn sollen, muß ein Revers darüber ausgestellt werden, 200. Hat der Beklagte die Einrede des Scheinhandels hinlänglich bewiesen, so wird der Vertrag entweder ganz, oder doch so weit ungültig,

tig, als der Vertrag geht, wenn gleich in dem Instrumente über das Scheingeschäfte auf die Einrede des Scheinhandels sollte Verzicht geleistet worden seyn, 200. Unter die Fälle, wenn blos einige Punkte des Vertrags als Scheinhandel zu betrachten sind, gehört der Fall, wenn der Kaufpreis oder die Zeit der Uebergabe anders festgesetzt worden, als im Vertrage angegeben worden ist. 201.

§. 303.

Wenn ein Vertrag vollkommen gültig seyn soll, so darf in Ansehung des Gegenstandes, worüber der Vertrag geschlossen wurde, nichts Gesetzwidriges vorkommen, S. 201. Ein Hauptumstand, worauf bey dem Gegenstande eines jeden Vertrags sehr viel ankommt, besteht darin, daß es ihm nicht an der nöthigen Bestimmung fehlt, 202. Ueberhaupt rechnet man solche Versprechungen hierher, die auf ein bloßes Compliment hinauslaufen, 202. Unbestimmt ist ein Versprechen, wenn man eine fungibile Sache, ohne Bestimmung der Quantität und Qualität versprochen hat, 202. Das Versprechen ist unbestimmt, wenn man ein genus versprochen hat, dieses ist aber so allgemein ausgedrückt worden, daß Dinge darunter sind, die zu nichts nützen, 203. Versprach Jemand dem Andern ein Pferd, ein Haus, und er besitzt wirklich eines oder mehrere Pferde oder Häuser, so ist er schuldig, eines davon abzuliefern, jedoch hat er die Wahl, welches er weggeben will, 204. Wie muß ein Versprechen in Rücksicht des Gegenstandes bestimmt werden, wenn es, von dieser Seite betrachtet, soll für gültig zu halten seyn, 205. Weniger Schwierigkeiten finden sich alsdenn bey der Beurtheilung eines unbestimmten Versprechens, in Ansehung des Gegenstandes, wenn entweder die Gesetze selbst, oder Gewohnheiten festgesetzt haben, was der Promittent zu leisten habe, 205. Ein unbestimmt versprochener Gegenstand schadet alsdenn der Gültigkeit des Vertrags nichts, wenn der Promittent die Bestimmung desjenigen, was er leisten will, auf sein eigenes billiges Gutbefinden ge-

stellt hat, 206. Was ist in Ansehung eines solchen unbestimmt abgefaßten Versprechens Rechtens, wenn der Gegenstand desselben durch Beziehung auf eine andere Sache bestimmt worden ist, 206. Wie wirds gehalten, wenn die Bestimmung des Gegenstandes einem Dritten überlassen worden ist? 206. Was nennt man eine conuentio spei? 207. Wie ist die conuentio simplicis spei und die conuentio rei speratae unterschieden? 208. Bey dem Vertrage über eine bloße Hoffnung müssen sichs beyde Paciscenten gefallen lassen, die Hoffnung falle aus, wie sie wolle, 208. So wenig der Verkäufer den Kauf dadurch ungültig machen darf, daß er das Netz nicht auswirft, so wenig darf er dem Käufer die im Netze befindlichen Fische vorenthalten, wenn eine weit größere Anzahl Fische gefangen worden, als der Kaufpreis erwarten ließ, 209. Ein Vertrag über eine Sache, welche nach dem ordentlichen Lauf der Natur erwartet werden kann, ist Bedingungsweise geschlossen worden, 209. Diese Bedingung kann keine andere als diese seyn, wenn nur Früchte wachsen, soll der Kauf gelten, es mögen ihrer viel oder wenig seyn, 210. Nach der Natur eines bedingten Vertrags muß man annehmen, der Käufer müsse sein Geld wieder bekommen, wenn gar nichts gewachsen ist, und folglich die Bedingung nicht eingetreten war, 211. Wurden weniger Früchte gezogen, als der Käufer zu hoffen Ursache hatte, so muß er diesen Schaden tragen, wenn dem Verkäufer nichts dabey zur Last gelegt werden kann, 211. Verschiedene Rechtslehrer behaupten, bey einer emtio rei speratae sey eben das Rechtens, was bey einer emtio simplicis spei als Recht gelte, 211. Worauf ist bey einem Handel über künftige, nach dem gewöhnlichen Lauf der Natur zu hoffende Früchte, Rücksicht zu nehmen? 213. Habe ich von dem Besitzer eines Weinbergs, zwanzig Eymer Wein um einen bestimmten Preis behandelt, welche mir von der nächsten Weinlese aus diesem Weinberge geliefert werden sollen, so übernehme ich keine Gefahr, 213. Wie ist die L. 39. §. 1. D. de contr. emt. vend. zu erklären? 214.

§. 304.

§. 304.

Wenn der geschlossene Vertrag gültig seyn soll, so muß es auch erlaubt seyn, über den Gegenstand, worüber ein Vertrag eingegangen worden ist, einen solchen Vertrag zu schliessen, S. 216. Was ist von dem Vertrage über eine fremde Sache zu halten? 216. Wie ist es zu verstehen, wenn in mehrern Gesetzen gesagt wird, daß fremde Sachen ohne Einwilligung des Eigenthümers verkauft, verpfändet, vermiethet, verborgt, zum Heyrathsgut überlassen werden können, 216. Wer mir eine fremde Sache verkauft hat, den kann ich nach Beschaffenheit der Umstände belangen, daß er mir solche abliefere, oder das Interesse leiste, daß er die Gewähr vertrete, 217. Was ist Rechtens, wenn ich Jemandem fremdes Geld geborgt habe? 217. Hat bey einem Tausch derjenige, von dem das Versprechen zuerst erfüllt worden, dem andern Paciscenten eine fremde Sache abgeliefert, so ist der ganze Tausch ungültig, 218. Diese römischen Spitzfindigkeiten kann man in Teutschland nicht anwenden, 218. Es ist eine bloße römische Grille, daß ein unbenannter Contract nicht eher vollkommen verbindlich sey, als bis der eine Contrahent die Sache abgeliefert habe, 219. Wir nehmen in Teutschland den Satz ohne alle Ausnahme an, daß ein Vertrag über fremde Sachen unter den Paciscenten eben so verbindlich sey, als wenn sie über ihre eigenthümliche Sache den Vertrag geschlossen haben, 219. Einige Rechtslehrer machen einen Unterschied, ob der Vertrag bedingt, und auf den Fall geschlossen worden ist, wenn derjenige, von dem die fremde Sache versprochen worden, künftig wirklich das Eigenthum derselben bekommen sollte, oder ob man den Vertrag unbedingt, und ohne diese Voraussetzung geschlossen habe, 219. Nach der Behauptung anderer Rechtslehrer ist zu unterscheiden, ob von der Zurückgabe der fremden Sache, die von demjenigen, nach geendigtem Contract geschehen soll, der sie abgeliefert erhalten hat, oder von der Verbindlichkeit zur Ablieferung die Rede ist, oder von der Verbindlichkeit zur Schadloshaltung, weil die Sache evin-

cirt worden, 220. Was ist von solchen Verträgen zu halten, die über ein fremdes Factum geschlossen worden sind? 221. Ich kann Jemandem versprechen, daß ich mir alle Mühe geben wolle, einen Dritten dahin zu bringen, daß er etwas thue, 221. Man kann Jemandem versprechen, man wolle es dahin bringen, daß ihm ein Dritter etwas leiste, 222. Man kann Jemandem versprechen, der Dritte solle ihm etwas geben, oder etwas thun, 222. Wie wird bey uns über die Gültigkeit eines Vertrags, daß der Dritte etwas leisten solle, geurtheilt? 224. Eine sehr bestrittene Frage ist es, ob der Promittent, wenn er sich alle Mühe gegeben, den Dritten zu Unternehmung der versprochenen Handlung zu bewegen, diese Bemühung ist aber fruchtlos gewesen, dem Promissar das Interesse zu leisten schuldig sey? 224. Einige Rechtslehrer behaupten, wenn ich für Geld, oder Geldeswerth versprochen habe, den Dritten zu einer Leistung zu bewegen, und er thut es nicht, so muß ich das Interesse leisten, 225. Nach der Behauptung anderer Rechtslehrer kommt es blos darauf an, ob man so zuversichtlich erklärt hat, man wolle die Handlung des Dritten bewirken, daß der Andere vernünftiger Weise drauf rechnen konnte, 226. Am richtigsten ist wohl die Meynung derjenigen Rechtsgelehrten, welche unterscheiden, ob das Versprechen, daß ein Dritter etwas leisten solle, auf eine solche Art geschehen sey, daß es eine Intercession hält, oder ob dieses nicht der Fall ist, 227. Im Zweifel darf keine Intercession vermuthet werden, 227. Keinem Bedenken ist es unterworfen, daß der Vertrag zwischen ein Paar Personen dem Dritten verbinde, dessen Handlungen oder Sachen er angeht, wenn der Dritte den Vertrag genehmigt hat, 228. Wie ist eine solche Genehmigung zu erklären? 229. Ein Vertrag ist ungültig, wenn er wider das Verbot der Gesetze geschlossen worden ist, 230. Es folgt nicht, daß eine Verabredung darum gleich ungültig oder unwirksam sey, weil sie mit gewissen positiven Bestimmungen nicht überein stimmt, 230. Wenn die Gesetze überhaupt nur in Privatsachen gewisse Regeln festgesetzt haben, wornach der Richter in vorkommenden Fällen urtheilen soll,

soll, so wird dadurch den Unterthanen nicht schlechterdings das Recht genommen, durch Verträge über ihr Vermögen zu disponiren, 231. Weil die mehresten Menschen nicht im Stande sind, über ihre Privatangelegenheiten gute Verträge zu schließen, und fest zu setzen, was dabey Rechtens seyn soll, so müssen wir Gesetze über diese Fälle haben, die dem Richter zur Richtschnur dienen, 231. Was die Natur der Sache, oder die Vorschriften des Naturrechts in solchen Fällen mit sich bringen, ist nicht so ausgemacht, als die Resultate in der Rechenkunst, 232. Die Regenten sind in Absicht der Privatgeschäfte der Unterthanen mehr Rathgeber als Gebieter, 233. Nur dann wird die natürliche Freyheit zu sehr eingeschränkt, wenn neben der gesetzlichen Bestimmung zugleich den Privatdispositionen, die davon abweichen, die rechtliche Wirksamkeit versagt wird, 234. In welchen Fällen sind die Verträge für verboten zu halten? 235. Unter die verbotenen Verträge bey den Römern gehörten besonders die Erbverträge, 236. Ein Vertrag ist alsdann für verboten zu halten, wenn der Gegenstand desselben gar nicht in der Gewalt der Pacisceenten steht, 237. In wie fern kann über eine im Rechtsstreit befangene Sache kein Vertrag geschlossen werden? 238. Wie muß das Versprechen, daß ein Anderer uns etwas leisten solle, eingerichtet werden? 238. In vielen Ländern ist die Veräusserung zusammen gehörender Güter verboten worden, 239. Ueber gewisse Dinge dürfen aus besondern Gründen keine Verträge geschlossen werden, 240. Wie muß bey uns ein Vertrag über die Erbschaft eines Dritten geschlossen werden? 241. Der Vertrag, die Proceßkosten nicht zu erstatten, gilt nicht, 241. Der Verkauf der Früchte auf dem Halme ist verboten, 242. Ueber das, was gar keinen Nutzen bringt, gilt kein Vertrag, 242. Warum kann man nicht auf einen unbestimmt versprochenen Gehalt klagen? 243. Verträge, welche zu Verbrechen Anlaß geben können, sind ungültig, 244.

§. 305. 306.

Bey jedem Vertrage müssen die wesentlichen, die gesetzlichen und die zufälligen Bestimmungen unterschieden werden, S. 244. Diejenigen Bestimmungen, welche zu einem Vertrage so nöthig sind, daß er dieser Vertrag nicht bleiben würde, wenn diese Bestimmungen fehlen, heißen wesentliche Stükke des Vertrags, 245. Was ist von Verabredungen über wesentliche Stücke eines Vertrags zu halten? 245. Welche Theile eines Vertrags werden gesetzliche Bestimmungen des Vertrags genennt? 246. Eine darüber getroffene Verabredung darf nicht so beschaffen seyn, daß der wesentliche Zweck des geschlossenen Contracts dadurch ganz aufgehoben wird, 246. Zufällige Theile eines Vertrags sind solche Bestimmungen, die bey einem Vertrage nicht gewöhnlich sind, und dabey nicht statt finden, wenn sie nicht ausdrücklich ausbedungen worden sind, 247. Bey dem Depositum kann es durch einen solchen Vertrag ausbedungen werden, daß dem Depositar der Gebrauch der in Verwahrung gegebenen Sache erlaubt seyn soll, 247. Die Römer unterschieden pacta affirmativa, siue obligatoria, und pacta negatiua seu liberatoria, 248. Wie wurde conuentio legitima und conuentio nuda bey den Römern unterschieden? 248. Was war Rechtens, wenn kein bürgerliches Gesetz die negative Convention bestätigt hatte? 249. Was verstand man unter dem Wort contractus nach dem ältern römischen Rechte? 249. Was verstanden die römischen Rechtsgelehrten unter dem Wort causa bey Verträgen? 249. Das Wort, contractus, wurde bisweilen im uneigentlichen Verstande gebraucht, 250. Die eigentlichen Verträge wurden in pacta nuda und non nuda eingetheilt, 251. Bey dem Mangel an sichern historischen Nachrichten läßt es sich nicht mit Sicherheit bestimmen, ob die Römer gleich Anfangs Contracte und Verträge unterschieden haben, 251. Schon unter dem Numa soll es gebräuchlich gewesen seyn, die Contracte öffentlich und vor Zeugen zu schließen, 251. Mit vieler Wahrscheinlichkeit läßt sichs annehmen,

nehmen, daß die Gesetze des Servius blos vom Darlehnscontracte gehandelt haben, um dem Wucher Einhalt zu thun, 252. Allem Ansehen nach sind blos diejenigen Verträge Anfangs Contracte genennt worden, welche bereits durch eine Leistung erfüllt waren, 253. In der Folge führten die Rechtsgelehrten die Form der Stipulation als ein wesentliches Stück der Contracte ein, 253. Wodurch sahe man sich genöthigt, die so genannten Consensualcontracte anzuerkennen? 255. Es ist ein ausgemachter Grundsatz, daß jeder Contract eine Convention voraus setzt, 256. Zu jedem Contracte wurde bey den Römern eine conuentio obligatoria erfordert, 256. Die zum Wesen eines Contracts erforderliche Convention mußte eine klagbare Verbindlichkeit begründen, 256. Die klagbare Verbindlichkeit eines Contracts muß aus dem Contract selbst entstehen, folglich nicht aus einem andern Hauptgeschäfte herrühren, 257.

§. 307. 308. 309.

Von der Verschiedenheit der sogenannten causa ciuilis bey Contracten, S. 257. Die Rechtslehrer sind nicht darüber einig, wie viel Arten der causa ciuilis obligationis bey Contracten vorhanden gewesen sind, 258. Manche Rechtslehrer nehmen drey Gattungen an, und andere viere, 258. Auf den vierfachen Unterschied der causa ciuilis obligationis bey Contracten gründen sich viererley Arten der Contracte, 259. Die Contracte waren bey den Römern entweder formularii, oder stricti iuris, oder reales, oder consensuales, 260. Was ist unter dem Ausdruck nomen contractuum zu verstehen? 260. Von jedem Contract stand in dem Album Praetoris eine eigene Klage angegeben, 260. Wie sind die contractus innominati entstanden? 261. Warum nannte man die aus einem unbenannten Contracte entspringende Klage, actio praescriptis verbis? 261. Eigentlich kann man nur die Realcontracte in benannte und unbenannte Contracte eintheilen; denn die übrigen Arten der Con-

Contracte sind ohne Unterschied contractus nominati, 261. Die wahren Contracte produciren entweder eine ihnen eigene, von ihnen benannte Klage, oder nur eine allgemeine, welche mehrern gemeinschaftlich ist, 262. Der Grund von der Eintheilung der Contracte in benannte und unbenannte liegt nicht im Namen des Contracts; denn ein Contract kann einen Namen haben, und doch ein unbenannter seyn, sondern er liegt in der Art der Klage, welche aus dem Contracte entsteht, 263. In neuern Zeiten verwerfen viele Rechtslehrer die Eintheilung der Contracte in eigentliche oder wahre Contracte und in Quasicontracte, 263. Was läßt sich von dem in den mehresten Lehrbüchern vorkommenden Begriff von den Quasicontracten aussetzen? 264. Wodurch ist die gewöhnliche falsche Theorie von den Quasicontracten und Quasidelicten entstanden? 264. Was haben die sogenannten Quasicontracte, die man im römischen Rechte antrifft, mit einander gemein? 264. Nach dem gewöhnlichen Begriff muß man alle und jede aus Fahrläßigkeit begangene Verbrechen zu dem so genannten Quasidelicten rechnen, 265. Wenn die Gesetze selbst nur fünf Fälle der Verbindlichkeiten quasi ex contractu, und viere quasi ex delicto anführen, die Ausleger diese Anzahl aber vermehren, so muß man alle Ursache haben, gegen die gewöhnliche Theorie mißtrauisch zu werden, 266. Nach welchen Grundsätzen muß man die Untersuchung von der eigentlichen Beschaffenheit der Quasicontracte anstellen? 266. In welchen Stücken kommen die sogenannten Quasicontracte mit einander überein? 267. Die Verbindlichkeit entspringt hier aus Verhältnissen, welche im Ganzen doch etwas Analogisches mit dem haben, was eigentlich nur Gegenstand der Verträge ist, 267. Wie läßt sich bey der Antretung einer Erbschaft die Aehnlichkeit mit einem Vertrage beweisen? 268. Die Vorschrift der Gesetze trat hier an die Stelle des Contracts, und gründete zwischen den Partheyen ein Verhältniß, welches den Erben gleichsam als Bevollmächtigten der Legatarien darstellte, 268. Die Zurückforderung dessen, was man bereits bezahlt hat, gründen die Gesetze darauf, daß die Sache gleichsam als geliehen betrachtet wird, 269.

Wie

Wie ist der Begriff der Verbindlichkeiten quasi ex contractu richtiger zu bestimmen? 269. Fast alle Rechtslehrer übergehen bey Festsetzung des Begriffs von den Verbindlichkeiten quasi ex contractu den Charakter, worauf die römischen Juristen vorzüglich Rücksicht nahmen, 270. Da nach den Maximen der römischen Juristen die Form der Rechtsgeschäfte fast durchgängig in Verträgen bestand, so darf man sich nicht darüber wundern, daß in gewissen Fällen, wo ein wirklicher Contract nicht vorhanden war, zum wenigsten doch etwas Analogisches zur Grundlage angenommen wurde, 271. Warum kann bey den Quasicontracten keine Fiction zum Grunde gelegt werden? 272. Jede rechtliche Fiction setzt ein Gesetz voraus, 272. Wo die Gesetze eine Fiction annehmen, da muß die Sache und das Gesetz nicht widersprechen, 272. Es giebt Fälle, wo Jemand quasi ex contractu haften muß, der in der That dissentirt hat, 273. Worin kommen die fünf Geschäfte, welche Verbindlichkeiten quasi ex contractu voraus setzen, mit einander überein? 274. Kann man den Satz annehmen, das Wesen der Quasicontracte bestehe darin, daß etwas zum Nutzen und Vortheil eines Andern ohne desselben Wissen oder eingehohlte Einwilligung geschehen sey? 275. Die ganze Lehre von den obligationibus quasi ex contractu gehört zu den Subtilitäten des römischen Rechts, welche keinen praktischen Nutzen haben, 280.

§. 310.

Von der Eintheilung der Contracte in contractus bonae fidei und contractus iuris stricti, S. 281. Die Rechtsgelehrten haben darüber gestritten, welche Contracte stricti iuris und welche bonae fidei sind, 282. Sind alle Realcontracte für contractus stricti iuris gehalten worden? 282. Welche Contracte nennte man bonae fidei? 282. Hat Justinian in den Institutionen die contractus bonae fidei vollständig angeführt? 283. Was für Eigenschaften hatten die contractus bonae fidei? 283. Die contractus iuris gentium wurden vor allen an-

andern als contractus bonae fidei betrachtet, 283. Alle Contracte, die beständig im menschlichen Leben vorkommen, ließen sich nicht nach solchen Subtilitäten behandeln, wie man bey den Contracten des strengen Rechts eingeführt hatte, 284. Was für Folgen waren mit dem Unterschiede zwischen contractibus stricti iuris und bonae fidei verbunden? 284. Bey Contracten des strengen Rechts mußte der Verletzte die Vergütung seines Schadens durch das Rechtsmittel der prätorischen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, 284. Wurde bey Contracten des strengen Rechts auf keine Billigkeit Rücksicht genommen? 285. Bey Contracten des strengen Rechts durfte keine Compensation der Anforderungen gebraucht werden, 286. In Contracten des strengen Rechts durften keine Zinsen gefordert werden, wenn sie nicht ausdrücklich ausbedungen worden waren, 287. Die Verbindlichkeiten aus einem Contract des strengen Rechts konnten nicht anders als durch die Acceptilation getilgt werden, 288. Auf der Eintheilung der Contracte in contractus stricti iuris et bonae fidei beruhte die Eintheilung der Klagen in actiones stricti iuris et bonae fidei, 288. Wenn wurde eine Klage actio stricti iuris genennt? 289. Die Eintheilung der Klagen in actiones bonae fidei und stricti iuris war keine allgemeine Eintheilung, 289. Wie mußte bey den actionibus stricti iuris verfahren werden, wenn der Beklagte eine zerstörliche Einrede vorbringen wollte? 290. Unterließ der Beklagte die zerstörliche Einrede bey dem Prätor anzugeben, so durfte der iudex pedaneus keine Rücksicht darauf nehmen, 290. Hat die Vorschützung der Einrede des dolus, wenn sie vor dem Prätor geschehen war, die Wirkung gehabt, ein iudicium stricti iuris in ein iudicium bonae fidei umzuändern? 291. Wie wurde die Instruction des iudex pedaneus bey den iudiciis bonae fidei eingerichtet? 291. Bey allen iudiciis bonae fidei war es nicht nöthig, den Prätor um eine Formel für die Einrede zu bitten, sondern der Beklagte hatte das Recht, die ihm zustehende zerstörliche Einrede erst vor dem iudex pedaneus vorzuschützen, 291.

Worin

Worin bestand der Grund der Eintheilung der Klagen in actiones bonae fidei und stricti iuris? 292. Verschiedene Rechtslehrer haben zu behaupten gesucht, die Klagen aus den negotiis vnilateralibus habe man für actiones stricti iuris gehalten, und die aus einem negotio bilaterali für actiones bonae fidei, 293. Einige Rechtslehrer haben das Formularwesen für den Grund dieser Eintheilung der Klagen gehalten, 293. Welche Klagen hielt man für actiones bonae fidei? 294. Hat der Kayser Justinian in den Institutionen ein vollständiges Verzeichniß der actionum bonae fidei angeführt? 295. Ist der Unterschied zwischen actionibus bonae fidei und stricti iuris heutiges Tages noch von praktischem Nutzen? 296. Es giebt Rechtslehrer, welche behaupten, da sich der Grund dieser Distinction nicht auf das Formularwesen allein bezog, sondern mehr von der Natur dieser Geschäfte herrührte, diese aber immer besteht, so kann jeder Unterschied nicht als aufgehoben betrachtet werden, 297.

§. 311.

Von bloßen Verträgen, S. 297. Nach den ältern römischen Gesetzen bewirkte ein bloßes pactum keine Klage, 298. Wie wurden die bloßen unklagbaren Verträge bey den Römern genennt? 298. Was war die Ursache, daß bloße Klage bey den Römern keine Klage bewirkte? 299. Auffallend ist es, daß der Schenkung, einem der allergefährlichsten Verträge, die Wirkung beygelegt worden, daß daraus geklagt werden konnte, 299. Auch im neuern römischen Rechte galt der Grundsatz, daß ein pactum nudum keine Klage begründe, 300. Die klagbaren Verträge wurden bey den Römern in drey Classen eingetheilt, 300. Wenn wurde ein Vertrag pactum adiectum genennt? 301. Was erst nach abgeschlossenem Hauptcontracte verordnet worden, konnte nicht als Theil desselben angesehen, folglich auch die Hauptklage nicht darauf erstreckt werden, 301. Wie wurde ein

Vertrag beurtheilt, welcher erst einige Zeit nach bereits geschlossenem Contract, der nach der Billigkeit beurtheilt wurde, geschlossen worden war? 302. Bisweilen heißt das Wort, exceptio, so viel als pactio, 304. Durch pacta adiecta bey einem Contract, der nach der Billigkeit beurtheilt wurde, konnten Verabredungen über wesentliche Theile des Contracts festgesetzt werden, 304. Worin bestand die Wirkung eines pacti adiecti bey contractibus bonae fidei, welches auf die naturalia oder accidentalia gerichtet war, 305. Wenn durch einen solchen nach der Zeit eingegangenen Vertrag festgesetzt worden, daß der Verkäufer keine Eviction leisten solle, so begründete dieses eine gültige Einrede, 306. Enthielt der Nebenvertrag, wodurch der bereits völlig abgeschlossene Contract vermehrt worden, einen andern Hauptcontract, so hatte die Klage aus dem letztern allerdings statt, 308. Was war Rechtens, wenn mit einem Contract des strengen Rechts ein pactum adiectum verknüpft worden war? 309. Einige Rechtslehrer behaupten, auch bey contractibus stricti iuris habe ein pactum adiectum eine Klage bewirkt, 309. Die Rechtslehrer streiten auch darüber, ob ein Vertrag, der gleich anfangs mit einem Contract des strengen Rechts verknüpft worden, die Klage ipso iure unwirksam gemacht, oder blos eine Einrede bewirkt habe, 309. Die Erklärung der L. 40. D. de reb. cred. ist mit manchen Schwierigkeiten verbunden, 310. In dem höchsten Tribunal, dessen Präsident der Praefectus Praetorio war, waren die berühmtesten Rechtsgelehrten Beysitzer, 310. Was wird unter dem Wort, decem, quindecim, centum, verstanden, wenn gleich das Wort, millia, nicht dabey steht? 311. Was drückte man durch die Worte, recte dari, bey den Römern aus, wenn sie in einer Obligation gebraucht wurden? 311. Bey den Römern wurden die Zinsen alle Monathe bezahlt, und zwar monathlich ein Procent, 312. Wodurch wurde der in der L. 40. D. de. reb. cred. vorgetragene Fall etwas schwer zu entscheiden? 312. Was ergiebt sich aus der richtig geschehenen Erklärung dieses Gesetzes? 317. Wenn die Nebenverträge bey

bey einem Contract als gültig betrachtet werden sollten, mußten sie mit der Natur des Hauptgeschäfts übereinstimmen, 317. Welche Nebenverträge wurden für ungültig gehalten? 318. Einige Rechtslehrer haben folgenden Satz als eine allgemeine Regel angenommen: Alle Verträge, welche den wesentlichen Merkmalen eines Geschäfts widersprechen, sind als Nebenverträge zwar nicht vollgültig, sie bestehen aber in so fern, als sie an sich einen andern rechtmäßigen Hauptcontract ausmachen, 319. Nach der Behauptung anderer Rechtsgelehrten kann überhaupt in Ansehung der Nebenverträge, welche dem Wesen des Hauptgeschäfts, wobey sie vorkommen, zuwider sind, keine allgemeine Regel gegeben werden, 320. Welche Verträge werden pacta legitima genennt, und welche heißen pacta praetoria? 321.

§. 312.

Die Römer entzogen den simpeln Verträgen nicht alle gerichliche Wirkung, S. 322. Wer dem Andern seine Schuld durch ein pactum nudum erlassen hatte, gegen diesen hatte vermöge des prätorischen Rechts die exceptio pacti remissorii statt? 323. Die mit einem bloßen Vertrage verbundene natürliche Verbindlichkeit konnte durch Bürgen, ein Pfand, ein Constitutum verstärkt werden, 323. Bey uns ist die rechtliche Wirkung der Verträge von dem römischen Unterschiede zwischen bloßen Verträgen und Contracten nicht abhängig, 324. Kann man die allgemeine Reception des römischen Rechts als einen hinreichenden Grund für dessen Anwendbarkeit auch in dieser Materie annehmen? 325. Läßt sich die vollkommene Verbindlichkeit der simpeln Verträge nach dem Naturrechte bestreiten? 325. Für einen Fehler bey dieser Materie muß es gehalten werden, daß man bey den einzelnen Vorschriften des römischen Rechts dasjenige, was eigentlich nur Folge jener römischen bey uns nicht anwendbaren Rechtstheorie ist, nicht immer sorgfältig genug unterschieden hat, was aus andern Gründen, die auch bey uns noch fortdauern,

dauern, angeordnet worden ist, 327. Dieser Fehler hat sich besonders in die Lehre von der Wirkung der Nebenverträge eingeschlichen, 327. Warum ist die so genannte societas leonina bey uns für gültig zu halten? 327. Warum kann bey uns auf die Conventionalstrafe bey einer geschlossenen Verlobung geklagt werden? 328. In so fern die gerichtliche Unwirksamkeit der Nebenverträge nicht blos Folge der römischen Rechtstheorie von Contracten und Verträgen ist, sondern außerdem noch auf Gründen beruhet, welche bey uns nicht ganz wegfallen, in so fern können wir auch den Verordnungen des allgemein recipirten römischen Rechts die heutige Anwendung nicht versagen, 329. Warum gilt bey uns die Entsagung auf das beneficium competentiae von Seiten des Ehemannes ebenfalls nicht? 330. Von der Verbindlichkeit des Versprechens, das Pfand nicht zu veräußern, 330. Ist über die Verbindlichkeit eines bloßen Vertrags durch das kanonische Recht etwas anders bestimmt worden, als die römischen Gesetze enthielten? 331. Sehr viele Rechtslehrer behaupten, das kanonische Recht enthalte von der Verbindlichkeit der simpeln Verträge keine andern Grundsätze, als im römischen Rechte vorkommen, 332. Was für Gründe führen diejenigen an, welche behaupten, nach dem kanonischen Rechte sey jeder simpler Vertrag, nach den Grundsätzen des Naturrechts für klagbar erklärt worden? 332. Wie muß das c. 1. und 3. X. de pactis, woraus diese Meynung bewiesen werden soll, erklärt werden? 333. Im c. 1. X. de pactis ist der Satz enthalten: Der Beklagte Optantius müsse seinen Vertrag halten, und durch die kirchliche Disciplin hierzu angehalten werden, 333. Wie haben die Gegner diesen Satz zu erklären gesucht? 334. Es war in dem Fall des c. 1. X. de pactis von einer Exception keine Rede, sondern der Bischof Antigonus trat als Kläger auf, 335. Auch im c. 3. X. de pact. kommt der Satz vor: Ein bloßer Vertrag ist dergestalt verbindlich, daß eine Klage daraus angestellt werden kann, 336. Ist die Ueberschrift des c. 3. X. de pactis für ächt zu halten? 337. Weil die Worte, studiose

studiose agendum est, vt ea, quae promittuntur, opere compleantur, in den Titel de pactis eingerückt worden sind, so müssen sie als Bestätigung der bloßen Verträge angesehen werden, 337. Das kanonische Recht weicht von allen den Verordnungen des römischen Rechts ab, die gegen das göttliche Recht und die natürlichen Gesetze streiten, 339. Was ist durch teutsche Rechte von der Verbindlichkeit der bloßen Verträge verordnet worden? 340. Die alten Teutschen hielten so sehr auf die Treue, daß sie ihr so gar vor der Freyheit den Vorzug ertheilten, 341. Ihre Gesetze machten keinen Unterschied zwischen Contracten und Verträgen, 341. Erst mit der Einführung des römischen Rechts in Teutschland kam der Unterschied zwischen Contracten und Verträgen auf, 342. Wenn wir die Schriften der Rechtsgelehrten des sechszehnten Jahrhunderts lesen, so finden wir, daß sie sich, wenn sie beweisen wollten, ein bloßer Vertrag bewirke nach den Grundsätzen ihres Zeitalters eine Klage, blos auf das kanonische Recht, und nie auf die ehemaligen teutschen Sitten berufen, 342. Wie ist dieses Verfahren zu erklären? 343. Ist die Behauptung derjenigen Rechtslehrer richtig, welche anführen, da das römische Recht in seinem ganzen Umfange in Teutschland angenommen sey, so müsse man auch behaupten, die Theorie des römischen Rechts von der Unverbindlichkeit bloßer Verträge sey im Zweifel ebenfalls anwendbar, 344. Wenn die Teutschen den Unterschied der Contracte und Verträge in Absicht auf den Begriff angenommen haben, so folgt daraus noch nicht, daß sie dieses auch in Absicht auf die Wirkung gethan haben, 346. Wie sind Tractaten und ein bestimmter Vertrag unterschieden? 346. Nicht sowohl Anhänglichkeit an die alten teutschen Sitten, sondern vielmehr das kanonische Recht hat der Theorie des römischen Rechts von der Unverbindlichkeit der bloßen Verträge den Weg in Teutschland versperret, 347. Ist die Meynung derjenigen Rechtslehrer richtig, welche behaupten, die präparatorischen Verträge könnten auch bey uns nicht für gültig erklärt werden? 348.

§. 313.

Von der Eintheilung der Contracte in einseitige und zweyseitige, S. 349. Auch die Contracte können in einseitige und zweyseitige eingetheilt werden, 350. Wenn gleich die Ausdrücke contractus vnilateralis et bilateralis nicht im römischen Rechte vorkommen, so beweißt dieses nicht, daß diese Eintheilung dem System des römischen Rechts entgegen sey, 350. Bey dem Unterschiede dieser Art von Contracte kommt es darauf an, ob es Contracte giebt, wo nur auf der einen Seite eine klagbare Verbindlichkeit vorhanden ist, und andere, woraus zwey verschiedene Klagen entstehen, 351. Die Bilateralcontracte bestehen aus gleichen und ungleichen Contracten, 352. Welche Contracte gehören zu den zweyseitigen Contracten? 352. Die ungenannten Contracte sind als einseitige Contracte zu beurtheilen, 353. Was für eine Klage entsteht aus einem einseitigen Contracte? 354. Wenn werden die aus einem zweyseitigen Contracte entstehenden Klagen actiones vtrinque directae genennt? 354. Wenn entsteht aus einem zweyseitigen Contracte eine actio directa und contraria? 354. Die actiones contrariae werden in der Absicht gebraucht, um einen Schadensersatz zu suchen, 355. Was muß derjenige gethan haben, der aus einem zweyseitigen Contracte wider den Mitcontrahenten mit völliger Wirksamkeit klagen will? 355. Wenn hat die exceptio non adimpleti contractus statt? 356. Bey zweyseitigen Contracten kommt die Frage vor, in wie fern eine Reue, das heißt, ein einseitiges Zurücktreten von dem geschlossenen Vertrage erlaubt ist? 356. Zweyseitige Contracte, welche durch die bloße beyderseitige Einwilligung ihre Vollkommenheit erhielten, konnten bey den Römern durch einseitige Reue nicht aufgehoben werden, 356. Bey Contracten, wo eine bereits geschehene Leistung des Versprochenen zur Gültigkeit des Contracts erfordert wurde, kam es darauf an, ob der Contract ein benannter oder unbenannter war, wenn der eine Contrahent einseitig wieder vom Contract abgehen wollte, 357. Der Deponent kann

kann die deponirte Sache vor der Zeit zurück fordern, der Commodatar kann die ihm geliehene Sache eher zurück geben, als er sie anfangs behalten wollte, 357. Bey unbenannten Contracten, welche durch ein Thun von der einen Seite erfüllt worden sind, ist keine Reue zulässig, 358. Wenn ein unbenannter Contract durch ein Geben von der einen Seite erfüllt worden war, und dieses war in der Absicht geschehen, um einen Proceß durch einen Vergleich zu heben, so war eben keine Reue zulässig, 358. In welchen Fällen konnte der unbenannte zweyseitige Contract bey den Römern durch die Reue wieder aufgehoben werden, 358. Wenn darf selbst in Teutschland von dem Reuerechte bey Contracten Gebrauch gemacht werden? 359. Es giebt Bilateralcontracte, die blos auf der einen Seite eine klagbare Verbindlichkeit bewirken, 360.

§. 314. 315.

Von der Wirkung der Verträge, S. 361. Die geschlossenen Verträge werden entweder auf die Person der Paciscenten eingeschränkt, oder sie gehen auf ihre Erben, 361. Ein pactum personale kann unter dreyerley Bestimmungen vorkommen, 362. Wenn ist ein Vertrag blos auf die Person des Promittenten eingeschränkt? 362. Wie wird ein Vertrag blos auf die Person des Promissars gerichtet? 362. Was giebt es für Verträge, worin auf die Person beyder Contrahenten gesehen worden? 362. Es ist ein bloßer persönlicher Vertrag, wenn er unter einer Potestativbedingung geschlossen worden ist, welche der Erbe des Paciscenten nicht erfüllen kann, 363. Worauf muß man bey Bestimmung der Frage Rücksicht nehmen: ob ein pactum in rem oder in personam geschlossen worden sey? 363. Warum nützt dem Bürgen auch der von dem Hauptschuldner geschlossene Vertrag? 364. Bisweilen ist ein Vertrag von der einen Seite ein pactum reale, und von der andern ein pactum personale, 364. Wenn ist ein Vertrag für ein

pactum reale zu halten? 365. Bey der Bestimmung der Wirkung eines geschlossenen Vertrags kommt es auf die Frage an: Was für Wirkungen hat ein Vertrag in Rücksicht auf die Paciscenten, und was wirkt der Vertrag in Rücksicht des Gegenstandes, worüber er geschlossen worden ist? 366. Die Paciscenten können keinen Dritten, durch ihren Vertrag um seine Rechte bringen, noch ihm unbillige Lasten auflegen, 366. Ein successor singularis wird durch die vorher über die Sache geschlossenen Verträge nicht gebunden, 367. Der Satz, daß ein Vertrag blos die Paciscenten verbindet, hat viele Ausnahmen, 367. Ein Vertrag erstreckt seine Wirkung auch alsdenn auf einen Dritten, wenn der Paciscent dieses zur Absicht hatte, und sich selbst einen Vortheil dadurch verschaffen wollte, 368. Was nennt man adiectitia qualitas bey einem Contracte? 369. Ein Dritter wird aus einem, von andern Personen geschlossenen Vertrage, verbindlich, wenn es bewiesen ist, daß sein Vortheil dadurch befördert worden ist, 370.

§. 316. 317.

Bey der Frage: Was ein Vertrag in Ansehung des Gegenstandes, worüber solcher geschlossen worden, für Wirkungen habe? kommt es darauf an, ob das Versprechen alternativisch eingerichtet worden ist, oder nicht, S. 370. Der Schuldner verliert die ihm zugestandene Wahl dadurch nicht, weil er aus Irrthum beyde Sachen, von denen er nur die eine zu geben brauchte, abgegeben hat, 371. Die Wahl des Schuldners geht auch nicht verloren, wenn ihm durch den Ausspruch des Richters aufgelegt worden, nur die eine Sache zu leisten, 371. Wie muß die Leistung des Versprechens geschehen, wenn ein bestimmter Gegenstand versprochen worden ist? 372. Wer eine Sache zu leisten versprochen hat, muß solche schlechterdings überliefern, 372. Kann man es beweisen, daß nach dem römischen Recht derjenige, der eine Handlung vornehmen sollte, sie nicht zu unternehmen brauchte, sondern sich durch Leistung des Interesse von seiner Verbindlichkeit

keit befreyen konnte? 373. Der Satz, daß Jeder dasjenige leisten müsse, wozu er sich verbindlich gemacht hat, hat mehrere Ausnahmen, 375. Man braucht sein Versprechen nicht zu halten, wenn eine solche nicht voraus zu sehen gewesene Veränderung der Umstände vorgefallen ist, um welcher willen es die Gesetze verstatten, von einem gültigen Vertrage wieder abzugehen, 375. Wie muß die bekannte Clausel, rebus sic stantibus, erklärt werden? 376. Wenn nach der Clausel, rebus sic stantibus, ein Vertrag als unverbindlich erklärt werden soll, so wird erfordert, daß die entstandene Veränderung einen Umstand betrifft, den entweder die Natur des Vertrags, oder die ausdrückliche Verabredung der Partheyen dergestalt wesentlich erfordert, daß ohne ihn der Vertrag wegfällt, 377. Die Verbindlichkeit, sein Versprechen zu erfüllen, hört auf, wenn die Sache, ohne Verschulden des Promissars, in einen solchen Zustand verfallen ist, daß die Erfüllung des Versprechens ganz unmöglich wird, 379. Kann dem Promissar an der wörtlichen Erfüllung des Versprechens nichts mehr gelegen seyn, so hört die Verbindlichkeit des Promittenten auf, 379. Die Verbindlichkeit, sein Versprechen zu erfüllen, hört auf Seiten des Promittenten auf, wenn der Promissarius selbst Schuld daran ist, daß jener seiner Verbindlichkeit keine Genüge leisten können, 380. Wie ist der Satz zu verstehen, Niemand ist zu etwas Unmöglichem verbunden? 380. Wer an der Unmöglichkeit, sein Versprechen zu erfüllen, selbst Schuld ist, der haftet wegen des Mißbrauchs seiner Freyheit für den Schaden, 381.

§. 318. 319. 320.

Was ist mit dem Wort damnum für ein Begriff zu verbinden? S. 383. Wie ist damnum infectum und damnum factum unterschieden? 383. Wenn wird der Schaden damnum pecuniarium genennt? 384. Wie ist damnum positiuum und damnum negatiuum unterschieden? 384. Wer mir etwas von dem Meinigen stiehlt, der verursacht mir

einen positiven Schaden; wer aber Jemanden verleitet, mich nicht zum Erben einzusetzen, der schadet mir priuatiue, 384. Wenn kann wegen eines damni priuatiui geklagt werden? 385. Wenn heißt der Schaden damnum casuale? 385. Was nennt man damnum indirectum? 385. Wenn ist man wegen eines damni indirecti verantwortlich? 386. In welchen Fällen wird der Schaden damnum dolosum genennt? 386. Jeder Schaden, der dem einen Contrahenten von dem andern vorsätzlich verursacht worden ist, muß ihn von diesem vergütet werden, 386. Was für ein Unterschied wird im römischen Rechte gemacht, wenn von der Gültigkeit des pacti ne dolus praestetur die Frage war? 387. Wie ist das pactum ne dolus praestetur beym Depositum zu verstehen? 387. Einige Rechtslehrer verwerfen den Unterschied zwischen dem dolus futurus und praeteritus als völlig ungegründet, 389. Was für Wirkungen hat das pactum ne dolus praestetur, wenn es erst nach begangenem Betruge geschlossen worden ist? 389.

§. 321. 322. 323.

Von der Vergütung des Schadens, der durch Nachläßigkeit verursacht worden ist, S. 390. Wie muß der Begriff des Worts culpa richtig bestimmt werden? 390. In welchem Verhältniß steht dolus und culpa gegen einander? 391. Wäre der gesetzwidrige Erfolg der Handlung auf irgend eine Art von dem Handelnden beabsichtigt worden, so ist keine culpa, sondern ein dolus vorhanden, 391. Was ist unter den Worten culpa versutiae und culpa ignauiae zu verstehen? 392. Woraus entsteht die Nachläßigkeit in der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten? 392. Was muß als der Grund der Zurechnung der begangenen Nachläßigkeit betrachtet werden? 392. Alle culpa setzt auf Seiten des Handelnden, dem sie zugerechnet werden soll, eine solche Wirkung voraus, deren mögliches Eintreffen er vorher sehen konnte, 392. Wenn muß die Handlung als Folge eines Zufalls betrachtet wer-

werden? 393. Wenn man die Schuld vom Zufalle richtig unterscheiden will, so muß man auf die Beschaffenheit der Folgen einer Handlung selbst Rücksicht nehmen, 394. Warum lassen sich die physischen Folgen einer Handlung leichter voraus sehen, als die moralischen? 394. Wer die gehörige Kenntniß von der Natur einer Handlung besitzen will, muß nicht nur die nothwendigen, sondern auch die gewöhnlichen Folgen derselben hinlänglich kennen, 394. Worin bestehen die Quellen der Nachläßigkeit? 395. Bey der Bestimmung des Schadensersatzes, der durch eine begangene Nachläßigkeit verursacht worden ist, kommt es auf die verschiedenen Grade derselben an, 396. Worauf muß bey der Bestimmung des Grades der Nachläßigkeit vorzüglich Rücksicht genommen werden? 396. Was versteht man unter gröbster Nachläßigkeit, oder der culpa lata? 397. In Gesetzen werden verschiedene Ausdrücke gebraucht, wenn von der gröbsten Nachläßigkeit die Rede ist, 398. Wird in Gesetzen ein Unterschied zwischen culpa lata und latior gemacht? 398. Wenn kann von Jemandem gesagt werden, daß er eine grobe Nachläßigkeit begangen habe? 399. Wenn sagt man von einem Menschen, daß er sich einer mittlern Nachläßigkeit schuldig gemacht habe? 400. Wie drücken sich die Gesetze aus, wenn ein mäßiges Versehen angegeben werden soll? 400. Wenn in Gesetzen das Wort culpa allein gebraucht worden, so ist der Regel nach culpa leuis darunter zu verstehen, 401. Wenn sagt man, daß Jemand culpam leuissimam begangen habe? 401. Wie wird dieser Grad der Nachläßigkeit in Gesetzen ausgedrückt? 402. Von welcher Art des Fleißes wird das Wort, custodia, in Gesetzen gebraucht? 403, und 407. Kann man es aus der Natur der Sache beweisen, daß es drey Grade der Nachläßigkeit gebe? 403. Die Rechtslehrer streiten darüber, wie viel Grade der Nachläßigkeit es gebe, 404. Will man noch mehr Grade der Nachläßigkeit annehmen, als drey, so verwickelt man sich in die größten Schwierigkeiten, 405. Es macht dem Richter oft die größte Mühe, den richtigen Grad des Fleißes und der Nachläßigkeit herauszubringen, 405.

Im

Im römischen Rechte wird es nicht recht deutlich angegeben, was für ein Grad der Nachläßigkeit in diesem oder jenem Gesetz angenommen worden sey, 426. Durch das Wort, culpa, drückten die römischen Rechtsgelehrten mehrentheils nur die mittlere Nachläßigkeit aus, 406. Die culpa ist entweder culpa in abstracto oder in concreto, 407. Wie unterscheidet sich culpa in concreto von der culpa in abstracto? 408. Wenn wird blos auf die culpa in concreto Rücksicht genommen? 408. Wenn es gleich in Gesetzen heißt, daß die culpa concretiue betrachtet, nicht nach der diligentia exactissima abzumessen sey, so schließt doch dieses die Vertretung der geringsten Nachläßigkeit nicht aus, wenn Jemand in seinen eigenen Angelegenheiten den höchsten Grad des Fleisses bewiesen hat, 409. Die culpa lata in abstracto muß, wie der dolus, dem sie gleich gehalten wird, in jenem Falle prästirt werden, 410. Wie ist der Satz zu verstehen, dolus und culpa lata werden in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten für gleich gehalten? 411. Auch in peinlichen Fällen wird dolus und culpa lata bisweilen einander gleich gehalten, 411. Die Römer hielten selbst in groben Verbrechen eine große Nachläßigkeit bisweilen dem dolus gleich, 412. Ist der Satz richtig, in causis famosis culpa lata pro dolo habetur? 412.

§. 324.

Worauf ist bey der Frage vom Ersatz des durch eine begangene Nachläßigkeit verursachten Schadens vor allen Dingen Rücksicht zu nehmen? S. 413. Wer mir an meiner Sache einen Schaden durch seine Nachläßigkeit verursacht hat, der muß mir solchen vergüten, wenn er auch durch die geringste Nachläßigkeit verursacht seyn sollte, 413. Bey der Schadensvergütung kommt es allemal darauf an, daß der Schaden durch eine unerlaubte Handlung des Andern, die ihm zugerechnet werden kann, verursacht worden ist, 414. Wenn braucht der redliche Besitzer den verursachten Schaden nicht zu vergüten? 415. Sobald der

der redliche Besitzer vom wahren Eigenthümer in Anspruch genommen worden, so muß er für jede Art des Schadens stehen, der während des Processes von ihm verursacht worden ist, 416. Es giebt einige Fälle, wo außer einem Contract bisweilen nur culpa leuis oder culpa lata prästirt wird, 416. Die Frage, was für ein Grad der Nachläßigkeit bey jedem besondern Contract prästirt werden müsse, ist deswegen schwer zu beantworten, weil die Gesetze sehr undeutlich sind, die davon handeln, 417. Es giebt nur zwey Gesetze, aus denen diese Frage entschieden werden muß, 417. Es kommt hier erstlich darauf an, ob über den Grad des Fleisses, der bey einem Contract beobachtet werden soll, etwas ausbedungen worden ist, oder nicht, 418. Verträge dieser Art dürfen nicht wider die Gesetze seyn, 419. Haben die Contrahenten über den Grad des Fleißes, der im Contract beobachtet werden soll, durch einen Vertrag nichts festgesetzt, so kommt es darauf an, ob von der Ablieferung einer Sache die Rede ist, oder von der Unternehmung einer Handlung, 419. Wenn nach dem Contract eine Sache abgeliefert werden soll, und der Contract ist beyden Contrahenten vortheilhaft, so müssen beyde für die mittlere Nachläßigkeit stehen, 419. Bey dem Gesellschaftscontract und der Verwaltung des Brautschatzes wird nur culpa leuis in concreto prästirt, 419. Es ist zweifelhaft, was für einen Grad der Nachläßigkeit der Erbe den Legatarien zu prästiren schuldig sey, 420. Wie wird die Frage von der Vergütung des durch Nachläßigkeit verursachten Schadens beantwortet, wenn nur einer von den Contrahenten von dem Contract Vortheil hat? 421. Wenn muß der Depositarius für die geringste Nachläßigkeit stehen? 421. Kommt der Vortheil aus dem Contract blos dem Empfangnehmer zu statten, so muß unterschieden werden, ob ihm die Sache zu einem bestimmten oder unbestimmten Gebrauch überlassen worden ist, wenn von der Verantwortlichkeit wegen der Nachläßigkeit die Frage ist, 422. Bey Fällen, wo die Sache zu einem unbestimmten Gebrauch überlassen worden ist, braucht der Besitzer nur für denjenigen Schaden zu stehen,

den

den er mit Vorsatz oder durch die größte Nachläßigkeit verursacht hat, 422. Was ist bey dem Schadensersatze Rechtens, wenn die bittweise im Besitz gehabte Sache nicht sogleich zurückgegeben worden, als der Eigenthümer dieses verlangte? 424. Was ist in Ansehung der Vergütung des durch Nachläßigkeit verursachten Schadens Rechtens, wenn nach dem Contract eine Handlung geleistet werden sollte? 424. Wer die Besorgung einer fremden Angelegenheit durch einen Auftrag übernommen hat, und es ist hierbey von der Vergütung des Schadensersatzes die Rede, so kommt es darauf an, ob dieß Geschäfte seiner Natur nach, mit einer vorzüglichen Aufmerksamkeit verrichtet werden muß, oder besondere Sach- und Kunstkenntnisse voraussetzt, 425. Warum war der Feldmesser und ein Proxeneta bey den Römern nur wegen der groben Nachläßigkeit verantwortlich? 426. Kann das übernommene fremde Geschäfte blos bey gemeinen Kenntnissen oder einem gewöhnlichen Fleiße, gehörig besorgt werden, so kommt es bey der Frage von dem durch Nachläßigkeit verursachten Schaden darauf an, ob man sich dazu gedrungen und einen Andern ausgeschlossen, oder ob man sich blos freywillig dazu erboten hat, 426. Wenn man sich nicht zur Uebernahme eines fremden Geschäfts angeboten hat, sondern dazu aufgefordert worden ist, so kommt es darauf an, ob man die Handlung umsonst besorgen wollen, oder für einen versprochenen Lohn, 427. In unsern Gerichten wird ein Bevollmächtigter der Regel nach, nur wegen der mittlern Nachläßigkeit für verantwortlich erklärt, 427. Kann man die Frage von der Verantwortlichkeit eines aus Nachläßigkeit verursachten Schadens ganz dem Ermessen des Richters überlassen? 429. Was für eine Art der Nachläßigkeit müssen die Erben vertreten, wenn sie wegen eines von ihrem Erblasser verursachten Schadens belangt worden sind? 432. Da der Erbe in alle Verbindlichkeiten des Verstorbenen tritt, welche nicht ganz persönlich sind, so muß er nothwendig für eben den Grad der Nachläßigkeit verantwortlich seyn, wofür der Verstorbene hätte stehen müssen, 433. Die Erben eines Vormundes brauchen nur für die aus grober Nachläßigkeit

keit von ihm verursachten Schäden zu stehen? 434. Wer muß in einem Proceß über die Vergütung eines durch Nachläßigkeit verursachten Schadens den Beweis führen? 434.

§. 325. 326. 327.

Auch durch Unglücksfälle werden beträchtliche Schäden verursacht, S. 436. Wenn kann man sagen, daß ein Unglücksfall den vorhandenen Schaden verursacht habe? 436. Ist die Eintheilung in vorhergesehene und nicht vorhergesehene Unglücksfälle richtig? 437. Wenn ist ein casus mixtus und ein casus merus vorhanden? 437. Die Unglücksfälle werden auch in gewöhnliche, ungewöhnliche und ganz ungewöhnliche eingetheilt, 438. Die mehresten Rechtslehrer rechnen die Kriegsschäden nur unter die ungewöhnlichen Unglücksfälle, 439. Unter dem Wort periculum wird in Gesetzen bisweilen eben das verstanden, was sonst casus genennt wird, 439. Bey der Frage, wer den durch einen Unglücksfall verursachten Schaden tragen soll, kommt es darauf an, ob eine Handlung versprochen worden, deren Ausführung durch einen Zufall verhindert worden ist, 441. Wenn die Handlung nach dem geschlossenen Contract unentgeldlich verrichtet werden muß, so trifft den Promittenten gar kein Schaden, wenn ihn ein Unglücksfall an der Erfüllung seiner Verbindlichkeit gehindert hat, 442. Wenn für die Handlung eine Gegenleistung versprochen worden ist, und ein Unglücksfall hindert die Unternehmung derselben, so trifft der Unglücksfall denjenigen, in dessen Person er sich zugetragen hat, 443. Kann der Bediente, wenn er durch Krankheit verhindert worden, die schuldigen Dienste zu leisten, gleichwohl Lohn und Brod verlangen? 443. Rührt die Verbindlichkeit, gewisse Dienste zu leisten, aus einem unbenannten Contracte her, und es wurde die Leistung derselben durch einen Unglücksfall verhindert, so konnte bey den Römern die bereits geleistete Bezahlung, vermöge des Rechts zu pönitiren, wieder zurück gefordert werden, 444. Die Rechtslehrer streiten darüber, was bey uns in einem

einem solchen Falle Rechtens sey, 445. Wer muß den Schaden tragen, wenn eine Sache durch einen Unglücksfall zu Grunde gegangen ist? 452. Viele Rechtslehrer nehmen den Satz an, der debitor speciei werde durch den Untergang der Sache von seiner Verbindlichkeit frey, 453. Man kann nicht behaupten, daß in den Fällen, wo man vermöge eines geschlossenen Contracts verbunden ist, eine gewisse Sache an den Eigenthümer zu überlassen, dieser den Schaden nur immer allein tragen müsse, 453. Wenn eine Sache durch einen Unglücksfall zu Grunde gegangen ist, so trägt den dadurch verursachten Schaden ein Jeder, dem in Ansehung derselben ein Recht zustand, in so weit als dadurch die Ausübung dieses Rechts unmöglich oder fruchtlos gemacht worden ist, 454. Wenn weiter Niemand an der durch einen Unglücksfall verloren gegangenen Sache ein Recht hat, als der Eigenthümer der Sache, so muß er den Unglücksfall allein tragen, 454. Wenn ein Dritter an der durch Unglücksfälle zu Grunde gegangenen Sache ein dingliches Recht hatte, so muß er den Unglücksfall auf eben die Art allein tragen, wie der Eigenthümer, 454. Wenn das einem Dritten zuständige Recht ein persönliches war, und die Verbindlichkeit haftete auf einer species, so kommt es darauf an, ob solche aus einem Contracte herrühret, oder aus einem andern rechtlichen Geschäfte, 455. Der debitor speciei wird von seiner Verbindlichkeit frey, so bald die Sache durch einen bloßen Unglücksfall verloren gegangen ist, 455. Für eine ganz besondere Verordnung des römischen Rechts, welche blos bey dem Kaufcontracte gelten soll, ist es zu halten, daß gleich von dem Augenblicke an, wo der Kauf geschlossen war, Vortheil und Verlust der Sache auf den Käufer übergehen soll, und dieser daher, wenn gleich die Sache durch einen Unglücksfall zu Grunde gegangen ist, sich gleichwohl der Bezahlung des Kaufgeldes nicht entziehen könne, 456. Die Regel, res perit ei, cui debetur, ist nicht überall anwendbar, 457. Was ist Rechtens, wenn eine Sache nach einem Bilateralcontracte dem Eigenthümer zurück gegeben werden sollte, und sie geht durch

durch einen Unglücksfall zu Grunde? 457. Auch bey unbenannten Contracten entstehen Unglücksfälle, und hier kommt die Frage vor: wer den casum trage? 459. Wenn die zu leistende Sache vor der Erfüllung des unbenannten Contracts zu Grunde gegangen ist, so wird der debitor speciei dadurch von seiner Verbindlichkeit frey, er kann aber auch von seinem Mitcontrahenten die Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeit nicht verlangen, 459. Sollte die Erfüllung des unbenamten Contracts von dem einen Contrahenten bereits geschehen seyn, so kommt es darauf an, ob die Erfüllung in der Leistung einer Handlung bestanden, oder in der Ablieferung einer Sache, 459. Wenn die Verbindlichkeit, dem Andern eine gewisse Sache in specie abzuliefern, nicht aus einem Contracte, sondern aus einem andern rechtlichen Grunde herrührte, so trägt derjenige den Unglücksfall, an den die Sache abgeliefert werden sollte, 462. Wenn der Gegenstand der Verbindlichkeit nicht in einer species besteht, sondern ein genus oder eine quantitas abgeliefert werden soll, so muß der Schuldner den Unglücksfall tragen, 463. Die Frage, in wie fern ist Jemand schuldig, den Schaden, den ein Anderer, wegen eines sich ereigneten Unglücksfalls gelitten hat, zu ersetzen, läßt sich nicht so gar leicht entscheiden, 466. Was ist in Ansehung der Unglücksfälle Rechtens, wenn Jemandem die Sache Verkaufs wegen für einen gewissen Preis angeschlagen worden ist, 467. War es die Absicht bey der Taxation der Sache, daß das Eigenthum auf den Besitzer übergehen solle, so trifft ihn der Unglücksfall als debitor quantitatis, 468. Wie ist es mit der Vergütung der Unglücksfälle zu halten, wenn die Absicht des Eigenthümers der Sache dahin gieng, daß die Sache von demjenigen, dem er sie überlassen hat, verkauft werden solle, welches im Trödelcontract der Fall ist, 468. Was ist Rechtens, wenn die Verbindlichkeit zur Prästation der Unglücksfälle aus der unmittelbaren Verordnung der Gesetze herrühret? 469. Die Verbindlichkeit zur Prästation der Unglücksfälle rührt bisweilen aus einem Vertrage her, 469. Bisweilen hat die Verbindlichkeit zur Prästation der

Unglücksfälle in gewissen einseitigen Handlungen ihren Grund, 470. Wer muß bey Unglücksfällen den Beweis führen? 473.

§. 328. 329.

Was wird in Gesetzen unter dem Wort mora, ein Verzug, verstanden? S. 478. Was wird voraus gesetzt, wenn Jemand als saumselig in Erfüllung seiner Verbindlichkeit betrachtet werden soll? 479. Wie ist mora soluendi und mora accipiendi unterschieden? 480. Wenn eine mora existiren soll, muß ein Zeitpunct festgesetzt worden seyn, wo die Verbindlichkeit erfüllt werden sollte, 481. Wenn sagt man vom Schuldner, daß er in mora sey? 482. Wie ist die Interpellation von Seiten des Gläubigers vorzunehmen, damit dem Schuldner eine mora imputirt werden kann? 482. Wenn ist der Gläubiger in mora? 484. Von der oblatio realis bey einer beweglichen Sache, 485.

§. 330. 331.

Worin bestehen die rechtlichen Wirkungen, wenn sich der Schuldner einer Saumseligkeit schuldig gemacht hat? S. 487. Schadet dem Bürgen die Saumseligkeit des Schuldners? 488. Der Schuldner muß wegen seiner Saumseligkeit die Gefahr der Sache tragen, 490. Die römischen Rechtsgelehrten stritten darüber, wer bey der Erbschaftsklage den Unglücksfall tragen müsse, 490. Der Schuldner verliert wegen seiner mora die Wahl, 492. Die mora vermehrt den Werth der Sache, 493. Was für rechtliche Folgen sind damit verbunden, wenn sich der Gläubiger eines widerrechtlichen Verzugs schuldig gemacht hat? 494. Wenn hört der Zinsenlauf wegen des Verzugs des Gläubigers auf? 494. Die Deposition des Capitals ist nicht zur Sistirung solcher Zinsen nöthig, die vermöge eines Contracts bezahlt werden, sondern auch bey vsuris ex mora, 496. Die gerichtliche Deposition muß zwar bey dem competenten Richter geschehen, aber keine andern

Förm-

Förmlichkeiten erfordert sie nicht, 497. Welches Gericht ist als competent zu betrachten? 497. Auch der Gläubiger muß wegen seiner mora die Gefahr der Sache tragen, 498. Wie ist es zu verstehen, wenn man sagt, sowohl der Gläubiger als der Schuldner haben sich einer wechselseitigen Zögerung schuldig gemacht? 499. Was ist Rechtens, wenn beyde Theile zu verschiedenen Zeiten einen Verzug begangen haben? 500. Von der so genannten Purgation des Verzugs, 501. Wenn macht sich der Schuldner von der Strafe des Verzugs frey? 501. Wenn ist die mora von Seiten des Gläubigers purgirt worden? 503. Was für Rechtsmittel kann derjenige brauchen, zu dessen Besten die Folgen des Verzugs eintreten? 503. Wenn der Schuldner bey seiner mora dolose gehandelt hat, so kann der Gläubiger die actio doli brauchen, 506.

§. 284.

Es würde aus der Langwierigkeit unserer Processe, da ein Rechtshandel, der nach den Grundsätzen des ordentlichen Processes untersucht und entschieden werden soll, leicht zwanzig Jahre dauern kann, noch mehr Nachtheil entstehen, wenn man genöthigt wäre, wegen einer jeden Anforderung, wider seinen Gegner einen besondern Proceß zu führen, folglich auch eine besondere Klage einzureichen. Diesem Uebel hat man dadurch in etwas abzuhelfen gesucht, daß es dem Kläger in mehrern Fällen erlaubt wurde, in einem einzigen Klageschreiben mehrere Klagen anzubringen, oder mit andern Worten, sich einer Cumulation der Klagen, oder der Klagenhäufung zu bedienen [a]). Die Cumulation der Klagen, oder die Klagenhäufung besteht also in der Verbindung mehrerer Klagen in einem einzigen Klageschreiben.

Man kann die Grundsätze von der Klagenhäufung nicht verstehen, wenn man nicht mit der Lehre von der

a) Brvnnemanni tract. de concursu, cumulatione et transmissione actionum, Frf. 1666. Hal. 1704. v. Eck D. de cumulatione actionum, Trai. ad Rhen. 1697. Io. Iac. Iof. Kirschbavm D. de concursu et cumulatione actionum tam de iure Romano quam de Praxi supremorum Imperii Achidicasteriorum, Heidelb. 1772. Herr HR. Schmidt im Lehrbuch von Klagen, §. 104. fl. Herr Prof. Schmidt im Comment. über dieses Lehrb. Thl. 1. S. 159. flg.

der Concurrenz der Klagen gehörig bekannt ist. Die Klagen sind nämlich entweder solche, welche mit einer oder mehrern andern Klagen, einem und ebendemselben Kläger, wider den nämlichen Beklagten, wegen einer gewissen Verbindlichkeit desselben, zugleich zustehen, oder dieses ist nicht der Fall. Eine Klage der ersten Art wird eine concurrirende Klage genennt, actio concurrens; die übrigen Klagen hingegen heißen nicht concurrirende oder einzelne Klagen, actiones non concurrentes, actiones solitariae. Das Wesen der Concurrenz der Klagen besteht nun 1) darin, daß mehr als eine Klage, z. B. zwey, drey Klagen, sie mögen von gleicher, oder von verschiedner Beschaffenheit seyn, nämlich entweder lauter Petitorienklagen, oder bloße Possessorienklagen, oder zu beyden Arten gehören; sie mögen auf eine einzige oder auf mehrere Anforderungen gehen, angestellt werden können [b]). Es ist 2) nöthig, daß diese Klagen von einem und ebendemselben Kläger, solcher mag eine einzelne Person seyn, oder aus Streitgenossen bestehen, angestellt werden können. Es müssen 3) mehrere Klagen seyn, welche von dem nämlichen Kläger wider einen und ebendenselben Beklagten gebraucht werden dürfen. Darauf wird hier nicht gesehen, a) ob sie in einem Klageschreiben zugleich gebraucht werden können oder nicht, auf welchen Umstand es zwar bey der Klagenhäufung ankommt, aber nicht bey der Concurrenz der Klagen. Man nimmt auch b) darauf nicht Rücksicht, ob wegen des wirklichen Gebrauchs der einen von den concurrirenden Klagen, die übrigen nun nicht weiter gebraucht werden dürfen, oder ob dieses noch erlaubt ist. Es kommt endlich c) dabey nicht in Betrachtung, ob sie, ohne solche in einer einzelnen Klageschrift

anzu-

b) L. 10. D. de act. emti vend. L. 5. D. de fideiuss. L. 29. L. 32. L. 34. D. de obligat. et act. L. 2. pr. D. de priuat. delict. L. 56. D. de furt. L. 130. D. de reg. iur.

anzubringen, zu gleicher Zeit gebraucht werden dürfen, oder nicht.

Schon der römische Rechtsgelehrte **Paulus** hat eine Abhandlung de concurrentibus actionibus geschrieben, wie man aus der Ueberschrift der L. 34. D de oblig. et act. und der L. 98. D. de furt. sieht, und in unsern Zeiten haben mehrere Rechtslehrer c) diese schwere Materie bearbeitet. Vor allen Dingen ist hier zu bemerken, daß die Concurrenz der Klagen in eine objective und in eine subjective Concurrenz mehrerer Klagen eingetheilt werden muß. Die erstere hat blos in Rücksicht auf die streitenden Theile statt, welchen, oder wider die solche zustehen; die letztere aber bezieht sich auf den streitigen Gegenstand selbst, und dessen Rechtsgrund.

Was die objective Concurrenz mehrerer Klagen betrifft, so ist solche alsdenn vorhanden,

1) wenn der nämlichen Anforderung wegen von einem Kläger, mehrere Klagen, wider verschiedene Beklagte gebraucht werden können. Wer z. B. mit einem Schiffsfactor in Angelegenheiten der ihm anvertrauten Geschäfte, einen Contract geschlossen hat, kann wählen, ob er gegen ihn aus diesem Contract klagen, oder ob er den Eigenthümer des Schiffes durch die actio exercitoria

c) Cuiacii Obs. Lib. VIII. c. 24. Hotomann. in quaest. illustr. qu. 28. Iac. Gothofred. in comment. ad L. 43. et 130. D. de reg. iur. Donellvs in comment. iur. ciuil. Lib. XXI. c. 3. Vincent. Cabotivs in var. iur. publ. et priuati disput. Lib. I. c. vlt. in Thes. Meerm. Tom. IV. p. 615. Mendoza ad L. Aquil. Lib. III. c. 1. 2. et 3. in Thes. Meerm. T. II. Ios. Averani interpr. Lib. III. c. 14. et 15. Finestres in D. de concurr. act. ad L. 32. D. de obl. et act. in *Eius* Hermog. T. I. p. 601. a Vianen in Disp. de conc. actionum, in Oelrichs Thes. nou. Vol. I. T. 1. nr. 4. p. 259. Ach. Lud. Car. Schmidt in comment. de conc. act. Ien. 1753. 4. Io. Fr. Meisner D. de conc. et cumul. actionum, Gött. 1794.

belangen will [d]). Wer bey den Römern mit einem der väterlichen Gewalt unterworfenen Sohne, in Rücksicht auf sein Peculium, einen Contract geschlossen hatte, konnte gegen ihn aus dem Contract, und gegen den Vater actione de peculio klagen [e]). Mehrere solche Fälle kommen in der L. 76. §. 1. D. de furt., in der L. 6. §. fin. D. naut. caup. et stabul. vor.

2) Andere Klagen dieser Art sind so beschaffen, daß sie von **mehrern** Klägern, aus einerley verbindlichen Handlung, wider **einen** Beklagten angestellt werden dürfen. So hatten bey den Römern bisweilen, wegen einerley Injurie, **drey** ganz verschiedne Injurienklagen statt, ohne daß die eine die übrigen ausschloß. Wenn eine Ehefrau, die noch filiafamilias war, injurirt worden, so konnte nicht nur sie selbst, sondern auch ihr Vater und ihr Mann, wider den Injurianten eine Injurienklage anstellen [f]); und nach dem §. 2. Inst. de iniur. konnte die Injurienklage gar von **vier** Personen gebraucht werden, nämlich alsdenn, wenn der Ehemann selbst noch ein filiusfamilias war, in welchem Falle auch der Schwiegervater die Injurienklage brauchen durfte.

3) Es giebt Klagen dieser Art, wo mehrere Klagen von verschiednen Klägern wider verschiedne Beklagte angestellt werden können. Wenn z. B. mehrere Pupillen, die noch in ungetheilter Gemeinschaft des väterlichen Vermögens leben, zwey Vormünder haben, welche die Vormundschaft gemeinschaftlich führen sollen, so kann jeder von ihnen die Vormundschaftsklage wider solche brauchen [g]).

Von

d) L. 1. §. 17. D. de exerc. act.

e) L. 44. D. de peculio L. 57. D. de iudiciis. Petr. FABER in Semestr. Lib. 1. c. 12.

f) L. 1. §. fin. L. 18. §. 2. D. de iniur. L. 41. D. et L. 2. C. eod.

g) L. 9. pr. D. de transact. L. 5. C. arbitr. tutel.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0060
DFG

Von der Natur der objectiven Concurrenz derjenigen Klagen, welche von einem Kläger wider ebendenselben Beklagten gebraucht werden können, ist zu bemerken, daß sie ebenfalls verschiedener Art sind. Entweder gehen diese mehreren Klagen auf ganz verschiedne Gegenstände und Zwecke, dergestalt, daß keine die andere ausschließt, sondern jede davon besonders angestellt werden kann, oder diese Klagen sind nicht so beschaffen. Im ersten Falle nennt man die Concurrenz der Klagen eine cumulativische. Diese ist vorhanden,

1) wenn mehrere Klagen aus der nämlichen Quelle entstehen, oder doch wenigstens durch ein gewisses Hauptfactum veranlaßt worden sind, wenn sie auch an sich einen verschiednen Grund haben sollten, und sie gehen dabey auf ganz verschiedne Zwecke. In der L. 32. D. de oblig. et act. heißt es: cum ex vno delicto plures nascuntur actiones, sicut euenit, cum arbores furtim caesae dicuntur, omnes experiri permitti, *post magnas varietates obtinuit.* Diese Worte beweisen, daß die römischen Rechtsgelehrten über die Frage: in wie fern die eines Verbrechens wegen statt habenden verschiednen Klagen, neben einander gebraucht werden könnten, verschiedner Meynung gewesen sind, welche Verschiedenheit der Behauptungen in der L. 34. pr. D. de obl. et act. vom Paulus erzählt wird, wo er den Fall entscheidet, wenn ein fremder Sclave von Jemandem injurirt worden, in welchem Falle zwey Klagen gebraucht werden konnten, nämlich die Injurienklage und die Klage aus dem Aquilischen Gesetz. Einige Rechtsgelehrte behaupteten, beyde Klagen concurrirten nur electivisch, das heißt, wenn die eine dieser Klagen von dem Herrn des beleidigten Sclaven bereits angebracht worden sey, so dürfe die andere nicht mehr angestellt werden. Diese Behauptung mißbilligte Paulus, und war nebst dem Ulpian h) der

h) L. 15. §. 46. D. de iniur.

Meynung, beyde Klagen dürften gebraucht werden. Ulpian führt den richtigen Grund an, quia *altera* actio ad damnum pertineret iniuria datum, *altera* ad contumeliam, adeoque duae sunt aestimationes, womit auch die L. 5. §. 1. D. ad Leg. Aquil. übereinstimmt. Paulus war jedoch in der L. 34. D. de oblig. et act. der billigen Meynung, der Kläger müsse sich bey der andern Klage das anrechnen lassen, was er schon durch die zuerst gebrauchte bekommen hatte, wie die Worte anzuzeigen scheinen: rationabilius est, eam admitti sententiam, vt liceat ei, quam voluerit actionem, prius exercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc exequi i). Endlich nahm man die Meynung in den Gerichten auf, daß alle aus einem Verbrechen entspringenden Klagen gebraucht werden könnten, ohne daß die eine die andere ausschließe k).

Unter die hierher gehörenden Klagen gehören auch folgende. Bey den Römern konnte wegen eines begangenen Diebstahls, nicht nur die condictio furtiua gebraucht werden, sondern auch die actio furti, ohne daß die eine Klage die andere ausschloß; denn durch die condictio furtiua suchte man die gestohlne Sache, durch die actio furti aber eine Privatstrafe, wie §. 19. Inst. de oblig. quae ex delict. L. 7. §. 1. D. de cond. furt. und L. 54. §. 3. D. de furt. beweisen. So concurrirte auch die actio furti mit allen aus einem Contract entstehenden Klagen, cumulativisch, wenn von der Sache ein contractswidriger Gebrauch gemacht worden, wie die Beyspiele

i) a VIANEN in Diss. cit. c. 3. §. 5.

k) L. 32. D. de oblig. et act. §. 1. Inst. si quadrup. paup. fec. dic. L. 20. C. de furt. AVERAN. Interpr. Lib. III. c. 14. RAGVEL in comment. ad Const. et Decis. Iustin. Lib. VI. p. 392.

spiele an der actio commodati l), locati m), mandati n), depositi o), pro socio p) und andern Klagen beweisen. Wenn gleich die Klage aus dem Contract, und die actio furti eine verschiedene causam specialem haben, so gründen sie sich doch auf einerley Hauptfactum, nämlich die diebliche Entwendung. Es gab Fälle bey den Römern, wo eine und eben dieselbe unerlaubte Handlung, wegen der dabey vorkommenden besondern Umstände, mehrere Verbrechen ausmachte, folglich hatten hier auch verschiedne Klagen statt. Dieser Fall kam z. B. bey der Verführung eines fremden Sclaven zur Dieberey vor, wo sowohl die actio furti, als die actio serui corrupti statt hatte q), weil hier zwey besondere Verbrechen vorhanden waren und mit einander concurrirten, nämlich der Diebstahl und die Verschlimmerung des Sclaven, die aber doch nur von einer bösen Handlung herrührten, nämlich von der Verführung des Sclaven. Andere Beyspiele werden in der L. 14. §. 1. D. de praescr. verb. L. 6. pr. D. ad Leg. Iul. de adult. angeführt. Gleichergestalt concurrirten bey den Römern, die aus einem Verbrechen herrührenden Criminal- und Civilklagen cumulativisch, da die erstern auf die öffentliche Bestrafung giengen, durch die letztern aber nur Privatsatisfaction gesucht wurde, folglich schloß die eine Klage die andere nicht aus r). Auf diese Art concurrirten die actio termini moti, und das iudicium finium regundorum, wie man

l) L. 5. §. 8. D. commod. L. 54. §. 1. D. de furt. Forner. rerum quotid. Lib. I. c. 23. in Otton. Thes. T. II.

m) L. 46. D. pro socio L. 42. D. locati.

n) L. 22. §. 7. D. mand. L. 7. C. de furt.

o) L. 29. pr. D. depositi, Bynckersh. Lib. VIII. Obs. c. 5.

p) L. 45. D. pro socio, Pavli rec. Sent. Tit. XXXI. §. 26.

q) L. 11. §. 2. D. de seruo corr.

r) Finestres l. c. Sect. II. in Hermog. p. 687. sqq.

aus der L. 4. §. 4. D. fin. reg. sieht; desgleichen die actio ex Lege Cornelia testamentaria wegen eines verfälschten letzten Willens und das Interdict de tabulis exhibendis [s]).

2) Sind mehrere widerrechtliche Handlungen bey einerley Gegenstande vorgenommen worden, so veranlaßt dieser Umstand eine Concurrenz von Klagen, davon keine die andere ausschließt, wie die L. 130. D. de reg. iur. und die L. 60. D. de oblig. et act. beweisen, wo der Satz vorkommt: nunquam actiones praesertim poenales de eadem re concurentes alia aliam consumit [t]). Auch macht Ulpian in der L. 2. D. de priuat. delict. folgende Bemerkung: numquam enim plura delicta concurrentia faciunt, vt vllius impunitas detur: neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam. Qui igitur hominem subripuit, et occidit: quia subripuit, furti; quia occidit, Aquilia tenetur. Neque altera harum actionum alteram consumit. Es scheint zwar jener Regel die L. 53. pr. D. de obl. et act. entgegen zu stehen, wo es heißt: plura delicta in vna re plures fine admittunt actiones: sed non posse omnibus vti, probatum est. Diese Worte enthalten aber blos den Gedanken, man könne die mehrern Klagen nicht immer mit der Wirkung brauchen, daß man durch jede davon das Ganze erhalte, sondern wenn die concurrirenden Klagen, z. B. unter die gemischten Pönalklagen gehörten, wodurch theils der Werth der Sache, theils eine Strafe gefordert werde, so müsse man sich den Werth der Sache, den man durch die eine Klage bereits vergütet erhalten, abrechnen lassen, wenn man auch die andere Klage angestellt

s) L. vn. C. quando ciuil. actio crim. praeiud. L. 3. §. 6. D. de tab. exhib.

t) Iac. CVIACIVS ad L. 130. D. de reg. iur. et in Obseruat. Lib. VIII. c. 24. Pet. FABER et Iac. GOTHOFR. ad h. l. CABOTIVS in Disp. Lib. I. c. 30. in THES. MEERM. Tom. IV. p. 616. a VIANEN in Disp. cit. c. 3. §. 6.

stellt habe, weil es wider die Billigkeit sey, eine und eben dieselbe Sache zweymal zu fordern [u]). Andere Rechtslehrer [x]) sind der Meynung, dieses Gesetz handele von einer unzuläßigen Cumulation. Darin stimmen aber die Ausleger der L. 53. überein, daß sie blos von einem solchen Falle handele, wo die mehrern Verbrechen aus einer und ebenderselben Handlung herrühren; denn dieses müsse man bey den Worten in vna re denken [y]). Noch verdient bemerkt zu werden, daß die angeführte Regel, aus dem §. 1. Inst. si quadrup. pauper. fecisse dicatur erklärt werden muß, und dadurch zu verstehen gegeben worden, daß diejenigen Klagen, welche durch die ältern, besonders durch die Gesetze der zwölf Tafeln eingeführt worden, keinesweges durch die nachher eingeführten neuern Klagen abgeschafft sind, sondern daß es von der Wahl des Klägers abgehangen, ob er die alte oder die neue Klage brauchen wolle. Dieses fand zwar vorzüglich bey Pönalklagen statt, jedoch aber bey diesen nicht allein, sondern auch bey andern blos persecutorischen oder gemischten Klagen [z]).

Eine andere cumulative Concurrenz der Klagen kommt 3) alsdenn vor, wenn mehrere auf verschiedne Gegenstände gerichtete Klagen, aus verschiednen erlaubten Geschäften herrühren. Man nehme den Fall an, es ist Jemand dem Andern eine besondere Summe aus dem Darlehn schuldig, eine andere aus dem Kaufcontract

u) Hugo DONELLVS in comment. iur. ciuil. Lib. 21. c. 3. in fine.

x) FINESTRES in Diss. cit. P. I. §. 25. in Hermogen. p. 612.

y) DONELLVS l. c. n. 60. p. 1192. CVIACII Obs. Lib. VIII. c. 24. CABOTIVS l. c. p. 616. a VIANEN Diss. cit. c. 2. §. 10.

z) Ger. PAN in D. ad regulam iuris, quae extat in L. CXXX. D. de reg. iur. Lugd. Bat. 1786. 4. Herr HM. Glück im Comment. Thl. 4. in der Vorrede.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0065
DFG

und wieder eine andere aus einem Pachtcontracte. Hier entstehen die dreyerley Ansprüche und die deswegen statt habenden Klagen aus dreyerley ganz verschiednen Geschäften, welche alle erlaubt sind, und die auf diese Art zusammen kommenden Klagen bewirken eine **cumulative Concurrenz** im uneigentlichen Verstande [a]).

Was den andern S. 3 bemerkten Fall anbetrifft, wo nämlich die mehrern, einem Kläger wider den nämlichen Beklagten zustehenden, Klagen auf einen und denselben Gegenstand oder Hauptzweck gerichtet sind, so müssen hier wieder zwey Fälle unterschieden werden. Es sind nämlich die concurrirenden Klagen entweder so beschaffen, daß eine die andere ausschließt, und folglich der Kläger nur durch eine seine Befriedigung erhalten kann, oder ihre Beschaffenheit ist diese, daß, wenn gleich die eine bereits gebraucht worden, die andere nichts desto weniger noch gebraucht werden kann. Im ersten Falle wird die **Concurrenz eine elective**, im andern aber eine **successive** genennt. So concurriren z. B. die actio commodati und die condictio furtiua **electivisch**, wenn der Commodatar die ihm geliehene Sache veruntraut hat, wie man aus der L. 34. §. 1. D. de oblig. et act. der L. 16. D. de cond. furt. und der L. 71. pr. D. de furt. sieht, in welchem letzten Gesetz unter der actio furti die condictio furtiua verstanden werden muß [b]). Auf gleiche Weise concurriren electivisch die Reivindication und die condictio furtiua [c]), die actio Legis Acquiliae und ex contractu.

a) SCHMIDT in cit. comment. Sect. IV. a VIANEN l. c. c. 3.

b) CVIACII Obseru. Lib. XVII. obs. 12. van de WATER in Obseruat. Lib. III. c. 4. p. 267. LABITTVS in vsu indic. Pand. c. 4. §. 1. a VIANEN in Diss. cit. c. 3. §. 2. in fine.

c) §. fin. Inst. de oblig. quae ex delict. L. 7. §. 1. D. de cond. furt.

tractu [d]). Eben dieses ist Rechtens bey der Reivindication, der actio ex stipulatu, und hypothecaria, wegen der Zurückforderung des Heyrathsguts [e]). Bey Vermächtnissen bestimmter Sachen, hat die Reivindication, die actio personalis ex testamento, und die actio hypothecaria electivisch statt [f]). Man sieht ferner aus diesen Beyspielen, daß es bey einer electivischen Concurrenz der Klagen nicht darauf ankommt, ob die Klagen aus einerley oder aus verschiedenen Gründen herrühren, wenn solche nur einerley Gegenstand betreffen, und auf einerley Endzweck gerichtet sind. So kommt z. B. die dem Vermächtnißnehmer zuständige Reivindication aus dem gesetzlichen Eigenthumsrechte, welches der Legatar gleich nach dem Tode des Erblassers erwirbt [g]); die actio personalis ex testamento aus dem Quasi-Contract der Erbschaftsantretung [h]); und die actio hypothecaria aus dem stillschweigenden Pfandrechte, welches nach einer Verordnung des Justinians auf denjenigen Sachen haften soll, welche der Erbe bekommt, der das Legat auszahlen soll [i]). Die electivisch concurrirenden Klagen können daher auch bey ihrem übereinstimmenden Endzweck von ganz verschiedener Wirksamkeit seyn. Wie bekannt hat, gegen den Schuldner, der seinen Gläubiger wegen des erhaltenen Darlehns eine Hypothek ertheilt hat, die condictio certi ex mutuo und die hypothekarische Klage statt. Der übereinstimmende Endzweck beyder Klagen besteht darin, daß der Gläubiger dadurch zu seiner Befriedigung zu

d) L. 7. §. 8. L. 18. L. 27. §. 11. L. 42. D. ad L. Acquil. L. 7. §. 1. L. 10. §. 1. D. commod.

e) L. 30. C. de rei vindic. §. 29. Inst. de act. L. 1. C. de rei vxor. act.

f) L. 1. C. communia de legat. L. 76. §. 8. D. de legat. II.

g) L. 80. D. de legat. II.

h) §. 5. Inst. de oblig. quae quasi ex contr.

i) L. 1. C. commun. de legat.

zu kommen sucht; allein sie sind von verschiedner Wirkung. Bey der condictio certi ex mutuo besteht der Grund der Klage in einem blossen persönlichen Rechte des Gläubigers, welches dahin gehet, daß der Schuldner das Anlehn bezahle, hingegen bey der hypothekarischen Klage hat der Gläubiger ein dingliches Recht, und nach solchem muß ihm die Hypothek zu seiner Befriedigung eingeräumt werden. Mehrere Beyspiele von dem concursu actionum electiuo kann ich der Kürze wegen nicht anführen; man findet sie aber in verschiednen Schriften k).

Bey der successivischen Concurrenz der Klagen, kommen Klagen vor, deren Grund, warum sie der Kläger anstellen kann, sehr verschieden ist. Es kann dieser Grund

1) darin bestehen, daß die Beschaffenheit der Klage es schlechterdings nicht verstattet, sie zum zweytenmal zu brauchen, wenn sie der Kläger schon einmal angestellt hat. So sind die Erbtheilungsklage, oder das iudicium familiae erciscundae, und die gemeine Theilungsklage, oder das iudicium communi diuidundo, bey einerley Erbschaft actiones successiue concurrentes. Eine Erbschaftsvertheilung kann ihrer Natur nach nur einmal geschehen, folglich darf auch die darauf gehende Erbtheilungsklage nur einmal angestellt werden. Findet sich in der Folge noch etwas von der Erbschaft, welches ebenfalls getheilt werden muß, so muß deswegen die gemeine Theilungsklage gebraucht werden l).

2) Eine andere Ursache, warum der Kläger gewisse Klagen successiue brauchen muß, kann darin bestehen, daß die Hauptklage nicht eher gebraucht werden darf, als bis erst eine andere präparatorische Klage angestellt

k) a VIANEN in diss. cit. c. 2. SCHMIDT in comment. cit. Sect. II. med. I. 2. Franc. ALEF D. de electiuo, quem vocant, actionum concursu, Heidelb. 1757.

l) L. 20. §. 4. L. 44. pr. D. famil. erciscr. L. 4. §. 2. D. commun. diuid.

gestellt worden. Auf diese Art concurrirt die actio ad exhibendum mit verschiednen Hauptklagen. Man nehme den Fall an, es hätte mir Jemand sein bestes Reitpferd vermacht, und mir sogar die Wahl zugestanden. Der Erbe weigert sich, mir alle zur Erbschaft gehörende Reitpferde vorzuzeigen, um mir das Beste aussuchen zu können. In diesem Falle muß ich wider den Erben erst die actio ad exhibendum anstellen, damit ich sodann die Klage aus dem Testament auf die Ablieferung des Pferdes übergeben kann [m]). Auf gleiche Weise concurriren successivisch die actio ad exhibendum und die Reivindicationsklage, die Klage auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und die Erbschaftsklage; desgleichen die Erbtheilungsklage und die Erbschaftsklage [n]); die Erbtheilungsklage [o]) und die Reivindication, wenn nämlich demjenigen, der die Theilung einer gemeinschaftlichen Erbschaft oder andern Sache verlangt, und nicht im Besitz derselben ist, die Einrede entgegengesetzt wird, daß ihm kein Miterbschaftsrecht oder kein Miteigenthumsrecht zustehe.

Nachdem gezeigt worden, was eine Concurrenz mehrerer Klagen sey, und auf wie verschiedne Weise die Klagen mit einander concurriren können, so sollen nunmehr die Grundsätze von der **Cumulation** der Klagen oder der Klagenhäufung vorgetragen werden. Die Rechtslehrer haben lange darüber gestritten, ob diese processualische Handlung schon bey den Römern vorgekommen sey. Die mehresten Rechtslehrer [p]) behaupten, das römische

Formu-

m) L. 3. §. 6. D. ad exhib.
n) L. 1. §. 1. D. fam. ercisc.
o) L. 18. D. de excepr.
p) VOET ad Pand. h. t. n. 14. WISSENBACH in Exercit. ad Pand. Disp. VIII. th. 19. CHARONDAS in verisf. Lib. III. c. 17. GIPHANIVS in antinom. iur. ciuil. lib. IV. Disp. 41. n. 27. I. H. BOEHMER de action. Sect. II. §. 1. Herr HR. Schmidt von Klagen, §. 104. und Herr Prof. Schmidt über diese Stelle, Thl. 1. S. 159.

Formularwesen habe keine Verbindung mehrerer Klagen in einem Proceß verstattet. Darauf antworten aber andere Rechtslehrer, nicht zu gedenken, daß die Klageformeln in neuern Zeiten abgeschafft worden, folglich dieser Umstand die Klagenhäufung nicht hindern können, so läßt sich der Gebrauch der Klagenhäufung bey den Römern, theils durch Stellen aus den römischen Schriftstellern, theils durch Gesetze beweisen q). Man wollte nur nicht, daß zwey verschiedene Klagen von einerley Endzweck, um der nämlichen Sache willen, gebraucht werden sollten r), wie man aus der L. 76. §. 8. D. de legat. II. L. 43. §. 1. D. de reg. iur. und der L. 6. D. de except. rei iud. sieht, wo es heißt: singulis controuersiis singulas actiones, vnumque iudicati finem sufficere, probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem: maxime si diuersa pronunciarentur. Man kann also für wahr annehmen, daß die Verbindung mehrerer Klagen von verschiednem Endzweck vor dem nämlichen Richter, bey den Römern ebenfalls erlaubt gewesen. Es stand sogar bisweilen dem Kläger frey, mehrere Klagen einerley Endzwecks in einem Klagschreiben alternativisch zu verbinden, nämlich alsdenn, wenn es zweifelhaft war, was eigentlich für eine Klage gebraucht werden sollen, oder welche für den Kläger die vortheilhafteste seyn möchte. In der L. 1. §. 4. D. quod legat. heißt es: quoties incertum est, quae potius actio

q) QVINCTILIANVS in Instit. orat. Lib. III. c. 10. L. 11. pr. D. de iurisd. L. f. C. de annal. except. Ital. contr. tollend. L. 25. §. 3. 4. D. fam. ercisc. L. 52. §. 14. D. pro socio L. 10. D. de act. emti vend.

r) SCHVLTING ad Pauli Sent. rec. Lib. 5. tit. 33. §. 5. not. 22. in Iurispr. anteiust. p. 532. HVBER ad Pand. h. t. §. 7. SCHVLTING ad Pand. h. t. §. 7. DONELLVS in comment. iur. ciuil. Lib. XXI. c. 3. n. 30. sq. Herr HR. Claproth im Proceß, Thl. 2. §. 113.

actio teneat, duas dictamus, proteſtati, ex altera nos velle conſequi, quod nos contingit, und hierauf bezieht ſich wahrſcheinlich Seneca [s]), welcher ſchreibt: plura proponere eſt tutius, ne vna definitio parum rem comprehendat, et, vt ita dicam, formula excidat. Uebrigens gehörte es zum Amte des Richters, bey einem ſolchen Falle dasjenige zuzuſprechen, was die vortheilhafteſte Klage mit ſich brachte, wie man aus dem §. 4. Inſt. quod cum eo und der L. 41. §. 1. D. de oblig. et act. ſieht, wo folgender Satz vorkommt: ſi ex eodem facto duae competunt actiones, poſtea iudicis potius partes eſſe, vt quo plus ſit in reliqua actione, id actor ferat: ſi tantundem aut minus, *nil conſequatur*, wie am Ende wahrſcheinlich geleſen werden muß [t]), wiewohl andere Rechtslehrer [u]) dieſe Leſeart nicht billigen. Endlich iſt zu bemerken, daß die heutige Praxis bey der Klagenhäufung hauptſächlich auf die Grundſätze des kanoniſchen Rechts gebaut worden iſt [x]).

Die Cumulation der Klagen wird in die **objectiviſche** und die **ſubjectiviſche Klagenhäufung** eingetheilt. Die erſtere iſt diejenige, welche von einem und ebendemſelben **Kläger** wider den nämlichen **Beklagten** gebraucht wird, und die Abſicht derſelben geht dahin, daß der Kläger durch die eine Klage das erlange, was er durch die andere nicht erreichen möchte. Sie beſteht aus zwey Unterarten, nämlich aus der **alternativiſchen Häufung der Klagen**

s) SENECA de clementia Lib. II. c. 3.

t) CVIACII Obſ. Lib. III. c. 25. Lib. XV. c. 23. HOTOMANN. in quaeſt. illuſtr. p. 213.

u) ROBERTVS in rec. lect. Lib. II. c. 25. Iac. RAEVARD. in comment. ad L. 130. D. de reg. iur. MERILLII Variant. ex CVIACIO Lib. III. c. 10. PAGENSTECHER in admonit. Pand. ad tit. de oblig. et act. §. 289. IAVCH in medit. critic. c. 13. p. 183.

x) c. 2. et 6. X. de cauſ. poſſ. et propr. c. 36. in fine X. de teſtib.

Klagen und der schlechthin geschehenen Cumulation der Klagen. Diese letztere hat zur Absicht, durch die sämmtlichen gebrauchten Klagen etwas zu erlangen, folglich wird bey der alternativen Klagenhäufung blos auf die eine von den gebrauchten Klagen im Endurtheil Rücksicht genommen; bey der letztern aber wird über die sämmtlichen gebrauchten Klagen erkannt y). Eine Haupteigenschaft der schlechthin geschehenen Klagenhäufung ist es also, daß der Kläger durch alle von ihm gebrauchte Klagen etwas erlangen will, und zwar entweder auf einmal, oder erst alsdenn, wenn über die eine Klage entschieden ist. Die Klagenhäufung der ersten Art wird die simultanische und die der zweyten die successivische genennt.

Will man von der objectiven Klagenhäufung Gebrauch machen, so ist vor allen Dingen zu untersuchen, ob die stattfindenden Klagen cumulativisch, oder electivisch oder successivisch concurriren. Sind die Klagen so beschaffen, daß sie cumulativisch concurriren, so können sie dergestalt in einem Klageschreiben mit einander verbunden werden, daß sie nicht nur zu gleicher Zeit untersucht, sondern auch durch das nämliche Urthel entschieden werden müssen. Bey einer solchen Klagenhäufung setzt man aber allemal voraus,

1) daß die cumulirten Klagen neben einander bestehen können, folglich dürfen sie ihrer Natur nach nicht so beschaffen seyn, daß die eine Klage mit der andern im Widerspruch steht z); es darf auch durch die verschiednen Klagen eine Sache nicht etwa zweymal gefordert werden. Es geht zwar nach dem kanonischen Rechte an, wie man aus dem c. 2. 6. X. de caus. poss. et propr. sieht, die Petitorienklage mit dem Interdict auf die Erlangung des Besitzes

y) Herr HR. Schmidt von Klagen, S. 82. Ebenderselbe in den öffentlichen Rechtssprüchen, Nr. 93.

z) Herr HR. Schmidt in den öffentl. Rechtssprüchen, S. 620.

Besitzes, den man noch nicht gehabt hat, desgleichen mit dem Rechtsmittel auf die Widererlangung des verlohrenen Besitzes zu cumuliren; wenn aber auf die Erhaltung bey dem zeither ausgeübten Besitze possessorisch geklagt wird, so kann keine Petitorienklage damit cumulirt werden, weil diese der Regel nach von demjenigen angestellt werden soll, der nicht im Besitz ist, die Possessorienklage auf die Erhaltung bey dem zeither ausgeübten Besitze aber von dem Besitzer selbst gebraucht wird, folglich widersprechen diese beyden Klagen einander [a]). Die Römer ließen gar keine Cumulation der Petitorienklage mit der Possessorienklage gelten, sondern wenn über das Recht und den Besitz zu gleicher Zeit gestritten wurde, so mußte der Proceß über den Besitz zuerst entschieden werden [b]); jedoch machte man bey der Confessorienklage eine Ausnahme und gab es zu, daß sie mit dem interdicto retinendae possessionis cumulirt werden durfte, wenn sich der Kläger in der Quasi-Possession der behaupteten Servitut befand [c]). Widersprechend ist es aber, auf eine Wegegerechtigkeit zu klagen, und zugleich auch das Grundstück, worüber der Weg gehen soll, als sein Eigenthum in Anspruch nehmen, da wir die Regel haben: res propria nemini seruit. Gleichergestalt durfte die ästimatorische Injurienklage nicht mit der Criminalklage cumulirt werden, weil jene Klage ebenfalls eine Pönalklage war, Niemand aber wegen einerley Vergehung zweymal bestraft werden soll [d]); jedoch

a) §. 2. Inst. de action. WERNHER Obs. T. I. P. IV. Obs. 118. Hr. RR. Danz im ordentl. Proceß, §. 85. nota a.

b) L. 3. C. de interd. I. H. BOEHMER in Iure Protest. T. I. Lib. II. Tit. XII. §. 1. —5.

c) §. 2. Inst. de action. L. 6. §. 1. L. 8. §. 3. D. si seruit. vindic. de PVFENDORF in Obs. T. II. Obs. 120. a RIEGGER in Instit. iurispr. eccles. P. II. §. 659. G. L. BOEHMER in Princ. iur. can. §. 683.

d) L. 6. et 7. §. 1. D. de in iur. COCCEII iniurs contr. Lib. XLVII. tit. 10. qu. 28.

jedoch geht es an, die Klage auf Wiederruf oder Abbitte und die öffentliche Bestrafung des Injurianten mit einander zu cumuliren e).

2) Wird bey dieser Art der Cumulation vorausgesetzt, daß die cumulirten Klagen nach einerley Proceßart untersucht werden können, folglich geht es nicht an, wenn die eine Klage nach den Grundsätzen des ordentlichen bürgerlichen Processes untersucht werden muß, die andere aber nach den Regeln des Executivprocesses. Als eine Ausnahme muß es betrachtet werden, daß das Petitorium und die Possessorienklage cumulirt werden darf.

3) Dürfen die verschiedenen Klagen nicht vor verschiedene Gerichte gehören, weil es sonst an der Competenz des Richters in Rücksicht der einen oder mehreren Klagen fehlt; sollte aber dieser Fehler durch eine Prorogation der Gerichtsbarkeit verbessert werden können, so ist gegen die Cumulation nichts einzuwenden.

4) Darf die Entscheidung der einen Klage nicht von dem Ausspruch über die andere Klage abhängen; denn in solchen Fällen muß die Präjudicialklage allemal erst untersucht werden, und die andere so lange ruhen f).

5) Darf keine Verwirrung im Proceß dadurch veranlaßt werden. Eben deswegen ist alsdenn, wenn ganz verschiedene Gegenstände eingeklagt worden, und jede Klage auf einem besondern Grunde beruhet, nöhtig, daß die zu jeder Klage gehörende Geschichtserzählung und der Grund der Klage besonders erzählt und sie durch Zahlen oder Buchstaben unterschieden werden g). Sind die ange-

e) Herr GTR. Höpfner im Comment. über die Instit. §. 1070. S. 916. Herr HR. Glück im Comment. Thl. 4. S. 20.

f) L. 13. C. de rei vindic. L. 3. C. de interd. L. 1. C. de appellat.

g) Herr. GJR. Oeltze in der Anleit. zur juriſt. Praxis, S. 104. Herr HR. Schmidt in den öffentl. Rechtssprüchen Nr. 93. §. 1.

angebrachten Klagen sehr weitläuftig, so kann der Richter den Ausspruch thun, daß keine Klagenhäufung vorgenommen werde, z. B., wenn eine sehr weitläuftige Erbschaftsklage mit einer noch weitläuftigeren Societätsklage cumulirt worden [h]). Man hat daher in sehr vielen Proceßordnungen festgesetzt, daß nur drey Klagen cumulirt werden dürfen [i]).

Ich komme auf die Klagenhäufung, wenn die Klagen electivisch concurriren. In diesem Falle soll der Regel nach keine Cumulation derselben vorgenommen werden, weil Klagen dieser Art auf einerley Endzweck und Gegenstand gehen, es aber mit der Billigkeit streitet, einerley Sache zweymal zu fordern [k]). Es geht auch nicht an, den Gegenstand derselben dergestalt zu theilen, daß man durch jede Klage nur die Hälfte der verlangten Sache abforderte. In der L. 76. §. 8. D. de legat. II. heißt es: variis actionibus legatorum simul legatarius vti non potest, quia legatum datum in partes diuidi non potest. Non enim ea mente datum est legatariis pluribus actionibus vti, sed vt laxior eis agendi facultas sit, ex vna interim, quae fuerat electa, legatum petere. In solchen Fällen kann der Kläger von den ihm zustehenden Klagen diejenige wählen, die ihm am vortheilhaftesten zu seyn scheint; daher heißt es in der L. 43. §. 1. D. de reg. iur. — quoties concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine vna quis experiri debet. Diese Stelle ist zwar allerdings von einer unerlaubten Cumulation solcher Klagen zu verstehen, welche electivisch concurriren, jedoch darf sie, wie einige Rechtslehrer [l]) behaup-

h) Herr RR. Danz im ordentl. Proceß, §. 82. nota e.

i) Alte Churfächs. Proc. Ordn. Tit. 5. §. 3. Alte Goth. Proc. Ordn Thl 1. C. 2. §. 3. Altenb. Proc. Ord. Thl. 1. C. 1. §. 5. Neue Goth. Proc. Ord. Thl. 1. C. 2. §. 9.

k) L. 57. D. de reg. iur.

l) Iac. Gothofr. ad L. 43. §. 1. D. de reg. iur. p. 218. Finestres in Hermog. p. 612.

behaupten, nicht allein darauf eingeschränkt werden, sondern der vollkommne Verstand des Gesetzes ist vielmehr dieser, daß man solche Klagen, die einerley Gegenstand betreffen, und den nämlichen Endzweck haben, weder zugleich noch hinter einander anstellen könne [m]). Sollte es zweifelhaft seyn, welche Klage der Kläger wirklich brauchen wollen, so ist es Pflicht des Richters, auf diejenige Rücksicht zu nehmen, die dem Kläger am vortheilhaftesten ist [n]). Hat der Kläger durch die angestellte Klage seinen Endzweck vollkommen erreicht, so darf von den übrigen weiter kein Gebrauch gemacht werden, wie man aus der L. 34. §. 1. D. de oblig. et act. sieht, wo es heißt: si is, cui rem commodauero, eam surripuerit, tenebitur quidem et commodati actione et condictione; sed altera actio alteram perimit, aut *ipso* iure aut *per exceptionem*, quod est tutius. Die angestellte Klage verliert nämlich alle weitere Wirkung, wenn der Kläger dadurch völlig befriedigt worden, und zwar *ipso* iure, wenn sie actio bonae fidei war, quia iudicia bonae fidei propter benignam eorum naturam continent in se *doli mali* exceptionem, ita vt etiam non opposita suppleatur officio iudicis [o]); per exceptionem wird sie hingegen unkräftig gemacht, wenn die Klage unter die actiones stricti iuris gehörte, und zwar muß die exceptio doli gebraucht werden, welche der Prätor deswegen ertheilte, damit sich Niemand unter dem Schein eines Rechts

m) Petr. FABER ad L. 43. §. 1. D. de reg. iur. a VIANEN in Diss. cit. de conc. act. c. 2. §. 1.

n) §. 5. Inst. quod cum eo L. 66. D. de iudic. LEYSER Spec. 494. med. 5. Herr HR. **Schmidt** in den öffentl. Rechtssprr. Nr. 31. §. 3. **Ebendersf.** im Lehrb. von Klagen, §. 63. Herr Prof. **Schmidt** im Comment. Thl. 1. S. 96. Frhr. von **Cramer** in den Nebenst. Thl. 26. Nr. 5. **Ludovici** Civilproc. Cap. 2. §. 25.

o) L. 18. §. fin. D. de pecun. constit. L. 28. D. de act. emti vend. L. 84. §. 5. D. de legat. I. L. 3. D. de relc. vend. L. 38. D. de hered. petit. L. 21. D. solut. matr.

Rechts auf eine unbillige Weise mit dem Schaden des Andern bereichere p). Hat der Kläger durch die gebrauchte Klage nicht Alles erhalten, was er zu fordern berechtigt war, so kommt es darauf an, ob die gebrauchte Klage verworfen worden **oder nicht**, sondern der Kläger hatte nur weniger dadurch erhalten, als er durch die andere ihm ebenfalls zuständige Klage hätte erhalten können. Hier darf er von dieser Klage noch in so fern Gebrauch machen, als er dadurch das noch nicht Erhaltene zu bekommen sucht, es müßten denn die Gesetze dieses ausdrücklich untersagt haben. Jene Entscheidung gründet sich auf die L. 47. pr. D. pro socio und die L. 34. §. fin. D. de obligat. et action., welches letzte Gesetz aus folgenden Worten besteht: — Et hoc in Legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodauero vestimenta, et tu ea ruperis; vtraeque enim actiones rei persecutionem continent. Et quidem post Legis Aquiliae actionem vtique commodati finietur; post commodati, an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur: sed verius est remanere; *quia simplo accedit, et simplo subducto locum non habet*, Habe ich Jemanden Kleider gelehnt, die er beschädigt hat, so concurieren die actio commodati und die actio ex Lege Aquilia **electivisch**. Man nehme nun an, ich hätte die **erste** Klage gebraucht, und durch solche die Bezahlung meiner Kleider erhalten; kann ich nun gleichwohl auch noch die Klage aus dem Aquilischen Gesetze anstellen, und verlangen, daß mir von dem Beklagten so viel nachbezahlt werde, als der Werth der verdorbenen Kleider in-

p) L. 25. D. de admin. tut. L. 3. §. 15. D. de tab. exhib. L. 1. §. 1. D. de doli mali et met. except. CVIACIVS in comment. ad L. 34. D. de oblig. et act. DONELLVS in comment. iur. ciuil. Lib. XXI. c. 3. p. 1190. Petr. FABER ad L. 130. D. de reg. iur. p. 551. FINESTRES in Diss. cit. de concurr. act. P. I. §. 57. 58. et in *Eius* Hermogen. T. I. p. 625. a VIANEN in Diss. de conc. action. c. 2. §. 1.

nerhalb der letzten dreyßig Tage betrug? Die Frage war zweifelhaft, weil beyde Klagen auf den Schadenersatz gehen. Wenn man die gemeine und die Florentinische Leseart für richtig hält, so hat Paulus die bejahende Meynung gebilligt; es scheint aber gleichwohl der von ihm angeführte Grund das Gegentheil zu erkennen zu geben. Deswegen haben mehrere Ausleger q) die Negation in den letztern Worten, locum *non* habet für falsch erklärt, und nach ihrer Meynung muß gelesen werden: locum habet. Andere Rechtslehrer haben dagegen, um den Worten des Paulus allen Widerspruch zu benehmen, anstatt die Negation in den letzten Worten zu verwerfen, noch eine zweyte hinzugesetzt, und sie lesen gar non remanere, ja Accursius bemerkt, es stehe diese Leseart in einigen alten Handschriften r). Mehrere Ausleger haben diese Verbesserungen für unrichtig erklärt und zu beweisen gesucht, daß die Worte des Paulus, schon nach der gemeinen Leseart, und ohne alle Abänderung keinen Widerspruch enthalten; denn Paulus sage weiter nichts, als dieses: die Klage aus dem Aquilischen Gesetz könne allerdings nach der richtigern Meynung auch noch angebracht werden, wenn gleich die actio commodati schon gebraucht worden, und man könne durch jene Klage auf die Bezahlung derjenigen Summe dringen, welche die verdorbene Sache binnen den letztern dreyßig Tagen mehr werth gewesen sey s). Das amplius ist ein Vortheil, den der

q) Cuiacii Obs. III, 25. Hotomann Obs. VIII, 19. Sande ad L. 43. D. de reg. iur. Pothieer in Pand. Iust. T. III. p. 285.

r) Fr. Hortleder in lib. sing. de concursu actionum, c. 8. Forster de interpr. iur. Lib. I. c. 2. n. 15. in Otton. Thes. T. II. p. 961. Donellvs in comment. iur. ciuil. Lib. XXI. c. 3. p. 1192. Ant. Avgvstinvs lib. I. emend. c. 3. Averan. Interpr. Lib. III. c. 15.

s) Robert. in rec. lect. c. 22. et 25. Merillii Obs. Lib. IV. c. 38. Mendoza ad Leg. Aquil. Lib. III. c. 3. n. 13.

Iavch

der Kläger durch die gebrauchte actio commodati noch nicht erhalten hat, folglich fordert er durch die Aquilische Klage nicht noch einmal ebendasselbe, es darf aber freylich bey dieser Klage das Simplum oder der wahre Werth nicht noch einmal verlangt werden, da der Kläger ihn schon bey jener Klage bezahlt bekommen. Auf diese Art hat auch **Ulpian** in der L. 7. D. commod. entschieden.

Wie bereits S. 21 bemerkt worden, haben die Gesetze bisweilen eine Ausnahme von dem zeither erklärten Satze gemacht, und verordnet, daß die andere concurrirende Klage nicht deswegen noch besonders gebraucht werden soll, was der Kläger durch die erste noch nicht erhalten hat. So darf die actio de rationibus distrahendis, wenn sie gleich auf den doppelten Ersatz desjenigen geht, was der Vormund wider seine Pflicht hat unterschlagen wollen, nicht mehr gebraucht werden, wenn der Pupill schon durch die actio tutelae zu dem Seinigen gekommen ist, wie man aus der L. 1. §. 21. D. de tutelae et ration. distr. sieht. Ueber die Ursache dieser Verordnung sind die Rechtslehrer verschiedner Meynung; denn **Cujaz** [t]) z. B. behauptet, es dürfe deswegen nicht geschehen, weil die actio de rationibus distrahendis eine actio mixta arbitraria sey, die anfangs nur als das Einfache, und erst alsdenn, wenn der Beklagte leugnete oder ungehorsam gewesen, auf das Doppelte gebraucht werden können. Andere Rechtslehrer [u]) behaupten, der Grund davon habe darin bestanden, daß beyde Klagen aus der geführten Vormundschaft herrühren; habe also der Pupill schon die Klage wegen geführter Vormundschaft gebraucht, und vermöge solcher

Iavch l. c. c. 13. Finestres in Hermog. p. 617. a Vianen in Diss. cit. c. 2. §. 6.

t) Cviacivs ad L. 130. D. de reg. iur. et in Obseruat. Lib. VIII. c. 24.

u) Voorda in elect. c. 16. p. 149. Maranvs ad tit. de tut. et rat. distrah. Finestes in Hermog. p. 621, a Vianen in Diss. cit. c. 1. §. 9.

das Seinige bekommen, so sey damit die ganze aus der Vormundschaftsführung herrührende Verbindlichkeit getilgt worden.

Was den andern S. 21 angeführten Fall betrifft, wenn nämlich dem Kläger dasjenige, was er durch die zuerst angebrachte Klage suchte, abgesprochen worden, so muß unterschieden werden, ob seine bereits gebrauchte Klage eine **Realklage**, oder eine **Personalklage** war. Im ersten Falle kann immer noch eine andere **Personalklage** gebraucht werden, ohne daß ihm die Einrede des rechtskräftigen Urthels entgegen gesetzt werden darf x). Daher heißt es in der L. 31. D. de except. rei iud. — Paulus respondit, ei, qui *in rem* egisset, nec tenuisset, postea *condicenti* non obstare exceptionem rei iudicatae. In der L. 9. §. 1. de furt. bemerkt **Pomponius**, daß, wenn man gegen den Dieb die Eigenthumsklage angestellt gehabt, aber dadurch die gestohlne Sache nicht wieder bekommen habe, man immer noch die condictio furtiua brauchen dürfe. Ist hingegen die andere Klage auch eine **Realklage**, so kommt es darauf an, ob der Kläger nur einen **allgemeinen** Grund der Klage angeführt, oder zugleich auch den **besondern Rechtstitel** angezeigt hatte, wodurch das streitige Recht erworben worden (Thl. 4. S. 530). Im ersten Falle kann man nicht noch einmal klagen, weil ein allgemeiner Klagegrund, nach dem man eine Sache in Anspruch genommen hat, bey **dinglichen** Klagen alle **besondern** Gründe in sich faßt, wie in der L. 14. §. 2. D. de except. rei iud. bemerkt wird, wo es heißt: cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, *omnes causae una petitione* adprehenduntur. Neque enim amplius, quam semel, res mea esse potest. Ganz anders verhält es sich im zweyten Falle; denn hier hat der Kläger allerdings das Recht, eine andere Realklage, die sich auf einen

x) FINESTRES in Hermogen. p. 644.

nen andern besondern Klagegrund gründet, anzubringen, ohne daß ihm der Gegner die Rechtskraft des vorigen Endurthels entgegen setzen kann, da sich solches nur auf die angebrachte Klage einschränkt; es aber etwas ganz anders ist, wenn man sein behauptetes Eigenthum nunmehr vermöge eines andern Titels verlangt y), wie in der L. 11. §. 4. D. de exc. rei iud. zu verstehen gegeben wird, wo es heißt: caeterum si forte petiero fundum, mox alia causa noua post petitionem mihi accesserit, quae mihi dominium tribuat, non me repellet ista exceptio. Das nämliche ist auch alsdenn Rechtens, wenn Jemand, der nämlichen Anforderung wegen, mehrere Personalklagen aus verschiedenen Rechtsgründen brauchen kann, und er ist mit der einen davon abgewiesen worden. Hier kann er immer noch von den übrigen Gebrauch machen, weil sich persönliche Ansprüche von Realklagen dadurch sehr merklich unterscheiden, daß jene gegen eine einzige Person verschieden und mannichfaltig seyn können, da es viele Ursachen giebt, warum mir Jemand die nämliche Sache schuldig seyn kann, wie es in der L. 14. §. 2. D. de exc. rei iud. heißt: actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt: quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec vlla earum alterius petitio vitiatur. Einige Rechtslehrer z) wollen saepius, oder ex variis causis debeatur lesen. Ein dinglicher Anspruch hat diese Beschaffenheit nicht, sondern ist immer nur einfach; denn was einmal mein ist, kann nicht weiter aus neuen Gründen mein werden, wie Paulus in der L. 159. D. de reg. iur. bemerkt hat, wo es heißt: non vt ex pluribus causis deberi nobis idem

y) Finestres in Hermog. p. 640. Herr Prof. Schmidt im Comment. Thl. 1. S. 94.

z) Hotomann. in quaest. illustr. qu. 28. Io. Iensius in strictur. p. 454.

potest, ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse, welches Gesetz Majansius [a]) vortrefflich erklärt hat. Als ein Beyspiel, wie mehrere persönliche Klagen hinter einander angestellt werden können, kann folgender Fall betrachtet werden. Ein Erblasser legt seinem Erben auf, seiner Ehefrau diejenigen 1000 Rthlr. wieder zu bezahlen, die sie ihm gelehnt habe, und worüber er ihr eine Schuldverschreibung ausgestellt habe. Man nehme an, die Witwe klagte wider den Erben auf die Bezahlung dieser 1000 Rthlr. aus dieser Obligation, sie verlöre aber den Proceß. Darf sie nun wohl die 1000 Rthlr. noch als ein Vermächtniß einklagen? Dieses kann sie, da sich ihre jetzige Klage auf einen ganz andern Klagegrund gründet [b]).

Es ist also die Regel, daß Klagen, welche electivisch concurriren, ihrer Natur nach nicht schlechthin cumulirt werden dürfen. Dagegen kann man aber nicht einwenden, bisweilen dürfe doch wenigstens eine alternative Cumulation dieser Klagen geschehen; denn dieses ist etwas anders. Die alternative Klagenhäufung ist nämlich erlaubt, 1) wenn es ungewiß ist, welche von den mehrern Klagen, die der Kläger brauchen kann, die vortheilhafteste für ihn sey, wie in der L. 1. §. 4. D. quod legat. bemerkt wird. Auf diese Art können cumulirt werden, 1) die simple Erbschaftsklage und die Reivindication, wenn der Erbe nicht weiß, ob der Besitzer einer zur Erbschaft gehörigen Sache sich solche als vermeyntlicher Erbe, oder als vermeyntlicher Eigenthümer anmaßt [c]). Eben dieses ist 2) bey der Reivindication und der Publicianischen Klage Rechtens, wenn der Kläger nicht weiß, ob er den Beweis

a) Majansius in Disp. iur. T. I. Disp. VII. §. 2. 3.

b) L. 28. §. 13. et 14. D. de liberat. legat. L. 93. §. 1. D. de legat. II. L. 11. §. 7. D. de inst. act. L. 9. §. 1. D. de trib. act. Voet ad Dig. Lib. XIV. tit. 4. n. 1.

c) Voet h. t. n. 14. Herr Prof. Schmidt im Comment. Thl. 1. §. 111. Note o. S. 164.

weis des bürgerlichen Eigenthums, oder blos des Prätorischen Eigenthums werde führen können [d]). Auf diese Art kann 3) cumulirt werden die Nichtigkeitsklage und die Querel wegen eines pflichtwidrigen Testaments, wenn ein Testament pflichtwidrig, aus einem andern Grunde aber auch nichtig ist, und der Kläger zweifelt, ob er diesen letztern Fehler werde beweisen können [e]). Eben dieses ist 4) Rechtens bey der Petitorienklage, wenn sie mit einem jeden possessorischen Rechtsmittel cumulirt worden, es mag solches auf die Erwerbung, oder die Erhaltung, oder die Wiedererlangung des Besitzes gehen [f]). So kann 5) die Nichtigkeitsklage und die suppletorische Klage auf diese Art cumulirt werden [g]); desgleichen 6) die Nichtigkeitsklage des Kaufcontracts und das Rechtsmittel gegen die übermäßige Verletzung [h]); ferner 7) die Nichtigkeitsklage und die Bitte um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [i]); desgleichen 8) eben dieselbe Klage und die Retractsklage; nicht weniger 9) die ästimatorische Klage und die redhibitorische Klage; 10) die Klage aus dem Darlehn und die hypothecarische Klage, wenn der Schuldner oder sein Erbe das Pfand besitzt; denn beyde Klagen finden gegen den Schuldner statt, der dem Gläubiger zur Sicherheit des erhaltenen Anlehns eine Hypothek

d) Wernher in Obs. T. II. P. IX. Obs. 23.

e) L. 8. §. 12. D. L. 16. C. de inoffic. testam. Boehmer de actionibus, Sect. III. §. 7. et Carrach in annot. ad h. l. p. 366. Brvnnemann de cumulat. action. Sect. II. c. 5. §. 7. Herr HR. Schmidt in den öffentl. Rechtsspr. S. 627.

f) c. 5. X. de caus. poss. et propr. Boehmer de act. Sect. III. §. 5. Wernher in Obs. T. I. P. IV. Obs. 118. de Pvfendorf in Obs. T. II. Obs. 120.

g) Herr HR. Schmidt in den öffentlichen Rechtssp. S. 620. §. 3.

h) L. 2. C. de resc. emt. vend. Boehmer de action. Sect. III. §. 6. Carpzov in Resp. Lib. II. Resp. 55. n. 4.

i) c. 8. X. de restit. in integr.

thek ertheilt hat [k]). Es darf nämlich II) die angeführte Cumulation auch alsdenn vorgenommen werden, wenn die mehrern electivisch concurrirenden Klagen, bey ihrem übrigens gleichen Endzweck von verschiedner Wirkung sind.

Von der successivischen Cumulation der Klagen macht man alsdenn Gebrauch, wenn die Klagen, welche der Kläger brauchen kann, so beschaffen sind, daß die eine der andern den Weg bahnt, welches bey den sogenannten präparatorischen Klagen und den Hauptklagen der Fall ist [l]). Diesen Grundsätzen gemäß kann die Klage auf die Vorzeigung, oder die actio ad exhibendum, und die Reivindication; die Erbtheilungsklage und die partiarische Erbschaftsklage, wenn nämlich der Kläger nicht weiß, ob ihn der Beklagte für den Miterben anerkenne [m]); die Klage auf die Anerkennung des Kindes und die Erbschaftsklage; die Bitte um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und die Erbschaftsklage; die Zustandsklage, und diejenige, durch welche man das mit dem Zustande verbundene Recht verlangt, mit einander successivisch cumulirt werden. Eben dieses gilt auch von den Klagen wegen des Besitzes und des Rechts, wenn von der Erwerbung, oder der Wiedererlangung des Besitzes die Frage ist; klagt man aber blos auf die Erhaltung des zeither ausgeübten Besitzes, so kann die Klage wegen des Rechtsstandes nicht cumulirt werden, und nur die confessorische Klage macht hier eine Ausnahme, weil diese mit dem Interdict auf die Erhaltung des Besitzes cumulirt werden darf [n]). Es kann auch die summarische und die ordent-

k) Herr Prof. Schmidt im Commentar über die Klagen, Thl. 1. S. 164.

l) L. 13. C. de rei vind. Leyser Spec. 36. med. 5.

m) Herr Prof. Schmidt a. a. O. Thl. 3. §. 624. S. 108.

n) c. 5. 6. X. de causs. poss. et propr. Boehmer in Iure Prot. Lib. II. Tit. XII. §. 1. de Pufendorf in Obs. T. II. Obs. 120. Wernher P. IV. Obs. 118.

ordentliche Besitzklage, oder diese mit einem petitorischen Rechtsmittel, z. B. mit der Negatorienklage in der Absicht cumulirt werden, daß der Richter den Kläger in dem einstweiligen Besitze schütze, damit er während des vielleicht langwierigen Processes über den ordentlichen Besitzstand, oder über das Recht, die Vortheile des Besitzes ruhig genießen möge o). Wegen geschehener successivischer Cumulation solcher Klagen, wovon die eine die Präparatorienklage der andern ist, hat man alsdenn, wenn jene geendigt ist, nicht nöthig, wegen der Hauptsache ein neues Klageschreiben zu übergeben p). Es steht auch dem Kläger das Recht zu, wenn er von dieser Cumulation keinen Gebrauch gemacht, und durch die gebrauchte Klage nicht Alles erlangt hat, was er suchte, noch die andere besonders anzustellen q). Sind die Klagen nicht so beschaffen, daß die eine von der andern eine Präparatorienklage ist, so hat die eine ohne die andere ohne Cumulation nur subsidiarisch statt. Daher darf die Erbtheilungsklage und die gemeine Theilungsklage nicht auf jene Art cumulirt werden, sondern diese Klagen sind nur nach einander allenfalls subsidiarisch zu gebrauchen, wenn etwa einige Erbschaftssachen ungetheilt geblieben seyn sollten r).

Alles, was bisher bemerkt worden, bezieht sich auf eine objectivische Cumulation der Klagen, welche auf dreyerley Weise gebraucht werden kann; nunmehr soll auch noch über die Natur der subjectivischen Klagenhäufung

o) Herr GJR. Gelze in der Anleitung zur juristischen Praxis, S. 101. Berger in elect. proc. poss. §. 41. p. 156. Boehmer l. c. §. 10.

p) L. 13. C. de rei vind. L. 16. 18. 21. D. de except. Leyser Spec. 36. med. 5.

q) Herr HR. Schmidt im Lehrbuch von Klagen, S. 84.

r) L. 20. §. 4. D. famil. erciſc. Herr Prof. Schmidt im angef. Comment. Thl. 1. §. 110. S. 162.

häufung das Wichtigste bemerkt werden, und darunter versteht man diejenige, wenn die Concurrenz der Klagen blos in Absicht auf die streitenden Theile, denen oder wider welche solche zustehen, eintritt. Wenn nun Klagen **subjectivisch** concurriren, so findet nur in so fern eine Klagenhäufung statt, I) als **entweder** diese Klagen aus einerley Grunde herrühren [s]), und die verschiednen Personen, denen sie zustehen, oder wider welche sie angestellt werden können, in einer Gemeinschaft in Ansehung des Rechtsstreits sind, das heißt, für Streitgenossen gehalten werden; II) oder wenn sie in demjenigen Verhältniß stehen, daß der Eine für des Andern Schuld **hauptsächlich** haften muß; denn wenn der Eine blos in subsidium für des Andern Schuld zu stehen verbindlich ist, wenn nämlich der Hauptschuldner bereits ausgeklagt worden, so hat keine solche Cumulation statt. Eben deswegen darf der Hauptschuldner und der Bürge, es müßte denn der Bürge dem beneficio excussionis entsagt haben, der Vormund und die Obrigkeit, welche ihn bestellt hat, nicht zugleich in einem Klageschreiben verklagt werden [t]). III) Kann diese Cumulation gebraucht werden, wenn die Sachen so geringfügig sind, daß es zu viel kosten würde, wegen jeder Forderung einen Proceß anzustellen, und es ist auch keine Verwirrung davon zu befürchten [u]). Hier geschieht auch die Rechtsverfolgung oft vermittelst einer Cession [x]).

Eine **subjectivische** Cumulation der Klagen darf daher gebraucht werden, wenn mehrere Personen auf die nämliche Weise, theils **unmittelbar**, theils **mittelbar** injurirt

s) Voet ad Dig. h. t. n. 14. in fine Carpzov in iurispr. forens. P. I. Const. II. Def. 6.

t) Rivini Enunciata, Tit. 5. Enunc. 5. et 8. Herr Prof. Schmidt im Commentar, Thl. 3. S. 391.

u) Hofmanns teutsche Reichspraxis, Thl. 1. §. 240.

x) Herr GJR. Oeltze in der Anleitung zur juristischen Praxis, S. 99.

injurirt worden sind; denn nun können sie die ihnen zustehende Injurienklage gemeinschaftlich anstellen y). Aus eben diesem Grunde können mehrere Miterben, mehrere Handlungsgenossen, Correalschuldner und Gläubiger zugleich klagen, oder zugleich belangt werden z). Auch können Ehegatten, die in einer Gemeinschaft der Güter leben, in einer Klageschrift zugleich verklagt werden, weil jeder für des Andern Schuld so gut stehen muß, als wenn er solche selbst bewirkt hätte a). Hätten aber mehrere Gläubiger, deren Ansprüche in keiner Verbindung stehen, blos um die Kosten zu ersparen, ihren gemeinschaftlichen Schuldner, wegen ganz verschiedner Ansprüche, in einem einzigen Klageschreiben verklagt, oder ein einziger Gläubiger wollte alle seine verschiednen Schuldner, in einem einzigen Klageschreiben verklagen, so ist dieses eine unerlaubte Cumulation, wogegen exceptio ineptae cumulationis vorgeschützt werden muß b), weil die größte Verwirrung in einem solchen Proceß entstehen würde. Alsdenn ist freylich diese Cumulation nicht für unerlaubt zu halten, wenn die angeführte Einrede nicht vorgeschützt worden, oder mehrere Klagen betreffen geringe Forderungen, aus derern Verbindung keine Verwirrung zu befürchten ist c).

§. 285.

Wir haben uns zeither mit den Grundsätzen von der Beschaffenheit eines Klageschreibens beschäfeigt; es ist

y) L. 18. §. 2. L. 41. D. de iniur. Rivinvs in Enunciat. Tit. 5. En. 2. 3. 4.

z) L. 25 §. 3 4 D. famil. erciſc. Boehmer de action. Sect. III. §. 12. Hommel ad Mencken. doctr. de action. not. 99.

a) Herr Prof. Schmidt im Commentar, Thl. 1. S. 161.

b) Carpzov P. 1. Conſt. 2. Def. 6. Wernher P. I. Obſ. 101. P. VIII. Obſ. 356. P. X. Obſ. 485. Herr Prof. Schmidt a. a. O.

c) Rivinvs in Enunc. Tit. 5. Enunc. 1. et 6.

ist aber noch nichts von der Ausarbeitung desselben gesagt worden, worauf doch ebenfalls viel ankommt [d]). Hierbey unterscheiden die Rechtslehrer die Art und Weise, wie der **Anfang**, der **Vortrag** und der **Schluß**, desselben abgefaßt werden müsse. Ein Klageschreiben hat einen andern **Anfang**, wenn es mit einem so genannten **Präsentationsschreiben** übergeben werden soll, und auf andere Art wird es angefangen, wenn es ohne eine solche Schrift dem Richter überreicht wird. Unter dem **Präsentationsschreiben** versteht man diejenige Schrift, worin der Richter blos um die Annahme der abgefaßten Klageschrift und die Vorladung des Beklagten, damit er sich darauf einlassen solle, gebeten wird, wie die **Formulare** solcher Schreiben [e]) beweisen. Will man nun das **Klageschreiben** mit einem **Präsentationsschreiben** übergeben, so besteht der **Anfang** desselben aus dem Namen des **Klägers**, des **Beklagten** und des **Richters**. Es heißt z. B. rechtliche Klage J. C. Sempronius, **Klägers** an einem, wider F. G. Cajum, **Beklagten** am andern Theile. Vor den wohllöblichen Stadtgerichten allhier, erscheint rubricirter **Kläger**, und bringt klagend an, welcher Gestalt u. s. f. wie man aus den Formularen der auf diese Art ausgearbeiteten Klagen [f]) sieht.

Soll das Klageschreiben dem Richter, ohne ein so genanntes **Präsentationsschreiben** übergeben werden, so besteht der **Anfang** desselben in einer Anrede, wie sie in

d) Herr GJR. **Gelze** in der Anleitung zur juriſt. Praxis, S. 92. Herr HR. **Schmidt** im Lehrbuch von Klagen, S. 66. Herr RR **Danz** im ordentl. Proceß, S. 184.

e) Vollständige Erläuterung des ordentl. Processes, Thl. 1. S. 304. und 308. Herr HR. **Schmidt** im Lehrbuch von Klagen, §. 90. S. 77. und 78.

f) Herr HR. **Schmidt** von Klagen, a. a. O. Hofmanns Modus procedendi, Leipzig 1763. 8. S. 8. Vollständige Erläut. des ordentl. Processes, Thl. 1. S. 308.

in Briefen und Bittschreiben gewöhnlich ist, welch sich nach dem Range des Richters richtet. Wird die Klage einem Amtmann übergeben, welcher Doctor der Rechte ist, so heißt es: Hochedelgebohrner und Hochgelahrter Herr Doctor, Hochgeehrtester Herr Rath und Amtmann. Bey Stadtgerichten großer Städte braucht man folgende Anrede: Hochedelgebohrne, Hoch- und Wohledle, Veste, Großachtbare, Hoch- und Wohlgelahrte, auch Hochweise, und Hochgeehrteste Herren. Bey einer Regierung sagt man: zur Hochfürstlich Altenburgischen hochpreislichen Landesregierung hochverordnete Herren Canzler, Vicecanzler, Räthe und Assessoren, Hochwohl- und Wohlgebohrne, Hochedelgebohrne, Veste und Hochgelahrte, Gnädige und Hochgebietende Herren [g]).

Nach dem Anfange oder Eingange des Klageschreibens folgt der Vortrag der Sache, und dieser faßt die Geschichtserzählung und den Grund der Klage in sich. Hier redet der Kläger in der dritten Person, wenn das Klageschreiben mit einem Präsentationsschreiben übergeben werden soll; will er es aber ohne solches überreichen, so muß die erste Person gebraucht werden, der Kläger mag von sich selbst, oder von dem Beklagten reden. In den vorigen Zeiten pflegten die Advocaten die Geschichtserzählung mit einer Art von Einleitung anzufangen [h]), indem sie z. B. bey Klagen, welche ohne Präsentationsschreiben übergeben werden sollten, sagten: Eurer Wohlgeb. kann klagend nicht verhalten, welcher Gestalt u. s. f.; und in Klageschreiben, die mit dem Präsentationschreiben übergeben werden sollten, hieß es: obrubricirter Kläger bringt klagend an, wasmaßen u. s. f. Solche Vorreden hält man aber heutzutage für überflüssig [i]).

Der

g) Herr HR. Schmidt a. a. Orte. Herrn Prof. Kästners Proceß, S. 41. Herr GJR. Oelze a. a. O. S. 96.

h) Herr HR. Schmidt von Klagen, §. 90.

i) Herr HR. Claproth in der kurzen Vorstellung des ordentl. Processes, S. 19. der 3ten Ausg. Herr RR. Danz

Der Schluß der Klage besteht aus dem Gesuch oder der Bitte, und der nützlichen Clausel, wo solche gebräuchlich ist. Wenn die Klageschrift ohne Präsentationsschreiben überreicht wird, so wird in dem Gesuch das Verlangen des Klägers ausgedrückt, daß der Richter den Beklagten zur Antwort auf die Klage vorladen soll, und wie der Kläger wünscht, daß in der Hauptsache erkannt werden möge. Uebergiebt der Kläger seine Klage mit einem Präsentationsschreiben, so gedenkt er in dem Gesuch nichts von der Citation zur Antwort auf die Klage. Uebrigens pflegt das Gesuch etwas eingerückt geschrieben zu werden, damit es leichter bemerkt wird.

Verschiedne Rechtslehrer nennen die angeführte Beschaffenheit eines Klageschreibens den innern Bau desselben, und davon unterscheiden sie die äußere Einrichtung [k]). Die äußere Beschaffenheit einer Klage richtet sich darnach, ob sie mit einem Präsentationsschreiben übergeben werden soll, oder ohne solches, und ob sie in einem Gericht überreicht wird, wo man den sächsischen Proceß befolgt, oder den so genannten gemeinen teutschen Proceß. In den sächsischen Gerichten werden die Klageschreiben in der Form eines Briefes gebrochen übergeben, und sie bekommen daher auch eine Aufschrift, wie dieses bey Briefen gewöhnlich ist, welche den Namen des Richters enthält. Wenn das Klageschreiben ohne ein Präsentationsschreiben abgefaßt worden, so besteht solches nur aus einer Schrift, worauf der Titel des Richters angeführt werden muß; hat aber der Kläger seine Klage so ausgearbeitet, wie es geschehen muß, wenn sie mit einem Präsentations-

im ordentl. Proceß, S. 184. Klügel D. de libello in Processu ordinario offerendo, Viteb. 1779.

k) Herr GJR. Oelze in der Anleit. zur juriſt. Praxis, S. 92.

tationsschreiben übergeben werden soll, so steht der Titel des Gerichts auf diesem, und auf die Klage wird blos ein Buchstabe oder ein anderes Zeichen geschrieben, worauf sich der Kläger in dem Präsentationsschreiben bezieht.

Klageschreiben, die in Gerichten übergeben werden sollen, wo der gemeine teutsche Proceß befolgt wird, werden in Quart gebrochen übergeben, und bekommen eine Rubrik 1). Von diesen Rubriken verdient überhaupt bemerkt zu werden, 1) daß der Name der Schrift, die übergeben wird, z. B. rechtliche Klagen, darauf angeführt werden muß. Sodann folgen 2) die Namen der Partheyen, und von diesen wird derjenige zuerst genennt, der die Schrift übergiebt, folglich wird bey der Klage der Name des Klägers zuerst angeführt. Wenn gegen die richtige Anzeige der Benennung der Partheyen nichts einzuwenden seyn soll, so muß der Vor- und Zuname, die Bedienung, der Charakter, der Ort des Aufenthalts jeder Parthey genau bemerkt worden seyn. Sollte während des Processes, eine andere Person an die Stelle einer Parthey, den Proceß fortführen wollen, so wird dieses bemerkt, und der Ausdruck gebraucht: nunmehr dessen Erben. Es heißt z. B. rechtliche Klage, Johann Gerhards, Kauf- und Handelsmannes zu Naumburg, Klägers an einem, wider Johann Schiltern, Bürgern und Sattlermeister zu Frankenhausen, Beklagten am andern Theil, nunmehr dessen Erben, Jacob Krumbhar, Kirschnermeister daselbst. Zur rechten Seite unten in der Ecke der Aufschrift, wird die Art des Processes so kurz wie möglich angezeigt, z. B. citationis, womit zugleich der Gegenstand des Processes auf das bestimmteste und kürzeste angeführt zu werden pflegt, z. B. durch die Worte: ein Darlehn betreffend. Gerade gegen über zur linken Seite, führt man die Beylagen mit Buchstaben, oder Zahlen an, indem es z. B. heißt: hat Anlagen, A. B.

1) Herr RR. Danz im ordentl. Proceß, S. 171.

C. wovon A. B. dem Gegentheile bekannt sind. Diese letzte Bemerkung darf man, wie sichs von selbst versteht, nur alsdenn drauf setzen, wenn der Gegentheil die Schrift schon besitzt, welche als Beylage gebraucht worden. Sollte schleunige Hülfe des Richters nöthig seyn, so bedient man sich der Worte: Gefahr bey dem Verzuge. Diese Rubrik wird entweder auf die erste Seite, oder auf die letzte des in Quart zusammen gelegten Bogens geschrieben. Das Absterben der Partheyen und ihre Erben, muß zu der Zeit, da es nach der Proceßordnung geschehen soll, gemeldet werden [m]). Sollte sich ein Dritter in den Proceß mischen, so wird die Aufschrift der Hauptsache nichts desto weniger, nach Beschaffenheit der zu rubricirenden Schrift, gebraucht [n]). Man braucht z. B. die Aufschrift, gemüßigte Protestation an Seiten N. Protestanten. Weiter unten wird gesetzt: zu den Acten N. Klägers, wider N. Beklagten, wegen der Huthungsgerechtigkeit auf der langen Wiese.

Was den Inhalt der Präsentationsschreiben betrifft, so wird der Richter darin ersucht, die beygeschlossene Klage anzunehmen, solche dem Beklagten zuzufertigen, und ihn zur Antwort und Einlassung auf dieselbe unter dem gewöhnlichen Präjudiz vorzuladen, wie die Formulare derselben beweisen [o]). Uebergiebt man die Klage ohne ein Präsentationsschreiben, so wird die an den Richter gerichtete Bitte um Vorladung des Beklagten zur Einlassung auf die Klage, vor dem Gesuch in der Hauptsache angebracht. Man sagt z. B. an Ew. Hochwohl- Wohl- und Hochedelgeb., gelanget daher meine unterthänige Bitte, Beklagten auf einen gesetzmäßigen Termin zur Einlassung und Antwort auf die gegenwärtige Klage nebst deren Bey-

m) R. A. v. J. 1654. §. 99.
n) C. C. G. O. III. 12. 12.
o) Herr HR. Schmidt im Lehrbuch von Klagen, §. 92. Vollständige Erläut. des ordentlichen Processes, Thl. 1. S. 304. und 308.

Beylagen bey Strafe des Eingeständnisses vorladen zu lassen, mir auch davon einige Nachricht zu ertheilen, nachmals aber zu erkennen: daß u. s. f. p).

§. 286.

Sehr oft muß der Beweis der in der Klage angeführten Umstände durch Urkunden geführt werden, und in solchen Fällen pflegt man diese Urkunden der Klage abschriftlich beyzufügen, damit der Richter und der Beklagte von der Richtigkeit der angeführten Umstände überzeugt werde. Man braucht nicht das Original der Urkunde selbst vorzulegen, sondern es ist schon genug, wenn sie abschriftlich übergeben worden; auch ist es hinreichend, blos die zum Beweis dienende Stelle abschriftlich vorzulegen und nicht die ganze Urkunde. Hier ist nun die Frage: ist der Kläger schlechterdings verpflichtet, die Urkunden, woraus er seine in der Klage vorgetragene Geschichtserzählung beweisen will, zugleich mit der Klage abschriftlich zu übergeben, oder braucht er dieses nicht zu thun, wenn er nicht will? Bey den Römern hatte der Beklagte das Recht, in diesem Falle auf die Vorlegung dieser Urkunden zu dringen, damit er durch deren Einsicht in den Stand gesetzt werde, die Beschaffenheit und Rechtmäßigkeit der Klage beurtheilen zu können q). Eine gleiche Verordnung setzte das Cammergericht und die Reichsdeputation zu Frankfurt im Jahr 1644 fest r). Durch den Reichsabschied vom J. 1654. §. 35. wurde es aber blos der Willkühr des Klägers überlassen, ob er seine Urkunde in dem ersten Termin vorlegen, oder schon bey der Klage eine Abschrift beylegen, oder solche erst bey dem künftigen Beweise produciren wollte. Es heißt

p) Herr GJR. Gelze in der Anleitung zur juriſt Praxis, S. 96.

q) L. 1. §. 3. D. L. penult. C. h. t. VOET h. t. n. 16. NOODT h. t. SCHULTING h. t.

r) de MEIERN Acta Comit. Ratisbon. Tom. II. p. 143.

im Reichsabschiede: beneben bleibt einem jeden Kläger unverwehrt, sondern hiemit vergönnt, und zugelassen, auch in seine Willkühr gestellt, ob er die Probatoria, um sein selbst Bestes willen, zu Beschleunigung der Sachen, gleich bey Ausziehung der Processen, oder auch in dem ersten Termin, vornämlich wenn sie in brieflichen Urkunde bestünden, mit Production und Einführung der Klage einbringen, oder sich sonst in andere Wege zum Beweißthum gefaßt machen; oder solches alles dahin, bis der Beklagte mit seiner Verantwortung eingekommen, auf den zweyten Termin verschieben wolle. Diese Verordnung wird von den Rechtslehrern für sehr zweckmäßig erklärt; denn Erstens ist es deswegen vorsichtig gehandelt, daß der Kläger so lange mit den Documenten zurückhält, bis sich der Beklagte auf die ganze Klage eingelassen hat, damit er hieraus erst wahrnimmt, was der Beklagte von der Klage eingestanden oder geläugnet hat. Hätte er die Urkunden schon vorher abschriftlich vorgelegt, so würde dieses vielleicht den Beklagten veranlassen, manche Umstände abzuläugnen, von denen er jetzt gesehen, daß sie aus der vorgelegten Urkunde nicht bewiesen werden könnten, folglich sie der Kläger auf andere Weise darthun müsse. Hierdurch wältzte er aber dem Kläger einen schwerern Beweis auf den Hals, als ohne diese Vorlegung geschehen seyn würde, weil der Beklagte manchen Umstand in der Meynung zugestanden hätte, der Kläger könne solchen beweisen. Zweytens würden böse Beklagte dadurch verleitet werden, alles abzuläugnen, weil sie aus den vorgelegten Urkunden sogleich zu beurtheilen im Stande wären, was der Kläger dadurch nicht beweisen könne; da sie im Gegentheil das Mehreste eingestanden hätten, weil ihnen ihr Gewissen sagte, daß sie mit dem Läugnen nicht durchkommen

s) Herr HR. Glück im Comment. Thl. 4. S. 35. Herr Prof. Schmidt im Commentar über die Klage, Thl. 1. S. 147.

men könnten. Man hat zwar wider diese Gründe eingewendet: die Vorlegung der Urkunden habe den großen Nutzen, daß der Beklagte dadurch in den Stand gesetzt werde, zu beurtheilen, ob er einen Proceß mit Erfolg führen könne oder nicht; auch könne der Richter dadurch voraus hinlänglich unterrichtet werden, was es mit der Rechtmäßigkeit der angestellten Klage für eine Bewandniß habe. Dieser Behauptung steht aber der Umstand entgegen, daß zu dieser Belehrung kein völliger Beweiß nöthig sey, sondern eine bloße Information eben dieses bewirken könne; dazu ist aber die bloße Geschichtserzählung der Klage hinreichend t).

Es ist also die Regel: der Kläger braucht die Urkunden, worauf er den Beweis seiner Klage ganz oder zum Theil gründen will, nicht schon mit der Klage zu übergeben. Diese Regel hat aber, wie dieses bey den mehresten solchen Regeln der Fall ist, mehrere Ausnahmen. Es muß nämlich die Vorlegung der Urkunden bey der Klage geschehen 1), wenn der Kläger sich nicht anders zur Sache legitimiren kann. Das Wesen des Processes beruht zum Theil darauf, daß der Kläger wirklich ein Recht hat, die Klage anzustellen, und der Beklagte braucht sich deswegen nicht eher auf die Sache einzulassen, als bis dieser Umstand berichtigt ist. Klagt also der Kläger wegen einer Sache, von der er selbst gestehet, daß ihm das Recht dazu nicht zustehe, sondern daß solches von einem Andern erworben worden, so muß er sich zur Sache legitimiren, das heißt, im Voraus darthun, wie er das Recht erlangt habe, wegen dieses, seiner Entstehung nach, fremden Rechts zu klagen. Diese Legitimation zur

t) R. A. v. J. 1654. §. 37. LEYSER Spec. 38. med. 5. ITZENSTEIN de vsu recessus Imp. nouiss. in iud. Mogunt. nis, Mogunt. 1787. Obs. I. COCCEII in iure contr. h. t. qu. 9. ibique EMMINGHAVS not. k. REINHARDT ad CHRIST. Vol. I. Obs. 46. WERNHER in lect. comment. h. t. §. 15. MÆLLER ad LEYSER, T. I. Fasc. II. Obs. 147.

Sache ist nöthig, wenn Jemand als Cessionar klagen will, oder als Käufer einer Erbschaft, oder als Erbe; oder er klagt wegen eines Rechts, welches eine gewisse, die Hauptsache selbst zwar nicht betreffende, aber doch diejenige Eigenschaft bey dem Kläger voraussetzt, ohne welche derselbe zu einer Klage von der Art, wie die angebrachte ist, nicht berechtigt ist. Eine Eigenschaft dieser Art ist das Eigenthumsrecht, wenn man wegen einer Realservitut die Confessorienklage angestellt hat. So muß derjenige beweisen, daß er Lehnsherr sey, der auf die Bestrafung der verletzten Lehnstreue klagen will. In allen diesen und gleichen Fällen, muß sich der Kläger gleich im Anfang des Processes zur Sache legitimiren, das heißt, er muß darthun, wie er das Recht erworben habe, und zeigen, daß bey ihm die Eigenschaft wirklich angetroffen werde, ohne welche man die überreichte Klage gar nicht anstellen darf. Soll diese Legitimation durch Urkunden berichtigt werden, so müssen solche gleich bey der Klage vorgelegt werden; denn außerdem steht eine Einrede entgegen, welche den Proceß in seinem Fortgange aufhält u).

2) Erfordert bisweilen die Beschaffenheit der angebrachten Klage die Beylegung dieser oder jener Urkunde, und dieser Fall kommt bey Executivklagen, bey Wechselklagen vor, wo das documentum guarentigionatum oder der Wechselbrief der Klage abschriftlich beygelegt werden muß, weil der Beklagte zur Recognition dieser Documente vorgeladen werden soll x). Bey der Provocation wegen einer verbreiteten nachtheiligen Aussprengung wird erfordert, daß der Diffamat von den Urkunden, wodurch er die angezeigte Diffamation bescheinigen will,

u) Io. Tob. Carrach in D. de vera indole exceptionis legitimationis ad causam, Hal. 1737. §. 9. Herr HR. Gönner in den juriſt. Abhandlungen, Thl. 1. Bamberg 1795. 8. Nr. 6.

x) Herr RR. Danz im summar. Proc., S. 59 und 79.

will, eine gerichtlich beglaubigte Abschrift, oder wenigstens eines gerichtlich abgehörten Zeugens Aussage, wiewohl auch Notariatszeugenverhöre angenommen werden, der Provocationsschrift beylege, weil der Provocant außerdem zu erwarten hat, daß entweder der Richter sein Suchen zur Zeit für unstatthaft erklärt, oder wenn auch dieser diesen Umstand übersehen und zur Antwort auf die Provocation, den Provocaten vorgeladen hätte, dieser sich doch auf die Provocation nicht einläßt, weil er nicht eher dazu verbunden ist, als nach geschehener Bescheinigung der Diffamation [y]).

3) Muß die Abschrift der Urkunde bereits bey der Klage, dem Beklagten vorgelegt werden, wenn er unter die in Gesetzen begünstigten Personen gehört, welcher Fall besonders beym Fiskus eintritt [z]).

4) Schreiben es bisweilen besondere Landesgesetze vor, daß der Kläger die Urkunden, woraus er seine Klage zu beweisen gedenkt, gleich bey Ueberreichung derselben abschriftlich beyzulegen habe. In diesem Falle kann der Beklagte darauf antragen, wenn der Kläger dieses unterlassen haben sollte, ihn so lange nicht zu hören, bis die Urkunden von ihm gehörig producirt worden. Erfolgt diese Vorlegung nicht, so wird der Beklagte von der Instanz absolvirt [a]).

Die vorgetragenen Grundsätze, können bey unsrer heutigen Art Processe zu führen beständig gebraucht werden; es kommen aber in dem gegenwärtigen Titel auch

y) C. C. G. O. Thl. 2. Tit. 27. R. A. v. J. 1654. §. 79. und 83. Herr HR. Danz im summar. Proceß, §. 75. S. 118. Lauhns nutzbarer Gebrauch der Vorlage wider klare Briefe und Siegel, Leipz. 1786. §. 17. 18.

z) Coccejii in iure contr. h. t. qu. 9.

a) Herr HR. Danz im ordentl. Proceß §. 65. a. Herr Prof. Schmidt im Comment. Thl. 5. S. 241. Herr HR. Gönner a. a. O. S. 108.

Bruchstücke aus den Edicten des Prätorts vor [b]), in denen die argentariae mensae exercitores, die auch argentarii, trapezitae, mensarii, genennt wurden, und die mit der Ausleihung und Verwechselung der Gelder öffentliche Geschäfte trieben [c]), desgleichen ihre Erben und Agenten, die unter der Benennung nummularii, collectarii, coactores vorkommen, angewiesen wurden, einem Jeden ihre Rechnungsbücher zur Einsicht vorzulegen, der sich vermittelst Eides legitimiren könnte, daß er sie schlechterdings lesen müsse [d]). Cujacius schreibt: nummularii, coactores, collectarii, minores argentarii sunt, aut maiorum ministri et mercenarii. Per eos namque pecunias cogunt, et, quas coegere, erogant per partes, permutatione, foenore vel qua alia ratione, womit die L. 9. §. 2. D. h. t. verglichen werden muß [e]). Wer auf die Vorlegung dieser Bücher dringen wollte, bediente sich einer Imploration, oder einer postulatio pro Tribunali facta; denn eine actio in factum de edendo konnte in diesem Falle nicht gebraucht zu werden [f]); sondern diese hatte erst alsdenn statt, wenn der Implorat dem Befehl des Prätors, aus Vorsatz oder wegen einer groben Nachlässigkeit keine Folge leistete. Diese Klage gieng auf Ersetzung alles Schadens, den der Kläger dadurch gelitten, als vom Prätor die Vorlegung zwar anbefohlen worden, solche aber nicht geschehen war; denn auf die Leistung des jetzigen Interesse wurde nicht gesehen, es mochte sich dermalen vermehrt oder vermindert haben, wie man

b) L. 4. et sqq. D. h. t. Noodt h. t. Schulting h. t.

c) Io. Gottfr. Sieber in Diss. I. et II. de argentariis, Lipsi. 1737 et 1739. Hubert in D. I. et II. de argentariis veterum, in Oelrichs Thes. Vol. II. T. I. n. 1 et 2. Püttmann Elector. iur. ciuil. Obs. II. Lipsi. 1795.

d) L. 6. §. 2. L. 9. §. 3. D. h. t.

e) Cuiacii Obs. Lib. X. c. 14. Pothier in Pand. Iust. h. t. Art. III. nr. XX. not. f.

f) Voorda in Interpr. Lib. 3. c. 8.

man aus der L. 8. §. 1. D. h. t. sieht, wo es heißt: is autem, qui in hoc Edictum incidit, id praestat, quod *interfuit mea*, rationes edi, *cum decerneretur a Praetore:* non quod hodie interest; et ideo licet interesse desiit, vel minoris vel pluris interesse coepit, locum actio non habebit, neque augmentum neque deminutionem. Die Lesart dieser letzten Worte ist streitig; denn Anton Faber hält das Wort locum für einen unrichtigen Zusatz, da es heißen müsse: actio non habebit neque augmentum neque deminutionem; Bachov aber will lesen: locum actio habebit neque ad augmentum neque ad deminutionem. Voorda erklärt beyde Lesarten für unrichtig, und nach seiner Meynung, wobey er sich auf die Basilica Lib. VII. Tit. 18. c. 8. gründet, soll es heissen: locum actionem habere; et neque augmentum, neque deminutionem [g]). Wie viel als Interesse durch die actio in factum gefordert werden konnte, sieht man aus der L. 10. §. 3. D. h. t. welche Stelle von mehrern Auslegern [h]) vortrefflich erklärt worden. Uebrigens konnte diese Klage nicht länger als ein Jahr angestellt werden; sie hatte auch nicht gegen den Erben statt, er mußte denn aus seiner eigenen Handlung verklagt werden können; z. B. deswegen, weil er die Rechnungsbücher seines Erblassers wirklich besaß, und sich gleichwohl weigerte, solche zur Einsicht vorzulegen, oder er hatte solche aus Gefährde zu besitzen aufgehört [i]).

Vermöge des heutigen Gerichtsgebrauchs, kann die actio in factum de edendo von einem Jeden angestellt werden,

g) Ant. Faber in Ration ad Pand. ad L. 8. D. h. t. Bachov ad Pand. P. I. ad L. 6. §. 4. D. h. t. Voorda in interpr. p. 271. Koehler in interpr. et emendat. iur. Rom. Lib. I. c. 17. §. 1.

h) Schulting ad Prota h. t. §. 18. Pothier in Pand. Iustin. h. t. Art. III. §. 6. nr. XXXI. not. b. seqq.

i) L. 13. D. h. t. Pothier l. c. nr. XXXII. not. g.

werden, der eine gegründete Ursache darzuthun im Stande ist, daß ihm daran gelegen sey, Rechnungen oder Urkunden nachzusehen, die ein Anderer im Besitz hat, der sich aber weigert solche vorzulegen. Man bittet, den Beklagten zur Herausgabe und Vorlegung der angeführten Urkunde anzuhalten, oder ihn im Verweigerungsfalle zur Vergütung alles Schadens, oder alles Interesse zu verurtheilen [k]). Man braucht diese Klage nicht nur gegen Banquiers, wenn sie sich weigern, ihre Rechnungsbücher vorzulegen, sondern sie kann auch gegen Notarien, Archivarien, Secretarien, und andere Personen angestellt werden, die sich gewisse in Händen habende Urkunden vorzuzeigen weigern, obgleich der Kläger sein Interesse ausgeführt hat; z. B. die Erben des verstorbenen Ehemannes dringen auf die Vorlegung der Ehestiftung, welche die Witwe besitzt, um daraus zu sehen, was sie nach der Abrede mit ihrem Mann fordern kann [l]). Man darf aber von dieser Klage nicht Gebrauch machen, wenn man ein anderes Rechtsmittel hat, wodurch man die Einsicht des Documents erlangen kann. Man nehme also an, die Herausgabe der verlangten Urkunde könnte schon durch die Klage aus dem mit dem Beklagten geschlossenen Contract bewirkt werden, oder weil sie sich auf einen so genannten Quasicontract gründet, so hat jene Klage nicht statt. So kann man von dem Geschäftsführer durch die actio mandati oder negotiorum gestorum, von dem Gesellschafter durch die Klage aus dem Gesellschaftscontract, von dem Vormunde durch die actio tutelae, die Vorlegung der in Händen habenden Rechnungen und aller damit verbundenen Urkunden und Belege fordern, wie man aus der L. 9. pr. D. h. t. sieht. Es kann übrigens alsdenn, wenn blos auf die Vorlegung der Urkunden, oder die Vergütung

k) Herr HR. Schmidt im Comment. Thl. 5. §. 1354. S. 243.

l) LAUTERBACH ad Pand. h. t. §. 33.

tung des durch die Verweigerung verursachten Schadens, geklagt wird, von der deswegen statt habenden Klage 30 Jahr Gebrauch gemacht werden; dringt man hingegen blos auf die Vergütung alles Interesse, so hat die Klage nur 1 Jahr statt [m]). Ausführlicher wird von dieser Materie beym Beweise durch Urkunden gehandelt werden.

Lib. II. Tit. XIV.

de pactis.

§. 287.

Im vorigen Titel findet man die Verordnungen des römischen Rechts vom Anbringen der Klage; nicht selten werden aber entstandene Processe gleich anfangs durch einen geschlossenen Vertrag, welcher ein Vergleich genennt zu werden pflegt, beygelegt; dieser Umstand hat wahrscheinlich Gelegenheit gegeben, daß die Verfasser der Pandekten in dem gegenwärtigen Titel die Lehre von Verträgen, worauf die Grundsätze vom Vergleich gebaut werden müssen, vorgetragen haben [a]). In den Gesetzen der zwölf Tafeln hieß es auf der ersten Tafel [b]) Endo via REM, VTI PAICVNT, ORATO. NITA PAICVNT, IN COMITIO AVT IN FORO ab ORTV ANTE

m) LAVTERBACH h. t. §. 36. Herr Prof. Schmidt im Comment. Thl. 5. §. 1354. S. 243.

a) SIGONIVS de iudiciis, Lib. I. c. 20. SICCAMA de iudicio centumuirali, Lib. II. c. 1. van HEES D. de iis, quae antiquitus apud Rom. inter litigat. ante Lit. Cont. fiebant, c. III. §. 43. c. IV. §. 45. GLÜCK in Opusc. Fasc. II. p. 332.

b) BACH in hist. iur. p. 34. edit. STOCKM.

ANTE MERIDIEM CAVSAM CONSCITO, CVM PERORANT AMBO PRAESENTES; ein von den Partheyen auf dem Wege zum Prätor geschlossener Vergleich über ihren Rechtshandel soll gelten; konnten sie sich aber nicht vergleichen, so müssen sie ihre Sache im Gericht durchsetzen. Die Wirkung eines solchen Vergleichs bestand nicht nur darin, daß der Beklagte nun nicht im Gericht zu erscheinen brauchte und hier von keinem Ungehorsam weiter die Frage war [c]), sondern er hob auch das Klagerecht ipso iure auf, ohne daß der Beklagte die Einrede des Vergleichs im Gericht vorzuschützen nöthig hatte. In den Gesetzen der zwölf Tafeln kam die deutliche Verordnung vor, daß ein Vergleich wegen eines Diebstahls oder wegen einer zugefügten Injurie, diese Kraft haben sollte, worauf sich wahrscheinlich Paulus in der L. 17. §. 1. und in der L. 27. §. 3. D. h. t. bezog, wo es heißt: quaedam actiones per pactum ipso iure tolluntur, vt *iniuriarum*, item *furti*. Von dem ersten Vertrage standen auf der zweyten Tafel folgende Worte [*]), si pro fure damnum decisum escit, furti ne adorato. Der Ausdruck, pro fure damnum decidere hieß wahrscheinlich nichts anders, als de furto pacisci, und unter adorare verstand man damals nichts anders als agere [d]). Des Vertrags über die Injurien wird auf der siebenten Tafel folgendermaßen gedacht: QVI MEMBRVM RVPSIT, NI CVM EO PAICIT, TALIO ESTO.

Man kann es nicht sicher darthun, ob alle solche Vergleiche durch die Gesetze der zwölf Tafeln bestätigt worden. Daß dieses nicht der Fall gewesen, schließen einige Rechtslehrer daraus, weil die Prätoren in ihrem Edict eine Bestimmung dieser Art bekannt gemacht, daß sie alle Ver-

c) L. 22. §. 1. D. de in ius voc. L. 2. pr. D. si quis caut.

*) BACH in hist. iur. p. 33. Griesinger von Vertr. S. 16.

d) WACHENDORF de pactis nudis, c. 2. §. 5.

Verträge, die ohne Betrug geschlossen worden, und nicht wider die Gesetze wären, bey Kräften erhalten wollten, daher es in der L. 7. §. 7. D. h. t. heißt: pacta conuenta, quae neque dolo malo, neque aduersus Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edicta Principum neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, seruabo, welche Stelle von vielen Rechtslehrern [e]) vortreflich erklärt worden. Wenn gleich diese Worte sehr allgemein scheinen, so behaupten dennoch die Rechtslehrer, man müsse sie hauptsächlich von pactis nudis de non petendo oder pactis liberatoriis verstehen, und die Absicht der Prätoren sey dahin gegangen, dem Beklagten aus einem Vertrag dieser Art eine Einrede zu geben, wodurch der Fortgang des Processes völlig gehindert werde; denn dieses bedeute das Wort seruare [f]). Diese Erklärung gründet sich nicht nur auf die Ordnung des Edicts, sondern auch auf die Auslegung desselben, die man in den Fragmenten der römischen Rechtsgelehrten findet; denn Salvius Julianus führt das Edict zwischen den Titeln de edendo und de in ius vocando an, und dieses wohl nur deswegen, weil ein pactum de non petendo die angestellte Klage unwirksam machte. Der Jurist Ulpian bemerkt über die Worte des Edicts, daß es zweyerley Arten von pactis de non petendo gebe, nämlich pacta in rem, wenn überhaupt versprochen worden, die Sache nicht zu fordern, und pacta in personam, wenn der Vertrag blos dahin gehe, daß man die Schuld von der genann-

e) Cruſius in Diſſ. ex Vlpiani libro IV. ad Edictum de pactis et conuentionibus, in Otton. Theſ. T. I. p. 672. Noodt ad edictum Praetoris de pactis et transact. in *Eius* Oper. T. I. Wachendorf l. c. c. II. §. 11.

f) Boeckelmann in Exercit. ad Pand. h. t. Diſp. XI. §. 2. Galvanus de vſufr. c. 16. nr. XII. p. 159. Noodt de pactis c. 6. Cruſius l. c. §. 2. 3. Schulting h. t. §. 1. Wachendorf l. c.

genannten Person nicht fordern wolle [g]). Diese Meynung wird auch durch alle von ihm zur Erläuterung angeführte Beyspiele bestärkt, wobey ein pactum de non petendo vorausgesetzt wird; z. B. wenn man sich von Jemandem versprechen lassen, daß er die actio iudicati nicht gegen mich anstellen, oder daß er mich nicht wegen der Anzündung seines Hauses verklagen, oder daß er die Klage aus dem deposito nicht brauchen wolle [h]), u. s. f.

Eine streitige Frage ist es: was denn von den Prätoren in diesem Edict Neues festgesetzt worden; denn die Behauptung des Galvanus, daß durch dieses Edict blos der Inhalt der in den Gesetzen der zwölf Tafeln enthaltenen Verordnungen bestätigt worden, erklärt der berühmte Noodt deswegen für unrichtig, weil es keiner Prätorischen Einrede bedurfte, wo ein Vertrag schon ipso iure die Klage unwirksam machte [i]). Seine Meynung ist nun diese, daß nach der Verordnung der zwölf Tafeln blos solche Verträge diese Wirkung gehabt, welche auf eine feyerliche Weise geschlossen worden; durch das Edict der Prätoren habe man aber diese Wirkung allen Verträgen dieser Art, wenn sie auch nicht feyerlich geschlossen worden, beygelegt. Diese Behauptung hat aber den Umstand wider sich, daß man in den Fragmenten der zwölf Tafeln kein Wort von feyerlichen Worten solcher Verträge findet. Andere Rechtslehrer behaupten also, in den Gesetzen der zwölf Tafeln sey blos von einigen pactis de non petendo die Rede gewesen, und darüber verordnet worden, daß sie die Klage ipso iure unkräftig machen sollten; durch das Edict der Prätoren habe man aber allen Verträgen dieser Art die Kraft ertheilt, daß sich der Beklagte deswegen vermittelst einer

g) L. 7. §. 8. D. h. t.

h) L. 7. §. 13. 14. 15. D. h. t.

i) Galvan. de vsufr. c. 16. nr. XIII. Noodt de pactis, c. 1. et 6.

einer Einrede aus dem Edict der Prätoren schützen konnte [k]). Uebrigens lassen uns die in den Gesetzen dieses Titels angeführten Beyspiele mit Recht vermuthen, daß die Prätoren durch ihr Edict nicht etwa die affirmativen Verträge haben ausschließen wollen, sondern daß man auch diesen die Einrede des geschlossenen Vertrags, oder des entgegen stehenden doli entgegen setzen können; so wie es auch der Augenschein lehrt, daß in dem Edict des Prätors zugleich von Verträgen und Vergleichen gehandelt worden, obgleich die Verfasser der Pandekten von Verträgen und von Vergleichen einen besondern Titel gemacht haben [l]).

Ist es bey einer Materie nöthig, den **Begriff** desjenigen rechtlichen Geschäfts auf das genaueste zu bestimmen und zu erklären, welches aus einander gesetzt und erläutert werden soll, so ist dieses bey der Lehre von **Verträgen** der Fall, daher diese so oft von den scharfsinnigsten Rechtsgelehrten [m]) bearbeitet worden ist. In der

L. 1.

k) WACHENDORF in Diss. de pactis nudis, in *Eius* Triade Dissert. Trai. ad Rhen. 1730. p. 547. Herr HR. **Glück** im Comment. Thl. 4. S. 48.

l) L. 36. 40. §. 3. L. 45. D. h. t. FINESTRES in Hermog. p. 424. WACHENDORF l. c. c. 2. §. 11. p. 539.

m) Arn. VINNII tract. quinque de pactis, iurisd. collatt. transact. et quaest. iur. select. edit. sexta, Trai. ad Rhen. 1722. et 1748. 4. Sam. STRYCK Prael. de cautelis contract. necess. Vit. 1717. 4. Io. Nic. GROTIAN. Specim. quo theoria pactorum et contractuum generatim sumtorum explicatur et in ordinem redigitur, Giess. 1754. Io. Gottl. LANGSDORF Tract. de pactis et contractib. Romanorum et de vero huius doctrinae nexu atque systemate ex idiomate Rom. Manhem. 1772. 4. Herr Prof. **Hugo** hat diese Abhandlung auszugsweise mit seinen Anmerkungen in seinem civilist. Magazin Thl. 1. Heft 4. Nr. 18. abdrucken lassen. **Claproths** Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte, 2. Thle. Göttingen 1795. Heinr. Gotth. **Nitzen** Versuch über die natürliche Verbindlichkeit der Verträge, Hamb. 1782. 8. Ludw. Friedr. **Griesinger** von der

L. 1. §. 2. D. h. t. wird folgender Begriff eines Vertrags vom Ulpian angegeben: est autem *pactio* duorum pluriumue in idem placitum consensus, ein Vertrag die Uebereinstimmung zweyer oder mehrerer Personen in dieselbe Willenserklärung. Unter dem Wort placitum wird id, in quo paciscentes conueniunt, seu quod inter eos placuit, verstanden n). Der Herr Canzleyadvocat Griesinger schreibt S. 1. des angeführten Buchs: die Worte: bloßer Vertrag, pactum nudum, gehören zu jener Art von Worten, die man immer im Munde führt, und von denen man doch sehr häufig den rechten Begriff nicht hat; der wahre Begriff eines bloßen Vertrages gleicht beynahe den bösen Geistern, von denen man immer spricht, und die man doch nie sieht. — Nach meiner Meynung kann man den Begriff eines bloßen Vertrags so bestimmen, wenn man sagt, ein bloßer Vertrag sey eine Convention, die außer den Grenzen der Contracte liege. Convention ist hier der generische Begriff, und man versteht darunter eine wahre Einwilligung zweyer oder mehrerer Personen in dieselbe Sache, die in der Absicht, eine Verbindlichkeit zu übernehmen, geschahe. Der Hauptunterscheidungscharakter eines bloßen Vertrags liegt in den Worten: die außer den Grenzen der Contracte liegen. Wo wir also eine Convention antreffen, die kein Contract ist, da ist ein bloßer Vertrag vorhanden, und die Worte: bloßer Vertrag, bedeuten nichts anders, als einen Vertrag, eine Convention, welche von den Eigenschaften eines Contractes verlassen ist, so daß das Adjectiv: blos, nur allein auf jenen Mangel der Eigenschaften eines Contractes

Verbindlichkeit der Verträge, Tübing. 1793. 8. Eine teutsche Uebersetzung des Titels der Pandekten de pactis mit kritischen Anmerkungen hat der Hr. GTR. Höpfner unter dem Titel herausgegeben: Sammlung römischer Gesetze von J. P. F. Frankf. und Leipzig 1785. 8.

n) L. 1. §. 3. D. de pignor. L. 30. D. de pact. dotal. Finestres ad L. 45. D. h. t. §. 1. in *Eius* Hermog. p. 424

tractes weist. Nach dem römischen Rechtssystem wurden nämlich aus der Classe der Conventionen einige besonders ausgehoben, denen man eine klagbare Verbindlichkeit beylegte, und die man mit dem zwar vorher bekannten, aber nun immer gemeinschaftlichen Namen der Contracte belegte, die übrigen Conventionen behielten nur ihren generischen Namen. Stabant in suo nomine et placiti fine, heißt es in der L. 7. §. 1. D. de pact und in der L. 27. D. de locat. conduct. Man nannte sie mit verschiednen Namen bald nudas pactiones, wie in der L. 7. §. 4. D. de pact., bald nudas conuentiones, wie in der L. 10. C. de pact., bald pacta nuda, wie in der L. 27. C. de locat. cond., bald pacta sola, wie in der L. 23. C. de pignor. und in der L. 122. D. de verb. signif., bald solas conuentiones, wie in der L. 15. C. de transact., und unterschied sie damit von Contracten. Es geschahe übrigens nicht auf einmal, sondern nach und nach, daß man einige Conventionen aus der Classe derselben aushob; denn einige wurden früher, andere später zu Contracten gemacht. In dieser Hinsicht nennt Gajus den unbenannten Contract in der L. 22. D. de praescr. verb. ein *novum* negotium, und Ulpian in der L. 19. D. eod. ein negotium proprii contractus, womit sie anzeigen wollten, die unbenannten Contracte seyen nicht gleich anfangs in das Register der Contracte eingeschrieben worden, sondern erst in der Folge der Zeit zu diesen hinzugekommen. Dionys von Halicarnaß erzählt in seinem vierten Buch von dem König Servius Tullius, daß dieser 50 Gesetze von den Contracten und Injurien gegeben habe. Hätte der Geschichtschreiber uns diese aufbewahrt, so würde nun an vielen Orten Licht seyn, wo man jetzt mit dem Dunkel der Unwissenheit kämpfen muß. Diese Gesetze des Servius Tullius kamen nachher wahrscheinlich in die Zwölftafelgesetze, und von diesen aus wurde die Lehre von den Contracten durch die Rechtsgelehrten nach und nach immer weiter ausgebildet. Die Emphyteusis wurde so gar erst vom Kaiser Zeno zu einem eigenen Contract

gemacht, wenn sie gleich auch vor ihm schon als ein Contract angesehen wurde, doch so, daß sie von einigen Rechtsgelehrten zu dem Kaufcontract, von andern aber zu dem Contract der Verleihung gerechnet wurde. Man kann also nur sagen, vor dem Kaiser Zeno sey die Emphyteusis kein eigner Contract gewesen, nicht aber, vor dem Zeno sey sie noch gar kein Contract gewesen.

In den Commentar des Herrn GTR. Höpfners heißt es: conuentio, pactio, pactum im weitläuftigen Verstande, Vertrag, ist ein acceptirtes Versprechen. Versprechen nämlich ist eine Erklärung, daß man dem Andern etwas leisten, das heißt, etwas geben, thun, leiden oder unterlassen wolle; und wenn der andere erklärt, daß er sich das Object wolle leisten lassen, so hat er acceptirt. Also zu einem Vertrage wird erfordert, daß ein Theil declarirt, er wolle etwas prästiren, und der andere, er wolle es sich prästiren lassen. Der Herr HR. Glück schreibt S. 49 des 4ten Theils seines Commentars: Ulpian sagt, ein Vertrag ist die Uebereinstimmung zweyer oder mehrerer Personen in dieselbe Willensmeynung. Allein da dieser Begriff zu allgemein zu seyn scheint, so wäre derselbe deutlicher so zu bestimmen: Vertrag ist die wechselseitige Einwilligung zweyer oder mehrerer Personen in ein und eben dasselbe Versprechen, welche in der Absicht, auf Seiten des einen eine vollkommne Verbindlichkeit zu einer Prästation, auf Seiten des andern aber ein vollkommnes Recht auf dieselbe zu begründen, erklärt worden ist.

Zum Wesen eines Vertrags werden folgende zweyerley Handlungen erfordert, nämlich 1) muß von dem einen Paciscenten ein Versprechen geschehen seyn, und 2) muß der andere Paciscent dieses Versprechen angenommen haben. Unter dem Versprechen versteht man die Erklärung, dem Andern etwas zu leisten, es bestehe nun entweder darin, daß man ihm etwas geben, oder für ihn etwas thun, oder ihm dasjenige, was man mit vollkommnem Rechte von demselben fordern konnte, erlassen,

sen, oder eine sonst erlaubte Handlung nicht vornehmen wolle. Ist von dem einen Paciscenten ein **Versprechen** geschehen, so muß der Andere solches **annehmen**, wenn ihm daran gelegen ist, daß ein Vertrag zu Stande kommen soll; denn wenn man Jemandem etwas versprochen hat, so kommt es immer noch auf seinen Willen an, ob er dieses Versprechen annehmen will oder nicht. Nimmt er es aber an, so erklärt er deutlich, daß er eben das wolle, was der Versprechende will, es solle nämlich die Leistung des Versprochenen geschehen. Nimmt er hingegen das Versprechen nicht an, so hat er kein Recht dadurch erworben, und das gegebene Wort ist unverbindlich. Ohne dieses Daseyn des Versprechens von der einen Seite und der Annahme desselben von der andern Seite, ist in Rücksicht auf den Versprechenden keine vollkommne **Verbindlichkeit** vorhanden, und in Ansehung des Annehmenden existirt kein vollkommnes **Recht**. In dem Zusammenkommen des Versprechens und der Annahme desselben liegt die gegenseitige freye **Einwilligung** beyder Theile, als die **wesentliche Grundeigenschaft eines jeden Vertrags**.

Was die Beschaffenheit der **Annahme** eines Versprechens betrifft, so ist es nicht schlechterdings nothwendig, daß solche nicht eher geschehen seyn dürfe, bis der andere Theil erst was versprochen hat, oder daß sie **ausdrücklich** erklärt worden sey. Man kann ein Versprechen **im Voraus** annehmen, und sogar stillschweigend, welcher Fall alsdenn eintrit, wenn man zu Jemandem gesagt hat, er möchte uns dieses oder jenes versprechen, und dieser thut es. Hier wird das Ansuchen um das Versprechen zugleich für die **Annahme** des Versprechens gehalten, wenn dieses wirklich darauf erfolgt ist; daher schreibt schon **Grotius** o): praecedens *rogatio* vim habere acceptationis intelligitur. In der L. 7. §. 12. D. h. t.

o) Grotius de iure belli et pacis, Lib. 2. c. 11. § 14.

bemerkt **Ulpian** ebenfalls, es sey ein gültiger Vertrag, wenn mich **Titius** um etwas angesprochen, und ich habe ihm solches zugesagt. Standen die Worte: rogauit Titius, spopondit Meuius, in einer Urkunde über einen Vertrag, so hielt man den Vertrag so lange für eine **Stipulation**, bis bewiesen war, daß man sie nicht in der Absicht zu stipuliren, sondern bloß zu paciscirn gebraucht habe. Der Deutlichkeit wegen will ich die Worte des Gesetzes anführen: quod *fere* nouissima parte pactorum ita solet inseri, *rogauit Titius, spopondit Maeuius:* haec verba non tantum *pactionis* loco accipiuntur, sed etiam *stipulationis.* Ideoque ex *stipulatu* nascitur actio: nisi contrarium specialiter adprobetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed *tantum paciscentium.* Daß unter dem Wort pacta, ein schriftlicher Aufsatz über den geschlossenen Vertrag verstanden werden müsse, ist nicht zu leugnen [p]). Der bekannte Bestreiter **Noodt** behauptete, die Worte: non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis, müsse man für eine **Hysterologie** halten; welche Meynung aber von andern Auslegern verworfen worden ist, welche die gemeine Lesart vertheidigt haben [q]). Unrichtig würde man die Beschaffenheit der Einwilligung bey Verträgen erklären, wenn man behaupten wollte, derjenige, der dem Andern etwas versprochen habe, welches auch von ihm angenommen worden sey, müsse in diese geschehene Annahme noch besonders einwilligen, folglich werde von seiner Seite nicht nur ein Versprechen erfordert, sondern überdieses auch eine Einwilligung in die von dem andern Theile geschehene Annahme dieses Versprechens; welche Mey-

p) Bynckershoeck ad L. 40. D. de reb. cred. c. 5. in *Eius* Opusc. T. I.

q) Noodt de pact. c. 10. in fine T. I. Oper. p. 417. edit. Colon. Hvber in Eunom. p. 107. Marckart in rec. lect. I, 2. I. Koehler in Interpr. Lib. I. c. 5. §. 4.

Meynung der Herr GR. Daries [r]) als richtig zu behaupten gesucht hat. Diese Vorstellungsart ist aber ganz falsch, und sie würde nur zur Bestreitung der Gültigkeit sehr vieler Verträge Gelegenheit geben. Der Versprechende ist, durch sein gethanes Versprechen, auf den Fall bereits vollkommen verbindlich, das Versprechen zu halten, so bald von der andern Seite die Annahme des Versprechens hinzugekommen ist; folglich ist nach geschehener Annahme, daß der Versprechende in solche nicht einzuwilligen berechtigt wäre, nicht weiter möglich, weil solches mit der Sache selbst streitet, mithin ist auch sein Consens in die Annahme schlechterdings überflüssig [s]).

Zum Beschluß will ich die wichtigsten Grundsätze von der Beschaffenheit eines gültigen Vertrages kurz zusammen fassen, weil solche in der Folge einzeln erklärt werden. Es folgt nämlich aus der Natur der Verträge 1), daß eine Einwilligung der Personen, welche den Vertrag geschlossen haben, und welche Personen Paciscenten genennt werden, vorhanden sey. Wenn zwey Personen einen Vertrag schließen, so will der Eine etwas leisten, und der Andere will sich etwas leisten lassen, Beyde also wollen, daß etwas durch eine freye Handlung zu Stande komme. Wer aber dieses will, der willigt ein, folglich gehört zu jedem Vertrage die Einwilligung. 2) Ein Vertrag kann nicht geschlossen werden, wenn nicht wenigstens zwey Personen diesen Willen haben; denn es kann Niemand mit sich selbst einen Vertrag schließen. 3) Müssen die Paciscenten die Absicht haben, sich zu verpflichten, und ein Recht zu geben. 4) Die Verträge sind eingeführt, damit sich die Menschen gewisse Vortheile dadurch verschaffen können. Man wünscht oft, daß uns ein Anderer etwas leiste; weil er aber entweder gar nicht, oder doch nicht vollkommen dazu verpflichtet ist, so kann man nicht darauf

r) Daries in institut. jurispr. vniu. §. 414. 415.

s) Heinr. Gotth. Nißen a. a. O. §. 4—6.

rechnen. Man geht also einen Vertrag mit ihm darüber ein. Diese Handlung verschafft uns den Vortheil, daß der Andere nunmehr vollkommen verbindlich ist, und wir ihn zur Erfüllung seines Versprechens zwingen können. Es werden aber 5) die Paciscenten nur auf eine bestimmte Art, das heißt, so und nicht anders verbindlich gemacht, als es ihr Wille gewesen.

§. 288.

Bey der Betrachtung der Eigenschaften eines gültigen Vertrags ist es eine der wichtigsten Fragen: was für Personen das Recht haben, einen verbindlichen Vertrag zu schließen? Diese Frage läßt sich überhaupt folgendergestalt beantworten, daß man sagt: wer entweder die natürliche oder die bürgerliche Fähigkeit nicht hat, die zur Erklärung einer verbindlichen Einwilligung erfordert wird, der kann keinen gültigen Vertrag schließen. Einige Personen sind nämlich von Natur unfähig, einen Vertrag zu schließen, andere dürfen es deswegen nicht, weil die bürgerlichen Gesetze ihnen diese Handlung verboten haben, und solche Personen nennt man bürgerlich unfähig zur Schließung eines Vertrags. Andere Rechtslehrer tragen diese Sache so vor, daß sie sagen: da jeder Vertrag die Einwilligung beyder Paciscenten erfordert, so folgt, daß Niemand einen Vertrag schließen könne, der nicht vermögend ist, die nöthige Einwilligung zu ertheilen r). Hierher rechnen sie:

Rasende und wahnsinnige Personen. Weil solche Menschen entweder wenig Verstandeskräfte haben, oder doch den zu Eingehung eines Vertrags nöthigen Gebrauch, nicht davon machen können, folglich es ihnen an der

r) Herr GTR. Höpfner im Comment. über die Instit. §. 734. S. 669. Herr HR. Claproth von Verträgen, Thl. 1, §. 6.

der Freyheit des Willens fehlt, so muß man behaupten, daß sie unvermögend sind, gültige Verträge zu schließen. Diese Behauptung würde aber falsch angewendet werden, wenn man ihnen das Recht, einen Vertrag zu schließen, auch für solche Zeiten absprechen wollte, wo sie wirklich von ihren Verstandeskräften, den zur Schließung eines Vertrags nöthigen Gebrauch machen können. Es wird daher in Gesetzen deutlich erklärt, Rasende und Wahnsinnige können zu der Zeit, wo sie des Gebrauchs ihrer Vernunft fähig sind, oder sogenannte dilucida intervalla haben, gültige Vorträge und sogar Contracte schließen. In der L. 2. C. de contr. emt. vendit. kommt folgende deutliche Verordnung vor: *intermissionis tempore furiosos*, maiores viginti quinque annis, venditiones et alios *quoslibet contractus* posse facere, non ambigitur. Der berühmte Christian Thomasius hat zwar zu behaupten gesucht, es gäbe gar keine eigentlich so genannte dilucida interualla, sondern es komme nur bisweilen eine kürzere oder längere Zeit, wo sich der Wahnsinn weniger heftig äußere u); welche Meynung selbst die römischen Rechtsgelehrten gehabt, wie man aus mehrern Gesetzen x) beweisen könne, und erst vom Justinian sey der Gedanke in die Gesetze y) aufgenommen worden, daß es dilucida interualla gäbe, worin ihm die neuern Rechtsgelehrten gefolgt wären. Diese Behauptung widerlegt sich von selbst, da ihr die Natur der Sache widerspricht, und daß die ältern römischen Rechtslehrer diese Beschaffenheit der Sache ebenfalls für richtig erkannt,

u) Chr. Thomasius in Diss. de praesumtione furoris atque dementiae, Halae 1791. §. 31.

x) L. 14. D. de offic. Praes. L. 22. §. 7. D. sol. matr. L. 20. §. 4. D. qui testam. facere poss. L. 18. §. 1. D. de acquir. poss.

y) L. 9 C. qui test. fac. poss.

sieht man aus mehrern Gesetzen z). Wie es zu beweisen sey, daß Jemand wirklich zu der Zeit den nöthigen Gebrauch seiner Vernunft gehabt habe, als er den Contract geschlossen, darüber ist im zweyten Theile dieses Commentars, S. 223 das Nöthige bemerkt worden. Für wirklich rasende oder wahnsinnige Personen schließt der Curator derselben alle sie angehende Verträge.

Eine bestrittene Frage ist es: ob diese Grundsätze auch auf die im höchsten Grade zornigen Personen angewendet werden können, und man folglich ihre Verträge für ungültig zu halten habe, weil doch gesagt werde: ira furor breuis est. Sehr viele Rechtslehrer a) haben diese Frage behauptet. Sie berufen sich z. B. auf die L. 48. D. de reg. iur. wo es heißt: quicquid *in calore iracundiae* vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseuerantia apparuit, iudicium animi fuisse: ideoque breui reuersa vxor nec diuertisse videtur. Andere Rechtslehrer wenden ein, dieses Gesetz enthalte keine allgemeine Regel, sondern es sey blos von Ehescheidungen darin die Rede, welche bey den Römern außergerichtlich geschehen dürfen. Hatte nun ein Mann seine Ehefrau im Zorn verstoßen, er nahm sie aber bald wieder zu sich, so entstand die Frage, ob diese Handlung für eine Fortsetzung der Ehe, oder für eine neue Ehe gehalten werden solle. In dem Gesetz wird gesagt, daß die Ehe fortgedauert

z) L. 14. D. de offic. Praef. L. 20. §. 4. D. qui testam. fac. poss. ZACHIAS in quaest. med. legal. Lib. II. Tit. I. qu. 21. Herr HR. Kleinschrod im peinl. Rechte, Thl. 1. §. 105.

a) a BEYMA in comment. in tit. Pand. de verb. signif. et de diu. reg. iur. ad L. 48. D. de reg. iur. p. 315. LAUTERBACH in Diss. de ira, §. 22. 23. Herr v. Hymmen in den Beytr. zur Litter. in den Preuß. Staaten, 6te Samml. S. 24. Hr. HR. Claproth von Verträgen, Thl. 1. §. 6. S. 14. Götz in den Beytr. zur popul. Rechtsgelehrs. 1ster Band, 2tes St. Nr. 12. S. 259.

dauert habe, weil eine Ehescheidung in der Absicht geschehen müsse, die Ehe nicht weiter fortsetzen zu wollen [b]). Die Erfahrung zeigt es auch, daß der Zornige, selbst bey dem heftigsten Grade, nicht wirklich verrückt sey, weil sich solche Personen durch die gehörige Behandlung besänftigen lassen. Das Sprüchwort: ira furor brevis est, kann man nur für eine moralische Wahrheit halten, aber für keine rechtliche Behauptung. Fehlt es also an dem Beweise, daß wegen körperlicher Umstände des Zornigen, oder wegen außerdem eintretender Nebenumstände, bey dieser oder jener Erklärung, derselbe sich seiner wirklich nicht hinlänglich bewußt gewesen, so kann man den Vertrag oder die Handlung nicht für ungültig halten [c]). Diese Grundsätze lassen sich auch bey den Verträgen einfältiger oder melancholischer Personen anwenden. Bey Einfältigen ist genau Acht zu geben, wie weit ihre Verstandeskräfte gehen, weil sie leicht mit der Einrede des Betrugs oder der listigen Ueberredung gehört werden [d]). Bey melancholischen Personen hat man zu untersuchen, ob sie von diesem Unglück in einem so hohen Grade niedergedrückt werden, daß sie alles Bewußtseyns beraubt sind [e]).

Daß eine bloße körperliche Krankheit, die Einwilligung in den Vertrag nicht unverbindlich mache, versteht sich von selbst, da es sogar angeht, daß ein Sterbender, wenn

b) L. 3. D. de diuort. PEREZ de matrim. Disp. I. Sect. III. n. 12. CVIACIVS et Iac. GOTHOFRED. in Praelect. ad L. 48. D. de reg. iur. FORNERIVS rer. quotid. Lib. I. c. 8. in OTTON. Thes. T. II. p. 135.

c) NETTELBLADT in elem. iurispr. nat. §. 580. Ernst Christ. Westphals Grundsätze von rechtlicher Beurtheilung der aus Hitze des Zorns unternommenen erlaubten und unerlaubten Handlungen, Halle 1784. 4. Cap. I.

d) L. 1. pr. D. de. dolo malo.

e) Sam. STRYCK in Diss. de dementia et melancholia, c. 4. ZACHIAS in quaest. med. legal. Lib. II. Tit. I. qu. 9.

wenn er noch bey vollem Verstande ist, einen Vertrag schließen kann [f]), nur wird im Zweifel nicht vermuthet, daß ein Sterbender wirklich noch bey vollem Verstande gewesen sey, weil solche Personen der Regel nach an ihrem Körper so sehr leiden, daß die Seele ihre Kräfte nicht gehörig äußern kann [g]). Was Carpzov aus der L. 2. 10. 12. D. qui test. fac. poss. desgleichen aus der L. 3. C. eod. und der L. 15. C. de test. dagegen anführt, gilt wohl nur von letzten Willensverordnungen, welche man auf alle Weise gültig zu erhalten sucht.

Höchstbetrunkene Personen sind den Sinnlosen gleich zu halten, daher gelten ihre Verträge nicht [h]). Im Can. 7. Caus. XV. qu. 1. heißt es: nesciunt, quid loquuntur, qui nimio vino indulgent. Da die Trunkenheit im Zweifel nicht vermuthet wird, so versteht sichs von selbst, daß derjenige dieselbe beweisen müsse, der einen Vertrag aus diesem Grunde für ungültig erklärt hat. So gewiß es übrigens aus der Menge und der Stärke des Getränkes, das Jemand zu sich genommen hat, wahrscheinlich wird, er sey betrunken gewesen, so läßt sich dennoch hieraus allein nicht mit Sicherheit schließen, er sey wirklich durch die zu sich genommenen Getränke verhindert worden, seine Verstandeskräfte gehörig zu brauchen. Da die Sache aber wenigstens wahrscheinlich ist, so

f) L. 27. C. de transact. L. 42. §. f. D. de mort. causa donat.

g) Herr HR. Claproth von Verträgen, Thl. 1. §. 6. Götz in den Beytr. zur popul. Rechtsgelehrs. Thl. 1. S. 257. Chr. Wilvogel in Diss. sub. Praes. Sam. Struckii hab. de effatis agonizantium, c. 1. §. 9. Carpzov in Iurispr. forens. P. III. Const. 5. Def. 1.

h) Can. 5. Dist. 36. Can. 3. Dist. 35. c. 14. X. de vita et honest. Cleric. Struck de caut. contr. Sect. I. c. 2. §. 12. Henr. Bodinus in D. de iure circa ebrietatem, Hal. 1697. rec. 1705. c. 3. Gust. Ge. Biermann D. de eo quod iustum est circa ebrium, Altorfii 1742. §. 10.

so kann ein Paciscent allerdings zur eydlichen Bestärkung seines Vorgebens gelassen werden, wenn es an andern Beweismitteln fehlt, daß er zur Zeit des zu schließenden Vertrags, seiner Trunkenheit wegen völlig ohne Verstand gewesen sey i).

Außer den angeführten Personen, dürfen diejenigen, welche gerichtlich für Verschwender erklärt worden, und denen deswegen die Verwaltung ihres Vermögens genommen, und dazu ein Güterpfleger bestellt worden, ohne Einwilligung desselben keine Verträge über ihr Vermögen schließen, weil sie in Rücksicht auf die Verwaltung ihres Vermögens den Rasenden gleich gehalten werden k). In der L. 6. D. de verb. obligat. heißt es: is, cui bonis interdictum est, tradere non potest, vel promittendo obligari; et ideo nec fideiussor pro eo interuenire poterit, sicut nec pro furioso. Nach der Behauptung der Rechtslehrer, bringen Verträge solcher Personen, die sie ohne Bewilligung ihres Curators über ihr Vermögen geschlossen haben, auch nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit hervor, sondern sind völlig ungültig, wenn sie auch eydlich bestärkt worden, weil dieser sich nach der Sache richtet, wobey er gebraucht worden. Es darf daher wegen eines solchen Vertrags schlechterdings nicht auf die Erfüllung desselben geklagt werden, ja es hat sogar eine Zurückforderung alles dessen statt, was der Verschwender von seinem Vermögen hingegeben hat, um das Versprechen zu erfüllen l). Sollte gar ein Bürge gestellt worden seyn zur Sicherheit der Erfüllung des geschlossenen

i) Bodinvs in Diss. cit. c. 5. Biermann in Diss. cit. §. 17.

k) L. 3. C. de in integr. restit. minor. L. 1. D. de curat. furios. L. 12. in fin. D. de tutor. et cur. dat. L. 40. D. de reg. iur.

l) Cocceii in iure contr. h. t. qu. 32. Stryck de caut. contr. Sect. I. c. 2. §. 15. Herr HR. Claproth von Verträgen, Thl. 1. §. 9.

nen Vertrags, so kann man ihn nicht aus seiner Bürgschaft anhalten, da es mit der Rechtsanalogie streitet, von Jemandem die Erfüllung einer Verbindlichkeit zu erwarten, die gar nicht existirt, wie in der angeführten L. 6. D. de verb. oblig. deutlich zu verstehen gegeben wird. Man könnte zwar durch die L. 25. D. de fideiuss. zweifelhaft gemacht werden, wo es heißt: si quis pro pupillo, sine tutoris auctoritate obligato, *prodigoue*, vel furioso *fideiusserit*, magis est, *vt ei non subueniatur*: quoniam his mandati actio non competit. Dieses Gesetz setzt aber einen besondern Fall voraus, worüber ich den Herrn Prof. Weber anführen will, welcher sich S. 525 von Verbindlichkeiten folgendermaßen darüber erklärt hat. — Wird zur Gültigkeit einer Bürgschaft allemal erfordert, daß an sich eine Hauptverbindlichkeit vorhanden seyn muß, so sieht man wohl, daß der Bürge dem Gläubiger zu nichts gehalten sey, wenn die angegebene Hauptschuld die Erfüllung eines Handels zum Vorwurf hat, welchen die Gesetze verboten haben; oder in der Kunstsprache zu reden, wenn obligatio principalis zu den naturalibus reprobatis gehört; denn in solchen Fällen ist, wie wir wissen, eigentlich gar keine, auch nicht eine natürliche Verbindlichkeit vorhanden, wenigstens kann die Sache gerichtlich nicht anders behandelt werden, und daher heißt es in der L. 46. D. de fideiuss. — quum lex venditionibus occurrere voluerit, fideiussor quoque liberatur. Daß nun diese allgemeine gesetzliche Vorschrift in einigen Fällen und unter gewissen Umständen nicht füglich zur Anwendung kommen kann, ist aus besondern Verhältnissen des bürgerlichen Verbots zu erklären, worauf die Ausleger bey Erörterung der einzelnen Fälle nicht immer die gehörige Rücksicht genommen, und eben deswegen sich ohne Noth in manche Schwierigkeiten verwickelt haben. Es wird aber kaum nöthig seyn, mich in das Detail der Streitigkeiten über die Verbindlichkeit des Bürgen, welcher für einen Unmündigen, oder Minderjähri-

jährigen, oder gerichtlich erklärten Verschwenders u. s. w. gut gesagt hat, weiter auszulassen, da ich überzeugt bin, daß man die ganze Sache durch allgemeine Grundsätze völlig berichtigen, und mittelst Anwendung derselben auf jeden einzelnen Fall gar leicht aller Schwierigkeit entgehen kann. Alle sind überhaupt in der Regel einig, daß in Fällen, wo die Hauptschuld vermöge positiver Gesetze ganz ungültig ist, auch die Bürgschaft an sich keine verbindende Kraft behaupte, folglich dem Bürgen eben die Behelfe und Einreden nicht versagt werden können, welche dem Hauptschuldner in solchen Fällen zustehen m). Nun aber giebt es bekanntlich unter den natürlich erlaubten, jedoch bürgerlich untersagten oder durchaus für nichtig erklärten Rechtsgeschäften verschiedene, wo das Civilgesetz gewisse Personen zu ihrem eigenen Besten, von Eingehung der Rechtsgeschäfte entweder gänzlich oder zum Theil, in Rücksicht besonderer Bestimmungen ausgeschlossen hat. In allen diesen Fällen ist freylich keine eigentliche Verbindlichkeit des Hauptschuldners anzunehmen, und folglich auch der Bürge aus der alleinigen Intercession zu nichts gehalten, weil es widersprechend seyn würde, ihm die Erfüllung einer Verbindlichkeit aufbürden zu wollen, welche nicht vorhanden, wenigstens nach Vorschrift der Gesetze vom Richter nicht anzuerkennen ist. Kommt aber nun der besondere Umstand hinzu, daß dem Bürgen die wahre Beschaffenheit der vorgegebenen Hauptschuld nicht verborgen gewesen, vielmehr die ganze Intercession gerade zu dem Ende geschlossen worden,

m) Wegen klarer Vorschrift in der L. 46. D. de fideiuss. arg. L. 5. C. de legib. L. 7. §. 16. D. de pact. L. 178. D. de reg. iur. VOET ad Lib. 46. tit. 1. n. 9. et 11. BRVNNEMANN ad L. 46. D. de fideiuss. SANDE Lib. III. tit. 1. Def. 1. HERING de fideiuss. c. 10. n. 18. sqq. SCHMIDT de fideiuss. plane non oblig. Sect. 2. c. 2. §. 148. Beyträge zur Litterat. in den Preuss. Staaten, Siebente Sammlung, S. 79.

den, um den Gläubiger wegen Ungültigkeit des Hauptgeschäfts zu sichern, so wird man es sehr billig halten, daß sodann der Bürge haften müsse, weil der Schuldner, zu dessen Bestem die Anordnung der Gesetze nur abziehlt, doch immer gedeckt bleibt, folglich der Absicht des Gesetzgebers, in keinem Betracht, zuwider gehandelt wird; denn der Gläubiger bekommt durch die Bürgschaft nicht mehr Recht gegen den Schuldner, als er vorher gehabt hat, es wäre denn, daß die Bestellung eines Bürgen in gewissen Verhältnissen eine gültige Genehmigung der Hauptschuld mit sich brächte; und da der Bürge wußte, daß der Hauptschuldner zu nichts gehalten sey, so fällt auch sein Regreß gegen den letzten weg. Genau betrachtet, wäre nun freylich bey so bewandten Umständen nicht sowohl eine Bürgschaft im eigentlichen Verstande zu behaupten, als es sich vielmehr einer Schenkung nähert, wenn wir Jemanden zu bezahlen versprochen, was er den Rechten nach gar nicht zu fordern hat. Indessen wird man es nunmehr nicht widersprechend finden, wenn es an Einer Stelle in unsern Gesetzen heißt: si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, *prodigoue* vel furioso fideiusserit, magis esse, *vt ei non subueniantur* n); und an einer andern: cui bonis interdictum est, non potest promittendo obligari, et ideo *nec fideiussor* pro *eo interuenire poterit* o); denn dieß letztere und jede andere Verordnung, wonach die Ungültigkeit der Hauptschuld in Fällen dieser Art, auch den Bürgen zu Statten kommen soll p), bestimmt nur, was der

n) L. 25. D. de fideiuss. womit auch die L. 127. D. de verb. oblig. zu vergleichen ist. Hugo Donellvs Comment. iur. ciuil. ad tit. de verb. oblig. p. m. 371. Pothier Pand. Iustin. tit. de vsur. etc. n. 60.

o) L. 6. D. de verb. oblig.

p) L. 16. D. de fideiuss. fideiussor obligari non potest ei, apud quem reus promittendi obligatus non est. L. 32. D. eod.

der Regel nach Statt findet, wenn nichts weiter, als die Intercession an sich, in Betrachtung komme; dagegen Ersteres unstreitig die Einschränkung bezielt, welche die Gesetze hier ausdrücklich annehmen, daß derjenige allerdings gehalten seyn soll, welcher donandi animo die Bürgschaft übernommen hat q), das ist, dem Gläubiger eben dafür zu haften angelobt hat, daß wider ihn von der bürgerlichen Ungültigkeit des Hauptgeschäfts kein Gebrauch gemacht werden solle, oder nach den Ausdrücken des Papinians in der L. 95. §. 3. D. de solut. si contemplatione iuris praetorii, quod minori auxilio esse posuit, fideiussit, welches freylich in dem Falle vermuthet wird, wenn der Bürge die wahre Beschaffenheit der Hauptschuld, oder die persönliche Eigenschaft des Schuldners kennet, und nichts desto weniger die Intercession übernimmt r). Hier-

eod. L. 19. D. de except. — omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque competunt. L. 51. Pr. D. de procurat. L. 2. §. 1. D. de administ. et peric. tutor.

q) Argum. L. 9. §. 3. D. de Scto. Maced. verb. *nisi forte donandi* animo intercesserunt. L. 13. pr. D. de minor. Si quum scirem minorem et ei fidem non haberem, tu fideiusseris pro eo, non est aequum *fideiussori in necem meam* subuenire. L. 9. C. de praed. et aliis reb. minor. Etsi is, quem praedium rusticum minoris distraxisse affirmas, curatoris officio functus id fecit, venditio tamen contra diui Seueri orationem facta, Praesidis sententia non immerito rescissa est. Nun heißt es aber wegen geschehener Intercession sehr merklich: *pignora sane, quae ob euictionis periculum idem curator ex rebus propriis tibi obligavit, non prohiberis prosequi.*

r) Ant. Faber coniect. iur. ciuil. Lib. 8. c. 3. auch in Cod. Lib. I. Tit. 13. Def. 1. behauptet, daß man im Zweifel nie vermuthen könne, daß der Bürge eigentlich in Rücksicht auf das minderjährige Alter des Schuldners gut gesagt hat. Nach der Meynung des Donell. comment. iur. ciuil. Lib. 21. c. 14. und Vinnii Select. quaest. Lib. I. c. 2. soll dieß immer vermuthet werden. Daß aber weder das eine noch das andere durchgängig anzunehmen, vielmehr, wenn der Ausdruck des Vertrags hierüber nichts bestimmt, zu unterscheiden sey, ob das minderjährige Alter des Schuldners den

Hiervon ist nun auf einzelne Fälle sehr leicht die weitere Anwendung zu machen, z. B. ob und in wie fern der Bürge gehalten sey, wenn die Hauptverbindlichkeit wegen des Vellejanischen Rathsschlusses [s]), oder der Minderjährigkeit des Schuldners nicht bestehet, ingleichen wenn die Hauptschuld von einem gerichtlich erklärten Verschwender [t]), oder von einer Frauensperson ohne Zuziehung des, den Rechten nach, erforderlichen Curators, gewirkt worden ist [u]). Es ist aber von dieser besondern Bestimmung in solchen Fällen kein Gebrauch zu machen, wo die Gesetze

Partheyen bekannt gewesen oder nicht, und daß im ersten Fall die Vermuthung gegen den Bürgen eintrete, im zweyten aber nicht; alles dieses hat gründlich ausgeführt HOEPFNER D. de effectu restit. in integr. quoad fideiussorem, §. 9. p. 13. add. SCHMIDT D. de restit. in integr. num sit beneficium reale, an personale? §. 24. 25.

s) Zwar möchte es scheinen, daß hier vermöge der L. 16. §. 1. D. ad Sctm. Velleian. der Bürge in jedem Falle von aller Verbindlichkeit frey zu sprechen sey. Eigentlich geht aber die erwähnte Vorschrift dahin, daß dem Bürgen das Senatusconsultum zu Statten komme, wenn er auch ohne Auftrag der Frauensperson sich verbürgt, folglich die eigentliche Mandatsklage gegen sie nicht anzustellen hätte. Damit ist aber nicht gesagt, daß nunmehr auch in allen übrigen Fällen, wo dem Bürgen kein Regreß zusteht, die Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses ihm dennoch beyzulegen sey; vielmehr ist wider denjenigen, welcher sich wissentlich für eine Schuld verbürgt, die das Senatusconsultum für unverbindlich erklärt, unstreitig eine andere gesetzliche Vorschrift anzuwenden, welche selbst in Ansehung der Frauenspersonen dahin lautet: si quum sciret, se non teneri, mulier pro aliquo intercesserit, exceptio ei non datur. Actionem enim, quae in dolum mulieris competit, amplissimus ordo non excludit. L. 30. D. ad Sctum Velleian. FABER in Cod. Lib. 4. tit. 21. Def. 6. VOET Lib. XLIV. tit. 7. §. 3.

t) I. O. WESTENBERG Diss. I. de caus. obligat. c. 4. §. 18. Sam. de COCCEII in iure contr. Lib. II. tit. 14. qu. 32.

u) HYBER in praelect. ad Instit. Lib. III. tit. 21. §. 3. not.

Gesetze nicht sowohl hauptsächlich nur den Schuldner gegen ungebührliche Verleitung begünstigen, als vielmehr sich durchaus gegen den Gläubiger erklären, und wo also die Gültigkeit der Bürgschaft dem Gläubiger grade den unrechtmäßigen Erwerb, das improbum lucrum verschaffen würde, welches ihm die Gesetze schlechterdings nicht gestatten wollen. Wer sich für verbotene Spielschulden, unerlaubten Wucher u. s. w. verbürgt hat, ist in jedem Falle von aller Verbindlichkeit frey, er mag wissentlich in Betracht der ungültigen Hauptschuld dafür gut gesagt, oder die Beschaffenheit des Vorgangs nicht gekannt haben. — Wie verschieden die L. 6. D. de verb. oblig. theils erklärt, theils verbessert worden, beweist die große Menge davon handelnder Schriftsteller x).

Zum Beschluß muß noch bemerkt werden, daß solche Verträge der Verschwender vollkommen gültig sind, welche blos ihre Person betreffen y), folglich können sie eine Arbeit zu fertigen versprechen. Es geht auch an, daß sie ein Versprechen, ohne Beyseyn ihres Curators, annehmen

x) CVIACIVS et DVARENVS ad L. 6. D. de verb. oblig. CONTIVS in lect. subsec. Lib. II. c. 3. FABER in coniect. iur. ciuil. L. VIII. c. 5. et 6. RAEVARD in variis, Lib. II. c. 9. LEONINI Emend. Lib. I. c. 19. LYCLAMA in Membr. Lib. VI. eclog. 8. FORNERIVS Lib. III. Select. c. 24. CONSTANT. subtil. enod. Lib. I. c. 1. in OTTONIS Thes. T. IV. CATHARINI Obs. et coni. Lib. II. c. 8. in MEERM. Thes. T. VI. NOODT ad tit. de minor. verb. non minus elegans etc. AVERANII Interpret. Lib. II. c. 7. BYNCKERSH. in Obs. Lib. 5. c. 20. REINOLD in var. c. 43. in *Eius* Opusc. p. 234. IDEM ad MERCER. concil. not. 76. p. 47. Eu. OTTO in Praef. ad Tom. quart. Thes. p. 20. IENSIVS in strict. p. 470. Bau. VOORDA in not. ad Ian. a COSTA Praelect. ad illustr. quosd. titulos locaque select. iur. ciuil. Lugd. Bat. 1773. 4. p. 317—322.

y) Herr GR. Höpfner im Commentar, §. 737.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0123
DFG

nehmen dürfen, welches zu ihrem Vortheil gereicht, und wodurch ihre Vermögensumstände verbessert werden z).

Nach dem römischen Rechte können Kinder, darunter Personen verstanden werden, die noch nicht sieben Jahr alt sind, nicht einmal solche Verträge schließen, die ihnen vortheilhaft sind, weil ihnen die Gesetze fast allen Verstand absprechen a). Sie wurden bey den Römern zwar dadurch besonders begünstigt, daß sie von einer ihnen geschenkten Sache durch Zugreifen den Besitz erwerben konnten, welches bey andern Personen, die keinen Verstand haben, nicht verstattet wurde b). In der L. 3. C. de acquir. et retin. poss. rescribirt der Kaiser Decius an den Rufinus folgendermaßen: *donatarum* rerum a quacunque persona *infanti* vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamuis enim sint auctorum sententiae dissentientes: tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset adfectus, possessionem per traditionem esse quaesitam: alioquin (sicuti consultissimi viri *Papiniani* responso continetur) nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri. Wie dieses Gesetz zu verstehen sey, darüber stimmen die Rechtslehrer ebenfalls nicht überein. Die mehresten unter ihnen sind der Meynung, es könne nur allein von der Erwerbung des Besitzes geschenkter Sachen verstanden werden, und es bleibe bey der Regel, daß ein Kind für sich allein, und ohne Zustimmung des Vormundes, keinen bürgerlichen Besitz erwerben könne, weil es ihm an dem dazu erforderlichen Willen und der Absicht fehle, die Sache für sich zu haben und zu behalten, auch gebe

z) L. 6. D. de verb. oblig. L. 3. D. de nouat. Sim. Per. GASSER D. de pactis claudicantibus, Hal. 1735. §. 53. sqq.

a) L. 70. D. de verb. oblig. L. 26. C. de donat. §. 10. Inst. de inut. stipul. L. 1. §. 13. D. de oblig. et act. SCHULTING ad Prota h. t. §. 16. VINNIVS ad §. 10. Inst. de inut. stipul.

b) L. 1. §. 3. D. de acquir. vel omitt. hered.

gebe das Wort *interim* hier deutlich zu erkennen, daß in dem Gesetz blos von diesem besondern Falle der Schenkung geredet werde [c]). Mehrere berühmte Rechtslehrer behaupten dagegen, dieses Rescript müsse von einer jeden andern Besitzergreifung verstanden werden; denn da es hierbey nur auf eine bloße Handlung ankomme, so könne solche diesem Gesetz gemäß selbst von Kindern vorgenommen werden. Sie bemerken, die Schenkung werde blos darum angeführt, weil diese das Rescript veranlaßt hatte; daß aber das Rescript darauf nicht einzuschränken sey, beweise der aus Papinians Gutachten hergenommene Rechtsgrund, und selbst in den Basiliken stehe nichts von Schenkungen. Das Wort interim beziehe sich blos auf die Zeit der Kindheit und die Beschaffenheit der Gemüthskräfte [d]). Es ist wohl die richtigere Meynung diese, daß ein den Kindern geschehenes Versprechen nicht anders verbindlich sey, als wenn dasselbe durch den Vormund derselben, oder von einer andern Person zu ihrem Besten angenommen worden ist, daher bey den Römern der Sclave des Kindes die Schenkung anzunehmen berechtigt war [e]). Der Herr HR. Claproth ist der Meynung, daß heut zu Tage einem Kinde etwas, so zu seinem Vortheil gereicht, gültig versprochen werden könne,

c) L. 1. §. 3. L. 32. §. 2. D. de acquir. vel amitt. poss. GALVAN. de vsufr. c. 33. §. 14. p. 489. edit. Tubing. BACHOV ad TREVTL. Vol. II. P. II. Disp. 21. th. III. lit. A. PEREZ ad Tit. C. de acquir. et ret. poss. §. 9. STRYCK de caut. contr. Sect. I. c. 2. §. 6. HOFACKER in Princ. iur. Rom. T. II. §. 766. not. b. p. 45. CHARONDAS in veriſim. Lib. II. c. 6. in OTTONIS Thes. T. I. p. 745. Herr GJR. Westphal von Sachen, §. 121.

d) COCCEII in iure contr. h. t. qu. 30. exc. 1. CVPER de nat. poss. P. II. th. 24. Basilica Lib. 50. tit. 2. in MEERM. Thes. T. VII. p. 49.

e) L. 26. C. de donat. HOFACKER in Princ. iur. Rom T. II. §. 993. p. 214.

wenn das Kind nur darein gewilligt habe. Diesem steht entgegen, schreibt Herr HR. Glück, daß ein Kind nach den in Teutschland geltenden Gesetzen nicht gültig consentiren kann, vielmehr demselben der zur Erklärung einer gültigen Einwilligung erforderliche Verstand abgesprochen wird [f]).

Unmündige haben zwar die Fähigkeit, wenn sie auch der Kindheit näher seyn sollten, als der Pubertät, durch Verträge Rechte zu erwerben, und ihren Zustand zu verbessern [g]); sollen sie aber durch den geschlossenen Vertrag verbindlich werden, so erklären die Gesetze [h]) dergleichen Verträge nicht anders für verbindlich, als wenn sie mit Bewilligung ihres Vormunds geschlossen worden sind.

Hier kommt nun die sehr bestrittene Frage vor: ob den Unmündigen, wenn sie sich ohne Vormund in Rechtsgeschäfte eingelassen, nicht wenigstens eine natürliche Verbindlichkeit obliege? welche Streitigkeit Herr Prof. Weber [i]) sehr weitläuftig aus einander gesetzt hat. Schon lange, schreibt dieser scharfsinnige Gelehrte, ist unter den Rechtsgelehrten über die Frage gestritten worden: ob den Unmündigen, wenn sie sich ohne Vormund in Rechtsgeschäfte einlassen, nicht wenigstens eine natürliche Verbindlichkeit obliege? Schon die römischen Juristen waren hierüber ganz uneinig, wie die Stellen ergeben, welche

f) §. 10. Inst. de inut. stipulat. Herr HR. Claproth von Verträgen, Thl. 1. §. 6. Herr HR. Glück im Comment. Thl. 4. S. 61.

g) §. 9. 10. Inst. de inut. stipul. verb. sed in *proximis infantiae* propter utilitatem eorum benignior iuris interpretatio facta est, vt idem iuris habeant, quod pubertati proximi. L. 28. pr. D. h. t. L. 9. pr. D. de auctor. et conf. tutor.

h) Princ. Inst. de auctor. tutor. L. 5. L. 9. D. de auct. et conf. tut. L. 43. D. de oblig. et act. L. 1. C. de inut. stipulat.

i) Herr Prof. Weber von Verbindl. S. 285—307.

welche aus ihren Schriften in den Pandekten aufbehalten sind. Neratius und Licinius Rufinus verneinen die Frage ausdrücklich. Ersterer schreibt k): quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, soluerit, repetitio est, *quia nec natura debet;* und der Letztere stimmt ihm bey: pupillus mutuam pecuniam accipiendo, *ne quidem iure naturali* obligatur l). Gerade das Gegentheil lehrt Ulpianus in folgenden Worten: qualiscunque obligatio sit, quae praecessit, nouari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut ciuiliter teneat, *aut naturaliter, vt puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit* m), und mit ihm Marcianus: n) in numerationibus aliquando euenit, vt vna numeratione *duae obligationes* tollantur. Veluti si pupillo, qui sine tutoris auctoritate mutuam pecuniam accepit, legatum a creditore fuerit, sub ea conditione: si eam pecuniam numerauerit; in duas causas videri eum numerasse, *et in debitum suum* vt in *Falcidiam* heredi imputetur, et conditionis gratia, vt legatum consequatur o). Auch Paullus, von dem wir in der L. 43. D. de obl. et act. den Satz lesen: pupillum sine tutoris auctoritate non obligari iure ciuili, findet kein Bedenken, in Rücksicht auf die natürliche Verbindlichkeit an einer andern Stelle das Gegentheil zu behaupten: si pupillus, cui sine tutore auctore decem mutuo data sunt, legatum a creditore meruerit, sub hac conditione, si decem, quae acceperit, heredi reddiderit; vna numeratione et implet conditionem, et liberatur *naturali obligatione;* adeo autem et *soluere* videtur, vt repudiato legato, vel Sticho, qui legatus

k) L. 41. D. de cond. ind.
l) L. 59. D. de oblig. et act.
m) L. 1. §. 1. D. de nouat.
n) L. 44. D. de solut.
o) L. 44. D. de solut.

erat, mortuo nil repetere possit p) So auch Marcianus: si eius pupilli, cui sine tutoris auctoritate pecunia credita erat, restituta ex eo Senatusconsulto mihi fuerit hereditas, *si soluam creditori, non repetam;* atque heres, si post restitutionem soluat, repetet; *non ob aliud*, quam quod ab eo in me *naturalis obligatio translata* intelligitur q). Es ist eine vergebliche Mühe, welche verschiedne Ausleger von Zeit zu Zeit angewendet haben, diese Gesetze mit einander zu vereinigen r). Man wird keinen Ausweg befriedigend finden, sondern am Ende denen beytreten müssen, welche behaupten,

p) L. 21. D. ad Leg. Falcid.

q) L. 64. D. ad Sctum Trebell.

r) Cuiacius ad L. 25. §. 1. D. quando dies leg. gesteht freymüthig: sunt hac in re permultae leges, quae pugnant inuicem, et est summus omnium labor, in eis adducendis in concordiam; fuit mihi olim maximus; et diu in desperatione fui. Am Ende glaubt er die verschiednen Gesetze glücklich zu vereinigen, wenn er die Stellen, welche dem Pupillen eine natürliche Verbindlichkeit auflegen, blos von dem Falle erklärt, da der Pupill mit dem Schaden eines andern sich reicher befindet. Cujaz ist nicht der Erste, welcher diesen Ausweg gelehrt hat; schon Martinus bediente sich dessen, wie Donell ad L. 127. D. de V. O. p. m. 375. anmerkt: tradita haec distinctio a *Martino*, et repudiata iam a veteribus interpretibus, nostra aetate *refricatur a quibusdam* et pro certissima nobis obtruditur, sine alia probatione. Andere Versuche, den Widerspruch der angeführten Gesetze zu heben, findet man beym Tim. Faber Dissert. VIII. ad Inst. thes. XI. I. O. Westenberg Dissert. I. de caus. oblig. §. 14. Hugo Donellus l. c. und Lib. XII. Comm. iur. ciuil. c. 2. Vlr. Hvber Lib. III. Prael. ad Inst. tit. 20. §. 2. Ge. d'Arnaud Lib. II. var. coniect. c. 22. Den mehresten Beyfall scheint die Meynung gefunden zu haben, daß man einen Unterschied machen müsse zwischen pupillis pubertati proximis, und infantiae proximis, dergestalt, daß jene durch Verträge sich naturaliter verpflichten könnten, diese aber nicht. Hoepfner elem. iur. ciuil. §. 734. wogegen aber Donellus ad L. 127. D. de V. O. wichtige Erinnerungen vorträgt.

ten, daß die obige Frage unter den verschiedner Secten der alten römischen Juristen wirklich controvers gewesen sey [s]). Eben so wenig sind auch die neuern Juristen über diesen Punct mit einander einverstanden, indem einige die natürliche Verbindlichkeit des Pupillen geradezu behaupten [t]), andere solche durchaus verneinen [u]). Der Hauptfehler, dessen man sich auf beyden Seiten schuldig gemacht hat, besteht darin, daß man nicht vor allen Dingen den eigentlichen Begriff der natürlichen Verbindlichkeit, worauf es hier ankommt, genau bestimmt hat, um einer Logomachie zu entgehen, welche bey den verschiednen Beziehungen, worinnen die Sache genommen werden kann, ganz unvermeidlich ist. Ist von der natürlichen Verbindlichkeit im weitesten Sinne die Rede, und soll die Sache blos nach den Gesetzen der Vernunft, ohne Rücksicht auf bürgerliches Verhältniß entschieden werden, so ist es ganz unleugbar, daß auch Unmündige sich allerdings verbindlich machen können. Die Gründe, welche von Andern bereits angemerkt worden, sind völlig überzeugend. Die verschiedenen Abtheilungen des Menschenalters und besonders die mancherley Stufen der Unmündigkeit, sind eine bloße Erfindung positiver Gesetze. Man kann also nicht so gerade zu sagen, ein Kind kann nach natürlichen Rechten keinen Vertrag errichten, und durch seine Handlung keine Verbindlichkeit übernehmen.

s) Chr. THOMASIVS ad HVBERI Praelect. iur. ciuil. Lib. III. Inst. Tit. 20. §. 3. Edm. MERILLIVS Lib. VII. Obs. iur. ciuil. c. 5. Gottfr. MASCOV. de sectis veter. iurisc. c. 9. p. 197. C. F. WALCH ad ECKHARDI herm. iur. p. 300.

t) SCHVLTING de nat. obl. c. 10. IDEM in thes. iur. contr. Dec. VII. §. 8. DONELL. ad L. 127. D. de verb. obl. WESTENBERG de obl. Diss. I. c. 4. §. 14. HOPP ad Pr. Inst. de auct. tut.

u) CVIACIVS ad L. 127. D. de V. O. COCCEII in iure contr. Lib. II. tit. 14. qu. 30. HVBER in Praelect. ad Inst. Lib. III. tit. 20. §. 4.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0129
DFG

Wenn das Kind die Einsicht davon hat und weiß, was es unternimmt, so finden wir keinen Grund, dem Vertrage nach dem natürlichen Rechte seine Gültigkeit abzusprechen. Hier läßt sich überhaupt kein allgemeiner Maaßstab annehmen, sondern der Richter, welcher nichts von den positiven Gesetzen wußte, und alles nach dem Naturrechte entscheiden sollte, würde hier auf die individuellen Verstandeskräfte eines jeden Kindes Rücksicht zu nehmen haben x). — Wenn wir uns aber den Unmündigen in einer bürgerlichen Societät gedenken, wo Personen seines Alters durch positive Gesetze von Eingehung der Rechtsgeschäfte ausgeschlossen sind, so gewinnet der Gegenstand, welchen wir zu untersuchen haben, eine ganz andere Gestalt. Läßt sich unter diesen Umständen, ohne Zustimmung des Vormundes, eine natürliche Verbindlichkeit des Pupillen annehmen? Diese Frage ist schon etwas bestimmter, aber immer noch zu allgemein, als daß man sie gerade zu entweder bejahen oder verneinen könnte. Es giebt mancherley Arten der Verbindlichkeiten; nicht auf alle paßt der Grund, weshalb die bürgerlichen Gesetze die vollkommne Verbindlichkeit des Pupillen von der Autorität seines Vormundes abhängig machen. Ist dieser Grund darin zu setzen, weil man dem Unmündigen keine gehörig überlegte Willenserklärung zutraut, so muß auch in allen den Fällen, wo die Verbindkeit nicht von der Einwilligung des Schuldners abhängt, der Pupill ohne Vormund vollkommen verbindlich gemacht werden können. Dieß ist es, was Paulus mit den Worten: furiosus et pupillus, vbi ex re actio venit,

x) Neueste juristische Litteratur, Erlangen 1778. 2ter Band, S. 130. Eben so urtheilt Schulting de obligat. natur. c. 10. Pupillos, vbi intellectus sunt capaces, mero naturali iure valide omni ex causa obligari liquet; etsi, quoto id fiat anno, naturalis ratio non determinet. Siehe auch Grotius de iure belli et pacis, II, 11. 5. Fr. Glafey Vernunft- und Völkerrecht, S. 436.

venit, obligatur y), bezeichnet; und doch konnten die Ausleger über den wahren Sinn dieser Stelle in einen Streit gerathen. Der Ausdruck, ex re, ward ihnen anstößig. Einige glauben, der Jurist habe darunter nichts anders, als das Delictum und den so genannten Quasicontract verstanden z). Huber giebt das Erstere zwar zu a), weil es selbst in unsern Gesetzbüchern heißt: omnes ex delicto obligationes *ex re* nascuntur; allein das zweyte ist seiner Meynung nach unter diesen Worten nicht mit begriffen; denn, sagt er, der Pupill kann sich weder durch Antritt einer Erbschaft verbindlich machen, noch condictione indebiti belangt werden; ja es findet auch gegen den Pupillen die actio negotiorum gestorum directa eigentlich nicht Statt b). Genau erwogen, sind die Worte des Paullus weder von dem einen, noch von dem andern Falle ohne Unterschied anzunehmen; denn was die so genannten Quasicontracte anbetrifft, so haben die Einwürfe Hubers einigen Grund c); hingegen in Rücksicht

y) L. 46. D. de oblig. et action.

z) Hahn ad Wesenb. Lib. III. tit. 5. n. 3.

a) Hvber ad Inst. Lib. III. tit. 20. §. 2.

b) §. 1. inst. de inut. stipul. L. 3. §. 4. D. de negot. gest. §. 1. Inst. quib. mod. re contr. oblig.

c) In Ansehung der condictionis indebiti könnte indessen noch ein Zweifel entstehen. Zwar heißt es im §. 1. Inst. quib. mod. re contr. oblig. ausdrücklich: pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione. Allein da diese Klage ihrer Natur nach überhaupt nur wider denjenigen mit glücklichem Erfolg angestellt werden kann, welcher sich durch die empfangene Nichtschuld reicher befindet, L. 3. und 65. §. 8. D. de cond. ind., so scheint es, daß der Pupill, wenn solches bey ihm zutrifft, keinesweges von der Klage auszunehmen sey. Vielleicht ist die etwanige Schwierigkeit folgendergestalt gehoben. Wird die Nichtschuld von einem Großjährigen zurückgefordert, so darf der Kläger sein fundamentum agendi nur in der auf Irrthum gegründeten Zahlung gründen; und dem Beklagten liegt der Beweis ob, daß er dadurch nicht locupletior geworden sey. Wird hingegen wider einen Pupillen geklagt,

sicht auf die unerlaubten Handlungen ist zwar nicht zu leugnen, daß auch Unmündige durch Verbrechen sich verbindlich machen können [d]); aber auch der Wahnsinnige, der furiosus? Und doch sagt **Paullus**, *furiosus* et pupillus, vbi ex re actio venit, obligantur. Ich weiß es wohl, daß einige Rechtsgelehrte behauptet haben, der Rasende könne zwar nicht bestraft [e]), jedoch die Vergütung des Schadens allerdings aus seinen Gütern gefordert werden [f]). Diese Meynung ist aber nicht allein dem Naturrechte [g]), sondern auch dem wahren Sinne der bürgerlichen

klagt, so macht ihn der bloße Empfang der Nichtschuld noch keinesweges verbindlich, sondern der Kläger muß selbst den Grund der Klage darein setzen, daß Beklagter sich durch das indebitum reicher befinde, und folglich tritt unter diesen Umständen eigentlich die sogenannte condictio sine causa ein.

d) L. 13. §. 1. D. de dolo malo. L. 23. D. de fur. L. III. D. de reg. iur. L. 4. C. de auct. tut. COCCEII in iure contr. Lib. II. tit. 14. qu. 30. 31.

e) L. 3. §. 1. D. de iniur. L. 12. ad L. Corn. de sicar. L. 14. D. de offic. praesid.

f) Dieß behaupten MENCKE ad Pand. Lib. 47. tit. 1. §. 14. SCHAVMBVRG in comp. Dig. Lib. 9. tit. 1. §. 3. SCHMIDT Inst. iur. ciuil. §. 423. HOMMEL Rhapf. quaest. obs. 567. von **Tevenar** Versuch über die Rechtsgelahrheit, S. 58. Das Gegentheil wird vertheidigt von CARPZOV quaest. crim. 143. n. 15. 16. qu. 145. n. 21. BERGER iurispr. crim. p. 145. LEYSER Spec. 532. med. 1. 2. 3. u. a. m. von **Quistorp** Grundsätze des peinlichen Rechts, §. 38.

g) Zwar behauptet THOMASIVS D. de larua legis Aquil. §. 9. Tom. 2. Dissert. Hal. 1773. sqq. p. 851. imgleichen GRIEBNER de incestis cum nouercae matre nupriis, cor. 2., daß nach Vorschrift des Naturrechts die Vergütung des Schadens aus dem Vermögen des Rasenden geschehen müsse, weil nicht abzusehen sey, warum der Unsinn und die Raserey eines Menschen andern mehr als ihm selbst nachtheilig werden solle. Da aber die Gesetze der Vernunft zu einer jeden verbindlichen Handlung erfordern, daß sie ihrem Urheber zu imputiren sey, dieses aber bey rasenden und wahnsinnigen Leuten wegfällt, so ist der Schade, welchen sie anrichten,

gerlichen Gesetze offenbar entgegen. Man hat zwar aus der L. 5. §. 2. und der L. 33. §. 1. D. ad Leg. Aquil. das Gegentheil beweisen wollen, aber sehr unrichtig argumentirt. Der Schluß ist dieser. In der L. 5. cit. heißt es, daß die Klage aus dem Aquilischen Gesetz hier nicht Statt finde; nun sagt **Paullus** in der L. 33. §. 1. ausdrücklich: in damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio; mithin muß dem Beschädigten diese Klage gestattet werden. Unmöglich können aber die Worte des **Paullus** so viel andeuten, daß in allen Fällen, wo die Lex Aquilia nicht anwendbar ist, in factum geklagt werden dürfe; vielmehr versteht sich die Voraussetzung von selbst, daß der Beklagte einer rechtswidrigen Handlung schuldig oder theilhaftig sey h). Wie wenig das hier anwendbar sey, ergeben selbst die Worte des erstgedachten Gesetzes; es heißt nämlich in der L. 5. §. 2. D. ad Leg. Aquil. — *quae enim in*

richten, offenbar ein damnum casuale, weshalb derjenige, den es trifft, keine Vergütung fordern kann. **Gundling** erläutert die Sache durch folgendes Beyspiel. — Es ist einer vom Gerüste auf einen Andern gefallen, welchem er den Arm entzwey gebrochen. Dieser wollte den Schaden ersetzt haben; ein närrisches Petitum! Was kann einer dafür, der oben von dem Gerüste fällt. Eben so einem Kinde, einem furioso kann nichts imputirt werden, wenn sie Schaden thun, weil kein intellectus distinctus vorhanden ist; und da bey ihnen kein wahrer dolus oder culpa statt findet, so kann man ihnen auch nichts abfordern. Es ist ein casus. Casus autem est extra facientis factum; das factum ist nicht meine, und kann mir also auch nicht imputirt werden. Fällt die Imputation weg, so kann mich auch Niemand anhalten ad damnum reparandum. **Discours über das Natur- und Völkerrecht**, S. 139 und 142. Das ist deutlich; wenn man gleich hier und überhaupt von diesem Schriftsteller sagen kann: est velut in rudi aedificio firmus sane paries et duraturus, sed non satis expolitus et splendens. Tacitus.

h) §. fin. Inst. de Leg. Aquil. verb. — qui obnoxius fuerit.

in eo culpa sit, quum sanae mentis non sit? Et hoc est verissimum, cessabit igitur Aquil. actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit, aut si tegula ceciderit. **Ulpian** gesteht hier selbst, daß ein bloßes damnum casuale vorhanden sey, und erklärt eben darum die Klage für unzulässig. Die Vergleichung: quemadmodum si quadrupes damnum dederit ändert die Sache nicht; denn wenn gleich in diesem Falle nach besondern Vorschriften des positiven Rechts die actio noxalis eintritt, so folgt noch nicht, daß eben so auch zur Ersetzung des Schadens aus den Gütern des Kindes oder des Wahnsinnigen eine Klage zulässig sey. Dem Rechtsgelehrten **Ulpian** ist dieß um so weniger in den Sinn gekommen, da er dem erwähnten Beyspiele: si quadrupes damnum dederit, zugleich ein anderes beyfügt: *ac si tegula ceciderit*, wobey sicher gar keine Klage Statt findet. Kurz, da der Beschädigte, vermöge des Naturrechts, hier keine gegründete Forderung hat, so sind bestimmte Verordnungen des positiven Rechts erforderlich, wenn er dazu befugt seyn soll. Schon der **Sachsenspiegel** II, 65. und III. 3. und der **Schwabenspiegel** Cap. 148. enthalten dergleichen Vorschriften. Neuerer Zeiten ist solches in dem Preuß. Gesetzbuche I, 6. 41. u. f. f. gleichfalls, jedoch in subsidium, und mit billigem Vorbehalte in Ansehung des Unterhalts und der Erziehungskosten verordnet worden.

Die richtige Erklärung der obigen Worte des **Paullus** ist übrigens mit gar keinen Schwierigkeiten verknüpft, wenn wir nur das, worauf der Jurist sein Hauptaugenmerk richtete, nicht außer Acht lassen. Ihm kam es nur darauf an, zu zeigen, in welchen Fällen der Pupill, und der Wahnsinnige **ohne** Vormund verbindlich werden können. Wenn er nun dieses dahin bestimmte: vbi *ex re actio* venit, so will er unstreitig nicht mehr und nicht weniger andeuten, als daß in solchen Fällen nur die **vormundschaftliche Einwilligung** nicht nöthig sey, daß aber die übrigen Erfordernisse einer Verbindlichkeit

in

in Fällen dieser Art schlechterdings vorhanden seyn müssen. In so fern nun diese auf den Wahnsinnigen oder Pupillen passen, in so fern findet auch allerdings eine Verbindlichkeit derselben Statt; z. B. wenn Jemand zu ihrem Besten Ausgaben bestritten hat; wenn sie mit dem Schaden eines Andern reicher werden würden ꝛc.; dahingegen die Verbindlichkeit unstreitig wegfällt, wenn dasjenige, was sie wesentlich voraussetzt, bey ihnen keine Anwendung leidet. So z. B. erfordert zwar die aus Verbrechen entspringende Verbindlichkeit die Concurrenz des Vormundes nicht; aber sie setzt doch Moralität und Freyheit bey dem Urheber der Handlung voraus, weswegen der Wahnsinnige gar nicht, der Pupill aber nur, wenn er eines bösen Vorsatzes fähig war, daraus belangt werden kann. Dieß ist der natürlichste Aufschluß der gedachten Stelle. Die Hauptfrage von der natürlichen Verbindlichkeit kann also in Fällen, wo die Verbindlichkeit des Pupillen ex ipsa re entsteht, ebenfalls keine Schwierigkeit finden, und mithin ist die Untersuchung eigentlich auf diejenigen Rechtsgeschäfte, deren Gültigkeit das bürgerliche Recht von der Einwilligung des Vormundes abhängig macht, zu beschränken. Sind diese Rechtsgeschäfte eines Pupillen ohne Zuziehung des Vormundes dergestalt unkräftig und nichtig, daß sie auch keine natürliche Verbindlichkeit hervorbringen? In dieser Fassung scheint die Frage von allen Seiten genau berichtigt zu seyn; und doch sind auch hier noch folgende Bestimmungen erforderlich, um die Sache von aller Mißdeutung zu befreyen; ist von der natürlichen Verbindlichkeit in conscientia die Rede? oder beruhet die Frage darauf, ob selbst in Gerichten eine natürliche Verbindlichkeit des Pupillen angenommen werde? So viel das Erstere betrifft, so ist die Sache nach den allgemeinen Gründsätzen, welche darüber bereits vorgetragen worden, leicht ausgemacht. Da der Pupill zu den Personen gehört, welche das Civilrecht zu ihrem eigenen Besten, und in der Voraussetzung, daß ihnen die natürliche Fähigkeit zum Contrahiren abgehe

gehe, von aller Verbindlichkeit loszählt, so beruht das Daseyn oder Nichtdaseyn der natürlichen Verbindlichkeit an sich (in conscientia) lediglich darauf, ob jener Mangel an Freyheit und gehöriger Ueberlegung, welche die Gesetze als Regel annehmen, in dem vorkommenden Falle gleichfalls zutreffe. Wer in seinem Gewissen vom Gegentheil überzeugt ist, der wird auch dem innern Richter seine Verbindlichkeit nicht verleugnen können, obgleich in foro externo keine Rücksicht darauf genommen wird; wiewohl Gundling [i]) so ganz unrecht nicht hat, wenn er sagt: mit Pupillis und Minoribus ist es gut, daß sie nicht allein contrahiren. Du magst sagen, was du willst; es ist allezeit die Präsumtion, daß du sie willst betrügen.

Giebt es aber auch Fälle, wo diese natürliche Verbindlichkeit selbst in Gerichten als wirksam anerkannt wird? Diese Frage ist den Rechten nach nicht anders, als mit Nein, zu beantworten, in so fern der ganze Handel von Seiten des Pupillen selbst, oder Seinetwegen vom Vormunde als ungültig angefochten wird, kurz, wenn es darauf ankommt, ob der Pupill schuldig sey, den Handel gelten zu lassen? Die Gesetze gestatten nicht nur keine Klage wider den, der in seiner Unmündigkeit etwas versprochen hat, sondern sie erlauben ihm sogar, was er wirklich schon bezahlt hat, wieder zurück zu fordern [k]). Auf die vielleicht in manchem einzelnen Falle vorhandene Gewissenspflicht kann in Gerichten nicht gesehen werden. Darf aber diese Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte auch von andern Personen außer den Pupillen in Anrege gebracht, vielleicht gar zu seinem Nachtheile wider ihn, oder wenigstens gegen einen Dritten, ebenfalls vorgeschützt werden? Nach den allgemeinen Vorschriften des Naturrechts sind frey-

i) Gundling im Discours über das Natur- und Völkerrecht, S. 188.

k) §. 9. Inst. de inut. stipul. L. 41. D. de cond. ind.

freylich Personen, denen der Gebrauch des Verstandes, mithin die Freyheit des Willens abgeht, auch vom Erwerb solcher Rechte und Zuständnisse, welche wir nur durch unsere Willenserklärung erlangen können, ausgeschlossen [1]). So wenig also der Unmündige bey wirklich fehlender Freyheit des Willens sich verbindlich machen kann, eben so wenig mag er sich auch unter diesen Umständen Rechte erwerben; und eben so wenig können Andere außer ihm an einen Handel gebunden seyn, dessen Bestand eine freye Willenserklärung voraussetzt, der aber von Personen eingegangen ward, bey denen keine gehörige Willenserklärung Statt findet. Sollte also die Sache allein nur nach den Gesetzen der Vernunft beurtheilt werden, so würde auch hier gelten, was wir bereits in Ansehung der Verbindlichkeit des Pupillen angemerkt haben; das positive Recht hingegen behandelt beyde Gegenstände nicht durchgängig gleich. Die Gesetze haben keinen andern Zweck, als das eigene Beste des Pupillen; nur um seinen Nachtheil zu verhüten, ist ihm der Vormund zum Führer und Leiter in rechtlichen Angelegenheiten beygeordnet, und alles, was er ohne dessen Zustimmung vornimmt, für nichtig erklärt worden. Dieser Beweggrund findet aber nicht Statt, wenn der Nutzen des Pupillen die Aufrechthaltung eines solchen Handels erheischet, oder wenn es darauf ankommt, ob andere Personen außer ihm das Geschäft als gültig anerkennen müssen? Um nun das Alter, in welchem der Mensch rechtliche Geschäfte gültig eingehen darf, zweckmäßig zu bestimmen, haben die Gesetze die Fähigkeit, sich verbindlich zu machen, möglichst weit hinausgesetzt, hingegen bey der Fähigkeit, Rechte zu erwerben und andere sich zu verbinden, den frühesten Termin bestimmt, wo man nur irgend einige Begriffe bey dem Menschen erwarten kann, um den recht-

1) Grotius de iure belli et pacis, Lib. II. c. II. §. 14.

rechtlichen Handlungen desselben eine Wirksamkeit einzuräumen. So bald nämlich der Unmündige die Jahre der Kindheit zurückgelegt hat, sind die Geschäfte, welche man ohne Zuziehung des Vormundes mit ihm eingegangen ist, dergestalt gültig, daß von seiner Seite auf die Erfüllung des Handels gedrungen werden kann, daß mithin derjenige, welcher einem Unmündigen etwas versprochen hat, seine Zusage halten muß [m]); daß der Bürge, welcher wissentlich für den Pupillen gut gesagt, mit Recht in Anspruch genommen wird [n]); daß der Gläubiger, welcher einen Pupillen zum Expromissor annimmt, seine Forderung gegen den Hauptschuldner nicht weiter anbringen kann, sondern der letztere völlig befreyt wird [o]); daß derjenige, welcher

m) §. 9. Inst. de inut. stip. in den Worten: alium sibi obligare potest, wobey sich freylich von selbst versteht, daß der Pupill, wenn seiner Seits Rechte aus dem Handel behauptet werden, dagegen auch die Verbindlichkeiten anerkennen muß, welche das Geschäfte mit sich bringt. VOET comm. ad Pand. XXVI. 8. 3.

n) FROMMANN de obligat. natur. §. 51. — pupilli quantum ad ipsos nec naturaliter tenentur ex suis conuentionibus; dico, *quantum ad ipsos*. Nam quantum ad praeiudicium aliorum, vt nulla prohibitione ciuili opus fuit, sic valida manet ipsorum obligatio, quare recte et efficaciter quidem fideiussor eidem accedit. Durch diese Anmerkung glaubt er auch zugleich den Widerspruch zu heben, welchen man in Ansehung der natürlichen Verbindlichkeit des Pupillen in den römischen Gesetzen antrifft. So lehrt auch Hugo DONELLVS ad L. 127. D. de V. O. p. 376. — si a persona pupilli discesseris, omnibus aliis ea obligatio tam prodest re ipsa aut nocet, quam si alius quiuis fuerit iure obligatus; imgleichen SCHVLTING de obligat. nat. c. 10. p. 27.

o) §. 3. Inst. quib. mod. toll. oblig. FROMMANN cit. loc. wie auch Donell in den Worten: prodest ea obligatio debitori, quem creditor liberare voluit nouatione, dum hic, quod sibi ab alio debetur, stipulatur a pupillo, nouandi animo. Liberatur enim debitor hac stipulatione non minus, quam si creditor ab alio quouis stipulatus esset; non alia de causa, quam

welcher mit einem Unmündigen ohne Einwilligung des Vormundes contrahirt hatte, wenn er in der Folge des Unmündigen Erbe wird, und mit den Legatarien wegen des Falcidischen Viertels sich auszugleichen hat, seine ganze Forderung, mithin nicht blos dasjenige, wodurch der Pupill locupletior geworden, in Anrechnung bringen kann p); daß endlich die Schuld des Pupillen eine Novation zuläßt q) und d. m. Bey Unmündigen hingegen, welche die Jahre der Kindheit noch nicht zurückgelegt haben, verhält alles dieses sich anders; das Kind kann weder sich, noch Andere gültig verbinden, noch Rechte erwerben r), wenn wir die Besitzergreifung einer ihm übergebenen Sache, vermöge der L. 3. C. de adquir. vel

quam quod ex ea stipulatione nata est obligatio vere naturalis, in quam prior transfusa nouationem peperit, ac fine eo nulla facta esset nouatio.

p) L. 95. §. 2. D. de solut. si creditor, qui pupillo sine tutoris auctoritate nummos crediderat, heres ei extitit, non, quanto locupletior pupillus factus est, consequeretur, sed in solidum creditum suum ex hereditate retinet. NELLER de obligat. natur. §. 21.

q) L. 1. §. 1. D. de nouat. NELLER l. c. §. 16. not. x. — nouare potest pupillus obligationem, quam abusiue contraxit, in nouam abusiuam, absque tutore. Nouare potest illam in ciuilem, *cum tutore* vel etiam absque hoc, si sui iuris factus est.

r) Die Regel: pupillus alium sibi obligare potest, etiam sine tutoris auctoritate, §. 9. Inst. de inutil. stip. wird gleich darauf §. 10. ibid. dahin erläutert: sed quod diximus de pupillis, vtique de iis verum est, *qui iam habent aliquem intellectum.* Nam infans, et qui infantiae proximus est, non multum a furioso distant, quia huiusmodi aetatis pupilli nullum habent intellectum. Doch heißt es auch schon von denen, welche nur über die Kindheit hinaus sind: *sed in proximis infantiae propter vtilitatem eorum benignior iuris interpretatio facta est, vt idem iuris habeant, quod pubertati proximi.* STRYCK caut. contr. Sect. I. c. 2. CLAPROTH iurispr. heurem. §. 6. Ganz vorzüglich verdient VINNIVS Comment. ad Instit. über diese Stelle nachgelesen zu werden.

amitt. poss. ausnehmen, wovon aber Cocceji urtheilt: quod ad ea pertineat, quae nudi facti sunt; non enim hic de *iure* quaeritur, sed de sola facultate rem tenendi cum animo sibi habendi, quae vtraque requisita etiam penes infantem esse possunt [s]). Ich glaube, schreibt Herr Prof. **Weber**, daß die ganze Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit der Pupillen nach folgenden Sätzen bestimmt werden müsse: I) Soll die Sache ohne Rücksicht auf bürgerliche Gesetze, nur nach den Vorschriften des **Naturrechts** beurtheilt werden, so kann der Mensch in jedem Alter sich gültig verbindlich machen, so bald er nur die gehörige Einsicht hat, und weiß, was er unternimmt. II) Wenn aber die **bürgerlichen** Gesetze keine Verbindlichkeit des Pupillen anerkennen, so erstreckt sich doch dieses nicht auf diejenigen Fälle, wo die Obliegenheit ex ipsa re, ohne des Schuldners Einwilligung entspringt. III) Wenn hingegen der Pupill sich in einen Handel eingelassen hat, dessen Gültigkeit nur von des Vormundes Einwilligung abhängt, so kann ihm zwar nach individuellen Umständen eine natürliche Verbindlichkeit in conscientia obliegen, worauf aber in Gerichten keine Rücksicht genommen wird, indem man hier den Pupillen als einen solchen behandelt, der sich zu nichts verpflichten konnte. IV) Wenn aber der eigene Nutzen des Pupillen die Aufrechthaltung solcher Geschäfte, welche er ohne Zuziehung seines Vormundes eingegangen ist, erheischet, wenn von Rechten, welche er dadurch erwerben kann, von Verbindlichkeiten, welche Andern außer ihm dadurch aufzulegen sind, die Rede ist, so behaupten die Rechtsgeschäfte des Pupillen, so bald er nur die Jahre der Kindheit zurückgelegt hat, ihren völligen Bestand.

Damit diese wichtige Materie von mehr als einer Seite betrachtet werden kann, will ich die Erklärung des Herrn HR. **Glück** anführen. **Unmündige**, heißt es

S. 62

s) Cocceii in iure contr. Lib. 2. tit. 14. qu. 30.

S. 62 im 4ten Bande des Commentars, welche die Jahre der Kindheit zurückgelegt haben, können zwar durch Verträge Rechte erwerben, und ihren Zustand verbessern [t]), wenn sie gleich der Kindheit näher sind, als der Pubertät [u]); allein in so fern sie sich dadurch verpflichten wollen, sind die Verträge derselben nach dem Civilrecht anders nicht gültig, als wenn sie mit Concurrenz und Einwilligung des Vormundes sind geschlossen worden [x]). Es fragt sich aber, ob dem Unmündigen, der ohne Zuziehung des Vormundes paciscirt hat, nicht wenigstens eine natürliche Verbindlichkeit obliege, dasjenige zu erfüllen, weswegen die bürgerlichen Gesetze keine Klage wider ihn gestatten? Die Frage ist unter den neuern Rechtsgelehrten sehr streitig, und es scheint, daß schon die alten römischen Juristen hierüber nicht mit einander einig gewesen, wie sich aus den Stellen ergiebt, welche aus ihren Schriften in den Pandekten aufbehalten sind. Denn Neratius [y]) läugnet ausdrücklich, daß ein Pupill, der ohne Auctorität seines Vormundes etwas versprochen, hieraus nach dem natürlichen Rechte verbindlich werde, und

t) §. 9. Inst. de inut. stipulat. L. 28. pr. D. h. t. L. 9. pr. D. de auct. et conf. tut. L. 5. D. de reg. iur.

u) §. 10. Inst. de inutil. stipulat.

x) Princ. Inst. de auct. tutor. L. 5. §. 9. D. de auct. et conf. tut. L. 43. D. de obl. et act. L. 1. C. de inut. stipul.

y) L. 41. D. de cond. ind. — quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, soluerit, repetitio est, *quia nec natura debet*. Ant. Schulting in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 18. und in Thes. contr. Dec. XLIV. §. 9. will in dieser Stelle statt sine tutoris auctoritate mittelst einer Emination SIne d. i. si sine tutoris auctoritate lesen; Haloander und Ant. Faber in Rat. ad h. l. wollen hingegen zwischen den Worten promiserit, soluerit, ein *et* einschalten. Allein daß hier keine Emendation nöthig sey, zeigt Corn. Ant. van Wachendorf in obs. ad Leges quasd. ex iure ciuili, Trai. ad Rhen. 1756. c. 3. §. 2. in Oelrichs Thes. nouo Dissert. Belgic. Vol. II. T. II. p. 173.

meynt daher, daß dasjenige, was derselbe wirklich schon bezahlt habe, zurück gefordert werden könne. Ja Licinius Rufinius [z]) geht so weit, daß er auch so gar in dem Falle, da der Pupill Geld anlehnsweise aufgenommen, das Daseyn einer natürlichen Verbindlichkeit verneinet. Allein Ulpian [a]), Marcian [b]), Paulus [c]), und Papinian [d]) lehren gerade das Gegentheil. Man hat sich viele Mühe gegeben, diesen Widerspruch zu heben [e]), allein vergeblich; daher ich denjenigen beyzutreten kein Bedenken trage, welche behaupten, daß die obige Frage unter den verschiednen Secten der alten römischen Rechtsgelehrten wirklich controvers gewesen sey [f]). Es hat zwar d'Arnaud a. a. O. S. 363 eingewendet, daß die angeführten Gesetzstellen aus den Schriften solcher Rechtsgelehrten genommen worden, welche schon zu der Zeit gelebt haben, wo es keine Secten mehr gab. Allein daß Neratius ein vorzüglicher Anhänger der Proculianischen Secte gewesen sey, ist nicht zu bezweifeln [g]), und selbst

z) L. 59. D. de obl. et act. (S. 71).

a) L. 1. §. 1. D. de nouat. (S. 71).

b) L. 44. D. de solut. L. 64. D. ad Sctum. Treb. (S. 71 und 72). Herr GJR. Westphal von Vermächtnissen, Thl. 2. §. 1708.

c) L. 21. pr. D. ad Leg. Falcid. (S. 71). Ienssii Strict. p. 325.

d) L. 25. §. 1. D. quando dies legat. Westphal a. a. O. §. 889.

e) Die verschiednen Meynungen der Rechtsgelehrten erzählen: de Ayala in comm. ad L. f. C. de aleat. in Ottonis Thes. T. IV. p. 1074. d'Arnaud in var. coniect. Lib. II. c. 22. van Wachendorf in Diss. Tr. p. 431. C. F. Guil. Schmidt in Diss. sist. leges quasdam potiores rituli Dig. de negot. gestis expositas, sub Praes. C. Chr. Hofacker, Tub. 1787. defens. p. 19.

f) Edm. Merillivs in Obs. Lib. VII. c. 4. et 5. Mascov de Sectis, c. 9. §. 14. p. 195. Walch ad Eckh. p. 259.

g) Chr. Gottl. Richter Exercit. de Neratio Prisco, ICto, Lips. 1785. c. 5.

selbst die Iureconsulti erciscundi hielten es bald mit dem Proculus, bald mit dem Sabinus [h]). Die beyden vorzüglichen Erklärungen dieser Streitigkeit gründen sich übrigens auf die Meynung des Martinus und das Accursius. Ersterer glaubte in seiner Glosse über die L. 25. D. de fideiuss. die angeführten verschiednen Gesetzstellen dadurch zu vereinigen, wenn er diejenigen, in welchen dem Pupillen eine natürliche Verbindlichkeit aufgelegt wird, blos von dem Falle erklärte, da der Pupill mit dem Schaden eines Andern sich reicher befindet, welche Meynung viele vertheidigt haben [i]); es steht ihr aber die L. 1. D. de nouat. L. 95. §. 2. D. de solut. L. 25. §. 1. D. quando dies legat. offenbar entgegen, welche von der natürlichen Verbindlichkeit eines solchen Pupillen reden, der sich nicht bereichert hat. Aus diesem Grunde hat daher die Meynung des Accursius mehrern Beyfall gefunden. Dieser unterscheidet zwischen Pupillen, welche der Kindheit und solchen, welche der Pubertät am nächsten sind, und meynt, daß letztere durch Verträge sich naturaliter verpflichten könnten, erstere aber nicht; doch sey diese natürliche Verbindlichkeit nur in so fern von Wirkung, als es darauf ankommt, andern Personen deshalb eine Verbindlichkeit aufzulegen, welche Meynung von mehrern Auslegern für richtig gehalten worden ist [k]). Daß es auf diesen Unterschied nicht ankomme, beweißt die L. 25. D. de fideiuss.

h) MASCOV de Sectis Sabin. c. VIII.

i) CVIACIVS ad L. 25. §. 1. D. quando dies legat. IDEM ad L. 127. D. de V. O. Hub. GIPHANIVS in lectur. Altorf. ad L. 46. D. de obl. et act. p. 630. RITTERSHVSIVS in comment. ad Princ. Inst. de auctor. tutor. p. III. de AYALA l. c. ab IDSINGA in Disp. de mutuo et ver. litterarum obligatione, Praes. Abr. WIELING. hab. Franeq. 1736. c. 5. §. 7. in OELRICHS Thes. nouo Dissert. Belgicar. Vol. I. Tom. I. p. 159.

k) DONELLVS in comment. iur. ciuil. Lib. XII. c. 22. p. 60. p. 602. IDEM ad L. 127. D. de verb. oblig. ALTAMIRAN

Beurtheilt man die Sache blos nach dem Rechte der Vernunft, fährt Herr HR. Glück fort, so kommt alles auf die individuellen Verstandeskräfte des paciscirenden Unmündigen an. Hat solcher die erforderliche Einsicht von dem, was er unternimmt, so ist kein hinreichender Grund vorhanden, dem Vertrage eines Pupillen seine Gültigkeit nach natürlichen Rechten abzusprechen [l]). In dieser Hinsicht haben unstreitig diejenigen römischen Juristen Recht [m]), welche behaupten, daß aus den Verträgen der Unmündigen, wenn sie auch ohne Auctorität ihrer Vormünder eingegangen worden, eine natürliche Verbindlichkeit, das ist, eine solche Verbindlichkeit entstehe, welche das Naturrecht anerkennt [n]). Allein da die bürgerlichen Gesetze dem Unmündigen bey Schließung der Verträge keine gehörige überlegte Willenserklärung zutrauen, und daher die vollkommne Verbindlichkeit desselben von der Auctorität seines Vormundes abhängig machen, so entsteht nun die Frage, was dieser natürlichen Verbindlichkeit für eine Wirkung im Gericht beyzulegen sey? Hier merke man sich folgende Hauptsätze;

1) Den Pupillen selbst kann für seine Person diese Verbindlichkeit auf keine Weise belästigen; sondern in Absicht auf diesen haben die bürgerlichen Gesetze derselben alle Wirkungen entzogen, in so fern er selbst in Anspruch genommen wird. Es ist dieses nicht nur denjenigen Gesetzen

MIRAN in comm. in priores XIII. libros ex XX. quaest. Q. Cerv. Scaevolae, tract. 5. ad L. 127. D. de verb. oblig. in MEERM. Thes. T. II. p. 444. WESTENBERG de caus. oblig. Diss. I. c. 4. §. 14—17. G. d'ARNAVD l. c. van WACHENDORF l. c. SCHMID in Diss. cit.

l) SCHULTING in D. de obligat. nat. c. 10. GROTIVS de iure belli et pacis, Lib. II. c. 11. §. 5. Glafey Vernunft- und Volkerrecht, S. 436.

m) L. 1. §. 13. D. de oblig. et act. — qui loqui potest, creditur et stipulari et promitti recte posse.

n) L. 84. §. 1. D. de reg. iur. — is *natura* debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus.

setzen der Pandekten gemäß, in welchen gesagt wird, daß dem Pupillen, der ohne Auctorität seines Vormundes etwas versprochen, auch nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit obliege; denn da diese Verbindlichkeit in den bürgerlichen Gerichten nicht anerkannt wird, so ist sie freylich, in Absicht auf den Pupillen, so gut als gar keine o); sondern eben dieses bestätigt auch die Analogie neuerer Gesetze. Denn da auch so gar ein Minderjähriger, der unter der Curatel steht, in Dingen, welche sein Vermögen betreffen, sich ohne Zustimmung des Vormundes keinesweges verbindlich machen kann, vielmehr nach deutlicher Vorschrift der Gesetze eben so, als ein gerichtlich erklärter Verschwender behandelt werden soll, dem auch keine natürliche Verbindlichkeit aus dem getroffenen Handel obliegt p); so muß dieses noch vielmehr von den Verträgen der Unmündigen gelten, da es eine richtige Regel ist, daß den Pupillen in dem Falle gar keine Verbindlichkeit treffen könne, in welchem der Minderjährige nur aus einem solchen Vertrage nicht verbindlich wird, den er über sein Vermögen geschlossen hat q). Hieraus folgt also, daß nicht nur keine Klage wider einen solchen Unmündigen statt findet, der ohne den Vormund etwas versprochen hat, sondern sogar dasjenige, was derselbe zur Erfüllung seines unverbindlichen Versprechens etwa

o) Justinian sagt dieses ganz deutlich in dem §. 3. Inst. quib. mod. toll. oblig. wenn es daselbst heißt: obligatio pupilli, a quo quis sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit, nulla est. Man vergleiche hier vorzüglich BACHOV ad TREVTLER. Vol. I. Disp. VI. thes. 5. lit. B. p. 233. VOET ad Pand. Lib. 26. tit. 8. §. 4. WESTENBERG de cauf. oblig. Diss. I. c. 4. §. 15. HVBER ad Inst. Lib. III. tit. 20. §. 23. 24. SCHVLTING h. t. §. 18.

p) L. 3. C. de in integr. restit. minor. — cum non absimilis ei habeatur minor, curatorem habens, cui a Praetore, curatore dato, bonis interdictum est.

q) EMMINGHAVS in not. ad COCCEII ius contr. h. t. p. 246.

schon gegeben hat, zurückgefordert werden kann, wie die L. 9. Inst. de inut. stip. L. 1. C. eod. L. 41. D. de cond. ind. beweisen. Man sieht hieraus, daß die Gesetze den Schluß von Zurechnung der Vergehung, auf die Gültigkeit der Verträge bey Unmündigen billig nicht gelten lassen. Denn wird der Pupill einer zu Schulden gebrachten Vergehung wegen gestraft, so gereicht das zu seiner Besserung; kommt er aber durch Verträge um sein Vermögen, so fällt er dem Staate zur Last.

2) Wenn es hingegen blos darauf ankommt, anderen Personen deshalb eine Verbindlichkeit aufzulegen, so haben die auch ohne des Vormunds Einwilligung eingegangenen Rechtsgeschäfte des Unmündigen ihre völlige Wirkung [r]). Verträge, welche man ohne Zuziehung des Vormundes mit einen Pupillen eingegangen, sind daher dergestalt gültig, daß von seiner Seite auf die Erfüllung des geschlossenen Handels gedrungen werden kann, wenn desselben Aufrechthaltung ihm zum Vortheil gereicht. Es entsteht hieraus ein so genanntes hinkendes Geschäfte, welches nur auf Seiten des andern Theils, welcher mit dem Unmündigen contrahirt hat, nicht aber auf Seiten des letztern verbindlich ist [s]). Auch der Bürge, welcher für das Versprechen des Pupillen gut gesagt hat, kann deshalb mit Recht in Anspruch genommen werden, und hat an das Vermögen des Mündels keinen Regreß [t]). Sogar bey dem Erben des Pupillen ist die natürliche Verbindlich-

r) Herr GTR. Höpfner im Comment. §. 734. Io. Chr. Brandenburg in comm. exp. differentias iur. Rom. inter pupillos et minores, tutores ac curatores, Han. 1793. 8. §. 23.

s) Princ. Inst. de auct. tutor. L. 13. §. 29. D. de act. emt. vend. — si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, *ex uno latere* constat contractus. *Nam, qui emit, obligatus est pupillo*, pupillum sibi non obligat.

t) L. 53. D. de recept. L. 42. pr. D. de iniur. L. 127. D. de verb. oblig. L. 25. D. de fideiuss.

bindlichkeit desselben nicht ohne Wirkung. Dahin gehört, daß derselbe, wenn er die ohne Auctorität des Vormundes contrahirte Schuld seines unmündigen Erblassers einmal bezahlt hat, das Bezahlte nicht wieder zurückfordern kann [u]); derjenige hingegen, welcher mit einem Unmündigen ohne Einwilligung des Vormundes contrahirt hat, wenn er in der Folge desselben Erbe wird, und mit den Legatarien wegen des Falcidischen Viertheils sich auszugleichen hat, seine ganze Forderung, mithin nicht blos dasjenige, wodurch der Pupill reicher geworden, in Anrechnung zu bringen befugt ist [x]). Daß auch die Schuld des Pupillen eine Novation zulasse, verordnen die Gesetze deutlich [y]). Endlich

3) ist es zwar außer Zweifel, daß ein Unmündiger aus seinen ohne vormundschaftliche Auctorität geschlossenen Contracten in dem Fall vollkommen verbindlich werde, da der Gläubiger beweisen kann, daß der Pupill durch den geschlossenen Vertrag reicher geworden ist [z]), weil es schon in der natürlichen Billigkeit gegründet ist, daß sich Niemand mit des Andern Schaden bereichere [a]). Allein eben so gewiß ist es auch, daß diese Verbindlichkeit keine bloße natürliche, sondern eine durch die bürgerlichen Gesetze bestätigte Verbindlichkeit ist, weßhalb nach der Verordnung des Kaisers Antonin des Frommen, eine actio vtilis gegen den Unmündigen Statt findet [b]). Uebrigens haben von dieser Controvers, außer den bereits angeführten

u) L. 64. pr. D. ad Sctum Trebell.
x) L. 95. §. 2. D. de solut.
y) L. 1. §. 1. L. 9. D. de nouat.
z) L. 5. §. 1: D. de auct. tut. L. 13. §. 1. D. de cond. indeb. L. 9. et 10. D. de instit. act. L. 3. pr. D. commod. L. 1. §. 15. D. depositi.
a) L. 14. D. de cond. indeb.
b) L. 5. pr. D. de auct. tut. L. 3. pr. D. commod. SCHULTING de obligat. nat. c. 10. in *Eius* Comment. acad. Hal. 1770. Diss. I. p. 28.

geführten Rechtslehrern, die in der Note c) angeführten ausführlich gehandelt.

Zum Beschluß dieses Paragraphens ist endlich auch noch die Frage zu beantworten: was von der Gültigkeit des von einem Minderjährigen geschlossenen Vertrags nach der Vorschrift unserer Gesetze gehalten werden muß? Bey Beantwortung dieser Frage finden sich fast eben so viel Schwierigkeiten, als bey der vorigen. Es muß überdieses ein Unterschied gemacht werden, zwischen dem römischen Rechte, und unsern teutschen Verordnungen. In Rücksicht auf die natürliche Verbindlichkeit eines solchen Vertrags ist zu bemerken: wenn schon Unmündige nach den Vorschriften des Naturrechts überhaupt sich allerdings verbindlich machen können; wenn es Fälle giebt, wo den Pupillen selbst ohne des Vormundes Einwilligung eine in bürgerlichen Gerichten völlig wirksame Verbindlichkeit treffen kann; wenn die Rechtsgeschäfte desselben wenigstens in so fern immer gültig sind, als sein eigenes Interesse ihre Aufrechthaltung erfordert, oder von der Verbindlichkeit Anderer die Rede ist, so leidet dieses alles in Ansehung der Minderjährigen noch weniger Zweifel d). Ob aber außer diesen Fällen die Rechtsgeschäfte derselben ohne vormundschaftlichen Beystand, nach eben den Grundsätzen zu beurtheilen sind, welche bey einem Unmündigen angewendet werden, mithin der Minderjährige, wenn man ihn aus seinem Vertrage in Anspruch nimmt, wenigstens in den bürgerlichen Gerichten, als ein solcher behandelt werden muß, der nicht einmal eine natür-

c) Herr Prof. Weber in der system. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, 2te Abth. §. 71. S. 265 flg. Cocceii in iure ciuili contr. h. t. qu. 30. Io. Fr. de Meyer in comment. de eo, quod interest inter tutelam et curam aetatis, nec non inter impuberes et minores iure Rom. ac Germ. Gott. 1792. §. 19.

d) Cocceii in iure contr. h. t. qu. 31. in fine. Herr Prof. Weber a. a. O. S. 307.

natürliche Verbindlichkeit zu erfüllen hat, ist eine Frage, über deren Entscheidung die Rechtsgelehrten ebenfalls uneinig sind. Was die Verbindlichkeit in conscientia betrifft, so ist davon Gebrauch zu machen, was über diesen Umstand bey einem Pupillen S. 84 bemerkt worden. Hat sich aber der Minderjährige eines wirklichen Betrugs (doli) schuldig gemacht, oder er genehmigte das Geschäfte nach erlangter Großjährigkeit, so darf er von der ihm sonst zustehenden Rechtswohlthat keinen Gebrauch machen [e]).

Bey Beantwortung der Frage von der Gültigkeit eines Vertrags, den ein Minderjähriger geschlossen hat, in Absicht auf das römische Recht, ist ein Unterschied zu machen, ob der Vertrag von einem solchen Minderjährigen geschlossen worden, der einen Curator hatte, oder ob dieses nicht der Fall war. Bey den Römern bekam der Minderjährige der Regel nach wider seinen Willen keinen Vormund, sondern er mußte darum angesucht haben [f]). Eine große Anzahl von Rechtsgelehrten haben zwar zu behaupten gesucht, jeder Minderjährige sey verpflichtet gewesen, um einen Curator zu bitten [g]). Hierauf antworten andere berühmte Rechtslehrer: daß es allerdings Fälle gab, wo der Minderjährige schlechterdings einen Curator haben mußte, z. B. wenn ihm sein Vormund Rechnung ablegen sollte, wenn er Zahlungen in Empfang nehmen,

e) Voet in comment. ad tit. de minor. §. 43. 44.

f) L. 13. §. 2. D. de tut. et curat. dat. L. 2. §. 4. et 5. D. qui pet. tutor. L. 43. §. 1. D. de proc. §. 2. Inst. de curat. L. 7. §. 2. D. de minor. L. 1. C. in quib. caus. in integr. restit. L. 1. C. qui pet. tut. L. 3. C. de integr. rest. minor. L. 3. §. 2. D. ad Sctum Maced.

g) Schulting ad Vlpiani fragm. tit. 12. not. 11. in Iurispr. Anteiust. p. 606. Crusius in Diss. ad Const. diui Marci de curat. minor. in Fellenb. iurispr. antiqua, T. II. p. 575. Amaya in Obs. Lib. I. c. 8. n. 15. Heineccius in antiqu. Lib. I. tit. 23. §. 8. 9. Ueber die Fähigkeit der Minderjährigen sich verbindlich zu machen, in Hagemanns und Günthers Archiv, Thl. 6. Abh. 1.

men, Processe führen wollte. Daß ferner wohl die mehresten Minderjährigen durch diese besondern Vorschriften gleichsam indirecte genöthigt wurden, um einen Curator zu bitten, um der Verlegenheit abzuhelfen, welcher sie ohne ihn ausgesetzt waren, wird Niemand leugnen. Sobald es aber darauf ankommt, was man eigentlich der Regel nach als gesetzlichen Grundsatz anzunehmen habe, so ist die Bestimmung des §. 2. Inst. de curat., wo es heißt: *inuiti* adolescentes curatores *non* accipiunt, verglichen mit der L. 13. §. fin. D. de tutor. et curat. dat. L. 43. §. 3. D. de curat. und der L. 3. C. de in integr. restit. völlig entscheidend h). Das Lätorische Gesetz verordnete, daß man den stupiden und liederlichen Minderjährigen Curatoren geben sollte. Wenn ein Minderjähriger rasend, oder von der Obrigkeit für einen Verschwender erklärt worden war, so bekam er schon vor dem Lätorischen Gesetz einen Curator, da dieses selbst bey volljährigen Personen geschehen mußte. Wenn er hingegen nur stupid, das heißt, von sehr schwachem Verstande war, oder er betrug sich sehr leichtsinnig und unordentlich bey Verwaltung seiner Güter, ohne jedoch ein wirklicher Verschwender zu seyn, so mußte ihm nach dem Lätorischen Gesetz ein Curator bestellt werden. Der Kaiser Marcus Antoninus änderte dieses, und verordnete, daß jeder Minderjährige auf sein Verlangen einen Curator bekommen sollte. Vorher war es schimpflich, einen Curator zu haben, weil man dadurch in die Classe der liederlichen oder stupiden Menschen versetzt wurde. Dieses Schimpfliche nahm Antonin weg, und ein Minderjähriger konnte um

h) Vinnius ad §. 2. Inst. de curat. Hetzer in D. ad Leg. Laetoriam, §. 12. Hvber in Digress. Iustin. Lib. III. c. 15. 16. 17. Hofacker in Princ. iur. ciuil. T. I. §. 700. p. 545. Hertoghe D. de Triboniano circa Legem Laetor. non errante, in Opusc. a Wvnderl. edit. Hamb. 1768. Nr. 1. C. Fea in vind. et obs. I, 6. Höpfners Comment. §. 225.

um einen Curator bitten, ohne sich dem Verdacht eines schwachen Verstandes, oder einer schlechten Wirthschaft auszusetzen. Der Geschichtschreiber Capitolinus schreibt im Leben des Antoninus Cap. 10. davon: vt omnes adulti curatores acciperent *non redditis cauſis*. Wenn die Verwandten um einen Curator baten, so führten sie zur Ursache an, daß der Minderjährige von schwachem Verstande oder ein schlechter Wirth sey. Bat der Minderjährige nach der Verordnung Antonins selbst um einen Curator, so brauchte er gar keine Ursache anzugeben i). Diejenigen Rechtslehrer, welche behaupten, jeder Minderjährige sey verbunden gewesen, nach beendigter Tutel um einen Curator zu bitten, und nicht nur bey gewissen Fällen, berufen sich auf die L. 33. §. 1. D. de adminiſtr. et peric. tut., wo es heißt, officium tutorum curatoribus conſtitutis finem accipit, auf die L. 5. §. D. eod., wo Ulpian sagt: ſacris conſtitutionibus is, qui tutelam adminiſtrauit, iubetur pupillum ſuum puberem factum admonere, vt ſibi curatores petat, und auf die L. 1. §. fin. D. de minor., wo gesagt wird: hodie in aetatem usque viginti quinque annorum adoleſcentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei ſuae adminiſtratio eis committi debebit, quamuis bene rem ſuam gerentibus. Diese Stellen beweisen nichts, schreibt der Hr. GTR. Höpfner; denn daß die Tutel aufhört, wenn ein Curator bestellt ist, beweißt nicht, daß der letzte auch nothwendig, auch gegen des Minderjährigen Willen, bestellt werden müsse. Der Tutor mußte freylich den Pupillen erinnern, daß er um einen Curator bat, weil dieser dem Tutor die Rechnung abnahm; sobald aber, als dieses geschehen war, hatte sein Amt ein Ende, wofern ihn nicht der Minderjährige behalten wollte. Die L. 1. §. fin. D. de minor. redet nicht von curatoribus *conſtituendis*, sondern von *conſti-*

i) Schroeder in obſ. iur. ciuil. §. 226. p. 29.

conſtitutis; denn wenn der Minderjährige einmal um einen Curator gebeten, und ſolchen bekommen hatte, ſo durfte er ihn nicht wieder abdanken, ſondern mußte ihn bis zu erreichter Großjährigkeit behalten. Hr. Prof. **Weber** bemerkt: die Erklärung, welche **Schulting** und **Cruſe** bey der angezogenen Stelle verſuchen, daß nämlich **kein Anderer** für den Minderjährigen einen Vormund, der ihm mißfällig wäre, erbitten könne, daß aber der Minderjährige ſchuldig ſey, ſelbſt um einen Vormund anzuhalten, folglich die Curatel doch immer **nothwendig** bleibe, iſt ſehr gezwungen, und dem Inhalte des Textes gerade entgegen, welcher überhaupt abgefaßt iſt: *inuiti* adoleſcentes curatores *non accipiunt.* Es wird übrigens auch in der L. 3. C. de in integr. reſtit. minor. ein **Unterſchied** gemacht unter Minderjährigen, die einen Curator haben, und ſolchen, die keinen haben. Wie bereits bemerkt worden, kamen mehrere Fälle vor, wo ein Minderjähriger bey den Römern einen Curator haben mußte; auch haben die Hinderniſſe, die ein Minderjähriger, der keinen Vormund hatte, bey Verwaltung ſeines Vermögens oft fand, und die ihn daher nöthigten, um einen Curator zu bitten, wahrſcheinlich Gelegenheit gegeben, daß ſehr viele Minderjährige um beſtändige Curatoren baten. Daher ſagt auch **Ulpian** in der L. 1. §. f. D. de minor. — hodie in aetatem vsque viginti quinque annorum adoleſcentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei ſuae adminiſtratio eis committi debebit, quamuis bene rem ſuam gerentibus.

Machte ein Minderjähriger bey den Römern von ſeiner Freyheit Gebrauch, und ließ ſich keinen Curator beſtellen, ſo konnte er, ſeines minderjährigen Alters ungeachtet, der Regel nach, über das Seinige frey disponiren, und durch rechtliche Handlungen ſich ſowohl, als Andere gültig verbinden [k]); nur wenn er eine nicht ganz unbeträcht-

k) L. 7. §. 1. L. 11. §. fin. D. de minor. L. 3. §. 2. D. ad Scm. Maced. L. 36. D. de noxal. act.

beträchtliche Verletzung darthun konnte, so hatte er das Recht, um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachzusuchen 1). Als eine Ausnahme von dieser Regel muß es betrachtet werden, daß die Veräußerung und Verpfändung unbeweglicher Güter diesen Minderjährigen verboten war, weil alle Minderjährige hier gleiche Rechte haben sollten, wie Justinian verordnete, und man aus der L. 3. C. de his qui ven. aetat. impetrau. sieht, wo es heißt: — in quarum (sc. rerum immobilium) alienatione vel hypotheca decretum illis necessarium est, qui necdum veniam aetatis meruerunt, vt similis sit in ea parte conditio *minorum omnium*, siue petita sit, siue non, aetatis venia.

Derjenige Minderjährige, der sich einen Curator hatte bestellen lassen, konnte in Angelegenheiten seines Vermögens sich ohne Einwilligung desselben zu nichts verbindlich machen, sondern die ganze Handlung war nichtig, wie die L. 3. C. de in integr. rest. min. ausdrücklich festsetzte, wo es heißt: *si curatorem habens minor* quinque et viginti annis, *post pupillarem* aetatem res vendidisti, hunc contractum seruari non oportet, quum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a Praetore curatore dato bonis interdictum est. — Si vero *sine curatore constitutus* contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis. Daß nun, vermöge dieses Gesetzes, dem Minderjährigen, der keinen Curator hatte, nicht nur eine natürliche, sondern auch so lange, bis eine wichtige Verletzung erwiesen ist, eine bürgerliche Verbindlichkeit obliege, das, wozu er sich anheischig gemacht hat, zu erfüllen, ist eben so ausgemacht, schreibt Hr. Prof. Weber, als daß im Gegentheil der Minderjährige, der einen Curator hatte, ohne dessen Einwilligung sich nicht verbindlich machen konnte, und

1) L. 3. C. de in integr. restit. minor.

und daher in Gerichten so behandelt werde, als ob nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit aus dem eingegangenen Geschäfte vorhanden sey; weshalb denn auch nicht allein keine Klage wider ihn Statt findet, sondern selbst die geschehene Erfüllung seines unverbindlichen Versprechens zurück gefordert werden kann. Da der unter der Vormundschaft stehende Minderjährige eben so betrachtet wird, als derjenige, cui a Praetore, curatore dato, bonis interdictum est, so ist die Sache keinem gegründeten Zweifel unterworfen [m]). Gleichwohl hat es von Zeit zu Zeit Rechtsgelehrte gegeben, welche ohne Rücksicht auf den Unterschied zwischen Minderjährigen, die keinen Vormund haben, und solchen, die demselben unterworfen sind, behaupten, daß auch die Handlungen des letztern wegen fehlender vormundschaftlicher Einwilligung keinesweges ipso iure für null und nichtig gehalten werden könnten [n]). Sie berufen sich auf die L. 101. D. de verb. oblig., wo es heißt: puberes *sine curatoribus suis* possunt ex stipulatu obligari. Besonders hat man die angeführte Constitution dahin zu erklären gesucht, daß vermöge derselben der Minderjährige, welcher einen Curator hat, an sich zwar ohne demselben eben so gut, als derjenige, der keinen hat, sich verbindlich machen könne, daß aber in jenem Falle sich der Curator der Erfüllung des Vertrags so lange entgegen setzen könne, als die Curatel dauere; denn dieses wollten die Worte: *seruari non* debet, anzeigen. Diese Meynung hat besonders Huber und der ange-

m) Arg. L. 6. D. de verb. oblig.

n) Hvber in Diss. de obligat. puberum ad L. 101. D. de verb. oblig. Bachov ad Trevtl. Vol. I. Diss. 6. th. 5. lit. C. VI. Hvber ad Inst. Lib. III. tit. 20. §. 5. Heineccivs ad Vinn. h. l. §. 9. Marckart in interpr. rec. Lib. I. c. 21. Püttmann in Prob. p. 149. Idem de int. Saluiano, c. 5. not. m. van der Linden in edit. Voet. ad tit. de minor. §. 52. Der Herr Verfasser der angef. Abhandl. in Hagemanns Archiv.

angeführte Verfasser zu rechtfertigen gesucht. Sie führen auch die L. 43. D. de oblig. et act. für sich an, wo gesagt wird: obligari potest paterfamilias, suae potestatis, pubes compos mentis, in welcher Stelle die Worte, *suae* potestatis, nicht etwa von einem solchen Minderjährigen verstanden werden dürften, der keinen Curator hat, sondern man habe sie bloß deswegen gebraucht, um einen patremfamilias puberem von einem Pupillen zu unterscheiden, der noch einen Vormund hat, von dem es gleich nachher heiße: eum *sine* tutoris auctoritate non obligari iure ciuili. Dieser Gegensatz beweise deutlich, daß in dem Gesetz von einem solchen Minderjährigen die Rede sey, der wirklich einen Curator habe, dessen Fähigkeit, für sich und ohne den Vormund zu contrahiren, um so weniger bezweifelt werden dürfe, da sogar ein minderjähriger filiusfamilias, der doch in Rücksicht auf sein Peculium dem Vater gewiß weit mehr unterworfen sey, als ein Minor sui iuris, dem Curator, sich ohne Einwilligung des Vaters gültig verbindlich machen könne, und ihm bloß durch eine wirkliche Verletzung zu Hülfe gekommen werde o). Diejenigen Rechtslehrer p), welche das Gegentheil behaupten, haben alle mögliche Hülfsmittel gebraucht, um die L. 101. D. de verb. oblig. und die L. 3. C. de in integr. rest. minor. mit einander zu vereinigen. Auch die Kritik, schreibt Hr. Prof. Weber S. 313., hat es

o) L. 141. §. 2. D. de verb. oblig. L. 3. §. 4. D. de minor.

p) PAGENSTECHER benedict. liber vnus, Brem. 1700. collat. quart. p. 33. sq. Io. MERCERIVS in Opin. Lib. I. c. 6. in THES. OTTON. T. II. p. 1561. ROBERTI Animaduers. Lib. I. c. 12. LYCLAMA Membr. Lib. VII. eccl. 15. VINNIVS ad §. 9. Inst. de inut. stip. VOET ad Pand. Lib. IV. tit. 4. n. 52. SCHULTING h. t. §. 20. 21. NOODT de pact. c. 20. COCCEII in iure contr. h. t. qu. 31. DOMPIERE de restit. in integr. p. 219. de BEHMER in iure contr. T. I. Obs. 47. BERGER rec. leg. obst. Lib. 28. tit. 1. qu. 3. DONELLVS ad L. 101. D. de verb. oblig.

versucht, durch Veränderung der Leseart die Sache zu berichtigen; im Grunde aber hat man sich die Sache noch schwieriger gemacht, als sie wirklich ist [q]). Einige halten dafür, man müsse in der L. 101. D. de verb. oblig. anstatt sine curatoribus *suis* lesen, sine curatoribus *sui*; denn es sey von solchen Minderjährigen die Rede, welche keinen Curator haben. Andere [r]) halten dafür, man müsse statt: possunt ex stipulatu *obligari*, lesen, obligare. Andere [s]) sind noch dreister und schieben das Wörtgen *non* ein, und lesen folglich: puberes sine curatoribus suis *non* possunt ex stipulatu obligari. Daß nach Anleitung der L. 3. C. de in integr. restit. die Handlung eines unter der Vormundschaft stehenden Minderjährigen durchaus null und nichtig sey, wenn der Curator nicht eingewilligt hat, ergiebt der Augenschein, und ist zum Ueberfluß vom Donell über die L. 101. D. de verb. oblig. gegen alle nur erdenkliche Einwürfe in Gewißheit gesetzt worden. Da nun gedachte Constitution in den Justinianeischen Codex aufgenommen worden ist, so kann man leicht einsehen, daß sie durch ihr widersprechende Stellen aus den Pandekten nicht umgestoßen werden könne. Ein solches Gesetz ist aber das bereits angeführte, und folglich sind nur zwey Fälle möglich, nämlich entweder enthält diese Stelle wirklich das Gegentheil von dem, was die kaiserliche Verordnung vorschreibt, oder nicht, daher kann man beyde in gewissem Betrachte als wahr und

q) Pagenstecher in aphor. Iust. III, 97. in f. et ad Lavterb. manip. IV, p. 40. in Molenb. thes. p. 149.

r) v. Leevwen in not. ad L. 101. D. de verb. oblig. Noodt de pactis, c. 20. Brenckmann de leg. inscr. §. 20. in Wielingii Iurispr. restit. p. 167. Schulting h. t. §. 21.

s) Donellvs in comment. Lib. XII. c. 22. n. 50. p. 602.

und richtig annehmen. Ich halte das Letztere gar nicht unmöglich, schreibt Hr. Prof. Weber, sondern finde vielmehr die Conjectur, daß beyde Stellen nicht von einem und eben demselben Gegenstande handeln, wenigstens sehr wahrscheinlich; denn bekanntlich ist der Minderjährige, vorzüglich nur in Rücksicht der Verwaltung seines Vermögens, der Curatel unterworfen, wogegen er die rechtlichen Angelegenheiten, welche bloß seine Person angehen, für sich allein gültig vornehmen kann, auch nach gemeinen Rechten, wenn er sich verloben oder eine Heyrath schließen will, keines Vormundes bedarf t). Daß nun die L. 3. C. de in integr. restit. das Erstere nur zum Vorwurf habe, ist aus den Worten klar, indem darin von Sachen, welche der Curator verkauft hatte, die Rede ist. Wie wenn nun die den Auslegern so beschwerliche L. 101. D. de verb. oblig. solche Rechtsgeschäfte des Minderjährigen, welche eigentlich nur seine Person angehen, zum Gegenstand hätte? Die Worte selbst enthalten wenigstens nichts wider diese Vermuthung, weil der Jurist keinesweges erklärt, daß er von solchen Stipulationen, wodurch der Minderjährige über sein Vermögen disponirt, verstanden seyn wolle; im Gegentheil drückt er sich wohlbedächtlich nur dahin aus, daß es Fälle geben könne, wo der Minderjährige ohne seinen Curator sich verbindlich zu machen das Recht habe. Er behauptet also nicht geradezu, daß der Minderjährige, wenn er auch ohne Vormund gehandelt hätte, dennoch durchgängig verbunden sey, sondern er sagt nur: puberes sine curatoribus suis obligari *possunt*; was hindert uns also, dieses *possunt* von den Fällen zu erklären, von denen wir wissen, daß sie die Concurrenz des Vormundes nicht erfordern, da uns der ganze Zusammenhang, in dem der Jurist jenes geschrieben hat, nicht aufbehalten worden ist, folglich das Gegentheil mit Gewißheit nicht erwiesen wer-

t) L. 20. D. de ritu nupt. L. 8. C. de nupt.

den kann [u])? Gesetzt also, man wollte dessen ungeachtet behaupten, daß nach Vorschrift der Pandekten am angeführten Orte, die Geschäfte des Minderjährigen, welche ohne Einwilligung des ihm beygeordneten Vormundes geschlossen worden, in keinem Falle ipso iure für null und nichtig anzusehen wären, so würde das angezogene Gesetz der Verordnung im Codex am Ende dennoch weichen müssen; folglich die Meynung, welche mit der L. 3. C. de in integr. restit. übereinstimmt, auf alle Fälle den Vorzug verdienen. Dieß glaubt nun zwar Donell, a. a. O. und diejenigen keinesweges, welche überhaupt dem Codex keinen Vorzug zugestehen [x]), weil der Kaiser Justinian die Pandekten als Gesetze, die von ihm selbst herrühren, bestätigt hat, und nach seiner Vorschrift keine Disharmonie unter beyden Theilen seines Gesetzbuchs Statt finden soll, wie es in der L. 2. C. de vet. iur. enucl. heißt. Etwas anders ist es aber, wie die Sache nach der Absicht des Kaisers beschaffen seyn sollte; ein anderes, ob sie wirklich so beschaffen sey. Das Letztere möchte man schwerlich bejahen können, weil es häufig mit der luculenta sacratissimarum constitutionum consonantia, worauf sich der Kaiser und sein Kanzler so vieles zu Gute thun,

u) So erklärt **Voet** im Comment. über den 4ten Titel des 4ten Buchs §. 52. die Worte des **Modestinus** in der L. 101. D. de verb. oblig. indem er schreibt: non quod semper et omni casu sine curatoribus obligarentur, sed quod aliquando casus dentur, quibus *obligari possint*, puta, si obligatio ex stipulatu non post se trahat rei familiaris diminutionem ad sui implementum, sed sola personalis facti praestatione contenta sit, quod in sponsalibus nuptiisque apparet etc. Mit diesem stimmt auch überein Ioh. ROBERTVS animad. iur. Lib. I. c. 12. wiewohl sein Gegner Ant. Mercator (Iac. CVIACIVS) verschiedenes dawider einzuwenden versucht hat, in seinen Noten über diese Stelle.

x) FRANZK. in Prooem. ad comment. in Pand. n. 17. G. A. STRVV Synt. iur. ciuil. Ex. I. §. 26. T. I. p. 60. MERILL. in Proleg. ad quinq. decis. in Opusc. P. 2. p. 1.

thun, sehr mißlich aussieht. In solchen Fällen bleibt doch sicher nichts weiter übrig, als nach der bekannten Regel: lex posterior derogat priori, den Vorzug zu bestimmen y).

So nöthig die angeführte Auseinandersetzung dieser Frage ist, um die Verordnung des römischen Rechts richtig beurtheilen zu können, so gewiß kann die Sache dennoch in unsern teutschen Gerichten nicht darnach entschieden werden. Wenn sich auch nicht behaupten ließe, daß in Teutschland aller Unterschied zwischen Unmündigen und Minderjährigen, zwischen Tutoren und Curatoren gänzlich wegfalle, so ist dennoch so viel ausgemacht, daß die römische Distinction zwischen Minderjährigen, die einen Vormund haben, und solchen, denen keiner bestellt worden, in Teutschland nicht statt findet z). Unsere Reichsgesetze, z. B. die Reichspolizeyordnung vom Jahr 1557. Tit. 32. §. 1. verordnen ausdrücklich, daß den Pupillen und Minderjährigen jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren und mannbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher gegeben werden sollen. Wir haben also solche Minderjährige nicht, die das Recht haben, ihr Vermögen ohne Vormund selbst zu verwalten, von deren Willkühr es abhängt, ob sie um einen Curator bitten wollen oder nicht, und die im letztern Falle berechtigt wären, über ihr Vermögen selbst zu disponiren. Es läßt sich also auch die Verordnung des römischen Rechts über diesen Fall in Teutschland nicht anwenden, sondern es gilt nur das, was im römischen Rechte von solchen Minderjährigen vorkommt, welche einen Vormund hatten, weil bey uns alle unter der Vormundschaft stehen sollen, und Niemandem

y) C. F. Walch introd. in contr. iur. ciuil. in Proleg. c. 1. §. 3.

z) Stryck in vsu mod. Lib. 26. tit. 1. §. 7. Leyser Spec. 346. Med. 2. Strubens rechtliche Bedenken, Thl. 3. Bedenken III. S. 380. Herr Prof. Weber a. a. O. S. 319.

vor erlangter Großjährigkeit die eigne Verwaltung seines Vermögens gestattet wird. Hieraus folgt, schreibt Herr Prof. Weber [a]), daß heutiges Tages alle Rechtsgeschäfte der Minderjährigen, ohne des Vormundes Einwilligung, durchaus null und nichtig sind, und daß ein jeder Minderjähriger in unsern Gerichten als ein solcher zu behandeln ist, dem auch keine natürliche Verbindlichkeit aus seinem Versprechen obliegt; gesetzt auch, daß das letztere zu einer Zeit geschehen seyn sollte, da er nicht ohne Vormund war. Zwischen dem römischen Minderjährigen, der de iure ohne Vormund seyn konnte, und unsern Minderjährigen, die es nur de facto sind, ist allerdings ein solcher Unterschied, daß die L. 3. C. de in integr. restit. nicht angewendet werden kann [b]).

Eine bestrittene Frage ist es, ob ein Minderjähriger in Teutschland nicht einmal solche Verträge ohne Beystimmung seines Vormundes schließen könne, wodurch er sich blos für seine Person verbindlich machen will. Diejenigen Rechtslehrer [c]), welche diese Frage bejahen, führen an, nach teutschen Rechten werde der Vormund eben sowohl über die Person des Minderjährigen gesetzt, als über sein Vermögen. Sie berufen sich auf die Reichspolizeyordnung Tit. 32. §. 3. wo es heißt: daß er seinen Pflegkindern und ihren Gütern getreulich und ehrbarlich vorseyn, ihre Personen und Güter versehen und verwahren wolle. Es ist daher nach verschiedner Rechtslehrer Behauptung, die Einwilligung des Vormundes nöthig, wenn der Pflegbefohlne ein gültiges Eheverlöbniß schließen will.

a) Herr Prof. **Weber** von Verbindl. S. 320.

b) de Coccei in iure contr. Lib. II. tit. 14. qu. 31. in fine. Herr von Quistorp in den kleinen Schriften, erste Samml. Nr. 6. S. 148. Herr von Hymmen in den Beytr. 2te Samml. S. 110.

c) de Ludwig differentiae inter tutores et curatores, in *Eius* Opusc. T. II. Diss. 2. not. pp. Ge. Beyer D. de hodierna tutor. et curat. different. in Opusc. nr. 4. §. 13.

will [d]). Andere Rechtslehrer sind der Meynung, da der römische Rechtsgrundsatz: curator primario datur rei durch die teutschen Reichsgesetze keinesweges auf gehoben sey, so könne ein Minderjähriger solche Verträge, dadurch er sich blos für seine Person verbindlich mache, auch ohne Einwilligung des Vormundes allerdings schließen, es müßte denn in den Landesgesetzen etwas anders darüber festgesetzt worden seyn [e]). Die angeführte Reichspolizeyordnung vom J. 1577 ist dieser Meynung nicht entgegen; denn 1) zeigt der Zusammenhang mit dem §. 2. des 32ten Titels, daß hier von einem Tutor im engern Sinne die Rede sey; sodann ist ja 2) auch schon aus dem römischen Rechte bekannt, daß selbst der Curator eines Minderjährigen sich der Sorge für die Person des Curanden nicht ganz habe entziehen dürfen, ob er gleich hauptsächlich zur Verwaltung des Vermögens bestellt worden [f]).

d) Gottl. Aug. Ienichen in D. de necessario tutorum seu curatorum consensu in sponsalibus minorum, T. XI. Med. Leyser. adi. p. 25. sqq. de Meyer in comment. de eo quod interest int. tut. et curat. aetat. P. II. c. III. §. 39. Gott. 1792. Herr Prof. Hofmann im Handb. des teutsch. Eherechts, §. 10. S. 30.

e) Stryck in vsu mod. Lib. 26. tit. 1. §. 8. Hofacker in Princ. iur. Rom. T. I. §. 696. et 702. Brandenburg in comment. expon. different. iur. Rom. inter pupillos et minores, tutores et curatores, Han. 1793. 8. §. 34. 35. Höpfners Comment. über die Institut. §. 230. Eichmanns Erklär. des bürg. Rechts, Thl. 3. S. 73. Pütters rechtl. Bedenken über eine merkw. Vormundschaftsgeschichte, Gött. 1791. S. 5. Quistorps kl. Schrift. a. a. O. S. 149. Herr Profess. Dabelow in den Grundsätzen des Eherechts, §. 98.

f) Höpfners Comment. §. 227. Herr HR. Glück im Comment. Thl. 4. S. 86. Brandenburg in cit. comment. §. 35. p. 75.

§. 289. 290.

Wir haben zeither die Personen betrachtet, welche zu Schließung eines gültigen Vertrags erfordert werden, nunmehr soll über die Beschaffenheit ihrer Einwilligung das Wichtigste bemerkt werden. Kein Vertrag ist gültig, wenn die gegenseitige Einwilligung von den Paciscenten nicht hinreichend erklärt worden. Diese Willenserklärung kann aber auf dreyerley Weise geschehen, nämlich 1) ausdrücklich, das heißt, durch solche Worte oder Handlungen, woraus die Einwilligung sogleich erkannt wird, ohne daß man sie erst durch Schlüsse herzuleiten nöthig hat; 2) stillschweigend, das heißt, durch solche Worte und Handlungen, aus denen man mit Sicherheit auf die gegebene Einwilligung schließen kann; 3) vermuthend, wenn die gegebene Einwilligung in den Vertrag zwar nicht aus Worten oder Handlungen, die mit dem Falle, worüber der Vertrag geschlossen worden, in Verbindung stehen, gefolgert werden kann, aber doch aus andern wahrscheinlichen Gründen, welche die Gesetze in dem bestimmten Falle für so beschaffen erklärt haben, daß angenommen werden soll, es sey eine hinreichende Einwilligung nicht mit Vernunft zu bezweifeln[g]). Auf die Verschiedenheit der Einwilligung, ob sie ausdrücklich oder stillschweigend erklärt worden, gründet sich die Eintheilung der Verträge, in ausdrückliche und stillschweigende. Es kommt übrigens nicht darauf an, wie die Einwilligung erklärt worden ist, sondern der Vertrag ist gleich verbindlich, es müßten denn die Gesetze in diesem oder jenem Falle schlechterdings eine ausdrückliche Willenserklärung vorgeschrieben haben. So ist es auch gleich viel, ob Verträge

g) Fr. Ge. Lavtensack in Disp. de accurato discrimine inter consensum expressum, tacitum et praesumtum, Erf. 1710. Hofacker in Princ. Iur. Rom. T. I. §. 183. 184. p. 145. Herr GTR. Höpfner im Comment. §. 735. S. 671 der 5ten Ausg.

träge persönlich, oder unter Abwesenden durch Briefe, oder durch Bevollmächtigte geschlossen worden; denn in beyden Fällen tritt eine gleich starke Verbindlichkeit ein. In der L. 2. D. de pact. heißt es daher: Labeo ait, conuenire posse vel re, vel per epistolam, vel per nuncium, inter absentes quoque posse: sed etiam tacito consensu conuenire intelligitur. Wie die Worte: re conuenire, verstanden werden müssen, darüber tragen die Ausleger nicht einerley Erklärung vor. Einige [h]) behaupten, es sey die Rede von der Eingehung eines Realcontracts; andere Rechtslehrer [i]) bemerken aber, es heiße nichts weiter, als daß ein Vertrag ausdrücklich und persönlich geschlossen werden könne, welche Erklärung nicht nur durch den Zusammenhang, sondern auch durch die griechische Uebersetzung in der Basilika bestätigt wird; nur scheint das Unterscheidungszeichen nach dem Wort nuncium ganz überflüssig zu seyn, da solches in der Basilika nicht steht, wo folgende Uebersetzuug von dieser Stelle vorkommt: συμφωνεῖ τις καὶ παρὼν καὶ ἀπὼν δι' ἐπιστολῆς καὶ δι' ἀγγέλε, i. e. paciscitur quis et praesens et absens per epistolam et per nuncium [k]).

Wie die Einwilligung zu einem Vertrage ausdrücklich zu erkennen gegeben werden kann, läßt sich leicht beurtheilen, mit vielen Schwierigkeiten ist aber die Beantwortung der Frage verbunden, wenn eine stillschweigende Einwilligung in jedem besondern Falle für hinreichend zu Eingehung eines Vertrags gehalten werden kann? daher diese

h) Bachov ad Prota, p. 594. Prateivs in Iurispr. veter. in Ottonis Thes. T. IV. p. 470.

i) Noodt de pact. c. 2. Cviacivs ad leg. cit.

k) Basilica Lib. XI. tit. 1. T. I. p. 719. Io. Guil. Marckart in rec. lect. P. II. p. 80. Henr. Theod. Pagenstecher in Diss. de pactis tacitis, adi. *Eius* comment. in Sext. Pomponii ICti ad Sabinum de re testam. libr. IV. Lemg. 1750. 4. thes. 5. p. 147.

diese Materie von vielen Rechtsgelehrten l) erklärt worden ist. Man folgert die stillschweigende Einwilligung nicht blos aus Handlungen, sondern sie kann sogar durch Worte erklärt werden, nämlich alsdenn wenn sie so beschaffen sind, daß sie die Absicht desjenigen, der dadurch verbindlich wird, nicht geradezu ausdrücken, sondern solche nur implicite zu erkennen geben. Hat der Schuldner gegen seinen Gläubiger erklärt, gewisse Sachen verkaufen zu können, wenn die Wiederbezahlung nicht zu der gesetzten Zeit geschehen sollte, so hält man dieses für eine stillschweigende Verpfändung; denn wenn gleich von der Verpfändung nichts ausdrücklich gesagt worden, so läßt doch die Natur der Sache nichts anders annehmen, als daß es der Wille des Schuldners bey dieser Zusage gewesen sey m). In den mehresten Fällen wird die stillschweigende Einwilligung aus Handlungen geschlossen, diese werden aber in Unterlassungs- und Begehungshandlungen eingetheilt. Eine Handlung der ersten Art ist das Stillschweigen. Ueberhaupt genommen läßt sich freylich aus dem bloßen Stillschweigen an und für sich, weder eine Einwilligung noch eine Mißbilligung schließen; da

l) Hofacker in Princ. iur. T. I. p. 146. Henr. Coccei D. de silentio, in Exerc. T. I. Henr. Brockes de silentio consensum non inferente, in Obseru. for. Io. Fr. Wahl Pr. de conuentione quae silentio fit, Gott. 1744. Menoch de Praes. VI, 99. de Cramer de tacente dissentiente, in Opusc. T. II. Derselbe in den Nebenst. Thl. 117. S. 59. Reinhards Sammlung juristischer philos. und kritischer Aufsätze, S. 307. Götz rechtl. Betrachtung über das Schweigen, in seinen Beyträg. 2ter Band, S. 387. Herr HR. Glück in der Abh. über die Wirkung des Stillschweigens auf einen geschehenen Antrag, insonderheit, wenn solcher die Aufhebung eines öffentl. geschlossenen Kaufs betrifft, in sein. Rechtsf. Thl. 2. S. 159.

m) L. 3. §. fin. D. qui pot. in pign. Voet ad Pand. Lib. XX. tit. 2. §. 1. Herr Prof. Weber vom stillschweigenden Conventionalpfandrechte, Schwerin 1783. S. 40.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0164
DFG

da Schweigen und Reden Handlungen sind, die jeder nach Gefallen unterlassen oder vornehmen kann, wenn ihn die Gesetze nicht deutlich zu dem einen oder dem andern angewiesen haben, und daher heißt es in der L. 142. D. de reg. iur. qui tacet, non vtique fatetur, sed tamen verum est, eum negare, womit das c. 44. de reg. iur. in 6to zu verbinden ist. Von dem bloßen simpeln Stillschweigen unterscheiden die Rechtslehrer dasjenige, welches sie silentium qualificatum nennen, und sie verstehen diejenige Beschaffenheit desselben darunter, wenn es mit solchen Umständen verbunden ist, daß es gar keine andere vernünftige Auslegung zuläßt, als die, daß es von einer Einwilligung herrühre. Noch weniger Bedenken hat die Sache, wenn sich der Schweigende erklären konnte, und er war nach Verordnung der Gesetze auch dazu verbunden; denn von solchen Fällen wird in c. 43. de reg. iur. in 6to gesagt: qui tacet, consentire videtur, wer zu Etwas stille geschwiegen, da er sich anders erklären konnte, hat seine Einwilligung hinlänglich erklärt. Auf diese Beschaffenheit der Sache gründen sich verschiedne Rechtssätze, und zwar

I. Muß ein solcher Fall vorhanden seyn, wo der Stillschweigende schuldig war, ausdrücklich zu widersprechen, wenn er nicht wollte, daß sein Schweigen zu seinem Nachtheile ausgelegt werden sollte. Hierher gehören verschiedne Fälle. Wenn Jemand z. B. vom Richter rechtmäßigerweise aufgefordert worden ist, sich über Etwas zu erklären, und er thut dieses nicht, so hält man diesen Ungehorsam für eine Handlung, die seine Erklärung anzeige, er wolle sich das gefallen lassen, was geschehen werde n). Eben so sehen die Gesetze das Stillschweigen als eine Einwilligung an, wenn Jemand wußte, daß eine ihm nach-

n) L. 11. §. 4. D. de interrogat. in iure fac. Voet ad Pand. Lib. XI. tit. 1. §. 9. Herr HR. Glück in der angef. Abh. §. 2.

nachtheilige Handlung vorgenommen werden solle, und gleichwohl hat er sich nicht dagegen gesetzt, ob er es gleich thun können. Diese Erklärung gründet sich auf den vernünftigen Wunsch jedes bedachtsamen Menschen, daß er allen zu befürchtenden Schaden, wo es nur geschehen kann, von sich abwenden und folglich das Reden nicht freywillig unterlassen werde, wo ihm sein Stillschweigen nachtheilig ist. Meldet also der Sohn seinem Vater eine Schuld, und bittet ihn solche zu bezahlen, so muß der Vater gleich dem Gläubiger erklären, daß er nichts bezahlen werde. Thut er dieses nicht, so schließen die Gesetze aus diesem Stillschweigen auf die Genehmigung der Schuld, und verbinden den Vater, die Schuld zu bezahlen, andere Beyspiele nicht zu gedenken o).

In folgenden Fällen ist das Stillschweigen unschädlich, und zwar 1) alsdenn, wenn Jemand deswegen nicht widersprochen hat, weil er wußte, daß ihm sein Recht nicht gekränkt werde, wenn gleich ein Anderer diese oder jene Handlung vorgenommen hatte. Dieser Fall tritt bey einem Pfandgläubiger ein, der es weiß, daß der Schuldner die ihm zum Unterpfande überlassene Sache veräußern will, und gleichwohl protestirt er nicht dagegen. Es kann die Veräußerung geschehen, und doch bleibt das Pfandrecht auf der Sache liegen, weil es als ein dingliches Recht auf jeden Besitzer übergeht, folglich konnte der Pfandgläubiger die Veräußerung geschehen lassen p). In der L. 8. §. 15. D. quib. mod. pign. vel hyp. soluit. heißt es: non videtur consensisse creditor, si, sciente eo, debitor rem vendiderit: cum ideo passus est venire, quod sciebat, vbique pignus sibi durare.

o) L. 16. D. de Scto. Maced. L. 7. §. 1. D. de sponsal. L. 2. pr. D. ad munic. L. 1. C. de filiisf. L. 5. C. de nupt. L. 12. D. de euict. L. 4. §. 3. D. de fideiuss. dot. L. 2. §. 2. D. solut. matr. L. 38. §. 1. D. de donat. int. vir. et vxor.

p) Herr von Quistorp in den Beytr. 2tes Stück, Nr. 6. S. 104. Emelins Rechtsf. 2ter Band, Nr. 5. S. 52.

rare. Etwas anders ist es, wenn ein Pfand öffentlich zum Verkauf ausgeboten wird, und es werden alle hypothekarische Gläubiger öffentlich und präclusivisch vorgeladen, ihre Ansprüche anzuzeigen. Hier schadet das Stillschweigen, weil die Obrigkeit das Recht hat, diejenigen, welche Ansprüche am Grundstücke machen können, zur Sicherheit des Käufers vorzuladen, und man verbunden ist zu gehorchen, oder sichs gefallen lassen muß, wegen seines Ungehorsams präcludirt zu werden q).

Das Stillschweigen ist 2) unschädlich, wenn von solchen Handlungen die Rede ist, wozu eine bestimmte Erklärung oder ausdrückliche Einwilligung erfordert wird; denn hier gilt die Parömie: keine Antwort ist auch eine Antwort. Daher ist zur Bestellung eines gerichtlichen Anwalds, ein bloßes Stillschweigen nicht hinreichend, wenn nicht eine deutliche Handlung hinzu kömmt, z. B. er hat eine auf ihn ausgestellte Vollmacht wissentlich und ohne Einwendung angenommen r). Wer ein Frauenzimmer um ihre Einwilligung zur Verheyrathung befragt, sie giebt aber keine Antwort darauf, so wird ihr Stillschweigen als eine abschlägliche Antwort betrachtet; es müßte denn ihr Vater mit ihrem Vorwissen, das Jawort gegeben haben; denn hier hält man ihr Stillschweigen für die hinlängliche Einwilligung derselben s).

Das Stillschweigen ist 3) unschädlich, wenn von der Aufhebung eines zweyseitigen Contracts die Rede ist; denn hier kann das Stillschweigen desjenigen Contrahenten, der sich darüber erklären muß, für keine stillschweigende Einwilligung in die Abgehung vom Contract betrachtet werden, weil zur Begebung eines erlangten Rechts

q) L. 6. C. de remiss. pignor. Westphal vom Pfandrechte, §. 235. not. 264.

r) L. 8. §. 1. D. de proc. Clem. I. de procurat.

s) L. 12. pr. D. de sponsal. c. 1. de despons. in 6to. Herr Prof. Hofmann im Handbuche des teutschen Eherechts, 2tes Hauptst. §. 8.

Rechts eine deutliche Erklärung nöthig ist, und diese im Zweifel nicht vermuthet wird t).

II. Wird erfordert, wenn das Stillschweigen für eine Einwilligung erklärt werden soll, daß man nicht nur schuldig ist, sich einer nachtheiligen Handlung zu widersetzen, sondern daß man auch im Stande war, zu widersprechen. Wußte ich also entweder gar nichts davon, daß ein mir nachtheiliges Geschäfte vorgenommen werde, oder ich konnte solches, wegen meiner Abwesenheit, oder um anderer Ursachen willen, nicht verhindern, so kann aus meinem Stillschweigen keine Einwilligung oder Billigung dessen, was vorgegangen ist, gefolgert werden u).

Das Stilleschweigen wird III. nachtheilig, wenn es der damit verbundenen Umstände wegen, auf keine gegründete Art anders erklärt werden kann, als für eine gegebene Einwilligung, da von jedem Menschen vermuthet wird, er denke und handele wie andere kluge Personen. Es ist also keine bloß willkührliche, sondern auf das Naturrecht gegründete Verordnung des römischen Rechts, wenn nach solchem angenommen wird, derjenige, welcher wissentlich geschehen lassen, daß ein Dritter sich für ihn verbürge, oder er unternahm die Besorgung seiner Geschäfte, solle wegen seiner stillschweigenden Genehmigung so gut zur Vertretung verbunden seyn, als wenn er ausdrückliche Vollmacht dazu gegeben hätte x).

Was die Fälle betrifft, wenn die gegebene stillschweigende Einwilligung aus einer vorgenommenen Handlung geschlossen und angenommen wird, so kommt in Gesetzen der Fall vor. Wenn der Gläubiger seinen Schuldner die Handschrift zurück gegeben habe, so sey dieses als ein

t) L. 5. C. de oblig. et act. L. 1. C. quando liceat ab emt. discedere. de PUFENDORF in Obs. T. II. Obs. 86. §. 2. Herr HR. Glück in den Rechtsfällen, 2ter Band, S. 163.

u) L. 63. D. de re iud. L. 4. pr. D. de noxal. action.

x) L. 60. D. de reg. iur. L. 6. §. 2. L. 18. D. mand.

ein stillschweigender Vertrag anzusehen, er wolle ihm die Schuld schenken. Hier kann der Schuldner, wenn ihn der Gläubiger gleichwohl auf die Bezahlung belangt hat, die Einrede des Vertrags vorschützen, und nun muß der Gläubiger beweisen, daß er ihm den Schuldschein nicht in der Absicht, die Schuld zu erlassen, zurück gegeben habe, sondern aus dem angeführten Grunde [y]). Schreibt oder unterschreibt Jemand ein Document, worin ein Anderer seine Sachen verpfändet hat, ohne zu widersprechen, so wird diese Handlung für eine Genehmigung der Verpfändung gehalten [z]). Hat sich Jemand die Zinsen auf einige Zeit voraus bezahlen lassen, so wird dieses für die Erklärung gehalten, er wolle das Capital diese Zeit über nicht wieder fordern [a]). Wer eine Erbschaftsschuld wissentlich annimmt oder gar einklagt, von dem wird angenommen, er wolle Erbe seyn; andere ähnliche Fälle nicht zu erwähnen.

So billig die Verordnung der Gesetze über die stillschweigende Einwilligung ist, so schädlich würde sie auf der andern Seite seyn, wenn man nicht alles dabey voraussetzte, was die Natur der Sache erfordert. Außer den angeführten Umständen wird ferner erfordert,

a) Daß derjenige eine deutliche Wissenschaft von dem Geschäfte habe, wovon die Rede ist, und woraus für ihn, vermöge einer stillschweigenden Einwilligung eine Verbindlichkeit entstehen soll. Man darf es daher nicht schon für eine hinlängliche stillschweigende Erklärung, die Erbschaft annehmen zu wollen halten (pro herede gestio), wenn Jemand solche Handlungen vornimmt, die ein

y) L. 2. §. 1. D. h. t. ibique DVARENVS in Opp. p. 47. et BRVNNEMANN n. 4. 5. 6. PAGENSTECHER de pact. tac. thes. 6. et 7. Herr von Hymmen in den Beytr. Thl. 6. S. 105.

z) L. 26. §. 1. D. de pignor. et hyp. VOET Lib. 20. tit. 2. §. 1.

a) L. 57. D. de pact.

ein Erbe ebenfalls vornimmt, sondern er mußte es auch gewiß wissen, daß ihm die Erbschaft zugefallen sey. Unterzieht sich also Jemand der Erbschaftsantretung, weil er weiß, daß er der nächste Intestaterbe des Verstorbenen sey, er wußte aber nichts davon, daß er auch im Testament zum Erben ernannt worden, so darf man jene Handlungen nicht für eine stillschweigende Antretung der Erbschaft nach dem Testament halten, und folglich ist er auch nicht als Testamentserbe zu betrachten, da jene Erklärung aus einem Irrthum herrührte, wie in der L. 27. D. de acquir. vel omitt. hered. bemerkt wird, wo es heißt: nam vt quis pro herede gerendo obstringat se hereditati, *scire debet*, qua ex causa hereditas ad eum pertineat: veluti agnatus proximus iusto testamento scriptus heres, antequam tabulae proferantur, cum existimaret, intestato patremfamilias mortuum, quamuis omnia pro domino fecerit, *heres tamen non erit.*

b) Muß derjenige, aus dessen Handlungen eine stillschweigende Einwilligung geschlossen werden soll, nicht etwa die entgegengesetzte Willensmeynung erklärt haben. Nimmt also Jemand solche Handlungen vor, die als eine stillschweigende Erbesantretung betrachtet werden können, er erklärt aber ausdrücklich dabey, daß er gar nicht die Absicht habe, die Erbschaft annehmen zu wollen, so darf nicht behauptet werden, er habe sich als Erbe betragen [b]). Sobald auch eine Handlung eine doppelte Auslegung zuläßt, so darf ebenfalls keine stillschweigende Erbesantretung daraus gefolgert werden, z. B. der eingesetzte Erbe schließt das Wohnhaus des Erblassers zu, und nimmt die Schlüssel zu sich, so folgt hieraus nicht, daß er die Erbschaft habe annehmen wollen. Er kann es bloß der Verwahrung wegen gethan haben, damit nichts gestohlen werden soll. Habe ich meine Mutter begraben lassen, so kann

b) Herr GTR. Höpfner im Commentar, §. 542. S. 524. der 5ten Ausg. Müller ad Leyser. Tom. IV. Obs. 572.

kann man nicht daraus folgern, ich wolle ihr Erbe seyn; denn ich kann sie ja bloß aus kindlicher Liebe begraben lassen.

c) Dürfen die Handlungen, woraus die stillschweigende Einwilligung geschlossen werden soll, nicht etwa so beschaffen seyn, daß sie auf verschiedene Art erklärt werden können, sondern es müssen solche Handlungen seyn, daraus der Vernunft oder den Gesetzen gemäß, gar keine andere Willensmeynung geschlossen werden kann, als diejenige, welche jetzt vorausgesetzt wird [c]). Sobald auch eine andere Absicht dabey vermuthet werden kann, so wird jeder für den besten Ausleger seiner Handlungen gehalten, es müßte denn die von seiner Handlung gemachte Auslegung mit der Natur derselben und den Regeln der Auslegungskunst streiten [d]); denn in diesem Falle kann man von der L. 90. D. de verb. signif. keinen Gebrauch machen, wo es heißt: in ambiguis orationibus maxime spectanda sententia eius, qui verba protulit. Wahr ist es aber, daß man im Zweifel diejenige Auslegung vorziehen muß, welche demjenigen am wenigsten nachtheilig ist, der die Handlung vorgenommen hat, nach der Regel in der L. 9. D. de reg. iur. — semper in obscuris, quod minimum est, sequimur [e]). Haben daher Kinder ihren verstorbenen Vater begraben lassen, so ist dieses eher so auszulegen, daß es aus Liebe geschehen sey, wenn ihnen die Antretung seiner Erbschaft nachtheilig werden könnte. Bleiben Kinder im Besitz des väterlichen Vermögens, weil ihr mütterliches Vermögen bey der Erbschaft befindlich ist, so kann man nicht schließen, es sey nur in der Absicht geschehen, um Erben ihres Vaters seyn

c) L. 2. §. 1. L. 3. 4. 27. §. 9. L. 57. pr. D. L. 2. C. de pactis.

d) Nettelbladt in Iurispr. posit. §. 243. p. 145.

e) Herr Prof. Weber vom Conventionalpfandrechte S. 116.

zu wollen, sondern zu ihrer Sicherheit [f]). Uebrigens hat es kein Bedenken, daß bey dergleichen zweifelhaften Fällen nicht nur der Richter dem Handelnden, von richterlichem Amtswegen den Reinigungseyd auflegen könne, sondern selbst der Gegentheil kann ihm den Eyd darüber deferiren: daß er die streitige Absicht bey der vorgenommenen Handlung in der That nicht gehabt habe [g]).

d) Gleichwie die wörtliche Einwilligung der Contrahenten, schreibt Hr. Prof. Weber a. a. O. auf Dinge, woran bey Schließung des Vertrags gar nicht gedacht worden, keinesweges zu ziehen ist; so kann auch der stillschweigende Consens zwar wohl ad non expressa, aber nie ad non *cogitata*, ausgedehnt werden, wenn sie nicht eine wesentliche Folge davon sind, worauf die Einwilligung wirklich gerichtet worden [h]). So wie sich aus der Zurückgabe des Pfandes an den Schuldner weiter nichts folgern lässet, als daß der Gläubiger ihm ohne Pfand traue, wenn nicht andere Umstände zu erkennen geben, daß er ihm die Schuld schenken wollen [i]); so wenig darf eine geschehene Verpfändung der Güter auch auf die Zinsen ausgedehnt werden, wenn der Schuldner bey Bestellung des Pfandrechts noch gar keine Verbindlichkeit hatte, Zinsen zu bezahlen, sondern er dieses erst nach der Zeit versprochen hat [k]). Aus der Natur eines Darlehns folgt es hingegen, daß man eben so gute Sachen zurückgeben wolle, als man gelehnt erhalten hat, wenn dieses gleich

f) L. 20. pr. et §. 1. D. de acquir. vel omitt. hered. Herr von Quistorp in den rechtl. Bemerkungen, Leipzig 1793. S. 37.

g) Herr HR. Claproth von Verträgen, 1. Thl. 1. Abschn. 1. Hptstck. §. 4.

h) L. 99. pr. D. de verb. obligat.

i) L. 3. D. h. t. Marckart in recept. lect. Lib. 1. c. 4.

k) L. 5. §. 1. D. in quib. cauf. pign. vel hyp. L. 4. C. de vsuris. Herr Prof. Weber a. a. O. S. 123.

gleich nicht ausdrücklich versprochen worden l). Man hält ferner jede Handlung für stillschweigend bewilligt, ohne welche die Gerichtsbarkeit nicht ausgeübt werden kann m).

§. 291.

Wir haben S. 106 gesehen, daß die Einwilligung bisweilen eine **vermuthete** genennt wird. Ueber die eigentliche Beschaffenheit derselben findet man in den Schriften aller vorigen Rechtsgelehrten ganz andere Grundsätze vorgetragen, als solche von einigen heutigen Rechtsgelehrten vorgetragen werden, nachdem Hr. Prof. **Weber** in seinem Buche von natürlichen Verbindlichkeiten die Sache aus einem ganz andern Gesichtspuncte vorgestellt hat. Hr. Prof. **Weber** schreibt S. 68 des angeführten Buchs: nichts konnte unschicklicher seyn, als die Erklärung der Verbindlichkeiten quasi ex contractu durch den Satz: daß die Gesetze den Consens der Partheyen **fingirten**, und aus dieser angenommenen Erdichtung die ganze Verbindlichkeit entspringe. Schon verschiedene Rechtsgelehrte n) haben das Lächerliche dieser Fictionen nach Würden gerügt; vorzüglich aber hat der gedachte Irrwahn an dem berühmten Gottl. Gerh. **Titius** o) einen scharfsinnigen Gegner gefunden. Nur

l) L. 3. D. si cert. petat.

m) L. 2. D. de iurisd.

n) Cocceii in iure contr. h. t. qu. 12. Wolr. Burchard D. causam principem quasi contractuum non in consensu ficto vel praesumto, sed in solo facto licito esse ponendam, Herbornae 1759. Io. Gotth. Langsdorf de pactis, c. 9. §. 139. sqq. **Prehn** Erört. der Frage: ob die Legitimation unehelicher Kinder sich in einer römischen Erdichtung gründe? Rostock 1777.

o) Gottl. Gerh. Titius in D. de fictionum romanarum natura et inconcinnitate, Lipsi. 1694. Idem in iure priuato rom. germ. Lib. I. c. 9.

darin geht dieser Schriftsteller zu weit, daß er das Unding, welches er zur Ehre der gesunden Vernunft, aus unserer Wissenschaft wegwünscht, dem römischen Rechte selbst, und nicht vielmehr den Auslegern desselben, denen wir es doch allein zu verdanken haben, zur Last legt. Kaum sollte man es möglich glauben, daß eine Meynung, welche von aller gesetzlichen Unterstützung ganz verlassen, sich selbst widersprechend, in aller Absicht ungegründet und ohne Nutzen ist, noch immer in gangbaren Lehrbüchern p) sich erhalten können. Man wird im ganzen römischen Rechte nicht eine einzige Stelle antreffen, welche die erwähnte Art der Verbindlichkeiten aus einem fingirten Consens herleiten sollte. Was bewog also die Ausleger, einen in seiner Art höchst seltsamen Grund herbey zu rufen? Selbst der Begriff, welchen die Ausleger von den gesetzlichen Fictionen angeben, hätte sie wenigstens in dieser Materie davon entfernen müssen. Wo ist die Möglichkeit beyderseitiger Einwilligung, welche doch nach dem Begriff der Fiction da seyn müßte, wenn wir uns auf der einen Seite ein unmündiges Kind, einen Rasenden oder Wahnwitzigen gedenken, oder fingiren etwa die Gesetze auch, daß das Kind schon mündig, der Wahnsinnige ad hunc actum gescheut gewesen? — Ueberdem giebt es hier verschiedne Fälle, wo die Verbindlichkeit sogar diejenigen trifft, welche nicht allein nicht consentirt, sondern in der That ausdrücklich dissentirt haben q). Daß nun Jemand zugleich in eine und eben dieselbe Sache gewilligt, und nicht gewilligt habe, ist ein Widerspruch und eine Unmöglichkeit, die sich doch wohl nicht fingiren läßt. Wären die Fälle, welche hierher gehören, von der Beschaffenheit, daß sie ihrer Natur nach den wechselseitigen Consens zur Hervorbringung einer Verbindlichkeit erfor-

p) I. H. Boehmer in Comp. Digest. h. t. §. 15. Hellfeld in iurispr. forens. h. t. §. 289. et 307.

q) L. 2. D. de tigno iuncto L. 14. §. 13. D. de relig.

erforderten, und daß sie nur durch ganz specielle Vorschriften des bürgerlichen Rechts außer einem wirklichen Vertrag die verbindliche Kraft überkommen hätten, so könnte man den Behelf der Fiction allenfalls gelten lassen. Nun aber wird man schon beym ersten Anblick überzeugt, daß es in allen diesen Fällen auf die Einwilligung desjenigen, dem die Verbindlichkeit obliegt, gar nicht ankommt; daß solche in keinem Betracht erforderlich ist, und daß folglich der fingirte Consens, worauf die Ausleger die Obligation zurück führen, nicht nur einen völlig unnützen, sondern auch offenbar falschen Grund der Verbindlichkeit abgiebt. Es ist übrigens auch eine sehr unschickliche Terminologie, daß man die Ausdrücke: consensus fictus und praesumtus synonymisch zu brauchen pflegt. Der leztere bezeichnet wohl sprachrichtiger die Fälle, wo die wirkliche Einwilligung zwar in facto nicht völlig erwiesen, aber doch den Umständen nach wahrscheinlich ist. Man denke sich nur das mandatum praesumtum; oder würde man dieß auch mandatum fictum nennen wollen? Ersterer soll in Fällen, wo es ausgemacht ist, daß gar keine wirkliche Einwilligung geschehen, ja wo diese oft nicht möglich ist, dennoch von den Gesetzen angenommen werden. Das kann man doch wenigstens nicht praesumtum nennen.

So richtig und gegründet der stillschweigende Consens ist, schreibt der Hr. von Reinhardt r), so ungegründet und schimärisch hingegen ist dasjenige, was von dem erdichteten oder fingirten Consense in den Lehrbüchern gemeiniglich gesagt wird. Der fingirte Consens hat weder in dem Rechte der Natur, noch in den bürgerlichen Gesetzen seinen Grund. Nicht in dem Rechte der Natur; denn wie könnte uns das zu einer Fiction berechtigen? Nicht in den bürgerlichen Gesetzen; denn diese sagen nir-

r) Herr von Reinhardt in der Sammlung juriſt. Aufſätze, S. 311.

gends etwas vom fingirten Consense. Es ist bloß eine Grille einiger Rechtslehrer, und man weiß, daß gewöhnlicherweise einer dem andern dergleichen nachbetet. Die Rechtslehrer fingiren freylich, indem sie einen solchen fingirten Consens erdichten; aber die Gesetze fingiren dergleichen nicht. Und wozu wäre das auch nöthig? Die Gesetze sagen nur, was diese oder jene Handlungen für Folgen haben sollen; sie bestimmen, was unter diesen oder jenen Umständen für Rechte und Verbindlichkeiten entstehen sollen; und dieses thun sie entweder nach der natürlichen Billigkeit, oder sie setzen willkührlich etwas fest, weil die Wohlfahrt der bürgerlichen Gesellschaft erfordert, daß ein für allemal in solchen Fällen etwas festgesetzt seyn muß, damit man nicht stets in Ungewißheit bliebe. Zu allen diesen brauchen die Gesetze gar keinen Consens zu fingiren, sondern es ist genug, daß sie sagen: es soll so seyn. Wenn z. B. auf ein gewisses Verbrechen in den Gesetzen eine Strafe gesetzt ist, wozu sollte es dienen, zu fingiren, daß derjenige, der das Verbrechen begangen hat, darein consentirt habe, die Strafe zu leiden? Er mag consentirt haben oder nicht, genug, er hat die Strafe verdient. Und eben so ist es in allen den Fällen beschaffen, wo die Rechtslehrer sich mit dem Schattenspiele eines fingirten Consenses belustigen. Ich schweige von den vielen falschen, ja lächerlichen Dingen, die dieser Idee zu Gefallen, öfters vorgebracht worden sind, woran freylich die liebe Ignoranz mehrentheils Schuld ist. Hätte man die Beschaffenheit des alten römischen Rechts besser gekannt, so würde man nicht darauf gefallen seyn, den fingirten Consens in den römischen Gesetzen zu finden. Oefters hat man auch sogar die stillschweigende Einwilligung mit der fingirten verwechselt. Die Verjährung kann sich in dem natürlichen Rechte auf nichts anders gründen, als auf eine stillschweigende Einwilligung, mein Recht aufzugeben; in der bürgerlichen Rechtsgelehrsamkeit aber wollen einige die Verjährung auf einen stillschweigenden, andere auf einen fingirten

Consens

Consens gründen. Beyde haben Unrecht. Die Verjährung gründet sich, nach den bürgerlichen Gesetzen, weder auf das eine noch auf das andere; sondern der Grund, warum man nach solchen sein Recht verliert, wenn man es binnen einer gewissen vorgeschriebenen Zeit nicht ausgeübt hat, und warum dagegen ein anderer binnen dieser Zeit ein Recht erwirbt, ist die Strafe der Nachlässigkeit, und der Zweck, daß die Rechte nicht ewig in Ungewißheit bleiben sollen.

Diejenigen Gesetze aus dem römischen Rechte, wodurch die Gegner die Voraussetzung eines fingirten Consenses beweisen wollen, enthalten blos den Satz, daß in solchen Fällen, wo die Verbindlichkeit ex re entsteht, das heißt, wo sie von der Einwilligung des Schuldners gar nicht abhängt, auch sogar ein Rasender, und ein Unmündiger, ohne Concurrenz des Vormundes vollkommen verbindlich werde. So heißt es z. B. in der L. 46. D. de oblig. et act. furiosus et pupillus, *vbi ex re actio* venit, obligantur, etiam sine curatore, vel tutoris auctoritate: veluti si communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendero, vel damnum in eo pupillus dederit. Nam iudicio communi diuidundo obligabuntur. Wenn ich mit einem Rasenden, oder einem Unmündigen ein Haus gemeinschaftlich besitze, und ich habe solches repariren lassen, so müssen sie mir so viel ersetzen, als ihr Antheil beträgt. Der Grund hiervon ist die Billigkeit und kein fingirter Consens [s]).

Was nun den **vermutheten** Consens betrifft, so wird solcher weder aus Worten noch Werken, die auf den gegenwärtigen Fall einen Bezug haben, sondern aus andern Gründen geschlossen, nämlich 1) aus der bekannten Denkungsart eines Menschen, das heißt, aus der Regel, welche er sonst bey seinen Handlungen befolgt hat; 2) aus

s) Herr Prof. **Weber** von Verbindl. S. 296.

den Sätzen; wer den Zweck will, wird vermuthlich auch die Mittel billigen, ohne deren Anwendung solcher gar nicht erreicht werden kann; es ist zu glauben, daß einer das wolle, was ihm nützlich ist. Wenn man daher z. B. annimmt, daß der abwesende Vater in die Heyrath seiner Tochter willigt, weil sie vortheilhaft für sie ist, ob er gleich nichts davon weiß, so nennt man diese Vermuthung eine vermuthete Einwilligung. Die Gesetze nehmen bisweilen die Einwilligung einer Person an, wegen des Verhältnisses, worin sie mit der andern Person steht, welche vermuthete Einwilligung bey dem mandato praesumto vorausgesetzt wird [t]).

§. 292.

Die Personen, welche einen Vertrag mit einander geschlossen haben, werden Paciscenten genennt, und der eine davon heißt der Versprechende, der andere aber der, dem etwas versprochen worden. Hieraus folgt, daß zu Eingehung eines jeden Vertrags zwey Personen erfordert werden, da sich Niemand selbst etwas versprechen kann. Weil also Verträge nur zwischen mehrern wirklich verschiedenen Personen geschlossen werden können, es aber Personen giebt, die, physisch betrachtet, zwar mehrere Personen sind, im Rechtsverstande aber für eine Person gehalten werden, so entsteht bey diesen Personen die Frage, was von der Eingehung ihrer Verträge Rechtens sey? Die römischen Gesetze erklärten es für unerlaubt, wenn ein Vertrag zwischen Personen geschlossen worden, die, physisch betrachtet, zwar als mehrere Personen angesehen werden konnten, die aber doch im Rechtsverstande nur für eine Person gehalten wurden. Solche Personen waren

t) Io. Iac. Qvistorpii de consensu iuris naturalis praesumto libellus, Rostochii et Lipsiae 1755. 8. Ch. Fr. Schott D. consensus praesumtus cum quasi-contractibus e iure naturae proscriptus, Tub. 1755. et in *Eius* Diss. iur. nat. Erlang. 1784. T. I. Nr. 4. p. 117. sqq.

waren der Vater und die Kinder, welche noch der väterlichen Gewalt unterworfen waren [u]). Obgleich die ältere Verfassung der römischen väterlichen Gewalt durch neuere Verordnungen sehr eingeschränkt ward, so blieb man doch bey dem Grundsatze, daß wegen Einheit der Person zwischen dem Vater und den Kindern, die noch unter seiner Gewalt stehen, keine bürgerlich vollkommne Verbindlichkeit Statt finden könne. Man hielt es aber doch für eine bloße natürliche Verbindlichkeit im strengen Verstande, welche zwischen dem Vater und seinen Kindern, und unter diesen letztern selbst angenommen wurde, wie die L. 38. D. de cond. iud. beweißt, welche Stelle den Auslegern so viel Schwierigkeiten gemacht [x]). Andern Personen konnte sich der filiusfamilias nach römischem Rechte verbindlich machen, so daß schon während der väterlichen Gewalt gegen ihn selbst, wenn er ein Peculium hatte, ja so gar bisweilen gegen den Vater, deswegen eine Klage Statt hatte [y]). Besaß der filiusfamilias ein peculium castrense oder quasicastrense, so konnte er selbst mit dem Vater darüber Verträge schließen, weil hier die Einheit ihrer Personen wegfiel, und der Sohn hier ebenfalls als paterfamilias betrachtet wurde [z]). Streitig ist es, ob solche Verträge auch über das peculium aduentitium extraordinarium geschlossen werden können. Sehr viele Rechtslehrer [a]) behaupten es deswegen,

u) L. 60. D. ad Sctum Trebell. §. 6. Inst. de inut. stipul. Ant. Faber in Iurispr. Pap. tit. 8. illat. 6. p. 326.

x) Io. Dom. Martvcivs variar. explanat. iuris, Lib. I. c. 34. Faber l. c. p. 327. Iac. Cvjacivs ad African. in Oper. T. I. p. 1552.

y) L. 39. L. fin. §. 2. D. de verb. oblig. L. 18. D. de castr. peculio, L. 6. et fin. C. de bon. quae lib. §. 4. Inst. et L. 2. et 5. D. quod cum eo §. 6. Inst. de inut. stipulat.

z) L. 2. pr. D. de contr. emt. vendit.

a) Hahn ad Wesenb. h. t. nr. 5. in f. Vinnivs ad §. 6. Inst. de inut. stip. Struv Exerc. VI. th. 42. Renz in mixt. §. 20. Titivs in Diss. de contract. patris et liberorum, §. 39. Hofacker. T. I. §. 589.

wegen, weil der Sohn über dieses Peculium eben so unter Lebendigen habe disponiren dürfen, als er es über das Soldatenpeculium zu thun berechtigt war, und sie berufen sich auf die Nov. CXVII. c. 1. §. 1. diese Behauptung wollen aber andere Rechtslehrer [b]) nicht als richtig annehmen. Gewiß ist es, daß, wenn der Vater seinen Kindern, bey den Römern den Genuß ihres peculii aduentitii ordinarii überließ, diese Schenkung gültig war, wie die L. 6. §. 2. C. de bon. quae lib. beweißt. Es fragt sich nun: gilt denn bey uns ein Vertrag zwischen dem Vater und dem Sohne? Hierüber ist bereits im 2ten Theile dieses Commentars, S. 489 das Nöthige bemerkt worden.

Zwey Haussöhne konnten bey den Römern zu der Zeit, als die Söhne noch keine peculia hatten, nicht mit einander paciscren, weil es eben so betrachtet wurde, als hätten sie mit dem Vater einen Vertrag geschlossen. Dieser Satz mußte aber anders bestimmt und eingeschränkt werden, so bald die peculia militaria und aduentitia aufgekommen waren. Kein Bedenken hatten aber solche Verträge, welche zwischen dem Vater und seinen emancipirten Kindern geschlossen worden; desgleichen zwischen den Kindern und ihrer Mutter [c]).

Auch die Sclaven konnten keine gültigen bürgerlichen Verträge schließen, weil sie als keine Personen im Staate angesehen wurden, und man gieng so weit, daß ihre in der Sclaverey geschlossenen Verträge auch nicht einmal nach geschlossener Freylassung für wirksam gehalten wurden [d]).

Ein wichtiger Umstand, worauf es bey der Bestimmung der Frage ankommt: ob zwischen zwey Personen ein gültiger Vertrag geschlossen worden, beruht auf der

b) LAVTERBACH h. t. §. 44. FABER in Rat. ad Pand. ad L. 2. D. de contr. emt. vend.

c) MADIHN in Princ. iur. ciuil. Part. V. §. 16.

d) L. 17. D. de negot. gest. L. 1. 2. C. an seru. pro suo facto.

der Vermeidung der Verwechselung zwischen Tractaten und einem wirklich gültig geschlossenen Vertrage. Man würde sich sehr irren, wenn man bloße Vorschläge und Anerbietungen, die zu dem Ende gemacht worden, weil Jemand einen Vertrag schließen wollte, die aber der andere Theil nicht angenommen hat, für einen geschlossenen Vertrag halten wollte. Solche Tractaten sind unverbindlich, weil die Annehmung der gemachten Vorschläge von dem andern Theile fehlt, folglich nicht gesagt werden kann, daß eine wechselseitige Einwilligung vorhanden sey. Es bringt auch keine größere Wirkung hervor, wenn gleich derjenige Theil, welcher den Vertrag gern schließen wollen, dem andern Theile, in der Hoffnung, daß der Vertrag zu Stande kommen werde, die Sache selbst abgeliefert hat, worüber die Personen in Tractaten standen; z. B. er liefert die Uhr ab, die er gern verkaufen möchte [e]).

Mit diesen Tractaten dürfen die so genannten vorbereitenden Verträge nicht verwechselt werden, welche zu dem Ende verabredet worden sind, daß ein Contract geschlossen werden soll [f]). Ein solcher Vertrag ist besonders das pactum de mutuo dando, de commodando u. s. f. Die Römer hielten freylich solche Verträge für so beschaffen, daß daraus nicht geklagt werden könnte, sondern es mußte erst eine Erfüllung des Versprechens von der einen Seite dazu kommen, wie die L. 3 C. de rer. permut. beweißt; in unsern Gerichten haben aber solche Verträge die Kraft, daß auf die Erfüllung derselben geklagt werden kann, wenn nur die Puncte des künftig einzugehenden Contracts schon im voraus hinlänglich festgesetzt worden sind.

e) Io. Ge. BREMEN D. de tractatibus, von Handelsvorschlägen, Ien. 1681. Herr HR. Claproth von Verträgen, Thl. 1. §. 5.

f) Mich. GRASS D. de pacto futuri contractus praeparatorio, Tub. 1688.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0181
DFG

sind g). Es ist daher erlaubt, aus solchen präparatorischen Verträgen auf die Erfüllung des Versprechens durch die völlige Abschließung des Contracts zu klagen, und wo dieses nicht mehr möglich ist, muß aller Schaden ersetzt werden, der aus der Nichterfüllung jenes Versprechens herrührt h). Die Klage richtet sich nach dem Vertrage, z. B. es kann die actio ex pacto de mutuo contrahendo, de commodando, de oppignorando, u. s. f. gebraucht werden, wiewohl einige Rechtslehrer diese Klagen für unzulässig erklärt haben i). Selbst bey den Römern machte die stipulatio de mutuo dando, de permutando, daß ein solches Versprechen gehalten werden mußte, und eine Klage deswegen Statt hatte k). Uebrigens versteht sichs von selbst, daß diese Verträge von den darauf folgenden Contracten verschieden sind; denn etwas anders ist der Vertrag, ich will dir ein Darlehn, ein Pfand geben, und etwas anders ist der Darlehnscontract, der Pfandcontract selbst, da ich das Darlehn oder das Pfand wirklich abliefere. Es kann daher aus jenen Verträgen nicht eben die Klage angestellt werden, die aus dem Contract herrührt. So lange ich noch nichts als Darlehn übergeben habe, kann ich nicht auf die Wiederbezahlung die actio mutui anstellen. Eben so wenig

g) Io. Iac. de Lier D. pactum praeparatorium actionem producens et non producens, Alt. 1716. Aug. Gottl. Petermann D. de valore pactorum, quibus praeparantur contractus, Lipſ. 1730. Leyser Spec. 39. Med. 6. 7. Wernher in Obſ. T. I. P. III. Obſ. 97. Höpfners Comment. §. 763. Nr. 5. S. 715.

h) Boehmer de act. Sect. II. c. 7. §. 8. Cocceii in iure contr. h. t. qu. II. Herr HR. Claproth a. a. O. §. 5. Herr Prof. Schmidt im Comment. über seines Vaters Lehrbuch, Thl. 3. §. 763. S. 289.

i) Lavterbach h. t. §. 68. Grass in Diſſ. cit. §. 33. Madihn in Princ. iur. Rom. P. I. §. 84.

k) L. 68. D. de verb. oblig. L. 3. C. de rerum permut.

wenig darf die actio depositi gebraucht werden, wenn nur erst das pactum de deponendo geschlossen worden ist.

Man darf ferner mit den bloßen Tractaten die so genannte Punctation, oder den ersten vorläufig niedergeschriebenen Entwurf zu dem förmlichen Contracte nicht verwechseln l). Es enthält solche die wesentlichen Puncte des geschlossenen Contracts, worüber die Contrahenten ihre Einwilligung gehörig erklärt haben, und die in dem förmlichen Contracte die Hauptsache ausmachen sollen. Wenn eine solche Punctation von den Partheyen unterschrieben worden ist, so kann nicht nur der Beweis des abgeschlossenen Contracts daraus hergenommen werden, sondern sie ist auch dergestalt verbindlich, daß nicht anders davon abgegangen werden darf, als wenn es ausdrücklich verabredet worden, der Contract solle nicht eher als unwiderruflich geschlossen betrachtet werden, bis er förmlich ausgefertigt und unterschrieben worden m).

§. 293. 294. 295.

Es ist zwar bereits schon verschiednes von der Beschaffenheit der Einwilligung zur Eingehung eines Vertrags gesagt worden; diese Materie ist aber so weitläuftig, daß noch viel darüber bemerkt werden muß; und hierher gehört die Erklärung des Satzes: die wechselseitige Einwilligung der Paciscenten muß frey, das heißt nicht durch Betrug, Irrthum, Furcht oder Gewalt veranlaßt worden seyn; denn alles, was die freye Entschließung zur Eingehung eines Vertrags hindert, steht auch der Gültig-

l) Pet. Müller D. de minuta, vulgo von Punctationen, Ien. 1690. Henr. Hildebrand D. de punctationibus, vulgo von Entwürfen oder ersten Aufsätzen, Alt. 1699.

m) L. 17. C. de fide instr. Stryck de caut. contr. Sect. I. c. 6. §. 1. Herr HR. Claproth von Verträgen, a. a. O.

Gültigkeit der Verträge entgegen. Es wird also nunmehr von der Beschaffenheit und der Wirkung des Betrugs, des Irrthums und der Gewalt, bey Verträgen das Wichtigste bemerkt werden. Was nun den **Betrug** betrifft, so ist vor allen Dingen zu bemerken, daß in Gesetzen das Wort dolus gebraucht wird; dieses Wort hat aber einen viel weitläuftigern Verstand als der teutsche Ausdruck **Betrug**. Die Römer nennten den Vorsatz ein Verbrechen zu begehen, ebenfalls dolum; in der teutschen Sprache heißt das aber kein **Betrug**. Wenn man den Begriff des Worts dolus, wie es bey Verträgen gebraucht wird, festsetzen will, muß vor allen Dingen bemerkt werden, daß dieses Wort im **weitläuftigen** Verstande und in einer engern Bedeutung gebraucht wird n). Im **weitläuftigen** Verstande wurde jede Handlung, wodurch man dem Andern wissentlich schadet, ein Betrug, dolus, genennt. Die Römer theilten den dolum in diesem Verstande, in dolum *bonum* et dolum *malum*, und verstanden unter **jenem** einen solchen, der in der Absicht, einen erlaubten Zweck zu erlangen, gebraucht wird; dolus malus aber wurde es genennt, wenn man einen unerlaubten Zweck dadurch hatte erreichen wollen. Dieser dolus *malus* wird nochmals in einen **wahren**, dolum verum, und einen **vermutheten**, dolum praesumtum, eingetheilt, wie wohl verschiedne Rechtslehrer o) diese Eintheilung nicht für wirklich vorhanden angesehen haben. Es vermuthen

n) Pet. Velez de GVEVARRA tr. de definitione doli mali, Salam. 1569. Ger. NOODT liber de forma emendandi doli mali in contrahendis negotiis admissi apud veteres, in *Eius* Opp. T. I. Chr. Guil. WEHRN doctrina iuris explicatrix principiorum et causarum damni, habita doli mali, culpae, moraе, eiusque quod interest, ratione praestandi, Lipſ. 1795. 8. c. 2. §. 4. p. 27. HOFACKER l. c. T. I. §. 200. T. II. §. 863.

o) WISSENBACH in Exerc. ad Pand. Disp. XIII. §. 29. SCHULTING in thes. contr. Dec. XI. §. 7. DOMPIERRE de restitut. tit. 3. §. 8.

muthen aber die Gesetze z. B. einen dolum malum bey dem Vormunde, wenn solcher nicht gleich nach übernommener Vormundschaft ein Güterverzeichniß verfertigen lassen; denn in der L. 7. pr. D. de admin. et peric. tut. heißt es: tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo *inuentarium* appellatur, *dolo* feciſſe videtur, niſi forte aliqua neceſſaria vel iuſtiſſima cauſa allegari poſſit, cur id factum non ſit. Aehnliche Beyſpiele kommen in der L. 36. D. de pec. in der L. 8. §. 9. in der L. 44. D. mand. [p]), im c. 2. X. de depoſito vor. So wird auch bey jeder an ſich unerlaubten Handlung, die böſe Abſicht vermuthet, wenn der Handelnde nicht im Stande iſt, keine ſcheinbare unſchuldige Urſache davon anzugeben [q]); aber bey Handlungen, die an ſich erlaubt ſind, darf kein dolus vermuthet werden, und iſt daher von demjenigen zu erweiſen, der ſolchen als vorhanden behauptet [r]). Eben ſo ſoll aus der bloßen Unterlaſſung ſeiner Pflicht, ohne beſondere geſetzliche Vorſchrift, im Zweifel kein dolus vermuthet werden, ſondern eine bloße Nachläßigkeit [s]).

Der dolus bonus wird für eine erlaubte Verſtellung gehalten, und ſolche wird in Geſetzen gebilligt; denn ſo ſagt z. B. Ulpian in der L. 1. §. 2. D. de dolo malo — poſſe et ſine dolo *malo* aliud agi, aliud ſimulari, ſicut faciunt, qui per eiusmodi diſſimulationem deſeruiunt et tuentur vel ſua vel aliena. Es wird ferner bemerkt [t]), in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus ſe circumuenire vsque ad dimidium.

p) Koehler Interpr. et emend. Lib. II. c. 10. §. 1.

q) L. 1. C. ad Leg. Corn. de ſicar. L. 5. C. de iniur.

r) L. 18. §. 1. D. de probat. L. 6. C. de dolo. Mascard de probat. Vol. II. concl. 532.

s) Math. Stein D. de dolo praeſumto in rebus per ſe licitis, Roſt. 1712. Wehrn l. c. p. 28.

t) L. 16. §. pen. D. de minor. vig. quinq. ann. L. 22. §. fin. D. locati L. 8. C. de reſc. vend.

dium. Die alten erklärten solche Verstellungen für eine solertiam, oder eine erlaubte Klugheit u). Als Beyspiele von einem solchen dolo bono kann man den Fall betrachten, wenn Jemand durch List einen Straßenräuber glaubend macht, daß Reisegefährten kommen werden. Auf diese Art betrachtet man die Kriegslisten, die Territion mit der Folter. Für eine erlaubte Verstellung wird es in der L. 6. §. 7. D. quae in fraud. cred. erklärt, wenn man seinen Schuldner, der einen Concurs veranlassen wird, auf diese Art bewegt, die schuldige Post zu bezahlen, obgleich andere Gläubiger, die ein besser Recht haben, hernach dadurch leiden; denn hiervon heißt es: sibi vigilauit creditor. Es geht an, auf diese Art Jemanden zu bewegen, daß er eine Sache um einen höhern Preis kauft, als sie wirklich werth ist, wenn er nur nicht über die Hälfte des Werths dadurch verletzt worden ist. Ist vom Betruge bey Verträgen die Rede, so versteht man die vorsetzliche Erweckung oder Unterhaltung einer unrichtigen Vorstellung bey einem Andern darunter, um ihn zu einem nachtheiligen Entschlusse zu bewegen, und dieser ist allezeit mit einer Simulation verbunden x). Wer seinen Mitpaciscenten bey einem Vertrage hintergehen will, sucht ihm beständig die wahre Beschaffenheit der Sache zu verbergen, und bemüht sich, den Andern durch Erdichtung falscher Umstände nach seinem Willen zu disponiren. Bald soll eine Sache, die er gern los seyn möchte, Eigenschaften haben, die sie nicht hat; bald verbirgt er Fehler derselben, und thut alles, um solche

u) Cicero de offic. Lib. III. c. 12. Eu. Otto D. de dolo bono ad L. 1. §. 3. D. de dolo malo, in *Eius* Diss. Nr. 10. Io. Chr. Winter D. de eo quod iustum est circa dolum bonum, Helmst. 1736. Leyser Spec. 59. med. 1. 2.

x) Herr v. Braun vom Betruge bey Verträgen in den Erlanger gelehrt. Anz. v. J. 1752. Nr. 5. Gmelin von den Folgen des Betrugs bey Verträgen in den Rechtsfällen, 2ter Band, Nr. 13.

solche vor dem Andern zu verschweigen. Wünscht er eine Sache zu erwerben, so geht sein Bestreben dahin, den Eigenthümer nach seinen Wünschen zu stimmen, indem er sein Gemüth durch vorgespiegelte Hoffnungen, oder ungegründete Besorgniß eines bevorstehenden Schadens zu täuschen sucht.

Was der **wahre** dolus sey, haben wir S. 130 gesehen; dieser wird aber von den Rechtslehrern [y]) in dolum *ex proposito*, und in dolum *ex re* eingetheilt. Ersterer, welcher auch dolus *personalis* genennt wird, ist alsdenn vorhanden, wenn ich schon vor unternommener Handlung wußte, daß sie dem Andern schädlich seyn würde, und ich sie daher auch in der Absicht vorgenommen habe, um dem Andern zu schaden. Weiß ich es, daß meine Uhr nicht von Golde ist, und verkaufe sie doch für eine goldene, so habe ich einen dolum ex proposito begangen. In der L. 1. §. 2. D. de dolo malo wird folgender Begriff vom dolus angegeben: — dolum malum *Seruius* quidem ita definit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. *Labeo* autem posse et sine simulatione id agi, vt quis circumueniatur: posse et sine dolo malo aliud agi et aliud simulari, sicuti faciunt qui per eiusmodi dissimulationem deseruiunt et tuentur vel sua vel aliena. Itaque ipse sic definiit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est. Wahrscheinlich ist diese Definition nur auf den Begriff des dolus ex proposito anzuwenden [z]). Unter dem dolus *ex re*, oder realis versteht man denjenigen Betrug, wenn man es

y) Höpfners Comment. §. 10007. S. 888.

z) Hotomann. in obseru. Lib. 1. c. 10. Bachov ad tit. de dolo malo, n. 2. Hvber in Digress. Lib. III. c. 25. Dompierre l. c. tit. 3. §. 5.

erst nach unternommener Handlung erfahren hat, daß man dem Andern durch solche geschadet habe, und gleichwohl will man diesen Schaden nicht vergüten. Hielt ich die verkaufte Uhr wirklich für eine goldene, als ich sie verkaufte, ich habe es aber nachher erfahren, daß sie nur vergoldet sey, und ich schweige dazu stille, so begehe ich einen dolum ex re. In der L. 7. §. 11. D. h. t. heißt es: siue autem *ab initio* dolo malo pactum factum est, siue *post pactum* dolo malo aliquid factum est, nocebit exceptio [a]). Ein Beyspiel enthält die L. 1. §. fin. D. depos. In manchen Gesetzen wird es *dolus ex re* genennt, wenn man von dem Andern wissentlich etwas verlangt, was gegen Recht und Billigkeit ist [b]).

Der dolus *ex proposito* ist zweyerley; nämlich dolus *manifestus*, oder dolus *clandestinus*. Ersterer äußert sich öffentlich und ohne Verstellung; letzterer aber heimlich und mit Verstellung. Beyde Arten kommen sowohl bey Verbrechen als bey Verträgen vor. Ein Meuchelmörder, der Jemanden unerwartet todt sticht, begeht dolum clandestinum; geschieht dieses von Jemanden im Duell, so ist sein dolus, ein dolus manifestus.

Der Betrug bey Verträgen kann ferner entweder dolus dans causam contractui, oder dolus incidens seyn [c]). Nämlich wenn ein Betrug bey Verträgen begangen worden, so war er entweder die Bewegursache, welche den betrogenen Contrahenten bewogen

gen

a) Sammlung der römischen Gesetze, S. 26. KOEHLER in interpr. Lib. 1. c. 5. §. 4. BECKMANNORVM Consil. P. II. Cons. 67. n. 16.

b) L. 2. §. 5. D. de doli mali et met. exc. c. 59. de reg. iur. in 6to. WEHRN l. c. §. 4. not. 50. p. 32.

c) Io. Hartw. REVTER D. sub Praes. Dan. NETTELBLADTI hab. de doli incidentis et causam dantis in contractibus effectu, Hal. 1744.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0188
DFG

gen hat, den ganzen Contract zu schließen; hier heißt der Betrug dolus dans causam contractui; oder der Betrug war blos die Ursache, daß der betrogene Contrahent den Contract auf die abgeredete Art geschlossen hat; er würde contrahirt haben, wenn er auch nicht betrogen worden wäre, nur nicht auf die geschehene Art und Weise, hier wird der Betrug dolus incidens genennt [d]). Wenn mir Jemand eine vergoldete Uhr mit der Versicherung verkauft, daß sie vom feinsten Golde sey, und ich gar keine andere Uhr gekauft haben würde, so heißt der Betrug dolus dans causam contractui. Man nehme aber den Fall an, ich will eine Uhr kaufen, die sehr richtig gehen soll, und der Verkäufer versichert mich nicht nur davon, sondern giebt sie auch für eine goldene aus, da sie doch vergoldet ist, ob sie gleich wirklich sehr richtig geht, so heißt der von ihm begangene Betrug, dolus incidens. Die ältern Rechtslehrer [e]) nahmen einen zu eingeschränkten Begriff vom dolus dans causam contractui an, und verlangten, daß Jemand, der nicht die Absicht hatte, einen Vertrag einzugehen, durch lustige Ueberredungen dazu müsse verleitet worden seyn; da es aber auch Fälle giebt, wo ein Contrahent, der den andern zu Schließung des Contracts nicht verführt hat, sondern blos Dinge verschwiegen hat, die er bekannt zu machen schuldig war, dadurch einen dolum dantem causam contractui begeht, so ist der Begriff anders festzusetzen [f]). Mehrere Rechtslehrer haben die ganze Eintheilung verworfen, und halten es für einerley, ob der Betrug zur Schließung eines Contracts die Veranlassung gewesen, oder blos bey der Festsetzung der Bedingungen begangen worden, weil der Vertrag doch in beyden Fällen

d) Nettelbladt in Diss. cit. §. 13. sqq.

e) Kvrrer D. de dolo causam dante. Hvber ad Lib. IV. tit. 3. §. 4.

f) Herr HR. Gmelin von den Folgen des Betrugs bey Verträgen, §. 90. und 96.

nichtig sey g). Darauf antworten aber die Gegner, die Sache komme in Gesetzen deutlich vor, wenn auch die Terminologie nicht daraus bewiesen werden könne; denn die Worte in der L. 7. pr. D. de dolo, nullam esse venditionem, si *in hoc ipso, vt venderet*, circumscriptus, beweisen augenscheinlich, daß hier dolus dans causam contractui gemeynt sey h). Noodt i) weiß darauf nichts weiter zu antworten, als diese Worte für einen falschen Zusatz eines Glossators zu erklären, ob er es gleich zugestehen muß, daß die Worte, welche er für einen Zusatz erklärt, nicht nur in der Florentinischen Ausgabe der Pandekten, sondern in mehrern critischen Editionen, z. B. des Hugo a Porta, Blaublomius, Vintimillius, Stephanus, Russardus, Charondas, und Petrus ab Area Baudoza, stehen, womit auch die griechische Uebersetzung dieser Stelle in der Basilika, Lib. X. tit. 3. Tom. I. p. 599., welche Stelle Fabrottus übereinstimmt, folgendermaßen übersetzt hat: Si minor consilio serui sui circumscriptus, eum vendidit cum peculio emtorque eum manumisit, manumissus tenetur actione de dolo: nisi emtor compos et particeps doli sit: nam si dolo non careat, tenetur actione ex empto: *aut irrita est venditio, si in hoc ipso vt venderet, dolus adhibitus sit*, quamuis autem minor sit, qui vendidit, non

g) Noodt de forma emendandi doli mali, c. 3. et 7. Schulting ad Prota Lib. IV. tit. 3. §. 4. Wolbers in Obs. c. 3. et. 5. in de Tovlliev collect. Dompierre l. c. tit. 3. §. 23. sq. Gvndling ad Prota, Lib. IV. tit. 3. §. 4. sqq. Boehmer de act. Sect. II. c. 11. §. 38. de Behr in D. de actione doli mali, omnis malitiae exerriculo, §. 8. Herr v. Braun in der Abh. vom Betruge, S. 39. Herr HR. Claproth von Verträgen, Thl. 1. §. 6.

h) Finestres in Hermog. p. 474.

i) Noodt de iurisd. Lib. 1. c. 14. Idem de forma emend. doli mali, c. 14. T. I. Opp. p. 310. edit. Colon.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0190
DFG

non restituitur; nam aduersus manumissum nulla in integrum restitutio datur. Es ist auch gar nicht einzusehen, wie die als unächt ausgegebenen Worte, mit dem ganzen Zusammenhange der L. 7. pr. D. de dolo malo streiten sollen. **Ulpian** trägt folgende Gedanken vor: et eleganter *Pomponius* haec verba: *si alia actio non sit*, hoc excipit, quasi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, salua esse non poterit. Nec videtur huic sententiae aduersari, quod *Iulianus* libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque, consilio serui circumscriptus, eum vendidit cum peculio, emtorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem. Hoc enim sic accipimus, carere dolo emtorem, vt ex emto teneri non possit: *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, vt venderet, circumscriptus est.* Et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem; nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere. **Noodt** hat dieses Gesetz sowohl in seiner Abhandlung von der Gerichtsbarkeit, als in der Schrift de forma emend. doli mali zu erklären gesucht, gegen welche Erklärung aber andere elegante Rechtslehrer vieles eingewendet haben. **Ulpian** macht über die Worte des Edicts de dolo: si alia actio non sit, iudicium dabo, die Bemerkung: **Pomponius** verstehe sie von dem Falle: wenn Jemand seine Sache vermittelst keines andern Rechtsmittels erlangen könne, so sey er erst berechtigt, die actio de dolo anzustellen; ihm scheine aber diese Auslegung nicht ganz sicher zu seyn, weil **Julian** behaupte, ein Minderjähriger, der durch listige Ueberredung seines Sclaven sey bewogen worden, ihn und sein Peculium zu verkaufen, habe die Befugniß, wider ihn, nachdem er vom Käufer frey gelassen worden, die actio de dolo, als Freygelassenen anzustellen. Hieraus folge, daß nach **Julians** Vorstellung der Betrogene die actio de dolo anstellen dürfe, ob es ihm gleich nicht an einen ordentlichen Rechtsmittel fehle, wodurch er seine Sache durchsetzen könne; denn entweder

habe der Käufer an dem Betruge des Sclaven Antheil genommen, oder nicht. Im ersten Falle habe die actio venditi wider den Käufer statt; im zweyten Falle hingegen habe der Minderjährige das Recht, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen. Diesen scheinbaren Einwendungen setzte Ulpian folgende Gegengründe entgegen. Er bemerkte, Julianus nehme den Fall an, der Käufer habe von dem Betruge des Sclavens nichts gewußt; denn hätte sich der Käufer selbst eines dolus schuldig gemacht, so könnte die actio venditi allerdings wider ihn gebraucht werden; ja der Kauf würde in der That ipso iure null und nichtig seyn, wenn dieser dolus als der Grund des ganzen Contracts betrachtet werden müßte. Schon Accursius hat bemerkt, daß die Worte: vt ex emto teneri non possit, von der actio venditi zu verstehen sind. Die Erklärung, daß der Kauf für nichtig zu halten, wenn der dolus den ganzen Kauf veranlaßt habe, wird durch die Uebersetzung der Basilica bestätigt. Uebrigens muß nach den Worten: aut nullam esse venditionem, das Wort dicemus, in Gedanken dazu gesetzt werden, welches bey mehrern Gesetzen der Fall ist, wo der infinitiuus allein gebraucht worden k). Mehrere Rechtslehrer, welche zwar die Worte: aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, vt venderet, circumscriptus est, für keinen unächten Zusatz halten, sind gleichwohl der Meynung: es sey eine Verbesserung nöthig. So will Jensius anstatt aut lesen haut oder haud, und erklärt die Stelle so, daß er annimmt, Julian habe keinen solchen Fall vorausgesetzt, wo der Kauf des doli wegen, ipso iure, null und nichtig sey. Wolbers will das Wort aut ganz weggelassen wissen, und nach seiner Meynung soll gelesen werden: si ab hoc ipso, vt venderet, circumscriptus est.

Diese

k) L. 12. §. 9. D. mand. Cannegieter ad Vlpian. p. 112 et 139. Bavdoza, Rvssardvs et Charondas ad L. 7. D. pr. de dolo.

Diese Emendationen sind aber nicht zu billigen [l]). Galt der Kauf nicht, so konnte auch die Freylassung nicht bestehen [m]), und folglich war auch die actio doli gegen den Freygelassenen nicht anwendbar. Konnte dem Käufer des Sclavens kein Antheil an dem Betruge desselben bewiesen werden, so mußte der Kauf bestehen, und gegen ihn hatte gar keine Klage statt. In diesem Falle durfte aber auch wider den Freygelassenen keine andere Klage gebraucht werden, als die actio de dolo; denn die Minderjährigkeit des Verkäufers wird hier nicht in Betrachtung gezogen, da gegen eine gültiger Weise geschehene Freylassung keine Wiedereinsetzung ertheilt werden durfte. Auf diese Art sey also die Behauptung des Julians der Erklärung des Pomponius nicht entgegen, bemerkt Ulpian. Es ist daher nicht zu bezweifeln, daß aus diesem Gesetz der Begriff des doli causam dantis contractui bewiesen werden könne; so wie es noch weniger an Gesetzen fehlt [n]), wo der Begriff des doli incidentis vorausgesetzt wird. In der L. 13. §. 4. D. de act. emt. vend. wird der Fall angeführt, wo der dolus des Verkäufers zwar nicht zum Kaufe selbst Anlaß gegeben hatte; er würde aber doch nicht auf die geschehene Art geschlossen worden seyn; daher auch nicht auf die Aufhebung des ganzen Kaufs geklagt werden konnte, wie das Gesetz sagt, wo es heißt: si *venditor dolo* fecerit, vt rem pluris venderet, puta de artificio *mentitus est*, aut de peculio, *emti eum iudicio teneri*, vt praestaret emtori, quanto pluris seruum emisset si ita peculiatus esset, vel ab eo artificio instructus.

l) Iensius in strict. p. 22. Wolbers in obs. c. 5. p. 25. Koehler in interpr. p. 45.

m) Cuiacius ad L. 7. cit. Wissenbach ad Pand. Disp. XIII. §. 34. p. 108. Pothier in Pand. Iust. tit. de dolo malo, nr. XII. not. a. b. c. p. 136. Ant. Faber ad L. 7. T. 1. p. 472.

n) Nettelbladt in cit. Diss. §. 17. p. 22.

§. 296.

Was ein Betrug sey, und wie er in Rücksicht auf die Gültigkeit der Verträge und Contracte eingetheilt werde, haben wir gesehen, und nunmehr soll über die Folgen desselben das Wichtigste bemerkt werden. Hier kommt es darauf an: ob ein Dritter den Betrug begangen, oder ob die Contrahenten einander auf diese Art hintergangen haben. In diesem letztern Falle ist nochmals zu unterscheiden, ob beyde Contrahenten einander betrogen haben, oder ob nur einer von ihnen für einen Betrüger zu halten ist. Müssen beyde Contrahenten für Betrüger erklärt werden, so müssen sie compensiren, und keiner hat ein Recht wider den andern zu klagen o). In der L. 36. D. de dolo malo heißt es: si *duo* dolo malo fecerint, inuicem de dolo agent, und in der L. 3. §. 3. D. de eo, per quem fact. erit etc. wird bemerkt: si et *stipulator* dolo promissoris, et *promissor* dolo stipulatoris impeditus fuerit, quo minus ad iudicium veniret: neutri eorum Praetor succurrere debebit, *ab vtraque parte dolo compensando*. Wenn der betrügerische Contract noch nicht erfüllt werden, so darf keiner gegen den andern auf die Erfüllung klagen, wie man aus der L. 57. §. 3. D. de contr. emt. siehet, wo es heißt: quod si vterque sciebat, et emtor et venditor, domum esse exustam totam, vel ex parte, nihil actum fuisse, dolo inter vtramque partem compensando; et iudicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex vtraque parte veniente, stare non concedente, wenn gleich Faber und Noodt dieses Gesetz für verfälscht gehalten haben, welche Meynung aber ungegründet ist p). Ist der Contract von beyden Contrahenten erfüllt worden, so darf keiner

o) Wehrn Lib. cit. c. 2. §. 5. p. 38.

p) Faber in Rat. ad Pand. h. l. Noodt de forma emend. doli mali, c. 11. Domfierre de restit. tit. 3. §. 26. Westphal vom Kauf, S. 57.

keiner gegen den andern auf Entschädigung wegen des Betrugs klagen. In der L. 4. §. 13. D. de doli mali et met. exc. wird vom Labeo folgender Grund davon angegeben, indem er bemerkt: iniquum esse, communem malitiam petitori quidem praemio esse; ei vero, cum qui ageretur, poenae esse; cum longe aequissimum sit, ex eo, quod perfide gestum est, actorem nihil consequi [q]). Wenn dem Kläger die exceptio doli entgegen gesetzt worden, so kann er sich nicht mit der Replik des gegenseitigen Betrugs schützen; denn es findet auf keiner Seite eine Verbindlichkeit statt [r]). Man darf bey dieser Compensation auch nicht darauf Rücksicht nehmen, ob der gegenseitige Schade gleich groß ist, sondern derjenige kann seinen größern Vortheil behalten, dem er durch den Betrug zu Theil geworden, und der andere darf weder auf Schadenersatz, noch auf die Nichtigkeit des Contracts klagen [s]). In der L. 154. D. de reg. iur. heißt es von solchen Fällen: cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor, et melior habetur possessoris causa, sicut fit, cum de dolo excipitur petitoris: neque enim datur talis replicatio petitori, aut si rei quoque in ea re dolo actum sit.

Hat einer von den Contrahenten sich allein bey Schließung des Vertrags eines Betrugs schuldig gemacht, so kommt es darauf an, ob der dolus ein solcher ist, welcher dans causam contractui genennt wird, oder es ist nur ein dolus incidens. Im ersten Falle muß der ganze Vertrag für null und nichtig erklärt werden, wenn man die

q) Iensius in strict. p. 458. Kapf in cit. Diss. §. 13.

r) L. 4. §. 13. D. de doli mali et met. exc. L. 34. §. 3. D. de contr. emt. Bastineller D. de pari turpit. Vit. 1734. §. 6. Kapf D. de compensatione circa maleficia, Tub. 1778. §. 12.

s) Titius in obs. ad Lauterb. comp. iur. Lib. XLIV. tit. 4. obs. 1131.

die Sache nach dem Naturrechte beurtheilt, weil der Betrogene gewiß nicht den Vertrag geschlossen haben würde, wenn er von dem Betruge gewußt hätte, folglich ist seine Einwilligung als unverbindlich zu betrachten. Anders verhält sich die Sache beym dolus incidens; denn hier kann man nicht sagen, daß der Betrogene ganz und gar nicht in den Vertrag eingewilligt hat, sondern nur zu denjenigen Bestimmungen, die von dem Betruge herrühren, hat er seine Einwilligung nicht gegeben; folglich können auch diese nur als ungültig betrachtet werden t).

Andere Grundsätze findet man im römischen Rechte aufgestellt; denn die römischen Rechtsgelehrten machten einen Unterschied zwischen Contracten, die sie contractus stricti iuris nennten, und solchen, welche contractus bonae fidei genennt werden. Bey diesen letzten Contracten befolgten die Römer die Vorschriften des Naturrechts. Man verlangte daher nicht, daß die Contrahenten sich wechselseitig durch die auf die Vermeidung des Betrugs gerichtete Clausel, bey Eingehung solcher Verträge, sichern sollen u). Es war bey Rechtshändeln aus contractibus bonae fidei gar nicht nöthig, den Prätor um die Formel für die Einrede des Betrugs zu bitten, oder sich bey Anbringung seiner Klage darauf zu beziehen, und man durfte sie dennoch beym iudex pedaneus vorbringen, welcher auch schuldig war, darauf Rücksicht zu nehmen x). Es heißt daher in Gesetzen y): exceptio doli

t) Nettelbladt l. c. §. 28. Gmelin a. a. O. §. 91.

u) L. 68. §. 1. D. de contr. emt. L. 152. D. de diuerf. reg.

x) Schulting in Protis Lib. IV. tit. 3. §. 5. Averan. interpr. Lib. 1. c. 14. n. 32. sqq. p. 93. Io. Matth. Magni ration. et different. iur. ciuil. Lib. 1. c. 2. in Meerm. Thes. T. III. p. 268.

y) L. 21. D. soluto matr. L. 84. §. 5. D. de legat. I. §. 30. Inst. de act.

doli ipso iure inest bonae fidei iudiciis; desgleichen: in bonae fidei iudiciis libera potestas permitti videtur iudici, ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. Man hielt daher einen solchen Contract für null und nichtig [z]), wenn der dolus dans causam contractui bewiesen war, und der Betrogene klagte auf die Aufhebung desselben, wenn er ihn nicht wollte gelten lassen; ohne dieses Gesuch durfte aber der Richter sich nicht in die Sache mengen. In der L. 11. §. 5. D. de act. emt. heißt es: si quis *virginem* se emere putasset, cum *mulier* venisset et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen *ex emto* competere actionem *ad resoluendam emtionem*, vt pretio restituto mulier reddatur. Es ist daher eine falsche Behauptung verschiedner ältern Rechtslehrer [a]), daß bey den Römern nicht einmal der dolus dans causam conctractui die Contracte, die nach Treu und Glauben geschlossen wurden, null und nichtig gemacht habe, welche Meynung andere Rechtsgelehrte [b]) hinlänglich widerlegt haben. Eben so gewiß ist es aber auch, daß der Betrogene den Vertrag gelten lassen konnte, und durch die daraus entspringende Klage blos auf die Vergütung alles Schadens zu dringen berechtigt war, ohne daß es dem Betrüger frey gestanden, selbst auf die Nichtigkeit des Contracts zu dringen [c]).

Konnte

z) L. 7. pr. D. de dolo L. 16. §. 1. D. de minor. L. 3. §. fin. D. pro socio L. 1. C. de resc. vend.

a) Svmmermann ad tit. de dolo §. 7.

b) Bachov ad Trevtler. P. I. Disp. 28. th. 2. lit. F. Vinnivs in sel. quaest. Lib. 1. c. 12. Cocceii in iure contr. Lib. IV. tit. 3. qu. 3. Voet ad tit. de dolo malo §. 3. Dompierre l. c. tit. 3. §. 23. Wehrn l. c. c. 2. §. 5. p. 40.

c) L. 62. §. 1. D. de contr. emt. Voet ad tit. de dolo, §. 7. Dompierre l. c. §. 26. Schulting ad tit. de dolo, §. 8.

Konnte bey dem Conctract blos wegen des dolus incidens Beschwerde geführt werden, so durfte der Betrogene nur auf den Schadenersatz, und die Leistung des Interesse klagen, der Contract selbst aber blieb gültig [d]). War also z. B. der Käufer durch des Verkäufers zu leichtes Gewicht betrogen worden, so mußte er auf die Ergänzung des Gewichts durch gute Waare, actione emti klagen, weil er volles Gewicht behandelt hatte. War der Verkäufer durch des Käufers zu schweres Gewicht betrogen worden, so forderte er das, was der Käufer zu viel an Waare bekommen hatte, durch die condictio indebiti oder furtiua zurück, da von der actio venditi deswegen kein Gebrauch gemacht werden konnte, weil der Verkäufer diesen Ueberschuß nicht mit verkauft hatte [e]). In der L. 49. pr. D. de act. emti kommt folgender Fall von einem begangenen dolus incidens vor. Der Verkäufer eines Grundstücks hatte Jemanden beredet, zu Hintergehung des Käufers, solches für eine sehr übermäßige Summe in Pacht zu nehmen, damit der Käufer glauben sollte, es sey so viel werth, als er dafür bezahlen sollte. Um ihn desto sicherer zu machen, hatte der Verkäufer sich sogar selbst, wegen des Pachtgeldes auf die fünfjährige Pachtzeit; denn so lange verpachtete man gewöhnlich ein Grundstück; zum Bürgen verschrieben. Dieses Betrugs ungeachtet, konnte der Käufer, wegen des begangenen Betrugs auf die Verminderung des Werths klagen, als die Betrügerey entdeckt worden war. Die von dem Verkäufer übernommene Bürgschaft zur Sicherheit des fünfjährigen Pachtgeldes war kein Grund, daß der Betrug für erlaubt gehalten werden sollte; denn wenn auch der zu hohe Pacht die fünf Jahr über bezahlt worden, so ersetzte dieses

d) L. 13. §. 4 et 5. L. 32. L. 49. D. de act. emt. vend.

e) Herr GJR. Westphal vom Kauf, §. 776.

dieses doch den Schaden nicht, den der Käufer dadurch litte, daß er zu viel für das Gut bezahlt hatte [f]).

Alles, was zeither von den Wirkungen des dolus bey Eingehung eines Contracts bemerkt worden, ist nur von Contracten zu verstehen, welche die Römer contractus bonae fidei nennten. Ganz anders beurtheilte man die Folgen des Betrugs, wenn der geschlossene Contract unter die Contracte des strengen Rechts gehörte. Die Gültigkeit dieser Art von Contracten war ganz an den Inhalt der Contractsformel gebunden, so daß alles, was nicht ausdrücklich darin festgesetzt worden war, auch nicht für verabredet gehalten, folglich bey der Erklärung des Contracts keine Rüchsicht darauf genommen wurde [g]). Wenn also ein Contrahent in der Formel nichts von der Vermeidung des Betrugs angeführt hatte, so konnte er auch deswegen nicht aus dem Contract wider seinen Mitcontrahenten klagen. Diese Ungerechtigkeit, sich mit dem Schaden des Andern durch einen gespielten Betrug bereichern zu wollen, veranlaßte den **Aquilius Gallus**, eine besondere Formel gegen einen Betrug dieser Art aufzusetzen, deren sich ein Betrogener nicht nur als **Klage**, sondern auch als **Einrede** bedienen konnte, wenn der Betrüger von dem Betruge Vortheil ziehen wollte [h]). Nach der Beschaffenheit des alten römischen Processes war es nöthig, daß der Beklagte, wenn er gegen die aus einem Contract des strengen Rechts wider ihn angestellte Klage, die Einrede des Betrugs brauchen wollte, dieses gleich anfangs vor dem Prätor erklärte, und ihn um die Formel dieser Einrede bat. Hatte er es unterlassen, die Einrede des Betrugs in iure vorzuschützen, so durfte er beym iudex pedaneus keinen Gebrauch davon machen, und folglich verur-

f) FINESTRES in Hermogen. p. 471. Westphal vom Kauf, S. 581.

g) L. 126. §. 2. in fin. D. de verb. obligat.

h) CICERO de officiis Lib. 3. c. 14.

verurtheilte ihn derselbe nach dem Contract, wie ihm der Prätor die Formel vorgeschrieben hatte, weil er nicht davon abgehen durfte i). Auf diese Art ist das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand entstanden, welches durch die actio und exceptio doli ausgeführt werden kann, wovon im 3ten Titel des vierten Buchs der Pandekten besonders gehandelt wird. Man sieht übrigens aus dem römischen Rechte, daß der Betrug an sich selbst gar keinen Einfluß auf die Contracte des strengen Rechts hatte, sondern diese, des Betrugs ungeachtet, gültig waren, und nicht anders als durch die prätorische Hülfe unkräftig gemacht werden konnten k).

Was den Gebrauch dieser Grundsätze des römischen Rechts von den Wirkungen des Betrugs bey Contracten des strengen Rechts, in unsern teutschen Gerichten anbetrifft, so stimmen die mehresten Rechtslehrer l) darin überein, daß wir alle Contracte nach der Billigkeit beurtheilen, folglich läßt sich von der römischen Verfahrungsart in diesem Stück kein Gebrauch machen. Da wir ganz nach dem Naturrecht urtheilen, so muß man auch behaupten, der Betrüger hat nicht die Wahl, ob er wegen seines begangenen dolus incidens, dem betrogenen Mitcontrahenten den verursachten Schaden vergüten, oder das Erhaltene zurückgeben und dadurch vom Contract abgehen will m). Wenn dieses erlaubt seyn sollte, so würde man dem

i) Averanii Interpret. Lib. I. c. 14. n. 30. sqq. Schulting ad tit. de dolo §. 9.

k) L. 5. C. de inut. stip. Voet ad Pand. Lib. 4. tit. 3. §. 6.

l) Boehmer de action. Sect. I. c. 3. §. 44. Chr. Andr. Remer tr. de vero ex iure Rom. statui German. accommodato obligationum valore, Sect. I. c. 3. §. 58. sqq. Emminghavs ad Cocceii ius contr. Lib. IV. tit. 3. qu. 2. in f. not. f. p. 353.

m) Wehrn l. c. c. 2. §. 5. not. 42. p. 44. Herr HR. Glück a. a. O. Th. 4. S. 128.

dem Betrüger mehr Recht zugestehen, als der Betrogene vermöge der Gesetze hat; denn dieser darf wegen des von dem Mitcontrahenten begangenen doli incidentis, nicht auf die Nichtigkeit des ganzen Contracts klagen, sondern blos auf den Ersatz des ihm dadurch verursachten Schadens [n]). Ueberdieses könnte ja dem Betrüger, dem sein Betrug fehlgeschlagen, so sehr an der Ungültigkeit des Contracts gelegen seyn, als der Betrogene die Gültigkeit des Contracts zu wünschen Ursache hätte. Wollte man in diesem Falle zum Vortheil des Betrügers entscheiden, so würde man ja offenbar seinen Betrug begünstigen, welches doch niemals geschehen soll, weil die Gesetze [o]) ausdrücklich erklären, quod nemini dolus suus prodesse possit. Die von den Gegnern angeführten Gesetze stehen dieser Behauptung nicht entgegen; denn in der L. 12. §. 1. D. de iure dot. heißt es zwar, wenn die Ehefrau durch eine unbillige Taxe des Heyrathsgutes Schaden gelitten, so habe ihr Mann die Wahl, ob er diese Verletzung durch Ergänzung des wahren Werthes ausgleichen, oder das Heyrathsgut zurückgeben wolle. Dieses Gesetz beweißt nichts, weil die Bestimmung des wahren Werths des Heyrathsguts so genau geschehen soll, daß um jeder Verletzung willen der Handel eben so gut aufgehoben werden kann, wie dieses wegen einer übermäßigen Verletzung in andern Fällen geschehen darf, wenn der Gegentheil sich zur Vergütung des Schadens nicht bereitwillig finden läßt [p]), folglich kann aus jenem Gesetz keine allgemeine Regel für die Folgen des dolus incidens bey Contracten hergeleitet werden. Noch weniger kann man die L. 13. §. 4. D. de act.

n) L. 13. §. 4. 5. L. 32. L. 49. pr. D. de act. emt. vend. Herr GJR. Westphal vom Kauf, §. 774. flg.

o) L. 1. §. 1. D. de doli mali et met. except.

p) Cviacii Obs. Lib. XVII. c. 1. Scip. Gentilis in Disp. de aestimatione rerum in dotem datarum, in *Eius* tr. de bonis maternis, Hanoviae 1606. p. 190. sqq.

act. emt. vend. als Beweisstelle für die Behauptung der Gegner anführen, weil in solcher ausdrücklich gesagt wird, der Verkäufer könne wegen des sich zu Schulden gebrachten Betrugs, wodurch er den Verkäufer verleitet hat, mehr für die Sache zu bezahlen, als sie werth ist, von diesem durch die actio emti auf die Vergütung des Interesse verklagt werden.

War der Betrug die Ursache, daß ein Contract geschlossen worden, dolus causam dans contractui, so hat der Betrogene, wenn er von seiner Seite den Contract schon erfüllt hat, die Wahl, ob er gegen den Betrüger, auf die Aufhebung des Contracts, oder die Erfüllung desselben klagen will. Der Hr. von Cocceji q) sucht zwar zu behaupten, aus einem Contract, der wegen eines dolus dans causam für nichtig gehalten werden kann, dürfe eigentlich nicht auf die Erfüllung geklagt werden, sondern es geschehe nur per indirectum, daß die Klage wirksam sey, weil der Beklagte, wenn sich solcher mit der Ausflucht, der Contract sey null und nichtig, schützen wollte, offenbar seine eigene Schande gestehen würde, und deswegen um so weniger damit gehört werden könnte, weil ihm der Kläger die Replik des Betrugs entgegen setzen würde. Dagegen hat aber Voet bereits bemerkt, daß es auf Seiten desjenigen, von dem ein Betrug begangen worden, gar nicht an einer vollkommnen Einwilligung fehle. Geht es an, mit der Klage aus dem Contract auf die Nichtigkeit desselben zu klagen, so ist es auch erlaubt, aus einem an sich nichtigen Contract auf die Erfüllung desselben klagen zu können, wenn sich derjenige seines Rechts nicht bedienen will, der auf die Aufhebung des Contracts klagen könnte r). Hätte der Betrüger den Con-

q) Cocceii in iure contr. Lib. IV. tit. 3. qu. 3.

r) L. 41. D. de minor. L. pen. C. h. t. Voet ad tit. de dolo §. 7.

Contract von seiner Seite erfüllt, so steht ihm das Recht zu, wider den Betrogenen darauf zu klagen, daß er sich erkläre, ob er den Contract halten, oder ihm das Erhaltene zurückgeben wolle. Diese Meynung läßt sich durch die L. 13. §. 27. D. de act. emt. vend. beweisen, wo es heißt: si quis, colludente procuratore meo, ab eo emerit: an possit agere ex emto? et puto hactenus, vt aut stetur emtioni aut discedatur. Wenn gleich diese Stelle einen solchen Fall voraussetzt, wo der Betrüger nicht mit dem Betrogenen selbst, und unmittelbar, sondern nur mit seinem Bevollmächtigten den Contract geschlossen hatte, so ist doch kein Zweifel, daß in andern Fällen eben das Rechtens seyn müsse, was hier dafür angenommen wird s).

Nun ist die Frage zu beantworten: was Rechtens sey, wenn der Betrug von keinem der Hauptcontrahenten, sondern von einer dritten Person begangen worden? Die Rechtslehrer streiten darüber, was dieser Betrug für Folgen habe, in Rücksicht der Gültigkeit oder Ungültigkeit des geschlossenen Contracts. Einige berühmte Rechtslehrer t) haben behauptet, der ganze Vertrag sey null und nichtig, wenn der Vertrag blos aus Veranlassung des Betrugs geschlossen worden, dolus dans causam, und der Betrogene sey nicht selbst Schuld daran gewesen. Es werde dieses zwar in keinem positiven Gesetze ausdrücklich verordnet, aber die Billigkeit und das Naturrecht gebe hier keine andere Entscheidung, weil derjenige sich geirrt habe, der durch den Betrug eines Dritten zu Schließung des Contracts verleitet worden sey, und ein Irrthum, den man nicht habe vermeiden können, mache den Contract ungültig. Diese Gründe halten aber andere Rechtsleh-

s) Westphal vom Kauf, §. 778.

t) Leyser Spec. 59. med. 4. Spec. 296. med. 9. Wehrn l. c. c. 2. §. 5. p. 44.

rer [u]) für falsch, weil der Betrug des Dritten, dem unschuldigen Contrahen, der nichts davon wußte, eben so wenig, als der Irrthum des Betrogenen, woran er auf keine Weise selbst Schuld sey, angerechnet werden, und schädlich seyn könne, folglich müsse der Contract bestehen, und der Betrogene sey verbunden, wider den Dritten, seines begangenen Betrugs wegen, auf den Schadenersatz zu klagen. Hr. HR. Gmelin unterscheidet in der angef. Abh. §. 101. folgende Fälle. Entweder war der Dritte, von dem der Betrug begangen worden, als ein Bevollmächtigter des Contrahenten zu Schließung des Contracts abgeordnet worden, oder dieses war nicht der Fall. Im ersten Falle hat dieser Bevollmächtigte, entweder den ihm zu Eingehung des Contracts ertheilten Auftrag auf das genaueste befolgt, oder er hat dem Inhalt seiner Vollmacht nicht gemäß gehandelt. Kann man nicht sagen, daß die Grenzen der Vollmacht von dem Dritten überschritten worden, so gilt der Contract vollkommen, wenn gleich der eine Contrahent von seinem Bevollmächtigten betrogen worden, und er muß sich blos an diesen halten [x]). Man kann hier auch eigentlich gar nicht sagen, daß der Betrug von einem Dritten begangen worden, weil der Gewaltgeber und sein Bevollmächtigter für eine Person gehalten werden [y]). Gesetzt also, ich gebe dem Cajus eine goldene Uhr, worauf er bey dem Mevius eine bestimmte Summe Geld borgen soll; er bekommt dieses Geld wirklich, verspielt es aber; hier bin ich

u) Wolf. Ad. Schoepf D. de dolo et vi tertii ac effectibus eorum, Tub. 1741. §. 4. Struv Exerc. VIII. th. 29. Voet ad Pand. tit. de dolo, §. 5. Cocceii in iure contr. tit. de dolo qu. 5. Hommel Rhapf. Obf. Vol. II. Obf. 400. nr. 44. p. 321.

x) L. 11. §. 4. in fine D. de inft. act. L. 5. pr. D. de trib. act.

y) Io. Eberw. Dalthey D. de perfona mandantis mandatario impofita, Gott. 1743.

ich des Mevius Schuldner eben so gut, als wenn ich das Geld wirklich bekommen hätte, und er ist nicht eher schuldig, mir die verpfändete Uhr wieder zurück zu geben, als nach erhaltener Wiederbezahlung des Darlehns. Eben dieses ist Rechtens, wenn ich Jemandem den Auftrag gegeben habe, meine Sache zu verkaufen, er thut es, und verspielt das Geld, oder braucht es selbst. Dieser Kauf gilt, und ich darf die Sache nicht etwa vom Käufer zurück fordern [z]).

War die Vollmacht überschritten worden, so kann der Bevollmächtigte seinen Gewaltgeber in Rücksicht auf diejenigen Dinge nicht verbindlich machen, welche wider die Vollmacht verabredet worden; denn Jeder, der mit einem Bevollmächtigten contrahirt, muß sich die Vollmacht zeigen lassen, und darf solche nicht überschreiten. Es haben zwar mehrere große Rechtslehrer [a]) behauptet, der Billigkeit gemäß, könne auch in diesem Falle der Betrug des Bevollmächtigten nur dem Gewaltgeber schaden, weil er sichs zuschreiben müsse, daß er keinen rechtschaffnern Mandatar gewählt habe, denn wie komme der unschuldige Contrahent dazu, daß er durch die Bosheit des Dritten Schaden leiden solle. Es stehen aber dieser Behauptung die deutlichsten Gesetze [b]) entgegen, worin ohne Ausnahme erklärt wird, der Bevollmächtigte handele nichtig und unverbindlich, wenn er sich nicht auf das genaueste nach der erhaltenen Vollmacht gerichtet habe. Man nehme also den Fall an, ich gebe Jemandem den Auftrag, meine Uhr zu verpfänden, und er verkauft sie eigenmächtig. Hier ist der ganze Kauf ungültig, und ich kann die

z) Schoepf in Dff. cit. §. 9.

a) Leyser Spec. 231. med. 4. Hert in D. de obligat. mand. et mandatarii contemplat. tertii, §. 11. in *Eius* Opusc. Vol. I. T. III. p. 163. Decis. Cassell. T. II. Dec. 18. nr. 11.

b) L. 5. D. mand. L. 10. C. de proc. §. 8. Inst. de mand. L. 1. §. 3. D. de exc. rei vend. et trad.

Sache zurück fordern, ohne daß mir der Käufer die Einrede des geschlossenen Kaufs entgegen setzen darf c). Diese Bestimmung der Gesetze streitet auch gar nicht mit der Billigkeit; denn hat nicht derjenige, welcher sich mit einem Mandatarius in Geschäfte einließ, ihm eben so gut getraut, als ich? Hätte er sich nicht aufs genaueste nach dem Inhalt seiner Vollmacht erkundigen sollen? Daher bemerkt **Ulpian** in der L. 19. pr. D. de reg. iur. sehr richtig: qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis eius. Hat er also eine Sache von meinem Bevollmächtigten gekauft, die ihm blos von mir zur Verpfändung übergeben worden, so kann er nicht besser daran seyn, als derjenige, welcher unwissend eine fremde Sache gekauft, oder an sich gebracht hat. Er muß sie wieder herausgeben, und durch die Klage aus dem Contract, seinen Regreß wider den nehmen, von dem er die Sache bekommen hat d).

Kann der **Dritte**, welcher bey dem Contracte den Betrug begangen hat, nicht als Bevollmächtigter eines Andern betrachtet werden, so müssen nochmals zwey Fälle unterschieden werden. Entweder hat er blos durch seinen Betrug, wovon aber der eine Contrahent nichts wußte, zu Eingehung des ganzen Contracts Gelegenheit gegeben, so daß der Contract ohne diesen Betrug gar nicht würde geschlossen worden seyn, oder sein Betrug war blos die Veranlassung, daß gewisse Punkte des Contracts so und nicht anders verabredet worden sind. Im ersten Falle kann der Betrug des **Dritten**, wovon der Contrahent gar nichts wußte, diesem nicht schaden, sondern der **Betrogene** muß actione doli, wider den Betrüger klagen,

c) L. 12. C. mand. **Schilter** Exerc. 49. §. 51. qu. 3. p. 144. Herr HR. **Geiger** in den Rechtsf. 1ster Band, Nr. 13.

d) Hr. HR. **Gmelin** a. a O. §. 103. S. 167. **Müller** ad **Leyser**. T. II. Fasc. II. Obs. 374.

gen, und dadurch seinen Schaden vergütet zu erhalten suchen e). Man nehme also den Fall an, mein Schuldner, dem ich nicht länger Credit geben wollte, hat Jemanden durch betrügerisches Zureden verleitet, sich für ihn bey mir zu verbürgen, hier kann dieser Bürge zwar die actio doli wider meinen Schuldner anstellen, aber mir kann er die Einrede des Betrugs nicht entgegen setzen, da ich an dem Betruge keinen Antheil genommen habe f). Blos im Nothfalle, wenn der Betrogene durch die actio doli, von dem Dritten nichts erhalten hat, kann er aus dem Grunde eines unüberwindlichen Irrthums die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen seinen Mitcontrahenten suchen g). War der Irrthum leicht zu vermeiden, so gilt der Vertag, und der Irrende muß sichs selbst zuschreiben, daß er nicht sorgfältiger gewesen ist, die wahre Beschaffenheit der Sache zu entdecken.

Wenn der dolus des Dritten blos ein solcher war, welcher dolus dans causam genennt wird, und wodurch der Contract die gegenwärtige Bestimmung erhalten hat, so kann man gegen den Betrüger blos auf den Schadensersatz klagen, und diese Klage hat selbst gegen den Mitcontrahenten Statt, wenn dieser durch den Betrug des Dritten gewonnen hat. Hätte also der Cajus bey einem Handel über gewisse Waaren wissentlich falsches Gewichte geliehen, und der Verkäufer leidet dadurch Schaden, daß das Gewicht zu schwer war, so hat er das

e) L. 7. pr. D. de dolo malo L. 2. D. de proxen. NOODT de forma emend. doli mali, c. 13. T. I. Opp. p. 309. edit. Colon.

f) Arg. L. 9. D. quae in fraud. credit. HOMMEL Rhapf. Obf. Vol. V. Obf. 646. p. 213.

g) Arg. L. 3. §. 3. D. de eo per quem fact. WERNHER in lect. comment. Lib. 4. tit. 3. §. 6. EMMINGH. ad COCCEII ius contr. tit. de dolo, qu. 5. not. m. Herr HR. Gmelin in der angef. Abh. §. 106. S. 171.

Recht, von dem Käufer so viel durch die condictio indebiti zurück zu fordern, als er durch den Betrug des Cajus an Waaren zu viel erhalten hat. Wäre der Käufer dadurch verkürzt worden, weil des Cajus seine Gewichte zu leicht waren, so kann er das Fehlende vom Verkäufer actione emti fordern. Wider den Cajus hat in diesem Falle die actio doli nur alsdenn statt, wenn der Betrogene durch die ordentliche Klage seine Entschädigung nicht bekommen kann, oder die ordentliche Klage darf gar nicht gebraucht werden; welcher Fall alsdenn eintreten würde, wenn die Waare mit der ausdrücklichen Bedingung verkauft worden ist, daß sie nach den Gewichten des Cajus abgewogen und abgeliefert werden solle, weil dieser betrügerischer Weise versichert hatte, sein Gewichte sey richtig. In der L. 18. §. 3. D. de dolo malo wird dieser Fall folgendermaßen aus einander gesetzt h), wo es heißt: de eo, qui sciens commodasset pondera, vt venditor emtori merces appenderet, *Trebatius* de dolo dabat actionem. At quin si *maiora* pondera commodauit, id quod amplius mercis datum est, repeti *condictione* potest: si *minora*, vt reliqua merx detur, ex empto agi potest: nisi si *ea condictione* merx venit, *vt illis ponderibus traderetur:* cum ille decipiendi causa adfirmasset se aequa pondera habere.

Endlich ist noch die interessante Frage zu beantworten: ob der dolus dans causam den Contract dergestalt unverbindlich macht, daß die Uebertragung des Eigenthums der Sache gar nicht geschehen könne? Eine große Anzahl berühmter Rechtsgelehrter i) leugnen es, weil die Römer

h) Noodt de forma emend. doli mali, c. 13. in fine T. I. Opp. p. 310.

i) Bachov ad tit. de dolo, c. 2. Vinnivs in select. quaest. Lib. 1. c. 12. Noodt l. c. c. 15. Schvlting ad tit. de dolo §. 6. Lavterb. eod. tit. §. 6. Strvv Exerc. VIII. thes. 30. Gvndling ad tit. de dolo, §. 13. Pothier

Römer einen vermeyntlichen Titel für hinreichend gehalten, nach solchem das Eigenthumsrecht erwerben zu können, wie die L. 3. §. 8. D. de cond. caus. dat. und der ganze Titel de cond. indeb. beweise. Wenn gleich ein Contract dieser Art die Contrahenten ganz und gar nicht verbindlich mache, so habe doch diese Beschaffenheit der Sache auf das Recht eines Dritten keinen Einfluß, der in bona fide sey. Habe also der Käufer, der seinen Verkäufer hinterlistiger Weise zum Verkauf bewogen, die Sache schon wider verkauft, so habe gegen diesen neuen Käufer, der nichts von dem Betrug wußte, keine Klage aus dem Eigenthumsrechte statt, sondern der betrogene Verkäufer müsse sich an seinen Käufer halten, und von ihm die Entschädigung suchen. Nach ihrer Meynung werde dieses auch in der L. 10. C. de resc. emt. vend. bemerkt, wo es heiße: *dolus emtoris* qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. Quem si fuerit interceſſiſſe probatum: non aduersus eum, in quem emtor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit. Dieser Behauptung steht aber der Umstand entgegen, daß ein Contract, der durch den Betrug des andern Contrahenten veranlaßt worden, an sich null und nichtig ist, folglich kann auch der Besitz, den man aus einem nichtigen Geschäfte bekommen hat, keine rechtliche Wirkung haben [k]). Wie kann denn das Eigenthum einer Sache aus einem nichtigen Contracte auf Jemanden übergehen, da der dolus bey der Erwerbung des Besitzes zum Grunde liegt. Wenn auch der Irrthum auf Seiten dessen, der eine

POTHIER in Pand. Iust. T. 1. Lib. 2. tit. 14. Sect. II. Art. 1. §. 2. not. b. Herr von Braun a. a. O. §. penult. Westphal vom Kauf, §. 777.

k) L. 7. pr. D. de dolo malo. L. 3. D. de pignor. act. L. 16. §. 1. D. de minor. L. 3. §. fin. D. pro socio. L. 5. C. de resc. vend. Arg. L. 3. §. 10. D. de donat. int. vir. et vxor. L. 1. §. 4. D. de acquir. vel amitt. poss.

Sache eigenthümlich übergeben will, die Erwerbung des Eigenthums keinesweges hindert, wie in der L. 36. D. de acquir. rer. dom. bemerkt wird, so ist doch schlechterdings auf Seiten dessen, der die Sache in Besitz nimmt ein guter Glaube nöthig, weil das Eigenthum ohne rechtmäßige Uebergabe gar nicht erworben werden kann [l]). Wer wollte also glauben, daß es nichts zu bedeuten habe, wenn gleich der Käufer den Verkäufer zu Schließung des Contracts hinterlistiger Weise verleitet hat. Wie kann denn mit einem solchen Betrug der Ausspruch Justinians im §. 40. Inst. de rer. diuis. bestehen, wo es heißt: nihil tam conueniens est *naturali aequitati*, quam voluntatem domini, volens rem suam in alium transferre, ratam haberi. Nach den Gesetzen kann ja das Eigenthum nicht anders übertragen werden, als wenn der Käufer sowohl zur Zeit des geschlossenen Vertrags, als auch bey der wirklichen Uebergabe der Sache aufrichtig und ohne Betrug gehandelt hat [m]). Erlangte also der betrügerische Contrahent das Eigenthum der Sache gar nicht, wie konnte er es denn auf einen Dritten übertragen? Bey diesen Gründen kann man wohl denjenigen Rechtslehrern [n]) den Beyfall nicht versagen, welche behaupten, der betrogene Verkäufer könne seine Sache von einem dritten

l) L. 136. D. de reg iur. L. 3. D. pro suo, L. 18. D. de cond. furt. L. 31. pr. D. de acquir. rer. domin.

m) L. 7. §. 16 et 17. D. de publ. in rem. act. L. 10. pr. D. de vsuc. L. 2. §. 3 et 5. D. de doli mali et met. exc.

n) Voet ad Pand. tit. de dolo, §. 3. et lib. 6. tit. 1. §. 14. Berger in Oec. iur. Lib. II. Tit. II. §. 18. not. 4. Cocceii in iure contr. tit. de dolo qu. 4. Ludovici D. de dominio ex contractu doloso non translato, Hal. 1720. Siegel D. de dolo transl. domin. imped. Lipſ. 1748. Huber ad Pand. Lib. IV. tit. 3. §. 5. Walch intr. in contr. Sect. II. c. 2. §. 15. p. 135. edit. terr. Herr Prof. Weber in den Beytr. zu der Lehre von gerichtl. Klagen, Schwer. 1795. S. 22. flg.

ten Besitzer durch die Eigenthumsklage zurück fordern o). Die Gegner glauben zwar nach der L. 10. C. de resc. emt. vend. behaupten zu können, der Verkäufer sey nicht berechtigt, eine bereits übergebene Sache von einem Dritten zu vindiciren, sondern er müsse sich wegen des Betrugs nur an den Käufer halten. Dieses Gesetz wird aber von den Gegnern, der Analogie gemäß, nur von dem besondern Falle verstanden, schreibt Herr Prof. Weber St. 85. a. a. O. wo entweder der dolus *incidens* den Contract an sich nicht aufhebt, oder wegen einer bey dem Kaufcontract etwa angebracht gewesenen Stipulation, das Geschäfte als stricti iuris zu behandeln, folglich an sich nicht null und nichtig war. Mit dieser letzten Erklärung stimmt es auch sehr gut überein, daß dem betrogenen Verkäufer erlaubt ist, wider seinen betrügerischen Mitcontrahenten die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen zu können, wiewohl man auch die Entschädigungsklage aus dem Kaufcontracte für eine Art der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ansehen kann, weil der dolus incidens nicht den ganzen Contract nichtig macht p).

§. 297.

Als eine andere wichtige Ursache, welche Verträge und Contracte deswegen unkräftig macht, weil es an der ernstlichen Einwilligung fehlt, ist der **Irrthum** q) zu betrachten.

o) Arg. L. 36. D. de donat. int. vir. et vxor. L. 16. C. de praed. et aliis reb. minor.

p) Herr HR. **Glück** im Comment. Thl. 4. S. 140.

q) Cviacivs ad tit. Dig. de iuris et facti ignorant. in *Eius* Opp. T. VII. Idem in Obs. V, 39. Io. Malcoti Prael. ad tit. C. de iur. et facti ignor. Leod. 1699. 8. G. L. Boehmer D. de iuris et facti ignorantia, Gott. 1745. Rennemann in Proleg. ad Iurispr. nr. XX. Feltz Diss. I. et

trachten. Stellt sich Jemand eine Sache anders vor, als sie wirklich beschaffen ist, so sagt man, er habe sich geirrt. Der Irrthum rührt also aus Mangel einer richtigen Kenntnis der Sache, aus der Vermischung des Wahren mit dem Falschen, her. Weiß man von der Beschaffenheit einer Sache gar nichts, so wird dieses eine Unwissenheit genennt. Da es übrigens gleich viel ist, ob man von einer Sache gar keine Wissenschaft hat, oder sich eine unrichtige Vorstellung davon macht, so machen die Gesetze in Rücksicht auf die Folgen des Irrthums und der Unwissenheit gar keinen Unterschied [r]).

Wenn die Frage ist: was der Irrthum bey Verträgen für rechtliche Wirkungen habe, so ist vor allen Dingen ein Unterschied zu machen: ob in Rücksicht auf das Recht, das heißt, auf die Verordnung der Gesetze, oder bey Handlungen, ein Irrthum vorgegangen ist. Wer in dem, was die Gesetze verordnet haben, oder in Rücksicht auf das Recht irrt, der leidet dadurch Schaden, wenn er auch nach den Gesetzen ein Recht erwerben will, obgleich der Herr v. Leyser diesen Unterschied für unrichtig erklärt hat; welche Behauptung aber nicht angenommen werden kann [s]). Wäre also bey der Eingehung eines Contracts, die durch die Gesetze vorgeschriebe-

et II. de errore in contr. Arg. 1713 et 1719. Leyser Spec. 299. Fr. Gottl. Struv D. de effectu erroris in contractu emti venditi, Kil. 1749. Chr. Fr. Ge. Meister com. de effectu erroris in emtione et venditione, Gott. 1751.

r) L. 1. 7. 8. D. de iur. et facti ignor. L. 15. §. 1. D. de contr. emt. vend. L. 11. D. pro emt. L. 28. D. de lib. cauſ. L. 17. D. de oblig. et act. L. 6 et 7. C. de iur. et facti ignor.

s) Leyser Spec. 299. med. 1. Marckart in exerc. acad. Harderouici 1751. 4. Exerc. II. c. 1. §. 6. Müller ad Leyser. T. III. Faſc. I. Obſ. 505. G. L. Boehmer in Diſſ. cit. Fr. Alef in dieb. acad. Diſſ. III. Heid. 1783. Herr v. Reinhard in den kl. Schriften, St. 6. Nr. 3. S. 396.

schriebene Form nicht beobachtet worden, weil die Contrahenten es nicht einmal wußten, wie ein solcher Contract geschlossen werden solle; oder die Contrahenten standen in der Einbildung, der eine Contrahent habe das Recht, für sich allein den Contract zu schließen, da er doch die Einwilligung eines Dritten dazu nöthig hatte; oder die Contrahenten schlossen über eine Sache einen Kaufcontract, die gar nicht verkauft werden darf; so muß der Vertrag in allen drey Fällen für ungültig erklärt werden, und die Paciscenten können kein Recht daraus erwerben, weil ihnen hier keine Nachsicht wegen ihrer Unwissenheit in Rechtssachen zu Statten kommt, und es läßt sich auf diese Verträge nicht einmal eine Verjährung anfangen t), wie man aus der L. 31. pr. D. de vsurp. et vsuc. sieht, wo es heißt: nunquam in vsu capionibus *iuris error* possessori prodest; et ideo *Proculus* ait, si per errorem initio venditionis tutor pupillo auctor factus sit, vel post longum tempus venditionis peractum, vsucapi non posse, quia iuris error est. Nach dem Willen der Gesetze mußte der Vormund zu einem Vertrage, der von dem Pupillen geschlossen worden war, gleich anfangs seine Einwilligung ertheilen; und weder früher, z. B. nicht unter den Tractaten, noch erst, nachdem er bereits vor einiger Zeit abgeredet worden war. Fehlte es an dieser zu rechter Zeit erklärten Einwilligung des Vormunds, so galt der ganze Contract nichts, und der Contrahent, welcher geglaubt hatte, er sey bey seinem Geschäfte mit dem Pupillen sehr sicher gegangen, irrte sich gar sehr in Ansehung seines Rechts; und er konnte auch nicht einmal eine Verjährung darauf anfangen u). Hat der Irrende zur Erfüllung

t) Herr HR. Glück im Comment. Thl. 4. S. 143. Herr GJR. Westphal von Sachen, §. 677. S. 524.

u) L. 2. §. 15. D. pro emt. L. 4. D. de iur. et facti ignor.

füllung des geschlossenen Contracts, an den andern Contrahenten bereits etwas abgeliefert, so muß ihm dieses zurückgegeben werden x).

Andere Grundsätze finden alsdenn Statt, wenn von keiner Erwerbung eines Rechts die Frage ist, sondern es leidet Jemand, der einen Contract halten soll, deswegen Schaden, weil er sich aus Unwissenheit bey Eingehung desselben geirrt hat. Hier machen die Gesetze den Unterschied, ob man sich aus Unwissenheit eines Rechts begeben hat, wodurch man doch sein Vermögen hätte vergrößern können, oder ob man sich durch den Vertrag, aus Unwissenheit in Rechtssachen, verbindlich gemacht hat, dem andern Contrahenten etwas von dem Seinigen zu geben. Im ersten Falle bleibt der Vertrag gültig, weil es eine strafbare Nachlässigkeit ist, sich in Rechtssachen nicht belehren zu lassen, und jeder Unterthan sich um den Inhalt der Gesetze bekümmern soll, wie wir im 1sten Theile dieses Commentars S. 105 gesehen haben. In der L. 9. §. 3. D. de iur. et facti ignor. heißt es: iuris ignorantiam non prodesse, *Labeo* ita accipiendum existimat, si Iurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit, vt, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia. In der L. 2. C. eod. wird bemerkt: cum ignorantia iuris facile excusari non possit, si maior annis hereditati matris tuae *renunciasti*, sera prece subueniri tibi desideras. In der L. 10. C. eod. heißt es: cum quis ius ignorans indebitam pecuniam soluerit, cessat repetitio. Aehnliche Entscheidungen enthalten andere Gesetze y). Alsdenn leiden jedoch diese Verordnungen eine Ausnahme, wenn der Irrende zu beweisen im Stande ist, daß sein Irrthum

x) L. 7. D. de iur. et facti ignor. Strecker D. de eo quod circa iur. ignor. iustum est.

y) L. 21. C. L. 4. 8. 9. D. de iur. et facti ignor. L. 48. pr. D. de fideiussor.

thum gar nicht zu vermeiden gewesen, oder es müsse ihm wegen seiner Minderjährigkeit die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu Statten kommen z). Wer also eine reiche Erbschaft hätte bekommen können, er leistete aber aus Unwissenheit der Gesetze Verzicht darauf, der hat sein Recht verloren, wenn er auch noch so viel dabey verliert.

Hat man sich aus Unwissenheit in Rechtssachen verbindlich gemacht, dem Andern etwas aus seinem Vermögen zu leisten, so kommt es darauf an, ob sich der Irrende aus Unwissenheit in Rechtssachen zu etwas verbindlich gemacht hat, wozu sich ganz und gar keine rechtliche Verbindlichkeit erweisen läßt. Hier schadet ihm das Versprechen alsdenn nichts, wenn er solches noch nicht erfüllt hat, und will ihn der Andere zur Erfüllung zwingen, so kann er ihm die Einrede des unverbindlichen Versprechens entgegen setzen a). Ist das Versprochene bereits übergeben worden, so gilt das Versprechen der Regel nach, und es kann nicht wieder zurückgefordert werden b). Anders verhält sich jedoch auch hier die Sache, wenn es eine Person ist, welche das Vorrecht hat, daß ihr die Unwissenheit in Rechtssachen nicht schadet, welches der Fall bey Minderjährigen, bey Soldaten, Frauenzimmern, gemeinen Leuten ist; oder der Contrahent könnte erweisen, daß ihm der begangene Irrthum gar nicht angerechnet werden könne,

z) L. 9. §. 3. D. de iur. et facti ignor. verb. vt cui *facile* fuit scire, ei detrimenti sit iuris ignorantia. L. 11. C. eod. tit. quamuis in *lucro* nec foeminis, ius ignorantibus, subueniri soleat: attamen contra aetatem adhuc imperfectam locum non habere, retro Principum statuta declarant.

a) L. 8. D. de iur. et facti ignor. L. 1. pr. D. vt in poss. legat. L. f. pr. D. de doli mali et met. exc. DONELLVS in comment. iur. ciuil. Lib. 1. c. 20.

b) L. 10. C. de iur. et facti ignor. MARCKARDT in exerc. de condictione indebiti per errorem iuris ciuilis soluti, c. 2. WALCH in introd. in contr. iur. Sect. III. c. 6. §. 31.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0215
DFG

könne, weil es ihm an aller Gelegenheit gefehlt habe, sich darüber von einem Rechtsgelehrten belehren zu lassen c).

Kann man nicht sagen, daß sich Jemand aus Unwissenheit in Rechtssachen zu etwas verbindlich gemacht hat, wo schlechterdings keine Verbindlichkeit entstehen konnte, sondern die Verbindlichkeit ist allerdings in Gesetzen als gültig anerkannt worden, so sieht man nicht darauf, daß sich der Contrahent in Rechtssachen geirrt hat, weil der Regel nach jeder sich um den Inhalt der Gesetze bekümmern soll d). Hätte sich also eine Mannsperson mit einem Frauenzimmer zugleich für eine Schuld verbürgt, weil er glaubte, er hafte nur für die Hälfte der Schuld, und in der Folge wird das Frauenzimmer frey gesprochen, so kann er sich nicht auf seinen Irrthum berufen, weil er es wissen konnte und sollte, daß sich kein Frauenzimmer gültig verbürgen könne. So viel von den Folgen des Irrthums und der Unwissenheit in Rechtssachen bey Eingehung eines Vertrags.

Was die Folgen des Irrthums in Ansehung dieser oder jener Handlung bey Eingehung eines Vertrags betrifft, so kommt es dabey vor allen Dingen darauf an, ob der Vertrag von den Paciscenten selbst geschlossen worden ist, oder durch einen Bevollmächtigten. Hat sich dieser letzte in Ansehung dieses oder jenes Umstandes, worauf es bey dem geschlossenen Contracte ankommt, geirrt, so schadet dieser Irrthum nichts, wenn sein Gewaltgeber, für den er den Contract geschlossen hat, von allen Umständen die erforderliche Kenntniß gehabt hat e). Alsdenn sieht man aber

c) L. 9. pr. et §. 3. D. L. 13. C. eod. tit. ALEF in Diss. cit. c. 3. §. 32. sqq.

d) L. 48. pr. D. de fideiuss. HOFACKER in Princ. iur. T. I. p. 158.

e) L. 13. D. de contr. emt. L. 51. §. 1. D. de aedilit. edicto. L. 17. D. de liber. caus. L. 2. D. de litig. MAIANS. ad Fragm. trig. Ictor. T. I. p. 421. STRVV in D. de effectu error. th. 9. FRANZK. ad tit. de contr. emt. n. 72. Westphal vom Kauf, §. 784.

aber allerdings auf die Wissenschaft oder den Irrthum des Bevollmächtigten, wenn er in seinem Namen klagen will [f]).

Was für Folgen hat der Irrthum in Thatsachen und Handlungen, wenn die Contrahenten den Contract selbst geschlossen haben? Hier kommt es darauf an, ob sich alle beyde Contrahenten in Ansehung dieser oder jener Handlung geirrt haben, worauf es bey dem Contract ankommt, oder ob nur der eine Contrahent die Sache unrecht verstanden hat. Wenn von beyden Contrahenten ein Irrthum dieser Art begangen worden ist, so muß untersucht werden, ob ihr Irrthum sich über solche Umstände erstreckt, die zum Wesen des geschlossenen Vertrags gehören, und worauf also die Absicht der Paciscenten hauptsächlich gegangen ist. In solchen Fällen macht der vorhandene Irrthum den ganzen Vertrag aus dem Grunde ungültig, weil es hier an der nöthigen beyderseitigen Einwilligung fehlt, worauf es doch bey der Gültigkeit eines jeden Vertrags schlechterdings ankommt. Sehr bestimmt wird dieses in der L. 57. D. de oblig. et act. angegeben, wo es heißt: in omnibus negotiis contrahendis, siue bonae fidei sint, siue non sint, si *error* aliquis interuenit, vt aliud sentiat, puta qui emit, aut qui conducit, aliud, qui cum his contrahit, *nihil valet*, *quod actum sit*. Et idem in societate quoque coeunda respondendum est, vt si *dissentiant*, aliud alio existimante, nihil valeat ea societas, quae in consensu consistit.

Ein solcher wesentlicher Irrthum ist es 1) wenn sich beyde Contrahenten in Ansehung der Sache geirrt haben, worüber sie den Vertrag schließen wollten; es müssen

f) L. 51. §. 1. D. de aedilit. edict. Meier in colleg. iur. Argent. ad tit. de emt. §. 15. T. 1. p. 101. Westphal vom Kauf, §. 404.

müssen jedoch mancherley Fälle hierbey unterschieden werden. Ein Irrthum dieser Art kann nämlich

1) Bey dem Individuum des Objects begangen worden seyn, so daß jeder Paciscent bey Erklärung seiner Einwilligung an eine ganz andere Sache gedacht hat. In solchen Fällen ist der ganze Vertrag ungültig, weil es an der nöthigen Einwilligung fehlt, und derjenige, der diese oder jene Sache nach diesem Vertrage abgeliefert erhalten, war nicht einmal im Stande, den bürgerlichen Besitz der ihm übergebenen Sache zu erwerben [g]), wie man aus der L. 9. pr. D. de contr. emt. sieht, wo es heißt: si ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti: quia in corpore dissensimus: *emtio nulla est.* Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti. Nam cum in *corpore* dissentiantur; apparet nullam esse emtionem. In der L. 34. pr. D. de acquir. vel amitt. poss. wird gesagt: si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem, me in fundum Sempronianum missum, et in Cornelianum iero, *non acquiram* possessionem: nisi forsan in nomine tantum errauerimus, in corpore consenserimus [h]).

2) Haben sich die Contrahenten in Ansehung der Existenz der Sache geirrt, so ist der ganze Vertrag nichtig, weil sie über nichts contrahirten [i]).

3) Irrten sich die Contrahenten bey den Eigenschaften des Gegenstandes, worüber der Contract geschlossen wurde, und sie hatten die Eigenschaft, von der die Rede ist, entweder ausdrücklich zur Bedingung des Vertrags gemacht, oder sie ist doch eine solche, die den Rechten nach als eine stillschweigende Bedingung vorausgesetzt

g) L. 83. §. 1. L. 137. §. 1. D. de verb. oblig.
h) Herr GJR. Westphal von Sachen, §. 130.
i) L. 57. pr. D. de contr. emt.

gesetzt wird, so gilt der ganze Contract nicht. Ein Irrthum bey der stillschweigenden Bedingung kann sich auf mancherley Art äußern; und zwar

a) in Rücksicht auf die gesetzlichen Eigenschaften der Sache, wohin z. B. der Fall gehört, wenn es die Partheyen nicht wußten, daß die Sache, worüber sie einen Vertrag geschlossen, nicht veräußert werden dürfe [k]); oder es hat Jemand aus Irrthum seine eigene Sache gekauft, davon der Verkäufer nichts wußte [l]). Hier kommt die Frage vor: wenn man eine Sache, davon man schon Eigenthümer war, aus Irrthum gekauft hat, und man hätte solche sofort von dem Verkäufer an einen Andern, dem man sie schenken wollte, abliefern lassen, kann dieser das Eigenthum an der geschenkten Sache bekommen? In der L. 15. §. 2. D. de contr. emt. wird diese Frage entschieden, wo es heißt: si rem meam mihi ignoranti vendideris, et iussu meo alii tradideris: non putat Pomponius, dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit: sed quasi tuum dominium ad eum transire. Der berühmte Averanius glaubte, nach diesem Gesetz könne der Donatarius das Eigenthum nicht bekommen, da die Contrahenten sich geirrt hatten. Darauf antwortet der verstorbene berühmte Westphal in Halle: die Frage, ob der Donatarius Eigenthümer geworden, sey keinem Zweifel ausgesetzt gewesen, weil die Uebergabe der Sache an den Donatar, auf des Eigenthümers Geheiß und mit dessen Willen geschehen sey; Pomponius habe also nur eigentlich zeigen wollen, wie man sich den Uebergang des Eigenthums von Einem auf den Andern vorstellen solle [m]).

k) L. 22. L. 23. L. 34. §. 1. L. 62. §. 1. D. de contr. emt.

l) L. 16. pr. D. de contr. emt. L. 10. C. eod.

m) Averanii Interpr. Lib. I. c. 16. Westphal von Kauf §. 81.

b) Können sich die Paciscenten bey den physischen Eigenschaften der Sache geirrt haben, welches in Rücksicht auf die Materie der Sache geschehen seyn kann. Man nehme den Fall an, es verkauft mir Jemand eine tombackene Uhr für eine goldene, da wir Beyde die Uhr für golden gehalten, ich auch sonst den Kauf nicht geschlossen haben würde, schreibt der Hr. GTR. Höpfner S. 671. des Commentars über die Institutionen nach der fünften Ausgabe. In der L. 9. §. 2. D. de contr. emt. wird folgender Fall angeführt: Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed *in substantia* error sit: vt puta acetum pro vino veneat, *aes pro auro*, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile: an emtio et venditio sit? *Marcellus* scribit libro 6. Digestorum emtionem esse et venditionem; quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. Ego in *vino* quidem consentio, quia eadem prope οὐσία i. e. substantia est: si modo vinum acuit: caeterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, vt embamma; aliud pro alio venisse videtur. In caeteris autem *nullam* esse venditionem puto, quoties in *materia* erratur. Wenn Essig für Wein verkauft worden, so unterscheidet Ulpian zwischen gemachtem Essig, der zu den Speisen gebraucht wird, embamma, und solchem, der aus sauer gewordenem Weine bestand. Im ersten Falle hält er den Kauf für ungültig, weil Wein und gemachter Essig von ganz verschiedner Substanz sind, folglich dem Käufer etwas ganz anders verkauft worden, als er gewollt hat. Wenn hingegen Weinessig für Wein verkauft worden, so sey der Kauf gültig, weil hier einerley Substanz vorhanden sey. Diese Entscheidung ist bey uns nicht anwendbar, da sie darauf gegründet wurde, weil die Römer den Weinessig, wie den Wein zu trinken pflegten n), dieses aber heut zu Tage

n) L. 1. L. 9. pr. et §. 1. 2. D. de tritico vino etc.

Tage nicht geschieht. War also der Wein schon zur Zeit des geschlossenen Contracts sauer, und er ist es nicht erst nach der Zeit durch einen Zufall geworden, so gilt bey uns der ganze Kauf nicht o). Es wird also hier vorausgesetzt, daß die Sache von einer ganz andern Materie seyn müsse, als wofür sie aus Irrthum gehalten worden ist; gesetzt auch, daß sie mit der verabredeten Materie überlegt oder überzogen wäre. Ist die versicherte Materie vorhanden, und nur mit einer andern vermischt, jedoch so, daß jene den größten Theil ausmacht, so darf der darüber geschlossene Vertrag nicht für ungültig erklärt werden. Die Bestimmung des römischen Rechts über diesen Punct findet man außer andern Stellen in der L. 14. D. de contr. emt., wo es heißt: quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent? Vtputa, si et ego me vendere aurum putarem, et tu emere, cum aes esset? Vtputa coheredes viriolam (ein Armband), quae aurea dicebatur, pretio exquisito vni heredi vendidissent, eaque inuenta esset magna ex parte aenea. Venditionem esse constat, ideo quia auri aliquid habuit. Nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio. Si autem aes pro auro veneat, non valet. Das Wort inauratum bedeutet hier nicht so viel als vergoldet oder mit Gold belegt, sondern mit Gold vermischtes Metall p). Dieser Stelle widerspricht die L. 41. §. 2. eod. tit. nicht, wo folgender Gedanke vorkommt: Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendisti imprudens: nulla est emtio, pecuniaque eo nomine data condicetur. Die ganze Sache beruht nämlich auf

o) Bynckersh. Obs. Lib. 6. c. 14. Remer in tr. de vero ex iure Rom. statui Germ. attemperato obligat. valore, Sect. I. c. 3. §. 8.

p) Des. Heraldi Obseruat. c. 23. in Otton. Thes. Tom. II. p. 1337. Bynckersh. in Obs. Lib. 6. c. 14. Averanii Interpr. Lib. I. c. 19. n. 7.

folgendem Unterschiede. Es kommt darauf an, ob die Substanz der Sache mit der versicherten Materie durchaus vermischt, oder nur die Oberfläche derselben damit belegt ist. Im ersten Falle gilt der Vertrag, und der Käufer kann blos eine Vergütung dessen verlangen, was er zu viel bezahlt hat; im andern Falle hingegen, wenn der Käufer die Sache von massivem Gold oder Silber haben wollen, ist der ganze Contract ungültig, und der Käufer kann sein Geld zurück fordern q). Endlich ist zu bemerken, wenn der Irrthum in Ansehung der Materie bey einem solchen Vertrage begangen worden ist, wodurch Jemand die Sache umsonst bekommt, z. B. durch eine Schenkung, so verursacht der Irrthum noch weniger eine Nichtigkeit des Vertrags, wenn nur nicht gar auch ein Betrug begangen worden ist r).

Man hält es II) für einen wesentlichen Irrthum, wodurch der ganze Vertrag ungültig wird, wenn sich die Paciscenten in der Art des Contracts geirrt haben s). Habe ich daher z. B. nur miethen wollen, der Andere wollte mir aber die Sache verkaufen, so gilt der ganze Vertrag nicht. Habe ich dem Mevius eine Summe Geld bezahlt, in der Absicht, ihm ein Geschenk damit zu machen, und er nimmt das Geld in der Meynung an, ich habe es ihm gelehnt, so ist dieses nach der L. 18. pr. D. de reb. cred. weder für eine Schenkung, noch für ein Darlehen zu halten, wo es heißt: si ego tibi pecuniam *quasi donaturus* dedero, tu *quasi mutuam* accipias, *Iulianus* scribit donationem non esse. Sed *an mutua* sit, videndum? et puto, nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. In der Basilica Lib. 23. T. III. p. 225.

q) Cviacii Obs. Lib. 2. c. 4. Westphal vom Kauf, §. 400.

r) L. 22. D. de verb. oblig. Averanii Interpr. Lib. 1. c. 19. n. 6. Stryck de caut. contr. Sect. I. c. IV. §. 7.

s) Schilter in Praxi iur. Rom. Exerc. 22. §. 37.

p. 225. ist dieses Gesetz eben so übersetzt worden. Es ist leicht zu erklären, warum in einem solchen Falle weder eine Schenkung, noch ein Darlehn durch diesen Handel geschlossen worden ist. Wenn eine Schenkung vorgenommen werden soll, so muß der Beschenkte das Geschenk annehmen, wie man aus der L. 10. D. de donat. sieht, diese Acceptation der Schenkung ist aber nicht geschehen, weil der Andere das Geld mit der Vorstellung angenommen hat, es werde ihm als Darlehn gegeben, folglich geht es auch hier nach der L. 55. D. de oblig. et act. wo bemerkt wird: in omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex vtraque parte contrahentium; nam siue ea venditio, siue *donatio*, siue quaelibet alia causa contrahendi fuit, *nisi animus vtriusque consentit*, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non potest. Eine Verbindlichkeit aus einem Darlehn ist deswegen nicht errichtet worden, weil ich dem Andern das Geld nicht in der Absicht gegeben habe, um ihn aus einem Darlehn verbindlich zu machen. In der L. 3. §. 1. D. de obligat. et act. heißt es: non satis enim est, dantis esse nummos et fieri accipientis, vt obligatio nascatur, *sed etiam hoc animo* dari *et accipi*, vt obligatio constituatur, womit die L. 32. D. de reb. credit. verbunden werden muß, wo Celsus erklärt: *mutuum*, nisi inter consentientes, fieri non posse. Eben diese Entscheidung ist alsdenn zu machen, wenn man Jemandem eine Sache für eine gewisse Summe blos verpfänden wollen, der Gläubiger nahm sie aber für verkauft, daher es in der L. 9. pr. D. de contr. emt. vend. heißt: si in ipsa emtione dissentient, emtio imperfecta est. Das nämliche ist Rechtens, wenn ich Jemandem eine gewisse Summe nur in Verwahrung geben wollen; und er hielt meine Erklärung aus Irrthum für ein Darlehn t). In allen diesen

t) L. 18. §. 1. D. de reb. cred. — si ego *quasi deponens* tibi dedero, tu *quasi mutuam* accipias: nec depositum nec mutuum

Fällen ist die Handlung für keinen gültigen Contract zu halten, daher das Gegebene entweder vindicirt, oder durch die condictio sine causa zurückgefordert werden kann. Wollte ich Jemandem wirklich die übergebene Summe schenken, er glaubte aber aus Irrthum, sie sey ihm blos geliehen worden, und er braucht auch das Geld als Darlehn und giebt es aus, in der Folge erfahre ich seinen Irrthum, und will meine Schenkung deswegen nicht halten, sondern fordere das Geld als Darlehn zurück, wofür er es angenommen hat, so kann er mir die Einrede des Betrugs entgegen setzen, wie man aus der L. 18. pr. D. de reb. credit. sieht, wo es heißt: quare, si eos (nummos animo donandi donatos) consumserit, licet *condictione* teneatur, tamen *doli exceptione* vti poterit, *quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumti.* Darüber bestimmen die Gesetze nichts, ob diese Einrede auch alsdenn gebraucht werden dürfe, wenn derjenige, dem das Geld geschenkt worden, das er für gelehnt hielt, solches noch besitzt, und der Schenkegeber will es nun vindiciren. Einige Rechtslehrer [u]) halten die Einrede für unzulässig, weil hier die Billigkeit nicht vorhanden sey, wie in jenem Falle, und der Besitzer de lucro captando certire. Andere Rechtslehrer [x]) geben eine genauere Bestimmung dieses Falls, und sagen: nur alsdenn kann die geschenkte Sache vindicirt werden, wenn der Beklagte die Schenkung wegen seines Irrthums noch nicht acceptirt hatt; donatio enim sine subsecuta per donatarium liberalitatis acceptatione inefficax est; die Ungültigkeit der Schenkung hindere aber die Erwerbung des Eigenthums, weil es bey dem Besitzer an der Absicht fehlt,

mutuum est. Idem est, et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi. Sed in vtroque casu, consumtis nummis, *condictioni* sine doli exceptione locus erit.

u) Coccei in iure contr. Lib. 12. tit. 1. qu. 6.

x) Voet ad Dig. Lib. 41. tit. 1. §. 36.

fehlt, die Schenkung zu acceptiren. Darauf antworten aber andere Rechtslehrer y), schreibt Herr HR. Glück: nimmt man Julianus Lehre in der L. 36. D. de acquir. rer. dom. an, daß der Irrthum in Ansehung des besondern Rechtsgrundes die Uebertragung des Eigenthums nicht hindere, wenn beyde Theile die Absicht gehabt haben, das Eigenthum zu überlassen; bedenkt man ferner, daß es mit der Billigkeit nicht übereinstimmt, wenn man um des bloßen Irrthums seines Mitcontrahenten willen, seine eigene Handlung nicht anerkennen will, und daß derjenige, welcher die wohlthätige Absicht des Gebenden in dem Empfange eines vermeyntlichen Darlehns mit Dank erkennt, solche aller Vermuthung nach als Schenkung mit weit lebhafterem Danke verehrt haben würde; endlich daß auch in andern Fällen dem Donatarius die Einrede des Betrugs gestattet wird, wenn dieser aus Irrthum die ihm zugedachte Schenkung nicht in der Maaße acceptirt hat, als es die Absicht des Schenkenden war, und letzterer sich diesen Irrthum zu Nutze machen will z), so ist die Einrede für gegründet zu halten. Das Gesetz, wo gesagt wird, daß das Eigenthum, des Irrthums ungeachtet, auf den Besitzer übergeht, ist die L. 36. D. de acquir. rer. dom., wo der Jurist Julian folgende Bemerkung gemacht hat: si pecuniam numeratam tibi tradam *donandi gratia*, tu eam *quasi creditam* accipias: constat, *proprietatem ad te transire;* nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus. Der Grund dieser Behauptung besteht darin, daß beyde Theile ein solches Rechtsgeschäfte vornehmen wollen, wodurch ein Eigenthumsrecht erlangt werden kann, und derjenige, dem die Sache übergeben worden, des Irrthums, in Ansehung der wirklich geschlossenen Contracts, ungeachtet, doch wenigstens

y) de Retes in Opusc. Lib. I. c. 24. n. 16. in Meerm. Thes. Tom. VI. p. 87.

z) L. 25. D. de donat.

nigstens so viel als richtig anerkannt hat, daß ihm der Andere etwas auf eine wohlthätige Weise zuwenden wollen, da die Römer selbst das Darlehn für unverzinnslich hielten, wenn keine Zinsen bedungen worden waren, daher solches, so wie jede ungeltliche Benutzung fremder Sachen, die man dem Andern gestattet hat, als eine Wohlthat und Art von Schenkung betrachteten [a]). Weil sich die L. 18. pr. D. de reb. cred. und die L. 36. D. de acquir. rer. dom. offenbar widersprechen, so haben viele Ausleger [b]) den Versuch gemacht, diesen Widerspruch zu heben; andere Ausleger [c]) behaupten aber, es sey nicht möglich eine richtige Uebereinstimmung unter diesen beyden Gesetzen herauszubringen, indem der Widerspruch zu deutlich sey.

Ein

a) L. 9. pr. D. de donat. Crell in obs. de proprietate rei donatae ad eum, qui quasi mutuam accepit, transeunte ad L. 18. D. de reb. credit. et L. 36. D. de acquir. rer. dom. Vit. 1731. rec. Frf. et Lips. 1751. et in *Eius* Coll. Diss.

b) Nic. de Passerib. Concil. LL. p. 230. Vinnivs in quaest. iur. II, 35. Charond. Verisim. II, 2. in Otton. Thes. Tom. I. p. 739. Melch. de Valentia Epist. II, 3. V, 10. Averan. Interpr. I, 17. Hvber Digress. P. 2. L. 2. c. 6. d'Orville in Thes. Diss. Belg. Oelrich. Vol. I. n. 27. Ios. Nerivs in anal. Lib. II. c. 5. in Otton. Thes. T. II. p. 395. Lyclama in Membr. Lib. 5. eclog. 16. Iul. Pacivs in Leg. concil. Cent. III. qu. 67. de Retes in Opusc. Lib. I. c. 24. nr. II. in Meerm. Thes. T. VI. p. 36. Voet ad Lib. XLI. tit. I. §. 36. Cocceii in iure contr. Lib. XII. tit. I. qu. 6. a Costa ad illustr. quosd. tit. p. 93. Idsinga de mutuo, c. 5. §. 6. in Oelrich. Thes. Vol. I. T. I. p. 154. Pothier in Pand. Iust. T. III. tit. de acquir. rer. dom. nr. 58. not. g. et h.

c) Hofacker in Princ. T. II. p. 165. T. III. p. 39. Wissenbach de mutuo, th. 20. Merillivs in comment. ad tit. Dig. de reb. cred. in Ottonis Thes. III. p. 861. Schulting in thes. contr. Dec. 35. §. 6. Branchv in Obs. ad ius Rom. Dec. II. c. 19. p. 162. Chr. Lud. Crell in Diss. cit.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0226
DFG

Ein Vertrag ist III) ungültig, wenn sich beyde Paciscenten in den Bewegungsgründen geirrt haben, und der Beweggrund des einen Paciscenten den andern zu Schließung des Vertrags verleitet hat, da er ohne diesen Irrthum dieses nicht gethan haben würde. Hätten sich daher z. B. beyde Contrahenten ungegründeter Weise eingebildet, ein Grundstück, das der eine hatte, sey mit dem Näherrechte belastet, und er überließ es daher dem andern aus dieser irrigen Vorstellung, so kann in diesem Falle der Käufer, nachdem der Irrthum entdeckt worden, den Verkäufer nicht auf die Erfüllung des Contracts belangen, ja der Verkäufer kann sogar die verkaufte Sache zurückfordern [d]). Ist dem andern Contrahenten die Bewegursache nicht bekannt gewesen, wodurch sein Mitcontrahent veranlaßt worden ist, den Vertrag zu schließen, so besteht der Vertrag. Hätte ich also z. B. die falsche Nachricht erhalten, mein Haus sey abgebrannt, und deswegen kaufte ich ein anderes, nachher wurde ich aber anders berichtet, so muß ich nichts desto weniger den Kauf halten [e]). Der berühmte Pufendorf war der Meynung, es komme hier darauf an, ob noch res integra sey, oder ob der Contract schon von beyden Theilen erfüllt worden; daß es aber hierauf nicht ankomme, hat Gundling bewiesen [f]). Eben so wenig darf man ein Geschenk deswegen zurückfordern, weil man dem Beschenkten in der Vorstellung die Sache schenkte, er habe

d) L. 5. §. 1. D. de act. emti vend. Westphal vom Kauf, §. 782.

e) Titius ad Lauterb. Comp. Obs. 513. Struv de effectu error. in contr. emt. thes. 27. Kemer in tr. de vero obligat. valore, Sect. I. c. 3. §. 16.

f) Pufendorf in iure nat. Lib. 3. c. 6. §. 6. Gundlingiana Stück 33. Nr. 1. §. 12. flg.

habe sich um uns verdient gemacht, und nach der Zeit zeigt sichs, daß man sich geirrt habe g).

Auch der Irrthum in Ansehung der Person der Contrahenten macht IV) den Contract in gewissen Fällen ungültig. Es kommt nämlich darauf an, ob der Irrthum die Person selbst und wesentliche Eigenschaften derselben betrifft, mit der man einen Contract geschlossen hat, oder blos zufällige Dinge bey derselben. Irrt man 1) bey der Person selbst, indem man z. B. glaubte, mit dem A. zu paciscren, und aus Irrthum schloß man mit dem B. den Vertrag, so ist der Irrthum wesentlich, und veranlaßt alsdenn eine Nichtigkeit des Vertrags, wenn es mir nach der Natur des Vertrags, oder aus andern gegründeten Ursachen schlechterdings nicht gleichgültig seyn kann, ob ich mit der Person den Vertrag geschlossen habe, welche ich mir vorstellte, oder mit einer andern Person. Diese Wirkung zeigt sich bey Eheverlöbnissen h), Bevollmächtigungen und andern Geschäften, wo es hauptsächlich auf die Person des Contrahenten ankommt. Wenn der Irrthum in Ansehung der Person bey solchen Verträgen und Contracten begangen worden ist, wo es mehr auf die Sache ankommt, worüber der Vertrag geschlossen worden ist, als auf die Person, welche der Vertrag verbindlich machen soll, so verursacht dieses nicht leicht eine Nichtigkeit, es müßte denn der Irrende ein besonderes Interesse beweisen können, warum er den Contract mit der Person, mit der er solchen geschlossen hat, nicht halten kann i). Betrifft der Irrthum 2) die Eigenschaften der Person, mit welcher der Vertrag

g) L. 65. §. 2. D. de cond. indeb. PACIVS in Leg. concil. Cent. I. qu. 59. p. 49.

h) Can. vn. C. 29. qu. 1.

i) REMER in tr. de vero oblig. valore; Sect. I. c. 3. §. 9. TITIVS ad LAVTERB. Obs. 513. STRVV in D. de effectu erroris in contr. emt. vend. th. 15.

Vertrag geschlossen worden, so wird der Vertrag ungültig, a) wenn dieser Fehler bey der Qualität des Contrahenten auf die Fähigkeit, einen Vertrag zu schließen, einen Einfluß hat; z. B. ich kaufe die Sache von einem Blödsinnigen, den ich aber für einen vernünftigen Menschen gehalten habe [k]). Es entkräftet b) der Fehler bey der Qualität des Paciscenten den Vertrag, wenn dieser Mangel der erforderlichen Eigenschaften auf den wesentlichen Zweck oder die rechtlichen Wirkungen des geschlossenen Vertrags Einfluß hat. Eben deswegen macht der Irrthum in Ansehung des freyen oder ehrlichen Standes, oder des Zeugungsvermögens bey dem andern Theile den Ehevertrag nichtig [l]). Das nämliche ist c) Rechtens, wenn die vorausgesetzte persönliche Eigenschaft des Mitpaciscenten eine solche ist, welche der Irrende als vorhanden vermuthen konnte, weil er sonst den Contract gar nicht geschlossen haben würde. Hierauf gründet sich der Umstand, daß ein Irrthum in Ansehung der Jungferschaft der Braut das geschlossene Verlöbniß ungültig macht [m]).

Ganz anders verhält sich die Sache, wenn sich die Contrahenten blos in zufälligen Dingen und bey Nebenumständen geirrt haben [n]); denn Irrthümer dieser Art schaden der Gültigkeit des Vertrags nichts, sondern der Irrende kann blos auf die Vergütung des Schadens klagen, den er wegen des Irrthums ohne seine Schuld leidet.

k) L. 2. §. 16. D. pro emt. Branchv in Obs. Dec. II. c. 19. p. 159. Westphal von Sachen, §. 679.

l) Can. vn. Caus. XXIX. qu. 1. Schotts Eherecht, §. 89.

m) Herr HR. Schott a. a. O. Remer l. c. §. 9. in fin. Gvndling in D. qua doctr. vulgar. maiorem a feminis quam a viris requirens castitatem sub examen reuocatur, §. 23. sqq.

n) Hofacker in Princ. iur. Rom. Tom. III. §. 1764. p. 40.

det. Ein solcher blos zufälliger Irrthum ist begangen worden,

1) wenn sich die Paciscenten blos im Namen oder Amte geirret haben, daher es in der L. 9. §. 1. D. de contr. emt. heißt: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constet, und in der L. 38. D. de verb. oblig. verbunden mit §. 29. Inst. de legat. wird gesagt nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest. Aus diesen Stellen sieht man aber zugleich, daß der Irrthum bey dem nomine proprio und nicht bey dem nomine appellatiuo begangen seyn darf, weil sonst ein error in corpore begangen worden, dieser aber den Contract ungültig macht o).

2) Ist ein blos zufälliger Irrthum begangen worden, wenn sich die Contrahenten nur in Ansehung einer accessorischen Sache geirrt haben, die außer der Hauptsache noch obendrein abgeliefert werden soll, wobey aber zwey Fälle unterschieden werden müssen. Bisweilen verlangt nämlich ein Mitcontrahent neben der Hauptsache deswegen noch eine Zugabe, weil er der Meynung war, sie gehöre mit zu der behandelten Sache, der andere Paciscent wollte aber dieses nicht. In solchen Fällen schadet der Irrthum demjenigen, der sich deutlicher hätte erklären sollen p). Die Paciscenten können sich aber auch bey dem Individuum der accessorischen Sache geirrt haben, weil mehrere Sachen vorhanden waren, die eben so heissen, dergleichen eine, ausdrücklich als Zugabe mit bedungen worden ist. Ein solcher Fall wird in der L. 34. pr. D. de contr. emt. angeführt, woraus man zugleich die Bestimmung hernehmen kann, wie in dergleichen Fällen gesprochen werden muß. Es heißt in dieser Stelle: si in emtione fundi

o) Averanii Interpr. Lib. I. c. 18. n. 1—5. de Retes in Opusc. Lib. 1. c. 24. n. 3.

p) Leyser Spec. 519. med. 7. 8.

fundi dictum sit, *accedere Stichum seruum:* neque intelligatur, quis ex pluribus accesserit, cum de alio *emtor*, de alio *venditor* senserit; nihilominus fundi venditionem valere constat. Sed *Labeo* ait, eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit. Wenn bey dieser Verabredung gleich ein Irrthum in corpore begangen worden war, so machte solcher dennoch den Kauf nicht ungültig, weil er sich nicht auf die Hauptsache erstreckte, sondern blos auf die Nebensache. Es kam also blos darauf an, wessen Absicht bey dieser Uneinigkeit der Contrahenten, den Vorzug erhalten solle. In diesem Gesetz wird dem Verkäufer der Vorzug zugestanden, zwar nicht deswegen, wie einige Rechtslehrer q) wollen, weil sich der Käufer den Stichus zugleich mit ausbedungen hatte, sondern weil der Verkäufer hier der Schuldner war, der die Wahl hat, wenn unter mehrern Sachen eines Namens, oder von gleicher Art, blos die eine Sache überhaupt als Gegenstand der Verbindlichkeit betrachtet werden muß r). Die Worte des Gesetzes: *eum Stichum deberi*, quem *venditor* intellexerit, sind übrigens merkwürdig, daher dieses Gesetz von vielen Rechtslehrern erklärt worden ist, deren Erklärung Ev. Otto und Westphal beurtheilt haben s). Nach diesem Gesetze hat

q) MERILLIVS variant. ex CVIACIO Lib III. c. II. de RETES in Opusc. Lib. I. c. 24. nr. 21. SCHVLTING in thes. contr. Dec. LXIII. §. 4.

r) l. 106. D. de verb. oblig. L. 25. L. 60. D. de contr. emt. L. 54. §. 1. D. de act. emti vend. AVERAN. Int. Lib. II. c. 2. n. 15. seqq. n. 28. sqq. van de WATER Obs. Lib. II. c. 14. p. 189.

s) CVIACII Obs. Lib. I. c. 10. Lib. IX. c. 37. Lib. XXIII. c. 31. HOTOMANN in Obs. Lib XIII. c. 10. FORNERIVS Lib. III. rer. quotid. c. 24. FORNERIVS Lib. II. Select. c. 18. CHABOND. Verisim. Lib. III. c. II. FABER in Rat. ad Pand ad Leg. 34. pr. D. de emt. vend. CONSTANT. Lib. II. Enodat. c. 16. POTHIER in Pand. Iustin. Tom. I. tit. de contr. emt. nr. XXXVII. not. k. Eu. OTTO in Praef. ad T. II. Thes. Iur. p. 27. Westphal vom Kauf, §. 34.

hat der Verkäufer nicht die Wahl, welchen Stichus erherausgeben wollte, sondern man soll darauf sehen, welchen er zur Zeit des geschlossenen Kaufs für den Käufer bestimmt hatte, und dieses muß, wenn es an andern Beweismitteln fehlt, durch die Eydesdelation bewiesen werden.

3) Ist der Irrthum in Rücksicht auf Maaß, Gewicht, Zahl, für einen blos zufälligen Irrthum bey Eingehung eines Vertrags zu halten [t]; desgleichen

4) Wenn sich die Contrahenten in Ansehung der Güte der Materie oder bey der Art derselben geirrt haben; denn in dergleichen Fällen ist der Vertrag der Regel nach nicht für ungültig zu halten, sondern es kann blos auf das Interesse geklagt werden; z. B. bey einem Kauf wäre das Gold oder Silber von schlechterm Gehalte, als die Partheyen glaubten, oder das Holz ist nicht von der Art, als die Contrahenten sich vorstellten [u]. Alsdenn kann man jedoch wohl behaupten, daß der ganze Vertrag für ungültig gehalten werden müsse, wenn der Irrende ein besonderes Interesse zu beweisen im Stande wäre, warum die Materie der behandelten Sache gerade von der Qualität und Güte seyn müsse, als er geglaubt, und behandelt hat, weil ihm solche außerdem zu dem Zweck unbrauchbar seyn würde, wozu er sie haben wollte [x].

Wir haben zeither gesehen, was Rechtens sey, wenn **beyde Theile** bey Eingehung eines Vertrags einen Irrthum begangen haben; es kommt aber nicht selten der Fall vor, daß sich blos **der eine Paciscent** bey Eingehung des Vertrags **geirrt** hat. Ist nun die Frage, was in diesem Falle der Irrthum für eine Wirkung hervorbringe, so ist vor allen Dingen darauf Rücksicht zu nehmen,

t) Strvv in Diss. cit. de effectu error. th. 66. 67.

u) L. 10. D. de contr. emt. L. 21. §. 2. D. de act. emt. vend.

x) Strvv in Diss. de effectu erroris in contr. emt. vend. th. 47.

men, ob der andere Theil den Irrthum durch einen Betrug veranlaßt hat. Veranlaßt der andere Contrahent den Irrthum seines Mitcontrahenten vorsätzlich, oder er unterrichtet ihn nicht von dem begangenen Irrthum, da er es doch gar wohl wußte, daß er sich irre, so wird die Gültigkeit des geschlossenen Vertrags nach den Grundsätzen vom dolus beurtheilt, der Vertrag ist nämlich ganz und gar nichtig, wenn ein error dans causam bewiesen werden kann, oder der verletzte Contrahent kann auf den Schadenersatz klagen, wenn der error blos incidens ist [y]).

Weiß der eine Contrahent von dem Irrthum seines Mitcontrahenten nichts, so kommt es darauf an, ob der Irrende seinen begangenen Irrthum sehr leicht hätte vermeiden können, wenn er nur einige Aufmerksamkeit angewendet, und sich nach den Umständen der Sache erkundigt hätte. Weil die Gesetze der Regel nach jeden Menschen blos zur Beobachtung des gewöhnlichen Fleißes bey Besorgung seiner Geschäfte verpflichten, so ist ein jeder Irrthum dieser Art zu entschuldigen, mit dem keine grobe Nachläßigkeit verbunden ist [z]). In der L. 6. D. de iur. et facti ignor. heißt es: nec *supina* ignorantia ferenda est factum ignorantis: vt nec scrupulosa inquisitio exigenda. Scientia enim hoc modo aestimanda est, vt neque negligentia *crassa* aut nimia securitas satis expedita sit, neque delatoria curiositas exigatur. In der L. 9. §. 2. D. de iur. et facti ignor. kommt folgende Aeußerung vor: *facti* ignorantia ita demum cuique *non nocet*, si non ei *summa* negligentia obiiciatur. Quid enim, si omnes in ciuitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte *Labeo* definit, scientiam neque curiosissimi neque *negligentissimi* hominis accipiendam; verum

y) L. 11. §. 5. D. de act. emti vend.

z) HOFACKER in Princ. iur. Rom. T. I. p. 161. NETTELBLADT in syst. iurispr. pol. gen. §. 211. p. 128.

verum eius, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit. In der L. 15. §. 1. D. de contr. emt. heißt es ausdrücklich: ignorantia *emtori* prodest, quae non in supinum hominem cadit. Wer wegen seiner groben Nachläßigkeit an dem Irrthum Schuld ist, muß den dadurch veranlaßten Schaden selbst tragen, weil es hier nach der Regel geht: damnum quod quis ex culpa sua sentit, non intelligitur sentire [a]).

Anders muß die Sache entschieden werden, wenn der Irrthum der angewendeten nöthigen Vorsicht ungeachtet, das heißt, derjenigen, welche nach der Beschaffenheit des geschlossenen Vertrags beobachtet werden sollte, nicht vermieden werden konnte. Hier kommt es darauf an, ob der Irrthum bey den **wesentlichen** Stücken des Contracts begangen worden ist, oder blos bey den **zufälligen** Theilen desselben. Im ersten Falle fehlt es in der That an der Einwilligung von Seiten desjenigen Contrahenten, der sich in Ansehung der Hauptsache bey dem Contract geirrt hat, und folglich ist auch der ganze Vertrag für ungültig zu halten, da er den ganzen Contract nicht geschlossen haben würde, wenn er die wahre Beschaffenheit der Sache gewußt hätte. Es steht übrigens dem Contrahenten frey, den Contract gelten zu lassen, und blos vermittelst der daraus herrührenden Klage seinen Schadensersatz zu fordern; der nicht verletzte Mitcontrahent aber kann aus diesem Grunde keinesweges vom Contract abgehen, wenn er sich gleich auf die nähmliche Art geirrt haben sollte, sondern er muß den bewiesenen Schaden vergüthen [b]). Der Irrthum in den **zufälligen** Stücken des Contracts macht blos, daß der Irrende auf den Schadensersatz dringen kann, der ihm durch seinen unvermeidlichen Irrthum zugefügt worden ist. Da ein

Irrthum

a) L. 203. D. de reg. iur. CRELL D. de ignorantia facti proprii interdum innocua, Vit. 1741.

b) L. 45. D. de contr. emt. STRVV in Diss. cit. th. 55.

Irrthum nicht vermuthet wird, und in einer Handlung bestehet, so muß derjenige Contrahent solchen beweisen, der sich darauf berufen hat, und dieser Beweis kann in Ermangelung anderer Beweismittel durch die Eydesdelation geführet werden [c]).

§. 300. 301.

Die **Einwilligung** zu Eingehung eines Vertrags hat einen Fehler, wenn sie durch **Zwang** und die daraus entstandene **Furcht** veranlaßt worden ist [d]). In der L. 2. D. quod metus causa heißt es: *vis* est maioris rei impetus, qui repelli nequit; und in der L. 1. D. eod. wird gesagt: *metus* est instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio. Furcht nennen wir die Verabscheuung eines bevorstehenden gegenwärtigen oder künftigen **Uebels**. Untersucht man die **Ursachen** der **Furcht**, wodurch die Menschen beängstigt werden, so findet man, daß sie entweder von einem Andern durch wirkliche Androhung eines **Uebels**, welches dem Bedrohten zugefügt werden soll, verursacht worden ist, wenn er den Willen des Drohenden nicht erfüllt haben wird, oder die **Furcht** besteht in der bloßen Einbildung, ohne daß Jemand den sich Fürchtenden wirklich mit einem Uebel bedrohet hat. Im ersten Falle wird die **Furcht** in den Gesetzen [e]) metus praesens, metus illatus genennt, im zweyten aber metus non illatus, desgleichen suspicio inferendi eius.

c) L. 4. C. de iuris et facti ignor. STRVV in Diss. cit. th. 10. MASCARD de probat. Concl. 882. CARPZOV in Def. for. P. I. Const. 22. Def. 6. BERGER in Oec. iur. Lib. III. Tit. V. th. 5. not. 19. NETTELBLADT in Iurispr. pos. p. 129.

d) HOFACKER in Princ. iur. Rom. Tom. I. §. 206. p. 161. Tom. III. §. 1766. p. 81. NETTELBLADT in syst. iurispr. pos. §. 213. p. 130.

e) L. 9. pr. D. quod met. caus. NETTELBLADT l. c. §. 216. p. 131.

Man würde zu weit gehen, wenn man mit dem **Lauterbach** behaupten wollte, nur alsdenn sey metus praesens vorhanden gewesen, wenn die gedrohte Gefahr gegenwärtig war, und das zu befürchtende Uebel augenblicklich eintreten konnte; denn schon die gegründete Besorgniß eines wirklich in der Folge bevorstehenden Uebels macht die Furcht zu einer solchen, welche metus praesens genennt wird [f]). Aus einer solchen Furcht entsteht der **Zwang**, das heißt, die wirkliche Bedrohung mit einem Uebel, wodurch Jemand genöthigt wird, etwas zu thun, was er sonst unterlassen haben würde.

Die Furcht ist ferner entweder eine **rechtmäßige** Furcht, oder eine **unrechtmäßige**. Für eine **rechtmäßige** Furcht, metus iustus, wird sie gehalten, wenn sie von Jemandem verursacht worden ist, der das Recht hatte, Zwangsmittel zu gebrauchen, wenn der Andere seine Verbindlichkeit nicht erfüllen will. Nöthigt also der Richter durch Bedrohung mit einer Geld- oder Gefängnißstrafe, seinen Gerichtsuntergebenen dieses oder jenes zu thun, wozu er verpflichtet war, so ist dieses eine **gerechte**, eine **rechtmäßige** Furcht gewesen. War derjenige, der mir die Furcht verursacht hat, nicht berechtigt, Zwangsmittel wider mich zu brauchen, so heißt die dadurch veranlaßte Furcht eine **ungerechte**, eine **unrechtmäßige**, metus iniustus.

Bey der **unrechtmäßigen** Furcht ist nochmals zu unterscheiden, zwischen einer **ungegründeten** oder **eiteln** Furcht, und derjenigen, welche eine **gegründete** Furcht genennt wird. Die Furcht heißt eine **ungegründete**, metus vanus, wenn ich keine gegründete Ursache hatte, mich zu fürchten, und an dieser gegründeten Ursache fehlte es, wenn die Ausführbarkeit und Zufügung des mir

f) LAVTERBACH in coll. Pand. Lib. 4. tit. 2. §. 11. LEYSER Spec. 58. med. 1. DONELLVS in comment. iur. ciuil. Lib. 15. c. 39. p. 818. HOFACKER l. c. T. 1. §. 207. p. 162.

mir angedrohten Uebels, nach der eigenen Beschaffenheit desselben, oder nach dem besondern Zustande des Drohenden ganz unwahrscheinlich oder wohl gar schlechterdings unmöglich war. Muß die Ausführbarkeit des angedrohten Uebels nicht nur für möglich, sondern auch für wahrscheinlich gehalten werden, so heißt die Furcht eine gegründete, und in der L. 6. D. quod. met cauſ. wird davon gesagt: metus non vani hominis, ſed qui merito et in hominem conſtantiſſimum cadit.

Wenn man ein richtiges Urtheil fällen will, ob die Furcht in einem bestimmten Falle für gegründet oder ungegründet zu halten sey, das heißt, ob ein hinlänglicher Grund der Furcht vorhanden gewesen, so muß man a) die Beschaffenheit dessen, der sich fürchtete, sein Alter, Geschlecht, Gesundheitsumstände, Verhältnisse, u. s. w. b) die Beschaffenheit dessen, von dem die Furcht erregt worden, und c) das angedrohte Uebel, woraus die Furcht entstand, in Betrachtung ziehen [g]). Der Regel nach muß die Bedrohung mit einer Gefahr für das Leben, Gesundheit, Freyheit, Ehre und Schande, Verlust der Güter, u. s. f. verbunden seyn [h]), und hierauf bezieht sich der Vers: excuſat carcer, ſtatus, mors, verbera, ſtuprum. In der L. 5. D. quod met. cauſ. wird bemerkt: *metum* accipiendum, non quemlibet timorem, ſed *maioris malitatis*. Weil der Ausdruck malitatis ungewöhnlich ist, so haben einige Herausgeber der Pandekten, z. B. Petrus ab Area Bandoza Ceſtius, dafür blos mali lesen wollen. Darauf antworten aber andere Rechtslehrer [i]), die Seltenheit des Ausdrucks sey kein hinlänglicher Grund zu einer Abänderung der gewöhnlichen Lesart,

g) Voet ad Dig. Lib. IV. Tit. II. §. 11. Hvber ad h. tit. §. 2. Stryck ad tit. quod met. cauſ. §. 12.

h) L. 3. pr. L. 4. L. 7. §. 1. L. 8. §. 1. 2. L. 22. L. 5. §. 1. D. quod vi L. 7. C. eod.

i) Hilliger ad Donellvm Lib. XV. c. 38. p. 1381

art, überdieses werde in der Basilica nicht das Wort κακῶ gebraucht, sondern es hieße μεγάλης κακοδελείας. In der L. 8. §. 1. D. quod. met. caus. wird bemerkt, wenn Jemand Urkunden in seinem Besitz habe, woraus meine Familienrechte, oder meine freye Geburt bewiesen werden könne, und er bedrohe mich mit der Vernichtung derselben, wenn ich ihm die verlangte Sache nicht geben würde, so sey die Furcht für gegründet zu halten. In der L. 8. §. 2. D. eod. heißt es: eine Frauensperson, die etwas versprochen, oder gegeben habe, um eine bedrohte Schändung abzuwenden, könne mit Recht eine gegründete Furcht vorschützen, da ihre Ehre in Gefahr gewesen sey. Bey andern Drohungen, welche keine unmittelbare Gefahr für das Leben, Gesundheit, Freyheit oder Ehre besorgen lassen, muß, nach Beschaffenheit des angedrohten Uebels an sich, und nach dem Verhältniß desselben zu dem Gegenstande der darauf erfolgten Willenserklärung, vom Richter nach vernünftigen Gründen beurtheilt werden, ob die Einwilligung durch die Gefahr des Uebels wirklich abgedrungen worden sey. Ueberdieses ist bey Bestimmung des Einflusses der Drohung auf die Willenserklärung des Bedrohten zugleich mit darauf Rücksicht zu nehmen, wie der Bedrohte die Sache, in seiner Lage und nach der Beschaffenheit seines Zustandes, angesehen habe [k]). In der L. 3. D. ex quib. caus. mai. heißt es: quis sit iustus metus ex affectu metuentis intelligi debet. Hatte der Bedrohte wahrscheinliche Ursachen, das ihm angedrohte Uebel für ausführbar zu halten, so verdient er allerdings entschuldigt zu werden, wenn auch gleich der Drohende nicht im Stande war, seine Drohung auszuführen.

Noch ist eine Eintheilung der Furcht übrig, die hierher gehört. Man kann auch die Furcht, wie den Betrug und den Irrthum, in eine solche eintheilen, wodurch der

k) Leyser Spec. 58. med. 3.

der ganze Vertrag erzwungen worden, metus dans causam, und in diejenige, welche blos diese oder jene Bestimmung des Vertrags veranlaßt hat, metus incidens; daher auch Cicero über Verträge, die durch Betrug oder durch Furcht veranlaßt worden, einerley Ausspruch that, und bemerkte, daß in Ansehung beyder das nämliche Rechtens sey [l]). In der L. 14. §. 13. D. quod met. caus. erklärt Ulpian: eum, qui *metum* fecit, et de *dolo* teneri. Both also Jemand dem Andern eine Sache zum Verkauf an, und dieser zwang ihn, die Sache sehr wohlfeil zu verkaufen, so ist die durch diesen Zwang bewirkte Furcht, als metus incidens zu betrachten [m]).

Nachdem gezeigt worden, was man in der Rechtsgelehrsamkeit mit dem Worte, metus, für einen Begriff zu verbinden habe, und wie verschieden die Furcht seyn könne, so soll die Frage beantwortet werden: was die Gesetze in Ansehung solcher Verträge und Contracte festgesetzt haben, wobey ein Zwang und eine daraus entstehende Furcht gebraucht worden [n])? Hierbey sind mehrere Fälle zu unterscheiden. Nicht selten kommt der Fall vor, daß Jemand vorgiebt, er habe einen Vertrag aus Furcht geschlossen, diese Furcht rührt aber blos von seiner

l) Cviacivs in comm. ad L. 36. D. de verb. oblig. Cicero de offic. Lib. I. c. 10.

m) L. 5. C. de his, quae vi metusue causa gesta sunt.

n) Gvndling de efficientia metus etc. lib. sing. Hal. 1711. 4. et in *Eius* Exerc. T. II. n. 2. Io. Fr. Rhetivs de metu, in *Eius* Diss. Vol. II. nr. 9. I. H. Boehmer D. de except. metus iniusti, in *Eius* Exerc. ad Pand. Tom. V. Io. Chr. Rvdolph D. de effectu metus in pactis et contract. Erl. 1760. G. Fr. Walch D. de negotiis et actibus vi metuue extortis ex Iure Rom. partim ipso iure nullis, partim a Praetore rescindendis, Ien. 1790. Chr. Heinr. Breunings Abhandl. vom Unterschiede des römisch. und teutschen Rechts in den Geschäften, so durch unrechtmäßige Furcht veranlaßt worden, in Hrn. Prof. Siebenkees juriſt. Magazin, 2tr. Band, S. 156. flg.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0239
DFG

ner Einbildung her. Diese Furcht wird nicht geachtet, sondern der Vertrag ist für gültig zu halten. In der L. 21. pr. D. quod met. cauſ. heißt es: ſi mulier contra patronum ſuum ingrata facta, ſciens ſe ingratam, cum de ſtatu ſuo periclitabatur, aliquid patrono dederit, vel promiſerit, ne in ſeruitutem redigatur, ceſſat Edictum, *quia hunc ſibi metum ipſa infert.* Mehrere Rechtslehrer o) haben zwar zu behaupten geſucht, dieſes Geſetz ſetze metum iuſte illatum voraus: diese Meynung wird aber durch die letzten Worte widerlegt p); ob es gleich nicht zu leugnen iſt, daß, wenn der Patron ſeine Freygelaſſene bedroht hätte, ſie wegen der gegen ihn bewieſenen Undankbarkeit aufs neue zur Sclavin zu machen, eine ſolche Drohung gerecht geweſen ſeyn würde, und ein, in dieſer Rückſicht angenommenes Geſchenk, nicht würde zurückgefordert werden dürfen q). Mit jenem Geſetz iſt auch die L. 10. C. de his, quae vi met. cauſ. geſta ſunt zu verbinden, wo geſagt wird: accuſationis inſtitutae vel futurae metu alienationem ſeu promiſſionem factam reſcindi poſtulantis, improbum eſt deſiderium. Es ſetzt dieſes Geſetz den Fall voraus, wo der Promittent aus Furcht vor einer wider ihn ſchon angebrachten Anklage, oder womit er wenigſtens bedroht wurde, etwas verſprochen oder veräußert hatte, um dieſe Anklage von ſich abzuwenden, welche Veräußerung aber deswegen für freywillig gehalten werden muß, weil gar keine Bedrohung vorhergegangen war. Es iſt alſo eine ausgemachte Regel, daß eine eingebildete Furcht keinen Vertrag ungültig macht, es müßte denn keine ſolche ſeyn r).

Eben

o) Dvarenvs ad tit. Dig. quod met. cauſ. in Opp. T. I. p. 77. Zasivs in Parat. ad hunc tit. in Opp. T. I. p. 41. Gvndling l. c. c. 3. §. 22.

p) Rvdolph in D. cit. Sect. I. §. 7. Sect. III. §. 33.

q) Donellvs in comment. iur. ciuil. Lib. 15. c. 39. n. 60. p. 818.

r) Leyser Spec. 58. Med. 3.

Eben so wenig darf sich derjenige auf eine gegründete Furcht berufen, der aus bloßem Gefühl der Ehrerbietung gegen eine gewisse Person veranlaßt worden, etwas zu versprechen oder zu bewilligen, welche Furcht metus reuerentialis genennt wird [s]), wobey es aber an aller Gewalt und Drohungen gefehlt hat. So sagen Töchter bisweilen, sie hätten ihre Einwilligung zu der geschlossenen Verlobung oder Ehe, blos aus Furcht vor dem Vater, gegeben.

Anders wird die obige Frage entschieden, wenn die Furcht des Paciscenten von andern Personen herrührt. Hier kommt es wieder darauf an, 1) ob die Furcht von demjenigen verursacht worden ist, der sich von dem Andern etwas versprechen lassen, das heißt, vom Promissar, oder 2) ob ein Dritter die Furcht verursacht hat. Wenn der Promissar den Promittenten durch Furcht bewegt hat, etwas zu versprechen, so muß nochmals unterschieden werden, ob der Zwang ein rechtmäßiger oder unrechtmäßiger gewesen ist. Der rechtmäßige Zwang macht keinen Vertrag ungültig; und daher schadet es nichts, wenn ich meinen Schuldner bedroht habe, ihn wegen meiner Anforderung zu verklagen, oder ich verklage ihn wirklich, und er bezahlt mich nunmehr aus Furcht vor diesem Proceß [t]). In der L. 3. §. 1. D. quod met. cauſ. heißt es: ſed vim accipimus atrocem, et eam, quae aduerſus bonos mores fiat: non eam, quam Magiſtratus recte intulit, ſcilicet iure licito, et iure honoris, quem ſuſtinet. In der L. 13. §. 1. D. de iniur. kommt folgender Gedanke vor: iuris enim executio non habet iniuriam.

s) L. 6. C. de his, quae vi metuque. Sam. Fr. WILLENBERG D. de metu reuerentiali, Ged. et Lipſ. 1712. 4. Herr von Hymmen in der juriſt. Litterat. 7te Samml. Nr. 21. S. 84.

t) RVDOLPH in Diſſ. cit. Sect. II. §. 16. Sect. III. §. 34. DONELLVS l. c. n. 30. LEYSER Spec. 58. med. 5. STRYCK in vſu mod. Lib. IV. tit. 2. §. 11.

Wenn die Furcht wirklich durch einen ungerechten Zwang verursacht worden ist, so kommt es darauf an, ob diese Furcht auf eine hinterlistige Art unter dem Schein des Rechts verursacht worden ist, oder durch offenbaren Zwang. Eine Handlung der ersten Art wird eine Concussion genannt, das heißt, eine unerlaubte Erpressung durch eine bey dem Andern erregte Furcht, welche ohne gebrauchte Gewaltthätigkeiten unter dem Schein des Rechts vorgenommen worden ist. Die Folge derselben besteht darin, daß nicht nur das ganze Versprechen unverbindlich ist, sondern es muß auch alles wieder herausgegeben werden, was der Promittent wirklich geleistet hat, ja er kann sogar auf den Ersatz alles verursachten Schadens dringen, wenn auch gleich die gebrauchte Bedrohung nicht so beschaffen gewesen seyn sollte, eine gegründete Furcht zu veranlassen u).

Kann die gebrauchte Gewalt für keine Concussion gehalten werden, so kommt es darauf an, ob die offenbare Gewalt so beschaffen gewesen, daß sie eine gegründete Furcht verursachen konnte, oder es fehlte ihr diese Stärke, daher die vorgegebene Furcht für eine eingebildete und eitele gehalten werden muß. Verträge, die auf diese letzte Weise geschlossen worden, gelten, und der Paciscent leidet hier Schaden, woran er selbst Schuld ist x). In der L. 7. pr. D. quod met. caus. wird gesagt: si quis meticulosus rem nullam frustra timuerit, per hoc Edictum non

u) L. 11 et 12. C. de his quae vi. L. 1. D. de concuss. L. 3. C. de cond. ob turp. caus. Voet Lib. 47. tit. 13. §. 1. 2. Berger in Oecon. iur. Lib. III. tit. 10. th. 5. not. 2. Muistorps peinl. Recht, Thl. 1. §. 195. Schröters vermischte Abhandl. 2tr Band, S. 452.

x) Rvdolph in Diss. cit. Sect. I. §. 5 et 8. Sect. II. §. 17. Sam. Fr. Willenberg de metu vano eiusque operationibus, Ged. 1725. Idem in select. iurispr. ciuil. P. II. et in *Eius* Exerc. Sabb. LI. P. Müller D. de verbis minantib. c. 3. th. 3.

non restituitur: quoniam neque vi neque metus causa factum est. Der Jurist Celsus macht in der L. 184. D. de reg. iur. ant. folgende Bemerkung: *vani* enim timoris iusta excusatio non est, welche Stelle nicht etwa blos auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wegen vorhandener Gewalt angewendet werden kann, sondern auch auf die Contracte, weil Celsus in dem siebenten Buch seiner Digestorum von Contracten gehandelt hat y).

Muß die Furcht des durch Gewalt zu Eingehung eines Vertrags genöthigten Paciscenten für gegründet gehalten werden, so ist nach den Grundsätzen der gesunden Vernunft und des Naturrechts, der ganze Vertrag unverbindlich und ungültig, wenn die Furcht blos die Ursache war, daß dieser Vertrag geschlossen worden, weil es an aller Einwilligung fehlt. Wurde Jemand nicht durch Zwang und Furcht genöthigt, einen Vertrag zu schließen, sondern blos bey der Festsetzung der Bedingungen des Vertrags brauchte der Andere eine ungerechte Gewalt, so kann freylich nicht der ganze Vertrag für ungültig und unverbindlich erklärt werden, aber die erzwungene Verabredung dieses oder jenes Umstandes bey dem Vertrage gilt doch nicht, und der verletzte Paciscent kann deswegen auf den Schadenersatz dringen z). Daß die römischen Rechtsgelehrten gleiche Grundsätze angenommen, wenn sie die Gültigkeit der blosen Verträge bestimmen wollten, sieht man aus mehrern Gesetzstellen. In der L. 21. §. 3. D. quod metus causa heißt es: si dos *metu* promissa sit, non puto nasci obligationem, quia est verissimum, nec talem promissionem dotis vllam esse. Gleiche Gedanken findet man in der L. 13. D. de sponf. wo bemerkt wird: filiofamilias dissentiente, sponsalia

y) Iac. Gothofr. ad tit. de diu. reg. iur. p. 732. sqq.

z) Höpfners Comment. §. 1005. Dessen Naturrecht, §. 78. Rvdolph Diss. cit. Sect. II. §. 17.

salia nomine eius fieri non possunt, und in der L. 22. D. de ritu nupt. wo es ausdrücklich heißt: matrimonium inter inuitos non contrahitur; denn die Worte: si patre cogente filiusfamilias ducit vxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset, *contraxit tamen matrimonium etc.* beweisen das Gegentheil nicht, da man sie von der metu reuerentiali verstehen muß [a]). Es läßt sich auch nicht etwa behaupten, daß weiter keine Verträge für unverbindlich gehalten worden, wenn sie durch Furcht abgezwungen gewesen, als die angeführten; denn man findet deutliche Stellen, welche von allen Verträgen dieser Art reden. In einer Constitution des Kaisers **Antonins**, die uns durch die Bruchstücke des Gregorianischen Codex aufbehalten worden ist [b]), hieß es ausdrücklich: pacta, quae ab inuitis contra leges constitutionesque fiunt, *nullam vim habere*, indubitati iuris est. Die Kaiser **Valens** und **Valentinian** erklärten sich nach der L. 4. Cod. Theod. de pact. folgendermaßen darüber: *pacta* quidem per vim et metum apud omnes satis constat *cassata viribus* esse respuenda.

Die nämlichen Grundsätze wendete man auch bey den Contracten an, welche contractus bonae fidei genennt wurden; denn hier wurde das Naturrecht oder die natürliche Billigkeit befolgt, und man hielt daher die freye und ungezwungene Einwilligung für wesentlich nothwendig, so daß ein solcher Contract an sich selbst für null und nichtig gehalten wurde, wenn ihn eine ungerechte Furcht veranlaßt hatte. In der L. 116. D. de reg. iur. heißt es daher: nihil consensui tam contrarium est, qui *bonae fidei iudicia* sustinet, quam *vis et metus*, quam comprobare contra bonos mores est. Eine gleiche Entscheidung kommt in der L. 1. C. de resc. ernt. vend. vor, wo

a) Walch in Diss. cit. Sect. II. §. 20.

b) Schulting in Iurispr. Anteiust. p. 685. Cod. Gregor. Lib. I. Tit. II. nr. II.

wo es heißt: si pater tuus per *vim* coactus domum vendidit: ratum non habebitur, quod non *bona fide* gestum est: *malae fidei enim emtio irrita est.* Wie nachdrücklich wird in der L. 22. D. quod met. caus. gesagt: qui in carcerem quem detrusit, vt aliquid ei extorqueret: quicquid ob hanc causam factum est, nullius momenti est. Gleiche Grundsätze kommen in der L. 14. §. 3. D. eod. tit. und in der L. 5. C. de his quae vi vor. Man brauchte in dergleichen Fällen die ordentliche Klage aus dem geschlossenen Contract; es gieng jedoch auch an, sich bey solchen Contracten des prätorischen Rechtsmittels zu bedienen, wenn jene Klage entweder nicht hinreichte, um das Seinige wieder zu erlangen, oder das prätorische Rechtsmittel war wenigstens vortheilhafter c), wie wir bey Erklärung des Titels quod metus causa sehen werden.

Ganz anders entschied man die Frage von der Gültigkeit der durch Zwang veranlaßten Contracte des strengen Rechts. Solche Contracte beurtheilte man nämlich blos nach der Formel, die bey der Eingehung gebraucht worden war, und was in dieser nicht wörtlich ausgedrückt worden, darauf wurde gar keine Rücksicht genommen. Im §. 1. Inst. de except. heißt es ausdrücklich: si *metu coactus*, aut dolo inductus, aut errore lapsus, *stipulanti Titio promisisti*, quod non debueras (promittere); *palam est*, *iure ciuili te obligatum* esse: et actio qua intenditur dare te oportere efficax est. Man hielt solche Contracte nach den Grundsätzen der stoischen Philosophie deswegen für verbindlich, weil der Zwang die Einwilligung nicht aufhebe. In der L. 21. §. 5. D. quod met. causa heißt es daher: si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamuis si liberum esset, noluissem, *tamen coactus volui.* Man wollte auch die

c) L. 3. 4. 5. C. de his quae vi etc. NOODT de forma emend. doli mali, c. 16. a COSTA in Comment. ad Decret. Gregor. IX. Lib. I. tit. 40. p. 253.

die Wichtigkeit der Einwilligung dadurch recht bemerklich machen, wie mehrere Rechtslehrer behaupten [d]), und deswegen erklärte man solche Contracte nicht für ipso iure nichtig, wie es bey Geschäften geschahe, wo ein dolus vorgenommen worden, weil es hier an aller Einwilligung fehlte. Wie die Prätorische Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, gegen Contracte des strengen Rechts, die durch Zwang geschlossen worden, eingeführt wurde, darüber wird bey Erklärung des Titels quod metus causa das Nöthige bemerkt werden. Daß bey uns aller Unterschied zwischen Contracten, die man bey den Römern bonae fidei und stricti iuris nennte, wegfalle, und man alle Contracte nach der Billigkeit beurtheile, folglich ein jeder Contract an sich nichtig sey, wenn er durch ungerechte Furcht erzwungen worden, ist eine bekannte Sache [e]); denn auch nach dem Canonischen Rechte, wie das c. 2. und 4. X. de his quae vi met. causa fiunt beweißt, sind alle durch ungerechte Furcht erzwungene Geschäfte nichtig. Endlich bemerke ich noch, daß mehrere Rechtsgelehrte zu behaupten gesucht haben, selbst contractus bonae fidei habe man bey den Römern, nach dem strengen Rechte für gültig gehalten, daher die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen gesucht werden müssen [f]); andere Rechtslehrer [g]) haben aber jene Meynung so

d) VOET ad tit. Dig. quod met. causa §. 1. VINNIVS in quaest. iur. Sel. I, 12. HOFACKER Tom. III. p. 42. WALCH ad ECKARDT. §. 136.

e) RVDOLPH in Diss. cit. Sect. III. §. 40. EMMINGH. ad COCCEIVM not. i. p. 336. GVNDLING. l. c. c. 4. BOEHMER in Diss. cit. c. 3. §. 3. sqq.

f) BACHOV ad tit. quod met. causa, in Prot. p. 1004. sqq. HVBER ad h. t. §. 3. LAVTERBACH ad h. t. §. 22. VOET ad h. t. §. 2. COCCEII in iure contr. h. t. qu. 2. RHETIVS in Diss. cit. c. 2. §. 1. 2.

g) NOODT de forma emend. doli mali, c. 16. a COSTA in Comment. ad Decret. p. 250. RVDOLPH in Diss. cit. Sect. III. §. 35. DOMPIERRE de restit. in integr. p. 93.

so gründlich widerlegt, daß man sich billig wundern muß, schreibt Hr. HR. Glück, daß dennoch einige neuere berühmtere Rechtsgelehrten ihr haben beypflichten können.

Noch ist die letzte Frage zu beantworten, die hier in Erwägung zu ziehen ist, nämlich, was Rechtens sey, wenn die Furcht von einem Dritten verursacht worden ist, der nicht als Mitcontrahent betrachtet werden darf. Hier kommt es darauf an, ob die Furcht als gerecht, oder als ungerecht betrachtet werden muß. Im ersten Falle kann der Vertrag oder Contract nicht für ungültig gehalten werden, gesetzt auch, daß der Schuldner deswegen Schaden gelitten, weil er z. B. seine Sache wohlfeiler verkaufen mußte, um nur Geld zu schaffen, und die Schuld bezahlen zu können, wie man aus der L. 12. C. de resc. vendit. sieht, in welchem Gesetz aber das Wort non vor den Worten viliori pretio wegzustreichen ist [h]). Ein solcher gerechter Zwang tritt wieder ein, wenn die Obrigkeit Jemanden zu Erfüllung seiner Verbindlichkeit nöthigt [i]).

Hat der Dritte die Furcht durch strafbare Drohungen verursacht, so kommt es wieder darauf an, ob er hierdurch blos die Gelegenheit veranlaßte, daß ein Vertrag geschlossen wurde, ob er gleich diese Absicht bey der Drohung nicht gehabt hatte; oder es war wirklich bey Verursachung der Furcht seine Absicht, daß der Vertrag geschlossen werden sollte. Im ersten Falle kann von der verursachten Furcht kein Grund hergenommen werden, den Vertrag als unverbindlich anzufechten, ja es hat auch nicht einmal die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

93. sqq. Biener in Diss. de restit. in integr. Lips. 1779. c. 6. Walch in Diss. cit. Sect. I. §. 3. sqq. Emminghavs. ad Cocceii Ius contr. T. I. p. 335. not. h. Wehrn in doctr. expl. princip. et caus. damni, c. 2. §. 5. not. 37. p. 41. sqq. Herr HR. Glück im Comment. Thl. 4. S. 177.

h) Westphal vom Kauf, §. 26.

i) L. 3. D. quod met. causa. Mevii Dec. P. II. Dec. 41. Gvndling. l. c. c. 3. §. 21.

Stand dagegen statt, weil der Vertrag selbst nicht die Ursache der Verletzung ist. In der L. 9. §. 1. in f. D. quod. met. caus. heißt es von einem solchen Falle: eleganter *Pomponius* ait, si, quo magis te de vi hostium vel latronum vel populi tuerer, vel liberarem, aliquid a te accepero, vel te obligauero: non debere me hoc Edicto teneri, nisi ipse hanc tibi vim summisi. Caeterum si alienus sum a vi, teneri me non debere: ego enim operae potius meae mercedem accepisse videor. Gleiche Gedanken enthält die L. 34. §. 1. D. de donat. wo bemerkt wird: si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, et aliquid pro eo ab ipso accipiat, *haec donatio irreuocabilis est:* non merces eximii laboris appellanda est: quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit. Diese letztere Stelle ist aus des Paulus recept. sent. genommen, aber von den Verfassern der Pandekten abgeändert worden; daher findet man in den Auslegern über die Lesart und Erklärung derselben nicht einerley Meynung [k]).

Wenn der Dritte den ungerechten Zwang deswegen gebraucht hat, um Jemanden zu dem geschlossenen Verträge zu nöthigen, so kommt es darauf an, ob der Promissar davon gewußt hat, daß der Promittent zu Eingehung des Vertrags gezwungen worden ist, oder er wußte nichts davon. Im ersten Falle ist der Vertrag ungültig, wenn nur die Furcht nicht ungegründet war; und daher heißt es in der L. 5. C. de his, quae vi etc. non interest, a quo vis adhibita sit patri et patruo tuo, vtrum ab emtore, an vero *sciente emtore* ab alio, vt vi metuue possessionem vendere cogerentur. Einige Rechts-

k) Pavli rec. sent. Lib. 5. tit. 11. §. 6. in Schvltingi Iurispr. Anteinst. p. 475. Rvdolph in Diss. cit. Sect. III. §. 30. Walch in introd. in contr. Sect. II. c. 3. Abr. 1. §. 13. not. *).

Rechtslehrer l) halten die Worte, sciente emtore, für einen unrichtigen Zusatz; welche Behauptung aber von andern Rechtslehrern m) verworfen wird. Bey einem Vertrage der letztern Art kommt es darauf an, ob solcher schon erfüllt worden ist, oder nicht. In diesem letztern Falle hat der Promittent das Recht, sich gegen Jeden, der ihn aus dem Versprechen verklagen will, durch die exceptio metus zu schützen n); im erstern Falle aber ist der Vertrag nicht schlechterdings ungültig, sondern der Promissar muß sich an den halten, der ihm durch die widerrechtliche Gewalt Schaden zugefügt hat; wenn aber von ihm keine Vergütung erlangt werden kann, so steht dem verletzten Contrahenten das Recht zu, auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu dringen o).

Endlich ist noch zu bemerken, daß ein erzwungenes Versprechen gültig wird, wenn es der Gezwungene in der Folge ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt. Für eine solche Genehmigung muß es gehalten werden, wenn der Promittent das Versprechen freywillig erfüllt, oder er giebt ein Pfand zur Sicherheit des Versprechens, oder er bestellt in dieser Absicht Bürgen p); jedoch ist es für keine stillschweigende Genehmigung zu halten, wenn der Gezwungene sich nicht darüber beschwert, noch dagegen protestirt hat q). Mit dem Zwange dürfen bloße Ueberredungen und Persuasionen nicht verwechselt werden; denn diese machen keinen Vertrag ungültig, wenn kein Betrug

l) Basilica Lib. X. tit. 2. T. I. p. 594. Schulting. ad tit. de vi §. 5. Dompierre de restit. p. 106.

m) Rudolph in Diss. cit. §. 36. 37.

n) L. 4. §. 33. D. de doli mali et met. except.

o) L. 14. §. 3. D. quod met. caus. I. H. Boehmer in tr. de matr. coacto, c. 1. §. 11.

p) L. 2. L. 4. C. de his quae vi met. Hofacker T. I. p. 164.

q) Harpprecht Cons. nou. Cons. 82. n. 140. sqq. Hofacker l. c.

Betrug damit verbunden ist [r]). So wie der Betrug bewiesen werden muß, wie S. 779 gezeigt worden, so ist auch derjenige, welcher vorgiebt, ein Vertrag sey durch einen strafbaren Zwang abgedrungen worden, schuldig, diesen Zwang und die daher rührende Furcht zu beweisen, weil diese widerrechtliche Handlung die stärksten Vermuthungen wider sich hat, jedoch hat dieser Beweis selbst alsdenn noch statt, wenn auf die Einrede der gebrauchten Furcht Verzicht geleistet worden ist [s]).

§. 302.

Wenn gegen die Gültigkeit eines Vertrags aus dem Grunde nichts eingewendet werden soll, weil die Einwilligung einen Hauptfehler habe, so muß die Einwilligung der Paciscenten im Ernst, das heißt, weder aus Spaß, noch zum Schein, sondern aufrichtig erklärt worden seyn [t]). Haben die Paciscenten einen Vertrag blos zum Schein geschlossen, sie wollten aber im Ernst gar keinen Vertrag eingehen, so ist auch kein Vertrag geschlossen worden. In der L. 54. D. de oblig. et act. heißt es daher: contractus immaginarii iuris vinculum non obtinent, cum *fides pacti simulatur non intercedente veritate.* In der L. 20. C. de transact. wird bemerkt:

r) Stryck D. de iure blanditiarum. Idem de iure persuasionis. Leyser Spec. 42. med. 2.

s) L. vlt. pr. D. quod met. caus. Mascard. de probat. Concl. 1056. nr. 12. Tom. III. p. 147. Dompierre de restit. p. 102. sqq. Svrland Pr. an exceptioni quod metus causa renunciari possit? Francof. ad Vindr. 1752.

t) Hopp de ioco. Henr. Cocceii de simulatione, Frf. 1693. et in *Eius* Exerc. T. I. nr. 89. Farinacivs de simulatione. Winter D. de eo quod iustum est circa dolum bonum, Helmst. 1716. Ge. Schvbart D. de contr. simulato, Ien. 1692. Cocceii in iure contr. Lib. XVIII. Tit. 1. qu. 52. de Lichtenstein D. de simulatione circa matrimonium, Gott. 1743.

bemerkt: quae simulate geruntur, pro infectis habentur. In der L. 55. D. de contr. emt. heißt es: nuda et imaginaria venditio pro non facta est habenda. Alsdenn hat jedoch ein solcher Vertrag einige Wirkung, wenn er durch die Gesetze zu dem Ende gebilligt worden ist, daß er ein Mittel seyn solle, sein Recht zu erhalten, wovon in der L. 66. D. folgendes Beyspiel angeführt wird, indem es daselbst heißt: si vsusfructus fundi, cuius proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post diuortium circa reddendum ius mulieri: quoniam diximus, vsumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, id est, ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reuersurum vsumfructum. Quidam ergo *remedii loco* recte putauerunt introducendum, vt vel *locet* hunc vsumfructum mulieri maritus, vel *vendat nummo vno*, vt ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat. Den Gesetzen gemäß muß der Brautschatz nach getrennter Ehe wieder zurück gegeben werden; in diesem Gesetz wird nun der Fall vorgetragen, daß ein Fremder dem Ehemanne den Nießbrauch eines Grundstücks als Heyrathsgut überlassen hatte, ohne sich den Rückfall ausdrücklich vorzubehalten, folglich hatte die Frau ein Recht darauf erworben. Gleichwohl konnte ihr der Nießbrauch nicht cedirt werden, da sie kein Eigenthumsrecht an dem Grundstück hatte; es schien also blos ein Scheinkauf, oder eine Pachtung, das einzige Mittel zu seyn, der Frau ihr Recht wirksam zu machen und zu erhalten u).

u) L. 57. D. soluto matr. Iac. CONSTANTINAEVS subtil. enodat. Lib. I. c. 15. in OTTON. Thes. Tom. IV. p. 508. sqq. van de WAATER in obseruat. Lib. III. c. 11. p. 330. sqq. MAIANS. ad fragm. trig. Ictor. p. 327. BRENCKMANN de heurem. c. 12. p. 258. sqq.

Da man jedoch auch saluo vsufructus iure, einem Andern den Genuß der Früchte umsonst überlassen kann, so ist nicht abzusehen, schreibt Hr. HR. Glück, warum der vsusfructus nicht eben so gut, durch eine wahre Schenkung, der Frau nach getrennter Ehe hätte überlassen werden können v). Ein anderes Beyspiel dieser Art findet man in der L. 27. D. depos. wie Davezan gezeigt hat w).

Anders entscheiden die Gesetze den Fall, wenn die Paciscenten äußerlich einen andern Vertrag simulirten, als sie würklich schließen wollten, oder mit andern Worten, wenn die Paciscenten unter dem Scheinhandel ein anderes Geschäfte verstecken wollen. Hier gilt nur der geheime Vertrag, und nicht der simulirte; jedoch darf jener Vertrag nicht etwa wider die Gesetze laufen, das heißt, er darf nicht in fraudem legis geschlossen worden seyn. Bey allen solchen erlaubten geheimen Verträgen gilt die Regel: plus valet, quod agitur, quam quod simulate concipitur x). Will ich also Jemandem eine Sache schenken, ich verkaufe sie ihm aber zum Schein, weil ich entweder so wenig dafür nehme, daß man diese Kleinigkeit für kein verhältnißmäßiges Kaufgeld halten kann (vno nummo), oder ich lasse mir zwar den wahren Kaufpreis versprechen, reversire mich aber, daß ich das festgesetzte Kaufgeld nicht fordern wolle, so wird in Gesetzen y) angenommen, es sey zwar eine Schenkung von uns vorgenommen worden, aber kein Kauf, folglich muß dieser Handel nach den Grundsätzen von Schenkungen

v) L. 12. §. 2. L. 38. D. de vsufr. Finestres in Hermog. p. 596. sqq.

w) d'Avezan contr. Lib. 2. tract. 1. in Meerm. Thes. T. IV. p. 80.

x) Tot. Tit. Cod. plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur, IV. 22.

y) L. 36. L. 38. D. de contr. emt. L. 45. D. locati, L. 3. L. 9. C. de contr. emt. Averan. interpr. I, 29. Westphal vom Kauf, §. 5.

gen beurtheilt werden, und daher läßt sich hier von dem Retractrechte keine Anwendung machen z). War die Schenkung unter einem Scheinkaufe verdeckt worden, so wird auch die Sache nicht als gekauft, sondern als geschenkt verjährt zz). Man nehme ferner den Fall an, ich will Jemandem 100 Rthl. schenken; damit ich aber aus geheimen Ursachen diese Schenkung einige Zeit vor meiner Frau verberge, so lasse ich mir von dem Beschenkten eine Obligation geben, als habe ich ihm die 100 Rthlr. gelehnt, ich reversire mich aber, daß ich auf die Obligation nicht klagen wolle. Hier ist eine Schenkung geschlossen worden, und kein Darlehnscontract. Wie bereits bemerkt worden, gelten dergleichen simulirte Geschäfte nicht, wenn man die Gesetze dadurch unkräftig machen wollte. So verbieten die Gesetze z. B. die Schenkungen unter Ehegatten; gesetzt nun, eine Frau schenkte ihrem Manne ihr Haus, und zum Schein setzten sie einen Kaufbrief darüber auf. Hier gilt weder die Schenkung, noch der Kauf a). Es gilt ferner der Scheinhandel ganz und gar nicht, wenn keine gültige Verbindlichkeit dadurch entstanden ist; z. B. wenn über eine Spielschuld eine Obligation ausgestellt, und darin gesagt worden, das Geld sey geborgt. In solchen Fällen schadet sogar die Entsagung der Einrede, daß der Vertrag in einem Scheinhandel bestanden, nichts, weil die ganze Urkunde über ein nichtiges Geschäfte ausgestellt worden ist b).

z) Walchs Näherrecht, 1stes Buch 3tes Hptstck. 2ter Abschn. §. 18. S. 158.

zz) L. f. D. pro donato. Finestres in Hermog. p. 593.

a) L. 5. §. 5. L. 7. §. 6. L. 32. §. 24. 25. L. 52. D. de donat. int. vir. et vxor.

b) L. 24. D. de oblig. et act. L. 21. C. de transact. L. 17. C. ad Sctum. Velleian.

Sollte Jemand bey Eingehung eines Vertrags, des Andern seinen Namen zum Schein gebraucht haben, so hat diese Simulation zwar nicht die Kraft, daß sich derjenige, der davon Gebrauch gemacht hat, nun auch gefallen lassen muß, daß der Andere, dessen Name gebraucht worden, die Simulation als Wahrheit annimmt, und zu seinem Vortheil wider den, der zum Schein handelte, davon Gebrauch macht; gereichte aber diese Verstellung zum Nachtheil eines Dritten, so wird sie als ein Betrug angesehen, und es treten hier mancherley Folgen ein c). Bisweilen kann der Dritte gar auf die Erfüllung des Versprechens klagen, welches freylich nur zum Schein, aber doch in der Absicht ihn zu hintergehen, eingegangen worden ist. So erzählt der Hr. von Leyser d) den Fall, daß Jemand um ein reiches Frauenzimmer angehalten, und zu dem Ende seine Mutter beredt habe, sie möchte ihm doch eine große Summe verschreiben, die sie ihm geben wolle, wenn er dieses Frauenzimmer heyrathete. Die Mutter sicher zu stellen, daß sie ihm das Geld nicht auszahlen dürfe, stellte er ihr einen Revers aus, die versprochene Summe nie fordern zu wollen. Durch diesen Betrug veranlaßt, trat das Frauenzimmer mit dem Sohne in die Ehe, welcher aber bald darauf starb, so wie auch die Mutter desselben. Die junge Wittwe klagte nun wider die Erben der Mutter auf die Bezahlung des ihr in der Ehestiftung versicherten Gegenvermächtnisses. Die Erben setzten ihr den Revers des Mannes entgegen, welcher ihr aber nichts schadete, weil die Mutter an dem Betruge des Sohnes Theil genommen, und sie dadurch zu Eingehung der Ehe verleitet hatte, folglich wurde auch für die Klägerin gesprochen.

Von

c) L. 7. §. 9. D. de pactis. L. 49. pr. D. de act. emti. Westphal vom Kauf, S. 779. §. 5.

d) Leyser Spec. 42. med. 5.

Von dem Falle, daß derjenige, dessen Namen von einem Andern zum Schein gebraucht worden, den auf diese Art geschlossenen Vertrag nicht zu seinem Vortheil als Wahrheit annehmen dürfe, handelt die L. 5. C. si quis alteri vel sibi sub alterius nomine, wo es heißt: cum propria pecunia tua te comparante possessionem, quondam vxoris tuae nomen tantummodo accommodasse dicas, eandemque occasione custodiae suae commissorum instrumentorum contra bonam fidem proprietatem eiusdem fundi vsurpasse dicas: rector provinciae pro sua exercitatione cognitum habens, donationem a non domina, vxore tua, in filiam suam collatam, nullum praeiudicium domino tuo attulisse; docenti tibi, veritatem, precibus tuis adsistere, restituere eandem possessionem, habita etiam fructuum taxatione, curabit. Der Mann hatte beym Ankauf eines Grundstücks den Namen der Frau gebraucht, und solches auf sie schreiben lassen, ihr auch den Kaufbrief darüber zugestellt. Sie schenkte dieses Grundstück ihrer Tochter, als ob es ihr Eigenthum sey. Der Mann vindicirte nunmehr dieses Grundstück nach getrennter Ehe, und berief sich auf die Simulation, wo er auch gehört wurde [e]).

Handelt nur der eine Paciscent zum Scheine, um den andern zu hintergehen, weil das gar nicht sein Wille ist, was er vorgiebt, so wird dieses einem Betruge gleich gehalten, und hier gelten die nämlichen gesetzlichen Verordnungen [f]). Schlossen beyde Contrahenten einen Scheinhandel in der Absicht wissentlich, um einen Dritten zu hintergehen, so ist der Vertrag gesetzwidrig, und der Dritte kann auf die Entschädigung klagen.

Haben die Paciscenten die Absicht, einen erlaubten Scheinhandel zu schließen, so kann dieses auf verschiedene

e) Herr GJR. Westphal vom Kauf, §. 779.
f) L. 54. D. de oblig. et act.

Art geschehen. Bisweilen ist der ganze Vertrag ein Scheinhandel, bisweilen nur einige Stücke desselben, welches letztere mehr zu geschehen pflegt, als das erstere. Weil übrigens kein Scheinhandel vermuthet wird g), und derjenige den Beweis führen muß, der vorgiebt, es sey ein Schleichhandel geschlossen worden h), so müssen die Paciscenten dafür sorgen, den Beweis führen zu können, daß der ganze Vertrag ein Scheinhandel sey, oder wenigstens dieser oder jener Punct desselben. Man braucht zu dem Ende bey Eingehung des Vertrags entweder Zeugen, oder stellt einen Revers aus; dergleichen Reverse müssen aber alle Umstände auf das genaueste enthalten, und von den Paciscenten gehörig unterschrieben worden seyn. Fehlt es an den nöthigen Beweismitteln, und der Gegentheil klagt aus dem Vertrage, als ob er wirklich so geschlossen worden, wie die Worte anzeigen, so kann sich der Beklagte beym Beweise der vorgeschützten Einrede des vorhandenen Scheinhandels keines andern Beweismittels bedienen, als der Eydesdelation. Weil nun im Executivproceß der Eyd nicht gebraucht werden darf, um die Einrede des Scheinhandels zu beweisen, so muß der Beklagte den Vertrag erfüllen, und seine Entschädigung durch die Reconvention suchen. Hat der Beklagte die Einrede des Scheinhandels hinlänglich bewiesen; so wird der Vertrag entweder ganz, oder doch so weit ungültig, als die Verabredung getroffen worden, wenn gleich in dem Instrument über das Scheingeschäfte auf die Einrede des Scheinhandels sollte renuncirt worden seyn i).

Unter

g) L. 15. §. vlt. L. 17. D. si cert. petat.

h) L. 6. et 18. §. 1. D. de probat. MASCARD de probat. Concl. 439. MÜLLER ad STRVV. Exerc. 23. thes. 62. not. e. p. 1574. Walchs Näherrecht, 1stes Buch 3tes Hptstck. 2ter Abschn. §. 18. not. 2.

i) BRVNNEMANN ad Cod. Lib. II. tit. 20. L. 2. n. 8. COCCEII in cit. Diss. §. 57. sqq.

Unter die Fälle, wenn blos einige Puncte des Vertrags als Scheinhandel zu betrachten sind, gehört der Fall, wenn der Kaufpreis und die Zeit der Uebergabe anders festgesetzt worden ist, als im Vertrage angegeben worden; oder wenn der Vertrag anfangs wirklich so geschlossen worden, wie es in der darüber ausgestellten Urkunde angegeben ist, es sind aber nachher Umstände eingetreten, weswegen die wechselseitige Erfüllung des Versprechens, welche gleich hinter einander geschehen sollte, nicht auf die versprochene Art geschehen konnte, und gleichwohl heißt es in dem schriftlichen Aufsatze über den Vertrag, die Verbindlichkeit sey berichtigt worden. Solche Fälle treten z. B. bey Cessionen eines Darlehns mit hypothekarischer Sicherheit ein, welche obrigkeitlich bestätigt werden müssen, wo die Urkunde gemeiniglich von dem Cedenten eher ausgeliefert wird, als der Aussteller das Geld erhalten hat, weil der Gläubiger das Geld nicht eher bezahlen will, bis ihm die gehörig bestätigte Cessionsurkunde eingehändigt worden ist [k]). — Endlich bemerke ich, daß der ganze Vertrag, der als ein Scheingeschäfte geschlossen worden, nicht gilt, wenn die Paciscenten durch das Scheingeschäfte gar keine persönliche Verbindlichkeit errichten konnten. Dieser Fall würde z. B. eintreten, wenn Personen ein Scheingeschäfte geschlossen haben, die gar nicht im Stande sind, einen gültigen Vertrag zu schließen.

§. 303.

Wenn gegen die Gültigkeit eines Vertrages nichts einzuwenden seyn soll, so ist es nicht genug, daß die Paciscenten ihre Einwilligung auf die in Gesetzen bestimmte Art, zu Schließung des Vertrags gegeben haben, sondern es muß auch der Gegenstand des Vertrags so

k) Anweisung zur Abfassung rechtl. Aufsätze, Thl. 1. S. 28. flg.

beschaffen seyn, daß ein gültiger Vertrag darüber geschlossen werden kann l). Ein Hauptumstand, worauf bey dem Gegenstande eines jeden Vertrags sehr viel ankommt, besteht darin, daß es ihm nicht an der nöthigen Bestimmung fehlt; denn die Gesetze m) erklären ein Versprechen, welches auf nichts Gewisses gerichtet ist, für ungültig und unverbindlich, weil der Promittent dadurch hinlänglich zu erkennen gebe, daß er nicht die Absicht gehabt habe, sich verbindlich zu machen. Weil man nicht gewiß wisse, worauf sein Wille wirklich gerichtet gewesen sey, so thue er seinem Versprechen eine Genüge, wenn er zu Erfüllung seines Versprechens etwas gebe, was entweder gar keinen oder doch einen sehr geringen Werth habe, wobey es folglich auf Unanständigkeiten hinaus laufen könne. Unverbindlich ist also das Versprechen, daß ich dem A etwas schenken, daß ich ihm mein Haus verkaufen wolle; denn hier fehlt es an der nöthigen Bestimmung. Man rechnet überhaupt solche Versprechungen hierher, die auf ein bloßes Compliment hinauslaufen; z. B. ich verspreche Jemandem, bey Gelegenheit für ihn sorgen zu wollen; oder ich mache ihm das Compliment, ich selbst und mein ganzes Vermögen stehe zu seinem Befehl n). Unbestimmt ist ein Versprechen, wenn man eine fungibile Sache, das heißt, eine solche, welche nach Maaß, Gewicht oder Zahl bestimmt zu werden pflegt, ohne Bestimmung der Quantität und Qualität versprochen hatte. Hätte ich also Jemandem Wein, Holz, Getreide versprochen, ohne anzuzeigen, wie viel oder was er davon bekommen

l) Herr HR. Claproth von Verträgen, Thl. 1. §. 13. 14. S. 38. der vierten Ausg. v. J. 1797.

m) L. 1. C. de dot. promiss. L. 52. D. mand. Chr. Thomasius D. de obligatione ex promissione rei incertae, Hal. 1715.

n) Thomasius in Diss. cit. §. 21. sqq. Schoepfer de verbis honoris.

kommen soll, so ist das Versprechen unverbindlich o). In der L. 115. pr. D. de verb. oblig. heißt es: imperfecta erit stipulatio, non secus ac si quod pondere, numero, mensura continetur, sine adiectione ponderis, numeri, mensurae stipulatus essem. Eine ähnliche Entscheidung findet man in der L. 94. D. eod. tit. Das Versprechen ist ferner unbestimmt, wenn man ein genus versprochen hat, dieses ist aber so allgemein ausgedrückt worden, daß Dinge darunter sind, welche zu nichts nutzen; z. B. man hätte Jemandem blos ein Thier versprochen, worunter also auch Mücken, Fliegen, Flöhe, u. s. f. sind. Sollte das genus nicht so ganz allgemein versprochen worden seyn, sondern auch das schlechteste davon hat wenigstens einigen Werth, so ist es zweifelhaft, ob dieses Versprechen gelte oder nicht; z. B. ich verspreche Jemandem ein Buch, ein Haus, ein Pferd, ein Schaaf, ein Grundstück. Die Gesetze scheinen diese Frage nicht gleichstimmig beantwortet zu haben; denn in der L. 69. §. 4. D. de iure dot. bemerkt Papinian: *fundo* non demonstrato, nullam esse stipulationem fundi constat, womit die L. 115. pr. D. de verb. oblig. übereinstimmt, wo es heißt: imperfecta erit stipulatio, si fundum dari, non adiecto nomine, stipulatus essem. Anders scheint Ulpian in der L. 75. §. 1. D. eod. tit. über solche Fälle geurtheilt zu haben, weil er die Bemerkung machte: si quis fundum sine propria appellatione, vel hominem generaliter sine proprio nomine, aut vinum frumentumue sine qualitate dari sibi stipulatur: incertum deducit in obligationem. Mehrere Ausleger p) haben bemerkt, es sey hier von solchen gültigen Stipulationen die Rede, woraus zwar keine condictio certi, aber doch eine actio incerti ex stipulatu angestellt werden

o) Ios. Averan. Interpr. Lib. IV. c. 15.

p) Averanii Interpr. IV, 14. 2. Westenberg in Dig. Lib. 45. tit. 1. §. 7. 8.

den können; es komme also bey diesen unbestimmten Versprechen darauf an, ob der Promittent selbst dergleichen Sachen hatte, die zu dem versprochenen genus gehören, oder ob dieses nicht der Fall war. Im ersten Falle sey das Versprechen nach Ulpians Meynung für gültig zu halten, weil man im Zweifel nicht annehmen kann, der Promittent habe blos scherzen wollen, weil Verträge in der Absicht geschlossen werden, daß sie gelten sollen, und jedes Versprechen so ausgelegt werden muß, daß es gültig bleibt [q]), wie die L. 80. D. de verb. oblig. festsetzt, wo es heißt: quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit. Versprach also Jemand dem Andern ein Pferd, ein Haus, und er besitzt wirklich eines oder mehrere Pferde oder Häuser, so ist er schuldig, eines davon abzuliefern, jedoch hat er die Wahl, welches er weggeben will [r]). Wenn der Promittent die unbestimmt versprochene Sache nicht selbst besitzt, so gilt das Versprechen nicht, wie Papinian zu verstehen gegeben, weil der Gegenstand des Versprechens völlig ungewiß ist, da Häuser und Grundstücke nach der L. 34. §. 3. D. de legat. I. ihre willkührliche Bestimmung blos durch die Menschen bekommen, wo gesagt wird: nostra destinatione fundorum nomina et domus, non natura constituuntur. Wie man aus der L. 60. L. 115. L. 211. D. de verb. signif. sieht, wurde das Wort fundus bey den Römern sehr verschieden gebraucht, und konnte auf eine Kleinigkeit reducirt werden. Verschiedne Rechtslehrer [s]) haben behauptet, ein unbestimmtes Versprechen müsse für verbindlich gehalten werden, wenn das unbestimmte genus seine Bestimmung von der Natur habe, welches der

q) THOMASIVS in Diff. cit. §. 31.

r) L. 106. D. de verb. oblig.

s) CVIACIVS ad Lib. IV. Resp. Papin. AVERANII interpr. Lib. IV. c. 14. n. 1. GOEDDAEVS ad L. 60. D. de verb. signif. Axiom. II. m. §.

der Fall bey einem Pferde, einer Kuh, u. s. f. sey. Diese Erklärung läßt sich aber durch kein Gesetz darthun, wozu der Umstand kommt, daß der Promittent sich von seiner Verbindlichkeit auf eine sehr unanständige Art befreyen könnte, z. B. durch Ablieferung eines Pferdes von gar keinem Werthe [t]). Wenn also ein Versprechen in Rücksicht des Gegenstandes gültig seyn soll, so braucht zwar solcher nicht indiuidualiter angegeben zu werden, er muß aber dennoch dergestalt bestimmt seyn, daß man sieht, was der Promittent für eine Absicht dabey gehabt habe, und es nicht in seiner Gewalt steht, das Versprechen durch seine Wahl und Willkühr völlig zu vereiteln; der Gegenstand des Versprechens mag übrigens ein Individuum, oder ein bestimtes genus, oder eine gewisse Quantität, oder eine gewisse Handlung enthalten.

Noch weniger Schwierigkeiten kommen alsdenn bey der Beurtheilung eines unbestimmten Versprechens in Ansehung des Gegenstandes vor, wenn entweder die Gesetze selbst, oder Gewohnheiten bestimmt haben, was der Promittent zu leisten schuldig ist. Ein solcher Fall äußert sich alsdenn, wenn der Vater seiner Tochter einen Brautschatz ganz unbestimmt versprochen hat; denn hier ist das Versprechen verbindlich, wenn gleich der Brautschatz weder der Qualität noch der Quantität nach, von ihm bestimmt seyn sollte. Die Verbindlichkeit eines solchen unbestimmten Versprechens gründet sich auf die generelle Verordnung der Gesetze, jeder Vater solle seiner Tochter eine standesmäßige Ausstattung mitgeben [u]). Der Richter soll hier die Größe der Mitgift, nach der Billigkeit und den Umständen des Vaters und des Bräutigams,

t) THOMASIVS in Diss. cit. §. 35 et 44.

u) L. 69. §. 4. D. de iure dot. L. 3. C. de dot. promiss. AVERAN. Interpr. Lib. 4. c. 15. n. 9. 10. HVBER ad tit. de iure dot. §. 7.

tigams, bestimmen. Ganz anders verhält sich aber die Sache, wenn die Frau selbst einen Brautschatz unbestimmt versprochen haben sollte; denn hier kann sie der Richter zu nichts anhalten [x]). Ein unbestimmt versprochener Gegenstand schadet ferner alsdenn der Gültigkeit des Vertrags nichts, wenn der Promittent die Bestimmung desjenigen, was er leisten will, auf sein eigenes billiges Gutbefinden gestellt hat; denn hier hat der Richter wieder das Recht, die Sache nach der Billigkeit zu entscheiden [y]). Hat also z. B. ein Dritter den Brautschatz nach Gutbefinden zu geben versprochen, so muß er sein Versprechen halten, wenn er gleich weder von der Qualität, noch von der Quantität desselben, etwas Bestimmtes angegeben haben sollte, weil der Richter die Größe nach der Billigkeit bestimmen kann [z]). Mit diesen Fällen darf man den Fall nicht verwechseln, wo der Promittent den Gegenstand des Versprechens blos in seinen Willen gestellt hat; denn hier gilt freylich das ganze Versprechen nicht [a]).

Ein unbestimmter Vertrag ist für verbindlich zu halten, wenn der Gegenstand desselben mit Beziehung auf eine andere Sache bestimmt worden ist, weil sich durch Zusammenhaltung dieses Umstandes sehr leicht eine hinlängliche Gewißheit herausbringen läßt; z. B. ich verkaufte dem A mein vorräthiges Getreide, nach dem gegenwärtigen Marktpreise [b]). Ist die Bestimmung des Gegenstandes einem Dritten überlassen worden, und dieser ist

x) L. 1. C. de dot. promiss.

y) L. 24. pr. D. locati L. 75. 76. 78. 79. D. pro socio. L. 7. D. de contr. emt. vend. L. 22. D. de reg. iur.

z) L. 3. C. de dot. promiss. Strubens rechtl. Bedenken, 5ter Band, 109 Bed.

a) L. 7. pr. D. de contr. emt. vend. Petr. Belloivs in var. iur. ciuil. Lib. III. c. 5. n. 5. in Meerm. Thes. T. IV. p. 700.

b) L. 75. §. 5. D. de verb. obligat.

ist auch nicht nur deutlich benannt worden, sondern er hat auch die Bestimmung des Gegenstandes übernommen, und eine Taxe festgesetzt, die für billig gehalten werden kann, so gilt der Vertrag [c]). Haben die Paciscenten den Dritten nicht bestimmt, z. B. ich verspreche Jemandem für sein Pferd so viel zu bezahlen, als ein sachverständiger Mann für billig halten wird, und nun können wir uns nicht darüber vereinigen, wer der Dritte seyn soll, so gilt das Versprechen nichts. Das Nämliche ist Rechtens, wenn der Dritte die Bestimmung nicht übernehmen will [d]).

Bey der Bestimmung des **Gegenstandes**, worüber Verträge geschlossen werden können, kommt es nicht darauf an, ob die Sache, worüber der Vertrag geschlossen werden sollen, schon damals existirte, als der Vertrag zu Stande kam, oder ob sie noch zukünftig war; denn selbst über künftige noch ungewisse Dinge kann ein Vertrag geschlossen werden, wenn nur gegründete Hoffnung da ist, daß die Sache, welche den Gegenstand des Vertrags abgeben soll, in einiger Zeit existiren wird. Ein Vertrag, der über einen Gegenstand geschlossen worden, wovon man noch nicht weiß, ob er existiren wird, und dessen Existenz von einer Casualbedingung abhängt, wird conuentio spei genennt [e]). Bey Verträgen dieser letzten Art können zweyerley Fälle vorkommen; denn entweder kann der **Gegenstand** eines Vertrages dieser Art in solchen

c) THOMASIVS in Diss. cit. §. 34.

d) L. 25. D. locati cond. L. f. C. de contr. emt.

e) Adr. BEIER D. de spe, Ien. 1661. G. H. WEIDMANN D. de emtione spei, Alt. 1678. Io. Sam. STRYCK D. de eod. argum. WILLENBERG D. de spe vendita. SCHÜTTE D. de eo quod iustum est circa vendit. rerum futurarum, Erf. 1743. de CRAMER spec. nou. iur. nat. de aequit. in probabilib. exemplo emtionis spei illustratae, Edit. alt. Erlang. 1754. E. C. Westphals rechtl. Abhandl. von dem Handel über künftigen ungewissen Gewinn, Halle 1783. 4.

solchen ungewissen Dingen bestehen, deren Existenz von einem bloßen Glücksfalle abhängt, der eben so leicht sich nicht ereignen, als eintreten kann; oder der Gegenstand des Vertrags ist so beschaffen, daß man die Existenz der Sache wenigstens nach dem Laufe der Natur ordentlicher Weise erwarten kann. Im ersten Fall heißt der Vertrag, conuentio simplicis spei, im zweyten aber conuentio rei speratae [f]). Verspreche ich dem Fischer, der sein Netz auswerfen will, für den Fischzug einen Ducaten, so nennt man es einen Vertrag über die bloße Hoffnung eines ungewissen Vortheils; schließe ich aber einen Vertrag über das künftige Obst, so ist dieses ein Vertrag über eine gehofte Sache. Der Unterschied bebesteht darin, daß beym Vertrage einer bloßen Hoffnung, sichs beyde Paciscenten gefallen lassen müssen, die Hoffnung falle aus, wie es sey; bekommt also der Käufer gar nichts, so muß er nichts desto weniger das versprochene Kaufgeld bezahlen; wird ihm aber ein außerordentlicher Gewinn zu Theil, so darf der Verkäufer solchen nicht zurückbehalten, sondern muß ihn abliefern, wenn er auch den Kaufpreis noch so sehr übersteigen sollte, weil hier alles auf den Glücksfall ankommt. In der L. 8. §. 1. D. de contr. emt. wird diese Sache deutlich auf die angeführte Art bestimmt, wo es heißt: aliquando et sine re venditio intelligitur: veluti cum quasi alea emitur; quod fit, cum captus piscium vel auium emitur. Emtio enim contrahitur, *etiamsi nihil* inciderit, *quia spei emtio est.* Damit stimmt die L. 11. §. fin. D. de act. emt. vend. überein, wo bemerkt wird: cum futurum iactum retis a piscatore emimus, aut indaginem plagis positis a venatore, vel pantheram ab aucupe, etiamsi nihil capit, nihilominus emtor pretium praestare necesse habebit. Das Vogelgarn wurde panthera genennt;

f) Linck D. de differentia spei et rei speratae in emt. vendit. Casp. a Rheden de emtione spei et rei speratae.

genennt[g]); indago und plago hieß das Jägernetz und die Leinewand, womit der Distrikt umstellt ward, worin ein Treibejagen gehalten werden sollte. In der L. 12. D. de act. emt. vend. heißt es: si iactum retis emero, et iactare retem piscator noluit, incertum eius rei aestimandum est. Si, quod extraxit piscium, reddere mihi noluit, id aestimari debet, quod extraxit. So wenig der Verkäufer den Kauf dadurch ungültig machen darf, daß er das Netz nicht auswirft, so wenig darf er dem Käufer die im Netz befindlichen Fische vorenthalten, wenn er eine weit größere Anzahl Fische gefangen haben sollte, als der Kaufpreiß erwarten ließ. Dagegen kann man den Umstand nicht anführen, daß in diesem Gesetz gesagt wird, der Käufer habe das Recht, auf die Vergütung des Werths der Fische zu klagen, wenn sie ihm der Verkäufer nicht abgeliefert habe; denn diese Bestimmung setzt nothwendig den Fall voraus, daß der Verkäufer den Fang nicht abliefern kann, oder der Käufer besteht gar nicht auf der Ablieferung der Fische[h]).

Andere Grundsätze finden bey einem Vertrage über eine Sache statt, welche nach dem ordentlichen Lauf der Natur erwartet werden kann; denn hier ist die Wirkung anders. Ein solcher Vertrag ist bedingungsweise geschlossen worden, und die Bedingung besteht darin, daß die gehoffte Sache wenigstens einigermaßen existire, oder der ganze Handel solle nichtig seyn, weil über nichts pacisciert worden. In der L. 8. pr. D. de contr. emt. wird diese Entscheidung deutlich angeführt, wo es heißt: nec emtio nec venditio sine re, quae veneat, potest intelligi: et tamen fructus et partus *futuri* recte emun-

g) Dvcker de latin. veter. Ictor. p. 400. sqq.

h) Sonnemann ad Leg. notab. p. 415. Weidmann in Diss. cit. de emt. spei, th. 32. Vinc. Cabotivs in Disp. Lib. 2. c. 24. in Meerm. Thes. Tom. IV. Cviacivs ad L. 12. cit.

emuntur, vt, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur. Sed si id egerit venditor, ne nascatur, aut ne fiant, ex emto agi posse. In diesem Gesetz wird bemerkt, daß ein Kauf ohne Waare, welche verkauft worden, gar nicht denkbar sey; es gehe aber doch an, künftige Früchte oder junge Thiere, die erst gebohren werden sollten, zu verkaufen. Daß dieser Verkauf künftiger Dinge nichts Widersprechendes sey, wird §. 1. durch die Worte: aliquando tamen et *sine re* venditio intelligitur, zu verstehen gegeben, wodurch der Kauf einer emtio spei gemeynt wird. Ueber den Kauf künftiger Früchte oder junger noch nicht gebohrner Thiere wird ferner bemerkt, wenn die Sache nachher existire, so sey vermöge einer rechtlichen Fiction anzunehmen, das junge Thier sey gleich damals vorhanden gewesen, als der Kauf geschlossen wurde. Man sieht leicht ein, daß hier die Regel angewendet werde: conditio existens retrotrahitur ad initium actus; es folgt also hieraus ferner, der Kauf müsse in dergleichen Fällen für bedingt gehalten werden. Diese Bedingung kann nun keine andere als diese seyn: wenn nur Früchte wachsen, soll der Kauf gelten, es mögen ihrer viel oder wenig seyn; oder beym Kauf über noch nicht gebohrne Thiere ist die Bedingung, daß wirklich ein junges Thier gebohren wird. So wie aber bey einem bedingten Vertrage, keiner von den Paciscenten die Existenz der Bedingung hindern darf, so darf auch bey einem Kaufe künftiger Früchte der Verkäufer nicht daran Schuld seyn, daß keine Früchte gezogen worden sind; und ist er Schuld daran, so hat die Klage auf den Schadensersatz wider ihn statt. Auf der andern Seite läßt sich nicht behaupten, der Verkäufer brauche in dem Falle für gar nichts zu stehen, wenn wirklich nichts gewachsen sey, woran er aber nicht Schuld sey, und folglich gelte der Kauf dennoch. Diese Behauptung ist unrichtig, und man muß vielmehr der Natur eines bedingten Vertrags gemäß, annehmen, der Käufer müsse sein Geld wieder bekommen,

wenn

wenn nichts gewachsen, und folglich die Bedingung nicht eingetreten war [i]). In unserm Gesetz ist blos die Rede von der Interessenklage aus dem Kauf, wenn der Verkäufer Schuld daran war, daß die Bedingung nicht in Erfüllung gieng, folglich gehen die Worte: sed si id egerit venditor etc. auf das unmittelbar Vorhergehende; denn die Ausnahme, welche im §. 1. der L. 8. bey der emtio spei gemacht wird, beweißt deutlich, daß man zwischen der emtio spei und rei speratae zu unterscheiden habe [k]). Wurden weniger Früchte gezogen, als der Käufer zu hoffen Ursache hatte, so muß er diesen Schaden allerdings tragen, wenn dem Verkäufer nichts dabey zur Last gelegt werden kann; dagegen gehört ihm aber auch der außerordentliche Gewinn, wenn weit mehr Früchte eingesammelt worden, als er vermuthete, weil ein Kauf dieser Art zu den pactis aleae gerechnet werden kann. Diese Meynung haben wenigstens sehr viele Rechtslehrer [l]) als richtig angenommen, wiewohl der Herr GJR. Westphal eine andere Meynung zu beweisen gesucht hat. Er glaubt nämlich, bey einer emtioni rei speratae sey kein Unterschied zu machen, sondern bey derselben müsse eben das Rechtens seyn, was bey einer conuentioni spei simplicis als Recht angenommen werde. Diese Behauptung hält Herr HR. Glück nicht für gegründet; denn obgleich der Satz: »wer eine unge-

i) L. 7. pr. D. de contr. emt. vendit.

k) NOODT ad Tit. de contr. emt. in *Eius* Opp. Tom. II. p. 300. edit. Colon. FABER in rat. ad L. cit. POTHIER in Pand. Iust. Tit. de contr. emt. Nr. VIII. not. c. T. I. p. 489.

l) PANTOIA de AIALA in comment. ad Leg. fin. C. de aleator. in OTTON. Thes. T. IV. p. 1055. n. 15. COCCEII in iure contr. Lib. XVIII. tit. 1. qu. 6. VOET ad tit. de contr. emt. §. 13. STRYCK de caut. contr. Sect. 2. c. 8. §. 9. 10. WERNHER in lect. comment. ad tit. de contr. emt. §. 12. T. I. p. 650. L. G. MADIHN in Princ. iur. Rom. P. I. §. 91. Höpfners Comment. §. 866. Note 1. S. 780. Westphal in der obig. Abh.

wisse Sache kauft, übernimmt die Gefahr, richtig ist, so hebt er dennoch den in der L. 8. D. de contr. emt. angeführten Unterschied zwischen einer emtio spei simplicis, und rei speratae nicht auf, weil ja auch in dem letztern Falle der Käufer die Gefahr trägt, da er sich beruhigen muß, wenn auch weniger Früchte erhoben seyn sollten, als er für sein Geld erwartete, und deshalb keine Entschädigung verlangen kann. Die angeführte L. 78. §. vlt. D. de contr. emt. vend. beweißt auch nichts; denn sie bestimmt blos die Frage: wofür der Verkäufer hafte, wenn er beym Verkauf künftiger Früchte durch einen Vertrag die Unglücksfälle übernommen habe? In diesem Gesetz wird nun zwar allerdings behauptet, daß an sich der Verkäufer künftiger Früchte die Gefahr des Ausfalls nicht trage, weil es sonst nicht nöthig wäre, einen Vertrag darüber einzugehen. Dieser Umstand ist aber gar nicht streitig. Der Käufer trägt freylich in jedem Falle die Gefahr, wenn sie der Verkäufer nicht Vertragsweise übernommen hat, und eben deswegen kann Ersterer bey einem Mißwachs keine Vergütung verlangen; allein daß der Käufer solcher Früchte sogar sein Geld einbüße, wenn aus den Früchten gar nichts geworden, läßt sich aus dem Gesetz nicht schließen, vielmehr hat Noodt nicht ohne Grund erinnert, daß in dem Falle, wovon das Gesetz handele, der Schnee die Früchte nicht wirklich verdorben sondern der Käufer dieses nur behauptet hatte, weil die Erndte nicht seinen Wünschen gemäß ausgefallen war; wozu noch kommt, daß gegen die Richtigkeit der Leseart dieses Gesetzes manches eingewendet werden kann [m]).

Noch

m) Noodt in Probab. Lib. III. c. 11. ibique Waechtler in not. Viteb. 1681. p. 122. et in *Eius* Opusce. p. 337. sqq. Salmasii Obs. ad ius Attic. c. 24. Des. Herald. ad Salmas. Lib. I. c. 15. Idem in obseruat. et emend. libr. c. 30. in Otton. Thes. T. II. p. 1350.

Noch verdient bemerkt zu werden, daß auch bey einem Handel über künftige, nach dem gewöhnlichen Lauf der Natur zu hoffende Früchte, allerdings darauf Rücksicht genommen werden muß, ob man darüber, als über eine ganz ungewisse Sache, auf alle Fälle contrahirt habe, es mögen Früchte wachsen oder nicht; oder ob man den Vertrag mit solchen Bestimmungen und Clauseln geschlossen, woraus man sieht, daß man für das gegebene Geld, auch eine sichere Waare haben, und folglich die Gefahr der noch zukünftigen Sache auf keine Weise übernehmen wolle. Im ersten Falle kommt es bey diesem Handel auf einen bloßen Zufall an, daher der Käufer zufrieden seyn muß, er bekomme für sein Geld etwas oder nichts, weil er dagegen auch die Hoffnung hat, einen weit größern Gewinn zu bekommen, als er bezahlt hat, wenn das Glück ihm günstig gewesen ist. Im letztern Falle darf der Käufer nicht die geringste Einbuße leiden, weil er hier keine Hoffnung zu einem großen Gewinn hat; folglich bezahlt er nichts, oder weniger, je nachdem er an Früchten nichts, oder weniger, bekommen hat, als ihm versprochen worden. Habe ich z. B. von dem Besitzer eines Weinberges, 20 Eymer Wein, um einen bestimmten Preiß behandelt, welche mir von der nächsten Weinlese aus diesem Weinberge überlassen werden sollen, so übernehme ich keine Gefahr. Ich bezahle für die behandelte Quantität Wein, das versprochene Geld nur alsdann, wenn sie mir wirklich abgeliefert worden; war also nicht so viel Wein gewachsen, als ich behandelt habe, so bezahle ich nur für das, was gewachsen, und sollte gar kein Wein gepreßt worden seyn, so bezahle ich gar nichts. Von einem solchen Falle soll nach der Behauptung der Rechtslehrer n) auch die L. 39. §. 1. D. de contr. emt.

n) POTHIER in Pandect. Iustin. T. I. tit. de pact. Nr. LXXI. not. c. et d. COCCEII in iure contr. Lib. 18. tit. 1. qu. 6. nr. 3. Westphal in der angef. Abhandl. §. 5. Not. 6. Ebenderselbe vom Kauf, §. 60. 61.

vend. handeln, wo es heißt: verisimile est, eum qui fructum oliuae pendentis vendidisset, et stipulatus est decem pondo olei, quod natum esset, pretium constituisse ex eo, quod natum esset, vsque ad decem pondo olei. Idcirco solis quinque collectis, non amplius emtor petere potest, quam quinque pondo olei, quae collecta essent: a plerisque responsum est. Pothier behauptete, anstatt emtor petere potest, müsse gelesen werden: ab emtore petere potest. Darauf antworten andere Rechtslehrer: in dem Falle, von dem das Gesetz handelt, hatte der Käufer bey dem Besitzer des Olivengartens keinesweges gerade zehen Pfund Baumöhl bestellt und behandelt, sondern ihm die vorhandenen Olivenfrüchte überhaupt abgekauft. Der Verkäufer schätzte sie auf zehen Pfund Oehl, die ohngefähr aus den Oliven gepreßt werden könnten, und bestimmte den Kaufpreiß darnach; welches sich der Käufer gefallen ließ. Nun entstand die Frage: wenn nur fünf Pfund Baumöhl ausgepreßt worden wären, ob der Käufer mehr verlangen könne, oder sich mit dem, was gewachsen sey, für sein Geld begnügen müsse? Diese Frage enthielt augenscheinlich die Beantwortung des Umstandes, wer den Schaden bey diesem Handel zu tragen habe; denn hätte der Käufer nun auch nicht mehr als fünf Pfund bezahlen dürfen, so wäre die ganze Frage lächerlich: ob der Käufer mehr verlangen könne, als gewachsen sey. Im Gesetz wird für den Verkäufer entschieden, daß er zu nichts weiter verbindlich sey, wenn gleich nur fünf Pfund Baumöhl ausgepreßt worden, und der Käufer müsse sich damit begnügen. Da der Verkäufer den Kaufpreiß blos darnach bestimmt hatte, was dem Ansehen nach, aus den auf den Bäumen hängenden Oliven, gepreßt werden möchte, so stand er nicht dafür, wenn auch nicht gerade so viel Oehl gewonnen worden seyn sollte. Der Käufer hatte einmal das Risico übernommen. Dieses Gesetz, welches vom Zachar. Huber

ber °) am besten erklärt worden, bestätigt also blos die vorgetragene Theorie von der conuentione rei sperатae. Uebrigens bemerkt Huber mit Recht, daß die Worte stipulatus est auf das Wort pretium gezogen werden, und man lesen müsse: et stipulatus est decem pondo olei, quod natum esset, pretium, so daß also diese Stelle, den Gedanken enthalte, der Verkäufer habe sich den Preiß von zehen Pfund Baumöhl versprechen lassen. Diese Erklärung verdient deswegen den Vorzug, weil man sonst die Worte: stipulatus est für promisit erklären müßte, wie auch der Herr GJR. Westphal in der angef. Abh. §. 5. Note 6 gethan hat, welches aber mit dem Sprachgebrauche streitet, da jenes Wort in Gesetzen actiue für acceptare gebraucht wird. Der große Ausleger Ant. Faber will zu mehrerer Deutlichkeit bey decem pondo noch das Wort pro vorsetzen, weil sich der Verkäufer den Werth für zehen Pfund versprechen lassen. Dieser Zusatz scheint unnöthig zu seyn, weil der Verkäufer die Olivenfrucht überhaupt nur zu zehen Pfund Oehl angeschlagen hatte; denn die Worte: quod natum esset, gehen auf das ganze Gewächs. Die Erklärung des Herrn GJR. Westphals scheint also nicht richtig zu seyn, welcher behauptet, aus den Worten, quod natum esset folge, der Käufer habe von des Verkäufers Olivenfrüchten zehen Pfund Baumöhl bestellt. Nach dem Wort pretium muß ein Comma stehen, und anstatt constituisse muß es vielmehr heißen: id constituisse. Endlich muß man bey den Worten: a plerisque responsum est, die Partikel vt dazu denken p).

o) Zach. Huber in Diss. qua exponuntur et illustrantur duo loca Iuliani difficiliora sub titulis Pandectar. de contrahenda emtione et venditione ac locato conducto, c. 2. in *Eius* Dissert. Part. II. Fran. 1706. p. 340. sqq.

p) Herr GJR. Westphal vom Kauf, §. 61. Herr HR. Glück im Comment. Thl. 4. S. 199. Best de ratione emendandi leges, c. 16. §. 2. Faber in Rat. ad h. l.

§. 304.

Es ist nicht genug, daß der Vertrag über einen deutlich bestimmten Gegenstand geschlossen worden sey, wenn er gültig seyn soll, sondern es muß auch den Partheyen erlaubt seyn, über diesen Gegenstand unter einander einen Vertrag zu schließen; kunstmäßig ausgedrückt heißt dieses: der Gegenstand des Vertrags muß in der Gewalt der Paciscenten seyn q). Darauf kommt nichts an, ob der Gegenstand des Vertrags schon gegenwärtig in ihrer Gewalt ist, oder erst in Zukunft in ihre Gewalt kommen werde. Eine einleuchtende Folge dieses Grundsatzes ist es daher, daß über fremde Sachen, ohne Einwilligung des Eigenthümers, zu seinem Schaden, von andern Personen kein gültiger Vertrag geschlossen werden könne, wie in der L. f. C. de pact. bemerkt wird, wo es heißt: cum in alienis rebus contra voluntatem domini aliquid fieri vel paciſci, secta temporum nostrorum non patiatur. Der Eigenthümer dieser Sache behält alle seine Rechte daran, und er kann deswegen wider jeden Besitzer die Vindikationsklage brauchen, um sie geltend zu machen, es müßte ihm denn die Verjährung entgegen stehen r). Anders verhält sich die Sache, wenn die Frage ist: ob ein Vertrag über die Sache eines Dritten, nicht wenigstens die Paciscenten verbindlich mache, und worin diese Verbindlichkeit bestehe? Hierüber erklärt sich das römische Recht sehr deutlich, weil in mehrern Gesetzen s) ausdrücklich gesagt wird, daß fremde Sachen, ohne Einwilligung des Eigenthümers verkauft, verpfändet, vermiethet, verborgt, zum Heyrathsgut überlassen werden

q) L. 34. §. 1. D. de contr. emt.

r) L. 25. §. 1. D. soluto matr. L. 28. D. de contr. emt. L. 26. §. 2. D. de pignor. et hyp. L. 5 et 6. C. de reb. alien. non alien. L. 4. C. de rei vindic.

s) L. 28. D. de contr. emt. L. 30. §. 1. D. de act. emti vend. L. 9. pr. et L. 16. D. de pign. act. L. 15. D. commod. L. 7. L. 9. pr. et §. fin. D. locati. L. 11. D. soluto matr.

werden können. Es wird gesagt, derjenige, dem eine fremde Sache geliehen, verpfändet, oder vermiethet worden, sey schuldig, solche nach geendigtem Contract an denjenigen zurück zu geben, von dem er sie bekommen habe, und dürfe nicht die Einrede vorschützen, daß er nicht Eigenthümer dieser Sache sey, folglich erkennen die Gesetze eine zwischen den Contrahenten vorhandene Verbindlichkeit t). Wenn mir Jemand eine fremde Sache verkauft hat, so kann ich ihn nach Beschaffenheit der Umstände belangen, daß er mir solche abliefere, oder das Interesse leiste; daß er die Gewähr vertrete; ich kann auch die Sache verjähren, wenn die zur Verjährung nöthigen Erfordernisse vorhanden sind. Dagegen kann man nicht anführen, daß bey einem Realcontract, durch welchen ein Eigenthumsrecht erworben wird, die Gesetze schlechterdings voraussetzen, daß derjenige Contrahent, der die Sache veräußere, Eigenthümer derselben sey. Wer dem Andern fremdes Geld borgt, bekommt durch den Darlehnscontract zwar das Recht, das Geld zu der festgesetzten Zeit wieder fordern zu können, und er wird dadurch verbindlich, dem andern Contrahenten das Geld so lange Darlehnsweise zu lassen, als es festgesetzt worden ist; die Gesetze nehmen aber dennoch in diesen Fällen kein wahres Darlehn an, weil der Darleiher kein Eigenthum an dem ausgeliehenen Gelde gehabt habe. In der L. 2. §. 4. D. de reb. cred. heißt es: in mutui datione oportet *dominum* esse dantem, und in der L. 13. pr. eben dieses Titels wird bemerkt: nam etsi fur nummos tibi credendi animo dedit, *accipientis non facit*; sed, consumtis eis, nascitur *condictio*. Man durfte deswegen nicht actionem mutui brauchen, sondern blos eine con-

t) L. 9. §. 4. L. 22. §. 2. D. de pignor. act. L. 16. D. commod. L. 11. D. soluto matr. Petr. Faber in Semestr. Lib. II. c. 17. et 18. p. 274. sqq. Horn D. de iure circa rem alienam singulari.

dictio, welches wahrscheinlich die condictio sine causa war u). Hat bey einem Tausch derjenige, von dem das Versprechen zuerst erfüllt worden, dem andern Paciscenten eine fremde Sache abgeliefert, so ist der ganze Tausch ungültig, wie man aus der L. 1. §. 2 et 3. D. de rer. permut. sieht, wo es heißt: *permutatio* ex re tradita initium obligationi praebet. Ideoque *Pedius* ait, *alienam* rem dantem nullam contrahere permutationem. Der Empfänger kann zwar nach geschehener Entwährung entweder das Seinige zurück fordern, oder der Schadloshaltung wegen klagen, die anzustellende Klage ist aber nicht die actio praescriptis verbis, sondern die actio doli, oder die actio in factum, nachdem der Gegentheil es entweder gewußt hat, daß er eine fremde Sache vertausche, oder dieses nicht wußte x). Etwas anders ist es, wenn derjenige, welcher den Contract zuerst erfüllt hat, eine ihm wirklich gehörende Sache vertauscht hat, und nur die Sache des Andern, die dagegen gegeben worden, evincirt wurde. Hier war der ungenannte Contract schon vor der Ablieferung der letzten Sachen zu seiner Vollkommenheit gelangt, die gegebene Sache war also nicht zur Erfüllung des Contracts nothwendig, und folglich war es gleichviel, ob diese Gegenleistung gültig geschehen war oder nicht, und aus diesem Grunde konnte der Contrahent, dem die Sache evincirt worden, seiner Schadloshaltung wegen die actionem praescriptio verbis brauchen.

Diese römischen Spitzfindigkeiten kann man in Teutschland nicht anwenden; denn wenn bey Verborgung fremder Gelder eben das Rechtens ist, was bey einem Darlehn, wo man sein eigen Geld verlehnt hat, für Recht gehalten wird, so ist es bloße Wortkrämerey, diesen

u) L. 12. in f. L. 13. pr. et §. 1. L. 19. §. 1. in f. D. de reb. cred. Noodt ad tit. de reb. cred.

x) L. 1. §. 1. D. de rer. permut. L. 5. §. 2. in f. D. de praescr. verb. L. 29. C. de euict.

sen Handel kein Darlehn nennen zu wollen, und die Klage nicht condictio certi ex mutuo zu nennen, sondern condictio sine causa y). Eben so ist es eine bloße römische Grille, daß ein ungenannter Contract nicht eher zur Vollkommenheit gelangt sey, als bis der eine Contrahent die versprochene Sache abgeliefert habe, welche Theorie in Teutschland nicht gebraucht werden kann, wo jeder billige Vertrag vollkommen verbindlich ist. Es waren selbst mehrere römische Rechtsgelehrte, z. B. Mauricianus und Ulpian, der Meynung, daß, wenn bey einem ungenannten Contract die Sache desjenigen, der das Versprechen zuerst erfüllt habe, evincirt worden, der Schadloshaltung wegen die actio praescriptis verbis angestellt werden könne z).

Wir nehmen also in Teutschland den Satz ohne alle Ausnahme an: daß ein Vertrag über fremde Sachen unter den Paciscenten eben so verbindlich sey, als wenn sie über ihre eigenthümliche Sache den Vertrag geschlossen hatten. Es entsteht aber hierbey die Frage: ob nicht auf Seiten desjenigen, der aus einem solchen Vertrage klagen will, nöthig sey, daß er in bona fide seyn, folglich von dem Eigenthumsrechte des Dritten nichts gewußt haben müsse? Der verst. Hr. GRR. Hellfeld machte den Unterschied, ob der Vertrag bedingt, und auf den Fall sey geschlossen worden, wenn derjenige, von dem die fremde Sache versprochen worden, künftig wirklich das Eigenthum derselben, bekommen sollte, oder ob man den Vertrag unbedingt, und ohne diese Voraussetzung geschlossen habe. Im ersten Falle stehe der Gültigkeit des Vertrags nichts entgegen, wenn es gleich beyde Theile wußten, daß sie über eine fremde Sache paciscirten; im letztern

y) Herr GJR. Westphal in der Abhandl. von der Verpfändung fremder Güter, Halle 1779. 4. §. 2.

z) L. 7. §. 2. D. de pact. Noodt de pact. c. 9. Wachendorf de pact. nudis, c. 2. §. 7. in Dissert. triade, p. 570.

tern Falle aber sey der Vertrag ungültig, wenn derjenige, der daraus klagen wolle, es wußte, daß die versprochene Sache einem Dritten gehöre, und dieser in den Vertrag nicht gewilligt habe. Dieser Behauptung steht der Umstand entgegen, daß in Gesetzen bisweilen gesagt wird, auch derjenige könne aus dem Vertrage klagen, der in mala fide sey. Es muß also vielmehr unterschieden werden, schreibt Hr. HR. Glück, ob von der Zurückgabe der fremden Sache die Frage ist, die von demjenigen nach geendigtem Contract geschehen soll, der sie jabgeliefert erhalten hat, oder ob von der Verbindlichkeit zur Ablieferung die Rede ist, oder von der Verbindlichkeit zur Schadloshaltung, weil die Sache evincirt worden. Nach mehrern Gesetzen darf im ersten Falle, selbst der Dieb, die Klage aus dem Contract anstellen; denn in der L. 16. D. commod. heißt es: ita vt, etsi *fur* vel *praedo* commodauerit, *habeat commodati actionem*. In der L. 22. §. 2. D. de pignor. act. wird bemerkt: si *praedonem* pignori dederit, competit ei et de fructibus pigneratitia actio. Das nämliche wird in der L. 1. §. 39. D. depositi gesagt, wo es heißt: si *praedo* vel *fur* deposuit, et hos *Marcellus* libro sexto Digestorum putat, recte *depositi* acturos: nam interest eorum, eo quod teneantur. Im zweyten Falle kommt es darauf an, ob der Vertrag unter der Bedingung des noch zu erwerbenden Eigenthums geschlossen worden ist, oder unbedingt. In jenem Falle kann der Promissar, sobald die Bedingung erfüllt worden, auf die Erfüllung des Vertrags, mittelst der Ablieferung der versprochenen Sache, klagen; im letztern Falle aber darf der Promissar den Promittenten darauf, daß er ihm die versprochene Sache überliefere, oder das Interesse leiste, nicht eher verklagen, als wenn solcher zur Zeit des eingegangenen Vertrags in bona fide gewesen a). Eine gleiche Entscheidung ist im dritten Falle

a) L. 34. §. 3. D. de contr. emt. L. 30. §. 1. D. de act. emti vend.

Falle anzunehmen, wenn die Frage ist, ob wegen der geschehenen Eviction geklagt werden dürfe [b]).

Wir haben uns mit Beantwortung der Frage beschäftigt: was Rechtens sey, wenn die Paciscenten über die Sache eines Dritten einen Vertrag geschlossen haben? Den Sachen im engern Verstande, werden die Handlungen entgegen gesetzt; und wie bereits bemerkt worden, kann über Handlungen ebenfalls eine rechtliche Verbindlichkeit errichtet werden. Hierbey entsteht nun wieder die Frage: was von solchen Verträgen zu halten sey, deren Gegenstand ein fremdes Factum ist? Diese Frage muß nach verschiedenen Rücksichten beantwortet werden. Es geht nicht an, über die Handlung, die ein Anderer vornehmen soll, zu paciscirer, wenn man keine Gewalt über ihn hat, und hat man dennoch einen solchen Vertrag geschlossen, so verbindet dieser Vertrag den Dritten nicht. In der L. 65. D. de fideiuss. heißt es daher: factum alienum inutiliter promittitur [c]), und in der L. 39. D. de negot. gest. wird bemerkt: alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis et inuiti nos facere posse, deteriorem non posse [d]).

Anders ist die Sache zu beantworten, wenn die Frage ist: was das Versprechen, daß ein Anderer etwas thun oder geben solle, in Rücksicht auf den Promittenten für Wirkungen habe? Hier ist beständig genau darauf Rücksicht zu nehmen, was man dem Andern auf diese Art versprochen habe. Ich kann nämlich 1) Jemandem versprechen, daß ich mir alle Mühe geben wolle, einen Dritten dahin zu bringen, daß er etwas thue, z. B. daß er ihm seinen Garten verkaufe, daß er ihn bezahle, daß er seine Tochter mit ihm verheyrathe. Ein solcher

b) L. 36. §. 1. in f. D. de pignor. act. L. 27. C. de euict. L. f. C. de commun. rer. alienat.

c) FINESTRES in Hermog. T. II. p. 962. sqq.

d) Fr. BECKMANN. in Consil. P. I. Dec. 24.

solcher Vertrag ist gültig, und ich muß mir alle Mühe geben, den Dritten zu bewegen, das zu thun, was ich versprochen habe. Läßt er sich aber aller von mir angewandten Mühe ungeachtet, nicht dazu bewegen, so brauche ich auch für nichts zu stehen, sondern ich habe den Vertrag so gut erfüllt, als es in meinen Kräften stand e).

Man kann 2) Jemandem versprechen, man wolle es dahin bringen, daß ihm ein Dritter etwas leiste; z. B. daß er ihm seine Tochter zur Frau gebe u. s. f. Ein solcher Vertrag ist ebenfalls gültig, und die Wirkung desselben besteht darin, daß der Promittent alle nur mögliche Mühe anzuwenden schuldig ist, den Dritten dahin zu bringen, dasjenige zu thun, was dem Versprechen gemäß geschehen soll.

Ein Vertrag dieser Art kann 3) dergestalt geschlossen werden, daß man Jemandem verspricht, der Dritte solle ihm etwas geben, oder etwas thun. Verträge dieser Art wurden bey den Römern deswegen für völlig unverbindlich gehalten, weil sie der Natur der Stipulationen entgegen waren. Diese wurden, wie bekannt, durch feyerliche Worte geschlossen, wo es also genau nach den Worten gieng. Da ferner zu allen feyerlichen Handlungen erfordert wurde, daß man sie in Person und durch keinen Bevollmächtigten vorgenommen hatte, so konnte ein Dritter nicht durch eine Stipulation dieser Art verbindlich gemacht werden. Ulpian erklärt daher in der L. 38. pr. D. de verb. oblig. ausdrücklich: nemo autem, alienum factum promittendo, obligatur. Inter stipulantem enim et promittentem negotium totum contrahitur: itaque alius pro alio promittens daturum facturumue eum, non obligatur. Nam de eo quemque promittere oportet. Das Nämliche wird in der L. 11. D. de oblig. et act. behauptet, und im §. 3. Inst. de inut. stip. heißt es: si quis alium daturum factu-

e) Herr GTR. Höpfner im Comment. über die Instit. §. 737. S. 676.

facturumue quid promiserit, *non* obligatur: veluti si spondeat: Titium quinque aureos daturum. Quodsi, *effecturum se, vt Titius daret*, sponderit, obligatur. Mit diesen Stellen streitet die L. 5. D. de duob. reis nicht, wo der Jurist **Julianus** die Bemerkung macht: nemo est, qui nesciat, *alienas operas* promitti posse, et fideiussorem adhiberi in ea obligatione; denn **Julian** handelte Lib. 22. Digest., woraus dieses Gesetz genommen ist, von den operis officialibus der Freygelassenen; diese konnte aber nur der Patron fordern, andere Arbeiten hingegen, nämlich operas fabriles, pictorias, u. s. f. konnte der Freygelassene auch andern Personen versprechen; mithin darf man unter den Worten operae alienae, keine fremden facta verstehen, sondern dieser Ausdruck heißt so viel, als operae *aliae*, quam officiales, da das Wort alienus und alius mehrmals gleichbedeutend gebraucht wurde [f]). Die übeln Folgen, welche bisweilen aus dieser Behauptung entstanden, machten mehrere Ausnahmen nothwendig, und daher finden wir mehrere Verträge dieser Art, als Ausnahme von der Regel, für gültig erklärt. Man erkannte daher das Versprechen für verbindlich, daß ein **Dritter** für mich Bürgschaft leisten [g]); daß Jemand sich im Gericht stellen werde [h]). Auch die cautio rati, welche ein nicht gehörig Bevollmächtigter leisten konnte, war in der That nichts anders, als eine promissio facti alieni [i]). Endlich war auch eine jede promissio facti alieni gültig, wenn sich der Promittent zugleich zu einer Conventionalstrafe verbind-

f) L. 9. L. 27. D. de oper. libert. L. 3. D. de rei vindic. CVIACIVS in Obs. V, 35. IDEM ad L. 5. D. de duob. reis. FINESTRES in Hermog. Tom. II. p. 963.

g) L. 14. §. 2. D. de const. pecun.

h) L. 38. §. 24. L. 81. pr. D. de verb. oblig.

i) L. 18 et 19. D. rem ratam haberi.

verbindlich gemacht hatte, im Fall der Dritte die Handlung nicht vornehmen sollte k).

Nunmehr ist die Frage zu beantworten: wie bey uns über die Gültigkeit eines Vertrags, daß der Dritte etwas leisten solle, geurtheilt wird? Die Rechtslehrer sind der Meynung, weil wir heut zu Tage die Verträge nicht mehr in feyerlichen Worten schließen, sondern solche nach der Billigkeit und der Absicht der Contrahenten erklären, so sey ein Versprechen, ein Dritter solle mir etwas leisten, allerdings gültig, und man müsse annehmen, der Promittent habe dadurch weiter nichts zugesagt, als dieses, er wolle den Dritten bewegen, daß er mir etwas leiste l), wiewohl es Rechtslehrer giebt, welche behaupten, daß selbst nach dem Naturrechte die Formel: der Dritte soll etwas leisten, nicht so angesehen werden könne, als wenn der Promittent versprochen habe: ich will es dahin bringen, daß dir der Dritte leiste, und es werde überhaupt ein Promittent, welcher ein fremdes Factum versprochen, zu weiter nichts verpflichtet, als es nicht zu hindern m).

Eine sehr bestrittene Frage ist es: ob der Promittent, wenn er sich alle Mühe gegeben, den Dritten zu Unternehmung der versprochenen Handlung zu bewegen, diese Bemühung aber vergeblich gewesen, nunmehr von seiner Verbindlichkeit frey sey, oder ob er nicht vielmehr dem Promissar das Interesse zu leisten schuldig sey? Die verschiednen Behauptungen hat der Canzler Hert n) vorge-

k) §. 21. Inst. de inut. stipul. L. 38. §. 2. D. de verb. oblig.

l) Vinnius ad §. 3. Inst. de inut. stipul. nr. 3. in fine. Voet ad tit. de verb. oblig. §. 5. Müller ad Leyser. Tom. V. Fasc. II. Obs. 864. Herr GR. Höpfner im Comment. §. 737. S. 682.

m) Leyser Spec. 444. med. 7. de Pufendorf in Animad. 61. §. 5. Stryck in usu mod. Lib. 45. tit. 1. §. 2.

n) Hertius in Diss. de obligatione alium daturum facturumue, Sect. I. §. 5. sqq.

vorgetragen. Eine große Menge von Rechtsgelehrten behaupten, der Promittent sey allemal zur Leistung des Interesse verpflichtet, wenn er den Dritten zu der verabredeten Prästation nicht bewegen können o). Andere berühmte Rechtslehrer haben zu behaupten gesucht, der Promittent habe seinem Versprechen ein Genüge geleistet, wenn er nach seinen Kräften alles angewendet habe, den Dritten zur Unternehmung des Versprechens zu bewegen; sey diese Mühe vergebens gewesen, so könne der Promissar keinen Schadenersatz von ihm fordern p). Wieder Andere machen einen Unterschied zwischen einem onerosen und einem unentgeldlichen Versprechen dieser Art. Wenn ich für Geld oder Geldeswerth versprochen habe, den Dritten zu einer Leistung zu bewegen, so muß ich, sagen sie, das Interesse leisten; dazu bin ich aber nicht verpflichtet, wenn ich das Versprechen unentgeldlich und aus bloßer Freundschaft gethan habe q); denn in diesem letzten Falle sey mein Versprechen nur so zu verstehen, daß ich mich zu weiter nichts verbindlich machen wollen, als mir alle mögliche Mühe zu geben. Hertius hielt diese Meynung ebenfalls für gegründet, nur müsse man die Einschränkung dazu setzen: nisi verba et natura negotii obligationem arctiorem inducat. Darauf antwortet der Herr GTR. Höpfner, die Distinction zwischen einem onerosen

o) Bronchorst Enantioph. Cent. 4. c. 40. Cviac. in comment. ad L. 38. pr. D. de verb. oblig. Vinnivs ad §. 3. Inst. de inut. stip. Stravch ad Inst. Diss. 14. th. 9. Bardili D. de obligat. faciendi, Tub. 1749. §. 82. Leyser Spec. 521. med. 10. de Pvfendorf in Animadu. 61. §. 4.

p) Bachov ad Trevtler. Disl. 27. §. 2. lit. G. et H. Faber ad Cod. Lib. 5. tit. 26. Def. 10. Franzk. ad Instit. tit. de inut. stip. §. 3. n. 8. Wernher in Obs. T. II. Obs. 311. Brockes in Obs. 39.

q) Hug. Grotivs de iure belli et pacis, Lib. III. c. 21. §. 30. Eu. Otto ad §. 3. Inst. de inut. stipulat. Müller ad Leyser. Obs. 864.

onerosen und unentgeldlichen Versprechen findet sich in den römischen Gesetzen nicht. Ich trete daher der ersten Meynung, doch unter folgenden Bestimmungen, bey. Wenn ich so ernstlich, oder gar mit Gründen erklärt habe, ich würde die Leistung bey dem Dritten bewirken, daß der Andere vernünftiger Weise darauf rechnen konnte, der Dritte werde es thun, und daß er deswegen gewisse Maaßregeln nahm, oder andere zu nehmen unterließ, daß er sich Kosten machte, daß er Schaden leidet, den er nicht würde erlitten haben, wenn er sich nicht auf das Versprechen verlassen hätte, so bin ich, auch ohne Rücksicht auf eine erhaltene oder versprochene Belohnung, zum Ersatz der Kosten und des Schadens verbunden; z. B. ich beklage mich bey dem A., daß mir B. schuldig sey, daß ich nichts von ihm erhalten könne, daß ich ihn also belangen wolle. A. ersucht mich, dieß zu unterlassen, und versichert mir, er wolle mir die Bezahlung verschaffen; ich klage also nicht, und der Schuldner B. entwischt. Jetzt kann ich von dem A. die Bezahlung verlangen, und diese Behauptung gründet sich auf den §. 3. Inst. de inut. stipul., wo **Justinian** sagt: quod si (quis) effecturum se vt Titius daret, spopondrit, obligatur: natürlicher Weise *ad efficiendum, vt Titius det.* Ist er aber dazu verbunden, so ist er auch schuldig, das Interesse zu leisten, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt. Ein zweyter Grund ist aus der L. 14. §. 2. D. de const. pec. herzunehmen, wo **Ulpian** sagt: si quis certam personam fideiussuram pro se constituerit, tenetur. Quid tamen si ea persona nolit fideiubere? Puto teneri eum, qui constituerit, nisi aliud actum sit. Der Promissar also, wenn er behauptet, es sey nicht die Absicht gewesen, daß er das Interesse leisten wollen und sollen, muß den Beweis führen. Noch weniger Zweifel ist die Sache unterworfen, wenn der Promissarius erklärt hat, er verlasse sich auf das Versprechen, er werde seine Maaßregeln darnach nehmen, u. s. f.

Auf

Auf eine andere Art hat sich Hr. HR. Glück [r]) über diese Frage erklärt, welcher schreibt: nach der gemeinen Meynung der Rechtslehrer unterscheidet man, ob Promittent blos versprochen, er wolle dafür sorgen und sich alle Mühe geben, daß ein Dritter etwas thue, oder ob er versprochen, es dahin zu bringen, daß der Dritte dem Promissar dasjenige leiste, was derselbe verlangt. Im ersten Falle, sey der Promittent von seiner Verbindlichkeit frey, wenn er das Seinige gethan, gesetzt auch, daß seine Mühe vergeblich gewesen. Im letztern Falle aber müsse derselbe das Interesse leisten [s]). Die richtigste Meynung hat unstreitig Hert [t]). Dieser distinguirt, ob das Versprechen, daß ein Dritter etwas leisten solle, auf eine solche Art geschehen, daß es eine Intercession enthält oder nicht. Im ersten Fall ist freylich der Promittent zur Leistung des Interesse verbunden, wenn er gleich seiner Seits alles gethan, um den Dritten zur versprochenen Prästation zu bringen. Es kommt hier auf die Worte und die Natur des Geschäfts an, bey welchem ein solches Versprechen geschehen ist. Wenn z. B. ein gerichtlicher Anwald, der mit keiner ordentlichen Vollmacht versehen war, sich verbindlich gemacht hat, dafür zu stehen, daß sein Principal alles, was er in seinem Namen thut, genehmigen werde, und es erfolgt hernach

r) Herr HR. Glück a. a. O. Thl. 4. S. 209.

s) Cothmannvs Consil. V. Resp. 50. Wesenbecivs Vol. IV. Cons. 177. nr. 17. et Consil. 189. Bachovivs ad Treutler. Vol. II. Disp. XVII. thes. 2. lit. G. Mevivs Tom. II. Part. VI. Decis. 408. Part. VIII. Dec. 33. Leyser in Meditat. ad Pandect. Vol. VII. Spec. DCCI. med. 9 et 10. Pvfendorf cit. Animadv. §. 2. et 3. Fr. Beckmanni in Consil. et Decis. Part. I. Decis. 24. u. a. m.

t) Hert in Diss. de obligat. alium daturum facturumue, Sect. I. §. 8. sqq. Vol. I. Opusc. Tom. III. p. 370. sqq. Diesem stimmen auch Eu. Otto in comment. ad §. 3. Inst. de inut. stipul. Höpfner a. a. O. und Müller l. c. bey.

nach des Principals Genehmigung nicht, so muß er dem Gegentheil alle Schäden und Kosten ersetzen [u]). Im andern Fall ist darauf zu sehen, ob der Promittent den Werth oder die Valuta desjenigen erhalten, was der Dritte leisten soll oder nicht. Im ersten Falle muß der Promittent für den Erfolg seines Versprechens von Seiten des Dritten schlechterdings haften, und auch der möglichste Fleiß, den er seiner Seits angewendet hat, kann ihn von dieser Verbindlichkeit nicht befreyen. Dieß ist der Fall beym trassirten Wechselgeschäft, ferner bey Cessionen, wenn der Cedent dem Cessionar ausdrücklich versprochen, dafür zu sorgen, daß der Schuldner zur gehörigen Zeit die Bezahlung leisten soll. Cedens enim nomen cum promisso curandi, vt cessionarius debito potiatur, non tantum tempore cessionis bonitatem eius, sed et exactionem ideo et casum praestare tenetur, bemerkt Mevius [x]). Im Zweifel darf keine andere als die billigere Erklärung gebraucht werden, weil keine Interceßion vermuthet wird; und dieses noch desto eher, wenn das Versprechen blos aus Freundschaft für den Promissar geschehen seyn sollte; z. B. wenn mir Jemand eine fremde Sache verpfändet und versprochen hat, daß der Eigenthümer die Verpfändung genehmigen werde [y]). Eben dieses ist Rechtens bey einer von Amtswegen gegebenen Erklärung dieser Art [z]).

Keinem Bedenken ist es unterworfen, daß der Vertrag zwischen ein Paar Personen den Dritten verbinde, dessen Handlungen oder Sachen er angeht, wenn dieser Dritte den Vertrag genehmigt hat, wie in der L. 20. pr. D.

u) L. 13. L. 19. D. rem rat. haberi.

x) Mevius Part. III. Dec. 206.

y) Gmelin in comment. de iure pignoris vel hypothecae quod creditori debitor in re sibi non propria constituit, §. 51. p. 182.

z) Leyser Spec. 71. med. 11. Mevius in Decis. P. VIII. Dec. 33.

D. de pignor. act. verordnet worden ist. Es erstreckt sich zwar die Wirkung einer solchen, ohne Einschränkung erfolgten Genehmigung des Eigenthümers der Regel nach bis auf die Zeit zurück, wo der Vertrag geschlossen worden ist [a]; man würde aber eine falsche Anwendung von dieser Genehmigung machen, wenn man ihr die Kraft beylegen wollte, daß sie zum Nachtheil eines Dritten gereichen konnte, der schon vorher ein Recht auf die Sache erworben hatte, wie die L. 24. pr. D. rem rat. haberi beweißt. Die Genehmigung kann also nur in so fern zurückgesetzt werden, als die Sache zur Zeit der Genehmigung sich noch in dem Zustande befand, wo sie zur Zeit des geschlossenen Vertrags war [b]. Noch weniger Bedenken hat es, daß ein Vertrag dieser Art den Dritten verbinde, wenn er dessen Erbe geworden ist [c]. Wider die zum Beweise dieses Satzes angeführten Gesetze, kann die L. 41. pr. D. de pignor. act. nicht gebraucht werden; denn in diesem Gesetz wird von der hypothekarischen Klage geredet, welche sich auf ein gültiges Pfandrecht gründet und gar nicht von der actione pignoratitia contraria, welche wider den Eigenthümer, wenn er des Verpfänders Erbe geworden ist, allerdings aus dem Pfandcontracte angestellt werden kann [d].

So wichtig die zeither vorgetragenen Grundsätze von dem Gegenstande der Verträge sind, um richtig bestimmen zu können, ob ein geschlossener Vertrag in Ansehung

a) L. 16. §. 1. L. 21. pr. D. de pignor. et hyp. L. 6. §. 9. D. de negot. gest. L. fin. C. ad Scrm. Maced. Hombergk zu Vach D. de conualescentia vitiosae alienat. Marb. 1745. c. 1. §. 40.

b) Gmelin in comment. cit. §. 46.

c) L. 2. §. 5. L. 4. L. 38. pr. et §. 1. L. 83. pr. D. de verb. obligat. L. 22. D. de pignor. et hyp. Gmelin l. c. §. 57. Finestres in Hermog. T. II. p. 965.

d) Herr GJR. Westphal von Verpfändung fremder Güter, §. 11.

des Gegenstandes, worüber er geschlossen worden, keinen Fehler habe, so verdienen dennoch die Rechtswahrheiten über den Satz: ein Vertrag ist unverbindlich, und folglich ungültig, wenn er wider das Verbot eines Gesetzes geschlossen worden, eben so viel Aufmerksamkeit; verboten ist aber jeder Vertrag, worin etwas anders bestimmt wird, als es in den Gesetzen des gemeinen Besten wegen verordnet ist [e]). In der L. 7. §. 16. D. de pactis heißt es von solchen Verträgen: et generaliter quoties pactum a iure communi remotum est, seruari non oportet [f]). Sieht man aus der positiven Vorschrift der Gesetze, die Absicht des Gesetzgebers sey offenbar diese gewesen, daß dadurch der Freyheit zu handeln, welche die Menschen nach dem Naturrechte haben, gewisse Gränzen gesetzt werden sollen; oder gewisse schlechterdings gebietende oder verbietende Gesetze bestimmen die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit gewisser Privatverträge auf das deutlichste, so kann man gar nicht zweifeln, daß der Vertrag nur alsdenn für gültig und verbindlich gehalten werden könne, wenn die Vorschrift der Gesetze auf das genaueste befolgt worden ist [g]). Herr Prof. Weber schreibt: es folgt nicht daß eine Verabredung, oder andere Privatdisposition darum gleich ungültig oder unwirksam sey, weil sie mit gewissen positiven Bestimmungen nicht überein kommt. Freylich wenn aus einer positiven Vorschrift die Absicht des Gesetzgebers deutlich erhellt, daß dadurch den Privatverfügungen gewisse Gränzen gesetzt werden sollen, wenn schlechterdings gebietende oder verbietende Gesetze die Zulässigkeit gewisser Privatdispositionen bestimmen, so hat

e) Der Herr GTR. Höpfner im Comment. §. 737. S. 676. Hofacker in Princ. Iur. Rom. Tom. III. §. 1771. p. 46.

f) Marckart in interpr. c. 20. p. 299. Cuiacii Obseruat. Lib. I. c. 24. Herr GTR. Höpfner in der Sammlung der römischen Gesetze, Frankf. und Leipz. 1785. S. 29.

g) Herr Prof. Weber von nat. Verbindl. §. 80. S. 367.

hat es kein Bedenken, daß die Gültigkeit der letztern, und mit derselben ihre gerichtliche Wirksamkeit von der Uebereinkunft mit den Vorschriften der Gesetzgebung abhängt. Anders verhält sich aber die Sache, wenn die Gesetze überhaupt nur in den Angelegenheiten des Privatverkehrs gewisse Regeln festsetzen, wonach der Richter in gegebenen Fällen die rechtlichen Folgen des Eigenthums und anderer dinglichen Rechte, der Verträge u. s. f. bestimmen soll. Dadurch wird den Mitgliedern des Staats das Recht nicht entzogen, durch Verträge und einseitige Handlungen über sich und ihr Vermögen zu disponiren; vielmehr sind ihre Verfügungen so lange vollkommen rechtsgültig, bis ausdrückliche Gesetze den Handel entweder ganz ungültig erklärt, oder die gerichtliche Hülfe versagt haben. Moser h) sagt: der natürlichen Freyheit, die einem jeden Menschen auch in despotischen Staaten vergönnt bleibt, ist nichts gemäßer, als daß, wenn einige Personen über ihre Privatangelegenheiten paciscren, dieß pactum ohne weitere Confirmation gültig sey, und im contradictorio darauf gesprochen werden müsse; es wäre denn, daß die Gesetze bey einem oder dem andern Fall wirklich das Gegentheil statuirten. Wenn inzwischen einzelne Mitglieder der bürgerlichen Societät sich in diesen oder jenen Rechtshandel einlassen, diesen oder jenen Vertrag mit Andern schließen, so lassen sie es sich selten angelegen seyn, und die Wenigsten sind überhaupt fähig, auf alle mögliche künftige Fälle mit Rücksicht zu nehmen, und was dabey Rechtens seyn soll, gehörig im Voraus zu bestimmen. Wie viele Ehen werden nicht geschlossen, ohne daß die wichtigsten Angelegenheiten beyder Ehegatten, worüber in der Folge Streit entstehen kann, durch Verträge unter ihnen im Voraus regulirt werden; wie mancher Kauf-, Tausch-, Leihcontract u. s. f., ohne bey Errichtung desselben an die möglichen Fälle, der Gefährde,

h) Mosers Familien-Staatsrecht der teutschen Reichsstände, Thl. 2. §. 125. n. 6.

des Betrugs, der Fahrlässigkeit, u. s. w. zu denken, oder solche durch wechselseitige Vereinbarung zu bestimmen. Was die Natur der Sache, die Vorschriften des Naturrechts in solchen Fällen mit sich bringen, ist nicht so ausgemacht, als die Resultate in der Rechenkunst, wo die Data und die Regeln des Verfahrens so bestimmt sind, daß Keiner mit Vernunft solche anders denken kan, mithin, wie viele Personen auch immer eine Aufgabe ausrechnen, die Summe bey allen doch immer dieselbe seyn muß. Nicht mit eben der Evidenz folgt in juristischen Problemen die Schlußfolge immer aus den Vordersätzen. Die Entscheidung dessen nun, was die Partheyen selbst unbestimmt gelassen haben, lediglich dem Ermessen des Richters anvertrauen, so wie er etwa glaubt, daß die Natur der Sache und die Regeln des Vernunftrechts den vorkommenden Fall entscheiden, würde eben so viel seyn, als eine gleiche und sichere Justizpflege von einem bloßen Ungefehr erwarten wollen. Um dieß zu verhüten und überall Ordnung und Ruhe des Ganzen zu befördern, hat die Gesetzgebung selbst die von der freyen Willkühr der Unterthanen abhängenden Privatangelegenheiten mit in ihr Gebiet gezogen, und die Rechte und Verbindlichkeiten der Contrahenten bestimmt, damit es für jeden Fall nicht an gewissen Regeln zur Entscheidung vorkommender Streitigkeiten fehlen möge; wenn z. B. ein Kauf- oder Pachtcontract geschlossen worden, wie es gehalten werden soll, wenn die verkaufte oder verpachtete Sache unbrauchbar ist; wenn eine oder beyde Partheyen sich säumig in Leistung des Schuldigen beweisen, wenn ein Dritter die Sache evincirt u. d. m. Wenn aber solchergestalt in den Gesetzen für die vorzüglichsten Fälle möglichst gesorgt, die Natur eines jeden Geschäfts genau bestimmt, der ganze Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten, welche daraus entstehen können, berichtigt ist, so läßt sich doch der Regel nach bey diesen gesetzlichen Bestimmungen nur die Absicht annehmen, damit dasjenige, was die Contrahenten selbst nicht regulirt haben, nicht ganz ohne gewisse Vorschrift

dem

dem Gutbefinden der Gerichte überlassen bleiben möge. Die Regenten, schreibt der Herr v. Tevenar [k]), sind in Absicht der Privatgeschäfte der Unterthanen mehr Rathgeber, als Gebieter; ihre Aufmerksamkeit muß nur darauf gerichtet seyn, daß sich Ruhe, Sicherheit und Wohlfahrt über das Ganze verbreite. Wie es also einem Jeden frey steht, selbst in der Welt eine Rolle zu spielen, oder sich in ein Kloster zu begeben, und Statt seiner Vernunft die Klosterregeln zur Norm seines Lebens zu machen, so ist es auch den Partheyen unbenommen, die Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung ihrer Rechtsgeschäfte selbst zu bestimmen, oder es dieserhalb bey den gesetzlichen Vorschriften zu lassen; vorausgesetzt, daß das Civilrecht durch wirklich verbietende Gesetze ihnen diese Befugniß nicht entzogen, oder den Richter nicht ganz bestimmt angewiesen hat, auf andere Privatverfügungen keine Rücksicht zu nehmen. Wenn daher Pütter [l]) schreibt; »was aber Dinge sind, die das Recht der Natur auf willkührliche positive Bestimmungen ankommen läßt, da ist doch bey weitem noch nicht die Folge, daß solche Dinge ohne Unterschied durch gesetzliche Vorschriften der höchsten Gewalt bestimmt werden müßten,« so wird ein Jeder aus Gründen, die wir eben bemerkt haben, fährt Herr Prof. Weber fort, sehr leicht erachten, daß diese gesetzlichen Bestimmungen an sich und überhaupt genommen sehr nöthig sind, um weitläuftige Rechtshändel und üble Folgen zu verhüten, welche unvermeidlich sind, wenn alles, was die Partheyen selbst nicht schon im Voraus bestimmt haben, dem schwankenden Ermessen der Gerichte Preis gegeben wird. Wenn aber dieser berühmte Schriftsteller hinzusetzt: »vielmehr ist es für die natürliche Freyheit nur gar zu wesentlich, daß darin jedem Men-

 schen,

k) von Tevenar in dem Versuch über die Rechtsgel. S. 19.

l) Pütters Beyträge zum teutschen Staats- und Fürstenrecht, Thl. 2. S. 10. nr. 13.

schen, jeder Familie, jeder Gesellschaft ungebundene Hände gelassen werden, ihre Einrichtung nur nach ihrem Gutdünken und nach Befinden ihrer Umstände zu machen," so ist hierbey noch zu erinnern, bemerkt Herr Prof. Weber, daß durch die alleinige Bestimmung der Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung der Privatgeschäfte des Unterthanen, nicht sofort seine natürliche Freyheit eingeschränkt, noch ihm die Befugniß genommen wird, selbst in vorkommenden Fällen ein anders zu verabreden und zu beschließen, sondern daß durch dergleichen bürgerliche Anordnungen nur angedeutet wird, was man in Dingen, die man selbst unbestimmt gelassen hat, im Wege Rechtens zu erwarten habe. Nur dann erst wird ihre natürliche Freyheit eingeschränkt, wenn neben der gesetzlichen Bestimmung zugleich den Privatdispositionen, welche etwa davon abweichen sollten, die rechtliche Wirksamkeit versagt wird. Selbst das römische Recht, ob es gleich in einzelnen Fällen mehrere Einschränkungen dieser Art enthält, als wir nach unserer heutigen Verfassung annehmen dürfen, setzt doch überhaupt die Regel fest: pacta dare legem contractui, — obligationum causas pactione immutari posse, — contractum ex conuentione legem accipere [m]); und jeder Rechtsgelehrte darf sich nur an die so genannten naturalia oder die adminicula contractuum [n]) erinnern, um den vielfältigen Gebrauch von diesen Regeln zu zeigen. In emtionibus, sagt der römische Jurist, scimus, quid praestare venditor debeat, quidque contrario emtor. Quod si in contrahendo aliquid exceptum fuerit, id seruari debebit [o]). Bey dem allen aber ist nicht zu leugnen, daß die Gesetze hin und wieder die erwähnte Befugniß der Contrahenten sehr einge-

m) L. 23 et 27. D. de regul. iur. L. 7. D. de pact. L. 1. D. depos.

n) L. 72. D. de contr. emt. vend.

o) L. 43. D. de pactis.

eingeschränkt haben; indem sie theils gewisse Formen der Verträge zwar nicht schlechterdings gebieten, aber doch nur ihnen die völlige Wirksamkeit in Gerichten zugestehen; theils in Ansehung der vorkommenden Rechtsgeschäfte gewisse Merkmale und Folgen unbedingt festsetzen, dergestalt, daß alle Verpflichtungen, welche entweder mit jenen Formen, oder mit diesen einmal angenommenen Grundsätzen und Folgen nicht übereinkommen, als bloße natürliche Verbindlichkeiten im strengsten Verstande, in bürgerlichen Gerichten nicht mit völliger Wirkung geltend gemacht werden können.

Ganz anders verhält es sich mit solchen verbotenen Verträgen, wenn aus einer positiven Vorschrift die Absicht der Gesetzgebung deutlich erhellet, daß dadurch den Privatverfügungen gewisse Gränzen gesetzt werden sollen, und schlechterdings gebietende oder verbietende Gesetze die Zulässigkeit gewisser Privatverträge bestimmen. Hier hängt die Gültigkeit der Verträge und ihre gerichtliche Wirkung von der Uebereinkunft mit den Vorschriften der Gesetzgebung ab, und von solchen Fällen ist die L. 38. D. h. t. zu verstehen, wo es heißt: ius publicum priuatorum pactis mutari non potest. Hierauf gründet sich die Verordnung des Römischen Rechts, wie man aus der L. 27. §. 3. in f. D. h. t. sieht, daß durch keinen Vertrag sollte ausbedungen werden können, daß mir der Andere, mit dem ich einen Contract schließen will, den dolum nicht prästiren solle, dessen er sich bey diesem Geschäfte schuldig machen würde. Nach der L. 4. und der L. 27. D. h. t. wurde der Vertrag für ungültig erklärt, wenn ich dem Andern versprochen hatte, auf den Fall, daß er mich bestehlen würde, dieses für keine Beleidigung halten zu wollen, und keine Diebstahlsklage wider ihn anzustellen, weil ein solcher Vertrag Gelegenheit geben würde, Verbrechen zu begehen, da doch solche durch die Gesetze verhindert werden sollen. Etwas anders war es, wenn Jemand schon dieses Verbrechen begangen hatte;

denn

denn in diesem Falle galt der Vertrag, deswegen nicht gegen ihn zu klagen.

Einer der wichtigsten verbotenen Verträge bey den Römern, war der Erbvertrag, d. h. ein Vertrag über die Erbschaft der Paciscenten, oder eines Dritten, der nicht in den Vertrag gewilligt hatte [p]). Die Römer hielten dergleichen Verträge gefährlich für das Leben des Erblassers, weil der Vertragserbe ihm nach dem Leben stellen könnte, um so bald wie möglich in den Besitz seiner Erbschaft zu gelangen [q]); überdieses sollte die Freyheit ein Testament zu machen, welche Befugniß unter die ersten Vorrechte römischer Bürger gehörte, keinesweges eingeschränkt werden [r]). Hierzu kam noch besonders der Umstand, daß die Römer die ganze Festsetzung einer Erbfolge, schon in den ersten Zeiten des römischen Staats, als eine Staatsangelegenheit betrachteten, worüber von Privatpersonen gar keine Verträge geschlossen werden sollten [s]). In der L. 34. D. h. t. wird ausdrücklich bemerkt, daß man auf das Agnationsrecht durch ein pactum eben so wenig Verzicht leisten könne, als es erlaubt sey, den Vertrag zu schließen, daß man kein heres suus seyn wolle. Uebrigens streiten die Rechtslehrer über den rechten Sinn der Worte: non magis, quam vt quis dicat, nolle suum esse. Cujaz behauptete, das Wort suum sey vom Eigenthumsrechte zu verstehen, und es heiße so viel: man wolle, daß etwas nicht unser Eigenthum sey. Andere Rechtslehrer wenden dagegen ein: in diesem Falle hätte es heißen müssen: nolle quid suum esse;

p) L. 19. D. L. 30. C. de pactis. VOET ad Dig. h. t. §. 16. 17.

q) L. 2. §. 2. D. de vulg. et pup. substit. L. 27. §. 4. D. ad Sctm. Trebell. L. f. C. de pact. L. 4. C. de inut. stipulat.

r) L. 15. C. de pact. L. 52. §. 9. D. pro socio.

s) L. 3. D. qui test. fac. poss. L. f. D. de suis et legit. hered. L. 15. §. 1. D. ad L. Falcid.

esse; es müßten diese Worte vielmehr vom iure suitatis verstanden werden, oder vom iure sui heredes, welches durch keinen simpeln Vertrag aufgehoben werden konnte [t]).

Da so viel darauf ankommt, richtig zu bestimmen, welche Verträge und Contracte für gültig und erlaubt gehalten werden können, und welche für ungültig und unverbindlich zu halten sind, so ist es, um eine leichtere Uebersicht dieser Materie zu bewirken, nöthig, alle oder doch die wichtigsten Fälle dieser Art zusammen zu tragen, wie solches bereits vom Herrn HR. Claproth geschehen ist [u]). Der Regel nach kann man über alle Sachen und Handlungen Verträge schließen, schreibt dieser verdienstvolle Rechtslehrer, wo es die Gesetze nicht untersagen. Dieses tritt ein A) wenn der Gegenstand des Vertrags nicht in der Gewalt der Paciscenten stehet; oder auch B) aus besondern Ursachen. Jenes findet Statt: 1) bey Lehngütern, wo die Bewilligung des Lehnsherrn und der Lehnsverwandten erfordert wird; 2) bey Erbenzinsgütern, wo nach gemeinen Rechten eine Ansage geschehen muß, nach welcher sich der Obereigenthümer binnen zwey Monaten zu erklären hat, ob er sein Vorkaufsrecht ausüben wolle; 3) bey Meyergütern wird allemal die Einwilligung des Gutsherrn verlangt; 4) bey Stadtgütern, wo heutzutage allemal, außer der Einwilligung der Obrigkeit, und derer, welche die Bürgerschaft vorstellen [x]), die Einwilligung des Landesherrn erfordert wird. 5) Bey Gütern, die ganzen Gemeinen gehören, ist außer der Bewilligung der ganzen Gemeine ebenfalls die Einwilligung des Landesherrn nothwendig. Gleichfalls wird 6), bey Protestanten, wenn Kirchengüter, oder Güter, die

t) Faber in Rat. ad h. l. Ed. Caldera de errorib. pragm. Lib. III. c. 7. in Meerm. Thes. T. III. p. 578. Pothier in Pand. Iust. T. I. h. t. Nr. XLI. not. c. p. 77.

u) Herr HR. Claproth von Verträgen, Thl. 1. §. 13. S. 38. und ff. der vierten Ausg.

x) L. 3. C. de vendit. rer. ciuit.

die milden Stiftungen zustehen, veraüßert werden sollen, die Landesherrliche Einwilligung erfordert. 7) Bey Veräußerung der Domainen wird öfters die Einwilligung der Landstände verlangt; bey Chatoulgütern des Fürsten, welche sein Privateigenthum sind, aber nicht. 8) Ueber Sachen, die das öffentliche Wohl des Staats betreffen, stehet es Privatpersonen nicht frey, Verträge zu schließen [y]). 9) Bey Gütern der Landstände wird, außer der Einwilligung des Landesherrn, auch der Consens der Landstände erfordert. 10) Ueber eine im Rechtsstreit befangene Sache, das heißt, wenn eine dingliche Klage, außer der hypothekarischen, angestellt, und die Citation insinuirt worden, in so fern nämlich den Partheyen ein Nachtheil daraus erwachsen könnte [z]), kann kein Vertrag geschlossen werden. 11) So sind Verträge über Stammgüter, ohne Einwilligung der Erben verboten. 12) Verträge über eines Andern Sache schaden dem Eigenthümer nicht, wenn er nicht darein willigt; auch kann man ohne Einwilligung nicht über die Handlung eines Andern Verabredungen treffen [a]). 13) Das Versprechen aber, daß ein Anderer uns etwas geben oder leisten solle, besteht [b]); nur muß man dahin sehen, daß im widrigen Falle eine abgeredete Strafe oder das Interesse versprochen werde, weil man sonst zu weiter nichts verbunden ist, als nach seinen Kräften den Andern dahin zu

y) L. 7. §. 14. L. 27. §. 4. L. 38. 42. D. de pact. Die L. 52. §. 2. ibid. steht nicht entgegen.

z) tot. tit. Dig. et Cod. de litig. Nov. 112. c. 1. Struv. Exerc. 46. th. 51.

a) tot. tit. Cod. de reb. alien. non alien. L. 38. §. 2. 4. L. 79. §. 1. D. de verb. oblig. §. 21. Inst. de inut. stip. L. 65. D. de fideiuss. et mandat. Es giebt aber auch Fälle, wo das Interesse muß geleistet werden, ohne daß man sich zu einer abgeredeten Strafe verbunden hat. L. 81. 83. pr. D. de verb. oblig.

b) §. 3. Inst. de inut. stip.

zu vermögen, daß er die Sache gebe, oder die versprochene Handlung leiste c). 14) Ueber Fideicommißgüter kann, ohne Einwilligung der Interessenten, nichts Gültiges geschlossen werden d); desgleichen 15) nicht über Sachen, deren Veräußerung durch ein Testament oder Vertrag untersagt worden ist e), ohne Einwilligung derer, die dabey interessirt sind. 16) Ist nach vielen Landesgesetzen nicht allein die Veräußerung zusammen gehöriger Güter untersagt, sondern es können dieselben auch nach geschehener Veräußerung wieder zurückgefordert werden, ohne daß die Verjährung im Wege steht. Hier muß man die Landesgesetze zu Rathe ziehen. Etwas ähnliches ist in mehrern Gesetzen des Titels im Codex de agricolis et censitis et colonis geordnet worden, worin festgesetzt wurde, daß die coloni originarii, ohne die Güter, wozu sie gehören, nicht verkauft werden sollen. In der L. 2. C. de omni agro deserto ist die Verordnung enthalten, daß, wenn Jemand von einem emphyteutikarischen oder Patrimonialbesitzer einzelne Stücke gekauft hatte, welche seine übrigen Grundstücke in den Abgaben unterstützen mußten, so soll der Käufer die Abgaben der übrigen unvermögsamen Grundstücke auch übernehmen. Von dieser Verordnung ist mir kein Fall vorgekommen, wo sie anzuwenden stünde. In der L. 4. C. ibid. ist geordnet, daß ein Erbe von schlechten Ländereyen die Abgaben entrichten soll; wenn er aber der Erbschaft entsagen will, soll er allen Gütern entsagen. Allem Anschein nach ist hier nicht von Entsagung der ganzen Erbschaft, sondern nur von der Dereliction der schlechten Ländereyen die Rede. Nach der L. 5. 6. 10. ibid. sollen diejenigen, so gute Ländereyen haben, auch die schlechtern nehmen, sonst sollen die

c) L. 3. §. 2. C. comm. de legat. L. 38. pr. et §. 1. 2. 3. L. 67. §. 1. L. 97. §. 1. D. de verb. oblig. Hertii D. de obligat. alterum daturum facturumue, Vol. I.

d) L. 11. C. de transact. L. f. §. 2. C. comm. de legat.

e) L. vlt. C. de reb. alien. non alienand.

die Grundstücke einem Andern überlassen werden. Wer nach der L. 7. 16. ibid. schlechte Ländereyen arthaft gemacht hat, soll gegen den zuerst bedungenen Canon diese Grundstücke vererben, und auf keine Weise daraus verdrungen weroen. 17) Es sind ungültige Verträge, worin ausgemacht wird, daß der Besitzer eines Grundstücks keine öffentlichen Abgaben entrichten soll [f]), oder welche 18) dem Eigenthümer untersagen, seine Sachen zu veräußern [g]). Dieß sind die Fälle, wo der Gegenstand nicht in der Gewalt der Partheyen war.

Es ist oben gedacht worden, daß B) aus besondern Gründen über gewisse Dinge keine Verträge geschlossen werden können, wohin 19) solche Sachen gehören, die aus gegründeten Ursachen dem Commerz entzogen sind. Man nennet sie auch Contrebande Waaren. Wenn Jemand solche Waaren zu liefern verspricht, mit welchen er nur nicht handeln darf, so muß er den Schaden allein tragen [h]). Es gehören 20) hierher Dotalgüter; 21) Güter der Pupillen und Minderjährigen; imgleichen 22) Baumaterialien, welche aus einem aufgeführten Gebäude herausgenommen werden sollen, damit die Städte nicht verunstaltet werden mögen [i]). 23) Ueber die Erbschaft eines Lebenden gilt kein Erbvertrag, wegen der Furcht, daß ihm nach dem Leben gestanden werden möchte; es sey denn, daß er darein gewilligt [k]), und bis an seinen Tod dabey verharret. Dieses wird heutzutage nicht mehr beobachtet, da sich ein Jeder der Befugniß zu testiren durch Verträge begeben kann [l]); jedoch ist erforderlich, wenn über eines Leben-

f) L. 42. D. h. t. t. t. C. sine censu vel reliqu. Die L. 52. §. 2. D. de pact. steht entgegen; allein aller Zweifel wird durch die neuern Gesetze des Codex gehoben.

g) Hertii D. de pacto ne dominus rem suam alienet.

h) L. 34. D. de verb. oblig.

i) §. 29. Inst. de rer. diuis. L. 98. in f. D. de solut.

k) L. vlt. C. de pact. L. 4. C. de inut. stip.

l) Horn Consult. Class. VIII. Resp. 33.

Lebenden Erbschaft ein Erbvertrag geschlossen werden soll, daß derselbe ausdrücklich darein willigt; nicht etwa durch die bloße Unterschrift, als welche bey Erbschaften nicht hinreichet [m]), weil die Ernennung eines Erben immer ausdrücklich geschehen muß [n]). 24) Erbschaftserschnappungen sind verboten [o]); jedoch kann über die Erbschaft einer unbestimmten dritten Person ein Erbvertrag geschlossen werden; denn hier besteht der Gegenstand des Vertrags in einer bloßen Hoffnung [p]). 25) Verträge, worin einem Advokaten versprochen wird, daß er als Interessent im Proceß angesehen und einen Antheil vom Gewinnst der Sache haben solle (pactum de quota litis) sind, um den Proceßhandel abzuschneiden, verboten. Heut zu Tage gilt ein solcher Vertrag deswegen nicht, weil dadurch gewöhnlich gegen die Tarordnungen gehandelt werden würde [q]); desgleichen gilt der Vertrag, wenn er während des Rechtsstreits eingegangen wird, nicht, daß dem Advokaten, auf den Fall, daß der Proceß gewonnen würde, ein Palmarium gegeben werden solle. Nach geendigter Sache kann er zwar freywillige Geschenke annehmen, aber durch Verabredung darf er sich keine übermäßige Summe versprechen lassen. 26) Der Vertrag die Proceßkosten nicht zu erstatten [r]), oder 27) über unanständige und unerlaubte Dinge;

m) L. 34. §. 2. D. de legat. II. L. 39. D. de pigner. act. MEVIVS P. I. Dec. 71. n. 3. CARPZOV P. II. Const. 35. n. 19.

n) L. 65. D. de hered. instit. L. f. D. qui test. fac. poss. L. 42. D. de test. milit.

o) L. 61. D. de verb. oblig.

p) §. 4. Inst. de societ. L. 3. §. 1. D. pro socio. VOET in comment. ad Dig. Lib. II. tit. 14. §. 17.

q) L. 1. §. 10—12. D. de extr. cognit. L. 13. C. de iud. L. 20. 22. C. mand. L. 53. D. de pact. L. 5. 6. §. 2. 5. C. de postul. L. 15. C. de procur. C. C. G. O. Thl. 1. Tit. 60. Pr. §. 1.

r) L. 53. D. de pact.

Dinge [s]); imgleichen 28) der Verkauf der Früchte auf dem Halm, weil dadurch leicht unerlaubte Zinsen gehoben werden können [t]), sind verboten. 29) Die Schuld eines Christen kann ein Jude weder sich übertragen lassen, noch dieser seine Forderung einem Christen übertragen [u]). 30) Den Ehepacten darf keine Conventionalstrafe beygefügt [x]), und 31) für den Brautschatz keine Bürgschaft gefordert werden [y]). 32) Der Vertrag, worinn ausgemacht wird, daß das Pfand solle verfallen seyn, wenn der Schuldner nicht zur gesetzten Zeit bezahle, ist verboten [z]). 33) Der Vertrag, einen Alleinhandel zu treiben, und daß ein angefangenes Werk von keinem andern Handwerker solle vollendet werden, besteht nicht [a]). 34) Ueber das Recht der Verwandschaft, ius agnationis [b]); und 35) über das, was gar keinen Nutzen hat, gilt kein Vertrag,

s) L. 27. §. 4. D. de pact. L. 26. 27. pr. L. 123. D. de verb. oblig. c. 69. X. de reg. iur. in 6to.

t) R. P. O. v. J. 1548. und 1577. Tit. 19. Io. Gottl. Heineccius D. de venditione illicita fructuum in herbis.

u) R. A. v. J. 1551. §. 78—80. R. P. O. v. J. 1577. Tit. 20. §. 4. Dieses Reichsgesetz ist aber selbst bey der Reichskammer nicht im Gebrauch, wie man aus Crämers Wezlar. Nebenst. Thl. 3. S. 108. sieht; und auch in Sachsen sind dergleichen Cessionen gültig. Leyser Spec. 199. cor. 2. Der Herr von Pufendorf Tom. 1. Obs. 158. unterscheidet Schutzjuden, und die keinen Schutz haben. Jener ihre Cessionen sollen bestehen, dieser ihre aber nicht.

x) L. vlt. Cod. de sponsal. in fine.

y) tot. tit. C. ne fideiuss. dor. dent. Viele Rechtslehrer behaupten, daß heutzutage eine solche Bürgschaft gelten müsse. Ioh. Frid. Eisenhardt de fideiussoribus dotis. §. 9. in Opusc. p. 32. sqq. Leyser Spec. 523. med. 8.

z) L. 3. C. de pact. pignor.

a) L. vn. C. de monopol. In diesem Gesetze werden alle ertheilte oder noch zu ertheilende Landesherrliche Begnadigungen verworfen, und auf die Ausübung des Monopols die Confiscation und Verbannung gesetzt. R. A. v. J. 1512. §. 16. 17. R. P. O. v. J. 1548. Tit. 18. v. J. 1577. Tit. 18.

b) L. 34. D. de pactis.

trag [c]); z. B. es läßt sich Jemand seine eigene Sache, von welcher er nicht weiß, daß sie sein ist, versprechen [d]). 36) Wo der Gegenstand entweder nach Gesetzen, oder seiner Natur und Eigenschaft nach, zu leisten unmöglich ist [e]), da gilt kein Vertrag, außer wenn die Unmöglichkeit erst nachher, oder durch eigene Schuld, eingetreten ist [f]). 37) Wenn eine Art der Sache (genus), ohne alle genauere Bestimmung eines gewissen Gegenstandes, versprochen wird, so gilt der Vertrag wegen der Ungewißheit des Gegenstandes nicht [g]); und eben deswegen kann man auch nicht auf einen unbestimmt versprochenen Gehalt klagen [h]); nur sollte doch hier das billige Ermessen des Richters eintreten. 38) Die Münzgerechtigkeit kann keinem Andern ganz oder zum Theil durch Vertrag überlassen werden [i]). 39) Sachen, von welchen man schon Eigenthümer ist [k]), kann man sich nicht anders, als unter einer Bedingung versprechen lassen, und sie müssen uns zu der Zeit, da die Bedingung eintritt, nicht schon eigenthümlich zugehören [l]). Auf diese Weise kann sich der Eigenthümer einer Sache den Genuß derselben versprechen

c) L. 7. §. 3. 4. L. 61. D. de pact. L. 8. §. 6. D. mand. Arg. L. 8. D. si quis caut. L. 15. D. de seruit. L. 58. D. de verb. oblig. L. 98. §. 1. eod.

d) L. 1. §. 9. 10. D. de obl. et act.

e) L. 35. pr. §. 1. L. 69. L. 97. pr. D. de verb. oblig. c. 6. de reg. iur. in 6to.

f) Mevius P. V. Dec. 45. Brvnnemann ad L. 5. D. de reb. cred.

g) L. 75. 94. 108. §. 1. L. 115. pr. D. de verb. obl. L. 2. §. 5. D. de eo quod certo loco.

h) L. 56. §. 3. D. mand. L. 17. C. eod. Leyser Spec. 40. med. 1. Spec. 519. med. 11.

i) Kaiserl. Commiss. Decret v. 15ten Septbr. 1667. im 2ten Thl. der Samml. der Reichsabsch. Part. IV. S. 52. Münzordnung v. J. 1559. §. 174.

k) L. 29. §. 1. L. 82. D. de verb. oblig.

l) L. 31 D. de verb. oblig.

chen lassen [m]). 40) Der Vertrag des Vaters mit dem Sohne, daß dieser die Klage des pflichtwidrigen Testaments nicht anstellen soll, wenn er auch dazu befugt wäre, gilt nicht [n]). 41) Gifte dürfen nicht verkauft werden [o]), es geht aber allerdings an, sie verständigen und nicht verdächtigen Personen zu überlassen [p]). 42) Der Vermächtnißnehmer kann sich über die bestimmt vermachte Sache, in Ansehung ihrer Beschaffenheit, nicht etwas versprechen lassen, sondern er muß sie nehmen, wie sie ist [q]). 43) Ganz unbesonnene Verträge, welche mit der Billigkeit streiten, und das Verderben mit sich führen; 44) Verträge, welche zu Verbrechen reitzen und Anlaß geben können, sind ungültig [r]).

§. 305. 306.

Unter den allgemeinen Wahrheiten von der Natur und rechtlichen Beschaffenheit der **Verträge**, verdienen die Grundsätze von den verschiednen **Bestimmungen** derselben, die größte Aufmerksamkeit, weil man durch Unbekanntschaft mit diesen Grundsätzen zu den unrichtigsten Vorstellungen verleitet werden würde. In Gesetzen werden **dreyerley Bestimmungen** und Eigenschaften der Verträge auf das genaueste unterschieden, nämlich 1) die **wesentlichen** Stücke eines Vertrags; 2) die **gesetzlichen** Bestimmungen, und 3) die **zufälligen** Bestimmungen [s]). **Wesentliche**

m) L. 56. §. 6. D. de verb. oblig.
n) L. 35. §. 2. C. de inoffic. test.
o) L. 35. §. 2. D. de contr. emt. vend.
p) Art. 37. C. C. C.
q) L. 56. de legat. I.
r) L. 5. §. 10. L. 17 pr. D. commod. L. 1. §. 7. D. depos. L. 27. §. 4. D. de pact. L. 23. D. de reg. iur.
s) AVERANII Interpr. Lib. IV. c. 12. d'AVEZAN contractuum lib. 1. c. 4. in MEERMANNI Thes. T. IV. p. 12.

liche Bestimmungen eines Vertrags, essentialia pacti, sind solche Eigenschaften des Vertrags, welche den Begriff eines gewissen Vertrags ausmachen, und welche daher so nothwendig vorhanden seyn müssen, daß ohne solche der Vertrag nicht der seyn kann, der er seyn soll, schreibt Hr. HR. Glück; und im Commentar des Hrn. GTR. Höpfners[ss]) heißt es: die Bestimmungen, welche zu einem gewissen Vertrage nothwendig erfordert werden, so, daß er dieser Vertrag nicht seyn kann, wenn diese Bestimmungen fehlen, heißen essentialia. Bey einem Depositum z. B. ist die unentgeldliche Verwahrung einer Sache, ein wesentliches Stück; bey einem Kaufcontracte nennt man die Waare und den in einer bestimmten Summe Geld bestehenden Preis derselben, die wesentlichen Stücke desselben. Wo diese beyden Stücke fehlen, da läßt sich kein Kauf denken. Von diesen wesentlichen Eigenschaften eines jeden Vertrags ist zu merken, daß solche durch keine Verabredungen abgeändert werden können. Sollten daher solche Verabredungen wirklich geschehen seyn, welche dem Wesen des Vertrags, von dem die Rede ist, zuwider sind, so ist entweder der ganze Vertrag nichtig, oder er wird wenigstens dergestalt dadurch verändert, daß ein anderes rechtliches Geschäfte entstanden ist, oder ein solcher Nebenvertrag hat nach dem Willen der Gesetze gar keine Wirkung, und er wird als nicht geschlossen betrachtet, welches die Gesetze in einigen Fällen ausdrücklich verordnet haben. Beym Voet über den Titel de pactis, §. 5. findet man folgende Erläuterung dieses Satzes, wo es heißt: si pactum adiicitur ita, vt ipsam contractus subuertat substantiam, generali non potest definitione tradi, quid iuris sit; quandoque enim totum vitiatur negotium, dum forte impossibilia pacto comprehensa sunt[t]);

ss) Herr HR. Glück im Comment. Thl. 4. S. 216. Herr GTR. Höpfner a. a. O. §. 732. S. 668.

t) L. 31. D. de oblig. et act.

quandoque, valente principali negotio, irritum est et inutile pactum adiectum; veluti si id in *deposito* aut *precario* actum fuerit, ne intra *certum tempus* rem depositam, precarioue concessam repetere liceat [u]); quandoque ipsum immutatur principale negotium, sic vt ex vi pacti contra substantiam adiecti transeat in aliam negotii speciem; quod fit in emtione inita cum pacto de pretio non soluendo, quo casu donatio esse creditur [x]), vti et in donatione mortis causa cum pacto, vt nullo casu reuocetur; quippe quae ex tali adiectione perinde habenda est, ac alia quaevis inter viuos donatio [y]). Diese Grundsätze muß man damit vergleichen, was nach Anleitung des 311. §. dieses Lehrbuchs von pactis adiectis aus einander gesetzt werden wird.

Gesetzliche Bestimmungen eines Vertrags, naturalia pacti, heißen solche Eigenschaften des Vertrags, welche solcher gewöhnlich hat, deren Daseyn also rechtlich vermuthet wird, die aber doch davon getrennt werden können, wenn es die Paciscenten ausmachen. Dergleichen gesetzliche Eigenschaft ist es, bey einem Kauf z. B. daß der Verkäufer die Eviction leisten, daß der Käufer Zinsen vom Kaufschilling bezahlen muß, sobald ihm die Waare abgeliefert worden ist. Es ist zwar den Paciscenten in Gesetzen erlaubt, die gesetzlichen Bestimmungen eines gewissen Vertrags durch Nebenverabredungen abzuändern; es darf aber eine solche Verabredung nicht von der Art seyn, daß der wesentliche Zweck des geschlossenen Contracts dadurch ganz vernichtet würde, welches z. B. der Fall seyn würde, wenn bey einem Pfandcontracte ausgemacht worden, das Pfand solle nie veräußert werden

u) L. 1. §. 45. et 46. D. depos. L. 12. D. de precar.
x) Arg. L. 5. D. pro donato iunct. L. 36. et 38. D. de contr. emt.
y) L. 27. D. de mort. caus. donat.

den können. Noch ist zu bemerken, daß Papinian [z]) die wesentlichen und gesetzlichen Bestimmungen eines Vertrags, adminicula pacti genannt hat.

Was endlich die zufälligen Bestimmungen eines Vertrags betrifft, accidentalia pacti, so werden darunter solche Eigenschaften verstanden, die bey einem Vertrage nicht gewöhnlich sind, und dabey nicht statt finden, wenn sie nicht ausdrücklich ausbedungen worden sind. Eine dergleichen zufällige Bestimmung bey dem Kaufcontract enthält der Vertrag, daß der Kaufschilling in gewissen Münzsorten bezahlt werden soll; der Vertrag, daß, wenn der Käufer binnen einer gewissen Zeit nicht bezahlt, der Kauf nicht gilt; der Vertrag, daß der Käufer befugt ist, binnen gewisser Zeit die Sache wieder einzulösen; der Vertrag, wodurch sich der Verkäufer den Vorkauf oder den Wiederkauf vorbehält. Bey dem Depositum kann es durch einen solchen Vertrag ausbedungen worden, daß dem Depositar der Gebrauch der in Verwahrung gegebenen Sache erlaubt seyn soll. Nach der Verordnung der Gesetze, dürfen die accidentalia pacti nie vermuthet werden, sondern sie entstehen einzig und allein dadurch, weil die naturalia pacti durch besondere Verabredungen der Paciscenten abgeändert worden sind, und eben deswegen müssen sie im Läugnungsfalle erwiesen werden.

Wir haben zeither die Natur und Beschaffenheit der Verträge kennen lernen; nunmehr soll der Unterschied erklärt werden, welcher bey den Römern zwischen den verschiedenen Arten derselben, und hauptsächlich zwischen den pactis und contractibus, gemacht wurde [a]). Man

z) L. 72. D. de contr. emt. vend.

a) Corn. van Bynckershoeck D. de pactis stricti iuris contractibus in continenti adiectis, c. 1. Lugd. Bat. 1699. in *Eius* Opusc. Hal. p. 94. Guil. Best Orat. de pactorum et contractuum sec. ius gent. et rom. natura et aequitate, in *Eius* Opusc. de ratione emend. leges, Lipſ. 1745. p. 69. Io. d'Ave-

unterschied bey den Römern zwischen pactis affirmativis siue obligatoriis, und pactis negatiuis seu liberatoriis, welche letztern auch pacta de non petendo genennt wurden. Erstere theilte man nochmals in contractus und eigentliche pacta, letztere aber in simple, und klagbare Verträge, pacta nuda et non nuda. Die Convention hieß obligatoria oder affirmatiua, wenn durch solche eine gewisse Forderung, eine Schuldverbindlichkeit entstand; wenn hingegen durch den Vertrag eine vorhanden gewesene Schuldverbindlichkeit oder Forderung des Gläubigers aufgehoben wurde, so nennte man den Vertrag conuentio liberatoria siue negatiua, seu pactum de non petendo. Die römischen Gesetze bestimmten die Wirkungen der negativen oder liberatorischen Conventionen sehr verschieden; man nahm nämlich darin darauf Rücksicht, ob die Convention, wodurch die Verbindlichkeit erlassen worden, im bürgerlichen Rechte bestätigt worden, und eine so genannte conuentio legitima war, oder ob diese Bestätigung nicht gezeigt werden konnte, und solche nur aus einer conuentione nuda herrührte b). In der L. 6. D. h. t. heißt es: *legitima conventio* est, quae lege aliqua confirmatur, et ideo interdum ex pacto actio nascitur, vel *tollitur*, quoties Lege vel Senatusconsulto adiuuatur. Im ersten Falle hörte die Forderung des Gläubigers des geschlossenen Vertrags wegen ipso iure auf, das heißt, die Klage wurde wegen des vorhergegangenen Vertrags dergestalt unkräftig gemacht, daß der Beklagte nicht einmal nöthig hatte, die Einrede des vorhandenen Vertrags vorzuschüzzen.

d'Avezan Contr. Lib. 1. c. 1. sqq. in Meermann. Thes. Tom. IV. Noodt de pact. et contr. c. 9. sqq. Marc. Aur. Galvan de vsufr. c. 16. et 17. Langsdorf in tr. de pact. et contr. Rom. Sect. IV. §. 18. sqq.

b) Noodt de pact. et transact. c. 13.

zen [c]). Wenn z. B. Jemand dem Andern versprochen hatte, daß er wegen der ihm zugefügten Injurie, oder wegen des begangenen Diebstahls nicht wider ihn klagen wollte, so war dieser Vertrag schon nach den Gesetzen der zwölf Tafeln verbindlich, und das Recht zu klagen, wurde dadurch ipso iure aufgehoben, wie bereits nach Anleitung des 287. Paragraphen dieses Lehrbuchs S. 46. bemerkt worden ist. Was den zweyten Fall betrifft, wenn nämlich kein bürgerliches Gesetz die negative Convention bestätigte, so gab der Prätor dem Beklagten eine Einrede, wodurch er sich gegen die Klage schützen konnte, wenn der Gläubiger die erlassene Schuld dem Vertrage zuwider, dennoch verlangt hatte [d]).

Andere Grundsätze hatten die Römer, nach denen man die pacta *affirmatiua* s. obligatoria beurtheilte; denn hierbey wurde ein Unterschied zwischen Contracten und eigentlichen Verträgen gemacht. Das Wort contractus bezeichnete im eigentlichen Sinne des römischen Rechts solche Verträge, die schon nach den ältern allgemeinen bürgerlichen Gesetzen einen rechtlichen Grund hatten, causa ciuilis obligationis, συνάλλαγμα, daß daraus eine Klage angestellt werden konnte. Aus der L. 7. §. 1. 2. 4. D. h. t. sieht man, daß die römischen Rechtsgelehrten unter dem Worte causa einen solchen rechtlichen Grund verstanden haben, welcher machte, daß aus einer Convention schon von jeher nach allgemeinen Rechtsregeln geklagt werden konnte [e]), wiewohl einige Rechtslehrer [f]) behaupten,

c) L. 17. §. 1. L. 27. §. 3. D. de pact. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 15.

d) L. 17. §. 2. D. de pact. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 16. et 17.

e) Herr Prof. Hugo im Civilist. Magaz. 1ster Band, 4tes Heft, S. 458. Herr HR. Glück im Comment. Thl. 4. S. 220.

f) Wachendorf in D. de pact. nudis, c. 2. §. 7. Langsdorf de pactis, Sect. IV. §. 21.

man habe blos die wirkliche Ablieferung einer Sache, oder die Leistung der versprochenen Handlung, wodurch der Contract seinen Anfang nehme, causa ciuilis obligationis genennt. Noch ist zu bemerken, daß das Wort contractus von den römischen Rechtsgelehrten, bisweilen in einer uneigentlichen und so weitläuftigen Bedeutung gebraucht worden, daß sie alle Arten verbindlicher Handlungen, die unerlaubten nicht ausgenommen, darunter verstanden, daher man die verschiednen Bedeutungen des Worts contractus gehörig wissen muß g). In der L. 20. D. de iudic. bemerkt Paulus: *omnem obligationem pro contractu* habendam esse; vt vbicunque aliquis obligatur, et contrahi videatur, quamuis non ex crediti causa debeatur. Vom Tryphonin findet man in der L. 52. D. de re iud. folgenden Gedanken: si rerum amotarum cum viro agatur, in solidum condemnari debet, quoniam ex *malo contractu* actio oritur. Hierher gehören auch die Worte des Marcianus in der L. 15. D. de donat. wo es heißt: post *contractum crimen* capitale donationes non valent, wie auch des Papinians in der L. f. D. de accus. wo er sagt: apud eos accusatur, apud quos *crimen contractum* ostenditur.

Alle übrigen Conventionen, denen es an einer solchen causa ciuilis obligationis fehlte, nennten die Römer pacta im eigentlichen Verstande, und diese bewirkten, wie es in der L. 7. §. 4. D. h. t. heißt, keine klagbare Verbindlichkeit, das heißt, kein Recht zu klagen, ausgenommen, wenn ein Vertrag zugleich mit einem gewissen Contract verabredet, und mit demselben dergestalt verbunden worden, daß er einen Theil desselben ausmachte; oder der Prätor hatte ihn ausdrücklich bestätigt; oder er war durch ein neueres bürgerliches Gesetz für klag-

g) d'Avezan contractuum Lib. 1. c. 2. Westenberg de cauf. obligat. Dissert. II. c. 2. §. 3. Herr Prof. Weber von Verbindlichk. §. 25. S. 76.

klagbar erklärt worden. Dieser Umstand machte, daß die eigentlichen Verträge, in pacta nuda und non nuda eingetheilt werden mußten, um ihre Wirkung hinlänglich zu unterscheiden. Es ist aber dadurch zugleich sehr schwer geworden, solche wesentliche Kennzeichen festzusetzen, woran man einen Contract und ein klagbares pactum deutlich erkennen kann. Neuere Rechtslehrer h) nehmen daher an, da der Begriff von einem Contract ganz historisch sey, so müsse man ihn auf diese Art untersuchen, und um beyde Arten von Conventionen zu unterscheiden, nothwendig zu an sich zufälligen Thatsachen seine Zuflucht nehmen. Bey dem Mangel an sichern Nachrichten, läßt es sich nicht mit Gewißheit bestimmen, ob die Römer schon, gleich nach Entstehung ihres Staats, Contracte und Verträge unterschieden haben. Mehrere Rechtslehrer i) haben zwar angenommen, die Römer hätten anfangs sich blos nach dem Naturrechte gerichtet, und folglich auch alle Verträge ohne Unterschied für verbindlich erklärt; dieser Behauptung steht aber entgegen, daß man in neueren Zeiten wieder angefangen hat, wichtige Zweifel aufzustellen, ob ein Vertrag nach dem Naturrechte wirklich eine vollkommne Verbindlichkeit bewirke k), und daß Dionysius von Halicarnaß l) erzählt, schon unter dem Numa sey es gebräuchlich gewesen, die Contracte öffentlich und vor Zeugen zu schließen; damit aber auch diejenigen Verträge erfüllt werden möchten, die nicht vor Zeugen

h) Herr Prof. Hugo a. a. O. S. 456.

i) Besecke D. de origine modorum contrahendi apud Romanos, Hal. 1772. §. 3. Langsdorf l. c. §. 18. Herr Prof. Tafinger in seiner Encyclopädie, §. 22. S. 74. Erl. 1789. Herr Adv. Griesinger von Verträgen, §. 4.

k) Herr Prof. Hugo im Lehrbuch der Rechtsgesch. Berlin 1790. S. 27. Herr Prof. Schmalz im Rechte der Natur, Thl. I. §. 114—118.

l) Dion. Halicarn. Antiqu. Roman. Lib. II. p. 134. edit. Sylb. Lipf. 1691. fol.

Zeugen geschlossen worden, so habe er der Fidei publicae einen Tempel errichtet, und verordnet, daß bey Streitigkeiten über Contracte der Eyd gebraucht, und solcher vom Gegentheil geleistet werden solle. Man findet zwar im 4ten Buch der Alterthümer dieses Schriftstellers die Nachricht, König Servius habe funfzig Gesetze über die Contracte und Verbrechen abfassen lassen; da er aber weder den Inhalt dieser Gesetze deutlich angegeben hat, und es sich nicht sicher herausbringen läßt, was er sich, als Grieche, von den Contracten für einen Begriff gebildet gehabt, so ist es wenigstens unsicher, denjenigen Rechtslehrern m) ohne Bedenken Recht zu geben, welche annehmen, man habe gleich nach Entstehung des römischen Staats einen Unterschied zwischen Contracten und Verträgen gemacht. Mit vieler Wahrscheinlichkeit kann man wohl behaupten, daß die Gesetze des Servius über die Contracte, vorzüglich nur vom Darlehnscontracte werden gehandelt haben, und er in solchen den wucherlichen Contracten der Patricier, wodurch die armen Bürger so sehr gedrückt wurden, zu ihrer Erleichterung Einhalt gethan habe; denn Dionysius braucht den Gedanken: τὰς νόμας φιλανθρώπας καὶ δημοτικάς n). Ließe sichs aber auch hinlänglich darthun, daß schon unter der königlichen Regierung in Rom, ein Unterschied zwischen Contracten und Verträgen gemacht worden sey, so scheint es dennoch nicht wahrscheinlich, daß dieser Unterschied blos auf die so genannte Stipulation, oder die feyerliche Frage und Antwort gegründet worden, welche Meynung der verstorbene Hr. HR. Meister o) zu beweisen gesucht hat, sondern es ist der Natur der Sache gemäßer,

m) Meister D. de in factum actionib. c. 1. §. 5. in *Eius* Opusc. T. I. p. 315.

n) Io. Gottl. Müller Disp. ad hist. iur. Rom. de contr. antiqu. praem. *Eius* vind. contr. aestimat. etc. Lipsiae 1778. Dion. Halic. Ant. Lib. 5. p. 278.

o) Meister in Diss. cit. c. 1. §. 9.

mäßer, mit dem Herrn Prof. Schmalz p) anzunehmen, daß man solche Verträge, die bereits durch eine Leistung erfüllt worden, Contracte genennt habe q). Nach dieser Zeit fiengen die Rechtsgelehrten zwar allerdings an, die Verträge in eine gewisse Form einzukleiden, und hierzu wählte man hauptsächlich die Feyerlichkeiten der Stipulation. Es geschahe dieses von den Patriciern deswegen, damit sie auf alle wichtige Privatgeschäfte der Plebejer den größten Einfluß haben möchten r), wiewohl ganz andere, nicht zu verwerfende Gründe, als die Ursachen der Einführung von Förmlichkeiten bey Verträgen von ihnen angegeben wurden, indem man vorgab, die Sache sey nöthig, 1) damit nicht jeder in Rechtssachen unerfahrne Bürger sich, durch ein unüberlegtes Versprechen, eine ihm sehr nachtheilige Verbindlichkeit auflegen möchte, sondern Gelegenheit hätte, die Wirkung seines Versprechens hinlänglich überlegen zu können; 2) damit keine unnöthigen und weitläuftigen Processe entstehen sollten, sondern jeder Rechtshandel sogleich nach der bey dem Geschäfte gebrauchten Formel entschieden werden könnte s). Daher ist es sehr wahrscheinlich, daß, nachdem der Gebrauch der Formeln bey allen Arten gerichtlicher und außergerichtlicher Geschäfte angenommen werden, jeder Vertrag, wenn er eine klagbare Verbindlichkeit bewirken sollte, in der Form einer Stipulation eingegan-

p) Herr Prof. Schmalz im reinen Naturrechte, §. 118. S. 90.

q) L. 1. D. de contr. emt. vend.

r) CICERO in Orat. pro Murena; c. 11. IDEM de Orat. I, 41. Io. Gottl. HEINECCIVS in Orat. de iurispr. vet. Roman. formular. Franequ. 1724. rec. 1734. 4. Io. Hier. STENGER D. de iure formulario Romanor. seu de legis actionibus ex XII. Tab. descendentibus, Lipsi. 1709. BACH in hist. iurisp. p. 218. edit. illustr. STOCKMANNI.

s) Io. LVZAC Specimen exhibens obseruationes nonnullas apologeticas pro Ictis Romanis ad locum Ciceronis in Orat. pro Murena c. XI—XIII. Lugd. Bat. 1768. 4. Herr Prof. Hugo im Civilist. Magaz. 1ster Band, 4tes Heft, S. 415.

gegangen seyn mußte, wenn nicht etwa der eine Theil schon dasjenige geleistet hatte, was als der Gegenstand des Vertrags betrachtet wurde, und blos auf die Zurückgabe des Seinigen klagte; denn derjenige, welcher z. B. eingestand, daß ihm der Kläger etwas geliehen habe, konnte sich dadurch von der Zurückgabe des Empfangenen, oder einer andern Sache von gleichem Werthe nicht befreyen, daß er vorschützte, es sey keine Feyerlichkeit bey der Ablieferung beobachtet worden, weil diese Art zu handeln den einen Paciscenten mit dem ungerechtesten Nachtheil des Andern bereichert hätte. Die Rechtslehrer t) behaupten daher: anfangs habe man bey den Römern nur solche Verträge, die durch Uebergabe einer Sache, oder durch Leistung einer Handlung, oder durch rechtliche Formeln errichtet worden, für Contracte gehalten, und alle übrigen für bloße pacta. Je mehr sich aber die Zahl der römischen Bürger vergrößerte, je häufiger bürgerliche Geschöfte geschlossen worden, desto weniger war es möglich, alle Conventionen, deren volle bürgerliche Rechtswirkung nothwendig war, vermittelst einer Stipulation einzugehen, oder sogleich durch die geschehene Uebergabe zu vollziehen; und doch war es nun einmal Grundsatz des römischen Rechts geworden, daß eine Convention eine causam ciuilem obligandi haben müsse, wenn eine klagbare Verbindlichkeit dadurch bewirkt werden solle. Die Rechtstheorie bequemte sich also nach diesem veränderten Zustande der Dinge, und so dispensirte man wahrscheinlich durch die fori disputationem u) einige im gemeinen Leben am häufigsten vorkommende Verträge von der Form der Stipulation, und nahm sie unter die Contracte auf, so

t) Herr Prof. Hufeland im Lehrbuch der Geschichte und Encyclopädie aller in Teutschland geltenden positiven Rechte, §. 288.

u) BACH in hist. iurispr. p. 260. edit. illustr. STOCKM. MEISTER Diss. de in fact. action. c. 1. §. 19. Herr Prof. Tafinger in der Encycl. S. 112.

so daß sie, auch ohne gebrauchte Stipulation, blos durch die hinlänglich erklärte Einwilligung der Paciscenten eben so verbindlich wurden, als sie bey andern Nationen waren. Sehr deutlich läßt sich dieses durch die Consensualcontracte beweisen, deren Entstehung blos in der Nothwendigkeit des bürgerlichen Verkehrs zu suchen ist, welches auch von den so genannten Realcontracten behauptet werden muß. Zuletzt erfand man noch eine Art von Contracten, bey denen ein schriftliches Schuldbekenntniß, wenn dasselbe ein gewisses gesetzlich bestimmtes Alter erreicht hatte, die Ursache und Form der bürgerlichen Verbindlichkeit ward. Außer diesen Contracten, wurde nun zwar noch manchen einzelnen Arten bloßer Verträge, sowohl vom Prätor, als durch Gesetze der Kaiser, eine klagbare Verbindlichkeit beygelegt; sie behielten aber dennoch die allgemeine Benennung, pacta, weil sie erst nach der Zeit für klagbar erklärt wurden, nachdem die Anzahl der Contracte gleichsam schon ein für allemahl festgesetzt und geschlossen worden war. Bloß aus diesem Grunde läßt sichs erklären, warum die so genannten pacta legitima keine Contracte sind; denn a priori läßt sichs schwerlich darthun, warum zwar der Kauf, aber die Schenkung kein Contract ist; und sehr richtig hat der Herr Prof. Hugo x) bemerkt, daß, wenn der bloße Consens über eine künftige Schenkung, schon zu Cicero's Zeiten, oder damals, als sich der römische juristische Sprachgebrauch bildete, eine Klage begründet hätte, wir dieses Geschäft eben so natürlich unter die Consensualcontracte setzen würden, als jedes andere.

Die vorgetragene kurze historische Darstellung von der Entstehung der Contracte, entdeckt uns zugleich folgende Kennzeichen der Contracte; nämlich 1) ist es als ein ausgemachter Grundsatz anzunehmen, daß jeder Contract

x) Herr Prof. Hugo im Civilist. Magaz. 1ster Band, 4tes Heft, S. 457.

tract eine Convention vorausſetzt, und ohne ſolche nicht entſtehen kann, wie es in der l. 1. §. 3. in f. D. h. t. ausdrücklich bemerkt wird, wo es heißt: nullum eſſe contractum, qui non habeat in ſe conuentionem. Eben deswegen ſind Geſchäfte, woraus die Verbindlichkeiten quaſi ex contractu entſtehen, keine Contracte. Es muß 2) eine conuentio obligatoria geſchloſſen worden ſeyn, das heißt, der Vertrag muß in der Abſicht verabredet worden ſeyn, daß dadurch eine Verbindlichkeit entſtehen und feſtgeſetzt werden ſolle, welche vorher noch nicht vorhanden war, oder mit andern Worten, es muß durch den Vertrag eine Forderung und eine Schuld über das Mein und Dein, welche durch eine Solution getilgt werden ſoll, entſtanden und beſtimmt worden ſeyn, über welchen Satz Herr Prof. Hugo y) ſich ebenfalls vortrefflich erklärt hat. In der L. 3 pr. et §. 1. D. de oblig. et act. welche Stelle vom Herrn Prof. Woltär z) ſehr gründlich erläutert worden iſt, findet man folgenden Gedanken des Paulus: *obligationum ſubſtantia*, non *in eo conſiſtit*, vt aliquod corpus noſtrum, aut ſeruitutem noſtram faciat; ſed *vt alium nobis obſtringat ad dandum aliquid*, *vel faciendum*, *vel praeſtandum*. Non ſatis igitur eſt (ſcil. in mutuo) dantis eſſe nummos et fieri accipientis, vt obligatio naſcatur: ſed etiam *hoc animo dari* et accipi, *vt obligatio conſtituatur*. Dieſer Beſchaffenheit der Sache gemäß kann eine conuentio liberatoria für keinen Contract gehalten werden. Außer den angeführten Eigenſchaften der Convention bey den Contracten, wird 3) erfordert, daß die Convention eine klagbare Verbindlichkeit begründe, weil ſich Contracte und pacta nuda auf dieſe Weiſe unterſcheiden. Sie muß 4) dieſe

y) Herr Prof. Hugo im Civiliſt. Magaz. 1ſter Band, S. 466. flg.

z) Woltärs Halliſche juriſt. Biblioth. 1ſtes Stück, S. 75. flg.

4) diese Wirkung aus sich selbst und durch ihre Natur hervorbringen, folglich nicht von einem andern Hauptgeschäfte herrühren, welches bey den so genannten pactis adiectis der Fall ist. Die Convention muß 5 schon von den ältesten Zeiten her, nach allgemeinen Grundsätzen und Regeln des römischen Civilrechts eine Klage bewirkt haben; denn wenn gleich der contractus emphyteuticarius, erst vom Kayser Zeno, für einen eigenen Contract erklärt worden ist, so beweißt dieser Umstand nicht, daß dieses Geschäfte vorher noch gar kein Contract gewesen sey. Die Rechtsgelehrten stritten ja darüber, ob man die Emphyteusis für einen Pachtcontract oder für einen Kaufcontract halten solle; welchen Streit Zeno dadurch entschied, daß er das Geschäfte für einen eigenen, für sich bestehenden Consensualcontract erklärte, wie wir aus der L. 1. C. de iure emph. sehen. Die angeführten Kennzeichen enthalten also den Unterschied zwischen einem Contract, und den so genannten pactis legitimis und praetoriis [a]).

§. 307. 308. 309.

Es ist gezeigt worden, wie Contracte, und Verträge von einander unterschieden sind; da aber die Natur und Beschaffenheit der Contracte auf verschiedenen Seiten betrachtet werden kann und muß, so soll dieses nunmehr noch ferner geschehen, und zwar wollen wir uns vor allen Dingen mit der Verschiedenheit der so genannten causa ciuilis bey Contracten beschäftigen, worauf sich eine wichtige Eintheilung derselben gründet. Die causa ciuilis der Contracte besteht, wie bereits bemerkt worden, in dem rechtlichen Grunde, vermöge dessen eine Convention bey den Römern, schon an sich und von den ältesten

a) G. S. Madihn in Inst. iur. ciuil. Lib. III. tit. 2. §. 386.

ältesten Zeiten her, nach den allgemeinen Grundsätzen des Civilrechts, eine klagbare Verbindlichkeit bewirkte. Man nahm nicht bloß eine einzige Ursache hiervon an, sondern die causa ciuilis obligationis bey Contracten war verschieden; nur findet man in den Schriften der heutigen Rechtslehrer nicht gleiche Behauptungen über die Anzahl der Gattungen. Sehr viele Rechtslehrer nehmen drey Gattungen an, und sie rechnen dazu 1), die Form der Contracte, die sie in Gesetzen erhalten haben, welche Form darin besteht, daß sie nicht nur einen gewissen Namen haben, sondern daß auch die Klage eben so genennt werde, wie der Contract benennt worden sey. Der zweyte Grund des Unterschiedes der Contracte, soll nach der Behauptung dieser Rechtslehrer in der Erfüllung bestehen, welche bey einer zweyseitigen Convention von dem einen Paciscenten bereits geschehen sey, und die der andere Paciscent angenommen habe. Sie rechnen 3) einen von den Gesetzen fingirten Consens unter die Ursachen, worauf eine eigene Art der Contracte beruhe; denn hierauf gründeten sich die so genannte Quasi-Contracte.

Andere Rechtslehrer erklären diese Vorstellungsart für falsch, weil sichs nicht beweisen lasse, daß in Gesezzen der fingirte Consens als eine causa ciuilis contractuum angenommen worden; die Geschäfte, wodurch obligationes quasi ex contractu begründet würden, könne man gar nicht für Verträge halten, folglich lasse sich dabey auch gar keine causa ciuilis contractuum gedenken [b]). Was hier von der Form der Contracte behauptet werde, gründe sich auf eine offenbare Vermischung zwischen causa und nomen contractuum. Diese Rechtslehrer nehmen dagegen eine vierfache causa ciuilis contractuum an, und rechnen dazu 1), die wirkliche Erfüllung des Versprechens, welche von dem einen Contrahenten geschе-

b) Herr Prof. Weber von Verbindlichkeiten, S. 70.

geschehen sey; 2) die Feyerlichkeit, womit man die Worte des Contracts mündlich ausgesprochen habe; 3) den bloßen Consens der Paciscenten zu einer wechselseitigen Leistung; 4) einen schriftlichen Aufsatz des Versprechers, welcher ein gewisses gesetzlich bestimmtes Alter erreicht habe. Auf diesen vierfachen Unterschied der causa ciuilis contractuum gründen sich viererley Gattungen der Contracte; und zwar 1) die Realcontracte, oder diejenigen, welche erst durch die geschehene Ablieferung der versprochenen Sache, oder eine sonstige Leistung ihre vollkommene Verbindlichkeit erlangen; 2) die Verbalcontracte, deren verbindliche Kraft in der Förmlichkeit mündlich ausgesprochener Worte liegt; 3) die Consensualcontracte, wobey es bloß auf den Consens der Contrahenten in eine wechselseitige Leistung ankommet; und 4) Literalcontracte, deren verbindliche Kraft sich auf einen schriftlichen Aufsatz gründet, welcher ein gewisses gesetzlich bestimmtes Alter erreicht hat.

Der Herr GTR. Höpfner hat sich S. 694 §. 746. seines Commentars auf folgende Art, über den Unterschied zwischen einem Contract und einem pactum erklärt. Es heißt in der angeführten Stelle: ein Vertrag, welcher nach den alten römischen Gesetzen eine Klage wirkt c), heißt contractus; der keine wirkt, pactum. Jeder Vertrag kann nämlich nach den alten Gesetzen 1) zu einer Klage wirksam gemacht werden, wenn man ihn in feyerliche Worte, in eine Formel einkleidet; denn wenn dieß geschieht, so haben die Paciscenten Zeit genug, alles reiflich zu überlegen; keiner kann also sagen, daß er übereilt worden sey. Man kann aber auch 2) jeden Vertrag dadurch verbindlich machen, wenn einer der Paciscenten ihn erfüllt; denn auch dieses giebt zu erkennen, daß es dem Paciscenten ein wahrer Ernst gewesen

c) GALVAN. de vsufr. c. 17. NOODT de pactis et transact. c. 9.

sey. Wer wird die Erfüllung eines Vertrags leisten oder annehmen, bey dem es kein Ernst ist? Endlich 3) giebt es fünf Verträge, welche die römischen Gesetzgeber für Contracte erklärt haben, wenn nur die Erfordernisse beobachtet sind, welche das Naturrecht verlangt. Diese sind, emtio venditio; locatio conductio; societas, mandatum, emphyteusis. Dieser letzte Contract ist zwar erst in neuern Zeiten entstanden; indessen haben ihn die Gesetzgeber den Contracten beygezählt, weil er eine Vermischung von Kauf- und Miethcontracte ist. Uebrigens glaubten die Gesetzgeber vermuthlich, es sey nicht thunlich, bey diesen fünf Contracten jedesmal eine Formel zu brauchen, oder sie sogleich zu erfüllen. Demnach giebt es dreyerley Contracte, als 1) formularii oder stricti iuris, die durch feyerliche Worte eingegangen worden; 2) reales, welche von einem der Contrahenten erfüllt, und dadurch zu Contracten geworden sind; 3) consensuales, welche nichts als die Erfordernisse des Naturrechts, die gültige Einwilligung beyder Theile nöthig haben.

Wir haben gesehen, was causa ciuilis contractuum genennt werde, und wie verschieden solche sey; mit dieser Sache darf aber nomen contractuum nicht verwechselt werden. Nachdem die Römer angefangen hatten, die Contracte von den übrigen Verträgen zu unterscheiden, so war keine Convention, als Contract verbindlich, für welche nicht auch in dem Album des Praters eine besondere Klage angeführt und genannt worden, und daher hieß es: alle Contracte müßten nicht nur causam, sondern auch nomen haben [d]). Weil gleichwohl im täglichen Leben verschiedene Verträge vorkamen, die sich zwar, wegen der Erfüllung des einen Paciscenten, zu Realcontracten qualificirten, auf welche aber doch die vorhan-

d) Meister in Diss. de in factum actionib. §. 20. 21. Brissonivs de formulis, lib. 5.

handenen Klageformeln nicht völlig anwendbar waren, so erfand man noch, allgemeine, auf das Wesen solcher Verträge gerichtete Formeln, ohne besondere Namen, welche in den Worten bestanden: do vt des, do vt facias, facio vt des, facio vt facias; und nahm diese Verträge der Billigkeit wegen unter die Contracte auf. Zum Unterschiede von denjenigen Contracten, die in dem Album des Prätors schon seit langer Zeit standen, nennte man sie, negotia noua, contractus incerti, quorum appellationes nullo iure ciuili proditae sunt. Die große Verschiedenheit dieser neuen Contracte machte es unthunlich, auch für diese gewisse Klageformeln festzusetzen, und man brauchte daher nur eine allgemeine Klage, welche actio in factum genennt wurde, deren Formel in jedem vorkommenden Falle nach Maasgabe des geschlossenen Vertrags, abgefaßt wurde, und hierauf gründet sich die Benennung: actio praescriptis verbis e). Auf diese Weise entstand die Eintheilung der Contracte in benannte und unbenannte, je nachdem entweder eine eigene, eben so wie der Contract heißt, benannte Klage angestellt werden, oder blos die allgemeine Klage in factum, praescriptis verbis, gebraucht werden darf. Nomen heißt also ein solcher Name, den ein Contract in Gesetzen führt, und welcher die besondere Eigenschaft hat, daß die Klage aus dem Contract eben so genennt werden muß. Eigentlich lassen sich nur die Realcontracte auf diese Art eintheilen; denn die übrigen Arten der Contracte sind ohne Unterschied contractus nominati. Unrichtig ist es daher, wenn man das Wort nomen blos auf die Consensualcontracte, das Wort causa aber blos auf die Realcontracte ziehen will, da in der L. 7. §. 1. et 2. D. h. t. außer den Consensualcontracten ausdrücklich auch das commodatum, das depositum,

e) Meister l. c. c. 2. §. 32. de Retes in Opusc. Lib. II. c. 6. in Meermanni Thes. Tom. IV. p. 21.

als benannte Contracte angeführt, und davon diejenigen Realcontracte unterschieden werden, welche kein nomen, sondern blos causam haben f).

Der Deutlichkeit wegen, will ich die Erklärung des Herrn GHR. Höpfners, was man sich bey der Eintheilung der Contracte in benannte und unbenannte zu denken habe, einschalten. Es heißt §. 749. des Commentars über die Institutionen: die wahren Contracte produciren entweder eine ihnen eigene, von ihnen benannte Klage, actionem propriam et cognominem, oder nur eine allgemeine, die Mehrern gemeinschaftlich ist, die actionem praescriptis verbis. Jene heißen benannte, diese aber unbenannte Contracte g). Aus dem Darlehn z. B. (mutuo) entsteht eine Klage, welche diesem Contract eigen ist, und condictio certi ex mutuo heißt; aus dem commodato entsteht actio commodati directa und contraria, die ebenfalls dem commodato ganz allein eigen ist. Diese Contracte sind also benannte. Hingegen aus dem Tauschcontracte entsteht die actio praescriptis verbis. Sie ist dem Tausch nicht eigen; denn sie entsteht aus allen unbenannten Contracten; sie hat auch ihren Namen nicht vom Tausche;

f) Herr Prof. Hugo im Civilist. Magaz. 1ster Band, S. 458. NOODT de pactis et transact. c. 9.

g) Namentlich kommt diese Eintheilung in unsern Gesetzbüchern nicht vor. Indessen sagt Julian in der L. 3. D. de praescr verb. es gäbe Contracte, quorum appellationes nullo iure ciuili proditae sunt. In der L. 9. pr. D. de reb. cred. nennt Ulpian die benannten Contracte *certos*, die unbenannten incertos. Von den unbenannten ist es auch zu verstehen, wenn er in der L. 7. §. 2. de pact. sagt: sed et si in *alium contractum* res non transeat, subsit tamen causa, Aristo respondit, esse obligationem, d. i. wenn indessen die Convention kein benannter Contract ist, und doch einen rechtlichen Grund hat, zu dem Versprechen nämlich noch datio oder factum hinzugekommen ist, so ist sie verbindlich, Sammlung römischer Gesetze, S. 16.

sche; daher ist dieser Contract ein unbenannter. Also der Grund dieser Distinction liegt nicht im Namen des Contracts; denn ein Contract kann einen Namen haben, und doch innominatus seyn, sondern er liegt in der Art der Klage, welche aus dem Contracte entsteht h). Noch verdient bemerkt zu werden, daß alle contractus formularii und consensuales unter die benannten Contracte gehören, d. h. jeder producirt seine eigene und von ihm benannte Klage. Der im neuern römischen Recht noch beybehaltene einzige contractus formularius ist die Stipulation. Dieser aber producirt seine eigene Klage, actionem ex stipulatu. Die Consensualcontracte sind: emtio, locatio, societas, mandatum, emphyteusis. Auch von diesen hat jeder seine eigenthümliche und von ihm benannte Klage. Die emtio producirt actionem emti et venditi; die locatio, actionem locati et conducti; die societas, actionem pro socio; die emphyteusis, actionem emphyteuticariam. Nur die Realcontracte werden in benannte und unbenannte abgetheilt. Benannte sind mutuum, commodatum, depositum, pignus; alle andere Realcontracte sind unbenannte.

Was unter dem Wort, Contract, zu verstehen sey, ist zeither ausführlich gezeigt worden. Die Contracte werden von allen ältern Rechtslehrern in wahre Contracte und Quasicontracte eingetheilt; sehr viele heutige Rechtslehrer erklären aber diese Eintheilung für falsch. Ausführlich hat sich Herr Prof. Weber mit Widerlegung der gemeinen Theorie beschäftigt, welcher S. 19. seines philosophischen Werkes von Verbindlichkeiten schreibt: die Ursache, wodurch die römischen Juristen bewogen worden, die Form der Rechtsgeschäfte so einzukleiden, daß solche, so viel nur möglich, auf Contracten, welche freylich oft nur zum Scheine angebracht

h) Kemmerich Progr. de origine contractuum nominatorum et innominatorum, p. 12. sqq.

worden, beruhen, haben wir im vorigen §. gezeigt. Nun fragt sich, was es mit den besondern Verbindlichkeiten quasi ex contractu und quasi ex delicto eigentlich für eine Bewandniß gehabt habe? Noch Niemand hat, wie ein gewisser Schriftsteller sich ausdrückt, einen distinctiven Charakter dieser Amphybien angeben können, das heißt, einen Charakter, welcher alle Negotien, die im römischen Gesetzbuche mit dem Namen der Quasicontracte und Quasidelicte belegt werden, einschlösse, und alle übrigen Negotien, die nicht damit belegt werden, ausschlösse i). Wahr ist es, die Begriffe, welche man in den Lehrbüchern des bürgerlichen Rechts hiervon antrifft, sind mit vielen Schwierigkeiten verknüpft; weil sie, ihrem Umfange nach, unendlich mehrere Fälle in sich fassen, als die Gesetze selbst unter diesen Rubriken aufzählen; daher ein reichhaltiger Stoff rechtlicher Streitigkeiten, indem fast jedes Compendium die Anzahl der so genannten Quasicontracte und Quasidelicte verschiedentlich angiebt. Den eigentlichen Anlaß zu dieser Verwirrung glaube ich darin setzen zu können, weil 1) das römische Recht selbst keine bestimmte Erklärung dieser Gattungen der Verbindlichkeit liefert, sondern sich bloß begnüget, einzelne, dahin gerechnete Fälle anzuführen; diese besondern Fälle aber 2) von den Rechtsgelehrten nicht genau und vollständig genug untersucht worden sind, um die Eigenschaften, wodurch sie eine eigene Classe von Rechtsgeschäften formiren, in das gehörige Licht zu setzen. Man hat ein Paar Merkmahle, worin jene Fälle übereinkommen, hinreichend gehalten, um daraus sogleich den ganzen Begriff in seinem wahren Umfange ableiten zu können. So haben z. B. die so genannten Quasicontracte, welche man im römischen Gesetzbuche antrifft, freylich das mit einander gemein, daß

a) keine

i) Juristische Abhandlungen und Beobachtungen von Dr. Meurer, erste Samml. Leipzig 1780. S. 18. Note *.

a) keine unerlaubte Handlung dabey vorliegt, aber auch b) kein Contract; wohl aber c) ein erlaubter Vorgang, woraus, nach Vorschrift der Gesetze, eine Verbindlichkeit entspringt. So harmoniren auch die so genannten Quasidelicte, welche namentlich in den Gesetzen aufgeführt werden, darin, daß sie zwar a) eine unerlaubte Handlung voraus setzen, deren sich jedoch b) derjenige, welcher dafür haften soll, nicht mit Vorsatz schuldig gemacht hat. Da man nun nicht für gut gefunden hat, tiefer in die Materie einzudringen, und sich um mehrere Merkmale zu bekümmern, so hat man es bey folgenden Begriffen bewenden lassen: *quasicontractus* sunt facta honesta, quibus et ignorantes obligantur, quasi contraxissent, oder wie die mehresten noch hinzusetzen, ex consensu fieto, siue praesumto. Ferner, *quasidelicta* sunt facta illicita sola culpa, sine dolo admissa. Nimmt man diese Begriffe als richtig an, so muß man auch natürlich die Folge gelten lassen, daß überall, wo die Verbindlichket aus erlaubten Vorfällen entspringt, jedoch kein Contract unter den Partheyen geschlossen worden, ein so genannter Quasicontract, und überall, wo eine strafbare Handlung aus Fahrlässigkeit verübt worden, ein so genanntes Quasidelictum vorhanden sey. Allein hierbey geräth man sichtlich mit den Gesetzen selbst in Collision, weil solche nur eine gewisse Anzahl von Rechtsfällen zu den erwähnten Classen rechnen, welche im Gegenhalt der übrigen Fälle, die nach dem gemeinen Lehrbegriff gleichfalls dahin gehören, äußerst geringe ist. Nach den gewöhnlichen Begriffen muß man alle und jede aus Fahrlässigkeit begangene Verbrechen zu den so genannten quasidelictis zählen. Welch ein Umfang in Vergleich mit den wenigen Fällen, welche das römische Gesetzbuch dahin rechnet! Mit den so genannten Quasicontracten geht es eben so. Alles dieses wird sich zu seiner Zeit, wo man die vorzüglichsten Fehler der Ausleger besonders durchgehen wird, noch deutlicher ergeben. Es hat freylich

lich Rechtsgelehrte gegeben k), welche nichts desto weniger außer den im römischen Gesetzbuche wirklich genannten Fällen, keine Quasicontracte und Quasidelicte zugeben wollen; jedoch in Voraussetzung jener Begriffe, welche sie ebenfalls annehmen, sehe ich keine Rettung ihrer Lehre. Fühlbar wird und muß es einem jeden unbefangenen Beurtheiler seyn, daß, wenn die Gesetze selbst nur fünf Fälle der Verbindlichkeiten quasi ex contractu, nur vier quasi ex delicto angeben, die Ausleger hingegen solche Anzahl bald mit diesem bald mit jenem Falle vermehren, bey welchem doch die Gesetze selbst jene Charaktere gar nicht gebrauchen, daß man, sage ich, in dieser Sache die gänzliche Gewißheit noch nicht erreicht haben müsse; und daß man folglich alle Ursache habe, gegen den gewöhnlichen Begriff mistrauisch zu werden. Läßt sich eine Idee ausfindig machen, wornach die Quasicontracte und die Quasidelicte lediglich auf die gesetzliche Anzahl beschränkt bleiben, so ist solche allerdings den bisherigen Erklärungen vorzuziehen. Ich habe den Versuch gemacht, die Fälle, welche der römische Gesetzgeber ausdrücklich angiebt, von allen Seiten sorgfältig zu prüfen, und aus allen Kriterien derselben einen Begriff zu abstrahiren, dem ich jene Eigenschaft versprechen dürfte. Ich meine, in beyden Classen der Verbindlichkeiten Merkmahle gefunden zu haben, welche zum Theil dem Forschen der bisherigen Ausleger ganz entgangen, zum Theil aber nicht gehörig von ihnen genutzt worden sind. Wir wollen mit den so genannten Quasicontracten den Anfang machen. Bekanntlich rechnen die römischen Gesetze folgende Rechtsfälle dahin, als 1) die nützliche Verwaltung fremder Geschäfte ohne Auftrag des Principals; 2) die Führung einer Vormundschaft; 3) der Betrieb gemeinschaftlicher Angelegenheiten außer dem Socie-

k) I. O. Westenberg Diss. II. de causis obligat. c. 3. §. 20. sqq.

Societätscontract, und ohne Auftrag der Mitinteressenten; 4) die Antretung der Erbschaft in Rücksicht auf die Vermächtnisse; 5) den Empfang einer Nichtschuld. Daß diese Geschäfte in folgenden Stücken mit einander übereinkommen, ergiebt der Augenschein. 1) Schon nach der natürlichen Billigkeit entspringt daraus eine vollkommne Verbindlichkeit. 2) Kein Theil hat dem andern ausdrücklich etwas versprochen. 3) Vielweniger ist durch Worte oder Handlungen eine wechselseitige Einwilligung erklärt worden. 4) Die Errichtung eines wirklichen Vertrags ist unter den angenommenen Umständen zur Hervorbringung einer Verbindlichkeit nicht allein erforderlich, sondern auch zum Theil nach vorausgesetzter Beschaffenheit der Handlung gar nicht möglich. Alles dieses ist freylich bekannt genug, und bereits von meinen Vorgängern in den Begriff übergetragen worden. Nicht gänzlich so das folgende Kriterium. 5) Die Verbindlichkeit entspringt hier aus Verhältnissen, welche im Ganzen doch etwas Analogisches mit dem haben, was eigentlich nur Gegenstand der Verträge ist, wobey wenigstens sonst, nach besondern Grundsätzen des Civilrechts, ein wirklicher Contract erfordert wird, und sie ward daher in den genannten Fällen von den römischen Juristen gleichsam als Ausnahme von der Regel betrachtet. Ich kann dieses am besten dadurch erläutern, wenn ich nunmehr die einzelnen Fälle selbst in solcher Hinsicht etwas näher betrachte. Den Verwalter fremder Geschäfte, ohne Auftrag des Principals — den Vormund — und denjenigen, welcher gemeinschaftliche Angelegenheiten ohne Auftrag der Mitinteressenten besorgt hat — können wir füglich mit einander verbinden. Daß die vier ersten Kriterien, welche wir oben angemerkt haben, hier sämmtlich zutreffen, ist auffallend, bedarf also keiner weitern Erklärung; aber auch von dem fünften ist solches außer Zweifel. Die Geschäfte eines Andern verwalten — und das thut eine jede der genannten Personen — erfordert der Regel nach einen Auftrag desjenigen, dessen Geschäfte betrie-

betrieben werden. Wer sich ohne meinen Willen in meine Angelegenheiten mischt, handelt der Regel nach ungültig, und ich bin durch sein Unternehmen nicht verbunden. Wie aber, wenn er als Vormund, zu einer Zeit, da ich noch nicht contrahiren, noch keinen Auftrag ertheilen konnte, mein Interesse wahrnimmt, wenn er, da ich abwesend war, und Gefahr lief, an dem Meinigen Schaden zu leiden, sich meiner eigenen, oder gemeinschaftlich mit ihm habenden Angelegenheiten unterziehet? In diesen Fällen, wo die Partheyen wirklich in einem Verhältnisse, als mandans und mandatarius, und resp. als eigentliche socii stehen, soll auch, nach Vorschrift der Gesetze, eine Rechtsverbindlichkeit Statt finden, gerade als ob ein wirklicher Auftrag ertheilt, eine wirkliche Societät errichtet wäre, ob schon dergleichen weder ausdrücklich noch stillschweigend, gegeben oder geschlosstn worden. — Denken wir uns ferner die Verbindlichkeit des Erben in Ansehung der Vermächtnisse und Fideicommisse, so werden wir auch dabey ein Gleiches antreffen. Der Erbe tritt zwar in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen, und stellt den letztern vor; allein eben weil dieser den Legatarien nichts schuldig war, so konnte ihnen jenes auch gegen den Erben keinen Anspruch geben. Die Rechtsgelehrten fanden also in der gesetzlichen Vorschrift, daß die Antretung der Erbschaft, welche der Erbe eigentlich seinetwegen unternahm, auch den Legatarien zum Besten gereichen, und ihnen ein Recht an den Nachlaß geben sollte, eine Abweichung von der Regel des Civilrechts, eine Wirkung, die nach dieser Regel vielmehr einen Contract des Erben, als den Grund seiner Verbindlichkeit voraus setzte, ohne welchen durch einen dritten freyen Mann eigentlich kein Recht erworben werden konnte. Die Vorschrift der Gesetze trat hier an die Stelle des Contracts, und gründete zwischen den Partheyen ein Verhältniß, welches den Erben gleichsam als Bevollmächtigten der Legatarien darstellte. Die Erinnerung an die ältere Art zu testiren kam hinzu. Die Testamente

mente per aes et libram waren wirkliche Contracte, wozu aber die Legatarien doch nicht mit concurrirten. Vielleicht konnte aber auch das leicht die Vorstellungsart erzeugen, daß die Gesetze hier nur den Abgang eines sonst eigentlich erforderlich gewesenen Contracts ergänzten, und die Legatarien als solche behandelten, in deren Namen und zu deren Besten ein rechtsgültiger Contract selbst mit dem Testirer geschlossen worden. Mit dieser Conjectur würde auch die Benennung der Klage: actio ex testamento gewissermaßen übereinstimmen. — Die condictio indebiti hat eine Zurückforderung dessen, was man einmal an Andere völlig überlassen hat, zur Absicht. Im Allgemeinen betrachtet, ist dergleichen Zurückforderung, wenn sie nicht ausbedungen worden, nicht zulässig. Hier mußte der Irrthum, welcher bey der Zahlung vorgegangen war, eine Ausnahme machen, und der Empfänger, ob er gleich bona fide die Leistung angenommen hatte, durfte sich der Zurückgabe nicht widersetzen. Die Sache ward gleichsam als geliehen angesehen, daher auch die Gesetze selbst sich des Ausdrucks bedienen: perinde is, qui accepit, obligatur, ac si mutuum ei daretur [1]). Solchergestalt glaube ich die wahre Meynung der römischen Rechtsgelehrten nicht zu verfehlen, wenn ich von der Verbindlichkeit quasi ex contractu folgenden Begriff angebe: Verbindlichkeiten, die aus Handlungen und Verhältnissen entspringen, welche gewöhnlich und der Regel nach einen Contract erfordern, in gewissen von dem Gesetzgeber bestimmten Fällen aber ohne Contract, ohne alles Versprechen und Zusage eben die Wirkung haben, als ob der Contract, mit dessen Gegenstande der Vorgang im Ganzen eine Aehnlichkeit hat, wirklich geschlossen worden. — Ich habe zur Zeit unter den Auslegern, so viele ich deren auch zu Rathe gezogen, keinen gefunden, mit dessen Autorität ich diesen Begriff durchgängig

1) §. 6. Inst. de oblig. quae quasi ex contr. nasc.

gängig unterstützen könnte. Fast alle übergehen den Charakter, worauf der römische Jurist vorzüglich Rücksicht nahm, und woraus daher die Sache am besten erklärt werden kann. Der bekannte Joh. Ortw. Westenberg führt ihn zwar beyläufig an, jedoch ohne ihn in die Definition, welche er von der Sache giebt, mit aufzunehmen. Wir wollen inzwischen seine Worte, da sie unserm Vortrag einigermaßen zur Unterstützung dienen, ganz hersezzen: quaedam sunt negotia propter aequitatem non tantum obligatoria, *sed et contractibus similia*, quae proinde quasi contractus recte dici potuerunt. Negotiorum enim gestio et tutelae administratio *similes sunt mandato* nec non quodammodo *hereditatis aditio*. Rei communio vero *similis est societati*, et indebiti solutio *mutuo*. Vt adeo mirum videri non debeat, isthaec negotia, prae aliis, in quibus tanta similitudo cum contractibus non inuenitur, *quasi contractus* vocari m). Da nun, nach den Maximen der römischen

m) a. a. O. §. 13. 14. 15. Ich gebe gern zu, daß bey der Antretung der Erbschaft jene Aehnlichkeit mit irgend einem Contracte, und zwar besonders mit dem mandato nicht sogleich beym ersten Anblicke einleuchte. Man sehe, was neuerer Zeit hierüber mit vielem Scheine gesagt worden ist. Hugo Civil. Magaz. I, 452. f. Allein ich glaube nicht ohne Grund dagegen zu erinnern, daß hier freylich von einer ganz vollkommnen Aehnlichkeit in der Sache selbst die Rede nicht seyn könne; daß es aber, um die Bestimmung: quasi ex contractu, und deren Veranlassung zu erklären, schon genüge, in der Erbschaftsantretung mit Rücksicht auf die Legatarien, im Ganzen etwas anzutreffen, was nach römischen Rechtssäzzen sonst nur Folge eines Contracts zu seyn pflegte, und besonders beym mandato vorkam. Jenes ergeben die Gründe, welche ich angeführt habe, deutlich, und dieses läßt sich, meiner Meynung nach, mit Westenberg in sofern immer behaupten, als der Erbe, indem er antritt, nicht nur zu seinem Besten handelt, sondern in der That auch das Interesse der Legatarien mit befördert, sich zu ihrem Nutzen verbindlich macht, und ihnen ein wirksames Recht in Ansehung des Nachlasses

schen Juristen, die Form der Rechtsgeschäfte fast durchgängig in Verträgen bestand, so darf es uns desto weniger befremden, daß sie in den erwähnten Fällen, wo ein wirklicher Contract nicht angebracht werden konnte, zum wenigsten doch die Verwandtschaft, welche der Vorgang im Ganzen mit den eigentlichen Gegenständen gewisser Contracte zu haben schien, so wenig außer Acht ließen, daß sie vielmehr einen bestimmten Charakter der Verbindlichkeit und ihrer Entstehungsart daraus hernahmen. Dieß ist der natürlichste Aufschluß der römischen Theorie von den Verbindlichkeiten, quae quasi ex contractu nascuntur; einer Lehre, die außer der fast übertriebenen Subtilität, noch manche andere Unbequemlichkeit mit sich führet, in der Folge aber von den Auslegern unglaublich gemißdeutet und entstellt worden ist.

Weil die Materie von den so genannten Quasicontracten so viel Vertheidiger gefunden hat; so ist es nöthig, die Gegengründe von mehrern Seiten vorzustellen, und daher will ich nunmehr auch die Auseinandersetzung dieser Streitigkeit anführen, wie solche der Herr HR. Glück n) vorgetragen hat. Es heißt am a. O. seines Commentars: ich komme nun auf die so genannten Quasicontracte, welche unser Verfasser auch als eine besondere Gattung der Contracte betrachtet, deren causa ciuilis in einem gesetzlich fingirten Consens der Partheyen liegen soll o). So mannichfaltig auch die Ideen sind, die sich

lasses verschafft, was sie ohne seine Mitwürkung nicht erlangt hätten. Daß sich übrigens ein Bevollmächtigter, der das selbst nicht thun kann, was er einem Andern aufträgt, ohne Widerspruch denken lasse, zeigt L. 25. C. de proc. und Nov. 71. c. 1.

n) Herr HR. Glück im Comment. Thl. 4. S. 233.

o) Eben dieser Meynung sind Ger. Noodt de pactis et transact. c. 2. Io. Ortw. Westenberg de causis obligationum, Disp. II. c. 3. §. 18. God. Lud. Mencken Introd. in

sich die Rechtsgelehrten von den Quasicontracten machen, so ist doch wohl gewiß die Vorstellung unsers Verfassers bey weitem die unrichtigste. Denn nicht zu gedenken, daß der Ausdruck quasi contractus im ganzen Justinianeischen Rechte nicht vorkommt, indem die Gesetze blos von Geschäften reden, aus denen obligationes quasi ex contractu entstehen [p]), und hierbey deutlich genug zu erkennen geben, daß solche weder Verträge noch Contracte sind [q]), weil bey denselben weder ein Versprechen, noch weniger eine Acceptation vorhanden ist, ohne welches sich doch kein Vertrag denken läßt [r]); so erfordert ja

1) jede rechtliche Fiction, wenn sie kein Hirngespinnst seyn soll, ein Gesetz, wodurch etwas für wahr angenommen wird, so zwar wirklich nicht geschehen, aber doch möglich ist. Dieses ist der Begriff, den unser Verfasser selbst §. 140. von einer fictione iuris giebt. Wo ist nun aber wohl im ganzen Corpore Iuris ein Gesetz von einer solchen Fiction des Consenses, als man bey den Quasicontracten annimmt?

2) Wo die Gesetze auch hin und wieder Fictionen annehmen, z. B. bey Adoptionen, da müssen solche doch der Natur der Sache und andern Gesetzen nicht zuwider seyn. Dieses geschieht aber in den Quasicontracten nach dem Begriff des Autors offenbar, weil auch Kinder, Unmündige,

in doctr. de actionibus for. Sect. II. c. II. Mbr. XIV. §. 1. Chr. Iac. ZAHN Diss. de fictionibus iuris Rom. Tub. 1787. p. 34. sq. u. a. m.

p) S. Lib. III. Instit. Tit. 28.

q) Es ist dieses besonders aus der L. 5. §. 3. D. de oblig. et action. sehr deutlich wahrzunehmen, wo gesagt wird, wer eine Nichtschuld aus Irrthum bezahlt, thue solches nicht sowohl animo contrahendae, als vielmehr distrahendae obligationis.

r) Man vergleiche hier WOLTAER obseruat. quae ad ius ciuile et Brandenburg. pertinent. Fasc. I. Obs. 18. und Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 24. S. 68. ff.

mündige, gerichtlich erklärte Verschwender, Wahnsinnige und andere Personen, die nach den Rechten gar keinen Consens ertheilen können, quasi ex contractu verbindlich gemacht werden können s). Ist es nun nicht ein evidenter Widerspruch, den Consens von solchen Personen zu fingiren, der doch nach den Gesetzen selbst ungültig ist? Endlich

3) giebt es Fälle, wo Jemand quasi ex contractu haften muß, der nicht allein nicht consentirt, sondern in der That ausdrücklich dissentirt hat; z. B. wenn ich eines Andern baufälliges Haus repariren lasse, der es mir ausdrücklich verboten hat. Ferner, wenn ich gegen das Verbot des Erben, daß man den Verstorbenen nicht solle beerdigen lassen, mich dennoch der Beerdigung desselben unterzogen habe, so befreyet ihn dennoch sein Verbot nicht, mir die Kosten zu erstatten t). Daß nun Jemand zugleich in eine und eben dieselbe Sache gewilligt und nicht gewilligt haben solle, ist ein Widerspruch und eine Unmöglichkeit, die sich doch wohl nicht fingiren läßt u).

Andere sind zwar dadurch der Wahrheit näher gekommen, daß sie die Quasicontracte aus der Reihe der Verträge ganz ausschließen; allein wenn sie darunter ohne Unterschied erlaubte Handlungen verstehen, durch welche Jemand auch ohne sein Wissen, und ohne seine Einwilligung eben so gut verpflichtet werde, als ob er einen Contract geschlossen hätte x), so haben sie nicht bedacht,

s) L. 3. §. 5. L. 6. §. 1. D. de negot. gest.

t) L. 14. §. 13. D. de relig.

u) Das Lächerliche eines solchen fingirten Consenses bey den Quasicontracten haben auch schon COCCEIVS in iur. contr. h. t. qu. 12. und EMMINGHAVS ad Eundem not. o. p. 228. desgleichen Lud. God. MADIHN ad MENCKENII doctr. de action. forens. not. 970. p. 310. und WALCH in controu. iur. ciuil. Sect. III. c. 6. §. 1. gezeigt.

x) Wolr. BVRCHARDI Diss. causam principem quasi contractuum non in consensu ficto vel praesumto, sed in solo

bedacht, daß die Gesetze nur eine sehr geringe Anzahl von Rechtsfällen bestimmt haben, bey welchen nach ausdrücklicher Verordnung derselben, auch ohne Convention, eben solche Verbindlichkeiten unter den Partheyen entstehen sollen, als ob ein Contract unter ihnen eingegangen wäre[y]). In dem Titel der Institutionen de obligationibus, quae quasi ex contractu nascantur, werden folgende Fälle angeführt: 1) die nützliche Verwaltung fremder Geschäfte ohne Auftrag des Eigenthümers; 2) die Führung einer Vormundschaft; 3) die Verwaltung einer gemeinschaftlichen Erbschaft, oder sonstiger Betrieb gemeinschaftlicher Angelegenheiten außer dem Societätscontract, ohne Auftrag der Mitinteressenten; 4) die Antretung der Erbschaft in Rücksicht auf die Vermächtnisse, und 5) der Empfang einer Nichtschuld[z]). Alle diese Geschäfte kommen nun zwar darin mit einander überein, daß sie 1) lauter erlaubte Handlungen sind, aus denen schon nach der natürlichen Billigkeit eine vollkommne Verbindlichkeit entspringt; 2) daß kein Theil dem andern ausdrücklich etwas versprochen; viel weniger 3) durch Worte oder Handlungen

facto licito esse ponendam, Herbornae 1759. Io. Dau. DIETERICI Diss. de genuina *quasi* notione iuridica, Gott. 1740. §. 55. sqq. HEINECCIVS in Instit. iur. ciuil. nach Höpfner §. 934.

y) Schon Ge. Sam. MADIHN in Instit. iuris ciuil. (Hal. 1764.) §. 421. bemerkt ganz richtig: eiusmodi obligationem quasi ex contractu non adsumendam esse, nisi *iuris dispositio* demonstrari possit, quae facto cuidam licito, a consensu autem diuerso, efficaciam producendi obligationem ita indidit, vt inter eas personas talis obligatio inde proficisceretur, quasi de ea re contractus initus esset. Quo ex principio eorum doctrina facile repellitur, qui numerum earum obligationum, quae quasi ex contractu nascuntur, mirifice augent.

z) Ob außer diesen Geschäften es noch andere gebe, aus denen obligationes quasi ex contractu entstehen, ist streitig. Verschiedene Rechtsgelehrte nehmen noch die Litiscontestation, ferner die receptio in nauem, cauponam, stabulum an. Davon §. 486. und 503. ein mehreres.

lungen eine wechselseitige Einwilligung erklärt worden; ja es ist 4) die Errichtung eines wirklichen Vertrags unter den angenommenen Umständen zur Hervorbringung einer Verbindlichkeit nicht allein nicht erforderlich, sondern auch zum Theil nach vorausgesetzter Beschaffenheit der Handlung gar nicht möglich. Allein deswegen erschöpfen doch alle diese Eigenschaften noch nicht den eigentlichen wesentlichen Charakter der so genannten Quasicontracte. Denn es muß doch seinen Grund haben, warum gerade diese Geschäfte, und keine andern, unter die Quellen der obligationum quasi ex contractu gerechnet werden? Langsdorf [a]) glaubt, des Wesen dieser Quasicontracte bestehe darin, daß etwas zum Nutzen und Vortheil eines andern ohne desselben Wissen oder eingeholte Einwilligung sey geleistet worden. Sie hätten also eine Aehnlichkeit mit den Realcontracten, von denen sie blos darin unterschieden wären, daß bey diesen ein wechselseitiger Consens vorhanden ist, bey jenen aber dieser Consens fehlt, und blos auf die zum Nutzen eines Andern geschehene Realprästation gesehen wird, auf welcher allein ihre verbindliche Kraft beruhe. Allein, daß diese Hypothese nicht auf alle diejenigen Geschäfte anwendbar sey, die in den Institutionen bey den obligationibus quasi ex contractu angeführt werden, hat schon Herr Prof. Hugo [b]) richtig bemerkt. Denn wie läßt sich z. B. bey der Antretung der Erbschaft sagen, es sey eine Sache des Legatars zum Nutzen des Erben, welcher quasi ex contractu zur Ablieferung des Vermächtnisses verbunden ist, ohne dessen Einwilligung verwendet worden? Weit scharfsinniger ist daher die Idee, welche Herr Prof.

a) Langsdorf in tr. de pactis et contr. Roman. c. 9. §. 139. sqq.

b) Herr Prof. Hugo im Civilist. Magaz. 1ster Band, S. 452.

Weber [c]) aufgestellt hat. Er sagt, die Verbindlichkeit entspringe hier aus Verhältnissen, welche im Ganzen doch etwas Analogisches mit dem haben, was eigentlich nur Gegenstand der Verträge ist, und wobey wenigstens sonst, nach besondern Grundsätzen des Civilrechts, ein wirklicher Contract erfordert wird. Sie sind also Quasicontracte, weil sich wenigstens bey diesen Geschäften, bey denen eine solche Verbindlichkeit angenommen wird, eine auffallende Aehnlichkeit mit irgend einem Contracte findet. Westenberg [d]) führte zwar auch schon diesen Charakter der Quasicontracte an, wenn er sagt: quaedam sunt negotia, propter aequitatem non tantum obligatoria, sed et *contractibus similia*, quae proinde *quasicontractus* recte dici potuerunt. *Negotiorum* enim *gestio* et *tutelae administratio*, similes sunt *mandato*, nec non quodammodo *hereditatis aditio*. *Rei communio* vero similis est *societati;* et *indebiti solutio mutuo*. Vt adeo mirum videri non debeat, istaec negotia prae aliis, *in quibus tanta similitudo cum contractibus non invenitur*, *quasi contractus* vocari. Allein er versahe es darin, daß er diese Bestimmung nicht mit in den Begriff aufnahm, den er von der Sache giebt. Denn ihm [e]) ist ein quasicontractus nur factum non turpe, ex quo citra conuentionem nascitur obligatio. Dem Herrn Prof. Weber gebühret allerdings das Verdienst, den Begriff der Verbindlichkeiten quasi ex contractu nach der wahren Meynuug der römischen Rechtsgelehrten richtiger bestimmt zu haben, wenn er sagt: es sind solche Verbindlichkeiten, die aus Handlungen und Verhältnissen entspringen, welche gewöhnlich und der Regel nach einen Contract erfordern, in gewissen von dem Gesetzgeber

c) Herr Prof. Weber in der system. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 9. S. 24. ff.

d) Westenberg de cauſſis obligationum Diſſert. II. c. 3. §. 13. 14. et 15.

e) Westenberg l. c. §. 7.

geber bestimmten Fällen aber ohne Contract, ohne alles Versprechen und Zusage, eben die Wirkung haben, als ob der Contract, mit dessen Gegenstande der Vorgang im Ganzen eine Aehnlichkeit hat, wirklich geschlossen worden. Zwar ist die Sache in Ansehung der Erbschaftsantretung nicht außer Zweifel, und wirklich schwer zu bestimmen, an welchen Contract dieses Geschäfte gränzen soll. Denn wenn man hier ein solches Verhältniß annimmt, welches den Erben gleichsam als Bevollmächtigten der Legatarien darstellt, so ist freylich die Erinnerung des Herrn Prof. Hugo a. a. O. S. 453. nicht ganz ohne Grund, daß sich die Idee eines Bevollmächtigten, der auch ohne alle Rücksicht auf den Bevollmächtiger eine Handlung vornehmen dürfte, oder eines Bevollmächtigers, der das selbst nicht thun kann, was er einem Andern aufträgt, nicht gut unterschieben lasse. Es versteht sich indessen auch wohl von selbst, daß hier von keiner ganz vollkommnen Aehnlichkeit in der Sache selbst die Rede seyn könne, und daß es, um die Bestimmung *quasi* ex contractu, und deren Veranlassung zu erklären, schon genüge, in der Erbschaftsantretung mit Rücksicht auf die Legatarien im Ganzen etwas anzutreffen, was nach römischen Rechtssätzen sonst nur Folge eines Contracts zu seyn pflegte, und besonders beym mandato vorkam f). Denn der Erbe, indem er die Erbschaft antritt, handelt doch gewiß nicht blos zu seinem Besten, sondern befördert in der That auch zugleich das Interesse der Legatarien, weil er ihnen ein wirksames Recht in Ansehung des Nachlasses verschaft, was sie ohne seine Mitwirkung nicht erlangt hätten. Soll nun einmal nach Vorschrift des Civilrechts das Verhältniß, welches durch die Antretung der Erbschaft zwischen dem Er-

f) Hiermit stimmt auch Madihn in Princ. iuris Rom. de succeff. Frfr. cis Fiadr. 1792. 8. §. 216. überein, wenn er daselbst sagt: obligatio haec quasi ex mandato illique fimilis habe.ur.

ben und den Legatarien begründet wird, als Wirkung eines sonst eigentlich erforderlich gewesenen Contracts angesehen werden, so ist doch unleugbar die Idee eines der Bevollmächtigung ähnlichen Verhältnisses weit natürlicher, als wenn wir mit Edmund Merillius g) einen Litteralcontract zum Grunde legen wollten h). Es läßt sich auch wohl ohne Widerspruch nach römischen Gesezzen i) denken, daß ein Bevollmächtiger zuweilen das selbst nicht thun könne, was er einem Andern aufträgt, wie schon Herr Prof. Weber a. a. O. S. 29. selbst gegen den Einwurf des Herrn Prof. Hugo gründlich erinnert hat. So roh übrigens der Grund ist, den Justinian in seinen Institutionen bey den meisten Quasicontracten anführt, nämlich weil hier die Verbindlichkeit aus

g) Merillivs in comment. in libr. IV. Inst. edit. Trotzii Traiecti ad Rhen. 1739. 4. ad §. 4. Inst. de oblig. quae quasi ex contr. verb. iste vero *quasi contractus* accedit ad *litterarum obligationem:* heres enim ex testamento, *quasi ex chirographo*, legatariis obligatur, l. 41. D. ad Leg. Aquil.

h) Da die Gesetze hier nur den Abgang eines sonst eigentlich erforderlich gewesenen Contracts ergänzen, so konnte vielleicht auch das die Vorstellung erzeugen, daß man die Legatarien gleichsam als solche behandelte, in deren Namen und zu deren Besten ein rechtsgültiger Contract selbst mit dem Testator geschlossen worden. Hieraus, meynt Herr Prof. Weber a. a. O. S. 27. lasse sich auch gewissermaßen die Benennung der actionis *ex testamento* erklären. Siehe auch Ios. Ferd. de Retes Opusc. Lib. IV. ad L. 41. §. 13. D. de legat. III. in Thes. Meerm. Tom. IV. p. 208. n. 1. und Io. Christoph. Eric. Springer Diss. inaug. super quaestione: an testamenta magis inter leges, quam inter contractus improprios siue quasi contractus sint referenda? Erlang. 1792. Allein dagegen ließe sich vielleicht noch einwenden, daß auf solche Art der Erbe nicht sowohl den Legatarien, als dem Verstorbenen selbst verbindlich geworden wäre. Tralatitium enim est, sagt Ios. Finestres in Praelect. Ceruarienſ. ad tit. Pandect. de acquir. vel omitt. hered. P. II. c. XII. §. 14. p. 460. cum iis nos contrahere, quibus obligamur.

i) L. 25. C. de procur. Nov. LXXI. c. 1.

aus keinem Contract herrühre, und doch auch noch weniger aus einem Vergehen hergeleitet werden könne [k]), so merkwürdig ist es doch, wenn gerade der Empfang einer Nichtschuld gleichsam als Darlehn angesehen wird [l]), welches die Weberische Theorie noch mehr bemerkt. Aus allen erhellet nun also so viel, daß bey den obligationibus quasi ex contractu die Vorschrift der Gesetze gleichsam an die Stelle des Contracts tritt. Der Grund ihrer Gültigkeit ist demnach das Gesetz [m]), welches hierbey Billigkeit und gemeines Beste zum Maasstab nimmt. Warum aber die römischen Gesetzgeber, um Verbindlichkeiten zu begründen, die doch schon das Naturrecht anerkennt, zu einem Quasicontract ihre Zuflucht genommen haben, ist blos aus der besondern Denkungsart der Nation zu erklären. Die älteste Form sich verbindlich zu machen, war bey den Römern unstreitig der Contract. Da nun aus bloßen Verträgen keine klagbare Verbindlichkeit entstand, so reducirte man alle bürgerlich vollkommne Verbindlichkeiten, in so fern keine unerlaubte Handlung dabey vorlag, auf Contracte. Diese nur waren den Römern bekannt und geläufig, und machten daher gleichsam den Grundstoff aller bürgerlichen Rechte und Verbindlichkeiten aus. Nun hatte der römische Bürger einen hohen Begriff von seiner Freyheit. Unerträglich schien ihm der Gedanke zu seyn, daß ein

k) So z. B. heißt es §. 5. Inst. de oblig. quae quasi ex contr. nasc. Heres quoque legatorum nomine non proprie *ex contractu* obligatus intelligitur: neque enim cum herede, neque cum defuncto vllum negotium legatarius gessisse proprie dici potest, et tamen, quia ex maleficio non est obligatus, *quasi ex contractu* debere intelligitur.

l) §. 6. Inst. eod. — Sed tamen perinde is, qui accepit, obligatur, *ac si mutuum* ei daretur, et ideo condictione tenetur.

m) Herr Prof. Hufeland im Lehrbuch der Geschichte und Encyclopädie aller in Teutschland geltenden positiven Rechte, 1 Thl. §. 505.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0335
DFG

Bürger über den andern sich Rechte und Forderungen anmaßen könnte, ohne daß der letztere sich freywillig dazu anheischig gemacht, oder ein Strafgesetz übertreten hätte. Und doch erforderte nicht selten das gemeine Beste, einen Bürger verbindlich zu machen, wenn auch gleich derselbe weder selbst etwas versprochen, noch sonst etwas Unerlaubtes begangen hatte. Denn in vielen Fällen war nicht einmal ein Contract möglich. Man milderte also diese Verbindlichkeiten, der Denkart des Volks gemäß, dadurch, daß man sie quasi ex contractu herleitete, so fern sich in den Verhältnissen der Partheyen Aehnlichkeiten mit wirklichen Contracten fanden n). Ich leugne es nicht, schreibt Herr HR. Glück, daß ich in dieser ganzen Darstellung der Lehre von den so genannten Quasicontracten dem um die philosophische und elegante Bearbeitung des römischen Rechts so verdienten Herrn Prof. Weber vorzüglich gefolgt bin, weil ich keinen Andern kenne, der diese durch die irrigen Sätze der Ausleger so sehr verunstaltete Doctrin des römischen Rechts richtiger und gründlicher abgehandelt hätte. Ich kann aber auch diese Lehre nicht verlassen, ohne noch ein Wort über deren heutige Anwendung mit demselben hinzuzufügen. Daß die ganze Veranlassung, wodurch die römischen Rechtsgelehrten bewogen wurden, alle Rechte und Verbindlichkeiten, so viel möglich, auf Contracte und Verbrechen zu reduciren bey uns wegfällt, bedarf keines Beweises. Es gehört demnach diese ganze Lehre von den obligationibus quasi ex contractu zu den Subtilitäten des römischen Rechts, welche keinen praktischen Nutzen haben. Warum wollten wir nicht lieber die Entstehungsart der Verbindlichkeiten da, wo in der That keine Verträge und Versprechen vorhanden sind, gerade zu auf unmittelbare gesetzliche Vorschrift, oder auf einseitige Handlungen zurückführen,

n) Dietrich D. de genuina *quasi* notione iuridica, §. 60. Weber von der natürl. Verbindlichkeit, §. 8.

ren, als uns mit der Larve der Quasicontracte täuschen lassen o)? Die Beschaffenheit unserer heutigen Rechtsgeschäfte ist auch wirklich, wie Herr Prof. Weber a. a. O. §. 29. S. 29. flg. ganz richtig bemerkt, zu sehr auf einen andern Fuß gestellt, als daß nicht die Anlage unsers Rechtssystems durchaus fehlerhaft seyn müßte, wenn wir die Summe aller Rechte und Verbindlichkeiten noch heutiges Tages mit den römischen Rechtsgelehrten auf Verbrechen und Contracte, welche letztere wir ohnehin im eigentlichen römischen Verstande gar nicht einmal mehr haben, zurück leiten wollten.

§. 310.

Die wichtigste Eintheilung der Contracte, welche im römischen Rechte vorkommt, ist wohl die Eintheilung in contractus bonae fidei und contractus stricti iuris p). Bey dieser Eintheilung wird auf die Wirkung des Contracts Rücksicht genommen. Ein contractus *stricti* iuris hieß derjenige, bey welchem die Contrahenten blos dazu verbunden waren, was sie einander ausdrücklich und wörtlich versprochen hatten; hingegen bonae fidei contractus wurden diejenigen genennt, nach welchen ein Contrahent auch dazu verpflichtet war, was er nicht ausdrücklich und wirklich versprochen; was man im Contract anzuführen unterlassen hatte, weil es sonst gewöhnlich in dieser Art von Contracten prästirt ward, daher man die wörtliche Anführung oder Leistung für überflüssig zu halten pflegte. Die Rechtsgelehrten haben darüber

o) Man vergleiche hier noch Ern. Henr. Mylii Disp. de fictione quasi contractuum in iure germanico otiosa, Lipsi. 1741. und von Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrtheit, S. 352.

p) Hofacker Princ. Iur. ciuil. Tom. III. p. 52. et 17. Bolognetvs ad Rubr. Digest. de V. O. Comment. fol. 108. sqq.

über gestritten, welche Contracte als contractus stricti iuris betrachtet worden? Darin stimmen alle Rechtslehrer überein, daß die so genannten Formular- oder Verbal-Contracte, oder diejenigen Contracte, welche durch eine Formel, das heißt, feyerliche Worte geschlossen wurden, als contractus *stricti* iuris betrachtet worden sind. Nach dem neueren römischen Rechte gehörte vornehmlich die Stipulation, mit den darunter begriffenen Arten, nämlich der Correalobligation, der Fidejussion u. s. f. dazu q). Auch die literarum obligatio wurde durch Formeln errichtet, folglich war dieser Contract ein contractus stricti iuris. Es giebt Rechtslehrer r), welche behaupten, daß alle Realcontracte als contractus stricti iuris beurtheilt worden; wenigstens sind die mehresten Rechtslehrer der Meynung, das Darlehn sey ein contractus stricti iuris gewesen. Diese Behauptung streitet aber mit dem §. 2. Inst. de I. N. G. et C. und dem §. 28. Inst. de act., wie andere Rechtslehrer ausführlich gezeigt haben s). Von den Contracten des strengen Rechts ist die L. 99. D. de V. O. zu verstehen, wo der Jurist Celsus bemerkt: quicquid adstringendae obligationis est, id, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est. Unter den contractibus bonae fidei verstand man solche Contracte, bey deren Beurtheilung nicht blos auf die ausdrückliche Uebereinkunft der Contrahenten, sondern auch zugleich auf die den Umständen nach eintretende natürliche Billigkeit, Rück-

q) Herr HR. Glück im Comment. Thl. 4. S. 245. G. S. Madihn in Instit. iur. ciuil. §. 389.

r) Herr Prof. Hofeland im Lehrb. der Geschichte und Encyclop. der Rechte, §. 503. Note r.

s) Iust. Henn. Boehmer D. de fundam. vsurarum pecuniae mutuaticiae, §. 8. in *Eius* Exerc. ad Pand. Vol. IV. p. 101. sqq. Ayrer D. de arbitrio iudicis circa vsuras pecuniae mutuaticiae, §. 16. Meiers Gedanken von der Rechtmäßigkeit des sechsten Zinsthalers, S. 124.

Rücksicht genommen wurde. In der L. 2. §. 3. D. de obligat. et act. heißt es von diesen Contracten: in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex *bono et aequo* praestare oportet, und in der L. 31. D. depos. bemerkt **Tryphoninus**, die bona fides, worauf man bey diesen Contracten Rücksicht nehme, sey eben das, was sonst summa aequitas genennt werde. Nach der richtigen Meynung, hielt man bey den Römern nicht blos die **Consensualcontracte**, sondern auch alle andern Contracte, welche keine **Formularcontracte** waren, für Contracte dieser Art. Herr Prof. **Hofacker** hat sich S. 52. a. a. O. folgendergestalt über die Natur der Contracte, welche bonae fidei genennt wurden, erklärt, indem es daselbst heißt: **Justinian** hat im §. 28. Init. de act. als der Hauptstelle von dieser Materie, die contractus bonae fidei vollständig angeführt. Vergleicht man nun dieses Gesetz mit einer Stelle im **Cicero** [1]), so bemerkt man folgende Eigenschaften, wornach sich alle hierher gehörende Contracte mit Sicherheit entdecken lassen. 1) Die contractus bonae fidei sind theils **wahre Contracte**, theils **Quasicontracte**; 2) gehören die contractus iuris gentium hierher, und zwar 3) diejenigen, woraus zwey Klagen herrühren, wovon einige vtrinque directae, andere aber blos so beschaffen sind, daß die eine Klage actio directa, die andere contraria genennt wird. 4) Ist ihre Beschaffenheit so verschieden, daß man die aus diesen Contracten herrührenden Rechte und Verbindlichkeiten, durch die ausführlichsten besondern Verabredungen nicht so vollkommen deutlich festsetzen kann, daß nicht scheinbare falsche Auslegungen derselben sollten gemacht werden können, wenn alles nach dem strengen Rechte beurtheilet werden dürfte. 5) Alle Contracte, welche im menschlichen Leben beständig geschlossen werden, und ihrer Nothwendigkeit wegen selbst im Naturzustande unent-

1) Cicero de offic. L. III. c. 17.

unentbehrlich sind, und daher vor Errichtung der Staaten bekannt waren, leiden keine solche Subtilitäten, wie die Römer bey den Contracten des strengen Rechts eingeführt hatten, sondern man mußte einzig und allein auf Treue und Glauben dabey Rücksicht nehmen. War also ein solcher Contract durch einen Betrug veranlaßt worden, so mußte er von selbst ungültig seyn [u]), weil die contractus bonae fidei ihrer Natur nach die nöthigen Einreden bewirken [x]), wenn auch gleich wegen des Betrugs bey Eingehung eines Contracts dieser Art nichts Besonderes verabredet worden war [y]). Es verdient daher bemerkt zu werden, daß der Unterschied zwischen den Contracten und den Klagen des strengen Rechts und der Billigkeit bisweilen blos von der Verschiedenheit der Formeln benannt und an solcher erkannt werde, keinesweges aber daher entstehe. 6) Ein anderes Kennzeichen dieser Contracte ist es endlich, daß die Klagen, welche deswegen gebraucht werden müssen, actiones bonae fidei sind.

Bey den Römern war der Unterschied zwischen Contracten des strengen Rechts und solchen, die nach der Billigkeit beurtheilt wurden, mit den wichtigsten Folgen verbunden; denn 1) waren Contracte des strengen Rechts gültig, wenn sie auch durch Betrug, oder unerlaubten Zwang veranlaßt worden [z]), und der verletzte Contrahent konnte die Vergütung seines Schadens nicht durch die aus dem Contract entspringende Klage suchen, sondern blos durch das Rechtsmittel der prätorischen Wieder-

u) L. 7. pr. D. de dolo malo L. 16. §. 1. D. de minor. XXV. annis. L. 3. §. fin. D. pro socio.

x) L. 21. D. soluto matr. L. 84. D. de legat. I. L. 152. D. de diu. reg. iur. L. 116. D. eod. L. 1. C. de resc. vend. L. 3. D. eod. §. 30. Inst. de act.

y) L. 68. D. de contr. emt. vend.

z) L. 36. D. de verb. oblig. L. 5. C. de inutil. stip. L. 7. §. 3. D. de dolo malo.

dereinsetzung in den vorigen Stand. Ganz anders verhielt es sich mit Contracten, die nach der Billigkeit beurtheilet wurden; denn diese waren schon an sich nichtig, wenn sie durch einen Betrug oder ungerechte Furcht veranlaßt worden waren [a]). Der Verletzte konnte sich hier durch die Klage aus dem Contract selbst helfen, und brauchte die prätorische Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zu suchen, weil es schon in der Natur solcher Contracte lag, daß die Contrahenten redlich dabey zu Werke gehen mußten, und nicht nöthig hatten, sich wegen eines zu befürchtenden Betrugs, besonders und mittelst einer ausdrücklich hierauf gerichteten Clausel, vorzusehen [b]). Die L. 4. C. de oblig. et act. wo es heißt: bonam fidem in contractibus considerari, aequum est, scheint zu beweisen, daß jener Unterschied nach neuern römischen Gesetzen nicht mehr beobachtet worden sey. Verschiedene Ausleger haben dieses Gesetz zwar auch auf Contracte des strengen Rechts angewendet; es ist aber gleichwohl die bona fides, worauf bey solchen Contracten ebenfalls Rücksicht genommen wird, von derjenigen Billigkeit sehr verschieden, die mit den Contracten, welche nach der Billigkeit beurtheilt werden, verbunden ist; indem bey jenen Contracten blos auf die allgemeinen Regeln der Billigkeit in so fern Rücksicht genommen wurde, daß Niemand behaupten durfte, er sey unter dem Schein des Rechts um sein Recht gebracht und ihm Schaden verursacht worden [c]). Aus diesen Gründen war es nöthig gewesen, bey Contracten des strengen Rechts, Rechtsmittel wider den Betrug und die ungerechte Furcht einzuführen; damit sich Niemand durch seine ungerechte Handlung

a) L. 3. §. fin. D. pro socio. L. 21. §. 3. D. quod metus causa. Io. d'AVEZAN contr. libr. I. c. 19. in MEERMANNI Thes. Tom. IV. p. 40. sqq.

b) L. 7. §. 3. in f. D. de dolo malo. L. 6. §. 8. L. 11. §. 5. D. de act. emti vend. L. 152. D. de reg. iur.

c) L. 1. §. 1. D. de doli mali et met. except.

lung mit des Andern seinem Schaden bereichern könnte; es war auch bey diesen Contracten nicht erlaubt, das Nämliche zweymal zu fordern, wenn es gleich stipulirt worden seyn sollte [d]). So viel Kraft hatte aber diese bona fides nicht, daß man sich, ohne ein prätorisches Rechtsmittel zu brauchen, durch eine ordentliche Klage hätte helfen können, oder daß man sonst etwas hätte fordern können, was nicht ausdrücklich versprochen worden war [e]). Gegen diese Behauptung kann die L. 59. §. 1. D. mand. nicht angeführt werden, wo es heißt: in omni contractu bonam fidem praestare debere; denn hier wird die bona fides mehr dem dolo malo als dem strengen Rechte entgegen gesetzt [f]); folglich ist es außer Zweifel gesetzt, daß der Unterschied zwischen Contracten des strengen Rechts und der Billigkeit selbst noch unter dem Justinian wichtige Folgen gehabt habe [g]).

2) Ein anderer Unterschied bestand darin, daß nach dem römischen Rechte vor Justinian, bey Contracten des strengen Rechts die daraus herrührende Verbindlichkeit durch keine Compensation aufgehoben werden konnte, sondern dem Kläger die Einrede des Betrugs entgegen gesetzt werden mußte, wenn er der Gegenrechnung ungeachtet, auf die Erfüllung der Verbindlichkeit geklagt hatte. Anders verhielt es sich bey contractibus bonae fidei, denn hier hatte die Wirkung der Compensation ipso iure statt. Justinian hob diesen Unterschied auf, wie §. 32. Iust. de act. beweißt.

3) Die

d) L. 18. D. de verb. oblig. L. 57. D. de reg. iur. L. 51. §. fin. D. de re iud. L. 21. D. de hered. vel act. vend. L. 4. §. 7. D. de doli mali et met. exc.

e) a COSTA ad §. 28. Inst. de act. VINNIVS l. c. nr. 1. d'AVEZAN contr. Lib. I. c. 21.

f) MEISTER in Diss. de fide eiusque iure in vsucap. et praescript. c. 1. §. 4. not. b. in *Eius* Opusc. Syll. I. p. 14.

g) §. 28. et 30. Inst. de act. et MERILLIVS ad §. 28. Inst. de act. p. 483.

3) Die Contracte des strengen Rechts und der Billigkeit unterschieden sich ferner dadurch, daß man in jenen Contracten keine Zinsen zu bezahlen brauchte, wenn sie nicht ausdrücklich ausbedungen worden waren, in den contractibus bonae fidei aber war man dazu verpflichtet, sobald man seine Verbindlichkeit nicht zu rechter Zeit erfüllt hatte h). Streitig ist es unter den Rechtslehrern, ob bey Contracten des strengen Rechts nicht wenigstens von der Zeit der litiscontestation an, Zinsen bezahlt werden müssen, sobald der Verzug erwiesen worden, und der Gegentheil sich nicht darauf berufen dürfen, daß keine Zinsen versprochen worden. Viele Rechtslehrer i) haben es zu behaupten gesucht, und sie berufen sich auf die L. 35. D. de vsur. wo es heißt: lite contestata vsurae currunt. Es ist aber von andern berühmten Rechtslehrern gezeigt worden, daß die angeführte L. 35. D. de vsur in Verbindung mit der L. 18. D. de nouat. weil beyde Stellen in des Paulus Lib. 57. ad Edictum gestanden, zu erklären, und darin der Satz enthalten sey: der Lauf der Zinsen hört durch die geschehene Einlassung auf die Klage nicht in eben der Maaße auf, wie es durch eine freywillige Novation geschieht k). Es enthält also jenes Gesetz eben den Gedanken, der in einer Lex der Kaiser Severus und Antonin, nämlich in der L. 1. C. de iud. vor-

h) L. 32. §. 2. D. de vsur. L. 5. C. de pact. int. emt.

i) de Cocceii in iure contr. P. II. Lib. 22. tit. 1. qu. 3. Hotomann in comment. ad Inst. Lib. IV. tit. 6. §. 24. p. 459. Hvber ad Dig. Lib. XXII. tit. 1. §. 17. Io. Math. Magnvs Ration. et Different. iur. ciuil. Lib. I. c. 4. in Meermanni Thes. Tom. III. p. 271.

k) Ant. Faber de error. pragm. Decad. XI. err. 1. Hugo Donellvs in tr. de vsur. c. 3. in fine Bachov ad Treutler. Vol. II. Disp. III. th. 3. lit. C. p. 128. Nerivs in analect. Lib. 2. c. 20. in Otton. Thes. Tom. II. p. 446. Vinnivs ad §. 28. Inst. de act. nr. 4. Noodt de vsur. Lib. 3. c. 17. de Berger in resolut. LL. obst. Lib. 22. tit. 1. qu. 1. p. 492.

vorkommt, wo es heißt: iudicio coepto vsurarum stipulatio non est peremta l),

4) Die contractus stricti iuris und bonae fidei unterschieden sich ferner dadurch, daß die Verbindlichkeit, die durch einen Contract des strengen Rechts entstanden war, nicht anders vollkommen getilgt werden konnte, als durch eine gebrauchte Acceptilation; hatte man hingegen die Verbindlichkeit dem Schuldner blos durch simple Worte erlassen, so blieb sie nach dem strengen Rechte bey Kräften, und der Schuldner konnte sich blos durch die Einrede des Vertrags schützen m). Von einem Contract, der nach der Billigkeit beurtheilt wurde, konnten die Partheyen mit gemeinschaftlicher Einwilligung wider abgehen, so lange die Erfüllung desselben noch nicht geschehen war, und der Contract war hierdurch ipso iure aufgehoben, als ob er gar nicht geschlossen worden sey n). — Außer den angeführten Abweichungen beyder Arten der Contracte gab es noch andere, die aber minder wichtig sind o).

Der Unterschied zwischen Contracten, welche contracus stricti iuris genennt werden, von solchen, die contractus bonae fidei heißen, ist auch deswegen besonders merkwürdig, weil die Eintheilung der Klagen in actiones bonae fidei und stricti iuris darauf beruhet p). Es gründet

l) Voet in Comment. ad Lib. XXII. tit. I. §. 10. Pothier in Pand. Iust. T. I. tit. de vsur. Sect. II. nr. XLI. et in Schol. ad nr. XLVIII. p. 625 et 627. Westenberg in Comp. Dig. Lib. XXII. tit. I. §. 14.

m) L. 35. D. de reg. iur.

n) L. 2 et 3. D. de resc. emt. vend. L. 7. §. 6. D. de pact. Averanii Interpr. Lib. I. c. 14. nr. 13. sqq.

o) Vinnivs in comment. ad Inst. §. 28. tit. de act. nr. 4.

p) §. 30. Inst. de action. Frommann de action. bonae fidei et stricti iuris. Gvndling doctrina actt. b. fidei et stricti iuris. Bolognetvs ad Rubr. Digest. de V. O. Commentaria. Hofacker Princ. Iur. Rom. T. III. p. 17.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0344
DFG

gründet sich dieser Unterschied vorzüglich auf die dem iudex pedaneus, bey deren Untersuchung und Anwendung zustehende Gewalt. Man nennte nämlich eine Klage, actio *stricti* iuris, bey welcher der iudex pedaneus 1) blos auf die Worte des Contracts Rücksicht nehmen mußte, und dem Kläger nichts zuerkennen durfte, als was ihm ausdrücklich versprochen worden war. Actio bonae fidei hieß die Klage, bey der mehr auf die **Billigkeit**, als auf das strenge Recht gesehen wurde, und wo der Richter auch das zusprechen durfte, was nicht mit deutlichen Worten versprochen, sondern aus dem Grunde übergangen worden war, weil es bey dieser Art von Geschäften gewöhnlich war, daß die Contrahenten sich nichts besonders darüber ausbedingten. Uebrigens war diese Eintheilung der Klagen keine allgemeine Eintheilung aller Klagen, sondern nur die aus den Contracten oder Quasicontracten entstehenden Klagen, pflegten auf diese Art eingetheilt zu werden [q]); jedoch machte die hereditatis petitio eine Ausnahme, welche Klage weder aus einem Contract noch Quasicontract entstand, und gleichwohl actio bonae fidei genennt wurde. Bey den actionibus bonae fidei konnte der Richter nach der Billigkeit bestimmen, was der Beklagte dem Kläger leisten solle, wenn es gleich nicht ausdrücklich versprochen worden war, wie man aus §. 30. Inst. de act. sieht, wo es heißt: in *bonae fidei iudiciis* libera potestas permitti videtur iudici, *ex bono et aequo* aestimandi, quantum actori restitui debeat, weil nach der L. 7. D. de negot. gest. und der L. 24. D. in f. depos. das officium iudicis eben das bewirkte, was bey der Stipulation Frage und Antwort zur Folge hatte. Es wurde bey diesen Klagen 2) auf eine verschiedene Art verfahren [r]). Bey actionibus stricti iuris mußte der Beklagte, wenn

q) FRANZCKIVS in Exerc. ad Dig. 13. qu. 8. BOEHMER de action. Sect. I. c. 3. §. 13. GVNDLING in Diss. cit. c. 1. §. 38. LAVTERBACH ad tit. de O. et A. §. 71.

r) NOODT in Probab. Lib. 2. c. 1. IDEM de iurisd.

wenn er der wider ihn angebrachten Klage eine zerstörliche Einrede entgegen setzen wollte, solche schlechterdings bey dem Prätor vorschützen, ehe er die Partheyen an einen iudex pedaneus angewiesen hatte, weil die demselben gegebene Instruction darnach eingerichtet wurde. Man sieht dieses aus einer Stelle des Cicero [s]), welcher schreibt: in *iure* et *exceptiones* postulantur, et quodammodo agendi potestas datur, et omnis conceptio priuatorum iudiciorum constituitur. Unterließ der Beklagte, diese Art der Einrede vor dem Präter anzuführen, so nahm der iudex keine Rücksicht darauf, wenn sie der Beklagte bey der Verhandlung des Rechtsstreits vorschützte, da es ihm nicht erlaubt war, die vorgeschriebene Instruction bey Seite zu setzen [t]). Bestand also die vorgeschriebene Formel in folgenden Worten: si paret, Titium centum ex stipulatu debere, tu illum in centum condemna, so mußte er den Beklagten verurtheilen, wenn der Kläger den Grund seiner Klage bewiesen hatte [u]). Glaubte der Beklagte eine gegründete zerstöhrliche Einrede zu haben, so mußte er solche vor dem Prätor nach angebrachter Klage vorschützen, und bitten, daß solche in die Instruction des iudex pedaneus eingerückt werden möchte. Nunmehr hieß es in der Instruction, z. B. si non conuenerit, ne eam pecuniam actor peteret; oder si in ea re nihil dolo malo actoris factum est [x]). In der L. 22. D. de except. wird von Einreden gesagt: exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.

Lib. I. c. 13. IDEM de forma emend. doli mali c. 5. et 8. AVERANII Interpr. Lib. I. c. 14. n. 27. sqq. d'AVEZAN contr. Lib. I. c. 21.

s) CICERO de inuent. Lib. II. c. 19.

t) SENECA de benef. Lib. III. c. 7. verb. iudicem formula includit, et certos, quos non excedat, terminos ponit.

u) §. 1. et 2. Inst. de except. AVERAN. l. c. nr. 32.

x) L. 2. §. 1. D. de doli mali et met. except.

nem. Es kam bey diesen Einreden allein darauf an, ob sie der Beklagte bey dem iudex pedaneus beweisen können [y]). Daß die Vorschützung der Einrede des dolus, wenn sie vor dem Prätor vorgebracht worden, die Wirkung gehabt habe, ein iudicium stricti iuris in ein iudicium bonae fidei umzuändern, ist zwar vom Cujaz behauptet worden, andere Rechtslehrer haben aber diese Meynung für falch erklärt [z]).

Eine ganz andere Beschaffenheit hatte es mit den iudiciis bonae fidei. Hier wurde die Instruction des iudex pedaneus vom Präter z. B. folgendermaßen abgefaßt: si paret, Titium Meuio ex locato debere, tum quantum Titium Meuio ob eam rem dare oportet ex fide bona, tanti damnetur. Die Worte wurden allemal nach Beschaffenheit des streitigen Geschäfts eingerichtet. Bey einigen Processen dieser Art hieß es: bona fide, bey andern ex aequo et bono [a]). Wenn die actio rei vxoriae angestellt worden, hieß es in der Instruction: quod aequius melius [b]); bey dem contractus fiduciae hieß es: vti inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione [c]). Bey allen Klagen dieser Art war es nicht nöthig, den Prätor um eine Formel für die Einrede zu bitten, sondern der Beklagte hatte das Recht, die ihm zustehende zerstöhrliche Einrede erst vor dem iudex pedaneus vorzuschützen [d]), weil diese Einreden in der

y) L. 9. C. de except.

z) Cviacivs in Obseru. Lib. III. c. 17. Lib. VIII. c. 16. Ant. Faber coniect. Lib. XIV. c. 18. Bachov de action. Disp. 6. thes. 22.

a) Cicero de offic. Lib. III. c. 17. L. 2. D. de oblig. et act.

b) L. 66. D. soluto matr. Cicero de offic. Lib. III. c. 15.

c) Cicero in topicis c. 17. Idem in Orat. pro Roscio comoedo, c. 4.

d) Noodt de iurisd. L. I. c. 13. Idem de forma emend. doli mali c. 8. Averanivs l. c. nr. 33. Bachov de action. Disp. 6. thes. 21.

Natur dieser Geschäfte lagen, wie die Gesetze [e]) sagen. Es mußte bey diesen Processen vom iudex pedaneus, auf den Ersatz der Verzugszinsen, der Früchte, und alles dessen, was die Billigkeit erforderte, erkannt werden.

3) War die Frage von dem Ersatz des Werths der Sache, so wurde bey actionibus bonae fidei auf die Zeit des gesprochenen Urthels gesehen, bey actionibus stricti iuris aber nahm der Richter auf die Zeit der Litiscontestation Rücksicht [f]).

4) Bey iudiciis bonae fidei konnte vom Kläger das iuramentum in litem geschworen werden; klagte man aber aus einer Stipulation, so war dieser Eyd nur alsdenn zulässig, wenn die versprochene Sache mora promissoris zu Grunde gegangen war [g]).

5) Bey Verbindlichkeiten aus einem Contract des strengen Rechts, konnte der Kläger keine Sicherheitsbestellung vom Beklagten verlangen, wenn dies pecuniae soluendae noch nicht vergangen war; bey Verbindlichkeiten aus contractibus bonae fidei gieng es aber bisweilen an [h]).

Eine wichtige theoretische Frage in dieser Materie ist es: warum die römischen Rechtsgelehrten einige Klagen für actiones bonae fidei erklärt haben, andere aber für actiones stricti iuris, worin also der Grund dieser Eintheilung bestanden habe? Es giebt Rechtslehrer [i]), welche behaupteten, es lasse sich heut zu Tage gar kein richtiger Grund mehr angeben. Verschiedene Rechtslehrer

e) L. 3. D. de resc. vendit. L. 1. C. eod. L. 21. in fine D. soluto matr. L. 84. §. 5. D. de legat. I. L. 116. L. 152. D. de diu. reg. iur.

f) L. 3. §. 2. D. commod. L. 37. in fine D. mand. Voet in comment. Lib. XLIV. tit. VII. n. 13.

g) L. 5 et 6. D. de in litem iurando. Voet ad Dig. Lib. XII. tit. 3. §. 5.

h) L. 41. D. de iudic. L. 38. D. pro socio.

i) Charondas in verisim. Lib. 3. c. 3. in Otton. Thes. T. I. p. 774.

lehrer [k]) sind der Meynung, die Klagen aus negotiis vnilateralibus habe man für actiones stricti iuris gehalten, und die aus einem negotio bilaterali für actiones bonae fidei; es läßt sich aber kein hinreichender Grund angeben, warum jede Klage aus einem Bilateralcontract bonae fidei, und warum die aus den einseitigen Contracten entspringenden Klagen, stricti iuris gewesen [l]). Ueberdieses steht dieser Behauptung der Umstand entgegen, daß die aus dem Tauschcontract und Trödelcontract herrührende Klage als eine actio bonae fidei betrachtet wurde, obgleich diese und alle unbekannten Contracte einseitige waren. Der berühmte Cocceji [m]) suchte den Satz zu vertheidigen, alle Klagen, durch welche ich eine Sache verlangt habe, die schon Mein gewesen, habe man für actiones bonae fidei gehalten; unter die actiones stricti iuris habe man aber solche Klagen gerechnet, wodurch ich eine Sache gefordert habe, die zuvor noch nicht Mein gewesen sey. Dieser Behauptung steht entgegen, daß die actio emti und die actio praescriptis verbis ex permutatione unter die actiones bonae fidei gerechnet werden, und gleichwohl verlangt man durch diese Klagen etwas, was vorher nicht Mein war. Der Canzler Böhmer [n]) nahm das Formularwesen der Römer als den Grund dieses Unterschiedes an, und behauptete, keine andern Klagen waren stricti iuris, als die aus einem Formularcontract entstanden, alle andern Klagen aber waren bonae fidei; denn bey Formulargeschäften hieng die ganze Verbindlichkeit blos von der Formel ab; also mußte man auch bey dieser allein stehen bleiben, und durfte nicht darüber weggehen, schreibt der Herr GTR.

k) Hotomann et Otto ad §. 28. Inst. de action.

l) Bachov de action. Disp. 6. th. 11.

m) Cocceii in iure contr. ad tit. de oblig. et act. qu. 13.

n) Boehmer de action. Sect. I. c. 3. §. 19. sqq.

Höpfner o). Mit Sicherheit läßt sich behaupten, 1) die Klagen, welche aus Consensualcontracten entstehen, nämlich die actio emti et venditi, locati et conducti, pro socio, mandati, waren actiones bonae fidei. Auch die actio emphyteuticaria wurde dazu gerechnet, ob sie gleich im §. 28. Inst. de act. nicht ausdrücklich mit genannt worden ist, da die Emphyteusis ein Mittelding zwischen dem Kauf- und Miethcontracte war, beyde aber für contractus bonae fidei gehalten wurden. 2 Es wurden für Klagen dieser Art gehalten, die Klagen aus drey Realcontracten, die actio commodati, depositi, pignoratitia. Das nämliche muß von der actio sequestraria behauptet werden, wenn sie gleich im §. 28. Inst. de act. nicht mit benennt ist, weil das sequestrum als eine Art von depositum betrachtet werden muß. Ferner gehört hierher 3) die actio praescriptis verbis, die aus dem Tausch- und Trödelcontract angestellt werden kann; 4) die Klagen aus den Quasicontracten, die actio negotiorum gestorum, tutelae, familiae erciscundae, communi diuidundo, die actio funeraria nach der L. 14. §. 6. et 13. D. de relig. nicht weniger 5) die hereditatis petio.

Sehr bestritten ist die Frage: was für Klagen bey den Römern als actiones bonae fidei betrachtet worden, und welche man für actiones stricti iuris gehalten habe? Die mehresten Rechtsgelehrten haben zu behaupten gesucht, der §. 28. Inst. de act. müsse hier als die rechtliche Entscheidungsquelle betrachtet werden; denn alle in dieser Stelle vorkommenden Klagen habe der Kaiser in Gemäßheit der römischen Rechtsgrundsätze für actiones bonae fidei erklärt, folglich zu erkennen gegeben, daß die übrigen Klagen als actiones stricti iuris betrachtet werden. In dem angeführten §. 28. heißt es nämlich: actio-

o) Höpfners Comment. über die Institut. §. 1129. S. 941.

actionum autem quaedam *bonae* fidei sunt, quaedam *stricti* iuris. *Bonae fidei sunt hae:* ex emto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiae herciscundae, communi diuidundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. Darauf antworten die Gegner: diese Behauptung setze voraus, daß die Verfasser der Institutionen ein vollständiges Verzeichniß der actionum bonae fidei anführen wollen; diese Voraussetzung müsse aber deswegen für falsch erklärt werden, weil mehrere Klagen unter die actiones bonae fidei gerechnet worden, die in diesem Paragraphen nicht genannt sind; z. B. die actio funeraria, sequestraria; emphyteuticaria. Der berühmte Vinnius p) antwortete auf diesen Einwurf: man verstehe diese Stelle der Institutionen falsch, wenn man annehme, es dürften auch solche Klagen nach Inhalt dieser Stelle für keine actiones bonae fidei gehalten werden, die nur durch zufällige Eigenschaften von den genannten unterschieden wären, oder welche als Gattungen der ausdrücklich genannten betrachtet werden könnten. Alle diese Klagen gehörten allerdings mit unter die actiones bonae fidei. Diesen Grundsätzen gemäß müsse man die so genannten actiones contrarias eben so wohl für actiones bonae fidei halten, wenn im §. 28. der Institutionen de act. die directen Klagen aus gewissen rechtlichen Geschäften für solche erklärt worden. Dieses sey der Fall bey der actio negotiorum gestorum, mandati, depositi, commodati, tutelae, pignoratitia *contraria*. So müsse man auch die actio tutelae, die petitio hereditatis praetoriae et fideicommissariae, die actio exercitoria und institoria für actiones bonae fidei halten.

Wir kennen nunmehr eine große Anzahl der wichtigsten Grundsätze von der Beschaffenheit der Klagen

p) VINNIVS ad §. 28. Inst. de act.

des strengen Rechts und der Billigkeit bey den Römern; es ist aber noch etwas von der Frage anzuführen: ob der Unterschied zwischen den actionibus bonae fidei und stricti iuris heut zu Tage noch seine Wirkung zeige? Sehr viel Rechtsgelehrte q) haben zu behaupten gesucht, diese Distinction falle bey uns weg, und man müsse alle Klagen für actiones bonae fidei halten; aber über den wahren Grund dieser Behauptung findet man keine gleiche Meynungen. Einige Rechtslehrer führen an, der Unterschied sey durch das Kanonische Recht abgeschafft worden. Andere sagen, es finde sich keine Verordnung des Kanonischen Rechts hierüber, sondern im R. A. v. J. 1600. §. soviel nur, sey verordnet worden, daß man im Darlehn blos um des Verzugs willen, Zinsen fordern könne, wenn gleich keine versprochen worden. Auch diese Meynung stützt sich auf schwache Gründe, und daher schreibt der Herr GTR. Höpfner: man sieht leicht ein, daß daraus die Abschaffung jener Distinction noch lange nicht folge. Noch andere sagen, wir hätten keine Prätoren und iudices pedaneos, folglich auch jene Distinction der Klagen nicht mehr. Dagegen kann angeführt werden, zu Justinians Zeiten hatte man auch keine iudices pedaneos mehr, und dennoch war der Unterschied zwischen actionibus bonae fidei und stricti iuris practisch. Viele Rechtslehrer r) führen an: da wir in Teutschland das Formularwesen

q) Boehmer de action. Sect. I. c. 3. §. 44. Io. Tob. Carrach Diss. qua pacta non stricti iuris, sed bonae fidei esse euincuntur, Hal. 1765. §. 19. sqq. Io. Chr. Rvdolph D. de effectu metus in pactis et contr. Sect. III. p. 40. Gvndling in Diss. cit. c. 2. Stryck in vsu mod. tit. de oblig. et act. §. 8. Thomasivs ad §. 28. Inst. de act. Gmelins Rechtsfälle, 2ter Band, §. 100. Herr HR. Runde im Privatrechte, §. 184. S. 137. Herr GTR. Höpfner im Comment. §. 1135. S. 944.

r) Boehmer l. c. Herr HR. Glück im Commentar, Thl. 4. S. 255. Herr Prof. Weber in den Reflexionen zur Beför-

wesen nicht mehr haben, worauf sich die ganze Distinction gründete, so kann natürlicher Weise von den römischen Gesetzen, die von contractibus und actionibus stricti iuris handeln, heut zu Tage kein Gebrauch gemacht werden. Es giebt gleichwohl eine große Anzahl von Rechtsgelehrten [s]), welche von der angeführten Distinction behaupten, daß sie allerdings noch gelte, und ihren practischen Nutzen habe. Herr Prof. Hofacker bemerkt, da sich der Grund dieser Distinction nicht auf das Formularwesen allein bezog, sondern mehr von der Natur dieser Geschäfte herrührte [t]), diese aber immer noch bestehe, so könne jener Unterschied nicht als aufgehoben betrachtet werden. Die durch den neuesten Reichsabschied eingeführte Ausnahme von der Regel bestätige diese Regel vielmehr, als daß man die Sache für abgeschafft halten könne, es werde auch jener Unterschied durch die Praxis sogar bestätigt [u]).

§. 311.

Was die Römer Contracte genennt haben, und die vornehmsten Eintheilung derselben, ist zeither erläutert worden; nunmehr soll von den bloßen Verträgen, oder pactis, das Wichtigste bemerkt werden. In der

Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauche des römischen Rechts, §. 4. S. 28.

s) Hert in Diss. de fructuum persecut. in act. person. §. 15. Hvnnivs in resolut. Lib. IV. Part. 2. qu. 23. 24. p. 952. sqq. Harpprecht ad §. 28. Inst. de act. n. 54. Hopp l. c. Cocceii in iure contr. ad tit. de oblig. et action. Qu. 13. Püttmann in Opusc. p. 207. Hofacker in Princ. Iur. ciuil. Tom. III. §. 1744. p. 22.

t) Lavterbach in Coll. Dig. ad tit. de oblig. et act. §. 73.

u) Consil. Tvbing. Vol. VIII. Cons. 101. n. 79. Frommann Diss. sistens differentias principes act. b. f. et stricti iuris th. 24.

L. 7. §. 4. D. h. t. wird davon gesagt: cum nulla subest causa *praeter* conuentionem, sie haben, außer der Uebereinkunft beyder Theile, keine causam ciuilem. Wenn die Uebereinstimmung der mehresten Manuscripte hier als Entscheidungsnorm gebraucht werden kann, so ist die Lesart praeter in dem angeführten Gesetz die richtigere [x]), ob es gleich in den Florentinschen Pandekten *propter* conuentionem heißt. Soll diese Lesart vertheidigt werden können, so müßten diese Worte wenigstens nach der Interpunction des Charondas zu den nachfolgenden: hic constat, non posse constitui obligationem, gezogen werden, schreibt Herr HR. Glück. Nach den ältesten römischen Gesetzen wirkte ein bloßes pactum keine Klage, und daher findet man in den Schriften des Paulus [y]) den Satz: ex nudo pacto, inter ciues romanos actio non nascitur. In spätern Zeiten des römischen Staats wurde einigen Verträgen eine klagbare Verbindlichkeit beygelegt, ohne daß man sie unter die Contracte zählte, sondern sie blieben pacta. Man nennte sie pacta non nuda, iusta, vestita, alle andern Verträge aber, die keine Klage bewirkten, hießen schlechtweg pacta, pactiones nudae, pactum nudum [z]). Es ist von den Rechtslehrern darüber gestritten worden, ob diese Ausdrücke dem Sprachgebrauch der römischen Rechtsgelehrten gemäß zu halten oder nicht. Verschiedene Rechtslehrer [a]) behaupteten, bey den Römern habe man alle pacta, *nuda*

genennt,

x) Wachendorf in Diss. de pactis nudis, c. 1. §. 2. in Dissert. Triade p. 393.

y) Paullvs in recept. Sentent. Lib. II. tit. 14. Vinnivs in tract. de pactis c. 6.

z) L. 7. §. 4. D. de pact. L. 10. C. eod. L. 27. C. locati. L. 33. §. 5. D. de vsurp. et vsuc. L. 23. C. de pignor. L. 15. C. de transact.

a) Cviacivs in obs. Lib. II. c. 17. et ad L. 1. D. de pact. Wachendorf de pactis nudis, in Diss. triad. p. 389. Bachov ad Prota p. 564. Vinnivs de pactis, c. 5. §. 5.

genennt, und blos die Contracte hätten pacta non nuda, conuentiones non nudae geheißen. Zweifelhaft ist es, ob die Anhänglichkeit an das alte Rechtssystem, nach welchem kein bloßes Versprechen ohne Stipulation verbindlich war, oder die Besorgniß, daß durch Einführung einer allgemeinen Verbindlichkeit und Klagbarkeit aller Verträge, ein römischer Bürger sehr leicht übereilt werden könne, an der beständigen Beybehaltung dieser Theorie Ursache gewesen. So viel kann man aber mit Gewißheit annehmen, daß der Kaiser Leo, durch seine Verordnung in der L. 10. C. de contr. et comitt. stipulat. worin er blos den Gebrauch der solennen Formeln bey der Stipulation abgeschafft hat, die vorige Theorie nicht aufgehoben habe [b]); denn vom Kaiser Justinian wurde noch in mehrern Gesetzen, z. B. Nov. 86. c. 4. Nov. 162. c. 1. pr. et §. 8. ein Unterschied zwischen bloßen Verträgen und einer Stipulation gemacht. Auffallend ist es aber nur, daß er in der L. 35. C. de donat. der Schenkung, einem der allergefährlichsten Verträge, wodurch Jemand am leichtesten um sein ganzes Vermögen gebracht werden kann, die Wirkung beygelegt hat, daß daraus geklagt werden könne, wenn sie gleich ohne eine Stipulation verabredet worden sey, da er es doch in Ansehung des Versprechens, daß man dem Andern eine Sache leihen wolle, wenn keine Stipulation gebraucht worden, beym alten Rechte gelassen hat. Merkwürdig ist auch die Verordnung Justinians in der L. 14. C. de contr. et comitt. stipulat. über den Beweis der nicht wirklich gebrauchten Stipulation, wenn ein schriftlicher Aufsatz darüber vorhanden war [c]). Man hat also selbst im neuern römischen Rechte, aller Milderungen des alten strengen Rechts ungeachtet, die Re-

gel

b) VOORDA in Elect. c. 21. EMMINGH. ad COCCEIVM h. t. qu. 10. not. k.

c) Herr Prof. Hugo im Civilist. Magaz. 1ster Band, S. 447. 13.

gel angenommen, wie die große Anzahl noch vorhandener Gesetze beweiset, daß ein pactum nudum keine Klage begründe, und man wird auch wirklich nichts Unbilliges in dieser Theorie finden, wenn man bedenkt, wie leicht es nach dem neuern römischen Rechte war, einen bloßen Vertrag schon dadurch klagbar zu machen, daß man den Promittenten nochmals fragte, ob es auch wirklich sein Ernst sey, das bereits Versprochene zu halten, und wie sehr durch diese Vorsicht die Anzahl der Processe vermindert werden konnte [d]). Der Rechtslehrer Mästerzius hat zwar zu behaupten gesucht, daß jene Regel des römischen Rechts blos auf solche simple Verträge eingeschränkt worden sey, die nur aus Prahlerey oder doch wenigstens ohne Ueberlegung und nicht im Ernst eingegangen worden; denn ein ernstliches und überlegtes Versprechen habe bey den Römern zu allen Zeiten eine klagbare Verbindlichkeit bewirkt. Dieser Meynung fehlt es an allem Beweise, wie Wachendorf ausführlich gezeigt hat [e]), wenn es gleich wahr ist, daß die Gesetze und Cicero jene Regel für unbillig erklärt haben [ee]).

Die klagbaren Verträge bey den Römern wurden in drey Classen eingetheilt; denn einige solcher Verträge waren durch verschiedene neuere Gesetze für klagbar erklärt worden, und diese hießen pacta legitima; andern Verträgen dieser Art legten die Prätoren in ihren Edicten eine klagbare Verbindlichkeit bey, welche daher pacta

d) Hugo Donellvs in comment. ad L. 10. C. de pactis nr. 21. Noodt de pactis c. 10. Wachendorf l. c. c. 2. §. 2. in Triad. Diss. p. 438. Herr Canzleyadvocat Griesinger von Verträgen, S. 17 und 25.

e) Iac. Maestertivs de iustitia Leg. Roman. Lib. I. c. 33. Wachendorf l. c. c. 2. §. 4. in *Eius* Triade Diss. p. 451. sqq.

ee) L. 7. §. 7. D. de pactis. Cicero de offic. II, 24. Idem Lib. II. ad Herennium. Idem de inuent. II.

cta praetoria hießen; und bey andern galt der Grundsatz, jeder Vertrag solle verbindlich seyn, wenn er einem Contract, der nach der Billigkeit beurtheilt wurde, sogleich bey der Eingehung als eine Clausel angehängt worden war. Diese letzte Art der Verträge nennten die Römer pacta *adiecta* f).

Wenn ein pactum *adiectum*, ein Nebenvertrag, verbindliche Kraft erlangen sollte, so mußte er 1) mit einem Contract, der nach der Billigkeit beurtheilt wurde, zugleich geschlossen worden seyn, das heißt, er mußte zu eben der Zeit eingegangen werden, als jener Contract geschlossen wurde; denn nur so lange ein contractus bonae fidei noch nicht völlig abgeschlossen worden, konnten die Nebenverträge als Theile desselben betrachtet werden, so lange war es Ein Handel, und mithin ließ sich die Hauptklage mit auf das Nebenversprechen extendiren, schreibt Herr Prof. Weber; was aber nach abgeschlossenem Hauptcontract allererst verabredet wurde, konnte nicht als Theil desselben mehr angesehen, folglich auch die Hauptklage darauf nicht erstreckt werden g). In der L. 7. §. 5. D. h. t. heißt es von einem solchen Vertrage: quinimo, interdum format ipsam actionem, (d. i. der Vertrag modificirt die Klage, giebt ihr eine andere Gestalt,

f) Io. d'Avezan contr. Lib. I. c. 22. in Meerm. Thes. T. IV. p. 49. Hugo Donellvs in comment. ad Leg. 13. C. de pactis. de Retes in Opusc. Lib. II. Sect. IV. in Meerm. Thes. Tom. VI. p. 157. sqq. Noodt de pactis et transact. c. 11 et 12. Bynckershoeck D. de pactis stricti iuris contr. in continenti adiectis, Lugd. Bat. 1699. 8. et in Opusc. T. I. edit. Conradi. Voet ad Pand. h. t. n. 5—8. Wachendorf l. c. c. 2. §. 9. in Triade p. 508. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 19—24. et Lib. XVIII. tit. 1. qu. 30. 31. Sammlung der röm. Gesetze, Frankf. 1785. S. 21. flg.

g) Herr Prof. Weber von Verbindlichk. §. 82. S. 381. Wissenbach h. t. §. 33. Donellvs ad L. 13. C. h. t. nr. 3—8. Wachendorf in cit. Triad. Diss. p. 510.

Gestalt, als sie außerdem haben würde, schreibt Herr HR. Glück, so daß sie nun auf mehr oder weniger gerichtet werden kann, als sonst geschehen könnte, wenn der Contract ohne dieses pactum geschlossen worden wäre, wie Wachendorf a. a. O. S. 511. diesen Ausdruck richtig erklärt hat) vt *in bonae fidei* iudiciis. Solemus enim dicere, pacta conuenta ineſſe bonae fidei iudiciis (d. i. sie sind in dem Contracte mit begriffen, und machen gleichsam einen Theil desselben aus [h]). Sed hoc sic accipiendum eſt: vt, *siquidem ex continenti* pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint (d. i. wenn das pactum dem Contracte sogleich angehängt worden, so kann man darauf klagen, und zwar kommt hier dem Kläger die Hauptklage aus dem Contract zu statten). Pactum enim dicitur contractui ineſſe *ex parte actoris*, schreibt Pothier [i]), quum valet ad porrigendam actionem ex illo contractu deſcendentem ad ea, quae huic pacto continentur, ex interuallo, non inerunt, nec valebunt, ſi agat: nec ex pacto actio naſcatur (d. i. wenn hingegen das pactum erst einige Zeit nachher dem Contracte beygefügt worden, so ist es nicht als ein Theil des Contracts anzusehen, sondern es ist ein pactum nudum, und bringet daher keine Klage hervor). Eben so erklärt sich Kaiser Maximin in der L. 13. C. h. t. wo es heißt: in bonae fidei contractibus ita demum ex *pacto* actio competit, *ſi in continenti fiat.* Nam quod poſtea placuit, id non petitionem, ſed exceptionem parit. Mehrere Rechtslehrer [k]) haben behauptet, wenn der

h) L. 72. D. de contr. emt. Noodt l. c. c. XI. p. 409. in fine et ſqq. Wissenbach in Exercit. ad Pand. h. t. §. 33.

i) Pothier in Pand. Iuſtin. T. I. h. t. nr. 36. not. b.

k) L. 71. D. de contr. emt. de Retes in Opuſc. Lib. II. Sect. IV. c. 1. nr. 4. ſqq. p. 158. Noodt de pactis, c. 11. p. 509. Merillius variant. ex Cuiacio Lib. I. c. 25.

Byn-

der Vertrag sogleich nach abgeschlossenem Contract eingegangen worden, ehe noch die Partheyen aus einander gegangen, oder zu einem andern Geschäft geschritten waren, dieser Vertrag ebenfalls noch als ein Theil des Contracts betrachtet worden sey, und man zur Erfüllung des Vertrages die Klage aus dem geschlossenen Contract brauchen können.

War der Vertrag erst einige Zeit nach bereits völlig geschlossenem Contract, der nach der Billigkeit beurtheilt wurde, eingegangen worden, so kam es bey den Römern darauf an, ob er sich auf wesentliche Stücke des Contracts bezog, oder auf außerwesentliche Dinge, welche naturalia pacti genennt wurden, oder gar nur auf zufällige Stücke desselben. Im ersten Falle, wenn z. B. nach geschlossenem Kaufe noch eine besondere Verabredung über die Waare oder den Kaufschilling genommen, und dadurch mit diesem oder jenem wesentlichen Theile des Contracts eine Abänderung vorgenommen worden war, galt der Vertrag als völlig verbindlich. In der L. 7. §. 6. D. h. t. erklärt sich Ulpian folgendermaßen hierüber, indem er schreibt: adeo autem bonae fidei iudiciis *exceptiones postea factae*, *quae ex eodem sunt contractu*, insunt, vt constet, in emtione caeterisque bonae fidei iudiciis, *re nondum secuta*, posse abiri ab emtione. Si igitur *in totum potest*, cur non et *pars eius* pactione mutari potest? Et haec ita *Pomponius* libro sexto ad Edictum scribit. Quod cum est, etiam ex parte agentis pactio locum habet, vt et ad actionem proficiat, nondum re secuta, eadem ratione. Nam si potest tota res tolli, cur non et *reformari*? Man kann ja, sagt Ulpian, von dem Kaufe und andern Contracten, die bonae fidei waren, gänzlich wieder abgehen, ehe der Contract

BYNCKERSH. Diss. cit. c. 1. p. 9. COCCEII in iure contr. h. t. qu. 24. Lib. XVIII. tit. 1. qu. 30. HOFACKER im Princ. iur. ciuil. T. III. p. 57.

Contract erfüllt ist; kann nun das ganze Geschäfte aufgehoben werden, warum sollte man es nicht durch ein pactum ändern können? Das Wort exceptio, heißt im Gesetz so viel als pactio [l]). Den Ausdruck exceptiones, quae ex eodem sunt contractu, übersetzt Herr HR. Glück: Verabredungen, welche die Substanz des Contracts betreffen. Uebernahm daher ein Contrahent in einem solchen Vertrage eine Verbindlichkeit, die in dem Contract selbst nicht lag, z. B. der Kaufschilling wurde nachher durch einen Vertrag der Partheyen erhöht, so konnte aus dem Vertrage geklagt werden. In der L. 7. §. 6. D. h. t. heißt es von solchen Fällen: vt quodammodo quasi *renouatus* contractus videatur [m]), und in der L. 72. pr. D. de contr. emt. wird davon gesagt: si omnibus integris manentibus de augendo vel diminuendo pretio rursum conuenit, recessum a priore contractu, et *noua emtio interceſſiſſe videtur*. Ward hingegen durch das pactum einem der Contrahenten etwas von seiner Verbindlichkeit nachgelassen, die er nach dem Wesen des Contracts zu erfüllen hatte, z. B. das Gut war für 9000 Rthlr. verkauft worden, man setzte aber nachher durch einen Vertrag das Kaufgeld nur auf 8000 Rthlr., so war der Contract durch ein solches pactum zum Theil aufgehoben worden, und der andere Contrahent wurde dadurch von der ihm nachgelassenen Verbindlichkeit ipso iure befreyt. In der L. 7. §. 6. D. h. t. heißt es von solchen Fällen: vnde illud aeque non reprobo, quod *Pomponius* libris lectionum probat, posse in parte recedi pacto ab emtione: *quasi repetita* partis emtione. Der berühmte Bynckershoeck war der Meynung, wenn gleich die Worte: quasi repe-

l) Raevard Lib. II. varior. c. 13. Noodt de pactis c. 11 p. 512. Marckart in interpr. recept. iur. ciuil. lect. Lib. I. c. 3. §. 1.

m) Cvjacivs in Obs. Lib. II. c. 15.

repetita *partis* emtione selbst im Florentinischen Manuscript der Pandekten stünden, so müsse es doch vielmehr heißen, quasi repetita *parte* emtionis. Darauf antworten aber andere elegante Ausleger des römischen Rechts: wenn man auch das Wort *repetita* durch reuocata oder rescissa erklären wollte, wie es in der L. 2. D. de rescind. vend. und in der L. 14. D. de re iud. gebraucht wird, so sey doch immer noch kein hinreichender Grund vorhanden, von der Lesart des Florentinischen Manuscripts abzugehen, weil diese Worte, wenn man die Basilica damit vergleiche, so viel heißen als revocata, rescissa emtione partis eius, qua ab emtione receditur n).

Gieng der geschlossene Vertrag blos auf naturalia oder accidentalia contractus, so bewirkte er zwar keine Klage, wenn sich der andere Contrahent dadurch noch zu etwas besonders verbindlich gemacht hatte; man konnte aber doch eine Einrede darauf gründen. War also, nach völlig abgeschlossenem Kaufcontracte, durch einen solchen Vertrag ausbedungen worden, der ganze Kauf solle nichtig seyn, wenn das Kaufgeld nicht zu der bedungenen Zeit bezahlt worden war, so gab dieser Vertrag dem Verkäufer das Recht nicht, bey unterbliebener Bezahlung des Kaufgeldes auf die Aufhebung des Contracts klagen zu können. In der L. 7. §. 5. D. h. t. findet man diesen Fall auf folgende Weise bestimmt, wo es heißt: si post emtionem ex interuallo aliquid *extra naturam contractus* conueniat, (d. h. extra substantiam emtionis, wie sich Papinian in der L. 72. D. de contr. emt. darüber ausgedruckt hat; wenn einige Zeit nach geschlossenem Handel noch etwas ausgemacht worden, was nicht zum Wesen des Contracts gehört) ob hanc causam *agi*

n) Bynckershoeck in obseruat. Lib. 5. c. 25. Koehler in Interpret. Lib. I. c. 5. §. 3. p. 32. Basilica Tom. I. p. 754.

agi ex emto non posse; propter eandem regulam, *ne ex pacto actio nascatur.* Quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. Sed *ex parte rei locum habebit pactum*, d. h. vtile erit ad tribuendam reo exceptionem, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones o). Sollte durch einen solchen nach der Zeit eingegangenen Vertrag z. B. festgesetzt worden seyn, daß der Verkäufer keine Eviction zu leisten brauche, oder der Käufer hätte versprochen, daß er wegen der heimlichen Fehler nicht aus dem Edict der Aedilen klagen wolle, und gleichwohl wurde ersterer wegen der Gewährsleistung in Anspruch genommen, oder letzterer brauchte des Vertrags ungeachtet die actio redhibitoria, oder quanti minoris, so stand es dem Beklagten frey, die exceptio pacti vorzuschützen p). Diese Einrede konnte ferner von einem Contrahenten alsdenn gebraucht werden, wenn gegen ihn auf die Erfüllung des Contracts geklagt worden war, ob ihm gleich der geschlossene Nebenvertrag kein Klagerecht gab. Man nehme den Fall an, der Verkäufer hätte dem Käufer, nach abgeschlossenem Kaufcontracte, noch besonders vermittelst eines Vertrags versprochen, cautio duplae durch Bürgen zu leisten, das heißt, dem Käufer den doppelten Werth der verkauften Sache zu bezahlen, wenn ihm die Sache sollte evincirt worden seyn; hier konnte zwar der Käufer nicht auf die Erfüllung des Versprechens klagen, weil solches, um mit Papinian zu reden, dem Contract etwas beyfügte, was nicht zur Substanz des Contracts gehörte; klagte aber der Verkäufer wider ihn auf die Bezahlung des Kaufgeldes, so gab jener Vertrag dem Verkäufer wenigstens eine Einrede wider die angestellte Klage.

o) Pothier in Pand. Iustin. Tom. I. h. t. nr. 34. not. d. p. 75.

p) In der L. 31. D. h. t. heißt es: paciscí contra edictum Aedilium omnimodo licet: sine in ipso negotio venditionis gerendo conuenisset, *sive postea.*

Klage. In der L. 72. pr. D. de contr. emt. wird dieser Fall ausgeführt, wo es heißt: pacta conuenta, quae postea facta *detrahunt aliquid emtioni*, contineri contractu videntur: *quae vero adiiciunt*, credimus non inesse. Quod locum habet in his, *quae adminicula sunt emtionis;* veluti ne cautio duplae praestetur; aut, vt cum fideiussore cautio duplae praestetur. *Sed quo casu agente emtore non valet pactum, idem vires habebit iure exceptionis, agente venditore.* Man irrt sich schwerlich, wenn man annimmt, der Jurist **Papinian** rede in dieser Stelle von solchen Nebenverträgen, worin nicht über die Substanz des Contracts, sondern nur über Nebendinge, adminicula, etwas festgesetzt worden. Man kann dieses nicht nur aus den gebrauchten Beyspielen schließen, sondern auch aus den übrigen Worten, wo gesagt wird: an idem dici possit, aucto postea vel diminuto pretio, non immerito quaesitum est: quoniam emtionis substantia constitit ex pretio, wiewohl **Cujacius** anderer Meynung war, der aber von andern Rechtslehrern widerlegt worden ist q). **Papinian** unterscheidet, ob der Vertrag, wodurch erst, nach bereits abgeschlossenem Kauf, in Nebensachen desselben neue Bestimmungen gemacht worden, ein solcher Vertrag sey, wodurch dem einen Contrahenten noch eine neue Verbindlichkeit aufgelegt worden ist, oder ob der Vertrag zur Absicht gehabt, daß ihm eine Verbindlichkeit, die er nach dem Contract erfüllen sollen, abgenommen werden sollen. **Im ersten Falle sagt Papinian:** pactum non inest contractui, es darf nicht als ein Theil des Contracts angesehen werden, folglich geht auch die Klage, welche aus dem Hauptcontract entspringt, nicht mit auf einen sol-

q) Ant. FABER in Rat. ad L. 72. pr. D. de contr. emt. CVIACIVS Obs. Lib. XIV. c. 28. AVREL. de variant. CVIACII interpr. dispunct. 25. in Thes. OTTON. Tom. III. p. 758. sqq. MERILLIVS in variant. ex CVIACIO Lib. I. c. 25. NOODT de pactis, c. 11. p. 511.

chen Nebenvertrag; im letztern aber, bemerkt Papinian, gebe der Vertrag dem Beklagten eine Einrede, welche nach der Regel: exceptiones bonae fidei iudiciis insunt, wie es in der L. 3. D. de resc. vendit. heißt, auch noch bey dem iudex pedaneus vorgeschützt werden konnte [r]). Enthielt der Nebenvertrag, wodurch der bereits völlig abgeschlossene Contract vermehrt worden war, in der That einen andern Hauptcontract, so hatte die Klage aus dem letztern allerdings statt. Wäre z. B. durch einen solchen Vertrag ausbedungen worden, daß der Verkäufer das verkaufte Grundstück im Pacht behalten sollte, so kann zwar, wenn dieser Nebenvertrag dem Kaufcontracte sogleich bey Schließung desselben beygefügt worden, aus dem Kaufcontracte geklagt werden, wenn der Käufer den Verkäufer hindern wollte, das Grundstück zu bestellen, und die Früchte einzuärndten; der Vertrag würde aber ebenfalls verbindlich seyn, wenn er erst einige Zeit nachher geschlossen worden, weil er nun als Pachtcontract für sich bestünde, und daraus actione conducti geklagt werden könnte, wie die L. 75. D. de contr. emt. beweißt, wo es heißt: qui fundum vendidit, *vt eum certa mercede conductum haberet*, vel simile quid paciscatur, ad complendum id, quod pepigerunt, *ex vendito* agere poterit [s]).

Alles, was zeither angeführt worden, betrifft die Gültigkeit eines so genannten pacti adiecti bey contractibus bonae fidei, nach dem römischen Rechte; nunmehr soll auch die Frage aus einander gesetzt werden, was Rechtens gewesen sey, wenn mit einem Contract des strengen Rechts

r) Schulting h. t. §. 7. Noodt de pactis, c. 11. p. 512. Bereng. Fernandi comment. in Leg. 72. D. de contr. emt. Frf. 1617. 8. Aeg. Hortensii comment. ad leg. cit. Frf. 1603. Charondas in verisim. Lib. III. c. 11. in Otton. Thes. T. I. p. 786. Westphal vom Kauf, §. 660.

s) Finestres in Hermog. ad L. 75. cit. §. 3. p. 451.

Rechts ein pactum adiectum verknüpft worden? Diese Frage wird von den Auslegern nicht gleich beantwortet. Viele derselben haben zu behaupten gesucht, es sey in dieser Materie gar kein Unterschied zwischen beyden Arten der Contracte gemacht worden, sondern auch bey contractibus stricti iuris habe ein solches pactum adiectum eine Klage bewirkt, wenn solches der gebrauchten Stipulation sogleich beygefügt worden t). Sie berufen sich auf die L. 40. D. de reb. cred. die L. 1. §. 3. D. de V. O. L. 4. §. f. D. h. t. L. 48. D. h. t. Andere Rechtslehrer u) verwerfen diese Behauptung als falsch, weil die actio ex stipulatu, deren wesentliches Fundament in der feyerlichen Formel bestand, auf die simpeln Nebenverträge gar nicht anwendbar war. Darüber sind aber die Vertheidiger dieser Meynung uneinig, ob ein Vertrag, der gleich anfangs mit einem Contract des strengen Rechts verbunden worden, ipso iure die Klage unwirksam gemacht, oder blos eine Einrede bewirkt habe. Viele Rechtslehrer x) behaupten das Letztene; andere aber halten

t) HOFACKER in Princ. iur. ciuil. T. III. p. 57. not. c. BOLOGNETVS ad rubr. D. de V. O. fol. 113. 114. CHARONDAS in verif. Lib. 2. c. 9. in Thef. OTTON. T. I. p. 752. fqq. Em. MERILLIVS in Obf. Lib. III. c. 24. MAGNVS in rat. et differ. iur. ciuil. Lib. I. c. 4. in Thef. MEERMANN. T. III. p. 270. NOODT de pactis c. XII. p. 518. de RETES in Opufc. Lib. II. Sect. IV. c. 2. in MEERM. Thef. Tom. VI. p. 159.

u) DONELLVS ad L. 13. C. h. t. n. 12. p. 57. COCCEII in iure contr. h. t. qu. 20. MARCKART in rec. lect. Lib. I. c. 2. §. 1. Herr Prof. Weber von Verbindlichkeiten, S. 381.

x) BYNCKERSHOECK in lib. fing. ad L. lecta (Lugd. Bat. 1699. 8.) 40. D. de reb. cred. c. 10. et in Diff. de pactis ftricti iuris contractibus in continenti adiectis. Eu. OTTO in Praef. ad Tom. V. Thef. Iur. p. 10. WACHENDORF in cit. Diff. de pactis nudis, c. 2. §. 9. in Triade Diff. p. 515. COCCEII in iure contr. h. t. qu. 21.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0365
DFG

en die erstere Meynung für gegründet y). Es ist deswegen schwer, die Sache auf das deutlichste aus einander zu setzen, weil die L. 40. D. de reb. cred. als das Hauptgesetz, welches bey dieser Materie gebraucht werden muß, nicht ohne große Schwierigkeiten erklärt werden kann, und daher von den Auslegern unter die sieben so genannten Leges damnatas gezählt wird z). Herr HR. Glück schreibt: der Fall, den Paulus darin vorträgt, war bey dem Praefectus Praetorio Aemilius Papinian a) vorgekommen, in dessen Tribunal Paulus selbst

y) VOORDA in Elect. libr. sing. c. 19. HVBER h. t. §. 10. d'AVEZAN contr. Lib. I. c. 22. VOET h. t. §. 7. SCHVLTING ad Prota h. t. §. 9.

z) v. ECK comment. de septem damnatis legibus Pandectarum s. crucibus Ictorum, rec. Hal. 1766. c. 2. Io. Phil. HAHN Disp. ad Leges damnatas, Mogunt. 1748. anal. II. BARCLAII comment. ad tit. Pand. de reb. credit. in OTTON. Thes. Tom. III. p. 893. sqq. Math. STEPHANI in Diss. ad verum L. lecta D. de reb. credit. intellect. Gryph. 1636. Hier. GROSLOTIVS comment. in Leg. lecta, in OTTON. Thes. Tom. V. p. 31. Ger. NOODT de foenore et vsur. Lib. III. c. 4. BYNCKERSHOECK in lib. cit. Herr HR. Glück im Comment. Thl. 4. S. 268.

a) Lecta est, heißt es gleich im Anfange der L. 40. in auditorio *Aemilii Papiniani*, Praefecti Praetorio, Iurisconsulti cautio huiusmodi u. s. f. Die Praefecti Praetorio, ursprünglich blos Commandeurs der kaiserlichen Garde, erhielten bekanntermaßen unter Antonin, dem Philosophen, die Gewalt der ersten Staatsminister, und sprachen im Namen des Kaisers sowohl in bürgerlichen als peinlichen Fällen Recht. Ihr Tribunal wird auditorium genennt, und die berühmtesten Rechtsgelehrten waren hier Beysitzer. L. 3. §. 3. D. de vsur. S. Aug. CAMPIANVS de officio et potestate magistratuum Roman. p. 128. sqq. Das Wort, Iurisconsulti beziehet sich nicht sowohl auf den Papinian, sondern, wie HOFFMANN in Meletemat. ad Pand. Lib. XII. §. 2. gezeigt hat, auf cautio. Der Sinn also ist: es sey in dem Gerichtssaal des Praef. Praetorio, Aemilius Papinianus, eine von einem Rechtsgelehrten abgefaßte Schuldverschreibung folgenden Inhalts vorgelesen worden.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0366
DFG

selbst Beysitzer war. Er war folgender: Lucius Titius hatte seinem Gläubiger dem Publius Mävius eine Handschrift ausgestellt, worin Erster bekannte, eine Summe von 15000 Denarien, als ein Anlehn von dem Letztern erhalten zu haben, welches ihm aus des Gläubigers Chatoulle richtig ausgezahlt worden [b]). Es war dabey Anfangs stipulirt worden, daß die dargeliehene Summe sogleich am ersten Tage des nächstfolgenden Monats promt, und in eben so guten Münzsorten, als der Schuldner erhalten, wieder bezahlt [c]), bey unterlassener Bezahlung hingegen das Capital verzinset, und zwar, von dem Tage des eingetretenen Verzugs an, jeden Monat, so lange bis die Schuld bezahlt seyn würde, von jedem Hundert ein Denarius zur Strafe entrichtet werden sollte [d]). Allein gleich nach Abschließung dieser Stipula-

b) Lucius Titius scripsi, me accepisse a Publio Maeuio *quinde im mutua*, numerata mihi *de domo*. Quindecim soll hier wahrscheinlich so viel als quindecim millia denariorum bedeuten. Daß hier von Denarien die Rede ist, erhellet aus dem nachfolgenden pacto. Sonst hat Ios. AVERANIVS Interpr. iur. Lib. I. c. 24. nr. 4. nicht unrecht, wenn er bemerkt, daß unter decem, quindecim, centum etc. so viel tausend Sestertien zu verstehen sind. De domo ist hier so viel als ex arca L. 26. D. de constit. pec. und wird der numerationi de mensa entgegen gesetzt, wenn man das Geld bey einem Argentarius (Banquier) aufnahm, welches auch mensae scriptura genennt wurde. Von dieser numeratione de mensa sowohl als de domo handelt ausführlich God. Lud. MENCKEN in Diss. de vera indole litterarum obligationis et exceptionis non numeratae pecuniae, Lipsi. 1749. §. 2—7.

c) Haec quidem proba *recte dari Calendis futuris* stipulatus est *Publ. Meuius*, spopondi ego *Lucius Titius*. Die Worte: *recte dari*, drücken die gewöhnliche Clausel bey Verträgen und Schuldverschreibungen aus, welche in der L. 71. §. 1. D. de verb. signif. erklärt wird. Heut zu Tage sagen wir: treulich, sonder Gefährde. CALENDIS futuris, d. i. proximis L. 41. D. de verb. obligat.

d) Si die supra scripta summa Publio Maeuio eiue, ad quem ea res pertinebit (i. e. *heredi aut cessionario*), data; soluta,

tion wurden die Partheyen mit einander eins, daß Titius die ihm geliehene Summe nicht auf einmal, sondern Monatsweise in einzelnen Posten wieder bezahlen, und zwar jeden Monat 300 Denarien vom Capital abtragen sollte e). Titius hatte in den gesetzten Terminen mit der Bezahlnng der Schuld nicht inne gehalten; es war also die Frage: wie viel derselbe an Zinsen des Verzugs zu bezahlen schuldig sey? Konnte der Gläubiger von dem ersten Tage des Monats an, da vermöge der Stipulation die Wiederbezahlung des Capitals geschehen sollte, Zinsen der ganzen Summe, oder konnte er nur von einer jeden einzelnen Post, welche vermöge der letztern Verabredung alle Monat mit 300 Denarien hätte abgetragen werden sollen, die Zinsen zu zwölf Procent verlangen f)? Die Gerichtsbeysitzer waren bey Entscheidung dieser Frage verschiedner Meynung. Paulus trägt zuerst seine Meynung

ta, satisue eo nomine factum non erit, tunc eo amplius, (i. e. *praeter et supra sortem*) quo post soluam (i. e. *quoad vsque sortem integram persoluero*) poenae nomine (i. e. *vsuram morae* L. 90. D. de verb. oblig.) in dies triginta, (i. e. *in singulos menses*) L. 101. D. de R. I. denn die Zinsen wurden alle Monate bezahlt. L. 90. D. de verb. oblig. L. 8. §. 4. D. de transact. L. 26. D. depos. daher die tristes Calendae beym HORAT. Sat. III. v. 86. inque denarios centenos denarios singulos dari, stipulatus est P. Meuius, spopondi ego L. Titius. Diese letztern Worte enthalten eine Beschreibung dessen, was vsurae centesimae genennt wurde; denn wenn von hundert Denarien alle Monat ein Denarius an Zinsen bezahlt wurde, so machte dieß im ganzen Jahr zwölf Procent.

e) Conuenitque inter nos, vti *pro Maeuio* ex summa supra scripta menstruos refundere debeam denarios trecenos ex omni summa ei herediue eius. Die Haloandrinische Lesart *Publ. Maeuio* anstatt *pro Maeuio* ist wohl richtiger.

f) Quaesitum est de obligatione vsurarum, quoniam numerus mensium, qui solutioni competebat, transierat. Man streitet darüber, wie viel Monate in dem gegenwärtigen Falle verstrichen gewesen (s. BYNCKERSHOECK ad h. L. c. 9.); allein der Streit ist unnütz; genug, die dem Schuldner zur Wiederbezahlung zugestandenen Termine waren verstrichen.

nung vor, welche dahin gieng g): der Schuldner müsse zwar vom Ersten des Monats an, da mit Bezahlung der Schuld der Anfang gemacht werden sollen, Zinsen bezahlen, allein nicht vom ganzen Capital, sondern nur von so viel einzelnen Posten, als Termine post Calendas primas verstrichen sind; also nach Ablauf des ersten Monats die Zinsen von den erstern drey hundert Denarien, welche Calendis primis hätten bezahlt werden sollen, und eben so nach Verlauf des zweyten und dritten Termins, von den in diesen Terminen nicht gehörig bezahlten Posten. Es verstehe sich auch, daß die Zinsen von den ältern Posten fortlaufen, wenn die spätern zahlbar werden, dergestalt, daß, wenn die zweyte Post gefällig wird, und die erstere noch nicht bezahlt ist, nun von dieser zwiefache Zinsen, nämlich von dem ersten und zweyten Termin gegeben werden müßten, und so vergrößerten sich die Zinsen der ältern Posten immer mehr, je länger sie unbezahlt geblieben. Diese Behauptung gründete Paulus auf folgende Gründe; denn 1) sey es eine bekannte Regel, pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur. Vermöge dieser Regel müsse man also annehmen, als wenn gleich anfangs stipulirt worden, daß Titius die schuldige Summe Monatsweise und in einzelnen Terminen und Posten bezahlen solle, derselbe sich auch auf den Fall, da die Bezahlung an den ausbedungenen Terminen nicht richtig erfolgen würde, zu den Zinsen des Verzugs in Ansehung derselben verbindlich gemacht hätte. Hierzu komme 2), daß wegen eines nicht bezahlten Capitals eher nicht Zinsen gefordert werden kön-

g) Dicebam, quia *pacta in continenti facta stipulationi ineſſe creduntur*, perinde eſſe ac ſi per ſingulos menſes certam pecuniam ſtipulatus, quoad tardius ſoluta eſſet, vſuras adieciſſet. Igitur finito *primo* menſe primae penſionis vſuras currere et ſimiliter poſt *ſecundum* et *tertium* tractum vſuras non ſolutae pecuniae penſionis creſcere; nec ante ſortis non ſolutae vſuras peti poſſe, quam ipſa ſors peti potuerat.

nen, als bis das Capital selbst zahlbar ist. Wäre es nun bey der erstern Stpulation geblieben, und Titius hätte primis Calendis die Schuld nicht wiederbezahlt, so hätte freylich Mävius sogleich auf die Bezahlung des ganzen Capitals klagen, und von so viel Monaten als über den Zahlungstermin verstrichen waren, Zinsen vom Capital verlangen können. Allein nun sey ja dieser Stipulation in continenti das pactum beygefügt worden, vermöge dessen der Schuldner das Capital nicht ganz und auf einmal, sondern in einzelnen Terminen, und zwar jeden Monat nur drey hundert Denarien bezahlen sollte. Konnte nun also der Gläubiger vermöge dieses pacti nicht gleich auf das ganze Capital klagen, sondern nur auf so viel einzelne Termine, als verfallen waren, so kann er ja auch nicht die Interessen des ganzen Capitals fordern, so lange nicht das ganze Capital verfallen ist. Nam vbi sortis petitio non est, ibi nec vsurarum petitioni locus est [h]). Diese Meynung des Paulus blieb nicht ohne Widerspruch. Man wendete ihm ein 1), das pactum betreffe nur die Wiederbezahlung des Capitals, von Zinsen enthalte es nichts; es müsse also in Ansehung derselben bey der erstern Stipulation schlechterdings verbleiben. 2) Wirke auch das pactum, welches einer Stipulation angehängt worden, nicht ipso iure, sondern gebe nur eine Exception, womit der Schuldner sich gegen die Klage schützen könne. Hieraus folge, daß Titius vermöge der Stipulation sogleich mit Ablauf des ersten Zahlungstermins, Zinsen des ganzen Capitals schuldig worden sey, gegen deren Lauf ihn keine Einrede habe schützen können, weil diese nicht auf die vergangene Zeit zurückwirke, sondern dem Schuldner erst von der Zeit an nütze, da er sie in den Gerichten opponirt [i]). Diesen Ein-

h) L. 69. §. 2. L. 77. D. de iure dot.

i) Pactum autem quod subiectum est, quidam dicebant, ad sortis solutionem tantum pertinere, non etiam ad vsurarum, quae priore parte simpliciter in stipulationem veniissent: pactum-

Einwürfen begegnet nun Paulus folgendergestalt. Ad 1), Zinsen richten sich nach dem Capital. Da nun durch den angehängten Vertrag die Bezahlung des Capitals aufgeschoben und auf Tagezeiten gesetzt worden, so sey hierdurch auch die vorhergegangene Stipulation wegen der Zinsen dergestalt modificirt worden, daß letztere nur nach Maaßgabe des eintretenden Verzugs zu laufen hätten anfangen können. Konnte also ein Verzug in Absicht auf die Bezahlung des ganzen Capitals proximis Calendis nicht sogleich eintreten, propter exceptionem pacti, so habe auch nicht gleich vom Ablauf des erstern Zahlungstermins an eine Verbindlichkeit Zinsen zu bezahlen, da seyn können. Ad 2), wirkte ein solches pactum, wodurch die obligatio stipulationis, wie in dem gegenwärtigen Fall, vermindert wird, sofern es in continenti beygefügt worden, allerdings ipso iure; diese Meynung habe wenigstens vor dem Rigeur des Rechts jederzeit den Vorzug behauptet, weil es nicht von dem Beklagten abhängt, wenn er belangt seyn will, um die ihm zustehende Einrede vorschützen zu können k). Gesetzt aber, man wollte auch zugeben, daß das der Stipulation angehängte pactum nur eine Einrede bewirke, so könne doch unmöglich eine Verbindlichkeit zur Zinszahlung ipso iure eintreten,

ctumque id tantum ad exceptionem prodesse. Et ideo non soluta pecunia statutis pensionibus, ex die stipulationis vsuras deberi, atque si id nominatim esset expressum. Unter den quidam dicebant sind unstreitig die übrigen Beysitzer des Papinianeischen Tribunals zu verstehen, die der Meynung des Paulus widersprachen. Es ist daher nicht nöthig, mit Haloander dicebat zu lesen, wie Bynckershoeck ad Leg. lecta c. 17. gezeigt hat. Ein vorzüglicher Gegner des Paulus scheint Ulpian gewesen zu seyn. Vielleicht war auch Papinian selbst anderer Meynung. S. Zepernick diatr. de rerum perpetuo similiter a centumuiris iudicatarum auctoritate, fori disputationis nobilissima specie, §. 17. apud Siccam. de iud. centumu. p. 371.

k) L. 5. §. f. D. de doli mali et met. except.

treten, ohne daß der Schuldner in mora ist. Nun sey aber Titius nicht gleich mit Ablauf des ersten Zahlungstermins in mora gewesen, das ganze Capital zu bezahlen, weil derjenige nicht in mora ist, der sich mit einer Exception schützen kann, wenn wider ihn auf die Bezahlung des ganzen Capitals geklagt werden sollte, das er auf einmal zu bezahlen nicht schuldig ist [l]). Es hätte zwar, setzt Paulus, um allen Mißverstand zu verhüten, noch hinzu [m]), allerdings ausgemacht werden können, daß, wenn der Schuldner in einem Termin mit der Bezahlung ausbleiben würde, die Zinsen vom ganzen Capital der Stipulation gemäß bezahlt werden sollten; denn man kann sich ja bey einer Summe, die mir Jemand unter einer Bedingung zu bezahlen schuldig ist, versprechen lassen, daß, wenn die Bezahlung nicht mit dem Tage, da die Bedingung existirt, erfolgen würde, der Schuldner sodann die Zinsen von Zeit der geschlossenen Stipulation an

l) Dieß ist der Sinn folgender Worte: sed cum sortis petitio dilata sit, consequens est, vt etiam vsurae ex eo tempore, quo moram fecit, accedant. Et si, vt *ille* putabat, *ad exceptionem tantum prodesset pactum*, (quamuis sententia diuersa obtinuerit) tamen vsurarum obligatio *ipso iure* non committetur: non enim in *mora* est is, *a quo pecunia propter exceptionem peti non potest*. Paulus braucht hier Gründe, gegen die sein Gegner unmöglich etwas weiter einwenden konnte; denn Ulpian selbst, welcher der *ille* seyn soll, sagt in der L. 21. D. de vsur. moram factam non videri, si exceptio aliqua allegetur. Nun enthielt ja die stipulatio vsuraria die Bedingung, si mora fiat, welche aber post primas Kalendas in Absicht auf die Bezahlung des ganzen Capitals, nicht existirte. S. Byncкershoeck ad Leg. lecta c. 13. in fine.

m) Sed si quantitatem, quae medio tempore colligitur, stipulamur, *cum conditio exstiterit*, sicut est in fructibus, idem et in vsuris potest exprimi: vt ad diem non soluta pecunia, *quo* competit vsurarum nomine, *ex die interpositae stipulationis* praestetur. Anstatt quo competit ist wohl mit Haloander richtiger *quod competit* zu lesen.

an bezahlen solle n); allein ein solcher Vertrag sey ja auch in dem gegenwärtigen Falle nicht geschlossen worden.

Aus dieser Erklärung ergiebt sich nun, 1) daß in der L. 40. nach der Beschaffenheit des darin entschiedenen Rechtsfalls weder die Frage davon habe seyn können, ob ein pactum, das einem stricti iuris Contracte in continenti beygefügt worden, eine Klage wirke, noch weniger aber solches vom Paulus behauptet worden sey o); daß 2) ein solches pactum, wenn es, wie in dem Falle dieses Gesetzes, liberatorium ist, mehr als eine bloße Exception wirke; indem vielmehr die Hauptverbindlichkeit dadurch dergestalt modificirt wird, daß die Wirkung desselben keine andere seyn kann, als welche durch das pactum adiectum ist festgesetzt worden, nicht anders, als wenn gleich anfangs die Stipulation nur darauf gerichtet gewesen p).

Eine andere nothwendige Eigenschaft der Nebenverträge nach dem römischen Rechte ist es, daß solche mit der Natur des Hauptgeschäfts, so wie solche in bürgerlichen Gesetzen bestimmt worden, übereinkommen q). Ungültig war daher 1), die Verabredung, daß der Ehemann wegen der auf den Brautschatz verwandten nothwendi-

n) Diesem ist die L. 17. pr. D. de vsur. nicht entgegen, wie Bynckershoeck Obs. iur. Rom. Lib. 6. c. 19. Westenberg in D. Marco Diss. 30. Oper. Tom. III. p. 284. sqq. Püttmann Interpr. et obseru. lib. sing. c. 24. §. 2. S. III. gezeigt haben.

o) Iul. Pacius Ἐναντιοφανῶν s. legum conciliat. Cent. IX. qu. 45.

p) Nihil enim interest, sagt Paulus in der L. 112. D. de reg. iur. ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. Man sehe auch Emminghavs ad Coccei Ius ciu. contr. h. t. qu. 20. not. w. p. 238.

q) Ioh. Bernh. Friese (Resp. auct. Bergmann) de pacto adiecto, Ien. 1694. th. 12. 13. Langsdorf de pactis et contr. §. 178.

wendigen Kosten keine Vergütung fordern [r]; 2) daß er sich des beneficii competentiae gegen die Ehefrau und deren Erben, wenn von ihnen der dos zurückgefordert würde, nicht bedienen wolle [s]; 3) daß der Pfandgläubiger die verpfändete Sache bey unterlassener Bezahlung gar nicht veräußern dürfe [t]; 4) das Versprechen der Zinsen beym Darlehn [u]; 5) der Vertrag, daß ein Gesellschafter allen Erwerb gewinnen, und ein anderer allen Verlust allein tragen solle [x]; 6) daß eine Gesellschaft oder Gemeinheit nur mit Einwilligung aller Interessenten aufgehoben werden könne [y], jedoch versteht sichs von selbst, daß die unzeitige Aufkündigung, welche schon natürlich ungerecht ist, Niemanden frey stehen könne; 7) die Verabredung, daß ein so genanntes precarium vor Ablauf einer gewissen Zeit nicht wieder gefordert werden dürfe [z]; 8) die Conventionalstrafe bey Verlobungen [a].

Im

r) L. 5. §. 2. D. de pact. dotal. — Et si conuenerit, ne ob impensas necessarias ageretur, pactum non est seruandum, quia tales impensae dotem ipso iure minuunt.

s) L. 14. §. 1. D. soluto matr. — Eleganter quaerit Pomponius, si paciscatur maritus, ne in id quod facere possit, condemnetur, sed in solidum, an hoc pactum seruandum sit? Et negat seruari oportere. Quod quidem et mihi videtur verum.

t) L. 4 et 5. D. de pignor. act. — vbi vero conuenit, ne distraheretur, creditor si distraxerit, furti obligatur, *nisi ei rer fuerit denunciatum, vt soluat et cessauerit.* Idque iuris est, siue omnino fuerint pacti ne veneat, siue in summa aut conditione aut loco contra pactionem factum sit.

u) L. 1. 3. 4. 7. C. de vsur. L. 11. §. 1. D. de reb. credit. I. H. Boehmer D. de fundamento vsurarum pecuniae mutuaticiae, §. 10. in *Eius* Exerc. ad Dig. Tom. IV.

x) L. 29. §. 2. D. pro socio — Imm. Weber D. de societate leonum, Giesae 1713.

y) L. 14. et 70. D. pro socio.

z) L. 12. D. de precario. Cum precario aliquid datur, si conuenit, *vt in Calendas Iulias precario possideat*, nunquid exceptione adiuuandus est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est huius conuentionis, vt rem alienam domino inuito possidere liceat.

a) L. 139. D. de verb. oblig. in den Worten: agenti exceptio-

Im Allgemeinen ist man zwar vermöge deutlicher Vorschriften des römischen Rechts darüber einverstanden, schreibt Herr Prof. Weber von Verbindl. S. 377., daß Nebenverträge, welche mit dem Wesen des Hauptgeschäfts nicht überein kommen, keine rechtliche Wirkung haben; weil aber durch den Nebenvertrag die Hauptsache selbst in einigen Fällen dergestalt verändert werden kann, daß sie zu einer andern Art von rechtsgültigen Geschäften übergeht, so hat man geglaubt, das ganze Verhältniß der Sache nach dem römischen Rechte in folgender Regel richtig darzustellen: alle Verträge, welche den wesentlichen Merkmahlen eines Geschäfts widersprechen, sind als Nebenverträge zwar nicht vollgültig, sie bestehen aber in so fern, als sie an sich einen andern rechtmäßigen Hauptcontract ausmachen. So z. B. ist das Versprechen der Zinsen beym Darlehne nicht klagbar, weil es der Natur des letztern, als eines contractus gratuiti nach römischen Rechtsbegriffen zuwider ist. Wenn hingegen das commodatum unter der Bedingung eines Lohns geschlossen wird, so besteht der Vertrag an sich, und wird nun als Pacht- oder Miethcontract behandelt, wenn gleich die Partheyen ihrer Verabredung den Namen eines commodati beygelegt haben [b]). Ganz allgemein scheint indeß diese Bestimmung der Sache dem römischen Rechtssysteme nicht gemäß zu seyn; sonst würde Celsus den Vertrag, daß ein precarium vor Ablauf einer gewissen Zeit nicht solle wieder gefordert werden können, eine Modification, die zwar der Natur des precarii widerspricht,

ceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi. L. 71. §. 1. D. de condit. et demonstr. L. 5. C. de sponsal. L. 2. C. de inut. stipul. Math. Nicol. Bravn D. de poena conuent. maxime in matrimonio, Ien. 1707. Hellfeld D. de effectu poenae conuent. sponsal. adiectae, in Opusc. nr. 17.

b) Friese de pactis adiect. th. 12. 13. Langsdorf de pact. et transs. §. 178.

spricht, wohl aber den Handel zum commodato umschafft, keinesweges als unwirksam verworfen haben, wie man aus der in der Note z angeführten L. 12. D. de prec. sieht. Andere Rechtslehrer sind daher der Meynung, daß überhaupt in Ansehung der Nebenverträge, welche dem Wesen des Hauptgeschäfts, wobey sie vorkommen, zuwider sind, keine ganz allgemeine Regel anzugeben, sondern nur darauf zu sehen sey, was die Gesetze bey jeder einzelnen Art der Geschäfte besonders vorgeschrieben haben c). Folgende Bemerkungen über die eigentliche Bewandniß der römischen Rechtstheorie von den Nebenverträgen werden die Sache vielleicht etwas mehr berichtigen, und uns zugleich den Weg bahnen, den heutigen Gebrauch desto richtiger zu beurtheilen. —

Wie im römischen Rechte ein für allemal der Grundsatz feste steht, daß pacta nuda keine Klage hervorbringen, so ist es auch von den Nebenverträgen ausgemacht, daß sie nur als Accessorien des Hauptvertrags einen rechtlichen Bestand behaupten. Sie können daher die Haupt-

ver-

c) Voet comment. ad Pand. tit. de pactis §. 5. verbis Si pactum adiicitur ita, vt ipsam contractuum subuertat substantiam, generali non potest definitione tradi, quid iuris sit; quandoque enim totum vitiatur negotium, dum forte impossibilia pacto comprehensa sunt, L. 31. D. de oblig. et act. quandoque valente principali negotio irritum est et inutile pactum adiectum, veluti si id in deposito aut precario actum fuerit, ne intra certum tempus rem depositam, precarioue concessam repetere liceat; L. 1. §. 45. D. depos. L. 12. D. de precario, quandoque ipsum imitatur principale negotium, sic vt ex vi pacti contra substantiam adiecti transeat in aliam negotii speciem, quod fit in emtione inita cum pacto de pretio non soluendo, arg. L. f. D. pro donato iunct. L. 36. et 38. D. de contr. emt. vendit. vti et in donatione mortis causa cum pacto vt nullo casu reuocetur; L. 27. D. de mort. caus. donat. Auch Noodt de pact. et transact. bemerkt bey dieser Gelegenheit: non oportere nos, qui leges non ferimus, sed interpretamur, vbique a simili ad simile procedere, sed quid in quoque negotio receptum, animaduertere.

verbindlichkeit zwar in mancher Hinsicht näher bestimmen, aber sie müssen die Natur und den wesentlichen Zweck derselben unverändert lassen, oder sie hören auf, wirksam zu seyn, weil sie an sich keinen eigenen Bestand haben. Hieraus ergiebt sich 1) der Grund, warum die Nebenverträge den contractibus bonae fidei sogleich angehängt werden mußten; denn nur so lange das Hauptgeschäfte noch nicht völlig abgeschlossen war, konnten die Nebenverträge als Theile desselben angesehen werden; so lange war es ein Handel, und mithin ließ sich die Hauptklage mit auf das Nebenversprechen extendiren; was aber nach abgeschlossenem Hauptcontracte allererst verabredet worden, konnte nicht als Theil desselben mehr angesehen, folglich auch die Hauptklage darauf nicht erstreckt werden. 2) Sieht man hieraus, warum die Nebenverträge bey den Geschäften stricti iuris gar nicht klagbar waren, sie mochten sogleich, oder in der Folge allererst hinzugefügt seyn; denn die Hauptklage, deren wesentliches Fundament hier in der feyerlichen Formel bestand, war auf die simpeln Nebenverträge gar nicht anwendlich. Man sieht 3) ein, warum bey allen rechtlichen Geschäften die Nebenverträge keine Klage begründeten, welche mit dem Wesen der Hauptverbindlichkeit, so wie solches in den Gesetzen zum Grunde lag, nicht überein kamen, ob gleich die Gesetze in einigen Fällen gestatteten, daß Nebenverträge, welche im Grunde einen andern Hauptcontract ausmachten, nach der Natur des letztern behandelt werden sollten, wie in der Note c ausgeführt worden.

Auch alsdenn konnte bey den Römern aus einem Vertrage geklagt werden, wie bereits bemerkt worden, wenn der Vertrag, entweder unter die pacta legitima oder praetoria gehörte. Die Natur dieser Verträge läßt sich hier nicht vollständig erläutern. Pactum legitimum wurde ein Vertrag genennt, wenn er durch ein neueres Civilgesetz besonders und namentlich bestätigt worden war. In der L. 6. D. h. t. sagt Paulus von solchen Verträgen: *legitima* conuentio est, quae lege ali-

qua confirmatur, woraus man sieht, daß es schon damals solche Verträge gegeben haben müsse [d]), wiewohl Noodt das Wort lege vom Edict des Prätors verstanden wissen will [e]), und er beruft sich auf die L. 1. §. 2. D. vnde cognati. Uebrigens wird der Ausdruck, legitima conuentio in der L. 5. D. h. t. vom Ulpian in einer andern Bedeutung gebraucht, daher diese Stelle mit der L. 6. D. h. t. von den Compilatoren unschicklich zusammen gestellt worden. Die Eheverträge und die Schenkungen unter den Lebendigen sind in neuern Gesetzen zwar für gültig, aber doch nicht für Contracte erklärt worden, sondern gehören unter die pacta legitima. Ferner, wenn ich von einer Stadt Geld geborgt, und ihr Zinsen dafür versprochen habe; wenn ich Jemandem Getraide geliehen, und mir Zinsen dafür versprechen lassen, so sind alle diese Verträge verbindlich, und so genannte pacta legitima [f]). Die dritte Art verbindlicher Verträge sind die pacta praetoria, und dergleichen Verträge waren bey den Römern das pactum hypothecae, das constitutum, das pactum de iureiurando, welche Verträge in der Folge erklärt werden sollen.

§. 312.

Wie zeither ausführlich gezeigt worden, war es ein ausgemachter Rechtssatz bey den Römern, daß aus einem so genannten pacto nudo keine Klage angestellt werden könne; man gieng aber doch nicht so weit, diesen Verträgen sogar die Kraft einer natürlichen Verbindlichkeit abzusprechen, und folglich ließ man auch verschiedne gerichtliche Wirkungen solcher Verträge eintreten. Weil es der natürlichen Billigkeit gemäß ist, einen Vertrag zu halten,

d) VINNIVS de pact. c. 4. n. 2. et 3. FABER in Rat. ad h. l.

e) NOODT de pactis et transact. c. 13. p. 520.

f) L. 30. D. L. 12. C. de vsuris.

halten, so hielt der Prätor durch sein Edict nicht nur die so genannten pacta remissoria aufrecht, sondern er erklärte auch sogar gewisse Verträge, wenn noch eine hinlängliche Ursache ihrer bürgerlichen Gültigkeit dazu gekommen war, für verbindlich. Wer dem Andern seine Schuld durch ein pactum nudum erlassen hatte, und ihn gleichwohl auf Bezahlung derselben belangte, gegen diesen konnte nach Verordnung des Prätorischen Edicts die Einrede des pacti remissorii gebraucht werden g). Also nur von diesen Verträgen ist das Edict des Prätors zu verstehen, und nicht von pactis obligatoriis; denn Ulpian bemerkt in der L. 7. §. 4. D. de pact. nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem, und führt §. 10. zur Ursache an, daß es dem Prätor unbillig geschienen, si, quod semel remisit creditor debitori suo bona fide, iterum hoc conetur destruere. Es irren daher diejenigen Rechtslehrer h), welche behauptet haben, das Edict des Prätors sey auch von obligatorischen Verträgen zu verstehen. Gewiß hingegen ist es, daß die aus einem bloßen Vertrage entstehende natürliche Verbindlichkeit durch ein Constitutum, oder durch Bürgen, oder Pfand verstärkt werden konnte i). Es konnte ferner wegen derselben eine Novation, eine Compensation, und das Zurückbehaltungsrecht gebraucht k), und was in Gemäßheit eines solchen Vertrags einmal bezahlt, oder gegeben worden, durfte nicht als ein indebitum zurück gefordert werden l).

g) L. 1. pr. L. 7. §. 7. L. 27. §. 6. L. 41. D. h. t.

h) ALEF in Diss. de eo quod iuris est circa poenitentiam, c. 1. §. 8.

i) L. 1. §. 7. D. de constit. pec. L. 6. §. 2. L. 7. D. de fideiuss. L. 5. D. de pignor. et hypoth. L. 4. C. de vsur.

k) L. 1. §. 1. D. de nouat. L. 6. D. de comp. VINNIVS ad Instit. II, 14. §. 6.

l) L. 19. pr. D. de cond. ind. L. 3. C. de vsur. SCHVLTING ad PROTA h. t. §. 3. HOFACKER in Princ. iur. Rom. T. III. p. 55.

Was den heutigen Gebrauch des römischen Rechts über den Unterschied der Verträge anbetrifft, so ist man zwar ziemlich darüber einverstanden, schreibt Herr Prof. Weber von Verbindlichkeiten, S. 352., daß in unsern Gerichten die rechtliche Wirkung der Verträge von jenem römischen Unterschiede inter pacta nuda et contractus nicht abhängig sey; daß die römischen Grundsätze von genannten und ungenannten Contracten, von Geschäften stricti iuris und bonae fidei überhaupt, als auch besonders in Rücksicht auf die Nebenverträge keine Anwendung leiden, daß es in der Wirkung gleich viel sey, ob der Nebenvertrag gleich Anfangs mit dem Hauptgeschäfte verbunden, oder in der Folge erst geschlossen worden sey [m]). Es wird daher auch nicht nöthig seyn, uns auf die abweichenden Meynungen einiger Rechtslehrer umständlich einzulassen, welche die Richtigkeit dieser fast durchgängig anerkannten Grundsätze zu bestreiten, und zum Theil die bloßen Verträge — pacta nuda — im Gegensatz der Contracte so zu erklären gesucht haben, daß sie auch bey uns schon vermöge des Vernunftrechts keine Klage würden begründen können [n]); da hingegen Andere

m) Michael GRASSVS collat. iur. ciuil. rom. cum Receſſib. Imp. Germ. p. 1009. hat zwischen den Nebenverträgen, die sogleich dem Hauptgeschäfte angehängt, und denen, die in der Folge erst verabredet werden, auch nach heutigen Rechten noch verschiedne Differenzen angegeben, die aber die gerichtliche Wirksamkeit an sich gar nicht treffen.

n) Henr. BODINI vindiciae pactorum iuris romani ad demonſtrandum nec hodie ex nudo pacto actionem competere, Halae 1696. Wäre seine Meynung, welche dahin geht, daß pacta nuda selbst nach römischen Rechtsbegriffen nichts anders andeuteten, als so genannte Tractaten, oder auch Erklärungen und Zusagen, ohne Absicht sich wirklich zu verbinden, und Andern Rechte zu bewilligen, dem wahren Sinne der römischen Gesetze gemäß, so hätte aus so unverbindlichen Aeußerungen nicht nur keine Klage, sondern durchaus gar keine gericht-

dere im neuern römischen Rechte selbst bereits eine gänzliche Abschaffung der ältern Subtilitäten o), und wiederum Andere in der allgemeinen Reception des römischen Rechts immer noch einen zureichenden Grund für dessen Anwendbarkeit auch in dieser Materie zu finden glauben p). Dieß alles ist freylich in unsern Rechtssystemen schon gründlich wiederlegt; aber darum glaube ich doch, daß die gewöhnliche Theorie vom heutigen Gebrauch des römischen Rechts in der Lehre von Verträgen und Contracten in gewissem Betrachte nicht ganz vollständig, und wenigstens die allgemeine Anweisung, daß man in unsern Gerichten den Grundsätzen des Naturrechts folge, nicht genügend sey. Ich bin nicht gemeynt, diesen Grundsatz von der Seite anzufechten, daß man neuerer Zeiten wieder angefangen hat, die vollkommne Verbindlichkeit aus Verträgen selbst nach dem Naturrechte zu bestreiten q);

gerichtliche Wirkung Statt finden können, und doch konnten pacta nuda durch Einreden aller Art vor Gericht geltend gemacht werden.

o) Diese Meynung, von welcher Iac. VOORDA Elect. c. 21. nicht unrichtig bemerkt, quod stragem ea res per omnes ferme iuris Iustinianei partes faceret — ward besonders vermöge der L. 10. C. de contr. stipulat. und des §. 1. Inst. de verb. obligat. vom Herrn von LEYSER Spec. 39. med. 5. vertheidigt. Man sehe auch Franc. HOTTMANN ad §. 13. Inst. de inut. stipulat. Ueber den Ungrund derselben ist VOORDA l. c. und Höpfner im theoret. prakt. Comment. §. 811. nachzulesen.

p) de SELCHOW elementa iur. german. §. 580.

q) Schmalz reines Naturrecht, §. 104. ꝛc. Dieser behauptet daher auch, daß die Römer in ihrer Gesetzgebung dem Naturrechte ganz getreu geblieben wären, indem bey ihnen Anfangs nur die Verträge gegolten hätten, vermöge welcher eine wirkliche Leistung, die allein nur ein vollkommnes Recht bewirken könnte, geschehen wäre — genannte und ungenannte Realcontracte — —; wonächst die Nothwendigkeit veranlaßt hätte, die Consensualverträge zu sanctioniren, für die übrigen Arten der Verträge aber gewisse Formeln zu bestimmen, und

ich habe vielmehr immer bey dem bisherigen Vortrag geglaubt, jene Verbindlichkeit an sich als wahr und gewiß voraussetzen zu dürfen, da es wohl sehr einleuchtend ist, daß der Mensch durch seine Willenserklärung Andern Rechte ertheilen kann; daß derjenige, dem ein Versprechen geschieht, durch Annehmnng desselben diese Rechte zu den seinigen macht, und daß also der Promittent, welcher sein Versprechen nicht erfüllt, das erworbene Recht des Andern verletzt, mithin ihn zur Anwendung rechtlicher Zwangsmittel berechtigt, so wie man gegen jeden Räuber und Betrüger zur schützenden Gewalt befugt ist r). Darin scheint aber die gemeine Lehre den Vorwurf der Unvollständigkeit zu verdienen, daß man bey den einzelnen Vorschriften dasjenige, was eigentlich nur Folge jener römischen bey uns nicht anwendlichen Rechtstheorie ist, nicht immer sorgfältig genug von dem unterschieden hat, was

und endlich einige einzelne Arten der Verträge auch ohne den Gebrauch jener Formeln für verbindlich zu erklären — pacta non nuda — vestita etc. Der consequente Verfasser der Beyträge zur Berichtigung der Urtheile des Publikums über die französische Revolution ist in seinen Behauptungen gegen die Verbindlichkeit der Verträge noch weiter gegangen. Man sehe aber dagegen Ludw. Heinr. Jakob Philosophische Rechtslehre, §. 299. imgleichen Heydenreich System des Naturrechts, 1ster Theil, §. 6. S. 287. Maaß über Rechte und Verbindlichkeiten, Cap. 6. S. 66. ꝛc.

r) Nur von solchen Zusagen und deren Annehmung kann natürlich hier die Rede seyn, wo sowohl der Gegenstand des Versprechens, als auch die Willenserklärung selbst keinen hinreichenden Grund darbieten, um die ernstliche Absicht, dem Andern Rechte zu übertragen, mithin sich verbindlich zu machen, bey dem Versprechenden nicht anzunehmen. Jakob l. c. §. 292. Die Einwürfe Schaumanns im wissenschaftlichen Naturrechte, §. 360. ꝛc. führen nur dahin, daß nicht jede Zusage und deren Annehmung ein vollkommenes Recht gebe, welches nicht zu leugnen ist, daher auch Heydenreich l. c. eigentlich nicht mit jenem, sondern mit denen, welche die Verbindlichkeit der Verträge überhaupt leugnen, zu streiten gehabt hätte.

was aus andern Gründen, die auch bey uns noch fortdauern, angeordnet worden ist. Dieser Mangel im System zeigt sich besonders in Ansehung der Nebenverträge, welche mit dem Wesen gewisser Hauptgeschäfte, wobey sie etwa vorkommen, nicht überein stimmen, und in Ansehung der darüber im römischen Rechte enthaltenen Vorschriften. Man hat es überhaupt, so viel ich weiß, bisher noch nicht der Mühe werth gefunden, den heutigen Gebrauch dieser Vorschriften vollständig zu untersuchen, daher es nicht undienlich seyn wird, die Sache etwas näher zu erwägen.

Beruhet die Ursache der gerichtlichen Unwirksamkeit solcher Verträge nach römischen Rechten blos darauf, weil man sie als Nebenverträge mit der Natur der Hauptsache nicht vereinbarlich fand, und daher die Klage aus dem Hauptgeschäfte dabey nicht anwendlich war, oder durch einen solchen Nebenvertrag keine Abänderung leiden konnte, diese letztere aber an sich als pactum nudum nicht wirksam geachtet ward, so können wir sicher schließen, daß heutiges Tages das Gegentheil eintreten muß, indem kein Grund vorhanden ist, warum ein Vertrag, dem nichts weiter, als diese blos römischen Grundsätze, entgegen steht, bey uns nicht an und für sich schon bestehen, und in bürgerlichen Gerichten klagbar seyn sollte. Es können daher nicht allein die versprochenen Zinsen beym Darlehn, vermittelst einer Klage gefordert werden; sondern es ist auch die so genannte societas leonina heutiges Tages, wenn nicht als eigentlicher Gesellschaftscontract, doch als pactum allerdings im Wege Rechtens für gültig zu achten[s]), wenn nämlich in facto kein Zweifel Statt findet, daß man wirklich diese Ungleichheit gewollt habe, welches freylich in Ermangelung eines zulänglichen Beweises nicht vermuthet werden kann. Eben

s) Otto Lud. ab Eichmann de pactis iure romano illicitis, iure naturali validis, Hal. 1750. §. 18.

dieß gilt ferner von der Verabredung, daß das Precarium vor Ablauf einer gewissen Zeit nicht wieder gefordert werden solle, deren Wirksamkeit man in unsern Gerichten ohne Grund bestreiten würde. So war auch die Verwillkührung des Ehemannes, daß er die auf den Brautschatz verwandten nothwendigen Kosten nicht wieder fordern, noch in Anrechnung bringen wolle, blos darum unwirksam, weil sie mit der Natur des Heyrathsguts, und dieser Kosten nicht übereinkam, mithin nach den Grundsätzen behandelt werden mußte, welche bey Verträgen dieser Art überhaupt eintraten; bey uns behauptet aber ein jeder Vertrag seine eigenthümliche verbindende Kraft, und folglich ist nicht abzusehen, warum das gedachte Versprechen nicht heutiges Tages in Gerichten seinen Bestand behalten sollte [t]). Ein gleiches gilt auch von der Conventionalstrafe bey Verlobungen, obgleich von verschiedenen Gelehrten behauptet wird, daß auch heutiges Tages nicht darauf geklagt werden könne [u]). Sie berufen sich, um den Gebrauch des römischen Rechts in diesem Stücke zu rechtfertigen, vorzüglich darauf, daß in den päpstlichen Decretalbriefen eben dasselbe verordnet worden sey [x]); allein die Meynung Anderer, welche das Gegentheil vertheidigen [y]), verdient unstreitig den Vorzug; nur nicht aus dem Grunde, den man gewöhnlich anführt, weil nachherige Verordnungen des Kaisers Leo den Anhang einer solchen Strafe bey Verlobungen für gültig erklärt [z]), und der Gerichtsgebrauch dieses recipirt haben, sondern eigentlich darum, weil das römische Recht

t) Ioh. Voet Comment. ad Pand. Lib. 23. tit. 4. §. 19. sqq.

u) Bevst de iure connub. P. 1. c. 4. Bravn cit. Diss. §. 15.

x) c. 29. X. de sponsal.

y) Beck de Nouell. Leon. c. 2. §. 31. Berger in Oecon. iur. Lib. I. tit. 3. §. 6. n. 4. u. a. m.

z) Nov. Leon. 18. et 74.

Recht an sich schon in diesem Puncte bey uns keine Anwendung finden kann, welches folgende Bemerkung eines berühmten Rechtsgelehrten a) außer Zweifel setzt, welcher schreibt: Legum romanarum dispositio, quod inhonestum sit, vinculo poenae matrimonia obstringi, ad nostra applicari nequit fora, quia in Germania cessat eius ratio, quae in nimia licentia matrimonia et sponsalia dissoluendi, est quaerenda. Inhonestum Romanis videbatur, quod moribus maiorum publice adprobatis repugnabat. *Inde quoque diuortiorum repudiorumque licentiae, ab antiquis receptae tamen moribus ita fauebant vt poenas conuentas huic licentiae contrarias proinde iudicarent inhonestas.* Dergleichen können wir nach unsern Grundsätzen von den ehelichen Zusagen und deren verbindender Kraft, in keinem Betracht annehmen, folglich ist auch nicht nöthig, zur Rechtfertigung des Nichtgebrauchs jener römischen Gesetze die besondere Reception der Novellen des Kaisers Leo, und einen derogirenden Gerichtsgebrauch herbey zu rufen. Die Stelle aus den Decretalbriefen der Päpste entscheidet hier nichts, weil sie blos von Verlobungen unmündiger Personen verordnet, daß die Freyheit, in der Folge davon abzugehen, durch keine Conventionalstrafe weder der Verlobten selbst, noch ihrer Eltern eingeschränkt werden solle; indem jene, als Kinder, sich gar nicht verbindlich machen können, diesen aber das Recht fehlt, ihre Kinder zur Heyrath zu zwingen, und solchergestalt die Gültigkeit der Conventionalstrafe leicht üble Folgen veranlassen könnte.

In so fern aber die gerichtliche Unwirksamkeit erwähnter Nebenverträge nicht blos die Folge der römischen Rechtstheorie von Contracten und Verträgen ist, sondern außerdem noch auf andern Gründen beruhet, welche bey uns nicht so ganz wegfallen, in so fern können wir auch den Verordnungen des allgemein recipirten römischen

a) Hellfeld D. de poena conuent. §. 31.

Rechts die heutige Anwendung nicht versagen, schreibt Herr Profess. Weber. Wenn daher 1) die Entsagung des beneficii competentiae von Seiten des Ehemannes nach den römischen Rechten ohne rechtliche Wirkung ist, so liegt der Grund offenbar darin, weil diese Entsagung die Forderungen der Billigkeit vermöge des persönlichen Verhältnisses der Partheyen nicht aufhebt, und die Unbilligkeit in der strengen Rechtsverfolgung nicht mindert, wogegen die Gesetze überhaupt das beneficium ertheilt haben, vielmehr von Seiten des Klägers nicht weniger hart seyn würde, wenn er von einer Entsagung Gebrauch machen wollte, wozu sich der Ehemann wohl nicht entschlossen hätte, wenn er nicht durch den Gedanken, daß er nicht leicht in solche Umstände gerathen würde, um sich des beneficii bedienen zu müssen, dazu veranlaßt wäre. Der Grund, welche für die Ertheilung jener Rechtswohlthat redet, und eben so auch gegen die Entsagung Statt findet, ist so allgemein und fortdauernd, daß an der heutigen Anwendung der gedachten Vorschrift nicht füglich zu zweifeln seyn dürfte. 2) Die Verordnung des römischen Rechts, betreffend den Vertrag, daß der Pfandgläubiger die verpfändete Sache bey nicht geleisteter Zahlung gar nicht veräußern dürfe, behauptet ebenfalls bey uns ihre völlige Gültigkeit, weil sie nur dazu dient, lästige Folgen zu verhüten, welche das Unbestimmte und Schwankende dieses Vertrags mit sich führt. Bezahlt muß der Gläubiger werden; eine Entsagung der Forderung selbst liegt in jenem Versprechen nicht, folglich wird am Ende doch aus dem Pfande die Befriedigung geschehen müssen, wenn der Schuldner sie selbst nicht schaffen kann. Da indessen das allgemeine Versprechen, die Pfandstücke nicht veräußern zu wollen, zu allerhand Chikanen Gelegenheit geben kann, so ist es sehr heilsam, wenn die Gesetze bestimmen, wie weit sich eigentlich die Wirkung dieses Versprechens erstrecken solle, wenn die Partheyen blos bey jenen allgemeinen Ausdrücken stehen geblieben. Nur auf das unbestimmte Versprechen, ne

pignus

pignus vendatur, erstreckt sich indessen die gesetzliche Verordnung. Sobald daher die hier eintretenden Umstände genau und deutlich angegeben sind, z. B. daß der Gläubiger blos berechtigt seyn soll, das Pfandstück zu haben und zu genießen, bis der Schuldner es einlösen würde, daß es dagegen lediglich von der Willkühr des Schuldners abhangen solle, ob und wenn er die Schuld abtragen wolle, so ist eine solche Verabredung allerdings zu Recht beständig [b]). 3) Die römischen Gesetze, welche die Trennung der Gesellschaften und Gemeinheiten dergestalt begünstigen, daß nicht nur jeder Interessent eigenwillig die Societät und Gemeinheit aufkündigen könne, sondern daß auch selbst das gegenseitige Versprechen, beständig in der Societät und Gemeinschaft zu bleiben, von keiner Wirkung seyn solle, diese Verordnungen sind sehr gerecht. Der Mensch verspricht sich gern von der Zukunft mehr, als sie ihm gewährt, und wird er in seinen Hoffnungen betrogen, so darf man wohl nicht erwarten, daß er sich selbst als die Ursache davon anklagen werde, sondern sein Gesellschafter ist gemeiniglich der Gegenstand seiner Unzufriedenheit. Daher die richtige Bemerkung: communio est mater rixarum; und da es billig ist, einem solchen unaufhörlichen Anlaß zu Zänkereyen möglichst vorzubeugen, so erscheint die römische Legislation in diesem Stück durch Gründe unterstützt, welche den heutigen Gebrauch von selbst rechtfertigen.

Wir wissen, was im römischen Rechte für Grundsätze von der Verbindlichkeit der bloßen Verträge vorkommen, es muß aber auch untersucht werden, was nach den Verordnungen des kanonischen Rechts und des teutschen Rechts hier für Rechtens zu halten ist, und welche Gesetze in unsern Gerichten angewendet werden. Bey der Frage: ob nach dem kanonischen Recht ein bloßer Vertrag

b) Faber de error. pragm. Dec. 9. error 7. Westphal vom Pfandrechte, §. 204.

Vertrag verbindlich und klagbar sey, weichen die Rechtsgelehrten von einander ab. Sehr viele c), und zwar angesehene Rechtsgelehrte behaupten, das kanonische Recht stelle keine andern Grundsätze, als das Civilrecht, auf, es sey daher auch nach diesem Rechte ein bloßer Vertrag in der Regel unverbindlich, und bewirke keine Klage, sondern nur eine Exception, und nur unter den, in dem Civilrecht aufgestellten Ausnahmen, werde auch nach den Grundsätzen des kanonischen Rechts ein bloßer Vertrag klagbar; andere hingegen sind der Meynung, das kanonische Recht stimme hierin mit dem römischen Recht nicht überein, sondern es folge den Grundsätzen des Naturrechts, und ertheile jedem bloßen Vertrage Klagbarkeit; und dieses ist, selbst nach dem Zeugniß der Gegner, die gemeinere Meynung. Man beruft sich dabey hauptsächlich auf das c. 1. und 3. X. de pactis. In dem c. 1. heißt es: Antigonus Episcopus dixit: aut inita pacta sua obtineant firmitatem aut conuentus, si se non cohibuerit, ecclesiasticam sentiet disciplinam. Dixerant vniuersi: pax seruetur, *pacta custodiantur*; das c. 3. hingegen sagt: studiose agendum est; vt ea, quae promittuntur, opere compleantur.

c) CVIACIVS ad c. 2. X. de sponsal. et matr. p. 164. CONNANVS V. comment. iur. ciuil. 3. §. 6. STRAVCH in exercit. iur. ciuil. CANNISIVS ad c. 1. et 3. X. de pactis COVARRVVIAS ad c. quamuis de pactis in 6to P. II. §. 4. n. 24. GRASS D. de pacto futur. contr. praepar. § 29. Casp. ZIEGLER ad c. 1. et 3. X. de pact. IDEM ad LANCELLOTVM Lib. III. tit. 3. §. 2. GONZALEZ ad c. 1. X. de pact. n. 13. sqq. Hen. ZOËSIVS comment. ad Pand. tit. de pactis n. 14. Ant. FABER in Rat. ad L. 7. §. 7. D. de pact. SESTER Lib. I. de iuram. c. 1. n. 5. FACHINAEVS Lib. II. contr. 100. BOCER ad L. 23. D. de reg. iur. c. 1. n. 8. et Cl. II. Dec. 2. n. 46. LYNCKER D. de pactis §. 25. LAVTERBACH in colleg. tit. de pact. §. 66. IDEM in Diss. iur. comm. et Wurtemb. p. 103. n. 37. F. C. HARPPRECHT D. different. iur. comm. et Marchio Bad. §. 35.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0388
DFG

tur. Diese beyden Stellen werden erst verständlich, wenn man diejenigen Stellen liest, woraus sie genommen sind. Das erste Fragment ist aus dem ersten Afrikanischen oder Carthagenischen Concilium und dessen 12 Capitel genommen, und heißt vollständig so: Antigonus Episcopus Madurensis dixit: grauem iniuriam patior, et credo dolore sanctitatem vestram contumeliam meam et computare communem iniuriam. Optantius cum se repraesentaret, pactum mecum habuit et diuisimus plebes. Manuscriptiones nostrae tenentur epittacia. Contra hoc pactum circuit plebes mihi attributas, et vsurpat populos, vt illum patrem me vitricum, nominent. Gratus Episcopus dixit: factum hoc dolendum est, vt in se illiciat, populorum imperitorum animos, contra disciplinam, contra euangelicam traditionem, contra pacis placita. Nam sibi id posse contingere arbitraretur, nunquam profecto aliquis in fratrem deliquisset. Vnde aut inita pacta suam habeant firmitatem, aut conuentus, si se non cohibuerit, ecclesiasticam sentiat disciplinam. Vniversi dixerunt: pax seruetur, pacta custodiantur [d]). Man sieht aus diesen Worten, daß Optantius und Antigonus, in einem besondern Vertrag, den sie mit einander errichtet hatten, die Gläubigen ihrer Diöcesen unter sich getheilt, und den Umfang ihrer Diöcesen genau unter sich bestimmt hatten, daß aber Optantius, gegen diese conventionelle Verabredung, Eingriffe in die Rechte des Antigonus gethan, und Visitationen in der Diöcese des Letztern widerrechtlich vorgenommen, und daß nun die Synode verordnet habe, Optantius müsse seinen Vertrag halten, und durch die kirchliche Disciplin hierzu angehalten werden. Caspar Ziegler bemerkt in der, in der

d) So liefert diese Stelle Ant. Avgvstinvs in collect. prima. Ioh. Stravch Eclog. IX. c. 16. Gonz. Tellez ad c. 1. X. de pact. Casp. Ziegler ad c. 1. cit.

der Note d angeführten Stelle, man könne aus diesem Fragment nicht beweisen, daß das kanonische Recht einem bloßen Vertrag eine Klagbarkeit ertheile, und er führt hiezu mehrere Beweise an; auch giebt ihm der gelehrte Canzler Böhmer e) hierin Recht. Allein ich zweifle, schreibt Herr Griesinger, ob man dieses so sicher behaupten könne, wenigstens scheinen mir Zieglers meiste Gründe nicht viel zu beweisen. Zuerst, sagt dieser Schriftsteller, könne man nicht beweisen, daß Antigonus und Optantius ihre Transaction in einem bloßen Vertrag vollzogen haben. Aber ich frage Zieglern, ob er wohl glauben wolle, jene Transaction sey in der Form der Stipulation, von der man in dem ganzen kanonischen Recht keine Spur findet, vollzogen worden? Zweytens sagt Ziegler, unter dem Wort pactum werden auch manchmal die Contracte begriffen, und man könne dieß auch in dem gegenwärtigen Fall annehmen. Aber so gewiß der erste Satz ist, wie denn zum Beispiel in der L. 71. D. pro soc. die Societät ein pactum conuentum genennt wird, so möchte ich auf der andern Seite wissen, was Ziegler denn glaube, was für ein Contract unter dem Antigonus und Optantius zu Stande gekommen sey. Drittens sagt Ziegler, auch der römische Prätor sage: pacta conuenta seruabo, und doch gebe er damit keine Klage; man könne also auf die nämliche Art nicht behaupten, wenn es in dem c. 1. X. de pact. heiße: pax seruetur, pacta custodiantur, daß die Afrikanische Synode damit eine Klage habe geben wollen f). Allein es war in dem Fall des c. 1. X. de pact. von einer Exception kein Rede, sondern der Bischof Antigonus trat

e) I. H. Boehmer in iure eccles. Protest. Tom. I. Lib. I. Tit. 35. §. 6. Herr Canzleyadv. Griesinger von Verträgen, S. 42.

f) Dieses Grundes bedient sich auch Grass D. de pacto futur. contr. praepar. §. 29. und Hamberger D. de non vsu stipulationum, vsuque pactorum in for. Germ. c. III. §. 1.

trat vor der Afrikanischen Synode als Kläger auf, und verlangte, daß der Optantius, sein Paciscent, angehalten werde, dem Vertrage nachzuleben g), und wenn daher die Synode sagt: pax seruetur, pacta custodiantur, so wollte sie damit offenbar die Klage des Antigonus begünstigen, und ihr Wirkung verschaffen, wie man auch daran deutlich sieht, weil auf die, von dem Antigonus, gegen den Optantius, erhobene Klage, die Afrikanische Synode gegen den Letztern die Strafe der kirchlichen Disciplin erkannte, um ihn dahin zu vermögen, seinen Vertrag zu halten. Der vierte Grund, den Ziegler, und vor ihm schon Gonzalez Tellez gebrauchten, ist offenbar von allem der wichtigste; sie sagen nämlich, die Verordnung der Afrikanischen Synode sey nicht sowohl durch jenes zwischen dem Antigonus und Optantius eingegangene pactum, sondern vielmehr dadurch bewirkt worden, daß die in dem pactum bestimmte Theilung der Diöcese bereits durch die Tradition vollzogen worden sey, so daß also die Visitation des Optantius in dem Bezirk des Antigonus nicht sowohl für eine Verletzung des Vertrags, sondern vielmehr für eine Verletzung des dem Antigonus zustehenden Eigenthums habe angesehen werden müssen. Allein fürs Erste kann man die Tradition in jenem Falle nicht beweisen, und fürs Zweyte ist so viel richtig, daß die Synode die Sache nicht aus diesem, sondern aus dem Gesichtspunct der Verletzung eines Vertrags, betrachtete, wie man aus allen Worten sieht. Ich glaube also, daß man das c. 1. X. de pactis immerhin für einen Beweis des Satzes ansehen könne, daß

g) In dieser Hinsicht wird auch, wie ich glaube, das Wort conuentus, in einem Fragment von dem beklagten Optantius gebraucht, so daß man sich die Worte: coram synodo, hinzudenken muß; denn das, was Ziegler so eifrig behauptet, jenes Wort sey als ein Substantiv hier gebraucht worden, und bedeute so viel als synodus, concilium, glaube ich nicht.

daß ein bloßer Vertrag nach dem kanonischen Rechte verbindlich sey; denn da die Afrikanische Synode jenen Streit zwischen dem Antigonus und Optantius blos aus dem Gesichtspunct der Verletzung eines bloßen Vertrags ansah, und dem letztern, als Beklagten, unter Anrohung des Bannes, befahl, seinen Vertrag zu halten, so setzte sie dabey ganz natürlich den Satz voraus, ein bloßer Vertrag sey verbindlich, und bewirke eine Klage, auf die man Rücksicht nehmen müsse. Was das cap. 3. X. de pact. betrifft, so wollen auch dieses, Gonzalez, Ziegler, Böhmer und andere nicht als Beweis gelten lassen, daß nach dem kanonischen Recht ein bloßer Vertrag verbindlich sey, und eine Klage bewirke; allein ich zweifle auch daran. Daß die Worte des cap. 3. cit. nach ihrer ursprünglichen Bedeutung, nämlich nach dem Sinn, in welchem sie ihr erster Verfasser, der Papst Gregor I. nahm, jenen Satz nicht beweisen, bin ich vollkommen überzeugt. Man findet Gregors des I. ganzes Schreiben an den Sardinischen Bischof Januarius, wovon das c. 3. X. de pact. nur ein kleiner Theil ist, in den Briefen dieses Papsts L. I. Epist. 38. und man sieht daraus, daß Gregor der I. an den Bichof Januarius in Sardinien schrieb, er habe von dem Carthagenischen Bischof Dominicus, und dem Präfect von Afrika Innocentius, ein Schreiben erhalten, worin ihm berichtet werde, die Sardinischen Großen erlaubten sich gegen die armen unmächtigen Personen Ungerechtigkeiten, und suchten sie zu unterdrücken, daß aber die Afrikaner sich erboten, diese armen Leute gegen die Anmassungen der Großen zu unterstützen; er, der Bischof Januarius, solle sich also alle Mühe geben, daß die Afrikaner halten möchten, was sie versprochen. In dieser Beziehung schrieb also Gregor der I.: studiose agendum est, vt ea, quae promittuntur, opere compleantur. Man sieht hieraus, daß Gregor der I. mit diesen Worten schlechterdings nicht die Absicht hatte, einer actio ex pacto Klagbarkeit zu ertheilen; denn es war von einer

Klage

Klage gar keine Rede, ja man konnte das Anerbieten der Afrikaner nicht einmal für einen bloßen Vertrag halten, da es einseitig war, und also mehr an die Pollicitation grenzte. Vinnius hat daher ganz unrecht, wenn er behauptet, Gregors Worte in dem cap. 3. cit. wären an einen Richter gerichtet gewesen, bey dem die Sache der Afrikaner, als Beklagter, anhängig gewesen sey; denn die Ueberschrift dieses Capitels im Canonischen Recht ist nicht ächt, wie Vinnius glaubte, sondern die wahre Ueberschrift in Gregors Werken lautet so: de oppressionibus minorum a maioribus, et de iis, quae ad ecclesiam confugiunt. Es würden auch weder der Bischof zu Carthago, nach der Präfectus von Afrika, den Sardinischen Bischoff Januarius für ihren competenten Richter erkannt haben; daß dieser aber von dem Papst besonders hierzu delegirt worden sey, steht nirgends geschrieben. So sehr ich nun aber überzeugt bin, daß nach der ursprünglichen Bedeutung der Worte des cap. 3. X. de pact. und nach Gregors des I. Sinn, die bemeldeten Worte gar nicht die Absicht haben konnten, den Satz festzusetzen, daß ein bloßer Vertrag eine Klage bewirke, so sehr glaube ich auf der andern Seite, daß man jene Worte nunmehr, da sie von Gregor dem IX. den Decretalen einverleibt wurden, gar nicht in dem alten, das heißt, in Gregors des Isten, sondern in einem andern, nämlich in dem Sinn Gregors des IXten, des Verfassers der Decretalen, nehmen könne und müsse. Dieß ist schon daraus sichtbar, daß jenes Fragment in den Titel de pactis kam, da es doch eigentlich, und nach seiner ursprünglichen Bedeutung, nicht auf ein pactum, sondern eine Pollicitation Bezug hatte. Nach Gregors des IX. Sinn bedeuten daher die Worte des cap. 3. X. de pact. so viel: man muß aufs genaueste dafür sorgen, daß alles, was man verspricht, sey es nun in einem Contract oder einem bloßen Vertrage, gehalten werde. Eine natürliche Folge dieses Satzes ist nun dieser, daß man auch in den Gerichten auf eine Klage Rücksicht nehmen

solle, worin Einer den Andern belange, daß er seinen bloßen Vertrag halte; denn wenn man sagt, in dem römischen Recht sage der Prätor auch: pacta conuenta seruabo, und doch werde dieser allgemeine Satz nur dahin eingeschränkt, daß dem Beklagten eine Exception gegeben werde, so antworte ich hierauf, daß, ohne die ausdrückliche Einschränkung des römischen Rechts, die Worte des prätorischen Edicts auch so allgemein hätten genommen werden müssen, wie sie wirklich sind; da wir nun aber in dem kanonischen Recht keine solche ausdrückliche Einschränkung jenes allgemeinen Satzes, daß ein bloßer Vertrag gehalten werden müsse, haben, so müssen wir jenen Satz auch in seiner Allgemeinheit nehmen. Dieses will ich gegen alle diejenigen bemerken, welche mit dieser Argumentation, die nur auf das römische Recht paßt, auch das kanonische Recht erklären wollen. Aus diesem Grunde behaupte ich auch, daß die Ueberschrift des c. 3. X. de pact. *iudex* studiose debet agere, vt promissa adimpleantur, allerdings dem Sinn Gregors des IX. angemessen sey, wenn sie auch gleich in den Schriften Gregors des I. nicht steht, wie Vinnius irrig glaubt, und wenn sie gleich dem Sinn dieses Letztern nicht angemessen war. Auf diese Art dient also wirklich das c. 3. X. de pact. zum Beweis, daß ein bloßer Vertrag nach dem kanonischen Rechte klagbar sey, nämlich wenn man dieses c. 3. nach Gregors des IX. und nicht nach Gregors des I. Sinn nimmt; und daß wir es in jenes, und nicht in dieses Sinn nehmen müssen, ist ausgemacht, weil Gregors des IX. Decretalen, und nicht die Verordnungen Gregors des I. für uns verbindlich sind. So muß auf gleiche Art in dem römischen Rechte sehr oft ein Satz Ulpians, Papinians, Paulus, anders nach dem Sinn dieser, und anders nach Justinians Sinn verstanden und erklärt werden, und Justinians, nicht aber der Sinn jener Rechtsgelehrten ist entscheidend. Das c. 1. und 3. X. de pact. sind also die speciellen Gründe, die man für den Satz anführen kann, daß nach dem kanoni-

nonischen Rechte ein bloßer Vertrag klagbar sey, und man kann diesen noch zwey andere Stellen beyfügen, nämlich das c. 8. Caus. 20. qu. 1. und das c. 3. Caus. 18. qu. 2. welche in gewisser Art auch das Nämliche beweisen. Diese speciellen Gründe werden durch gewisse allgemeine Gründe noch wichtiger, und diese letztern bestehen darin: Erstlich gieng das kanonische Recht von allen den Verordnungen des römischen Rechts ab, die gegen das göttliche Wort, das Naturrecht, und die natürliche Billigkeit streiten, und Zieglers Einwendungen gegen diesen Satz sind nur unkräftige Stöße eines Schwachen, die den Coloß nicht umwarfen. Zweytens war der Grund, warum das römische Recht einem bloßen Vertrag keine Klagbarkeit ertheilte, dieser, weil die Form der Stipulation hiezu vorgeschrieben war; nun aber findet dieser Grund nach dem kanonischen Rechte nicht Statt, indem dasselbe nirgends die Stipulation erfordert, oder nur ein Wort davon redet; mithin findet der bekannte Satz hier statt: deficiente legis ratione, deficit ipsa legis dispositio [h]). Drittens werden in dem kanonischen Rechte, z. B. in den c. 4. und vlt. X. de pact. einige bloße Verträge, die den Gesetzen und dem Heil der Seelen zuwider sind, aus diesem Grunde mißbilligt, dieses wäre aber nicht nöthig gewesen, wenn man den Satz für allgemein anerkannt hätte: daß ein bloßer Vertrag unverbindlich sey; mithin beweisen diese Ausnahmen die Regel. Viertens kann man fragen, wie man denn nach dem kanonischen Rechte eine Convention, die kein Contract, sondern ein bloßer Vertrag ist, so eingehen solle, daß eine Klage daraus entspringe, wenn weder der bloße Vertrag an und für sich selbst eine Klage begründet, noch die Stipulation in jenem Recht irgendwo anerkannt ist? Es ist dieses überdieß auch die gemeine Meynung, daß ein bloßer Vertrag nach dem ka-

h) S. Ioh. Schilter Exerc. VIII. §. 5. in fin.

nonischen Rechte eine Klage begründe, wenn man gleich zugestehen muß, daß diejenigen, welche diese vertheidigen, nicht mit den rechten Gründen dieses gethan haben i).

Zur Erläuterung der Frage von der Verbindlichkeit der bloßen Verträge nach dem teutschen Rechte führt Herr Griesinger a. a. O. S. 54. folgende Sätze an. — Den Teutschen war die Treue von jeher heilig, sie war die Gottheit, deren Altäre in den ältern Zeiten immer bey einander rauchten, und der sie mit den größten Aufopferungen, selbst in solchen Fällen, dienten, wo das schlaue und subtile System der neuern Zeiten kein Bedenken trägt, nach griechischer Weise Treue und Glauben zu halten. Aleam, quod mirere, sagt Tacitus, sobrii inter seria exercent; tanta lucrandi perdendique temeritate, vt, cum omnia defecerunt, extremo et nouissimo iactu de libertate et de corpore contendant. Victus voluntariam seruitutem adit; quamuis iunior, quamuis robustior, adligari se ac vinciri patitur. Ea est in re praua peruicacia, ipsi fidem vocant.

i) Caccialvpvs de pactis, qu. 13. n. 7. Mozz de contr. art. 3. n. 24. Gomez Tom. II. Resol. 9. n. 2. in fine. Parladorivs II. Rer. quotid. 3. n. 16. Marqu. Freher I. Pareng. 18. in fine. Bronchorst I. Assert 39. Tob. Pavrmeister Lib. I. de iurisd. c. 23. nr. 11. sqq. Wesenbeccivs Paratitl. de pact. n. 9. p. 137. Giphanivs ad L. 1. de O. et A. n. 9. Modest. Pistorivs P. I. qu. 49. Conr. Rittershvsivs Differ. iur. Rom. et canon. Lib. II. c. 1. Stryck in vsu mod. tit. de pact. §. 2. Math. Stein D. Dissonant. iur. ciuil. et canon. cum vsu fori circa pacta, c. 1. §. 1. Hahn ad Wesenb. tit. de pact. n. 9. Wissenbach I. p. 9. §. 28. Vinnivs de pactis, c. VII. n. 4. Schilter Exerc. VIII. Exerc. §. 5. in fine. G. C. Bastineller D. de act. ex quocunque pacto moribus data, Vit. 1718. Ioh. Balth. Wernher Pr. de actione ex pacto moribus data, Vit. 1718. Struv Exerc. VI. §. 18. Iust. Henn. Boehmer in iure eccles. Protest. Tom. I. Lib. 1. tit. 35. §. 6. p. 883.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0396
DFG

cant [k]). Man sieht hieraus, daß die Teutschen, wenn sie auch gleich die Freyheit für ein unschätzbares Gut hielten, doch der Treue vor der Freyheit den Vorzug eingeräumt haben, ein Umstand, der auf den Charakter der alten Teutschen die schönste Lobrede ist, die diesem der römische Tacitus, gegen seine eigne Absicht, hielt. Cäsar [l]) giebt den Teutschen das nämliche Zeugniß, und die Abgesandten der Frisier riefen in der römischen Volksversammlung ohne Scheu aus: keine Nation in der Welt thue es den Teutschen in der Tapferkeit und Treue zuvor [m]). Diese lobenswürdige Eigenschaft der ältesten Teutschen erbte sich auch, gleich einem Familienfideicommiß, auf ihre Nachkommen fort. Die Gesetzbücher der Alemannen, der Bajuvarier, der Westgothen, der Sachsen und anderer Völker, kennen keinen Unterschied zwischen Contracten und Verträgen; jede Convention ist nach denselben verbindlich, nur daß die meisten derselben verlangen, daß jede Convention, also sowohl ein Contract als ein Vertrag, in eine Schrift gebracht werden solle. Dies verordnen die Gesetze der Westgothen, der Bajuvarier und Longobarden namentlich, und der weise Grund dieser Verordnung fällt von selbst in die Augen. Wir finden auch, daß die Teutschen hin und wieder gewisse Solennitäten bey ihren Verträgen zu Hülfe nahmen, ohne daß sie übrigens hiezu, daß wir es wissen, von den Gesetzen verbunden wurden. Wir lesen von einem Handschlag, von einem aufgehobenen Finger und von einer

k) TACITVS de German. c. 24.

l) CAESAR de Bello gallico. c. 23.

m) TACITVS Annal. L. XIII. c. 54. G. C. GEBAVER Pr. de alea et fide, ad Taciti c. 24. Gött. 1791. Die römischen Kaiser hatten am liebsten Teutsche zu ihrer Leibwache, wie man von den Kaisern Caracalla, Maximianus und Balbinus mit Sicherheit behaupten kann. HERODIANVS histor. Lib. IV. c. 7. Lib. VIII. c. 7. Iul. CAPITOLINI Maxim. et Balbinus, c. 13.

Wegwerfung eines Kornhalms aus den Händen, als denn Symbolen der Treue, die man bey Schließung der Verträge gebrauchte n). Man befaßte sich aber nicht lange mit dergleichen Feyerlichkeiten, man ließ sie allmählig mit dem Strom der Zeit dahin schwimmen, und von einer alten Sitte erhielt sich nur etwa der Handschlag bey dem gemeinen Manne, dessen Geist in Feyerlichkeiten jeder Art Nahrung findet. Der Sachsenspiegel verordnet namentlich, daß Jeder halten solle, was er verspreche. Wer etwas borget oder gelobet, heißt es im 1. Buch im 7. Artikel, der soll es gelten, und was er thut, das soll er stet halten; und diese nämliche Verordnung findet man auch im Schwabenspiegel in 259. Capitel.

Bey diesen Grundsätzen blieb es in Teutschland bis in das 5te Jahrhundert. Ein Wort ein Wort, ein Mann ein Mann, war das Motto jedes rechtlichen Mannes, und man wußte nichts von einem Unterschied zwischen Verträgen und Contracten. Erst mit der Einführung des römischen Rechts in Teutschland kam dieser Unterschied auf, der sich aber hauptsächlich nur auf den Begriff, und nicht auf die Wirkung bezog, die er nach dem römischen Recht hatte; denn in Absicht auf die Wirkung blieb man bey dem altteutschen Satze: jede Convention sey verbindlich, und bewirke eine Klage. Man darf dieß aber, wie ich glaube, nicht allein auf die Rechnung der Anhänglichkeit an die alten teutschen Grundsätze schreiben, sondern der Hebel, der diese Wirkung hervorbrachte, war vorzüglich das kanonische Recht, so sehr dieses auch berühmte Schriftsteller läugnen wollen. Wenn wir die Schriften der Rechtsgelehrten des 16ten Jahrhunderts lesen, z. B. die Werke des Zasius, des Sichard, des Fichard, und Anderer, so finden wir, daß sie sich, wenn sie beweisen wollen, ein bloßer Vertrag bewirke nach den Grund-

n) Capitvlar. Lib. VI. §. 285. Adelboldvs vita Henr. I. c. 2. Lindenborg Privil. Hamb. 33. 34.

Grundsätzen ihres Zeitalters eine Klage, bloß auf das kanonische Recht, und nie auf die ehemaligen teutschen Sitten berufen. Wie sollte man auch glauben, daß Ehrfurcht vor dem teutschen Alterthum bey denjenigen das Uebergewicht über die römischen Grundsätze sollte davon getragen haben, die an dem römischen Rechte, wie an einem Götzenbilde hingen, und in tausend andern Fällen die anerkanntesten teutschen Sitten zu Füßen traten, um auf ihren Ruinen römische Sätze aufzupflanzen. Das römische Recht war im 16ten Jahrhundert der Götze, dem man auf Kosten der alten teutschen Grundsätze Opfer brachte, so viel er haben wollte, und die Kanonisten dieser Zeit waren für die teutsche Rechtsgelehrsamkeit eben das, was die Staare für ein Fruchtfeld sind; sie verheerten, wo sie hinkamen, und stellten nur mit dem Messer in der Hand Lehrsätze auf, gleich als wären sie Wundärzte, die schädliche Geschwüre wegzuschneiden haben. Wir können also sicher annehmen, daß jene Kanonisten des 16ten Jahrhunderts nicht sowohl aus Anhänglichkeit und Ehrfurcht gegen die alten teutschen Grundsätze, dem römischen Satze, der den Verträgen keine Klagbarkeit beygelegt, keinen Eingang verschaften, sondern daß ihnen das kanonischen Recht hauptsächlich hier Zaum und Gebiß angelegt habe, und ich bin für meinen Theil vollkommen überzeugt, daß ohne das kanonische Recht die römische Themis vollkommen über jenen altteutschen Rechtssatz würde gesiegt haben, der jeder Convention Verbindlichkeit beylegt. Wenn also in dem 16. 17. und 18. Jahrhundert so viele teutsche Partikularrechte den Satz aufstellten: daß ein bloßer Vertrag eine Klage begründe, und wenn dieser Satz heut zu Tage beynahe allgemein anerkannt ist, so möchte ich den Grund dieser Erscheinung nicht mit dem Hamberger, und so viele andere berühmten Rechtsgelehrten blos in den alten teutschen Sitten, und nicht in dem kanonischen Recht suchen, sondern ich würde dem letztern Recht das meiste, ja beynahe alles davon zuschreiben; denn wenn Ham-

berger, um seinen Satz zu beweisen, sagt, die Verträge haben bey den Teutschen schon lange vor der Einführung des kanonischen Rechts verbindliche Kraft gehabt, so beweißt dieß nur so viel, daß das kanonische Recht vor der Einführung des römischen Rechts in Teutschland kein Grund seyn konnte, warum die Teutschen den bloßen Verträgen eine Klagbarkeit beylegten; es wird damit aber nicht bewiesen, daß, wenn heut zu Tage, also nach der Einführung des römischen Rechts in Teutschland, der Satz allgemein, und seit drey Jahrhunderten schon, in der teutschen Praxis anerkannt wird, daß ein bloßer Vertrag klagbar sey, auch hieran das kanonische Recht keine Schuld habe, und dieses wollte doch Hamberger nur beweisen o). Nach den Grundsätzen der heutigen teutschen Praxis hat es also keinen Anstand, daß ein bloßer Vertrag immer noch in der Regel eben so verbindlich ist, als er es in den ältesten und spätern Zeiten der Teutschen, vor der Einführung des römischen Rechts in Teutschland war, wenn gleich der Grund dieses Satzes seit dieser Zeit sich in etwas geändert hat. Ich führe keine Schriften der Rechtsgelehrten an, um dieses zu beweisen; denn die Anzahl derselben ist hier so groß, daß es Mühe kostet, einen Gegner zu finden; aber einer Meynung muß ich erwähnen, welche Johann Strauch, Peter Müller, und der berühmte Canzler, Herr von Selchow in dieser Materie aufstellen p). Diese behaupten, da das römische Recht in seinem ganzen Umfange in Teutschland angenommen sey, so müsse man auch behaupten, daß auch die Theorie des römischen Rechts von der Unverbindlichkeit der bloßen Verträge im Zweifel anzuwenden sey, und Herr von Selchow fügt weiter noch diesen Grund hinzu,

o) Hamberger D. de non vsu stipulationum, vsuque pactorum hodierno in foris Germaniae, c. 3. §. 1.

p) Strauch Diff. XII. §. 10. in fine. Pet. Müller ad Struv. Exerc. 6. §. 17. not. s. de Selchow in elem. iur. Germ. §. 460.

zu, daß ja in Teutschland der römische Unterschied zwischen Contracten und Verträgen allgemein anerkannt, und was nach dem römischen Rechte Contract war, auch heut zu Tage noch sorgfältig ein Contract, und nicht ein bloßer Vertrag genennt werde. Allein ich kann mich nicht zu dieser Meynung bekennen, und zwar aus dem Grunde, weil das kanonische Recht den bloßen Verträgen eine klagbare Verbindlichkeit beylegt, dieses aber in Teutschland in allen den Fällen den Vorzug vor dem römischen Rechte hat, wo es um die Vermeidung einer Sünde zu thun ist q), wie dieß offenbar hier der Fall ist, da die heilige Schrift verordnet, daß man seine Zusage halte. Ich glaube auch, daß der Herr von Selchow diese Meynung deswegen nicht hätte annehmen sollen, weil er selbst in dem nehmlichen Paragraphen behauptet, die Stipulation finde heut zu Tage in Teutschland keine Anwendung mehr; denn da der einzige Grund, warum nach dem römischen Rechte ein bloßer Vertrag keine Klage bewirkte, dieser war, weil zu einer Convention, die nicht namentlich in den Gesetzen für verbindlich erklärt wurde, die Form der Stipulation erfordert wurde, Herr von Selchow aber selbst sagt, daß in Teutschland die Stipulationen keine Anwendung mehr finden, mithin auch zu der Klagbarkeit einer Convention nicht erfordert werden, so hätte, wie ich glaube, der Grundsatz statt finden sollen: cessante legis ratione, cessat ipsa legis dispositio. Auch kann es nicht für jene Meynung beweisen, daß der römische Unterschied zwischen Contracten und bloßen Verträgen auch in Teutschland beobachtet, und zum Beyspiel ein Contract des rö-

q) RITTERSHVSIVS different. iur. ciuil. et canon. Argent. 1668. p. 9. sqq. STRVV Exerc. II. §. 39. MYNSINGER Resp. 49. n. 13. LINCK ad Decret. p. 33. I. H. BOEHMER in Iure Protest. Tom. I. p. 135. FLOERCKE Pr. de praerogatiua iuris Canonici prae Iure Iustin. in vtriusque iuris different. Ien. 1722.

mischen Rechts auch heut zu Tage noch nur Contract, und nicht Vertrag genennt wird; denn wenn die Teutschen den Unterschied der Contracte und Verträge in Absicht auf den Begriff angenommen haben, so folgt daraus nicht, daß sie dieses auch in Absicht auf die Wirkung gethan haben; dieses hinderte das kanonische Recht, jenes hingegen nicht. Uebrigens halte ich diesen ganzen Streit für so ziemlich unnütze; denn ich glaube nicht, daß heut zu Tage in Teutschland noch ein Land seyn wird, wo nicht entweder Gesetze, oder eine entscheidende Praxis sich für die Verbindlichkeit oder Unverbindlichkeit der bloßen Verträge erklärt hätten, so daß also die Frage darüber nicht leicht mehr entstehen kann: ob die bloßen Verträge in einem Lande für verbindlich zu halten sind, oder nicht?

Da nach dem kanonischen Rechte und der Praxis in Teutschland, wie auch sehr vielen statutarischen Gesetzen, die bloßen Verträge verbindlich und klagbar sind, so fordert es die Identität des Grundes und die Consequenz, daß man auch den präparatorischen Verträgen, worin Einer dem Andern verspricht, einen ganz bestimmten Contract mit ihm nach einer gewissen Zeit eingehen zu wollen, eine klagbare Verbindlichkeit zuschreibe. Ich sage, einen ganz bestimmten Contract, der nämlich nicht nur dem Namen nach, sondern auch nach allen ordentlichen und zufälligen Eigenschaften bestimmt ist, zum Beyspiel, wenn ich einem verspreche, daß ich nach einem halben Jahre einen Darlehnscontract mit ihm eingehen, und ihm 1000 Fl. vorschießen wolle. Hier ist der Contract, dessen Eingehung versprochen wird, so genau bestimmt, daß nichts mehr zu bestimmen übrig bleibt, und also eine Verbindlichkeit ohne Anstand Statt finden kann. Etwas anders ist es in dem Falle, wenn der einzugehende Contract nicht so genau bestimmt ist, wenn also zum Beyspiel Einer dem Andern nur im Allgemeinen verspricht, ein Darlehn, einen Kauf, einen Tausch, mit ihm eingehen zu wollen. Ein solches Versprechen verbindet nicht,

und

und es ist blos in die Grenzen der Tractaten eingeschlossen. So richtig nun diese Sätze auch sind, so sehr werden sie doch von Einigen in Zweifel gezogen, und mehrere Rechtsgelehrte behaupten noch bis auf diese Stunde, kein präparatorischer Vertrag sey verbindlich, wenn sie auch sonst die Verbindlichkeit der Verträge im Allgemeinen zugeben; ja es drang diese sonderbare, widersprechende, aus unglücklicher Vermischung römischer und teutscher Rechtsgrundsätze entstandene Meynung, in viele teutsche Landesgesetze ein, und wo dieses der Fall ist, da muß man freylich als Richter, selbst bey dem lebhaftesten Gefühl einer Inconsequenz, dem Gesetz gehorchen; wo aber kein Gesetz, sondern nur eine Praxis, das heißt, bloße Meynungen der Rechtsgelehrten, die durch öftere, gleichmäßige gerichtliche Entscheidungen keine Gesetzeskraft erhalten haben, vorhanden ist, da würde ich für meinen Theil nicht mit den Wölfen heulen, schreibt Hr. Griesinger[r]), sondern dem richtigern Satz folgen. Es dient übrigens jene unrichtige Meynung so vieler Rechtsgelehrten des 16. 17. und 18. Jahrhunderts zu einem nicht geringen Beweis des Satzes, daß nicht sowohl Anhänglichkeit an die alten teutschen Sitten, sondern vielmehr nur das kanonische Recht der Theorie des römischen Rechts von der Unverbindlichkeit der bloßen Verträge den Weg und Eingang in Teutschland versperrt habe; denn warum trugen jene Rechtsgelehrte kein Bedenken, jene Theorie des römischen Rechts von der Unverbindlichkeit der bloßen Verträge, ganz gegen den Geist der alten teutschen Jurisprudenz, die ohne Unterschied jeder Convention verbindliche Kraft beylegte, bey den präparatorischen Verträgen anzuwenden? Wir dürfen dieses nichts anderem zuschreiben, als dem steten Triebe, das römische Recht überall anzuwenden, der, wie ein Wurm, an jenen Juristen nagte, und dem Umstande, daß das kanonische

r) Herr Griesinger von Verträgen, S. 67.

nische Recht wenigstens nicht namentlich auch den präparatorischen Verträgen verbindliche Kraft beylegte. Dieses war für jene Rechtsgelehrte genug, ihrem thätigen Triebe, das römische Recht anzuwenden, freyen Lauf zu lassen, und ohne sich um den Geist der alten teutschen Sitten zu bekümmern, und ohne sich die Mühe zu nehmen, das kanonische Recht nach seinem ächten Sinn zu prüfen, war ihnen die Gelegenheit entwischt, die stets angezogene Feder ihrer Natur springen lassen zu können, die für alles höchst empfindlich, ohnehin nur auf kleine Stöße wartete, um sich aus dem verdrüßlichen Stand der Ruhe setzen zu können. Ich muß hier noch einer sonderbaren Meynung Erwähnung thun, die zwey Tübingische Rechtslehrer, Michael Graß, und Ferdinand Christoph Harpprecht aufstellten s). Diese behaupteten, ein präparatorischer Vertrag, z. B. ein pactum de permutando sey auch heut zu Tage noch unverbindlich; wenn man aber nach einem solchen Vertrage noch einen andern eingehe, und darin verspreche, daß man jenes pactum de permutando gewiß halten wolle, so mache dieser letzte Vertrag, zwar nicht nach dem römischen, aber doch nach dem heutigen Rechte, daß jenes pactum de permutando klagbar werde, weil nach den heut zu Tage geltenden Grundsätzen zwar kein pactum de permutando, aber doch ein pactum absolutum, worin man nämlich verspreche, nicht daß man einen Tausch eingehen, sondern das man daß vorhergegangene pactum de permutando halten wolle, verbindlich und klagbar sey. Diese Meynung ist offenbar falsch, in so fern sie ein pactum de permutando heut zu Tage für verbindlich hält, aber sie ist auch, wenn man diese irrige Behauptung als wahr voraussetzt, höchst sonderbar. Wenn ein pactum de permu-

s) Mich. Graß D. de pacto futuri contractus praeparatorio. Tub. 1688. Ferd. Chr. Harpprecht in Volum. novo Conf. 92.

permutando heut zu Tage unverbindlich ist, so läßt sich nicht einsehen, wie ein pactum absolutum, worin man verspricht, jenes pactum de permutando zu halten, verbindlich seyn solle, wenn man dieses zweyte pactum nicht als ein römisches Constitutum betrachtet, das jene Schriftsteller nicht thun; denn ein solches pactum absolutum ist weiter schlechterdings nichts, als ein wiederholtes pactum de permutando. Wenn man daher die Sache nicht aus dem Gesichtspunct des römischen constituti betrachtet, so läßt sich nicht einsehen, wie die bloße Wiederholung eines an sich unverbindlichen Vertrags diesen klagbar machen soll. Michael **Graß** hat sich also dadurch, daß er sein so genanntes pactum absolutum nicht für ein bloßes pactum de permutando hielt, selbst ein Irrlicht angezündet, das ihn auf Irrwege führte, und Ferdinand Christoph **Harpprecht** verließ sich auf seinen Vorgänger und dessen Geschicklichkeit zu sehr, als daß er eine detaillirte Prüfung jener **Grassischen** Meynung für nöthig gehalten hätte; überhaupt aber sind rechtliche Gutachten der Ort nicht, wo man gelehrte und lange Prüfungen über vorkommende Rechtssätze anzustellen pflegt; die Kürze der Zeit, in die man durch überhäufte Geschäfte gebannt wird, gestattet dem Facultisten selten, diejenige Aufmerksamkeit auf gewisse Rechtssätze zu wenden, die man andern Schriften, die bloße Geburten der Muße sind, zu weihen gewohnt ist, und dieses muß **Harpprechten** einigermaßen entschuldigen.

§. 313.

Außer den zeither erläuterten **Eintheilungen der Contracte** werden solche auch in **einseitige** und **zweyseitige** eingetheilt. Bey dieser Eintheilung wird auf die **Verbindlichkeit** Rücksicht genommen, welche daraus entsteht. Hat sich blos einer von den Contrahenten zu etwas verbindlich gemacht, so heißt der Contract ein **einseitiger**, contractus vnilateralis, s. simplex; wenn sich

sich aber jeder der Contrahenten verbindlich gemacht hat, etwas zu leisten, zu geben oder zu thun, so wird der Contract ein zweyseitiger, contractus bilateralis, duplex, reciprocus, genennt. Daß man auch die Verträge in einseitige und zweyseitige eintheilen könne, wird von den berühmtesten Rechtsgelehrten [t]) zugestanden, und nur die Benennung, einseitiger Vertrag scheint einigen [u]) nicht recht angemessen zu seyn; darüber haben aber die Rechtsgelehrten mit einander gestritten, ob man die Contracte bey den Römern auf diese Art eingetheilt habe. Verschiedne Rechtslehrer [x]) haben zu behaupten gesucht, nach den Grundsätzen des römischen Rechts habe man alle Contracte für zweyseitig gehalten; andere Rechtslehrer erklären aber ihre Argumente für schwach und sophistisch. Die Vertheidiger dieser Meynung stimmen aber wieder darin nicht mit einander überein, was man für Begriffe von jeder Art dieser Verträge annehmen müsse, so wie sie auch darin von einander abgehen, was für Contracte als einseitige und welche als zweyseitige zu halten sind. So viel ist zwar richtig, schreibt Herr HR. Glück, daß die Benennung contractus unilateralis, contractus bilateralis von den römischen Juristen nicht gebraucht worden ist; daraus läßt sich aber gleichwohl nicht beweisen, daß diese Eintheilung dem System des römischen Rechts entgegen sey, so wenig als sich aus der Stelle in der L. 19. D. de verb. obligat. wo Ulpian bemerkt, contractum

t) Herr Prof. Hufeland in den Lehrsätzen des Naturrechts, Thl. 1. §. 250. Herr Prof. Schmalz im reinen Naturrechte, §. 172. Herr GJR. Wolkär in den Grundsätzen der Rechtsgelehrs. §. 31. Herr HR. Glück im Comment. Thl. 4. S. 285.

u) Herr Präs. von Tevenar im Versuch über die Rechtsgelehrsamkeit, S. 343.

x) Freher in Parerg. Lib. I. c. 16. in Ottonis Thes. T. I. p. 882. Gottfr. Barth in Diss. de negatione contractuum unilateral. in *Eius* Dissert. p. 623.

etum esse vltro citroque obligationem, mit Wahrheit folgern läßt, daß bey den Römern alle Contracte für zweyseitig gehalten worden, da es von den berühmtesten Rechtsgelehrten y) ausführlich bewiesen worden, daß Ulpian Lib. XI. ad Edictum, wo die angeführten Worte vorkommen, nicht die Absicht gehabt habe, von den Contracten ex professo zu handeln, sondern nur die Ausdrücke, contrahere und contractum, in Beziehung auf das Edict des Prätors von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eines Minderjährigen, zu erklären. Ueberdieses ist bey der Bestimmung der Begriffe von einseitigen und zweyseitigen Contracten nach dem römischen Rechte nicht sowohl darauf zu sehen, ob ein einseitiger oder ein zweyseitiger Vertrag dabey zum Grunde liegt, indem z. B. alle ungenannte Contracte nach den Grundsätzen des römischen Rechts einseitige sind, ob sie sich gleich auf ein pactum bilaterale nudum gründen z); sondern es kommt vielmehr darauf an, ob Contracte von der Art sind, daß nur auf der einen Seite eine klagbare Verbindlichkeit entsteht, oder ob zwey verschiedene Klagen daraus entspringen. Endlich ist auch zum Begriff eines Bilateralcontracts nicht gerade erforderlich, daß jeder von den Contrahenten gleich zu Anfang des Contracts zu einer Hauptleistung wesentlich verbindlich gemacht werde; denn es kann auch nur ein Theil hauptsächlich und vom Anfang verpflichtet seyn, etwas zu leisten, der andere aber erst nachher, zuweilen, und zufälliger Weise, und

y) Cviacivs et Goeddaevs ad L. 19. D. de verb. signif. Galvan de vsufr. c. 17. nr. IX. p. 190. edit. Tub. Westenberg de caus. obligat. Dissert. II. c. 2. §. 12. Emminghavs in not. ad Cocceii ius contr. h. t. qu. IX. not. h. p. 223.

z) Berger in Oecon. iur. Lib. III. tit. 1. thes. 13. not. 3. Künhold in Diss. de vsu except. non adimpleti contract. hodierno Lips. 1726. §. 6.

und zwar blos zum Schadenersatze verbindlich werden a). Dieses angeführten Unterschieds wegen sind die Bilateralcontracte in gleiche, aequales, und in ungleiche, inaequales, eingetheilt worden. Unter einem Bilateralcontract versteht man also im allgemeinen Verstande, denjenigen Contract, aus dem entweder gleich Anfangs auf beyden Seiten eine Verbindlichkeit entsteht, oder es wird zwar Anfangs nur auf einer Seite eine Hauptverbindlichkeit übernommen, welche jedoch die zufällige Entstehung einer spätern Nebenverbindlichkeit auf der andern Seite nicht ausschließt; Unilateralcontracte werden hingegen diejenigen genennt, aus welchen nur auf der einen Seite eine wesentliche Verbindlichkeit entsteht, auf der andern Seite aber keine gleichzeitige oder doch wenigstens keine spätere Verbindlichkeit gar nicht möglich ist. So werden z. B. bey Schließung eines Kaufs gleich Anfangs beyde Theile zu einer gegenseitigen Leistung wesentlich verbunden, nämlich der Käufer ist zur augenblicklichen Bezahlung des Kaufschillings, der Verkäufer aber zur Uebergabe der Waare verbindlich, folglich ist der Kaufcontract ein contractus bilateralis *aequalis*. Wenn ich Jemandem meine Sache leihe, so ist derselbe zwar gleich Anfangs verbunden, mir die geliehne Sache nach geendigtem Gebrauch zurück zu geben, ich hingegen bin nur zufälliger Weise zum Ersatz des Schadens verbunden, wenn der commodatarius etwa bey dem Contracte Schaden gelitten haben sollte, und dieser Umstände wegen gehört der Leihcontract unter die contractus bilaterales *inaequales*

Es gehören, in Gemäßheit des angenommenen Begriffs, zu den zweyseitigen Contracten nicht blos die sämtlichen Consensualcontracte, sondern auch von den Realcontracten, das commodatum, depositum, pignus, wie man aus den daraus entstehenden doppelten Klagen,

a) Berger l. c. Herr GJR. Woltär a. a. O.

gen, wovon die eine actio directa, die andere actio contraria genennt wird, sieht. Für einen einseitigen Contract ist der Darlehnscontract, die Bürgschaft, der Litteralcontract und jeder ungenannter Contract zu halten. Wenn ich Jemandem ein Darlehn gegeben habe, so ist er mir zur Restitution verbunden, ich zu nichts. Die Stipulation war ebenfalls ein einseitiger Contract; der eine Contrahent versprach dem andern etwas durch Frage und Antwort, der andere aber nichts. Der Bürge verspricht für den Gläubiger zu haften, ihm hingegen wird im Bürgschaftscontract nichts versprochen. Im Litteralcontracte wird allein der Aussteller der Handschrift verbindlich gemacht, der Gegentheil nicht. In den unbenannten Contracten gebe oder thue ich dem andern etwas, und er verspricht mir dagegen etwas zu geben oder zu thun, folglich verspricht er allein etwas. Verschiedne Rechtslehrer b) rechnen zwar die ungenannten Contracte zu den zweyseitigen Contracten; diese Behauptung hat aber viel wider sich; denn da in einem ungenannten Contracte einer dem Andern etwas giebt oder thut, damit ihm dieser wieder etwas dagegen leiste, so kann nach der Natur eines solchen Contracts nur auf einer Seite, nämlich auf Seiten desjenigen eine Verbindlichkeit entstehen, der die Erfüllung des Contracts angenommen hat c); auf Seiten desjenigen hingegen, der sein Versprechen erfüllt hat, läßt sich keine Verbindlichkeit aus dem Contracte denken. Man nehme an, dieser hätte eine fremde Sache gegeben, so ist der ganze Contract ungültig, wie man aus der L. 1. §. 3. D. de permut. sieht, wo es heißt: alienam rem dantem nullam contrahere permutationem, folglich entsteht auch keine Verbindlichkeit auf Seiten des Anneh-

b) d'Avezan contractuum Lib. I. c. 13. §. 1. in Meerm. Thes. T. IV. p. 30. Herr HR. Claproth von Contracten, §. 22. S. 57.

c) l. 1. §. 2. D. L. 3. C. de permut.

Annehmenden, sondern dieser kann, wenn er sein Versprechen schon ebenfalls erfüllt hat, das Gegebene zurück fordern, oder auf das Interesse klagen d).

Nachdem der Begriff der Bilateralcontracte und der einseitigen Contracte erklärt worden, so will ich verschiedene Bemerkungen über beyde Arten der Contracte anführen. Eine solche Bemerkung ist es:

1) Aus einem **einseitigen** Contracte entsteht nur **eine Klage**, welche bisweilen condictio certi genennt wird, in einigen solchen Contracten aber heißt sie schlechtweg actio praescriptis verbis. Aus dem *mutuo* entsteht condictio certi ex mutuo, aus der **Stipulation** die actio ex stipulatu, aus der litterarum obligatio die condictio ex chirographo, aus den **ungenannten** Contracten wird actio praescriptis verbis angestellt. Die **Bilateralcontracte** begründen **zweyerley Klagen**, und zwar mit dem Unterschiede, daß, wenn der **Bilateralcontract** ein contractus bilateralis *aequalis* ist, die beyden Klagen actiones *vtrinque directae* genennt werden; ist aber der zweyseitige Bilateralcontract ein contractus bilateralis *inaequalis*, so heißt die eine Klage *actio directa*, und die andere *actio contraria*. Aus einem **Kaufcontracte** kann die actio emti und die actio venditi angestellt werden, beyde sind actiones *directae*, hingegen aus dem depositо entstehen zwar auch zwey Klagen, aber nur die eine ist actio *directa*, die andere aber heißt actio *contraria*. Die Klage wird actio *directa* genennt, welche gleich anfangs aus dem Wesen eines Contracts entsteht; actio *contraria* heißt sie hingegen, wenn sie erst nachher zufälliger Weise aus dem Contracte entsteht. Weil nun in den contractibus bilateralibus *aequalibus*, beyde Theile gleich anfangs verbindlich werden, so müssen auch zwey

d) L. 1. C. de rer. permut. L. fin. D. de cond. caus. dat. L. 5. §. 1. et 2. D. de praescr. verb. CVIACII Obs. Lib. XXIII. c. 28. d'AVEZAN l. c. Lib. 1. c. 14.

zwey actiones *directae* aus diesen Contracten entstehen; hingegen aus einem contractu bilaterali *inaequali* wird nur der eine Theil vom Anfang verbindlich; der andere bisweilen in der Folge, bisweilen zufälliger Weise; daher entspringt aus diesen Contracten nur eine actio directa, und in manchen Fällen auch noch eine actio contraria. Von den actionibus contrariis gilt der allgemeine Satz: sie werden alle deswegen gebraucht, um einen Schadenersatz zu suchen. Wenn daher z. B. der Depositarius bey dem Depositum, der Pfandgläubiger bey dem Besitz des Pfandes, der Commodatarius bey dem Commodatum, Auslagen, Kosten gehabt, oder Schaden gelitten haben, so können sie die actio depositi *contraria*, actio commodati *contraria*, actio pignoratitia *contraria* brauchen.

2) Ist von diesen Klagen zu bemerken, wer aus einem zweyseitigen Vertrage oder Contracte, wider seinen Mitcontrahenten mit völliger Wirksamkeit klagen will, muß von seiner Seite den Contract bereits erfüllt haben, oder sich doch wenigstens bey Anbringung der Klage erklären, daß er zur Erfüllung des Contracts bereit sey e). Fehlt es bey der Klage an dieser Eigenschaft, so hat der Beklagte das Recht, die Einrede des nicht erfüllten Contracts entgegen zu stellen f); und nunmehr muß der Kläger beweisen, daß er von seiner Seite alles gethan habe, was er nach dem Contracte zu thun schuldig war; es liegt aber dem Beklagten ob, zur

e) L. 13. §. 8. D. de act. emt. vend. L. 21. C. de pact.

f) Gabr. Schweder Conclus. sel. de exceptione non impleti contractus, Tub. 1688. Io. Fr. Wahl D. de natura et indole exceptionis implementi non secuti siue pacti et contractus non impleti, Gott. 1751. a Wehrn D. de excepr. non adimpleti contractus, sub Praes. Weismantel, Erf. 1790. Müller ad Leyser. Tom. V. Fasc. II. Obseru. 850.

Begründung dieser Einrede, deutlich und bestimmt anzugeben, was der Kläger zu leisten habe, wenn der Contract von seiner Seite für völlig erfüllt gehalten werden soll, weil außerdem dem Kläger ein unmöglicher Beweis zur Last fallen würde. Soll also die exceptio non adimpleti contractus statt haben, so muß der Kläger schuldig seyn zu beweisen, daß er etwas erfüllt habe, was er seinem Versprechen gemäß erfüllen sollte, folglich setzt jene Einrede allemal die Verneinung eines zum Grunde der Klage gehörenden Thatumstandes voraus g).

3) Bey zweyseitigen Contracten kommt die Frage vor: in wie fern eine Reue, das heißt, ein einseitiges Zurücktreten von dem geschlossenen Contract erlaubt sey h). Bey den Römern kam es darauf an, ob der geschlossene zweyseitige Contract schon durch die bloße Einwilligung der Partheyen seine völlige Gültigkeit erhalten hatte, oder ob auch eine bereits geschehene Leistung des Versprochenen zur Gültigkeit des Contracts erfordert wurde. Im ersten Falle gieng es nicht an, den Vertrag durch einseitige Reue aufzuheben i), außer wenn diese Befugniß entweder durch eine ausdrückliche Verabredung erlangt worden war, oder der eingegangene Bilateralcontract war seiner Natur nach so beschaffen, daß er auch einseitig wieder aufgehoben werden konnte, welches zum Beyspiel beym Gesellschafts- oder Vollmachtscontracte angeht.

g) de Winckler ad Bergeri Oecon. Iur. Lib. IV. tit. XXV. th. 5. not. 14. p. 836. Pütters Rechtsfälle, 1sten Bandes 4ter Thl. Dec. 148. nr. 11. S. 1005. Herr Prof. Schmidt im Commentar über die Klagen, Theil 1. Seite 197.

h) Io. Phil. Slevogt D. de poenitentia, Ien. 1694. c. 1. Roßmann von der Reue in Verträgen, in den Erlanger gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1749. Nr. 20.

i) L. 5. C. de obligat. et action.

geht [k]). Die Ausnahme, welche **Roßmann** in der angeführten Abhandlung bey solchen Contracten machen wollte, wo es auf die Leistung eines Factums ankommt, ist weder den positiven noch natürlichen Rechten gemäß [l]). Im letztern Falle war der Contract entweder ein **benannter** oder ein **unbenannter**. Bey **benannten** Contracten konnte zwar derjenige vom Contract abgehen, zu dessen Vortheil solcher ganz allein geschlossen worden, hingegen auf Seiten des andern Theils, welcher die Beschwerde übernommen, wurde die eigenmächtige, zur Unzeit geschehene, Zurückgabe oder Zurücknahme der Sache einem dolus oder einer culpa gleich gehalten. Daher steht es zwar bey dem **Deponenten**, die deponirte Sache wieder zurück zu fordern, ehe als die Zeit vergangen ist, wie lange sie deponirt bleiben sollte; aber der **Depositar** hat das Recht nicht, diese Sache vor der Zeit nach Gefallen zurück zu geben [m]). So geht es auch an, daß der **Commodatar** die ihm geliehene Sache früher zurück giebt, als er anfangs sich erklärt hat, die Sache brauchen zu wollen, aber der **Commodans** hat das Recht nicht, die Sache vor Endigung des Gebrauchs, wozu er sie geliehen hat, zurück zu fordern. Andere Grundsätze findet man in Gesetzen von der **Reue** bey **unbenannten** Contracten; denn hier hat derjenige, dem etwas geleistet worden, niemals das Recht, vom Contract unter dem Vorwand der **Reue** abgehen zu können [n]). Bey demjenigen, der sein Versprechen erfüllt hat, kommt

k) Tob. Iac. REINHARTH D. de poenitentia vnius partis ob moram vel perfidiam alterius in contractibus nominatis exule, Göttingae 1737. Sect. I. §. 9. et 12.

l) Herr Profess. Schmalz im reinen Naturrechte, §. 116.

m) L. 1. §. 45. 46. D. depositi. SLEVOGT de poenitentia, c. 1. §. 43. 44.

n) L. 3. §. 2. D. de cond. caus. dat. STRVV in synt. iur. ciuil. Exerc. XXV. th. 14.

es darauf an, ob diese Erfüllung in einem Geben, oder in einem Thun bestand. Im letztern Falle ist auch auf Seiten dessen, der das Versprechen durch sein Thun bereits erfüllt hat, der Natur der Sache nach keine Reue möglich, weil eine geschehene Handlung nicht wieder ungeschehen gemacht werden kann, sondern er muß actione praescriptis verbis auf die Erfüllung des gegenseitigen Versprechens klagen, oder wo dieses nicht geht, muß er die actio de dolo anstellen o). Im ersten Falle wird in Gesetzen ein Unterschied gemacht, ob etwas durch einen Vergleich in der Absicht gegeben worden, um einen Proceß abzuwenden, oder man hatte sonst etwas zu Erreichung einer erlaubten Absicht gegeben. Unter den erstern Umständen war bey den Römern keine Reue erlaubt p); im letztern Falle aber gieng es an, das Gegebene so lange durch die condictio causa data, causa non secuta zurückzufordern, bis der Gegentheil sein Versprechen ebenfalls erfüllt hatte; weil ein unbenannter Contract bey den Römern nur auf Seiten desjenigen für verbindlich gehalten wurde, der von dem Mitcontrahenten zwar die Erfüllung desselben angenommen, aber ihn selbst noch nicht erfüllt hatte; der Gegentheil aber, der von seiner Seite den Contract erfüllt hatte, brauchte ihn nicht zu halten, und konnte folglich das Gegebene zurückfordern. Ob in Teutschland, wegen der nach teutschen Rechten statt findenden allgemeinen Verbindlichkeit eines jeden simpeln Vertrags, die Verordnungen des römischen Rechts über diese Materie angewendet werden können,

o) L. 5. §. 3. 4. D. de praescr. verb. VINNIVS select. quaest. Lib. I. c. 46. POTHIER in Pand. Iustin. ad tit. de praescr. verb. §. 3. not. o. et p. Tom. I. p. 533.

p) L. 5. D. de cond. caus. data. de RETES de conditione ex capite poenitentiae, in Opusc. Lib. II. Sect. III. in MEERM. Thes. Tom. VI. p. 142. sqq. VOET ad Pand. L. XII. tit. 4. n. 4. Christoph. CELLARIVS D. de poenitentia in contract. innominat., Hal. 1690.

nen, oder nicht, darüber streiten die berühmtesten Rechtsgelehrten. Sehr viele q) behaupten, bey uns dürfe Niemand von einem ungenannten Contract abgehen, wenn gleich der Mitcontrahent von seiner Seite den Contract noch nicht erfüllt habe, weil jeder Vertrag eine vollkommne Verbindlichkeit auflege; denn selbst bey den Römern konnte bey einem unbenannten Contract das ius poenitendi nicht gebraucht werden, so bald solcher vermittelst einer Stipulation geschlossen worden war r), in Teutschland ist aber jeder gültig eingegangene Vertrag eben so verbindlich als die römische Stipulation. So viel kann aber nicht geleugnet werden, daß es auch heut zu Tage Ausnahmen giebt, wo das Reurecht bey unbenannten Contracten Statt hat, und dahin gehört 1) der Fall, wenn ich Jemandem etwas mit der Bedingung gegeben habe, daß er mir binnen einer gewissen Zeit etwas dagegen leisten soll, und er diese Zeit verstreichen lassen, jetzt aber die Erfüllung des Contracs keinen Nutzen mehr für mich hat s); 2) wenn der andere außer Stand ist, sein Versprechen zu erfüllen, und das Interesse sich nicht wohl bestimmen und zu Gelde anschlagen läßt, z. B. ich

q) WERNHER Obs. Tom. I. P. II. Obs. 380. nr. 44. squ. Tom. III. P. I. Obs. 197. STRYCK in vsu mod. h. t. §. 5. IDEM de cautelis contr. Sect. III. c. 5. §. 4. sqq. SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Exerc. XXXII. §. 11. BOEHMER de act. Sect. II. c. 9. §. 3. de PVFENDORF in Obs. Tom. I. Obs. 40. §. 4. REINHARDT ad CHRISTIN. IV. 68. BERGER in Oecon. iuris Lib. III. tit. 6. §. 6. n. 3. Iac. Fr. LVDOVICI D. de effectu poenitentiae, c. 2. §. 24. Io. Frid. HERTEL D. de poenitentia in contr. innominato hodie locum non inueniente, Ien. 1733. Io. Frid. WAHL Progr. de permutatione pacto displicentiae vallata, §. 4. Herr HR. Runde im teutschen Privatrecht, §. 187. S. 139. Höpfners Comment. §. 810. Seite 736. Griesinger von Verträgen, Seite 133.

r) L. 3. 4. C. de rer. permut.

s) de PVFENDORF l. c. §. 6.

gebe Jemandem etwas, damit er eine gewisse Person heyrathen soll, und diese Person mag ihn nicht [r]); 3) wenn der Contract mit der Clausel geschlossen ist, daß er unverbindlich seyn soll, so bald ihn einer von den Contrahenten nicht innerhalb der festgesetzten Zeit erfüllt haben würde [u]). Diese Ausnahmen haben sehr viele berühmte Rechtslehrer veranlaßt zu behaupten, das römische Recht sey in diesem Stück gegen das teutsche Recht angenommen worden, weil man viele teutsche Particularlandesgesetze finde, wo das Neurecht bey unbenannten Contracten zugestanden worden sey, folglich handele derjenige nicht wider Treue und Glauben, der von dem in Gesetzen gewilligten Neurechte Gebrauch mache [x]).

Zum Beschluß bemerke ich noch, daß es Fälle giebt, wo ein Bilateralcontract blos auf der einen Seite eine klagbare Verbindlichkeit hervorbringt, und dahin gehört z. B. der Fall, wenn der eine von den Contrahenten nicht die gesetzliche Fähigkeit hatte, sich vollkommen verbindlich machen zu können [y]). Man nehme den Fall an,

t) Hommel Rhapf. Vol. II. Obf. 413. n. 5. fqu. p. 347.

u) Herr GTR. Höpfner im Comment. §. 801. Stryck de caut. contr. Sect. III. c. 5. §. 5. Boehmer in Conſult. Tom. II. P. I. Reſp. 503. §. 3. P. II. Reſp. 912.

x) Hahn ad Wesenb. tit. de praeſcr. verb. n. 1. Mevius P. VIII. Dec. 319. n. 2. Carpzov P. II. Conſt. 33. Def. 23. Lyncker Analecta ad Struv. Exerc. VI. §. 32. Franzk. ad tit. de praeſcript. verb. nr. II. Lauterbach in Diſſ. de arrha §. 102. et 109. Idem in Coll. Pand. Lib. 19. tit. 4. §. 21. Alef Diſſ. de eo, quod iuſtum eſt circa poenitentiam in contract. innominat. in *Eius* dieb. acad. nr. 10. c. 4. Hommel l. c. Cocceii in iure contr. Lib. 19. tit. 4. qu. 8. Lud. God. Madihn in Princ. iur. Rom. P. II. §. 231. Hofacker in Princ. Iur. Rom. Tom. III. §. 2051. p. 294.

y) Io. d'Avezan contract. Lib. I. c. 13. in Theſ. Meerm. Tom. IV. p. 30.

an, ich hätte einem Pupillen ohne Einwilligung seines Vormundes etwas verkauft. Hier bin ich zwar verbindlich den Kaufcontract zu halten, wenn dem Unmündigen an der Erfüllung desselben etwas gelegen ist; ich kann aber nicht wider ihn klagen, sein Versprechen zu erfüllen, wenn er den Contract nicht freywillig halten will [z]). Hat ein Bevollmächtigter die Grenzen des erhaltenen Auftrags überschritten, so ist der Principal zwar berechtigt, wider ihn actione mandati directa zu klagen, der Bevollmächtigte hat das Recht nicht, in diesem Falle die actio mandati contraria wider den Principal anzustellen [a]). Aehnliche Fälle werden in der L. 20. §. 2. L. 32 D. locati L. 34. D.de contr. emt. vendit. angeführt.

§. 314. 315.

Wir haben zeither sehr wichtige Grundsätze von den verschiedenen Eintheilungen der Contracte kennen lernen; nunmehr soll noch verschiedenes von den Wirkungen der Verträge und Contracte angeführt werden. Jeder gültige Vertrag hat der Regel nach die Wirkung, daß nicht nur die Paciscenten, sondern auch ihre Erben dadurch verbindlich gemacht worden sind, wenn gleich der Erben bey dem Vertrage nicht sollte gedacht worden seyn; denn der Erbe tritt in alle Rechte und Verbindlichkeiten seines Erblassers, weil er als eine Person mit ihm betrachtet wird [b]). Diese Regel hat aber mehrere Ausnahmen, nämlich alsdenn, wenn der Vertrag persönlich war. Verträge werden entweder auf die Person der Paciscenten eingeschränkt, oder sie gehen auf ihre

z) L. 13. §. 29. D. de act. emti vendid.
a) L. 41. D. mandati.
b) L. 59. L. 143. D. de regul. iur. L. 52. §. 1. D. de pact.

Erben, und im ersten Falle heißt der Vertrag, pactum *personale*, im zweyten aber pactum reale c), pactum in personam, pactum in rem. Das pactum personale kommt unter dreyerley Bestimmungen vor; denn entweder ist es auf die Person des Promittenten eingeschränkt worden, oder auf die Person des Promissars, oder auf beyde Paciscenten zugleich. Ein pactum personale, wobey blos auf die Person des Promittenten Rücksicht genommen worden, ist es z. B. wenn ich Jemandem versprochen habe, so lange ich leben werde, will ich ihm und seinen Erben jährlich eine bestimmte Summe zum Unterhalte auszahlen. Dieser Vertrag verpflichtet meine Erben nicht d). Eben dieses gilt von dem Vertrage, wenn man versprochen hat, so lange ich lebe, will ich weder von dir, dem Schuldner, noch von deinen Erben die Schuld fordern. Ein Vertrag, worin auf die Person des Promissars gesehen wird, ist es z. B. wenn versprochen worden, Du sollst zeitlebens in meinem Hause wohnen bleiben, ohne Miethzins zu bezahlen, oder so lange Du lebst, soll die Schuld nicht gefordert werden. Man denke sich ferner den Fall, daß zwischen dem Gläubiger und Schuldner die Verabredung getroffen worden, wenn der Bürge verstorben seyn sollte, der Schuldner alsdenn an dessen Stelle einen andern gewissen Bürgen verschaffen sollte. Hier können die Erben des Bürgen nicht aus der Bürgschaft ihres Erblassers belangt werden e). Verträge, worin auf die Person beyder Paciscenten gesehen worden, sind folgende Verträge: z. B. wenn versprochen worden, so lange ich lebe, und du lebst, soll die Schuld nicht gefordert werden. Es muß ferner

für

c) Bachov ad Prota p. 597. et 648. sqq. Vinnius de pactis, c. 13. Sammlung römischer Gesetze, Frkf. u. Leip. 1785. S. 83.

d) L. 52. §. 3. D. de pactis.

e) Carpzov Def. forens. P. II. Const. XX. Definit. 5.

für einen persönlichen Vertrag gehalten werden, wenn er von der Art ist, daß dabey auf die persönlichen Eigenschaften der Paciscenten, z. B. auf Fleiß, Geschicklichkeit oder Ehrlichkeit des Andern hauptsächlich Rücksicht genommen worden ist [f]). Dieser Ursache wegen geht ein Gesellschaftscontract nicht auf die Erben; und eben dieses ist bey der Bevollmächtigung der Fall. Ferner ist es ein persönlicher Vertrag, wenn er unter einer Potestativbedingung geschlossen worden ist, welche der Erbe des Paciscenten nicht erfüllen kann. Von der Eintheilung der Verträge in persönliche und Realverträge ist hauptsächlich der Satz zu bemerken, daß die Gesetze nicht blos in Rücksicht der Verbindlichkeit, sondern auch vorzüglich in Ansehung des daraus entstehenden Rechts diese Eintheilung der Verträge enthalten, und daher in dieser Rücksicht Realverträge diejenigen nennen, welche auch den Erben der Paciscenten oder einem Dritten zu Statten kommen; Personalverträge aber diejenigen, welche nur allein dem Paciscenten ein Recht geben, dem Erben aber eben so wenig, als einem Andern etwas helfen [g]). In der L. 7. §. 8. D. h. t. wird die Bemerkung gemacht, daß man, um zu beurtheilen, ob das pactum in rem, oder ob es in personam sey, nicht blos auf die Worte, sondern auch auf die Absicht der Paciscenten sehen müsse. Bisweilen wird im Vertrage eine Person genannt, nicht um einen persönlichen Vertrag zu schließen, sondern blos um zu bemerken, mit wem der Vertrag geschlossen worden sey, wie der Fall in der L. 40. D. h. t. vorkommt. Es sagt daher Paulus in der L. 21. §. 6. D. h. t. welche Stelle ein Fragment aus dem dritten Buch über das Edict ist: pacta in rem sind allen denen nützlich, wo dem Paciscenten an der Befreyung von der Verbindlichkeit selbst gelegen war. Eben des-

f) Moegling D. de certae personae industria electa.
g) L. 7. §. 8. L. 25. §. 1. D. h. t.

deswegen nützt dem Bürgen auch der von dem Hauptschuldner geschlossene Vertrag; denn würde er zur Bezahlung angehalten, so könnte er sich wegen der Schadloshaltung an den Hauptschuldner halten [h]). Dagegen hilft der Vertrag des Bürgen, daß der Gläubiger von ihm nichts fordern wolle, dem Hauptschuldner nichts, weil der Bürge kein Interesse davon hat, ob der Hauptschuldner zu bezahlen braucht, oder nicht [i]), folglich ist es nur ein Personalvertrag. War es die Absicht der Paciscenten, daß auch der Hauptschuldner frey werden sollte, z. B. der Bürge hatte sich überhaupt versprechen lassen, daß die Schuld von Niemandem gefordert werden solle, so ist dieser Vertrag ein pactum in rem, und er kommt auch dem Hauptschuldner zu statten [k]). Bey genauerer Untersuchung der Sache findet man, daß ein Vertrag bisweilen von der einen Seite ein pactum reale, von der andern aber personale seyn kann [l]). Verspreche ich z. B. meinem Schuldner, daß ich, so lange ich lebe, die Schuld nicht fordern wolle, so ist dieser Vertrag persönlich, in Rücksicht auf mich, den Gläubiger; denn meine Erben können die Schuld fordern, ohne daß ihnen die Einrede des von mir geschlossenen Vertrags entgegen steht; hingegen in Rücksicht auf den Schuldner ist dieser Vertrag ein Realvertrag, weil er auch seinen Erben Vortheil verschaft, da ich weder von ihm, noch von seinen Erben etwas fordern kann. Man nehme ferner den Fall an, ich hätte meinem Schuldner versprochen, daß, so lange er lebt, die Schuld nicht gefordert werden soll, so ist dieser Vertrag in Rücksicht des Schuldners ein persönlicher, der seinen

h) L. 21. §. vlt. D. de pactis. Hofacker Princ. Iur. Rom. Tom. III. §. 1796. p. 61.

i) L. 21. D. h. t.

k) L. 25. §. 2. L. 26. D. h. t. Voet in Comment. ad Dig. h. t. n. 12.

l) L. 57. §. 1. D. h. t.

nen Erben nichts hilft; ein Realvertrag ist es dagegen in Ansehung des Gläubigers, weil weder er, noch seine Erben klagen können [m]). Der Leibrentencontract ist in Rücksicht auf denjenigen, dem die Leibrenten versprochen worden, persönlich, daher er mit seinem Tode sogleich aufgehoben wird, aber auf Seiten dessen, der die Renten zu bezahlen versprochen hat, ist dieser Contract ein Realcontract, weil er auch seine Erben verbindlich macht [n]).

Von der angeführten Eintheilung der Verträge ist noch zu bemerken: 1) daß ein Vertrag, der nicht ausdrücklich auf die Person eingeschränkt worden, oder wo es die Natur der Sache mit sich bringt, bey zweifelhaften Umständen allemal eher für ein pactum *reale* als personale gehalten werden muß, weil zu vermuthen ist, daß jeder Paciscent nicht nur sich, sondern auch seinen Erben einen Vortheil verschaffen wollte [o]). Sehr deutlich gab dieses der Kaiser Justinian in der L. 13. C. de contr. et commit. stipul. zu erkennen, wo er sagt: generaliter sancimus, *omnem* stipulationem, sive in *dando*, sive in *faciendo*, sive mixta ex dando et faciendo inveniatur, et *ad heredes* et *contra heredes* transmitti, sive specialis heredum fiat mentio, sive non. Cur enim, quod in principalibus personis iustum est, non ad heredes et aduersus eos transmittitur [p]). Dieser Satz hat freylich ebenfalls auch Ausnahmen, z. B. bey der Schenkung auf den Todesfall; denn dieser geht nicht auf die Erben des donatarii; ferner wenn man bey einem Vertrage auf die persönliche Eigenschaft des Paciscenten Rücksicht nimmt; welches der Fall bey der

m) Sammlung römischer Gesetze, S. 83. flg.

n) Fratr. Beckmanni in Conf. P. II. Dec. LXIX. nr. 12.

o) Schilter in Praxi Iur. Rom. Exerc. VIII. §. 13.

p) Merillivs in Expos. in L. Decis. Iustin. nr. X. p. 22. edit. Neap. 1720. 4.

der Societät ist, beym mandato, u. s. w. si personae industria electa est. Es ist 2) zu bemerken, wenn gleich ein persönlicher Vertrag an sich nicht auf die Erben geht, und diese also den Vertrag nicht fortzusetzen brauchen, so folgt doch hieraus noch nicht, daß auch die Verbindlichkeit aus demselben nicht wenigstens in so fern auf die Erben übergehe, daß diese, über die Handlungen ihres Erblassers Rede und Antwort zu geben, angehalten werden könnten. Obgleich z. B. der Erbe eines verstorbenen Handlungsgesellschafters nicht gezwungen werden kann, die Gesellschaft weiter fortzusetzen, so ist er dennoch verbindlich, die Handlungen seines Erblassers wenigstens in so weit zu vertreten, als er selbst schuldig gewesen wäre, der Societät von seinen Handlungen Rechenschaft abzulegen [q]).

Bey Bestimmung der Wirkungen eines geschlossenen Vertrags, sind ferner folgende zwey Fragen genau zu unterscheiden: nämlich 1) was für Wirkungen hat ein Vertrag in Rücksicht auf die Paciscenten, und 2) was bewirkt der Vertrag in Ansehung des Gegenstandes, worüber solcher geschlossen worden ist [r])? In Ansehung der ersten Frage ist es nach dem römischen Rechte eine ausgemachte Sache, daß eine dritte Person, durch den von andern Personen geschlossenen Vertrag oder Contract, weder ein Recht erwerben [s]) kann, so wie ein Dritter auch dadurch in keine Verbindlichkiet gesetzt werden kann [t]). Ich kann keinen Dritten durch meine Verträge weder um seine Rechte bringen, noch ihm unbillige Lasten auflegen [u]).

Man

q) L. 35. L. 36 L. 40. L. 63. §. 8. D. pro socio.

r) HOFACKER in Princ. iur. Rom. Tom. III. §. 1792. p. 60.

s) L. 73. §. fin. D. de diu. reg. iur. L. 11. D. de O. et A. §. 4. 19. Inst. de inut. stipulat.

t) L. 74. D. de diu. reg. iur. L. 17 §. pen. L. 27. §. 4. in f. D. de pact. COSS. TVB. Vol. I. Cons. 62. n. 17.

u) L. 1. 2. 3. C. inter alios acta aliis non nocere.

Man nehme also den Fall an, zwey Contrahenten hätten mit einander ausgemacht, da sie einen Darlehnscontract unter bestellter Hypothek eines gewissen Grundstücks geschlossen, der Gläubiger sollte die Abgaben von dem verpfändeten Grundstücke nicht entrichten, sondern der Schuldner wolle sie bezahlen. Dieser Vertrag verbindet den Staat, welcher Abgaben zu fordern hat, nicht, weil er als dritte Person betrachtet wird, auf welche sich keine Verbindlichkeit aus diesem Vertrage erstrecken kann x). So wird auch ein successor *singularis*, der die Sache gekauft hat, worüber vorher ein Vertrag oder Contract geschlossen worden, durch diesen Vertrag nicht gebunden. Der successor singularis erlangt also auch durch den Kauf, und die darauf geschehene Uebergabe ein Recht gegen jenen Dritten, der die Sache z. B. durch einen Mieth- oder Pachtcontract in Besitz bekommen hat. Eben deswegen geben die Gesetze y) dem Käufer das Recht, den Pachter vor geendigter Pachtzeit herauszutreiben. Wenn ich z. B. ein Haus hatte, und während dieser Zeit Verträge geschlossen habe, nun aber das Haus verkaufe, so kann der Käufer aus meinen Verträgen nicht belangt werden. Wird aber durch den Vertrag ein ius in re auf die Sache ertheilt, schreibt der Herr GTR. Höpfner, S. 691. des Commenters, z. B. eine Servitut, so muß freylich der Nachfolger, welcher die Sache erhält, das *ius in re* anerkennen; eine Verbindlichkeit aber, das heißt, eine persönliche Verpflichtung des antecessoris bindet den Nachfolger nicht. Diese Regel hat viele Ausnahmen; und dahin gehört 1) der Fall, wenn der Dritte mit demjenigen, der den Vertrag geschlossen hat, in Gesetzen als eine Person betrachtet wird, welches bey dem Erblasser und seinem Erben der Fall ist; oder 2) der Dritte steht mit dem

Paci-

x) L. 42. D. de pactis.
y) L. 9. C. locati cond.

Paciscenten wegen seines Amtes in der genauesten Verbindung; oder 3) es liegt dem Paciscenten selbst viel daran, daß dem Dritten durch den geschlossenen Vertrag ein Recht gegeben werde; oder 4) die Verhältnisse der häuslichen Verbindung, oder weil man in des Paciscenten Diensten steht, haben diese Wirkung z). Diesen Grundsätzen gemäß haben die Erben eines Paciscenten aus den Verträgen desselben ein vollkommnes Recht, auf die Vortheile, die der Vertrag verschafft, zu dringen, so wie sie auch dadurch zur Erfüllung der ganzen damit verbundenen Verbindlichkeit verpflichtet sind a), und diese Verträge werden entweder so geschlossen, daß man sich und seinen Erben etwas ausdrücklich versprechen läßt, oder man erwirbt durch den Vertrag blos seinen Erben ein Recht, so daß diese erst daraus klagen können b). Diese Rechtswahrheit ist jedoch nicht anwendbar, wenn der Erbe entweder ausdrücklich im Vertrage von der Verbindlichkeit ausgenommen worden ist, oder man sahe bey dem Vertrage hauptsächlich auf die Eigenschaften und Fähigkeiten des Verstorbenen c). Ein Vertrag erstreckt seine Wirkung auch alsdenn auf einen Dritten, das heißt, giebt ihm Rechte und Verbindlichkeiten, wenn der Paciscent dieses zur Absicht hatte, und sich selbst einen Vortheil dadurch verschaffen wollte. Eben deswegen kommt der Vertrag, den der Schuldner mit seinem Gläubiger geschlossen hat, daß er die Schuld nicht fordern wolle, auch

z) COSS. TVBING. Vol. II. C. 73. n. 14. VIII. C. 113. n. 50. 51. HARPPRECHT Conf. 30. n. 344. sqq. IDEM in tract. acad. de fideic. conuent. §. 16. 57. 60. BAYER D. de iure ex acceptatione promissi pro altero facti. WERNHER P. I. Obs. 102. BOEHMER D. de iure ex pacto tertii quaesito. STRYCK Vsus mod. tit. D. de pactis §. 12. LEYSER Spec. 519. med. 4. 5.

a) L. 38. §. 12. 14. D. de V. O. L. 33. D. de pctis.

b) L. vnic. C. vt ab haered.

c) MOEGLING D. de certae personae industria electa.

auch dem Bürgen zu Statten, weil es dem Schuldner vortheilhaft ist, wenn sein Bürge nicht zu bezahlen braucht, weil dieser wider ihn, den Schuldner, die actio mandati contraria anstellen würde, wenn er als Bürge zur Bezahlung der Schuld angehalten worden wäre. Um des verwalteten Amts willen, wird der Pupill durch den Vertrag seines Vormundes, der Minderjährige durch den Vertrag seines Curators, der mandans durch den Vertrag seines Procurators in Verbindlichkeit gesetzt, so wie auch diese Personen durch die von ihnen geschlossenen Verträge Rechte erwerben, und daher von ihnen die actio vtilis angestellt werden kann [d]). Die Prätoren bey den Römern ließen es als einen hinreichenden Grund gelten, daß ein Vertrag einen Dritten in Verbindlichkeit setzte, ob er ihn gleich nicht geschlossen hatte, wenn nur zwischen ihm und dem Paciscenten ein Verhältniß aus häuslichen Verbindungen obwaltete [e]). Auf diese Beschaffenheit der Sache gründen sich die so genannten actiones adiectitiae qualitatis. Man nennt nämlich eine solche gesetzliche Ursache, weshalb aus einem Contract wider einen Dritten geklagt werden kann, welcher den Contract weder selbst geschlossen, noch des Contrahenten Erbe geworden ist, adiectitia qualitas. Wird diese Ursache der Hauptklage aus dem Contracte beygefügt, so bekommt sie den Namen, actio adiectitiae qualitatis [f]). Dieses ist der Fall bey der Klage, welche z. B. actio venditi *quod iussu*, actio venditi *institoria* genennt wird. Habe ich mit dem Sohne des Paulus auf Verlangen seines Vaters einen Kaufcontract geschlossen, oder habe ich an des Paulus Handlungsfactor, gewisse Waaren verkauft, und ich klage wider den Vater oder

d) L. 5. §. pen. D. de pecul. L. 26. D. de reb. cred. L. 15. L. 28. §. 1. D. de pactis. L. 22. C. eod.
e) §. 10. Inst. de act.
f) L. 5. §. 1. D. de exerc. act.

oder den Herrn der Handlung auf die Bezahlung des Kaufgeldes, so heißt die Hauptklage, actio venditi, weil hier aus einem Kauf geklagt wird; man setzt aber noch die Worte quod iussu dazu, und sagt also actio venditi *quod iussu*, welches zu erkennen giebt, daß hier die Klage aus dem Kauf eine actio *adiectitiae* qualitatis sey; d. h. deswegen wider den Vater angestellt werden kann, weil der Sohn auf seine Vollmacht den Kauf geschlossen hat[s]). Der Schuldner kann demjenigen, an welchen ich meine Forderung cedirt habe, alle Einreden entgegen setzen, die er gegen mich selbst brauchen konnte, weil der Cedent und der Cessionar für eine Person gehalten werden. So werden auch Ehegatten an solchen Orten, wo eine allgemeine Gütergemeinschaft gilt, für eine Person gehalten, und deswegen muß der Mann die Schulden der Frau so gut bezahlen, wie seine eigenen, und die Frau ist verbindlich des Mannes Schulden zu bezahlen, als hätte sie solche selbst contrahirt. Ein Dritter wird ferner aus einem von andern Personen geschlossenen Vertrage verbindlich, wenn es bewiesen ist, daß sein Vortheil dadurch befördert worden ist. Hätte also z. B. der Sohn des Mevius von mir Geld geborgt, und eine Schuld des Vaters damit bezahlt, so ist der Vater schuldig, mich wieder zu bezahlen.

§. 316. 317.

Wir wollen nunmehr die Frage beantworten: was bewirkt ein gültiger Vertrag in Rücksicht des Gegenstandes, worüber solcher geschlossen worden ist? Hier kommt es vor allen Dingen auf den Unterschied an, ob das Versprechen alternativisch abgefaßt worden ist, oder nicht, sondern ob man schlechthin über die Leistung eines bestimmten Gegenstandes einig wurde. In jenem Falle geben die

s) Hofacker l. c. T. III. p. 63.

die Gesetze dem Schuldner der Regel nach die Wahl, welche Sache er von den mehrern alternativisch versprochenen geben will [h]). Der Schuldner verliehrt diese Wahl dadurch nicht, weil er aus Irrthum beyde Sachen, von denen er nur die eine abgeben konnte, übergeben hat. Die römischen Rechtsgelehrten Ulpian und Celsus waren zwar anderer Meynung über diesen Fall [i]); der Kaiser Justinian verwarf aber ihre Behauptungen und bestätigte die Meynung des Papinians [k]). Christian Thomasius wollte zwar darthun, Justinian habe dem Papinian eine falsche Meynung angedichtet, und daher sey seine Entscheidung für unrichtig zu halten, diese Behauptung des Thomasius ist aber nicht zu erweisen [l]). Die angeführte Wahl des Schuldners geht auch nicht verlohren, wenn ihm durch den Ausspruch des Richters aufgelegt worden, nur die eine Sache zu leisten, welche Entscheidung einige Rechtslehrer [m]) so gar für null und nichtig erklärt haben, wogegen aber andere [n]) verschiednes einwenden. Nicht einmal mit dem Tode des Schuldners geht die angeführte Wahl verlohren, sondern selbst

h) §. 33. Inst. de action. L. 34. §. 6. D. de contr. emt. L. 10. §. fin. D. de iure dot. c. 37. de regul. iur. in 6to. Io. Nic. Hertii Diss. de electione ex obligatione alternatiua debitori debita, in *Eius* Opusc. Vol. I. Tom. III. p. 348. Iust. Ge. Chladenii Diss. de iure debitoris circa electionem in causis alternatiuis, Viteb. 1725. Tob. Iac. Reinhart D. de iure eligendi ex obligatione alternatiua, Erf. 1711.

i) L. 26. §. 13. D. de cond. ind. L. 19. D. de legat. II.

k) L. pen. Cod. de condict. ind. Labittvs in vsu ind. Pand. c. IV. §. 8—10. in Wielingi Iurispr. restit. p. 77. Stravch ad quinqu. Dec. Iustin. Exerc. 6. c. 4. nr. 4. Merillivs ad quinqu. Dec. nr. V. p. 12.

l) Chr. Thomasivs in Diss. de obligat. ex promissione rei incertae, §. 53. Gottfr. Mascovivs in dissert. de sectis Sabin. et Proculian. c. 9. §. 8.

m) Reinhart in Diss. cit. c. 2. §. 2. Hert in Diss. cit. Sect. II. §. 3.

n) Chladenivs in Diss. cit. §. 8.

seine Erben können davon Gebrauch machen, nach der Regel: pacta in dubio realia censentur o), da zu vermuthen ist, daß jeder Paciscent nicht nur sich, sondern auch seinen Erben einen Vortheil verschaffen wollen. Ist die Wahl gar nicht mehr möglich, weil die eine von den beyden alternativisch versprochenen Sachen zu Grunde gegangen ist, so ist der Schuldner dasjenige zu leisten schuldig, was er noch leisten kann, und er kann sich unter dem Vorwande, die Schuld liege nicht an ihm, daß keine Wahl statt finde, seiner Verbindlichkeit nicht entziehen; denn in solchen Fällen fällt die Wahl ganz weg, da sie bey einer alternativen Verbindlichkeit dem Promissar nur so lange zusteht, als sie noch möglich ist p). Daß die Wahl des Schuldners alsdenn wegfalle, wenn der Gläubiger sich solche ausdrücklich ausbedungen hat, versteht sich von selbst q).

Andere Grundsätze treten ein, wenn das Versprechen auf die Leistung eines gewissen bestimmten Gegenstandes gerichtet worden ist. Hier muß nach der gemeinen Meynung der Rechtslehrer unterschieden werden, ob eine Handlung, oder eine Sache versprochen worden ist. In diesem letzten Falle habe selbst bey den Römern, die versprochene Sache schlechterdings geleistet werden müssen,

o) L. 7. §. 8. D. h. t. Hert in Diss. cit. Sect. IV. §. 1. Reinhart in Diss. cit. c. 4. §. 4. Chladenius l. c. §. 17.

p) L. 2. §. 3. D. de eo quod certo loco L. 16. in fine D. de iure dot. L. 95. pr. et §. 1. D. de solut. L. 47. §. 3. D. de legat. I. Hommel Rhapsod. Obs. Vol. I. Obs. XIX. nr. 3. p. 23. Hert Diss. cit. Sect. III. §. 4. Hr. HR. Glück und Geiger in den Rechtsfällen, 2ter Band, Nr. 31. §. 7.

q) L. 10. §. fin. D. de iure dot. L. 93. L. 172. D. de verb. oblig. L. 95. D. de solut. Hert l. c. Sect. III. §. 1. Pütters Rechtsfälle, 3ten Bandes 3ter Thl. Resp. CCCVI. nr. 24.

sen, behaupten die mehresten Rechtslehrer r), hingegen mit einer obligatio faciendi sey die alternative Verbindlichkeit verknüpft gewesen, entweder die versprochene Handlung zu verrichten, oder das Interesse zu leisten. Darauf ist aber zu antworten, diese Behauptung ist nicht nur dem Naturrecht zuwider, sondern selbst dem positiven römischen Rechte. Im Naturrecht ist es ein ausgemachter Grundsatz, daß man jeden, der mit mir einen verbindlichen Vertrag geschlossen hat, zur genauesten Erfüllung seines Versprechens zwingen kann, folglich ist auch keine Ausnahme vorhanden, wenn die Frage von der Leistung einer Handlung ist. Es geht ja nicht an, den Schuldner wider seinen Willen zu nöthigen, das Interesse zu prästiren, wenn er die versprochene Handlung zu leisten bereit ist; aus welchem Grunde sollte denn aber der Schuldner berechtigt seyn, sich durch willkührliche Leistung des Interesse von seiner Verbindlichkeit frey zu machen, wenn dem Gläubiger an der Leistung der Handlung mehr gelegen ist? Noch weniger ist das römische Recht für diese Behauptung. Es wird zwar in mehrern Gesetzen s) gesagt, daß derjenige, der die ver-

r) Beyma in tr. de obligat. dandi et faciendi, in Opusc. p. 623. sqq. Franzkivs ad tit. de praescr. verb. n. 63. Vinnivs ad tit. Inst. de verb. oblig. §. 7. n. 2. Hugo Donellvs in comment. ad L. 72. D. de verb. obligat. nr. 31. sqq. Guil. Masivs in tract. de rei debitae aestimatione, Louanii 1653. 4. P. I. c. 4—7. Io. Math. Magnvs ration. et different. iur. ciuil. Lib. II. c. 11. in Thes. Meerm. Tom. III. p. 311. sqq. Lavterbach in Coll. Pand. Lib. XLIV. tit. VII. §. 18. Bardili in tract. de oblig. fac. Tub. 1749. c. 7. §. 87—90. et §. 113. Strvv in euolut. contr. Lib. II. tit. XIV. th. 46. qu. 2. Lib. XLV. tit. I. th. 22. qu. 2. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 41. 42. Berger in Oecon. iur. Lib. III. tit. I. thes. 4. de Wernher in Obs. T. I. P. I. Obs. 305. n. 125.

s) L. 13. pr. D. de re iudic. L. 68. L. 72. pr. L. 75. §. fin. D. de verb. obligat.

sprochene Handlung nicht verrichtet habe, deswegen zur Schadensvergütung, oder der Leistung des Interesse verbindlich sey; es würde aber eine unrichtige Schlußfolge seyn, wenn man annehmen wollte, dieser Grundsätze wegen folge, der Promissarius sey schuldig, wider seinen Willen in jedem Falle mit der Vergütung des Interesse zufrieden zu seyn. Es streitet diese Behauptung mit der Verordnung, der Gläubiger dürfe sich nicht, an statt des schuldigen Objects eine andere Sache aufdringen lassen t). Es wird auch in Gesetzen zwischen den obligationibus ad dandum und ad faciendum, bey Bestimmung der Stärke und Wirkung derselben, kein Unterschied gemacht, wie die L. 3. und 25. D. de oblig. et act. beweisen u). Schwach ist der Grund, schreibt der Herr GTR. Höpfner, den Vinnius anführt, es sey eine Art von Sclaverey, wenn man zu einer Handlung gezwungen werde. Uebrigens kann der Promissarius das Interesse z. B. fordern, wenn die Leistung des Factums, wegen des Verzugs des Schuldners jetzt keinen Nutzen mehr hat, oder wenn der Promissar durch seine Schuld nicht mehr im Stande ist, das versprochene Factum zu leisten, oder die richterlichen Zwangsmittel sind vergeblich gebraucht worden, um ihn zur wirklichen Leistung der versprochenen Handlung zu vermögen x).

Die

t) L. 2. §. 1. D. de reb. credit. Pr. Inst. de verb. oblig.

u) Corasii Miscell. Lib. II. c. 3. Cuiacius ad L. 72. D. de verb. oblig. Huber ad Instit. ad tit. de verb. obligat. §. 5. Chr. Thomasii Diss. an promissor facti liberetur praestando id quod interest, in *Eius* Diss. collect. Tom. IV. n. 123. p. 455. Hahn in Coll. polem. ad Instit. Iust. contr. 78. Walch Introd. in contr. Sect. III. c. 4. Mbr. 2. subsect. I. §. 2. Wernher in lect. comment. h. t. §. 22. a Werlin in doctr. iuris explicat. c. 6. §. 853. p. 359. Emminghaus ad Cocceium h. t. qu. 42. not. d. et g. Herr GTR. Höpfner im Comment. über die Institut. §. 743. S. 692.

x) a Wernn in doctrina etc. p. 360. not.

Die angeführte Regel: daß der Promissar sowohl nach natürlichen als positiven Gesetzen verpflichtet ist, sein Versprechen auf das genaueste zu erfüllen, und sich nicht durch Leistung des Interesse davon befreyen könne, hat verschiedene Ausnahmen. Es geht nämlich 1) an, sein Versprechen nicht erfüllen zu dürfen, wenn eine solche nicht voraus zu sehen gewesene Veränderung der Umstände vorgefallen ist, um welcher willen es die Gesetze verstatten, von einem gültigen Vertrage wieder abzugehen. Für eine solche Veränderung der Umstände ist es zu halten, wenn entweder die Natur des Vertrags, oder die ausdrückliche Verabredung der Partheyen, den veränderten Umstand so wesentlich voraus setzen, daß ohne solchen der Vertrag ganz und gar nicht mehr existirt. Habe ich z. B. der Braut des Titius eine Aussteuer versprochen, die Verlobung wird aber aufgehoben, so brauche ich mein Versprechen nicht zu halten, weil das Heyrathsgut schlechterdings eine vorhandene Ehe erfordert y), folglich hebt sich hier die Natur des Vertrags auf. Hätte ich mir z. B. bey Errichtung des Eheverlöbnisses ausdrücklich bedungen, daß mir meine Braut eine bestimmte Summe als Einbringen überlassen solle, sie wird aber nach der Zeit so arm, daß sie ihr Versprechen nicht halten kann, so ist eine solche Veränderung der Umstände vorhanden, um welcher willen ich berechtigt bin, von der Verlobung zurück zu treten, und zur Schließung der Ehe von ihr nicht genöthigt werden kann, weil die Bedingung des Brautschatzes in diesem Falle zum Wesen des Vertrags gerechnet worden. Die positiven Gesetze gehen sogar so weit, daß sie bisweilen in gewissen Fällen auch wegen solcher Veränderungen, dem einen Theile das Recht geben, wider Willen des andern Theils von dem Vertrage abgehen zu können, wo es nach dem Naturrechte nicht schlechterdings für erlaubt gehalten werden kann.

y) L. 3. L. 56. §. 1. D. de iure dot.

Aus diesen Verhältnissen ist es zu erklären, daß eine Schenkung unter den Lebendigen widerrufen werden darf, wenn der Schenkende nach der Zeit, wider seine Vermuthung, eheliche Kinder bekommen hat z). Eben daher rühret es, daß der Miethsmann schuldig ist, das gemiethete Haus vor geendigter Miethzeit zu räumen, wenn der Vermiether entweder wegen eines unvermutheten Vorfalls, sein Haus selbst braucht, oder es muß eine Reparatur vorgenommen werden, die schlechterdings nöthig ist, und das Ausziehen nothwendig erfordert a). Diese und andere Verordnungen des römischen Rechts müssen aber nur für Ausnahmen von der Regel, nicht aber als Folgerungen der bekannten Clausel: rebus sic stantibus betrachtet werden; denn wenn gleich verschiedene Rechtsgelehrte b) zu behaupten gesucht haben, die angeführte Clausel müsse angewendet werden, so oft die Umstände sich geändert haben, wodurch der eine Paciscent bewogen worden, den Vertrag zu schließen, und sich dagegen nachher solche Umstände ereignet hätten, die den Pacisconten, wenn er sie voraus gesehen, oder vorher wissen können, von der Eingehung des Vertrages ganz und gar abgehalten haben würden. Sie berufen sich auf die L. 38. und 82. D. de solut. desgleichen auf die L. 98. pr. D. de verb. obligat. Auf diese Gründe antwortet Herr Prof. Weber c) nebst mehrern berühmten Rechtslehrern: diese Re-

z) L. 8. C. de reuoc. donat. Knorrs rechtl. Abhandl. Nr. 21.

a) L. 3. C. de locato et cond. Lauterbach in Coll. Pand. Lib. XIX. tit. 2. §. 47. Strubens Bedenken, Thl. 2. Nr. 34.

b) Leyser Spec. XL. med. 4. C. Ph. Kopp D. de clausula rebus sic stantibus, secundum ius cum naturale, tum ciuile, Marb. 1750. Joh. Heinr. Eberhards Abhandl. von der Clausel: rebus sic stantibus; in den Beyträgen zur Erläuter. der teutschen Rechte, Thl. 1. S. 1. Herr HR. Schmidt in den öffentl. Rechtssprüchen, S. 183.

c) Herr Prof. Weber von der natürl. Verbindlichk. §. 90. S. 417. Herr Präs. von Tevenar im Versuch über die Rechts-

Regel ist so, wie die meisten Sprüchelchen der Art häufig gemißhandelt und sehr übel angewendet worden. So oft, sagt man, sich Umstände zutragen, die einen Contrahenten, wenn er sie voraus gewußt, oder hätte wissen können, von Schließung des Vertrags gänzlich würden zurückgehalten haben; so oft ist er nach gedachter Regel berechtigt, von dem einmal geschlossenen Contract wieder abzugehen. Wenn dem wirklich so wäre, so würde dadurch Gelegenheit gegeben werden, alle Verträge anzufechten, und sich Niemand weiter auf ein Versprechen verlassen können; so müßte ich auch befugt seyn, ein heute gekauftes Buch morgen zurück zu geben und mein Geld wieder zu fordern, wenn mir ein Freund immittelst ein Geschenk damit gemacht hätte; denn hätte ich dieß voraus gewußt, so würde ich jenes nie gekauft haben. Die bürgerlichen Gesetze haben freylich dergleichen in einigen besondern Fällen verordnet, aber es ist eine Unart der Ausleger, wenn sie dasjenige, was solchen einzelnen Vorschriften zum Grunde dient, sogleich in allgemeine Regeln umschaffen, und diese als Folgerungen aus der Natur der Sache durchgängig anwenden. Eigentlich wird dazu, um von der Clausel, rebus sic stantibus, als einer allgemeinen Regel Gebrauch zu machen, erfordert, daß die entstandene Veränderung einen Umstand betreffe, welchen entweder die Natur des Vertrags, oder die ausdrückliche Verabredung der Partheyen dergestalt wesentlich erfordert, daß ohne ihn der Vertrag wegfällt. Alle übrigen besondern Verhältnisse eines oder des andern Contrahenten kommen hier gar nicht in Betrachtung. Wenn z. B. das Mädchen, mit dem sich Jemand des Geldes wegen, jedoch ohne dieß zur Bedingung zu machen, verlobt hat, in der Folge arm wird, so berechtigt ihn dieses nicht, von der Verlo-

Rechtsgel. S. 363. Herr GtR. Köpfner im Comment. §. 1010. S. 894. Müller ad Leyser, T. V, Fasc. II. Obs. 861.

bung zurück zu treten. Wir wollen es ihm ohne Betheurung gern glauben, daß er in Voraussetzung dieser Veränderung gar nicht würde contrahirt haben, aber er hätte seine Intention, sich vorzüglich mit dem Vermögen der Braut bereichern zu wollen, ausdrücklich erklären müssen. Von selbst versteht sich das nicht. Ein anderes ist es nun freylich, wenn die bürgerlichen Gesetze in gewissen Fällen wegen solcher Veränderungen nach einseitigen Verhältnissen, die das Naturrecht an sich zur Aufhebung eines Contracts nicht als hinreichend erkennet, dem Einen Theile auch wider Willen des Andern die Zurücktretung erlauben. Dann sollte man diese Fälle aber auch blos als besondere Anordnungen des Civilrechts, und eigentlich als Ausnahmen von der Regel, nicht aber als Folgerungen des allgemeinen Grundsatzes oder der so genannten Clausel, rebus sic stantibus, behandeln. So darf z. B. 1) eine Schenkung wieder zurückgefordert werden, wenn der Schenker nach derselben allererst eheliche Kinder bekommen [d]), imgleichen 2) wenn der Beschenkte sich einer groben Undankbarkeit schuldig gemacht hat [e]). 3) Der Miethsmann ist schuldig, das gemiethete Haus zu räumen, wenn der Vermiether entweder wegen unvorhergesehener Fälle selbst des Hauses benöthigt wird, oder eine Reparatur darin unternehmen muß, wobey jener nicht füglich in der gemietheten Sache verbleiben kann [f]). Nach dem Naturrecht dürfte in diesen Ver-

d) L. 8. C. de reuoc. donat. Knorre rechtliche Abhandlungen und Gutachten, n. 21. I. G. Schelhorn D. de opinata donationum ob superuenientes liberos reuocatione, Gotting. 1747.

e) L. fin. C. de reuoc. donat. Sim. Henr. Mvsaei D. de reuocat. donat. ob praestitam contra donatorem aduocatiam, Kil. 1782.

f) L. 3. C. de locato conducto. Struben rechtl. Bedenken, Thl. 2. num. 34. Lauterbach in Colleg. theor. pract. XIX, 2. 47.

Verhältnissen noch nicht so fort eine völlige Aufhebung des Contracts von Seiten des Vermiethers verlangt werden können.

2) Die Verbindlichkeit, sein Versprechen zu erfüllen, hört auf, und der Promissar kann nicht dazu angehalten werden, wenn die Sache ohne seine Schuld in einen solchen Zustand gerathen, daß die Erfüllung des Versprechens ganz unmöglich ist [g]). Für einen solchen Fall muß es gehalten werden, wenn die versprochene Sache, ohne des Promittenten Schuld zu Grunde oder verlohren gegangen seyn sollte, nach der Rechtsregel: impossibilium nulla est obligatio [h]). Wenn nur ein Theil der Sache zu Grunde gegangen seyn sollte, so behält die Verbindlichkeit ihre Wirkung wenigstens noch in Ansehung des übrigen Theils, wenn solcher dem Promissarius noch nützlich seyn kann [i]).

3) Die Verbindlichkeit des Promittenten hört auf, wenn dem Promissar weiter nichts daran gelegen seyn kann, daß der Vertrag gehalten werde; denn Verträge werden deswegen abgeschlossen, um sich einen Vortheil zu verschaffen [k]). Läßt sichs auf keine Weise angeben, worin der Nutzen der Erfüllung des Vertrags bestehen soll, so kann dem Promissarius die Einrede: tua non interest, entgegen gesetzt werden [l]), daher die Praktiker den Satz aufgestellt haben: exceptio, tua non interest, elidit omnem actionem. Wenn ich also Jemandem versprochen hätte, daß ich durch mein eignes Grundstück nicht gehen, oder mein eigenes Grundstück nicht benutzen wolle, ohne jedoch dem Andern den Niesbrauch desselben über-

g) L. 35. pr. L. 83. §. 5. D. de verb. obligat. §. 2. Inst. de inut. stipulat.

h) L. 185. D. de regul. iur.

i) Ios. Averanii Interpr. Iur. Lib. IV. c. 24. nr. 4.

k) L. 38. §. 17. D. de verb. oblig. Leyser Spec. XL. med. 5.

l) Mevius in Decis. P. I. Dec. 106. not. 5.

überlassen zu haben, so verpflichtet mich ein solcher Vertrag nicht, weil der Andere kein Interesse dabey hat, ob ich mein Versprechen halte oder nicht [m]). Die von dem Herrn GRR. Hellfeld angeführte L. 7. §. 2. D. de distr. pignor. läßt sich gar hier nicht brauchen; denn der Vertrag, worin sich der Gläubiger von dem Schuldner versprechen lassen, daß dieser das Pfand nicht verkaufen wolle, wird in diesem Gesetz für gültig, und die dagegen vorgenommene Veräußerung für unerlaubt und nichtig erklärt. Einige Rechtslehrer [n]) haben zu behaupten gesucht, es müsse anstatt der Worte: ne liceat *debitori*, gelesen werden: ne liceat *creditori*; diese Behauptung ist aber von andern Rechtslehrern [o]) für ungegründet erklärt worden.

4) Außer den angeführten Fällen, hört die Verbindlichkeit sein Versprechen zu erfüllen auf Seiten des Promittenten auf, wenn der Promissarius selbst Schuld daran ist, daß jener seiner Verbindlichkeit keine Genüge leisten können; z. B. er hat die Erfüllung der Bedingung meines Versprechens gehindert.

Zur Erläuterung des Satzes: Niemand ist zu etwas Unmöglichen verbunden, will ich eine Stelle aus einem unserer berühmtesten Rechtsgelehrten [p]) anführen. Herr HR. Schmidt schreibt: Niemand ist zu etwas Unmöglichen verbunden. Dieses lehret sowohl das natürliche als das positive Recht [q]), daher kann aus keinem

m) L. 15. D. de seruit. Westphal de libertate et seruitut. praediorum, §. 531. not. 479.

n) Ant. Faber de errorib. pragmat. Dec. 87. error. 2. Westphal vom Pfandrechte, §. 704. Note 227.

o) Io. Steck in vindic. leg. anticr. c. 14. in Ottonis Thes. Tom. I. p. 523 sq. Iac. Gothofr. in animaduers. iur. c. 14. in Otton. Thes. Tom. III. Marckart in interpr. rec. lect. I, 15. Henr. Carrad in D. de pacto de non alienando sub Praes. Gmelin. Tub. 1789. §. 12.

p) Herr HR. Schmidt in den Abhandlungen verschiedner praktischer Rechtsmaterien, Leipzig 1795. Band 2. S. 424.

q) L. 185. D. de reg. iur. — Impossibilium nulla obligatio est.

nem Vertrage oder Contract, noch aus einem Gesetz, bey diesen Umständen, irgend eine Klage angestellt werden r). Wenn es also gleichwohl geschieht, so steht einer solchen Klage die zernichtende Einrede der Unmöglichkeit entgegen. Diese Behauptung setzt aber zum voraus, daß eine wahre Unmöglichkeit vorhanden, und Beklagter nicht selbst Schuld daran ist. Man sagt von einem Menschen, daß ihm etwas unmöglich sey, wenn es nicht in seinem Vermögen steht, solches zu thun, oder zu lassen. Dieses kann sich zutragen, weil es entweder die Kräfte der Natur übersteigt, oder weil ihm ein zu befolgendes Gesetz solches verbietet. Daher kommt die physikalische und moralische Unmöglichkeit. Alle Verbindlichkeiten sezzen freye Handlungen voraus; was Jemand aber weder thun noch lassen kann, das hängt nicht von seiner Freyheit ab, folglich ist es ihm auch unmöglich. Es kann zwar Jemandem etwas wirklich unmöglich seyn, er ist aber an dieser Unmöglichkeit Schuld. In diesem Falle rühret die Unmöglichkeit von seiner Freyheit her. Hier haftet er wegen des Mißbrauchs seiner Freyheit zum Schadenersatze, ob er sich gleich in der Unmöglichkeit befindet. Man nehme an, es verkauft Jemand an einen Fremden sein Pferd, das er schon vorher an einen Andern verhandelt hatte; der zweyte Käufer, dem er das Pferd zugleich übergeben hat, ist damit in alle Welt gegangen. Hier ist es ihm zwar unmöglich, dem erstern frühern Käufer das Pferd abzuliefern; nichts desto weniger ist er aber doch verbunden, ihm den dadurch verursachten Schaden zu ersetzen. So ist auch in dem Falle zu urtheilen, wenn Jemand ein vermiethetes Pferd zu Tode geritten hat. Da der Vermiether das Pferd aus dem Mieth-

r) L. 31. D. de reg. iur. verb. quod enim impossibile est, neque pacto, neque stipulatione potest comprehendi, vt vtilem actionem aut factum efficere possit. L. 288. §. 1. D. eod. — quae rerum natura prohibetur, nulla lege confirmata sunt.

Miethcontract zurück fordert, schützt er die Einrede der Unmöglichkeit vor, weil Niemand zu etwas Unmöglichen verbunden sey. Wer wird ihn aber hier von aller Verbindlichkeit frey sprechen. Ganz anders verhielt es sich bey folgendem Vorfall. Es geriethen zwey Dorfgemeinden, wovon die eine bey der Kirche der andern eingepfarrt war, über die Frage: wie die Anlagen zu geistlichen Erfordernissen, z. B. zum Pfarrbau, zu machen sey, in einen Rechtsstreit. Die Gemeinde der Mutterkirche gab vor, daß sie ehedessen mit der Gemeinde der so genannten Filialisten einen Vertrag im Jahr 1708 errichtet, worin sie mit einander einig geworden, daß der Beytrag zu den geistlichen Anlagen, nach den Häusern, sowohl von der Muttergemeinde als von der Tochtergemeinde geschehen solle; das heißt, es solle jedes Haus von ihnen zu geistlichen Gebäuden und andern Erfordernissen so viel, wie das andere beytragen. In der Folge gaben unter den Nachkommen verschiedene vor, daß sie dadurch sehr belästigt würden; denn die Häuser wären nicht von einerley Beschaffenheit; es gebe Klein- Mittel- und Großhäusler, unter denen eine merkliche Ungleichheit der Güter eintrete. Es klagten daher die Klein- und Mittelhäusler wider die Groshäußler, daß die besagten Anlagen nach dem Steuerfuß eingerichtet, mithin die Beyträge nach Verhältniß des Vermögens gegeben werden sollten. Imploraten schützten den gedachten Vergleich vor, und beriefen sich auf ein Herkommen. Sie führten dabey zugleich an, daß die Obliegenheit der Tochtergemeindeglieder, zu den geistlichen Anlagen das ihrige beyzutragen, sich lediglich auf den Genuß der Seelenpflege gründe; daran aber sämmtliche Imploranten, mit ihnen, den Imploraten, gleichen Antheil hätten. Allein es wurde dafür gehalten, daß der Beytrag zu geistlichen Anlagen, wenn selbiger auch gleich der Seelenpflege halber zu geschehen pflegte, gleichwohl nicht größer, als es der Kirchenglieder Vermögenskräfte gestatteten, billig gefordert werden könnte, indem Niemand zu etwas, das

ihm

ihm zu erfüllen unmöglich wäre, verbindlich seyn und darzu angehalten werden könnte, zumal da auch überdem im gegenwärtigen Falle, Imploranten den Imploraten das gerühmte Herkommen leugneten, und letztere solches noch nicht dargethan hatten. Es wurde daher, nach geschehener Einlassung, auf Beweis und Gegenbeweis gesprochen, und Imploranten bey dem ihnen zuerkannten Beweise, besonders den Punct mit darzuthun auferlegt, daß nach dem Vergleich vom Jahr 1708 die Umstände sich dergestalt geändert hätten, daß ihnen die Aufbringung der beregten geistlichen Anlagen nach der Häuserzahl ganz unmöglich falle.

§. 318. 319. 320.

Weil wegen eines geschlossenen **Vertrages** oder **Contractes** nicht selten **Schadensvergütungen** gefordert werden können, so gehört die Materie vom Schadenersatze ebenfalls unter die allgemeinen Wahrheiten, welcher hier vorgetragen werden müssen[s]). Unter dem Wort *damnum*, ein **Schade**, versteht man den Verlust eines Gutes, eines Vortheils, einer Vollkommenheit. Dieser Verlust kann entweder schon wirklich erfolgt seyn, oder er ist erst zu befürchten, und in diesem letzten Falle wird er in Gesetzen, damnum *infectum* genennt, wie man z. B aus der L. 2. D. de damno infecto sieht, wo es heißt: damnum *infectum* est damnum nondum factum, quod futurum veremur. Gegen Schäden dieser Art haben die Gesetze ebenfalls Verwahrungsmittel an die Hand gegeben, wie z. B. die cautio damni *infecti* beweißt. Ist der Verlust wirklich erfolgt, so heißt der Schaden damnum *factum*. Dieser kann nach Verschiedenheit

s) Christ. Guil. a **Wehrn** doctrina iuris explicatrix principiorum et causarum damni, habita doli mali, culpae, moraeque eiusque quod interest, ratione, praestandi, Lipſ. 1795. 8.

denheit des Gegenstandes von mancherley Art seyn; denn so vielerley Güter man verliehren kann, so vreschieden ist auch der Schaden in Rücksicht auf den Gegenstand desselben. Man kann an seinem Leben, an seiner Gesundheit, Freyheit, Vermögen, guten Namen, u. s. f. Schaden leiden. Der Schaden, den man an seinem Vermögen gelitten hat, wird in Gesetzen [t]), damnum *pecuniarium* genennt, und er besteht entweder in einer wirklichen Verminderung unsers bereits erworbenen Vermögens, oder darin, daß uns ein gewisser erlaubter Vortheil unrechtmäßiger Weise von dem Andern entzogen und vereitelt wird, den wir zu erlangen, und hierdurch unser Vermögen zu vermehren, gegründete Hoffnung haben. Ein Schaden der ersten Art heißt damnum *positiuum*, damnum *emergens*, damnum in der strengsten Bedeutung, daher in der L. 3. D. de damno inf. bemerkt wird: *damnum* et *damnatio* ab ademtione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt; hingegen von einem Schaden der letzten Art werden die Ausdrücke, damnum *negatiuum*, damnum *priuatiuum*, lucrum *interceptum*, lucrum *cessans*, ein entgangener Gewinn, gebraucht [u]). In der L. 2. §. 11. D. ne quid in loco publ. heißt es daher: *damnum pati* videtur, qui commodum amittit, quod consequi poterat. Wer mir etwas von dem Meinigen stiehlt, verursacht mir einen positiven Schaden; wer aber einen Testator beredet, mich nicht zum Erben einzusetzen, der schadet mir priuatiue [x]). Sicher ist es, daß ein Schaden der letzten Art nur alsdenn nach den Gesetzen vorhanden ist, wenn uns ein gewisser, sicherer Vortheil, den man mit

t) L. 5. §. 5. D. de his, qui effud.

u) L. 13. D. rem rat. haberi L. 21. §. 3. D. de act. emti vendit. L. vn. in fin. C. de sentent. quae pro eo quod interest.

x) Paul. Wilh. Schmidt D. de lucro cessante et damno emergente, §. 4. sqq.

mit Grunde zu hoffen hatte, von Jemandem entzogen, und vereitelt worden ist; unrichtig würde man aber die Gesetze verstehen, wenn man behaupten wollte, daß wegen eines solchen damni priuatiui nicht eher geklagt werden könnte, als wenn er aus einem vorhergegangenen damno positiuo entstanden ist, wie der angeführte Fall mit der verhinderten Erbeseinsetzung beweißt y).

Betrachtet man die wirkende Ursache des Schadens, so kann solche entweder in demjenigen selbst liegen, der den Schaden leidet, oder außer ihm. Von Schäden der ersten Art heißt es in der L. 203. D. de reg. iur. quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur sentire. Liegt die Ursache des erlittenen Schadens nicht in demjenigen, der den Schaden leidet, sondern außer ihm, so ist der Schaden entweder durch eine freye Handlung eines Andern verursacht worden, oder er rühret von einem Zufalle her. Ein Schaden dieser letzten Art wird ein zufälliger, damnum casuale, genennt, wo aber alles auf die richtige Bestimmung des Worts Zufall, casus fortuitus, ankommt z). Bey jenen Schäden ist wieder ein Unterschied zu machen, ob die Handlung des Andern rechtmäßig oder unerlaubt war. Ist die Handlung gerecht, so heißt der Schaden damnum indirectum, damnum in consequentiam veniens. Von Schäden dieser Art heißt es in Gesetzen: qui iure suo vtitur, nemini facit iniuriam a); nur muß man bey der Ausübung seines Rechts die gesetzlichen Grenzen nicht überschreiten. Wenn mir z. B. mein Nachbar durch einen aufgeführten Bau meine Fenster verdunkelt, so ist diese Handlung erlaubt, er müßte denn eine seruitutem

y) Gabr. CATIANI de eo quod interest syntagma, c. 10. Lugd. 1512. 4. et in MEERMANNI Thes. Tom. VII. VOET ad tit. si quis aliquem test. proh. n. 2.

z) AVERAN. in interpret. Lib. II. c. 26.

a) L. 151. L. 155. D. §. 1. de reg. iur.

tutem luminum haben, folglich ist der Schade, der mir durch das Bauen zugefügt wird, ein indirecter. Wenn ich auf meinem Grund und Boden einen Brunnen graben lassen, und ich entziehe dadurch des Nachbars Brunnen das Wasser, so kann er deswegen auf keine Schadensvergütung gegen mich klagen, weil ich mich meines Eigenthumsrechts auf eine erlaubte Weise bedient habe; hätte ich aber so nahe an der Grenze und so tief graben lassen, daß des Nachbars Wand deswegen einstürzen müssen, so bin ich zur Schadloshaltung verpflichtet, weil ich dem Eigenthumsrechte des Nachbars zu nahe getreten bin [b]). Ist der Schaden durch eine ungerechte Handlung des Andern verursacht worden, so rührt die Handlung entweder aus Vorsatz her, oder aus Nachlässigkeit. Ist jenes, so heißt es damnum *dolosum*; ist dieses, so ist es damnum *culposum*.

Wenn man die Grundsätze von der Vergütung eines vorsätzlichen Schadens, der bey Verträgen vorkommt, vollständig übersehen will, so ist alles vorauszusetzen, was bereits §. 293 — 296. vom dolus überhaupt, als insbesondere von den Wirkungen des Betrugs bey Contracten und Verträgen angeführt worden ist. Von Schäden dieser Art gilt nun die Regel: der dolus muß in jedem Contract prästirt werden, das heißt, jeder Schade, der dem einen Contrahenten von seinem Mitcontrahenten vorsätzlich zugefügt worden ist, muß vergütet werden, der Vertrag mag bonae fidei oder stricti iuris, er mag ein onerôser oder wohlthätiger seyn [c]), weil selbst bey Schen-

b) L. 24. §. 12. L. 26. D. de damno infecto. Pütters Rechtsfälle, 1sten Bandes 2ter Thl. Dec. LXV.

c) L. 59. §. 1. D. mand. L. 4. C. de obligat. et act. Henr. Coccii tract. de doli, culpae et negligentiae praestationibus in quolibet negotio, Heidelb. 1672. 4. Disp. I. Sect. I. Guil. Provsteav Recit. ad L. 23. D. de reg. iur. in Meerm. Thes. Tom. III. p. 498. a Wehrn l. c. c. 2. §. 5. p. 39.

Schenkungen dolus prästirt werden muß, wie die L. 62. D. de aedil. edicto, und die L. 18. §. fin. D. de donat. beweisen. Wenn die Paciscenten über die Schadensvergütung einen Vertrag geschlossen, und die Verbindlichkeit solche zu leisten darin aufgehoben haben, so unterscheiden die Gesetze, ob das pactum, ne dolus praestetur, auf die Zukunft geschlossen worden ist, ehe noch ein Paciscent den andern betrogen hatte, oder erst nach begangenem Betruge. Ein Vertrag der ersten Art gilt nicht, weil er zu Betrügereyen verleiten würde [d]). In der L. 27. §. 3. D. h. t. heißt es zwar: illud nulla pactione effici potest, *ne dolus praestetur*, quamuis si quis paciscatur, *ne depositi agat*, vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat: quod pactum proderit. Auch Ulpian bemerkt in der L. 7. §. 15. D. de pact. der Vertrag sey gültig, wenn man versprochen habe, man wolle keine actio depositi anstellen. Wenn nun also der Depositar einen dolum begangen, sollte er des geschlossenen Vertrags wegen wohl nicht verklagt werden können? Dieses kann wohl nicht geleugnet werden; denn sonst wäre ja das pactum, ne dolus praestetur, gültig, welches doch Paulus für unverbindlich erklärte. Wie konnte denn aber gleichwohl Paulus den Satz annehmen: das pactum, ne depositi agam, komme dem Depositar zu Statten? Der berühmte Noodt [e]) behauptete, es zeige seine Wirkung bey einem Schaden, den der Depositar aus Nachlässigkeit verursacht habe. Dieser Meynung steht aber entgegen, daß der Depositar blos zur Vertretung der culpa latæ verpflichtet ist; diese wird aber bey der Frage vom Schadensersatze dem dolus gleich gehalten [f]), und folglich kann nach der Rechtsanalogie in

d) L. 27. §. 3. in f. D. h. t. L. 17. pr. D. commod. L. 1. §. 7. D. depos. L. 5. §. 1. D. de pact. dotal. L. 23. D. de reg. iur.

e) Noodt de pactis, c. 19. p. 538.

f) L. 32. D. depos. L. 226. D. de verb. signif.

diesen Fällen kein pactum gelten, ne culpa lata praestetur g). Andere Ausleger der Gesetze wollen diese Schwierigkeit dadurch heben, daß sie behaupten, das pactum, ne dolus *futurus* praestetur, sey nur dann ungültig, wenn man es dem Andern ausdrücklich versprochen habe, daß er für keinen dolum haften solle; sey ein solches Versprechen aber nur stillschweigend geschehen, ohne dabey des dolus zu gedenken, welches bey dem pacto, ne depositi agam, der Fall sey, so habe das pactum gegolten, nach der Rechtsregel: expressa nocent, non expressa non nocent h). Dagegen wendet Herr HR. Glück ein: warum sollte der stillschweigende Vertrag, daß man wegen des zu begehenden dolus nicht klagen wolle, gültiger seyn als der ausdrückliche? Giebt etwa jener nicht so viel Veranlassung zu Betrügereyen, als letzterer? Vielleicht giebt Donell i) noch den besten Aufschluß, wenn er schreibt: nemo dubitabit, quin haec pactio: ne depositi tecum agam, tibi prosit, vt *Paulus* loquitur; et tamen verum est, non ad hoc prodesse, ne de dolo tuo, de quo constet, recte agam. Proderit eo, vt si dicas te amisisse, quamuis non probes, absolui debeas propter conuentionem: quod quidem conuentione non interposita futurum non erat, vbi diximus, amissionem, quam alleges, abs te probari, aut condemnari debere. Quodsi contendam, rem adhuc apud te esse, aut amissam dolo malo, et probationem in me suscipiam, audiendus sum, nec pactio obstabit, quae sine manifesta turpitudine non potuit tibi concedere, vt impune in deposito, me fraudares. Noch ist zu bemerken, daß es Rechts-

g) Berger in Oecon. iur. Lib. III. tit. VIII. §. 2. not.

h) L. 195. D. de reg. iur. Faber in Rat. ad Pand. ad L. 7. §. 15. D. h. t. Iul. Pacius in leg. conciliar. Cent. VIII. qu. 89. Pothier in Pand. Iust. h. t. nr. LIX. not. i.

i) Donellus in comment. iur. ciuil. Lib. 16. c. 6. p. 876.

Rechtslehrer [k]) giebt, welche den Unterschied zwischen dolus futurus und praeteritus ganz verwerfen, weil in der L. 34. C. de transact. gesagt werde: volenti dolus non infertur. Diese Stelle handelt aber ganz offenbar von einem dolo praeterito; denn die Geschwister Cyrill und Ptolomaides, an welche das Rescript gerichtet ist, hatten ihrem Bruder die Verbindlichkeit, Rechnung wegen der über sie geführten Vormundschaft abzulegen, donationis seu transactionis causa erlassen, da sie wußten, daß er mit der Rechnung nicht bestehen konnte, weil er ihnen versprochen hatte, daß er sie zu Erben einsetzen wollte [l]). Die Richtigkeit der behaupteten Eintheilung läßt sich aus der L. 23. D. de reg. iur. sicher darthun, wo es heißt: non valere, si conuenerit, *ne dolus praestetur*, hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est; et ita vtimur [m]).

Wenn das pactum, ne dolus praestetur, erst nach begangenem Betruge geschlossen worden, so kommt es darauf an, ob es der Contrahent wußte, daß er betrogen worden sey, und er erklärte gleichwohl ausdrücklich, daß er keinen Schadensersatz verlange, oder er wußte von dem Betruge des Mitcontrahenten noch gar nichts, als er ihm die Verbindlichkeit zur Schadloshaltung erließ. In diesem letzten Falle ist der Vertrag ganz und gar ungültig, und daher muß mir z. B. der Verkäufer, dem ich die Gewährsleistung erlassen habe, wenn er mir dolose eine fremde Sache verkauft hat, des Vertrags ungeachtet für das Interesse haften [n]). Anders verhält sich

k) Leyser Spec. 516. med. 1. 2.

l) Donellvs in comment. ad L. 34. C. de transact. p. 113.

m) Chr. Ferd. Harpprecht in D. de conuentione super dolo futuro, Tub. 1750. Müller ad Leyser. Tom. 5. Fasc. 2. Obs. 858.

n) L. 6. §. fin. D. de act. emti vend. L. 11. §. 15. et 18. D. eod. L. 69. §. 5. D. de euict. L. 14. §. 9. D. de aedilit. edicto.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0445
DFG

die Sache im ersten Falle, denn hier ist das pactum de dolo praeterito verbindlich o).

§. 321. 322. 323.

Was ein **vorsätzlicher** Schaden sey, ist zeither gezeigt worden, nunmehr soll darüber das Wichtigste bemerkt werden, wenn nach den Gesetzen behauptet werden kann, es habe Jemand dem Andern durch **Fahrlässigkeit**, ein **Versehen**, oder durch seine **Schuld** geschadet; denn diese drey Worte braucht man in der teutschen Sprache, um das Wort *culpa* auszudrücken. So wichtig der Begriff ist, der mit dem Wort, culpa, verbunden werden muß, so schwer ist es, eine allgemein verständliche Definition davon aufzustellen p). Von den mehresten Rechtsgelehrten wird unter dem Wort culpa die Unterlassung der schuldigen Aufmerksamkeit verstanden; gegen diesen Begriff haben aber verschiedne Rechtslehrer q) eingewendet, da eine solche Unterlassung auch vorsätzlich geschehen könne, so lasse sich, vermöge dieses Begriffs, dolus und culpa sehr schwer unterscheiden. Herr HR. **Glück** schreibt: nach meiner Ueberzeugung besteht die **Fahrlässigkeit** in der unbeab-

o) L. 27. §. 4. D. h. t. Cocceii de doli praest. Disp. II. Sect. II. §. 20. a Wehrn l. c. c. 4. §. 24. p. 165. sq.

p) Celsvs Bargalivs de dolo et culpa, fraude, mendacio, cauillatione, praeuaricatione et tergiuersatione, Frf. 1604. fol. Iust. Henn. Boehmer D. de imputatione culpae propriae, sub Praes. Wildvog. hab. rec. Ien. 1734. de Hackmann culpa methodo demonstratiua pertractata, Hal. 1741. Es. Frid. de Pvfendorf Comment. de culpa, Lemg. 1740. 8. a Wehrn l. c. c. 4. Hofacker in Princ. Iur. Rom. Tom. I. p. 165.

q) Herr Prof. **Kleinschrod** in der system. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts, 1. Thl. §. 26. Herr D. **Stübel** im System des allgem. peinl. Rechts, im 2ten Bande, §. 280. Herr HR. **Glück** im Comment. Thl. 4. S. 320.

beabsichtigten Verursachung einer schädlichen Wirkung, welche dadurch entstanden ist, daß der Handelnde die Regeln der nöthigen Vorsicht und Aufmerksamkeit nicht beobachtete, wodurch diese gesetzwidrige Folge, deren Möglichkeit er vorhersehen konnte, hätte verhütet werden können. Der verstorbene Herr Prof. Hofacker schreibt: *culpa*, quatenus a dolo distinguitur, dicitur intermissio debitae diligentiae inconsulta; eaque consistit tum in *omittendo*, quod fieri debuit, tum in *committendo*, quod fieri non oportuit. Nach der Behauptung des Herrn GR. Kleins r) muß das gegenseitige Verhältniß des dolus und der culpa auf die Art angegeben werden, daß man das Wesen des erstern in einem positiv bösen Willen, das Wesen der leztern aber in einem negativ bösen Willen setzt, und unter dem positiv bösen Willen, den Entschluß eine unerlaubte Wirkung hervorzubringen, oder eine gebotene nicht hervorzubringen, unter dem negativ bösen Willen hingegen den Mangel des guten Vorsatzes, die zur Vermeidung gesetzwidriger Handlungen erforderliche Fähigkeit und Aufmerksamkeit auszubilden oder anzustrengen, versteht. Bey der Fahrlässigkeit darf also nicht der geringste, auf die schädliche Wirkung einer Handlung oder Unterlassung gerichtete Wille des Urhebers gefunden werden; denn wäre der gesetzwidrige Erfolg auf irgend eine Art von dem Handelnden beabsichtigt worden, so ist keine culpa, sondern ein dolus vorhanden. Dieser Behauptung steht nicht entgegen, daß im römischen Rechte Gesetze s) vorkommen, wo das Wort culpa so viel heißt, als jede widerrechtliche Handlung, folglich selbst den dolum unter sich begreift, und daher von den Rechts-

r) Kleins Annalen, Band 12. S. 186. Ebend. in den Grundsätzen des peinl. Rechts, §. 120. flg.

s) L. 5. §. 1. D. ad Leg. Aquil. L. 3. D. depos. L. 9. §. 3. D. de minor. L. 91. §. 3. D. de verb. oblig. L. f. D. de Scto Silan. L. 226. D. de verb. signif.

lehrern [t]) in dieser generellen Bedeutung, in culpam versutiae und culpam ignauiae eingetheilt worden ist; denn in noch mehrern Gesetzen wird das Wort culpa in der eigentlichen Bedeutung, dem dolo entgegen gesetzt [u]). Eine solche Fahrlässigkeit entsteht aus der Vernachlässigung des richtigen Gebrauchs der Vernunft, aus dem Mangel des Nachdenkens über die Folgen einer Handlung oder Unterlassung, und aus dem daher entstehenden Irrthum des Handelnden. Man nimmt etwas für wahr an, von dessen Gegentheil man sich überzeugen konnte, hält eine Handlung für rechtmäßig und unschädlich, die es doch nicht ist, oder glaubt wenigstens, daß sie die schädliche Folge nicht haben werde, deren Möglichkeit man vorhersehen konnte. Der Unachtsame weiß es zwar, oder kann es wissen, daß Nachlässigkeit im Allgemeinen unerlaubt sey, und ihn verantwortlich mache, aber er giebt sich nicht die gehörige Mühe, darüber nachzudenken, ob er auch den erforderlichen Fleiß anwende, sondern hält sich schon für vorsichtig genug [x]). Der Grund der Zurechnung solcher Handlungen, welche aus einer Nachlässigkeit herrühren, besteht darin, daß die Gesetze jeden Bürger verbinden, in seinen Handlungen den gehörigen Fleiß und die erforderliche Vorsicht zu beobachten, damit Niemand Schaden leide, sondern die Ordnung des Ganzen dadurch befestigt, und die Sicherheit der einzelnen Bürger ungefährdet bleibe. Alle culpa setzt daher auf Seiten des Handelnden, dem sie zugerechnet werden soll, allemal eine solche Wirkung voraus, deren mögliches Eintreffen er vorhersehen konnte; denn daß er die Folgen seiner Handlung wirk-

t) d' Avezan contr. Lib. I. c. 26. a Wehrn l. c. §. 8.

u) L. 52. §. 2. D. pro socio L. 8. §. fin. D. mand. L. 17. pr. D. de iure dot. L. 1. pr. D. de tut. et rat. distrah. L. 5. §. 2. D. commod. L. 22. §. 3. D. ad Sctm. Trebell. L. 23. D. de reg. iur.

x) Herr Prof. Kleinschrod a. a. O. Thl. 1. §. 28.

wirklich vorhergesehen habe, ist nicht nöthig. Daher heißt es in Gesetzen [y]): *culpam* esse, quod, cum a diligente *prouideri* poterit, non esset prouisum. Der Mangel an Vorsicht ist eine culpa, welche die natürliche Pflicht des Schadensersatzes nach sich zieht. Ist die Wirkung einer Handlung so beschaffen, daß der Handelnde die Möglichkeit derselben schlechterdings nicht vorhersehen konnte, so muß sie als eine Folge des Zufalls betrachtet werden, wofür der Handelnde nicht in Anspruch genommen werden kann, da man Niemanden mehr Wissenschaft und Kenntniß zumuthen kann, als er nach Beschaffenheit seiner Kräfte besitzen konnte [z]). In der L. 52. §. 3. D. pro socio sagt Ulpian: damna, quae *imprudentibus* accidunt, hoc est, *damna fatalia*, socii non coguntur praestare. Eine ähnliche Bemerkung wird in der L. 6. C. de pignor. act. gemacht, wo es heißt: quae *fortuitis casibus* accidunt, cum prouideri non potuerint, (in quibus etiam aggressura latronum est,) nullo bonae fidei iudicio praestantur. Wie das Wort *imprudentibus* in jenem Gesetz verstanden werden müsse, darüber ist unter den Rechtslehrern viel gestritten worden. Einige [a]) haben es nicht zu erklären gewußt, und daher die Stelle durch eine Emendation verbessern wollen. Andere Rechtslehrer [b]) haben zu beweisen gesucht, daß der Ausdruck

y) L. 31. D. ad Leg. Aquil.

z) Filangieri im System der Gesetzgebung, Thl. 4. Kap. 37. S. 247. flg.

a) Guil. Regius Enantiophanῶν iur. ciuil. Lib. II. c. 20. in Ottonis Thes. Tom. II. p. 1507. Fr. Hotomann in obs. Lib. IV. c. 16. Bynckershoeck in obs. Lib. II. c. 10. van de Water in obseru. Lib. I. c. 6.

b) Averan. in interpr. Lib. II. c. 26. nr. 3. Mendoza ad Leg. Aquil. Lib. II. c. 2. Sect. I. nr. 22. in Thes. Meermann. T. II. p. 89. Noodt ad Dig. Lib. XVII. tit. 2. Marckart in Probab. P. II. p. 89. Püttmann in Interpr. c. 29. Koehler in Interpr. Lib. I. c. 5. §. 11. p. 51. Hamberger in Opusc. p. 100.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685051/phys_0449 DFG

imprudens bey den besten Classikern vorkomme, und so viel heiße, als non potens prouidere. **Averanius** schreibt daher: damna, quae *imprudentibus* accidunt, sunt damna, quae nobis nihil tale cogitantibus accidunt; quae accidunt praeter opinionem atque expectationem, quia prouideri atque praecaueri non possunt. Wenn man die **Schuld** vom **Zufall** richtig unterscheiden will, so muß man auf die Beschaffenheit der **Folgen** einer Handlung selbst, Rücksicht nehmen, da solche entweder **natürliche** oder **moralische** seyn können. Die **natürlichen** Folgen einer Handlung lassen sich leichter voraussehen, als die **moralischen**, weil **physische** Ereignisse der Regel nach allgemeiner bekannt sind, als die **moralischen**, da solche erst aus **positiven** Gesetzen erkannt werden müssen, und diese Gesetze sehr leicht unbekannt sind, oder falsch verstanden werden. Eben deswegen kommt es hierbey auf die Grundsätze an, wie weit die **Unwissenheit** in Rechtssachen entschuldigt, oder zugerechnet werden muß, wie beym Titel de iuris et facti ignorantia gelehrt wird c). Von den angeführten Folgen einer Handlung, müssen die **nothwendigen**, **gewöhnlichen**, seltenen und **ganz zufälligen** Folgen unterschieden werden. Wer Kenntniß von der **Natur** einer Handlung selbst hat, muß eben deswegen auch die **nothwendigen** und unzertrennlichen Folgen derselben kennen; aber auch diejenigen Folgen, welche zwar nicht **nothwendig**, aber doch **gewöhnlich** aus einer Handlung zu entstehen pflegen, können der Regel nach von jedem, mit Hülfe des gemeinen Menschenverstandes vorhergesehen werden, folglich haftet auch der Handelnde in Rücksicht des verursachten Schadens. Anders verhält es sich mit seltenen Folgen, oder solchen, die nur **mittelbar** aus der Verbindung der Handlung mit einem andern von derselben verschied-

c) Herr Prof. **Kleinschrod** in der system. Entwickel. der Grundbegriffe des peinl. Rechts, Thl. 1. §. 135. flg.

schiednen Ereigniß, oder mit einer nicht gewöhnlichen Beschaffenheit, herrühren. Diese setzen schon die Verbindlichkeit zu einem mehr als gewöhnlichen Fleiß voraus, wenn sie dem Urheber derselben zugerechnet werden sollen. Wieder anders verhält es sich mit ganz zufälligen Folgen einer Handlung; denn hier fällt alle Zurechnung weg, wenn vom Schadenersatze die Frage ist [d]). Die Quellen der culpa bestehen übrigens entweder darin, daß man etwas unterlassen hat, welches hätte geschehen sollen, um den Schaden zu verhüten, oder daß man etwas gethan und unternommen hat, welches nicht recht war, und woraus der Schaden mittelbar oder unmittelbar entstanden ist, von dessen Vergütung die Rede ist [e]). Auf diese beyden Hauptfälle lassen sich alle die verschiednen Arten der Schuld, wovon in Gesetzen [f]) geredt wird, zurück führen, und unter den Ausdrücken, ignorantia, simplicitas, rusticitas, ineptia, stultitia, imprudentia, inconsiderantia, negligentia, desidia, segnities, incuria, nimia securitas, imperitia, inertia, infirmitas vorkommen. Uebrigens muß die imperitia von einer bloßen Ignoranz wohl unterschieden werden, da jene für einen Fehler solcher Personen zu halten ist, von denen man mit Recht verlangen kann, daß sie eine Sache besser verstehen sollten, weil sie Kunst- oder doch wenigstens Sachverständige seyn wollen [g]).

So

d) Herr Prof. Kleinschrod a. a. O. §. 50. 51.

e) Hofacker in Princ. Iur. Rom. T. I. §. 211. p. 165.

f) L. 8. L. 30. §. 3. D. ad Leg. Aquil. L. 19. §. 1. D. locati L. 3. §. 18. D. de susp. tut. L. 6. D. de iuris et facti ignor. L. 72. D. pro socio. §. 3. Inst. quib. mod. re contr. obl. L. 51. D. de euict. Io. Vollenhofen D. de suspect. tutor. et curat. c. 6. §. 3. in Oelrichs Thes. Vol. I. Tom. I. nr. 3. p. 225. Herr Prof. Kleinschrod a. a. O. §. 26. S. 44. Herr D. Stübel im peinl. Rechte, Thl. 2. §. 287.

g) L. 9. §. 5. L. 13. §. 5. D. loc. cond. §. 7. Inst. de lege Aquil. L. 27. §. 29. D. eod. L. 6. §. 7. D. de offic. praes.

Ley-

So viel Schwierigkeiten sich finden, um den Begriff von dem Wort culpa völlig deutlich zu bestimmen, so macht es dennoch weit mehr Mühe, den Unterschied richtig anzugeben, welcher in Gesetzen unter den verschiedenen Graden der culpa gemacht wird; worauf bey Bestimmung des Schadensersatzes, der durch Nachlässigkeit verursacht worden, alles ankommt. Es fällt in die Augen, daß man nicht in allen Fällen, wo man sich eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen, zu einerley Art der Schadensvergütung verbindlich seyn kann, sondern es bey dieser Bestimmung auf die Größe der Nachlässigkeit ankomme. Hier zeigt sich zugleich ein wichtiger Unterschied zwischen dem dolus und der culpa. Jener muß in allen Fällen prästirt werden, und es kann die Verbindlichkeit dazu nicht einmal durch einen Vertrag aufgehoben werden; welches aber bey den aus Fahrlässigkeit verursachten Schäden nicht allemal der Fall ist, weil ein begangenes Versehen nicht in jedem Falle prästirt wird [h]). Bey der Bestimmung des Grades der Fahrlässigkeit ist vor allen Dingen auf den Zusammenhang Rücksicht zu nehmen, in welchem der gesetzwidrige Erfolg mit der Handlung steht, bey der eine Fahrlässigkeit begangen worden. Je genauer dieser Erfolg mit der Handlung verbunden ist, je leichter der Handelnde voraussehen konnte, daß aus seiner Handlung die nunmehr vorhandene Folge entstehen werde, desto größer ist der Grad der Fahrlässigkeit, wenn der Handelnde diejenige Vorsicht und Aufmerksamkeit unterließ, welche nöthig war, damit die schädliche Wirkung verhütet werde. Konnte diese Folge ohne alle Geistes-Anstrengung, blos durch Anwendung des gemeinen Menschenverstandes, oder

Leyser Spec. 112. med. 6. a Wehrn l. c. c. 4. §. 10. not. 24. p. 87. Westphal vom Kauf, §. 964.

h) Iust. Henn. Boehmer in Diss. cit. de imputatione culpae propriae, c. 1.

oder der allgemeinsten Regeln derjenigen Kunst, welche der Handelnde verstehen wollte, und verstehen sollte, vermieden werden, so macht die Unterlassung dieser Vorsicht den höchsten Grad der Fahrlässigkeit aus. In Gesezzen kommt dieser Grad der Nachlässigkeit unter verschiedenen Benennungen vor; sie heißt nämlich culpa *lata*, wie man aus der L. 213. §. 2. D. de verb. signif. sieht, wo es heißt: *lata* culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt, womit die L. 223. pr. D. de verb. signif. und die L. 9. §. 2. D. de iur. et facti ignor. zu verbinden ist. Mit diesen Gesezzen streitet die L. 32. D. depos. nicht, wo der Jurist Celsus erklärt: si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: non enim salua fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit. Aus diesen Worten kann man nicht schließen, daß derjenige, welcher auf fremde Sachen nicht so viel Aufmerksamkeit wendet, als auf seine eigenen, eine an den dolus angränzende culpam begehe, wenn er auch in seinen eigenen Sachen nicht nachlässig, sondern ein sehr fleißiger und vorsichtiger Mensch seyn sollte, wenn gleich viele berühmte Ausleger des römischen Rechts diese Meynung zu behaupten gesucht haben i). Die Worte: dilegentia eius modi, quem hominum natura desiderat, heißen nur so viel, als diligentia infima, die jeder Mensch anwendet, der wenigstens seiner Vernunft und seinen Sinnen gemäß handelt, wenn er auch sonst eben kein guter Hausvater seyn sollte. Nun ist hier ohne Zweifel von einem solchen Fall die Rede, wo der Depositar den niedrigsten Grad des Fleisses,

i) Ant. FABER de errorib. pragmat. Dec. 76. err. 2. DONELLVS in comment. iur. ciuil. Lib. 16. c. 7. p. 880. PROVSTEAV ad L. 23. D. de reg. iur. c. 11. §. 15. in MEERM. Thes. Tom. III. p. 501. BRVNNEMANN ad L. 32. D. depos.

ses, den er sonst gewöhnlich in seinen eigenen Sachen anwendet, nicht einmal auf die deponirte Sache verwendet hatte, und von einem solchen erklärt Celsus: eum fraude non carere. Es enthält also die Stelle folgenden Gedanken: derjenige, welcher bey fremden Sachen nicht einmal den allergemeinsten und untersten Grad des Fleisses anwendet, macht sich eines dolus schuldig, wenn er diese infimam diligentiam wenigstens in seinen eigenen Sachen gewöhnlich zu beobachten gewohnt war. Wendet er aber selbst auf seine eigenen Sachen nicht die geringste Aufmerksamkeit, so ist er zwar, wenn er durch seine Nachlässigkeit die deponirte Sache verwahrloset hat, nicht wegen eines dolus verantwortlich, aber für die culpa lata muß er doch stehen k). Anstatt der Worte *lata* culpa, heißt es in andern Gesetzen, *lata* negligentia; negligentia dissoluta; crassa; summa; nimia securitas; supina ignorantia l). In der bereits angeführten L. 32. D. depos. kommt der Ausdruck, culpa *latior* vor; es wird aber darunter ebenfalls nur culpa *lata* verstanden, wie man aus der L. 223. pr. D. de verb. signif. aus der L. 1. §. 1. D. si mens. fals. mod. dixer. und aus andern Gesetzen sieht. Blos der Eleganz wegen ist der Comparativus für den Positivus gebraucht worden m), folglich ist es eine unrichtige Behauptung, wenn einige Rechtslehrer, culpam latam, latiorem, et latissimam unter-

k) L. 1. §. 5. D. de oblig. et act. Lauterbach in Coll. Pand. Lib. XIII. tit. 6. §. 35. Wernher in lect. comment. Lib. XVI. tit. 3. §. 16. a Wehrn in doctr. c. 4. §. 8. not. 7. p. 74.

l) L. 22. §. 3. D. ad Sctum Trebell. L. 213. §. 2. L. 223. pr. D. de verb. signif. L. 6. D. de admin. rer. ad ciuit. pert. L. 7. §. 1. D. de suspect. tut. L. 7. §. 2. D. de admin. et peric. tut. L. 29. pr. D. mand. L. 6. L. 9. §. 2. D. de iur. et facti ignor.

m) Ant. Faber de error. pragmat. Dec. LXXVI. error. 1.

unterscheiden wollen, wie andere gute Ausleger der Gesetze n) hinlänglich gezeigt haben. Derjenige hat sich also eines groben Versehens, oder der äußersten Nachlässigkeit schuldig gemacht, der eine außerordentlich große Nachlässigkeit begangen hat, welche nur die unbesonnensten Menschen zu begehen fähig sind. Es ist ein grobes Versehen, wenn man ganz und gar keine Aufmerksamkeit auf die Folgen seiner Handlung gerichtet, und nicht einmal seine Vernunft, seine Sinne, oder seine Phantasie um Rath gefragt hat, wodurch man sich doch leicht von der schlimmen Folge seiner Handlung hätte überzeugen können o). Beyspiele kommen z. B. in der L. 29. pr. D. mand. in der L. 7. D. ad Leg. Corn. de sicar. vor p). Wer z. B. im Wirthshause aus seinem Zimmer geht, und die Thüre nicht zuschließt; wer zur Nachtzeit die Fenster, wodurch man sehr leicht von außen in seine Wohnung steigen kann, offen stehen läßt; wer mit einem brennenden unverwahrten Lichte auf einen Heuboden geht; wer ein Faß mit Schießpulver nahe an ein Camin stellt; wer ein kleines Kind allein auf ein wildes Pferd stellt; wer eine fremde Sache, die ihm von dem Eigenthümer zur Verwahrung übergeben worden ist, an einem öffentlichen Orte, wo Jedermann hinkommt, und solche wegnehmen kann, unverwahrt hinlegt, der begeht culpam latam. Ueberhaupt ist dieses von jedem Menschen zu behaupten, der durch eine solche Handlung oder Unterlassung

n) Iac. CVRTIVS Ἐικασῶν Lib. II. c. 28. in OTTONIS Thes. Tom. 5. p. 168. Hugo DONELLVS in comment. iur. ciuil. lib. 16. c. 7. Io. d'AVEZAN contr. Lib. I. c. 26. in MEERM. thes. Tom. IV. p. 56.

o) de PVFENDORF de culpa. P. II. c. 4. §. 8. Herr Prof. Kleinschrod a. a. O. Thl. 1. §. 30.

p) HOFACKER l. c. T. I. p. 166. PROVSTEAV in recit. ad L. 23. D. de reg. iur. c. 5. RITTERSHVSIVS in comment. ad L. 23. D. de reg. iur. Arg. 1616. 4. Protheor. c. 5.

sung einen Schaden verursacht hat, die kein vernünftiger Mensch unter diesen Umständen begangen haben würde, weil man nur selten Beyspiele findet, daß eine Handlung oder Unterlassung von dieser Art und Beschaffenheit, als in einem vorkommenden Falle begangen worden ist, nicht einen so schädlichen Erfolg gehabt haben sollte, als auch jetzt wirklich daraus entstanden ist, folglich diese schädliche Wirkung wahrscheinlicher war, als eine unschädliche q).

Wer auf ein gewisses Geschäfte diejenige Aufmerksamkeit nicht verwendet hat, welche von jedem ordentlichen Menschen in einem solchen Falle angewendet wird, von dem sagt man, er habe sich einer mittlern Nachlässigkeit, culpa leuis, schuldig gemacht. Herr HR. Glück schreibt: wenn eine unschädliche Wirkung eben so wahrscheinlich war, als die Entstehung der schädlichen Folge, und daher der wirklich verursachte Schade nicht anders, als durch eine vernünftige Untersuchung der wesentlichen Bestandtheile eines Geschäftes und durch Anwendung einer solchen Aufmerksamkeit verhütet werden konnte, welche ordentliche Leute gewöhnlich in dergleichen Fällen anzuwenden pflegen, so macht die Unterlassung derselben den mittlern Grad der Schuld aus, welcher in Gesetzen r) culpa leuis genennt wird. In der L. 11. D. de admin. et peric. tut. wird ein mäßiges Versehen folgendergestalt beschrieben, indem es daselbst heißt: quotiescunque non fit id, quod quiuis paterfamilias ido-

q) Iac. CVRTIVS Ἐλκαῶν Lib. II. c. 28. in OTTONIS Thes. Tom. 5. p. 168. a WEHRN lib. cit. cap. 4. §. 15. p. 110. sqq. Filangieri im System der Gesetzgeb., Band 4. Cap. 37. S. 252. Herr Prof. Woltär in den Grundsätzen der Rechtsgelehrs. §. 17. S. 10. Herr D. Stübel im System des allgemeinen peinl. Rechts, 2ter Band, §. 289 S. 72.

r) L. 47. §. 5. D. de legat. I. L. 22. §. 3. D. ad Scrum. Treb. L. 54. §. 2. D. de acquir. rer. dom. L. 20. C. de negot. gest. L. 7. C. arb. tut.

idoneus facit, und in andern Gesetzen [s]) heißt es: si quis non eam diligentiam praestat circa rem alienam, quam bonus et diligens paterfamilias rebus suis adhibet. Wenn ich in meinem eigenen Hause, worin Niemand als ich mit meiner Familie wohne, mein Wohnzimmer nicht verschließe; wenn ich mit einer nicht aufs Beste verwahrten Laterne den Heubeden besteige: so ist es culpa leuis; anderer Beyspiele nicht zu gedenken, die man in Gesetzen [t]) findet. Von einer solchen culpa leui ist der Regel nach in Gesetzen die Rede, wenn das Wort culpa ohne Zusatz gebraucht worden, oder wenn die culpa dem dolo entgegen gesetzt wird [u]); jedoch heißt das Wort culpa, wenn es allein gebraucht worden, bisweilen so viel, als culpa *lata*, bisweilen aber culpa leuissima [x]).

Hat man zwar nach der Handlungsweise eines vorsichtigen Hausvaters oder sachkundigen Mannes alles dasjenige beobachtet, was zum Wesen einer Handlung erfordert wird, damit eine sonst leicht mögliche schädliche Wirkung verhütet werde, aber dennoch darin gefehlt, daß man

s) L. 33. pr. D. de admin. et peric. tut. L. 25. §. 16. D. fam. ercisc. L. 35. §. 4. D. de contr. emt. vendit. L. 14. D. de pignor. act.

t) L. 16. §. 1. L. 36. §. 1. D. de rei vind. L. 30. §. 3. L. 31. D. ad Leg. Aquil. L. 11. D. de peric. et comm. rei vend. Provsteav in recit. ad L. 23. D. de reg. iur. c. 6. §. 3. et 4. Rittershvs. ad h. l. Proth. c. 5. p. 33. a Wehrn l. c. p. 729. sqq.

u) L. 5. §. 2. L. 18. pr. D. commod. L. 23. D. de reg. iur. L. 52. §. 2. D. pro socio L. 68. pr. D. de contr. emt. L. 16. §. 4. D. fam. ercisc. L. 3. §. 1. D. naut. caup. et stabul. L. 9. §. 5. D. de reb. auct. iud. possid. L. 31. in f. D. loc. cond.

x) §. 6. Inst. de susp. tut. iunct. L. 7. §. 1. D. eod. L. 25. §. 7. D. loc. L. 5. §. 1. D. ad Leg. Aquil. Hofacker l. c. T. I. p. 167. Guil. Provsteav l. c. c. 6. §. 6. Henr. Cocceii in cit. tract. Diss. I. prop. 12. a Wehrn l. c. §. 15. p. 176. Höpfners Comment. §. 758. Not. 6. S. 706.

man die seltenen und ungewöhnlichen Ereignisse, welche aus einer Handlung sich ergeben können, nicht auf das allersorgfältigste untersucht, welche Sorgfalt in der L. 6. D. de iur. et facti ignor. scrupulosa inquisitio, delatoria curiositas genennt wird, und dadurch ist eine schädliche Folge verursacht worden, so macht ein solches Versehen, welches nur durch Hülfe ganz vorzüglicher Fähigkeit, Aufmerksamkeit oder Sachkenntniß vermieden werden konnte, den geringsten Grad der Schuld aus, welcher ein geringes Versehen genennt wird [y]). Die Redensart, culpa *leuissima*, wird nur in der L. 44. pr. D. ad Leg. Aquil. gebraucht; denn in der Regel wird dieser Grad der Schuld in Gesetzen dadurch angezeigt, daß es heißt, es müsse außer dem dolus und der culpa, auch *diligentia* prästirt werden, wie man aus der L. 5. §. 2. in f. D. commod. aus der L. 23. D. de reg. iur. und aus der L. 47. §. pen. D. de legat. I. sieht. Dann und wann heißt aber diligentiam praestare nur so viel, als culpam *leuem* praestare, z. B. in der L. 68. pr. D. de contr. emt. L. 2. §. 1. L. 3. D. de peric. et commod. rei vend. L. 36. D. de act. emti vend. [z]). In einigen Gesetzen wird der Ausdruck custodiam praestare für culpam *leuissimam* praestare gebraucht [a]); jedoch darf man nicht glauben, daß diese Worte allemal diesen Verstand haben; denn z. B. in der L. 5. §. 2. 3. et 15. D. commod. wird *diligentiam* praestare und *custodiam* praestare

y) HOFACKER l. c. Io. Dau. MOEGLING D. de culpa leuissima, Tub. 1692. Herr Prof. Woltär in den Grundsätzen der Rechtsgel. §. 17. Herr Prof. Kleinschrod in der Entwickel. der Grundbegriffe des peinl. Rechts, Thl. 1. §. 30. S. 52. Herr D. Stübel im allgem. peinl. Rechte, 2ter Band, §. 289. S. 72.

z) Guil. PROVSTEAV in recit. ad L. 23. D. de reg. iur. c. 7. pr. Westphal vom Kauf, §. 569. 570.

a) L. 5. §. 2. D. commod. L. 13. §. 1. D. de pignor. act. L. 47. §. pen. de legat. I.

klare sehr deutlich unterschieden. Das Wort custodia wird von derjenigen Art des Fleißes gebraucht, der auf die Aufbewahrung einer beweglichen Sache verwendet wird, und er hat also auch seine Grade [b]); denn in manchen Gesetzen [c]) wird custodia infima erfordert, in andern [d]) custodia *media*, und in andern [e]) custodia summa. Uebrigens wird die culpa *leuissima* in Gesetzen auf verschiedne Weise bemerklich gemacht; denn z. B. in der L. 25. §. 7. D. loc. cond. wird davon gesagt: si non omnia ea facta sunt, quae diligentissimus quisque obseruaturus fuisset; in andern Gesetzen [f]) heißt es: si talis diligentia non est praestita, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet. Verschließe ich eine Thür, schiebe aber nicht zugleich den Nachtriegel vor; gehe ich ohne die höchste Noth auch mit der verwahrtesten Laterne auf einen Heuboden, oder an einen Ort, wo Schießpulver steht, und es entsteht Schaden daraus, so bin ich nur in culpa leuissima.

Die angeführten drey Grade der Schuld lassen sich nicht nur aus dem Naturrechte beweisen, sondern sie wurden auch von den römischen Rechtsgelehrten angenommen; denn in der L. 47. §. 5. D. de leg. I. heißt es davon: *culpa* qualiter sit aestimanda, videamus: an non solum ea, quae *dolo proxima* sit, verum etiam, quae *leuis* est, an numquid et *diligentia* quoque exigenda est

b) Hofacker l. c. p. 167. Lavterbach in colleg. pract. Lib. XIII. tit. 6. §. 37. Cocceii in iure contr. Lib. XIII. tit. 6. qu. 16. G. S. Madihn comm. creditorem in pignore media diligentia non semper liberari ad L. 13. §. 1. D. de pignor. act. Hal. 1767. p. 11.

c) §. 3. Inst. quib. mod. re contr. oblig.

d) §. fin. Inst. eod. L. 3. D. de peric. et comm. rei vend.

e) L. 1. §. 4. D. de oblig. et action.

f) §. 5. Inst. de locat. cond. L. 18. pr. D. commod.

ab herede? Quod verius est g). Es irren daher diejenigen Rechtslehrer h), welche die ganze Sache als vernunftwidrig vorstellen. Nach der Meynung des verst. Herrn Reichshofr. von Braun, kommt die ganze Sache auf zwey Regeln an; nämlich 1) wenn etwas freywillig ohne Gefährde unterlassen worden, wozu Jemand iure perfecto verbunden ist, so muß die Schuld geleistet werden. 2) Wenn etwas freywillig ergangen, gethan, oder gehandelt worden, ohne Gefährde, welches demjenigen, wozu Jemand iure perfecto verbunden, zuwider ist, so ist er gleichfalls aus der Schuld verbunden. Er gründet diese Behauptung auf die L. 226. D. de verb. signif. wo Paulus bemerkt: magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est; denn dieses Gesetz muß mit andern Stellen verbunden werden, wo die Grade einer geringern Schuld von der culpa lata sehr genau unterschieden werden, wie man z. B. aus der L. 20. C. de negot. gest. sieht.

Verschiedene Rechtslehrer i) wollen nur zwey Grade der Schuld annehmen, nämlich culpam *leuem* und *latam*. Donellus behauptet, die so genannte mittlere und die geringste Schuld sey blos den Worten nach verschieden. Struv ließ zwar diesen Unterschied gelten, er war aber der Meynung, in allen Contracten, wo Jemand für die mittlere Nachlässigkeit zu stehen schuldig sey,

g) Madera in animaduers. c. 17. Charondas in veris. Lib. III. c. 9. in Ottonis Thes. Tom. I. p. 782.

h) Herr RHR. von Braun in der Abhandl. von der Eintheilung der Schuld, in den Erlang. gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1751. Nr. XIII. S. 97—104.

i) Donellvs in comment. iur. ciuil. Lib. XVI. c. 7. Struv Exerc. 19. th. 41. Idem in Decis. Sabbath. c. 5. 7. 8. 11. 12. 17. Idem in D. de dolo, culpa et casu th. 44. Raevardvs ad L. 13. D. de reg. iur. Petr. Bvrgivs in Elect. c. 12. in Ottonis Thes. Tom. I. p. 330. Barth. Chesivs in interpr. Lib. I. c. 45. Rennemann in iurispr. Rom. germ. Disp. XXI. th. 15. sqq.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0460
DFG

sey, müsse er auch denjenigen Schaden ersetzen, den er durch die geringste Nachlässigkeit veranlaßt habe.

Andere Rechtsgelehrte, z. B. **Bartolus**, wollten sogar einen Unterschied eingeführt haben, zwischen culpa lata, latior, und latissima; noch andere, als Heinrich **Cocceji**, machten einen Unterschied zwischen culpa und negligentia, zwischen culpa versutiae und culpa negligentiae [k]). Es ist wohl nicht zu leugnen, daß es der Natur der Sache am gemäßesten ist, drey Grade des Fleißes und der Nachlässigkeit anzunehmen, weil nach dieser dreyfachen Rücksicht, sich bey solchen Verschiedenheiten, wo kein mathematisches Verhältniß festgesetzt werden kann, ein dreyfacher Unterschied am deutlichsten wahrnehmen läßt, wenn man erstlich den höchsten und niedrigsten Grad annimmt, und sodann auch die Mitte zwischen beyden bestimmt. Will man noch mehr Verschiedenheiten annehmen, so finden sich bey der Anwendung unendliche Schwierigkeiten in Ansehung der Grenzen, wo die eine Stufe aufhört, und die andere angeht. Dieser Gedanke ist bereits vom Otto [l]) vorgetragen worden, welcher schreibt: omnium rerum, quae *gradus* habent, quos iuxta ἀκριβειαν mathematicam dimetiri non licet, *tres* gradus constituendi sunt, *duo extremi*, et *tertius*, qui inter vtrumque sit; sin plures facias, difficultates erunt infinitae, nec vbi alter *incipiat*, alter *desinat*, definire licebit. Geläugnet kann es freylich nicht werden, daß es in vorkommenden Fällen dem Richter oft sehr viel Mühe kostet, wenn es auf die Beurtheilung und Entscheidung der Frage ankommt, welcher Grad der Fahrlässigkeit eigentlich vorhanden sey, da

k) Bartolvs ad L. 32. D. depos. Henr. Cocceii Collat. iurid. ad Struvium, Collat. 10. Idem in hypomn. ad Instit. tit. de obligat. n. 10. Herr GR. Höpfner im Comment. S. 706.

l) Otto in Diss. de praestatione casuum solitorum, c. 1. §. 11.

hiebey nicht nur die Beschaffenheit des Geschäfts, wo das Versehen begangen worden, sondern auch der Zustand, die Lage, und besonders die Geistesfähigkeiten derjenigen Person, von deren Nachlässigkeit die Rede ist, in die vorzüglichste Erwägung gezogen werden müssen. Daher kann bisweilen dem Einen Etwas als ein grobes Versehen angerechnet werden, was bey dem Andern in seiner Lage nur ein mäßiges Versehen ist, und bey einem Dritten wohl gar nur als ein nicht zu imputirender Zufall betrachtet werden muß m), weil es auch hier nach der Regel geht: impossibilium nulla obligatio est. Selbst die römischen Gesetze n) haben diesen Gesichtspunct bey Beurtheilung der Zurechnung der culpa deutlich vorgezeichnet.

Daß die Rechtslehrer über die Anzahl der Grade der Nachlässigkeit verschiedner Meynung sind, rührt wohl daher, daß die römischen Rechtsgelehrten die Worte, culpa lata, leuis, und leuissima, welcher letzte Ausdruck gar nur einmal vorkommt, nämlich in der L. 44. D. ad Leg. Aquil. nicht allein gebraucht, sondern sich auch anderer Redensarten bedient haben. Ueberdieses drückten sie sich oft ganz bestimmt aus, und wichen sogar bey dem Gebrauch dieser Redensarten ab. So verstanden sie bisweilen in Stellen o), wo das Wort culpa allein vorkommt, jeden Grad der Nachlässigkeit. Mehrentheils wollten sie durch das Wort culpa, die mittlere Nachlässig-

m) Leyser Spec. 154. cor. 3. de Pvfendorf de culpa, P. II. c. 4. §. 36. 37. a Wehrn l. c. c. 4. §. 15. p. 116. sqq.

n) §. 4. Inst. de lege Aquil. L. 1. §. fin. D. de edendo. L. 8. L. 9. D. L. 2. C. de iur. et facti ignor. L. 25. §. 1. D. de probat. L. 15. §. 11. D. quod vi aut clam. Rittershvsivs in comment. ad L. 23. D. de reg. iur. Protheor. c. 5. p. 28. Gothofredvs ad h. l. p. 108. Cocceii l. c. Disp. II. Sect. I. §. 10.

o) §. 6. Inst. de susp. tut. L. 30. §. 3. in f. D. ad Leg. Aquil.

läſſigkeit ausdrücken, wie es in der L. 5. §. 2. D. commod. und in der L. 23. D. de reg. iur. der Fall iſt. Bisweilen wurde unter dem bloßen Worte culpa, nur der niedrigſte Grad der Nachläſſigkeit verſtanden [p]). Sie brauchten auch nicht immer den Ausdruck, culpa lata, ſondern ſagten, culpa latior, magna, grauior [q]). Anſtatt zu ſchreiben, culpam *leuiſſimam* praeſtare, heißt es: diligentiam oder cuſtodiam praeſtare [r]). In andern Stellen [s]) heißt dieſer Ausdruck nicht mehr, als culpa *leuis*, und in noch andern Stellen wird cuſtodia blos dem dolus entgegen geſetzt [t]).

Außer der zeither erklärten Eintheilung der culpa iſt eine andere nicht zu vernachläſſigen; es wird nämlich ſolche auch in culpam in abſtracto und in culpam in concreto eingetheilt [u]). Culpa in *abſtracto* wird die Nachläſſigkeit genennt, wenn ſie ſo beſchaffen iſt, wie ſie eben, nach ihrem dreyfachen Unterſchiede erklärt worden iſt. In manchen Fällen haben die Geſetze verordnet, es dürfe nur culpa in *concreto* präſtirt werden. Dieſe Nachläſſigkeit iſt alsdenn begangen worden, wenn Jemand diejenige Aufmerkſamkeit bey einem Geſchäfte nicht beobachtet hat, die er doch ſonſt gewöhnlich in ſeinen eigenen Geſchäften zu beweiſen pflegte. Sie unterſcheidet ſich alſo von

p) L. 16. D. de cond. furt. L. 8. §. 3. D. de precar.

q) L. 32. D. depoſ. L. 1. §. 5. D. de oblig. et act. L. 54. §. 2. D. de aquir. rer. dom.

r) L. 5. §. 2. D. commod. L. 13. §. 1. D. de pignor. act. L. 47. §. penult. D. de legat. I.

s) §. 2. et fin. Inſt. quib. mod. re contr. oblig. §. 5. Inſt. de locat. L. 6. §. fin. D. commod.

t) §. fin. Inſt. de oblig. ex delicto L. 10. §. 1. D. commod.

u) Wilh. Hier. Brvckner in Diſſ. de culpa, quae concretiue talis dicitur, Ien. 1693. Died. Rvnge D. legale fundamentum culpae in abſtracto et in concreto (vt dicitur) per interpretationem L. 32. D. depoſ. erutum, ſiſtens, Gotting. 1751.

der culpa in *abstracto* dadurch, daß diese nach dem Maasstabe des gemeinen Fleißes beurtheilt wird, den Menschen gewöhnlich auf eine Sache zu verwenden pflegen, jene richtet sich aber nach dem eigenthümlichen Fleiße und der eigenen Handlungsart derjenigen Person, über deren Nachlässigkeit geurtheilt werden soll. Wenn daher derjenige, schreibt Herr HR. Glück, der nur für seine Nachlässigkeit in concreto zu haften hat, auf die fremde Sache wenigstens diejenige Aufmerksamkeit verwendet hätte, die er auf seine eigene Angelegenheit zu verwenden pflegte, so ist er wegen keines Schadens verantwortlich, wenn er auch bey gewöhnlichen Fähigkeiten gar leicht hätte verhütet werden können; dahingegen derjenige, welcher culpam in abstracto prästiren muß, gleichwohl für den Schadensersatz haften muß, wenn er auch gleich in seinen eigenen Sachen eben keine größere Sorgfalt anzuwenden gewohnt war. Da diese Beschaffenheit der Zurechnung der Schuld wider das Beste der Bürger eines Staats anstößt, so haben sie die Gesetze nur als Ausnahme von der Regel gelten lassen, und die culpa in concreto darf nicht eher in Betrachtung gezogen werden, als wo die Gesetze ausdrücklich dieses zu thun verstattet haben, und wo diligentia talis für hinlänglich erklärt wird, qualem quis suis rebus adhibere solet x). Diese Beschaffenheit hat es bey der Verwaltung gemeinschaftlicher Sachen, die Gemeinschaft mag durch einen Vertrag entstanden seyn, wo sie societas heißt, oder auf eine andere Weise, wenn nämlich communio incidens existirt. Das nämliche ist bey der Verwaltung der Dotalgüter einer Ehefrau Rechtens; denn die Ehegenossin kann von ihrem Ehemanne keine größere Sorgfalt fordern, als er auf seine eigenen Ange-

x) §. fin. Inst. de societ. L. 25. §. 16. D. fam. ercisc. L. 72. D. pro socio L. 1. pr. D. de tut. et rat. distrah. L. 17. pr. D. de iure dot. L. 24. §. 5. D. soluto matr. §. 2. Inst. quib. mod. re contr. oblig. §. 1. Inst. de oblig. quae quasi ex contr. nasc.

Angelegenheiten verwendet. In allen diesen Fällen ist man nun zwar nur wegen eines solchen Versehens verbindlich, dergleichen man sich nicht einmal bey seinen eigenen Angelegenheiten schuldig gemacht hat; unleugbar ist es aber doch auch, daß, wenn man in seinen eigenen Sachen alle mögliche Sorgfalt angewendet hat, man auch der fremden Sache keine geringere Aufmerksamkeit widmen dürfe, oder man ist für den dadurch verursachten Schaden verbindlich y). Wenn gleich die Gesetze, z. B. der §. fin. Inst. und die L. 72. pr. D. pro socio den Gedanken enthalten, daß die culpa, concretiue betrachtet, nicht nach der diligentia exactissima abzumessen sey, so schließt doch dieses die Vertretung der geringsten Nachlässigkeit nicht aus, wenn Jemand in seinen eigenen Angelegenheiten den höchsten Grad des Fleißes bewiesen hat; sondern es wird in solchen Stellen der Fall voraus gesetzt, daß sich Jemand mit einer Person in eine Gesellschaft eingelassen habe, die in ihren eigenen Sachen nachlässig handelte. Obgleich die Menschen, wenn man sie nach ihrem eigenthümlichen Fleiße beurtheilen will, gar sehr verschieden seyn können, so hat dieser Umstand gleichwohl auf die Beschaffenheit der culpa in concreto gar keinen Einfluß, weil von der Schadensvergütung in solchen Fällen nichts befreyt, als die wirklich in eben der Maße auf die fremde Sache verwendete Sorgfalt, die man bey seinen eigenen Angelegenheiten beobachtete; man mag die Vernachlässigung seiner Pflicht, culpam latam, oder leuem, oder leuissimam nennen, wie Herr Prof. von Wehrn z) dieses

y) Brückner in Diss. cit. §. 7. et 10. Lauterbach in Coll. Pand. Lib. XIII. tit. 6. §. 35. Rittershusius in comment. ad L. 23. D. de reg. iur. c. 13. p. 188. Voet ad Pand. Lib. XVII. tit. II. n. 12. Cocceii in iure contr. Lib. XIII. tit. 6. qu. 13. Hofacker in Princ. iur. Rom. Tom. I. §. 213. p. 167. Höpfners Comment. §. 757. S. 705.

z) a Wehrn lib. cit. c. 4. §. 15. p. 125.

ses nicht zugeben will. In der angeführten Brückneri-schen Dissertation heißt es §. 16. ganz richtig: culpa *concretiue* sumta non perinde habet suos gradus vel species, vt *abstractiue* talis. Licet enim homines varient, dum alius est in suis diligentissimus, alius diligens, alius saltim se gerit, vti communiter homines se gerunt, alius deprehenditur negligens vel negligentissimus; omnes tamen, si volunt esse immunes a praestationibus culpae concretiue talis, se debent gerere in rebus communibus vel prorsus alienis, vti in suis. Uebrigens ist es nicht zu leugnen, weil die Gesetze doch wenigstens von jedem vernünftigen Menschen erwarten, daß er bey Besorgung seiner eigenen Angelegenheiten diligentiam infimam anwende, von der Celsus in der L. 32. D. dep. sagt: quam hominum natura desiderat, so läßt sich die culpa in concreto nach der Rechtsanalogie nicht so weit ausdehnen, daß derjenige, von dem sogar in seinen eigenen Sachen nicht einmal der unterste Grad des Fleißes angewendet worden, von aller Verantwortung frey sey, wenn er eben so nachlässig mit der fremden Sache umgegangen ist; denn die culpa lata in abstracto muß, wie der dolus, dem sie gleich gehalten wird, in jedem Falle prästirt werden [a]).

Es ist eine bekannte Sache, daß dolus und culpa lata nach den Gesetzen [b]), in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten für gleich gehalten werden, wenn von den Wirkungen derselben die Frage ist, daher es in der L. 1. §. 5. D. de oblig. et act. heißt: magna negligentia placuit

a) L. 29. pr. L. 59. §. 1. D. mand. Westenberg in Comp. Digest. Lib. XIII. tit. 6. §. 48. Cocceii in tr. de doli praest. Disp. III. §. 1. Hofacker l. c. T. III. p. 80.

b) L. 29. pr. et §. 3. D. mand. L. 7. §. 1. D. de susp. tut. L. 4. D. de magistr. conu. L. 22. §. 4. D. ad Sctum. Trebell. L. 8. §. 3. D. de precar. L. 11. D. de incend. L. 1. §. 2. D. si is, qui testam. liber esse iussus erit. L. 1. §. 1. D. si mens. fals. mod. dixer.

cuit in doli crimen cadere. Damit dieser Satz richtig angewendet wird, ist der Unterschied zu machen, ob von dem Ersatze des durch grobe Nachlässigkeit verursachten Schadens die Rede ist, oder von der Bestrafung eines aus grober Nachlässigkeit begangenen Verbrechens. Im ersten Falle wird die grobe Nachlässigkeit dem Vorsatz, dolus, gleich gehalten, und nur bey der Wiedereinsezzung in den vorigen Stand, wenn sie von einem Minderjährigen gesucht worden, hat eine Ausnahme statt c). Viele Rechtslehrer behaupten daher, wenn gleich in Gesetzen blos vom dolus geredet werde, so gelte die Verordnung derselben doch auch in den Fällen, wo eine culpa lata vorhanden sey, wenn es blos auf den Schadensersatz ankomme d). Bey Verbrechen, die aus grober Nachlässigkeit begangen worden, kommt es darauf an, ob ein geringes Verbrechen begangen worden, oder ein so genanntes peinliches, worauf eine Lebens- oder Leibes- oder solche Strafe gesetzt ist, die einer Leibesstrafe gleich gehalten wird, wohin z. B. die Ehrlosigkeit gehört, wie man aus dem 104. Art. der P. G. O. Carls V. sieht. In diesem letzten Falle soll dolus und culpa lata nicht für gleich gehalten werden, da es in der L. 7. D. ad L. Corn. de sicar. heißt: nec in hac Lege (sc. Cornelia), culpa *lata* pro dolo accipitur, weil derjenige offenbar weit strafbarer ist, der ein Strafgesetz wissentlich und vorsätzlich übertreten hat, als derjenige, bey dem dieser Vorsatz

c) L. 7. §. 7. L. 8. L. 9. §. 5. L. 24. §. 1. L. 37. §. 1. L. 44. D. de minor. L. 1. L. 2. Cod. si aduers. del. Struv in Decis. Sabbath. c. 17. Dec. 29. Berger in Oecon. iur. Lib. III. tit. 8. §. 1. not. 1. Wehrn in doctr. iur. etc. c. 4. §. 15. p. 170. Cocceii in tract. de doli, culpae et neglig. praestat. Diss. III. §. 8.

d) L. 29. pr. D. mand. L. 276. D. de verb. signif. L. 1. §. 5. D. de oblig. et act. L. 32. D. depos. L. 1. §. 1. D. si mens. fals. mod. dixer.. L. 1. §. 2. D. si is, qui test. liber. Provsteav Recit. ad L. 23. D. de reg. iur. c. 11. §. 17. 18. Lavterbach in coll. Pand. Lib. XIII. tit. 6. §. 33.

satz nicht vorhanden war; daher auch in der P. G. O. Art. 146. der allgemeine Rechtssatz angeführt worden, daß mehr Barmherzigkeit bey solchen Entleibungen, die ungefährlich aus Geilheit, oder Unvorsichtigkeit, doch wider des Thäters Willen, geschehen, zu haben sey, denn was arglistig und mit Willen geschieht e). Zwar wurde bey den Römern bisweilen in groben Verbrechen, eine große Nachlässigkeit dem dolus gleich gehalten, und weil man den Grundsatz annahm, mali exempli res est, so bestrafte man einige aus grober Nachlässigkeit begangene Verbrechen, sogar mit der Lebensstrafe, der Ehrlosigkeit und andern peinlichen Strafen, welches einige Rechtslehrer verleitet hat, die Regel aufzustellen: in causis famosis culpa lata pro dolo habetur f). Diese Strenge des römischen Rechts wird aber in Teutschland nicht befolgt g), so wie auch der Satz: in causis famosis culpa *lata* pro dolo habetur, von andern Rechtslehrern h) für falsch erklärt worden ist. Wer ein geringes Vergehen aus grober

e) Herr Prof. Kleinschrod im peinl. Rechte, Thl. 1. §. 30. S. 52. flg. WALCH in Glossario interpret. Const. crim. Carol. inseru. voc. Geilheit.

f) L. 15. pr. D. ad L. Corn. de falsf. L. 38. §. 5. D. de poenis. L. 11. §. 4. D. de his qui not. inf. L. 4. C. de custod. reor. WESTENBERG in Princ. iur. Dig. Lib. XIII. tit. 6. §. 49. VOLLENHOVE D. de suspect. tutor. c. 8. §. 2. sqq. PROVSTEAV l. c. §. 18. COCCEII in iure contr. Lib. III. tit. II. qu. 2.

g) Herr GJR. Klein in den Grundsätzen des peinlichen Rechts, §. 323. Herr Prof. Kleinschrod a. a. O. §. 31. Ge. Iac. Fr. MEISTER in Princ. iur. crim. Germ. commun. §. 157. Anderer Meynung sind LEYSER Spec. 609. med. 23. de BOEHMER ad CARPZOV. Quaest. XXI. Obs. 3.

h) NOODT in Probab. Lib. I. c. 13. LAVTERBACH in Coll. Pand. Lib. III. tit. II. §. 8. de BOEHMER ad CARPZOV. qu. 135. EMMINGHAVS ad COCCEII ius contr. Lib. III. tit. II. qu. 2. not. f.

ber

der Nachlässigkeit begangen hat, so wird der Vorsatz und die grobe Nachlässigkeit als gleich strafbar angesehen i).

§. 324.

Wir wissen nunmehr, was mit dem Wort culpa, in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten, für ein Begriff verbunden werden muß; ich gehe daher zu den Grundsäzzen fort, welche bey der Vergütung des durch Nachlässigkeit verursachten Schadens anwendbar sind. Es versteht sich von selbst, daß hierbey auf die Grade der culpa Rücksicht genommen werden muß, so wie auch ein Unterschied zu machen ist, ob die culpa bey einem Contracte, oder bey einem solchen rechtlichen Geschäfte begangen worden, woraus eine so genannte obligatio quasi ex contractu entsteht, oder in keinem von diesen beyden Fällen. Hat mir Jemand, mit dem ich keinen Contract geschlossen habe, und mit dem ich auch in keiner von den Verbindlichkeiten stehe, welche obligationes quasi ex contractu heißen, durch seine Schuld, an meinem Vermögen einen Schaden verursacht, so kommt es darauf an, ob er es wußte, daß die Sache mir zugehöre, und folglich in Rücksicht auf ihn, eine fremde Sache war, oder ob er diesen Umstand nicht wußte. Im ersten Falle muß er mir den Schaden, nach Verordnung des Aquilischen Gesetzes, ersetzen, er mag aus einer Art von Nachlässigkeit herrühren, welche es ist, culpa lata, leuis, oder leuissima, weil es in der L. 44. D. ad Leg. Aquil. heißt: in Lege *Aquilia* et *leuissima* culpa venit, womit andere Stellen des römischen Rechts k) übereinstimmen.

i) Rittershvs. ad L. 23. D. de reg. iur. Proth. c. 5. p. 30. Herr von Quistorp im peinl. Rechte, Thl. 1. §. 36.

k) §. 3. Inst. de Lege Aquil. verb. non minus ex *dolo*, quam ex *culpa*, quisque hac Lege tenetur. §. 16. eod. in fine verb. placuit eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri. L. 5. §. 1. D. ad Leg. Aquil.

stimmen. Herr Prof. Wehrn [l]) hat zwar zu behaupten gesucht, Ulpian habe in der angeführten L. 44. den superlatiuum anstatt des positiui gebraucht, und verstehe unter der culpa leuissima nur culpam *leuem*, weil in andern Gesetzen, z. B. in der L. 30. §. 3. D. eod. gesagt werde, daß nach der Lex Aquilia nur dolus und culpa strafbar sey, unter der culpa aber, wenn sie dem dolus schlechthin entgegen gesetzt worden, wie bekannt, nur culpa *leuis* zu verstehen sey, welches auch noch mehr aus der Erklärung des Paulus erhelle, welcher in der L. 31. D. eod. die Bemerkung mache: culpam esse, quod cum a diligente prouideri poterit, non esset prouisum. Ueberhaupt enthalte culpa leuis in abstracto den höchsten Grad der Schuld, welcher der Regel nach prästirt werden müsse, und in der Lex Aquilia sey kein besonderer Grund vorhanden, von dieser Regel eine Ausnahme zu machen. Diese Erklärung hat die stärksten Gründe anderer berühmten Rechtslehrer [m]) wider sich; denn wenn man nur den §. 3. Inst. de Lege Aquil. und die L. 1. §. 2. si is, qui testam. liber esse iussus erit, mit einander vergleicht, so zeigt sichs ganz deutlich, daß es unrichtig ist, bey der L. 44. D. ad Leg. Aquil. wo der Ausdruck culpa *leuissima* vorkommt, eine so harte Erklärung zu billigen. Es wird übrigens allemal vorausgesetzt, daß die Vergütung des Schadens, wegen einer unerlaubten Handlung des Andern, welche ihm zugerechnet wer-

l) Wehrn in doctr. de damni praest. c. 4. §. 16.

m) Mendoza in comment. ad Leg. Aquil. Lib. III. c. 6. in Meerm. Thes. Tom. II. p. 158. Noodt ad Leg. Aquil. c. 3. et 19. Cocceii in iure contr. Lib. IX. tit. II. qu. 3. Eu. Otto ad §. 3. Inst. de Lege Aquil. Berger in resolut. Leg. obstant. Lib. IX. tit. 2. qu. 2. animaduers. p. 159. Westenberg in Princ. iur. Digest. Lib. IX. tit. 2. §. 11. Ge. Fr. Kravse in D. de Lege Aquilia in eos etiam, quos contractus ad exactissimam diligentiam non obligat, culpam leuissimam vindicante, Viteb. 1757. §. 3.

werden kann, gefordert wird. Hat mir Jemand, der bonae fidei poſſeſſor war, das heißt, welcher die Sache aus wahrſcheinlichen Gründen für die ſeinige hielt, außer einem Contract, durch eine begangene Nachläſſigkeit geſchadet, ſo kommt es darauf an, ob dieſes ſchon vorher geſchehen, ehe ich ihn in Anſpruch genommen, oder ob es nach dieſer Zeit und während des Proceſſes geſchehen iſt. Im erſten Falle braucht der redliche Beſitzer den Schaden nicht zu vergüten, weil er in Geſetzen dem Eigenthümer gleich beurtheilt wird, ſo lange ſich der wahre Eigenthümer noch nicht gemeldet hat, daher Ulpian n) die Bemerkung macht: quia quaſi ſuam rem neglexit, nulli querelae ſubiectus eſt ante petitam hereditatem. Ganz anders verhält ſichs, nachdem der redliche Beſitzer von dem wahren Eigenthümer in Anſpruch genommen worden; denn jetzt muß er für jede Art des Schadens ſtehen, den er während des Proceſſes durch ſeine Schuld verurſacht hat o), und der Eigenthümer kann zu ſeiner Befriedigung die actio Legis Aquiliae brauchen, wenn er mehr dadurch zu erlangen im Stande iſt, als durch die Eigenthumsklage p). Der mehrmals angeführte Herr Prof. Wehrn hat S. 212 ſeiner Abhandlung zu behaupten geſucht, der bonae fidei poſſeſſor brauche während des Proceſſes nur culpam leuem zu präſtiren, wie man aus der L. 25. §. 16. D. fam. erciſc. und aus der L. 54. §. f. D. de hered. petit. beweiſen könne. Gegen dieſe Behauptung ſtreitet aber die L. 10. C. de acquir. vel ret. poſſ.

n) L. 31. §. 3. L. 25. §. 11. D. de hered. petit.

o) L. 15. §. 3. L. 16. §. 1. L. 27. §. 2. L. 33. L. 36. §. 1. L. 45. L. 51. L. 58. L. 63. D. de rei vind. L. 4. §. 2. D. fin. regund. L. 31. §. 3. in fine D. de hered. petit.

p) L. 13. L. 14. D. de rei vind. Herr GJR. Weſtphal von den Arten der Sachen, §. 938. Cocceii in cit. tract. de doli et culpae praeſt. Diſſ. III. §. 24. nr. IX. Cvacivs ad L. 91. D. de verb. oblig. Barclaivs ad L. 5. D. de reb. cred. in Ottonis Theſ. Tom. III. p. 829.

poss. wo es heißt: nemo ambigit, possessionem ita demum esse legitimam, cum omnium aduersariorum silentio et taciturnitate firmatur: *interpellatione* vero et *controuersia progressa* non posse eum intelligi possessorem, qui, licet possessionem corpore teneat, tamen ex interposita contestatione et causa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet et dubitet. Wie kann man wohl von einem solchen Besitzer, dessen bona fides, durch Anstellung einer Klage wider denselben, unterbrochen und zweifelhaft gemacht worden, sagen, quod propter ius domino proximum causam habeat gerendi? Muß er sich nicht vielmehr wegen des ungewissen Ausganges des Processes auch schon pendente lite für einen Besitzer einer fremden Sache halten? Hierzu kommt, daß die Gesetze q) den redlichen Besitzer nur von der Vergütung der blos zufälligen Schäden freysprechen, wobey keine culpa concurrirt. Zum Beschluß ist noch zu bemerken, daß es auch Fälle giebt, wo außer einem Contract bisweilen nur culpa leuis oder culpa lata prästirt wird; denn so kann der Usufructuar blos angehalten werden, diejenigen Schäden zu vergüten, welche er durch eine mittlere Nachlässigkeit verursacht hat r); der Pfandgläubiger, der durch die Immission ein prätorisches Pfandrecht erhalten hat, ist blos wegen der vorsätzlich verursachten Schäden verantwortlich s). In der L. 9. D. de reb. auct. iud. possid. heißt es zwar: creditorem non teneri, *quia dolo malo caret;* dieser Satz schließt aber

q) L. 40. pr. D. de hered. petit. L. 16. pr. et §. 1. L. 17. L. 36. §. 1. D. de rei vindicat. Christoph. Christ. Hasse D. de litisconteſtatione, an et quatenus bonae fidei possessor per eam in mala fide constituatur, Gott. 1780. §. 14. 15. 19. 20. Westphal a. a. O. §. 933. 935.

r) L. 65. pr. D. de vsufr.

s) L. 8. §. 3. L. 9. §. 5. D. de reb. auct. iud. possid. Westphal vom Pfandrechte, §. 31. Note 50.

aber die Schadensvergütung wegen eines durch ein grobes Versehen verursachten Schadens nicht aus t).

Was die Frage betrifft: was für ein Grad der Nachlässigkeit in Contracten, und solchen Rechtsgeschäften prästirt werden müsse, wobey die so genannten Verbindlichkeiten quasi ex contractu eintreten, so finden sich bey Beantwortung derselben die größten Schwierigkeiten, wie man aus den vielen davon handelnden Schriften u) sieht. Es ist diese Materie dadurch mit vielen Schwierigkeiten beladen worden, weil sich die römischen Rechtsgelehrten bey Angabe der Grade der culpa sehr schwankend und unbestimmt ausgedrückt haben, und überdieses in ihren Grundsätzen von der Verantwortlichkeit wegen der begangenen Nachlässigkeit nicht einig sind, es auch ihren Bestimmungen und Entscheidungen an richtigen Gründen fehlt. Für die beyden Hauptstellen in dieser Materie hält man die L. 5. §. 2. sqq. D. commod. und die L. 23. D. de reg. iur. In der L. 5. §. 2. D. commod. heißt es: et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus; dolum in deposito, nam, quia nulla *vtilitas* eius versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit, tunc (vt est et constitutum) etiam *culpa* exhibetur; aut si hoc ab initio *conuenit*, vt et culpam, et periculum praestet is, penes quem deponitur. Sed vbi *vtriusque vtilitas* vertitur, vt in empto, in locato, in dote, in pignore, in societate, et *dolus* et *culpa* praestatur. Commodatum autem plerumque *solam vtilitatem* continet eius,

t) de Behmer in iure contr. nouo, T. II. obs. 136.

u) Chr. Thomasius D. de vsu practico doctrinae difficillimae iuris Romani de culparum praestatione in contractibus, Hal. 1705. Burgundus tr. de periculis et culpa in contractibus, Brux. 1674. 4. Fr. Gottl. Zoller Disp. de eo, quod iustum est circa praestationem culpae, Lipsi. 1773. Wehrn in doctr. iur. c. IV. §. 23. sqq. p. 163.

eius, cui commodatur: et ideo verior est *Quinti Mutii* sententia, existimantis, et culpam *praestandam* et *diligentiam*. In der L. 23. D. de reg. iur. wird die Sache auf folgende Weise bestimmt, wo es heißt: contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt: quidam et dolum et culpam. *Dolum* tantum, depositum et precarium: *dolum* et *culpam*, mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta, (in his quidem et *diligentiam*) societas, et rerum communio, et *dolum* et *culpam* recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim conuenit, vel plus vel minus, in singulis contractibus; nam hoc seruabitur, quod initio conuenit; legem etiam contractus dedit, excepto eo, quod *Celsus* putat, non valere, si conuenerit, *ne dolus praestetur*; hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita vtimur. Animalium vero casus, mortes, quaeque sine culpa accidunt, fugae seruorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur x).

Es kommt bey dieser schweren Materie auf folgende Grundsätze an; man hat nämlich erstlich darauf zu sehen, ob wegen des zu vertretenden Grades der Schuld durch einen Vertrag etwas ausgemacht worden ist, oder nicht. Im ersten Falle geht es nach dem Vertrage, und man kann durch diesen Vertrag theils mehr theils weniger fest setzen, als nach den Gesetzen oder der Natur des Geschäfts Rechtens ist. Daher kann ein Contrahent, der nach den Gesetzen nur culpam latam zu verantworten hätte, sich zur Leistung der culpae leuis oder leuissimae verbindlich machen; nur muß der Vertrag nicht

x) Ferd. Henr. REINOLD in D. ad L. 23. D. de reg. iur. in *Eius* Opusc. p. 303. Iac. GOTHOFREDVS ad tit. Pand. de diu. reg. iur. Gen. 1653. 4. p. 97.

nicht wider die Gesetze seyn. Ein solcher verbotener Vertrag würde es seyn, wenn der Ehemann sich ausbedungen hätte, daß er nur für den dolus verantwortlich seyn solle; weil die Gesetze schlechterdings dafür gesorgt wissen wollen, daß das Heyrathsgut auf alle Weise erhalten werde y). Ungültig ist ferner der Vertrag, daß der Contrahent nicht für grobe Versehen zu stehen brauche, weil diese Verträge mit dem guten Glauben, der in den Contracten wesentlich nothwendig ist, nicht bestehen können z).

Haben die Contrahenten über den Grad des Fleißes, welcher in dem Contract beobachtet werden soll, vertragsweise nichts festgesetzt, so kommt es darauf an, ob von der Ablieferung einer Sache, oder der Unternehmung einer Handlung die Rede ist. Bey Fällen der ersten Art muß nochmals unterschieden werden, ob beyde Contrahenten von dem Contract Vortheil haben, oder blos der eine von ihnen und der andere nicht. Wenn der Contract beyden Contrahenten vortheilhaft ist, so müssen auch beyde Contrahenten für die mittlere Nachlässigkeit stehen. Diese Verbindlichkeit tritt der Regel nach bey'm Kauf- Miech- Pacht- und Pfandcontracte ein, bisweilen auch bey dem commodatum, wie man aus der L. 18. pr. D. commod. sieht; und zwar wird in diesen Contracten culpa leuis in *abstracto*, in dem Gesellschaftscontract aber, und bey der Administration des Brautschatzes, culpa leuis in concreto prästirt. Eben diese Regel findet bey der Ablieferung der Vermächtnisse und Fideicommisse statt, wie es in der L. 108. §. 12. D. de legat. I. bemerkt wird, wo es heißt: cum quid tibi *legatum fideiue* tuae commissum sit, vt mihi restituas:

y) L. 1. §. 6. D. depositi. L. 6. D. de pact. dotal. L. 2. D. de iure dot. L. 1. D. soluto matr.

z) RITTERSHVS. in comm. ad L. 23. D. de reg. iur. c. 17. BRVCKNER D. de culpa concretiue tali, §. 20. PVFENDORF de culpa, P. IV. c. 2. §. 24. WÄHRN l. c. c. 4. §. 24. p. 165.

siquidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum duntaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere, existimauit. Sicut in contractibus bonae fidei seruatur, vt si quidem *vtriusque contrahentis commodum* versetur, etiam *culpa;* sin *vnius* solius, *dolus malus* tantummodo praestetur. Es wird also in diesem Gesetz gesagt, daß der Vortheil des Beschwerten den Grad der Nachlässigkeit bestimme, wofür er zu haften schuldig sey. In Rücksicht auf den Erben ist es zweifelhaft, was für einen Grad der Nachlässigkeit er den Legatarien vergüten müsse. Nach der L. 47. §. 5. D. de legat. I. soll der Erbe nicht nur für die culpa leuis, sondern selbst für die diligentia verantwortlich seyn, worunter culpa leuissima verstanden wird. Voet giebt zur Ursache hiervon an: quia hoc totum negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, inter testatorem et heredem agi creditur, adeoque in dispositione testatoris principaliter vertitur heredis vtilitas [a]). Herr Prof. Wehrn behauptet, man müsse unter dem Wort diligentia, nur culpa leuis *in abstracto* verstehen, und unter der angegebenen culpa leuis sey culpa leuis in *concreto* gemeynt [b]). Diese Erklärung verwirft Herr HR. Glück deswegen, weil diligentia offenbar noch einen geringern Grad der Fahrlässigkeit anzeigen solle, als der Ausdruck culpa levis. Nun kann aber die culpa in *concreto* bisweilen eine culpa *leuissima* seyn, wie bereits ausgeführt worden; die mehresten Rechtsgelehrten [c]) billigen daher die erste Erklä-

a) §. 10. Inst. de test. ord. Voet ad tit. de legat. n. 50.

b) Wehrn l. c. c. 11. §. 27. not. 4. p. 180.

c) Lavterbach in Coll. Pand. Lib. XIII. tit. 6. §. 40. Hvber ad Instit. Lib. II. tit. 20. §. 14. Waechtler in comm. ad l. 23. D. de reg. iur. c. 14. §. 81. Rittershvs. in comment. ad L. 23. D. de reg. iur. c. 15. p. 204. Petr. Beloivs var. iur. ciuil. Lib. II. c. 9. nr. 7. in

Meerm.

Erklärung, ob es gleich Gesetze giebt, worin verordnet worden, daß der Erbe wegen der aufgelegten Legate nur für den dolus stehe, oder worin das Wort culpa schlechthin gebraucht wird [d]).

Wenn nur Einer von den Contrahenten aus dem Contract Vortheil hat, dem Andern hingegen verursacht der Contract blos Beschwerde, so kommt es auf den Umstand an, ob der Vortheil demjenigen zu Theil wird, der die Sache nach dem Contract an den Andern abgeliefert hat, oder derjenige Nutzen vom Contract hat, an den die Sache abgeliefert worden ist. Im ersten Fall ist der Empfangnehmer nur wegen eines groben Versehens verantwortlich, hingegen der Andere, welcher die Sache abgeliefert und den Vortheil allein hat, muß sogar für die geringste Nachlässigkeit stehen. Eine solche Verantwortlichkeit kommt in den mehresten Fällen beym Depositum vor [e]), es müßte sich denn der Depositarius zur Annahme des Depositums selbst angeboten haben, in welchem Falle er für das geringste Versehen haften muß, welches habe verhütet werden können. In der L. 1. §. 35. D. depos. wird von diesem Falle gesagt: sed et si se quis *depositi obtulit*, idem *Iulianus* scribit, periculo se depositi illigasse: ita tamen, vt non solum dolum, sed *etiam culpam et custodiam praestet*, non tamen casus fortuitos. Einige Rechtslehrer verstehen dieses Gesetz nur von dem Falle, wenn der Depositarius sich einem Andern vorgedrungen hat, welcher die Sache weit besser aufgehoben haben würde; denn in andern Fällen brauche der Depositar, wenn er sich angeboten,

Meerm. Thes. T. IV. p. 693. Finestres in Hermog. T. II. p. 783. Herr GJR. Westphal von Vermächtnissen, §. 783.

d) L. 32. §. 5. D. de legat. II. L. 26. §. 1. L. 114. §. fin. D. de legat. I.

e) §. 3. Inst. quib. mod. re contr. oblig. L. 5. §. 2. D. commod. L. 1. §. 8. 10. et fin. D. depos.

boten, blos für die culpam leuem zu haften f); andere Rechtslehrer halten aber die angeführte Bestimmung für richtiger g).

Kommt der Vortheil aus dem Contract, blos dem Empfangnehmer zu Statten, so muß unterschieden werden, ob ihm die Sache zu einem unbestimmten Gebrauch überlassen worden, und der blos von der Willkühr des Gebers abhängt; oder ob sie ihm zu einem bestimmten Gebrauch überlassen worden ist. In diesem lezten Falle muß der Commodatar für das geringste Versehen haften, der Leiher braucht aber blos für ein grobes Versehen zu stehen, weil er ganz und gar keinen, jener aber allen Nutzen von dem Contract hat h). In der L. 1. § 4. D. de oblig. et act. kommt folgende Entscheidung vor: is vero, qui vtendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, (veluti incendio, ruina, naufragio) rem, quam accepit, amiserit, securus est: alias tamen *exactissimam* diligentiam custodiendae rei praestare compellitur: nec sufficit ei, eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, *si alius diligentior custodire potuit* i). Bey Fällen, wo die Sache zu einem unbestimmten Gebrauch überlassen worden, braucht der Besitzer nur in so fern für den Schaden zu stehen, als er solchen mit Vorsatz oder durch den höchsten Grad der Nachlässigkeit oder Unbesonnenheit ver-

f) c. 2. X. de depos. LAVTERBACH in colleg. Pand. Lib. XVI. tit. III. §. 31. MÜLLER ad STRVV. Exerc. XXI. §. 37. not. v. p. 1409. BERGER in Oecon. iur. Lib. III. tit. 2. thes. 13. not. 2.

g) VOET ad Pand. Lib. XVI. tit. 3. §. 7. RITTERSHVS. ad L. 23. D. de reg. iur. c. 3. p. 57. HVBER ad tit. Inst. quib. mod. re contr. oblig. §. 14. WAECHTLER in eit. comment. c. 2. §. 15. Höpfner im Comment. §. 759. Nr. 3.

h) L. 5. §. 2. in fine et §. 4. D. commod. L. 61. §. 6. D. de furt. §. 2. Inst. quib. mod. re contr. obligat.

i) WERNER l. c. c. 4. §. 26.

verursacht hat [k]); denn obgleich der Besitzer die ihm bittweise überlassene Sache ganz unentgeldlich benutzen kann, so muß er sichs doch zu jeder Zeit gefallen lassen, daß ihm der Eigenthümer die Sache wieder abfordert. Hierauf wird unstreitig in der L. 8. §. 3. D. de precar. Rücksicht genommen, wo es heißt: nec immerito dolum solum praestat is, qui precario rogauit; cum *totum hoc ex liberalitate descendat eius, qui precario concessit*, et satis sit, si dolus tantum praestetur. Culpam tamen dolo proximam contineri, quis merito dixerit [l]). Eine ganz andere Beschaffenheit hat es mit dem Commodatum; denn diesem darf die zum Gebrauch überlassene Sache nicht vor der Zeit wieder abgefordert werden. Eben deswegen ist es aber auch billig, daß er für das kleinste Versehen bey dem Gebrauch der Sache verantwortlich werde. Christian Thomasius [m]) glaubte in dem prätorischen Rechte einen andern Grund gefunden zu haben. Er schreibt: quoties Praetor solus, in negotio, quod ius ciuile penitus neglexit, obligationem introduxit, is sufficere putauit, si dolum saltem coerceret. Hinc et in precario etsi solius accipientis sit vtilitas, tamen dolus tantum praestatur, quia nec ibi vlla iuris ciuilis est actio [n]). Dieser Meynung steht aber entgegen, daß außer dem Interdict auch eine actio ciuilis incerti s. praescriptis verbis gebraucht werden konnte [o]); folglich muß man annehmen, daß das Interdict älter ist, und die actio praescriptis verbis in der Erst bey dem Precarium

k) L. 8. §. 3. D. de precar.

l) Guil. Prousteau in recit. ad L. 23. D. de reg. iur. c. 12. §. 15. Wesphal von Sachen, §. 107.

m) Chr. Thomasius in D. de culparum praestatione in contract. c. 1. §. 51.

n) L. 1. §. 1. D. si mens. falf. mod. L. 14. D. de precar. L. 14. §. 1. D. de furt.

o) L. 2. §. 2. L. 19. §. 2. D. de precar.

rium nicht gebraucht worden ist p). Noch ist zu bemerken, daß, sobald der Eigenthümer die bittweise überlassene Sache, von demjenigen zurück verlangt hat, dem er sie bittweise geliehen, und er zögert mit der Zurückgabe, er schuldig ist, jeden Schaden zu ersetzen, woran er auf irgend eine Weise Schuld ist, wenn solcher auch nur aus einem geringen Versehen herrühren sollte q); ja er muß sogar den Unglücksfall tragen, wenn solcher die Sache bey dem Eigenthümer nicht getroffen haben würde r). In der L. 8. §. 6. D. de prec. heißt es von diesem Falle: et generaliter erit dicendum, in restitutionem venire *dolum* et *culpam latam* duntaxat, caetera non venire. Plane *post interdictum editum* oportebit et *dolum* et *culpam*, et *omnem casum* venire. *Nam vbi moram quis fecit precario, omnem causam debebit constituere.*

Wir haben gesehen, was für Grundsätze gelten, wenn von Vergütung des Schadens die Rede ist, der durch eine begangene Nachlässigkeit verursacht worden ist, da durch einen Contract über eine Sache Verbindlichkeiten errichtet worden; nunmehr soll darüber das Wichtigste bemerkt werden, was in diesem Stück Rechtens sey, wenn man sich zu Leistung einer Handlung durch einen Contract verbindlich gemacht hat. Es kommt vor allen Dingen darauf an, ob man sich selbst, ohne Auftrag zu haben, dem fremden Geschäfte unterzogen hat, oder ob uns die Besorgung desselben aufgetragen worden ist. Bey einem Falle der ersten Art wird man für jede Schuld, die wirklich vorhanden ist, verantwortlich s), und nur als-

p) Herr GJR. Westphal von Sachen, §. 111. Herr Prof. Hugo im civilist. Magaz. 1sten Bandes 4tes Heft, S. 473. flg.

q) L. 14. §. 11. D. de furtis.

r) d'AVEZAN contractuum Lib. I. c. 29. in MEERM. Thes. T. IV. p. 58. Herr GJR. Westphal a. a. O. §. 115.

s) §. 1. Inst. de oblig. quae quasi ex contr. nasc. L. 2. L. 32. pr. L. 37. §. 1. D. de negot. gest. L. 53. §. 3. D. de furt.

alsdenn braucht man blos für den aus Vorsaß oder aus grober Nachlässigkeit verursachten Schaden zu stehen, wenn man sich einer fremden Angelegenheit, in einem Nothfalle, aus Zuneigung für einen Freund, unterzogen hat, wie die L. 3. §. 9. D. de negot. gest. sagt. Verschiedne Rechtslehrer [t]) wollen zwar die zum Beweis dieser Meynung angeführten Gesetze nur von dem Falle verstehen, wenn ein Anderer, der das Geschäfte besser besorgt haben würde, durch diese Einmischung in fremde Angelegenheiten, ausgeschlossen worden, und die L. 20. C. de negot. gest. macht diese Behauptung wahrscheinlich, weil es daselbst heißt, qui citra mandatum negotium alienum sponte gerit, solle nur für die culpa lata und leuis verantwortlich seyn.

Wenn man eine fremde Handlung deswegen übernommen, weil man Auftrag dazu hatte, und nun ist von der Schadensvergütung, die sich auf eine Schuld gründet, die Rede, so kommt es darauf an, ob das Geschäfte, seiner Natur nach, mit einer vorzüglichen Aufmerksamkeit verrichtet werden muß, oder besondere Sach- und Kunstkenntnisse voraussetzt; oder ob es schon bey gemeinen Kenntnissen oder durch Anwendung eines gewöhnlichen Fleißes gehörig besorgt werden kann. In Fällen der ersten Art, muß bey Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit, wenn sie nach den bürgerlichen Gesetzen für gegründet gehalten werden kann, aller Fleiß angewendet, folglich auch das geringste Versehen vergütet werden. Wer daher die Führung eines Processes übernommen hat, oder er macht sich zum Transport einer sehr zerbrechlichen Sache verbindlich, der muß die größte Aufmerksamkeit darauf verwenden, oder für allen verur-

furt. L. 23. D. de reg. iur. L. 24. C. de vfur. VOET in comment. Lib. III. tit. 5. §. 4. PROVSTEAV l. c. c. 15. in MEERM. Thes. T. III. p. 511.

t) WEHRN in doctr. iur. l. c. §. 7.

sachten Schaden stehen u). Kann gegen den Kunstverständigen, wegen nicht gehörig erfüllter Verbindlichkeit, blos eine prätorische Klage gebraucht werden, so ist er für den verursachten Schaden nicht anders verantwortlich, als wenn er ihn mit Vorsatz, oder durch seine grobe Nachlässigkeit verursacht hat. Dieses ist der Fall bey den Feldmessern, von denen es in der L. 1. §. 1. D. si mens. fals. mod. dix. heißt: satis abundeque coerceri *mensorem*, si *dolus* malus solus conueniatur eius hominis, *qui ciuiliter obligatus non est*. Proinde, si *imperite* versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit; sed et si *negligenter*, aeque mensor securus erit; *lata culpa* plane dolo comparabitur. Der Feldmesser braucht also nur für den dolum und die gröbste Nachlässigkeit zu stehen. Auch von den Proxeneten wird in der L. 2. D. de prox. bemerkt: neque enim *mandati*, nec *ex locato conducto* erit actio; sed si *dolo* et *calliditate* creditorem circumueneriit proxeneta, de *dolo* actione tenebitur. Ein Proxeneta wurde also ebenfalls bey den Römern nur wegen seines dolus, oder der begangenen gröbsten Nachlässigkeit wegen, für verantwortlich gehalten x).

Kann das übernommene Geschäfte, blos bey gemeinen Kenntnissen oder einem gewöhnlichen Fleiße, gehörig besorgt werden, so kommt es in unserer Materie darauf an, ob man sich dazu gedrungen, und einen Andern ausgeschlossen hat, oder ob man sich blos freywillig dazu angebo-

u) L. 13. C. mand. L. 25. §. 7. D. loc. cond. L. 13. §. 5. eod. L. 137. §. 3. D. de verb. oblig. MADIHN in Princ. iur. Rom. P. I. theor. gen. Sect. 3. c. 1. §. 101. nr. 1. d'AVEZAN contr. Lib. I. c. 32. §. fin. in Thes. MEERM. Tom. IV. p. 62.

x) Hier. Frid. SCHORCH in D. de proxenetis, Erf. 1766. §. 7. Chr. Gótth. RICCIVS in Exerc. iur. camb. XII. de proxenetis cambiorumAet mercium, Gott. 1781. §. 46. Conr. Otto LÜHRSEN D. de proxenetis publicis ex iure germanico, praesertim Hamburgensi spectatis, Gott. 1795. Sect. 5. §. 28.

geboten hat. In Fällen der ersten Art, versteht sichs ebenfalls von selbst, daß man für jeden durch die geringste Nachlässigkeit verursachten Schaden stehen müsse. Dieses ist z. B. der Fall, wenn man sich zu Uebernahme einer Vormundschaft gedrungen, oder wenn man unter mehrern Vormündern die Verwaltung des Vermögens allein und aus freyen Stücken übernommen hat y). Hat man sich nicht zu Uebernahme eines fremden Geschäfts erboten, sondern ist dazu aufgefordert worden, so kommt es darauf an, ob man die Handlung umsonst besorgen wollen, oder ob man sie für einen bedungenen Lohn übernommen hat. In diesem Falle braucht man nur für ein mäßiges Versehen zu stehen; im ersten aber wird nach dem römischen Rechte nochmals unterschieden, ob das übernommene Geschäfte von der Art ist, daß man solches zu übernehmen schuldig war, und wovon man sich also ohne eine rechtmäßige Entschuldigungsursache nicht los machen konnte, welches bey Vormundschaften z. B. der Fall ist, oder ob man gar keine Verbindlichkeit dazu hatte, das aufgetragene Geschäfte zu übernehmen, sondern man übernahm es aus freyem Willen. Bey Geschäften jener Art braucht man nur für Versehen zu stehen, die aus einer culpa leui herrühren z); bey diesen letzten Geschäften war man bey den Römern schuldig, die größte Aufmerksamkeit anzuwenden, und folglich mußte man auch für das geringste Versehen stehen a). In unsern Gerichten wird ein Bevollmächtigter der Regel nach nur wegen der mittlern Nachlässigkeit für verantwortlich erklärt.

y) L. 53. §. 3. D. de furt.

z) L. 10. D. de admin. et peric. tut. L. 33. pr. D. eod. L. 7. C. arbitr. tut. Provsteav in recit. ad L. 23. D. de reg. iur. c. 16. §. 10. 11. in Meerm. Thes. T. III. p. 515.

a) L. 8. §. fin. D. mand. L. 21. C. eod. Provsteav in recit. cit. c. 14. §. 20—30. d'Avezan contr. Lib. I. c. 34. §. 1. Lib. II. tract. IV. §. procur. etc. in Meerm. Thes. T. IV. p. 112. Petr. Belloivs var. iur. ciuil. Lib. II. c. 9. nr. 6. Voet ad Dig. Lib. XVII. tit. 1. n. 9.

klärt b). Es ist etwas Hartes, daß die Römer denjenigen, der eines Andern Geschäfte, aus Freundschaft und umsonst besorgt hatte, strenger beurtheilten, als solche Personen, welche sich für ihre Mühe bezahlen ließen, da es doch ein Rechtssatz war: es dürfe Niemandem seine Gefälligkeit zum Nachtheil gereichen *).

Der Herr GTR. Höpfner hat §. 759. S. 707. seines Commentars über die Institutionen, die Materie von der Vergütung des aus Nachlässigkeit verursachten Schadens folgendergestalt zu erklären gesucht, indem er schreibt: in welchen Fällen wird denn nun culpa lata, in welchen leuis, in welchen leuissima geleistet? Eine intricate Frage c), weil, wie gesagt, die römischen Juristen

b) Estors bürgerl. Rechtsgel. Thl. 2. §. 4811. Reinhards Abhandl. vom Vollmachtscontracte, in s. kl. Schriften, S. 337.

*) L. 29. D. ex quib. caus. maior. XXV. ann. L. 61. §. 5. D. de furt.

c) Donell a. a. O. gesteht, daß in dieser Materie unauflößliche Knoten seyn. Thomasius D. de vsu pract. doctr. de culpar. praest. in contr. c. 1. §. 1. rechnet sie unter die drey allerschwersten im römischen Rechte. S. auch Leyser Spec. 154. med. 1. Die classischen Stellen sind L. 5. §. 2. sqq. D. commod. Nunc videndum est, *quid veniat in commodati actione:* vtrum dolus, an et culpa? an vero et omne periculum? Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus; dolum in deposito, nam quia nulla *vtilitas* eius versatur, apud quem deponetur, merito dolus praestatur solus; nisi forte et merces accessit; tunc enim (vt est et constitutum) etiam culpa exhibetur; aut si hoc ab initio conuenit, vt et culpam, et periculum praestetis, penes quem deponitur. Sed vbi vtriusque vtilitas vertitur, vt in empto, (vt) in locato, (vt) in dote, (vt) in pignore, (vt) in societate, et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam vtilitatem continet eius, cui commodatur; et ideo verior est Quinti (Mutii) sententia, existimantis, et culpam praestandam, et diligentiam. Und L. 23. D. de reg. iur. Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium; dolum et culpam, mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum.

sten sich auf so verschiedne Art, und oft so unbestimmt ausdrücken, auch unter sich selbst nicht einig sind. Stryck d) will daher die ganze Sache dem Ermessen des Richters heimgestellt haben. Dieß geht aber, da wir gesetzliche Vorschriften in dieser Materie haben, nicht an. Freylich bleibt immer dem Ermessen des Richters viel überlassen, weil man keinen genauen Maasstab für die Grade der Nachlässigkeit hat; allein darum hängt doch nicht alles vom richterlichen Gutdünken ab. Folgende Regeln sind wohl die richtigsten und brauchbarsten.

Wenn culpa außer einem Contract vorkommt; das heißt, wenn Jemand, mit dem ich in keinem Contract stehe, mir durch Nachlässigkeit Schaden thut, so muß er mir denselben ersetzen, die culpa mag nun lata, leuis oder leuissima seyn. Daher muß der Erbe dem Legatar culpam leuissimam leisten. Wenn mir Jemand durch ein Delict oder Quasidelict Schaden thut, z. E. mir

tum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta, (in his quidem et diligentiam), societas, et rerum communio, et dolum, et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim conuenit, vel plus, vel minus, in singulis contractibus; nam hoc seruabitur, quod initio conuenit; legem enim contractus dedit, excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si conuenerit, ne dolus praestetur; hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est; et ita vtimur. Animalium vero casus, mortes, quaeque sine culpa accidunt, fugae seruorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur. Ueber diese letzte Stelle haben viele Juristen, unter andern CONTIVS, RITTERSHVSIVS, Arg. 1659. 4. und PROVSTEAV, bey MEERM. Tom. 3. commentirt. Auch ist d'AVEZAN de contractibus Lib. I. cap. 26. sqq. bey MEERMANN. Tom. 4. p. 54. sqq. REINHOLD D. ad h. l. in Opusc. p. 303. sqq. und vorzüglich Iac. GOTHOFREDVS ad tit. de reg. iur. in Opusc. p. m. 700. zu empfehlen. Insonderheit über die Worte: in his *quidem* et diligentiam s. MARCKART probabil. recept. lect. Part. I. p. 90. und PÜTTMANN probabil. Lib. I. cap. 9.

d) STRYCK in vsu mod. tit. commod. §. 12.

mir meine Fenster einwirft, mein Vieh todt schlägt, todt schießt, verwundet ꝛc. so muß er mich entschädigen, wenn er auch nur das mindeste Versehen begangen hat e).

Wenn hingegen die Frage ist, welchen Grad der culpae ein Contrahent zu leisten habe, so muß man vor allen Dingen darauf sehen, ob etwas darüber ausgemacht worden ist; denn es ist keinem Zweifel unterworfen, daß ein Contrahent, der nach den Gesetzen nur culpam latam zu leisten hätte, sich zur Leistung der leuis, oder der, so nur leuem zu prästiren hätte, sich zur Prästation der leuissimae verbindlich machen kann.

Ist nichts ausgemacht, so bemerke man: 1) wo die Rede von Leistung eines facti ist, da muß einer culpam leuem leisten, und hier kommt nichts darauf an, ob einer das Factum umsonst thut, oder ob er dafür bezahlt wird; denn wer sich zu einem facto anheischig macht, der verspricht zugleich, daß er es auf die gehörige Art, ordentlich und fleißig thun wolle. Hält er dieses stillschweigende Versprechen nicht, so muß er den Schaden ersetzen. Daher kommt es, daß der mandatarius, der negotiorum gestor, der Vormund, culpam leuem leisten müssen f).

2) Wenn ich etwas zu geben oder zu restituiren versprochen habe, so muß man zwey Fälle distinguiren.

Der

e) L. 44. D. de L. Aquilia, welche Stelle besonders deswegen merkwürdig ist, weil sie die einzige im ganzen Corp. iur. ist, wo der Ausdruck culpa leuissima vorkommt.

f) Eine Ausnahme macht das römische Recht bey den Feldmessern; denn sie leisten, wenn sie falsch messen, nur culpam latam, nach der L. 1. §. 1. D. si mens. falsum. mod. dix. Die Ursache will Ulpian in der angeführten Stelle erklären. Er sagt, man habe mit dem Feldmesser keinen Miethcontract geschlossen; er leiste seinen Dienst beneficii loco, sey nicht civiliter obligatus. Wenn er aber auch mercedem bekomme, so leiste er doch nur culpam leuem, propter verba edicti, weil der Prätor allgemein rede. Diese Erklärung scheint nicht recht zusammen zu hängen.

Der erste ist: ein Contrahent zieht allen Vortheil aus dem Contract; der andere hat nichts als Nachtheil und Beschwerde davon. Der zweyte Fall: jeder Contrahent hat Nutzen, jeder aber auch Beschwerde dabey. Im ersten leistet der Contrahent, dem der Contract allein nützlich ist, culpam leuissimam, und der andere culpam latam, jedoch ist das precarium von dieser Regel ausgenommen. Hingegen im letzten Falle leisten beyde culpam leuem. Wenn ich z. E. einen Kaufcontract schließe, so habe ich den Vortheil, daß ich Waaren bekomme; aber die Beschwerde, daß ich mein Geld weggeben muß. Der Verkäufer hat den Nutzen, daß er Geld bekommt; hingegen die beschwerliche Verbindlichkeit, seine Sache aus den Händen zu geben. Also beyde Theile haben Nutzen und Beschwerde; beyde leisten also culpam leuem. Eben so ist es im Miethcontract. Hingegen wenn ich einem eine Sache in depositum gebe, so habe ich den Vortheil, daß mir meine Sache verwahrt wird, und der Depositarius hat nichts als die Last, daß er sie verwahren muß. Also der Nutzen ist allein auf meiner Seite. Deswegen muß ich auch culpam leuissimam, der Depositarius nur latam leisten. Bey dem commodato hat der Commodatarius allen Nutzen, der commodans keinen; jener leistet daher culpam leuissimam, dieser latam.

3) Wer sich zu einem Geschäft erbietet, dem man sonst vielmehr zu entgehen sucht, der muß culpam leuissimam leisten. Also nicht Jeder, welcher sich zu einem Geschäft erbietet, ist in dieser Regel begriffen. Der Käufer z. E., der Verkäufer, der Miethsmann, u. s. w. leisten darum keine culpam leuissimam, weil sie sich zu dem Contract offerirt haben. Nur alsdann gilt jener Satz, wenn ich mich zu einem Geschäft offerire, welches lästig ist, wobey ich keinen Vortheil habe, oder haben soll, und das sonst Niemand gern übernimmt. Wenn ich mich z. E. offerire, von Jemandem ein Depositum zu nehmen; wenn sich ein Vormund zur Tutel erboten hat:

wie-

wiewohl ich nicht glaube, daß sich heutiges Tages, da die Vormünder besoldet werden, dieser Satz vertheidigen lasse.

4) Wenn ein Geschäft seiner Natur nach die größte Aufmerksamkeit erfordert, so muß der, welcher es übernimmt, culpam leuissimam leisten. Ein Pferdekauf z. E. erfordert eine ausnehmende Vorsicht. Wenn ich also Jemandem den Auftrag gebe, für mich ein Pferd zu kaufen, so muß er die äußerste Vorsicht anwenden, und wenn er es unterläßt, mir den daraus entstehenden Schaden ersetzen.

Mit der gegenwärtigen Materie stehen noch folgende zwey Fragen in Verbindung: nämlich 1) was die Erben für eine culpa zu vertreten haben, wenn sie wegen eines von ihrem Erblasser verursachten Schadens belangt worden sind? und 2) welcher der streitenden Theile die Beweisführung, ob eine Fahrlässigkeit begangen worden sey, zu übernehmen habe? Was die erste Frage betrifft, so verordnen die Gesetze g), die Erben sollen jeden Schaden, den ihr Erblasser mit Vorsatz oder durch eine grobe Nachlässigkeit verursacht hat, aus dem Nachlaß, in so weit solcher zureicht, vergüten. Darüber ist aber mancher Zweifel, ob die Erben auch für Schäden stehen müssen, welche ihr Erblasser durch eine mittlere oder gar nur durch die geringste Nachlässigkeit verursacht hat. Es giebt Gesetze h), worin die Erben der Vormünder und obrigkeitlicher Personen von diesen Vertretungsansprüchen frey

g) L. fin. §. 1. D. de fideiuss. et nomin. et hered. tutor. et curat. L. 152. §. 3. L. 157. §. fin. D. de reg. iur. L. 12. L. 49. D. de oblig. et action. L. 4. D. de magistr. conu. L. 2. C. eod. L. 1. C. de hered. tutor. L. 17. C. de negot. gest. L. 149. D. de reg. iur. c. 5. X. de raptor. c. 3. X. de pignor. c. vlt. X. de sepult. Wehrn in doctr. iur. etc. c. 4. §. 38. 39.

h) L. 4. D. de magistr. conu. L. 1. C. de hered. tutor.

frey gesprochen worden sind. Einige Rechtslehrer i) haben aus diesen besondern Fällen eine allgemeine Regel folgern wollen, welche wenigstens mit der Rechtsanalogie streitet, indem es bekannten Rechtens ist, daß die Natur der Verbindlichkeiten durch den Tod der verbindlichen Person nicht geändert werde, daher es in der L. 2. §. 2. D. de verb. oblig. heißt: non enim ea persona heredum conditio obligationis immutatur. Da der Erbe in alle Verbindlichkeiten des Verstorbenen tritt, welche nicht ganz persönlich sind, so muß er nothwendig auch für eben den Grad der Nachlässigkeit verantwortlich seyn, wofür der Verstorbene hätte stehen müssen k). Hierzu kommt, daß der Schade von dem Vermögen des Verstorbenen, und nicht des Erben vergütet werden soll, folglich der Erbe Vortheil von des Andern Nachtheil ziehen würde, dieses aber wider alle Billigkeit anstößt l). Die Gesetze geben dieses sogar deutlich zu verstehen; denn in der L. 35. in fin. D. pro socio heißt es: in heredem autem socii proponitur actio, vt bonam fidem praestet, und in der L. 36. D. eod. wird gesagt: et acti etiam *culpam*, quam *is* praestaret, *in cuius locum successisset*, licet socius non sit. Einige Rechtslehrer m) behaupten, für acti müsse defuncti gelesen werden, weil die Basilica diese Lesart bestätige. Zu weit gehen aber ohnstreitig diejenigen Rechtsgelehrten, welche nicht einmal bey den Erben der Vormünder eine Ausnahme gel-

i) Petr. Belovs in var. iur. ciuil. Lib. II. c. 9. in fine.

k) L. 59. L. 62. L. 120. L. 149. L. 177. pr. D. de reg. iur.

l) L. 33. D. de reg. iur. L. 63. §. 8. D. pro socio. L. vn. §. 4. C. de cad. tollend.

m) Nic. Catharini obseru. libr. c. 25. in Otton. Thes. T. I. p. 491.

gelten lassen wollen n), da es doch in Gesetzen deutlich gesagt wird, daß die Erben der Vormünder nur alsdenn, so wie ihr Erblasser, verurtheilt werden sollen, wenn die Klage schon bey seinem Leben wider ihn angebracht worden, oder der Erbe durch den Schaden, der dem Pupillen von dessen Vormunde culpa leui verursacht worden, Nutzen zu ziehen, oder gar einem Dritten dadurch Vortheile zu verschaffen gesucht hat. In der L. 1. C. de hered. tut. heißt es: heredes tutorum, ob negligentiam, *quae non latae culpae comparari possit*, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum, aut gratia praestitum sit.

Ueber die Frage: wer in dem Proceß über einen aus Nachlässigkeit entstandenen Schaden, den Beweis führen müsse, sind die Rechtslehrer ebenfalls verschiedner Meynung. Mehrere Rechtslehrer o) behaupten, der Kläger müsse den Beweis führen, andere sind der Meynung, es sey Schuldigkeit des Beklagten, darzuthun, daß er außer Schuld sey p). Die richtigere Meynung behaupten ohnstreitig diejenigen Rechtsgelehrten, welche sagen, es komme darauf an, ob der Kläger den Grund seiner Klage ausdrücklich darauf gebaut haben, der Schaden

n) Cuiacii Obs. Lib. XIII. c. 39. Thomasius in D. de culpa tutoris ab hered. praest. Hal. 1701. et in *Eius* Diss. T. II. Nr. 51. Kern D. de obligatione tutoris defuncti ex persona heredis haud minuta, Gott. 1782. Wehrn in doctr. eir. c. 4. §. 40.

o) Wernher in Observat. T. I. Part. I. Obs. 200. nr. 6. Herr von Quistorp in der Abhandl. ob ein Hausvater, in dessen Wohnung Feuer ausgekommen, bey verursachtem Schaden, den Mangel der Fahrlässigkeit beweisen müsse? in den Beyträgen zur Erläuterung verschiedner Rechtsmaterien, Nr. 14.

p) Fr. Alef in D. de onere probandae culpae, actori nunquam incumbente, in *Eius* dieb. acad. Heidelb. 1758. 4. Diss. 20. p. 565. sqq.

den sey durch die Schuld des Beklagten entstanden, oder ob er blos von dem Beklagten die contractmäßige Herausgabe der Sache verlangt habe. Im ersten Falle, muß der Kläger den Beweis der vorgebrachten Beschuldigung übernehmen, weil ihm allemal die Verbindlichkeit obliegt, den Beweis solcher Thatsachen zu führen, die zum Grunde der Klage dienen, wenn ihn keine Rechtsvermuthung von der Beweisführung befreyt q). In dem gegenwärtigen Falle hat der Kläger keine solche Rechtsvermuthung für sich, sondern vielmehr für den Beklagten streitet die Vermuthung, er habe seine Pflichten nicht verabsäumt, weil Jeder so lange für rechtschaffen gehalten werden muß, bis das Gegentheil bewiesen ist r). Anders verhält sich die Sache, wenn der Beklagte die Einrede vorgeschützt hat, die Sache sey ohne seine Schuld, durch einen bloßen Unglücksfall beschädigt worden, oder verlohren gegangen; denn hier ist er schuldig, den Beweis zu führen, weil er bey Vorschützung der Einreden als Kläger betrachtet wird s), wie es in der L. 19. pr. D. de prob. heißt. Die Gesetze legen ihm daher ausdrücklich den Beweis auf: denn in der L. 5. C. de pignor. act. heißt es: si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdiderit, restituere id non cogitur: sed si culpae reus deprehenditur, *vel non probat manifestis rationibus*, *se perdidisse*, quanti debitoris interest, condemnari debet. In der L. 9. §. 4. D. loc. wird gesagt: Imp. *Antoninus* ita rescripsit: si Capras latrones citra

q) L. 2. L. 18. §. 2. D. L. 1. L. 23. C. de probat. L. 4. C. de edendo.

r) L. 18. §. 1. D. de probat. L. 6. C. de dolo malo. Henr. Coccei in tr. de doli, culpae et negligentiae praestationibus in quolibet negotio, Disp. III. §. 30.

s) Leyser Spec. 186. med. 5. Voet in comment. ad Dig. Lib. XIII. tit. 7. §. 5. Chr. Guil. Wehrn l. c. c. 4. §. 20. p. 158. Herr HR. Weister in den practischen Bemerkungen, Band 2. S. 74.

tuam fraudem abegisse probari potest, iudicio locati casum praestare non cogeris.

§. 325. 326. 327.

Auch durch einen so genannten **Unglücksfall**, casus, werden die beträchtlichsten Schäden verursacht, daher über solche mancherley **Verträge** geschlossen werden, und daher gehört diese Materie ebenfalls unter die allgemeinen Grundsätze von Verträgen und Contracten. Unter dem Wort casus wird ein solches Ereigniß verstanden, welches man entweder bey aller menschlichen Klugheit nicht voraussehen konnte, oder welches wenigstens nicht zu verhüten war, ob man es gleich vorher sahe t). Deswegen ist etwas noch nicht für einen so genannten Unglücksfall zu halten, weil man den Vorfall nicht vorher gesehen hat, sondern es ist schlechterdings nöthig, daß man ihn nicht vorher sehen konnte, da man doch alle nöthige Vorsicht und Klugheit angewendet hat. In der L. 2. §. 7. D. de admin. rer. ad ciuit. pert. wird gesagt: fortuitos casus nullum humanum consilium prouidere potest, und in der L. 11. §. 5. D. de minor. heißt es: quod fato contingit, cuiuis patrifamilias, quamuis diligentissimo, potest contingere. Aehnliche Gedanken kommen in der L. 4. C. de peric. tut. vor. Dagegen wird es aber nicht zum Wesen des casus erfordert, daß man ihn gar nicht vorher sehen konnte, sondern es ist schon hinreichend, wenn er so beschaffen war, daß man ihn nicht abzuwenden im Stande war u), daher es in Gesetzen heißt: casus fortuitus est, cui humana infir-

t) Seb. MEDICES de casibus fortuitis, Col. 1596. 8. HEILSBERG de iure circa fortuita, Fif. 1695. BENZ de casu fortuito, Arg. 1651. ZIEGLER de casu fortuito, Vit. 1667.

u) L. 1. §. 4. D. de oblig. et act. L. 15. §. 2. D. locati.

firmitas resistere non potest. Man nimmt also einen falschen Begriff an, wenn man eine solche unvermuthete Begebenheit darunter versteht, die man nicht abwenden kann, wie Averanius gezeigt hat, folglich ist auch die Eintheilung in vorhergesehene und nicht vorhergesehene Zufälle keinesweges für unrichtig zu halten, wie gleichwohl von Lauterbach x) geschehen ist. Ein casus kann entweder durch eine Wirkung der Natur verursacht werden, oder durch Handlungen der Menschen. In Gesetzen werden jene Unglücksfälle, vis maior, vis naturalis, vis diuina, fatum genennt y), und hierzu gehören Erdbeben, Viehsterben, Wetterschaden, Mißwachs. Unglücksfälle, die aus Handlungen der Menschen entstanden sind, sind z. B. Brand, Diebstahl, feindliche Verwüstungen. Der casus kann ferner so beschaffen seyn, daß eine Nachlässigkeit des Verpflichteten dabey concurrirt, oder dieses ist nicht der Fall. Ein Zufall der ersten Art wird casus mixtus genennt, wovon in der L. 17. pr. in der L. 36. §. 1. D. de rei vind. und in der L. 18. pr. D. commod. Beyspiele angeführt werden z); und derjenige, wo keine Nachlässigkeit des Verpflichteten concurrirt, heißt casus merus. In Gesetzen heißt der casus auch fatum, fortuna, damnum fatale, casus maior a). Der Herr GTR. Höpfner schreibt, wenn man die Folgen des casus, das heißt, den dadurch verursachten Schaden durch menschliche Klugheit und Kräfte hätte abwenden können, und man unterläßt es, so heißt der Unglücksfall casus mixtus. Wenn vor funfzig Jahren das Gewitter einschlug, und ein Haus anzündete, so war es

x) AVERAN. in interpr. Lib. II. c. 26. nr. 5. sqq. LAUTERBACH ad Pand. Lib. XIII. tit. 6. §. 44.

y) L. 25. §. 6. L. 33. in f. L. 59. D. locati L. 11. §. 5. D. de minor. L. 24. §. 4. D. de damno inf.

z) Herr GJR. Westphal von Sachen, §. 934. S. 723.

a) L. 25. §. 6. L. 33. in f. D. locati L. 11. §. 5. D. de minor. L. 3. §. 1. D. naut. caup. L. 52. §. 3. D. pro soc.

ein casus merus; geschieht dieses aber in unsern Zeiten, so ist es ein casus mixtus; denn es ist eine Nachlässigkeit, daß man keinen Gewitterableiter angebracht hat. Man kann es nicht verhindern, daß der Blitzstrahl auf ein Gebäude fällt, folglich ist es casus, wenn es geschieht; man kann ihn aber durch den Ableiter so leiten, daß er dem Gebäude keinen Schaden thut. Unterläßt man es, so ist man in culpa [b]). Endlich werden die Unglücksfälle in gewöhnliche, casus soliti, in ungewöhnliche, casus insoliti, und in ganz ungewöhnliche, casus insolitissimi, eingetheilt [c]). Verschiedene andere Rechtslehrer [d]) haben zwar diese Eintheilung deswegen verworfen, weil alle Zufälle etwas ungewöhnliches enthalten, was von den Paciscenten nicht erwartet worden ist. Darauf antworten aber die Vertheidiger der angeführten Eintheilung, sie habe allerdings in der Natur der Sache ihren Grund; denn wenn gleich Unglücksfälle dieser Art in Vergleichung mit dem, was gewöhnlich und täglich geschieht, etwas ungewöhliches sind, so ist doch nicht zu läugnen, daß, wenn man die Zufälle unter sich selbst vergleicht, der eine sich seltener, als der andere, zutragen, folglich der eine gewöhnlicher, der andere ungewöhnlicher seyn kann. Etwas gewöhnliches ist es z. B. daß von schlechter Witterung ein Mißwachs entsteht; ungewöhnlicher aber ist es, daß die Früchte durch

b) Höpfners Comment. über die Instit. §. 754. S. 702.

c) Averan. in interpr. Lib. II. c. 26. nr. 17. sqq. Eutto D. de praestatione casuum solitorum, insolitorum, et insolitissimorum, Trai. ad Rhen. 1727. et in *Eius* Diss. nr. 6. Hofacker in Princ. iur. ciuil. T. I. §. 174. p. 139. Strubens Bedenk. Thl. 3. Bedenk. 46. S. 177.

d) Müller ad Struv. Exerc. XIX. th. 44. not. a. Stryck in tr. de iure sensuum, Diss. 10. c. 7. nr. 34. Herr Ordinarius von Winckler in der rechtl. Abhandl. von Kriegsschäden der Pächter und Miethleute, 2te Ausg. Leipz. 1796. 8. S. 35. flg.

durch einen anhaltenden Schnee, im May oder Junius, oder durch Mäuse- oder Heuschreckenfraß verdorben werden, oder daß eine Sache durch Brand zu Grunde gerichtet wird. Unter die ganz ungewöhnlichen Zufälle gehören Erdbeben, Wolkenbrüche, und, nach der Behauptung einiger Rechtslehrer, auch der Krieg e), wiewohl die mehresten Rechtsgelehrten die Kriegsschäden unter die ungewöhnlichen Zufälle zählen f). Uebrigens ist es nicht zu leugnen, daß hierbey sehr viel auf die Beschaffenheit des Orts, auf Zeitumstände und andere Verhältnisse ankommt; denn hiernach muß es beurtheilt werden, ob ein gewisser Unglücksfall mit Wahrscheinlichkeit hat vorhergesehen werden können, oder nicht, welche Bestimmung billig dem Ermessen des Richters überlassen werden muß g). Eine sonderbare Meynung des Bartolus war es, daß er nur solche Unglücksfälle unter die allerungewöhnlichsten rechnete, die sich nicht eher, als nach tausend Jahren, wieder ereigneten; denn es ist schon hinreichend, wenn sich ein gewisser Zufall an dem Orte, wo jetzt die Frage davon ist, so selten ereignet, daß man gar keine Ursache hat, sich dafür zu fürchten. Der Vollständigkeit wegen ist noch zu bemerken, daß unter dem Wort periculum, in Gesetzen h) oft nichts anders verstanden werden darf, als was durch das Wort casus ausgedrückt wird, nämlich der Unglücksfall nebst dem dadurch

e) Herr Ordinarius von Winckler a. a. O. 1. Abschn. 2. Hptstck. Nr. 18. S. 37. und Nr. 28. S. 40.

f) Herr Vicekanzler Strube a. a. O. de Pufendorf in Obs. iur. vniu. Tom. IV. Obs. 78. §. 5.

g) Menoch. de arbitr. iud. quaest. Lib. II. c. 80. nr. 8. Hommel Rhapf. quaest. for. Vol. IV. Obs. 589. nr. 1. p. 377.

h) L. 4. D. de naut. foen. L. 9. §. fin. L. 11. pr. D. de reb. cred. L. 5. §. 14. L. 10. §. 1. D. commod. L. 57. §. 6. D. ad Sctm. Treb. L. 1. pr. L. 14. D. de peric. et commod. rei vend. §. 3. Inst. de emt. vendit. L. 1. C. de commod.

verursachten Schaden i). Man darf es daher blos für eine Ausnahme von der Regel halten, wenn das Wort periculum im uneigentlichen Verstande gebraucht, und bisweilen zwischen periculum und casus fortuitus ein Unterschied gemacht wird; indem periculum so viel heissen soll, als praestatio culpae leuissimae k).

Nachdem der Begriff des Worts casus festgesetzt, und die Eintheilungen der Unglücksfälle vorgetragen worden, so soll über die Grundsätze von der Prästation der Unglücksfälle das Wichtigste bemerkt werden l). Hier kommt es hauptsächlich auf folgende zwey Fragen an: 1) wer trägt den Unglücksfall, über wen geht er, wessen ist der dadurch verursachte Schaden? 2) wer ersetzt ihn, das heißt, wann bin ich schuldig, den Schaden, den ein Anderer durch Zufall erlitten hat, zu ersetzen m)? Zuweilen passirt ein Unglücksfall, und die Frage ist, wen er eigentlich treffe? quis sentiat casum? Zuweilen aber trifft mich der casus, und ein Anderer muß mir den dadurch verursachten Schaden ersetzen, casum praestare debet, schreibt der Herr GTR. Höpfner.

Was die erste Frage betrifft, so ist hierbey vor allen Dingen auf den Unterschied Rücksicht zu nehmen, ob eine Handlung versprochen worden, deren Ausführung durch einen

i) LAUTERBACH in Coll. Pand. Lib. XIII. tit. 6. §. 45. Herr Ordinarius von Winckler a. a. O. Nr. 22. S. 38.

k) L. 3. §. 1. L. 4. D. naut. caup. et stabul. L. 1. §. 35. D. depos. L. 40. D. locati. Io. d'AVEZAN contr. Lib. 1. c. 24. in MEERM. Thes. Tom. IV. p. 51.

l) Io. Gottl. de HACKEMANN D. de praestatione casus, Frsti. 1746. Chr. Henr. BREVNING D. de casus praestatione, Lipf. 1768. Io. Aug. REICHARDT D. de casu obligationem tollente, Ien. 1767. Io. Chr. BRANDENBVRG Spec. iurid. sistens principia quaedam generalia de damno casuali eiusque praestatione, Gott. 1793. de WERNHER in Obs. T. I. P. IV. Obs. 214. Höpfners Comment. §. 761.

m) Ge. BEYER D. ad L. 66. solut. matr. c. 2. §. 9. in Opusc. p. 44.

einen Zufall verhindert worden ist, oder ob man eine Sache leisten sollen. Wenn Handlungen geleistet werden sollen, und ein Zufall hat ihre Unternehmung gehindert, so muß jeder Contrahent den Schaden tragen, der hierdurch einen Vortheil verloren hat, den er vermöge des geschlossenen Contracts mit vollkommnem Rechte erwarten konnte n). Dieser Regel gemäß, wird derjenige allemal den Schaden tragen müssen, durch den die Handlung verrichtet werden sollte, der Unglücksfall mag sich in seiner eigenen, oder in der Person desjenigen zugetragen haben, der die Handlung zu unternehmen versprochen hat, weil ein Unglücksfall die Schuldigkeit, die Handlung vorzunehmen, aufhebt o), folglich der Promissar nunmehr um den Vortheil gebracht wird, auf den er mit Recht Ansprüche machen konnte. Er kann sich auch nicht einmal der Verbindlichkeit entziehen, den für die Handlung versprochenen Lohn zu bezahlen, wenn ein ihn selbst betroffener Unglücksfall daran Schuld ist, daß der gedungene Arbeiter die Arbeit nicht vornehmen kann. In der L. 38. D. loc. cond. heißt es von solchen Fällen: qui operas suas locauit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestet. Zwar wird in der L. 4. D. de officio assessor. und in der L. 19. §. 10. D. locati gesagt, die comites eines kaiserlichen Statthalters sollten, wenn dieser starb, ehe das Jahr um war, die ganze Besoldung erhalten; hieraus darf aber keine allgemeine Regel gefolgert werden, weil diese Verordnung auf einen besondern Grund gegründet war. Es durften nämlich die Assessores und Comites eines kaiserlichen Statthalters, niemals aus der ihm zur Verwaltung überlassenen Provinz genommen werden, sondern sie mußten Ausländer seyn, damit sie desto mehr

n) BRANDENBVRG in cit. Diss. c. 1. Sect. II. §. 21.
o) L. 185. D. de reg. iur. REICHARDT in Diss. cit. §. 4.

Zutrauen haben, und nicht für partheyisch gehalten werden sollten. Wie billig war es daher, einem solchen Comes, die ganze Besoldung zu lassen, wenn gleich der Gouverneur vor Ausgang des Jahres gestorben war, damit er wegen seiner gehabten Reisekosten so gut wie möglich entschädigt wurde [p]). Bey uns kann diese Bestimmung nicht angewendet werden, sondern es muß eben das Rechtens seyn, was vom Miethcontracte gilt [q]); auch war bey den unbenamten Contracten, bey den Römern, die Sache anders, weil hier blos die Erfüllung des Contracts ein Klagerecht bewirkte [r]).

Betrachtet man die obige Frage auf Seiten desjenigen, der sich zu der Leistung der Handlung verbindlich gemacht hat, so ist zu unterscheiden, ob er die Handlung vermöge des geschlossenen Contracts unentgeltlich leisten sollte, oder nicht. Im ersten Fall trifft dem Promittenten gar kein Schaden, wenn ihn ein casus an der Erfüllung seiner Verbindlichkeit gehindert hat; er muß jedoch von der Ausrichtung der übernommenen Handlung, selbst nicht den geringsten Vortheil zu erwarten gehabt haben, wie z. B. beym Vollmachtscontracte der Fall ist. Im andern Falle, wenn derjenige, dem die Handlung versprochen worden, sich gegenseitig zu Leistung einer Handlung verbindlich gemacht hat, kommt es auf den Unterschied an, ob die Verbindlichkeit zu Unternehmung einer Handlung durch einen benamten Contract, die locatio, conductio operarum, oder durch einen unbenamten Contract übernommen worden ist. In jenem Falle findet die Regel: casum sentit is, in cuius persona ille contigit,

bey

p) L. 10. C. de adsessor. Spartianus in Pescenn. Nigro c. 7. Io. Dietr. van Leeuwen D. de iuris studiosis, P. I. c. 2. §. 6. sqq. in Oelrichs Thes. Diss. Belg. Vol. II. T. I. p. 368. sqq. a Costa in praelect. ad illustr. quosd. tit. iur. ciuil. Lugd. Bat. 1773. 4. p. 4.

q) Herr GJR. Westphal vom Kauf, §. 1001.

r) Brandenburg in cit. Spec. §. 23. in fine.

bey der Frage von der Bezahlung des versprochenen Arbeitslohns allerdings ihre Anwendung. Wird also derjenige, der sich zu gewissen Arbeiten vermiethet hatte, durch Krankheit oder gewisse Unglücksfälle verhindert, die versprochenen Dienste zu leisten, so kann er nur nach Verhältniß dessen, was er gearbeitet hat, die Bezahlung fordern, und hätte er noch gar keine Arbeit gethan, so ist der Abmiether auch nicht schuldig, ihm die geringste Summe zu bezahlen [s]), wiewohl der Herr von Leyser [t]) dieses nicht zugeben wollte. Herr Prof. Weber schreibt S. 484. von natürlichen Verbindlichkeiten über diese Frage folgendes. — Man hat gefragt: ob ein gemietheter Dienstbote, den seine Krankheit behindert, die schuldigen Dienste zu leisten, dennoch den völligen Lohn zu fordern berechtigt sey? Einer jeden nicht lange dauernden Behinderung wegen, sogleich den Lohn zu kürzen, würde freylich sehr hart, und selbst den Rechten zuwider seyn [u]). Die Frage betrifft eigentlich den Fall, wenn die Krankheit des Bedienten so anhaltend ist, daß der Herr eine beträchtliche Zeit hindurch, oder gänzlich der Dienste hat entbehren müssen. Leyser hält dafür, daß der Bediente auch dann den völligen Lohn fordern könne; Struben hat ihn aber gründlich widerlegt [x]). Gesetze, die der Meynung Leysers beypflichten, giebt es nicht, wie sein angeführter Gegner deutlich gezeigt hat; das natürliche Zwangsrecht ist aber der Forderung des Bedienten

s) L. 15. §. 6. D. loc. cond. Voet ad Pand. Lib. XIX. tit. 2. §. 27. Lavterbach ad tit. loc. cond. §. 105. Strubens Bedenken, Thl. 3. Bed. 69. S. 184.

t) Leyser Spec. 212. med. 5. Walch introd. in contr. p. 634.

u) L. 27. D. locati. Voet ad Dig. h. t. §. 27.

x) Leyser Spec. 212. med. 5. Struben in den rechtl. Bedenken, Thl. 3. Nr. 69.

ten ohnstreitig entgegen y), und es bleibt daher höchstens nur eine Liebespflicht in Ansehung des Dienstherrn übrig, wobey aber eines Theils folgende Bemerkung des Struben sehr richtig ist: „Nicht selten beschwert es den Herrn „mehr, doppelten Lohn zu geben, als den Dienstboten, „dessen auf einige Zeit zu entbehren. Mancher Bürger „und Bauer, dem es sauer fällt, seinen Lebensunterhalt „zu erwerben, kann eines Knechts oder einer Magd nicht „entrathen, aber keine zwey ernähren; da hingegen die „kranken Dienstboten vielfältig von ihren Eltern eben so „leicht erhalten werden können, welche mehr verpflichtet „sind, sich ihrer anzunehmen, als der Brodherr;“ andern Theils aber entscheidet sich, nach Anleitung unserer obigen Grundsätze, der ganze Streit dadurch von selbst, daß die völlige Bezahlung des Lohns, weil sie doch immer nur auf eine Liebespflicht hinausgehen würde, durch richterliche Hülfe ohne Beystand klarer Gesetze nicht zu erzwingen ist z).

Rührt die Verbindlichkeit, gewisse Dienste zu leisten, aus einem unbenamten Contract her, so konnte bey den Römern, wenn ein Unglücksfall die Leistung unmöglich gemacht hatte, die dafür schon im Voraus geschehene Bezahlung, vermöge des Rechts zu pönitiren, zurück gefordert werden, wie man aus der L. 5. pr. D. de condict. cauſ. data cauſa non ſec. sieht, wo es heißt: ſi pecuniam ideo acceperis, vt Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiſcendum, conditio temporis, vel valetudinis impedimento fuerit, quo minus proficiſcereris: an condici poſſit, videndum? Et, cum per te non ſteterit, poteſt dici, repetitionem ceſſare. Sed *cum liceat poenitere ei, qui dedit*, procul dubio repetitur id, quod datum eſt. Diese Zurückfor-

de-

y) Cocceii ad Grotivm de iure belli et pacis, Lib. 2. c. 12. §. 18. p. 202. Wolf. iur. nat. P. IV. §. 1262.

z) Titius ad Lavterbach. Obſ. 603.

derung scheint aber mit den Gründen der Billigkeit zu streiten, wie selbst in mehrern Gesetzen zu verstehen gegeben wird, und daher haben verschiedene Rechtsgelehrte [a]) behauptet, da heut zu Tage das ius poenitendi in unbenamten Contracten wegfalle, so könne man auch die Zurückforderung des Gegebenen in diesem Falle nicht billigen, folglich falle der Schaden auf denjenigen, dem die Handlung geleistet werden sollen, wenn sich auch der Unglücksfall in der Person des Promissors zugetragen habe. In der L. 38. §. 1. D. locati wird gesagt: aduocati quoque, si per eos non steterit, quo minus causam agant, honoraria reddere non debent; und in der L. 1. §. 13. D. de extr. cognit. heißt es: diuus *Seuerus* ab heredibus aduocati, mortuo eo, prohibuit mercedem repetere, *quia per ipsum non steterat, quo minus causam ageret.* Der berühmte Anton Faber [b]) suchte sogar zu behaupten, selbst nach dem römischen Rechte habe die condictio causa data causa non secuta nicht statt gehabt, wenn derjenige, der Geld genommen, um dafür eine gewisse Arbeit zu verrichten, ohne seine Schuld, durch einen bloßen Zufall verhindert worden sey, sein Versprechen zu erfüllen. Nach seiner Meynung ist die L. 5. pr. D. de cond. caus. data voller Tribonianismen; denn Ulpian habe folgende Worte gebraucht: et cum per te non steterit, *dicendum est*, repetitionem cessare, und der Nachsatz: sed cum liceat poenitere ei, qui dedit, procul dubio repetitur id, quod datum est, rühre ganz von den Verfassern der Pandekten her, das heißt, er sey ein Emblem. Diese Critik hat aber alles wider sich [c]).

Die

a) Cocceii in iure contr. Lib. XII. tit. 4. qu. 6. Brandenburg in Diss. cit. cap. I. Sect. II. §. 23.

b) Ant. Faber in Rat. ad Pand. ad L. 5. pr. D. de cond. caus. data Part. III. Pand. Tom. I. p. 238.

c) de Retes in Opusc. Lib. II. Sect. III. c. 3. nr. 5—8. in Meerm. Thes. Tom. VI. p. 149.

Die ganz entgegen gesetzte Meynung wird von andern Rechtsgelehrten vertheidigt d), und Herr von Reinhard hat über die L. 5. D. de cond. cauſ. dat. folgende Bemerkung gemacht, indem er ſchreibt: um den Sinn dieſes Geſetzes ins Licht zu ſetzen, muß ich vor allen Dingen einige Begriffe des römiſchen Rechts wieder in Erinnerung bringen. Es iſt bekannt, daß die Römer bey den ſo genannten contractibus innominatis demjenigen, der den Contract von ſeiner Seite erfüllt hatte, die Freyheit ließen, ſo lange der andere Theil dem Contract noch kein Genüge geleiſtet hatte, davon wieder abzugehen, denſelben aufzuheben, und was er dem Andern bereits gegeben oder ausgezahlt hatte, condictione cauſa data zurück zu fordern. Dieſes gieng, der Natur nach, nur bey denjenigen contractibus innominatis an, die zuerſt durch ein Geben erfüllt werden, nämlich bey dem contractu do vt des, und do vt facias; denn bey denjenigen, die zuerſt durch ein Thun erfüllt werden, (dieſes ſind die Contracte facio vt des, und facio vt facias,) war ſolches nicht möglich, weil eine geſchehene Handlung weder ungeſchehen gemacht, noch zurück genommen, oder zurük gefordert werden kann. Dieſe uneingeſchränkte Freyheit, von einem ſolchen Contracte blos um deswillen wieder abzugehen, weil der Andere denſelben noch nicht erfüllt hat, fällt nun bekanntermaßen bey uns weg; und man hat heutiges Tages weiter keine Freyheit, von einem contractu innominato zurück zu treten, als diejenige, die man überhaupt bey allen Contracten hat, daß nämlich ein Theil an den Contract nicht gebunden iſt, wenn dem andern Theile die Erfüllung deſſelben unmöglich geworden, oder wenn einem Theile, wegen des von dem andern begangenen Verzugs, das Verſprochene nichts mehr

d) Herr von Reinhard in der Samml. juriſt. philoſoph. und kritiſcher Aufſätze, S. 164. und 234. de Retes l. c. Lib. II. Sect. II. c. 7. in append. nr. 16. ſqq. p. 135.

mehr nützen kann, oder wenn die versprochene Sache so verdorben und schlechter geworden ist, daß man sich mit Recht weigern kann, sie anzunehmen; kurz, in allen den Fällen, da die natürliche Billigkeit denjenigen Theil, der nicht Schuld daran ist, daß es an der Erfüllung des Contracts mangelt, von der Verbindlichkeit desselben nicht nur frey spricht, sondern ihm auch, unter den erforderlichen Umständen, das Recht giebt, den andern ad interesse zu belangen. Nach den römischen Gesetzen hingegen hatte man bey den contractibus innominatis, außer der Befugniß, aus rechtmäßigen Ursachen zurück zu treten, die sich bey allen Contracten finden, auch noch eine besondere Befugniß, von dem Contracte blos um deswillen nach Gefallen abzugehen, weil der andere Theil denselben noch nicht erfüllt hatte. Diese letztere nannten sie licentiam poenitendi.

Nunmehr wollen wir das angeführte Gesetz etwas näher betrachten. Der Rechtsgelehrte Ulpian wirft hier die Frage auf: wenn mir Jemand Geld gegeben hat, daß ich nach Capua reisen sollte, (es war hier also der contractus innominatus do vt facias,) ich auch in Bereitschaft gewesen bin, dahin zu reisen, aber durch Krankheit oder andere dergleichen unüberwindliche Hindernisse davon abgehalten worden; kann alsdann der Andere das Geld condictione causa data causa non secuta von mir zurück fordern? Hier bemerke ich nun zuförderst, daß die Frage blos nur von obligationibus ad faciendum ist; denn bey obligationibus ad dandum, wenn nämlich Cajus dem Titius etwas gegeben hat, damit er ihm etwas dagegen geben soll, hat es ganz und gar keinen Zweifel, daß Cajus das Gegebene zurück fordern kann, sobald Titius nicht im Stande ist, dasjenige zu leisten, was er versprochen hat. Wie entscheidet denn nun Ulpian diesen Fall? Er drückt sich ziemlich zweifelhaft darüber folgendergestalt aus: weil ich nicht dafür kann, daß ich außer Stande bin, die Reise anzutreten, so kann man sagen, daß die Zurückforderung nicht statt finde; cum per te non steterit, potest dici,

dici, repetitionem cessare. Ohne Zweifel glaubte Ulpian hier einen Grund der natürlichen Billigkeit zu sehen. Er meynte nämlich: weil derjenige, der das Geld empfangen, doch an seinem Theile alles gethan hat, was ihm möglich gewesen ist, um den Zweck, weswegen er das Geld erhalten hat, zu erfüllen, so ist es billig, daß er das Geld behalte, ob ihn gleich ein ungefährer Zufall verhindert hat, solches wirklich auszuführen. Ulpian entscheidet also hier aus einer vermeynten Billigkeit, die aber eine bloße aequitas cerebrina ist; denn was ihm auf einer Seite eine Billigkeit scheint, ist auf der andern Seite eine offenbare Unbilligkeit; indem ja derjenige, der dem Andern sein Geld gegeben hat, dasselbe nunmehr unschuldiger Weise bloßerdings verlieren muß, ohne den Zweck, wozu er es gegeben hatte, zu erhalten. Nichts ist klärer, als daß hier jener mit dieses seinem Schaden lucrirt, und also durch Ulpians Entscheidung der im bürgerlichen Rechte angenommene erste Grundsatz der natürlichen Billigkeit verletzt wird. Dergleichen fehlerhafte Entscheidungen sind bey den alten römischen Rechtsgelehrten eben so wenig ungewöhnlich, als bey den heutigen; jedoch ist das Beste hierbey, daß Ulpian die Entscheidung, welche er mit einer Hand gegeben hat, mit der andern wieder aufhebt; denn er setzt sogleich hinzu: sed cum liceat poenitere ei, qui dedit, procul dubio repetetur id quod datum est. Er beruft sich hier auf die licentiam poenitendi, die bey den contractibus innominatis statt fand. Ulpian sagt also: obgleich der Billigkeit nach (nämlich nach einer in der Einbildung bestehenden Billigkeit) derjenige, der das Geld empfangen hat, es behalten sollte; so hat doch derjenige, der das Geld gegeben, so lange der Contract von der andern Seite noch nicht erfüllt ist, die Freyheit, nach Belieben wieder vom Contract abzugehen. Da man ihm nun diese Freyheit nicht nehmen kann, so muß freylich aus dieser Ursache der Andere das empfangene Geld wieder herausgeben, und die Billigkeit kann ihn dagegen nicht schützen. Auf diese

Art

Art lenkt **Ulpian** wieder ein, und sein Irrthum war also, nach den Grundsätzen des römischen Rechts betrachtet, ganz unschädlich und von keinen Folgen; denn wenn nur derjenige, der das Geld gegeben hatte, es zurück zu fordern befugt war, so konnte es ihm immer gleich viel seyn, ob ihm, nach **Ulpians** Meynung, diese Befugniß aus der natürlichen Billigkeit überhaupt, oder aus der Natur eines contractus innominati insbesondere, zukam. Genug, er konnte es zurückfordern. Das gleich nachher Folgende in dieser Stelle des **Ulpians** zeigt noch dazu, daß er, indem er hier die Zurückforderung verstattet, wirklich aus der natürlichen Billigkeit räsonnirt, ob er gleich blos aus dem Rechte des contractus innominati zu urtheilen glaubte. Daher ist sein Irrthum um so viel mehr unschädlich. Der übrige Theil der Ulpianischen Stelle enthält Entscheidungen besonderer Fälle, die alle mit der natürlichen Billigkeit ganz wohl übereinkommen. Es hatte z. E. Jemand dem Andern Geld gegeben, damit er seinen Sclaven frey lassen solle; der Herr des Sclaven ist auch bereit dieses zu erfüllen; indem er aber mit dem Sclaven unterweges ist, um zu der obrigkeitlichen Person, bey welcher die Freylassungen geschehen mußten, hinzugehen, stirbt der Sclave. Nun fragt sich, ob der gewesene Herr des Sclaven das empfangene Geld wieder herausgeben muß? **Ulpian** antwortet: Nein; und diese Entscheidung läßt sich durch die natürliche Billigkeit ganz wohl rechtfertigen; denn so wie der gewesene Herr des Sclaven ohnstreitig berechtigt gewesen seyn würde, das Geld zu behalten, wenn der Sclave gleich den Augenblick nach der Freylassung gestorben wäre; so redet auch die Billigkeit für ihn in dem Falle, wenn der Sclave stirbt, da der actus der Freylassung eben vor sich gehen soll.

Mit **Ulpian**, als römischem Juristen, wären wir also fertig, und recht gut mit ihm aus einander gekommen. Aber nun fragt es sich: kann seine Entscheidung, cum per te non steterit, potest dici, repetitionem

cessare, nach heutigen Rechten gegen die von mir ausgeführte Wahrheit etwas gelten? Ulpians Irrthum war, nach dem römischen Rechte, da man bey den contractibus innominatis allemal die facultatem poenitendi hatte, ein ganz unschädlicher Irrthum; allein heutiges Tages, da diese licentia poenitendi wegfällt, würde es von sehr großen Folgen seyn, wenn man Ulpians Meynung annehmen wollte, daß es nämlich der natürlichen Billigkeit gemäß sey, demjenigen, der dem Andern Geld gegeben hat, damit er ein dagegen versprochenes factum leisten solle, die condictio causa data, causa non secuta abzusprechen, wenn der Letztere ohne seine Schuld verhindert wird, das factum zu unternehmen. Wo also jemals die Regel statt findet, daß veränderte Umstände auch die Rechte verändern, so ist es hier. Die natürliche Billigkeit will, daß sich Niemand mit des Andern Schaden bereichere; dieses aber würde offenbar geschehen, wenn derjenige, der das Geld zu einem gewissen Zweck gegeben hat, dasselbe verliehren sollte, ohne daß der Endzweck erfüllt worden. Ein anderes ist es, wenn derjenige, der das factum versprach, schon Anstalten dazu gemacht, und Kosten darauf verwandt hat, aber nur an der völligen Ausführung verhindert wird. In diesem Fall behält er billig so viel von dem Gelde zurück, als seine Kosten austragen. Dieses setzt Ulpians Ausspruch in demselben Gesetze, wovon wir bisher gehandelt haben, nämlich in der L. 5. pr. D. de cond. caus. dat. ganz richtig fest. Allein hier ist nur die Frage: ob derjenige, der das Geld empfangen hat, das dagegen versprochene aber nicht zu erfüllen im Stande ist, hierbey lucriren, und das Geld als einen bloßen Gewinn behalten kann? Dieses muß nach der natürlichen Billigkeit nothwendig verneint werden. Der Grundsatz der natürlichen Billigkeit aber, den das bürgerliche Recht ebenfalls zum Grundsatze angenommen hat, die Natur eines zweyseitigen Vertrags, und die gesunde Vernunft, müssen hier nothwendig mehr gelten, als ein unrichtiger Gedanke eines alten römischen Juristen, den

er

er nur so hingeworfen, und der nach damaligen Umständen gar nichts zu bedeuten hatte. — Herr HR. Glück bemerkt über diese Materie: die Natur eines zweyseitigen Contracts lehrt ja, daß das Versprechen von jeder Seite blos bedingt sey. Giebt man also etwas vermöge eines solchen Vertrags, so geschieht es ohnstreitig unter der Bedingung, daß der Andere wieder dagegen etwas geben oder thun solle. Erfolgt nun dieses von der andern Seite nicht, so fällt ja die Bedingung weg, unter welcher die Dation geschehen, folglich besitzt der Andere das Empfangene jetzt sine causa, er mag Schuld daran seyn, daß die Bedingung unerfüllt bleibt, oder nicht. Wenn bey der Location der Dienste der Lohn voraus bezahlt worden, und ein Unglücksfall den Locator hindert, die versprochenen Dienste zu leisten, so kann der vorausbezahlte Lohn billig zurück gefordert werden e). Gewiß aus keinem andern Grunde, als weil der Locator die Bedingung des Contracts nicht erfüllt hat. Tritt nun nicht der nämliche Grund ein, wenn ich dem Andern Geld für die Leistung eines solchen Factums gegeben habe, worüber zwar kein Miethcontract, sondern ein unbenannter Contract geschlossen worden ist, aus welchem ich aber doch eben so, wie aus einem Miethcontracte, unmittelbaren Nutzen hoffte? Insonderheit aber kommt hier noch der Umstand in Betrachtung, daß die Worte Ulpians in der L. 5. pr. D. de cond. caus. dat. et cum per te non steterit, *potest dici*, repetitionem cessare, keine Entscheidung, sondern nur einen Zweifel enthalten, der etwa Jemanden zur entgegen gesetzten Meynung verleiten möchte, welche aber der Jurist sogleich verwirft, weil es nach der

e) L. 15. §. 6. D. loc. cond. in welcher Stelle die Redensart: vecturam pro mutua accipere, nichts anders heißen soll, als die Fracht vorausbezahlt erhalten. In eben diesem Sinne liest Haloander prae manu. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht- und Miethcontracte, §. 937.

Natur der unbenamten Contracte auf diesen Umstand gar nicht ankam, ob der Empfänger des Geldes an der nicht erfolgten Reise Schuld gewesen, oder nicht. Nun läßt sich aber wohl ein bloßer Zweifelsgrund eines römischen Juristen darum, weil dessen Entscheidungsgrund heutiges Tages wegfällt, noch keinesweges zum Entscheidungsgrunde für die entgegen gesetzte Meynung annehmen, wenn diese der Billigkeit und der Natur eines zweyseitigen Vertrags offenbar zuwider ist f). So viel ist übrigens außer allem Zweifel, daß, wenn die für die Leistung des facti versprochene Vergeltung nicht voraus bezahlt worden, auch, um solche zu erhalten, keine Klage Statt finde, wenn derjenige, welcher sich zur Leistung des facti verpflichtet hatte, durch einen Unglücksfall daran verhindert wird, weil dem Kläger die exceptio implementi non secuti entgegen stehen würde. Eben so gewiß ist es auch, daß, wenn derjenige, der das Factum versprach, schon zur Leistung desselben Anstalten gemacht, und Kosten darauf verwandt haben sollte, hernach aber doch durch Zufall an der völligen Ausführung verhindert wird, das dafür schon vorausgegebene Geld entweder gar nicht zurück gefordert werden dürfe, oder der promissor facti wenigstens so viel davon zurück behalten könne, als seine Kosten betragen, wie **Ulpian** in dem angeführten Gesetz selbst bemerkt hat.

Da wir wissen, wer den **Unglücksfall**, und den daraus entstandenen Schaden tragen muß, wenn eine **Handlung** geleistet werden sollte, so soll nunmehr die andere Frage beantwortet werden: wer den **Schaden** zu tragen schuldig sey, wenn eine **Sache** durch Unglücksfälle verloren gegangen ist? Viele Rechtslehrer g) machen

f) Die L. 38. §. 1. D. loc. und die L. 1. §. 13. D. de extr. cognit. enthalten offenbar eine Ausnahme zu Gunsten der Advocaten, wie de Retes Opusc. Lib. II. Sect. II. c. 7. in app. nr. 19. p. 135. bemerkt hat.

g) Madihn in Princ. iur. Rom. P. I. §. 104.

chen einen Unterschied, ob man nach dem Contract verbindlich war, eine Sache an den Eigenthümer derselben zu restituiren, oder ob der Eigenthümer schuldig war, die Sache ex contractu dominii translatiuo an Jemanden zu überlassen. Im ersten Falle soll der Eigenthümer schuldig seyn, den Unglücksfall zu tragen; im andern aber derjenige, dem die Sache zugestellt werden sollte; folglich werde der debitor speciei durch den Untergang der Sache von seiner Pflicht frey. Andere Rechtslehrer erklären diese Sätze für unzureichend, um vermittelst derselben in jedem Falle richtig beurtheilen zu können, wer den Schaden tragen müsse, wenn eine bestimmte Sache durch einen Zufall vernichtet worden ist. Man könne nach dieser Erklärung nicht bestimmen, wer beym Darlehnscontract den Unglücksfall trage; und überdieses gebe es Fälle, wo eine Sache verloren geht, die man weder zu restituiren, noch an Jemanden ex contractu dominii translatiuo zu überlassen schuldig ist, wie z. B. der Fall beweise, wenn einem Miethmanne während seiner Abwesenheit, ohne alle Schuld des Vermiethers, Sachen, die ihm eigen gehörten, aus der verschlossenen Wohnstube, gestohlen worden; denn hier trete die Regel ebenfalls ein: casum sentit dominus h). Man kann auch nicht behaupten, sagen diese Rechtslehrer, daß in den Fällen, wo man vermöge eines geschlossenen Contracts verbindlich ist, eine gewisse Sache an den Eigenthümer zu überlassen, dieser nur immer allein den Schaden tragen müsse. Er verliert zwar freylich in jedem solchen Falle sein Eigenthum, und damit zugleich das Recht, die Sache zurück zu fordern, dessen Ausübung durch den sich zugetragenen Unglücksfall unmöglich geworden ist. Allein, leidet nicht auch der Gläubiger, schreibt Herr HR. Glück, dem die Sache verpfändet worden, oder der Commodatar, der den unentgeltlichen Gebrauch der

h) L. 12. C. de locato et conducto.

Sache hatte, durch diesen Unglücksfall, einen Nachtheil? Jener verliert ja seine Sicherheit, und dieser den Gebrauch der Sache. Hieraus sieht man, daß jene Regeln nicht bestimmen, wer den Schaden leide, wenn eine Sache durch Zufall verloren gegangen ist, sondern man kann blos die Frage nach solchen beantworten: wer das Recht verloren habe, diese Sache von dem Andern zu fordern, oder zurück zu fordern. Der Sache angemessener ist folgende Regel zu halten: wenn eine Sache durch einen Unglücksfall zu Grunde gegangen ist, so trägt den dadurch verursachten Schaden ein Jeder, dem in Ansehung derselben ein Recht zustand, in so weit als dadurch die Ausübung dieses Rechts unmöglich oder fruchtlos gemacht worden ist i). In Gemäßheit dieser Regel muß ein Unterschied gemacht werden, ob, außer dem Eigenthümer, sonst weiter Niemand an der zu Grunde gegangenen Sache ein Recht hatte, oder ob auch ein Anderer ein Recht in Ansehung derselben hatte. Bey Fällen der ersten Art, muß der Eigenthümer den Schaden allein tragen, weil hier die Regel ganz besonders anwendbar ist: casum sentit dominus; in dem andern Falle kommt es aber darauf an, ob das Recht, welches der Dritte an der Sache hatte, ein persönliches oder ein dingliches war. In diesem letztern Falle muß der Dritte, nach Beschaffenheit seines an der Sache gehabten Rechts, eben sowohl, wie der Eigenthümer, den Unglücksfall tragen. Daher hören mit dem gänzlichen Untergang der Sache, das emphyteutische Recht, das Pfandrecht, das Nutznießungsrecht auf k). War das Recht des Dritten an der durch Unglücksfälle verloren gegangenen Sache, ein bloßes persönliches Recht, so kommt es darauf an, ob die Ver-

i) Brandenburg in cit. spec. c. 1. Sect. I. §. 5.

k) §. 3. Inst. de locat. et cond. L. 8. pr. D. quib. mod. pignus vel hyp. solu. L. 5. §. 2. L. 10. §. 7. L. 24. L. 31. D. quib. mod. vsusfr. amitt.

Verbindlichkeit auf einer species haftete, oder nicht. In jenem Falle kann die Verbindlichkeit sich entweder auf einen Contract gründen, oder auf ein anderes rechtliches Geschäfte. Bey Verbindlichkeiten der ersten Art kommt es nochmals auf den Umstand an, ob der Contract ein benannter oder ein unbenannter ist. Der benannte Contract kann aber entweder ein einseitiger oder ein zweyseitiger seyn. Rührt die Verbindlichkeit aus einem zweyseitigen Contracte her, so war man entweder nach dem Contracte schuldig, die durch einen Unglücksfall verloren gegangene Sache, an den Andern als sein Eigenthum auszuantworten, oder die Verbindlichkeit bestand darin, die Sache ihrem Eigenthümer künftig zurück zu geben. In jenem Falle geht zwar das Eigenthum des debitoris speciei, welches er zeither noch bis zur Uebergabe hatte, durch den Unglücksfall verloren; der Andere erfährt aber die Folgen des Unglücksfalls ebenfalls, weil er sein Recht, die Sache von dem Eigenthümer fordern zu können, zugleich mit verloren hat, und auf keine Schadensvergütung deswegen klagen darf[l]). Der debitor speciei wird also von seiner Verbindlichkeit frey, so bald die Sache durch einen bloßen Zufall verloren gegangen ist, nach der Regel: debitor speciei liberatur casuali rei interitu, weil Niemand zu etwas Unmöglichen verpflichtet ist[m]). In der L. 5. §. 2. D. de resc. vendit. heißt es diesen Grundsätzen gemäß: *mortuo* homine, perinde habenda est venditio, ac si traditus fuisset: vtpote *cum venditor liberetur, et emtori homo pereat.* Zweifelhaft ist es hierbey: ob auch der andere Theil von seiner Verbindlichkeit frey werde, oder ob er sein Versprechen dennoch halten müsse, wenn ihm gleich die Sache, des Unglücksfalls wegen, nicht übergeben wer-

l) Cocceii in iure contr. Lib. XVIII. tit. 6. qu. 2. Brandenburg l. c. §. 10.

m) L. 23. D. de verb. oblig. L. penult. D. de solut.

den konnte. Nach dem Vernunftrechte kann ihm weiter keine Verbindlichkeit aufgebürdet werden, weil es zwey ganz verschiedene Fragen sind: ob Jemand von seiner Verbindlichkeit aus dem Contract befreyt werde, wenn die Erfüllung derselben durch einen Zufall gehindert worden ist, und ob der andere Theil schuldig sey, den Contract zu erfüllen? Nun folgt noch gar nicht, weil Titius, der mit dem Cajus einen Bilateralcontract geschlossen, ohne seine Schuld in die Unmöglichkeit versetzt worden, denselben zu erfüllen, also kann er verlangen, daß wenigstens Cajus den Contract von seiner Seite erfüllen solle? Was wäre dieses für eine Art zu schließen, schreibt der Herr von Reinhard n)? Vielmehr befiehlt selbst die gesunde Vernunft, darauf so zu antworten: Titius kann freylich bey so bewandten Umständen vom Cajus nichts fordern, aber dagegen ist auch Titius seiner Verbindlichkeit entledigt, und der Contract wird aufgehoben. Der Vernunft vollkommen gemäß, hat daher Celsus in der L. 58. §. 1. D. pro socio behauptet, daß Geld und Waaren, die zur Ablieferung in eine Gesellschaft bestimmt sind, nicht eher für Rechnung der Gesellschaft verloren gehen, als von der Zeit an, da solche wirklich in die gemeinschaftliche Casse oder Waarenniederlage abgeliefert worden sind. Für eine ganz besondere Verordnung des römischen Rechts o), welche blos bey dem Kaufcontracte gelten soll, ist es also auch zu halten, daß von dem Augenblicke an, wo der Kauf zur Vollkommenheit gelangt war, Vortheil und Verlust der Sache auf den Käufer übergehen soll, und dieser daher, wenn gleich

n) Herr von Reinhard von der Verbindlichkeit aus einem zweyseitigen Contracte, wenn der eine Theil denselben zu erfüllen nicht im Stande ist, in der Sammlung juristi. Aufsätze, S. 164. flg.

o) L. 7 et 8. pr. D. de peric. et commod. rei vend. §. 3. Inst. de emt. et vend. L. fin. C. de peric. et commodo rei vend.

gleich die Sache durch einen Unglücksfall zu Grunde gegangen ist, gleichwohl sich der Bezahlung des Kaufgeldes nicht entziehen könne. Weil diese Verordnung wirklich hart ist, so hat Cujacius p) zu behaupten gesucht, beym Kaufcontracte sey keine so große Ausnahme zu machen; denn es träfen den Käufer die Unglücksfälle vor der Uebergabe nur in so fern, daß er kein Interesse von dem Verkäufer fordern könne, dagegen brauche er aber auch kein Kaufgeld zu bezahlen, und er könne solches so gar zurück fordern, wenn er es bereits bezahlt hatte. Diese Behauptung streitet offenbar mit den deutlichsten Gesezzen, die ich eben angeführt habe; und selbst die L. 33. D. loc. beweist nichts anders, weil solche von der Confiscation eines verkauften Grundstücks handelt, wodurch der ganze Kaufcontract zerfiel, folglich der Verkäufer das erhaltene Kaufgeld nicht behalten durfte, sondern es zurück geben mußte q). Man sieht aus der gegebenen Erklärung, daß die Regel: res perit ei, cui debetur, nicht überall anwendbar ist, sondern die Fälle genau untersucht werden müssen.

Soll eine Sache nach einem zweyseitigen Contracte dem Eigenthümer zurück gegeben werden, und sie ist durch einen Unglücksfall zu Grunde gegangen, so geht sie zwar der Regel nach dem Eigenthümer verloren, weil es auch hier heißt: casum sentit dominus, welches beym

p) Cuiacius ad African. tr. 8. ad L. 33. D. locati et ad Libr. 15. Digest. *Saluii Iuliani* ad L. 80. D. de furtis.

q) Vinc. Cabotii Disp. Lib. I. c. 25. in Meerm. Thes. Tom. IV. p. 611. sq. Io. d'Avezan contr. Lib. II. tract. I. in thes. Meerm. Tom. IV. p. 95. Guil. Provsteav Recit. ad L. 23. D. de reg. iur. c. 17. §. 11. sq. in Meerm. Thes. Tom. III. p. 518. Bau. Voorda in not. ad Iani a Costa Praelect. ad illustrior. quosd. titulos locaque sel. iur. ciuilis, p. 336. not. d. Herr GJR. Westphal vom Kauf, §. 962. S. 726. flg.

commodatum [r]), beym Depositum [s]), bey dem Pacht- oder Miethcontracte [t]) der Fall ist; es leidet jedoch der andere Contrahent, von dem die Zurückgabe geschehen sollte, ebenfalls durch den Untergang der Sache, weil er ein Recht oder einen Vortheil verliert, worauf er nach dem Contract Ansprüche machen konnte, und weshalb er nunmehr keine Vergütung seines Schadens fordern kann. Seine Verbindlichkeit aus dem geschlossenen Contracte, hört des Unglücksfalls wegen in so fern auf, daß, wenn er für den Gebrauch der Sache dem Eigenthümer ein Pacht- oder Miethgeld versprochen hatte, er nicht angehalten werden kann, dasselbe die Zeit über, wo der Gebrauch, des Unglücksfalls wegen, weggefallen ist, zu bezahlen, ja er kann von dem bezahlten Gelde sogar soviel wieder zurück fordern, als auf die Zeit kommt, wo der Gebrauch der Sache, des Unglücksfalls wegen, wegfiel; jedoch kommt eine kleine Unbequemlichkeit, die dem Miethmann oder Pachter hinderte, die Sache vollkommen benutzen zu können, nicht in Anschlag, und das Miethgeld muß gleichwohl ganz bezahlt werden [u]). — Noch bemerke ich, daß die oben erläuterte Regel: bey Unglücksfällen muß Jeder den Schaden tragen, der dadurch eines Rechts beraubt wird, das er vorher hatte, ehe die Sache zu Grunde gieng, als die Entscheidungsnorm gebraucht werden muß, wenn Jemand nach einem einseitigen Contract dem Andern eine gewisse Sache abliefern sollte, und sie ist durch einen Unglücksfall zu Grunde gegangen [x]).

Die

r) §. 3. Inst. quib. mod. re contr. oblig. L. 5. §. 4. L. 18. in f. D. commod.

s) L. 1. §. 35. L. 17. §. 1. D. depos.

t) L. 9. §. 2. 3. 4. D. loc. Herr GJR. Westphal a. a. O. §. 932.

u) L. 19. §. 6. L. 27. pr. L. 30. pr. et §. 1. L. 33. D. locati.

x) Brandenburg in cit. spec. §. 12.

Die zeither angeführten Fälle setzen einen Unglücksfall bey einem benamten zweyseitigen Contracte voraus; es äußern sich aber auch bey unbenamten Contracten Unglücksfälle, und nun entsteht ebenfalls die Frage: wer hier den casum trage? Es ist hier vor allen Dingen zu untersuchen, ob die zu leistende Sache zu Grunde gegangen ist, ehe noch einer von beyden Theilen den Contract erfüllt hatte, oder nach der Erfüllung des Vertrags von der einen Seite. Bey Unglücksfällen der ersten Art wird zwar der debitor speciei von seiner Verbindlichkeit frey, er kann aber auch von seinem Mitcontrahenten die Erfüllung seines gethanen Versprechens nicht verlangen, theils weil nach dem römischen Rechte y) die verbindliche Kraft aus einem unbenamten Contracte erst durch die Erfüllung begründet wurde, mithin auch nicht eher ein Klagerecht daraus vorhanden war, theils weil selbst bey uns der Klage, die Einrede des noch nicht erfüllten Contracts entgegen steht z). Anderer Meynung war zwar der verstorbene Canzler Böhmer a), welcher behauptete, nach unsern Rechten könne wegen der allgemeinen Verbindlichkeit der Verträge, gegen den Mitcontrahenten des Unglücksfalls ungeachtet auf die Erfüllung seines Versprechens geklagt werden. Dieser Meynung steht aber entgegen, daß die Analogie vom Kaufcontracte aus den oben angeführten Gründen hier keine Anwendung findet. Sollte die Erfüllung des Contracts von der einen Seite bereits geschehen seyn; so kommt es darauf an, ob die Erfüllung in Leistung einer Handlung, oder in der Ablieferung einer Sache bestanden habe. Ist ersteres, so muß, wenn die dafür versprochene Sache, ohne alles Verschulden des Schuldners, durch einen bloßen Zufall zu Grunde gegangen

gen

y) L. 1. §. 2. D. L. 3. C. de rerum permut.
z) Mevii Dec. Tom. II. Part. 8. Dec. 316. 317.
a) Iust. Hen. Boehmer in Comp. Digest. Lib. 19. tit. 4. §. 5.

gen seyn sollte, jener den Unglücksfall ganz allein tragen; denn es findet hier die bekannte Regel ihre Anwendung: factum infectum fieri debet, und kann auch wider denjenigen keine Klage wegen des Schadensersatzes angestellt werden, welcher durch den Unglücksfall von aller Verbindlichkeit frey geworden ist [b]). Ist das letztere geschehen, und die Erfüllung des Contracts bestand in der Leistung einer Sache, so ist ein Unterschied zu machen, ob die abgelieferte Sache, oder ob diejenige Sache, welche von dem Andern dafür gegeben werden sollte, durch den Unglücksfall zu Grunde gegangen ist. In jenem Falle geht der Unglücksfall über den Eigenthümer, und der Andere, der durch die Leistung der Sache den Contract von seiner Seite erfüllt hat, kann nichts destoweniger die actio praescriptis verbis brauchen, um die gegenseitige Erfüllung des unbenamten Contracts zu bewirken [c]). Was den letzten Fall betrifft, wenn nämlich die dem Andern versprochene Sache bey demjenigen, der sie abliefern sollte, zu Grunde gegangen ist, so kann zwar gegen denjenigen, der sie bekommen sollte, wenn er ohne sein Verschulden durch einen Zufall verhindert worden ist, den Contract von seiner Seite zu erfüllen, keine Klage auf den Schadensersatz angestellt werden, weil es auch hier nach der Regel geht: debitor speciei liberatur casuali interitu rei, und in dieser Rücksicht trifft der Unglücksfall allerdings denjenigen, an den die Sache abgeliefert werden sollte; allein so weit kann doch sein Recht nicht gehen, daß er selbst dasjenige behalten könne, was ihm der Andere zur Erfüllung des Contracts gegeben hat, obgleich mehrere

b) Westenberg ad Dig. Lib. 12. tit. 4. §. 5. Huber eod. loc. §. 2. Brandenburg in cit. Diss. §. 13.

c) Cocceii in iure contr. Lib. 19. tit. 4. qu. 12. Lauterbach ad Dig. eod. loco §. 28 et 30. Brandenburg l. c. §. 13. not. a. p. 13.

rere Rechtsgelehrte [d]) dieſes behauptet haben. Nach deutlicher Vorſchrift der Geſetze kann das Gegebene, durch die condictio cauſa data, cauſa non ſecuta zurück gefordert werden. In der L. fin. D. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſec. heißt es: dedi tibi pecuniam, vt mihi *Stichum* dares. Vtrum id contractus genus pro portione (i. e. ſpecie) emtionis et venditionis eſt? an nulla hic alia obligatio eſt, quam ob rem dari, re non ſecuta? In quod procliuior ſum, et ideo, *ſi mortuus eſt Stichus, repetere poſſum: quod ideo tibi dedi, vt mihi Stichum dares.* Mit dieſem Geſetz ſtreitet die L. 5. §. 1. D. de praeſcr. verb. und die L. 10. C. de cond. ob cauſ. dator. nicht; denn ob es gleich in dem erſten Geſetz heißt: ſed ſi ſcyphos tibi dedi, vt *Stichum* mihi dares, periculo meo *Stichus* erit, ac tu duntaxat culpam praeſtare debes, ſo kann dieſes dennoch nach der Rechtsanalogie und dem ganzen Zuſammenhange weiter nichts heißen, als ſo viel, die actio praeſcriptis verbis falle weg, wenn der verſprochene Sclave geſtorben iſt, ohne daß der Empfänger der Gefäße Schuld daran ſey, und daß deswegen keine Schadensvergütung von ihm verlangt werden dürfe [e]). Es folgt auch gar nicht, weil gegen den Empfänger keine actio praeſcriptis verbis wegen

d) CABOTIVS in diſp. lib. 2. c. 29. in MEERM. Theſ. Tom. IV. p. 641. a COSTA ad §. 3. Inſt. de emt. vendit. LAVTERBACH l. c. §. 29. BOEHMER in Comp. Dig. Lib. 12. tit. 4. §. 5. MADIHN in Princ. Iur. Rom. P. II. §. 235. REICHARDT in Diſſ. de caſu obligat. §. 14.

e) CHARONDAS in ſchol. ad tit. Dig. de verb. oblig. ad L. 23. in OTTONIS Theſ. T. I. p. 818. de RETES in Opuſc. Lib. II. Sect. I. c. 4. nr. 4. in MEERM. Theſ. Tom. VI. p. 96. DONELLVS in comment. iur. ciuil. Lib. 14. c. 21. NOODT in probab. Lib. 4. c. 5. in *Eius* Oper. T. I. p. 75. POTHIER in Pand. Iuſt. T. I. ad tit. de praeſcr. verb. Art. I. nr. 5. not. e. p. 550. van NECK in D. ad Leg. f. Dig. de cond. cauſ. data, Lugd. Bat. 1735. c. 4. in OELRICHS Theſ. nouo Diſſ. Belg. Vol. II. T. II. nr. 10. p. 417.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0517
DFG

gen des Schadenersatzes gebraucht werden kann, wenn die von ihm gegenseitig versprochene Sache durch einen bloßen Zufall verloren gegangen ist, also kann er auch sogar das Erhaltene behalten. Das Gegentheil, daß nämlich hier eine Zurückforderung des Gegebenen erlaubt sey, beweist die angeführte L. f. D. de cond. causa data, causa non secuta ganz deutlich [f]). Eben so wenig läßt sich auch aus der L. 10. C. de cond. ob cauf. dator. das Gegentheil beweisen, in welchem Gesetz gesagt wird: pecuniam a te datam, si haec causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minime repeti posse certum est. Diese Stelle enthält ein Rescript der Kaiser **Diocletian** und **Maximian** auf die Supplik einer gewissen **Canoniana**, wovon uns aber die nähern Umstände unbekannt sind. Das Rescript muß also der Rechtsanalogie gemäß von einem solchen Falle verstanden werden, wo nach bekannten Rechtsgrundsäzzen, welche in dem Rescript ebenfalls zum Grunde liegen, die Zurückgebung des Gegebenen wegfällt, welcher Fall z. B. in der L. 5. §. vlt. D. de cond. cauf. dat. vorkommt [g]).

Rührt die Verbindlichkeit, dem Andern eine gewisse Sache in specie abzuliefern, nicht aus einem Contracte, sondern aus einem andern rechtlichen Grunde her, z. B. aus einer Schenkung, aus einer Pollicitation, aus der geschehenen Antretung der Erbschaft, und die schuldige Sache geht durch einen Unglücksfall verloren, so trägt derjenige den Schaden, an den die Sache abgeliefert werden soll, weil hier die Regel angewendet

f) Hvber in Praelect. ad Pand. ad Lib. XII. tit. 4. §. 4.

g) van Neck Diss. cit. c. 3. p. 414. Bachov ad Treutler. Vol. I. Disp. XXII. thes. 2. lit. A. p. 844. Schilter Exerc. XXIV. §. 15.

det wird: debitor speciei liberatur rei interitu casuali [h]).

Besteht der Gegenstand der Verbindlichkeit nicht in einer species, sondern ein genus oder eine quantitas soll abgeliefert werden, und diese geht durch einen Unglücksfall zu Grunde, so muß der Schuldner den Schaden tragen [i]). Er wird daher von seiner Verbindlichkeit nicht befreyt, wenn gleich die schuldige Quantität zu Grunde gegangen ist, oder es ist eines oder mehr Individuen von dem schuldigen genere, durch einen Unglücksfall verloren gegangen. Auf diese Art wird es beym Darlehn, beym deposito irregulari, welches, wegen des verstatteten Gebrauchs der deponirten fungibilen Sache, dem Darlehn gleich gehalten wird, entschieden [k]); nicht weniger bey solchen Contracten, wodurch Jemandem eine gewisse Sache für einen bestimmten Preis, als verkauft dergestalt angeschlagen wird, daß er nur für den taxirten Werth zu haften schuldig seyn soll [l]). Der Schuldner muß in allen Fällen dieser Art den Unglücksfall tragen, weil ihm das Eigenthumsrecht der verlornen Sachen zustand, und er bleibt, des Verlusts der Sache ungeachtet, immer noch verbindlich, die schuldige Sache zu leisten; daher es in der L. 1. §. 4. D. de oblig. et act. heißt: et ille quidem, qui mutuum accepit, si quolibet casu, quod accepit, amiserit: nihilominus obligatus permanet. Wenn Jemand ein genus schuldig ist, so ist ein Unterschied zu machen, ob dasselbe allein auf gewisse

h) §. 16. Inst. de legatis. L. 47. §. f. D. de legat. I. L. 92. pr. D. de solut. BRANDENBVRG cit. spec. §. 14.

i) L. 42. D. de iure dot. L. 11. C. si cert. pet. d'AVEZAN contr. Lib. I. c. 25. in Thes. MEERMANN. T. IV. p. 52.

k) §. 2. Inst. quib. mod. re contr. oblig. L. 24. D. depos. L. 31. D. loc. cond.

l) L. 5. §. 3. D. commod. L. 54. §. fin. D. locati. L. 10. pr. D. et L. 10. C. de iure dot.

wisse species eingeschränkt ist, oder nicht. In dem letzten Falle verliert der Gläubiger sein Recht nicht, eine zu dem schuldigen genus gehörende species fordern zu können, wenn auch gleich alle diejenigen Individuen, die der Schuldner hatte, durch einen Unglücksfall verloren gegangen seyn sollten; denn hier geht es nach dem Rechtssatze: genus perire non censetur. Wurde das genus auf gewisse Individuen beschränkt, z. B. es hatte mir Jemand eins von seinen Pferden vermacht, oder verkauft, welches ich mir aussuchen sollte, so hört mein Recht und die Verbindlichkeit des Schuldners auf, sobald alle bey der Erbschaft befindliche Pferde, oder alle Pferde des Verkäufers durch einen Unglücksfall vernichtet worden sind [m]).

Der Herr GTR. Höpfner schreibt §. 761. des Commentars über die Institutionen: was die Frage betrifft, wer trägt den Unglücksfall, das heißt, über wen geht er, wessen ist der dadurch verursachte Schaden? so bemerke man: 1) wenn Jemand ein Factum versprochen hat, und ein casus passiret, so trifft er denjenigen, in dessen Person er sich zuträgt, das heißt, wenn ich a) ein Factum für einen Lohn verspreche, und durch einen Unglücksfall verhindert werde, es zu leisten, so kann ich den bedungenen Lohn nicht fordern. Z. E. wenn der Laquai, die Magd krank wird, so hört während der Krankheit Kost und Lohn auf [n]). b) Wenn ich ein Factum für Lohn versprochen habe, und dazu bereit bin; der Andere aber

m) L. 34. §. 6. D. de contr. emt. vend. L. 30. §. 5. D. ad Leg. Falcid.

n) Lavterbach Coll. theor. Pand. tit. loc. cond. §. 105. Müller ad Struv. Exerc. XLIV. th. 22. not. β. Strube rechtl. Bedenk. 3 Thl. 68. Bed. Anderer Meynung ist Leyser Spec. 212. med. 5. und Walch contr. p. 634. edit. tert. Nur muß die Krankheit so anhaltend seyn, daß der Herr eine beträchtliche Zeit über der Dienste entbehren muß. Weber von der natürl. Verbindl. §. 102.

aber durch Unglücksfall gehindert wird, es sich leisten zu lassen, so kann ich den ausbedungenen Lohn verlangen. Z. E. dem Kutscher, dem Laufer, dem Friseur gebührt Kost und Lohn, wenn gleich der Herr Krankheit wegen ihre Dienste nicht brauchte.

2) Bin ich schuldig, einem eine gewisse Sache zu geben, fährt der Herr GTR. Höpfner fort, und die Sache kommt durch Unglücksfall um, so trägt der Andere den casus. Z. E. wenn ich einem eine Bibliothek verkauft habe, und sie verbrennt ohne meine Schuld vor der Uebergabe; so trifft das Unglück den Käufer. Dieß drückt man durch die Regel aus: debitor speciei liberatur interitu rei. Diese Regel hat in allen Contracten außer Zweifel statt. Nur bey den unbenannten macht L. vlt. D. de cond. caus. dat. non sec. Schwierigkeit o).

3) Wenn ich vermöge des Contracts verbunden bin, eine Sache zu restituiren, und die Sache durch einen Casus umkommt, so trägt ihn der Eigenthümer. Z. E. wenn ich von Jemandem ein Pferd gemiethet habe, so muß ich es vermöge des Contracts nach geendigtem Gebrauche zurück geben; krepirt es aber ohne meine Schuld, so trifft der casus den Eigenthümer. Man unterscheide also die beyden Dinge wohl: ich bin verbunden, eine Sache zu geben, und ich bin schuldig, sie zu restituiren. Wenn die Sache bisher mein war, und ich nun den Besitz auf den Andern übertrage, damit die Sache sein werde, so gebe ich sie; gehörte aber die Sache dem Andern, er hatte mir nur den Besitz überlassen, und ich bringe sie nun wieder in seinen Besitz, so restituire ich sie.

Ein gleiches ist 4) Rechtens, wenn eine Sache, die ich weder zu geben, noch zu restituiren habe, durch Unglücksfall zu Grunde geht p). Z. E. wenn ich ein Land-

o) Io. van Neck D. ad h. l. in Oelrichs Thes. nov. Diss. Belgicar. Vol. 2. Tom. 2. p. 383. sqq.

p) Reichard in Diss. cit. §. 2.

Landgut gepachtet habe, und die Früchte durch Hagelschlag ruinirt werden, so trifft mich der casus; denn ich bin Eigenthümer der Früchte. Indessen kann ich doch, um der Billigkeit wegen, einen Nachlaß am Pachtgelde fordern. Ein anderer Fall: Jemand giebt mir den Auftrag, ihm an einem entfernten Orte etwas zu kaufen. Ich werde auf der Reise beraubt. Wer trägt den Schaden? Ich q). Daher trägt auch bey dem Darlehn der Schuldner den Unglücksfall, wenn die dargeliehene Sache zu Grunde geht; denn er ist Eigenthümer, und ist nicht verbunden, die Sache, welche er empfangen hat, sondern nur eine andere von gleicher Qualität und Quantität zu restituiren.

Aus dem, was zeither über die Frage: wen trifft der Schade, welcher durch einen Unglücksfall verursacht worden ist, angeführt worden, kann sich jeder aufmerksame Rechtsgelehrte überzeugen, wie genau man die mancherley Fälle unterscheiden muß, und wie leicht man daher bey Entscheidung eines zu dieser Materie gehörenden Falls irren kann. Nicht weniger Schwierigkeiten finden sich bey Beantwortung der andern Frage: in wie fern ist Jemand schuldig, den Schaden, den ein Anderer, wegen eines sich ereigneten Unglücksfalls, erlitten hat, zu ersetzen? In Gesetzen wird von solchen Fällen gesagt: casus fortuiti a nullo praestantur; es ist der Billigkeit gemäß, daß Jeder den Schaden selbst trage, den er durch Unglücksfälle erlitten hat r). Wer also schuldig seyn soll, den Schaden, den ein Anderer auf diese Art gelitten hat, zu tragen, so muß ein besonderer Grund der Verbindlichkeit

q) L. 26. §. 6. D. mand. Wernher Obs. T. I. P. IV. Obs. 214. n. 49.

r) L. 23. in fine D. de regul. iur. Guil. Provsteav in recit. ad L. 23. D. de reg. iur. c. 27. Brandenburg in Diss. cit. de damno casuali eiusque praestatione, c. 2.

keit vorhanden seyn. Verschiedene Rechtslehrer s) glauben, die Sache lasse sich durch folgende zwey Regeln bestimmen; nämlich 1) wenn Jemand durch einen Vertrag die Unglücksfälle übernommen hat; und 2) wenn die zu Grunde gegangene Sache dem Besitzer für einen gewissen Preis, Verkaufs wegen angeschlagen worden, so muß der Unglücksfall übernommen werden. Gegen diese Meynung kann verschiednes eingewendet werden; denn es giebt nicht nur mehrere Ausnahmen, sondern selbst die letzte Ausnahme hat verschiednes wider sich. Es kommt nämlich bey dem Falle, da eine Sache Verkaufs wegen für einen gewissen Preis angeschlagen worden ist, sehr viel darauf an, ob es die Absicht des Eigenthümers wirklich gewesen ist, daß der Besitzer die Sache für den Eigenthümer verkaufen, und wenn er sie nicht dafür an den Mann bringen könnte, dieselbe wieder zurück geben sollte, wie dieses beym Trödelcontracte gewöhnlich der Fall ist, oder ob die Absicht des Besitzers vielmehr dahin gieng, daß die Sache dem Besitzer selbst für den angenommenen Preis verkauft seyn, und dieser also nur für den Werth der Sache haften solle, welches bisweilen beym Commodatum der Fall ist, und am öftersten bey einem Heyrathsgute t). In der L. 5. §. 3. D. commod. heißt es: et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum est ab eo, *qui aestimationem se praestaturum recepit.* Es wird hier voraus gesetzt, daß der Commodatar den bestimmten Preis der geliehenen Sache zu erstatten, ausdrücklich versprochen habe; denn war die geliehene Sache blos von dem Darleiher taxirt worden, ohne daß der Commodatar versprochen hatte, für den bestimmten Werth zu haften, so ist eine solche Schätzung im Zweifel nur als taxationis causa geschehen, anzunehmen, in welchem Falle

s) Boehmer in Comp. Dig. Lib. XIII. tit. 6. §. 23.

t) L. 10. pr. et §. 6. L. 14. L. 15. L. 69. §. 8. D. de iure dot. Herr HR. Glück und Geiger in den Rechtsf. 2ter Band, Nr. 31. §. 2.

der Commodatar nicht für die Gefahr steht u). War es die Absicht bey der Schätzung, daß das Eigenthum auf den Besitzer übergehen sollte, so prästirt dieser nicht sowohl den casum, sondern der Unglücksfall trifft ihn als Eigenthümer und debitor quantitatis x). Gieng die Absicht des Eigenthümers der Sache dahin, daß die Sache von demjenigen, an den er sie überlassen hat, verkauft werden solle, und wenn er sie nicht verkaufen würde, solche zurück gegeben werden müsse, so ist hiebey noch der Unterschied zu machen, ob dem Eigenthümer ganz allein an dem Verkauf gelegen war, und dieser also dem Empfangnehmer gebeten, die Sache für den bestimmten Preis zu verkaufen; oder ob der Empfangnehmer den Eigenthümer, um seines eigenen Vortheils willen gebeten hat, ihm die Sache zum Vertrödeln zu überlassen. Im ersten Falle braucht der Empfangnehmer für keine Gefahr zu stehen, sondern der Eigenthümer trägt den Unglücksfall, wenn die zum Verkauf überlassene Sache, durch einen bloßen Unglücksfall, wobey dem Empfangnehmer keine Verwahrlosung zur Last gelegt werden kann, zu Grunde gegangen, oder doch wenigstens Schaden gelitten haben sollte; im lezten Falle aber muß der Empfangnehmer für den Unglücksfall stehen, und dem Eigenthümer den Werth der Sache ersetzen. In der L. 17. §. 1. D. de praescr. verb. wird die Sache auf diese Art entschieden, wo es heißt: si margarita tibi aestimata dedero, vt aut eadem mihi adferres, aut pretium eorum: deinde haec perierint ante venditionem: cuius periculum sit? et ait *Labeo*, quod et *Pomponius* scripsit, *si quidem ego te venditor rogaui, meum esse periculum: si tu me, tuum:* si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus,

u) Guil. Provsteav in recit. ad L. 23. D. de reg. iur. c. 27. §. 6. 7. in Meerm. Thes. T. III. p. 540. d'Avezan contr. lib. 1. c. 28. in Meerm. Thes. T. IV. p. 58.

x) L. 5. L. 10. C. de iure dot.

simus, teneri te hactenus, vt dolum et culpam mihi praestes. Actio autem ex hac causa vtique erit praescriptis verbis. Dieses Gesetz beweist, daß die L. 1. §. 1. D. de aestimat. wo die Worte vorkommen: aestimatio autem periculum facit eius, qui suscepit, nicht allgemein verstanden werden dürfen y).

Wenn man die Materie von der Prästation der Unglücksfälle vollständig übersehen will, so kommt es auf folgende Regeln an. Die Verbindlichkeit zur Prästation der Unglücksfälle rührt 1) entweder aus einer unmittelbaren Verordnung der Gesetze her. Dieses ist z. B. der Fall bey der Verbindlichkeit zur Vergütung des Schadens, der durch ein mir gehörendes unvernünftiges Thier, ohne meine Schuld verursacht worden ist. Weil hier keine menschliche Handlung dabey concurrirt, die Handlung eines unvernünftigen Thiers aber unmöglich als frey und imputabel angesehen werden kann, so kann der Schade, den das Thier angerichtet hat, für nichts anders, als für einen Unglücksfall gehalten werden, den der Eigenthümer des Thiers, dem Willen der Gesetze gemäß, entweder durch die Ueberlassung des Thiers, oder durch Geld, dem Beschädigten vergüten muß z).

Die Verbindlichkeit zur Prästation der Unglücksfälle kann 2) aus einem Vertrage herrühren a). Habe ich Jemandem ein Haus vermiethet, und dieses Haus kommt ohne Verschulden des Abmiethers ab, so trifft dieser Unglücksfall mich, als den Eigenthümer. Ließ ich mir aber von dem Miethmann versprechen, daß er für alle Unglücksfälle stehen wolle, so ist er verbunden, mir diesen

y) Herr HR. Glück und Geiger in den Rechtsfällen, Band 1. Nr. 13. §. 5. Not. 13. S. 246.

z) Herr Prof. Weber von Verbindlichk. §. 34. S. 99. Herr von Tevenar im Versuch über die Rechtsgel. S. 137 und 312.

a) L. 1. §. 35. D. depos. L. 39. D. mand. L. 9. §. 2. D. locati cond. L. 1. C. de commod.

Schaden zu ersetzen. Nach der Behauptung sehr vieler Rechtsgelehrten [b]), soll derjenige, welcher sich durch einen Vertrag zur Vergütung der Unglücksfälle verbindlich gemacht hat, nur für die ungewöhnlichen haften, aber nicht für die allerungewöhnlichsten und ganz außerordentlichen. Andere berühmte Rechtsgelehrte verwerfen diese Meynung, weil in Gesetzen [c]) kein solcher Unterschied gemacht werde, und erklären den Vertrag, wodurch Jemand überhaupt die Unglücksfälle übernommen habe, ohne Ausnahme für anwendbar [d]). Noch ist zu bemerken, daß man sich, zur Uebernahme der Unglücksfälle, sowohl ausdrücklich als stillschweigend verbindlich machen kann; welches letztere z. B. dadurch geschehen kann, wenn man verspricht, die fremde Sache dem Eigenthümer unversehrt zurück zu liefern, wie in der L. 30. §. 4. D. loc. cond. bemerkt wird [e]).

Die Verbindlichkeit zur Vertretung der Unglücksfälle kann 3) auch in gewissen einseitigen Handlungen ihren Grund haben, welche sowohl erlaubte als unerlaub-

b) Wernher in Obs. T. I. P. IV. Obs. 214. n. 82—84. P. V. Obs. 98. Berger in Oecon. Iur. Lib. III. tit. VIII. th. 3. Stryck de cautel. contr. Sect. II. c. 9. §. 26. Carpzov in Iurispr. forens. P. II. Const. XXVI. Def. 8. Const. XXXVII. Def. 17. nr. 5. Leyser Vol. XI. Suppl. Spec. 217. med. 15. Eu. Otto de praestat. casuum fortuitorum, etc. c. 2. §. 9. Walch introd. in contr. Sect. III. c. 1. §. 4. Herr Ordinarius von Winckler von Kriegsschäden, 1. Abschn. 2 Hauptst. Nr. 28—61. S. 40. Herr GJR. Westphal vom Kauf, §. 35.

c) L. 78. §. 3. D. de contr. emt. vend. L. 9. §. 2. D. loc. cond.

d) Guil. Provsteav in recit. ad L. 23. D. de reg. iur. c. 27. §. 4. 5. Vinnivs in quaest. sel. Lib. II. c. 1. Lauterbach in Coll. Pand. Lib. XIII. tit. 6. §. 46. 47. Coccei in iure contr. eod. tit. qu. 19. de Pvfendorf in Obs. T. IV. Obs. 78. §. 4. Madihn in Princ. Iur. Rom. P. I. §. 104. Brandenbvrg in cit. Diss. c. 2. §. 29.

e) Herr GJR. Westphal vom Kauf, §§. 1012.

laubte seyn können. Eine solche erlaubte Handlung ist a) die Pollicitation, wenn Jemand dem Staate oder einer Kirche eine gewisse bestimmte Sache versprochen, und zugleich sich erklärt hat, für den Unglücksfall zu stehen. Eine solche Handlung ist b) die Anerkennung einer letzten Willensverordnung durch die geschehene Erbschaftsantretung, in welcher letzten Willensverordnung Jemandem eine gewisse species vermacht, und dem Erben für die Unglücksfälle, welche sich bey dieser Sache ereignen sollten, dergestalt zu stehen anbefohlen worden, daß, wenn die Sache vor der Ablieferung verloren gegangen seyn sollte, der Werth an den Vermächtnißnehmer bezahlt werden solle [f]). Unter die einseitigen unerlaubten Handlungen, welche hierher gehören, rechnet man 1) die Nachlässigkeit, wodurch der casus veranlaßt worden ist, und welcher keine schädliche Folgen gehabt haben würde, wenn die Nachlässigkeit nicht begangen worden wäre [g]). Man ist aber nur eines solchen Grades der Nachlässigkeit wegen verantwortlich, der nach der Beschaffenheit des Contracts in dem eingetretenen Falle prästirt werden muß. Wäre also der Unglücksfall durch des Schuldners culpam leuissimam verursacht worden, er hätte aber blos culpam latam oder leuem zu prästiren gehabt, so kann ihm kein Schadensersatz zugemuthet werden. Es gehört 2) hierher Verzug oder Saumseligkeit des Schuldners, wenn solche zum Verlust der Sache etwas beygetragen hat [h]).

f) Herr HR. Glück im Comment. Thl. 4. S. 393. BRANDENBVRG Diss. cit. l. c. §. 31.

g) L. 5. §. 4. et 7. L. 18. pr. D. commod. L. 11. §. 1. D. loc. cond. L. 11. D. de negot. gest. L. 12. D. de peric. et commod. rei vend. L. 3. C. de peric. tut. L. vn. D. de ripa munienda. PROVSTEAV l. c. §. 9—13.

h) L. 23. L. 49. D. de verb. oblig. L. 40. pr. D. de hered. petit. L. 15. §. fin. D. de rei vindic. L. 14. §. 1. D. depos. L. 47. §. fin. D. de legat. I. L. 45. D. de oblig. et act. PROVSTEAV l. c. §. 23—29.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0527
DFG

Eine unerlaubte einseitige Handlung ist 3) der contractswidrige Gebrauch einer fremden Sache. Hat also der **Depositar** die deponirte Sache, oder der **Gläubiger** das Pfand Contractswidrig gebraucht, und bey diesem Gebrauch stößt der Sache ein Unglücksfall zu, so muß der Schade dem Eigenthümer ersetzt werden [i]). Daß 4) ein begangenes Verbrechen, wodurch man eine fremde Sache an sich gebracht hat, unter die hierher gehörenden einseitigen Handlungen gehört, versteht sich von selbst. Daher wird der **Dieb** und der **Räuber** durch den Untergang der gestohlnen oder geraubten Sache nicht von der Verbindlichkeit befreyt, den Eigenthümer zu entschädigen, wenn gleich der Zufall aus ganz natürlichen Ursachen, woran der Dieb oder Räuber nicht Schuld war, z. B. durch die Mortalität entstanden seyn sollte [k]). Diese Prästation der Unglücksfälle wird in der L. 19. D. de vi et vi arm. für eine verdiente Strafe des Diebes erklärt, quia ex ipso tempore delicti, plus quam fruſtrator, debitor conſtitutus eſt. In der L. 8. §. 1. D. de cond. furt. wird ein anderer Grund angegeben, und es heißt daselbst: quia ſemper moram fur facere videtur. Dieser deutlichen Gesetze ungeachtet, behaupten dennoch einige Rechtsgelehrte [l]), der Dieb und Räuber brauche nur alsdenn für die Unglücksfälle zu stehen, wenn die gestohlne oder geraubte Sache, bey ihrem Eigenthümer nicht auf die nämliche Art zu Grunde gegangen seyn würde. Sie berufen sich auf die L. 14. §. 11. D. quod met. cauſ.

Die-

i) L. 16. D. de cond. furt. Hommel Rhapſ. Obſ. Vol. II. Obſ. 268. Höpfners Comment. über die Inſtitut. §. 1034. Note 1. S. 903.

k) L. 2. C. de cond. furt. L. 8. pr. et L. fin. D. eod. L. 1. §. 34. L. 19. D. de vi et vi arm. L. 40. pr. D. de hered. petit. L. 1. C. de his, quae vi met. Brandenb. Spec. cit. §. 33. Cocceii in iure contr. Lib. 5. tit. 3. qu. 19.

l) Fachinaevs Lib. 8. contr. cap. 100. Provsteav in recit. ad L. 23. D. de reg. iur. c. 27. §. 30—35.

Diese Stelle beweist aber nichts gegen die angeführten deutlichern Gesetze [m]).

Da wir wissen, was die Gesetze über die Vergütung der durch Unglücksfälle verursachten Schäden verordnet haben, so soll nunmehr auch noch die wichtige Frage beantwortet werden: wer bey Unglücksfällen den Beweis führen müsse? Wenn ich behaupte, eine Sache sey durch einen bloßen Unglücksfall, ohne meine Schuld, zu Grunde gegangen, oder verdorben, muß ich dieses beweisen, oder muß der Gegner ausführen, daß ich eine Nachlässigkeit begangen habe? Man muß hier mehrere Fälle unterscheiden. Erstens kann wegen Uebernahme der Unglücksfälle ein Vertrag geschlossen worden seyn; und hier kann der Streit darüber seyn, ob die Sache durch einen solchen Unglücksfall zu Grunde gegangen sey, wovon der Vertrag handelt, oder man streitet darüber, wer an dem Unglücksfalle Schuld sey. Wenn nicht darüber, ob wirklich ein Vertrag dieser Art geschlossen worden, gestritten wird, in welchem Falle freylich der Kläger beweisen müßte, sondern blos über den Sinn und die Auslegung des vorhandenen Vertrags gestritten wird, so kommt es wieder darauf an, ob der Beklagte die Unglücksfälle in dem Vertrage unbestimmt übernommen hat, oder ob dieses nicht der Fall ist. Im ersten Falle muß der Beklagte beweisen, daß der streitige Fall wirklich ausgenommen worden sey [n]). Lautet der Vertrag ganz bestimmt, und es sind in solchem nur einige besondere Unglücksfälle ausgedrückt worden, so liegt dem Kläger, wenn er behauptet, die Anführung der im Vertrage vorkommenden Unglücksfälle, sey nur beyspielsweise geschehen, die Beweisführung ob,

m) VOET ad Dig. Lib. XIII. tit. 2. §. 6. DONELLVS in comment. iur. ciuil. Lib. 16. c. 2. §. idem ad mor. p. 868. POTHIER in Pand. Iust. T. I. tit. quod met. causa Art. II. Nr. XXVII. not. a. pag. 133.

n) L. 19. pr. D. de probat.

daß die Absicht der Contrahenten in der That auf die Uebernahme aller Unglücksfälle gegangen sey o). Konnte er diesen Umstand nicht beweisen, so muß der Beklagte absolvirt werden, wenn der Schade durch einen solchen Unglücksfall verursacht worden ist, von dem im Vertrage nichts vorkommt p). Hatte der Beklagte behauptet, der Unglücksfall sey durch Klägers Nachlässigkeit verursacht worden, so muß er diese Einrede beweisen, weil dieser Fall nicht vermuthet wird q).

Wenn über die Uebernahme der Unglücksfälle kein Vertrag geschlossen worden, so streitet man entweder darüber, ob ein Unglücksfall eingetreten ist, wodurch die Erfüllung des Versprechens gehindert wurde, oder es ist kein Streit über die Ereigniß eines Unglücksfalls, sondern der Streit betrifft blos die Frage: ob dieser Unglücksfall durch die Schuld des Promittenten verursacht worden ist? Hier muß der Kläger beweisen, daß sich der Beklagte einer wirklichen Schuld theilhaftig gemacht habe; denn die Behauptung, daß Jemand nicht den nöthigen Fleiß auf eine Sache verwendet habe, ist eine Handlung, welche von demjenigen, der sich darauf beruft, um so mehr hinlänglich bewiesen werden muß, weil die Gesetze die begangene Nachlässigkeit gar nicht vermuthen, sondern Jeden für einen ordentlichen Mann halten r). Uebrigens ist es nicht zu leugnen, daß hierbey sehr viel auf die sich findenden Umstände ankommt, welche bisweilen allerdings eine

o) Herr GJR. Westphal vom Kauf, §. 35. S. 37.

p) Lüder MENCKEN in D. de conuentione circa praestandos casus fortuitos, §. 29. sqq.

q) WAHL Progr. quid proprie in receptione casuum fortuitorum pactitia probandum sit? Gott. 1752.

r) L. 18. §. 1. et 2. D. de probat. WERNHER Obs. T. I. P. IV. Obs. 214. nr. 33. sqq. IDEM P. I. Obs. 200. nr. 6. DAEGENER in D. de legitima probatione casuum fortuitor. Lips. 1731. §. 7. WEHRN in doctr. iur. c. IV. §. 20. p. 159. Herr von Quistorp in den Beyträgen, Nr. 14. S. 195.

eine solche Vermuthung begründen können, wodurch der Kläger von dem angeführten Beweise frey wird, weil die Unglücksfälle nicht alle von gleicher Beschaffenheit sind. Einige sind so beschaffen, daß sie gewöhnlich von keiner Nachlässigkeit herrühren; wohin feindliche Ueberfälle, Wetterschäden, Wasserfluthen, Viehsterben u. dergl. gehören. In solchen Fällen kann der Kläger nicht vom Beweise frey gesprochen werden, daß der Beklagte ein Versehen begangen habe. Wieder andere Unglücksfälle sind so beschaffen, daß sie in den mehresten Fällen, durch eine Unachtsamkeit derjenigen verursacht worden sind, in deren Wohnungen sie entstehen, welches besonders bey Feuersbrünsten und Diebstählen der Fall ist. Bey Unglücksfällen dieser letzten Art, kommt es nach der Behauptung der einsichtsvollsten Rechtsgelehrten s) darauf an, ob über einen solchen Fall gestritten wird, wo der Schuldner nach der Natur des Geschäfts für die geringste Nachlässigkeit haftet, welches beym Commodatar der Fall ist; oder ob er nur für die grobe und mittlere Nachlässigkeit zu stehen braucht, wozu z. B. der Verkäufer, der Pachter, verbindlich ist. Bey einem Falle der ersten Art muß der Beklagte beweisen, daß er sich keiner Nachlässigkeit, und nicht einmal der geringsten schuldig gemacht habe, sondern die höchste Sorgfalt von ihm auf das Geschäfte verwendet worden sey. In Fällen der letzten Art muß der Kläger ausführen, der Unglücksfall rühre von einer groben oder mittlern Nachlässigkeit des Beklagten her. Beweist der Kläger wenigstens so viel, daß der Beklagte wegen seiner zeitherigen Lebensart die größte Vermuthung der bewiesenen Nachlässigkeit wider sich habe, oder er könn-

s) Hart. PISTOR in quaest. iur. Lib. I. qu. 18. nr. 8. sqq. CARPZOV in iurispr. forens. P. II. Constit. 26. Def. 18. BERGER in Oec. Iur. Lib. III. tit. 8. thes. 3. not. 3. Ge. Fr. KRAUSE in D. de actione de recepto casum fortuitum non prosequente, Viteb. 1750. §. 7. Herr GTR. Höpfner im Comment. §. 761. Note 4. S. 713.

könnte, wenn die Frage von einer entstandenen Feuersbrunst wäre, keine auf scheinbaren Gründen beruhende Ursache angeben, welche zu dem ausgebrochenen Feuer eine unmittelbare Veranlassung gegeben, so wird er bey diesen Umständen zum Erfüllungseyde gelassen [t]). Dieser Unterschied gründet sich nicht nur auf die Natur der Sache selbst, sondern er wird auch durch die Gesetze bestätigt. Die Gesetze vermuthen nicht leicht eine grobe oder mittlere Nachlässigkeit bey einem Menschen, weil jeder Mensch für einen ordentlichen Hauswirth so lange gehalten werden soll, bis das Gegentheil hinlänglich erwiesen ist. Man nimmt selbst bey solchen Unglücksfällen, welche gewöhnlich durch Nachlässigkeit veranlaßt werden, wohin Feuersbrünste gehören, nichts anders an. So gewiß die Gesetze bey ausgebrochenem Feuer die allgemeine Vermuthung billigen, daß es durch Nachlässigkeit entstanden sey; daher in der L. 3. §. 1. D. de offic. praef. vigil. gesagt wird: quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium, so hat diese Vermuthung dennoch die Kraft nicht, um annehmen zu können, selbst in dem gegenwärtigen Falle sey das Feuer durch die grobe oder mittlere Nachlässigkeit des Beklagten verursacht worden, er müßte denn beweisen, von seiner Seite sey nicht die geringste Nachlässigkeit begangen worden. Die Gesetze [u]) erklären ausdrücklich, bey entstandener Feuersbrunst müsse immer eher vermuthet werden, daß solche durch einen ungefähren Zufall, und nicht durch Nachlässigkeit des Hausvaters entstanden sey [x]). In der L. 11. D. de peric. et comm. rei vend. heißt es daher: si vendita

t) Herr von Quistorp in den Beytr. a. a. O. S. 197.

u) L. 11. D. de peric. et comm. rei vend. L. 5. §. 4. D. commod. L. 14. §. 6. D. de furt. L. 11. D. de incendio, ruina, naufr. L. 23. in f. D. de reg. iur.

x) de Wernher Obs. T. I. P. I. Obs. 200. Westenberg in Comp. Dig. Lib. 19. tit. 2. §. 51. Herr von Quistorp a. a. O.

dita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? Respondit: quia *fine patrisfamilias* culpa fieri potest, neque si seruorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit, quamobrem si *venditor* eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit, nisi *dolo* vel *latiori* negligentia combustio facta. Auf eine ganz andere Weise muß man die Sache beurtheilen, wenn der Beklagte verbunden war, für die geringste Nachlässigkeit zu stehen. Da die Menschen nicht so sehr geneigt sind, die größte Sorgfalt bey Besorgung eines Geschäfts anzuwenden, wie die tägliche Erfahrung beweist, so kann man die Beobachtung derselben auch nicht präsumiren, folglich hat der Beklagte in Fällen, wo es auf die geringste Nachlässigkeit ankommt, die Vermuthung wider sich, und er muß daher den Beweis übernehmen, daß er sich wirklich nicht die geringste Nachlässigkeit bey dem streitigen Falle zu Schulden kommen lasse.

Ist es gar noch nicht ausgemacht, daß wirklich ein Unglücksfall vorhanden sey, wodurch Jemand an der Erfüllung seiner Verbindlichkeit verhindert worden ist, und er schützt gleichwohl diesen Umstand vor, um sich der Vergütung des dadurch verursachten Schadens zu entziehen, so muß der Schuldner nicht nur den sich geäußerten Unglücksfall beweisen, sondern zugleich auch noch ausführen, daß er nicht durch seine Nachlässigkeit veranlaßt worden sey [y]).

Zum Beschluß dieser Materie will ich die Erklärung einrücken, die der Herr GTR. Höpfner davon vorgetragen hat. Er schreibt: eine wichtige Frage ist es, wenn ich behaupte, eine Sache sey durch ein bloßes Ungefähr,

y) Arg. L. 5. C. de pignor. act. Wehrn l. c. c. 4. §. 20. p. 159. Herr HR. Glück a. a. O. S. 401.

fähr, ohne meine Schuld zu Grunde gegangen, oder verdorben, muß ich dieß beweisen, oder muß der Gegner darthun, daß ich in culpa gewesen sey? Den Beweis, daß ein Unglücksfall geschehen sey, muß ich ohne Zweifel führen. Dieser Unglücksfall ist nun entweder von der Art, daß er sich gewöhnlich auf keine Nachlässigkeit gründet, z. B. feindliche Ueberfälle, Wasserfluthen, Viehsterben, oder er ist gewöhnlich mit einer Nachlässigkeit verbunden, z. B. Feuersbrünste, Diebstahl ꝛc. Im ersten Fall muß mein Gegner zeigen, daß ich etwas versehen habe; im letzten hingegen ist entweder der Fall so beschaffen, daß ich culpam leuissimam leisten muß, oder nur latam oder leuem. Ist jenes, so muß ich den Beweis führen, daß ich nicht in culpa leuissima gewesen sey. Ist aber das letzte, so muß mein Gegner zeigen, daß culpa lata oder leuis begangen worden sey; denn die Vermuthung, daß bey Zufällen der gedachten Art eine Nachlässigkeit begangen worden sey, geht doch nicht weiter als auf die geringste Nachlässigkeit [z]); nur muß sich der Kläger hüten, daß er in seinem Libell nicht behauptet, die Sache sey durch Vorsatz oder Nachlässigkeit des Beklagten zu Grunde gegangen, oder verdorben; denn jetzt muß er beweisen [a]). Indessen giebt es doch viele Rechtsgelehrte, welche dem Kläger den Beweis des dolus oder des Versehens ohne Unterschied aufbürden [b]).

§. 328. 329.

Auch durch die Saumseligkeit eines Andern kann mir ein Schade verursacht werden. Da wir nun in den vorigen Paragraphen vom Schadensersatz bey Verträgen gehandelt haben, so ist es der Natur der Sache gemäß,

z) Henr. Pistor Lib. I. Qu. 18.
a) Leyser Spec. 176.
b) Wernher P. IV. Obs. 214. n. 33. sqq.

mäß, von dem Verzuge in der Erfüllung einer aus einem Vertrage herrührenden Verbindlichkeit, und der deshalb nach den Gesetzen statt findenden Schadensvergütung, hier ebenfalls das Wichtigste anzuführen. Unter dem Worte mora, frustratio, cessatio, dilatio, welche Worte in Gesetzen [c]) gebraucht werden, der Saumseligkeit, dem Verzuge, der Zögerung, versteht man den widerrechtlichen Aufschub einer Handlung, zu der ich verbunden bin [d]). Wenn eine mora vorhanden seyn soll, so wird erfordert, a) daß Jemand eine Verbindlichkeit zu erfüllen hatte, sie mag nun entweder aus einem Gesetz, oder aus einem Vertrage, oder aus einer andern erlaubten oder unerlaubten Handlung herrühren. Es muß b) ein Zeitpunct festgesetzt worden seyn, von dessen Eintritt an Jemand verpflichtet war, die Verbindlichkeit zu erfüllen. Dieser Zeitpunct muß c) bereits vergangen seyn; und gleichwohl ist d) die obliegende Verbindlichkeit nicht erfüllt worden. Diese Unterlassung der Verbindlichkeit muß e) ohne eine rechtmäßige Ursache geschehen seyn. Sieht man auf den Grund der mora, so besteht solcher entweder in dem bösen Willen des Saumseligen; er will es nicht zu rechter Zeit thun, was er thun sollte; oder in einer Nachlässigkeit; er vergißt es zu thun. Wo keins von beyden eintritt, z. B. wenn der Richter auf das Geld, welches ich schuldig bin, Arrest gelegt hat, da ist auch keine mora [e]). In der L. 21. D. de vsur. heißt es: sciendum, non omne, quod differendi causſa optima ratione fiat, *morae* adnumerandum; und in der L. 40. D. de reb. cred. wird die Bemerkung gemacht: non enim

c) L. 3. D. de vsur. L. 37. in fin. D. mand. L. 17. D. de vsur. L. 21. D. eod.

d) DONELLVS, FERRETVS, FORCATVLVS, COCCEII, a BEYMA, de mora, WEHRN in doctr. iur. explicatr. MEISTER D. de notione iurid. morae, in *Eius* Opusc. T. I. n. 5.

e) de PVFENDORF in Obs. T. III. Obs. 170.

enim in *mora* est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest. Wenn die Schuld noch nicht liquid ist, oder der Schuldner hat ein Moratorium bekommen, so ist von keiner mora die Frage.

Die mora ist entweder *mora praestandi* s. soluendi, oder *mora accipiendi*. Es kann nämlich nicht nur vom Schuldner eine mora begangen werden, sondern auch vom Gläubiger. Giebt oder thut der Schuldner nicht zu rechter Zeit, was er thun oder geben sollte, so ist es mora soluendi; wenn hingegen der Gläubiger nicht annimmt, was ihm der Schuldner zu leisten bereit ist, so heißt es mora accipiendi. Eine Saumseligkeit kann auch dadurch begangen werden, wenn entweder der Schuldner oder der Gläubiger in der Auseinandersezzung und Berechnung der Schuld saumselig ist [f]). In der L. 4. C. de vsuris pupill. wird gesagt: pupillus agere vobiscum actione tutelae compelli non potest. Verum aduersus futuram calumniam, vt et si quid ei debetis, cursus inhibeatur vsurarum, denunciationibus frequenter interpositis, ad iudicium eum prouocate: ac, si rem dissimulatione proferat, actis apud Praesidem prouinciae factis, voluntatis vestrae rationem declarate; quo facto tam vobis ipsis, quam securitati filiorum vestrorum consuletis. In der L. 37. D. mandati heißt es: nisi forte aut per *promissorem* steterit, quo minus suo die solueret, aut per *creditorem*, quo minus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet. Von der mora creditoris wird in der L. 72. D. de solut. bemerkt: si ea obtulerit *creditori*, et ille sine iusta causa ea accipere recusauit.

Wenn Jemand für saumselig gehalten werden soll, so wird die Vernachlässigung eines Zeitpuncts vorausgesezt, bey dessen Eintritt der Saumselige eine gewisse ihm

f) Wehrn l. c. §. 46.

ihm obliegende Verbindlichkeit hätte erfüllen sollen, die er aber nicht erfüllt hat. Bey jeder mora muß also ein Zeitpunct festgesetzt seyn, wo etwas geschehen sollte. Es giebt verschiedne Ursachen, wie ein solcher Zeitpunct entstehen kann; und darunter gehört 1) die unmittelbare Verordnung der Gesetze. Eine solche Verordnung ist es, daß ein versprochener Brautschatz längstens innerhalb zwey Jahren nach vollzogener Ehe ausgezahlt; hingegen ein erhaltener Brautschatz, der in unbeweglichem Vermögen besteht, gleich nach getrennter Ehe; wenn er aber in baarem Gelde, oder in beweglichen Sachen bestanden hat, innerhalb eines Jahres, nach aufgehobener Ehe zurück gegeben werden soll [g]). Man findet ferner in Gesetzen [h]) gewisse Vorschriften, von welcher Zeit an, die Vormünder schuldig seyn sollen, die Gelder ihres Pupillen auszulehnen.

Auch ein Vertrag kann 2) die Ursache seyn, warum ein Zeitpunct zur Erfüllung einer Verbindlichkeit vorhanden ist; welcher Fall z. B. alsdenn eintritt, wenn ich Jemandem ein Darlehn auf ein Jahr gegeben habe [i]). Bisweilen wird der Zeitpunct zur Erfüllung der Verbindlichkeit durch die Natur des Contracts oder Vertrags bestimmt. Wer etwas kauft, ohne sich eine Zeit auszubedingen, wenn er das Kaufgeld bezahlen will, muß es sogleich gegen Ablieferung der gekauften Sache bezahlen [k]).

Der Zeitpunct zur Erfüllung einer Verbindlichkeit liegt 3) bisweilen in der so genannten Interpellation des Gläubigers; das heißt: der Gläubiger muß seinen Schuldner zur Erfüllung der Verbindlichkeit auffordern,

g) L. 31. §. 2. D. de iure dot. L. vn. §. 7. C. de rei vxor. act.

h) L. 7. §. 11. L. 15. D. de administr. et peric. tutor.

i) L. 114. D. de verb. obligat. L. 23. D. de oblig. et act.

k) L. 13. §. 20. D. de act. emti et vend. L. 47. D. in f. D. eod. L. 5. C. eod. L. 5. §. 1. et 2. D. praescr. verb.

dern, die ihm obliegt, wenn er für saumselig gehalten werden soll [l]). Diese Art des Verzugs wird in Gesetzen, mora ex persona genennt [m]).

Nunmehr ist die Frage ausführlicher zu beantworten, 1) wenn der Schuldner als saumselig zu betrachten ist, und wenn dieses 2) vom Gläubiger gesagt werden kann?

Der Schuldner ist in mora, so bald er den in Gesetzen, oder durch einen Vertrag festgesetzten Zeitpunct zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit hat verstreichen lassen, ohne seine Verbindlichkeit erfüllt zu haben. Von einer solchen mora sagt man, daß sie ipso iure eintrete, ohne daß der Gläubiger nöthig hatte, den Schuldner zu mahnen. Von solchen Fällen heißt es: dies interpellat pro homine [n]), und diese Art der Saumseligkeit wird in Gesetzen [o]) mora ex re genennt. Haben weder die Gesetze noch Verträge eine Zahlungszeit festgesetzt, so muß der Gläubiger seinen Schuldner mahnen, und von dieser Zeit an, ist er erst in mora. Dieses Mahnen ist selbst bey bedingten Schuldforderungen nöthig, weil die Existenz der Bedingung die Verbindlichkeit blos purificirt, das heißt, nur so viel bewirkt, daß der Schuldner belangt werden kann, aber ihn nicht sogleich in moram

l) L. 36. §. fin. D. de legat. I. L. 32. pr. D. de vsur. Ge. Ioach. DARIES in Diss. de iusto termino solutionis, quando in instrumento obligationis solutionis terminus non est praefinitus, Frf. 1774.

m) L. 17. §. 3. L. 32. D. de vsur.

n) L. 114. D. de verb. obligat. L. 23. D. de oblig. et act. L. 12. C. de contr. vel committ. stipul. L. 13. §. 20. D. de act. emti et vend. Ant. FABER in Cod. Lib. 4. tit. 24. Def. 31.

o) L. 23. §. 1. L. 32. pr. L. 38. §. 1. D. de vsur. I. 5. D. de minor. L. f. C. de cond. ob turp. cauf. L. 12. C. de contr. stipul. WEHRN l. c. §. 47. NOODT de foenore et vsur. Lib. III. c. 10.

ram versetzt hat p). Streitig ist es unter den Rechtslehrern q), ob das Mahnen gerichtlich geschehen seyn müsse, oder ob eine außergerichtliche Interpellation hinreichend sey. Weil die Gesetze r) nicht schlechterdings eine gerichtliche Interpellation vorschreiben, man auch nicht sagen kann, daß sich derjenige zum Richter in seiner eigenen Sache mache, der seinen Schuldner außergerichtlich mahnt, so ist die Meynung derjenigen Rechtsgelehrten s) die gegründetere, welche eine außergerichtliche Interpellation für hinreichend halten. Unleugbar ist es, daß der Schuldner entweder selbst, oder doch sein Bevollmächtigter gemahnt werden müsse, wenn die mora eintreten soll; denn eine dem Sclaven des abwesenden Schuldners geschehene Denunciation wird für unzureichend erklärt t). Man muß also wenigstens beweisen, der Schuldner habe hinreichende Nachricht davon bekommen, daß die Interpellation an seinen Bevollmächtigten oder an seine Bedienten ergangen sey u). Am sichersten ist es in solchen Fällen, man wiederhohlt die

p) VOET ad Dig. tit. de vsur. §. 26. ZOESIVS in comment. ad Dig. Lib. 22. tit. 1. §. 50.

q) MADIHN in Princ. Iur. Rom. P. I. §. 121. WEHRN in doctr. iur. c. 5. §. 46. not. 20. HOFACKER in Princ. Tom. III. §. 1825. p. 82.

r) L. 3. pr. L. 24. §. fin. L. 32. pr. et §. 1. D. de vsur. L. 17. D. de peric. et comm. rei vend. L. 5. D. de reb. cred. L. 4. D. de pignor. act. L. 10. C. de pignor. L. 87. §. 1. in f. D. de legat. II. L. 23. D. de verb. oblig.

s) Hug. DONELLVS in comment. iur. ciuil. Lib. XVI. c. 2. §. 2. p. 867. VOET ad Dig. Lib. XXII. tit. 1. §. 25. LAVTERBACH in Coll. Pand. Lib. XXII. tit. 1. §. 52. HOMMEL in Rhapf. Obf. for. Vol. I. Obf. 127. nr. 2. MEISTER in Diff. de notione morae, §. 64. HOFACKER in Princ. iur. ciuil. T. III. §. 1825. p. 82.

t) L. 24. in f. L. 32. §. 1. D. de vsur. MEISTER l. c. §. 66.

u) L. 20. §. 11. D. de petit. hered. VOET ad Pand. l. c. §. 25.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0539
DFG

Interpellation gegen den Schuldner selbst, wenn es gleich sonst hinreichend ist, wenn der Schuldner nur einmal erinnert worden ist [x]). Etwas anders scheint zwar in der L. 122. §. 3. D. de verb. oblig. in der L. 38. D. de minor. und in der L. 59. §. 5. D. mand. verordnet zu seyn. Dieses ist aber in der That nicht der Fall; denn obgleich darin einer wiederhohlten Interpellation gedacht wird, so war dieses blos factum, aber kein ius [y]). Ich habe zwar bemerkt, wenn die Interpellation die gehörige Beschaffenheit haben soll, so müsse der Schuldner selbst an die Bezahlung erinnert worden seyn. Hier ist aber noch der Umstand nicht außer Acht zu lassen, daß der Schuldner eine solche Person seyn müsse, welche die Bezahlung annehmen darf. Wäre daher der Schuldner ein Pupill, so muß die Erinnerung an die Zahlung nicht ihm, sondern seinem Vormunde geschehen [z]).

Soll von dem Gläubiger gesagt werden können, daß er in mora sey, so kommt es vor allen Dingen darauf an, ob der Schuldner eine Handlung zu unternehmen schuldig ist, oder ob er eine Sache abliefern soll [a]). Bey Fällen der ersten Art, hat der Schuldner seine Verbindlichkeit erfüllt, wenn er sich bereitwillig erklärt hat, die versprochene Handlung zu unternehmen, und nunmehr macht sich der Gläubiger einer Saumseligkeit schuldig, wenn er von seiner Seite, ohne rechtmäßige Ursache zögert, diese Handlung anzunehmen. In der L. 39. D. de reg. iur. heißt es daher: in omnibus causis

x) L. 32. D. de vsur. L. 26. D. sol. matr.

y) Noodt de vsur. L. III. c. 9. Voet l. c. Wehrn l. c. §. 46. not. 21.

z) L. 24. L. 49. §. 2. D. de verb. oblig. L. 5. §. 20. D. vt in possess. legat. Altamiran in comment. ad lib. 5. quaest. Scaevolae tract. 5. ad L. 127. D. de verb. obligat. §. 21—23. in Meerm. Thes. T. III. p. 448. Wehrn l. c. §. 46. not. 15. p. 303.

a) Rom. Teller D. de mora creditoris, Lipsi. 1765.

sis *pro facto* accipitur id, *in quo per alium morae fit, quo minus fiat.* Bey der Verbindlichkeit zu Leistung einer Sache kommt es darauf an, ob die schuldige Sache eine bewegliche ist, oder eine unbewegliche. Wenn eine bewegliche Sache auf die gehörige Art abgeliefert werden, und von dem Gläubiger gesagt werden soll, daß er in mora accipiendi sey, so muß ihm solche nicht blos durch Worte angeboten, sondern wirklich, das heißt, die Sache selbst, und auf die gehörige Art übergeben worden seyn, der Gläubiger aber dennoch die Annahme derselben aus unerheblichen Gründen verweigert haben [b]). Wer also Geld zu bezahlen hat, muß es in der gehörigen Quantität und Qualität, zu rechter Zeit und am gehörigen Orte in der Absicht angeboten haben, um seine Schuld sogleich zu tilgen. Es giebt mehrere Gesetze [c]), welche hinlänglich beweisen, daß bey Ablieferung einer beweglichen Sache, die so genannte oblatio realis erfordert werde, wiewohl verschiedne Rechtslehrer die wörtliche Oblation für hinreichend erklärt haben, wenigstens in gewissen Fällen [d]). Sicherer ist es zwar, die schuldige Sache gerichtlich zu deponiren, oder doch an einem andern sichern Orte, damit der Schuldner von aller Verbindlichkeit frey werde; man kann aber eine solche Deposition nicht für schlechterdings nothwendig erklären, um den Gläubiger als saumselig anzusehen [e]), wiewohl mehrere

b) Hofacker Princ. iur. ciuil. T. III. §. 1826. p. 84. Meyius in Dec. P. II. Dec. 200. 201. Nettelbladt in syst. iurispr. pos. com. §. 310.

c) L. 72. pr. D. de solut. L. 39. D. eod. L. 73. §. fin. D. de verb. oblig. L. 122. pr. D. eod. L. 9. §. fin. D. de pignor. act. L. 6. L. 19. C. de vsur. Nr. 91. c. 2.

d) Rom. Teller in Diss. cit. §. 7. Ge. Schultzen in tr. de oblatione, obsignatione ac depositione pecuniae sibi debitae, c. 8. Stryck in vsu mod. Lib. 46. tit. 3. §. 16.

e) L. 73. §. 2. D. de verb. oblig. L. 72. pr. D. de solut. Voet ad Dig. Lib. XLVI. tit. 3. §. 28. 29. Rom. Teller in Diss. cit. §. 8. Wehrn l. c. §. 46. not. 6. p. 299.

rere Rechtsgelehrte um einiger Gesetze [f]) willen die gerichtliche Niederlegung für nöthig halten. Alsdenn tritt die Wirkung des Verzugs von Seiten des Gläubigers ebenfalls ein, wenn sich der Schuldner gegen den gehörig bevollmächtigten Procurator des Gläubigers erboten hat, die Sache pflichtmäßig abzuliefern [g]); jedoch behaupten einige Rechtslehrer, der Schuldner müsse es beweisen, daß der Gläubiger von seiner Bereitwilligkeit zu Ablieferung der Sache Nachricht erhalten habe [h]). Kann der Schuldner deswegen keine Bezahlung leisten, weil die Schuld noch nicht hinlänglich berechnet ist, so muß er den Gläubiger zur Berichtigung der Rechnung auffordern. Macht er unnöthigen Aufenthalt, so hat die mora creditoris wenigstens die Wirkung, daß der Schuldner vom Tage der Aufforderung zur Berichtigung der Rechnung an, keine Zinsen zu bezahlen braucht [i]).

Besteht die Verbindlichkeit des Schuldners in der Ablieferung einer unbeweglichen Sache, so fängt die mora des Gläubigers von der Zeit an, wo der Schuldner schriftlich oder mündlich erklärte, daß er ihm das Grundstück übergeben wolle, und er räumt es sodann auch wirklich [k]). — Daß derjenige, welcher behauptet, der Andere sey in mora gewesen, dieses beweisen müsse, versteht

f) L. 6. L. 19. C. de vsur. L. 9. C. de solut. Nov. 91. c. 2. Nettelbladt l. c.

g) L. 11. 12. D. de pact. L. 34. §. 3. D. de solut. Mevius in Dec. P. VI. Dec. 121. Teller Diss. cit. §. 3. p. 19. sqq.

h) de Pufendorf in Obs. T. III. Obs. 168. Hugo Donellus in comment. iur. ciuil. Lib. 16. c. 13. §. pro creditore, p. 908.

i) L. fin. C. de vsur. pupill. Schultzen cit. tr. de oblatione, c. 8. cas. 2.

k) Zanger de except. P. III. c. 2. n. 147. sqq. Schultzen tr. de oblat. c. 6. 7. Donellus l. c. §. oblatio in f. Cocceii in D. de mora, §. 18.

steht sich von selbst, da hier von einer nachtheiligen Handlung die Rede ist [l]).

§. 330. 331.

Wir wissen, unter welchen Umständen sowohl vom Gläubiger als vom Schuldner eine Saumseligkeit begangen werden könne; nunmehr werde ich in Absicht der Grundsätze von den rechtlichen Wirkungen der Saumseligkeit in beyden Fällen, das Wichtigste anführen.

Hat sich der Schuldner eine Saumseligkeit zu Schulden kommen lassen, so ist die rechtliche Wirkung 1) diese, daß seine Verbindlichkeit fortgeht, da sie doch aufgehört haben würde, wenn er solche zu gehöriger Zeit erfüllt hätte [m]). In der L. 91. §. 3. D. de verb. oblig. heißt es: veteres constituerunt, quoties *culpa* intervenit *debitoris*, *perpetuari obligationem*, und in der L. 24. in f. D. de vsur. heißt es: cum procurator *interpellauerit* promissorem hominis, *perpetuam* facit stipulationem. Eine Folge hiervon ist es, daß, wenn die schuldige Sache zu Grunde gegangen ist, da es an dem Schuldner gelegen, solche an seinen Gläubiger zu übergeben, ersterer nicht durch den Untergang der Sache von seiner Verbindlichkeit befreyt wird, welches doch sonst bey dem debitor speciei der Fall ist, sondern er muß das Interesse leisten [n]). In der L. 91. §. 6. D. de verb. oblig. werden noch andere Wirkungen angeführt; z. B. man kann sich zur Sicherheit, dieser Verbindlichkeit wegen, Bürgschaft leisten lassen, oder deshalb eine Novation eingehen, das heißt: die Verbindlichkeit umändern,

l) L. 32. pr. D. de vsur.

m) L. 82. §. 1. L. 93. §. 3. D. de verb. oblig.

n) L. 82. §. 1. D. de verb. oblig. verb. si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilominus, proinde ac si homo viuerer. L. 39. §. 1. D. de legat. I. verb. si post moram res interierit, aestimatio eius praestatur.

und sie in eine andere verwandeln o). Die angeführte Perpetuirung der Verbindlichkeit erstreckt sich auch auf die accessorischen Verbindlichkeiten, und dazu gehört die Verbindlichkeit des Bürgen, welche der Saumseligkeit des Schuldners wegen, ebenfalls fordauert. In der L. 58. §. 1. D. de fideiuss. heißt es: cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris durat obligatio: veluti si moram fecit in Sticho soluendo, et is decessit. In der L. 88. D. de verb. oblig. wird gesagt: mora rei fideiussori quoque nocet. Sed si fideiussor seruum obtulit, et reus moram fecit: mortuo Sticho fideiussori succurrendum est, womit die L. 91. §. 4. D. eod. und die L. 24. §. 1. D. de vsur. verbunden werden muß, wo der Gedanke vorkommt: cum reus moram facit, et fideiussor tenetur. Es läßt sich also hier von der Regel: vnicuique sua mora nocet, die in der L. 173. §. 2. D. de reg. iur. steht, kein Gebrauch machen p), obgleich verschiedene Rechtslehrer die angeführten Gesetze nur von dem Falle verstehen, wenn der Bürge an der Zögerung des Schuldners Antheil hat q). Richtig ist es aber, daß dem Bürgen die Saumseligkeit des Schuldners nur in so fern schadet, als die Hauptverbindlichkeit dadurch perpetuirt wird, nicht aber auch in so fern sie dadurch zugleich vergrößert wird r); der Bürge müßte sich denn auch auf diesen Fall, folglich in omnem causam verbindlich gemacht haben s).

2) Wenn

o) DONELLVS in comment. ad L. 91. D. de verb. oblig. p. 325.

p) ALTAMIRAN. ad Lib. 4. Qu. Scaeuolae tract. 4. ad L. 44. D. de bon. lib. §. 6. in MEERMANNI Thes. T. II. p. 426.

q) WEHRN in doctr. c. 5. §. 48. p. 328.

r) L. 8. D. de eo quod certo loco.

s) Io. CORRASII Miscell. iur. Lib. 2. c. 12. MAGNI Ration. et different. iur. ciuil. Lib. 1. c. 19. in MEERM. Thes. T. III. p. 288.

2) Wenn der Schuldner eine Saumseligkeit begangen hat, so muß er nicht nur die Früchte der Zinsen [t]), sondern auch alles übrige gegründete Interesse [u]) vergüten. Die Gesetze brauchen von dieser Entschädigung den Ausdruck omnis causa, wie man aus der L. 17. §. 1. D. de rei vind. sieht, wo es heißt: idem *Iulianus* eodem libro scribit, si *moram* fecerit in homine reddendo possessor, — non solum fructus, sed *etiam omnem causam* praestandam: et ideo et partum venire in restitutionem et partuum fructus. In der L. 8. D. §. 6. de prec. wird bemerkt: vbi *moram* quis fecit precario, *omnem causam* debebit constituere. Was unter dem Ausdruck *omnis causa* zu verstehen sey, sieht man aus der L. 20. D. de rei vind. und der L. 35. D. de verb. signif. Vermöge der Natur solcher Klagen, welche bonae fidei iudicia bey den Römern genennt wurden, konnte der iudex pedaneus allerdings in solchen Fällen ebenfalls auf die Erstattung der Verzugszinsen sprechen [x]), aber bey iudiciis stricti iuris und beym Darlehn gieng es nicht an, weil hier die Zinsen nicht anders gefordert werden durften, als wenn sie besonders versprochen worden waren. Dieser Unterschied wird jedoch in Teutschland nicht befolgt, sondern es müssen in dergleichen Fällen allemal Zinsen bezahlt werden [y]).

t) L. 3. pr. L. 17. §. 3. et 4. L. 32. §. 2. L. 34. L. 41. pr. D. de vsur.

u) L. 114. D. de verb. oblig. L. 19. D. de peric. et commodo rei vend. L. 68. D. de rei vindic. L. 2. §. fin. D. de eo quod certo loco. L. 3. §. 1. D. commod. Westphal vom Kauf, §. 558.

x) L. 13. C. de vsur. L. 2. C. depos. L. 7. D. de negot. gest. L. 19. D. de peric. et commodo rei vend. L. 24. in f. D. depos.

y) Dep. Absch. v. J. 1600. §. 139. in der Samml. der Reichsabsch. Thl. 3. S. 494. Strubens rechtl. Bedenk. Thl. 3. Bed. 94. Stryck in vsu mod. tit. de vsur. §. 7.

3) War auf den Fall, daß die Verbindlichkeit von dem Schuldner nicht zu rechter Zeit erfüllt wurde, eine Geldstrafe ausbedungen worden, so muß er diese bezahlen, wenn ihm eine Saumseligkeit beygemessen werden kann [z]).

4) Der Schuldner muß wegen seiner Saumseligkeit die Gefahr der Sache tragen, das heißt, wenn ich eine Sache zu leisten schuldig bin, ich liefere sie nicht zu rechter Zeit ab, und nun geht sie durch einen Unglücksfall verloren, so muß ich den Schaden allein tragen, folglich versteht sichs von selbst, daß der Schuldner von Zeit seiner Saumseligkeit an gerechnet, einen größern Grad des Fleißes bey der Conservation der Sache zur Richtschnur nehmen müsse [a]). Eine sehr bestrittene Frage ist es: ob die Verbindlichkeit zum Schadensersatze dieser Art nicht wenigstens alsdenn wegfalle, wenn der saumselige Schuldner bewiesen hat, die Sache würde bey dem Gläubiger eben so gut zu Grunde gegangen seyn, wenn er sie auch abgeliefert hätte. Die römischen Rechtsgelehrten stritten schon darüber, wer bey der Erbschaftsklage den Unglücksfall tragen müsse [b]). Die Glossatoren stritten ebenfalls darüber, und der Glossator Martinus behauptete die Frage, Johannes aber leugnete die Verbindlichkeit [c]). In unsern Zeiten hat sie der bekannte Heinrich Cocceji [d]) aus dem Grunde zu behaupten gesucht, weil die

z) L. 23. pr. D. de recept. L. 47. D. de act. emti vend. L. 23. D. de verb. obligat.

a) L. 5. D. de reb. cred. L. 8. §. 6. D. de precario. L. 14. §. 11. D. de furt. Wehrn l. c. §. 48. p. 339.

b) L. 40. pr. D. de hered. petit. Guil. Provsteav in recit. ad L. 23. D. de reg. iur. c. 27. §. 23—29. in Meerm. Thes. T. III. p. 543. Gottfr. Mascov in diatr. de Sectis Sabin. c. 9. §. 6. p. 166. sqq.

c) Io. Aug. Reichardt in Diss. de casu oblig. tollente, §. 5.

d) Henr. Cocceii in D. de mora, Heid. 1685. thes. 27.

die Saumseligkeit eine unerlaubte Handlung sey, Niemanden aber seine widerrechtliche Handlung von dem Schadensersatze befreyen könne, so müsse auch der saumselige Schuldner den Schaden ersetzen, wenn gleich die schuldige Sache durch einen Unglücksfall zu Grunde gegangen sey, der sich auch ereignet haben würde, wenn die Sache zu rechter Zeit abgeliefert worden wäre [e]). Dagegen wenden die Gegner ein: wenn gleich die Gesetze den Verzug des Schuldners an sich allerdings als unerlaubt und widerrechtlich ansehen, so unterscheiden sie dennoch sehr genau zwischen einer solchen mora, die gleich anfangs in rem, das heißt, durch ein solches Vergehen begangen worden, weswegen der Schuldner die im Besitz habende Sache, keinen Augenblick rechtmäßig besitzen konnte, z. B. weil er die Sache gestohlen hatte, und derjenigen Saumseligkeit, wobey kein solches Verbrechen concurrirt. Im ersten Falle verordnen sie, daß der Dieb oder Räuber deswegen, quia semper in restituenda re, quam nec debuit auferre, moram facere videtur, und weil er noch weit straffälliger sey, als ein fructrator, schlechterdings für alle Gefahr haften solle, wenn gleich die Sache durch einen solchen Unglücksfall zu Grunde gegangen ist, der sie bey dem Eigenthümer ebenfalls vernichtet haben würde [f]). In der L. fin. C. de cond. ab turp. cauf. heißt es: eum, qui ob restituenda, quae abegerat, pecora, pecuniam accepit, tam hanc, quam ea, quae per hoc commissum tenuit, restituere debere, conuenit: licet mortua, vel alio fortuito casu periisse dicantur: *cum hoc casu in rem mora fuit.* Im letzten Falle erklären die Gesetze den saumseligen Schuldner, welche Meynung von den Proculianern für richtig gehal-

e) L. 82. D. de verb. oblig. L. 37. D. mandati.

f) L. 8. §. 1. L. f. D. de cond. furt. L. 19. D. de vi et vi arm. L. 50. pr. D. de furt. L. 9. C. eod. L. 2. C. de cond. furt. L. f. D. eod. L. 1. §. 34. L. penult. D. de vi et vi arm. Wehrn l. c. §. 47. nr. VII. p. 318.

gehalten wurde, nur alsdenn zum Schadenersatze verbunden, wenn der Verzug desselben die Ursache von dem Untergang der Sache war, und solche bey dem Gläubiger nicht auf diese Art verloren gegangen seyn würde [g]). Weil übrigens dieser Umstand von dem Beklagten als Einrede vorgeschützt werden muß, da er im Zweifel nicht vermuthet wird, so muß er ihn schlechterdings beweisen [h]).

5) Eine andere Folge der Zögerung ist es, daß der Schuldner wegen seiner begangenen mora die Wahl verliert, die er vorher hatte, und der Gläubiger nunmehr solche ausüben kann. War also der Zahlungsort zum Vortheil des Schuldners alternativisch bestimmt worden, und er bezahlt nicht zu rechter Zeit, so muß er sichs gefallen lassen, daß ihm der Gläubiger vorschreibt, wo er bezahlen soll [i]). Das nämliche ist auch bey der Wahl der Sache Rechtens [k]).

6) Verursacht die mora bisweilen, daß der ganze Contract seine Gültigkeit verliert, welches a) geschieht, wenn dieses ausdrücklich ausbedungen worden, oder b) wenn der Schuldner die Erfüllung seines Versprechens so lange verschoben hat, daß sie dem Gläubiger nun nichts mehr

g) L. 40. pr. D. de hered. petit. L. 15. §. fin. D. de rei vind. L. 12. §. 4. D. ad exhib. L. 14. §. fin. D. depos. L. 47. §. fin. D. de leg. I. Provsteav l. c. §. 28. 29. Wernher Obs. T. I. P. IV. Obs. 214. n. 91. sq. Herr HR. Glück a. a. O. Thl. 4. S. 416. Herr GTR. Höpfner im Comment. S. 710.

h) Hugo Donellvs in comm. ad L. 23. D. de verb. oblig. Dvarenvs ad h. leg. Provsteav l. c. §. 28. in fine.

i) L. 2. §. 2. et 3. D. de eo quod certo loco. L. 3. pr. D. de vsur.

k) L. 95. pr. et §. 1. D. de solut. Wehrn l. c. §. 48. Nr. III. p. 339.

mehr hilft [m]). Man nehme den Fall an: ich hätte Jemandem etwas mit der Bedingung verkauft, daß, wenn er mir das Kaufgeld nicht zur bestimmten Zeit bezahlen werde, der ganze Kauf nichtig seyn sollte. Hier macht die mora den ganzen Contract nichtig. Eben dieses ist Rechtens, wenn mir Jemand die Lampen nicht vor dem Tage abgeliefert hat, da die Stadt illuminirt werden sollte [n]).

7) Die mora vermehrt den **Werth** der Sache. Wenn Jemand eine Sache nicht zu der gehörigen Zeit abgeliefert hatte, und die Verbindlichkeit rührte aus einem negotio stricti iuris her, so mußte er bey den Römern dem Gläubiger den höchsten Werth bezahlen, den die Sache vom Anfang der mora an, bis zur Zeit der Litiscontestation gehabt hatte; in den iudiciis bonae fidei hingegen wurde der höchste Werth vergütet, den die Sache bis zum Endurtheil gehabt hatte [o]). Jemand sollte z. B. am 1sten August 1777. zwanzig Malter verkauften Waizen abliefern; er unterläßt es, und wird den 1sten März zur Ablieferung verurtheilt. Jetzt kann ich den höchsten Werth fordern, den der Waizen zwischen dem 1sten August 1777. und dem 1sten März 1778. gehabt hat. Ist die Sache, die mir der Schuldner leisten sollte, während der mora durch einen Unglücksfall zu Grunde gegangen, so muß er dem Gläubiger den höchsten Werth bezahlen, den sie vom Anfang der mora an, bis auf die Zeit des Unterganges hatte. Wenn mir daher z. B. Jemand ein Pferd am 1sten Januar 1788. abliefern sollte, und

m) L. 56. D. de contr. emt. L. 6. D. de lege commiss. L. 6. C. de pact. inter emtor. et vend. NOODT Prob. IV, 2. FABER de errorib. Pragm. Dec. XLV. err. 8. Westphal vom Kauf, §. 800. S. 601.

n) de PUFENDORF in Obs. Tom. I. Obs. 40. §. 6.

o) LEYSER Spec. 150. med. 1. 2. 3. HOMMEL Rhapf. Obs. Vol. I. Obs. 196. WEHRN in doctr. c. 6. §. 70. Die Herren Overbeck in den Medit. Band 5. Med. 276.

und er thut es nicht; dieses Pferd wird den 1sten Jul. in seinem Stalle durch den Blitz getödtet, so muß er mir den höchsten Werth bezahlen, den das Pferd zwischen dem 1sten Januar und 1sten Julius hatte. Der Werth kann sich diese Zeit über sehr geändert haben. Wenn das Pferd im Januar noch mit beyden Augen sehen konnte, nach der Zeit aber eins verlor, so kann ich den Werth fordern, den es vor dem Verlust des Auges hatte. Uebrigens gehört der vermehrte Werth, der von dem Saumseligen vergütet werden muß, zur Leistung des Interesse, wozu der saumselige Schuldner überhaupt verpflichtet ist p). Zum Beschluß verdient noch bemerkt zu werden, daß die mora des Schuldners bisweilen den Verlust eines dinglichen Rechts nach sich zieht, welches bey der Emphyteusis z. B. der Fall ist. — So viel von den Wirkungen des von dem Schuldner begangenen Verzugs.

Wenn sich der Gläubiger eines widerrechtlichen Verzugs schuldig gemacht hat, so treten ebenfalls verschiedene rechtliche Folgen ein; darunter gehört:

1) daß der Schuldner nicht weiter wegen seines ebenfalls begangenen Verzugs verantwortlich ist, und folglich alle hieraus entstehende Verbindlichkeiten wegfallen. Er kann daher z. B. zu keiner Bezahlung der auf den Säumungsfall festgesetzten Conventionalstrafe angehalten werden q). Es brauchten keine Zinsen des Verzugs bezahlet zu werden, wenn der Schuldner die ihm obliegende Bezahlung dem Gläubiger anbot, und dieser verweigerte die Annahme des Geldes aus gegründeten Ursachen r). In der L. 122. §. 2. D. de verb. oblig. heißt es: — Respondit, si Seia non cessasset ex stipulatione pecuniam offerre, iure vsuras non deberi. Diese Wor-

p) L. 1. pr. L. 21. §. 3. D. de act. emti.

q) L. 23. §. fin. L. 24. D. de recept. L. 122. §. 3. D. de verb. oblig. Voet ad Dig. Lib. XLVI. tit. 3. §. 28.

r) L. 9. C. de vsur.

Worte setzen einen solchen Fall voraus, wo der Schuldner versprochen hatte, von der Zeit an, Zinsen zu bezahlen, da er für saumselig würde gehalten werden können, und wo er folglich dem Gläubiger die Schuld noch eher bezahlen wollen, als er es schuldig war, damit er keine Verzugszinsen bezahlen durfte, der Gläubiger nahm aber die Bezahlung nicht an, wodurch er sich also einer mora accipiendi schuldig machte [s]). Wenn ein bereits entstandener Zinsenlauf durch die mora des Gläubigers gehemmt werden soll, so kann dieses durch das bloße Anerbieten von Seiten des Schuldners, die Schuld zu bezahlen, nicht bewirkt werden, sondern hierzu wird nach der Behauptung der größten Rechtsgelehrten [t]) erfordert, daß Capital und Zinsen im Gericht bezahlt worden, um das Geld als Depositum anzusehen [u]). Einige Rechtslehrer behaupten aber, alsdenn werde der Zinsenlauf durch die bloße Oblation der schuldigen Summe gehemmt, wenn der Schuldner bewiesen habe, daß er von der Zeit an, da er zur Zahlung bereit gewesen, von dem Gelde keinen weitern Gebrauch gemacht habe, um es für den Gläubiger beständig zur Abholung bereit zu haben [x]). Die L. 173. §. 2. D. de reg. iur. giebt hinlänglich zu erkennen, daß

s) Barth. CHIESIVS in interpr. iur. Lib. II. c. 41. p. 180. Ger. NOODT de foenore et vsur. Lib. III. c. 15. POTHIER in Pand. Iustin. Tom. I. tit. de vsur. nr. 38. not. e. p. 625.

t) BRVNNEMANN in Comment. ad L. 9. D. de vsur. VOET ad Dig. Lib. XXII. tit. 1. §. 17. MEVIVS in Dec. P. II. Dec. 199. de PVFENDORF in Obs. T. III. Obs. 169. §. 4. HOFACKER in Princ. iur. ciuil. T. III. §. 1481. HELLFELD in D. de oblatione debiti vsurarum initium, non vero earum cursum inceptum impediente, Ien. 1778.

u) L. 7. D. de vsur. L. 28. §. 1. D. de admin. et peric. tutor. L. 6. L. 9. L. 19. C. de vsur. L. 9. C. de solut. L. 10. L. 12. C. de pignor. act.

x) WEHRN in doctr. iur. c. 5. §. 46. not. 6. et §. 48. p. 301. et 345.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0551
DFG

daß die mora nur demjenigen zum Nachtheil gereichen solle, der Schuld daran sey; hätte nur der Gläubiger die ihm angebotene Bezahlung angenommen, zu deren Verweigerung er kein Recht hatte, so würde der Schuldner damals schon von seiner Verbindlichkeit zur Zinsenbezahlung befreyt worden seyn [y]). Wollte nun aber der Gläubiger dennoch, nach geschehener Oblation der Schuld, Zinsen verlangen, obgleich der Schuldner keinen Gebrauch von dem offerirten Gelde gemacht hat, so würde ja der Gläubiger aus seiner eigenen mora Vortheil ziehen, und dem Schuldner Nachtheil verursachen, welches doch mit aller Billigkeit streitet. Die Gegner berufen sich freylich darauf, daß die angeführten Gesetze, worin die Deposition im Gericht, oder an einem andern sichern Orte, vorgeschrieben ist, von dieser Ausnahme nichts sagen. Die Deposition des Capitals ist nicht nur zur Sistirung solcher Zinsen nöthig, zu deren Bezahlung der Schuldner nach einem Vertrage verbunden ist, sondern das nämliche findet auch bey solchen Zinsen statt, die Jemand zur Strafe der mora bezahlen muß, weil die Verbindlichkeit die Hauptschuld zu bezahlen und die Pflicht Verzugszinsen zu entrichten, eine einzige Verbindlichkeit ist [z]), folglich wird durch die bloße Oblation des Capitals, die Hauptschuld in der That nicht aufgehoben, mithin bleibt auch die Verbindlichkeit zur Bezahlung der Verzugszinsen, als eine Folge der Hauptverbindlichkeit gültig [a]). Alsdenn hat eine Ausnahme statt, wenn die mora des Schuldners, woraus die Verbindlichkeit zur Bezahlung der Verzugszinsen herrührt, nicht ex re, sondern durch die Interpellation des Gläubigers entstanden ist; denn in diesem Falle wird der angefangene Zinslauf schon durch richtig geschehene Oblation der Schuld

y) Arg. L. 72. pr. D. de solution.
z) L. 4. C. depos. L. 8. D. de eo, quod certo loco.
a) Hellfeld in cit. Diss. §. 22. 23.

Schuld gehindert, weil man diese Oblation für eine gegenseitige Interpellation hält, wodurch die mora purgirt wird [b]). Von der gerichtlichen Deposition ist noch zu bemerken, daß sie zwar bey dem competenten Richter [c]) vorgenommen werden muß, sonst aber weiter keine Förmlichkeiten dabey nöthig sind. Wenn der Ort der Bezahlung bestimmt ist, so muß die gerichtliche Deposition bey dem Richter dieses Orts geschehen, weil sie für die Bezahlung selbst gehalten wird, und die Stelle derselben vertreten soll. Auf diese Art sind die Worte in der L. 9. C. de solut. zu verstehen: sed ita demum oblatio debiti liberationem parit, *si eo loco, quo debetur*, solutio (id est depositio) fuerit celebrata [d]). In andern Fällen muß der Richter des Schuldners als der competente Richter betrachtet werden, wo die Deposition geschehen muß, weil die Bezahlung hier geschehen müßte, wenn die Sache zum Proceß gekommen, und der Schuldner condemnirt worden wäre [e]). Weil zur gerichtlichen Deposition, um den Gläubiger, wegen seiner unterlassenen Annahme der schuldigen Summe, verantwortlich zu machen, keine Feyerlichkeiten erfordert werden, so ist es genug, wenn der Schuldner dem Richter nur das Geld aufzählt, und solches sodann in gerichtliche Verwahrung genommen wird. Ob der Gläubiger von dieser vorzunehmenden Deposition benachrichtiget sey, und er vorgeladen werden müsse, solche anzusehen, darüber streiten die Rechts-

b) Hofacker in Princ. Iur. Rom. T. III. §. 1841. p. 97. Voet ad Dig. ad tit. de vsur. §. 17.

c) L. 19. C. de vsuris.

d) Pütters Rechtsfälle, 1sten Bandes 4ter Thl. Dec. 134. n. 6—9. S. 973.

e) Stryck in vsu mod. Lib. XLVI. tit. 3. §. 17. Knorre in Diss. de obsignatione iudiciali, c. 5. §. 3. Franc. Tidemann D. de depositione debiti iudiciali eiusque effectibus, Gotting. 1776. §. 8.

Rechtslehrer, indem es viele davon für nöthig halten [f]; andere aber der Meynung sind, nach dem gemeinen Rechte sey diese Vorladung nicht nöthig [g].

2) Die zweyte Wirkung der vom Gläubiger begangenen mora besteht darin, daß bey einem zweyseitigen Contract dem Kläger die Einrede des noch nicht erfüllten Contracts nicht entgegen gesetzt werden kann, wenn er von seiner Seite bereit war, den Contract zu erfüllen, aber blos durch die widerrechtliche Verweigerung des Beklagten daran verhindert worden ist; jedoch muß dieser Umstand in der Klage mit angeführt werden [h].

3) Eine dritte Wirkung der mora ist es, daß der Gläubiger wegen seiner Verzögerung die Gefahr der Sache tragen muß, und der Schuldner von nun an nicht mehr zu der Art von Sorgfalt verpflichtet ist, die ihm vorher oblag [i]. Geht die Sache verloren, so hört dadurch seine Verbindlichkeit eben so gut auf, als ob er die Schuld bezahlt hätte, es müßte denn der Gläubiger zu beweisen im Stande seyn, der Schuldner habe den Verlust dolo oder lata culpa veranlaßt. In der L. 72. pr. D. de solut. heißt es daher: qui decem debet, si ea *obtulerit* creditori, et ille *sine iusta causa* ea accipere recusauit, deinde debitor ea sine sua culpa *perdiderit;* doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non soluerit. Etenim *non est aequum teneri, pecunia amissa: quia non teneretur, si creditor*

f) Mevius in Dec. T. VI. P. VI. Obs. 121. Lauterbach in Coll. Pand. Lib. XLVI. tit. III. §. 43. Der Herr GTR. Höpfner im Comment. §. 982. S. 869.

g) de Cramer in Obs. T. IV. Obs. 1047. Tidemann in Diss. cit. Herr HR. Glück im Comment. Thl. 4. S. 422.

h) L. 23. L. 25. D. de act. emti et vend. L. 9. §. 5. D. de act. pignor. L. 11. C. de vsur. Hellfeld in Diss. cit. §. 10.

i) L. 17. D. de peric. et comm. rei vend. L. 9. D. soluto matr. Rom. Teller in Diss. cit. §. 9.

ditor accipere voluisset. Quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse. Et sane si seruus erat in dote, eumque obtulit maritus, et is seruus decessit; aut nummos obtulit, eosque, non accipiente muliere, perdiderit, ipso iure desinet teneri. Man kann nicht einwenden, in der L. 5. und in der L. 17. pr. D. de peric. et comm. rei vend. werde gesagt: die angeführte Wirkung solle blos bey dem dolus des Schuldners nicht eintreten; denn hier ist zu erwägen, daß lata culpa allemal unter dem dolus mit verstanden werden muß, wenn vom Schadenersatze die Rede ist [k]). Uebrigens tritt die angeführte Wirkung selbst alsdenn ein, wenn nach geschehener Anbietung zur Ablieferung der schuldigen Sache, keine Deposition geschehen ist, man mag eine species oder eine Quantität abzuliefern versprochen haben [l]). War ich also bereit, meinem Gläubiger die schuldige Sache gehörig abzuliefern, er nahm aber solche nicht an, da er doch keine gegründete Ursache dazu hatte, und nunmehr geht das angebotene Geld durch einen Unglücksfall verloren, so muß er den Schaden tragen, weil er die Annahme durch unrechtmäßige Schwierigkeiten verweigerte.

Von den beyden angeführten Fällen ist ein dritter zu unterscheiden; es kann nämlich auch der Fall vorkommen, daß sich sowohl der Gläubiger als der Schuldner einer wechselseitigen Zögerung schuldig gemacht haben. Dieses kann nun entweder zu gleicher Zeit geschehen seyn, oder zu verschiedenen Zeiten. Zu gleicher Zeit sind beyde Theile saumselig gewesen, wenn sich weder der Käufer, noch der Verkäufer, an dem zu Ablieferung der verkauften Sache bestimmten Ta-

k) Hofacker in Princ. Iur. Rom. T. III. §. 1328. Herr GJR. Westphal vom Kauf, §. 575. S. 433.

l) L. 72. pr. D. de solut. L. 73. §. 3. L. 105. D. de verb. oblig. Voet ad Dig. Lib. XLVI. tit. 3. §. 28.

ge eingefunden. Hier müssen sie gegen einander aufheben, und es wird angesehen, als ob kein Theil in mora gewesen sey [m]). In der L. 51. pr. D. de act. emti et vend. behauptet Ulpian nichts anders, wenn es daselbst heißt: si et per *emtorem* et *venditorem* mora fuisset, quo minus vinum praeberetur et traderetur: perinde esse ait, *quasi si per emtorem solum stetisset.* Non enim potest videri mora per venditorem emtori facta esse, ipso moram faciente emtore. Es wird hier der Gedanke vorgetragen, der Käufer müsse allein für den Verzug stehen, weil es dem Verkäufer bey dem Ausbleiben des Käufers doch nichts geholfen haben würde, wenn er sich auch mit der verkauften Sache an dem bestimmten Orte eingestellt hätte; der Käufer habe ja die Gefahr der Sache zu übernehmen, so bald der Kauf zu Stande gekommen, und davon sey wegen des Verzugs keine Ausnahme zu machen [n]). Ich komme auf den Fall, wenn beyde Theile zu verschiedenen Zeiten, einen Verzug begangen haben. Dieses würde z. B. der Fall seyn, wenn der Käufer anfangs mit der Uebernahme der gekauften Sache gezögert hatte, und nachher säumte der Verkäufer mit der Ablieferung der verkauften Sache. Bey solchen Zögerungen kann zwar kein Theil von seinen Zögerungen Vortheil ziehen, weil es in der L. 37. in f. D. mandati heißt: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet; gleichwohl wird dennoch nur auf die rechtlichen Folgen des letztern Verzugs Rücksicht genommen, wenn der Schade innerhalb desselben erfolgt seyn sollte. In der L. 17. D. de peric. et commod. rei vend. heißt es von solchen Fällen: quodsi per *venditorem* mora fuerit: *Labeo* quidem scribit, *emtori* potius nocere, quam venditori, moram adhibitam. Sed videndum est, *ne posterior mora damnosa ei sit.* Quid

m) Wehrn in doctr. iur. §. 48. p. 330. sqq.
n) Herr GJR. Westphal vom Kauf, §. 576.

Quid enim, si interpellauero venditorem, et non dediderit id, quod emeram: deinde posteriore offerente illo, ego non acceperim? Sane hoc casu nocere mihi deberet. Sed si per *emtorem* mora fuisset, deinde cum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit, cum posset se exsoluere: aequum est, *posteriorem moram venditori nocere.* Eine Ausnahme tritt alsdenn ein, wenn der eine Contrahent an der Verzögerung des andern Theils selbst Schuld und in dolo ist; denn sobald die mora des Erstern durch die Oblation der Schuld purgirt worden, so fallen auch die Wirkungen des Verzugs weg. In der L. 51. §. 1. D. de act. emti vend. wird gesagt: quodsi fundum emisti ea lege, vti des pecuniam Kalendis Iuliis: etsi ipsis Kalendis per venditorem esset factum, quo minus pecunia ei solueretur, deinde per te staret, quo minus solueres: vti posse aduersus te lege sua venditorem dixi; quia in vendendo hoc ageretur, vt quandoque per emtorem factum sit, quo minus pecuniam soluat, legis poenam patiatur. Hoc ita verum puto, *nisi si quid in ea re venditor dolo facit.*

Da eben der Purgation der morae gedacht worden ist, so will ich das Nöthige darüber bemerken o). Man versteht den Umstand darunter, wenn die Verzögerung für denjenigen, der solche begangen hat, unschädlich gemacht worden ist. Dieses kann sowohl auf Seiten des Schuldners, als auf Seiten des Gläubigers geschehen. Die mora wird auf Seiten des Schuldners purgirt, 1) wenn er sich innerhalb der Zeit, wo die Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeit dem Gläubiger noch nützlich seyn kann, zu Bezahlung der Schuld, oder zur Leistung der versprochenen Handlung noch bereit-

o) ab Oosterga D. de purgat. morae, Vltrai. 1671. Sam. Stryck D. de purgatione morae, Frf. ad Viadr. 1667. Hofacker Princ. Iur. Rom. Tom. III. §. 1830. p. 86.

willig erklärt hat p). Dieses wird in der L. 73. §. fin. D. de verb. oblig. zu verstehen gegeben, wo es heißt: Stichi promissor, *post moram offerendo*, purgat moram: certe enim doli mali exceptio nocebit ei, qui pecuniam oblatam accipere noluit. In der L. 84. D. eod. tit. wird gesagt: si insulam fieri stipulatus sim, et transierit tempus, quo potueris facere: *quamdiu litem contestatus non sim*, posse te facientem liberari placet: quodsi iam litem contestatus sim, nihil tibi prodesse, si aedifices. Die Häuser der Römer wurden nicht an einander angebaut, sondern zwischen solchen wurde ein leerer Platz gelassen, und daher nennte man sie insulae q). Die mora des Schuldners wird 2) unschädlich, wenn der Gläubiger ihm solche erläßt und ihm von neuem Frist zur Bezahlung giebt; desgleichen 3) wenn der Gläubiger mit dem Schuldner eine Novation vornimmt r); oder 4) wenn der Schuldner wegen der zeitherigen Zögerung rechtmäßige Ursachen anführen kann. Dieser Fall ist vorhanden, wenn der Schuldner zu beweisen im Stande gewesen, daß er weder aus Vorsatz noch aus grober Nachlässigkeit, die Erfüllung seiner Verbindlichkeit unterlassen habe, und dieses ist der Fall, wenn er in öffentlichen Angelegenheiten abwesend gewesen s); oder wenn er gegründete Einreden vorgeschützt hatte t); oder er suchte bey dem Richter zeitig genug um eine mäßige Frist an, erhielt solche auch; oder er bewieß, daß er sich alle Mühe gegeben, seine Verbindlichkeit zu erfül-

p) L. 91. §. 3. L. 137. §. 3. D. de verb. oblig. L. 72. pr. D. de solut. §. fin. Inst. de perp. et temp. act.

q) Ge. d'ARNAVD in vitis Scaeuolarum, Trai. ad Rhen. 1767. 8. §. 21. p. 66.

r) L. 8. pr. L. 14. L. 15. L. 31. D. de nouat.

s) L. 23. D. de vsur.

t) L. 21. D. de vsur. L. 40. D. de reb. cred. — a non est enim in mora, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest.

erfüllen, es ihm aber doch nicht gelingen wollen [u]); oder die Erfüllung der Verbindlichkeit war mit den größten Schwierigkeiten verknüpft, die schon vor der Zögerung eintraten [x]). Endlich wird 5) die mora durch jedes Factum aufgehoben, wodurch die Verbindlichkeit selbst getilgt wurde, weil es hier heißt: wenn keine Verbindlichkeit mehr vorhanden ist, kann auch von keiner mora weiter die Frage seyn [y]). Ueberhaupt ist noch zu bemerken, daß bey Beurtheilung der Folgen des Verzugs nicht sehr strenge verfahren, sondern auf die Billigkeit so viel möglich Rücksicht genommen wird, weil das kanonische Recht und die Praxis die Bestimmungen des römischen Rechts noch sehr gemildert hat [z]).

Von Seiten des Gläubigers wird die mora purgirt, so bald er sich gegen den Schuldner hinlänglich erklärt hat, er sey nunmehr zu Annehmung der Zahlung oder zu der Annahme der Leistung der versprochenen Sache oder Handlung bereit [a]).

Die letzte hierher gehörende Frage betrifft den Umstand: was für Rechtsmittel von demjenigen gebraucht werden müssen, zu dessen Besten die Folgen des Verzugs eintreten sollen? Nach den Verordnungen des römischen Rechts, konnte wegen einer aus dem Verzuge herrührenden Verbindlichkeit nicht besonders geklagt werden, sondern es wurde dem Gläubiger dasjenige, was er wegen der mora seines Schuldners zu fordern berechtigt war, zugleich im Urtheil über die Hauptsache, vom Richter,

u) L. 105. D. de solut.

x) L. 91. §. 1. D. de verb. oblig.

y) Wehrn in lib. cit. §. 48. not. 2. p. 325. Cocceii de mora, thes. 38.

z) L. 105. D. de solut. c. fin. X. de locato. Stryck de purgat. morae, c. 4. Vinnius in Quaest. iur. II, 3. Voet ad tit. D. si ager vectig. §. 36.

a) Stryck in Diss. cit. c. 2. nr. 25. c. 3. nr. 48. Nettelbladt in syst. elem. iurispr. posit. §. 313.

vermöge seines richterlichen Amts, als eine Nebenforderung zugesprochen [b]). In der L. 49. §. 1. D. de act. emti vend. heißt es daher: pretii *sorte*, licet post moram *soluta*, *vsurae peti non possunt*, cum haec non sint in obligatione, *sed officio iudicis praestentur*. Man kann wegen der Zinsen des Verzugs nicht besonders klagen, weil hierzu das besondere Fundament fehlt, aber bey der Hauptklage kommen sie allerdings in Betrachtung. War also die Hauptverbindlichkeit des Schuldners, worauf die Klage aus dem Geschäfte gieng, durch die geschehene Bezahlung der Schuld, oder durch die Verjährung der Hauptklage, bereits getilgt worden, so fiel nothwendig auch die Nebenverbindlichkeit zur Entrichtung der Zinsen des Verzugs, der Früchte und des übrigen Interesse weg [c]). In der L. 4. C. depos. wird gesagt: si deposita pecunia is, qui eam suscepit, vsus est, non dubium est, etiam vsuras debere praestare. Sed si, cum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est: vltra non potes propter vsuras experiri. *Non enim duae sunt actiones, alia sortis, alia vsurarum, sed vna;* ex qua condemnatione facta, iterata actio rei iudicatae exceptione repellitur. Eben diese Verordnung enthält die L. 13. und die L. 26. C. de vsur. in welchem letzten Gesetz rescribirt wird: eos, qui *principali actione* per exceptionem triginta vel quadraginta annorum, siue personali siue hypothecaria, ceciderunt, iubemus, *non posse super vsuris vel fructibus praeteriti temporis aliquam mouere quaestionem*, dicendo, ex iisdem temporibus eas velle sibi persolui, quae non ad triginta vel quadraginta praeteritos annos referuntur, asserendo singulis annis earum actiones

b) I. 54. pr. D. locati. L. 8. D. de eo quod certo loco.

c) I. 129. §. 1. L. 178. D. de reg. iur. cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent.

nes nasci: *principali enim actione non subsistente, satis superuacuum est, super vsuris vel fructibus adhuc iudicem cognoscere.* Die größten practischen Rechtsgelehrten [d]) sind der Meynung, auch in unsern Gerichten dürfe nicht anders gesprochen werden, obgleich der verstorbene Herr HJR. Westphal [e]) dagegen erwiederte: diese römische Subtilität müsse wegfallen, und der Satz gelten: vbi non deficit ius, ibi non deficit actio. Man muß sich hüten, die römische Gesetzgebung falsch anzuwenden; denn es ist viel Aufmerksamkeit dabey nöthig. Man hat nämlich a) beständig zu untersuchen, ob auch die Hauptschuld gänzlich und wirklich getilgt worden sey, da nicht jede Bezahlung hierzu genug ist, sondern eine solche Erfüllung der Hauptverbindlichkeit dieses bewirkt, wodurch der Gläubiger wegen seiner Hauptforderung in der That genugsam befriedigt worden ist [f]). In der L. 3. §. 1. D. commod. wird von solchen Fällen gesagt: si reddita quidem sit res communis, sed *deterior reddita, non videbitur reddita*, quae deterior facta reddita, nisi, quod interest, praestetur. Proprie enim dicitur *res non reddita*, quae deterior redditur. Es ist b) zu bemerken, daß, wenn durch die mora des Schuldners die Hauptverbindlichkeit perpetuirt wird, auch die Hauptklage wegen der daraus herrührenden Nebenverbindlichkeit zur Vergütung des Interesse nicht als erloschen betrachtet werden darf. Man muß c) beständig auf die Billigkeit dabey

d) MEVIVS Dec. P. I. Dec. 219. P. III. Dec. 420. BERGER in Oecon. iur. Lib. II. tit. 2. thes. 34. not. 9. WERNHER in Obs. P. VI. Obs. 377. DECIS. CASSELLANAE T. II. Dec. 234. nr. 7. sqq. HOMMEL Rhapf. Obs. Vol. I. Obs. 221. n. 7. LEYSER Spec. 243. med. 5. 6. Fratr. BECKMANN. Consil. P. II. Dec. 51. nr. 18. p. 105. Strubens Bedenk. Thl. 1. Bedenk. 63. Herr von Quistorp in den Beytr. Nr. 58.

e) Herr GJR. Westphal vom Kauf, §. 557.

f) L. 13. §. 1. L. 14. pr. L. 75. D. de verb. signif.

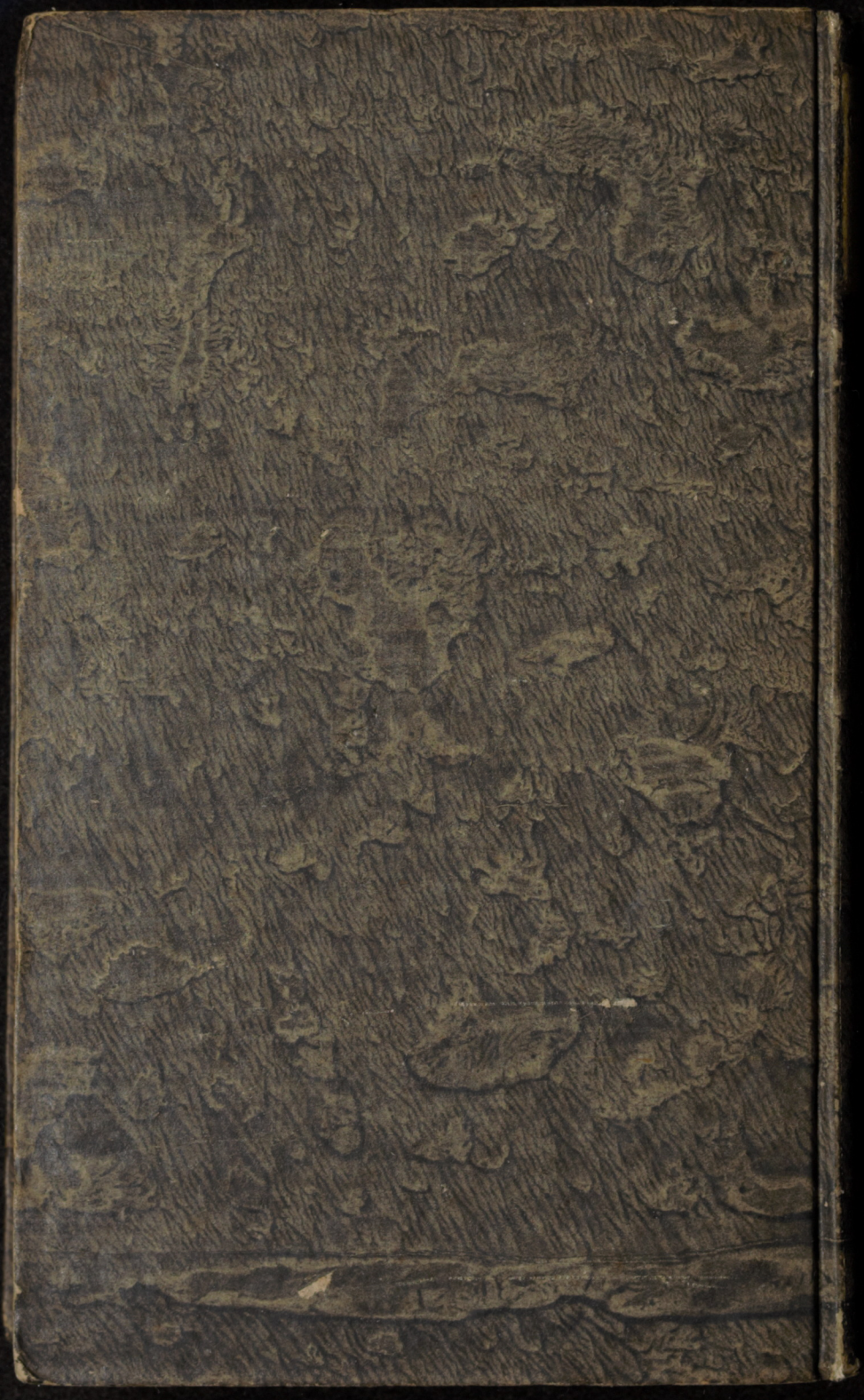
dabey Rücksicht nehmen. Wenn also der Schuldner bey seiner mora dolose gehandelt hätte, so bleibt dem Gläubiger immer noch das Recht, die Klage ex hoc dolo anzustellen, wenn gleich die Hauptschuld dadurch getilgt worden, daß er solche angenommen, ohne sich die Einforderung der Verzugszinsen vorzubehalten g). Für ungegründet muß man übrigens die Behauptung halten, der Gläubiger könne allemal alsdenn noch eine besondere Klage auf die Entrichtung der Verzugszinsen anstellen, wenn er das Capital mit ausdrücklichem Vorbehalt seines Rechts, Verzugszinsen zu fordern, angenommen habe h).

g) L. 61. §. 3. D. de furt. L. 45. pr. D. de iure fisci. L. 1. §. 1. D. de doli mali et met. exc. L. 78. D. de reg. iur. Wehrn in lib. cit. §. 49. p. 348.

h) Fratr. Beckmanni in Consil. P. II. Dec. 51. nr. 19.

Ende des fünften Theils.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0562
DFG



Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685051/phys_0566
DFG

Quare pro soluto id, in quo
moram fecit, oportet esse. Et
in dote, eumque obtulit maritus,
t; aut nummos obtulit, eosque,
iere., perdiderit, ipso iure definet
nicht einwenden, in der L. 5. und in
e peric. et comm. rei vend. werde
e Wirkung solle blos bey dem dolus
eintreten; denn hier ist zu erwägen,
nal unter dem dolus mit verstanden
vom Schadensersatze die Rede ist [k]).
geführete Wirkung selbst alsdenn ein,
her Anbietung zur Ablieferung der
seine Deposition geschehen ist, man
eine Quantität abzuliefern verspro-
ich also bereit, meinem Gläubiger die
ig abzuliefern, er nahm aber solche
keine gegründete Ursache dazu hatte,
as angebotene Geld durch einen Un-
o muß er den Schaden tragen, weil
unrechtmäßige Schwierigkeiten ver-

pden angeführten Fällen ist ein
iden; es kann nämlich auch der Fall
ch sowohl der Gläubiger als der
echselseitigen Zögerung schuldig ge-
es kann nun entweder zu gleicher
, oder zu verschiedenen Zeiten.
ind beyde Theile saumselig gewesen,
Käufer, noch der Verkäufer, an
er verkauften Sache bestimmten Ta-

in Princ. Iur. Rom. T. III. §. 1328.
vom Kauf, §. 575. S. 433.
de solut. L. 73. §. 3. L. 105. D. de
d Dig. Lib. XLVI. tit. 3. §. 28.