

Die

I dcd 228.

Lehre von den Schuldverhältnissen

nach gemeinem Deutschen Recht.

2458/I

Mit Rücksicht auf particulare und fremdländische Gesetzgebung

systematisch dargestellt

von

DR. RICHARD RYCK,

Sandgerichtsrath in Berlin.

572/584.

Berlin 1883.

H. v. Decker's Verlag

Marquardt & Schenk.

Das Recht der Uebersetzung wird vorbehalten.



Druck von G. S. Hermann in Berlin.

Vorwort.

Das Recht der Schuldverhältnisse beruht fast in allen civilisirten Ländern hauptsächlich auf römisch-rechtlichen Grundlagen und ist durch diese im Ganzen auch bei Ausbildung und Regelung der durch das moderne Verkehrsleben neuerschaffenen Rechtsverhältnisse bestimmt worden. Als das Recht des Verkehrs strebt es, wie dieser selbst, nach internationaler Gestaltung. Die Gesetzgebung wird auf dem Gebiete desselben mehr als bei irgend einem anderen Theile des Privatrechts an der gemeinsamen, internationalen, durch das auf der Höhe seiner Entwicklung das Recht der alten Welt zusammenfassende römische Recht gegebenen Basis festzuhalten haben.

Die nachfolgende Darstellung hat das in Deutschland geltende Recht der Schuldverhältnisse zu ihrem Hauptgegenstande. Eine bloße Reproduction des überlieferten Rechtsstoffes genigte mir nicht. Die Probleme, welche eine in alle Theile des Rechts-Gebäudes eingedrungene Skepsis rastlos hervorzieht, das Ziel einer organischen Entfaltung der Rechtstheorie fordern eine genaue Revision der Grundlagen, durchgreifende Sichtung und Läuterung des überkommenen Materials, selbständige Quellenforschung und zwingen die Wissenschaft in neue Bahnen. Ich habe diesen Anforderungen gerecht zu werden gesucht.

Daneben war die particulare und fremdländische Gesetzgebung zur Vergleichung zu ziehen und hierbei vorzugsweise das preussische, österreichische, französische und neueste schweizerische Recht zu berücksichtigen. Theorie und Praxis dieser Rechte bedürfen der Ergänzung und Berichtigung und finden solche im Anschluß an das römische Recht.

Mögen meine Bestrebungen nicht ganz vergeblich gewesen sein!

Berlin, Januar 1883.

Kydt.

Inhaltsverzeichnis.

1. Kapitel: Wesen und Arten der Schuldverhältnisse.

Seite

1. Abschnitt: Das einfache Schuldverhältnis (Obligatio).

§ 1. Begriff 8

2. Abschnitt: Die Naturalobligation.

A. Im Allgemeinen.

§ 2. Bisherige Theorien 14

§ 3. Naturalis ratio, civilis ratio, naturalis obligatio, civilis obligatio 21

§ 4. Naturaliter debere im unjuristischen Sinne 25

§ 5. Rechtliche Bedeutung der Naturalobligation 26

B. Einzelne Naturalobligationen.

§ 6. Uebersicht 33

§ 7. Von Naturalobligationen bei Mangel der civilen Begründungsform insbesondere (nudum pactum) 34

§ 8. Naturalobligationen bei civiler, nicht aber natürlicher Aufhebung (Processconsumption, Klagenverjährung, Verwirkung) 36

§ 9. Auszuscheidende Fälle 43

§ 10. Moralische Verbindlichkeit 45

§ 11. C. Neuere Gesetzgebung 46

3. Abschnitt: Die Gesamtschuldverhältnisse.

A. Die Correalität.

§ 12. Bisherige Theorien 52

§ 13. Prinzip 59

§ 14. Juristische Construction 62

§ 15. Erfordernisse 67

§ 16. Wirkungen der Correalität 68

§ 17. Prästation von Culpa und Mora 77

§ 18. Bürgschaft für Correal schulden 78

§ 19. Ausgleichung und Regreß 80

§ 20. B. Solidarität 82

§ 21. C. Accessorische Solidarität 87

§ 22. D. Neuere Gesetzgebung 88

4. Abschnitt: Die Theilschuldverhältnisse.

§ 23. Theil, Theilbarkeit und Untheilbarkeit 95

§ 24. Princip der Theilschuldverhältnisse 107

§ 25. Einfluß der Theilung auf die Nebenrechte 114

§ 26. Verwirklichung der Theilschuldverhältnisse 118

§ 27. Neuere Gesetzgebung 120

Anhang 123

Die Lehre von den Schuldverhältnissen

nach

gemeinem Deutschen Recht.

Bucher, Das Recht der Forderungen. Leipzig, 1815. 2. Aufl. 1830. Koch, Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preussischem Recht. 3 Bde. Breslau 1836, 1840 1843. 2. Aufl. 1858—1859. Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen; nach des Verf. Tode herausgegeben von Hufschke, 2 Bde. Leipzig 1840. v. Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen röm. Rechts. 2 Bde. Berlin 1851; 1853 (unvollendet). Molitor, les obligations en droit Romain III voll. Gand. 1851—1853. Hajendhri, Das österr. Obligationenrecht 1. Bd. 1878, 1881.

Allgemeiner Theil.

I. Kapitel: Wesen und Arten der Schuldverhältnisse.

I. Abschnitt: Das einfache Schuldverhältniß (Obligatio).

v. Savigny I §. 4 flgd. Brinz, Kritische Blätter Nr. 3, S. 3 flgd. Kunze, Die Obligation und Singularsuccession, 1856, S. 1 flgd. Derf. Inhaberpapiere, 1857, S. 54 flgd. Wirth, Beiträge zur Systematik des römisch. Civilrechts, 1856, S. 13 flgd. Meuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, 1866, S. 62 flgd. Ziebarth, Real-execution und Obligation, 1866, S. 23 flgd. Steinbach, Begriff der Obligation, juristische Blätter, 1873, S. 610 flgd. Bekker, Zeitschrift für Rechtsgeschichte IX: „Ueber das Verhältniß von actio zu obligatio“, S. 381 flgd. Derf. Aktionen des röm. Privatrechts I, 1871, S. 4 flgd. II 1873, S. 244 flgd. Brinz, Begriff der Obligation in Grünhut's Zeitschr. f. Privat- u. öffentl. Recht I, 1874, S. 11—40. Hartmann, Die Obligation, 1875, (Rec. Pernice, Zeitschrift für Handelsrecht XXI, S. 318 flgd. Steinlechner in Grünhut's Zeitschrift III, S. 715 flgd. v. Scheurl, Münchener krit. Vierteljahrschrift XVIII, S. 481—512. Bekker, Jenaer Literatur-Zeitung, 1875, S. 803. Literar. Centralbl., 1876, S. 855). Sohn, Begriff des Forderungsrechts in Grünhut's Zeitschrift IV, 1877, S. 457 flgd. Nyck, Die Obligation, 1878. Thon, Rechtsnorm u. subj. Recht, 1878, S. 191 flgd. (Rec. Merkel, Grünhut's Zeitschrift VI, S. 367 flgd. Binding, krit. Vierteljahrschrift XXI, S. 542 flgd. Nyck, in Heymann's krit. Literaturbl., 1879, S. 161—165).

§ 1. Begriff.*)

I. Die Obligation ist das besondere Rechtsverhältniß zwischen zwei bestimmten Personen, welches für die eine der andern gegenüber die rechtliche Nothwendigkeit einer geldwerthen Leistung begründet. *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum* L. 3 D. de O. et A. 44,7. *Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura, pr. J. de obl. 3. 13.*

Ein Unterschied zwischen römischer und moderner Obligation dahin, daß bei jener die persönliche, bei dieser die sächliche Seite überwiege, läßt sich nicht aufrechterhalten. Die eine ist so persönlich und so sächlich als die

*) v. Savigny, Syst. I § 53 S. 338, 339, Obl. I §. 4—9.

Puchta, Pand. § 219.

Nyck, S. 35—42. Bezüglich der Literatur und der näheren Entwicklung des Begriffs wird auf letztere Schrift hier durchweg Bezug genommen.

S. ferner v. Schemm, Structur der Forderungsrechte in Grünhut's Zeitschrift Bd. 9, S. 344 flgd.

andere, wie dies nicht anders sein kann. Die römische Obligation hat sich seit der *lex Poetelia* nach dem Grundsatz: *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse* (Liv. 8, 28) entschieden zu einem Forderungsrecht gegen das Vermögen (*res incorporalis*) entwickelt¹⁾, indem sie aus der Pfandhaftung der Person heraustrat, sich nicht gegen die Person als solche, sondern gegen die Person als Vermögensträgerin richtete, den Schuldner als Vermögenssubject ersetzte.²⁾ Ebenjowenig ist in der deutschrechtlichen Auffassung der Obligation ein begrifflicher Gegensatz zu der römischrechtlichen nachweisbar.³⁾ Es läßt sich nur sagen, daß jene, ohne in die innere Structur der Obligation tiefer einzudringen, bei dem äußerlichen Moment, dem practischen Erfolge derselben stehen blieb.⁴⁾

II. Die Obligation setzt zwei Personen als ihre Subjecte voraus: ein Activsubject (Gläubiger) und ein Passivsubject (Schuldner). Es giebt keine subjectlose Obligation, wie kein subjectloses Recht⁵⁾. Das Rechtsverhältniß der ruhenden Erbschaft liefert Nichts weniger als den Beweis der principiellen Entbehrlichkeit des Subjects für den Bestand der Rechte und Verbindlichkeiten. Denn wenn anders es zur Aufrechterhaltung des in der Erbschaft gegebenen Inbegriffs von Rechten und Verbindlichkeiten des zusammenhaltenden Subjects principiell nicht bedurfte, wozu die Fiction, daß die Erbschaft selbst Persönlichkeit habe oder die Person des Verstorbenen fortsetze? Factisch fehlt es allerdings an einem Subject, d. h. an einem natürlichen Rechtssubject, aber entscheidend ist, daß das Recht diesen factischen Mangel durch ein künstliches Rechtssubject zu ersetzen für nöthig fand. Auf diese Weise erklärt sich der Fortbestand der Obligation bei unbeerbtem Tode des Schuldners. In keinem Zusammenhang mit der Subjectlosigkeit der Rechte steht die Abwendung der *confusio obligationis* durch das *beneficium inventarii*, da hier bei dem Mangel des einen Subjects in der That keine Obligation existirt und existiren kann, vielmehr, wenn die confundirte Forderung oder Schuld bei der Erbmasse in Ansatz zu bringen ist und die Wirkung der Confusion im Verhältniß zu den Erbschaftsgläubigern außer Betracht gelassen wird, es sich schließlich nur um eine Rechnungsoperation und die Ausgleichung handelt. Also kein Recht ohne einen Berechtigten und keine Pflicht ohne einen Verpflichteten.

Die Obligationssubjecte müssen ferner bestimmt oder doch bestimmbar

¹⁾ S. Birkmeyer, Vermögen S. 37. Vergl. auch Brinz, Obligation in Grünhuf's Btschr. I., S. 16, 29, 32.

²⁾ Die spätere Schuldhast war in ihrem Character völlig verschieden von der alten Personalpfandexecution, s. Rudorff, Rechtsgech. II. § 90.

³⁾ S. gegen Delbrück, Schuldübernahme, Einl. u. S. 5-11, der einen derartigen Gegensatz behauptet: Kunze, Oblig. S. 88 flgd., Windscheid, krit. Ueberschau I., S. 38. Sasenbühl, S. 6 Note 24. Andererseits i. Bluntzschli, Privatr. § 110; Förster, preuß. Privatr. I., § 61. Dernburg, preuß. Privatr. II., S. 1-2.

⁴⁾ Vergl. Nichtsteig Landr. c. 6: Schuld heißt darum, das einer dem andren schuldig ist zu thun oder pflichtig wird. Sachenpiegel III. 41, § 4.

⁵⁾ Siehe dagegen Windscheid, Münchener krit. Ueberschau I. S. 181 flgd. Actio S. 233 flgd. und hinwieder Kunze, Oblig. S. 382 flgd.

sein. Gleichgültig ist hierbei die Bestimmungsart. Es ist insbesondere nicht erforderlich, daß die Subjecte der Obligation schon vorweg absolut bestimmt und erkennbar sind. Es muß auch relative Bestimmtheit genügen, so daß z. B. ein gewisser Umstand die Person des Berechtigten oder Verpflichteten bestimmt, wie z. B. der Besitz einer Sache oder ein gewisses Verhältniß zur Sache (*actiones in rem scriptae*, Reallasten, Inhaberpapiere¹⁾). Dem Erforderniß der Bestimmtheit wird genügt, daß im gegebenen Fall bestimmte Obligationssubjecte vorhanden sind. So fehlt es bei den Inhaberpapieren nicht an einem bestimmten Gläubiger, mag man als diesen den Eigenthümer des Papiers oder den gutgläubigen Besitzer oder den ersten Nehmer oder den Präsentanten ansehen wollen. Ebenjowenig steht das Erforderniß der Bestimmtheit der Uebertragbarkeit der Rechte entgegen, da in der Person der Successoren an Stelle des ursprünglich Berechtigten andere bestimmte Berechtigte treten. Bestimmtheit der Subjecte bedeutet nicht einen höchstpersönlichen Character des Forderungsrechts und die Unablösbarkeit von der Person des ursprünglich Berechtigten. Die Frage nach der Cessibilität der Forderungsrechte entscheidet sich nach anderen Momenten.

III. Die Obligation ist ein besonderes Rechtsverhältniß zwischen zwei Personen. Durch die Besonderheit der Beziehung, durch welche in ihr zwei Subjecte mit einander verknüpft sind, unterscheidet sie sich von den allgemeinen Rechts- und Bürgerpflichten. Sie ist ein Rechtsverhältniß aber auch nur zwischen diesen beiden Subjecten und hat unbetheiligten Dritten gegenüber rein factische Bedeutung. Dem Recht des Gläubigers entspricht insbesondere nicht²⁾ eine allgemeine Pflicht aller Anderen, es anzuerkennen und nicht zu verletzen. Die Verpflichtung eines Dritten, ein fremdes Forderungsrecht anzuerkennen, verlangt einen besonderen Grund.³⁾

IV. Die Obligation gewährt dem Gläubiger rechtliche Macht durch entsprechende Beschränkung des Schuldners, indem sich dieser in bestimmter Beziehung dem Gläubigerwillen unterwerfen muß (*Debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest*, l. 108 D. de V. S. 50, 16).

Die Obligation, sowie die übrigen subjectiven Rechte können nicht durch bloße Gebots- oder Verbotsnormen zu Stande kommen. Der dem Einen von der Rechtsordnung auferlegte Imperativ, Etwas zu thun oder zu unterlassen, begründet, miewohl möglicherweise einen factischen Vortheil,⁴⁾ aber noch keinen Forderungsinhalt für den Anderen, falls diesem nicht das Recht der eigenen Initiative beigelegt ist, d. h. so lange jener nur der Rechtsnorm, nicht aber

¹⁾ Vgl. v Savigny, Oblig. I S. 131-135.

²⁾ wie Reiner, Wesen und Arten der Privatrechtsverh. S. 70-72 annimmt. Siehe dagegen Thon, Rechtsnorm S. 207, 210. Die Zerstörung eines fremden Forderungsrechts kann sich als widerrechtliche Beschädigung, dolus, qualificiren z. B. l. 18 § 5 l. 19 D. de dolo 4, 3.

³⁾ Z. B., daß die Voraussetzungen der Feststellungsklage vorliegen. § 231 Reichs-Civil-Proc.-O.

⁴⁾ „Reflexwirkung“ Thering III, § 61 i. N. § 63.

dem Willen des Anderen unterworfen ist. Der Begriff des subjectiven Rechts postuliert nothwendig die Existenz gewährender Rechtsätze (permittere l. 7 D. de legib. l. 1, 3).

Die Gewährungen sind nicht das Product der Gebote oder Verbote, sondern umgekehrt diese die nothwendige Folge jener.¹⁾ Mit der Berechtigung des Einen ist nothwendig von selbst in Bezug auf Das, was den Gegenstand derselben bildet, eine entsprechende Beschränkung des Anderen gesetzt. Man hat nicht Eigenthum, weil in Bezug auf den Gegenstand desselben die Willkür aller Anderen ausgeschlossen ist, sondern die Willkür der Andern ist ausgeschlossen, weil dem Einen Eigenthum beigelegt ist. Durch das Recht des Gläubigers wird das Müssen des Schuldners gesetzt. A hat nicht zu fordern, weil B zu leisten hat, sondern B hat zu leisten, weil A zu fordern hat.

V. Die Obligation ist eine Form der relativen Rechtsnothwendigkeit. Rechtsnothwendigkeit, *necessitas juris*, aber ist ideelle Nothwendigkeit, *necessitas consequentiae*, *necessitas cum adiectione*. Der Actions- und Executionszwang, obwohl durch das practische Princip des Rechts geboten und regelmäßig vorhanden,²⁾ ist kein Begriffsmoment der Obligation wie des subjectiven Rechts überhaupt.

VI. Gegenstand der Obligation kann nur eine geldwerthe, oder doch irgendwie pecuniär relevante Leistung sein: *dare, facere, praestare, aliquam solvere rem*, wie dies aus den Legaldefinitionen hervorgeht und ausdrücklich in l. 9 § 2 D. de statulib. 40, 7 ausgesprochen ist: *ea enim in obligatione consistere, quae pecunia sui praestarique possunt*³⁾.

Dieser Satz ist trotz der dagegen erhobenen Einwendungen⁴⁾ festzuhalten, da er in der Natur der Obligation als eines vermögensrechtlichen Verhältnisses begründet ist. Es beweist Nichts dagegen, was Ihering geltend macht,⁵⁾ daß das römische Recht nicht bloß das Vermögen, sondern auch vielfach Interessen außer dem Gelde anerkenne und schütze. Denn einerseits sind diese Interessen und deren Nichtverletzung nicht Gegenstand von Obligationen und andererseits sind die zu ihrem Schutz eintretenden arbiträren Straf- und

¹⁾ Ihon, Rechtsnorm S. 346, will die gewährenden Rechtsätze nicht als selbständige Rechtsätze anerkennen. Allein, was ist es Anderes, als eine Gewährung, wenn er selbst den Anspruch definiert als „die von der Rechtsordnung verliehene Macht, die Vorbedingung für den Eintritt der Imperative zu setzen, welche bestimmten staatlichen Organen (zumeist den Gerichten) die Gewähr von Rechtshilfe befehlen u. s. f.“ S. 228.

Auch die Gewährung und die Strafandrohung kleiden sich in die Form des Imperatives. Siehe Nyck, Heymann's krit. Literaturbl. S. 161—162.

²⁾ Ein Beispiel einer wahren Civilobligation, der die *actio*, vorläufig wenigstens, fehlt, ist die Delicts-Obligation des Sklaven, l. 14 D. de O et A 44, 7.

³⁾ Vgl. auch l. 52 § 1, l. 81 § 1, l. 130 D. de V. O. 45, 1. Die Handlung muß an sich öconomischer Natur sein. Siehe Nyck, Oblig. S. 45, Note 71.

⁴⁾ Z. B. v. Windscheid, Pand. § 251, Note 3. Ihering, Jahrbücher für Dogmatik Bd. 18, 1880: Rechtsgutachten in Sachen des internationalen Vorbereitungscomités der Gänbahn u. s. f. (zuerst Olten 1878) S. 81, cfr. l. 1 pr. D. de R. J. 50, 17.

⁵⁾ a. a. D. S. 49—50, 77.

Satisfactionsmittel wieder¹⁾ Geldleistungen. Ebenso wenig fällt in's Gewicht, daß, wie Ihering²⁾ an einer Reihe von Beispielen zeigt, auch wegen Handlungen von nichtöconomischem Character obrigkeitlicher Schutz gegeben wurde, da diese Handlungen nicht als Gegenstände von Obligationen³⁾ erscheinen, sondern aus anderweiten Verhältnissen, insbesondere lehrwilligen Anordnungen⁴⁾, Familien-⁵⁾ und öffentlichrechtlichen⁶⁾ Pflichten entspringen. Verhältnisse dieser Art fielen in das Bereich der *extraordinaria cognitio* und verdankten mehr oder weniger dem freien Ermessen der Gerichtsgewalt ihren Schutz, welcher durch *Naturalcondemnation* und *Naturalexecution*, also directen Erfüllungszwang gewährt wurde, während die Ausschließlichkeit des Principis der Geldcondemnation sich auf das ordentliche Verfahren⁷⁾, den Formularproceß beschränkte. Selbst Leistungen von rein pecuniärem Character konnten, ohne daß sie zum Gegenstand einer Obligation gemacht wurden, *extra ordinem* erzwungen werden.⁸⁾ Dagegen findet sich in den Quellen keine Stelle, in der pecuniär indifferente Handlungen als Obligationsgegenstände anerkannt wären. Insbesondere liefert das von Ihering⁹⁾ zusammengestellte weitreichende Quellenmaterial kein einziges Beispiel dieser Art, ob schon Affections- oder sonstige nichtöconomische Interessen vielfach als Voraussetzung der verschiedenartigsten Rechtsmittel vorkommen.¹⁰⁾

¹⁾ Z. B. *Actio de servo corrupto* l. 14 § 1 D. eod. 11, 3, *actio injuriarum* l. 1 §§ 3, 4, l. 18 § 5 eod. 47, 10, *Gaj. III*, 221. *Paul. R. S.* 4 § 3, *actio de eff. et dej.* l. 1, l. 5 § 5 D. eod. 9, 3, vgl. auch l. 8 § 2 D. *rat. rem hab.* 46, 8.

²⁾ a. a. D. S. 55—59.

³⁾ Worauf Ihering S. 55 allerdings kein Gewicht legt. Siehe dagegen Dernburg II § 21, Note 4.

⁴⁾ Z. B. testamentarisch angeordnete Emancipation der Kinder l. 92 D. de cond. 35, 1, Adoption l. 41 § 8 D. de leg. 3. Ort der Erziehung der Kinder l. 7 D. de ann. leg. 33, 1. *Solennia mortis peragere*: l. 44 D. de manum. test 40, 4.

⁵⁾ Erlaubniß zum Heirathen l. 19 D. de rit. nupt. 23, 2.

⁶⁾ Z. B. Pflicht des Testamentszeugen, die Siegel zu agnosciren l. 4 D. test. q. aper. 29, 3. Pflicht des Schiedsrichters l. 3 § 1 D. de rec. 4, 8. l. 32 § 12 D. *ibid.* Als Mittel zur Sicherung und Feststellung von Rechtsverhältnissen ist die Thätigkeit des Zeugen und Schiedsrichters überdies pecuniär relevant. Nach preuß. R. ist daher das Receptum, falls eine Vergütung versprochen, als ein Vertrag über Handlungen klagbar. Erf. des Ober-Trib. vom 26. 11. 1857, Striethorst Arch. 27 S. 158, v. 7. 12. 1849 ebend. S. 162.

⁷⁾ „in welches jedoch am Ende der classischen Zeit Maximen der *extr. cognit.* hineinpielen“, Keller, *Civilproc.* § 81. Note 960—964, 971, 982.

⁸⁾ Z. B. Einräumung eines Nothwegs zu einer Grabstätte l. 12 pr. D. de relig. 11, 7, ferner bei Mangel des *Activsubject's* l. 50 § 1 D. de hered. pet. 5, 3. l. 7 D. de ann. leg. 33, 1. l. 46 C. de episc. l. 3. Die Errichtung eines Werks zum Besten des Gemeinwehens erscheint als Gegenstand einer Obligation in l. 8, 13 D. de pollic. 50, 12. l. 11 § 25 D. de leg. 3 (32).

⁹⁾ a. a. D. S. 61 fgg.

¹⁰⁾ Z. B. Affectionsinteresse an gewissen Beschränkungen der Ausübung des Eigenthums über Sklaven l. 54 pr. D. mand. 17, 1, l. 6 § 1, l. 7 D. de serv. exp. 18, 7. l. 135 § 3 D. de V. O. 45, 1. l. 6, 12, 13, 15 § 12 D. de fideic. 40, 5. l. 18 § 2 D. fam. ere. 10, 2, cfr. l. 11 D. de relig. 11, 1. In l. 6 § 1 in f. cit. ist die formlos bedungene Conventionalstrafe nicht, wie Ihering S. 45 glaubt, das Geldäquivalent für die im

Der vermögensrechtliche Character gewisser Thätigkeiten unterliegt vielfach dem Einfluß der socialen Anschauungen der verschiedenen Völker und Zeiten. Die freie Thätigkeit nimmt unter den modernen Lebensverhältnissen die Stelle eines werbenden Kapitals ein, ist ein „Factor im heutigen Vermögensverkehr.“¹⁾ Der Noth des Lebens, dem realistischen Zuge der Zeit hat die vornehme ideale römische Anschauungsweise, welche jene Thätigkeit (*operae liberales*) nicht als Erwerbsquelle betrachtet wissen wollte, längst weichen müssen. Gleichwohl war mit ihr ein socialer Standpunkt erreicht, dem man nicht eine tiefere ethische Begründung absprechen darf.²⁾

Der Vermögenskreis hat durch den Eintritt der freien künstlerischen und wissenschaftlichen Thätigkeiten in denselben eine beträchtliche Erweiterung erfahren, und reihen sich die darauf bezüglichen Vertragsverhältnisse (z. B. Verlagscontract, Vertrag des dramatischen Schriftstellers und Künstlers u. s. w.) den hergebrachten Obligationen ebenbürtig an.³⁾ Ihre Characterisirung als geldwerthe Leistungen erhalten diese Thätigkeiten dadurch, daß sie nach den Verkehrsgewohnheiten einen Preis bedingen und in der Regel nur gegen Entgelt zu haben sind. Sie bilden deshalb zulässige Obligationen Gegenstände, selbst wenn im concreten Falle unentgeltliche Leistung beachtlich sein sollte.

Im Wirthschaftssystem der Römer nahm die freie Arbeit wegen des heinahe vollkommenen Ersatzes durch die Sklavenarbeit eine ziemlich untergeordnete Stellung ein, wogegen die Tausch- und Geldwerthe, das Gütervermögen überwogen.⁴⁾ Dies hat auch den römischen Rechtsbegriff des Vermögens beeinflusst, indem dieser sich von den Sachgütern aus entwickelt

Nebenverträge bedingene Behandlungsweise des Sklaven, sondern die mit Rücksicht auf die Bedingung bewilligte Preisermäßigung, die *causa non secuta* mit der *actio venditi* eingefordert wird. Durchaus in die Vermögenssphäre fallen ferner der Auftrag, ein Leihenbegünstigt zu besorgen, für Jemanden zu intercediren, ihm zu creditiren, zu Anschaffungen l. 14 § 2 D. de relig. 11, 7: pecunia accepta l. 12 § 17 D. mand. 17. 1: l. 6 § 4, l. 8 § 4 D. eod. Evictionsanspruch l. 71 D. de evict. 21, 2. Restitution gegen einen Kauf l. 35 D. de min. 4, 4. Erb- und Anfechtungsanspruch des Patrons l. 36 D. de bon. lib. 38, 2 l. 1 § 5 D. si quid in fraud. 38, 5. Kosten der Wiederherstellung einer Statue l. 11 § 1 D. quod vi aut clam 43, 24. Exhibition von Urkunden, l. 2 § 8 D. test. quem. aper. 29, 3. Erleichterung der Rechtsverfolgung l. 1 pr. D. de alien. iud. m. e. f. 4, 7. Alimentationspflicht: l. 5 § 1, 2, 5, 8 D. de agn. lib. 25, 3. l. 22 § 8 D. sol. matr. 24, 3. l. 1 § 2 D. ubi pup. educ. 27, 3. Einfangen eines Räubers: l. 13 C. de fidej. 8, 41; Verschönerung von Grundstücken: l. 25 § 2 D. loc. 19, 2. l. 54 D. de leg. 2. l. 1 § 15. D. si quid in fraud. 38, 5. l. 16 § 1. D. quod vi aut clam. 43, 24.

¹⁾ Windscheid, Pand. 2 § 404 Note 3. Vgl. Koch, Preuß. Privatrecht, 2, § 655. Sintonis, Civilt. § 113, I, 2, § 119, I. Rechtslexicon VII, S. 895. Förster, Pr. Privatrecht 2 § 138 Note 44.

²⁾ Wie dies z. B. Förster a. a. O. thut. Vgl. dagegen treffend Ihering, Geist II, S. 403 (2 A.): „an dem Gelde klebt der Schmutz u. s. f.“

³⁾ Vgl. hierzu Ihering a. a. O. S. 99—103.

⁴⁾ Vgl. Scheel, die wirthschaftlichen Grundbegriffe im Corpus juris civilis, in Sildebrands Jahrbüchern für Nationalökonomie Bd. 6 (1866) S. 19 fgd. S. 229 fgd.

hat¹⁾ und selbst im späteren römischen Recht die Obligationen, wie das Festhalten an dem Vermögensinteresse als Erforderniß derselben zeigt, hauptsächlich als indirecte Sach- und Geldwerthe, sachenähnliche Vortheile aufgefaßt werden, die freie Arbeit dagegen nur nebenher als Gegenstand der Dienstmiete oder eines Innominatcontracts und für gewisse Fälle wissenschaftlicher und technischer Thätigkeit in dem außerordentlichen Schutz der Honoraransprüche Berücksichtigung fand. Im heutigen Verkehrsleben hat bei der fortwährenden Steigerung der culturuellen Bedürfnisse aller Art die Arbeit — sowohl die rein gewerbliche, als die höhere wissenschaftliche und künstlerische — eine hervorragende selbständige Bedeutung gewonnen und füllt neben den Sachgütern die andere Hälfte des Vermögensgebietes aus. Der entwickelte Vermögensbegriff umfaßt demnach sowohl das Gütervermögen als das Arbeitsvermögen.²⁾ Beide haben in den menschlichen, materiellen und geistigen Bedürfnissen, für welche sie die Befriedigungsmittel gewähren, ihre gemeinsame Wurzel. Vermögen ist seinem Grundwesen nach: Alles das, was dem Menschen zu seinen Lebensbedingungen frommt und nützt, id, quod beat, prodest, wirthschaftliches Gut jeder Art, Vermögen im Rechtsinne: der Inbegriff der rechtlichen Beziehungen des Einzelnen zu den wirthschaftlichen Gütern, das subjective Vermögensrecht daher begriffsnothwendig: ein Recht von wirthschaftlichem Werth.

Die Auffassung des Inhalts der Obligationen als indirecte Vermögensvermehrung³⁾ hat daher eine nicht bloß empirische Richtigkeit, sondern entspricht der wahren Natur der Obligationen, sofern man nur den Begriff des Vermögens richtig begrenzt und nicht auf die Tausch- und Gebrauchswerthe beschränkt.

Außerhalb des Vermögenskreises fallen nur Dinge und Thätigkeiten, die Niemanden einen Nutzen⁴⁾ gewähren, im Verkehr keinen Werth haben und in Geld nicht geschätzt werden⁵⁾ können, wie z. B. Thätigkeiten, die dem Zweck der bloßen Geselligkeit⁶⁾ dienen. Freundschafts- und Gefälligkeitsdienste können an sich öconomischer Natur sein (z. B. Besorgung von Geschäften, die sonst remunerirt werden, unentgeltliche Ueberlassung von Sachen zum Gebrauch,

¹⁾ Vgl. Birkmeyer, Vermögen (1879) S. 142, 143 und Note 423 und die daselbst Genannten.

²⁾ Vgl. Kocher, System der Volkswirtschaft I § 3 R. 2. Schäffle, das gesellschaftl. System der menschl. Wirthschaft § 15, § 18. Numpenbach, Volkswirtschaftslehre §. 5. Rau, Grundsätze der Volkswirtschaftslehre I § 2 will nur die Sach-Güter unter dem Vermögen begreifen.

³⁾ Z. B. Ruchta, Pand. § 219.

⁴⁾ Vgl. Preuß. Landr. I, 5 § 70: Verträge deren Erfüllung Niemanden einen Vortheil oder Nutzen gewähren, müssen auf den Antrag desjenigen, welcher dadurch belastet ist, von dem Richter aufgehoben werden. Leyser, Sp. XL. m. 5. Glück, Commentar 4 S. 310. Koch, R. d. Ford. II S. 527 meint, daß auch das Nutzlose Gegenstand einer Rechtspflicht sein könne, sofern es nicht unerlaubt ist.

⁵⁾ Vgl. Pr. Landr. I, 2 § 119.

⁶⁾ v. Savigny, Oblig. I, S. 9: gefellige Zusammenkünfte zur gegenseitigen Ausbildung in Kunst und Wissenschaft. Ihering a. a. O. S. 93.

unentgeltliche Ertheilung von Sprachunterricht u. dgl.) führen jedoch nicht zu einer Obligation, aber nur deshalb nicht, weil nicht Verpflichtung, sondern eben nur Gefälligkeit gewollt ist.¹⁾

In der Natur der Obligation liegt es ferner, daß der Schuldner nicht sich selbst, sondern einem Anderen: dem Gläubiger oder statt dessen einem Dritten leiste. Denn die Obligation bezweckt Mittheilung der wirtschaftlichen Güter. Die Macht, einen Anderen zu bestimmen, daß er von seinem Vermögen einen bestimmten Gebrauch mache oder dasselbe in gewisser Weise für sich verwende, würde zu einer Beschränkung seines Verfügungsrechts in seinen eigenen Angelegenheiten führen, nicht aber eine wirtschaftliche Angelegenheit des Gläubigers, nicht die Mehrung des Vermögens desselben bedeuten, da weder ihm noch statt seiner einem Dritten Nutzen verschafft wird.²⁾

Die Leistung, welche den Gegenstand der Obligation bildet, kann eine positive oder negative sein.³⁾

VII. Das röm. Recht erforderte für die Obligation regelmäßig ein Vermögens-Interesse des Gläubigers.

Dieses Erforderniß wird in den Quellen wiederholt und unzweideutig anerkannt und zwar nicht bloß für die Stipulationen,⁴⁾ sondern auch für

¹⁾ Vgl. Ihering, a. a. O. S. 94.

²⁾ Hierher gehört auch der von Ihering a. a. O. S. 95 besprochene Fall des Versprechens eines Patienten an den Arzt, das Musciren zu unterlassen, im Gegensatz zu dem Fall, wo Jemand sich dem Vermietter der Wohnung gegenüber zum Unterlassen des Muscirens verpflichtet. Die Ungültigkeit des Versprechens in dem ersteren Fall beruht nicht darauf, daß es dem Arzt an einem Interesse fehlt, denn das Wohlwollen und Affectionsinteresse für den Patienten müßte genügen. Der Grund liegt aber auch nicht darin, daß der Arzt nicht, wie im anderen Fall der Vermietter, unter der Nichterfüllung leidet, weil es zunächst darauf ankommt, ob die Erfüllung dem Promittar irgendwie von Nutzen ist. Ein solcher ist beim Arzte ausgeschlossen, aber nicht etwa deshalb, weil die dem Patienten auferlegte Beschränkung an sich jedes wirtschaftlichen Charactere entbehrt, da sich ja ein solcher dem Vermietter gegenüber im Hinblick auf die Ruhe des Hauses herausstellt, sondern wegen des wirtschaftlichen Unbetheiligtsein des Arztes oder eines Anderen statt desselben.

³⁾ I. 2 § 5. I. 4 pr. I. 75 § 7. I. 83 pr. D. de V. O. 45, I. 1. 13 pr. D. com. praed. 8. 4. v. Savigny, Obl. S. 296. Windscheid § 252, Note 1a und 2. Preuß. Landr. I, 2 § 122: etwas geben, leisten, verstaten oder unterlassen. Code civ. art. 1101: à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Oester. G.-B. § 859: Leistung. Sächs. Gesetzb. § 662 „eine einen Vermögenswerth in sich schließende Leistung, Handlung oder Unterlassung. Dresdener Entwurf Art. 2: Die Leistung kann in einer Handlung oder Unterlassung bestehen, muß aber möglich sein und für den Gläubiger einen Werth haben. Schweizer. Oblig. Art. 17: eine Leistung. Haltlos die Ansicht einzelner Schriftsteller (s. darüber Windscheid § 252, Note 1a) daß die negativen Obligationen auf Verzicht auf das Recht zum Thun gerichtet seien, da die negative Obligation eben da eintritt, wo ein solcher Verzicht, z. B. eine negative Servitut nicht gewollt ist. Ueber den Wortfreit, ob die negative Obligation ein Gebot des Nichtthuns oder ein Verbot des Thuns s. I. Hon, S. 200—201. Trefend: v. Schey, S. 393.

⁴⁾ § 19 J. de inut. stip. 3, 20. I. 38 § 17. I. 95. I. 131 § 1. I. 135 § 3. D. de V. O. 45, I. 1. 45 D. solut. matr. 24, 3: in persona neptis videri inutiliter stipulationem esse conceptam, quoniam avus maternus ei stipulatus proponitur. (Paul.) I. 3 C.

bonae fidei judicia¹⁾ sowie die Verträge überhaupt.²⁾ Aus dem mandatum aliena gratia kann ein Einwand hiegegen nicht entnommen werden, da ein eigenes Interesse des Auftraggebers damit verträglich ist. Die Worte der I. 6 § 4 D. mand. 17, 1: Si tibi mandavero, quod mea non intererat, veluti, ut pro Sejo intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio (ut Celsus lib. 7 Dig. scribit) et ego tibi sum obligatus, beziehen sich nicht auf den Mangel des Interesses des Auftraggebers, sondern auf den Gegenstand des Auftrags als einen ihm fremden, die Angelegenheit eines Dritten betreffenden. Die Mandatsklage hat der Auftraggeber jedenfalls nur, cum coepit interesse ejus, d. h. wenn durch die Nichtausführung sein pecuniäres Interesse verletzt ist, caeterum, si nihil interest, cessat mandati actio, I. 8 § 6 cit. Im Falle der I. 6 § 4 cit. wird ein concurrirendes eigenes Vermögensinteresse des Auftraggebers als selbstverständliches Erforderniß vorausgesetzt.³⁾

Der factische Zweck, zu welchem der Gläubiger contrahirt, insbesondere ob er den Obligationsgegenstand für sich oder einen Anderen erwerben will, kommt für sein Obligationsinteresse nicht in Betracht, da er den Gegenstand, um darüber für einen Anderen verfügen zu können, erst sich selbst verschaffen muß. Das Vertragsinteresse könnte, wie Ihering will,⁴⁾ als „Zweckbestimmung des Vertrages in Bezug auf die Person“ nur im Sinne des sog. juristischen Zweckes der Obligation bezeichnet werden.⁵⁾

Neben dem Vermögensinteresse hat jedoch schon das röm. Recht in gewissem Umfange (für bonae fidei judicia und gewisse prätorische Klagen) die Affections- und andere immaterielle Interessen berücksichtigt.⁶⁾ Indem das heutige Recht die Berücksichtigung dieser Interessen im weitesten Umfange gestattet, ist der Obligation selbst ein reicheres Anwendungsgebiet erschlossen, welches sich jedoch durchaus in den durch den Vermögens-Endzweck gegebenen Grenzen hält.

Denn wenn das Vermögen nicht Selbstzweck ist, sondern auf die För-

de contrah. stip. 8, 38. I. 3 C. de inut. stip. 8, 39. Unrichtig beschränkt Meyer Abh. 1 (1841) u. Zeitschr. f. Civilt. u. Proc. N. F. III, 1 (1847) das Erforderniß auf Stipulationen. Dagegen Bangerow 3, § 608, I.

¹⁾ I. 8 § 6 D. mand. 17, 1 l. 32 D. loc. 19, 2. I. 7 D. de praeser. verb. 19, 5. Letztere Stelle legt ein Geldinteresse an der Freilassung voraus, und giebt zu einer Unterscheidung zwischen einem eigenen und fremden Sklaven keine Veranlassung. cfr. I. 5 § 5 cit. 19, 5. (S. dagegen Ihering, a. a. O. S. 87). I. 13 pr. D. de re jud. 42, 1.

²⁾ D. de reg. jur. 50, 17: nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest (Quint. Muc. Scaev.) cfr. I. 11 D. de O. et A. 44, 7. I. 6 C. si quis alteri 4, 50. I. 26 C. de jure dot. 5, 12.

³⁾ So interpretirt schon Cuj. Observ. 17 c. 29. vgl. Bangerow, Pand. 3 § 608. Ann. I, cfr. Gaj. 3 § 155 ed. Studem: in id quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet.

⁴⁾ a. a. O. S. 109.

⁵⁾ D. i. das Zweckmoment Hartmann's S. 33, 37, 53, 67.

⁶⁾ J. B. I. 54 pr. D. mand. 17, 1. I. 35 D. de min. 4, 4. I. 6, 7 D. de serv. exp. 18, 7. I. 71 D. de evict 21, 2 l. 36 D. de bon. lib. 38, 2. I. 11 § 1 D. quod vi 43, 24. I. 3 § 12 D. de hom. lib. exhib. 43, 29.

derung der menschlichen Interessen von Seiten des materiellen Mittels hinzielt, so müssen die Formen der privaten Machterweiterung, darunter auch die Obligation jenem Endzweck möglichst entsprechend gestaltet werden. Für das heutige Recht muß daher außer dem Vermögensinteresse jedwedes andere vernünftige, schickliche individuelle Interesse zur Obligation genügen.¹⁾

VIII. Zur Realisirung der Obligation reicht im Allgemeinen der hergebrachte Actions- und Executionszwang aus.

Es liegt insbesondere kein Bedürfnis zu allgemeiner Anwendung des Strafwangs vor, sei es, daß man ihn durch öffentliche Strafen für den Fall des Contractbruchs oder aber in Form arbiträr festzusetzender Satisfactionssummen zur Sühne für den Verletzten²⁾ gewähren will. Die Anwendung der ersteren kann nur durch erhebliche, öffentliche Interessen gerechtfertigt werden, wie z. B. für den Contractbruch der Armeelieferanten und der ländlichen Arbeiter. Die Anwendung der letzteren aber würde, falls es dabei auf ein Mehres als eine freiere Schätzung der erlittenen Schäden abgesehen ist, zu einer grundlosen und deshalb ungerechtfertigten Bereicherung des Verletzten führen, was sich schon aus nationalöconomischen Rücksichten nicht empfiehlt.

Dagegen bedarf es einer Erweiterung der Rechtsmittel des Gläubigers in anderer Richtung.

In Fällen, wo die richterliche Hilfe zu spät kommen würde oder ein Schaden sich entweder gar nicht oder nicht leicht nachweisen läßt, muß es dem Gläubiger erwünscht sein, sich die verzögerte Erfüllung auf Kosten des Schuldners ohne Weiteres selbst verschaffen zu können, insbesondere ohne Gefahr zu laufen, bei der späteren Einflagung der aufgewendeten Kosten Weiterungen zu begegnen. Die Praxis verlangt zur Begründung der Ersatzforderung in derartigen Fällen vom Gläubiger den Nachweis, daß ihm die Anschaffung nothwendig gewesen, „sei es um einen Verlust abzuwenden, sei es um sich einen in Aussicht stehenden Gewinn zu sichern.“³⁾ Dies ist offenbar ungerechtfertigt, da der Gläubiger streng genommen gar nicht Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordert, sondern eben nur die Kosten der Erfüllung, die er an Stelle des säumigen Schuldners vorgenommen, also Ersatz nur dafür, daß er, wenn gleich in eigenem Interesse, ein nothwendiges Geschäft des Schuldners besorgt

¹⁾ Ryck, S. 47—48. Feyer, sp. 519 m. 4. 5 mit Berufung auf die *lex naturalis: quaecunque interesse*. Windscheid, Pand. § 251 Note 3: „ein (nach richterlichem Ermessen) berechtigtes Interesse“, „nicht bloße Eame“. (Siehe gegen diese Formulirung Ihering a. a. O. S. 91.) Der *favor tertii* genügt, daher Verträge zu Gunsten eines Dritten statthaft: G. Grotius, de jur. belli et pac. 2, c. 11: *mea interest, per me alterum beneficio affici*. Vinnius. Com. ad J. de inut. stip. 3, 19 § 4. Weber, natürl. Verb. § 89a, Glück, Pand. 4, S. 564 flgd., 25, S. 372 flgd., Buchka, Lehre von der Stellvertretung „sittliche Pflicht“ S. 190, 191. Da der *favor tertii* stets vorliegt, fehlt es niemals an einem Interesse des Promissars. Siehe dagegen Windscheid, Pand. § 316, Note 1, 5.

²⁾ wofür Ihering a. a. O. S. 51, 101 flgd. eintritt.

³⁾ Vgl. die Rechtsprechung des N.-Oberhandelsgerichts bezüglich der Deckungskäufe (Stegemann Bd. 2 S. 276. Entsch. Bd. 17, 257).

hat. Aus dem Recht des Gläubigers auf Erfüllung folgt von selbst kein Recht auch zu jener besonderen Art der Erfüllung. Was geht es den Richter oder den säumigen Contrahenten an, ob und wozu der Gläubiger die Anschaffung nöthig hatte?

Es ist nur eine richtige Consequenz aus dem Inhalt des Forderungsrechts, wenn bei der *executio ad faciendum* der Gläubiger zur Vornahme der Handlung auf Kosten des Schuldners ermächtigt werden kann (§§ 773, 774 R.-Civil-Proc.-O.) Diese Ermächtigung muß dem Gläubiger auch außerhalb des Zwangsverfahrens und nicht bloß bei Obligationen auf ein *facere* zustehen, und sollte durch Rechtsatz anerkannt sein.

2. Abschnitt: Die Naturalobligation.

Frommann, Diss. de obligatione naturali. Tub. 1676. (Collect. Diss. P. II n. 9.) Schultingii, Diss. de naturali obligatione. Ludg. 1683. (Comm. academ. Hal. 1770 n. 1.) Westenberg, Diss. prima de causis obligationem in Opp. I. Han. et Lüneb. 1746, pag. 59 seq. Wernher, de auctoritate juris civilis circa Obligationes naturales. Vitemb. 1701. Weber, Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtliche Wirkung 1784. 4. Aufl. 1811. Franke, civilistische Abhandlungen. 1826. nr. II S. 66 flgd. Reinhardt, die Lehre des röm. Rechts von der Verbindlichkeit im Allgemeinen und der natürlichen Verbindlichkeit insbesondere. Stuttgart 1827. Kobbirt, in seiner Zeitschrift I S. 123 flgd. V S. 275 flgd. Lelièvre, resp. ad quaest. quid est naturalis obligatio ex sententia Romanorum Lovanii 1827. Brinfmann, Wissenschaftlich-pract. Rechtskunde I. Schleswig 1830 Nr. 30. Meyerfeld, Lehre von den Ehenfungen 1835. S. 399 flgd. Büchel, civilrechtliche Erörterungen Bd. II n. 1, 1836, S. 57 flgd. R. Sell, in seinen u. W. Sell's Jahrbüchern I. 1841. Nr. 4: Beitrag zur Lehre von der *condictio indebiti*. S. 116 flgd. v. d. Pfordten, de obligationis civilis in naturalem transitu. Lips. 1843. (Rec. Schmidt v. Ameran in Jenaer Allg. Literaturzeitung, 1844. S. 95 flgd.) Christianen, Zur Lehre von der natur. obligatio und *condictio indebiti*, Kiel, 1844. Heimbach, in Weiske's Rechtslexikon Bd. VII S. 459 flgd. u. Lehre vom Creditum. 1849. S. 477, Num. 1. Holtius, leer van de Naturalis Obligatio in het Romeinsche Regt, 1844, in: Nederlandsche Jaarboeken voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving VII 1846 nr. 4 bl. 529—562, ferner in: Abhandlungen civilistischen und handelsrechtlichen Inhalts, übersetzt von Eutro, Utrecht, 1852. Abh. 1. Opzoomer, Diss. de nat. oblig. Lugd. 1845. Renaud, Archiv für civilistische Praxis, XXIX 1846. Nr. 4 und 14: Zur Lehre von der Rückforderung einer irrthümlich gezahlten Richtschuld. S. 432 flgd. Erglehen, Die *condictiones sine causa* I: *Condictio indebiti* 1850. S. 118 flgd. v. Savigny, I, 1851, S. 22 flgd. v. Scheurl, Heidelberger krit. Zeitschrift I, 1853. S. 506 flgd. Brinz, kritische Blätter Nr. 3, 1853. S. 12 flgd. Becker, in seinen Jahrbüchern des gem. R. IV, 1860. S. 386 flgd. Massol, de l'obligation natur. en droit Romain. Par. 1858, 2. ed. 1862. Schwanert, Die Naturalobl. des röm. R. 1861. (Rec. v. Scheurl, krit. Vierteljahrsschrift VI. S. 489 flgd.) Machelard, des Obligations naturelles en droit Rom. Par. 1861. v. Scheurl, die römisch. Naturalobligation, in Zhering's Jahrb. VII. 1865. S. 318 flgd. Lasowicz, de vi ac natura obligationis naturalis deque nonnullis quaestionibus ab eo pendentibus. Diss. Berol. 1870. Boucher, Des obligations naturelles en droit romain et en droit franc. Arras. 1881.

A. Im Allgemeinen.

§ 2. Bisherige Theorien.

I. Ältere Zeit.

Von Alters her¹⁾ hat man die Naturalobligation, im Ganzen richtig, als Obligation des *jus gentium* definiert.

¹⁾ gl. ad l. 5 D. de just. et jure 1, 1 v. oblig.] *Obligatio juris gentium dicitur naturalis et e converso, ut instit. de re. di. § Singularorum et infra de cond. ind. l. si id quod et inst. de fidejusso. § 1. gl. ad pr. J. de oblig. 3, 14 v. oblig.*

Diese Begriffsbestimmung findet ihre hauptsächlichste Stütze in der quellenmäßigen Gleichstellung des *jus gentium* und *jus naturale*,¹⁾ sowie in dem kaum zweifelhaften Ausspruch der l. 84 § 1 D. de reg. jur. 50, 17: *Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, ejus fidem secuti sumus* (Paul. lib. 3 quaest.), welcher nach der vorherrschenden Bedeutung²⁾ des *natura debere* nur von einem *tantum natura debere* verstanden werden kann, und, selbst wenn man ihn willkürlich auf klagbare Naturalobligationen beziehen wollte,³⁾ immerhin ein Charakteristikum des *natura debere* enthalten müßte.

Ungerechtfertigt ist der Einwand, daß man mit jener Begriffsbestimmung „einen über den Rechtskreis hinausliegenden Obligationsbegriff annehme, während doch Obligationen, die aus andern als rechtlichen Quellen ihre Existenz ableiten, auf die Gestaltung des Rechtsbegriffes der Obligation keinen Einfluß haben können“ und daß jenem Begriff überhaupt die erforderliche Bestimmtheit fehle.⁴⁾ Dieser Einwurf könnte nur etwaige, in der That auch hervorgetretene falsche Vorstellungen⁵⁾ vom *jus gentium*, nicht aber jene Begriffsbestimmung selbst treffen. Denn in der römischen Auffassung hatte das *jus gentium* s. *naturale* seine bestimmte, feststehende historische, praktische und theoretische Bedeutung und als anerkanntes Glied der Rechtseintheilung unzweifelhaften Rechtscharacter. Wie könnte es daher etwas „Unfaßbares“ und nur durch das vieldeutige Wort: *naturalis* Begrenztes sein? Mit Entschiedenheit hielt überdies gerade die ältere Theorie an dem quellenmäßigen *jus gentium* gegenüber dem allgemeinen Naturrecht (*jus omnium Animantium*) fest,⁶⁾ und geschah es durchaus im Sinne dieses *jus*

¹⁾ Im Sinne der Zweitheilung, in der *jus gentium* das Recht der *naturalis ratio* ist: v. Savigny, Syst. I, S. 413 flgd. Gaj. I §§ 1, 189 l. 9 D. de J. et J. 1, 1. 1. 1 pr. D. de adq. rer. dom. 41, 1. Gaj. II §§ 65, 66, 73, 79. l. 11 J. de rer. div. 2, 1. l. 4. D. de div. rer. 1, 8.

²⁾ 3. B. l. 64 D. de cond. ind. 12, 6, l. 1 § 1 D. de novat. 46, 1 cfr. l. 5 pr. D. de pign. 20, 1. l. 10 D. de V. S. 50, 16. l. 40 pr. D. ad SC. Treb. 36, 1.

³⁾ So schon gl. ad l. 84 § 1 D., cit. v. *is natura*] id est naturaliter *jure gentium*. *Obligatur quis civiliter et naturaliter in omnibus fere contractibus, ut supra de just. et jur. l. ex hoc et ita hic intelligitur, naturaliter autem quis tenetur de jure gentium nudo pacto, ut supra l. 1 in princ. At civiliter tantum per scripturam, ut Inst. de liter. obl. Accurs. Brinz, S. 21, Num. 28e: is natura debet, nicht is natura debet. Schwanert, S. 75 flgd.*

⁴⁾ Schwanert S. 14. 51.

⁵⁾ Vgl. hierüber Buchta, Inst. I §§ 84, 101 a. G. Schwanert, S. 10, Note 11.

⁶⁾ Zudem sie die aus dem bloßen Naturtrieb entspringenden Strebungen (*alere liberos, procreare et similia*) nur als Obligationen im höchst uneigentlichen Sinne betrachtet wissen wollte, gl. ad l. 5 D. 1, 1 v. oblig. *Benincasa Benincasius, ad tit. de act. in Instit. Florent. 1561* (auch in den *Tractatus de act. II Lugd. 1590*). §§ 140, 141: *quia magis improprissime quodammodo hanc posse dici Obligationem puto et hanc oblig. etiam convenire rebus inanimatis*. Eine Künsterei war es, wenn Manche *Obligaciones de jure naturali* s. *jure gent. primaevio* und *secundario* und dgl. unterschieden. *Beninc. l. c.* und die Citate bei Schwanert, S. 9, Note 5—7.

gentium, wenn wo die Naturalobligation als *naturae aequitatisque vinculum* umschrieben wurde.¹⁾ Wie hinfällig endlich die Argumentation,²⁾ daß, weil die *sponsio* nicht *ex jure gentium*, dennoch aber aus der *sponsio* unter Umständen Naturalobligationen hervorgehen, dies ein sicheres Zeichen sei, „daß in Verbindung mit *Obligatio natura* und *naturalis* ein Anderes bedeuten müsse, als *jure gentium*!“ Das *jus gentium* mußte die nationalrömische *sponsio* als eine vollgültige Stipulation anerkennen, weil sie alle Erfordernisse einer solchen und sogar in potenziirter Weise enthielt.³⁾

Unbedingt richtig ist die Definition der Naturalobligation als Obligation des *jus gentium* jedoch nur in dem Sinne, daß letzteres, wie nach der Zweitheilung des Rechtes, im Gegensatz zum *jus civile* der Ausdruck der *naturalis ratio* ist, wie dies deutlich aus der Vergleichung mit der von der Dreitheilung ausgehenden l. 63 D. de cond. ind. 12, 6 (Tryphon. lib. 7 disp.) erhellt: *Ut enim libertas naturali jure continetur et dominatio ex gentium jure introducta est, ita debiti et indebiti ratio naturaliter intelligenda est.* Das *jus gentium*, indem es dem Sklaven die Persönlichkeit verjagte, entsprach nicht der *naturalis ratio* und bedurfte in dieser Beziehung der Correctur durch das über ihm stehende, die Menschenrechte nach dem ursprünglichen Verhältniß der Gleichheit regelnde *jus naturale*. Die Naturalobligation soll eine solche in dem Maße sein, daß nicht bloß die specifischen Momente ihres Seins und Wesens, sondern auch ihre weiteren Voraussetzungen, insbesondere in der Person der Subjecte, von der *naturalis ratio* beherrscht werden: sie ist die Obligation des nöthigenfalls durch Elemente jenes *jus naturale* verstärkten d. h. des in aller und jeder Beziehung mit der *naturalis ratio* in Einklang gebrachten *jus gentium*.⁴⁾

Völlig unrichtig ist dagegen in der älteren Theorie die Begründung der

¹⁾ Benincasa § 139: *nat. obl. potest sic definiri: est naturae aequitatisque vinculum, quo adstringimur ad aliquid faciendum sec. Joannem Coras. in l. Frater a Fratere. Donellus, Comment. 12 c. 1.*

²⁾ Schwanert, 44, 45, 161.

³⁾ Die auf l. 49 § 2 D. de pec. 15, 1. (*Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intelligatur, ex causa civili computandum est*) sich stützende Behauptung Schwanert's (S. 159—160), daß zur Naturalobligation durchaus eine *causa civilis* erforderlich, würde zwar an sich nicht die obige Begriffsbestimmung berühren, ist aber auch unrichtig, da jene Stelle nur besagt, was die Rechtsgleichheit im Peculiarverkehr unbedingt erforderte, nämlich, daß, abgesehen von der mangelnden Rechtsfähigkeit des Sklaven, die Schuldverhältnisse zwischen Herren und Sklaven für die Berechnung des Peculium durchaus und insbesondere hinsichtlich der *causa* nach den Grundätzen des Civilrechts zu beurtheilen seien, v. Savigny, *Oblig. I* S. 60 zu Note d.

⁴⁾ In ähnlicher Verbindung findet sich das *jus gent.* mit dem *jus naturale* im Sinne der Dreitheilung in der ebenfalls von Tryphoniu herrührenden l. 31 pr. D. de pos. 16, 3: *Sed eam (sc. aequitatem) utrum aestimamus ad merum jus gentium, an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis Si tantum naturale et gentium jus intuemur . . .*

jog. indirecten Wirkungen der Naturalobligation.¹⁾ Indem man diese, insbesondere die Ausschließung der *condictio indebiti* unmittelbar aus der natürlichen Rechtsquelle, *radix naturalis* ableitete, als mit dem Vorhandensein einer Naturalobligation von selbst gegebene, der positivrechtlichen Befristung nicht bedürftige Folgen betrachtete, und nur für die *Klage, Actio*, die Autorität des positiven Rechts, *radix civilis* in Anspruch nahm, hat man das practische Verhältniß des *jus gentium* zum positiven Recht gänzlich verkannt.

Für den actualen Rechtszustand kann nur das positive Recht maßgebend sein. Das *jus gentium* ist nur das an dem positiven, nationalen Recht unterschiedene allgemeine Rechtselement und hat als solches bloß abstracte, nicht aber unmittelbar practische Bedeutung. Verfehlt ist daher auch die Unterscheidung von *obligationes mixtae, mere civiles* und *mere naturales*, letztere mit den Unterarten: *obligationes naturales reprobatae sive plane destructae* und *obligationes naturales haud reprobatae*,²⁾ eine Unterscheidung, die nicht etwa bloß auf den Ursprung und die Quelle der Obligationen bezogen wird, sondern den Sinn hat, einerseits, daß die *obligatio mere naturalis haud reprobata* ohne Weiteres die jog. indirecte Obligationenwirkung hervorbringt, sofern nicht das positive Recht in besondern Fällen diese ausschließt (Fälle der *oblig. nat. reprobata s. plane destructa*), andererseits, daß die *obligatio civilis* zu ihrer Vollwirkung der Zustimmung des *jus naturale s. gentium* bedürfe, und ohne diese durch die in Form der *exceptio* entgegengewirkende *naturalis ratio* völlig entkräftet werde (*obligatio inanis, inefficax, sine re.*) Weder in der einen noch der anderen Hinsicht kann dem *jus gentium* irgendwelche Bedeutung beigelegt werden. Das Princip der Rechtswirksamkeit der Obligationen liegt ausschließlich im positiven Recht, welches aus sich selbst sowohl *actio* als die sonstigen Obligationenwirkungen hervorbringt, und vollwirksame Obligationen aufstellen kann, ohne dazu irgendwie einer naturalen Grundlage zu bedürfen (z. B. Obligationen aus polizeilichen oder andern willkürlichen Rücksichten). Exceptionen auf Grund der *naturalis ratio* sind nur insofern begründet, als das positive Recht sie gestattet. Letzteres kann bei Aufstellung der Exceptionen von der *naturalis ratio* ganz abgehen und selbständigen Rücksichten folgen, so daß sich fügl. auch zwischen *exceptiones mere naturales, mere civiles* und *mixtae* unterscheiden ließe, wie denn gewisse Exceptionen rein positivrechtlicher Natur sind (*exceptio legis Cinciae, S. C. Macedoniani, S. C.*

¹⁾ gl. ad. pr. J. de oblig. 3, 14 v. *necessitate*]. *Sunt effectualis obligationis duae radices: una naturalis sed haec naturalis vim non habet exigendi, impedit tamen soluti repetitionem Huic quandoque accedit civilis etiam radix, quae illi naturali faciem dat vel formam vel vestem, ut possit parere actionem.*

²⁾ Westenberg, c. 4 §§ 7, 8. Hofacker, *Princip. jur. civ. III* § 1726 sqq. Hahn ad Wesenbec. tit. de oblig. et act. nr. 5. Schulding, de nat. obl. c. 4. cfr. c. 5.

Siehe darüber: Höpfner, *Commentar* § 727, Weber §§ 42, 43. v. Savigny, *Obl. I* S. 41, 42, 120—123. Schwanert, S. 11, 12.

Vellejani) und selbst einer etwa vorhandenen Naturalobligation jede Wirkung versagt werden kann (wie dies z. B. in Folge des S. C. Vellejani geschieht.)

Es ist daher an sich nicht richtig, daß, wie noch v. Savigny¹⁾ annimmt, in den Fällen, wo eine Obligation ohne Zustimmung des jus gentium ipso jure oder per exceptionem ungültig ist, insbesondere wo die exceptio nicht beruht auf dem jus gentium, sondern bloß auf dem positiven Recht, die naturalis obligatio wirksam sei. Ob neben einer exceptio die naturalis obligatio wirksam bleibt, läßt sich nicht durch eine allgemeine Regel, sondern nur nach der jeweilig zu Grunde liegenden positiven ratio bestimmen.²⁾

Außer allem Zusammenhang mit der Naturalobligation steht die sog. obligatio mere civilis oder obligatio civilis nuda d. h. eine obligatio juris civilis, die durch eine exceptio juris praetorii entkräftet³⁾ ist, da es sich hierbei nur um einen historischen Gegensatz innerhalb des römischen Rechts selbst handelt.

II. Neuere Zeit

Erfolgreich hat die neuere Opposition⁴⁾ den durchaus positivrechtlichen Character der sog. Wirkungen der Naturalobligation geltend gemacht, jedoch darin fehlgegriffen, daß sie glaubte, nun auch die ältere Begriffsbestimmung verwerfen und die Naturalobligation selbst als positivrechtliche bestimmen zu müssen. Die Quellen erklären mit größter Entschiedenheit die Naturalobligation vom Standpunkt des Civilrechts aus als eine Nichtobligation, als ein rein factisches Verhältniß und die Bezeichnung derselben als Obligation als eine uneigentliche, mißbräuchliche.

Die Naturalobligation ist nicht eine, wenn auch nur unvollkommene, Art von Civilobligation, sondern das Civilrecht erkennt sie nur als factische Voraussetzung zur Hervorbringung gewisser Rechtswirkungen, als geeignete

¹⁾ Oblig. I §. 115—119. Vgl. unten §. 28, Note 2.

²⁾ Ueber die Ansicht, daß entscheidend sei, ob die Coercition des Gläubigers oder Befreiung des Schuldners bezweckt sei, s. v. Savigny, Syst. V § 249. Oblig. I §. 115.

³⁾ Donellus, Comment. XII c. 2. 4 stellt sie einmal mit der oblig. civilis und naturalis als drittes Eintheilungsglied, sodann mit der oblig. naturalis als obligatio imperfecta zusammen.

⁴⁾ Außer Holtius p. 513—536 (Jaarboeken), Opzoomer p. 21, besonders Brinz, Nr. 3, §. 38 flgd.: „Die nat. obligat. sind dieselben Obligationen, wie die civiles (klagbaren)“, „Die nat. oblig. ist keine eigene Art Obligation.“ Lehrbuch I §. 571—581. Schwannert §. 226, 227, 229, 230: „das durch den Obligationsact unter den Parteien begründete Verhältniß“, „debitum in dem Sinne, daß durch die Anerkennung des Obligationsactes als eines solchen das Recht allgemein unter diesen Umständen ein Sollen aufstellt“, „ein debitum, das als bestehendes schon rechtliche Anerkennung und Bedeutung gefunden hat.“ §. 233: „eine rechtliche, aber unvollkommene Obligation“, §. 230 jedoch: „ein vinculum, weil und soweit Gründe der aequitas zur solutio auffordern.“ §. dagegen Arndts, Band. § 217, Note 6 a. C.

Grundlage anderweit zu erzeugender Rechtsverhältnisse an. Ebenjowenig kann sie begrifflich als Product des positivrechtlichen Obligationsactes oder als ein aus der Zusammenfassung ihrer sog. Wirkungen resultirendes verkümmertes Gebild positivrechtlichen Characters aufgefaßt werden. Die Unvollkommenheit und Klaglosigkeit ist nur ein äußeres, der practischen Erscheinung und beschränkten Bedeutung der Naturalobligation im positiven Recht entsprechendes Moment, liegt aber an und für sich keineswegs im Begriff derselben. Denn der Rechtsschutz, insbesondere der obrigkeitliche Schutz, ist nicht weniger ein Postulat des jus gentium, der naturalis ratio als des Civilrechts, der civilis ratio, und nur die Form des Schutzes kann eigenthümlich national sein.¹⁾

Ebenjowenig führt die bloße logische Consequenz, die Folgerung und Entwicklung aus dem Gegebenen (ratio im Sinne von Brinz) zum Begriff der Naturalobligation. Denn, wenn es schon richtig ist, daß, „wo immer Etwas nicht ganz aufgehoben wird, Etwas übrig bleiben muß“,²⁾ wie folgt daraus, daß dieses Ueberbleibsel überhaupt als Etwas Rechtliches und noch dazu gerade als Obligation und Naturalobligation zu characterisiren wäre? Jedenfalls ist in den Fällen, an welche man hierbei zu denken hat (irrigere Freisprechung des Schuldners, Proceß- und Klagenverjährung) nach der Ansicht des positiven Rechts eine Obligation nicht übrig geblieben und kann die bloße Consequenz als ein rein formales Princip da, wo rechtlich Nichts ist, auch Nichts Rechtliches schaffen, vielmehr bedarf es hierzu eines materiellen Principes.

Wo sich obligationsähnliche factische Erscheinungen zeigen, (z. B. bei den Contract-Obligationen der Sklaven) muß sich die logische Consequenz darauf beschränken, das Vorhandensein dieser Analogien zu constatiren, vermag aber nicht aus sich selbst denselben irgendwelchen Rechtscharacter beizulegen. Auf Grund der aequitas und naturalis ratio positivrechtlich anerkannte Obligationen würden ferner nicht Naturalobligationen, sondern irgend eine Art von Civilobligationen darstellen.³⁾

Der Begriff der Naturalobligation verlangt nach Allem nothwendig einen selbständigen außerhalb des positiven Rechts liegenden Grund. In bewußter oder unbewußter Anerkennung dieser Nothwendigkeit hat man dann

¹⁾ So schon Benincasa § 147: alia est obligatio naturalis, quae jure gentium secundario inducitur; sed jus gentium secundarium tantum dedit huic obligationi efficaciam, ut quis adstringi posset non per actionem, quia jam non erat, sed per manum regiam.

²⁾ Brinz, a. a. D. §. 45, 46.

³⁾ Brinz, §. 38, 45—48. Schwannert §. 230.

Von untergeordneter Bedeutung ist hierbei, ob als naturalis ratio und aequitas immer nur das anzusehen ist, was die römischen Juristen dafür gehalten haben, und ob es überhaupt eine absolute naturalis ratio giebt, sowie ferner, ob, wenn die römischen Juristen von einer Reception der Rechtsinstitute aus dem jus gentium reden, damit wirklich historische Vorgänge gemeint sind (v. Scheurl, Heidelberger kritische Zeitschrift I §. 501). Jedenfalls wird durch diese Ausdrucksweise das Verhältniß der einzelnen Rechtsinstitute zu dem naturalen Rechtselement treffend gekennzeichnet.

die Naturalobligation zwar nicht aus dem mißliebig gewordenen *jus gentium*, wohl aber aus anderen nichtpositivrechtlichen, freilich recht problematischen Quellen abzuleiten versucht. So führt zunächst v. Scheurl den Begriff derselben auf den Gegensatz zwischen „juristischer“ und „gemeiner, nichtjuristischer“ Rechtsanschauung zurück,¹⁾ und bestimmt sie als die Obligation der nichtjuristischen Anschauungsweise. Ganz abgesehen davon, daß diese Begriffsbestimmung den Quellen gegenüber als eine durchaus willkürliche erscheint, steht ihr entgegen, daß die Naturalobligation nicht dem Laienverstande, sondern gerade der juristischen Doctrin ihre Anerkennung und Ausbildung verdankt,²⁾ daß sich keine Spur davon findet, daß in Bezug auf dieselbe jemals ein Antagonismus zwischen der öffentlichen Meinung und der Ansicht der Rechtskundigen bestanden hätte, und daß, nachdem sie schließlich in das allgemeine Rechtsbewußtsein übergegangen und ein Institut des geltenden Rechts geworden war, sich nicht absehen läßt, wie die Reminiscenz an eine etwaige Gegenätzlichkeit der Auffassung bei ihrer ursprünglichen Bildung noch für ihren Begriff hätte bestimmend sein und sie noch als Obligation in einem anderen als dem durch das geltende Recht fixirten Sinne hätte aufgefaßt werden können. Wenn man ferner erwägt, daß jene „gemeine“ Auffassungsweise, um überhaupt berücksichtigungswürdig zu erscheinen, nicht einen rein subjectiven Character haben darf, so taucht wieder die Frage nach dem jene Auffassungsweise bewegenden Rechtsgedanken auf und könnte dieser wohl Etwas Anderes als die *naturalis ratio* gewesen sein?

Auch Windscheid's Unterscheidung zwischen juristischer und natürlicher Auffassung ist insofern zu beanstanden, als er für den Begriff der Naturalobligation dieser natürlichen Auffassung eine solche Ausdehnung giebt, daß sie nicht nur „das in der Natur der Sache Begründete“ und somit die *naturalis obligatio* als *obligatio* der „natürlichen Rechtsordnung“, sondern auch die *naturalis obligatio* „als die *obligatio* des unjuristischen Verstandes“ umfaßt, indem „die natürliche Auffassung sich auch gefallen lassen muß, vom Rechte corrigirt und in manchen ihren Anforderungen zurückgewiesen zu werden, und alsdann die *naturalis obligatio* nicht die Obligation einer Ordnung ist, mit welcher das Recht sich auseinandersetzt.“³⁾

Hiergegen ist zunächst zu bemerken, daß die bloße Zurückweisung Seitens des positiven Rechts unmöglich ein Kriterium für die Auffassung des un-

¹⁾ v. Scheurl, Kritische Vierteljahrsschrift VI S. 509. Aehnlich Laskowicz, de vi ac natura oblig. nat. deque nonn. quaest. ab ea pend. Berol. 1870 p. 41.

²⁾ Vgl. die treffenden Ausführungen Kunze's, Curius des röm. Rechts. 2. Aufl. § 641, Note 3.

³⁾ Windscheid, Pand. § 287, Note 5. Aehnlich wollte schon Christianus, zur Lehre von der *naturalis obligatio* und *condictio indebiti* Kiel, 1844, S. 27, 84, 118 die Naturalobligation an sich als Obligation in unjuristischer Bedeutung nehmen, und ihr juristische Bedeutung erst durch die freiwillige Erfüllung nehmen, und ihr juristische Bedeutung erst durch die freiwillige Erfüllung, durch den „wirklichen“ Willen der Parteien beilegen. Er faßt aber diesen Willen nicht als einen bloß subjectiven, sondern als einen durch einen objectiven Grund gebundenen und schließlich die Naturalobligation als eine der objectiven Moral entsprechende Pflicht. S. hierüber Schwanert S. 64.

juristischen Verstandes bilden kann, da anerkanntermaßen das Recht die natürliche Auffassung aus besonderen Rücksichten auch da corrigirt und zurückweist, wo sie der Ausdruck des in der Natur der Dinge Begründeten ist und es sich also in der That um eine Auseinanderetzung des positiven Rechts mit der natürlichen Rechtsordnung handelt. Wenn aber ferner eine Auffassung eine derartig doppelstimmige ist, daß sie bald das Natürlich-Sachliche und Natürlich-Rechtliche ausdrückt, bald nicht, und also in letzterem Falle geradezu in das Unnatürliche und Unverständige umschlägt, so kann sie jedenfalls in dieser letzteren Beziehung nicht als eine natürliche bezeichnet werden. Eine derartige unsachgemäße, unnatürliche, unjuristische Auffassung würde überhaupt rechtlich gar nicht zu beachten sein.

Die Mehrzahl der neueren Schriftsteller hat im Wesentlichen an dem alten Begriff der Naturalobligation, zugleich aber auch an der alten Begründung der Wirkungen derselben festgehalten.¹⁾ Dieser Standpunkt ist unhaltbar. Begriff und Wirkung verlangen ihre gesonderte Begründung und Rechtfertigung.

§ 3. *Naturalis ratio, civilis ratio, naturalis obligatio, civilis obligatio.*

I. Bestimmung des Gegensatzes.

Das Natürliche ist das auf dem Grund und Wesen der Dinge beruhende, das Seiende in der Einheit mit seiner Idee und hat zum Gegensatz das außerhalb dieses Grundes und Wesens Liegende, von ihm Abweichende. Es ist das objectiv Gegebene, von selbst Entstandene im Gegensatz zu dem Subjectiv-Willkürlichen, künstlich Veranstalteten und Hinzugezogenen.²⁾

So treten die civilen Rechtsbegriffe in Folge der ihnen gegebenen künstlichen, juristisch-technischen Ausprägung in einen Gegensatz zu den naturalen Begriffen, indem sie bald enger bald weiter gefaßt sind, als diese, und die ursprüngliche Grundvorstellung also bei ihnen extensiv und intensiv alterirt wird, (z. B. *civilis cognatio* — *naturalis cognatio*, *civilis possessio* — *naturalis possessio*, Civil- und Naturalbegriff der *bona*,³⁾ *civilis computatio* — *naturalis computatio*,⁴⁾ *civilis interruptio* — *naturalis inter-*

¹⁾ Zu den Schriftstellern dieser Richtung gehören mehr oder weniger: Reinhardt, Franke, Relière, Brinkmann, Büchel, v. Meyerfeld, C. Sell, v. d. Pfordten, Renaud, Gryeben, v. Savigny, Bekker. Siehe hierüber: Schwanert S. 21—37. Weber hatte einerseits den richtigen Begriff der Naturalobligation preisgegeben, indem er dem *jus gentium* „das Recht der gesunden Vernunft“ substituirt, §§ 4, 41, und andererseits den Fehler der älteren Theorie generalisirt, indem er die im Vernunftrecht sich gründenden Verbindlichkeiten schon an und für sich „in foro civili völlig wirksam und klagbar“ erklärte, sofern nicht „durch bürgerliche Gesetze namentlich eine Einschränkung geschehen“ §§ 43, 44, 59. Siehe darüber Schwanert S. 16—21.

²⁾ Z. B. I. 20 § 1 D. de serv. pr. rustic. 8, 3. *Servitus naturaliter, non manu facto laedere potest fundum.* I. 1 § 1, 10, 14 D. de aqua et aquae pluv. 39, 3.

³⁾ I. 49 D. de V. S. 50, 16. Cic. Acad. I, 5: *animi bona et corporis.*

⁴⁾ I. 134 D. de V. S. 50, 16: *civilliter . . . non ad momenta temporum.*

ruptio,¹⁾ civiliter acquirere — naturaliter acquirere,²⁾ civile und naturale Aufhebung der Obligationen³⁾. In demselben Sinne wird die Darlehnsobligation als die aus der Hingabe der Darlehnssumme sich von selbst ergebende eine naturalis obligatio genannt im Gegensatz zu der sich anschließenden, die Darlehnsobligation bestätigenden oder novirenden Verbalobligation.⁴⁾

In Beziehung auf den Grund der Rechtsverhältnisse ist daher zu unterscheiden, ob sie aus der Natur der Sache hervorgehen oder der willkürlichen Satzung und den positiven Rücksichten ihre Entstehung verdanken. Hierauf beruht der Gegensatz zwischen der naturalis ratio und der civilis ratio.⁵⁾ Jene geht von den objectiv gegebenen Verhältnissen aus, während diese in freier selbständiger Weise die nationalen Eigenthümlichkeiten und Gewohnheiten und das jeweilige practische Bedürfnis berücksichtigt und deshalb, um dementprechend den Rechtszustand gestalten zu können, von den natürlichen Grundlagen der Rechtsverhältnisse mehr oder weniger abzuweichen genöthigt ist. Jene ist somit das objectiv gebundene, nothwendige Princip, diese das frei entfaltende, willkürlich gestaltende Princip.

Mit dem Gegensatz der naturalis und civilis ratio hängt dann auch der Gegensatz zwischen naturalis und civilis obligatio zusammen. Die Naturalobligation im technischen Sinne ist die Obligation nach der naturalis

¹⁾ l. 5 D. usurp. 41. 3: naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi dejicitur. Cic. de orat. 3, 28: ex jure civili surculo defringendo usurpare.

²⁾ l. 53 D. de acq. rer. don. 41, 1: civiliter per eos, qui in potestate nostra sunt, veluti stipulationem; naturaliter, sicut est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere.

³⁾ l. 107 D. de solut. 46, 3: naturaliter, veluti solutione aut cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desierit. Civiliter, veluti acceptilationem vel cum in eandem personam jus stipulantis promittentisque devenit l. 49 pr. D. eod.

⁴⁾ l. 126 § 2 D. de V. O. 44, 1: Plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum, recessum a naturali obligatione (Paul. lib. 3 quaest.) Künstlich ist die Erklärung dieser Stelle von v. Savigny *Obl. I*, S. 39 und Schwannert S. 74: „reales Factum der Zahlung“, „reales Factum des Stipulationsaktes.“

⁵⁾ Leiff, *civil. Studien III*: Ueber die Natur des Eigenthums 1859, S. 1—4 fglg und: *Naturalis ratio und Natur der Sache* 1860 S. 2—4, 12—13, 25 versteht unter dem naturalen Element der Rechtsverhältnisse die „factische Seite der Lebensverhältnisse“, den „materiellen Stoff“ im Gegensatz zu der „geistigen Form“ als dem sittlichen, rechtlichen und voluntären Element und steht in der Natur der Sache Etwas „objectiv Gegebenes.“ Dies Alles ist, wenn man die Sache von Außen betrachtet, ganz richtig. Das Natürliche ist Etwas factisch, objectiv Gegebenes. Allein an dem factisch Gegebenen ist das Natürliche nur, daß es mit seinem Grund, Zweck und Wesen sich in Uebereinstimmung befindet. Ferner giebt der Ausdruck: „geistige Form“ keinen Gegensatz zu den factisch-naturalen Lebensverhältnissen, da diese sich auf ein geistiges Individuum als ihr Subject und dessen vernünftige Zwecke beziehen, daher selbst eine „geistige Form“ d. h. eine Darstellungsform des objectiven Geistes sind, wie dieser selbst nur wieder die objectivirte Subjectivität ist. Leiff will mit jenen Worten auch nur die Anerkennung durch das sittliche oder rechtliche Gesamtbewußtsein bezeichnen; diese Vorstellung findet aber in jenen Worten nicht ihren adäquaten Ausdruck.

ratio, nach dem natürlichen Rechtsprincip, *jus gentium* in diesem Sinne.¹⁾ Die obligatio tantum naturalis, die bloß natürlich-rechtliche, bedeutet erstlich: Etwas Positives, nämlich daß sie nach der naturalis ratio eine Obligation, sodann: Etwas Negatives, nämlich, daß die durch äußere Momente: Zweckmäßigkeit, öffentliche Wohlfahrt oder durch nationale Eigenthümlichkeit geleitete civilis ratio sie als Obligation nicht anerkennt.²⁾ Der Gegensatz zwischen der civilis ratio und naturalis ratio (*ratio juris gentium*), wie er in der Jurisprudenz der Kaiserzeit ausgebildet ist und dem im Zusammenhang damit entstandenen Begriff der Naturalobligation zu Grunde liegt, ist ein Gegensatz der Rechtsprincipien, der zu Collisionen führte und dessen Ausgleichung, obgleich der naturalis ratio, dem theoretischen *jus gentium* als solchem, wie überhaupt, so auch im Conflict mit dem *jus civile* keine unmittelbar practische Wirkung inne wohnte, dennoch von dem Rechtsbewußtsein des Volkes gefordert wurde und durch Vermittelung der Jurisprudenz schließlich zu Stande kam.³⁾

II. Historische Veranlassung des Gegensatzes.

Wenngleich schon das Recht der Republik unter dem Einfluße des Gegensatzes von *jus gentium* und *jus civile* stand, auch der Gegensatz von *natura* und *lex* erkannt worden war, findet sich doch keine Spur, daß die republikanischen Juristen zu dem Begriff der Naturalobligation gelangt wären oder davon practische Anwendung gemacht hätten.

Die Behandlung der *lex Cincia* und *Plaetoria*, die zu einer Anwendung des Begriffs Veranlassung hätten geben können, zeigt, daß man den Begriff noch nicht kannte. Noch Servius scheint derselbe fremd gewesen zu sein,⁴⁾ da er eine Schuld des Herrn an den Sklaven schlechthin leugnet.

¹⁾ Eine allgemeine Eintheilung der klagbaren Obligationen in naturales und civiles nach ihrem Ursprung (v. Savigny I S. 23) ist den Quellen fremd, obgleich hinwieder einzelne Civilobligationen nach ihrem Ursprung, mehr aber noch nach ihrem Character naturales genannt werden z. B. l. 15 pr. D. de cond. ind. 12, 6: *indebiti condictio naturalis est* cfr. l. 14 D. eod.: *natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorum* l. 1 pr. D. loc. cond. 19, 2: *locatio conductio cum naturalis sit et omnium gentium*. Vgl. Schwannert S. 81—83.

Ebenjowenig bezieht sich die Eintheilung auf die persönliche Rechtsfähigkeit (v. Savigny I, S. 23), wenngleich es schon für diese einen Unterschied macht, ob es sich um eine civile oder naturale Geschäftsform handelt. Gaj. 3 §§ 93, 133, 134.

²⁾ Nur auf oblig. tantum naturales bezieht sich l. 16 § 4 D. de fidej. 46, 1: *naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest*. Die Auslegung von Vangerow, Band. 3, S. 5 (Unterholzner, I, S. 12 a. E.) trifft das Richtige. Siehe dagegen v. Savigny I, S. 40—41. Machelard, p. 12 suiv. Schwannert, S. 83 fglg. Vgl. Massol, p. 28 suiv.

³⁾ Vgl. Puchta, *Jur. I*, § 96: „Collisionen zwischen zwei mächtigen Principien, der civilis und naturalis ratio thaten sich hervor, die Vermittelung beider hatte begonnen, die Sicherheit des Rechts forderte ihre Vollendung“ § 101 a. E.

⁴⁾ l. 46 § 3 D. de demonst. et cond. 35, 1 . . . *Namusa Servium respondisse scribit, quia dominus servo nihil debere potuisset. Ego puto, secundum mentem testatoris naturale magis, quam civile debitum spectandum esse et eo jure utimur*

Daß Labeo in diesem Fall eine Naturalschuld angenommen habe, wird durch den Umstand, das Favolen in seinem Labeo-Commentar eine solche annimmt, nicht wahrscheinlich, da er dies durchaus als eigene Meinung vorträgt.

Dagegen setzt Proculus sehr bestimmt Obligationen der Sklaven und Bürgschaft für dieselben unabhängig von der actio de peculio voraus.¹⁾ Deshalb wird auch dem Sabinus der Begriff nicht fremd gewesen sein und ist die Muthmaßung Kunze's, daß er unter Naturalobligationen nur klagbare, re contrahirte Forderungsrechte gefaßt habe, unzutreffend.²⁾ Neratius negirte die Naturalverpflichtung der Pupillen.³⁾

Zuerst hat sich höchstwahrscheinlich die Theorie der Naturalobligation an den Rechtsgeschäften der Sklaven, die sie im Verkehr für den Herrn eingingen, entwickelt,⁴⁾ vor allem in Bezug auf den Peculiarverkehr. Wenn der Herr aus den Geschäften seines Sklaven de jussu, de peculio, de in rem verso, ferner mit der institoria und exercitoria haftet, so liegt dabei überall die Vorstellung zu Grunde, daß der Sklave der Hauptverpflichtete und der Herr der Nebenverpflichtete ist. Diese Auffassung mußte sich schon sehr früh geltend machen, und sich auch in der dadurch geschaffenen Möglichkeit der Bürgschaft für die Sklavenobligation practisch wichtig erweisen, sowie in dem Ausschluß der *condictio indebiti*, wenn bei Insufficienz des Peculii der Gläubiger vom Sklaven, dessen freie Administration vorausgesetzt, vollbefriedigt war.

Eine gleiche Veranlassung zur Fortbildung des Instituts gaben dann die Schuldverhältnisse zwischen dem Gewalthaber und seinen Untergebenen und diesen letzteren untereinander.

Zu einer eigenthümlichen Anwendung des Instituts mußte das S. C. Macedonianum führen. Dasselbe griff in das natürliche Recht ein, indem es einem an sich begründeten Darlehn die Rechtsgültigkeit versagte. Dieses Gesetz mag in der ersten Zeit in sehr ausgedehntem, jede rechtliche Berücksichtigung des Geschäfts ausschließendem Maße zur Anwendung gekommen sein. Aber die Natur der Sache mußte sich sehr bald geltend machen, wo die *civilis ratio* nicht mehr Platz greifen konnte, z. B. beim Anerkennung der Schuld nach dem Tode des Hausvaters, ferner bei einer gültigen Zahlung, sofern der Haussohn demjenigen, der ihm die Befreiung verschaffte, keinem Negreß ausgesetzt war. Unter derselben Voraussetzung mußten auch Bürgschaften und Pfandbestellungen zulässig erscheinen.

Offenbar führten derartige Fälle, die das Leben gewiß in Fülle darbieten, zu Reflexionen über die Tragweite des Gesetzes und den Umfang seiner *ratio*. Man berücksichtigte in Folge dessen die *naturalis ratio*,

(Javol. lib. 2 ex Posterior. Labeon). S. dagegen Kunze, Curjus § 641 zu Note 6, S. 444. l. 1 § 14 D. depos. 16, 3, setzt keine Naturalobligation voraus.

¹⁾ l. 84 D. de solut. 46, 3.

²⁾ Curjus S. 444 wegen fr. 10. D. de O. et A. 44, 7.

³⁾ l. 41 D. de cond. ind. 12, 6.

⁴⁾ Brinz, S. 51, 56. Schwanert, S. 239.

so weit sie sich mit der *civilis ratio* vereinigen ließ. Die formelle Handhabung hierzu lag in der Deduction, daß die *naturalis ratio*, die Verbindlichkeit der Darlehne ja vom Recht im Princip anerkannt war, und dieses Princip nur für den Fall des Darlehns an einen Haussohn bis zu einer gewisser Grenze außer Anwendung gesetzt war, und folglich, soweit diese Grenze innegehalten wurde, noch als fortwirkend zu erachten war.

Freilich konnte in dem vom Gesetz vorgesehenen Fall von einem Forderungsrecht, insbesondere einem Klagerrecht des Gläubigers nicht mehr die Rede sein. Allein die möglichen indirecten Arten der Bethätigung waren durch das Verbot nicht durchaus ausgeschlossen. Die Naturalforderung des Gläubigers bildete ein factisches Moment, das in Verbindung mit anderen Momenten Rechtswirkungen hervorbringen konnte.

Dieses Werk der Vermittelung und Vereinigung der *naturalis ratio* mit der *civilis ratio* fiel recht eigentlich der Doctrin zu.

Die Ausbildung der Theorie der Naturalobligation fällt höchstwahrscheinlich in das 2. Jahrhundert der Kaiserzeit und scheint Julian einen hervorragenden Antheil daran zu haben.

Vermuthlich hat zuerst die Möglichkeit der Novation und des Constitutum Anerkennung gefunden, alsdann der Ausschluß der *condictio indebiti*, ferner die Möglichkeit der Bürgschafts- und Pfandbestellung. Julian wenigstens (l. 7 D. de fidej. 46, 1) deducirt diese letztere aus der Möglichkeit der Zahlung, wogegen die Möglichkeit des Constitutum und der Novation sich von selbst ergaben.

Der treibende Gedanke in der Theorie der Naturalobligation ist also Geltendmachung und Vereinigung des natürlichen Rechtsprinzips¹⁾ mit der unvermeidlichen *civilis ratio* und dem leidigen Rechtsformalismus.

§ 4. Naturaliter debere im unjuristischen Sinne*).

Das naturaliter debere ist ein so dehnbarer Begriff, daß es nicht Wunder nehmen kann, daß er über das Rechtsgebiet²⁾ hinausgreift, den Pflichtbegriff im weitesten Sinne umspannt, und insbesondere auf Pflichten bezogen wird, die auf einem natürlichen Sittlichkeits-, Schicklichkeits- und Anstandesgefühl beruhen. So ist die Rede von einer natürlichen Pflicht zu Gegenständen³⁾, zur Bezeugung der Dankbarkeit und Erkenntlichkeit⁴⁾, zur Liberalität

¹⁾ Vgl. Dernburg, preuß. Privatr. II. S. 5: „Reaction des natürlichen Rechtsgefühls.“

²⁾ Siehe Schwanert S. 94—123, dem das Verdienst gebührt, die Fälle dieses debere sehr unterschieden zu haben.

³⁾ Auch das Kindeserbrecht wird naturale debitum genannt. l. 7 pr. D. de bon. damn. 48, 20. l. 36 § 2 C. de inoff. test. 3, 8.

⁴⁾ Sog. obligatio antidotalis. l. 25 § 11 D. de hered. pet. 5, 3: *quamvis ad remunerandum sibi aliquem obligaverunt. l. 54 § 1 D. de furt. 47, 2: beneficii debitorem sibi acquirere l. 10 § 7 D. de in rem verso 15, 3 cfr. Tacit. Germ. § 21: gaudent muneribus, sed nec data imputant, nec acceptis obligantur.*

⁵⁾ l. 26 § 12 D. de cond. ind. 12, 6: *natura enim operas patrono libertus debet. Dankbarkeit gegen den Lebensretter: l. 34 § 1 D. de donat. 39, 5. Paul. Rec. Sent. V, 11 § 6.*

an Verwandte¹⁾ und von Pietätspflichten²⁾. Den natürlich-sittlichen Pflichten dieser Art wird nun die Bedeutung beigelegt, daß, wenn sie in der irrigen Annahme einer Rechtspflicht erfüllt werden, die *condictio indebiti ipso jure* ausgeschlossen ist.³⁾ Letztere kann ihrem Princip gemäß nicht Maß greifen, wo in irgend einem Sinne ein *debitum* vorliegt. Unter diesen Gesichtspunct fällt auch die von einer Ehefrau ihrem Manne ohne rechtliche Verpflichtung hierzu bestellte Mitgift, da, wenn sich auch nicht eine natürliche Pflicht gerade zur Dosbestellung statuiren läßt, doch naturgemäß die Lasten der Ehe die Frau mitbetreffen und sie schicklicher Weise, wenn sie dazu im Stande, ihre Beihilfe dem Manne nicht versagen kann⁴⁾. Die „Iniquität oder Impietät“ der Zurückforderung⁵⁾ in diesem Fall entspringt erst aus dem Vorhandensein einer wirklichen Pietätspflicht⁶⁾.

Ebenso besteht zweifellos eine natürliche Dotationspflicht des Vaters auch abgesehen von den Fällen, wo ihm solche schon rechtlich obliegt⁷⁾.

§ 5. Rechtliche Bedeutung.

Die Naturalobligation gilt civilrechtlich nicht als Obligation. Ihre absolute Bedeutungslosigkeit als Forderung oder Schuld wird ausgedrückt in L. 41 D. de pec. 15, 1: *Nec servus quidquam debere potest nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus, quam ad jus civile referimus obligationem* (Ulp.).

Civilrechtlich hat sie rein thatfächliche Bedeutung, und erscheint die ihren Gegenstand bildende Leistung nicht als eine notwendige, sondern als eine zufällige, beliebige und lediglich von dem Rechtsgefühl desjenigen, dem sie angekonnen wird, abhängige. Es ist daher auch unrichtig, wenn v. Savigny⁸⁾ die Naturalobligation für fähig hält, die Leistung zu bewirken, wenn die

¹⁾ l. un. C. de impon. lucratiua descr. 10, 35.

²⁾ l. 10 D. de obseq. parentibus et patronis praestandis 37, 15: *pietatem liberi parentibus non operas debent.* cfr. l. 2 D. de j. et j. 1, 1. l. 34 D. de neg. gest. 3, 5: *aviam jure pietatis (alimenta nepoti) de suo praestitisse.*

³⁾ Darauf kommt es auch hinaus, wenn Schwanert S. 114, 115, den Grund der Pflicht des Freigelassenen zu *operas officiales* in dem Abhängigkeits- und Treuverhältnis desselben, und diese Pflicht nur nicht gerade als eine sittliche charakterisirt sehen will.

⁴⁾ Nichtsdestoweniger nimmt v. Savigny Oblig. I. S. 100—102 hier wie in dem Fall des Freigelassenen eine wahre, nur minder wirkende nat. oblig. an. Ebenso Brinz, krit. Bl. 3 S. 25. Siehe dagegen Buchta, Instit. 3 S. 66 und Schwanert S. 118.

⁵⁾ auf welche Schwanert S. 118, 119 hinweist, um der Annahme einer Pietätspflicht zu entgegen, weil die *pietas* keine causa für Prästirung des *dos*, sondern nur causa für Ausschließung der *condictio* sei. S. 120.

⁶⁾ l. 32 § 2 D. cond. ind. 12, 6: *relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.*

⁷⁾ Eine nat. obl. nimmt v. Savigny, Obl. I. S. 101 Note a, Brinz, Pand. S. 573 an. l. 46 § 2 D. de jure dot. kann sich auf den Fall einer irrthümlich angenommenen gesetzlichen Dotationspflicht beziehen. Siehe Haffse, Güterrecht der Ehegatten I, S. 366. Schwanert, S. 120. Note 31.

⁸⁾ a. a. D. S. 45.

thatfächlichen Umstände so beschaffen sind, daß die Erfüllungsklage entbehrt werden kann. Denn es fehlt bei ihr an jedem Apparat hierzu, da der Naturalgläubiger die Leistung civilrechtlich überhaupt nicht fordern kann. Die freiwillige Zahlung der Schuld, die Pfand- und Bürgschaftsbestellung für dieselbe sind selbstständige Rechtsacte und können nicht auf die Uebung irgend welcher in der Naturalobligation enthaltener Macht zurückgeführt werden.

Dasselbe gilt von der *soluti retentio* und der Möglichkeit der Compensation. Diese beruhen nicht auf einer durch die Naturalforderung als solche „dem Gläubiger gewährten Macht, sich in einem vorhandenen Zustand zu erhalten“¹⁾, sondern sind erst die Folge anderweiter zu der Naturalobligation hinzutretender rechtlicher und factischer Momente. Die erfüllte, also gar nicht mehr existirende Naturalobligation würde ohnehin nicht mehr als Quelle rechtlicher Befugnisse gedacht werden können.

Anzutreffend ist ferner die Formulirung von Brinz²⁾, daß das nat. *debitum* ein zahlbares, erfüllbares, nicht klagbares, die nat. obl. eine erfüllbare, nicht klagbare. Denn es liegt hier die unrichtige Vorstellung zu Grunde, daß die Naturalobligation civilrechtlich in einem gewissen Sinne als Obligation anerkannt sei, so daß ihr nur die Klage fehle und sie eine klaglose Civilobligation sei. Durch die Bezeichnung der Naturalobligation als eine erfüllbare werden nicht die eigenthümlichen Rechtsbeziehungen wiedergegeben welche sich an die auf Erfüllung und Sicherung der Naturalobligation abzweckenden Rechtsacte knüpfen, und wird nur in einseitiger Weise eine einzelne Aeußerungsform derselben generalisirt.

Wenn v. Scheurl³⁾ formulirt: die der *naturalis obligatio* zukommende Rechtswirksamkeit sei keine ihr an sich zukommende, sondern durch Anerkennung vermittelte, so ist dies in seinem ersten Theile richtig und zwar in dem auch von Scheurl anderweit hervorgehobenen Sinne, daß die Naturalobligation weder ein civiles Forderungsrecht noch irgend welche civilrechtliche Verbindlichkeit in sich trägt, in seinem letzteren Theile jedoch zu eng, indem nicht alle Bethätigungsformen unter dem Begriff der bloßen Anerkennung zusammengefaßt werden können, dieser vielmehr nur das *Constitutum* umfassen würde.

Aber auch mit Windscheid (Pand. § 288) läßt sich nicht gut sagen, daß die natürliche Verbindlichkeit möglicherweise außer der Klagbefugniß jede rechtliche Bedeutung haben könne, welche auch der juristischen Verbindlichkeit zukommt. Denn hiernach würde wieder nicht ausgeschlossen sein, daß die Naturalobligation die Bedeutung einer nur unklagbaren Civilobligation hätte, während doch offenbar Windscheid die Naturalobligation als eine bloß nach natürlicher, nicht aber nach juristischer Auffassung bestehende erachtet. Es mußte daher diejenige Bedeutung, in welcher die natürliche Verbindlichkeit sich mit der juristischen berührt, nicht bloß durch das negative Moment der

¹⁾ Windscheid, Pand. § 288, 3.

²⁾ a. a. D. S. 48—50. Ebenso Schwanert S. 222—225.

³⁾ Jahrb. f. Dogmatik VII S. 328, krit. Vierteljahrschr. VI, S. 516. S. darüber Windscheid, Pand. § 288 Anm. 5.

mangelnden Klagbefugniß, sondern in selbstständiger positiver Weise näher bezeichnet werden.

In dieser Beziehung ist Folgendes zu erwägen: Die Obligation läßt eine doppelte Betrachtungsweise zu: diejenige nach ihrem Wesen und diejenige nach ihrer zufälligen Erscheinung und factischen Function. In ersterer Beziehung ist sie ein Rechts-Verhältniß, in letzterer Beziehung ein zur Begründung von Rechtswirkungen und Rechtsverhältnissen mitwirkendes Moment. Während in der ersteren lediglich ihre Rechtsnatur hervortritt, erscheint sie in der letzteren als unter die Reihe der juristischen Thatfachen getreten und als ein Glied in der Kette der juristischen Wechselwirkungen, als rechtlich relevantes Factum, Voraussetzung und Grundlage von Rechtsgechäften, rechtlichen Beziehungen und Rechtsverhältnissen. Diese Bedeutung als rechtswirksames Factum theilt mit der Civilobligation die Naturalobligation, und lediglich hierauf beruht das, was man die Wirkungen oder richtiger die Manifestationen oder Merkzeichen (Insignien) der Naturalobligation nennt.

Es ist daher als Regel aufzustellen: daß wo immer eine Obligation als Voraussetzung und Begründungsmoment von Rechtswirkungen und Rechtsverhältnissen in Betracht kommt, positivrechtlich die Naturalobligation berücksichtigt und der Civilobligation gleich behandelt wird. Hierbei versteht sich jedoch von selbst, daß das positive Recht aus besondern Gründen diese Regel modificiren oder auch ganz außer Anwendung setzen kann. Lediglich die civilis ratio ist bestimmend, wie für die Berücksichtigung der Naturalobligation überhaupt, so auch für den Umfang derselben. Als Beispiel einer solchen modificirenden ratio mag das S. C. Macedonianum¹⁾, dagegen als eine jede Bethätigung der Naturalobligation ausschließende ratio die des S. C. Vellejanum gelten. Unrichtig wäre es aber, in dem letzteren Falle die Existenz der Naturalobligation an sich zu leugnen, da nicht diese letztere selbst, sondern nur ihre practische Bedeutung von der civilis ratio abhängig ist und sie in der naturalis ratio ihren selbstständigen Grund findet²⁾.

Aus dem Obigen ergeben sich nun für die Bethätigung der Naturalobligation folgende Consequenzen:

I. Der Naturalobligation fehlt die Klage, weil sie civilrechtlich über-

¹⁾ Die Bethätigung der Naturalobligation wurde nur insoweit zugelassen, als dies mit dem Princip dieses Gesetzes: den aus dem leichtsinnigen Schuldenmachen der Hauskinder dem Leben der Väter drohenden Gefahren vorzubeugen, verträglich war. Siehe hierüber Schwanert, S. 343 flgd., der diesen Zusammenhang treffend darlegt. Vgl. auch Ryck, Creditoren an Minderj. Arch. f. civ. Praxis Bd. 53 S. 103 flgd.

²⁾ Die notwendige Unterscheidung zwischen Negation der Naturalobligation und Negation ihrer Wirkungen verkennd meint v. Savigny, Oblig. I S. 120: daß „man für diesen einzigen Fall gleichsam eine künstliche naturalis aequitas erschaffen“ habe, l. 2 § 2 D. ad S. C. Vellej. 16, 1: cum eas (sc. mulieres) virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit aequum. Wenn auch „die Anerkennung des positiven Gesetzes selbst (d. h. dessen Respecting) zu den Regeln des jus gentium gehört“ (v. Savigny, Syst. I S. 115—116, Oblig. I S. 43, t. u, S. 108) so heißt dies doch nicht, daß das jus gent. seine Grundsätze dem positiven Recht conformiren müsse, und diesem entsprechend die Existenz von Obligationen negiren müsse, wo es an sich solche anerkennt.

haupt nicht als Obligation anerkannt ist. Der Grund kann daher nicht mit Schwanert (S. 235 flgd.) darin gefunden werden, daß es in einer Reihe von Fällen zwar nicht an einem rechtsgiltigen Obligationssact und einem dadurch rechtlich begründeten Schuldverhältniß, civile debitum, wohl aber an den besonderen Voraussetzungen für den Eintritt oder den Fortbestand der actio ermangelt habe. Bei der begrifflichen Qualität von obligatio und actio wäre eine derartige Verschiedenheit der Voraussetzungen an sich denkbar und ist sie in gewissem Umfange auch thatächlich vorhanden, wie z. B. Sklaven aus Delicten civilrechtlich verpflichtet, aber vor der Freilassung nicht verklagt werden können, also insofern obligationsfähig, aber während der Dauer der Unfreiheit nicht prozeßfähig sind. Allein der Gegensatz von Civil- und Naturalobligation hängt mit dieser Verschiedenheit nicht zusammen. Das zeigt sich vor Allem gerade wieder bei der Delict-Obligation des Sklaven, denn trotz der fehlenden Requisite der actio ist diese Obligation keine Natural-, sondern eine Civilobligation und umgekehrt entsteht in anderen Fällen nur eine Naturalobligation trotz des Vorhandenseins der besonderen Voraussetzungen der actio, z. B. bei der Darlehnschuld des Hauskinds, welches an sich passiv klagfähig ist. In allen Fällen der Naturalobligation fehlt es nicht sowohl an den Voraussetzungen der actio, als den Voraussetzungen der civilis obligatio. So hindert der Mangel der Rechtsfähigkeit beim Sklaven, die Beschränkung der Vermögensfähigkeit beim Haussohn die Begründung civiler Forderungsrechte in ihrer Person, das Gewaltverhältniß die Entstehung civiler Contract- oder Delictobligationen zwischen dem Gewalthaber und dem der Gewalt Unterworfenen, sowie der Mangel des commercium beim Sklaven die Entstehung von Civil-Verpflichtungen aus Contracten desselben gegen Dritte. Ebenso betraf das bei dem ohne tutoris autoritas contrahirenden Pupillen vorwaltende Hinderniß: der Mangel der civilen Handlungsfähigkeit zunächst die Obligation und erst folgeweise die actio. Endlich bewirkten confusio, capitis deminutio, sowie die sämmtlichen exceptiones perpetuae, insbesondere exceptio S. C. Macedoniani, rei judicatae den Untergang der Civilobligation selbst und beseitigten nicht bloß deren klageweise Geltendmachung, indem die exceptio die Entziehung der civilrechtlichen Anerkennung bedeutet. Der Mangel der actio bei der Delictobligation des Sklaven beruht seinem letzten Grunde nach auf dem Mangel des commercium, da die actio auf ein iudicio contrahere hinausgeht und Contractfähigkeit voraussetzt. Der gültige Obligationssact erzeugt mit der Obligation regelmäßig von selbst auch die Actio, woraus folgt, daß letztere, wo, wie bei der Delictobligation des Sklaven, sich ihrer sofortigen Entstehung Hindernisse darbieten, nach deren Beseitigung von selbst existent wird, so daß darin der Obligationssact als fortdauernd, die actio nachträglich producirend erscheint und das sich ihm entgegenstellende Hinderniß nur die Gleichzeitigkeit seiner Kraftentfaltung zu alteriren vermochte.

II. Die Naturalobligation hat, wie keine actio, so auch an und für sich keine Exceptionswirkung: d. h. sie kann, wie nicht durch actio, so auch nicht vertheidigungsweise durch exceptio geltend gemacht werden, sie be-

gründet keine exceptio in dem Sinne, als die exceptio nur eine andere Form, ein anderer Ausdruck der actio ist und die Berufung auf ein die Klage ekwidirendes civiles Gegenrecht bedeutet. Es ist daher mindestens zweideutig, wenn gelehrt wird¹⁾, die natürliche Verbindlichkeit sei nicht tauglich zum Angriff, wohl aber möglicherweise zur Vertheidigung. Nicht an und für sich selbst, sondern nur als factisches Moment in Verbindung mit anderen Momenten kann sie eine exceptio doli bilden, und „dem Gläubiger die Macht gewähren, sich in einem vorhandenen Zustand zu erhalten“. Zur Soluti retentio bedarf es der exceptio nicht, da die condictio ipso jure ausgeschlossen ist.

Mit Unrecht beruft man sich für die selbstständige Exceptionswirkung der Naturalobligation auf l. 94 § 3 D. de solut. 76, 3. Allein wenn in dieser Stelle die Rede ist von einer causa, quae peti quidem non poterat, ex solutione autem petitionem non praestat und diese ferner bezeichnet wird als species obligationis, quae habuit auxilium exceptionis, so kann darunter süglich nur die Civilobligation, der die exceptio z. B. S. C. Macedi²⁾ entgegensteht, nicht aber die trotzdem zurückbleibende Naturalobligation verstanden werden, der gegenüber, da sie schon ohnehin nicht jure besteht, eine exceptio völlig überflüssig wäre!

III. Die Interpellation wegen einer Naturalschuld hat civilrechtlich keine Folge, nicht sowohl wegen Mangels einer actio, als vielmehr weil es an einem civilrechtlichen Forderungsrecht fehlt, das geltend gemacht werden könnte³⁾. Der etwaige Verzug des Naturalschuldners ist rein factischer Natur (mora im factischen Sinne).

IV. Die Civil- und Naturalobligationen stehen in keinem Löslichkeits- oder Absorptions-Verhältniß zu einander, was auf dem Gegensatz des Factischen und Rechtlichen beruht⁴⁾.

V. Als Voraussetzung von Rechtswirkungen kommt die Naturalobligation in den verschiedenartigsten Anwendungen vor.⁴⁾

Die hauptsächlichsten Fälle sind folgende:

1. Die Zurückforderung des Bezahlten ist ausgeschlossen und zwar um der Naturalobligation selbst willen: Naturalis obligatio manet ideoque

¹⁾ z. B. von Windscheid Band. II § 288 Note 10. Vgl. auch v. Savigny, §. 48. Richtig: Unterholzner I, §. 13, Schwanert §. 173.

²⁾ l. 127 D. de V. O. 45, 1: Si servus post moram a pupillo factam decedat, nec fidejussor erit propter pupilli moram obligatus. nulla enim mora intelligitur ibi fieri, ubi nulla petitio est.

³⁾ l. 21 § 2 D. de fidej. 46, 1: Quod si servus manumissus fidejussori suo heres existat, durare causam fidejussionis putavit, et tamen nihilominus naturalem obligationem mansuram, ut si obligatio civilis pereat, solutum repetere non possit. Nec his contrarium esse, quod, cum reus fidejussori heres existat, fidejussoria obligatio tollatur, quia tunc duplex obligatio civilis cum eodem esse non potest. Retro quoque si fidejussor servo manumisso heres exstiterit, eadem adversus eum obligatio manet, quamvis et naturaliter teneatur nec pro se quis fidejubere possit (Afric.) cfr. l. 18 D. de V. O. 45, 1.

⁴⁾ Den Grundsatz drückt im Allgemeinen aus l. 16 § 4 D. de fidej. 46, 1. §. oben §. 23, Note 2.

solutum repeti non potest l. 19 pr. D. de cond. indeb. 12, 6. Repetitio est, quia nec natura debet l. 41 D. eod.

2. Die Naturalforderung genügt kraft der aequitas zur Compensation: Etiam quod natura debetur, venit in compensationem l. 6 D. de comp. 16, 2.¹⁾ Dieser Satz beruht auf einer tieferen Erfassung des Wesens der Compensation als der naturgemäßen Ausgleichung zweier Vermögen durch Aufrechnung der beiderseitigen Forderungen. Der Compensationsberechtigte hat es in seiner Hand, anstatt auf die Forderung des Gegners zu zahlen, gewissermaßen an sich selbst zu zahlen, d. h. die Zahlung auf seine Gegenforderung zu verrechnen. Die Naturalobligation fungirt hier aber nur als factische Voraussetzung zum Eintritt der Rechtswirkung der Aufhebung einer Forderung, und ist ein wesentliches Moment dieser Aufhebungsthatfache selbst. Sie bildet hier die Grundlage gleichjam einer fingirten Zahlung. Sie ist ferner tauglich

3. zur Novation²⁾ und insbesondere Delegation, sowie:

4. zum Constitutum.³⁾ Doch bleibt sie neben der aus dem letzteren etwa hervorgehenden Civilobligation bestehen,⁴⁾ wogegen, wenn die neue Obligation nur ebenfalls eine Naturalobligation, sie mit dieser in eine einzige Obligation zusammenfließt.⁵⁾

5. Für die Naturalschuld kann ferner ein vollgültiges Pfandrecht bestellt werden.⁶⁾ Ebenso

6. Bürgschaft.⁷⁾ Der Ausspruch Julianus in l. 7 D. de fidej. 46, 1: Quod enim solutum repeti non potest, conveniens est, hujus naturalis obligationis fidejussores accipi posse ist nicht dahin zu verstehen, daß, wo das Recht Bürgschaft für die Naturalobligation zulasse, dies nicht um ihrer selbst willen, sondern erst wegen des Ausschlusses der condictio indebiti geschehe, weil hierin „allein schon die naturalis obligatio enthalten sei“ — Julian würde hier sonst an Stelle des Grundes die Folge nennen — sondern dahin, daß, wo es in einem concreten Falle zweifelhaft ist, ob Bürgschaft für die Naturalobligation statthaft, hierfür der Ausschluß der condictio indebiti einen Anhalt bieten und mit demselben im Allgemeinen auch jede sonstige Bethätigung ohne Weiteres als zugelassen gelten soll.

7. Für ein Peculium kommt die Naturalforderung des Gewalthabers

¹⁾ §. ferner l. 20 § 2 D. de statul. 40, 7. l. 9 § 1 D. de comp. 16, 2.

²⁾ l. 1 pr. und § 1 D. de nov. 46, 2.

³⁾ l. 1 § 7 D. de const. pec. 13, 5: debitum autem vel natura sufficit.

⁴⁾ Schwanert §. 205 glaubt, daß in diesem Falle die nat. oblig. in eine civilis umgewandelt sei.

⁵⁾ Siehe oben Seite 30, Note 3.

⁶⁾ l. 5 pr. D. de pign. 20, 1 l. 14 § 1 D. eod. l. 2 C. de luit pign. 8, 31 cfr. l. 11 § 3 D. de pign. 13, 7.

⁷⁾ l. 7. l. 6 § 2. l. 8 § 3. l. 16 § 3. l. 4. l. 21 § 2 l. 60 D. de fidej. 46, 1. Gaj. III § 119. § 1 J. de fidej. 3, 20 l. 13 pr. D. de cond. ind. 12, 6. l. 42 pr. D. de jurej. 12, 2. l. 50 § 2 D. de pec. 15, 1. l. 7 § 1 D. de exc. 44, 1. Ueber l. 7 cit.: Schwanert §. 88.

als Verminderung, die Naturalschuld desselben als Vermehrung in Betracht.¹⁾ Die Naturalobligation ist somit auch indirect für den Betrag der actio de peculio bestimmend.

8. Das auf eine Naturalschuld Verprochene oder Geleistete gilt nicht als Liberalität, sondern als Erfüllung und behält diesen Character auch alsdann, wenn gleichzeitig daneben die Leistung sich noch in anderer Weise characterisirt z. B. als conditionis implendae gratia datum.²⁾ So gilt es auch als Zahlung, wenn der Naturalgläubiger seinen Schuldner beerbt und von der Erbschaft den vollen Schuldbetrag zurückbehält.³⁾

9. Die Naturalobligation kann unter Umständen zur Begründung einer exceptio doli mitwirken.⁴⁾ So steht demjenigen, der als Haussohn seine Naturalschuld mit dem Gelde seines Vaters bezahlt hat, die exceptio doli entgegen, wenn er nachmals als Erbe des Vaters das Bezahlte vindicirt l. 26 § 9 D. cond. indeb. 12, 6. Ebenso wird in dem Fall der l. 8 § 1 D. ratam rem hab. 46, 8 die exceptio gerade durch die Rücksicht auf das nat. debitum gerechtfertigt.

An sich hätte daher auch der Herbeiführung der Compensatio mittelst exceptio doli Nichts entgegen gestanden, obschon man zur Annahme eines dolus in diesem Falle sich nicht ohne Widerstreben entschlossen haben mag.⁵⁾

10. Die Naturalforderung enthält mit Rücksicht auf ihre mögliche Bethätigung einen Vermögensvorteil, eine causa honorum und ist daher auch von selbst in der Universalsuccession einbegriffen.⁶⁾ Dagegen ist sie nicht cessibel,⁷⁾ denn dies würde die civilrechtliche Anerkennung ihres Rechtscharacters voraussetzen. Als bloß factisches, wenngleich zur Begründung von Rechtswirkungen geeignetes Verhältniß kann sie nicht Gegenstand der Cession sein, da diese begrifflich die Uebertragung von Rechtsansprüchen bezweckt. Bei der Delegation, dem bloßen Eincaßirungs- und Zahlungsmandat kommt die Naturalobligation nur in ihrer factischen Bedeutung in Betracht.⁸⁾

1) l. 38 § 1. 2 D. de cond. indeb. 12, 6. l. 9 § 2. 4. D. de per. 15, 1.

2) l. 19 § 4 D. de don. 39, 5. l. 21 pr. D. ad leg. Falc. 35, 2. l. 44 D. de solut. 46, 3. Windscheid, Pand. § 288 nr. 2.

3) l. 95 § 2 D. de sol. 46, 3: pro solutione cedit.

4) S. hierüber Schwanert, S. 195—197.

5) Vgl. hierüber Brinz, Comp. § 19. Schwanert, S. 173—174.

6) l. 40 pr. D. ad S. C. Trebell. 36, 1: imo et causa naturalium obligationum transit. l. 64 pr. D. eod: l. 1 § 17 D. ad leg. Falc. 35, 2.

7) So mit Recht Schwanert S. 178—186 (ebenso Schmid, Cession I S. 54 flgde.) gegen Mühlenbruch, Cession S. 252, Buchta in Weiske's Rechtslexicon Bd. II, S. 339, ff. civilst. Schrift. Nr. 27, Pand. § 280 not. d, v. Wangerow, Pand. III § 574 Ann. 2, d'Arvis u. Arndts, Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. N. F. X pr. 5. S. 114 flgde. Arndts Pand. § 254. Diese letzteren schließen jedoch die Compensatio mit der cedirten Naturalforderung aus. Gegen diese Ausnahme: Windscheid, Pand. II § 335 Note 16.

8) Ebenso beim legatum debiti naturalis l. 40 § 3 D. de dem. et cond. 35, 1 l. 25 § 1 D. quando dies leg. 36, 2.

B. Einzelne Naturalobligationen.

§ 6. Uebersicht.

Nach ihrer näheren Veranlassung sind folgende Hauptfälle von Naturalobligationen zu unterscheiden:¹⁾

1. Das Civilrecht erkennt gewisse Arten von Obligationen überhaupt, d. h. „ihrer Qualität“ nach nicht an,²⁾ z. B. Bürgschaft der Frauen, Darlehne der Hauskinder, Spielschulden, Wuchergeschäfte, debitum turpe, verbotene Schenkung, litis redemptio.

2. Es fehlt an den eigenthümlich civilen Voraussetzungen in der Person des Berechtigten oder Verpflichteten, z. B. in Folge civilrechtlicher Beschränkung der natürlichen Rechts- und Handlungsfähigkeit. So wegen gänzlichen Mangels der Rechtsfähigkeit (Commercium) bei Contracts-, nicht aber bei Delictobligationen der Sklaven,³⁾ ferner wegen mangelnder Vermögensfähigkeit — von dem peculium castrense vel quasi und den bona adventicia abgesehen — für Forderungsrechte der Hauskinder,⁴⁾ wegen Mangel der rechtlichen Selbstständigkeit für Delictobligationen zwischen Herrn und Sklaven,⁵⁾ und Obligationen zwischen Vater und Sohn,⁶⁾ sowie zwischen Personen in derselben Gewalt,⁷⁾ endlich wegen Mangel der juristischen Handlungsfähigkeit für Contractsverpflichtungen des Pupillen,⁸⁾ des Verschwenders, der

1) Anders, jedenfalls nicht erschöpfend classificiren: Sell, Jahrb. I 1841, 4 S. 116 flgd. v. Savigny, Oblig. I S. 52. Schwanert S. 244, 395.

2) Fälle der sog. gemißbilligten, reprobirten Obligation. Weber § 65—69 zählt darunter die verschiedenartigsten Fälle auf: Verkauf der Früchte auf dem Halme, Veräußerungsverbote, lex commissoria bei Verpfändung, außergerichtlicher Vergleich über Alimente u. s. f.

3) l. 14 D. de O. et A. 44, 7 l. 13 D. de cond. ind. 12, 6. Savigny, Syst. II § 65, Beil. 4. Oblig. I S. 59 flgd. Brinz, Nr. 3 S. 44, 51 flgd. Schwanert § 15, v. Scheurl, krit. Vierteljahrsschr. 6 S. 511 flgd. Sell, Notalrecht der Römer 1879 Nr. II S. 1—96, der mit Recht gegen v. W yß, Haftung f. fremde Culpa 1861 S. 11 flgd. (Schwanert S. 248) das Vorhandensein einer wahren Civilobligation des Sklaven darthut.

4) S. hierüber Schwanert S. 304 307 flgd.

5) Schwanert S. 252—255. § 6 J. de nox. act. 4, 8 l. 17 pr. § 3 D. de furt. 47, 2 l. 9 § 6 D. de pec. 15, 1. Die Naturalforderung des Herrn beschränkt sich jedoch auf den Betrag des zugefügten Schadens.

6) v. Savigny, Syst. II S. 54—58. 96—103. Beil. 5 S. 430—442, Oblig. I S. 59. v. d. Pfordten, civilst. Abh. 1840, Nr. 2 S. 113—215, Schwanert S. 309—313 l. 2 pr. D. de contr. empt. 18, 1 l. 4, 11 D. de jud. 5, 1 l. 16, 17 D. de furt. 47, 2 l. 15 § 1 D. de cast. pec. 49, 15 § 6 J. de inut. stip. 3, 19. Die l. 7 D. de O. et A. 44, 7 schließt den Fortbestand der cedirten Klage als Naturalforderung in der Person des Haussohns nicht aus: v. d. Pfordten S. 215 A. M. Schwanert S. 412 Note 11.

7) Die Naturalobligation wird durch die deductio am Peculium geltend gemacht: l. frater a fratre D. de cond. ind. 12, 6. Dazu: v. d. Pfordten S. 113 flgd. Schwanert S. 320—327.

8) Ueber die weitfichtige Litteratur s. d. Anführungen bei v. Savigny, Oblig. I S. 61—67, Syst. III S. 39 flgd. v. Wangerow, Pand. I § 279, Schwanert § 18, Windscheid, Pand. § 289, 4, Note 11. Die Controverse der röm. Juristen über das Vorhandensein einer Naturaloblig. des Pupillen ist nach der Mehrzahl der Stellen (z. B. l. 42

bemündeten Frauensperson (mulier sub tutela),¹⁾ wenn der Beitritt des Vormundes fehlte.

3. Es mangelt an der civilrechtlichen Begründungsform (nudum pactum).

4. Der eigenthümlich civile Aufhebungsgrund der Obligation genügt nicht nach jus naturale s. gentium zur Aufhebung, mag er ipso jure (z. B. capitis deminutio,²⁾ confusio) oder ope exceptionis wirken (z. B. Freisprechung des verus debitor, Prozeß- und Klagenverjährung, Verwirkung, jus iniquum).

§ 7. Von Naturalobligationen bei Mangel der civilen Begründungsform insbesondere.

I. Das Civilrecht kann aus Zweckmäßigkeits- oder anderen Gründen eine Obligation annehmen, wo es an den Erfordernissen der naturalen Begründung gänzlich fehlt (z. B. actio de effusis et dejectis, Royalklage, lex Rhodia de jactu). In Fällen dieser Art sind Naturalobligationen vorweg ausgeschlossen. In der Regel enthalten aber die civilen Begründungsarten (causae civiles) alle Elemente der naturalen Begründung, und sind bloße Verstärkungen, Potenzirungen derselben (literarum obligatio, nexi obligatio, sponsio). Die Verabsäumung der besondern civilen Form steht hier der Naturalobligation nicht entgegen.

Die alte Streitfrage,^{*)} ob aus einem nudum pactum d. h. einer pactio, der keine causa civilis zur Seite steht,²⁾ eine Naturalobligation hervorgeht, ist unbedingt weder zu verneinen noch zu bejahen. Denn einerseits ist die Naturalobligation unabhängig von dem Vorhandensein einer causa civilis, und andererseits kommt es darauf an, ob die Erfordernisse der naturalen Be-

pr. D. de jurej. 12, 2. l. 21 pr. D. ad leg. Falc. 35, 2 l. 44, 95 § 2, 4 D. de solut. 46, 3 l. 2, 25 D. de fidej. 46, 1 Gaj. III § 118, 119, 176 u. a.) im bejahenden Sinne zu entscheiden. Verneinende Stellen: l. 59 D. de O. et A. 44, 7 (Licinius Rufinus) l. 41 D. de cond. ind. 12, 6 (Neratius).

¹⁾ Vgl. Schwanert S. 394. Der Naturalobligation des Prodigus ist jedoch jede Bethätigung verjagt, l. 6 D. de V. O. 45, 1, da das positive Recht den Prodigus hinsichtlich der Verpflichtungs- und Veräußerungshandlungen dem Furiosus gleichstellt, l. 50 D. de R. J. 50, 17. l. 1 pr. D. de curator. 27, 10 l. 12 § 2 D. de tut. dat. 26, 5. Die anscheinend widersprechende l. 25 D. de fidej. 46, 1 versteht sich unabhängig von der Voraussetzung einer Naturalobligation, da die Entscheidung sich zugleich auf die fidejussio für einen furiosus bezieht. Die Stelle ist offenbar interpolirt und hat sich ursprünglich auf sponsio und fidepromissio bezogen, Gaj. III § 119. Vgl. Girtanner Bürgschaft S. 20—26. Schwanert S. 377 Note 51 S. 393.

²⁾ S. hierüber v. Savigny I S. 80. Schwanert S. 413—424. Der positive Zweck der Interdiction schloß jedoch die Bethätigung der Naturalobligation des Interdicirten aus l. 47 pr. D. de fidej. 46, 1, l. 19 D. de duob. reis 45, 2. Unrichtig: Schwanert S. 423 Note 44.

^{*)} S. hierüber: Büchel II, Nr. 1 S. 65—68. v. Savigny, Obl. I S. 53—59, Schwanert S. 123—139, Windscheid § 289 Note 1 und die daselbst angeführte Literatur.

³⁾ l. 7 § 2, 4 D. de pact. 2, 14.

gründung vorliegen. In letzterer Beziehung bedarf aber der obligatorische Vertrag ebenfalls einer bestimmten causa, nicht zwar gerade einer causa civilis, wohl aber eines bestimmten Rechts- und Geschäftszweckes, causa naturalis. Die schlechtthinnige Zusage einer Leistung ohne einen solchen Zweck ist auch natürlich-rechtlich ungültig. Dies ist in den Quellen unzweideutig ausgesprochen¹⁾ und folgt aus der Natur der Sache. Verträge werden nicht ihrer selbst willen, sondern bestimmter Verkehrs- und Rechtszwecke willen eingegangen.²⁾ Die Willenseinigung ohne Zweck ist eben zwecklos, unnatürlich, in sich unwahr und hinfällig, hat deshalb auch keinen Anspruch auf rechtliche Anerkennung. Die causa, der bestimmte Geschäftszweck ist theils materieller theils formeller Natur. Die materiellen Rechtszwecke sind: Aequivalentleistung und Liberalität,³⁾ die formellen: Sicherung,⁴⁾ Verstärkung, Erleichterung der Rechtsausübung und Rechtsverfolgung. Die Ver selbstständigung z. B. des Forderungsrechts durch Stipulation und Literalcontract soll das Zurückgreifen auf das zu Grunde liegende materielle Schuldverhältniß abschneiden, und, indem gewissermaßen das Resultat desselben endgültig festgestellt wird, dem Gläubiger Sicherheit und Erleichterung der Rechtsverfolgung gewähren. Die Stipulation trägt daher ihre causa in sich und bedarf keiner Ergänzung durch einen hinzutretenden „Rechtsstoff“.⁵⁾

Die civilis causa unterscheidet sich von der naturalis causa dahin, daß sie an bestimmte Kriterien (res, verba, literae) und gewisse Consensualverträge gebunden ist, während diese überall Platz greift, wo irgend ein erlaubter, wie auch immer gearteter Geschäftszweck vorliegt.⁶⁾

Zweifellos begründet daher ein formloses Zinsversprechen⁷⁾ (pactum usurarium) eine Naturalobligation, da es ein Aequivalent an den Gläubiger

¹⁾ l. 1 § 2 D. de V. O. 45, 1: ... Si quis ita interrogat, dabis? responderit, quidni? nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit. Schwanert S. 127—139 widerlegt eingehend die Gegenargumente v. Savigny's Oblig. I S. 53—58 und verwirft andererseits mit Recht den Beweis aus der Theorie der Imminatcontracte (Unterholzner § 22) und die Argumentation v. Holtius, S. 8, aus l. 27 § 2 D. de pact. 2, 14. Das aufhebende Pactum wirkt ipso jure l. 9 § 4 D. de sol. 46, 3.

²⁾ vgl. Schloßmann, Lehre von der causa obligatorischer Verträge 1863 S. 39, 45.

³⁾ Ueber die Untercheidung des animus donandi, solvendi, credendi s. Schloßmann a. a. D. S. 37 Note 59.

⁴⁾ Auf einer zu engen Begrenzung der causa und einer unrichtigen Behandlung der Fälle: „wo die causa nur im Verhältniß zu einem Dritten sich realisiren soll“, beruht es, wenn Schloßmann S. 60 — gegen Schlesinger, Formalcontract S. 6 — den Zweck der Sicherung nicht als selbstständige causa gelten lassen will.

⁵⁾ Vgl. v. Savigny, Oblig. II S. 249 fgd. Windscheid, Pand. II § 318 Note 4 und die daselbst Citirten.

⁶⁾ Vgl. Meyerfeld S. 344 fgd. Liebe, S. 101. Girtanner S. 401 fgd.

⁷⁾ Girtanner S. 415. Aus andern Gründen: Unterholzner § 23 (Billigkeitsgrund), Brinz Nr. 3 S. 21, 23 (Nebenvertrag), Thibaut, Verträge II S. 153—169 (Gewissenspflicht), Vangerow § 76 Anm. 2, 2 (Liebespflicht), Christianesen n. o. u. cond. ind. S. 92—96 (freiwillige Anerkennung). Dagegen will Schwanert, S. 139, hier, wie überhaupt ex pacto, eine wirkliche Naturalobligation nicht anerkennen.

bezweckt, so daß, wenn pactirte Zinsen bezahlt sind, die Rückforderung ausgeschlossen und ferner Pfandbestellung für dieselben zulässig ist.¹⁾ Sogar die Zahlung nicht pactirter, nur nicht übermäßiger Zinsen kann nicht widerrufen werden, weil die Absicht, ein Äquivalent dem Gläubiger zu gewähren, eine triftige causa solvendi ist.²⁾ Die römischen Rechtsquellen verneinen im Falle des Zinspactums und anderen Fällen einer causa naturalis nicht die Natural-, sondern nur die Civilobligation.³⁾

§ 8. Naturalobligationen bei civiler, nicht aber natürlicher Aufhebung.

I. Im Allgemeinen.

Naturgemäß muß die Obligation mit dem Wegfall ihrer wesentlichen Voraussetzungen oder ihres Inhalts aufgehoben werden: also mit dem Wegfall des Objects, des berechtigten oder verpflichteten Subjects (Tod), durch Erfüllung und deren verschiedene Surrogate oder sonstige Lösung des rechtlichen Bandes selbst (Erlaß, *contrarius consensus*).

Die naturalis ratio kann, wenn der Gegenstand durch culpa des Schuldners untergegangen, das verpflichtete Subject durch Tod weggefallen ist, nicht die Fortdauer der dadurch aufgehobenen Obligationen, sondern nur Ersatzrechte an deren Stelle anerkennen: im ersteren Fall also nur einen Anspruch auf Schadloshaltung gegen den Schuldner, im zweiten Fall einen etwelchen Anspruch auf den Nachlaß zwecks Befriedigung. Will sie die Realität der Obligation ohne Vermittelung des civilrechtlichen Begriffs der Universal-succession aufrecht erhalten, so muß sie das in der Obligation enthaltene Recht auf einen Vermögenswerth von der Existenz der Subjecte unabhängig machen, es von der Person des Berechtigten oder Verpflichteten auf die von denselben beherrschten Vermögensmassen ablenken, Recht und Pflicht also mit dem Vermögen verknüpfen, ihnen einen sächlichen Character beilegen und die Obligationenform nur als deren principale Erscheinungsform betrachten. Mit anderen Worten: sie muß die Obligationenwirkung dahin bestimmen, daß der geschuldete Werth auf irgend eine Weise zwar nicht in

¹⁾ l. 3, 4 l. 21, 22 C. de usur. 4, 32, l. 11 § 3 D. de pign. act. 13, 7. Ohne zureichenden Grund bestreiten Schwanert S. 148, Brinz, Nr. 3 S. 22, 23 die Möglichkeit eines Pfandrechts für pactirte Zinsen, indem sie nur ein Retentionsrecht zulassen wollen.

²⁾ l. 26 pr. D. de cond. indeb. 12, 5. v. Wangerow I § 76 Anm. 2. Willkürlich setzen Weber (de usuris indebite solutis § 12 sqq., und Versuche über das Civilr. S. 316 flgd. und Gryeben, cond. indeb. S. 63 flgd. wissentliche Zahlung voraus; ebenso willkürlich nehmen: Unterholzner II. S. 47, Witte, Bereicherungsfragen S. 69 flgd. Sinteris II § 87 Note 58 (2. Aufl.), Windscheid, Pand. II § 289 an, daß das Gezahlte auf das Kapital anzurechnen sei.

³⁾ l. 7 § 4 D. de pact. 2, 14. l. 27 C. de loc. 4, 65: actionem jure nostro nasci non posse. Paul. Rec. Sent. II, 14 § 1: inter cives Romanos actio non nascitur cfr. l. 45 D. de pact. 2, 14: divisionis pactum l. 24 D. de praesc. verb. 19, 5 l. 28 C. de pact. 2, 3. l. 40 D. de reb. cred. 12, 1. v. Savigny, Obl. I S. 53 not. b. S. 54 not. d. Wahrscheinlich corrupt Paul. Rec. Sent. I, 1 § 1: pacti obligatio vgl. Schulting, Jurispr. Vet. ad h. l. Schwanert S. 138—139.

Form des Besitzes und Eigenthums, sondern in der Weise dem Vermögen des Gläubigers zugehörig gemacht wird, daß er für dieses aus dem Vermögen des Schuldners hergenommen und begetrieben werden kann. Dieses Vermächtnungsrecht, das aus der durch die Obligation dem Schuldner auferlegten Willensbeschränkung hervorgeht, ist die schließliche naturale Entwicklung und Bethätigung des Forderungsrechts, welche sich ohne Rücksicht, ob das verpflichtete Subject noch existirt oder nicht — oder ob es einen Rechtsnachfolger gefunden hat oder nicht, also auch gegen die Nachlassobjecte schlechthin vollziehen kann.

Es ist das fortwirkende Residuum der durch den Wegfall des Subjects untergegangenen Obligation, welches den unerfüllten Zweck der letzteren für sich zu realisiren hat.

Wenngleich zur Begründung und zum Fortbestand der Obligation und der subjectiven Rechte überhaupt das Vorhandensein berechtigter und verpflichteter Subjecte unerlässlich ist, bedarf es dessen für jene Rest- und Rückstandswirkung nicht. Von untergeordneter und rein factischer Bedeutung ist es für diese auch, ob ein Vertreter des berechtigten oder verpflichteten Vermögens existirt, da der Mangel eines solchen ihren Eintritt an sich nicht ausschließen, sondern nur hinauschieben und ins Ungewisse stellen, und nur den Mangel eines zu ihrer Hervorbringung nöthigen Organs bedeuten würde. Folgerecht muß die Residualwirkung der Naturalobligation an deren Stelle treten, wo diese durch Tod des Schuldners, ohne daß anderweit ein Solutionseffect erzielt wäre, erloschen ist. So erklärt sich denn auch die Entscheidung der l. 59 pr. D. ad S. C. Trebellianum 36, 1, nach welcher in dem Fall, wo die Civilobligation durch Confusion aufgehoben, der Gläubiger-Erbe aber wegen eines ihm auferlegten Universalvermächtnisses aus der Erbschaft effectiv Nichts behält, doch das für seine Forderung bestellte Pfandrecht aufrecht erhalten bleibt, obwohl streng genommen auch die Naturalobligation erloschen ist (*Videamus antem ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione*). Die Entscheidungsworte: *Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio*, können nur besagen, daß die Naturalobligation sich zwar noch in einer Restwirkung äußert, diese Wirkung aber doch wieder nur durch die eigenthümlichen Voraussetzungen der Pfandflage möglich ist, welche den von Seiten der Confusion drohenden Rechtsverlust unter den obwaltenden Umständen ausschließen (*verum est enim, non esse solutam pecuniam*), während das naturale Obligationenresiduum nur eine weitere Existenzbedingung des Pfandrechts, das Vorhandensein einer obligatorischen Grundlage, erfüllt.¹⁾ Dagegen wirkt die Confusion auf die Bürgschaften befreiend, *veluti solutionis jure sublata obligatione* oder *quia non*

¹⁾ Es wird also im letzten Grunde die Fortdauer des Pfandrechts aus der naturalis obligatio oder richtiger deren Residuum, nicht aber diese aus dem Fortbestande des Pfandes bezugirt (wie Windscheid a. a. O. Note 5 gegen v. Savigny, 5, S. 393, q, geltend zu machen sucht), andernfalls die Deduction des classischen Juristen, der principiell an der obli-

possunt pro eodem apud eundem obligati esse,¹⁾ und muß dem damit einmal gegebenen civilen Aufhebungsgrund gegenüber die etwa fortexistierende naturale Grundlage zurücktreten. Dagegen ist diese zweifellos zu anderweiter Bethätigung: für die Bestellung neuer Bürgen und Pfänder und zum Ausschluß der *condiction* des etwa nachträglich Gezahlten tauglich.

Im Uebrigen ist die *confusio* als Folge des positiven Begriffs der Universalsuccession der *naturalis ratio* fremd. Der Untergang der Naturalobligation geschieht schon mit dem Tode des Gläubigers oder Schuldners,²⁾ und es gilt als Befriedigung nur, sofern der Gläubiger-Erbe Etwas aus dem Nachlaß *effectiv* erhält.

Die *civilis ratio* kann nun von der *naturalis ratio* in Bezug auf die Aufhebung der Obligation in zweifacher Weise abweichen, indem sich einerseits die Obligation künstlich aufrecht erhält, obwohl die naturalen Voraussetzungen weggefallen sind (z. B. durch Universalsuccession, *hereditas jacens*³⁾ *Perpetuatio* bei culpa des Schuldners⁴⁾, andererseits die Obligation als beseitigt erachtet; obwohl die naturalen Voraussetzungen derselben noch vorliegen (z. B. *capitis deminutio*) oder ihr Inhalt thatsächlich noch unerfüllt ist (z. B. Proceßconsumption, Klagenverjährung, Verwirkung). In diesen Fällen kann sich nun die vorhandene Naturalobligation je nach der vorwaltenden *ratio civilis* in größerem oder geringerem Umfange bethätigen oder auch jede Bethätigung derselben ausgeschlossen sein.

Ob und inwiefern eine Thatsache, welche eine *exceptio* begründet, die Naturalobligation beseitigt, hängt davon ab, ob und wie weit sie einen naturalen Aufhebungsgrund in sich schließt.⁵⁾

gatorische Grundlage zur Existenz des Pfandrechts festhält, sich im Circle bewegen würde. Der Eigentumsübergang auf den Gläubiger hinderte civilrechtlich den Fortbestand des Pfandrechts nicht unbedingt. l. 30 § 1 D. de exc. rei jud. 44, 2. Vgl. dazu Windscheid, Pand. I § 248, Nr. 4.

¹⁾ l. 21 § 3, l. 50, l. 71 pr. D. de fidej. 46, 1, l. 95 §§ 2, 8, l. 107 D. de sol. 46, 3, l. 41 D. de evict. 21, 2, l. 21 § 1 D. de lib. leg. 34, 3; l. 21 § 3, l. 38 § 1, l. 56, § 1 D. de fidej. 46, 1. l. 34 § 8 D. de solut. 46, 3. l. 2. C. de sol. 8, 43.

²⁾ wie dies da hervortritt, wo die *civilis ratio* eine Universalsuccession nicht zuläßt, z. B. beim Tode eines Haussohns. l. 18 D. de S. C. Mac. 14, 6: nulla obligatio aut civilis aut naturalis l. 11 D. de fidej. 46, 1.

³⁾ Der unbeerbtete Tod ist civilrechtlich ebensowenig wie der Wahnsinn des Schuldners ein Grund zur Aufhebung der Obligation, sondern nur ein factisches Hinderniß der Geltendmachung. l. 1 § 14 D. de pos. 16, 3. l. 95 § 1 D. de sol. 46, 3.

⁴⁾ Auch der Fidejussor perpetuirte seine Obligation durch culpa, wenigstens nach der schließlich im röm. Recht angenommenen Meinung (l. 91 § 4 D. de V. obl. 45, 1, l. 38 § 1 D. de solut. 45, 3. l. 32 § 5 D. de usur. 22, 1. Aeltere Juristen gaben nur *actio de dolo* l. 19 D. 4, 3. Abweichend erklärt Schwanert S. 400—401, Hujsthe, Gajus S. 80, 81.

⁵⁾ v. Savigny, Oblig. I S. 115 drückt dies so aus: „wenn die *exceptio* übereinstimmt mit den Grundsätzen des *jus gentium*, so ist auch die *naturalis obligatio* entkräftet.“ Hierbei ist jedoch zu beachten, daß der *exceptio*-Grund (z. B. *pactum*, *jusjurandum*) eine naturaliter *ipso jure* wirkende Aufhebungsthatsache bilden kann.

II. Proceßconsumption.

Der Proceß kann nach natürlicher Auffassung den Bestand des streitigen Rechts nicht alteriren, da er nur die Geltendmachung und Verwirklichung, nicht aber die Existenzbedingungen desselben betrifft, und allenfalls nur das Mittel der Geltendmachung, die Klage, durch die einmalige Ausübung verbraucht werden, nicht aber dadurch das geltend gemachte Recht selbst verloren gehen könnte. Die Proceßconsumption des Römischen Rechts, insbesondere der der *litiscontestatio* beigelegte *novationscharacter* ist daher positiv-rechtlicher Natur, und läßt die Naturalobligation fortbestehen.¹⁾ Diese als bloßes *factum* ist überhaupt dem Einfluß der Proceßconsumption entzogen.²⁾ Das Pfandrecht dauert trotz der *litiscontestatio* fort, weil diese im Gegensatz zur *novatio voluntaria* nicht als Befriedigung gilt, und abgesehen von der Naturalobligation das Pfand seinem Zwecke entsprechend sich von selbst auf die durch die *litiscontestatio* geschaffene neue Obligation erstreckt.³⁾ Dagegen wurden im vorjustinianischen Recht die *fidejussores* durch die *litiscontestatio* mit dem Hauptschuldner wegen der Identität der *res*⁴⁾ befreit, so daß ihnen die *consumption*-wirkung, jedoch unbeschadet des Fortbestands ihrer Naturalobligationen,⁵⁾ zu Gute kam.

Urtheil.⁶⁾ Durch den richterlichen Ausspruch über Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Rechts kann natürlichrechtlich ein in Wirklichkeit

¹⁾ l. 8 § 3 D. de fidej. 46, 1: *Et post litem contestatam fidejussor accipi potest quia et civilis et naturalis subest obligatio.* Unter der *civilis oblig.* ist hier mit der herrschenden Meinung gegen Windscheid, *Actio* S. 57, 58 die durch die *litiscontestatio* neugeschaffene Obligation zu verstehen, andernfalls die Hervorhebung der nat. oblig. daneben nicht motivirt wäre. Siehe Schwanert S. 429, welcher jedoch unrichtig l. 8 D. de comp. 16, 2 (*Compensatio* mit einer im Proceß befangenen Forderung) l. 35 D. de usur. 22, 1 (*Proceßzinsen* vgl. v. Savigny, Syst. 6, S. 142, 143) aus dem Vorhandensein einer Naturalobl. erklärt.

²⁾ Daraus erklärt sich l. 50 § 2 D. de pec. 15, 1: *Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fidejussor pro servo accipi potest . . . quia naturalis obligatio, quam servus suscipere videtur, in litem translata non est.* l. 84 D. de solut. 46, 3. Abwegig: Schwanert S. 427—428, 431—432. Wichtig: v. d. Pfordten, Archiv f. c. Pr. 24, S. 130. Windscheid, Act. S. 56. Unzutreffend dagegen: Fein, Arch. f. c. Pr. 26, S. 268 flgd. und die daselbst Citirten.

³⁾ arg. l. 11 pr. in Verbindung mit § 1 D. de pign. act. 13, 7. l. 13 § 4 D. de pign. 20, 1. Vgl. Windscheid, *Actio* S. 55.

⁴⁾ Den unrichtigen Gesichtspunkt der *electio* (*Fitting*, *Correalobl.* § 31) vertritt Schwanert S. 431.

⁵⁾ So richtig Kunze, *Oblig. u. Sing.* S. 184, Anm. 10, gegen Wächter, *Erört.* 3, S. 27 flgd.

⁶⁾ Fein, „Der mit Unrecht freigesprochene Schuldner bleibt trotz der Freisprechung naturaliter obligirt“ Archiv f. civ. Prag. 26 Nr. 7 u. 13 (mit Angabe der älteren Literatur S. 161 flgd.) v. d. Pfordten, Archiv f. d. civ. Pr. 24 Nr. 4. Flach, *Zeitschr. f. Civ. u. Proc.* 19, 12. Wächter, *Erörterungen* III, S. 135 flgd. v. Vangerow, *Pand.* § 173 Anm. 1 und die daselbst Cit. Brinz, *Nr.* 3, S. 14, *Pand.* S. 573. Pfeiffer, *Arch. f. d. civ. Prag.* 38, Nr. 14. Besser, *proc. Conf.* S. 286, 288 flgd. u. *Jahrb.* 4,

nicht bestehendes Recht nicht existent werden und ein wirklich existirendes Recht nicht zu existiren aufhören. Es ist positivrechtlich, wenn dem richterlichen Urtheil rechtsaufhebende und rechtserzeugende Wirkung beigelegt wird. Der zu Unrecht absoluirte Schuldner bleibt daher natürlichrechtlich verpflichtet.¹⁾ Positivrechtlich wirkt das Urtheil Befreiung des Haupt-, wie des Nebenschuldners und des Pfandes (mittels der *exceptio rei judicatae*). Die Regel, daß wo ein für den Hauptschuldner eingetretener Befreiungsgrund die Naturalverpflichtung desselben bestehen läßt, Pfand und Bürgschaft fort-dauern sollen,²⁾ kann nur besagen, daß in einem solchen Falle die Naturalobligation an Stelle der Civilobligation als Grundlage der Accessionen eintritt, sich aber nicht auf Fälle beziehen, in denen, wie bei einer *exceptio rei cohaerens*, der Aufhebungsgrund der Civilobligation zugleich die accessorischen Verhältnisse ergreift.³⁾

Die Naturalobligation des zu Unrecht Freigesprochenen kann sich dem-nächst auf jede Weise bethätigen, und ist insbesondere nicht bloß Zahlung, Pfand- und Bürgschaftsbestellung, sondern auch Compensation trotz Freisprechung zulässig. Weder enthält die Berufung auf die Naturalforderung einen *dolus*, noch ist erfindlich, wie das *Judicat* die Compensation hindern soll, da seine formelle Wahrheit sich nicht auf die Naturalobligation erstreckt und, weil aus dem abgeurtheilten Schuldverhältniß nicht eine neue Klage erhoben wird, für die *exceptio* oder *replicatio rei judicatae* auch in ihrer negativen Function kein Raum bleibt.⁴⁾

Die positivrechtliche willkürliche Natur des *Judicats* als Aufhebungs-

§. 403. Schenkl, krit. V.-Z.-Zhr. 6 S. 525 flgd. v. Savigny, Syst. 5 S. 376, c, Oblig. I, S. 81 flgd. Schwanert, S. 439—451. Dernburg, Pfandr. II, S. 585, 586. Windscheid, Pand. § 129, Note 7. Jourez, Perperam absolutus num jure Rom. natura debitor intelligatur. Hal. 1856.

¹⁾ l. 60 pr. D. de cond. indeb. 12, 6: Verus debitor licet absolutus sit natura tamen debitor permanet l. 28 D. eod.

²⁾ l. 14 § 1 D. de pign. 20, 1. l. 2 C. de lit. pign. 8, 31. l. 60 D. de fidej. 46, 1: Ubicumque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum manet, teneri fidejussorem respondit. (Scaevola lib. I resp.) vgl. Schwanert, S. 447, Note 74.

³⁾ l. 7 § 1 D. de exc. 44, 1. l. 13 D. quib. mod. pign. solv. 20, 6. Die *exc. rei judic.* wirkte zerstörend auf die Accessionen wegen ihrer ratio, über dieselbe Sache keine zweite Klage zu gestatten, und wegen ihrer positiven Function. Es macht deshalb nicht, wie v. Savigny, Syst. 6 § 301, h, i u. Oblig. I § 11, q, r will, einen Unterschied, ob der Hauptschuldner regrepspflichtig ist oder der dritte Pfandbesteller zu ihm in einem Nachfolgeverhältniß steht oder nicht. Siehe hiergegen Schwanert S. 447, 448, der mit Recht die Analogie der *exc. S. C. Maced.* (l. 9 § 3 D. 14, 6) wegen Verschiedenheit der ratio ablehnt, seinerseits aber die Zerstörung der Accessionen nicht sowohl erklärt, als vielmehr umschreibt, wenn er S. 445—446 meint, daß die nat. obl. „in keiner Weise einen Anspruch begründen könne, der mit dem Inhalt der absolutio auch in Bezug auf das debitum im Widerspruch steht.“

⁴⁾ M. v. Savigny, Obl. I, S. 92, Schwanert, S. 449. l. 2 C. de comp. 4, 31, bezieht sich nur auf den Fall einer in der Executionsinstanz veräunten Compensation. Vgl. v. Savigny, a. a. D. not. 5.

grund von Forderungsrechten zeigt sich endlich auch in den Fällen des *causa cadere*.¹⁾

III. Klagenverjährung.²⁾

Für die Annahme einer Naturalobligation im Falle der Klagenverjährung kommt es lediglich darauf an, ob das der verjährten Klage zu Grunde liegende Obligationsverhältniß die *naturalis ratio* für sich hat oder nicht.³⁾ Im ersteren Fall ist eine Naturalobligation vorhanden. Die Klagenverjährung als ein rein positivrechtliches Institut⁴⁾ kann deren Bestand nicht alteriren. Das gilt sowohl von der Klagenverjährung des älteren als des neueren Rechts. Die alten Temporalklagen, insbesondere die prätorischen Strafklagen, haben einen mehr oder weniger willkürlichen Character, ermangelten mithin des naturalen Elementes,⁴⁾ weshalb, mochten sie *ipso jure* oder *ope exceptionis*⁵⁾ aufgehoben werden, die ihnen zu Grunde liegenden Verhältnisse jede Bedeutung verlieren mußten. Insbesondere konnte für den befreiten Schuldner nicht mehr rechtsgültig Bürgschaft bestellt werden, weil es eben an dem Gegenstande dazu fehlt.⁶⁾

Für die wirklich vorhandene Naturalobligation aber fragt sich, ob und inwieweit sie nach eingetretener Klagenverjährung sich bethätigen kann.

¹⁾ Siehe darüber Schwanert S. 441—442.

²⁾ Felix Dahn „über die Wirkung der Klagenverjährung bei Obligationen 1855 (mit Literaturangabe). v. Savigny, Syst. 5 S. 366 flgd. Oblig. I S. 96 flgd. Demelius, Geschichte der Klagenverjährung in seinen Untersuchungen aus dem röm. Civilr. I 1856. S. 64 flgd. Bekker, Jahrb. 4, 14 S. 408 flgd. Schwanert § 22. v. Bangerow, Pand. 151 Num. und die daselbst Citirten. Windscheid, Pand. § 112 Note 3—5.

³⁾ So schon der Recensent des Buchs von Demelius, in Schellers Jahrbüchern III S. 99. Der Einwurf Schwanerts S. 463 Note 37 daß „in der klagbaren oblig. die *naturalis oblig.* nicht schon als solche enthalten“ ist, fällt mit seiner Grund-auffassung der Naturalobligation.

⁴⁾ v. Savigny, Oblig. I S. 97 gegen v. d. Pfordten § 6.

⁵⁾ Hierauf reducirt sich das wahre Element in der Ansicht von Demelius, S. 66 flgd., daß nicht die alte, wohl aber die neue Verjährung eine nat. oblig. bestehen lasse, jene aber in dieser heutzutage aufgegangen sei.

⁶⁾ Für die in Rede stehende Wirkung der Klagenverjährung ist dieser Unterschied einflußlos: vgl. darüber v. Savigny, System 5 S. 371—373. Donellus, Comment. 16 c. 8 § 21. 22. 22 c. 2 § 18. Demelius a. a. D. S. 52. 76. Felix Dahn, a. a. D. S. 23. Bekker a. a. D. S. 428.

⁷⁾ Auf diese Weise erklärt sich: l. 37 D. de fidej. 46, 1: — *erroris fidejussio nulla est*. Unter dem „error“ kann nur die weder civiliter noch naturaliter existirende Schuld verstanden werden. S. Schwanert S. 458 und die daselbst Note 20—21 Angeführten. Irrig setzt v. Savigny V S. 398 eine Naturalobligation voraus, trotz welcher die Bürgschaft wegen der Unkenntniß des Bürgen über die abgelaufene Verjährung kraft der *exceptio temporis*, die auch der Bürge mitgenieße (l. 7 pr. § 1 D. de exc. 44, 1) unwirksam sei. Ueber obligatio ad tempus constituta s. Dahn S. 27. Ebenjowenig sind Naturalobligationen vorauszusetzen in den Fällen der l. 25 § 1 D. ratam rem hab. 46, 8 l. 18 § 1 D. de pec. const. 13, 5 und l. 38 § 4 D. de solut. 46, 3. Diese letztere Stelle geht offenbar

Dem, kann auch nicht ihr Fortbestand zweifelhaft sein, so hängt doch ihre Wirkung und deren Umfang durchaus von der der Verjährung zu Grunde liegenden ratio ab. Diese ist nun offenbar darauf gerichtet, sicheres Recht zu schaffen und der Alteration seit längerer Zeit bestehender Zustände vorzubeugen¹⁾. Daraus folgt nun zunächst, daß die Verjährung der freiwilligen Anerkennung des natürlichen Rechts nicht entgegen stehen kann, zweifellos also Zahlung, Bürgschaft, Constitutum bezüglich der verjährten Schuld zulässig ist. Ferner muß aber auch die Compensation statthaft erscheinen. Denn nicht der Beklagte, der sich auf seine Naturalforderung beruft, und der vielleicht gerade mit Rücksicht auf die Gegenforderung des Klägers sein Recht klageweise geltend zu machen veräußert hat, sondern vielmehr der Kläger ist es, der durch einseitige Wahrnehmung seines Klagerrechts den factisch bestehenden rechtmäßigen Zustand in Frage stellt. Ebenso erhellt, daß die Verjährung als Folge der Säumnis sich nicht weiter als diese erstrecken, also nur speciell dasjenige Verhältniß treffen kann, dessen Geltendmachung veräußert ist, und speciell nur gegen denjenigen und für denjenigen Platz greift, der gesäumt hat und demgegenüber gesäumt ist.²⁾ Daher folgt aus der Verjährung der Forderungsklage noch keineswegs die Verjährung der Pfandklage,³⁾ ferner aus der Verjährung der Klage gegen den Hauptschuldner noch nicht die Verjährung der Klage gegen den Bürgen, zumal der Gläubiger gerade wieder in Hinblick auf die Pfandsicherheit und die Bürgschaft von der Aufstellung der Hauptklage Abstand genommen haben kann. In Einklang damit steht, daß für die accessorischen Klagen die Verjährung besonders läuft, ihre besonderen Bedingungen hat, und insbesondere für die Pfandklage eine besondere, längere Verjährungsfrist gilt.

Die Verjährung kann daher nicht nach Analogie der Befriedigung des

davon aus, daß gegen die Verjährung (höchstwahrscheinlich die Proceßverjährung l. 1 § 1 D. ex q. c. maj. 4, 6) noch binnen Jahresfrist Restitution zulässig war, und bei offener Restitutionsfrist der Bürge eintrat, letzterer aber während der Dauer der Frist sich der Klage entzog, und der Gläubiger darüber veräußert hatte, gegen den Hauptschuldner die Restitution nachzusuchen. Vgl. über die Stelle sonst v. Savigny, Syst. 5 §. 460, h. Schwanert S. 459—460.

¹⁾ Nov. Valentin. tit. 26 de 30 ann. praescr. § 3. lex Theodosii — humano generi profunda quiete prospexit. § 8. ut post 30 annos perniciose omnium causarum propositio conquiescat. Nur beschönigend: poena negligentiae l. 2. C. de ann. exc. 7, 40. l. 3 C. eod. l. un. § 5 c. Th. de act. certo temp. 4, 14. Unzutreffend die Präsumtion der Tilgung, s. darüber v. Savigny 5 §. 268 oder der Schenkung und des Erlasses: Jac. Ravii princip. doctr. de praescr. 1790 § 130 lit. f. Secundär: Verminderung der Proceße. Vgl. v. Savigny, a. a. D. S. 271 272. 376. Die exc. temp. beruht somit auf einer ganz anderen ratio, wie die exc. S. C. Maced. Vellej. Cinciae und exc. rei judic. Die Berufung v. Savigny's 5 §. 378 auf den positiven Character der Verjährung rechtfertigt nur das Vorhandensein einer Naturalobligation an sich, nicht aber deren Wirkungen. Daher ist insofern begründet der Vorwurf Windscheids a. a. D. Note 5.

²⁾ Vgl. Windscheid II § 295 Note 10 (freilich nur auf das Correalverh. bezüglich) „Weil nur für die betreffende Person eine Unthätigkeit vorliegt.“

³⁾ l. C. de luit. pign. 8, 31: Intelligere debes, vincula pignoris durare personali actione submota (Gord). v. Savigny 5 §. 389—396.

Gläubigers¹⁾ beurtheilt werden, und erscheint der Fortbestand der Pfandrechte und Bürgschaften, zumal beim Vorhandensein einer Naturalobligation durchaus zweifellos.²⁾

Wenn wegen wirklich eingetretener oder fälschlich vorgeschützter Verjährung die Freiprechung des Schuldners erfolgt ist, kommt vorweg die Wirkung der res judicata zur Geltung,³⁾ was schlechterdings das Erlöschen der bestellten Pfandrechte und Bürgschaften zur Folge hat.

Auch die Proceßverjährung des alten Rechts (litis amissio tempore) ließ unzweifelhaft die Naturalobligation bestehen.⁴⁾

IV. Verwirkung.*)

Verlust des Forderungsrechts zur Strafe berührt den Bestand und im Allgemeinen auch die Bethätigung der Naturalobligation nicht. So bei jus iniquum,⁵⁾ wo eine Art Retorsionsrecht gilt, Selbsthilfe,⁶⁾ pecunia judici oblata,⁷⁾ ungehörige Proceßur,⁸⁾ Cession an einen potentior,⁹⁾ Verschweigen der Forderung an den Mündel bei Uebernahme der Tutel und Curatel,¹⁰⁾ Dagegen schließt die ratio der lex Anastasiana¹¹⁾ und das Verbot, Forderungen an den Minderjährigen dem Curator desselben zu cediren¹²⁾, jede Bethätigung der Naturalobligation aus, da der Gläubiger schlechterdings jeden Vortheil verlieren soll.

§ 9. Auszuscheidende Fälle.

1. Stipulatio und promissio post mortem kann nach der naturalis ratio keinen Bestand haben,¹³⁾ da Berechtigung und Verpflichtung Jemandes auf die Zeit nach seinem Tode an sich ein Unding, auch, da der Begriff der

¹⁾ Auch nicht genere novationis l. D. 60 de fidej 46, 1.

²⁾ Nicht beweisend sind die ursprünglich auf l. Furia bezüglichen Stellen (v. Savigny 5 §. 400, h): l. 29 § 6 D. mand. 17, 1. l. 69 D. de fidej 46, 1. l. 71 § 1 D. de solut. 46, 3, da hier die Befreiung der Bürgen nicht etwa die Folge einer Verjährung der Hauptschuld ist. Indifferent: l. 17. 19 D. de neg. gest. 3, 5, l. 23 § 2 D. de inoff. test. 5, 2, vgl. Dahn S. 34, ferner die zahlreichen Stellen, in denen schlechthin von tempore liberari und obligationem finire die Rede ist, s. darüber Windscheid, a. a. D. Note 5.

³⁾ Unrichtig Schwanert S. 470—471, der die Wirkungen der Verjährung annimmt.

⁴⁾ l. 30 § 1 D. ad leg. Aquil 9, 2. l. 8 § 1 D. ratam rem 46, 8. Gaj. IV § 104—105. v. Savigny, Oblig. I §. 59. Schwanert S. 433—437.

⁵⁾ S. über die einzelnen Fälle Schwanert S. 471—484.

⁶⁾ l. 1 § 1 D. quod quisque juris in alterum 2, 2. l. 3 §§ 2, 7, D. eod. v. Savigny, Obl. I §. 99.

⁷⁾ Decretum D. Marci. l. 13 D. quod met. c. 4, 2 l. 7 D. ad leg. Jul. de vi priv. 47, 7, auch im Fall der Nov. 32. 34.

⁸⁾ l. 1 § 3 D. de calumn. 3, 6.

⁹⁾ l. 5 C. de jurisd. omn. jud. et de foro comp. 3, 13.

¹⁰⁾ l. 2 C. ne liceat pot. 2, 14.

¹¹⁾ Nov. 72 c. 2, 4.

¹²⁾ l. 22. 23 C. mand. 4, 35 — ut nihil amplius accipiat... neque aliquid lucri fieri.

¹³⁾ Nov. 72 c. 5 — lucrum sit minoris (Gomberg).

¹⁴⁾ Anders: Unterholzner, Schuldverh. I § 7 not. b. Schwanert S. 392.

Universalsuccession der naturalis ratio fremd, Realisierbarkeit in der Person der Erben ausgeschlossen ist. Die Unzulässigkeit jener Acte rechtfertigte das klassische Recht gerade mit einem naturalen, juristisch-logischen Grunde,¹⁾ von welchem Justinian, indem er jenen Acten für und gegen die Erben Wirksamkeit beilegte, lediglich aus Zweckmäßigkeitsrückichten abgewichen ist.²⁾ Daß sponsio und fidepromissio bei promissio post mortem zulässig waren, beweist ebensowenig wie die adstipulatio bei stipulatio post mortem für die Annahme einer Naturalobligation, da die Gültigkeit dieser Acte eine solche nicht voraussetzte.³⁾

2. Daß ferner unter Umständen der Bürge trotz des vom Gläubiger mit dem Hauptschuldner geschlossenen pactum de non petendo fortkauftet (z. B. wenn er Schenkungshalber intercedirte), beruht nicht auf der Annahme einer Naturalobligation des Hauptschuldners,⁴⁾ — diese ist durch das pactum ipso jure beseitigt — sondern auf der civilrechtlichen Behandlung des pactum, der diesem beigelegten beschränkten Exceptionswirkung. Dagegen steht dem dritten Pfandbesteller die exceptio pacti zur Seite, da das Pfand schlechterdings den civilen oder wenigstens naturalen Bestand der Pfandschuld voraussetzt.⁵⁾

3. Für Peculianschulden ist der Herr oder Vater weder civilrechtlich noch natürlichrechtlich über den Betrag des Peculii hinaus verpflichtet.⁶⁾ Die widerprechende l. 11. D. de condict. indeb. 12, 6: Si is, cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus, quam in peculio est, solverit, repetere non potest (Ulp. lib. 35 ad Sab.) beruht offenbar auf dem Gedanken, daß der Vater möglicherweise, bei etwaiger demnächstiger Zunahme des Peculium, bis zu dem vollen Schuldbetrag haftet und deshalb nicht vorweg ersichtlich ist, ob, wenn er mehr gezahlt, als er nach dem damaligen Stande des Peculium brauchte, er wirklich eine Nichtschuld gezahlt hat. In der That wollte ihn Julian, wie in l. 5 § 2 D. de lib. leg. 34, 3 berichtet wird, in dieser Hinsicht einem bloßen Kompetenzberechtigten gleichgestellt wissen und das Rückforderungsrecht ihm versagen. Demgegenüber aber hat bereits Marcellus den richtigen Gesichtspunct geltend gemacht⁷⁾, daß die mögliche Haf-

¹⁾ inelegans esse visum est ex heredis persona incipere obligationem. Gaj. 3, § 100.

²⁾ l. unic. C. ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant 4, 11: — contractus post mortem compositos pro communi hominum utilitate recipimus.

³⁾ Ohne Gewicht ist daher auch die Zusammenstellung der promissio post mortem mit der promissio mulieris und pupilli sine tutoris auctoritate in Gaj. III § 119.

⁴⁾ S. dagegen Schwanert S. 398.

⁵⁾ l. 5 pr. § 1 D. quid. mod. pign. solv. 20, 6 cfr. l. 11 § 2 D. de pign. act. 13, 7; vgl. jedoch Bekker, Jahrb. IV S. 420 und Schwanert S. 398.

⁶⁾ So auch Schwanert S. 266. v. Savigny, Obl. I S. 104, 105 nimmt eine civilis obligatio auf den vollen Schuldbetrag an. Dagegen: Brinz, lit. Bl. S. 27. Für die Annahme einer nat. obligatio: Christiansen a. a. D. S. 134, Renaud, a. a. D. S. 438.

⁷⁾ Worauf mit Recht Bekker, Actiones II S. 344—345 gegen Keller, Jahrbücher des gem. Rechts III S. 177—178 hinweist.

tung des Vaters auf den Mehrbetrag einer bedingten Schuld vergleichbar sei, und deshalb die Rückforderung für zulässig erklärt; l. 11 D. cit. ist daher lediglich aus Versehen recipirt.¹⁾

4. Das beneficium competentiae läßt die Civilschuld in ihrem Bestande unberührt²⁾ und ist daher, wenn der Kompetenzberechtigte mehr gezahlt hat, als von ihm unter den dormaligen Umständen verlangt werden konnte, nicht sowohl wegen der Naturalschuld als vielmehr eben wegen der fortbestehenden Civilschuld die Rückforderung ausgeschlossen.

§ 10. Moralische Verbindlichkeit.*)

Ältere und neuere Rechtslehrer stellen mit den Naturalobligationen gewisse unerswingbare, unvollkommene, auf Sittlichkeit und Menschenliebe beruhende Pflichten als sog. Gewissenspflichten (officia humanitatis) oder moralische Verbindlichkeiten zusammen in der Weise, daß sie diese letzteren bald als eine Unterart der ersteren betrachten,³⁾ bald von diesen zu unterscheiden suchen⁴⁾ und ihnen in dem einen wie dem andern Falle eine gewisse Rechtswirkung beilegen.

Die sogenannten moralischen Verbindlichkeiten sind jedoch von den Naturalobligationen in ihrem Grund und Wesen verschieden. Denn sie sind nicht, wie diese, rechtliche Gebilde, sondern fallen außerhalb der positiven und natürlichen Rechtsordnung und gehören fremden ethischen Gebieten an. Dennoch ist eine Hervorhebung derselben geboten, weil sie in beschränktem Umfange als factische Momente zur Begründung eines rechtlichen Erfolges in Betracht kommen können. Sie werden nämlich im Recht als triftige Motive, als genügende causa einer Zahlung anerkannt, so daß die condictio indebiti ausgeschlossen ist. Ihre Berücksichtigung beruht auf dem Princip der condictio indebiti, nach welchem ein indebitum nicht anzunehmen ist, wo die Leistung als Pflichterfüllung in irgend welchem Sinne erscheint und also schon beim Vorhandensein bloßer Schicklichkeits- und Sittlichkeitspflichten die condictio ausgeschlossen ist. Die einzelnen in den Quellen entschiedenen

¹⁾ Aus dem Mangel der subjectiven Requisite der cond. indeb. wollen die Stelle — gegen den Wortlaut — erklären: Brinz S. 27. Ergleben S. 111—117. Schwanert S. 266 Note 58.

²⁾ v. Savigny, Oblig. I S. 105—106.

³⁾ Vgl. Weber § 49, § 98—102 Schulding, de oblig. nat. c. 6, 7, 12 (in seinen Comment. academic I.).

⁴⁾ z. B. Westenberg, Diss. 1 de causis oblig. c. 4 § 9 sq. Hahn ad Wesenbecium Tit. de oblig. et act. nr. V.

⁵⁾ Hugo Grotius, de jur. belli et pac. 2, c. 14 nr. 6. Lauterbach, Compend. Pand. Tit. de cond. indeb. p. 200. Hellfeld, jurispr. for. § 829, welche als Wirkung derartiger unvollkommener Pflichten die Ausschließung der cond. ind. angeben. Vgl. v. Savigny, Oblig. I, S. 100, 101: „Fälle der nat. obligatio, die „nicht im vollen Maße dafür gelten können“. Windscheid § 289,3 zählt einige der hierher gehörigen Fälle ebenfalls unter den „Fällen der natürlichen Verbindlichkeit“ auf, und will dafür Bürgschaft, Pfandstellung u. s. w. zulassen.

Fälle dieser Art (siehe oben § 4) enthalten den Ausdruck dieses allgemeinen Princips.¹⁾

Wohl zu unterscheiden von den sittlichen Pflichten sind die achtbaren und anerkennenswerthen Motive, aus denen eine Leistung geschieht (z. B. misericordia, pietatis intentio, affectio), und welche die Forderung eines Erlasses dafür oder die Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung oder den Character der Schenkung ausschließen. Hierher gehört insbesondere der Fall, wo Jemand ein Vermächtniß unverkürzt auszahlt, obwohl er zu einem Abzuge berechtigt gewesen wäre.²⁾

Dagegen kann die *condictio indebiti* nicht bloß um deswillen verjagt werden, weil die Leistung sich, wenn auch nicht als eine pflichtmäßige, so doch löbliche und verdienstliche Handlungsweise darstellt. Daher kann der Erbe *condicere*, wenn er ein Vermächtniß irrthümlich ohne den ihm gebührenden Abzug ausgezahlt hat.³⁾

§ 11. Neuere Gesetzgebung.

I. Die Naturalobligation verdient trotz der Beseitigung mancher ihrer historischen Anwendungsfälle noch für das heutige Recht volle Beachtung. Kein practisches Recht kann sich den Rücksichten der Zweckmäßigkeit und des allgemeinen Nutzens verschließen. Wie aber das absolute Walten des reinen, natürlichen Rechtsprinzips vielfach eine zweckmäßige Gestaltung des Rechtszustandes ausschließen würde, kann die unumschränkte Herrschaft des Zweckmäßigkeitsgedankens auf das natürliche Rechtsbewußtsein verlegend wirken. Deshalb bedarf es einer Vermittelung zwischen Beiden. Diese gewährt für das Obligationenrecht die Naturalobligation. So sehr auch die moderne Gesetzgebung Recht und Billigkeit zu vereinigen, den Gegensatz zwischen strengem und billigem Recht aufzuheben trachtet, hat sie doch die positive *ratio* nicht entbehren können und ihr einen ziemlich breiten Raum vergönnt müssen. Damit ist auch die Aufnahme der Naturalobligation geboten. Die hauptsächlichsten Fälle derselben im heutigen Recht haben ihre Veranlassung in der positivrechtlichen Mißbilligung gewisser Arten von Obligationen, ferner in Beschränkungen der Verpflichtungsfähigkeit, Nichtbeobachtung von Formvorschriften, in processualischen Verhältnissen und in der Verjährung.

¹⁾ Weber § 49 (Not. 7, 8) Schulting, c. 7 wollten ebenso wie Renaud (Arch. f. d. civ. Prag. 29 S. 439) die Ausschließung der *soluti repetitio* auf diese Fälle beschränken. Siehe dagegen: Buchta, Inst. III S. 66. Büchel S. 99. Erleben S. 150—152. Windscheid Pand. § 289 Not. 6. Schwanert S. 120 („Billigkeits- und Pietätsrücksichten“). Brinz Pand. S. 575 („Billigkeitschuld“). Abweichend v. Savigny, Oblig. S. 101 (Note): „wahre naturalis obligatio“. Zur Bezahlung eines präjudicirten Wechsels besteht jedenfalls eine *naturalis obligatio*, wenngleich nicht nothwendig eine sittliche Pflicht.

²⁾ l. 5 § 15 D. de donat. inter vir. e uxore. 24, 1. 1. 2 C. de fideic. 6, 42. 1. 62 D. de cond. ind. 12, 6. 1. 19, 20 D. quae in fraud. cred. 42, 8 (fideliter facere) l. 1 C. ad leg. Falc. 6, 50 (wissentliche Zahlung) v. Savigny, Oblig. I S. 107, 108 sieht mit Recht in diesen Fällen keine „natürliche Verbindlichkeit“.

³⁾ l. 5 § 15 D. cit. l. 9 § 5 D. de jur. et facti ign. 22, 6.

Obwohl hiernach der Naturalobligation ein nicht unbeträchtliches Anwendungsgebiet verblieben ist, hat doch die moderne Gesetzgebung ihr gegenüber eine gewisse Zurückhaltung beobachtet und sich im Allgemeinen auf Anerkennung einer ihrer Wirkungen: den Ausschluß der *condictio indebiti* beschränkt.¹⁾ Das Schweigen über die anderen Wirkungen darf jedoch nicht als unbedingte Verwerfung gedeutet werden, da an sich mit der Zahlung auch jene als zugelassen gelten müssen, sie in der That auch sich in den Rechtssystemen sporadisch vorfinden, so daß ihre Ausschließung in einem bestimmten Fall eine nachweisliche besondere Absicht des Gesetzgebers erfordert.

Die Unbestimmtheit der Gesetze in diesem Punkt ist eine offenbare Folge der zu ihrer Zeit herrschenden unfertigen, zerfahrenen und gerade über die practisch wichtigsten Anwendungsfälle schwankenden Theorie.

In Ermangelung eines bestimmten gesetzlich angenommenen Princips haben Theorie und Praxis der verschiedenen Rechtsgebiete anderweite wirkliche oder vermeintliche Anhaltspunkte aufgesucht, ohne jedoch zu sicheren Resultaten gelangen zu können.

II. Für das preussische Landrecht²⁾ glaubt man vorweg die Zulässigkeit der Compensation, Bürgschaft und Pfandbestellung bestreiten zu müssen,³⁾ allein aus ganz nichtigen Gründen! In Betreff der ersteren steht die Vorschrift, daß man an dem, was man „mit Recht zu fordern hat“ durch die Aufrechnung Nichts verlieren soll (§ 342 I 16), nicht entgegen. Denn damit ist nur gesagt, daß die Gegenforderung die Forderung durchaus decken müsse, also z. B. die betagte, bedingte Schuld nicht gegen eine fällige und unbedingte, oder zu verschiedenen Zeiten zahlbare Forderungen nicht gegeneinander compensabel, ferner die Gegenforderung nicht ungleichartig sein dürfe, weil dem Gläubiger sonst aliud pro alio aufgedrungen werden würde. Jene Vorschrift enthält also nicht sowohl einen Rechtsatz, als vielmehr das gesetzgeberische Motiv für die Erfordernisse der Fälligkeit und Gleichartigkeit des Aufzurechnenden, bezweckt also gar nicht die Ausschließung der Naturalobligation. Wenn ferner für die Compensation mit einer verjährten Forderung vorausgesetzt wird, daß zur Fälligkeitszeit der andern Forderung die Verjährung noch nicht vollendet gewesen (§ 377 l. c.), so wird hiermit nicht die Compensabilität der Naturalforderung überhaupt, sondern nur für den Fall der Verjährung ausgeschlossen, was damit zusammen hängt, daß nach Landrecht die verjährte Schuld präsumtiv als getilgt und daher auch als naturaliter aufgehoben gilt. Daß das Landrecht die Naturalforderung an sich für compensabel erachtet, geht daraus hervor, daß es selber von der Compensation mit einer solchen Anwendung macht, indem es diese dem Lotterie-Unternehmer, der dem Spieler den Einsatz gestundet und keine gerichtliche Klage hat, gegen den auf das Loos gefallenen Gewinn gestattet. (§ 558 I 11.) Dies ist kein Ausnahmefall, sondern einfach Bethätigung der Regel.

¹⁾ Preuß. Landrecht §§ 178, 179 I 16. Oesterr. Geszb. § 1432, Code civ. art. 1235.

²⁾ Koch, R. d. F. I S. 15 Pr. Hgd. II S. 4. Heydemann I S. 127. Dernburg, Pr. Privatr. II (1882) S. 5—7, bes. Note 8 und 10. Förster II S. 322.

³⁾ Z. B. Heydemann I S. 127. Förster II § 61 S. 326—327, (3. A.).

Ebenso wenig enthält es eine grundsätzliche Ausschließung der Bürgschafts- und Pfandbestellung für eine Naturalobligation, wenn das Landrecht diese Akte für ungültig erklärt, sofern die Hauptschuld „ganz ungültig“ (§ 251 I 14) oder „der Anspruch in sich ungültig“ (§ 12 I 20), da sich dies offenbar auf Obligationen, die weder positivrechtlich noch natürlichrechtlich Bestand haben, und jedenfalls nicht notwendig auf Naturalobligationen bezieht. Hierfür spricht noch insbesondere, daß speciell nur für „ausdrücklich gemißbilligte Verträge“ die Bürgschaft für unzulässig erklärt wird (§§ 252, 254 I 14), woraus durch ein naheliegendes arg. a contrario folgt, daß, sofern nicht eine besondere Absicht des Gesetzes entgegensteht, Naturalforderungen durch Bürgschaft und Pfand versichert werden können. Lediglich eine Bethätigung der Naturalobligation ist es, daß wo die Ungültigkeit der Hauptschuld aus der persönlichen Eigenschaft des Verpflichteten hervorgeht, der Bürge als Hauptschuldner haftet (§ 254 I 14), da der materielle Grund dieser Haftung eben die vorhandene Naturalobligation ist.¹⁾ — Auf singulärer ratio beruht es, daß (bezüglich beweglicher Sachen) im Fall der Nichtigkeit des Hauptvertrages wegen Formmangels nicht ein Pfandrecht, sondern nur ein Retentionsrecht bis zur Erstattung des Gegebenen entsteht (§§ 97, 98 I 20). Zweifellos bildet auch nach preuß. Recht die Naturalobligation eine genügende Grundlage zu einem Anerkenntniß und zur Novation.²⁾ Einzelnen Schriftstellern gegenüber³⁾ muß darauf hingewiesen werden, daß das römische Recht ebensowenig, wie das preußische (Einleit. § 86), eine Exceptionswirkung der Naturalobligation als solche kennt, und ferner, daß nicht die Existenz, sondern nur die Wirksamkeit der Naturalobligation der positivrechtlichen Bestimmung unterliegt, und also, wenn gleich nach preuß. Rechte die Obligation des Unmündigen, des Haussohnes nichtig ist, und durch unrichtige Abweisung des Klägers oder durch Klagverjährung das Recht gänzlich erlischt, nichtsdestoweniger Naturalobligationen in diesen Fällen fortbestehen und sich bethätigen können.⁴⁾ Keine Bethätigung der Naturalobligation ist es,⁵⁾ daß ein von beiden Seiten erfüllter mündlicher Vertrag über bewegliche Sachen nicht wegen des Formmangels soll angefochten werden können (§ 146 I 5), weil der Grund davon nicht in der Erfüllung der Naturalobligation, sondern darin liegt, daß das Gesetz durch den Hinzutritt der Realleistung den Formmangel für gehoben und so das Geschäft als einen gültigen, die *condictio sine causa* für beide Theile ausschließenden Rechtsgrund erachtet.⁶⁾

¹⁾ Dies verkennt Förster II § 61 S. 327, wenn er bemerkt: daß hier „nicht die Bürgschaft eine naturalis obligatio verstärkt, vielmehr der Bürge als Selbstschuldner haftet“.

²⁾ Auch hier geht Förster a. a. D. zu weit, wenn er in der Novation des neueren Rechts nicht mehr eine Bethätigung der Naturalobligation erkennen will, da die Novation notwendig eine bestehende Obligation als Gegenstand voraussetzt.

³⁾ Z. B. Koch, Preuß. Privatr. II § 453 S. 6: „eine Naturalobligation begründet nach röm. R. die *exceptio doli*“.

⁴⁾ Förster a. a. D.: „Nichts von einer Naturalobligation ist in diesen Fällen übrig“!

⁵⁾ Wie v. Savigny I S. 129, 130 u. Förster a. a. D. annehmen.

⁶⁾ Oder, wie Koch, Comment. zu § 146 cit. Not. 53 es ausdrückt, „die Natur eines erlebigen Realcontractis angenommen hat“.

Im Einzelnen gestattet das Landrecht eine Bethätigung der Naturalobligation in dem (allerdings jetzt nicht mehr practischen) Fall der Frauenbürgschaft,¹⁾ bei Geschäften der Hauskinder und anderer Unfähiger,²⁾ und bei Spielschulden.³⁾ Nach der Absicht des Gesetzes darf jedoch in diesen Fällen die Bethätigung nicht dahin führen, daß der ungültig Verpflichtete oder Andere für ihn einer Klage ausgesetzt werden, und würde also nur Zahlung und Compensation, nicht aber Vergleich, Anerkenntniß, Bürgschafts- und Pfandbestellung statthaft sei. Zweifellos kann sich ferner die Naturalobligation, wie nach röm. Recht, gegenüber der *res judicata*, (arg. § 184, I 16) und der Verjährung bethätigen, bei letzterer jedoch nicht durch Compensation, wohl aber durch Zahlung, Anerkenntniß, Bürgschafts- und Pfandbestellung, da durch diese Akte eben die Vermuthung der Zahlung widerlegt wird,⁴⁾ ferner gegenüber dem Zwangsvergleich für die Concursgläubiger, welche an der Beschlußfassung nicht Theil genommen oder nicht zugestimmt haben, (§ 178 R.-R.-D.), endlich, wegen der bloßen formalen Consequenz des Proceßrechts für den durch Versäumnißurtheil rechtskräftig abgewiesenen Kläger (§ 295 C.-Pr.-D.).

Das Landrecht berücksichtigt außerdem, jedoch nur für den Ausschluß der *condictio indebiti* die „bloß moralischen Verbindlichkeiten“ (§ 178 I 16), die offenbar im Sinne der früheren Theorie im Gegensatz zu den unvollkommenen Rechtspflichten d. i. den eigentlichen Naturalobligationen, als sog. Gewissenspflichten gemeint sind.⁵⁾ Es ist daher eine vollständige Verkennung

¹⁾ §§ 243, 411 I 14. Suarez, amtliche Vorträge, in den Jahrb. 41 S. 51, 52, der hierin schon das Richtige getroffen hat. Unzutreffend dagegen Koch, Forb. § 276, Bd. 3, S. 879. Vgl. Gef. v. 1. December 1869.

²⁾ § 170 I 16, § 138 II 2. Suarez, Jahrb. 41 S. 54. Es ist nicht ersichtlich, wie diese lediglich die Erfüllung der Naturalobligation des Hauskinds zulassende Vorschrift wie Koch, Comm. zu § 138 cit. Not. 46 u. Förster II § 150 S. 446 meinen, „ein aus Mißverständnis des Macedonianischen Senatusconsults herübergenommener, zu den Grundsätzen des A. L. R. nicht passender Satz“ sein soll.

Ueber eine weitere Anwendung bei Zurückzahlung von nicht consentirten Darlehen der Subalternofficiere, die mit Rücksicht auf § 713 I 11 trotz des Wortlauts des § 684 eod. gerechtfertigt sein dürfte, siehe Förster, II § 137 und die Judicatur bei Koch, Comm. zu § 684 Note 28, ferner Suarez Jahrb. 41 S. 54. Gef. Rev. 14, 106.

³⁾ § 577, 578 I 11.

⁴⁾ Mit Recht versagt die Entsch. des D.-T. bei Striethorst 9 S. 255 die *Condictio* der Zahlung. Ohne zulängliche Gründe dagegen: Bornemann III S. 342, Koch, Forb. I S. 29, (siehe jedoch Comm. zu § 179 I 16 Note 32), Förster II S. 445.

Das Anerkenntniß wird ausdrücklich in § 564 I 9 zugelassen. Die Naturalobligation liefert die materielle *causa* zu der durch Anerkenntniß zu begründenden neuen Civilobligation. Siehe dagegen Koch, Comment. zu § 564 Note 35, der mit Unrecht gegen die Entsch. des D.-Trib. in Strieth. 37 S. 329 polemisirt. Nicht zu billigen ist dagegen die Motivirung in Entsch. 55 S. 36 (Grf. v. 5. 9. 65.).

⁵⁾ Die eigentlichen Naturalobligationen characterisirt Suarez, Jahrb. 41 S. 53 ganz treffend: „ein naturaliter debitum heißt just dasjenige, wo die natürliche Verbindlichkeit durch eine Disposition des positiven Rechts aufgehoben wird“. Die „natürliche Pflicht“ in § 23 II 3 bedeutet hingegen eine nicht juristische, bloß moralische Verbindlichkeit.

Ryff, Lehre von den Schuldverhältnissen.

der Absicht des Gesetztes, wenn die Praxis¹⁾ darunter solche Verbindlichkeiten verstehen will, zu deren Erfüllung der Schuldner nur wegen eines positiven Gesetzes nicht angehalten werden kann, insbesondere wenn das Geschäft zwar materiell gültig, aber wegen verabräumter Form anfechtbar ist", also nur sog. unvollkommene Rechte, von denen in § 179 I 16 die Rede ist, nicht aber eben, was das Gesetz vorschreibt, bloße sittliche Pflichten. Das Argument, daß „sonst die an sich begründete *condictio indebiti* eines Reichen gegen einen Armen unzulässig sein würde" ist nicht stichhaltig, da sich darüber, ob und in welchem Maße eine materielle Leistung als sittliche Pflicht erscheint, nicht im Allgemeinen aburtheilen, sondern sich dies nur nach den obwaltenden concreten Umständen ermessen läßt.²⁾

Nach österreichischem Recht kann die Bethätigung der Naturalobligation auch in jeder anderen Weise als durch Ausschluß der *condictio indebiti* nicht bedenklich sein, insbesondere enthalten die Vorschriften über Bürgschaft (G. B. § 1351), Pfandrecht (§ 449) und Compensation (§ 1439) Nichts, was auf eine Ausschließung derselben gedeutet werden könnte. Dennoch wird im Allgemeinen nur Anerkennung und Novation für statthaft erachtet, Compensation dagegen verworfen, während in Betreff des Pfandrechts und der Bürgschaft Streit herrscht. Nach richtiger Ansicht sind die accessoriischen Bethätigungsacte bei verjährter Schuld zulässig, bei Spiel- und Wertschulden aber ausgeschlossen.³⁾

Das französische Recht schließt die Rückforderung nur bei einer freiwillig erfüllten Naturalschuld aus (*volontairement acquittée*, Cod. civ. art. 1235), was die Praxis von einer wirklich auf die Naturalschuld geleisteten Zahlung versteht, so daß das irrtümlich Gezahlte *condicirbar*.⁴⁾ Compensation ist nirgends ausgeschlossen, jedoch nach Analogie der Zahlung auf den Fall zu beschränken, wo sie mit Einverständnis des Naturalschuldners erfolgt.⁵⁾ Ein *constitutum debiti* muß statthaft erscheinen, da die Naturalschuld einen gültigen Verpflichtungsgrund bildet und es sich schlechtthin um Begründung eines obligatorischen Vertrages handelt (art. 1109, 1131).⁶⁾ Ebenso

¹⁾ Erf. des Ober-Trib. II v. 13. 9. 1859 (Entsch. 42 S. 104. Strith. 34 S. 233).

²⁾ Wie dies die betreffenden Fälle des röm. Rechts zeigen, siehe oben §§. 4, 10. Die Bemerkung Försters, Privatr. II § 150: Der Ausdruck „moralische Verbindlichkeit“ sei unjuristisch, und könne, da dem preuß. R. der römische Begriff der Naturalobligation fremd sei, nicht auf diesen Begriff zurückgeführt werden, ist unzutreffend, einmal, weil das Gesetz gerade auch die unjuristischen, bloß moralischen Pflichten berücksichtigen will und sodann, weil diese Pflichten mit den römischen Naturalobligationen gar nicht zusammen hängen.

³⁾ Siehe über dies alles Hasenbühl, österr. Obligationenr. I S. 34–44.

⁴⁾ Zacharia, II § 297 not. 4. Sirey, Code civ. annoté zu art. 1235 no 2–4. Consequent macht die herrschende Meinung hiervon auch auf den Fall einer verjährten Schuld Anwendung.

⁵⁾ M. M. Zacharia, § 326, 3, weil art. 1291 al. 1 eine klagbare Gegenforderung (*dettos exigibles*) verlangt. Allein damit ist nur das Requirit der Fälligkeit ausgesprochen.

⁶⁾ Das *Constitutum* ist nicht zu verwechseln mit der *Recognition* und *Confirmation* der art. 1337, 1338, welche auf Naturalobligationen allerdings nicht anwendbar. Vgl. Zacharia § 339.

sind Novation, Bürgschaft¹⁾ und folgeweise auch Pfandbestellung zulässig. Auf eine Spielschuld ist nur freiwillige Zahlung und unter Umständen Compensation, nicht aber *Constitutum*, Novation, Delegation, Bürgschaft oder Pfand statthaft; auch kann der Schuldner gegen einen auf die Spielschuld gegebenen Wechsel, von dem guten Glauben Dritter abgesehen, Einwand erheben.²⁾

Das sächsische Gesetzbuch erwähnt die Naturalobligationen nicht, und scheint, da auch nur in einzelnen Fällen die Gültigkeit der Zahlung anerkannt wird z. B. bei verjährter Schuld, § 1522 Spielschuld, § 1480 Bürgschaft der Ehefrau § 1650, die Bethätigung derselben im Allgemeinen ausgeschlossen.

Ähnlich verhält es sich nach dem schweizerischen Bundesgesetz über das Obligationenrecht, welches zwar die verjährte Schuld, Spielschuld, und eine „sittliche Pflicht“ zum Ausschluß der *condictio indebiti*, (§ 72, 514, 515) berücksichtigt, aber zur Bürgschaft im Allgemeinen eine „zu Recht bestehende Hauptschuld“ verlangt.

¹⁾ Sirey, art. 1271 no. 6, art. 2012 no. 3.

²⁾ Art. 1967. Sirey, no. 2–7.

3. Abschnitt: Die Gesamtschuldverhältnisse.

A. Die Correalität.

Ronchegallus, Tractatus de duobus reis constituendis, Venetiis 1558. (Lugduni 1559, Marpurgi 1622). Donellus, Comment. ad Tit. Cod. de duobus reis, Lugd. 1587 pag. 392—416 (Opp. omnia IX Lucae 1766 p. 1255—1308). Melchior de Valentia, Tract. illustres juris I tr. 4, 1730. Frommann, de correali obligatione. Tub. 1677. (1736). Becker, de natura ac indole correalis obligationis Rostochii 1759. Dresky, de corr. obligatione ejusque effect. Gött. 1777. Keller, über Fittiscontestat. und Urtheil, Zürich 1827. Ribbentrop, Zur Lehre von der Correalobligation, Gött. 1831. v. Savigny, I, S. 136 flgd. Brinz, kritische Blätter Nr 4, 1853, S. 2 flgd. Becker, Die processualische Consumption 1853, S. 214 flgd. Rüdert, Zur Theorie der Correalobligationen, Zeitschrift für Civilr. u. Pr. R. F. XII, 1855, S. 1 flgd. Kunze, Die Obligation und Singularsuccession, 1856 S. 115 flgd. (Rec. Dvorzaf krit. Ueberschau IV S. 57 flgd.) Derf. zu Holzschuher 1864 III S. 111 flgd. v. Danzigerow, Band. III S. § 573, 1856, 6. Aufl. v. Helmolt, Die Correalobligation 1857. (Rec. Zimmermann, Heidelberg krit. Zeitschrift V S. 156 flgd. Demangeat, Des Obligations solidaires en droit Rom., Comm. du titre de duobus reis au Digeste. Par. 1858. Windscheid, Zur Lehre von den Correalobligationen, kritische Ueberschau VI, 1859, S. 209 flgd. Girtanner, Bürgschaft nach gem. Civilrecht 1850, 1851 S. 74 flgd. 397 flgd. 568. Derf. Stipulation, 1859, S. 252—274. Fitting, Die Natur der Correalobligationen, 1859. (Rec. Stinzing, krit. Vierteljahrschrift 1859, I, S. 509 flgd. Goldschmidt, in seiner Zeitschrift für Handelsr. III, S. 267 flgd.) Samhaber, Zur Lehre von der Correalobligation 1861. (Rec. Windscheid, krit. Vierteljahrschrift III, 1861, S. 161 flgd., ferner Dvorzaf, in Haimers österr. Vierteljahrschrift VIII, 2, 1861 und Abdruck: Zur Lehre von der Correalobligation 1861). Frig, Beitrag zur Lehre von den Correalobligationen und über den Musterfall der römischen Correalobligationen, Zeitschrift f. Civilr. u. Pr. R. F. XVII, 1860 S. 145 flgd., XVIII, 1861, S. 355 flgd., XIX, 1862, S. 55 flgd. XXII, 1865, S. 451 flgd. Schönemann, ebendasselbst XIX, Teil 9. van Weel, De Leer der solidaire of hoofdelike Verbindtnissen Leyden, 1863. Baron, Die Gesamtrechtsverhältnisse, 1864, S. 205 flgd. Siebenhaar, Correalobligation nach röm. gem. u. sächs. Recht. 1867. Becker, Actionen des röm. Privat. II, 1873, S. 300 flgd. Brinz, kritische Vierteljahrschrift XVI (1873) S. 1 flgd. Randa, ebendasselbst S. 520 flgd. Weibel, Die Correalobligation, 1873. Suffrian, Correalobligation, 1876. Czylharz, Zur Lehre von den Correalblig. in Grünhut's Zeitschrift III, 1876, S. 59 flgd. Mageš, Die Gesamtschuldverhältnisse des österr. Rechts 1872. (Rec. Harum, Grünhut's Zeitschrift I, 1874, S. 201—206). Kunze, Excursus über röm. Recht, 1880, S. 529 flgd. Lando Landucci, Le obbligazioni in solido secondo il diritto romano I. Verona & Padova 1880. (Rec. Rych, in Goldschmidt's Archiv für Handelsrecht, Bd. 28, S. 436—439).

§ 12. Bisherige Theorien.

Die ältere Theorie hatte in Anschluß an die Glossen, welche in dem Correalverhältniß eine wirkliche Mehrheit von Obligationen und nur eine Ein-

heit der Wirkung annahm,¹⁾ einen Ausgangspunct gefunden, welcher der wechselnden Ausdrucksweise der Quellen (duae obligationes, una obligatio, unum debitum) und dem allgemeinen Begriff der Obligation am Besten zu entsprechen schien.²⁾ Ein wichtiger Fortschritt war es, daß man seit Bartolus eine bewußte Sonderung der Correalobligationen von den bloßen Solidarobligationen,³⁾ insbesondere von den Fällen der accessorischen und der auf Rechtsvorschrift beruhenden principalen Solidarität⁴⁾ vornahm. Das die Correalität begründende Moment wurde in dem Willen der Contrahenten gefunden, obgleich man die Möglichkeit einer Begründung derselben durch eine ausdrücklich darauf gerichtete Rechtsvorschrift nicht in Abrede stellte.⁵⁾ Die Fittiscontestat. faßte man bereits als Quasicontract und novatio necessaria⁶⁾ auf, suchte jedoch der sich daraus ergebenden Consequenz: der befreienden Wirkung derselben für und gegen alle Correi möglichst zu entgehen. Sofern man nicht mit der Glossen die hinzukommende Befriedigung des Gläubigers

¹⁾ Gl. ad l. 3 D. de duobus reis, 45, 2 v. cum. una] Imo plures obl. et actiones. Sol. dic. plures in essentia, ut in contrariis. sed una propter unum debitum et unam solutionem

ad l. 9 D. de pactis 2, 14 unum debitum est] quantum ad unam solutionem vel exactionem: sed etiam plura dici possunt propter multas partes sive propter multos creditores.

Ronchegallus, l. c. ad leg. 3 D. h. t. vers. utique § 3.

²⁾ Der Gesichtspunct der einheitlichen Wirkung wurde vorzugsweise in der practischen Anwendung verwerthet, Ronchegallus l. c. § 5.

³⁾ Bartolus ad l. 3 § 1 D. h. t. qu. 2. Ronchegallus ad l. 9 pr. D. h. t. § 268: Maximum discrimen inter duo haec: Quod contractus occasione sit obligatio solidi et quod sit reorum constitutio. nam ubi reorum constitutio, ibi quidem solidi est obligatio, non autem contra ubi est solidi obligatio, ibi prorsus sequitur reorum constitutio.

⁴⁾ Bartolus ad l. 19 i. f. D. eod. et auth. hoc ita col. 7 sub nu. 19 C. eod. Plures rei credendi sunt ii, quibus in solidum debetur idem, vere vel fide ex una eademque causa principaliter et ex voluntate. Plures rei debendi sunt ii, qui in solidum debent idem, vere vel fide, principaliter et ex voluntate. Daher ausgeschlossen Bürgen, Mandatoren und Constituenten: Bartolus ad leg. eandem pr. qu. 5 D. eod. auth. hoc ita qu. 7 nu. 9 C. eod. Ferner: plures tutores l. eadem qu. 6 D. eod. auth. q. 8 nu. 10. plures obligati ex quasi maleficio l. 19, q. 4. D. eod. d. auth. q. 15 nu. 17. plures obligati simul ad quidpiam individuum l. 3 qu. 3 D. eod. d. auth. q. 5 col. 3.

Ronchegallus l. c. ad Rubricam §§ 85, 86, ad leg. 1 §§ 16 sqq. § 35 ad leg. 9 pr. § 41 (confidejussores) § 210 (plures magistratus) § 215 (tutores plures) §§ 297, 314 (plures delinquentes). Cujacius: Observ. lib. 26 c. 26. Cervidius Scaevola lib. 1 ad l. 60 § 2 D. mand. Papinianus lib. 27 ad l. 9 § 1 D. h. t. Donellus, ad lit. C. de duobus reis c. 12. § 4. Molinaeus, Lectiones Dolonae I, 10. Ant. Faber, Rationalia ad Pand. l. 1 § 15 D. commod. 13, 6 sub e (obligatio rei individuae).

⁵⁾ Ronchegallus l. c. ad leg. 9 D. h. t. princ. § 15. Et illa facultas attributa creditori (potentia agendi adversus plures in solidum) non provenit a contractu ipso re vel alio modo celebrato, verum a conventionem ipsorum contrahentium, qui voluerunt singulos posse conveniri in solidum. Rubrica § 87.

⁶⁾ Ronchegallus, Rubrica §§ 10. 12.

supponirte¹⁾ (*petitio effectualis*), sollte die Befreiung nur mit der Beschränkung eintreten, daß die Lage des Gläubigers nicht verschlechtert werde,²⁾ oder wollte man zwischen strengem Recht und Billigkeit unterscheiden und sie nur für *stricti juris iudicia* gelten lassen.³⁾ Schließlich erkannte man jedoch in jener Wirkung der *Litiscontestatio* einen Grundsatz des vorjustinianischen Rechts,⁴⁾ brachte sie sogar mit der Einheit der *Obligatio*⁵⁾ in Verbindung und stieß auf Anwendungen des *Principis* auch außerhalb des Gebiets der *Correal-* und *Bürgschaftsobligationen*.⁶⁾ Gelangte man damit auch nicht zu einer Totalanschauung der Wirkungen der *Litiscontestatio*, so hatte man sich doch für einen wichtigen Punkt in der Theorie der *Correalobligationen* ein richtiges Verständniß verschafft. Der Stand, den diese im 16. Jahrhundert erreicht hatte, ist somit ein relativ hoher und in gewisser Beziehung, namentlich in der Abgrenzung des Begriffs und der Auscheidung sämtlicher *accessorischer* Verhältnisse von der neueren Forschung keineswegs überholt werden.⁷⁾ Im 17. Jahrhundert bewahrte man im Allgemeinen,⁸⁾ doch nicht ohne Widerspruch,⁹⁾ die Grundlagen der älteren Theorie, wogegen diese im 18. Jahrhundert fast gänzlich verloren gingen, indem man kritiklos

¹⁾ Gl. ad l. 2 D. h. t. v. petitione] vel hic (petiit) cum effectu . . . vel animo novandi. Bartolus ad l. 16 D. h. t. nu. 11 und d. Auth. no. 41. Paulus Castrensis ad l. 2 D. h. t. nu. 4. Ronchegallus ad l. 2 D. h. t. § 81—92.

²⁾ Donellus, *Comment. jur. civ. lib. 16 c. 25, ad tit. C. de duob. reis c. 8 § 3 ad tit. D. de V. O. l. 116.* Ant. Faber, *Rational. ad Pand. ad l. 4 D. de his qui eff. 9, 3: ita ut vix faciat deteriorem conditionem actoris.*

³⁾ Duarenus, *Comment. in tit. D. de V. O. l. 116.* Ant. Faber, l. c. ad d. l. 4 D.: *Summo jure contingit liberatio potius quam ex aequitate . . . Nec certa de his regula tradi potest.* Aber auch schon Jacobus de Aret. u. Bartolus (Note 6) Ferner: Melchior de Valentia I, 4 c. 6. Von Neueren: Unterholzner I 635 Molitor III p. 406. 407. Demangeat p. 184—185. 201. 401—403. 408—417; vergl. unten E. 62 Note 2.

⁴⁾ Cujacius Papinianus lib. 4 ad l. 116 D. de V. O. (opp. posth.).

⁵⁾ Ant. Faber, l. c. ad l. 20 D. de interrog. 11, 1 sub b: (In correis debendi) uno solvente adeoque duntaxat electo alii liberantur ipso jure, si jus vetus inspicias . . . non tantum una summa est, sed una etiam omnium obligatio.

⁶⁾ Ant. Faber l. c. ad d. l. 20 (Notaffage) ad l. 5 § 15 D. commod. 13, 6 (actio furti mehrerer Kommodatäre). Zu einem besonderen Anwendungsfall führte die Interpretation der l. 15 § 2 D. quod vi aut clam 43, 24, 3. B. Bartolus: *Ubi vero occasione hujusmodi delicti sit imponenda poena quatenus ad eum, cum quatenus ad actorem agatur ad interesse, tunc si sit communicatum consilium, secund. Dyn. unius conventio alium liberat.* Tu dic. sec. Jacob. de Aret. unius conventionem alium liberare rigore inspecto juxta d. § si in sepulchro. caeterum aequitate non liberantur illi conventione, sed perceptione ejus, quod agenti debetur arg. l. si ex duob. § 1 et l. perceptione de iis, qui dejec. vel effud. Ronchegallus l. c. ad leg. 9 pr. § 302.

⁷⁾ Nicht zutreffend daher das Urtheil Samhabers, S. 1. Vgl. Ribbentrop, S. 84. Mühlenbruch, *Cession der Forderungsrechte* (3. Aufl.) S. 410 Note 451.

⁸⁾ S. 3. B. Vinnius in Inst. 3, 17 pr. und § 1. Perez, *Praelect. in C. lib. 8, tit. 40.* Voet, *Comm. ad Pand. lib. 45, 2 no. 2.* Frommann, *Diss. p. 4 sqq.*

⁹⁾ Lauterbach, *Coll. Pand. theor. pract. ad h. t. n. 10.* Klein, *Diss. de correis debendi et credendi* Marb 1660. Willenberg, *Diss. de jure correorum*. (Ej. Diss. Sabb. P. 1 no. 37) H. Cocceji *Diss. de cautione correali*, Francof. 1699 (Ej. Diss. Vol. 2 no. 3) Leyser *Medit. Spec. 522 de correis.*

alle Fälle von *Solidarobligationen* als *Correalobligationen* zusammenfaßte, damit eine höchst unklare Vorstellung von Einheit der *Obligatio* verband und sich willkürlichen Ansichten über das frühere Recht der *Litiscontestatio* überließ.¹⁾ Diese Auffassung war auch zu Anfang des gegenwärtigen Jahrh. vorherrschend.²⁾ Eine neue Anregung wurde durch Haffe³⁾ gegeben. Seine Ansicht, daß bei activer *Correalität* zwar nicht das Recht, wohl aber die Verbindlichkeit eins, bei passiver hingegen das Recht einfach und die Verpflichtungen mehrfach, macht bereits den Uebergang zur sog. *Einheitstheorie*.

Eine absolute Einheit der *Obligatio* bei *Correalverhältnissen* behaupten freilich auch Keller und Ribbentrop⁴⁾ nicht. Obwohl sie für das römische Recht die Möglichkeit mehrfacher directer subjectiver Beziehung einer und derselben ungetheilten *Obligatio* behaupten, wird doch diese Auffassung sofort von ihnen sehr erheblich beschränkt, wenn sie einen Unterschied zwischen dem objectiven Bestande und der subjectiven Beziehung der *Obligatio* machen und nur in ersterer Rücksicht Einheit, ein letzterer dagegen eine Mehrzahl von *Obligationen* annehmen. Für die Verwerfung dieser ebenso oft bekämpften als vertheidigten Ansicht ist entscheidend, daß das *Correalverhältniß* nicht zugleich wirklich eine einzige *Obligatio* und eine Mehrheit von *Obligationen* sein kann, Einheit und Mehrheit sich nothwendig ausschließen und also Einheit bei vorhandener Mehrheit nicht im Substantiellen, sondern nur als *Accidens* möglich ist. Die zur Stützung der *Einheitstheorie* unternommenen Versuche⁵⁾ konnten deshalb trotz allen Scharfsinns keinen Erfolg haben. Das starre Festhalten an dieser Theorie ist der richtigen Erkenntniß des Wesens der *Correalität* nur hinderlich. Die Lösung des Problems kann nur von Seiten der *Mehrheitstheorie* gelingen. Wenn begrifflich eine *Obligatio* immer da begründet ist, wo für eine Person einer anderen gegenüber die rechtliche Nothwendigkeit

¹⁾ Pothier, *Traité des obligations* n. 263. Höpfer, *Commentar* § 814. Madihn, *Princip. jur. Rom. I* §§ 28. 277. Hofacker, *Princip. jur. civ. III* § 2028. Bekker, *Dreßh. l. c.*

²⁾ Glück, *Pand. 4* S. 512. 523. 524. Thibaut, *System* (6. Aufl.) § 225. Bucher, *Recht der Forderungen* 1815 § 129 Note b. Wening-Ingenheim *Civilr.* (2. Aufl.) § 40. 41.

³⁾ Haffe, *Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehel. Gütergemeinschaft* 1808. S. 47. 48. Darüber Ribbentrop S. 17—23.

⁴⁾ Keller, *Litiscontestatio und Urtheil* 1827 S. 446 flgd. Ribbentrop S. 23 flgd.

⁵⁾ Bekker, *Conjunct. S. 227.* Brinz, *krit. Bl.* 4 S. 19, 27, *Lehrb. I* S. 617: „materiell una obligatio, formell plures obligationes“. „Ein Anspruch und wegen desselben mehre Actionen“ (Bekker, *Act. II* S. 316). S. dagegen Fitting, S. 5—9. Ferner Appellus, *Arch. f. civ. Pr.* 17 (1833) S. 281, Bekker, *Conf. a. a. D.*: „Die mehreren rei sind gewissermaßen als eine Gesamtheit zu erfassen“. Baron, *Gesamtrechtsverh.* S. 237: „Gesamtperson“. Windscheid, *Münch. krit. Uebersch.* 6 S. 219—221, (*Actio* S. 234 flgd.): *Subjectlosigkeit der Rechte.* Köppen, *Erbschaft* S. 9 flgd. S. dagegen: Fitting S. 26 flgd. Vering (*Rec. von Köppen, Heidelberger Jahrb.* 1857 S. 675. von Weel p. 22—29. Friß, *Arch. f. civ. Pr.* 17 S. 165, 166; 18 S. 390; 19 S. 55—116; 22, S. 451—498: „Gesamtoobligation“. Siebenhaar S. 26 flgd.: „Obligationen gleicher Größe, bloße species, gleichsam Exemplare, unius obligationis“! S. darüber Windscheid, *Pand. II* § 293 Note 1 a. G.

einer Leistung besteht, so folgt, daß, wo eine derartige Nothwendigkeit mehrfach besteht, damit von selbst eine Mehrheit von Obligationen gesetzt ist. Hieran kann kein Zweifel sein.

Es fragt sich nun aber, was ist an Stelle der Einheitstheorie zu setzen? Worin liegt in Wahrheit das Princip der Correalität? Diese Fragen sind bisher nur in sehr unbefriedigender Weise beantwortet worden.

Bloße formale Gesichtspunkte, wie Identität des Vermögensstoffes,¹⁾ Identität des Objects,²⁾ das „eine Geschuldete (debitum)“, Identität des Inhalts in Verbindung mit Identität des Grundes,³⁾ ja selbst Identität der res im Sinne der processualischen Consumption⁴⁾ können nicht genügen, da sie nicht selbständige, schöpferische Principien sind, sondern nur Aeußerlichkeiten, die sich an den gegebenen Rechtsverhältnissen unterscheiden lassen, nur Manifestationen der diese bewegenden Gedanken. Zudem kann die bloße Identität des Objects und Inhalts, d. h. des objectiven, von der Person des Verpflichteten losgelöst gedachten Leistenmüssens, des „Geschuldeten (debitum)“, der Leistung von Seiten ihres Werthes und pecuniären Erfolges, nicht einmal als ein unterscheidendes Merkmal der Correalität gelten, da sie sich ebensowohl bei bloßer Solidarität findet (z. B. Ersatz eines und desselben Schadens).

Von einer Einheit des Entstehungsgrundes ferner läßt sich im strengen Verstande bei den Correalobligationen überhaupt nicht reden, da der Correalvertrag bei näherer Betrachtung in eine Reihe verschiedener Obligationsacte zerfällt, indem für jeden einzelnen Correus nur seine Stipulation oder Promission berechtigend oder verpflichtend wirkt, und, wenn diese einzelnen Acte zu einem und demselben Rechtsgeschäft zusammengefaßt sind, daraus nur folgt, daß sie auf einen gemeinsamen, einheitlichen Geschäftszweck gerichtet sind.

Für die Identität der res fehlt es im Rechtsverhältnis der correi an den erforderlichen Voraussetzungen. Res im Sinne der Proceßconsumption ist das dem Proceß zu Grunde liegende materielle Rechtsverhältnis, wie es im Inhalt der Intentio zum Ausdruck kam,⁵⁾ das concrete Rechtsverhältnis

1) Kunze, Oblig. und Singularf. S. 139. 147.

2) Lando Landducci p. 15, 46.

3) Weibel, S. 81, 99, 100. Czylharz, in Grünhut's Zeitschr. 3 S. 65. Suffrian S. 7, 8: Einheit des materiellen Obligationsgrundes.

4) Bekker, Conjunct. S. 221. Rudorff, Rechtsgesch. II S. 263.

5) l. 5 D. de exc. rei jud. 44, 2. l. 38 § 1 D. pro socio 17, 2. l. 28 § 4 D. de jurej. 12, 2. Siehe Keller, Utiq. u. Urtheil S. 241—245, dessen Aufstellungen, im Ganzen wenigstens, zutreffen, wiewohl das Rechtsverhältnis „in seiner modificirten Natur eines Klagerichts“, das Eigenthum „als Eigenthumsflagerecht gegen diesen Beklagten“ ein durchaus unfertiger Begriff. Bekker's Begriffsbestimmung: res als desiderium actoris, die aus der intentio abzuleitende Folge (Conjunct. S. 46, 50) hat gegen sich, daß seit dem Sacramentsproceß her der richterliche Ausspruch zunächst das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des präsumirten Rechtes, die Wahrheit der aufgestellten Rechtsbehauptung (intentio) betraf, danach sich der Umfang der Consumption bestimmte, und deshalb Incongruenzen zwischen diesem und dem desiderium actoris vorkommen konnten. l. 61 pr. D. de judic.

von Seiten seines Inhalts d. h. abgesehen vom genus actionis und den möglichen Verschiedenheiten seiner rechtlichen Qualificirung. Die Identität der res erfordert die Identität des Gegenstandes, der Personen und des Grundes, causa petendi, causa proxima.¹⁾ Diese beiden letzten Identitäten fehlen dem Correalverhältnis. Causa proxima ist die das Rechtsverhältnis begründende Thatsache, der nächste Entstehungsgrund desselben im Gegensatz zu der Rechtsregel, welche dem Factum oder Geschäft rechtserzeugende Kraft beilegt und die causa remota bildet. Bei den Correalobligationen hat aber, wie bereits dargethan, jede in der Stipulation und Promission des einzelnen Correus ihren besonderen Entstehungsgrund. Die Personenidentität hinwieder ist ausgeschlossen, weil die Personen der Correi an sich verschieden und zwischen ihnen weder ein Successions- noch ein Accessionsverhältnis besteht. Freilich würde es wenigstens zu partiell accessorischer Berechtigung oder Verpflichtung führen, wenn man mit Bekker²⁾ und Brinz³⁾ in der Person jedes Correus eine zum Theil eigene zum Theil fremde, auf ihn erstreckte Obligation anzunehmen hätte. Allein diese Auffassung wird vorweg durch den Principalcharakter der Correalobligationen ausgeschlossen. Jeder einzelne Correus ist suo nomine in solidum berechtigt oder verpflichtet und die Unmittelbarkeit der Entstehung seiner Obligation als einer solidarischen gestattet es nicht, sie in eine partiell eigene und partiell fremde zu zerlegen: ipso jure et singulis in solidum debetur et singuli debent l. 2 D. h. t. 45, 2. Durch jene Auffassung würde in das Correalverhältnis der in Wirklichkeit gar nicht vorhandene Unterschied zwischen einer ursprünglichen und einer späteren definitiven Gestaltung hineingetragen, indem danach die anfängliche Getheiltheit erst mittelst Erstreckung in Solidarität übergehen würde.

Ebensohalb ist auch die Idee der Vertretung⁴⁾ für das Correalverhältnis unverwendbar, da, wenngleich letzteres materiell, ökonomisch den Effect der Vertretung hervorbringt, es doch nicht im Sinne einer solchen gedacht ist.

Die richtige Denkform wird ferner verfehlt durch die Auffassung des Correalverhältnisses als subjectiv-alternative Obligation, so daß über die definitive Berechtigung oder Verpflichtung erst die Präoccupation oder die Electio unter den Correi entscheiden und also bis dahin Ungewißheit über die Person des effectiv Berechtigten oder Verpflichteten herrschen soll.⁵⁾ Daß

5, l. Gaj. IV § 131. Mit Recht bekämpft dagegen Bekker (S. 72—74) Keller's Erklärung jener Incongruenz durch die „Einheit einer mehrgliederigen Obligation“ (Keller, Utiq. § 33. Civilproc. § 25).

1) l. 27 D. de exc. rei jud. 44, 2: personae, id ipsum, de quo agitur, causa proxima actionis l. 12, l. 13 D. eod. vgl. Bekker, Conjunct. S. 243, Actiones I S. 341. Cicero, Fat. 15, 18.

2) Conjunct. S. 221.

3) Krit. Bl. 4 S. 23, 27.

4) Geltend gemacht von Brinz, a. a. D. und kritische Vierteljahrschrift 16, S. 17, 19.

5) Vgl. Ungewißheits- oder Alternativitäts-Theorie von Girtanner: Bürgschaft S. 74—79, 397—402, 568; Stipulation, S. 252—274. Fitting: a. a. D. S. 136 folgte. Früher schon: Hertius, Comm. et Opuscula I tom. 3 p. 234, II tom. 3, p. 55.

diese Idee der römischen Auffassung des Correalverhältnisses ganz und gar nicht entspricht, zeigt am Besten die Art und Weise, wie die Römer Vermächtnisse mit alternativer Bezeichnung des Activsubjects behandelt haben, indem sie trotz des Wortlauts: *illi aut illi do lego* dem Satz: *occupantis melior conditio* keineswegs entschieden Anwendung gaben, was hätte geschehen müssen, wenn in der subjectiven Alternativität der normale Ausdruck der Correalität gelegen hätte, vielmehr noch ganz andere Gesichtspunkte in Betracht zogen, nämlich: ob ein solches Vermächtniß überhaupt gültig, oder die alternativ bezeichneten Subjecte gemeinschaftlich Berechtigte oder der an zweiter Stelle Genannte nur als Substitut des Zuerstgenannten oder gar der Zuleztbenannte als Alleinberechtigter zu betrachten sei? Bei diesen verschiedenen Auskunftsmitteln interpretirte man zur Aufrechterhaltung des letzten Willens Etwas in die Vermächtnißverfügung hinein, was an sich darin nicht lag, und so konnte man auch dahin kommen, eine solche Verfügung als actives Correalvermächtniß zu interpretiren, so daß also erst vermöge einer Correctur des Wortlauts der Correaleffect hervorgebracht wurde. In's Gewicht fällt ferner, daß in dem Falle, wo ein gemeinschaftlicher Slave alternativ seinen mehren Herren stipulirte, also in einem Falle, wo an sich das Hinderniß, einem Andern: *mihi aut Titio* wie *mihi et Titio* zu stipuliren, wegfiel, keineswegs ein actives Correalverhältniß angenommen, sondern der Stipulation jedwede Gültigkeit abgesprochen wird, weil nicht ersichtlich, *cui eorum sit acquisitum*.¹⁾

Ein wahres Element in der Alternativitäts-Theorie will Windscheid (Pand. § 293 Anm. 4) insofern finden, als die Einheitstheorie, wenn sie mit der Identität des Subjects nicht auch die Identität des Objects aufgeben will, nicht werde umhin können, die Correalobligation aufzufassen als gerichtet auf eine alternativ bestimmte Leistung: Leistung durch A oder B, an A oder B. Allein die Beziehung auf das Subject läßt sich nicht auffassen als eine bloße Modalität des Objects; die Identität der Leistung wird wesentlich nur durch die Identität des vermögensrechtlichen Erfolges bedingt;

(siehe darüber Kunze, Oblig. u. Singularf. S. 117). Koch: Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preuß. Rechte, S. 1—36. Lehrbuch des preuß. gem. Privatrechts IV 1846 S. 122. Christian sen, Institutionen des röm. Rechts 1843, S. 284—286.

Dafür: Stimping, krit. Viertelssch. I 4, S. 509—523 (mit Modificationen). Dagegen: Samhaber S. 125 folgde., van Weel, l. c. S. 43—70 u. ff.

¹⁾ l. 21 D. de stip. serv. 45, 3, l. 10 D. eod. Die in l. 9 § 1 D. eod. erwähnte Controverse: *quaesitum est, an consistat stipulatio*, hat sich offenbar darauf bezogen, daß Manche den Zweitgenannten als *solutionis causa adjectus* behandeln wollten. Mit Verwerfung dieses Gesichtspunkts wäre noch Nichts gegen die Correalität entschieden gewesen, falls diese in dem fraglichen Falle nur sich hätte rechtfertigen lassen. Dies gegen Fitting, S. 166—167 und S. 179. In dem von Fitting S. 175, ferner herangezogenen Fall: Stipulation eines erst später herzugebenden Darlehens durch einen *servus fructuarius*, l. 25 § 1 D. de usufr. 7, l. 1. 48 § 3 fin. D. stip. serv. 45, 3 handelt es sich um eine Unbestimmtheit ganz anderer Art, als subjective Alternativität, nämlich um die Perfection des Forderungsrechts, die sich danach entscheidet, ob das Darlehen aus dem Vermögen des Fructuars oder des Proprietars gewährt wird.

die Leistung ist, sofern sie nicht auf die Individualität und individuellen Eigenschaften des Verpflichteten oder Berechtigten gestellt, ein *fungibile*.

Mißlungen sind aber auch die bisherigen Constructionsversuche, die von practischen Gründen ausgehen. Wenn Kunze¹⁾ die Eigenthümlichkeiten der Correalität (Wirkung der Litiscontestation, Novation, Acceptilation) auf Nützlichkeit zurückführt und Rückert²⁾ ebendarin nur eine positive Ausnahme von der Regel, daß *res inter alios acta* einem Dritten nicht nützt oder schadet, eine positive Begünstigung der Schuldner erblickt zu dem Zwecke: gegen das dem Gläubiger durch die Solidarität gewährte Uebermaß ein Gegengewicht zu schaffen, anstatt die Solidarität auf das zur Sicherung des Gläubigers erforderliche Maß zu beschränken, so beruht dies mehr oder weniger auf willkürlicher Annahme und erscheint weder aus äußeren noch inneren Gründen gerechtfertigt. Was zwingt insbesondere, die Correalität — anstatt als selbstständiges Institut — als eine nur durch einzelne positive Ausnahmen beschränkte Solidarität zu construiren? Und ist es ferner ganz ausgemacht, daß die Correalität gerade die Sicherung des Gläubigers bezweckt? Von seinem Standpunkt kann Rückert auf die Frage, warum allein bei Correis und nicht auch in den Fällen bloßer Solidarität jene Ausnahmen Platz greifen, keine befriedigende Antwort geben. Denn daß „die Solidarität dort auf Privatdisposition, hier auf dem Gesetze beruht“ und nur da „annehmbarer gemacht werden brauchte, wo sie verworfen werden konnte“ trifft schon, wie Rückert selbst zugiebt, nicht für die *actiones adjecticiae qualitatis* zu, weshalb er hier zu einer anderen Motivirung („Billigkeit“ „practisches Bedürfniß“) greift (S. 17. 52—53) und erscheint auch in sich hinfällig, insofern das Bedürfniß einer zweckmäßigen Gestaltung des Rechtsverhältnisses sich in den Fällen der einen wie der anderen Art gleich fühlbar macht.

Wenn endlich v. Helmolts³⁾ die Correalitätswirkungen, insbesondere in Bezug auf die Aufhebung der Correalobligationen aus Interpretations-Grundsätzen erklärt, welche die römischen Juristen durch fortgesetzte Beobachtung des im Verkehr hervortretenden Parteiwillens (Vertrag und Testament) gewonnen, und welche sich allmählig als im Zweifel anzunehmende Rechtsätze consolidirt hätten, so ist damit doch nur in ungefährer und unvollkommener Weise der muthmaßliche Entwicklungsgang des Instituts angedeutet, zu dessen näherem Nachweise es einer Darlegung der den Parteiwillen beherrschenden objectiven Rechts- und Verkehrszwecke bedarf, da nur in solchen und nicht in dem bloßen nackten zufälligen Partei-Belieben die Theorie einen festen Ausgangspunkt finden konnte.

§ 13. Princip.

Wenn zum Verständniß eines Rechtsinstituts vor Allem der Verkehrs-

¹⁾ Oblig. u. Singularf. S. 231.

²⁾ Inauguraldissertation: *Principia juris Rom. de exceptione, quam vocant divisionis*. Göttingae 1852, p. 3—16. Sodann Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 12 S. 1—57.

³⁾ Correalobl. S. 41, 136, 140—141.

zweck¹⁾ gereicht, für den es zu fungiren hat, und bei der Dekonomie des älteren römischen Rechts vorweg anzunehmen ist, daß es nicht eine Mannigfaltigkeit von Formen an einen und denselben Zweck verschwendete, vielmehr regelmäßig für einen Zweck nur eine Form hatte, so wird die Frage nach der specifischen Function der Correalobligation, einer Bildung der altrepublikanischen Jurisprudenz, um so weniger zu umgehen sein, als es darauf ankommt, dieses Rechtsverhältniß in seinen individuellen Unterschieden von einer Reihe anderer wirklich oder scheinbar ähnlich fungirender Verhältnisse klarzustellen. Wenn man seit v. Savigny gewöhnlich den Zweck nicht der Correalität für sich, sondern sowohl der sog. ächten als der unächten Correalität, also der reinen Correalität zuzüglich der accessorischen Verhältnisse und der bloßen Solidarität gemeinsam in der „Sicherheit und Bequemlichkeit“ der Rechtsverfolgung für den Gläubiger sucht, so werden damit offenbar ganz heterogene Zweckgebiete zusammengeworfen. Vorab sind die accessorischen Verhältnisse (Bürgschaft, *actiones adjecticiae qualitatis*, *actio noxalis*) auszuscheiden, da sie wesentlich nur auf Erstreckung der Schuld, also wesentlich nur darauf gerichtet sind, dem Gläubiger neben dem Hauptverpflichteten noch einen anderen Verpflichteten zu geben, Solidarität dagegen bei ihnen etwas Zufälliges, Nichts nothwendig Bedingtes, so daß die accessorische Verpflichtung nur eine theilweise, begrenzte oder beschränkte ist und sein kann (Theilbürgschaft, Rechtswohlthaten der Bürgen, insbesondere *benef. divisionis*, Haftung *peculio tenus*, *noxae deditio*). Die Gründe der Erstreckung in den einzelnen Fällen sind sehr verschiedenartig: *ut diligentius nobis cautum sit; aequissimum praetori visum est; ualtes Rechtsjaß* (Gaj. III § 117, IV § 70, 71, 75).

Der Solidarität als solcher ist der Zweck der Sicherung des Gläubigers durchaus fremd. An sich gewährt die Solidarität keine größere, die Theilhaftung keine geringere Sicherheit; die Theilschuldner können sicher, die Solidarschuldner sämmtlich unsicher sein; Sicherheit ist erreichbar ohne Solidarität, und daß dies insbesondere römische Ansicht war, beweist die Bestimmung der *lex Furia* in Betreff der Haftung mehrerer Sponsoren und Fidepromissoren. Die Solidarität kann deshalb auch nicht Crediterhöhung für den Schuldner bezweckt haben. Sie erhält vielmehr ihre wahre Bedeutung durch ihren Gegensatz: die Getheiltheit von Forderung und Schuld, indem sie die aus dieser hervorgehenden Nachtheile beseitigen soll: *ne cogeret creditor cum multis litigare; iniquum est, in plures adversarios distringi eum, qui*

¹⁾ Frühere Ansichten hierüber: Donellus, *Comm. ad tit. D. h. t. c. 1: creditorum utilitas, id agentium, ut in eo, quod debetur, tutius sibi cautum sit.* Höpfer, *Commentar* § 814. Suarez, *Vorträge bei der Schlussrevision des preuß. A. L. R.: „gewissere und leichtere Erfüllung“* (in v. Kamph, *Jahrb. Bd. 41* S. 6). v. Zeiller, *Commentar über das allgemeine österr. bürgerlich. Gesetzbuch Bd. 3* (1812) S. 69, 70: „Sicherheit“, schnellere und minder kostbare Einbringung“, „mehr Credit“, „Schnelligkeit des Verkehrs“, Koch, *Lehrbuch des preuß. Privatrechts* (1846, Bd. 2 S. 122 u. U.). v. Savigny, *Oblig. I* S. 218. v. Helmsolt S. 15 „erhöhter Credit“. Vgl. Samhaber S. 24, 25 Note 4. van Weel p. 9.

*cum uno contraxerit.*¹⁾ Dies gilt insbesondere auch in den Fällen des Schadensersatzes aus gemeinsamen Delict und Quasidelict. An und für sich würde jeder Delinquent nur für den durch seine Handlung unmittelbar oder mittelbar verursachten Schaden haften. Wenn sich auch über die Schwierigkeit, jedem den ihn treffenden Antheil an der Schadenszufügung nachzuweisen, durch gleiche Vertheilung der Ersatzpflicht hätte hinwegkommen lassen, so wäre doch damit dem Interesse des Beschädigten noch nicht voll genügt gewesen, da diesem billigerweise nicht versagt werden konnte, auf dem einfachsten Wege: also möglicherweise schon durch Belangung eines Einzigen zu seinem ganzen Schaden zu kommen.²⁾ Zweck der Solidarität ist daher wohl Erleichterung und Bequemlichkeit in der Rechtsverfolgung, aber doch nur in einer bestimmten specifischen Beziehung: nämlich zur Vermeidung der Nachtheile der Getheiltheit.

Bei dem *constitutum debiti proprii* oder *alieni*, und bei einer *diversa stipulatio ejusdem pecuniae*³⁾ kommt zwar ebenfalls Solidarität vor, aber sie tritt nicht als solche in Function, weil ihr nicht irgend ein Theilschuldverhältniß gegenübersteht, und sie nur die zufällige Folge davon ist, daß das Belieben der Parteien den Gegenstand einer Obligation zum Gegenstand einer andern Obligation gemacht hat. Hingegen fungirt sie bei den Obligationen mit untheilbarem Gegenstand wegen des ihnen zu Grunde liegenden Theilschuldverhältnisses in ihrer eigenthümlichen Weise, indem sie über die Inconvenienz einer ausschließlich gemeinschaftlichen Geltendmachung und Erfüllung hinweghilft.

Ihre verschiedenen Anwendungsfälle zeigen, daß sie aus Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgründen eintritt, und zwar auf contractlichem wie außercontractlichem Gebiet.

In engeren Grenzen bewegt sich die Correalität, die offenbar für gemeinschaftliche Contracte eine einheitliche Abwicklung und Realisirung der daraus hervorgehenden Schuldverhältnisse bezweckt. Die Regel, welche bei derartigen Geschäften nur zu Theilberechtigungen und Theilverpflichtungen führte, konnte bei einem größern Verkehrsaufschwung auf die Dauer dem practischen Bedürfniß, welches Vereinfachung und Erleichterung der Geschäftsformen erheischt, nicht mehr genügen. Die Zerplitterung der gemeinschaftlich contrahirten Forderung und Schuld in einzelne Theilanprüche, die Weitläufigkeiten, welche bei der gerichtlichen Geltendmachung und allen sonstigen durch die geschäftsmäßige Erledigung und Abwicklung der gemeinschaftlichen Schuldangelegenheit gebotenen vielfachen Rechtsacten z. B. Zahlung, Acceptilation, Novation, und dergl. die fortwährende Mitwirkung und Zuziehung sämmtlicher Beteiligter mit sich brachte, mußte den Gedanken an eine Geschäftsform nahe

¹⁾ l. 44 § 1 D. de aed. ed. 21, 1. 1. 1 § 25, 1. 2. 3. 4 § 1 D. de exerc. act. 14, 1. 1. 13 § 2, 1. 14 D. de inst. act. 14, 3. 1. 27 § 8 D. de pec. 15, 1.

²⁾ S. besonders l. 2 de his, qui effud. 9, 3: *Cum sane impossibile est, scire, quis dejecisset vel effudisset.* S. dagegen Winjchid, § 298 Note 17. Auch nicht durchweg zutreffend daher die Ansicht Fitting's (S. 229—233), daß die Solidarität aus „innerer Nothwendigkeit“ hervorgehe. Dagegen auch: Samhaber S. 149—150.

³⁾ l. 43 D. de fidej. 46, 1. 1. 8 § 5, 1. 16 D. de nov. 46, 2. Baffer, *Act. 2* S. 313.

legen, welche activ und passiv die Realisirung des gesammten Rechtsverhältnisses durch und gegen die Person eines Einzigen gestattete. In dieser Möglichkeit liegt der wahre, spezifische Zweck der Correalität. Daraus folgte von selbst, daß nur eine einmalige Geltendmachung des Ganzen statthaft sein mußte, da, wenn die wahren Correi neben- oder nacheinander hätten solidarisch klagen oder verklagt werden können, der Zweck der Vereinfachung preisgegeben und nur die Macht der Activseite in unverhältnißmäßiger Weise erweitert worden wäre. Vollends würden nur neue Weitläufigkeiten und Verwickelungen entstanden sein, wenn nicht die von einem oder mit einem Correis vorgenommenen Verfügungsacte für oder gegen die Uebrigen bindend oder wirksam gewesen wären.

Höchstwahrscheinlich sind die gemeinschaftlichen Geschäfte der Handelsjocien die ältesten Correalitätsgeschäfte gewesen, da das Bedürfnis einer einheitlichen Abwicklung sich hier gerade am fühlbarsten machen mußte, wie denn auch vielfach in Quellen Correalität in Verbindung mit Societät erwähnt wird. Demnächst werden auch im gemeinschaftlichen Interesse geschlossene Geschäfte der Miteigenthümer zur Entwicklung der Correalitätsidee beigetragen haben.

Unhaltbar ist die Hypothese¹⁾, daß der Mangel des Princips der Stellvertretung im Legisactionenproceß der Ausgangspunct der Correalobligation gewesen sei, da ihre ganze practische Erscheinung auf eine andere Function und einen Zweck hinweist, der durch Stellvertretung, selbst wenn man diese im weitesten Umfange zugelassen hätte, sich nicht wohl erreichen ließ, indem ein Zwang gegen den Schuldner, sich vertreten zu lassen, sich daraus nicht ergab, vielmehr einer besonderen weiteren Vorschrift bedurft hätte.²⁾

§ 14. Juristische Construction.

Die Correalität beruht ihrem Grundgedanken gemäß darauf, daß trotz einer Mehrheit bestehender, solidarischer Forderungsrechte, sei es eines Gläubigers gegen mehrere Schuldner oder mehrerer Gläubiger gegen einen Schuldner oder mehrerer Gläubiger gegen mehrere Schuldner, doch nur eine einmalige Geltendmachung des identischen Forderungsinhalts gegeben ist, jene Mehrheit also in einer Einheit der Ausübung und Realisirung aufgeht, und die von

¹⁾ Rudorff zu Puchta, Inst. III § 263 n.

²⁾ Hinfällig ist auch die Hypothese von Haurion, origine de la corréalité in der Nouvelle revue de l'histoire de droit francais et étranger VI, 1882, Paris p. 219—240. Derselbe will den Ursprung der Correalität an den Gegensatz von strengem und billigem Recht in der Weise anknüpfen, daß bei der Stipulation sich nicht eine die Befreiung der Mitschuldner im Falle der Zahlung eines Schuldners sichernde Klausel habe anbringen lassen, während dies bei den bonae-fidei-Contracten statthaft gewesen sei p. 234—235: au droit stricte la corréalité, au droit de bonne foi la simple solidarité. Er will auf diese Weise die von Demangeat p. 184—185, 201, 401—403, 408—417 gemachte, aber keineswegs neue Unterscheidung zwischen strenger und freier Klage (s. oben S. 54 Note 3) rechtfertigen. Im Uebrigen ist ihm die Solidarität eine indo-europäische Idee und die Correalität ein Ersatz des Regum! p. 227. An Verhältnisse des alten jus strictum denkt auch Dernburg, Pr. Priv. II S. 114 Note 7.

einem Correis und gegen einen Correis vorgenommene Realisirungshandlung Befreiung für und gegen alle Uebrigen wirkt.

Der correale Zusammenhang beeinflusst zunächst die Intensität und Selbstständigkeit der einzelnen Obligationen, insofern virtuell der Correalgläubiger nur fordern kann, soweit der Forderungsinhalt nicht bereits durch einen Mitgläubiger realisiert ist, und der Correalschuldner nur insofern haftet, als nicht bereits ein Mitschuldner den gemeinschaftlichen Schuldinhalt erledigt hat. Dies ist jedoch nur die Folge des Correalitäts-Princips, nicht aber etwa dahin aufzufassen, daß die einzelnen in dem Correalverhältniß zusammengefaßten Obligationen nur unter der Bedingung Bestand haben, daß nicht bereits eine derselben erfüllt oder realisiert ist. Einen solchen Fall gegenseitig bedingter Obligationen behandelt l. 9 D. de V. O. 45, 1: Si Titius et Seius separatim ita stipulati essent, fundum illum si illi non dederis mihi dare spondes? finem dandi alteri fore, quoad iudicium acciperetur: et ideo occupantis fore actionem. (Pompon.) Jede der beiden Obligationen besteht hier unter der Bedingung, daß nicht die Leistung zuvor an den Gläubiger der anderen Obligation erfolge.¹⁾ Obgleich dieser Fall dem Effecte nach einem wirklichen Correalverhältniß auch insofern gleich kommt, als schon die Litiscontestatio bezüglich der einen den Wegfall der andern bewirkt, besteht doch insofern eine wesentliche Verschiedenheit, als beide Obligationen nur äußerlich durch die gegenseitige Bedingung in einen factischen Zusammenhang gebracht sind. Eher würde sich die durch die Correalität gegebene Zweckbedingtheit d. h. daß auf die Erfüllung einer Obligation der Fortbestand der übrigen gestellt ist, einer *Conditio juris* vergleichen lassen.²⁾ (Rechtliche Voraussetzung.)

Durch den Zweck der Correalität wird aber nur bedingt, daß der Forderungs- oder Schuldinhalt irgendwie einmal zur Geltung und Realisirung gebracht wird, da der Mehrheit der Forderungsrechte keineswegs eine mehrfache Geltendmachung und Ausübung entspricht, sondern für die Gesamtwirkung es so gehalten wird, als wenn nur ein einziges Forderungsrecht und eine einzige Obligation bestände. Hieraus folgt, daß nicht bloß die effective Leistung des eigentlichen Schuldgegenstandes oder eines materiellen Erfüllungsjurrogats, sondern auch alle sonstigen Realisationseffekte, welche durch Ausübung eines Forderungsrechts erzielt werden können, also auch die bloßen formellen Erfüllungsjurrogate, wie Acceptilation, Novation, Constitutum und Aehnliches die Lösung und Beseitigung des Schuldverhältnisses bezüglich der übrigen Correi herbeiführen müssen.

Diese Wirkung der formalen Solutionseffekte auf das Correalverhältniß hat sich jedoch erst allmählig Anerkennung verschafft. Das Dispositionsrecht des Correalgläubigers mit Wirkung gegen die Mitgläubiger scheint ursprüng-

¹⁾ Nicht, wie Fitting S. 146 meint, unter der Bedingung, daß die Wahl auf sie fallen werde.

²⁾ Aehnliches postuliert Fitting S. 147 für seine Construction des Correalverhältnisses.

lich auf Zahlungs- und Klageerhebung beschränkt gewesen und erst später, etwa zu den Zeiten des Venulejus, in seiner Ausdehnung auf Novation und Acceptilation allgemein anerkannt worden zu sein, wie dies unverkennbar aus l. 31 § 1 D. de novat. 46, 2 erhellt:

Si duo rei stipulandi sint, an alter jus novandi habeat, quaeritur, et quid juris unusquisque sibi adquisierit. fere autem convenit, et uni recte solvi, et unum iudicium petentem totam rem in litem deducere, item unius acceptilatione perimi utriusque obligationem, ex quibus colligitur, unumquemque perinde sibi adquisivisse ac si solus stipulatus esset, excepto eo, quod etiam facto ejus, cum quo commune jus stipulantis est, amittere debitorem potest. secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, cum id specialiter agit; eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus (Venulejus). Die Ausdehnung auf Novation und Acceptilation war ganz consequent, da diese Akte nicht weniger, wie Zahlungs- und Klageerhebung, Arten der Realisirung und geschäftsmäßigen Abwicklung und in ihren Effecten nach der wirklichen Zahlung gleichzustellen sind. Wenn in der Stelle von dem „jus novandi“ des Correal-Gläubigers gesprochen wird, so kann sich dies nicht sowohl auf die selbstverständliche Befugniß, das eigene Forderungsrecht zur Novation zu bringen, als vielmehr auf die Befugniß zur Verfügung über das ganze gemeinschaftliche Recht und die dieses absorbirende Wirkung des von ihm vorgenommenen Novationsaktes beziehen. Hierzu kommt, daß der Correalgläubiger, sollte er das Gesamtrecht selbstständig geltend machen können, auch zur Acceptilation und Quittungsleistung befugt sein mußte. Der Solutionscharakter der Acceptilation und Novation¹⁾ wird gerade mit Bezug auf das Correalverhältniß²⁾ hervorgehoben, jedoch nicht in dem Sinne einer Fiction der wirklichen Zahlung, so daß deshalb nochmalige Zahlung ausgeschlossen wäre, sondern nur in dem Sinne, daß jene Akte als Realisirungsakte im Gegensatz zu den bloß subjectiv wirkenden Ereignissen, wie Capitisdeminutio und Confusio, gekennzeichnet werden.³⁾

Die dargelegte Entwicklung des Dispositionsrechts des Correalgläubigers zeigt ein willkürliches Moment in der Correalitätsidee und beweist, daß die Correalitätswirkungen nicht durch irgend ein formales Princip, wie das der Einheit der Obligation oder der Identität der res, sondern lediglich durch den practischen Zweck bestimmt werden, und es also, hier ein Weniger

¹⁾ Acceptilation: l. 5. l. 13 § 4. l. 21 D. de acceptil. 46, 4. l. 7 § 1 D. de lib. leg. 34, 3. § 1 J. quib. mod. obl. toll. 3, 29. Gaj. III § 169 cfr. l. 16 D. de sol. 46, 3. Novation: l. 21 § 3 D. de annuis leg. 33, 1. l. 19 § 4 D. de don. 39, 5.

²⁾ l. 31 § 1 D. de nov. 46, 2. l. 16 pr. D. de acceptil. 46, 4 cfr. l. 2 D. h. t. 45, 2. l. 13 § 12 D. de acc. 46, 4. l. 82 § 5 D. de leg. 1, 30. l. 3 § 3. l. 29 D. de lib. leg. 34, 3. l. 12 § 3 D. de inoff. test. 5, 2.

³⁾ Unrichtig ist daher die von Fitting, Correaloblig. S. 48, 58 gezogene Folgerung, daß jene schon bei bloßer Solidarität Befreiung für die übrigen Schuldner wirken müssen.

oder Mehr geben konnte, je nachdem man dem Zweckgebiet engere oder weitere Grenzen zog. Die für oder gegen die übrigen Correi eintretende Befreiung hat aber ihren Grund lediglich in dem von dem Einen oder mit dem Einen vorgenommenen Erfüllungs- und Realisirungsacte, nicht aber darin, daß etwa es so angesehen würde, als hätten auch die Uebrigen erfüllt und realisirt, gezahlt, novirt, acceptoservirt oder constituir. ¹⁾ Hieraus ergibt sich die wichtige Consequenz, daß die Aufhebung der Obligationen der übrigen Correi in Folge der Erfüllungshandlung des Einen stets ipso jure geschieht, da mit dem Eintritt dieser letzteren eine ihrer Existenzbedingungen fortfällt, und es also für ihre Aufhebung allein darauf ankommt, daß ein Realisirungs- oder Erfüllungsact geschehen, nicht aber auf die Beschaffenheit desselben, insbesondere nicht darauf, ob er zugleich die Obligation des Handelnden und Erfüllenden aufhebt oder nicht, und im ersteren Fall, ob er die Aufhebung ipso jure oder ope exceptionis bewirkt. Zugleich leuchtet ein, daß die Präoccupation Seitens eines Gläubigers oder die Election eines Schuldners für die Obligationen der übrigen Correalgläubiger oder Correalschuldner ohne alle Bedeutung ist, sofern nicht ein Realisirungs- oder Erfüllungseffect hinzutritt, und also ein solcher für die Aufhebung der Obligationen das allein Entscheidende ist. ²⁾

Die Einheit der Erfüllung mußte consequent auch auf die Præstatio der culpa ausgedehnt werden, da diese nur der secundäre Inhalt der Obligation ist und die Realität des Correalverhältnisses erfordert, daß die Haftung der Mitschuldner nicht durch die culpose Handlung des Einen beseitigt wird. Nicht im Princip lag dagegen die Erstreckung der Mithaftung auf die Folgen der mora. ³⁾

Die einheitliche Gesamtwirkung des Correalverhältnisses wird in den Quellen treffend durch die Bezeichnungen: ⁴⁾ unum debitum, una obligatio, idem debitum, eadem obligatio ausgedrückt, da sie, unbeschadet der auch anderweit anerkannten und sich bethätigenden Obligationenmehrheit, ⁵⁾ sich in der That als die einer einzigen Obligation mit einer Mehrheit von Subjecten entsprechende darstellt. Ebenso treffend und das Verhältniß sogar noch

¹⁾ l. 16 D. accept. 46, 4: caeteri quoque liberantur, non quoniam ipsis accepto latum sit, sed quoniam velut solvisse videatur is, qui acceptilatione solutus est. l. 71 pr. D. de fidej. 46, 1: justa dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia an persona tantum exempta confusa obligatione.

²⁾ Hierin liegt ein gewichtiges Argument gegen Fitting's Auffassung, S. 186—193. In den von ihm angeführten Stellen, soweit sie hier in Betracht kommen, ist electio nur der prägnante Ausdruck für die Citiscontestatio §. B. l. 1, 2 C. de fidej. tut. 5, 57, Paul. Rec. Sent. II, 17 § 16. l. 52 § 3 D. de fidej. 46, 1: — si unus iudicio eligatur.

³⁾ Siehe unten § 15, § 17.

⁴⁾ l. 9 pr. D. de pact. 2, 14. l. 71 pr. D. de fidej. 46, 1; l. 3 § 1 D. h. t. 45, 2; l. 116 D. de V. O. 45, 1. l. 14 D. rat. rem hab. 46, 8. l. 16 pr. D. de accept. 46, 4 u. a. siehe Fitting S. 15—20.

⁵⁾ l. 9 § 2 D. h. t. 45, 2, l. 5 D. de fidej. 46, 1, l. 21 § 4 D. eod., l. 3 pr. l. 13 D. h. t. 45, 2, l. 128 D. de V. O. 45, 1, l. 93 § 2 D. de sol. 46, 3.

R y f., Lehre von den Schuldverhältnissen.

tiefer erfassend sind die Bezeichnungen: ¹⁾ communis obligatio, commune jus, duo pluresve ejusdem obligationis participes, ejusdem obligationis socii, si cum alio sim debitor. Die Correi sind nicht, wie die Eigenthümer Theilhaber derselben Sache, so buchstäblich Theilhaber derselben Obligation, da ihre Obligationen eben Solidarobligationen sind, sondern die Gemeinschaftlichkeit macht sich bei ihnen auf indirecte Weise geltend, insofern der Verfügungs- oder Erfüllungsact des Einen auch Recht und Pflicht des Andern, also den ganzen gemeinschaftlichen Obligationseinhalt ergreift, den Einen zu Gute kommt und den Andern präjudicirt. Ideelle Theilung der Obligation war es gerade, was den Römern nicht practisch erschien und was sie durch die Correalität vermeiden wollten. ²⁾ Charakteristisch sind endlich auch die Ausdrücke, welche die Gleichmäßigkeit und Gleichzeitigkeit des Begründungsactes bezeichnen. ³⁾

Der Correalitätsgedanke mag zuerst im Rechtsverkehr in rohen Umrissen und mit höchstwahrscheinlicher Beschränkung auf den Fall der Litiscontestatio in entsprechenden Verlaufsformirungen der Stipulationen, ⁴⁾ zum Ausdruck gekommen sein, ⁵⁾ bis die Jurisprudenz sich des auftauchenden neuen Rechtsgedankens bemächtigte, für ihn eine besondere Form erschuf und das in dieser Form abgeschlossene Rechtsgeschäft nach der Absicht der Parteien interpretirte. Wenngleich die sorgfältig für diesen Zweck componirte Correalstipulation nur eine Reihe unter sich zusammenhängender Obligationen ergab und in keiner Weise die eigenthümlichen Correalitätswirkungen erkennen ließ, ⁶⁾ wurde sie doch als der wirkliche, wenngleich vereinfachte und abgekürzte Ausdruck des Correalitätswillens angesehen und mit den intendirten Wirkungen ausgestattet.

Von der Methode der alten Cautelarjuristen, die überlieferten Geschäfts-

¹⁾ l. 34 § 1 D. de sol. 46, 3; l. 31 § 1 D. de nov. 46, 2. l. 16 D. de accept. 46, 4. l. 14 D. rat. rem. hab. 46, 3. l. 3 § 3 D. de lib. leg. 34, 3. Willkürlich unterscheiden bei dieser Ausdrucksweise ältere und neuere Interpreten mit der Glosse ein Societätsverhältniß unter den Correi. Siehe hierüber Lando Landucci, p. 97—101. Nichtig auch Demangeat, p. 265.

²⁾ Vgl. Windscheid, Krit. Ueberschau 6, S. 220. Pand. § 293, Not. 5.

³⁾ l. 9 pr. D. h. t., 2: apud duos pariter deposui, duobus similiter (simul Vulg.) commodavi l. 9 pr. D. de pact. 2, 14, l. 34 pr. D. de acc. 4, 8: plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt, simul eunt l. 2 C. h. t. 8, 40: cum quo communiter mutuum pecuniam accepi l. 28 D. de stip. serv. 45, 3.

⁴⁾ Etwa in der l. 9 D. de V. O. 45, 1 (s. oben S. 63) erwähnten Art, nur daß man nicht separatim, sondern simul stipulirte.

⁵⁾ So schon Helmolt S. 140, 141.

⁶⁾ J. B. utriusque vestrum spondeo. pr. J. h. t. 3, 17. spondetis? spondemus l. 4, D. h. t. 45, 2 l. 3 pr. D. eod. l. 28 § 2 D. de stip. serv. 45, 3 l. 7 § 1 D. de auct. tut. 26, 8. Die Ansicht (Ribbentrop S. 113 fgd., Fitting, S. 87 Note 101, Panzerow, § 573 Anm. 2), daß Gleichzeitigkeit und also strenge Einheit des Actes nach späterem klassischem Recht nicht mehr erforderlich gewesen sei, ist unbegründet. S. besonders dagegen mit Recht: Liebe, Stipul. 214 fgd. Kunze, Oblig. S. 166 fgd. und Weibel. S. 80 fgd. l. 8 § 5 l. 16 D. de nov. 46, 2 beziehen sich auf bloße Solidarobligationen. f. S. 61, Note 3. Ueber l. 9 § 2 D. h. t. f. S. 67, Note 4. Vgl. Besser, Act. 2 S. 312—314.

formen den neu auftretenden Verkehrszwecken anzupassen, liefert die Rechtsentwicklung der Republik zahlreiche Beispiele. ¹⁾ Aus dem Gebiete des Obligationenrechts lassen sich hierfür außer der Correalstipulation die eigenthümlichen Stipulationscombinationen anführen, wie sie sich in der adstipulatio und adpromissio finden (Gaj. 3 § 110—117). Der wörtliche Inhalt dieser Acte würde für das Verhältniß der Haupt- und Nebencontrahenten nur auf Identität des Gegenstands und Solidarität führen; daß man nichtsdestoweniger hier eine Erstreckung von Forderung und Schuld, Accessionsqualität und Identität der res annahm, erklärt sich nur aus dem zu Grunde liegenden, den Formalact beherrschenden Zweckgedanken. Daß man umgekehrt eine derartige Behandlung nicht bei dem constitutum debiti alieni oder der ohne Novationsabsicht vorgenommenen Stipulation eines debitum alienum eintreten ließ, erklärt sich wieder nur aus der Verschiedenheit des dabei verfolgten practischen Zweckes. Ein beinahe gewaltthames Eingreifen des Zweckgedankens aber war es, daß man in gewissen Fällen die accessorische Stipulation und Promission, trotz der Wichtigkeit der Hauptobligation aufrecht erhielt (Gaj. 3 § 119). Auch das, was Gajus für das Verhältniß des Adstipulator als Singularitäten bezeichnet (Unvererblichkeit, Ausschluß des Forderungserwerbes durch den Gewalthaber des Adstipulator, Aufhören des Gewaltverhältnisses ohne capitis deminutio als Voraussetzung des Klagerichts des Adstipulators) ist durch den Zweck gegebene, nothwendige Folge.

§ 15. Erfordernisse.

Die Correalität setzt einen identischen Obligationseinhalt voraus und erfordert daher wesentliche ²⁾ Identität des Gegenstandes:

1) in Bezug auf die Leistungspflicht,

2) in Bezug auf die Prästationspflicht.

Die Leistung darf nicht für jeden Correus eine verschiedene, insbesondere auch nicht je nach der Person des Berechtigten oder Verpflichteten von verschiedenem Werth oder Character sein. ³⁾ Bedingungen und Zeitbestimmungen beeinträchtigen die Identität des Gegenstandes nicht wesentlich und kann daher die Obligation des einen Correus bedingt oder befristet, die des andern unbedingt oder unbefristet, oder verschieden bedingt und befristet sein. ⁴⁾ Die

¹⁾ J. B. coemptio fiducia causa, Usureceptio, Mancipationstestament. S. hierüber Thering, Geist 3 (1865) S. 265—278. II (1869). S. 514 Note 687. S. 517—521. S. jedoch Rudorff zu Buchta, Justit. 3, § 306 Note g, § 285 Note f. Gaj. I § 114, 115b, 118.

²⁾ l. 9 § 2 D. h. t. 45, 2: et si maxime parem causam suscipiunt, nihilominus in cujusque persona propria singulorum consistit obligatio.

³⁾ l. 15 pr. D. h. t. 45, 2: veluti cum usumfructum aut dotis nomine stipulemur, dagegen: fabri ejusdem peritiae easdem operas promittunt, l. 5 D. h. t.

⁴⁾ l. 7 D. h. t. § 2 J. h. t. Bei verschiedenen Wohnorten der Schuldner kann sich stillschweigend für jeden Schuldner eine besondere Zahlungsfrist ergeben. Auf verschiedene Wohnorte, nicht aber auf verschiedene Stipulationsorte bezieht sich l. 9 § 2 D. h. t.: ex persona cujusque ratio proprii temporis habebitur. S. Weibel, S. 87, 88 gegen Fitting, S. 87 Note 101.

verschiedenheit des Zahlungsortes kann hingegen wegen der möglichen Verschiedenheit des Ortsinteresses die Identität der Leistung ausschließen.¹⁾

Die Haftung für culpa muß ferner bei allen Correis eine gleichmäßige sein, da sonst die Identität des secundären Obligationseinhalts, der Einstandspflicht aufgehoben werden würde.²⁾

Dagegen ist eine gleichmäßige Vertretung der Mora nicht geboten, weil hierbei nur eine für die Identität des Obligationseinhalts unwesentliche Beziehung: die Erfüllungszeit in Betracht kommt.

§ 16. Wirkungen der Correalität.

Außer I. der Zahlung (solutio, datio in solutum, Compensation) Acceptilation und Novation bewirkt auch II. das Constitutum vermöge seines solutorischen Characters für sich allein die Befreiung des Constituenten von den übrigen Correalgläubigern und folgeweise die der Mitschuldner von dem gemeinschaftlichen Gläubiger.³⁾ Der Correalgläubiger, welchem der Schuldner constituit hat, ist loco ejus, cui jam solutum est, d. h. im Sinne des Correalitätsprincips muß schon das bloße Constitutum als Realisationsact gelten, da der Schuldner dem einen Correalgläubiger gegenüber eine neue Verbindlichkeit eingeht. Es wäre principwidrig, wenn er trotzdem den Angriffen der übrigen Correalgläubiger preisgegeben sein sollte. Besteht man dem einen Correalgläubiger zu, nach eignem Ermessen über die Forderung zu verfügen, insbesondere sie zu noviren, so muß ihm umsomehr zugestanden werden, durch Constitutum mit dem Schuldner die Geltendmachung derselben ausschließlich auf sich zu fixiren. Wenn formell auch in keiner Weise von einer Novation, insbesondere auch nicht von einer prätorischen Novation⁴⁾ die Rede sein kann, so ist doch der öconomische Effect eines solchen Constitutum einer Novation sehr wohl vergleichbar. Die Annahme v. Savigny's (Oblig. I S. 168), daß Paulus, der Verfasser der l. 10 D. de pecunia constituta,

¹⁾ Donellus, Comment. ad tit. C. de duob. r. c. 4 § 3.

²⁾ l. 9 § 1 D. h. t. Sed si quis in deponendo penes duos, paciscatur ut ab altero culpa quoque praestaretur, verius est non esse duos reos, a quibus impar suscepta est obligatio. Nachträglicher Erlaß der culpa an den Einen dagegen zulässig.

³⁾ l. 8 D. de pec. constit. 13, 5 Si vero mihi aut Titio constitueris te solutum, mihi competit actio. Quodsi posteaquam soli mihi te solutum constituisti, solveris Titio, nihilo minus mihi teneberis (Paulus l. 29 ad Ed.).

l. 9 eod: Titius tamen indebiti conditione tenebitur, ut, quod ei perperam solutum est, ei, qui solvit, reddatur (Papin. l. 8 Quaest.). l. 10: Idem est, et si ex duobus reis stipulandi alteri constitutum, alteri postea solutum est, quia loco ejus, cui jam solutum est, haberi debet is, cui constituitur (Paulus l. 29 ad Ed.).

§. über diese Stellen Fitting S. 130—135 u. Gutschke, krit. Versuche, in Arch. f. civilist. Pragis Bd. 65 (1882) S. 240—247, welcher mit Recht die willkürliche Auslegung Serafini's (Arch. giur. XVII p. 401—410, XVIII p. 13—14) widerlegt. Willkürlich auch Landucci S. 226, der unterstellt, daß der eine Correalgläubiger den andern zum Procurator für die actio constitutoria ernannt habe.

⁴⁾ Wie Kunze, Oblig. S. 196—202 annimmt. Dagegen insbesondere Fitting a. a. D. S. 133 Note 165.

zufolge einer älteren, später verworfenen Meinung das Constitutum als Tilgungsgrund der Forderung angesehen habe, ist unhaltbar, da nachweislich Paulus diese ältere Ansicht nicht gehabt hat, und von derselben Ansicht wie Ulpian und Gajus (l. 19, 23 D. de pec. const. 13, 5) ausgegangen ist.

III. Litiscontestation und Urtheil.

Die Litiscontestation

hat Solutionseffect,¹⁾ weil sie den Verklagten dem künftigen Judicium unterwirft, dem Kläger den Condemnationsanspruch verschafft und insofern der Novation vergleichbar ist. Hiernach ist die befreiende Wirkung derselben für und gegen alle Correi nicht sowohl auf die mit ihr allerdings gleichzeitig eintretende directe oder indirecte Klagenconsumption, als vielmehr auf ihre Bedeutung als Realisierungsmittel zurückzuführen. Daraus entscheiden sich mit Sicherheit folgende Punkte:

1. Nach der herrschenden Ansicht soll die Befreiung der übrigen Correi bald ipso jure bald per exceptionem eintreten, je nachdem directe oder indirecte Klagenconsumption vorliegt. Dem steht schon die Ausdrucksweise der Quellen entgegen, welche ohne Unterschied der Fälle von der Befreiung der übrigen Correi und schlechtweg von Lösung des gesammten Verhältnisses reden.²⁾ Daß derartige Aussprüche auf die Fälle der directen Consumption zu beschränken sind, läßt sich bei der rückhaltlosen Allgemeinheit derselben nicht annehmen. Gegen jene Ansicht spricht ferner der innere Grund, daß die Consumptionswirkung zunächst nur für das Verhältniß der Proceß-Parteien selbst Platz greift und auf andere Personen nur bei obwaltender Identität der res erstreckt werden kann (z. B. auf Bürgen, Successoren). Nach dem vorentwickelten Princip der Correalität macht ein von einem Correis oder gegen einen Correis vorgenommener Realisationsact die Obligation aller Uebrigen von selbst hinfällig und gegenstandslos und muß daher die Aufhebung ihrer Berechtigung und Verbindlichkeit ipso jure eintreten. Mit der Consumptionswirkung der Litiscontestation steht dies somit in keinem Zusammenhang.

Dagegen muß die Klagenconsumption bei allen accessortischen Schuldverhältnissen wegen der Identität der res ihre volle und unmittelbare Wirkung äußern. Demgemäß wird dem Bürgen die exceptio rei judicatae gegeben, l. 7 § 1 D. de exc. 44, 1: Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt: ut rei judicatae, doli mali, jurisjurandi, quod metus

¹⁾ Eingehend begründet dies Kunze, Oblig. S. 180 fgd., welcher die Litiscontestation zu den „formalen Solutionen“ oder „theoretischen Solutionssurrogaten“ rechnet, und die anscheinend entgegenstehende l. 11 pr. D. de pign. act. 13, 7: Solutum non videtur, si lis contestata cum debitore sit, vel si fidejussor conventus fuerit zutreffend damit beseitigt, daß die Litiscontestation nur nicht als Befriedigung in dem Sinne gelten kann, um die Lösung des Pfandes zu bewirken. §. dagegen Fitting, a. a. D. S. 59, Note 62.

²⁾ l. 116 de V. O. 45, 1. l. 29 D. de lib. leg. 34, 3. l. 28 C. de fidej. 8, 41 vgl. l. 52 § 3 D. de fidej. 46, 1. l. 13, 71 pr. D. eod. l. 2 C. de fidej. tut. 5, 57. Paul. Rec. Sent. II, 17 § 16. Fitting, S. 208—209. Fitting, S. 209, Note 232.

causa factum est. (Paul.). Mit Unrecht meint Fitting (S. 211—213), daß der Bürge selbst in den Fällen der indirecten Consumtion die mit dem Hauptschuldner geschehene Litiscontestation nicht mittelst exceptio, sondern durch Negation hätte geltend machen müssen. Der Gesichtspunct der subjectiv-alternativen Obligation, von welchem er hierbei ausgeht, ist, wie schon für die reine Correalität, so vollends für das Verhältniß der accessorischen Obligation zur Hauptschuld unhaltbar.¹⁾ Letzteres wird vielmehr in der fraglichen Beziehung lediglich durch die Identität der res beherrscht und kann daher der Bürge nur in derselben Weise, wie der Hauptschuldner selbst, die mit diesem bereits erfolgte Litiscontestation geltend machen.

Dasselbe gilt für die actiones adjecticiae qualitatis, l. 21 § 4 D. de exc. rei jud. 44, 2: Si pro servo meo fidejusseris et mecum de peculio actum sit, si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re iudicata (Pompon.).

Wo es dagegen an der Identität der res fehlt, erstreckt sich die Consumtionswirkung nicht über die Proceßparteien hinaus. Einen solchen Fall behandelt l. 23 D. de tutelae 27, 3: Convento herede tutoris iudicio tutelae curatorem ejusdem neque ipso jure liberatum videri neque exceptionem rei iudicatae ei dandam. idemque in heredibus magistratum observandum (Paul.).

2. Aus dem vorentwickelten Princip erklärt sich ferner, warum durch Litiscontestation mit einem Correus die Obligation der Uebrigen aufgehoben wird, ohne daß für sie, wie für den proceßirenden Correus, eine naturalis obligatio zurückbleibt. Nach dem Zweck der Correalität soll nur eine einmalige Geltendmachung und Verwirklichung stattfinden und fehlt es daher, wenn mit einem Correus die Litiscontestation geschehen, an jedem Grunde zur Annahme von Naturalobligationen für die Uebrigen, vielmehr erscheint das gänzliche Erlöschen ihres Obligationsverhältnisses als das der Natur der Sache allein Entsprechende. Ebendeshalb ist nach der Litiscontestation mit einem Correalgläubiger an einen Andern Zahlung nicht mehr zulässig und kann das Gezahlte condicirt werden: Ex duobus reis stipulandi si semel unus egerit, alteri prommissor offerendo pecuniam nihil agit l. 16 D. h. t. 45, 2 cfr. l. 9. l. 10 D. de pec. const. 13, 5.

Anderß verhält es sich dagegen mit dem Bürgen. Die civilis obligatio desselben wird beseitigt,²⁾ dagegen besteht für ihn — was nothwendig aus

¹⁾ Ein künstlicher Ausweg ist es, wenn Fitting, die l. 7 § 1 cit. nur auf Fälle beziehen will, in denen dem Bürgen „unter allen Umständen“ und selbst wenn man die Geltendmachung mittelst exceptio verweigert, „nur durch eine exceptio rei iudicatae geholfen werden könne, wie z. B. wenn der Bürge sich für Ansprüche aus einer Communio verbürgt hat, in einem zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner geführten Proceß aber die Nichtexistenz der Communio entschieden worden ist. Dagegen hat Fitting darin Recht, daß aus der l. 7 § 1 cit. für die herrschende Lehre Nichts herzuleiten ist.

²⁾ l. 60 D. de fidej. 46, 1: Ubicumque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri respondit. cum vero genere novationis transeat obligatio, fidejussorem aut jure aut exceptione liberandum. (Scaevola).

der Identität der res folgt — die naturalis obligatio fort, wie für den belangten Hauptschuldner selbst.

3. Wenn endlich nur die Bedeutung der Litiscontestation als Realisirungsmodus, nicht aber die mit ihr verbundene Proceßconsumtion den Grund für die Befreiung der nicht belangten Correalschuldner bildete, so erklärt sich, warum diese von dem Wegfall der Proceßconsumtion unberührt blieb und es, um ihr zu begegnen, einer besonderen Vorschrift im justinianischen Recht bedurfte, nämlich der l. 28 C. de fidej. 8, 41 (531): Idemque (sc. quod in mandatoribus et fidejussoribus) in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praedictum creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat. Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur, et in usu quotidiano semper hoc versari adspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur? . . .

Wie der Wortlaut und die ganze Motivirung zeigt, will das Gesetz nur eine Aenderung auf Seiten der passiven Correalität¹⁾ einführen und den Obligationeninhalt für Correi wie für Bürgen dahin erweitern, daß auch nach der Litiscontestation mit einem Mitschuldner die übrigen Schuldner bis zur völligen Befriedigung des Gläubigers verhaftet bleiben, so daß sich fortan bei dem Correalvertrage rechtlich von selbst verstehen soll, was vordem erst durch besondere Sautelen festgesetzt werden mußte.²⁾

Diese Erweiterung ist sehr wohl vereinbar mit dem ursprünglichen Character der Correalität und der Bedeutung der Litiscontestation als Realisirungsact. Im Uebrigen ist das Recht der Correalobligation unverändert geblieben, und äußert noch seine practischen Unterschiede von dem der Solidarität in der Wirkung der Acceptilation, Novation, des Cides und des Constitutum.

Urtheil.

Das für oder gegen einen Correus ergangene Urtheil, sei es freisprechend oder verurtheilend, ist allen übrigen Correi gegenüber ohne jegliche Bedeutung, da sie — von der Neuerung der l. 28 C. cit. abgesehen — schon mit der mit oder von dem Einen vorgenommenen Litiscontestation ipso jure ausscheiden und also der exceptio rei iudicatae überhaupt nicht bedürfen. Hieraus erklärt sich das gänzliche Stillschweigen der Quellen über diesen Fall.³⁾ Die Litiscontestation des einen Gläubigers schließt auch im neuesten Recht alle übrigen Gläubiger aus, da l. 28 C. cit. in dieser Beziehung Nichts geändert hat.⁴⁾ Nach dem Sinne der l. 28 C. cit. kann aber ferner der

¹⁾ So auch Fitting S. 239—245 und die daselbst S. 243, Note 261 Citirten.

²⁾ Z. B. quanto minus ab eo consequi possit, l. 116 D. de V. O. 45, 1. l. 21 D. de solut. 46, 3. l. 150 D. de V. S. 50, 16. l. 42 pr. D. de reb. cred. 12, 1. cfr. l. 29 D. de lib. leg. 34, 3, dazu: Keller, Litis. u. II. S. 454—457. Fitting, S. 234 Note 256.

³⁾ Brinz, Nr. 4 S. 30. Fitting, S. 71.

⁴⁾ Geseignat v. Brinz, Nr. 4 S. 34.

Gläubiger nach erfolgter Litiscontestation mit einem Schuldner die übrigen Schuldner nur dann in Anspruch nehmen, wenn er gegen den zuerst belangten Schuldner ein verurtheilendes Erkenntniß erstritten hat, und die Zwangsvollstreckung fruchtlos gewesen ist. Die Berufung auf das Erkenntniß nützt hier dem später Belangten Nichts. Für den Fall eines freisprechenden Erkenntnisses verbleibt es dagegen bei der befreienden Wirkung der Litiscontestation für die übrigen Schuldner.¹⁾

Die Frage, ob auf Grund des von einem oder gegen einen Correuus erstrittenen Erkenntnisses von einem anderen Correuus oder gegen einen anderen Correuus die *actio iudicati* angestellt werden kann,²⁾ erübrigt sich, insoweit schon die Litiscontestation Befreiung wirkt, und ist des Weiteren zu verneinen.

Bei accessorischen Verhältnissen kann dagegen das freisprechende Urtheil für den Haupt- oder Nebenschuldner die *exceptio rei iudicatae* begründen, wie das denn auch in l. 42 § 3 D. de iurej. 12, 6 l. 7 § 1 D. de exc. 44, 1 ausdrücklich anerkannt wird. Der Grund hiervon liegt in der Identität der res.³⁾

IV. *Confessio in iure* und Eid (außergerichtlicher Eid und *jurandum in iure delatum*) sind Realisirungsacte, Surrogate der Litiscontestation bezw. des Urtheils und wirken wie diese, für die handelnd aufgetretenen Correi ipso iure,⁴⁾ für den Bürgen und den Hauptschuldner durch *exceptio*.⁵⁾

Die Wirkung für die Correi tritt nicht sowohl erst mit der Ableistung oder der entschiedenen Nichtleistung des Eides, als vielmehr schon mit der verpflichtenden Delation ein (Kunze, S. 209).

Daß im Fall eines konstitutivischen Eides, d. h. wenn ein Gläubiger das Dasein der Schuld beschwört (*sibi dari oportere*) die daraus entspringende *actio ad factum* nicht den übrigen Gläubigen oder nicht gegen die übrigen Schuldner zusteht, erklärt sich einfach daraus, daß nur für Denjenigen, der den Eid geleistet und nur gegen Denjenigen, der den Eid zu- oder zurückgeschoben hat, ein Recht erworben ist.

V. Indifferente Acte.

1. Nach dem entwickelten Princip können Acte, welche nicht die Realisirung des gemeinschaftlichen Obligationseinhaltes bezwecken, für das Rechts-

¹⁾ In dieser Hinsicht richtig Brinz, S. 34.

²⁾ E. darüber v. Savigny, *Dbl.* I S. 191.

³⁾ Unhaltbar ist die Erklärung der ersten Stelle durch Kunze, *Oblig.* S. 213, 214, welcher meint: Pomponius habe „sich etwas ungenau ausgedrückt“ und „offenbar einen liberatorischen Eid im Sinne“ gehabt.

⁴⁾ l. 28 D. de iurej. 12, 2: In duobus reis stipulandi ab altero delatum *jurandum* etiam alteri *nocebit*. l. 28 § 3 eod.: Ex duobus reis promittendi eisdem pecuniae alter *juravit*, alteri quoque *prodesse* debet.

⁵⁾ l. 42 pr. D. eod.: An creditor si a fidejussore petit, *excludendus* sit *exceptione iurisjurandi*? . . . et fidejussoribus *exceptionem dari* debere existimavimus § 3: Si fidejussor *juraverit*, se dare non oportere, *exceptione iurisjurandi reus* promittendi tutus est. § 3: item, si reus *juravit* fidejussor tutus sit. l. 28 § 1 eod.

verhältniß der nichthandelnden Correi im Allgemeinen nicht in Betracht kommen, sondern muß ihre Wirkung auf das Verhältniß Derjenigen, zwischen denen sie stattfinden, beschränkt bleiben. Zum Zweck der Realisirung des Obligationseinhaltes ist aber erforderlich, daß der Verpflichtete im Sinne desselben irgend Etwas leistet oder sich von Neuem zu Etwas bedingt oder unbedingt verbindlich macht und ein neuer Rechts- und Schuldinhalt producirt wird.

2. Der Realisationseffect fehlt daher dem Erlaßvertrag, Vergleich und Kompromiß.

Das *pactum de non petendo* (Erlaßvertrag) steht im directen Widerspruch mit dem Zweck der Realisirung, indem es das Fallenlassen des Rechts und die Abstandnahme von der Realisirung bezweckt. Es kann daher nur für und gegen den pacisirenden Correuus selbst wirken, ohne Unterschied ob es in rem geschlossen ist oder nicht.

Selbst beim Vorhandensein eines Societätsverhältnisses unter den Correalgläubigern hindert der von dem Einen bewilligte Erlaß die Uebrigen an der Geltendmachung des ganzen Forderungsbetrages nicht.

Der Societät gegenüber steht einem Correalgläubiger der Erlaß grundsätzlich nicht zu.¹⁾

Die *exceptio pacti* wirkt zunächst unmittelbar für und gegen den Paciscenten, für die Mit- oder Nebenschuldner des Paciscenten nur insoweit, als ihm dies unmittelbar zu Gute kommt, gegen die Mit- oder Nebengläubiger des Paciscenten aber überhaupt garnicht,²⁾ mögen sie in einem Societätsverhältniß stehen oder nicht. Ohne alle Beziehung auf den letzteren

l. 7 § 1 D. de exc. 44, 1 l. 1 § 3 D. quar. rer. 44, 5. Ebenso erklärt sich die nicht von einem Correuus, sondern von einem fidejussor *iudicio sistendi causa* datus handelnde l. 28 § 2 D. de iurej. 12, 2. Der Eid dieses fidejussor: *se nihil praestare oportere*, wenn im Sinne geleisteter Zahlung geschehen, giebt dem Hauptschuldner die *exc. juris*., weil ein fidejussor dieser Art einem fidejussor *debiti* gleichzustellen ist, insofern er den Schuldbetrag als das Interesse seiner Gestellungspflicht zu leisten, damit aber mittelbar die Schuld auf sich erstreckt hat. Diese Erstreckung, Identität der res also, nicht aber schon der Solutionscharacter des Eides für sich, wie Fitting S. 76 will, erklärt es, daß der Hauptschuldner die *exc.* hat.

¹⁾ 27 pr. de pactis 2, 14:

Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat *exceptio*? Neratius, Atilicianus, Proculus nec si in rem pactus sit, alteri nocere; tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo, nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur; sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi, quod crediderint, licet novare non possint. Quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est (Paulus.) Mit Kraut, de argentariis p. 49 ist anzunehmen, daß diese Aeußerung des Labeo nur einen unterstützenden Grund für die verneinende Entscheidung der aufgeworfenen Frage bildet, nicht aber damit den argentarii socii die Befugniß zum Noviren hat abgesprochen werden sollen. Gerade im Geschäftsverkehr derselben mußte sich das Bedürfniß einer erleichterten Abwicklung der Schuldverhältnisse sehr fühlbar machen. Vgl. Bangerow, *Pand.* III § 573 Anm. 5 l. 2. E. dagegen v. Savigny, *Dbl.* I S. 174 Note v.

²⁾ Diese Sätze werden in der l. 21 § 5, l. 27 pr. § 1 D. de pact. 2, 14 anerkannt.

Satz ist es, daß nach l. 34 pr. D. de receptis 4, 8 die Conventionalstrafe die ein Gläubiger für den Fall, daß er einem Compromiß zuwider gegen den Schuldner klage, versprochen hat, auch in dem Fall als verwirkt gelten soll, daß ein mit ihm associirter Mitgläubiger klagt. Denn hierbei handelt es sich nicht um eine Wirkung des Pactums gegen die Klage des Mitgläubigers, sondern nur um die Frage, ob mit einer solchen Klage unter der gedachten Voraussetzung der Contraventionsfall ebenfalls gegeben ist (et fortasse poterimus ita fidejussoribus conjungere, si socii sunt, alias nec a te petitur nec ego peto, nec meo nomine petitur, licet a te petatur).

Wenn ferner nach der l. 25 § 2 D. de pactis 2, 14 aus dem Pactum des Bürgen für den Hauptschuldner unter Umständen eine exceptio doli entspringen soll, so wird doch dabei ausdrücklich anerkannt, daß das Pactum als solches dem Hauptschuldner nichts nützt, ihm daher auch nicht die exceptio pacti zusteht (quamvis fidejussoris pactum reo non prosit, plerumque tamen doli exceptionem reo profuturam, Julianus scribit).

Die Erstreckung der Wirkung des pactum de non petendo auf die Mit- und Nebenschuldner wird nicht aus einer etwaigen Einheit der Obligation, sondern lediglich aus der Rücksicht auf das principale Interesse des pacisirenden Schuldners abgeleitet l. 23 D. de pactis 2, 14: Cum alio conventio facta prodest, sed tunc demum, cum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei, qui pactus est, proficiat, sicut in reo promittendi et his, qui pro eo obligati sunt l. 21 § 5 l. 24 D. eod.

Unhaltbar ist daher auch die Folgerung, daß nach heutigem Recht der directe, d. h. direct auf Unwirksamkeit und Aufhebung des Forderungsrechts gerichtete Erlaßvertrag das Correalverhältniß für und gegen sämtliche Correi zerstören müsse und in dieser Beziehung der römischen Acceptilatio gleichzustellen sei. Diese letztere ist ihrem Wesen nach nichts weniger als ein Erlaßvertrag, indem sie gerade im Gegentheil Zahlung und Erfüllung der Obligation unterstellt, während dieser eben besagt, daß die Obligation nicht erfüllt ist und nicht erfüllt werden soll. Die Bedeutung des Erlaßvertrages für das Correalverhältniß ist somit im heutigen Recht keine andere geworden.¹⁾

Der formlose Vergleich (transactio) hat, soweit er den theilweisen Erlaß der Forderung bezweckt, die Natur eines pactum de non petendo und daher für das Verhältniß der Correi nur die beschränkten Wirkungen eines solchen.²⁾

Der formlose Schiedsvertrag (compromissum) konnte nach römischem Recht nicht als ein Mittel zur Realisirung der Rechte gelten, da er den Schuldner nicht zur Erfüllung des Schiedsspruchs (arbitrium) verpflichtete,

¹⁾ So mit Recht v. Wangerow, Pand. III § 573 Anm. 5 II 2 und die daselbst Citirten, v. Savigny, Obl. I S. 178.

Siehe dagegen Windscheid, Pand. II § 295 Note 3, wegen der l. 25 § 2, l. 26 D. de pact. 2, 14, l. 34 pr. D. de rec. 4, 8.

²⁾ Ein in Stipulationsform (Aquiliana stipulatio und acceptilatio) geschlossener Vergleich wirkte wie acceptilatio. l. 2, l. 4, l. 15, D. de transact. 2, 15.

wie er auch dem Gläubiger nicht die Anstellung der gerichtlichen Klage verschränkte,¹⁾ und keine andere Bedeutung hatte als die eines Versuchs, mit Hilfe des Schiedsrichters eine gütliche Beilegung des Streits herbeizuführen. Er war daher an sich ohne Wirkung für oder gegen die Correi.²⁾ Bedeutungslos für das Correalverhältniß selbst ist ferner die Frage, ob und inwiefern durch die von einem Correns oder gegen einen Correns angestellte Klage die poena compromissa verwirkt wird.³⁾ Dem belangten Schuldner steht aus dem für ihn günstig ausgefallenen Schiedsspruch eine exceptio veluti pacti zu, welche unter den erforderlichen Voraussetzungen auch seinen Mitschuldnern zu Gute kommt. Dagegen hat der Schiedsvertrag und das Laudum im heutigen Recht, wie schon in einzelnen Fällen nach justinianischem Recht,⁴⁾ direct verpflichtende Wirkung, und ist damit in die Reihe der Realisirungsmittel eingetreten, so daß er auch für und gegen alle übrigen Correi wirkt.

Ganz außerhalb des Realisationszweckes fällt:

3. Die Confusio.⁵⁾ Dieselbe wird, trotzdem es sich bei ihr an sich nur um den Wegfall einer subjectiven Voraussetzung handelt, häufig mit der Zahlung verglichen und damit scheinbar als ein Realisirungsmodus und objectiver Tilgungsgrund hingestellt. Dies erklärt sich daraus, daß der Gläubiger, der den Schuldner beerbt, in der Erbschaft Ersatz finden kann, wie umgekehrt der Schuldner, der den Gläubiger beerbt, den Betrag der Schuld lukrirt, und daß es bei der Vereinigung der Erbschaft mit dem eigenen Vermögen des Erben im Resultat keinen Unterschied macht, ob der Schuldbetrag aus dem Vermögen bezw. der Erbschaft des Schuldners entnommen, und der Erbschaft bezw. dem Vermögen des Gläubigers hinzugefügt wird oder ob diese Operation unterbleibt.⁶⁾ Allein ganz abgesehen davon, daß hierbei die Solvenz der Erbschaft des Schuldners vorauszusetzen sein würde, könnte jener Zahlungseffect überhaupt nur da angenommen werden, wo der Gläubiger nothwendig sich nur an den beerbten Schuldner hätte halten und der Schuldner nothwendig nur dem beerbten Gläubiger hätte zahlen können. Denn nur insofern läßt sich schlechtthin sagen, daß durch die Beerbung der Gläubiger befriedigt ist, und der Schuldner den Schuldbetrag lukrirt hat, während, wenn die Zahlung noch anderweit d. h. von einem andern Verpflichteten oder an einen andern Berechtigten hätte erfolgen können, es immer noch darauf ankommen würde, an wen und von welcher Seite die Zahlung endgültig zu geschehen gehabt hätte. Es ist nun aber nicht denkbar, daß

¹⁾ l. 2, l. 30 D. de recept. 4, 8, cfr. l. 5 pr. C. eod. 2, 56.

²⁾ Kunze, Oblig. und Singularf. S. 215.

³⁾ S. hierüber v. Savigny, Oblig. I S. 192, 193.

⁴⁾ l. 4, l. 5 pr. C. de recept. 2, 56. Ebenso schon früher das directe Stipulationsversprechen der Anerkennung des Arbitrii: l. 27 § 7 D. de recept. 4, 8 cfr. l. 3 C. eod. 2, 56.

⁵⁾ Vgl. v. Savigny, Obl. I S. 195—196. Kunze, a. a. D. S. 217—222, ferner Girtanner, Bürgschaft S. 504 folgd., welcher die Aufhebung der Obligation durch Confusio auf eine eigentliche Zahlung gründet. Darüber: Fitting, a. a. D. S. 111 bis 120.

⁶⁾ So auch im Wesentlichen Fitting S. 125.

der erbende Schuldner von sich selbst die Zahlung fordere und der erbende Gläubiger an sich selbst zahle. Hieraus folgt, daß von einem Solutions-character der Confusion nur immer insofern die Rede sein kann, als der erbende oder beerbte Schuldner der alleinige und ausschließlich Hauptverpflichtete gewesen war, nicht dagegen wo, wie bei der Correalschuld, noch anderweite Personen ebenfalls zur Zahlung verpflichtet sind und thatsächlich nur noch diese zur Zahlung herangezogen werden können. Es bedarf eben bei Correalverhältnissen Behufs der Realisirung eines besonderen für Einen unter den mehreren Berechtigten und gegen Einen der mehreren Verpflichteten entscheidenden Momentes, und, wenn, bevor die Entscheidung geschehen, die Obligation eines Correns durch ein zufälliges Ereigniß, wie das der Confusio untergeht, so kann von einer Realisirung der Obligation in seiner Person nicht die Rede sein.

Hieraus erklärt sich der in den Quellen (l. 71 pr. D. de fidej. 46, 1) hinsichtlich der Wirkung der Confusion gemachte Unterschied zwischen dem Fall einer einfachen Obligation und dem eines Correalverhältnisses: im erstern Fall („si unus debitor fuisset“) werden die accessorisch Verpflichteten (Bürgen, Mandatoren) frei, veluti solutionis jure sublata obligatione (vel quia non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse), im letzteren Fall („sed cum duo rei promittendi sint) scheidet dagegen nur die Person des von dem Gläubiger beerbten oder ihn beerbenden Schuldners aus dem Correalverhältniß aus (justa dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia an persona tantum exempta confusa obligatione. Et puto aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam . . . igitur alterum reum ejusdem pecuniae non liberari).

Ribbentrop¹⁾ hat daher im Resultat ganz Recht, wenn er die Solutionswirkung der Confusion nur beim Vorhandensein eines Gläubigers und eines Hauptschuldners annimmt, für den Fall einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern dagegen den Eintritt jener Wirkung als eine willkürliche und unangemessene bezeichnet. Nur hat er diesen Satz nicht hinreichend motivirt²⁾

Bei concurrirender Societät kommt die Confusio der Obligation des einen Correalschuldners dem anderen Correalschuldner pro parte zu Gut, sei es, daß der Gläubiger einen Correalschuldner³⁾ oder ein Correalschuldner den Gläubiger beerbt. Ebenso kann bei einer unter Correalgläubigern bestehenden Societät der den einen Gläubiger beerbende Schuldner oder der den Schuldner beerbende Gläubiger von den Uebrigen nur pro parte belangt werden. Dagegen tritt bei Beerbung eines Correns durch den andern keine Confusion ein und bleiben die einzelnen Obligationen getrennt bestehen.⁴⁾

¹⁾ Correalobl. S. 24 Anm. 3. S. 270 Anm. 3.

²⁾ Insofern ist die Opposition Fitting's S. 109, 129 berechtigt.

³⁾ l. 71 pr. D. de fidej. 46. 1: cum altero autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, vel in partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere.

⁴⁾ v. Savigny, Obl. I S. 196, Note 2.

4. Die Capitis deminutio¹⁾ konnte nach keiner Richtung als Realisirungsmodus gelten und hatte daher keine Wirkung auf die nicht von ihr betroffenen Correi.

5. Ebensowenig können Klagenverjährung und Restitution,²⁾ da sie gerade Hindernisse der Rechtsverfolgung und Realisirung darstellen, über die Personen derjenigen, zu deren Gunsten oder zu deren Nachtheil sie eingetreten sind, hinaus für oder gegen die übrigen Correi wirken. Aus besonderen Billigkeitsrückichten hat überdies Justinian festgesetzt, daß die Unterbrechung der Klagenverjährung Seitens eines Correns oder gegen einen Correns für und gegen alle gelten soll.³⁾

6. Verwirkung der Forderung zur Strafe, Wegfall des Interesse für einen Gläubiger und concursus duarum causarum lucrativarum⁴⁾ können ebenfalls nur persönliche Wirkung äußern. Der Betreffende wird durch diese Ereignisse von der Realisirung des gemeinschaftlichen Rechtsinhalts ausgeschlossen, indem mit der Zerstörung seiner Obligation ihm das Mittel dazu genommen ist. Er scheidet daher einfach aus der Correalverbindung aus.⁵⁾ Daß insbesondere bei dem concursus causarum der Betreffende den geschuldeten Gegenstand bereits ex causa lucrativa hat, kann nur ihm selbst, nicht aber den Mitgläubiger als Zahlung und überhaupt nicht als Realisation des gemeinschaftlichen Forderungsrechts gelten, da er nicht der ausschließlich Berechtigte und auch kein Umstand eingetreten war, der auf ihn ausschließlich die Geltendmachung des gemeinschaftlichen Rechts stützt hätte.

§ 17. Prästation von Culpa und Mora.

Eine Bestätigung des aus der Idee der Correalität folgenden Satzes, daß jeder Correalverpflichtete für Verschulden des Mitverpflichteten einzustehen hat, liegt unzweifelhaft in der l. 18 D. h. t. 45, 2: ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet. Factum kann in diesem Zusammenhange nur eine rechtsverletzende Handlung bezeichnen und umfaßt jedenfalls den verschuldeten Untergang des Obligationsgegenstandes. Das Princip der par causa, von welchem die Quellen gerade auch für die Prästationspflicht der Correi Anwendung machen, setzt offenbar die gegenseitige Vertretungspflicht derselben voraus.

Nichts beweist hiergegen, daß der Hauptschuldner nicht für die culpa des Bürgen haftet,⁶⁾ da aus der Accessionsqualität der Bürgschaftschuld

¹⁾ v. Savigny, Obl. I S. 197. Runge, a. a. D. S. 193.

²⁾ Vgl. v. Savigny, Obl. I S. 193—194. Runge, a. a. D. S. 193. Fitting S. 78.

³⁾ l. 5 C. de duob. reis 8, 40.

⁴⁾ Vgl. Runge, Obl. S. 194.

⁵⁾ Vgl. v. Bangerow, Pand. § 573 Anm. 5, II. Sententia, pract. Civil. II § 89. Hartmann, Oblig. S. 76—78, welche ebenfalls rein persönliche Wirkung annehmen. S. dagegen Runge, a. a. D. S. 194.

⁶⁾ l. 88, l. 91 § 5 D. de V. O. 45, 1. l. 32 § 4, 5 D. de usur. 22, 1. l. 19 D. de dolo malo 4. 3. l. 38 § 4 D. de sol. 46, 3. Unzutreffend Runge, Obl. S. 152.

zwar die Haftung des Bürgen für die culpa des Hauptschuldners, nicht aber das Umgekehrte folgt.

Die für den Fall der mora getroffene Entscheidung l. 173 D. de R. J. 50, 17: unicuique sua mora nocet, quod et in duobus reis promittendi observatur und l. 32 § 4 D. de usur. 22, 1: si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet erklärt sich einfach daraus, daß die gleiche Vertretung der Mora ebensowenig wie die Gleichheit der Erfüllungszeit ein wesentliches Identitätsmoment des Obligationsinhalts bildet, und also die correae Beziehung die gegenseitige Vertretung der Mora nicht in sich schließt.

Die verschiedene Behandlung der culpa und mora in Bezug auf die Vertretungspflicht der Correi enthält Nichts weniger als einen Widerspruch und ist principiell geboten.¹⁾

§ 18. Bürgschaft für Correalschulden

ist zulässig und für den Gläubiger wegen des Zweckes der Sicherung von Bedeutung, da dieser in der Correalität an sich nicht liegt. Von besonderem Nutzen erscheint sie für die Wirkungen der Mora (Ersatz im Fall casuellen Untergangs, Verzugszinsen u. dgl.), hinsichtlich deren der Gläubiger sich nur an den Säumnigen halten könnte.

Sehr nahe liegt es deshalb, Correi sich wechselseitig verbürgen zu lassen, um so eine Gleichheit der Haftung auch in diesen accidentiellen Punkten herbeizuführen.²⁾

Auf den Nutzen der Bürgschaft für eine Correalschuld wird ausdrücklich in den Quellen hingewiesen.³⁾

¹⁾ Ganz unberechtigt sind daher die Emendationsversuche bezüglich der l. 18 D. h. t. 45, 2: Better, Jahrb. III S. 123 fgd. sociis statt factis. Andere: Einschaltung eines non vor nocet oder Veränderung des quoque in nequaquam. Unbefriedigend die Erklärungsversuche von: Fitting S. 81, Note 96. (Interpolation mit Rücksicht auf l. 5 c. 8, 40). Weibel, S. 55 (präsumtiver Wille des Gläubigers, sich nur an den interpellirten Schuldner zu halten). Czylarz, Grünhut III S. 81, 82, weil „die mora eine causa zweiter Ordnung.“ Ribbentrop. S. 36 (Billigkeitsrücksicht).

²⁾ Hierauf bezieht sich l. 11 D. ht. 45, 2, nicht, wie Brinz mit Bezug auf l. 11 § 1 D. eod. meint, auf Partialschuldner, die sich wechselseitig verbürgt haben. Vgl. dagegen Weibel S. 66 Note 1 und l. 18 eod. l. 5 D. de fidej. 46, 1.

³⁾ l. 21 § 4 D. de fidej. 46, 1:

Cum tu et Titius ejusdem pecuniae rei essetis, eum qui pro te fidejussit, posse et pro Titio fidejuberere respondit, quamvis eandem pecuniam eidem debitorus sit; nec tamen inanem eam creditori futuram; nonnullis enim casibus emolumentum habituram: veluti si ei, pro quo ante fidejussisset, heres existat; tunc enim confusa prima obligatione posteriorem duraturam (Africanus). cfr. l. 51 § 2 eod.

Nicht genügend tritt der Nutzen hervor nach v. Savigny's Darstellung Oblig. I, S. 269. Auf den Nutzen der Schuldner weist zwar die Stelle nicht hin, doch konnte denselben die wechselseitige Verbürgung wegen der Compensation mit einer Gegenforderung des Mitschuldners, wegen des Regresses und benefic. excussionis von Wichtigkeit sein, siehe v. Savigny, a. a. D. Note b. Cujac. ad Pap. resp. h. t.

Der von einem Correalschuldner besonders bestellte Bürge ist nicht confidejussor des von dem Andern Correalschuldner bestellten Bürgen.¹⁾

Das Recht des Gläubigers, von einem Correalschuldner nach seiner Wahl das Ganze zu fordern, ist für den Fall einer wechselseitigen Verbürgung der Correalschuldner durch die Novelle 99²⁾ dahin modificirt worden, daß unter Zuziehung der an demselben Orte anwesenden und zahlungsfähigen Mitschuldner in einem und demselben Prozesse die gemeinschaftliche Befriedigung des Gläubigers betrieben und ihm hierbei der etwaige bei dem Einen oder Andern erlittene Ausfall von den Uebrigen erstattet werden soll:

Si quis enim alterna fidejussione obligatos sumat aliquos, siquidem non adjecerit, oportere et unum horum in solidum teneri, omnes ex aequo conventionem sustinere. Si vero aliquid etiam tale adjiciatur, servari quidem pactum, non tamen mox ab initio unumquemque in solidum exigi, sed interim secundum partem, qua unusquisque obligatus est, cedere autem eum et contra reliquos actionem si et idonei sunt et in eo loco.

Die weit verbreitete Ansicht,³⁾ daß diese Vorschrift sich über den eben gedachten Fall hinaus schlecht hin auf alle Correalschuldner erstrecke, findet weder in dem Wortlaut des Gesetzes noch in innern Gründen eine Stütze. Ebensowenig rechtfertigt es sich, die Vorschrift auf solche Fälle von Correalobligationen zu beziehen, in denen materiell eine gänzliche oder theilweise Intercession des einen Schuldners für den andern vorliege.⁴⁾ Die Worte des Gesetzes: ἀλληλεγγύως ὑπεσθῆνοι, (alterna fidejussione obligati) gehen deutlich auf eine Intercession im formell technischen, nicht im factischen, materiellen Sinne. Ueberdies wäre eine Unterscheidung derartiger Fälle von solchen, wo jeder Schuldner zum vollen Schuldbetrage interessirt ist, fast ohne alle practische Bedeutung, da Fälle dieser letzteren Art die seltene Ausnahme bilden.

Für die hier vertretene Meinung,⁵⁾ welche die Vorschrift auf den Fall wechselseitiger Verbürgung der Correalschuldner beschränkt, spricht außer dem Wortlaut des Gesetzes die Autorität Julian's, die Bezugnahme im Eingang des Gesetzes auf Novelle 4⁶⁾ und der gewichtige practische Grund, daß die Combination der Bürgschaft mit der Correalität in Folge Einführung des

¹⁾ l. 61 § 2 D. de fidej. 46, 1.

²⁾ Ueber die verschiedenen Auslegungen dieses Gesetzes siehe Bangerow Band § 573 Num. 4. v. Savigny, Oblig. I, S. 280—282. Windscheid, Band. § 293, Note 10.

³⁾ Vertheidigt noch durch Wieding, Nov. Justiniani 99. Berolini 1857.

⁴⁾ Aufgestellt von Bangerow, a. a. D., (für den Fall theilweiser Intercession) vgl. Windscheid, a. a. D. Note 8.

⁵⁾ Angenommen u. A. von Donellus, in Cod. tit. de duobus reis c. 13. v. Savigny, Oblig. I S. 282—285.

⁶⁾ Praef. Nov. 99: Novimus pridem ponentes legem de electione mandatorum et fidejussorum et sponsum multas habentem et in commune utiles nostris subjectis legislationes. In praesenti vero et aliud nobis visum est egere quadam explanatione et incremento, non ex genere neque usu imperfecto et inutili consistente.

beneficium excussionis zu der Inconvenienz führen mußte, daß der Zweck des letzteren durch die uneingeschränkte Beibehaltung des Grundsatzes der Solidarität durchkreuzt worden wäre. Demnach erscheint die Vorschrift der Novelle 99 als eine nothgedrungene Consequenz des durch Novelle 4 eingeführten Princips der Subsidiarität der bürgschaftlichen Haftung.

§ 19. Ausgleichung und Regreß.

Die Streitfrage,¹⁾ ob das Correalverhältniß an sich den Correalgläubiger zur Mittheilung des durch die Realisirung der Obligation Erhaltenen an die Mitgläubiger verpflichtet oder den Correalschuldner zum Regreß gegen die Mitschuldner wegen des von ihm auf die gemeinsame Schuld Geleisteten berechtigt? ist mit der herrschenden Meinung zu verneinen.²⁾ Eine derartige Verpflichtung oder Berechtigung kann nur durch besondere zu dem Correalverhältniß hinzutretende Momente (wie Societät, Mandat, Geschäftsführung, in rem versio und Bereicherung) begründet werden. Insbesondere wird in dieser Beziehung in den Quellen mehrfach auf das Societätsverhältniß³⁾ hingewiesen. Wo für jeden Correns bei dem gemeinschaftlichen Geschäft ein eigenes partielles Interesse vorliegt, und also Vortheil oder Nachtheil aus demselben auf ihn verhältnißmäßig treffen, würde außer dem Fall einer Societät oder eines Mandats die ungerechtfertigte Bereicherung⁴⁾ als Grund des Regresses oder der Ausgleichung in Betracht kommen. Keineswegs ist aber die materielle Btheiligung der einzelnen Correi bei dem Erfolg des Geschäfts⁵⁾ als die durchgreifende Regel voranzusetzen, und ist es unrichtig, daraus eine allgemeine Folgerung für die Regreßfrage bei Correalverhältnissen überhaupt zu ziehen.⁶⁾ Hierbei ist das nach v. Savigny⁷⁾ anzunehmende „Grundverhältniß von Regel und Ausnahme bei einer auf mehrere

¹⁾ Ueber die Literatur: v. Schröder, Zeitschrift für Civilr. u. Proc. VI (1833) S. 415–418. v. Bangerow, III § 573 Anm. 3. Samhaber, S. 193. van Weel, p. 242, 246.

²⁾ Für die Bejahung sind eingetreten u. A. Sell, Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß III (1830) Nr. 21, IV (1831) Nr. 2, v. Savigny, Obl. I S. 226–273. Baun, Arch. f. pract. R.-W. N. F. I (1864) S. 132 folgd. Dagegen: v. Schröder a. a. D., S. 409–435. v. Bangerow, a. a. D., S. 81–86 (6. Aufl.). Windscheid, Kritische Ueberschau VI S. 229–232 u. A. (vgl. die Citate bei Samhaber, S. 194).

³⁾ l. 62 pr. D. ad leg. Falc. 35, 2 (vgl. v. Savigny a. a. D., S. 270–272), l. 71 pr. D. de fidej. 46, 1, cfr. Gaj. III § 122, l. 29 D. de lib. leg. 34, 3 cfr. l. 3 § 3 D. eod. l. 21 § 5, l. 23 D. de pact. 2, 14, l. 34 pr. D. de recept. 4, 8, l. 10 § 10 D. de in rem verso 15, 3, l. 10 D. h. t. 45, 2. Dazu Samhaber, S. 195–198. Fitting, S. 40 Note 41, S. 103 Note 129.

⁴⁾ l. 2 C. h. t. 8, 40. Dazu v. Schröder S. 427, v. Bangerow III S. 80, 81 (6. Aufl.), Windscheid a. a. D., S. 231 u. Pand. § 294 Note 3, vgl. Sell a. a. D. S. 403–413, v. Savigny a. a. D., S. 263 Note o will die Stelle aus einer actio utilis wegen singulirer Cession erklären. Der Wortlaut bietet dafür keinen Anhalt.

⁵⁾ Mit v. Savigny a. a. D. S. 224, Note f. Mit Recht dagegen v. Schröder a. a. D., S. 427.

⁶⁾ Wie v. Savigny a. a. D., S. 228–229 versucht.

⁷⁾ v. Savigny a. a. D., S. 137, 138, 222.

Personen bezüglichen Schuld“ ohne alle Bedeutung,¹⁾ da die formelle Gethelltheit dieser Schuld als das der rechtlichen Consequenz entsprechende Verhältniß sich keineswegs mit der materiellen Btheiligung der einzelnen Correi decken braucht, und das juristisch regelrechte und regelmäßige nicht nothwendig auch das factisch regelmäßige und in der Mehrzahl der Fälle zutreffende Verhältniß ist.²⁾

Nur mittelbar hängt mit der Regreßfrage die weitere Frage zusammen, inwiefern der in Anspruch genommene Correalschuldner von dem Gläubiger Abtretung seiner Klagen fordern kann?

Es bestimmt sich nicht schon aus dem Correalverhältniß an sich, sondern nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältniß, ob dem Schuldner diese Befugniß beizulegen ist. Es kommt darauf an, ob nach der concreten Sachlage die Vorenthaltung der Klagen den Vorwurf des Dolus gegen den andringenden Gläubiger begründet,³⁾ da nur mittelst der exceptio doli die Abtretung erzwungen werden kann.

Unter derselben Voraussetzung steht dem Schuldner auch die actio utilis als Surrogat der zwangsweisen Cession zu. Nur eine Anwendung desselben Grundsatzes ist es, daß ein Bürge unter Umständen Abtretung der Klagen gegen die Mitbürgen beanspruchen kann, wengleich ihnen der Regreß gegen einander nicht zusteht, da das Vorhandensein eines Regreßrechts keineswegs Voraussetzung jener Befugniß ist. Bemerkenswerth sind in dieser Hinsicht l. 17 D. de fidej. 46, 1:

Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere nomina caeterorum (Julianus) und l. 36 eod:

Cum is, qui et reum et fidejussores habens, ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas jam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sint; sed non ita est; non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones. (Paulus.)

Die in dieser zweiten Stelle hervortretende Erwähnung der Mitbürgen

¹⁾ Dies gegen Samhaber, S. 194, Note 9.

²⁾ Z. B. Jemand kauft Etwas in Gemeinschaft mit einem Andern, der sein Schuldner ist, unter dem beiderseitigen Einverständnis, daß er die Sache erhalte, der Andere aber durch Berichtigung der Hälfte des Kaufpreises seine Schuld abtrage.

³⁾ l. 65 D. de evict. 21, 2: nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei, qui pecuniam creditori dedit, praestarentur, quia non duo rei facti proponerentur, sed familiae herciscundae iudicium eo nomine utile est... cum coheredis negligentia damnosa non debet esse alteri. l. 47 D. loc. 19, 2, l. 13 C. de loc. 4, 65. In den diesen Stellen zu Grunde liegenden Fällen handelt es sich um partielle Geschäftsbtheiligung der Einzelnen.

neben dem Hauptschuldner macht es unzweifelhaft, daß die Cessionspflicht des Gläubigers sich auch auf die Klagen gegen die Ersteren erstreckt.¹⁾ Auf eben diese Pflicht und die unter Umständen dem Mitbürgen zu gewährende exceptio doli ist das „succurri solet“ in der l. 17 cit. zu beziehen.²⁾ Deshalb wird man auch bei den Worten der l. 39 D. h. t. 46, 1: . . . si ex duobus fidejussoribus ejusdem quantitatis, cum alter electus a creditore totum exsolvet nec ei cessae sint actiones, alter nec a creditore nec a confidejussore convenietur (Modest.) nicht an eine „bloß thatfächliche, durch des Gläubigers Willfür bewirkte Cession“,³⁾ sondern gerade an die regelmäßig vom Schuldner zu beanspruchende Cession zu denken haben.

§ 20. B. Solidarität.

Solidarität der Obligation bedeutet an sich nur, daß eine Obligation auf Etwas ganz gerichtet ist, sei es, daß ein Einzelner, sei es, daß Einer von Mehren auf Etwas ganz berechtigt oder verpflichtet ist. Ihren Gegenstand findet sie überall nur in der Getheiltheit, nicht aber in etwaigen Beschränkungen (Bedingungen, Vorbehalten, Ausnahmen), unter denen sie Platz greift, da es sich in diesem letzteren Fall nur um einen Gegenstand ihrer Modalitäten handelt.⁴⁾ In einem engeren Sinne aber spricht man von Solidarität, wo Jeder von Mehren nicht bloß auf ein Gleiches,⁵⁾ sondern ein und dasselbe Ganze berechtigt oder verpflichtet ist, sämtliche Obligationen somit in der Identität des Gegenstandes zusammentreffen. Von bloßer Solidarität im Gegensatz von Correalität aber spricht man, wo sich die Be-

¹⁾ Ähnlich wird in l. 11 C. de fidej. 8, 41 gerade das Verhältniß der Mitbürgen zu einander ins Auge gefaßt: Cum alter ex fidejussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversum eum, qui una fidejussit, non competit. Die weiterhin in der Stelle erwähnte Klagenabtretung muß auf die Klagen gegen die Bürgen umso mehr bezogen werden, als es sich um eine fisciische Forderung handelt, für welche offenbar auch Seitens des Bürgen Pfänder bestellt waren (cautio praedibus praediisque). H. M. v. Savigny, a. a. D., S. 276.

²⁾ Nicht auf die bloße „billige richterliche Vermittelung“, wie v. Savigny a. a. D. S. 277, Note o will. Succurrere bedeutet vorzugsweise die Rechtshilfe des Prätors durch actio, exceptio u. dgl. cfr. l. 3 § 4 l. 7 § 3 l. 9 D. de min. 4, 4.

³⁾ Wie v. Savigny a. a. D. S. 275 meint.

⁴⁾ Z. B. actio de peculio, in rem verso, noxae deditio, Haftung in id, quod facere potest, Haftung des Erben in id, quod ad eum pervenit u. dgl. Wenn die Haftung des Sohnes in solidum der Haftung des Vaters duntaxat de peculio entgegengesetzt wird z. B. l. 44 D. de pecul. 15, 1), so ist der Gegensatz dahin aufzulösen, daß der Sohn schlechthin, der Vater aber nur unter einer Beschränkung, immerhin jedoch für das Ganze haftet, dagegen ist nicht mit v. Savigny Oblig. I S. 140 daraus zu folgern, daß in solidum teneri „überall ein unbeschränktes Ganze bedeutet im Gegensatz irgend einer Beschränkung, es mag diese auf einer Theilung des Ganzen oder auf einer Ausnahme oder einem Vorbehalt beruhen“.

⁵⁾ Wie z. B. mehrere Deliquenten für die gleiche, volle Strafe l. 1 C. de cond. furt. 4, 8. v. Savigny I S. 141 Note k.

ziehung der mehren Obligationen auf dieses rein äußerliche Zusammentreffen beschränkt, und begreift darunter zunächst die Fälle, in denen Mehre aus gemeinsamen Delict (oder Quasidelict¹⁾) oder gemeinsamer Vertrags- oder Quasivertragsverletzung²⁾ zur Interesseleistung verbunden sind, sodann aber auch Fälle, in denen die Verpflichtung zur Interesseleistung unmittelbar aus dem Vertragsverhältniß folgt (z. B. bei mehren Deponenten oder Mandatoren, die — sei es gemeinschaftlich, sei es unabhängig von einander³⁾ — mandirt haben), endlich auch die Fälle der untheilbaren Obligation (z. B. auf restituere, opus facere).

Abgesehen von den letztgenannten Fällen, die ihre besondere juristische Natur haben und deshalb vorweg ausscheiden, bestehen die sog. Solidarobligationen unabhängig von einander und unterliegen nur gemeinschaftlich dem Einfluß, den die Identität des Gegenstands überhaupt äußert und der ganz besonders da hervortritt, wo eine und dieselbe species geschuldet wird. Auf den Mangel jedes näheren rechtlichen Zusammenhangs in diesen Fällen geht l. 18 D. de O. et A. 44, 7:

Si is qui Stichum dari stipulatus fuerat, heres extiterit ei, cui ex testamento idem Stichus debebatur, si ex testamento Stichum petierit, non consumit stipulationem, quia initio ita constiterint hae duae obligationes, ut altera in iudicium deducta altera nihilominus integra maneret. (Julian.)

Der Einfluß der Identität des Gegenstands und der Leistung besteht darin, daß, wenn der eine Verpflichtete geleistet hat, auch die Leistungsverbindlichkeit der Uebrigen aufgehoben wird, aber nur deshalb, weil ihnen dadurch die Leistung unmöglich gemacht ist, quia eadem res saepius praestari non potest,⁴⁾ res, quae alicujus est, amplius ejus fieri non potest,⁵⁾ so daß die geleistete Leistung für sie nicht als Erfüllung gilt, der etwa in Erwartung der Leistung vorausgezahlte Preis zurückzuerstatten ist, und allenfalls nur bei dem concursus causarum lucrativarum schlechthin Befreiung eintritt.

¹⁾ Siehe über diese Fälle Ribbentrop S. 90—106. v. Savigny, Syst. 5 § 211 c S. 221 Oblig. I S. 201.

²⁾ Siehe hierüber Ribbentrop S. 44—84, 119—149 v. Savigny, Oblig. I S. 203—209. Die Solidarhaftung ist hier keineswegs auf Fälle beschränkt, wo ein restituere den principalen Gegenstand der Obligation bildet, z. B. Commodat, Depositum, Pignus, Miethe, wie Ribbentrop S. 229, 129 Anm. 11 u. S. 135 glaubt.

Bgl. Brinz, Nr. 4 S. 45. l. 21 § 1 D. comm. 13, 6 bezieht sich auf einen Fall, wo die Sache communi periculo ging, die mehren Commodatäre vertragsmäßig das periculum übernommen hatten, so daß Jeder nur pro parte haftet.

³⁾ Brinz Nr. 4 S. 43. Siehe dagegen v. Savigny, Oblig. I S. 208. Jeder Mandator erteilt den Auftrag auf's Ganze. l. 21, l. 59 § 3 D. mand. 17, 1, l. 52 § 3 D. de fidej. 46, 1, l. 17, l. 1 § 44 D. dep. 16, 3.

⁴⁾ l. 34 § 3 D. de leg. I 30 (Ulp.), l. 108 § 4 D. eod. (Afric.)

⁵⁾ Gaj. III § 99 IV § 4, § 10 J. de leg. 2, 20, § 14 J. de act. 4, 6, cfr. §§ 2, 22 J. de inut. stip. 3, 19, l. 29 § 1, l. 31, l. 82 pr., l. 87, l. 98 D. de V. O. 45, 1, l. 159, l. 167 D. de R. J. 50, 17, l. 45 pr. D. eod., l. 1 § 7 D. de usufr. quemadm. cav. 7, 9.

Wenn Hartmann¹⁾ mit Bezug auf letzteren geltend macht, daß die Befreiung die Folge nicht der Unmöglichkeit nochmaliger Leistung, sondern der Zweckerfüllung sei, indem eine Obligation durch die volle Befriedigung des ihr zu Grunde liegenden Interesses und die damit gegebene Erreichung ihres Zweckes selbst dann erlösche, wenn dieser Erfolg nicht aus ihr und auf sie selbst hin, sondern aus anderem selbstständigen Rechtsgrunde eingetreten sei, so widerspricht dies zunächst der quellenmäßigen Motivierung, und wird damit ferner verkannt, daß es in diesen Fällen gerade an der Identität des Zweckes, der Zusammenfassung der mehrer Obligationen zu einer Zweckverbindung fehlt. Wenn er insbesondere (§. 11) die ihm entgegenstehende l. 108 § 4 D. de leg. I, 30: Stichum, quem de te stipulatus eram, Titius a te herede mihi legavit, si quidem non ex lucrativa causa stipulatio intercessit, utile legatum esse placebat; sin e duabus, tunc magis placet, inutile esse legatum, quia nec absit quicquam nec bis eadem res praestari potest, durch die Erklärung zu entkräften sucht, daß es der ernstesten Bestimmung lehtwilliger Verfügungen widersprechend erscheinen mußte, sie zur Hinzufügung neuer Klagemittel ohne Noth zu mißbrauchen und in den Dienst der ordinären Geschäftsformen herabzudrücken, so ist das nicht stichhaltig, da in rein praktischen Fragen, wie die in Rede stehende, und bei einer an sich statthafter Rechtsform Rücksichten der juristischen Sparjamkeit und juristischen Aesthetik unmöglich den Ausschlag geben können. Daß die Unmöglichkeit einer nochmaligen Leistung nicht eine „bloß formale Redewendung eines römischen Juristen“,²⁾ sondern principmäßig feststand, kann bei den zahlreichen in diesem Sinne sich verhaltenden Quellaussprüchen füglich nicht in Zweifel gezogen werden. Die Rücksicht auf ein späteres Wiedermöglichwerden konnte die Consequenz der einmal eingetretenen Unmöglichkeit nicht abwenden.³⁾ Daß — worauf Hartmann §. 15, 16 noch hinweist — unter Umständen trotz der factischen Unmöglichkeit die Formel noch auf dare oportere gerichtet werden konnte, erbringt Nichts für seine Ansicht, da es Fälle giebt, in denen aus besonderen positiven Gründen die regelmäßige Wirkung der Unmöglichkeit ausgeschlossen wird, wie z. B. bei verschuldeter Unmöglichkeit kraft des Grundsatzes der Perpetuation,⁴⁾ diese Ausnahmefälle daher gerade die Regel bestätigen. Vollends ist es Nichts befremdliches, daß noch res ipsa gefordert werden kann, quamdiu aliquid juri rei deest, also noch nicht vollständig erfüllt war, l. 27 D. de solut. 46, 3. Daß dem Herrn die actio ex testamento unverfehrt blieb, wenn die ihm legitime Sache ohne seine Genehmigung seinem Sklaven scheinungsweise tradirt oder mancipirt wurde, erklärt sich einfach daraus, daß der Sklave zwar dem Herrn erwerben konnte, aber doch nur unbeschadet des

¹⁾ Oblig. §. 9 flgd. 69 flgd.

²⁾ Wie Hartmann §. 14 u. 15 glaubt.

³⁾ l. 66 § 1, 2 D. de leg. I 30 (Papin.), l. 128 D. de V. O. 45, 1 (Paul.).

⁴⁾ l. 91 § 6 D. de V. O. 45, 1 (Paul.), l. 82 § 1 D. eod. (Ulp.) l. 95 pr. D. de solut. 46, 3 (Papin.), l. 1 C. de his, quae vi 2, 20, l. 31 § 11 D. de aed. ed. 21, 1 (Ulp.) Paul. R. S. V, 7 § 4.

dem Herrn zustehenden Forderungsrechts, l. 108 § 1 D. de legat. 1, 30.¹⁾ Wie wenig die Befreiung der übrigen Verpflichteten durch die Leistung des Einen eine von den Parteien beabsichtigte Folge ist, zeigt sich ferner daran, daß sie nicht eintritt, wo nicht der Gegenstand in Natur, sondern der Werth geleistet wird.

Ebenso kann bei der Verpflichtung Mehrerer zum Ersatz eines und desselben Schadens nicht eine, wenn auch nur stillschweigende, durch Rechtsvorschrift hergestellte Zweckverbindung angenommen werden, da jeder Einzelne für sich aus seinem Delikt zum Schadenserzatz verpflichtet ist und die Rechtsvorschrift diese Verpflichtung, indem sie sie zu einer solidarischen macht, nur nach ihrem Umfange afficirt. Durch einmaligen, wie auch immer gearteten Schadenserzatz, z. B. auch durch Angabe an Zahlungsstatt, Compensation wird jedoch der Gegenstand der Verpflichtung auch für die übrigen Schuldner beseitigt, weil nochmalige Leistung unmöglich, cum nihil intersit,²⁾ wogegen Acceptilation und Novation diese Wirkung nicht hat.³⁾ Within drückt gerade die Identität des Gegenstandes, nicht aber die Identität des Zweckes, falls diese ein Mehreres, als eine bloße Umschreibung jener: nämlich eine wirkliche gemeinschaftliche Zwecksetzung bedeuten soll, die Beziehung unter den mehrer Solidarobligationen richtig aus.⁴⁾ Hiergegen läßt sich nicht einwerfen, daß der aus onerosen Titel Verpflichtete durch die Leistung Desjenigen, der dieselbe Sache aus lucrativem Titel verschuldete, nicht völlig befreit werde, insofern er zur Rückgewährung des etwa empfangenen Aequivalents verpflichtet ist.⁵⁾ Denn diese Verpflichtung beruht auf einem ganz anderen, durch die verän-

¹⁾ Siehe hierüber Hartmann, §. 15, 78—81. Es ist nur eine schiefe Ausdrucksweise, wenn die ältere Ansicht (§. 16 Note 15) hier von einer Fiction des Nichterwerbes sprach.

²⁾ l. 1 § 4 D. de eo, per quem fact. erit 2, 10, l. 15 D. quod met. c. 4, 2, l. 17 pr. D. de dolo 4, 3, l. 3 D. si mentor fals. mod. 11, 6. Die anscheinend widersprechende l. 15 § 2 D. quod vi aut clam 43, 24, welche in dem Fall eines von Mehrern gemeinschaftlich, communi consilio, begangenen Delikts Befreiung der Uebrigen durch conventio des Einen eintreten läßt, ist von einer conventio effectualis zu verstehen, wogegen in dem anderen Fall, wo jeder auf eigene Hand, proprio consilio, delinquit, jeder für den von ihm verursachten Schaden aufkommt, und durch die conventio effectualis der Anderen, die ja ebenfalls nur den von ihnen verursachten Schaden erzeigen, nicht befreit wird. Vergl. Ribbentrop §. 104, 105.

³⁾ Fitting §. 48, 56—58 u. Windscheid, § 298 Note 5, 6, legen diese Wirkung der Acceptilation und Novation auch bei bloßer Solidarität bei, m. G. gegen die Natur der Sache. Siehe dagegen auch Ribbentrop, §. 271, 273. v. Savigny, §. 202 bis 203. v. Bangerow, § 573 a. G.

⁴⁾ Siehe dagegen Windscheid § 298 Note 14 § 360 Num. 3.

⁵⁾ Z. B. l. 29 D. de A. E. V. 19, 1, l. 9 § 6 D. loc. 19, 2, l. 29 pr. D. de evict. 21, 2, l. 84 § 5 D. de leg. I 30. Paul. S. R. II, 17 § 8. Mommsen, I §. 260. Die Rückforderung geschieht mit der Contractsklage. R. Schmidt, Erklärung der Regel über das Zusammentreffen zweier causae lucrat. (in Thering, Jahrb. N. F. 8 §. 446, 447 verkennt bei seiner Opposition, daß auch da, wo der Gläubiger aus einem onerosen

berte Sachlage gegebenen Grunde, dem rechtlosen Haben, während bei Mehren zum Ersatz desselben Schadens Verpflichteten ein solcher nebenhergehender Grund der Natur der Sache nach ganz und gar ausgeschlossen ist und also schlechthin Befreiung eintritt. Deßhalb ist es aber noch nicht gerechtfertigt, diese auf Zweckerfüllung zurückzuführen.

Eadem pecunia ist nicht eine Summe von gleicher Größe, sondern eine und dieselbe Summe, d. h. sie ist durch den Willen der Parteien als eine aus einem bestimmten Grunde und folgerweise nur einmal zu leistende charakterisirt, und damit derart individualisirt, daß, wenn sie einmal geleistet, eine abermalige Leistung ausgeschlossen ist.

In anderen Fällen ist die bestimmte Sache nicht sowohl das eigentliche Obligationsobject, als vielmehr bloß Erfüllungsobject, d. h. die Sachleistung ist nur das in Aussicht genommene Mittel zur Erreichung des anderweiten intentionsgemäßen Vertragsinhalts. So geht offenbar, wenn eine einzelne Sache als *Dos* versprochen wird, die principale Absicht der Contrahenten auf *Dos*bestellung überhaupt, und ist also dieser Obligationsinhalt durch den anderweiten Erwerb der Sache Seitens des Ehemanns keineswegs erledigt, vielmehr bildet fortan der Werth derselben den Obligationsgegenstand und kann mit der *Contractsklage* gefordert werden. Die Verpflichtung des *Dneriten*, ferner an Stelle der vermachten Sache den Werthersatz zu leisten, beruht auf einem besondern eventuell anzunehmenden Willen des *Testators*.¹⁾

Die Identität der Leistung reicht sonach zur Erklärung der bei den Solidarobligationen vorkommenden Erscheinungen vollkommen aus. Unrichtig ist es, den Unterschied der bloßen Solidarität von der Correalität dahin zu bestimmen, daß die „Gleichheit und Identität des Zweckes“ bei ersterer sich stillschweigend von selbst verstehe, bei letzterer dagegen auf dem ausdrücklich erklärten Parteiwillen beruhe.²⁾ Abgesehen davon, daß die bloße Gleichheit und Identität des Zweckes d. h. des rechtlichen Erfolges und Gegenstandes den Begriff der Correalität nicht erfüllt, kann es innerlich keinen Unterschied machen, ob jene Identität auf ausdrücklicher oder stillschweigender Bestimmung beruht. Der Unterschied liegt vielmehr darin, daß bei bloßer Solidarität die einzelnen Obligationen unverbunden nebeneinander stehen, jede derselben ihren Zweck für sich hat und selbstständig den identischen Erfolg anstrebt, so daß sie sämtlich gleichzeitig oder nacheinander, bis zur effectiven Leistung des identischen Schulobjects ausgelibt und geltend gemacht werden können, der Gläubiger also bis dahin sovielmal klagen kann, als Obligationen vor-

Rechtsgrund erworben, mit der *Contractsklage* nicht die Sachleistung, sondern das *id, quod ei abest* verlangt wird, z. B. Zurückzahlung des Kaufpreises, Werthersatz, Befreiung von den mit dem Erwerb verknüpft gewesenen Lasten. I. 34 § 8 D. de leg. 1 (30), I. 83 § 6 D. de V. O. 45, 1, I. 82 pr. § 2. D. de leg. 1 (30).

¹⁾ J. B. § 9 J. de leg. 2, 20, I. 34 § 7. 8. D. de leg. I, 30, I. 82 § 2, 4, I. 108 § 6 D. eod., I. 73 D. de leg. II, 31, I. 102 § 2 D. de leg. III, 32.

²⁾ Hartmann, S. 77 Note 10.

handen sind, während bei der Correalität trotz der Mehrheit von Obligationen nur eine einmalige Klage und Geltendmachung des identischen Obligationsinhalts möglich ist. Hieraus folgt weiter, daß die bloßen Solidarschuldner so lange haften, als bis Unmöglichkeit der Leistung eintritt, wogegen bei den Correalschuldnern schon ein einziger, wenngleich rein formaler Realisationseffect zur Befreiung genügt.

§. 21. C. Accessorische Solidarität.

Die accessorischen Obligationen: Bürgschaftsobligationen, die sog. *actiones adjecticiae qualitatis* und *Noxalklagen* stehen den Correal- und bloßen Solidarobligationen in doppelter Weise gegenüber, indem ihnen einmal der principale Character fehlt, da sie nur Accessionen anderer Obligationen sind, und sodann bei ihnen die Solidarität nicht notwendig oder nicht unbedingt und schlechthin, sondern in manchen Fällen nur mit Beschränkungen und Vorbehalten Platz greift (*actio de peculio, tributoria, de in rem verso*). Zwischen der Haupt- und Nebenobligation besteht Identität der *res*,¹⁾ so daß *Litiscontestatio*, *Novation* und *Acceptilatio* mit dem Hauptschuldner Befreiung des Nebenschuldners und umgekehrt wirkt. Daß bei der Haupt- und Nebenklage die *Intentio* wörtlich gleichlautend war, ist nur der Ausdruck der Identität der *res*, nicht aber²⁾ der Grund jener *Consumptionsfolgen*. Es handelt sich in diesen Fällen lediglich um Schuldverstreckung, welche dadurch gerechtfertigt wird, daß der accessorisch Verpflichtete der eigentliche Geschäftsherr und materiell der Hauptschuldner ist. (Gaj. IV. § 70, 71).

Eine Schuldverstreckung liegt auch vor in der *actio noxalis*. Diese tritt zu der civilen *Delictsobligation* des *Esclaven* hinzu, der Herr haftet *servi nomine*, d. h. er muß unbeschadet seines Rechts zur *noxae deditio* die Schuld des *Esclaven* vertreten. Es besteht mithin Identität der *res* zwischen seiner Obligation und der Obligation des *Esclaven*, folgerweise beim Vorhandensein mehrerer Herren auch zwischen den gegen diese gehenden mehreren *Noxalklagen* sowie, was diesem Falle gleichsteht, zwischen der *Noxalklage* gegen den wahren Herrn und der gegen den *Quasidominus* d. i. Denjenigen, der sich auf *interrogatio in jure* fälschlich für den Herrn ausgegeben hat. Dementsprechend wirkt *Litiscontestatio* mit dem Einen Befreiung aller Uebrigen.³⁾

Der um das *Delict* des *Esclaven* wissende Herr (*dominus conscius*) haftet jedoch noch einer besonderen, aus dem eigenen rechtswidrigen Verhalten entspringenden Klage auf die *Litisästination* schlechthin. Zwischen dieser Klage und der *Noxalklage* findet somit nur Identität der Leistung (des sog.

¹⁾ Keller, *Litisc.* § 49, 50, 51. Bekker, *Actionen* II. S. 118 flgd.

²⁾ wie v. Savigny I, S. 213 annimmt.

³⁾ I. 8. l. 20 pr. D. de interrog. in j. 11, 1 cfr. l. 26 § 3 D. de nox. act. 9, 4. Ribbentrop, S. 244. Sell, S. 174—175. Ueber l. 11 § 3 D. de aq. et aq. pluv. 39, 3. Ribbentrop, S. 257.

juristischen Gegenstandes) statt, so daß Befreiung bei beiden nur nach Maßgabe der erfolgten wirklichen Befriedigung eintritt.¹⁾ Freilich concurriren beide electiv miteinander, weshalb die Wahl der einen die Anstellung der anderen ausschließt, jedoch mit der Maßgabe, daß bis zum Urtheil ein jus variandi gilt, und also, wenn der Kläger von diesem Recht keinen Gebrauch machte, eine neue Klage ausgeschlossen war, quia res in superius iudicium deducta et finita est l. 4 § 3 D. de nox. act. 9, 4.²⁾

§ 22. Neuere Gesetzgebung.

In den neueren und neuesten Gesetzgebungen ist der Unterschied zwischen Correalität und bloßer Solidarität verwischt, indem man die Grundsätze der ersteren ohne Kenntniß von deren eigenthümlich functioneller Bedeutung einfach auf die letztere übertrug. Diese Gleichstellung ist aber namentlich in Bezug auf die formellen Zahlungseffekte und das Entstehen für Verschulden der Mitverpflichteten innerlich nicht gerechtfertigt, da zwischen bloßen Solidarobligationen ein die Einheit der Erfüllung oder Vertretung der Richterfüllung begründender näherer Zusammenhang nicht besteht.

I. Das preußische Landrecht*)

hat das active Correalverhältniß eigenthümlich nach Art des Miteigentums construiert, indem es in der Regel die gemeinschaftliche Ausübung des gemeinschaftlichen Rechts durch die Mitberechtigten fordert (§ 450 I. 5). Dem einzelnen Gläubiger ist daher nicht einmal die selbständige Einflagung seines Antheils gestattet, da dies eine Theilung des „gemeinschaftlichen Rechts“ voraussetzen würde. Damit stimmt überein, daß der Schuldner, wenn er einen Gläubiger wegen seines Antheils befriedigt, „in Beziehung auf die übrigen Berechtigten an dessen Stelle“ tritt (§ 452 I. 5), d. h. die Zahlung wirkt nur mittelbar befreiend für ihn, insofern nur ein Resultat vorliegt, was auch bei gemeinschaftlicher Beitreibung des Ganzen vorliegen würde: daß nämlich der eine Berechtigte das auf seinen Antheil Fallende erhalten hat, die übrigen Berechtigten aber dies Resultat gelten lassen müssen und nur noch das Ihrige vom Schuldner fordern können.³⁾

¹⁾ l. 5 pr. l. 17 pr. cfr. l. 4 § 2 D. de nox. act. 9, 4. Ribbentrop, S. 252. S. dagegen Sell S. 148—155.

²⁾ Ueber die verschiedenen Erklärungsversuche s. Sell, Realrecht S. 155—165 und Note 1, welcher mit Unrecht aus der „juristischen Identität“ beider Klagen erklärt. S. 150.

³⁾ Suarez, Schlussrevision in v. Kamph, Jahrb. 41 S. 6. Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preuß. R. S. 288 fgd. Bornemann, Syst. II § 170—172. Koch, R. d. F. S. 5—49. Pr. R. S. 121—127. v. Kräwel in Gruchot III S. 10 fgd. Wienstein, passive Correaloblig. in Gruchot VI S. 475. Förster-Eccius I § 63. Dernburg, II S. 112—124.

⁴⁾ Ueber die verschiedenen Erklärungsversuche bezüglich des § 452 cit. s. Samhaber, S. 214, 215, Förster II S. 342, 343. Der Zahlende gilt nicht als Cessionar: Borne-

An sich und unmittelbar hat die Zahlung an den einen Berechtigten keine befreiende Wirkung gegenüber den Uebrigen. Bei dieser Auffassung wird der landrechtliche Grundsatz, daß nomina nicht ipso jure divisa, gewahrt.

Aus derselben Auffassung erklärt sich ferner die Wirksamkeit der Compensation und Novation für den Antheil eines einzelnen Berechtigten (§§ 303, 459 I. 16), ohne daß man hierbei eine Abweichung von jenem landrechtlichen Grundsatz annehmen braucht.¹⁾ Die Gemeinschaftlichkeit des Forderungsinhalts für die Correalgläubiger ist somit im Landrecht formell durchgeführt, während sie nach röm. Rechte nur im Sinne des materiellen, öconomischen Erfolges besteht. Mit Recht hat man die practische Brauchbarkeit der landrechtlichen Construction verneint.

Die Wirkung der passiven Correalität (Haftung des Einen für Alle und Aller für Einen § 424 I. 5) wird zutreffend dahin zusammengefaßt: „daß, was in Ansehung der schuldigen Sache oder Handlung von dem einen Verpflichteten gethan worden, allen Uebrigen zum Vortheil gereicht“ (§ 435 I. 5). In dieser Weise wirkt insbesondere außer Zahlung und Hingabe an Zahlungsstatt Compensation (§§ 306, 307 I. 16) und Novation (§ 458 I. 16), letztere gleichviel, ob sie durch Veränderung in der Art der Schuld unter denselben Personen oder durch Veränderung der Personen des Gläubigers oder Schuldners (Assignment, Delegation, Expromission) erfolgt (§§ 461, 462 I. 16)²⁾, ferner abweichend vom römischen Rechte und zwar wegen der gesetzlich anerkannten gegenseitigen Regreßpflicht (§§ 443—445 I. 5): schlechthin die auf Ansuchen eines gewährte Fristerstreckung (§ 441 I. 5), nicht aber gegen den Einen geübte bloße Nachsicht (§ 442 I. 5), außerdem, jedoch nur pro rata: der dem Einen bewilligte Erlass, Vergleich, Urtheil und ähnliche Rechtsacte, welche Befreiung bloß für die Person des Einen begründen.³⁾

mann, Syst. II S. 383, 384. Koch, Forderungen II S. 25, Privat. II S. 125 Note 27. Förster, II S. 343, bei denen jedoch die Art und Weise, wie die Zahlung wirkt, nicht hinreichend klar ist. Vgl. Dernburg, S. 123. Eccius, Anm. 44. Die übrigen Gläubiger sind bezüglich ihrer Antheile zur Klage legitimirt, haben jedoch den Betrag ihrer Antheile aus dem zwischen ihnen und dem befriedigten Mitgläubiger zu Grunde gelegenen Verhältniß darzuthun.

¹⁾ Wie Koch, Commentar zu § 459 cit. thut. Wenn es in § 460 cit. heißt: „Ausgenommen (d. h. von der nur relativen Wirkung der Novation auf den Antheil des Befriedigten) ist der Fall, wenn der Schuldner das Ganze an diesen Mitberechtigten zu zahlen oder zu leisten befugt gewesen“, so ist damit nicht, wie Koch ebenda glaubt, „eben der Fall der eigentlichen activen Correalität“ gemeint, welcher vielmehr schon im § 459 cit. vorausgesetzt wird, sondern der Fall, wo nach dem zwischen den Correal-Gläubigern obwaltenden Verhältniß der Eine der materiell Alleinberechtigte sowie der Fall einer ihm von den übrigen ertheilten besonderen Vollmacht.

²⁾ Willkürlich versagt Förster, II, § 63 Note 78 derjenigen „Umgestaltung, die nur die Person der Schuldner wechselt“ die Wirkung für die Mitschuldner. In § 458 I. 16 ist diese Wirkung allgemein, also für alle Arten der Novation anerkannt. Nichtig wenigstens in Betreff der Delegation: Wienstein, S. 503.

³⁾ Arg. § 435, 437 I. 5. Vgl. Samhaber S. 208. Gruchot, S. 329—332. Die

Eine dem einen Schuldner gegenüber ergangene rechtskräftige Abweisung aus dem Grunde, daß die Correalschuld an sich nicht oder z. B. wegen erfolgter Tilgung nicht mehr existirt, muß pro rata allen übrigen Mitverpflichteten zu Gute kommen, weil sonst der Freisprochene ihnen immerhin noch regreßpflichtig wäre und seine Freisprechung ihnen gegenüber ihm Nichts nützen würde.¹⁾ Dasselbe gilt von der Verjährung. Bei der Confusion muß der den Gläubiger beerbende Schuldner sich den Betrag, zu dem er regreßpflichtig sein würde, anrechnen lassen. (§§ 493, 494 I. 16.)

Die Præstatio der Culpa ist bei Correalverpflichteten eine gegenseitige, d. h. die Uebrigen haften für die von dem Einen verschuldete theilweise oder gänzliche Unmöglichkeit der Leistung auf das Interesse.²⁾ Die Vorschrift: „die Handlung eines Verpflichteten kann die Rechte der übrigen nicht schmälern“, § 438 I. 5, bezieht sich schon ihrem Wortlaut nach nicht auf die Præstationspflicht, da die culpose Handlung des Einen die Rechte der Uebrigen eben nicht schmälert bezw. ihre Verbindlichkeit nicht erschwert, sondern nur nicht für sie Befreiung wirkt. Die Leistung des Erfüllungszweckes ist an sich auch keine Erweiterung,³⁾ sondern der vorweg gegebene eventuelle Gegenstand des Forderungsrechts. Jene Vorschrift beschränkt sich daher auf Handlungen, welche die Ausdehnung des gläubigen Rechts über seine bestimmungsgemäße Dauer oder den gegebenen Umfang hinaus bezwecken und können dies sowohl Handlungen sein, „die ein Schuldner mit dem Gläubiger vornimmt“ (z. B. § 439 I. 5), als auch solche, welche der Schuldner allein vornimmt, z. B. Verzug.⁴⁾ Zu derartigen Handlungen gehört dagegen keinesfalls die Zinszahlung des einen Schuldners, wenn auch dadurch die Verjährung der ganzen Schuld bezüglich der Uebrigen gehindert wird (§ 570 I. 19), da sie lediglich eine Erfüllungshandlung und in ihrer Annahme auf Seiten des Gläubigers nur ein Act der Rechtsausübung liegt.⁵⁾ Klagerhebung gegen Einen wirkt Unterbrechung der Verjährung auch gegen die Uebrigen (§ 440 I. 5).

Argumente Guyet's (Abb. 11, S. 280 fgd.) für die bloß provatarische Befreiung, unzutreffend für den *correns socius*, würden hier zutreffen.

¹⁾ Verfehlt, wenn Förster, II § 63 mit Bezug auf Wienstein, S. 508, Gruchot, S. 326 fgd. das Gegentheil lehrt! Sein Argument, daß „Jeder das Ganze schuldet und keine Erfüllung eingetreten“ sei, ist, selbst wenn man von dem Solutionscharacter der processualischen Geltendmachung für das preuß. R. schlechthin absehen wollte, der Regreßfrage gegenüber nicht stichhaltig.

²⁾ Diesen Satz leugnet Derenburg, S. 118, 2. S. dagegen Wienstein S. 512, Förster-Gccius, § 63 Anm. 87 fgd.

³⁾ Unter welchem Gesichtspunct sie Förster, II. S. 348—350 betrachtet.

⁴⁾ Ungenügend, wenn Koch, Ford. II. S. 32—34 und Förster, II S. 350 nur an Handlungen der ersten Kategorie denken wollen.

⁵⁾ Pr. des D.-Trib. v. 31. 8. 1844, Schles. Arch. 5 S. 468, Pl. Beschl. v. 2. 5. 1842, Entsch. 8 S. 13—16. Die von Koch, Commentar zu § 439 cit. Note 24 angedeutete Möglichkeit einer Subsumirung der Zinszahlung unter § 438 cit. ist juristisch ausgeschlossen.

Correalität entsteht außer durch gemeinschaftlichen Vertrag,¹⁾ wo dieselbe präsumirt wird (§ 424 I. 5), nach ausdrücklicher Vorschrift auch aus gemeinschaftlichem Delict, jedoch nur bei Vorsatz oder grobem Versehen oder wenn der jedem Einzelnen zur Last fallende Theil des Schadens nicht ausgemittelt werden kann (§§ 29—32 I, 6. § 128 II. 10. § 288 II. 18. § 32 Vorm. D. v. 5. 7. 1875). Bei letztwilligen Verfügungen und Testament bedarf es zur Correalität einer ausdrücklichen Festsetzung (arg. § 289 I. 12. §§ 127—131 I. 17). Mehrere Mitbürgen, die sich nicht gemeinschaftlich, sondern jeder besonders verbürgt haben, stehen nicht im Correalschuldverhältniß (arg. § 374, 378, 379 I. 14), sondern im Verhältniß bloßer Solidarität, so daß Befreiung durch formelle Erfüllungsurrogate, ferner „gegenseitige Vertretung“ für culpa (§ 379 cit.) ausgeschlossen sind und nur der Gläubiger nach seiner Wahl einen Jeden nach Höhe der geleisteten Bürgschaft ganz oder zum Theil bis zu erfolgter Befriedigung in Anspruch nehmen kann, da unter ihnen „keine gemeinsame Verbindlichkeit“ (§ 379 cit.) vorhanden ist, diese Befugniß des Gläubigers aber keine eigenthümliche Folge der Correalität ist. (§ 430—434 I. 5). Ein weiterer bloßer Solidaritätsfall ist die Verhaftung mehrerer Erben, die vor Befriedigung der Gläubiger die Erbschaft getheilt haben (§ 131 I. 17). Der in der Natur der Sache liegende Unterschied zwischen Correalität und bloßer Solidarität kommt somit hier unvermerkt im Landrecht zum Vorschein. Der Begriff der letzteren tritt nur zurück, weil das Landrecht manche römische Fälle derselben als Correalitätsfälle behandelt, was dem Gesetzgeber allerdings freisteht. Die Praxis hat denn auch den Unterschied beider Verhältnisse richtig herausgefunden.²⁾ In keinem Correalverhältniß stehen der persönliche Schuldner und der Hypothekenschuldner dem Gläubiger gegenüber, da der Pfandhaftung der auch nach preuß. Recht zur Correalität erforderliche Principalcharacter fehlt.³⁾

Das Landrecht giebt zwar den Correalschuldnern keine Einrede der Theilung, wohl aber, sofern nicht aus besonderen Vertragsbestimmungen oder den obwaltenden Verhältnissen ein Anderes erhellt, den Regreß untereinander (§§ 443—449 I 5 § 29—35 I 6). Diese Regreßpflicht greift aber nur Platz bei wirklichen Correalitätsfällen und solchen, die diesen gesetzlich gleichstehen, keineswegs aber in den Fällen bloßer Solidarität. Ob diese oder jene vorliegen, be-

¹⁾ Insbesondere auch aus *Realcontract*, § 59, I. 14, Ober-Trib. Entsch. 32 S. 349. *Striethorst*, Arch. 29 S. 262. (S. dagegen Koch, Ford. II. S. 10, 3c), ferner aus gemeinschaftlichem Empfang einer Nichtschuld, weil dies an sich *quasicontractliche* Verhältniß nach § 193 I 16 „wie ein Darlehn“ behandelt werden soll. S. dagegen: Koch, S. 13, 3i, Gruchot, S. 305. Wienstein, S. 488. Förster, S. 346. Ein unfähiger Contrahent kommt für das Correalverhältniß der Uebrigen gar nicht in Betracht, mag es sich um einseitige oder zweiseitige Obligationen handeln. Koch, Ford. II. S. 46. Ober-Trib. Entsch. 41 S. 47.

²⁾ S. besonders Erk. des D.-Trib. *Strieth.*, Arch. 78 S. 15.

³⁾ S. die Ausführungen in den Gründen des Pr. v. 22. 4. 1843, Entsch. 9 S. 271. Ungerechtfertigt ist die Polemik Koch's, Commentar zu § 439 I. 5 Note 24, welcher hier Correalität annehmen will.

stimmt sich nicht sowohl nach der Gleichzeitigkeit oder Ungleichzeitigkeit der betreffenden Verpflichtungsacte, als vielmehr nach der Absicht des Gesetztes oder der Parteien, die auch mit getrennten und ungleichzeitigen Verhandlungen Correalität verbinden können.¹⁾

II. Französisches Recht.*)

Die für dieses von den einzelnen Schriftstellern²⁾ behauptete Unterscheidung von *solidarité parfaite* und *solidarité imparfaite* ist allerdings latent vorhanden, wie dies mehrere der angeführten Beispiele, z. B. Haftung des Urhebers eines Brandes und des Versicherers, des Creditauftraggebers und des Darlehensempfängers, Deleganten und Delegaten im Fall des *code civ.* art. 1275, mehrerer Alimentationspflichtiger (art. 205—207), Commissionär und Zwischencommissionär (*Cod. comm.* art. 99), Verantwortlichkeit aus *C. civ.* art. 1384 sowie die Definition der eigentlichen Obligation *solidaire* (*C. civ.* art. 1197, 1200) beweisen, in welche außer der Verpflichtung für das Ganze (*pour le total*) als weiteres Begriffsmoment Erstreckung der Liberationswirkung des von oder mit dem einen Correalen vorgenommenen Erfüllungsactes auf die Uebrigen aufgenommen ist. Doch greifen jene Schriftsteller darin fehl, daß sie bei *Délit* (*crime, délit, contravention, C. pénal* art 55) *Civil*délit und *Quasidélit* nur *Solidarité imparfaite* annehmen, da in diesen Fällen die ältere Theorie gerade *Correalitätsfälle* sah und das Gesetz schlechthin *Solidarität*, also *solidarité parfaite* (*C. civ.* art. 1202 al. 2) festsetzt. Mit Recht wird dagegen für letztere ein engeres Verhältniß der Beteiligten angenommen, und dies zwar nicht juristisch correct, aber doch im Resultat im Ganzen zutreffend als gegenseitiges Repräsentations- oder Vollmachtsverhältniß bestimmt, die Wirkung der ersteren hingegen dahin angegeben, daß die Befreiungsgründe in der Regel nur in Bezug auf den dabei unmittelbar Beteiligten wirken.

Die Befugnisse des einzelnen Solidargläubigers sind jedoch aus dem

¹⁾ Die von Koch, Commentar zu § 445 I. 5 Note 26 für die allgemeine Zulassung des Regresses angeführte angebliche Praxis bedarf daher der Beschränkung. S. dagegen: Koch selbst, *Forder.* II S. 39, *Privatr.* II S. 126 (S. A.). Wienstein, S. 522. A. M. Samhaber, S. 212. Wenn Förster, II S. 352—353 den Einwand aus § 379 I. 14 durch die Unterscheidung zu beseitigen sucht, daß es sich hier (bei gesonderter Bestellung mehrerer Bürgen) „nicht um verschiedene Verpflichtungsacte zu einer und derselben Obligation, sondern um getrennte Verpflichtungsgründe handelt, deren jeder unabhängig seinen eigenen Regeln folgt“ — so ist diese Unterscheidung schon an sich haltlos und verlegt den Dienst gegenüber dem Falle, wo die Bürgen gemeinschaftlich verpflichtet sind § 374 I. 14.

²⁾ Zachariä-Anschütz, II. § 298. Samhaber, S. 22. 23 und die dazugehörige Literatur.

³⁾ Touiller, *droit civ. franc.* 3 éd. 6 n. 723 Marcadé, *Explications du Code Nap.* 5 ed 4 n. 593, 601, 604. Rodière, *de la solidarité et de l'indivisibilité* 1852 n. 39. 49—54. 168 sqq. 311 sqq. Warnkönig, *Magazin f. Bad. Rechtspflege* II 1855 S. 203 flgd. S. darüber des Näheren Samhaber, S. 237—246.

Gesichtspunct, daß er nur zur Annahme der Zahlung und *ad conservandam Obligationem* ermächtigt sei, dahin beschränkt, daß der Eid, und folglich auch das freisprechende Urtheil und Novation nur gegen ihn persönlich wirkt. Ebenso trifft ein von ihm bewilligter Erlaß und insofern auch Vergleich nur seinen Antheil. Der Gläubiger, welcher das Ganze eingezogen hat, wird für verpflichtet erachtet, falls nicht sein Verhältniß zu den Mitgläubigern ein Anderes mit sich bringt, diesen das seinen Antheil Uebersteigende abzuliefern.

Auf der Passivseite befreit außer Zahlung (art. 1200) und Compensation auch Novation (art. 1281), Eid (art. 1365), Erlaß (art. 1285), sofern er ohne Vorbehalt der Restforderung gegen die übrigen Schuldner ertheilt ist, ferner freisprechendes Urtheil und Vergleich. Confusion tilgt die Schuld antheilig (art. 1209). Die Abweichungen vom röm. Recht erklären sich aus der gesetzlichen Regresspflicht der Schuldner untereinander. Die Einstandspflicht bei Untergang des Schuldobjects erstreckt sich nicht nur auf den Fall der culpa, sondern auch auf den Fall der mora, beschränkt sich jedoch für den Nichtculposen und Nichtmorozen auf den Werth der Sache (art. 1205).

III. Das österreichische Recht*)

legt den Correalitätsbegriff der älteren Theorie zu Grunde (§ 891 B. G. B.). Im Sinne der letzteren sind daher auch die Wirkungen der Correalität zu bestimmen, obgleich das Gesetz nur die der Zahlung und der persönlich gewährten Nachsicht oder Befreiung besonders erwähnt (§ 893), ferner sowohl principale als accessoriische Solidaritätsfälle (mehrere Beschädigte § 1302, mehrere Vormünder § 210, mehrere Erben § 550, 820, 821, Bürgen und Mitbürgen § 1357, 1359, Handelsgesellschafter § 1203) als Correalitätsfälle aufzufassen (Register z. B. G. B. v. Correalität). Die Solidarischuldner sind einander regresspflichtig (§ 896, 1302).

IV. Das sächsische Gesetzbuch

regelt die Gesamtschuldverhältnisse, zu denen u. A. die Verpflichtung mehrerer Delinquenten, Beamten, Vormünder und Geschäftsführer jeder Art, sofern ihnen ungeheilte Verwaltung zusteht, gerechnet werden (§ 777, 1020, 1958) im Sinne der Correalität und hält sich hierbei mit wenigen Abweichungen (z. B. bloß persönliche Wirkung der culpa § 1031, 1009, der Verjährungsunterbrechung § 1034) an die gemeinrechtliche Gestaltung des Verhältnisses, anerkennt auch keine allgemeine Regresspflicht der Correi (§ 1036). Aehnlich

*) Samhaber, § 21. Sajenöhrl, S. 94—95, S. 111—159.

V. Der Dresdener Entwurf

art. 15—18, 356, 383, 392, 400, 417, 423.

VI. Das schweizerische Obligationenrecht

(art. 162—170) wendet auf das Verhältniß die Grundsätze der sog. bloßen Solidarität an, so daß nur Zahlung und Verrechnung bezw. Leistung objectiv befreiende Wirkung hat, (art. 166, 170) und giebt den Schuldnern untereinander den Regreß, der durch Begünstigung Einzelner Seitens des Gläubigers nicht vereitelt werden soll (art. 168). Unterbrechung der Verjährung gegen einen Solidarschuldner wirkt auch gegen die übrigen Mitschuldner (art. 155, 159).

4. Abschnitt: Die Theilschuldverhältnisse.

Scipio Gentilis, de dividuis et individuis obligationibus, Opp. I p. 89—174. de Retes, de dividuis et individuis obligationibus (Meerman, nov. thes. VII p. 600—624). Julius Hubo, Erklärung der Fragmente l. 2, 3, 4, 85 D. de V. O. 1822. Ribbentrop, Correalobl. §§ 19—24. de Scheurl, Comment. ad l. 2, 3, 4, 72, 85 D. de V. O. 1835. v. Savigny, Obl. I §§ 29—36. Brinz, krit. Bl. 4 S. 45—58 und Band. 1 § 139. Warkönig, in Rospirt's Zeitschrift 3, 1838 S. 67, 81 flgd. Wächter Arch. j. civ. Pragis 27 S. 155 flgd., ferner Handbuch des würtemb. Priv. R. II §§ 43, 75. Abbelohde, Lehre v. d. untheilbaren Obligationen 1862. Siebenhaar, Correalobligat. S. 135 flgd. 208 flgd. 410 flgd. v. Bangerow, Band. § 567 Ann. 2. Unger, Syst. des österr. Priv. I § 51. Windscheid, Band. §§ 253, 299. Steinlechner, Juris communio I Revision der Lehre von der Theilbarkeit und Untheilbarkeit. Innsbruck, 1876. (Rec. Gf., Krit. Vierteljahrschrift 19 S. 226 flgd. Regelsberger in Grünhut's Ztschr. 3 S. 696 flgd. Nyck, Jenaer Literatur-Zeit. 1876 S. 358, 359, vgl. Kanda, Besig 2. Aufl. § 17 A. 1, 15, 36. Replik: Steinlechner II, Miteigenthum S. 244—260). Eisele, Zur Lehre vom Miteigenthum, Arch. j. civ. Pragis Bd. 63 S. 28 flgd. Bianchi, divisibilita et indivisibilita in Serafini, Arch. Giurid. Vol. XXIX p. 32—72. 1882.

Ein Theilschuldverhältniß ist vorhanden, wenn Forderung oder Schuld sich in irgend welcher Weise auf den Theil einer als Gesamtgegenstand gedachten Leistung beziehen. Von besonderer rechtlicher Bedeutung sind die Fälle, in denen die Theilbeziehung durch eine ursprüngliche oder später eintretende Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern gegeben wird. Die rechtliche Behandlung dieser Fälle ist eine verschiedene, je nachdem der Gesamtgegenstand theilbar oder untheilbar ist. Dies führt auf die Begriffe:

§ 23. Theil, Theilbarkeit und Untheilbarkeit.*)

I. Theil im strengen Wortverstande¹⁾ bildet den Gegensatz zu dem selbstständigen Ganzen und ist das, was in der Einheit des Ganzen existirt und aufgeht (z. B. Bestandtheile zusammengesetzter Sachen, integrirende Theile).

Der weitere Theilbegriff umfaßt jedoch auch die gewesenen Theile. Diese sind hinwieder von einander durch die Art der Theilung unterschieden. Die Theilung ist eine qualitative, wenn die Theilungsproducte dem Ganzen nicht gleichartig sind²⁾. Die hier hervorgehenden Theile sind die ehe-

*) Ueber die frühere Literatur, Steinlechner, I S. 5—39. S. 113—116.

¹⁾ l. 25 § 1 D. de V. S. 50, 16.

²⁾ Wächter, Arch. S. 195, 196. Handb. S. 585.

maligen Bestandtheile des Ganzen (z. B. Stücke einer zergliederten Species, einer aufgelösten universitas rerum distantium oder cohaerentium, die in einem Recht enthaltenen einzelnen Befugnisse: Proprietät, Nutzungsrecht, Obereigenthum, vasallitisches Recht, Colonat).

Die Theilung ist eine quantitative, wenn die Theilungsproducte dem Ganzen gleichartig, in Folge dessen auch verhältnißmäßig gleichwerthig und von ihm nur quantitativ verschieden sind. Theile dieser Art entstehen bei beweglichen Sachen nur durch körperliche Trennung (partes divisae), bei unbeweglichen durch Abgrenzung (partes pro diviso¹⁾). Auch Rechte können in verschiedene, selbständige Theilrechte zerfallen (z. B. nomina divisa). Die Theile sind hier physische, reelle Theile, Quantitätstheile. Die quantitative Theilung ist die natürlichste Art der Theilung; allein es giebt zahlreiche Fälle, in denen sie nicht ausführbar oder doch nicht zweckmäßig und wünschenswerth ist. Hier tritt die quotitative Theilung ein. Diese ist eine sich nicht körperlich darstellende, sondern zerlegt die Sache nur nach einem arithmetischen Verhältniß, sie schafft nur verhältnißmäßige, Rechnungs- oder Quoten-Theile, sog. intellectuelle, ideelle, Theile. Worin liegt nun aber ihr Wesen?

Der Begriff der Quote fällt unter den allgemeinen Quantitätsbegriff. In der Quote steckt das Quantum. Die Quote ist ein nur in besonderer Art, ein nur relativ, noch nicht ziffermäßig bestimmtes Quantum. Der Quotentheil hat Realität durch die Beziehung auf einen ihm entsprechenden Quantitätstheil, einen gegebenenfalls zu quantifizirenden und effectuirenden Realkheil, also Realität durch die Möglichkeit quantitativer Theilung, für die das arithmetische Verhältniß den Maßstab bildet²⁾ und die sich bald an der Sache, bald an den Früchten, bald an dem Equivalent und Preise derselben vollziehen kann. Die ideelle Theilung ist gewissermaßen eine hinausgeschobene Realkheilung und in diese überzugehen bestimmt. Sie hat rechtliche Consistenz, ist daher Nichts Fingirtes, nur scheinbar Vorhandenes. Sie hat nothwendig die Sache und zwar die Sache als Ganzes³⁾ zum Gegenstand, da sich der bezielte Quantitätstheil nur aus der Sache gewinnen läßt.

Die Vorstellung, daß „jeder physische Punkt des ganzen Gegenstandes“ unter den Berechtigten getheilt sei, (Wächter) ist für den Begriff des ideellen Theils unfruchtbar, aber auch unrichtig, insofern diesem mit der Summe der Punkte immerhin eine körperliche Inhärenz gegeben würde, während er begriffsmäßig durchaus Nichts Körperliches ist, sondern nur den rechnungsmäßigen Maßstab und die ideelle Grenze für die Heranziehung der Sache selbst bildet.

Die ideelle Theilung ist ferner nicht Theilung des „Werths der Sache

¹⁾ Wächter, Arch. S. 156 fgd. I. 8 i. f. D. R. V. 6, 1 l. 6 § 1 D. comm. pr. 8, 4.

²⁾ Treffend sieht hierin Brinz, P. I § 131 (2. A.) die Bedeutung des Quotentheils.

³⁾ l. 5 § 15 D. comm. 13, 6: totius corporis pro indiviso pro parte l. 31 D. de usu et usuf. 33, 2. l. 7 § 4 D. q. mod. pign. 20, 6. l. 66 § 2 D. de leg. II (31). l. 7 pr. D. de stip. serv. 45, 3. Steinlechner, § 22.

oder des Rechts“, der Sache als „Werthobject“¹⁾ oder Quotentheilung des „Werths der Sache in ihrer Bestimmung“,²⁾ da der Werth an sich nur eine äußere Eigenschaft der Sache³⁾ und, bevor er realisiert, Nichts Körperliches ist, während der Sachkörper ein greifbares Theilungsobject darbietet und auch den Werth in sich trägt. Noch weniger läßt sich vor der Verwerthung von einer reellen Theilung des Werthes und der „Projection“ einer derartigen Theilung auf die Sache resp. das Recht reden, wodurch diese im „Geiste als getheilt erscheinen.“⁴⁾ Die intellectuelle Theilung beruht aber auch nicht auf einem durch wirkliche Theilung des an der Sache begründeten Rechts entstehenden Schein einer Theilung der Sache,⁵⁾ vielmehr beruht umgekehrt die Theilung des Rechts auf der Quoten-Theilung der Sache, wie schon daraus folgt, daß die Sache das nothwendige Substrat alles Rechts an der Sache, also auch des Theilrechts ist.

Vollends unzutreffend ist die Auffassung der intellectuellen Theilung als eine Theilung des Inhalts des Rechts, d. h. der Thätigkeiten, zu denen das Recht befugt macht oder verpflichtet, da eine Theilung dieses Inhaltes nach Bruchtheilen sich gar nicht vorstellen läßt⁶⁾ Unhaltbar ist ferner die Beziehung des einen ungetheilten, ganzen Rechts auf die einzelnen Theilhaber,⁷⁾ da nach dem Begriff des subjectiven Rechts mit einer Mehrheit berechtigter Subjecte von selbst eine Mehrheit von Berechtigungen gesetzt wird, dem Einzelnen daher nur ein Theilrecht zugeschrieben werden kann, sofern man nicht die Mehrheit der Subjecte als eine Gesamtperson gelten lassen will.⁸⁾ Hierzu kommt, daß die intellectuelle Theilung nicht nothwendig mit einer Mehrheit berechtigter Subjecte verbunden sein braucht, vielmehr schon ein Einzelner für sich allein ideell berechtigt sein kann, z. B. wenn der Nießbrauch oder das Pfandrecht entweder vorweg nur an einem ideellen Theil bestellt war oder in Folge späterer Ereignisse (Consolidation) nur zu einem ideellen Theil bestehen geblieben ist. Die Möglichkeit ideeller Theilung steht mit der Möglichkeit gemeinschaftlicher Berechtigung in keinem wesentlichen Zusammenhang.⁹⁾

Die rechtliche Anerkennung ideeller Theile bedeutet, daß die Sache d. h.

¹⁾ Windscheid, Münchener krit. Vierteljahrschrift VI S. 220, Band. I § 142, § 152, 3, § 169 a, § 205, 2, § 226 a, § 240, 1.

²⁾ Girtanner, Jahrb. f. Dogm. III S. 83 fgd. S. 243 fgd.

³⁾ Vgl. Pfaff, Grünhuts Zeitschr. I S. 64 fgd. Steinlechner I S. 114, Ann. 3. S. dagegen Gyner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 30—34.

⁴⁾ Steinlechner S. 111.

⁵⁾ Wächter, Arch. S. 163. Handb. S. 276—277.

⁶⁾ Kierulff, Theorie des gem. C. R. S. 325, 326. Böcking, Band. I 2. A. S. 264.

⁷⁾ Steinlechner, S. 111.

⁸⁾ Wie Barth, Grundbegriff der rechtlichen Theilung 1850 S. 26, 27. Baron, Gesamtrechtsverh. § 3 S. 77.

⁹⁾ Einen solchen nimmt z. B. Puchta, Band. § 37 an. S. dagegen auch Steinlechner S. 144.

Ryck, Lehre von den Schuldverhältnissen.

der Sachkörper zu einem verhältnismäßigen Theile Gegenstand von Rechtsverhältnissen sein kann. Der Quotentheil bildet daher ein wahres Rechtsobject und das daran zustehende Recht ein selbständiges Theilrecht.

Dieses führt in Verbindung mit anderen auf denselben physisch ungetheilten Gegenstand concurrirenden Theilrechten zu einem eigenthümlich bestimmten Gemeinschaftsverhältnis (communio, condominium). Es beeinträchtigt jedoch die Selbständigkeit des Theilrechts nicht,¹⁾ daß der Mitberechtigter nicht wider den Willen der Genossen über die gemeinschaftliche Sache verfügen darf, da seine Berechtigung eben nicht auf alleinige Verfügung, sondern nur auf Mitwirkung bei gemeinschaftlicher Verfügung geht, die Selbständigkeit aber darin hervortritt, daß er seine Zustimmung zu der von den Andern beabsichtigten Verfügung versagen und diese hindern darf.

Als spezifische Bethätigung jenes Theilrechts ist es dagegen nicht anzusehen,²⁾ daß er über dieses selbst verfügen und es insbesondere veräußern kann, da die Dispositions- und Veräußerungsbefugniß keine inhaltliche Befugniß des einzelnen Rechtes ist, sondern aus dem Recht der Persönlichkeit fließt, wie die Befugniß, Rechte zu erwerben und Rechtsgeschäfte abzuschließen.³⁾ Das Recht, auf Theilung anzutragen, ist nicht eine Folge des Theilrechts an sich, sondern der Inhalt einer darauf gerichteten, durch die Gemeinschaft begründeten quasicontractlichen Obligation (actio communi dividendo). Die Früchte der Sache fallen dem Theilberechtigten zunächst nur nach ideellen Theilen zu; der partielle Fruchtbezug in dem Sinne, daß der Theilberechtigter die Ueberweisung eines verhältnismäßigen Quantum verlangen kann, wird wieder nur durch die Pflicht der Genossen zur Theilung vermittelt, und erscheint also ebenfalls nicht als eine unmittelbare Bethätigung des Theilrechts.⁴⁾

II. Theilbarkeit, Antheilbarkeit.

Die Kriterien der Theilbarkeit bestimmen sich nach dem Begriff und den Arten der Theilung.

Theilbar überhaupt ist nur das, was eine Zerlegung in selbständige Einheiten zuläßt.

Qualitativ theilbar ist das, was in seine verschiedenartige Bestandtheile aufgelöst werden kann (z. B. durch chemischen Proceß, Markscheidkunst). Die Theilbarkeit der Rechte in diesem Sinne setzt voraus, daß ihr Inhalt sich aus verschiedenartigen Befugnissen zusammensetzt, und ist daher bei Rechten mit einfachem Inhalt ausgeschlossen.⁵⁾

¹⁾ S. dagegen Steinlechner I S. 151.

²⁾ Wie Steinlechner S. 153 meint.

³⁾ S. darüber Thon, Rechtsnorm S. 327 fgd.

⁴⁾ S. dagegen Steinlechner S. 151, 154.

⁵⁾ Wächter, Arch. S. 196.

Quantitativ (reell, wirklich) theilbar in juristischem Sinne ist das, wobei eine rein quantitative Theilung durchführbar ist d. h. eine solche, die ohne Veränderung des Wesens und ohne unverhältnismäßige Verringerung des Werthes¹⁾ oder der Brauchbarkeit des Theilungsobjects vorgenommen werden kann.

Von reeller Theilung kann, wie bei körperlichen Sachen, so auch bei Rechten die Rede sein, insofern aus einem Recht mehrere selbständige für sich bestehende Rechte von gleicher Qualität und nur verschiedener Quantität hervorgehen können.²⁾

Die Theilung ist hier jedoch nur möglich von Seiten des Gegenstands als des quantitativen, extensiven Moments im Gegensatz zu dem intensiven, qualitativen Moment: dem Inhalt d. h. der Qualität des bestimmten rechtlichen Könnens (Herrschaftsverhältnis, Eigenthumsbeschränkung, Müssen).

Die Realtheilung der dinglichen Rechte³⁾ würde mithin eine Theilung derselben nach realen Sachtheilen bedeuten und damit zusammenhängen, daß Bestand und Bestandsform des Rechts in gewissem Maße von dem Bestand und der Bestandsform seines Substrats: der Sache abhängen. So führen z. B. Untergang, physische Trennung und untrennbare Verbindung den Untergang oder doch wesentliche Veränderungen des Rechts herbei und kann ferner die Theilung pro diviso zur Folge haben, daß die rechtlichen Schicksale der einzelnen Sachtheile sich verschieden und unabhängig von einander gestalten, so daß z. B. Eigenthum an dem einen erworben, verloren, belastet oder übertragen wird, an dem anderen dagegen nicht.

Dieser Vorgang: der gesonderte Bestand des Rechts für die einzelnen Sachtheile läßt sich zunächst nur als Bervielfältigung des Rechts, hingegen als Realtheilung im juristischen Sinne erst unter Voraussetzung der Homogenität und verhältnismäßigen Gleichwerthigkeit der Theilrechte mit dem Ganzen auffassen. Diese Voraussetzung kann jedoch nur zutreffen bei denjenigen dinglichen Rechten, die, wie das Eigenthum und die ihm analogen Rechte: Nießbrauch, Emphyteusis, Superficies, Pfandrecht auf die Sache, deren Substanz oder Früchte gerichtet sind, da die Gleichartigkeit und relative Gleichwerthigkeit der Theilsache von selbst die des Theilrechtes in sich schließt. Dies läßt sich jedoch nicht von denjenigen Rechten behaupten, die, wie der usus und die Prädialservituten, den bloßen Gebrauch der Sache oder einzelne Ge-

¹⁾ Die Berücksichtigung des Werthmoments beruht erst auf einer künstlichen, den Anschauungen des Verkehrs sich anbequemen Ausprägung des Begriffs der Theilbarkeit. Der natürlichen Auffassung genügt die Homogenität des Theils mit dem Ganzen. Daher die Unterscheidung: res quae naturaliter indivisae sunt und res, quarum divisio sine damno fieri non potest I. 26 § 2 D. de leg. 1, 30. I. 31 § 6 D. de aed. ed. 21, 1. § 5 J. de offic. jud. 4, 17. I. 34 § 2 C. de don. 8, 54.

²⁾ Wächter, S. 164, 167, 184. Handb. S. 582.

³⁾ Vgl. hierüber Steinlechner I S. 43—63. Regelsberger a. a. D. S. 696 S. dagegen Rande, § 17 A. 1. Erf., a. a. D. S. 226, 227.

brauchshandlungen zum Gegenstand haben, da hierfür die Homogenität und Gleichwertigkeit der Sachtheile durchaus indifferent, vielmehr mit der Beschränkung auf einzelne Parzellen, der Vertheilung nach der Derflichkeit ebenso wie nach Zeit und Maaß (*loco, tempore, mensura*)¹⁾ stets eine Quantitätsänderung verbunden ist. Dies gilt nicht nur von den bloßen Gebrauchsrechten (*usus, operae, habitatio*) und den auf einzelne Gebrauchshandlungen (*ire, agere*) oder Unterlassungen (*altius non tollere*), sondern auch von den auf Entnahme von Naturproducten gerichteten Servituten (*serv. silvae caeduae, cretae eximendae, arenae fodiendae, pascendi*), da hierbei nicht lediglich das zu gewinnende Quantum, sondern wesentlich auch die Derflichkeit, wo dasselbe gewonnen werden darf, in Anschlag kommt,²⁾ wie z. B. der Character einer Holz- oder Hütungsgerechtigkeit durch Anweisung auf eine entlegenere Stelle erheblich beeinflusst wird und von momentanen Erschwernissen abgesehen die Nachtheile der Theilung sich in der Folgezeit äußern können z. B. in beschleunigter Minderung der Ertragsfähigkeit oder Unbequemlichkeiten bei dereinstiger Parzellirung des herrschenden Grundstücks.

Nicht um eine Theilung des Rechts und noch weniger um die Theilung eines und desselben Rechts handelt es sich, wenn ein *Ufus*³⁾ Mehreren in *solidum* an derselben Sache bestellt ist, auf diese Weise unter ihnen eine Gemeinschaft entsteht und die Ausübung unter ihnen regulirt wird. Dasselbe gilt von Prädialservituten,⁴⁾ die an demselben Grundstück Mehreren (gleichviel übrigens ob gleichzeitig oder gesondert) bestellt werden.⁵⁾ Die Möglichkeit der Realtheilung dinglicher Rechte und ihrer Ausübung ist hauptsächlich bei den Theilungsfragen von practischer Bedeutung.

¹⁾ l. 19 § 4 D. comm. div. 10, 3. l. 5 D. de aqua quotid. 43, 20 l. 16 D. quemadm. serv. 8, 6. *Fivers*, *Servit.* S. 548. *Ubbelohde*, S. 18. *Steinlechner* I S. 156.

²⁾ *Ubbelohde*, S. 12 und der von ihm citirte *Molinaeus*, *extricatio Labyrinthi, dividui et individui* (*Opp.* III Paris 1681 p. 145 no. 296—298, 356—358) neigen bei diesen Servituten zur Theilbarkeit. Realisten auf Erzeugnisse sind nach Analogie der Obligationen theilbar.

³⁾ l. 10 § 1, l. 19 § 4 D. comm. div. 10, 3. *Vgl.* l. 5 § 15 D. comm. 13, 6. l. 22 § 1 D. de usu et hab. 7, 8, l. 15 § 18 D. de damn. inf. 39, 2: *quasi in totum missi concursu partes habebunt.* *Steinlechner*, S. 97—99.

⁴⁾ l. 19 § 2 D. comm. div. 10, 3. l. 4 D. de aq. quot. 43, 20.

⁵⁾ Die Frage, ob die Theilung des dienenden oder doch des herrschenden Grundstücks ohne Weiteres Theilung der Prädialservitut (d. h. im Sinne bloßer Vielfältigkeit) zu Folge habe (l. 6 § 1 D. quemadm. serv. 8, 6, *Steinlechner*, I S. 50 *fgd.* und die S. 60 Note 1 Citirten) ist zu verneinen, weil die unter den Miteigentümern beliebte Grundstückstheilung nur factisch, nicht aber rechtlich die Bestandsform der Servitute alteriren kann, ein Princip, welches *Celsus* in l. 6 § 1 cit. ausdrücklich anerkennt („*nec me fallit, alieno facto jus alterius immutatum iri*“), aber auf den von ihm entschiedenen Fall aber nur um deshalb nicht für anwendbar erklärt, weil es sich dabei nicht um das Servitutrecht selbst, sondern nur um dessen durch die Theilung des Grundstücks in gewisser Weise alterirte Ausübung handelt. *S. v. Wangerow* I § 340 Anm. 2, 1, *Windscheid*, I § 209, Note 19.

Die Theilbarkeit der Obligationen¹⁾ ist durch die Theilbarkeit der Leistung bedingt. Die Leistung ist theilbar, wenn das Leistungsobject (Sache, Recht, specifisches Thun oder Nichtthun) eine rein quantitative Theilung zuläßt, die Möglichkeit reeller oder ideeller Theile gewährt. Die ideelle Theilung des Leistungsobjects schließt die reelle Theilung der Obligation nicht aus. Nicht entscheidend für die Theilbarkeit ist die Art der Leistung an sich, insbesondere nicht, ob sie ein *dare* oder *facere* und *non facere* enthält, da ein *dare* untheilbar, ein *facere* oder *non facere* aber theilbar sein kann.

Es würde nur eine bloß factische Verschiedenheit sein, wenn — was nicht einmal durchaus richtig — in den meisten Fällen Ersteres theilbar, Letzteres untheilbar wäre und kann Derartiges gewiß nicht als juristische Regel behauptet werden.²⁾

Von den *rog. obligationes dandi* sind theilbar diejenigen auf Verschaffung des Eigenthums oder analoger Sachenrechte, insbesondere auch des Pfandrechts und Nießbrauchs, da hier auf alle Fälle Leistung zu ideellen Theilen möglich, der ideelle Theil aber stets einen verhältnißmäßigen Theil wie des Ganzen selbst so auch nothwendig dessen Werthes repräsentirt.³⁾

Theilbar sind ferner die Obligationen auf Aufhebung dieser Rechte, auf Begründung, Cession, Aufhebung und Liberation von theilbaren Forderungsrechten sowie überhaupt auf alle juristische Acte in Bezug auf Rechte dieser Art.⁴⁾ Ebenso sind theilbar Obligationen auf Quantitäten von *Fungibilibus*⁵⁾ oder diesen gleichzustellender Gattungssachen,⁶⁾ imgleichen auf

Ryck, *Jenaer Lit. Z.* 1876 S. 358, l. 23 § 3, 25 D. de s. pr. r. 8, 3. Eine und dieselbe Servitut kann mehren selbständigen Grundstücken auferlegt werden, falls die Absicht der Parteien darauf gerichtet ist l. 18 D. eod. 8, 3, nicht aber eine solche für mehre als eine einzige bestellt werde, *Steinlechner* S. 58.

¹⁾ Unrichtig wird die quantitative Theilung der Obligationen als Theilung nach Quoten oder ideellen Theilen bezeichnet z. B. v. *Savigny*, *Oblig.* I S. 321. *Ubbelohde* S. 18, 19. Ueber den Unterschied zwischen der Theilung der Obligation und der Theilung *pro indiviso* s. *Steinlechner* S. 64, 65.

²⁾ *S.* hierüber v. *Savigny*, *Obl.* I S. 331, 332, 344, der jedoch seinerseits wieder die untheilbaren Obligationen als „Ausnahmen“ betrachtet S. 325, 329. *Vgl.* ferner *Förster*, *Pr. Priv.* I § 67 Note 12 S. 377, *Dernburg*, II § 25 S. 58, 59.

³⁾ l. 54 pr. l. 85 § 1 D. de V. O. 45, 1, l. 9 § 1, l. 34 § 1 D. de solut. 46, 3, l. 5 D. de usufr. 7, 1. l. 13 D. de accept. 46, 4. *Ubbelohde*, § 6, 9. Ideell theilbar sind alle Sachindividuen, insbesondere auch Actien und Actienantheile. Die Vorschrift des Handelsgesetzbuchs Art. 207, Abs. 4 bezieht sich nur auf das Verhältniß zur Actiengesellschaft, und bedingt für die Ausübung der Actionärrechte den Besitz ganzer Actien. *A. M. Dernburg*, II S. 58 zu Note 6.

⁴⁾ l. 3 § 3 l. 5 pr. D. de lib. leg. 34, 3. l. 4 § 1 D. de V. O. 45, 1: *amplius non agi* l. 44 § 6 D. fam. ere. 10, 2 (*ratum habere*). Dazu *Ubbelohde* S. 111, S. 285—294, aber auch v. *Savigny*, *Oblig.* I S. 343, 344.

⁵⁾ l. 2 § 1 D. de V. O. 45, 1 l. 9 § 1, l. 94 § 1, l. 29 D. de sol. 46, 3: *numero dividitur obligatio*. Die Quantität wird getheilt, *Wächter*, *Arch.* S. 175 u. Anm. 29, 30. v. *Savigny*, *Oblig.* I S. 309, 310, erst aus der Theilbarkeit der Quantität folgt die Theilbarkeit des Rechts. Unrichtig daher *Unger*, *Syst. des öiterr. Pr. R.* I § 51 Anm. 14. *Steinlechner*, S. 62.

⁶⁾ l. 54 pr. l. 117 D. de V. O. 45, 1.

Arbeiten, Dienstleistungen, deren Werth nach Zeit, Zahl und Maß in Anschlag kommt, z. B. Tagelöhner- und handwerksmäßige Arbeiten.¹⁾

Untheilbar sind dagegen die Obligationen auf Bestellung oder Aufhebung eines Njus²⁾ oder von Prädialservituten,³⁾ da hier einerseits die Leistung zu ideellen Sachtheilen undenkbar, andererseits die Leistung zu reellen Sachtheilen oder mit Beschränkungen nach Zeit und Maß das Schuld- und Leistungsobject wesentlich verändern würde.

Dasselbe gilt von der Herstellung und Verfertigung eines Werkes,⁴⁾ da hier nicht sowohl die einzelnen zur Herstellung erforderlichen Thätigkeiten und Lieferungen, als vielmehr das vollendete Ganze den Obligations-Gegenstand ausmacht.

Durchaus untheilbar ist das fundum tradere (l. 72 pr. D. 45, 1)⁵⁾ Denn wenn auch unter bestimmten Voraussetzungen durch Tradition Eigenthum übertragen wird, so ist doch tradere nicht identisch mit dare, wie die Tradition eines Nichteigenthümers oder völlig Unberechtigten beweist. Wenn auch ferner ein Besitz an ideellen Theilen möglich, so ergibt sich doch diese Möglichkeit nur von Seiten des animus possidendi, den der Erwerber auf einen ideellen Theil der Sache richten kann, nicht aber von Seiten des corpus, welches als rein natürliches Verhältniß nur in Bezug auf die ganze körperliche Sache denkbar. Das bloße tradere bedeutet aber nur die Besitzergreifung auf Seiten des Tradenten und gewährt dem Empfänger noch nicht sowohl den Besitz, als die Möglichkeit der Besitzergreifung bezüglich des Ganzen oder eines ideellen Theils, eine Möglichkeit, die einer ideellen Theilung nicht empfänglich ist.⁶⁾ Die allerdings mögliche Beschränkung der Tradition auf einen reellen Theil würde aber wieder das Leistungsobject wesentlich verändern, stipulationem corrumpere,⁷⁾ wie auch l. 72 pr. cit. besagt.

¹⁾ l. 1 § 9 D. ad leg. Falc. 35, 2, l. 15 § 1 D. de oper. lib. 38, l. 1. 54 § 1 D. de V. O. 45, 1.

²⁾ l. 19 D. de usu et habit. 7, 8.

³⁾ l. 17 D. de serv. 8, l. 1. 25 § 9—11 D. fam. erc. 10, 2. l. 11 § 24. D. de leg. 3 (32). l. 2 § 1. l. 72 pr. D. de V. O. 45, 1. l. 13 § 1 D. de accept. 46, 4. Ubbelohde, § 8.

⁴⁾ l. 11 § 23, 24 D. de leg. 3. (32). l. 80 § 1 D. ad leg. Falc. 35, 2. l. 72 pr. 1, 85 § 2 D. de V. O. 45, 1. v. Savigny, Oblig. I S. 334. Zu l. 4 § 1 D. eod. 45, 1 bedeutet „iter fieri“: die Ausübung einer Wegegerechtigkeit zu gestatten, nicht aber eine Reife machen, wie z. B. noch Unterholzner, I S. 215, m, u. Förster, Pr. Priv. R. I § 67, Note 12 annehmen.

⁵⁾ S. über diesen Fall die Interpretationen von v. Savigny, Oblig. I S. 336—342, der tradere mit dare identificirte, ferner Ubbelohde, S. 37—47 und die daselbst bemerkte Literatur.

⁶⁾ Es ist also Verschaffung des wirklichen juristischen Besitzes *vacuam possessionem tradi* (l. 28. l. 38. l. 52 § 1 D. l. 75 § 7 D. de V. O. 45, 1. l. 11 § D. de act. emt. 19, 1) nicht bloß, wie Ubbelohde S. 43 meint, Verschaffung der Detention gemeint. Die Besitzerräumung kann unter Umständen erhebliche Schwierigkeiten verursachen, ist daher wenn auch einerseits eine *causa honorum*, doch andererseits auch ein *facere*. Richtig: Unterholzner, I S. 215, Siebenhaar, S. 247—251.

⁷⁾ Worauf Rudorff zu Buchta's Pandectenvorlesungen 2 § 222 mit Recht hinweist.

Ein *non facere* ist untheilbar, wenn der factische Erfolg, dessen Hervorbringung den Obligationsgegenstand bildet, eine quantitative Beziehung nicht darbietet, so daß er schon durch die Zuwiderhandlung eines Mitverpflichteten gänzlich vereitelt wird¹⁾, z. B. das Unterbleiben einer Besitzstörung,²⁾ Nichtverkauf des Pfandes vor Ablauf³⁾ einer bestimmten Frist, oder Nichtbegehung eines Dolus.⁴⁾ In unzutreffender Weise ist von Untheilbarkeit bei den Obligationen auf ein *genus* und bei alternativen Obligationen⁵⁾ die Rede. Denn hierbei handelt es sich nicht um Theilung des definitiven an sich theilbaren Obligationsgegenstandes: das eine zu leistende Stück der betreffenden Gattung, das eine *Alternativum*, sondern um Leistung von Theilen verschiedener Stücke und der verschiedenen alternativ bezeichneten Gegenstände.

Ebenjowenig hängt es mit der objectiven Untheilbarkeit zusammen, daß zur Abwendung einer Straf- oder anderen Zahlung (*Pönalstipulation*, *duplae stipulatio*) eine vielleicht an sich theilbare Leistung vollständig oder von allen Verpflichteten geschehen muß.⁶⁾ Vollends gehören nicht hierher die

¹⁾ l. 2 § 5. l. 3 § 1 D. de V. O. 45, 1. l. 85 § 3 D. eod.: *quoniam licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor*. Entscheidend allein für die Theilbarkeit ist, ob überhaupt Vereitelung des Erfolges oder Verletzung des Interesse pro parte möglich? nicht aber, daß sie jedem Erben überhaupt nur zu seiner Erbquote möglich, wie Ubbelohde S. 108—115, (Windscheid § 300, no 2.) auszuführen sucht. Wäre Letzteres richtig, so müßte die Theilbarkeit beim Vorhandensein nur eines Erben stets gelehnet werden, was der Natur der Sache widerspricht. Vollends haltlos ist die Beschränkung der Theilbarkeit auf Fälle, wo die Möglichkeit des Zuwiderhandelns für den Erben nicht von einem veräußerlichen Rechtsverhältniß (Eigenthum, *Emphyteusis*, *Superficies*) abhängt, Ubbelohde S. 110. Consequent müßten denn auch Obligationen nach römischem, wie heutigem Recht ausgeschlossen sein, ebenso Real-lasten und Inhaberpapiere, so daß schließlich gar kein theilbares *non facere* übrig bliebe! Nicht für die Theilbarkeit der Leistung, sondern nur für die Theilung der Verpflichtung zur Interesseleistung kann es darauf ankommen, ob die Verletzung jedem Miterben nur zum Theil möglich, da er für das ihm Unmögliche nicht haftet. Vgl. Ubbelohde selbst S. 113.

²⁾ l. 4 § 1. l. 85 § 3 D. de V. O. 45, 1: *per te non fieri neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat*. Ebenso l. 38 pr. §§ 1, 2 D. eod.: *quominus habere liceat*. Der Gläubiger wird, auch wenn nur einer der Erben pro portione sua vindicirt, doch im Haben des Ganzen gestört, insofern er sich ideellen Mitbesitz des Vindicanten gefallen lassen müßte. Unrichtig daher die Erklärungen v. Ubbelohde, S. 114—115, Siebenhaar, S. 276, 277.

³⁾ Vgl. Ubbelohde, S. 110, Note 1b.

⁴⁾ l. 4 pr. D. de V. O. 45, 1: *dolum abesse a te heredeque tuo*.

⁵⁾ l. 26 § 13, 14 D. de cond. indeb. 12, 6 l. 2 §§ 1, 3. l. 85 D. de V. O. 45, 1. S. hierüber v. Savigny, Obl. I S. 346—348. Siebenhaar, S. 232—238. v. Bangerow, § 567, Anm. 2 II 1, 2. Die sog. alternative Obligation ist übrigens nicht eine einzige Obligation mit mehreren alternativ bezeichneten Gegenständen, sondern eine Mehrheit von Obligationen im alternativen Verhältniß. Vgl. Fitting, *Correalobl.* S. 141, der die Frage aufwirft, aber nicht entscheidet.

⁶⁾ l. 5 §§ 3, 4. l. 85 § 6 D. de V. O. 45, 1. l. 2 § 6, l. 3 § 1 D. eod. v. Savigny, Obl. I S. 326—329. Ubbelohde, §§ 14—19. Siebenhaar, S. 238—246. v. Bangerow, Anm. 2 § 567 II, 3.

Fälle der nothwendigen Streitgenossenschaft (z. B. der nach der Litiscontestation verstorbenen Partei bei jud. div.). Einen durchaus relativen Character hat die Untheilbarkeit nach dem Bedürfniß des Berechtigten z. B. bei dem in einem Altentheil (Ausgedinge, Auszug) ausgeworfenen Quantum Brennholz, das dem einen überlebenden Berechtigten allein in unvermindertem Maße ebenso nöthig wie in Gemeinschaft mit dem Vorverstorbenen.

Die quotitative (ideelle) Theilbarkeit setzt einen Gegenstand voraus, der entweder an sich ein Quantum darstellt oder in ein Quantum umgesetzt werden kann, und beruht also darauf, daß Etwas entweder an sich quantitativ theilbar oder sich auf Etwas quantitativ Theilbares zurückführen läßt.

Die Quotentheilung ist daher möglich bei Sachen, bei Rechten, die auf Sachen, deren Substanz oder Früchte gerichtet sind. Also: beim Eigenthum und Erbrecht, dem Nießbrauch, Emphyteusis, Superficies und Pfandrecht.¹⁾ Quotitativ (ideell) nicht theilbar sind dagegen der Usus und sämtliche Prädialservituten.²⁾ Der Usus als ein bloß persönliches Gebrauchsrecht ist an sich zu einem ideellen Sachtheil undenkbar und schließt ferner jeden Umsatz in ein Geld- oder sonstiges Äquivalent aus.³⁾ Keinen Einfluß hat es, wenn dem Usuar gestattet ist, zu seinem Bedarf von den Früchten und Producten der Sache zu entnehmen. Denn er hat damit noch kein Recht zu einem ideellen Theil weder der Sache noch der Früchte der Sache; diese unterliegen vielmehr dem alleinigen Recht des Eigenthümers oder etwaigen Nutznießers, welche durch den persönlichen Fruchtbezug des Usuars nur beschränkt werden.

Gleiches gilt von den Prädialservituten.⁴⁾ Eine Ausübung derselben zu ideellen Sachtheilen ist ein Urding. Insbesondere läßt sich auch nicht die wirkliche Entnahme von Erzeugnissen zum Bedarf des herrschenden Grundstücks an einem ideellen Theil des dienenden Grundstücks oder an dem dienenden Grundstück für einen ideellen Theil des herrschenden Grundstücks vornehmen, vielmehr ist sie nur für das körperliche Ganze und an dem körperlichen Ganzen möglich, da die Idealtheilung nur ein Rechtsbegriff und auf das physische Bedürfniß oder das physische Leistungsvermögen einer Sache

¹⁾ Steinlechner, S. 139 Anm. 2. Ueber das Pfandr. bei Wächter, Arch. S. 188 flgd. Dernburg, Pfandrecht §§ 82—85.

²⁾ l. 19 D. de usu et habit. 7. 8: frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus. Fragm. Pomponii: Et servitutes dividi non possunt; nam earum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam ejus corrumpat. l. 8 § 1, l. 11, l. 17 D. de serv. 8, l. 32 D. de s. pr. r. 8, 3. l. 3, l. 7 D. de serv. leg. 33, 3, l. 14 § 1 D. de adim. leg. 34, 4. l. 1 § 9, l. 7, l. 80 § 1, l. 81 pr. D. ad leg. Falc. 35, 2. l. 2 § 1. l. 72 pr. D. de V. O. 45. l. 1. l. 13 § 1 D. de accept. 46, 4. v. Vangerow, § 340 Anm. 2. Steinlechner, S. 140—159, wofelbst die Literatur eingehend berücksichtigt ist.

³⁾ Windscheid, Pand. I § 207, Note 12.

⁴⁾ Windscheid, § 209, Note 16: „sie können weder in Geld umgesetzt werden, noch gewähren sie einen reell theilbaren Ertrag.“

sich nicht bezieht, so daß hierfür lediglich die natürliche Beschaffenheit maßgebend ist. Nichts beweist hiergegen die Möglichkeit des Nießbrauchs zu ideellen Theilen.¹⁾ Denn hier ist in der fruchttragenden Sache, in den Früchten ein natürliches, körperliches Object gegeben, für welches der ideelle Theil, indem er den Teilungsmaßstab abgibt, bestimmungsgemäß jungirt, während es dort an einem physischen Object oder Subject fehlt und solche auch nicht durch ideelle Theilung erschaffen werden können. Von einem ideellen Theil kann nur mit Bezug auf bestimmte körperliche Sachen die Rede sein.

Jene Servitutrechte sind aber auch ihrem Gegenstand²⁾ nach nicht theilbar, d. h. nach dem, wozu sie befugt machen, worauf sie gerichtet sind. Der Grund der Untheilbarkeit kann zunächst nicht in der Beschränkung derselben auf das Bedürfniß des berechtigten Subjects oder in der Unveräußerlichkeit gefunden werden. Denn jene Beschränkung würde nur den Umfang des Rechts beeinflussen³⁾ und an sich die Theilbarkeit des Gegenstandes nicht ausschließen.

Ebenso wäre diese mit der Unmöglichkeit der Veräußerung vereinbar, wie z. B. der Nießbrauch theilbar bleiben würde, auch wenn die Uebertragung seiner Ausübung an einen Andern nicht gestattet wäre.

Kein zutreffendes Kriterium der Theilbarkeit oder Untheilbarkeit liegt ferner in der Unterscheidung ob die Handlung, zu der man berechtigt ist, Selbstzweck (wie z. B. beim Usus) oder ob sie Mittel⁴⁾ zu einem anderen Zweck (wie z. B. zum Früchterwerb beim Ususfructus).

Diese Unterscheidung ist schon nicht durchführbar am Usus, da der Usuar mit der ihm freistehenden Benutzung beliebige Zwecke verbinden kann, indem er z. B. den seinem Usus unterworfenen Sklaven zur Ausführung eines ihm verdungenen Werkes verwendet oder mit den in seinem Gebrauch befindlichen Pferden sich an Wettrennen theilhaftig und also den Geldverdienst bezweckt.⁵⁾ Bei den Realservituten ist ferner der Vortheil des Grundstücks der Zweck aller Gebrauchshandlungen.

Nicht ein Kriterium der Theilbarkeit oder Untheilbarkeit, sondern nur eine Beschreibung einzelner Fälle der letzteren enthält es, wenn Rechte als untheilbar bezeichnet werden, wenn und soweit sie auf factische Verfügungen

¹⁾ Was Baron, Gesamtr. S. 134 flgd., Bremer, Hyp. und Grundsch. S. 23. einwerfen und welchen Einwand Steinlechner S. 145 für unwiderleglich erachtet.

²⁾ Die Sache ist nicht Gegenstand, sondern nur Substrat des Servitutrechts. Die Polemik Unger's (System I § 67 Anm. 3) gegen Wächter (Handb. II S. 583. Arch. S. 186), daß, wenn es für die Theilbarkeit des Rechts auf die Theilbarkeit des unmittelbaren oder mittelbaren Gegenstands ankomme, „darnach alle Rechte, welche denselben Gegenstand haben, gerade wie dieser entweder theilbar oder untheilbar sein müßten,“ beruht auf einer Verwechslung von Gegenstand mit Substrat.

³⁾ Vgl. auch Steinlechner S. 144.

⁴⁾ Bemann, Inhalt und Umf. der pers. Serv. des Usus S. 93 flgd.

⁵⁾ Vgl. die Fälle in l. 12 §§ 4, 6, l. 13 D. de usu et habit. 7, 8.

über die Sache gerichtet sind, theilbar dagegen, wenn und soweit sie auf den Fruchtbezug gehen.¹⁾

Vom Standpunkt der Werththeorie muß in die Möglichkeit der Theilung des Werthes das Kriterium der Theilbarkeit gesetzt werden. Die selbstständige Realisirbarkeit des Theilrechts²⁾ steht mit der Theilbarkeit in keinem näheren Zusammenhange und ist ein allgemeines Erforderniß jeder rechtlichen Befugniß, welchem dann selbstverständlich auch das Theilrecht entsprechen muß.

Wenn die Theilbarkeit des Rechts von der Theilbarkeit des ökonomischen Nutzens,³⁾ des Erfolges oder Interesses⁴⁾ oder „Von Allem, was die Sache ist und mit sich führt“,⁵⁾ abhängig gemacht wird, so wird damit nur dem principalen Theilungsobject ein anderes secundäres substituirt, nicht aber das für letzteres selbst wieder fragliche Kriterium der Theilbarkeit bestimmt.

Die Untheilbarkeit speciell der auf Entnahme von Erzeugnissen gerichteten Prädialservituten läßt sich endlich nicht daraus ableiten, daß das bezogene Quantum zum Besten des herrschenden Grundstücks verwendet werden müsse,⁶⁾ da dieses Quantum eben nicht ihren Gegenstand bildet, andernfalls man daraus, daß an dem percipirten Quantum ein theilbares Recht bestehen kann, ihre Theilbarkeit deduziren könnte.

Der Grund der Untheilbarkeit dieser Rechte liegt darin, daß ihre Ausübung wesentlich mit einer körperlichen Einwirkung auf die Sache verbunden (fodire, eximere, pascere), also nicht zu einem Theil möglich ist. Der Theilfructuar kann zwar ebenfalls nicht selbstständig auf die Sache zum Zweck des Fruchtgewinnes einwirken, aber er kann von dem Mitberechtigten (dem anderen Theilfructuar oder dem Eigenthümer) pflichtmäßige Mitwirkung verlangen, ihn an der Vornahme eigenmächtiger Acte hindern und schließlich mittelst der actio communi dividando eine seinem Recht entsprechende Regulirung des Verhältnisses herbeiführen, während der Servitutberechtigte in dieser Beziehung kein Recht gegen den Eigenthümer hat, und auf das eigene Handeln angewiesen ist. Sein Recht ist also in erster Linie durch die Möglichkeit, selbstständige Gebrauchshandlungen vorzunehmen, bedingt und daher im Wesentlichen den übrigen Prädialservituten (wie z. B. auf ire, agere) gleichzustellen. Es geht nicht in erster Linie auf Etwas quantitativ Darstellbares.

¹⁾ Ubbelohde S. 10, 13, 14, 16. S. dagegen und gegen die weitere Consequenz, daß danach der usufructus bald theilbar und untheilbar, mit Recht Steinlechner S. 148.

²⁾ Auf welche Steinlechner S. 153 vorwiegend Gewicht legen will, obgleich er sich nicht verhehlt, daß die Theilbarkeit „wesentlich in der selbstständigen Realisirbarkeit des Werththeils und damit die Mitberechtigung durch ihren Träger besteht.“ S. 152.

³⁾ Brinz, Pand. S. 186 (1 A.): „reelle Theilung des zu erzielenden Nutzens.“ Steinlechner S. 87, 111, Bianchi p. 46—47. Vgl. Windscheid, P. § 169a.

⁴⁾ Steinlechner S. 111, 87.

⁵⁾ Brinz, Pand. I, § 131 2. A.

⁶⁾ Wie dies z. B. Windscheid, Pand. § 209 Note 16 thut.

Forderungen und Schulden mit reell wie mit ideell theilbarem Leistungsobject sind an sich der Quotentheilung zugänglich, sofern nur der hervorzubringingende Obligationseffect der quantitativen Theilung oder der Verwandlung in ein theilbares Aequivalent fähig ist. Doch hat das Römische Recht hier die Quotentheilung vermieden, offenbar aus dem practischen Grunde, daß sie für die Geltendmachung des Rechts eine nothwendige Zuziehung sämmtlicher activ oder passiv Betheiligter bedingen und die Realisirung des Theilrechts und der Theilpflicht von zufälligen Umständen, wie: guter Wille und Anwesenheit der Mitgläubiger, und Möglichkeit, sämmtliche Schuldner gleichzeitig belangen zu können, abhängig machen würde.¹⁾

§ 24. Princip der Theilschuld-Verhältnisse.

Aus gemeinschaftlichem Contract entspringt für die Mehrheit der activ oder passiv betheiligten Subjecte nicht eine einzige Obligation, sondern nach der Zahl der Betheiligten eine Mehrheit von Obligationen.²⁾

Diese sind regelmäßig, wenn der Contractsgegenstand theilbar, ipso jure auf die einzelnen, im Zweifel gleichen Theile desselben gerichtet. Ebenio theilt sich die ursprünglich vorhandene eine Obligation ipso jure unter mehren Erben.

Untheilbarkeit des Gegenstands begründet dagegen sowohl bei ursprünglicher³⁾ als nachfolgender Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern Solidarität der Berechtigung oder Verpflichtung.⁴⁾ Insbesondere kann die ipso jure und bedingungslos sich vollziehende Bervielfältigung der ursprünglich einen Obligation in eine Mehrheit von Solidarobligationen beim Eintritt mehrer Erben bei der Bestimmtheit der darüber lautenden Quellenzeugnisse nicht bezweifelt werden.⁵⁾ Es findet sich keine Spur davon, daß die untheilbare Obligation als eine einzige mit ungetheilter Beziehung auf sämmtliche Berechtigte bestanden oder fortbestanden hätte.⁶⁾ Controvers ist in der römischen Jurisprudenz nur gewesen, nicht, in welcher Weise, sondern ob unter Um-

¹⁾ Vgl. v. Savigny, Obl. I S. 353.

²⁾ l. 11 § 1. 2, D. de duob. reis 45, 2, l. 7 § 6, l. 8 pr. D. de oper. lib. 38, l. 1. 5 C. si certum 4, 2. l. 1. 2 C. si plures 7, 55. l. 54 § 1 i. f. D. de V. O. 45, 1. S. v. Savigny I S. 137, 323, welcher jedoch ungenau bei ursprünglicher Mehrheit der Gläubiger oder Schuldner von Theilung und Auflösung „der Obligation“ spricht, während von vornherein nur eine Mehrheit von Obligationen zur Entstehung kommt.

³⁾ l. 19 D. de s. pr. r. 8, 3; l. 25 § 11 l. 44 § 8 D. fam. erc. 10, 2. l. 49 § 4 D. de leg. 2 (31). l. 11 § 23, 24 D. de leg. 3 (32) l. 7 D. de serv. leg. 33, 3, l. 80 § 1 D. ad l. Falc. 35, 2; l. 85 § 2 D. de V. O. 45, 1.

⁴⁾ l. 17 D. de serv. 8, l. 1. 25 § 9, 10 D. fam. erc. 10, 2. l. 2 § 2, 6, l. 3 pr. l. 4 pr. l. 72 pr. D. de V. O. 45, 1. l. 4 § 1. l. 85 § 3 D. eod. 45, 1.

⁵⁾ l. 192 pr. D. de R. J. 50, 17: Ea, quae in partes dividi non possunt, solida a singulis heredibus debentur.

⁶⁾ Unzulässig daher die Analogie der communio, Steinlechner, S. 108. 109.

ständen die Obligation überhaupt fortbestehen könne und nicht vielmehr mit dem Eintritt mehrerer Erben erlöschen müsse.¹⁾

Die Solidarität ist aber in diesen Fällen nicht Selbstzweck, sondern nur das Mittel zur zweckmäßigen Realisirung der zu Grunde liegenden Theilbeziehung, und wird daher durch diesen Zweck eigenthümlich bestimmt.

Hierin liegt zugleich ihr Unterschied von der Solidarität in anderen Fällen, die aus dem Zusammenhang der Theilbeziehungen gänzlich heraustritt und einen absoluten Character annimmt.

Der Einfluß der Theilbeziehung macht sich nun sowohl bei einer Mehrheit von Gläubigern als einer Mehrheit von Schuldnern in mehrfacher Weise geltend.

I Mehrheit von Gläubigern.

Der einzelne Gläubiger kann das Ganze fordern, nur in dem Sinne, daß die Erfüllung nicht an ihn allein, sondern zugleich an die Mitgläubiger entweder unmittelbar oder mittelbar durch ihn geschehe. Falls daher nicht die Leistung an den Einen ihrer Natur nach zugleich von selbst die Erfüllung auch den übrigen Gläubigern gegenüber in sich schließt,²⁾ oder sich nicht sämtliche Gläubiger zur Entgegennahme der Naturalerfüllung vereinigen,³⁾ hat der ansprechende Gläubiger dem Schuldner Sicherheit zu leisten, widrigenfalls sich dieser durch Deposition befreien kann. Besondere Auskunftsmittel greifen Maß bei Zurückforderung eines Depositum. Ein solches soll unbedenklich der Majorität der Erben,⁴⁾ ferner schon einzelnen Erben auf Anweisung des Prätors oder wo sonst den Depositar nicht der Vorwurf des Dolus trifft,⁵⁾ ausgehändigt werden können, ja selbst aus einem versiegelt übergebenen Gelddepositum der andringende Erbe vor Gericht oder unter Zuziehung von Zeugen⁶⁾ den auf ihn fallenden Theil erhalten dürfen.

Alle diese Auskunftsmittel betreffen jedoch nur die Erfüllung, nicht aber

¹⁾ l. 2 § 2 de V. O. 45, 1: quidam hoc casu exstingui stipulationem (sc. viae, itineris) putant, quia per singulos acquiri servitus non potest. Sed non facit inutile stipulationem difficultas praestationis.

²⁾ B. B. Herstellung eines bestimmten Werkes, sofern auch die Mitgläubiger darüber die Verfügung erhalten oder den Vortheil davon genießen. Vgl. Ribbentrop S. 240 flgd. Ubbelohde S. 234. Windscheid, § 299, Note 8.

³⁾ cfr. l. 54 § 1 i. f. D. de V. O. 75, 1: solutio autem ejus obligationis expeditissima est, si aestimationem operae malit libertus offerre aut si consentiant patroni, ut his communiter operae edantur.

⁴⁾ l. 1 § 36 D. dep. 16, 3: Sed res, quae dividi non possunt, omnes debent tradere, satisfactione idonea a petitore ei praestanda in hoc, quod supra ejus partem est. Satisfactione autem non interveniente, rem in aedem deponi et omni actione depositarium liberari cfr. l. 1 § 37 eod.

⁵⁾ l. 14 pr. D. eod. 16, 3 (Gajus). Diese Meinung des Gajus rechtfertigt sich daraus, daß der Depositar nur für dolosus Nichtrestituiren haftet, und ist als recipiertes Recht anzusehen. Unzutreffend daher Ubbelohde S. 234.

⁶⁾ l. 81 § 1 D. de solut. 46, 3: optimum autem est, id per magistratum facere.

das Forderungsrecht des einzelnen Gläubigers, welches vorweg begründet und in keiner Weise von der Beobachtung der für die Erfüllung vorgeschriebenen Cautelen bedingt ist, insbesondere auch nicht durch die vom Schuldner etwa verlangte Sicherheitsbestellung.¹⁾

Gegen den Gläubiger, welcher die Erfüllung in Empfang genommen hat, kann unter den gegebenen Voraussetzungen den Mitgläubigern ein Rückgriffsrecht zustehen.²⁾

Wenn der Schuldner die Naturalerfüllung nicht leistet, geht die Condemnation nur auf das Theilinteresse des einzelnen klagenden Gläubigers.³⁾

Die Klagerechte der übrigen Gläubiger wurden durch die von dem Einen angestellte Klage nicht conjunctirt, da es für die Identität der res an der Personeneinheit fehlte und jeder Einzelne nur für sich klagte.

Die Intentio mußte, da es sich nicht um das Recht der sämtlichen Gläubiger, sondern nur um das Recht des Klägers handelte, nothwendig auf dessen Person gestellt werden. Bei der Verpflichtung zur Bestellung einer Prädialservitut konnte daher nicht schlechthin auf *viam dari oportere*, sondern nur auf *sibi viam dari oportere* (19 D. de serv. p. r. 8, 3) geklagt werden und zwar nicht etwa mit einer *incerta intentio*, da diese dem Gegenstand der Klage als einer *actio in solidum* auf Servitutbestellung nicht entprochen hätte,⁴⁾ sondern mit einer *certa intentio* auf *servitutum dari*. Die Theilbeziehung konnte jedoch nicht unmittelbar in der Intentio zum Ausdruck kommen, da die Intentio pro parte in vorliegenden Fall etwas Widersinniges enthalten hätte,⁵⁾ sondern nur in der *demonstratio*, so daß aus dieser hervorging, daß Servitutbestellung nur in dem Sinne gefordert werde, daß sie an den Kläger und seine Mitgläubiger gemeinsam geschehe, *quia ita dari eis* (sc. *singulis ex sociis*) *potest a te* l. 19 cit. Es wurde daher, ohne daß es einer *Präscriptio: ea res agatur de eo, quod actoris interest* bedurfte,⁶⁾ nur das einzelne Theilrecht in *judicium* deducirt.

Bei der Selbständigkeit der einzelnen Klagerechte gegeneinander berührt das in dem Proceß des Einen ergangene Urtheil die übrigen Gläubiger nicht und begründet weder für noch gegen sie formelle Wahrheit. Insbesondere geht nicht in Folge des das Recht des Einen verneinenden Urtheils das

¹⁾ l. 1 § 36 D. dep. 16, 3: *promenda pecunia est vel coram praetore vel coram honestis personis et exsolvenda pro parte hereditaria*. Der Vorwurf des Dolus konnte bei diesem Verfahren den Depositar nicht treffen.

²⁾ *Actio mandati, pro socio, negotiorum gestorum, conductio sine causa*. Vgl. H. Brinkmann, Verhältnis der *actio communi dividundo* und der *actio negotiorum gestorum* S. 108. 142 flgd. Ubbelohde S. 261. 270-274. Windscheid, § 299 Note 3.

³⁾ l. 25 § 9 D. fam. erc. 10, 2; l. 4 § 3 D. si serv. 8, 5, l. 1 § 31. 44. l. 17 pr. D. dep. 16, 3. v. Wangerow III § 567 Anm. 2 I, 1.

⁴⁾ Wie mit Recht v. Savigny, *Oblig. I* S. 372 Note g gegen Keller, *Zeitschrift f. gesch. Rechts-W.* 15, S. 147 geltend macht.

⁵⁾ v. Savigny, a. a. D. S. 370.

⁶⁾ Was v. Savigny, a. a. D. S. 372 annimmt.

Recht der übrigen unter, wie etwa in dem Falle, daß der Eine seinen Eigenthumsantheil an dem zu berechtigenden Grundstück verliert, da das abweisende Urtheil nur dem Abgewiesenen, nicht aber den Mitgläubigern gegenüber einen Rechtsverlust bedeutet.¹⁾ Trotz der Abweisung des Einen ist die Servitutbestellung immer noch möglich, und hat der Schuldner, falls er die Servitut nicht bestellen will, den Uebrigen das Interesse zu leisten. Ebenso kann Acceptilation und Novation des Einen nur dessen Recht, nicht aber das Recht der Mitgläubiger berühren, und von einer Unmöglichkeit der Erfüllung, die den andern Gläubigern gegenüber überdies stets eine vom Verpflichteten selbstverschuldete sein würde, nicht die Rede sein. Verfügungsacte des einen Gläubigers sind den Andern gegenüber überhaupt unnachtheilig.

Falls der Schuldner auf die Klage des Einen sich zur Naturalerfüllung bereit erklärt, die Uebrigen aber hierzu ihre Mitwirkung versagen, und diese Mitwirkung ein notwendiges rechtliches Requisit zur Vornahme des Erfüllungssactes bildet, wie z. B. bei einer Servitutbestellung an mehrere Mit-eigenthümer, so ist der Schuldner freizusprechen, nachdem er cavirt, die Erfüllung nach gehobenem Hinderniß vornehmen zu wollen, da es sich nicht um eine wirkliche Unmöglichkeit, sondern nur um eine difficultas praestationis handelt.²⁾

II. Mehrheit von Schuldnern.

Der Gläubiger kann jeden einzelnen Schuldner, wie auf die ganze Leistung, so auch, falls Naturalerfüllung nicht geleistet wird, auf das volle Interesse in Anspruch nehmen.³⁾ Dieser Satz folgt von selbst aus der solidariischen Haftung des Schuldners und wird für den Fall mehrerer Erben des Schuldners noch durch die besondere Erwägung gerechtfertigt, daß die Lage des Gläubigers durch den Eintritt der Erben an sich nicht verschlechtert werden dürfe.⁴⁾ Die Richtigkeit des Satzes wird für diejenigen Obligationenfälle, in denen es sich um Bestellung eines untheilbaren Rechts, insbesondere von Prädialservituten⁵⁾ und des Usus handelt, allgemein anerkannt, dagegen für die Obligationen auf ein *facere* oder *non facere* bestritten.⁶⁾ Diese Opposition stützt sich hauptsächlich auf folgende in der l. 72 pr. D. de V. O. 45, 1 enthaltene Notiz: *Celsus tamen libr. 38 Dig. refert, Tuberonem*

¹⁾ Unzutreffend daher: Ribbentrop, S. 240, Note 20 (Note 11, 14); Abbelohde, S. 265. Die Analogie der l. 11 D. de serv. 8, 1. l. 136 § 1 D. de V. O. 45, 1 greift nicht Platz.

²⁾ cfr. Gaj. IV. § 114: *ex causa caveat(ur)? § 31 J. de act. 4, 6. l. 7 D. si serv. vind. 8, 5. l. 4 D. de eo quod certoloc: 13, 4.*

³⁾ v. Savigny, *Oblig. I* S. 354—366. Windscheid, § 299, Note 7.

⁴⁾ l. 2 § 2 D. de V. O. 45, 1: *non enim ex persona heredum conditio obligationis immutatur. l. 2 § 2 D. de stip. praet. 46, 5, vgl. Abbelohde, S. 172, Note 49.*

⁵⁾ l. 25 § 10 D. fam. erc. 10, 2. l. 2 § 2 D. de V. O. 45, 1, l. 4 § 4 D. s. s. v. 8, 5.

⁶⁾ S. hierüber die Nachweisungen bei v. Wangerow § 567, Anm. 2 I, 1, 2, 3.

existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem; secundum quem Celsus ait posse dici, justa aestimatione facti (Andere: juxta aestimationem facti)¹⁾ dandam esse petitionem (Ulp. lib. 20 ad Edict.) Allein zunächst kann die hier ohne jedes Zeichen der Billigung oder Mißbilligung referirte Meinung des Tubero nicht ohne Weiteres als recipirt gelten. Dieselbe steht aber auch keineswegs mit dem aufgestellten Princip im Widerspruch, sondern beruht nur auf einer eigenthümlichen Auffassung der *Obligationes faciendi*, wonach sich diese nach eingetretenem Verzuge ohne Weiteres in eine principmäßig unter den mehreren Schuldnern theilbare Geldschuld verwandeln sollen. Gerade dieser Auffassung aber tritt Celsus entgegen, anscheinend, weil dem Gläubiger nicht zuzumuthen sei, vor der Klage eine Abschätzung vornehmen zu lassen und, anstatt mit der *actio ex stipulatu* auf das *incertum*, mit der *condictio certi* auf einen Theil der Schätzungssumme zu klagen. Die Auffassung des Tubero mag damit zusammenhängen, daß die *Obligationes faciendi* erst allmählig im republicanischen Recht zur Anerkennung gelangt waren und es noch nicht zur unbestrittenen Gleichstellung mit den *Obligationes dandi* gebracht hatten.²⁾ Sie war daher für die classische Zeit, wo diese Gleichstellung sich längst vollzogen hatte, ein überwundener Standpunkt. Wenn Abbelohde darzuthun sucht, daß Tubero einen der Fälle³⁾ voraussetze, wo aus besonderen Gründen „abweichend von der regelmäßigen Formelfassung“ die stipulirte Leistung vor der Ertheilung der Klage zum Zwecke der Theilung der *Condemnation* in Geld geschätzt worden ist, z. B. weil sie durch Verschulden des Erblassers unmöglich geworden, so ist hiergegen zu erinnern, daß zunächst nicht die Zulässigkeit einer solchen Schätzung an sich, sondern die Zulässigkeit der Theilung der Obligation in Frage steht, jene durch diese bedingt wird und somit die Annahme der Theilung in dem angegebenen Falle auf eine *petitio principii* hinausläuft, zumal die Obligation durch das Verschulden des Erblassers perpetuirt ist und auf seine Erben unverändert übergeht. Hierzu kommt, daß die Ansicht des Tubero in voller Allgemeinheit und ohne Beschränkung auf gewisse eigenthümliche Fälle vorgetragen wird.

Die sonstigen Argumente für die Theilcondemnation fallen nicht in's Gewicht. Die Haftung mehrerer Erben aus dem *Dolus* des Depositaris oder Commodataris ist eine antheilige, wegen der Theilbarkeit der bereits in der Person der Letzteren begründet gewesenen Verpflichtung zum contractlichen Schadenersatz (l. 7 § 1 l. 9 D. depos. 16, 3, l. 3 § 3 D. commod. 13, 6),

¹⁾ Ueber die Lesart: Abbelohde, S. 91, Note 44.

²⁾ Vgl. Ribbentrop, S. 224, Note 2, Zhering, *Geist II*, 2 § 36 a. G. S. 542 (2. A.) welcher annimmt, daß Obligationen auf ein bloßes Thun im altrömischen Recht noch keine Anerkennung gefunden hatten.

³⁾ a. a. D. S. 91, Note 44 z. B. *injuria atrox, auctoritatis actio* (Buonamici, *l'actio dell' antico diritto romano in Serafini, Archiv. giurid. XXIX p. 73—98*) und *stipulatio duplae* wegen *Eviction* einer *pars pro diviso*.

wogegen aus eigenem Dolus der Erben Solidarhaftung eintritt (l. 1 § 43, l. 9, l. 10 D. eod. 16, 3)¹⁾ und die Theilhaftung trotz Allem, was sich dafür anführen ließe, doch schließlich als ungerechtfertigt zurückgewiesen wird (l. 22 D. eod.). Nicht beweisend sind ferner l. 85 § 3 D. de V. O. 45, 1 und l. 49 § 4 D. de leg. 2^o, 31, erstere nicht, weil sie sich, wie l. 4 § 1 D. eod. 45, 1, auf den Fall einer Pönalstipulation bezieht,²⁾ letztere nicht, weil sie nur das Verhältniß der Erben untereinander betrifft.³⁾

Daß bei der aquae pluviae arcendae actio nicht bloß wegen des Schadenserzages, sondern auch wegen des opus nociturum gegen den einzelnen Miteigenthümer nur Theilcondemnation eintrat, beruht zwar nicht darauf, daß die restitutio operis nicht eigentlich in obligatione gewesen sei,⁴⁾ wohl aber auf einer besonderen Behandlung dieser Klage, wobei die actio damni infecti als Vorbild diente, l. 11 § 3. l. 6 § 1 D. aq. et aq. p. a. a. 39, 3. Aus dem in der ersteren Stelle mitgetheilten Bedenken Julian's geht hervor, daß an sich auch Verurtheilung zum Ganzen hätte Platz greifen können und gerade dies der Regel entprochen hätte.

Es liegen keine innern Gründe vor, die obligationes faciendi verschieden von den obligationes dandi zu behandeln. Dasselbe gilt von den obligationes non faciendi. Daß bei Verletzung derselben die Verurtheilung auf das Interesse geht,⁵⁾ rechtfertigt für sich allein die Theilung ebensowenig wie bei Obligationen anderer Art.

Die Obligation auf ein Nichtthun verliert ihren Character als solche nicht durch die Verletzung; das Geldäquivalent ist bei ihr wie bei den andern Obligationen nur ein sekundäres Moment; nicht dieses, sondern die Leistung bildet ihren eigentlichen Gegenstand. Hierzu kommt, daß das Nichtthun durch das Zuwiderhandeln keineswegs nothwendig unmöglich wird, sondern als etwas noch in der Zukunft Erfüllbares und nach heutigem Recht auch unmittelbar Exquirbares stehen bleiben kann, auch unter dem Princip der Geldcondemnation bei nochmaliger Verletzung eine nochmalige Klage statthaft war, sofern nur die frühere Klage durch Praescriptio auf den einzelnen zur Contestation gelangten Contraventionsfall beschränkt worden war.

Die solidarische Verpflichtung zur Interesseleistung wird vor Allem in denjenigen Fällen keinem Zweifel begegnen können, wo die Zuwiderhandlung nur durch gemeinsames Zusammenwirken der mehreren Verpflichteten oder doch nicht ohne Comivenz des Einen gegen das Verhalten des Andern möglich ist, wie z. B. bei der von mehreren Miteigenthümern übernommenen Verpflichtung: nicht zum Nachtheil des Gläubigers einem Dritten eine Servitut zu bestellen, nicht auf dem Grundstück einen störenden Gewerbebetrieb zu

¹⁾ Abbelohde, S. 82, 83.

²⁾ Abbelohde, S. 83—85.

³⁾ Brinz, Nr. 3, S. 46. Abbelohde, S. 77.

⁴⁾ Wie Abbelohde, S. 201 glaubt.

⁵⁾ Worauf sich Abbelohde, S. 105 und Note 1a stützt. S. dagegen Windscheid, § 299, Note 7.

unterhalten u. dgl. Jeder Einzelne erscheint in diesen Fällen als mitwirkend und haftet billigerweise dem Gläubiger für das ganze Interesse.

Gingegen kommt es für diejenigen Fälle, wo der Einzelne durch selbständige Handlungen und unabhängig von den Mitverpflichteten die Obligation zu verletzen im Stande ist, zunächst darauf an, ob die Mitverpflichteten für einander einzustehen haben oder nicht. Bei Erbgang folgt die gegenseitige Vertretungspflicht aus dem Rechte des Gläubigers von selbst. Denn er hat die Respectirung desselben von den Erben in ihrer Gesamtheit¹⁾ zu fordern; die Zuwiderhandlung des Einen erscheint auch hier gewissermaßen als Zuwiderhandlung und Pflichtverletzung Aller (quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videtur, omnes commisisse videntur, l. 4 § 1 D. de V. O. 45, 1)²⁾ Jeder Verpflichtete hat daher als Selbstcontravenient den vollen Schaden zu ersetzen, was auch mit dem in den Quellen mehrfach angedeuteten Gesichtspunkt, daß die Lage des Gläubigers durch den Erbfall nicht verschlechtert werden dürfe, in Einklang steht.

Wenn schon bei den prätorischen unmittelbar auf Schadenersatz gerichteten Cautionen die Theilung unter den mehreren Erben mit Rücksicht auf das Interesse des Gläubiger als bedenklich gefunden wurde (l. 2 § 2 D. de stipul. praet. 46, 5), wie vielmehr mußte nicht bei den principaliter auf ein Nichtthun gerichteten Obligationen diese Rücksicht durchschlagen?

Die mit Bezug auf die hierher gehörigen Fälle gebrauchten Redewendungen: omnes commisisse videntur, omnes teneri, tenentur et coheredes u. a. können daher nur ein in solidum teneri bedeuten.³⁾

Bei einer ursprünglichen Mehrheit Verpflichteter muß das gegenseitige Einstehen für die Zuwiderhandlung besonders übernommen werden und ist solidarische Verhaftung zu präsumiren.

Vermöge der Theilbeziehung hat der Einzelne das Ganze nur in dem Sinne zu leisten, daß die Leistung zugleich für die Mitschuldner geschieht welche ihm, falls sie sich nicht binnen einer zu setzenden Frist mit ihm zu gemeinsamer Erfüllung vereinigen,⁴⁾ regreßpflichtig werden. Nur Erfüllung oder materielle Erfüllungsjurrogate wirken befreiend für die Mitschuldner. Litiscontestatio, Acceptilatio und Novation mit dem Einen tilgt zwar nur dessen Obligation,⁵⁾ gewährt aber den Uebrigen gegen den dessen ungeachtet

¹⁾ l. 38 pr. D. de V. O. 45, 1: Obligatur etiam, ne heres suus (faciat) vel quis caeterorum successorum efficiat, ne habere liceat. §§ 1, 2 D. eod. Abbelohde S. 108. S. dagegen Windscheid § 299, Note 9.

²⁾ Ueber l. 4 § 1 cit. Abbelohde, S. 295—309.

³⁾ Abbelohde, S. 105 Note 1a.

⁴⁾ l. 11 § 23 D. de leg. 3 (32): tempus tamen coheredi praestituerunt, post quod solam Proculam voluerunt facere, imputaturam, coheredi sumptum pro parte ejus.

⁵⁾ Willkürlich nimmt Ribbentrop, S. 223 Note 1. gänzliche Befreiung der Uebrigen an.

das Ganze einfordernden Gläubiger ein *exceptio doli*, sofern er sich ihnen nicht zur Schadloshaltung auf den Antheil des befreiten Schuldners erbietet.¹⁾ Dieser Antheil wird auch in Abzug gebracht, falls es zur Leistung des Interesse kommt. Ein gegenseitiges Einstehen für *culpa* greift nicht Platz. *Correalität* wird daher weder auf der *Activ-* noch auf der *Passivseite*²⁾ durch die Antheilbarkeit begründet.

Theilschuldverhältnisse mit untheilbarem Gesamtgegenstand können ferner auch aus *quasicontractlichen* Gründen entstehen (z. B. *Conditionen* und *arbiträre Klagen* aus Bereicherung, Klagen auf *Exhibition*, Gestattung der Beseitigung einer Anlage, *restitutio operis* und Rückgewähr von Vermögensvorteilen)³⁾ und sind im Allgemeinen analog den aus Verträgen entstehenden zu behandeln.⁴⁾

Aus *Delicten* und *Quasidelicten* Mehrerer gehen dagegen stets selbständige *Solidarobligationen* hervor, indem jeder aus der eigenen Handlung für sich zum Ersatz des Ganzen verhaftet ist, und es sich nicht um eine Untrennbarkeit der Theilleistung handelt.

§ 25. Einfluß der Theilung auf die Nebenrechte.

Mit der Theilung der Hauptforderung ist nothwendig auch eine Theilung der zur Sicherung derselben bestehenden Nebenrechte: *Cautionen*, *Bürgschaften* und *Pfandrechte* gegeben. Naturgemäß wird jedem Theilrecht die ihm entsprechende Sicherheit folgen müssen und die Theilung also in der Weise geschehen, wie wenn die Sicherheit für jedes Theilrecht besonders bestellt wäre.⁵⁾ Es würde dem Zweck dieser Rechte zuwiderlaufen, die Theilung derart anzulegen, daß die auf Grund der geleisteten Sicherheiten etwa beizutreibende Gesamtsumme, gleichwie bei einer *Pönalstipulation*, unter sämtlichen Mitberechtigten nach den ihnen zugefallenen Quoten des Hauptrechts zur Vertheilung gebracht würde, da hier der Fall eintreten könnte, daß Derjenige, der auf seinen Theil einen Ausfall nicht erlitten hat, Ersatz erhielte, wogegen Derjenige, der einen Ausfall erlitten, wegen desselben nicht vollgedeckt würde. Aus dem Zweck der Sicherung folgt, daß diese wie der ganzen Forderung, so auch jedem Theil derselben in dem für ihn erforderlichen Maße, also dem

¹⁾ Arg. l. 80 § 1 i. f. D. ad leg. Falcid. 35, 2. *Abbelohde*, S. 269, 270 und Note 39.

²⁾ Bereits *Ribbentrop* S. 223, 241 erkennt wesentliche Verschiedenheiten von den eigentlichen *Correaloblig.* an. Gegen v. *Savigny*, *Oblig.* I 367, 368, der auf der *Passivseite* eigentliche *Correalität* annimmt, *Abbelohde*, S. 266–269. (Vgl. *Brinz*, 4, S. 11, 52).

³⁾ S. hierüber *Abbelohde*, S. 69, 95 *sqd.* 195–212, 219–224.

⁴⁾ Vgl. v. *Savigny*, *Syst.* 5 S. 221 (bloße *Solidarität*).

⁵⁾ *Abbelohde*, S. 151, 152, 189 *deducit* dies, m. E. nicht zutreffend, daraus, daß die *prätorischen Stipulationen* als „gebunden erscheinen an diejenigen ökonomischen Verhältnisse der Parteien, welche den Zwang zu ihrer Eingehung bedingen“ und aus dem „Maße, in welchem jene, die Eingehung und die Bedingung der einzelnen *Stipulation* bedingenden Verhältnisse sich unter den mehreren *Subjecten* vertheilt finden.“ Gerade die besondere Bedeutung dieser *Stipulationen* bedurfte einer Präcisirung.

Theilinteresse unverkürzt zu Gute kommen muß, und ferner, daß die bestellte *Caution* nur insoweit verfallen kann, als ein Schaden entstanden ist, daher, wenn nur ein Einziger Schaden erlitten hat, nur zu Gunsten dieses Einen, nicht aber für die übrigen Berechtigten.

Diese Art der Behandlung tritt wegen des durchweg zu Grunde liegenden Zweckes der *Schadloshaltung*¹⁾ bei allen *prätorischen* und *richterlichen Stipulationen* ein. Es wäre jedoch irrig, sie deswegen bei den *Conventionalstipulationen* schlechthin auszuschließen, vielmehr kommt es darauf an, ob sie als *Nebenstipulationen* wesentlich die Sicherung der *Schadloshaltung* wegen einer *Zwiderhandlung* bezwecken oder nicht. Diese Sätze werden in einer Reihe von *Sellen* auf das Unzweideutigste anerkannt, z. B.:

l. 4 § 2 D. de V. O. 45, 1 (*Paulus* lib. 12 ad *Sabin.*) *Si is, qui duplam stipulatus est, decesserit pluribus heredibus relictis, unusquisque ob evictionem suae partis pro portione sua habebit actionem. Idemque est in stipulatione quoque fructuaria et damni infecti et ex operis nuntiatione; restitui tamen opus ex operis nuntiatione pro parte non potest. Haec utilitatis causa ex parte stipulatorum recepta sunt. Ipsi autem promissori neque restitutio, neque defensio contingere potest.*

l. 2 § 2 D. de praet. stip. 46, 5 (*Paulus* lib. 73 ad *edictum*): *incertam quantitatem continet stipulatio iudicatum solvi et rem ratam dominum habiturum et damni infecti et his similes, in quibus respondetur, scindi eas in personas heredum.*

l. 32 § 2 D. ad legem *Falcid.* 35, 2 (*Maecian.* lib. 9 *fideicommissorum*); . . . *omnes enim praetorias stipulationes ejusdem interpretationis esse. Nam constare, ex iudicatum solvi stipulatione, sive a parte actoris sive a rei plures heredes exstitissent, non omnibus nec adversus omnes actionem contingere, sed duntaxat his, qui vicissent et adversus victos, hisque, adversus quos res defensa non esset, adversus eos, qui rem non defendissent.*

Zu besonderer Anwendung begegnet der Grundsatz bei der *Caution* wegen der *Falcidia*,²⁾ indem mehrere *Pupillarsubstituten* an derselben nicht nach ihren Erbquoten, sondern nach Maßgabe der auf ihre Erbtheile entfallende Abzüge *participiren* sollen, l. 11 § 6 D. cit. 35, 2: *videlicet in eam quantitatem, quam unusquisque sibi retinere potuisset, cfr. l. 32 § 2 eod.: non aequaliter, sed pro suo modo, l. 1 § 3 d. si cui plus quam per legem Falcid. licuerit* 35, 3.

Ebenso wird bei *getheilter vormundschafter Verwaltung* die *cautio rem pupilli salvam fore* in gesonderter Beziehung zu den einzelnen Ver-

¹⁾ l. 1 § 4 D. stip. praet. 46, 5: *et sciendum est, omnes stipulationes natura sui cautionales esse, hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione.* Dieser Satz hat eine über die *prätorischen* und *richterlichen Stipulationen* hinausgehende, allgemeine Bedeutung. Vgl. oben S. 34. Im Einzelnen macht es jedoch einen Unterschied, in welcher besonderen Richtung die Sicherheit gesucht, ob wesentlich *Schadloshaltung* oder wesentlich *Strafe* bezweckt wird.

²⁾ Vgl. *Abbelohde* S. 156–159.

waltungszweigen gehalten: ex substantia cujusque rei aut committi stipulationem aut non committi dicemus l. 51 D. de adm. et per. tut. 26, 7, l. 6 D. de fidej. tut. 27, 7.

Aus der dem Erblasser bestellten cautio duplae erhielt ferner der Theil-erbe, falls ihm der ideelle oder statt dessen angewiesene reelle Theil der Sache einverleibt wurde, den diesem Theil (portio fundi) entsprechenden, verhältnißmäßigen Betrag.¹⁾ Ebenso gebührt aus der cautio damni infecti, oder ex operis novi nuntiatione den einzelnen Theilhabern verhältnißmäßige Vergütung, indem der an dem Grundstück entstandene Schaden nach Maßgabe ihrer ideellen²⁾ oder realen Theile auf sie repartirt und außerdem einem Jeden, der ihm besonders, z. B. an seinen Mobilien zugefügter Schaden ersetzt wird. Ging die cautio nicht auf das quanti ea res erit, sondern auf restitutio operis, so konnte die Restitution wegen ihrer Untheilbarkeit schon von einem einzigen Theilhaber erzwungen werden, dem aber, wenn es zur Geldcondemnation kam, nur sein eigenes Interesse ersetzt wurde, falls er nicht zugleich als Vertreter sämtlicher Mitberechtigter aufgetreten war.³⁾

In ähnlicher Weise äußert sich die Theilbeziehung bei den Stipulationes judicatum solvi⁴⁾ und rem ratam dominum habiturum. Letztere insbesondere zeigt, daß die Theilung der Caution selbst da, wo sie nach der Beschaffenheit des Gegenstandes statthaft wäre, unter Umständen durch den Zweck der Caution ausgeschlossen sein kann. Der Zweck, den Proceßgegner gegen die Nachtheile einer nochmaligen Proceßführung zu sichern, wird vereitelt, schon wenn der Geschäftsherr die Genehmigung zum Theil versagt, und hat dies nothwendig die Verwirkung der ganzen Stipulation d. h. der stipulirten certae summa⁵⁾ zur Folge. Diese Folge kann dagegen bei der durch Erbgang rechtsnothwendig eintretenden Theilung der Obligation nicht aufrechterhalten werden, da jeder Theilhaber nur für sich die Genehmigung zu ertheilen vermag und ihm billigerweise nicht zugemuthet werden kann, für die Genehmigung Seitens des Anderen einzustehen.

Ueber das Bedenken, daß der Stipulator in Folge des Erbgangs schlechter gestellt werde, setzte man sich um so leichter hinweg, als eben nur Schad-

¹⁾ l. 1 D. de evict. 21 2. Abbelohde S. 188, der mit Recht geltend macht, daß das: ob evictionem suae partis pro portione sua nicht auf die portio hereditaria zu beziehen sei.

²⁾ Unzutreffend ist es, wenn Abbelohde S. 182, 184 die Möglichkeit, den Schadensersatz (damnum suae partis) auf den ideellen Grundstückstheil des Einzelnen zu beziehen leugnet, weil „der ideelle Theil eines Hauses nicht beschädigt werden“ kann und ein ideeller Theil an der zur Nuntiation berechtigenden Urbanaservitut nicht denkbar. Der ideelle Theil bildet nur den Maßstab für die Repartition des Schadens. Die Urbanaservitut aber ist qualitas fundi und kommt selbständig gar nicht in Betracht.

³⁾ Nur unter dieser Voraussetzung konnte er das „Gesammtinteresse“ Aller erwirken. Abbelohde, S. 185, der das Gegentheil behauptet, läßt den Fall unberücksichtigt, wo beim Unterliegen der Uebrigen nur ein Theilhaber im Proceß durchdringt.

⁴⁾ S. hierüber die eingehenden Erörterungen Abbelohde's S. 159—171.

⁵⁾ l. 11 D. de stip. praet. 46, 5, andernfalls hätte der Stipulator (Cautionsnehmer) von dem Promissor (Caventen) ohnehin nur sein Interesse fordern können. l. 2, l. 13, 13 l. 19 D. rat. rem 46, 3.

loshaltung bezweckt wurde, und Schaden nur insoweit ersetzt werden kann, als er entstanden ist. Der Cautionssteller haftete daher nur par parte.

Von diesen Gesichtspunkten aus bietet sich nun auch eine sehr einfache Erklärung der vielberufenen l. 4 § 1 (Cato) D. de V. O. 45, 1 (Paulus lib. 12 ad Sabin.) dar.¹⁾ Cato wollte für Stipulationen, durch welche auf ein obligationswidriges Thun eine bestimmte Strafe gesetzt war (poena certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit) eine verschiedene Behandlung eintreten lassen, je nachdem das Thun ein theilbares oder untheilbares war, indem durch die Zuwiderhandlung schon eines Erben die Strafe im ersteren Falle ganz, im letzteren Falle nur zum Theil verwirkt werden sollte (aut ab omnibus heredibus poenam committi pro portione hereditaria aut ab uno pro portione sua).

Gegen diese Motivirung macht Paulus unter Berufung auf Marcellus mit Bezug auf die von Cato als Beispiel der theilweisen Verwirkung angeführte Stipulation: amplius non agi geltend, daß die Theilbarkeit der Handlung nicht der Grund der Theilung der Strafe sein könne, da trotz derselben diese Theilung in der Person des Promissor selbst nicht eintrete, auch wenn er nur zu einem Theile klagt, dagegen die im Resultat allerdings richtige Entscheidung des Cato sich durch die Analogie der cautio ratam rem haberi rechtfertige: Sed videamus, ne non idem hic sit, sed magis idem quod in illa stipulatione, Titium heredemque ejus ratum habiturum? nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum et solus aget, a quo fuerit petitum; idque et Marcello videtur, quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest.

Die letztgedachte Stipulation²⁾ kann sich, wie die Worte: et solus tenebitur, qui non habuerit ratum — et solus aget, a quo fuerit petitum unzweifelhaft machen, nur auf Denjenigen, der ratihabiren soll, als den Promittenten, und Denjenigen, der leisten soll, also den Schuldner als den Stipulator beziehen. An eine Stipulation des Procurators mit seinem Dominus ist nicht zu denken,³⁾ da der ganze Zusammenhang der Stelle auf eine Stipulation zu Gunsten des in Anspruch genommenen Schuldners deutet.

Die übliche Annahme, daß Derjenige, welcher den Proceß durch einen Procurator führen läßt, noch selber dem Beklagten de rato cavirt, erscheint keineswegs als unhaltbar,⁴⁾ wenn man erwägt, daß auf der Passivseite zweifellos statt des procurator praesentis der Dominus Caution, insbesondere auch

¹⁾ Ueber frühere Erklärungsversuche, s. Abbelohde S. 129, Not. 15, S. 133, welcher insbesondere die Erklärungen von Donellus und Scheurl treffend widerlegt S. 133—137. Ueber dessen eigene Ansicht S. 111, 141, s. oben S. 103 Note 1 u. 2.

²⁾ Vgl. Abbelohde S. 285—294. (Beil. I.)

³⁾ Wie dies Abbelohde S. 293 will.

⁴⁾ Die von Abbelohde S. 286—292 hervorgehobenen Inconvenienzen sind nicht durchschlagend.

de rato bestellen konnte¹⁾ und dies für ein *Judicium duplex*²⁾ von besonderer Wichtigkeit war.

Ebenso war es zweckmäßig, die *Cautio*, die der Schuldner einer untheilbaren Leistung von dem andringenden *Solidargläubiger* zu fordern hatte, statt durch diesen, vorweg durch die übrigen *Solidargläubiger* bestellen zu lassen.

Der in der Stelle angenommene Satz, daß der *Cavent* nicht selber bloß theilweis *ratihabiren* durfte, um den Verfall der *Stipulation* abzuwenden, setzt voraus, daß letztere auf eine bestimmte Summe gerichtet war, und steht also nicht mit der Entscheidung der l. 17 l. 18 D. *ratam rem* 46, 3 in Widerspruch, da in dem in diesen vorausgesetzten Falle die *Stipulation* auf das Interesse ging.

Bei den *Pönalstipulationen* wird die *Strassumme* schon durch die *Zuwiderhandlung* eines einzigen *Mitverpflichteten* verwirkt, da hier wesentlich nicht *Schadloshaltung*, sondern *Abndung* der *Begehung* oder *Unterlassung* einer *Handlung* bezweckt wird und es lediglich darauf ankommt, ob die *Bedingungen* zum *Verfall* der *Estrafe* eingetreten sind.

§ 26. Realisirung der Theilschuldverhältnisse.

Die römische Construction der *Theilschuldverhältnisse* ist auf selbständige *Realisirbarkeit* sowohl für den einzelnen *Gläubiger* gegenüber den *Mitgläubigern* als gegen den einzelnen *Schuldner* im Verhältnis zu den *Mitschuldnern* angelegt. Die scheinbaren *Abweichungen* von diesem Grundsatz erweisen sich bei näherer Betrachtung als *consequente Anwendungen*, deren *Eigenthümlichkeit* auf der *Eigenthümlichkeit* gewisser *Obligationsfälle* beruht.

Die relative Bestimmungsart des Gegenstandes bei der *obligatio generis* bewirkt, daß der Gegenstand erst durch die Leistung eines Ganzen *concretisirt* wird, die Leistung eines Theils daher noch nicht nothwendig Leistung eines Theils des *obligationsmäßigen* Gegenstandes ist und also nicht unbedingt als *Theilerfüllung* gelten kann. Daraus folgt, daß die *befreiende Wirkung* derselben für den Schuldner davon abhängt, daß sie mit den *Theilleistungen* der *Mitschuldner* ein *individuelles Ganze* bildet, und, bis dieser Erfolg eingetreten, die *Befreiung* *juspendirt* bleibt, auch die *Theilleistung* selbst von dem *wahlberechtigten Schuldner* jederzeit *widerrufen* und *condicirt* werden kann. Auch *mehre Gläubiger* können verlangen, daß ihnen *Theile* desselben *Individuums* geleistet werden. Dagegen steht es dem *Gläubiger* frei, diese *Anforderung* fallen zu lassen und dem einzelnen *Schuldner* zu seinem *Theil Befreiung* zu gewähren, wie eine solche *Befreiung* auch von selbst als Folge der *processualischen Consumption* eintritt, wenn der *Gläubiger* nur einen *Theil* des *genus* eingeklagt hat.

Gleiches gilt von *alternativen Obligationen*. Diese, auf verschiedene

¹⁾ E. Keller, *Civilpr.* § 57, 2b. und Note 675.

²⁾ Ueber die verschiedenen Anwendungsfälle der Formel: *quidquid alterum alteri d. f. o. ex f. b.* E. Rudorff, *Rechtsgesch.* II, 160.

Gegenstände gerichtet, sind einander zu *negiren* bestimmt, so daß mit der *Erfüllung* der einen, unter Umständen auch schon mit der *Entscheidung* für die *Erfüllung* der einen eine *Existenzbedingung*: Die *rechtliche Voraussetzung* der andern hinwegfällt. Hieraus ergibt sich, daß, bevor die *Entscheidung* getroffen oder das eine *Alternativum* ganz geleistet, die *Theilleistung* nicht unbedingt *Befreiung* wirkt.

Die *individuelle Unbestimmtheit* des *Leistungsgegenstandes* bei der *obligatio generis*, die *Unentschiedenheit* bei der *Alternativität* beeinflussen mithin die *selbständige Bethätigung* der *Theilleistung* in Bezug auf die *Aufhebung* der *Theilobligation*. Der *Gläubiger* kann zwar *pro parte petere*, der *Schuldner* aber nur mit der *Leistung* des *Ganzen* *definitive Befreiung* erlangen (*solvi nisi totum non potest* l. 85 § 4 D. 45, 1.)

Aber auch der *Gläubiger* muß in gewissen Fällen zur *wirksamen Befolgung* seines *Rechts* das *Ganze* fordern. So: wenn sein *Recht* an gewisse *Vorbedingungen* geknüpft ist. Die *Bedingtheit* seines *Rechts* bringt es mit sich, daß er ungeachtet der eingetretenen *Theilung* des *Rechts* die *Bedingung* voll und ganz erfüllen muß. Hierher gehören die Fälle der *Estrafstipulation* (*si fundus Titianus datus non erit, centum dari?*), sowie der *Anspruch* auf *Evictionsleistung* (*cum ex causa evictionis intendimus*). Für letzteren bedarf es der *Litisdenunciation* an *jämmtliche Erben* des *Auctors*, wie auch diese die *Verpflichtung* zur *Leistung* des *ganzen Evictionsinteresses* oder der *vollen dupla* wegen des *Ausbleibens* einzelner von ihnen nicht ablehnen können. (l. 85 § 5, 6 D. 45, 1.)

Eine *Klassifikation* der verschiedenen in Bezug auf die *Ausübung* und *Erfüllung* der *Theilschuldverhältnisse* gegebenen *Eventualitäten*, nicht aber eine *Eintheilung* der *Theilschuldverhältnisse* selbst bedeutet die *Aufstellung* des *Paulus* in l. 85 pr. D. de V. O. 45, 1: *In executione obligationis sciendum est, quatuor causas esse. nam interdum est aliquid, quod a singulis heredibus divisum consequi possumus, aliud, quod totum peti necesse est, nec divisum praestari potest, aliud, quod pro parte petitur, sed solvi nisi totum non potest, aliud, quod solidum petendum est, licet in solutione admittat sectionem.*¹⁾

Diese 4 Kategorien des *Paulus* sind eine *bedeutende theoretische Er-rungenschaft*, indem sie dem *Einfluß* der *Theilbeziehung* auf die *Erfüllung* der *Obligationen* eine *reiche Perspektive* eröffnen: zunächst in Bezug auf den *absolut* d. h. nach der *physischen* und *rechtlichen Natur*, und den *relativ* d. h. nach dem *eigenthümlichen Obligationszweck* bestimmten *Gegenstand*, sodann

¹⁾ Vgl. über diese von älteren und neueren Interpreten fast durchweg mißverständene Stelle *Cujac. Donellus, Duarenus, Giphanius ad h. l. Glück, Commentar* 20 § 1125. *Ribbentrop* § 21–23. v. *Savigny, Oblig.* I 342 Die l. 51 § 4 D. de evict. 21, 2, welche *Ribbentrop* S. 200 von *Correis* versteht, bezieht sich auf die Fälle der *adjecticia qualitas* und analoge Verhältnisse z. B. *plures venaliciarii* l. 44 § 1 D. de aed. ed. 21, 1. *quasi plures rei venditores* l. 31 § 10 D. eod. duo quodammodo rei l. 5 § 15 D. comm. 13, 6. Vgl. oben S. 61, Not. 1, S. 70.

in Bezug auf die Modalitäten (Bedingung,¹⁾ Zeitbestimmung, Modus), und nicht nur auf die Obligation selbst, sondern auch auf die Nebenrechte (Cautio- nen und Pönalstipulationen). Jener Einfluß und das Maaß desselben ist bei den einzelnen Lehren nachzuweisen.

§ 27. Neuere Gesetzgebung.

Die römischen Grundsätze über die Theilschuldverhältnisse sind, weil sie auf der Natur der Sache beruhen und nicht etwa innerlich mit historischen Gegenständen des Klagenystems und eigenthümlich römischen Geschäftsformen zusammenhängen,²⁾ fast unverändert in das heutige Recht übergegangen. Die Durchführung der Naturalerecution in diesem rechtfertigt es nicht, dem Schuldner einer untheilbaren Leistung die Vertheidigung zu gestatten, daß er „nur verpflichtet sei, mit den anderen Schuldnern zusammen die Leistung zu beschaffen“, mag man diese als *exceptio plurium litis consortium*³⁾ oder als qualificirtes Bestreiten des Klagegrundes⁴⁾ bezeichnen, da die Solidarität seiner Haftung eben die Vermeidung gemeinsamer Belangung bezweckt. Für die Interesseleistung (§ 778 R. G. Pr. D.) wird jedoch den einzelnen Schuldnern das *beneficium divisionis*, der *ratio* entsprechend, nach der dieses Rechtsmittel schon im römischen Recht auf andere Fälle, als Bürgschaftsfälle, ausgedehnt wurde,⁵⁾ zuzugestehen sein, freilich mit der Maßgabe, daß die Mitschuldner nicht bloß solvent, sondern auch präsent d. h. ohne Schwierigkeiten belangbar,⁶⁾ da nur unter diesen beiden Voraussetzungen der Gläubiger nicht beeinträchtigt wird. Das Princip, daß der einzelne Schuldner an sich für das ganze Interesse haftet, wird dadurch nicht aufgehoben, sondern nur in billiger Weise modificirt.

Principwidrig und ungerecht wäre es dagegen, für die Interesseleistung schlechthin und *ipso jure* nur Theilhaftung eintreten zu lassen. Die Gestattung des *beneficium* wird umsoweniger bedenklich sein, als nach § 778 R. G. Pr. D. das Interesse mittelst besonderer Klage geltend zu machen ist.⁷⁾

¹⁾ Z. B. ein bei nichtpünktlicher Zinszahlung sofort fälliges Kapital vertheilt sich auf mehre Erben. Die unpünktliche Zahlung an den Einen bewirkt noch nicht die Fälligkeit der Theilforderungen der Uebrigen, da die Theilung den Zusammenhang der einzelnen Theilbeträge aufhebt und es so anzusehen ist, als wenn von vornherein nur Theilforderungen begründet gewesen wären.

²⁾ Vgl. v. Savigny, *Dbl. I*, S. 375—377.

³⁾ *Ribbentrop* S. 184.

⁴⁾ *Planck*, *Mehrheit d. R.-Str.*, S. 122, Note 20. S. dagegen *Abbelohde* S. 282—284.

⁵⁾ Mehre Mandatoren, Vormünder, Magistrate, Constituenten l. ult. C. de const. pec. 4. 18, l. 1 § 11 D. de tut. et rat. distr. 27, 3, l. 7 D. de mag. conv. 27, 8, l. 3 C. eod. 5, 75.

⁶⁾ *Arg. Nor.* 99: si et idonei sunt et in eo loco.

⁷⁾ Die Beschränkung des *beneficium* auf den Fall der Unmöglichkeit der Naturalleistung und einzelne andere Fälle (*Abbelohde* S. 278, Note 1) ist ganz willkürlich und hängt mit der falschen Interpretation der l. 72 pr. D. de V. O. 45, 1 zusammen.

Ebenso wird das *beneficium cedendarum actionum* zu gewähren sein.

Eine wesentliche Erleichterung für die Vollstreckung der Execution gewährt die Vorschrift des § 779 R. G. Pr. D. für die untheilbaren Obligationen, die auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtet sind, was jedoch die Verurtheilung sämtlicher verfügungsberechtigter Schuldner voraussetzt z. B. bei Bestellung einer Servitut.¹⁾

Die Particulargesetzgebung bietet, was bei dieser äußerst controverfen Materie nicht verwundern darf, vielfach Abweichendes.

Für das preussische Recht hat man sich im Hinblick auf die Vorschrift der Allg. Gerichts-D. I, 5 § 4 nr. 7, 8, bislang mit dem Satz begnügt, daß „alle Berechtigten gemeinsam klagen und alle Verpflichteten zusammen verklagt werden müssen.“²⁾ Hierbei ist übersehen, daß diese Vorschrift, eine bloße Instruction für den altmodischen Instruenten, die Theilschuldverhältnisse nicht normirt, sondern deren Normirung durch das materielle Recht voraussetzt. Dasselbe stellt auch keineswegs die Belangung sämtlicher Verpflichteter als durchgreifende Regel der untheilbaren Obligationen hin, sondern verlangt nur, was auch ganz richtig, die besondere Motivirung der Solidarhaftung, da in manchen Fällen z. B. bei mehreren Erben des Schuldners zunächst nur gemeinsame Belangung statthaft. Nach den landrechtlichen Grundsätzen tritt bei gemeinschaftlichem Contract über einen untheilbaren Gegenstand auf der Passivseite, sofern nicht gemeinsame Haftung ausdrücklich festgesetzt wird, Correalität, (§ 424 sqq. I. 5), und nur auf der Activseite gemeinschaftliche Berechtigung ein. (§ 450 I. 5.)

Gemeinschaftliche Klage und gemeinschaftliche Belangung greift daher schlechthin nur bei Erbgemeinschaft Platz. Fraglich kann es sein, ob dieses Verhältniß nach aufgehobener Erbgemeinschaft, wenn nicht Forderung oder Schuld dem Einen oder Anderen ausschließlich überwiesen ist, fortdauert oder ob in einem solchen Falle Solidarität der Berechtigung oder Verpflichtung an die Stelle tritt. Im Allgemeinen wird man sich für die erstere Alternative zu entscheiden haben, da bezüglich der untheilbaren Forderung oder Schuld die Gemeinschaft eben thatsächlich nicht aufgehoben worden ist.

Ausnahmsweise dürfte die letztere Alternative auf der Activseite im Falle des § 152 I. 17 und auf der Passivseite nach Analogie der §§ 131, 137 I. 17 in dem Falle zutreffen, daß die Erben den Nachlaß getheilt haben, ohne dem Gläubiger die Theilung in Zeiten bekannt gemacht zu haben.

Nach österreichischem Recht

entstehen aus gemeinschaftlichem Contract — im Gegensatz zum preussischen

¹⁾ *B. Savigny* *Oblig. I* S. 379 will schon auf Grund des gegen einen Mitschuldner ergangenen Urtheils die Servitut im Zwangswege bestellen, indem er den Verurtheilten als Vertreter seiner Mitschuldner betrachtet.

²⁾ *Koch*, *R. d. S. II*, 15 *Privat.* § 516, II, *Förster-Eccius I*, § 63 zu Note 63, *Dernburg II*, § 25 zu Note 14, S. 59.

³⁾ *Hajenöhrl I*, S. 173—180.

Landrecht § 424 I 5 — bei theilbarem Gegenstand so viel Theilobligationen, als Gläubiger oder Schuldner sind (§ 888, 889 Allg. B. G. B.), bei untheilbarem Gegenstand dagegen activ und passiv Solidarität. Diese Solidarität ist in offenbaren Gegensatz zur Correalität gestellt (§ 888 verglichen mit § 891). Der Schuldner ist jedoch ohne Sicherstellung nicht an den einzelnen Gläubiger zur Leistung verpflichtet, kann auch statt der Sicherstellung auf Ueberkunft aller Mitgläubiger oder auf die gerichtliche Verwahrung der Sache dringen (§ 890). Regreß gegen die Mitschuldner ist nach Maßgabe des § 1042 zu begründen. Die römischrechtlichen Grundsätze werden also im Allgemeinen als anwendbar zu bezeichnen sein.

Nach französischem Recht

greift bei Untheilbarkeit sowohl bei gemeinschaftlichem Contract als bei Beerbung Solidarität Platz. (Art. 1222, 1223.) Der belangte Schuldner kann jedoch Frist zur Vorladung seiner Mitschuldner verlangen, es wäre denn, daß er nur allein zur Erfüllung in der Lage wäre. (Art. 1225.) Schuldverlaß oder Befriedigung des einzelnen Gläubigers berührt das Recht der Uebrigen nicht, bewirkt jedoch, daß sie den Antheil des ersteren sich abrechnen lassen müssen Art. 1224. Der das Ganze zahlende Schuldner ist regreßberechtigt (Art. 1221 in fin. 1225), der das Ganze einziehende Gläubiger den Mitgläubigern nur nach Maßgabe des zwischen ihnen obwaltenden Rechtsverhältnisses verantwortlich. Bei theilbarem Gegenstand entstehen aus gemeinschaftlichem Contract oder in Folge Erbfalls activ und passiv Theilobligationen, im letzteren Fall jedoch mit den Modificationen der Art. 1221 nr. 2 und 4.

Das sächsische Gesetzbuch

behandelt die untheilbaren Obligationen nach den Vorschriften für die Gesamtschuldverhältnisse, läßt jedoch Theilung eintreten, wenn der Werth der Leistung oder Schadenserzatz gefordert wird (§ 1037, 1038). Ebenjo

das schweizerische Obligationenrecht

Art. 79, 80, 155, 159 und der Dresdener Entwurf, art. 241, 242.

Anhang.

Die kurz vor Beendigung des Druckes des Vorstehenden erschienene Schrift von Kümelin, die Theilung der Rechte 1883, giebt mir zu einigen nachträglichen Bemerkungen Veranlassung. Der genannte Verfasser unterscheidet zwischen „anbefohlener und durchgeführter Theilung“, definiert letztere dahin, daß „eine selbständige Größenbestimmung für den einzelnen Theil gegeben wird“ und spricht von „Größenbestimmung durch Theilung“ insbesondere da, wo „die Theilung von dem Verhältniß, in dem die Theile stehen sollen, ausgeht und zu einer Größenbestimmung führt“ (S. 13, 14). Als Theilungsobjecte bezeichnet er: „abstracte Zahlen“, „Dinge, die nur generisch, nicht individuell bestimmt sind“, ferner „Raum und Zeit“, „Dinge im Raum“ und „Ereignisse in der Zeit“. Für den Theilungsmaßstab berücksichtigt er außer den „Raum- und Zeitverhältnissen“ auch Eigenschaften des Theilungsobjectes, die eine „genaue quantitative Bezeichnung in Zahlen zulassen“, insbesondere die „Gewicht- und Werthverhältnisse“ (S. 14, 15). Die Fixirung von Größenverhältnissen erklärt er auch bei Handlungen für möglich, z. B. nach Zeit, Werth und Object (Ort) (S. 20, 21, 23). Die Bezeichnung: intellectuelle Theilung glaubt er durch die Bezeichnung: anbefohlene Theilung ersetzen zu müssen (S. 80). Bei dem Miteigenthum ist nach ihm die Theilung eine anbefohlene, soweit „in Bezug auf die Ausübung des Eigenthums, abgesehen von der Veräußerungsbefugniß eine Theilung stattfindet“ (S. 79), nämlich: in Bezug auf die Früchte, den Gebrauch und die Haftung, die sich an das Eigenthum anschließt (S. 75), wogegen die „bei der Aufhebung des Miteigenthums eintretende Theilung nicht in demselben Sinne eine anbefohlene“ sei, da sie nur „möglichsterweise“ eintrete, nämlich wenn auf Verlangen der Betheiligten die Aufhebung „gerade durch Theilung des Eigenthums“ erfolgt (S. 80).

Zunächst ist klar, daß der Theilungsbegriff, von welchem der Verfasser ausgeht, sich nicht auf die Theilung im juristischen Sinne, die rein quantitative Theilung, sondern auf die Theilung im allgemeinen, natürlichen Sinne, die Theilung nach dem „vulgären Sprachgebrauch, nach dem vulgären Denken“ (S. 19) bezieht, weshalb auch die „durchgeführte Theilung“, die „Größenbestimmung durch Theilung“ Theile ergeben kann, die nicht gleich (gleichartig) oder bei denen, „die Werthverhältnisse den Größenverhältnissen nicht proportionell“ sind (S. 14—16), und ferner auch Handlungen, z. B. „nicht bloß das längere fortgesetzte Gehen, das Schöpfen einer Wassermasse, sondern auch der einzelne Schritt, die einzelne Armbewegung des Schöpfens“ (S. 18) theilbar sein sollen. Dieser weit ausgespannte Theilbegriff ist für das Rechtsgebiet völlig werthlos, da sich keinerlei rechtliche Bestimmungen daran knüpfen.

Unzutreffend ist es ferner, wenn Verfasser von der Theilung auf dem juristischen Gebiet meint, daß sie überhaupt immer nach dem Werth stattfindet (S. 32) und die Theilung des Rechts nach seinen Bestandtheilen (Wächter, Arch. 27, S. 196) für bedeutungslos erklärt, weil keine Größenbestimmung durch Theilung vorliege (S. 29).

Die juristische Theilung erfordert in erster Linie die Homogenität der Theile mit dem Ganzen und erst folgeweise die verhältnißmäßige Gleichwerthigkeit, weil in der Verkehrsauffassung der Mangel der letzteren die erstere aufhebt. In dem Sinne ferner, in welchem bei der Rechtstheilung das zu theilende Recht eine bestimmte Größe bildet, müssen die daraus constituirten selbständigen Rechte nothwendig ebenfalls Größen bilden, andernfalls das Recht überhaupt nicht Gegenstand einer Theilung sein könnte. Die Theilung des Rechts nach seinen Bestandtheilen ist nur ein Fall der qualitativen Theilung, deren Begriff von Wichtigkeit, wo die Theilung, oft schwer erkennbar, in eine Veränderung des Theilungsobjectes umschlägt.

Das Wesen der quotitativen oder intellektuellen Theilung ist vom Verfasser in durchaus ungenügender Weise bestimmt, ja überhaupt gar nicht erfasst. Wenn es schon richtig ist, daß die intellectuelle Theilung oder, wie sie der Verfasser nennt, die anbefohlene Theilung den Maßstab für die Theilung der Ausübung des Miteigentums und demnächst auch für die Aufhebung der Gemeinschaft bildet — und dies bereits von Brinz (I § 131) musterartig dahin formulirt ist: daß die intellektuellen Theile solche sind, nach denen sich die Partner im Gebrauch und Fruchtbezug, in Auslagen und Einnahmen richten und nach denen dereinst sie selbst oder Dritte anstatt ihrer die Sache wirklich theilen oder sich sonst auseinander setzen sollen“, so ist doch mit Allem Diesen äußerstenfalls nur die Bedeutung und die practische Function der Intellectualtheile, nicht aber das Wesen derselben gekennzeichnet. Es ist damit noch nicht dargethan, was es heißt, wenn die Quellen den intellektuellen Theil als wirklichen, wie auch immer bestimmten Theil des Sach-Ganzen, als *pars totius corporis pro indiviso* auffassen? Aufschluß hierüber giebt der von mir oben aufgestellte Satz: In der Quote steckt das Quantum!

Gegenstand der Intellectualtheilung ist die Sache in ihrer Totalität. Die Totalität der Sache ist die Summe ihrer quantitativen Bestimmungen. Gegenstand der Intellectualtheilung ist somit die Sache als Quantum. Hiefür kommen alle eine quantitative Beziehung darbietende Eigenschaften der Sache in Betracht: natürliche wie künstliche, durch die Verkehrs-Verhältnisse gegebene Eigenschaften, unter Andern auch die Fähigkeit, in ein Geldäquivalent umgesetzt zu werden. Ideell theilbar kann daher nur das sein, was quantificirbar, sich auf eine Quantität zurückführen läßt.

Verfasser will ferner die Theilung der Rechte als eine Theilung nach dem Inhalt bestimmen (S. 31), vertauscht sie aber bei der Durchführung mit der Theilung nach Seiten des Gegenstandes, indem er Größenbestimmung für die Theilrechte erfordert, eine „selbstverständliche“ und „complicirte“ Durchführung der Theilung unterscheidet (S. 34), und unter ersterer die Theilung einer Quantität generisch bezeichneter Sachen, sowie die Quoten-

theilung bei Sachindividuen (S. 33), unter letzterer aber die Zuweisung einzelner Realtheile zum Gebrauch oder zum Alleineigenthum begreift (S. 33, 76, 77). Der Satz, daß das Miteigenthum und analog der Mitbesitz nur in diesen Beziehungen eine Theilung zuläßt, in anderen Beziehungen dagegen nicht (S. 91, 114), bestätigt, daß die Theilung nur nach dem Gegenstande möglich.

Unhaltbar ist der fernere Satz des Verfassers, daß das Erforderniß der Gleichheit (Gleichartigkeit) der Theile nach durchgeführter Theilung nur für das Gebiet des Obligationenrechts, nicht aber für das Gebiet des Sachenrechts aufzustellen sei (S. 174), da, wenn man unter der Theilung eine rein quantitative versteht, eine Veränderung des Wesens des Theilungsobjectes auch bei Sachenrechten ausgeschlossen ist, hingegen, wenn die Theilung im Sinne einer qualitativen Theilung genommen wird, diese Art der Theilung ebenso wohl bei Forderungsrechten, wie bei Sachenrechten Platz greifen kann. Was hindert den Gläubiger, im Einverständnis mit den Erben seines Schuldners, die Obligation auf Herstellung eines Gebäudes derart zu theilen, daß jedem Einzelnen nur die Errichtung eines Stockwerks obliegt?

Die Antheilbarkeit des *usus* und der Prädialservituten und zwar sowohl die Unmöglichkeit der Bestellung an einer oder für eine Eigenthumsquote, als die Unmöglichkeit der Bestellung zu einem Bruchtheil der Ausübungshandlung, beruht bei dem Wesen des Servitutrechts durchweg und in allen Fällen auf physischer Unmöglichkeit und nicht, wie der Verfasser im Widerspruch mit allen Quellenzeugnissen annimmt (S. 128, 131, 136), bisweilen auf bloßer positiver Säkung und einem Rechtsverbot.

Grundlos ist die Polemik des Verfassers gegen die übliche Formulirung des Begriffs der Theilbarkeit der Forderungsrechte (Abbelehde S. 19, Windscheid II § 253), da das, was er hervorgehoben wissen will: „die Gleichheit der Theile nach durchgeführter Theilung“ (S. 173), wenn damit etwas Andres ausgedrückt sein soll, als die Gleichartigkeit der Theile mit dem Ganzen, gar nicht zu dem Begriff gehört, wenn jene Worte aber nur Letzteres bejagen sollen, dies in jener Formel mit aller wünschenswerthen Deutlichkeit ausgesprochen ist. Sein Einwand, daß es eine nur quantitative Theilung sei, wenn die „Verpflichtung zum Hausbau sich zwischen A und B so spaltet, daß Jeder den Hausbau halb vorzunehmen hat“ (S. 173), beruht auf offener Verkennung des Wesens der bloß quantitativen Theilung, da in jenem Falle Theile entstehen würden, die mit dem Ganzen nicht homogen und die Theilung also eine qualitative sein würde, wobei sich ja nach des Verfassers Ausdrucksweise „keine gleichen Verpflichtungen ergeben können“ (S. 174). Der richtig verstandene Begriff der quantitativen Theilung bedingt ferner von selbst, daß die Erfüllung der Theilforderungen möglich ist und für den Gläubiger dasselbe Resultat hat, als die Erfüllung der Hauptforderung, und erübrigt sich daher, mit dem Verfasser (S. 173, 174), dies noch neben der qualitativen Gleichheit und nur quantitativen Verschiedenheit der Theile als besondere Voraussetzung aufzustellen.

Verfehlt ist die Ausführung des Verfassers, daß jenes Erforderniß der

qualitativen Gleichheit der Theile nach durchgeführter Theilung der Obligation nicht als eine logisch nothwendige Consequenz aus dem Satze, daß das Theilungsobject: der Obligationsgegenstand durch die Theilung nicht verändert werden dürfe, zu betrachten, sondern auf äußere, mit der natürlichen Unmöglichkeit rein quantitativer Theilung nicht zusammenhängende Gründe zurückzuführen sei (S. 175, 185 flgde.). Wenn Verfasser gegenüber dem unanfechtbaren Satz des Gajus in l. 80 § 1 D. ad leg. Falc. 35, 2: *neque enim ullum balineum aut ullum theatrum aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dederit* — sich auf den Sprachgebrauch des Lebens beruft und ferner einwirft, daß es „nicht richtig sei, daß eine Obligation dann und zwar stets dann theilbar sei, wenn die Theilleistung unter denselben Begriff fällt, durch den die ganze Leistung bezeichnet wird“ (S. 178), so muß zunächst der vulgäre Sprachgebrauch da, wo es sich um bestimmte juristische Formulierungen handelt, auf sich beruhen bleiben und ferner darauf hingewiesen werden, daß Gajus nicht das behauptet, was ihm Verfasser unterschiebt, sondern nur an den concreten Beispielen den Grund der Antheilbarkeit darthut, und diesen dahin angiebt, daß, wo die Theilleistung durchaus nicht dem Begriff des concreten Ganzen entspreche, auch nicht gesagt werden könne, daß sie irgend einen Theil eben dieses Ganzen enthalte.

Diese Logik ist durchschlagend und ist es recht unzutreffend, wenn Verfasser eine Theilerfüllung bei der Obligation auf *fossam fodiri* zulassen will, weil „die Theilleistung ebenfalls im Graben graben bestehe und von dem, der diese Leistung zum Theil vorgenommen hat, nicht gesagt werden könne: *nec ullam fossam fecisse intelligitur u. i. w.*“ (S. 178). Der bestimmte zu ziehende Graben ist noch gar nicht, und folglich auch nicht zu irgend einem Theil hergestellt, wenn in der projectirten Richtung desselben auf eine Strecke eine Bodenaustiefung vorgenommen ist, die in ihrer Fortsetzung bis zu dem bestimmten Endpunkt möglicherweise zur Herstellung des projectirten Grabens führen könnte. In allen derartigen Fällen ist weder reelle noch ideelle Theilung möglich, die Erfüllung kann nur durch das vollendete Ganze geschehen.

Ungenügend ist die eigene Begründung des Verfassers: daß die Theilung des Forderungsrechts nicht qualitativ ungleiche Theilrechte ergeben dürfe, weil bei Forderungsrechten die Theilung nicht, wie bei dinglichen Rechten im *jud. divisor.*, zwischen den Berechtigten, den Theilungsinteressenten, sondern zwischen einem Theilungsinteressenten und einem Dritten, nämlich zwischen dem einen von mehreren Schuldnern und dem Gläubiger und umgekehrt stattfindet, es deshalb „naheliegend sei, daß hier mit Rücksicht auf den nichtbetheiligten Theilungsinteressenten nur die einfache, in ihrer Durchführung selbstverständliche Theilung zugelassen wird, bei welcher jede willkürliche Festsetzung ausgeschlossen, und die Gefahr einer Durchführung eine sehr geringe sei“ (S. 182). Die Rücksichtnahme auf den nichtbetheiligten Theilungsinteressenten wird durch den Umstand, daß er sich nicht an der Theilung theilhat, noch keineswegs gerechtfertigt, sondern entscheidend

kann nur sein, daß er nicht, wie ein Gemeinschaftler das Resultat des *judicium divisorium*, so sich eine Aenderung des Obligationsgegenstandes gefallen lassen muß, weil er hierzu nur aus einem besonderen Grunde verpflichtet sein könnte, aus der Obligation aber nur Berechtigung oder Verpflichtung zu dem unveränderten Gegenstand folgt. Der vom Verfasser S. 176 bemängelte Satz, daß durch die Theilung der Inhalt des Forderungsrechts nicht alterirt werden dürfe, enthält somit gerade die zutreffende Motivirung. Ferner versteht sich aber auch die „selbstverständliche“ Theilung keineswegs von selbst, beruht vielmehr auf positiver Satzung der 12 Tafeln. Wenn Verfasser schließlich meint, daß der Zwölftafelsatz außer Anwendung bleiben mußte, „sobald die Theilung keine selbstverständliche“ war, und daß man diese Gränze, wie für die Auseinandersetzung zwischen mehreren Gläubigern oder Schuldnern untereinander, so auch für die Theilung zwischen Gläubiger und Schuldner gezogen habe, so würde daraus nicht mit dem Verfasser (S. 188) zu folgern sein, daß „man die Forderung, bei welcher die Theilung nicht selbstverständlich ist, für untheilbar erklärt hätte, sondern doch höchstens nur, daß man für Fälle dieser Art den Zwölftafelsatz ebenfalls nicht für anwendbar erachtete, so daß von Seiten des Zwölftafelsatzes Nichts entgegengehalten hätte, bei Forderungsrechten, wie bei dinglichen Rechten eine Theilung in ungleichartige Theile zuzulassen. Hinfällig ist hienach der Satz des Verfassers, daß bei den *obligationes faciendi* „in den meisten Fällen die Theilung ausgeschlossen sei, nicht weil sie unmöglich, sondern weil sie aus besonderen Gründen von der Rechtsordnung verboten ist“ (S. 197). Es läßt sich nur so viel sagen, daß die Theilung bald nach der Natur des Gegenstandes, bald willkürlich (durch den Sinn des Contractes oder positiven Rechtsatz) ausgeschlossen ist. Ersteres trifft zu in allen Fällen, wo der Gegenstand nicht unbeschadet seines Wesens zerlegbar ist. Eine Zerlegung, die Theile schafft, welche dem Ganzen nicht homogen, geht über den Begriff bloßer Theilung hinaus, weil sie mit einer Zerstörung des Gegenstandes in seiner Wesenheit verbunden ist, und ist also nicht Theilung im strengen Wortverstande. Unrichtig ist es, wenn Verfasser Antheilbarkeit annehmen will, wenn das Quantum der zu leistenden Arbeit nicht zum Voraus bestimmbar ist. Die Möglichkeit vorgängiger Größenbestimmung ist nicht einmal für die Durchführung der Realtheilung, geschweige denn für die Theilbarkeit überhaupt erforderlich, da z. B. bei einer Bodenfläche durch successives Aussondern einzelner Theilstücke und deren Zuweisung an die einzelnen Theilungsinteressenten sich die Theilung bewirken läßt, ohne daß es einer vorherigen Berechnung des gesammten Flächeninhalts bedarf. Erforderlich ist nur, daß der Gegenstand überhaupt Etwas quantitativ Darstellbares enthält, woran es eben auch in den vom Verfasser (S. 198) angeführten Beispielen (Auffinden eines Gegenstands, Ausübung eines Zwanges) fehlt.

Ebenso erklärt sich die Antheilbarkeit der Obligation auf Verschaffung der Detention. Die Detention beschränkt sich wegen des dem Detentor mangelnden *animus rem sibi habendi* auf die Möglichkeit bloß physischer

Einwirkung auf die Sache oder der Abwehr fremder Einwirkung, wie z. B. auf Verwahren, und steigert sich allenfalls bis zum *uti*, wie beim *Commodat*, nicht aber, wie der Besitz, bis zum faktischen Haben, bis zur Verwendung oder Verwerthung der Sache selbst; sie hat nicht die Sache als *Quantum* zum Gegenstand, und schließt daher die ideelle Theilung aus. Die Argumentation des Verfassers (S. 199): „daß, wenn die Handlung nicht bis zu dem Erfolg fortgeführt wird, daß Detention entsteht, sie für den Gläubiger werthlos“ und deshalb die Verpflichtung zur Verschaffung der Detention untheilbar sei, zerfällt daran, daß, wenn es zur Bereitstellung der Detention überhaupt noch nicht gekommen ist, auch von einer theilweisen Verschaffung derselben nicht die Rede sein kann. Ebenjowenig sind die auf Zurückübertragung der Detention (*restituere*) gerichteten Obligationen theilweise erfüllbar (Ubbelohde S. 6, 7, 43). Die in l. 1 § 36 D. dep. 16, 3 zugelassene Art der Restitution beruht auf einer Behufs der Realisirung des Theilrechts vorgenommenen freien Umgestaltung des Schuldverhältnisses (s. oben S. 108 Note 4), und kann deren analoge Anwendung bei allen in *specie* zu restituirenden *Fungibilia* nicht mit dem Verfasser (S. 204) bedenklich gefunden werden.

Aus unzureichenden Gründen will endlich Verfasser die solidarische Haftung mehrerer Schuldner bei Obligationen auf Bestellung einer Prädialservitut als eine durch die Einseitigkeit des *jus strictum* hervorgerufene Singularität betrachtet wissen (S. 238), und in allen andern Fällen untheilbarer Obligationen nur Interessenleistung *pro rata* eintreten lassen (S. 245—249). Sein Hauptargument, daß bei Annahme der Solidarhaftung die Mehrbelastung des Schuldners bedeutender sei, als die Veränderung in der Rechtsstellung des Gläubigers bei der entgegengesetzten Ansicht (S. 246), setzt die Entscheidung der Vorfrage voraus, ob eine solche Aenderung aus allgemeinen Rechtsgründen statthast erscheint.

Bei negativen Verbindlichkeiten soll nach dem Verfasser die Ansicht, wonach jeder Erbe für die Zuwiderhandlung der Miterben haftet, zu dem practisch unhaltbaren Resultat führen, daß dies „denn auch für die Erbeserben, überhaupt für die entfernteren Erbgänge angenommen werden“ müßte, obwohl er dieses Resultat nicht scheut, wenn der Erblasser die Verpflichtung für sich und seine Erben übernommen hat (S. 260). Sofern die Verpflichtung überhaupt als eine vererbliche begründet ist — und nur dies wird durch die Formel „für ihn und seine Erben“ ausgedrückt, wie sich daraus ergibt, daß, wenn nur wegen eines bestimmten Erben *cavirt* ist, doch von selbst auch die Miterben desselben haften l. 131 pr. D. de V. O. 45, 1 —, so geht das Recht des Gläubigers dahin, daß ihm das Unterlassen an Stelle des Erblassers von den Erben in ihrer Gesamtheit zu prästiren ist, und er von jedem Einzelnen zu fordern hat, nicht bloß, daß von ihm für seine Person, sondern daß überhaupt von Seiten der Successoren die Störung unterlassen wird. Das folgt aus dem Inhalt der Obligation unmittelbar von selbst, und nicht erst aus einer etwaigen gegenseitigen Prästation der *culpa*.

REV15

2013

ÚK PrF MU Brno



3129S04244