

I det 90

Die Obligation.

Untersuchungen

über ihren

Zweck und Bau

von

Dr. Gustav Hartmann,

Professor der Rechte zu Freiburg im Breisgau.

Wittich

249/584,

Erlangen.

Verlag von Andreas Deichert.

1875.

An

Andreas Heusler

und

Karl Binding

in unwandelbarer Treue.



V o r w o r t.

Keiner der Grundbegriffe des Privatrechts ist in neuerer Zeit mehr als der Begriff der Obligation Gegenstand eindringender Erörterungen geworden. Die vorliegenden Untersuchungen sind nun ursprünglich nicht von der Absicht ausgegangen, in jenem Kampfe der Meinungen den entscheidenden Gedanken und das lösende Wort suchen zu helfen. Es waren vielmehr speziellere Fragen, wie sie in den speziellen Titeln der beiden Abschnitte ihren Ausdruck finden, deren Förderung in Angriff genommen werden sollte. Hierbei aber machte sich mit innerer Nothwendigkeit das Bedürfniss geltend, auf die allgemeine Grundlage des Obligationsbegriffes zurückzugehen und die neuern Untersuchungen desselben in den Kreis der Betrachtung hineinzuziehen. Wenn den so entstandenen allgemeinen Erörterungen überhaupt ein eigenthümlicher Werth zukommt: so beruht er gewiss vor Allem gerade darauf, dass sie nicht abstract formeller Natur sind, sondern den Zusammenhang mit den concretesten Einzelheiten allenthalben zu wahren suchen. Die praktischen Einzelfragen und Einzelsätze sollen vom Standpunkte einer principiellen Betrachtung aus innere Begründung und Aufklärung gewinnen; wie umgekehrt von ihnen aus der Grundbegriff Gestaltung und Anschaulichkeit, Form und Fülle. Nach allen Seiten hin aber den Obligationsbegriff gleichmässig zu entwickeln und zu erschöpfen kann nicht wohl die Aufgabe Einer Schrift sein. Sollte das Ebenmass der Darstellung

und der einheitliche Gang der Untersuchung nicht zu sehr gestört werden: so mussten mancherlei Gegenstände und Beziehungen nur kurz berührt werden, deren genauere kritische oder dogmatische Ausführung an und für sich nahe lag. Eine der Fragen, auf welche der Zusammenhang der Betrachtungen des ersten Abschnittes führte, ist schon anderwärts, in einer eignen kleinen Schrift „Ueber Begriff und Natur der Vermächtnisse im Röm. Recht“, eingehender besprochen worden. Es genügte daher hier die präcise Zusammenfassung des dort begründeten Resultates. Manche andere Aufstellung würde einer ähnlichen näheren Begründung ebenso fähig sein, wie sie vielleicht deren bedürftig erscheinen mag.

Speziell gerade für die bevorstehende Deutsche Civilgesetzgebung eine Vorarbeit zu liefern, lag ausserhalb des Planes dieser Schrift. Um so besser, wenn sie, durch ihren unabhängig von solcher zeitgemässen Betrachtung entstandenen Inhalt, zu ihrem bescheidenen Theile dazu beitragen sollte, eine einzelne unrichtige Doctrin aus dem Gesetze fern zu halten. Davon aber, ob dies der Fall sein wird oder nicht, kann der Werth einer wissenschaftlichen Untersuchung nicht abhängig sein. Und so auch nicht, sofern ihr überhaupt ein solcher zukommt, der Werth der vorliegenden Schrift. Gesetze vergehen als solche. Unvergänglich aber ist die Kraft des innerlich begründeten Gedankens. Früher oder später wird er stets, auch allen äusseren Hindernissen zum Trotz, seine siegreiche Macht bewähren.

Freiburg i. B. im Mai 1875.

I n h a l t.

Erster Abschnitt.

Untersuchungen über das Zweckmoment der Obligation mit besonderer Rücksicht auf den Untergang der Obligation bei concursus causarum.

	Seite
§. 1. Gegenwärtiger Stand der Frage über den concursus causarum	3
§. 2. Die Rückführung des Grundes auf unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung	7
§. 3. Rückführung des Grundes auf den Parteiwillen	17
§. 4. Die Natur der Obligation im Allgemeinen	20
§. 5. Das Zweckmoment im Obligationsbegriff insbesondere	37
§. 6. Das Interesse als bedingende Grundlage der Obligation	53
§. 7. Stellung des Obligationsunterganges kraft concursus causarum unter den Aufhebungsgründen der Obligation (Obligationsuntergang durch Zweckerfüllung)	62
§. 8. Einzelne Erfordernisse, insbesondere Identität der Personen . . .	70
I. Spätere Vereinigung mehrerer Obligationen in der Person des Gläubigers	74
II. Anwendung auf Korrealobligationen	75
III. Anwendung auf den Fall von fr. 108, pr. d. legat. I	78
§. 9. Einzelne Erfordernisse, insbesondere Identität des äusseren Leistungsgegenstandes	81
I. Anwendung auf generische Obligationen	82
II. Alternative Obligationen	86
III. Obligationen auf Leistung einer bestimmten Spezies	89
§. 10. Einzelne Erfordernisse, insbesondere Identität in der causa des Erwerbs	96

Zweiter Abschnitt.

Untersuchungen über den Bau der Obligation, mit besonderer Rücksicht auf die Lehre vom Einfluss der Unmöglichkeit der Leistung.

	Seite
§. 1. Einleitung, die Aufgabe	117
§. 2. Die äussere Sanction der Obligation	119
§. 3. Grenzfälle der Obligation	141
§. 4. Merkmale der Individualität von Obligationen	147
§. 5. Die innere Structur der Obligation im Allgemeinen	159
§. 6. Der Satz „impossibilium nulla obligatio“	166
§. 7. Inhaltliche Voraussetzungen obligatorischer Rechtsgeschäfte	175
§. 8. Inhaltliche Voraussetzungen obligatorischer Rechtsgeschäfte, unächte Unmöglichkeitsfälle insbesondere	188
§. 9. Prästationspflicht für anfängliche rechtliche Hindernisse der Erfüllung bei Obligationen auf Sachleistung	196
§. 10. Prästationspflicht für anfängliche factische Hindernisse der Erfüllung bei Obligationen auf Sachleistung	203
§. 11. Prästationspflicht für anfängliche Hindernisse der Erfüllung bei Obligationen auf Dienstleistung	211
§. 12. Prästationspflicht für nachfolgende Hindernisse der Erfüllung bei den strengen Obligationen im Allgemeinen	222
I. Die verborum obligationes auf dare von certa res insbesondere	224
II. Verborum obligationes auf die Leistung eines Genus	234
III. Andere strenge Obligationen	236
IV. Anwendung auf die Mora insbesondere	238
§. 13. Prästationspflicht für nachfolgende Hindernisse der Erfüllung bei bonae fidei obligationes	240
I. Obligationen auf individuell bestimmte Leistungen	241
II. Generische Obligationen	254
§. 14. Prästationspflicht für nachfolgende Hindernisse der Erfüllung bei Obligationen aus grundloser Bereicherung insbesondere	259
Schlusswort	271
Quellenregister	273

Zur Lehre vom
Zweckmoment der Obligation
mit besonderer Rücksicht auf den
Untergang bei concursus causarum.

Erster Abschnitt.

Untersuchungen über das Zweckmoment der Obligation mit besonderer Rücksicht auf den Untergang der Obligation bei concursus causarum.

§. 1. Gegenwärtiger Stand der Frage über den concursus causarum.

Oft geschieht es, dass gerade von einem anscheinend nebensächlichen und untergeordneten Punkte aus die fruchtbringendsten Blicke in den innern Zusammenhang wichtiger und allgemeiner Gebiete und Gegenstände sich richten lassen. Dann gewinnt dadurch ein solcher Punkt ein Interesse und eine Wichtigkeit, die es rechtfertigen mögen, ihn zum Ausgangs- und Anknüpfungspunkt eingehender Untersuchungen zu wählen.

So verhält es sich, wenn nicht Alles trägt, auch mit dem Satze, wie wir ihn in Julian's eingeschränkter und casuistischer Formulirung zur Grundlage vorläufig annehmen: (Julianus libr. XXXVII digest. fr. 17 d. obl. et act.) „omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset“.

Die Ausführungen der älteren Interpreten¹⁾ hatten über diesen Satz so wenig allgemein gesicherte Erkenntniss verbreitet, dass noch einer der angesehensten Rechtslehrer unseres Jahr-

1) Weitaus am bemerkenswerthesten ist auch hier Hugo Donellus comment. jur. civ. lib. XVI, c. 5 „de concursu duarum causarum ad liberationem“, worüber später genauer; sonst nam. Fr. de Retes opusc. lib. VII c. 6 „de concursu multiplicis causae lucrativae (in Meermann thes. tom. VI, p. 378 f.), Gregor. Majansius disp. jur. tom. I, disp. 7 „de prohibito concursu caus. lucrat. (Lugd. Bat. 1752 p. 122 f.). Ueber ältere Dissertationen vgl. Arndts in Glück's Pand. Thl. 46 Abth. 2 S. 252 Anm. 5.

hundreds²⁾ den Satz schlechthin als eine „sonderbare“, doch „keinem Zweifel unterworfenen“ allgemeine „Vorschrift“ des Römischen Rechts charakterisiren konnte. Die eigene, seitdem unserem Satze ganz speziell gewidmete, Monographie³⁾ dringt in Aufklärung jener Sonderbarkeit nicht tiefer ein als bis zu der allgemeinen Betrachtung (a. a. O. S. 10 f.), dass „das Römische Recht im Allgemeinen reine Vermögensbereicherungen, die in der Regel mit Vermögensverminderungen auf Seite des Gebenden oder Leistenden verbunden sind, nicht begünstigt“. Während an sich jeder Disponent dem Gläubiger die Species lucrativ zuwenden wollte, muss deshalb „der Gesetzgeber mit dem Gebote dazwischen treten, dass, wenn der Gläubiger die Sache selbst unentgeltlich erhalten habe, er die aestimatio nicht noch hintendrin verlangen könne“. Als eine immerhin positive „Ausnahme von der allgemeinen Regel“ soll daher jenes Gebot auch strict zu interpretiren sein (a. a. O. S. 109, vgl. S. 69).

Kein Wunder, dass man sich bei diesem Erklärungsversuch nicht lange beruhigen konnte. Mochte man immerhin einen Augenblick die Berufung auf eine so vage Tendenz wie die der Abneigung des Rechts gegen Bereicherungen ganz im Allgemeinen als eine mögliche Begründung gelten lassen. An ihrem Zutreffen im besonderen Fall, musste doch allein schon der anerkannte Satz irre machen, dass jedenfalls dann auch aus der zweiten Obligation noch wirksam geklagt werden kann, wenn der Gläubiger aus der ersten Obligation statt die Sache selbst nur deren Werth erlangt hat⁴⁾.

Ist denn nicht die Bereicherung ganz die nämliche, wenn zuerst die aestimatio und dann noch die Species selbst erlangt

2) Thibaut Pand. §. 995.

3) W. Sell „über die römisch-rechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duarum causarum lucratarum. Zürich 1839. 190 S. in 8. Wesentlich zustimmend die Recension in Richter's u. Schneider's krit. Jahrb. Bd. 8 (1840) S. 961—970.

4) S. nam. §. 6 J. de legat. „si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum rem an aestimationem consecutus est; nam si rem, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa; si aestimationem, agere potest. Dazu Arndts a. a. O. S. 259.

wurde, als wenn die umgekehrte Reihenfolge im Erwerb Platz griffe? Und wenn dennoch beide Fälle ganz entgegengesetzt beurtheilt werden, kann dann noch die blosser vermeintliche Abneigung des Rechts gegen Bereicherung als solche hier irgend als Motiv gelten?

Ausserdem wie liess sich hier die angeblich „rein positivrechtliche“⁵⁾ Natur unseres Satzes auf die Dauer behaupten? Tritt es doch an der ganzen Summe der einschlagenden Pandekten-Fragmente, wie wir sie im späteren Zusammenhange zum Theil einzeln zu betrachten haben werden, klarer und deutlicher fast, als irgendwo sonst, zu Tage: dass es sich hier um eine, von der classischen Jurisprudenz aus inneren Gründen abgeleitete, Regel handelt.

So ist denn auch seitdem wieder jene angebliche Ausnahmenatur des Satzes entschieden in Abrede gestellt worden; sowie auch schon die hauptsächlichsten älteren Schriftsteller, wenngleich sie über die Natur der entscheidenden Regel differirten, doch übereinstimmend von einer „Sonderbarkeit“ und „positiven Ausnahme“ hier Nichts erblickten.

Unter den Neuern stellte vor Allen Böcking⁶⁾ den Untergang eines Forderungsrechts durch den s. g. concursus causarum lucratarum wieder unter die Regel des Erlöschens der Rechte wegen Wegfall des Rechtsobjects, insofern „die in unserm Vermögen befindliche Species nicht noch in unser Vermögen gebracht werden kann, wie es unmöglich ist rem meam mihi dari“.

Eingehender ist durch F. Mommsen der gleiche Gesichtspunkt verfolgt⁷⁾ und demgemäss spezieller die Lehre ausgebaut

5) So ausser den bei Arndts a. a. O. S. 252 u. 53 angeführten auch noch Mühlenbruch Pand. Bd. 2 §. 480 sub c, ja selbst noch Windscheid in der krit. Zeitschr. f. die gesammte Rechtsw. von Brinkmann etc. Bd. 2. (1855) S. 133. Anders und in dieser Beziehung richtiger ebenderselbe Pand. ed. 3. (1870) Bd. 2, §. 360 sub 3.

6) Pand. (ed. 2, 1853) §. 101 Anm. 10.

7) Beiträge zum Obl.-Recht Bd. 1 „die Unmöglichkeit der Leistung etc. (1853) S. 255—262, vgl. Bd. 3 S. 413—415. Auch schon bei Sell (a. a. O. S. 61 fg.) mischt sich unwillkürlich eine ähnliche Begründung ein: „Sind die mehreren lucrativen Forderungen eines Gläubigers auf die nämliche species gerichtet, so macht nach allgemeinen Grundsätzen über die Oblig-

worden. Nach Mommsen's Darstellung verhält sich die Sache gerade umgekehrt, wie nach der bis dahin bei den Neueren herrschenden Lehre. War nach dieser letzteren der Satz von Aufhebung der Obligation durch anderweitigen lucrativen Erwerb ihres Gegenstandes nur ein positiver Ausnahmesatz, so ist er nach Mommsen vielmehr Ausfluss der Regel über die Unmöglichkeit der Leistung (*impossibilium nulla obligatio*) und als „Ausnahme“ davon (a. a. O. I. S. 256), mithin als positive Bestimmung erscheint gerade der Satz, dass die Forderung aus einem lucrativen Titel dann nicht erlischt, wenn der Gegenstand in Folge eines onerosen Titels erworben wird. Anfangs hätte man hienach jene Regel ausnahmslos angewendet. Erst später hätte man sie für den zuletzt bezeichneten Fall durchbrochen und den Fortbestand der Obligation angenommen kraft einer volleren Auslegung des Vermächtnisswillens dann auch des Schenkungswillens. Und zwar in dem Sinne, dass der Bedachte nicht bloss die Sache selbst erhalten, sondern auch um ihren Werth wirklich bereichert werden solle, durch den eventuellen Ersatz des für den Erwerb der Sache Ausgegebenen.

Diese Auffassung der Sache ist nun seitdem die gewöhnliche und verbreitete Lehre geworden, indem man den sogenannten concursus causarum lucrativarum unter die Rubrik vom Erlöschen der Obligationen durch unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung zu stellen pflegt⁸⁾.

Nur durch Arndts ist neuerdings, in eingehender und gründlicher Erörterung⁹⁾; ausdrücklich Widerspruch dagegen erhoben

gationenrechte diese species allein den eigentlichen Gegenstand der obligatio aus. Ist diese species nun ganz, unwiederruflich und unentgeltlich gegeben worden: so ist die Forderung in jeder Hinsicht vollkommen erfüllt; denn eine species kann ihrer natürlichen Beschaffenheit nach nur einmal geleistet werden“ u. s. w. Wie reimt sich aber hiemit die behauptete Ausnahmsnatur des Satzes noch zusammen?

8) So z. B. Windscheid, Pand. a. a. O. §. 360, sub 3. Kuntze, Cursus des Röm. Rechts §. 633 sub 2 d. Müller, Instit. §. 149 Anm. 7 sub 2 b. Brinz, Pand. §. 148 S. 640 stellt der „natürlichen Lösung“ der Obligation, unseren Fall unter der Rubrik der civilen Lösung gegenüber, neben Kündigung und Verwirkung.

9) Glück's Pand. a. a. O. (1869) S. 249—343, insb. S. 253 f.

worden, wenn auch nur bedingungsweise und eingeschränktermassen. Eine „gewisse Wahrheit“ wird nach Inhalt unserer Quellen jener Auffassung allerdings zugestanden. Da aber sonst die classische Jurisprudenz über formale Bedenken sich oft muthig hinwegsetzte und die intentio auf „rem dari oportere“ auch in solchen Fällen, wo das wirkliche dare der res unmöglich war oder schien, doch noch für begründet erklärte: so kann nach Arndts der „entscheidende Grund“ nicht mehr in der Unmöglichkeit der Leistung gefunden werden. Vielmehr soll der entscheidende Grund für das Erlöschen der Obligation durch anderweitigen lucrativen Erwerb der nämlichen Spezies in der Auffassung des Willens liegen, auf dem die unentgeltliche Zuwendung beruht (a. a. O. S. 257). Insbesondere in der Auffassung des Willens der Testatoren, oder des Vermächtnisswillens, da „höchst wahrscheinlich zuerst in Beziehung auf Vermächtnisse“ (S. 250) der Satz von der Römischen Jurisprudenz aufgestellt wurde.

Hiermit ist den wesentlichen Momenten nach der gegenwärtige Stand der Frage über den concursus causarum lucrativarum zur Genüge klar gelegt worden. Zunächst erscheint es nun als unsere Aufgabe, durch eingehendere kritische Erörterung der neuesten Aufstellungen die positive Lösung des Problems vorzubereiten und, soweit es geschehen kann, Grund zu legen für tiefere Einblicke in den Organismus der Obligation überhaupt.

§. 2. Die Rückführung des Grundes auf unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung.

Lässt sich wirklich, dahin ist zweckmässig die erste Frage zu begrenzen, die Befreiung des Schuldners ex lucrativa causa, welche bei Verwirklichung eines anderen den nämlichen Gegenstand betreffenden lucrativen Rechtsgrundes eintritt, auf unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung zurückführen? Oder ist etwa diese Begründung gar selber als unmöglich zu bezeichnen?

Die Verbindung zweier beiderseits negativen Momente ist es also, die man hier als wirkende Ursache betrachtet: die Unmöglichkeit der Leistung und der Mangel einer culpa. Das letztere Moment musste man hinzufügen, weil man jetzt einmal gewohnt ist, als allgemeines Axiom hinzustellen: der Rechtssatz „impos-

sibilium nulla obligatio“ sei für den Fall nachfolgender Unmöglichkeit der Leistung, um den es sich hier ja handeln würde, noch an jene weitere Voraussetzung gebunden.

Es kann und muss an diesem Orte noch dahin gestellt bleiben, ob und in wie fern der Satz „impossibilium nulla obligatio“ wirklich ein Rechtsatz ist und ob jene jetzt allenthalben übliche Formel ganz im Allgemeinen in der That als der quellenmässige einfachste und richtige Ausdruck für eine grössere Reihe von Erscheinungen des Obligationenrechts sich darstellt. Vom Standpunkte der herrschenden Lehre aus fragen wir zunächst nur, ob unser besonderer Fall zur Subsumtion unter ein solches Princip sich eignen würde, ob der Fall in jenem Princip Erklärung und umgekehrt das Princip in unserem Spezialfall Bewährung findet. Um so besser, wenn in dem Zusammenhang der Erörterung eine Läuterung und Berichtigung jener allgemeinen Lehre selbst sich anbahnen sollte.

Ein Bedenken, welches die Einnischung des Momentes der Schuldlosigkeit in unseren Fall betrifft, mag an der Spitze stehen, weil es sich am kürzesten rechtfertigen lässt. Gebildet ist jene herrschende Lehre, welche die Exculpation des Schuldners als Erforderniss aufnimmt, doch nur für solche Fälle äusserer Schädigungen und nachtheiliger Ereignisse, z. B. Verletzung, Untergang, Abhandenkommen der geschuldeten Sache, wo der direkte oder indirecte Kausalzusammenhang mit einem obligationswidrigen Willen des Schuldners an sich und in abstracto denkbar ist, so dass für die Ausschliessung einer Prästationspflicht das obligationsmässige Verhalten des Schuldners im concreten Fall ausser Zweifel gestellt sein muss. Wenn aber z. B. zwei Schenkversprechen unabhängig von einander auf den nämlichen Gegenstand gerichtet wurden und nachher der eine Schuldner die Erfüllung vornimmt: so liegt doch wahrlich der Schaden — falls überhaupt hier von einem solchen die Rede sein kann, — für den Gläubiger nicht in jenem anderweitigen lucrativen Erwerb, sondern gerade erst darin, dass die Rechtsordnung auch die zweite Obligation für erloschen erklärt. Wie kann man also den Grund für die Haftungsfreiheit des Schuldners, parallel den Fällen des Sachuntergangs oder der Sachverschlechterung, hier darin sehen, dass der Schuldner frei von culpa an jenem Schaden

sei! Ist dies zulässig in einem Fall, nach dessen allgemeiner und abstracter Natur die Frage nach einer culpa des Schuldners, um dessen Befreiung es sich handelt, von vornherein überhaupt keinen Sinn hat?

So ist es denn begreiflich genug, dass in den Quellen auch nicht die entfernteste Spur von einer solchen Parallelisirung ganz verschiedenartiger Fälle sich findet, dass nirgends in unserer speziellen Lehre eine Berührung der culpa eingemischt, noch der Satz „casus a nemine praestantur“ herbeigezogen wird.

Aber begründen denn nicht die Quellen unsere Aufhebungsart der Obligation, mögen sie sich auch von einer Vermischung mit der Lehre über *periculum et culpa* und von einer Betonung der Schuldlosigkeit ganz frei halten, doch mit dem Satze „*rem quae alicujus est, amplius ejus fieri non posse*“, also mit einer einfachen directen logischen Unmöglichkeit des Gegentheils? Es sind darauf hin erst die speziell einschlagenden Quellenfragmente näher zu prüfen, ehe wir dazu übergehen können, selbstständig den wahren inneren Sachverhalt festzustellen.

Man beruft sich in jener Hinsicht speziell auf Africanus libr. V quaestionum (fr. 108 §. 4 de legat. I) und Ulpianus libr. XXI ad Sabinum (fr. 34 §. 3 eod.)¹⁾. Aus diesem ersteren Fragment insbesondere ist neuerdings wieder²⁾ die Annahme abgeleitet worden, dass die seit Julian unzweifelhaft allgemein anerkannte Lehre nicht ohne Widerstreit zwischen den alten Juristen zur Geltung gelangt sei; ein Widerstreit, der vielleicht, ja wahrscheinlich zwischen der Schule der Proculianer und Sabinianer bestanden habe.

Der von Africanus erörterte Fall ist mit höchster Kürze in den Worten ausgedrückt: „*Stichum quem de te stipulatus eram, Titius a te herede mihi legavit*.“ Die Entscheidung des Falls lautet nach übereinstimmender handschriftlicher Ueberlieferung „*si quidem non ex lucrativa causa stipulatio intercessit, utile legatum esse placebat; sin e duabus*“³⁾, tunc magis placet, inutile esse

1) Fr. Mommsen a. a. O. S. 255 Anm. 11.

2) Von Arndts in Glück's Pand. a. a. O. S. 250 f. Anm. 1, vergl. Sell a. a. O. S. 15.

3) Die conjecturale Ergänzung in Th. Mommsen's Ausgabe „*sin eum habiturus sum ex causis lucrativis duabus*“ trifft ungefähr die Worte,

legatum, quia nec absit quicquam, nec bis eadem res praestari possit.

Freilich sind diese Worte bisher meistens so verstanden worden, als ob nach Africanus Meinung das Legat erst dann inutile werde, wenn der Creditor in Folge jener Stipulation wirklich Eigentümer geworden sei. Sieht man aber die Worte genauer an: so ergiebt sich bald, dass der Sinn ein ganz anderer, viel weiter gehender ist. Und nur diese andere, weiter gehende Meinung war, wie die Stelle andeutet, nicht von allen Römischen Juristen anerkannt; während der von Julian formulirte Lehrsatz allenthalben in den Pandekten als unbestritten vorausgesetzt wird.

Jener andere Sinn führt auf einen Gegensatz von Stipulation und Legat. Hätte nämlich der Schuldner zum zweiten Male ex lucrativa causa die nämliche Sache dem Gläubiger promittirt: so wäre dadurch eine neue, zweite gültige verborum obligatio erzeugt und es läge wirklich der Fall eines concursus obligationum vor. Wird hingegen durch Vermächtniss eine derartige zweite Obligation zu Gunsten des Gläubigers bezweckt: so ist nach Africanus das Legat selbst inutile d. h. nichtig, so dass überhaupt kein wirkliches Nebeneinanderstehen zweier lukrativer Titel herauskommt⁴⁾.

Wie und aus welchem Grunde man in der herrschenden Lehre der classischen Jurisprudenz, entgegen dem Standpunkte des älteren Civilrechts dazu kam, die besondere Natur des Vermächtnisses in solcher Weise aufzufassen und zu gestalten: das ist schon in einer eigenen, aus dem Zusammenhange dieser Untersuchungen hervorgegangenen, Schrift⁵⁾ genauer ausgeführt und belegt wor-

die hier Africanus bei seiner äussersten Knappheit des Ausdruckes im Gedanken supplirt haben muss.

4) Huschke (Giessener Zeitschrift f. Civilrecht und Process N. F. Bd. 2 S. 188 f.) war in dieser Hinsicht schon ganz auf der richtigen Bahn. Nur verkennt er hier noch den wesentlichen Unterschied zwischen dem Vermächtniss einerseits und der Stipulation u. dgl. andererseits; indem er ganz generell lehrt, eine Forderung auf Leistung derselben Sache gegen denselben Schuldner entstehe hier überhaupt nicht, „weil es der neuen Obligation an allem rechtlichen Interesse fehle“.

5) G. Hartmann über Begriff und Natur der Vermächtnisse im Römischen Recht (1872) insb. S. 14—20, S. 24 f., S. 54.

den. Es genügt daher hier, auf die dort gegebenen Beweise zu verweisen und als entscheidenden Grund hervorzuheben: wie es der ersten Bestimmung letztwilliger Verfügungen, das Hauswesen von Todeswegen zu ordnen, widersprechend erscheinen musste, sie zur blossen Hinzufügung neuer Klagsmittel ohne Noth zu missbrauchen und in den Dienst der ordinären Geschäftsformen des alltäglichen Lebens herabzuwürdigen.

Gerade so wie das Fragment von Africanus geht nun auch das Ulpian's gar nicht direct auf unseren Fall der Obligationstilgung. Ulpian hat zuvor (fr. 34 cit. §. 1) bemerkt: dass, wenn die nämliche Spezies im nämlichen Testament mehrmals vermacht sei, doch nur Einmal geklagt werden könne. Im Gegensatz dazu bemerkt er, wenn dieselbe Summe im nämlichen Testament wiederholt hinterlassen war, sei durch Kaiserrescript mehrfache Leistungspflicht anerkannt „si evidentissimis probationibus ostendatur, testatorem multiplicare legatum voluisse.“ Zur Motivirung fügt Ulpian hinzu „ejusque rei ratio evidens est, quod eadem res saepius praestari non potest, eadem summa volente testatore multiplicari potest“.

In der Regel also ist auch die im gleichen Testament wiederholte Vermächtnissumme doch nur Einmal zu leisten. Der entscheidende Grund und Sinn ist demnach der: dass nach dem vermuthlichen Willen des Testators im Fall solcher wörtlichen Wiederholungen überhaupt nur Ein Vermächtniss als gewollt angesehen wird, so dass auch hier nur Eine causa lucrativa für den Erwerb vorhanden ist⁶⁾.

Warum aber sollte nicht ebensowohl wie es bei Wiederholung der nämlichen Vermächtnissumme möglich ist, auch bei Wiederholung hinsichtlich der nämlichen Species der Erweis denkbar sein, dass wirklich ein doppeltes Vermächtniss in der Absicht lag? Ulpian nimmt ja selber in dem gleichen Sabinuscommentar (libr. XXV fr. 53, §. 2 de legat. I) solche Absicht dann als sicher und rechtsgültig an, wenn die Wiederholung bei einer andern Erbeinsetzung des nämlichen Testaments stattfand⁷⁾.

6) Ganz richtig Arndts a. a. O. S. 288 f. Am schlagendsten sagt Papinian fr. 66 §. 5 d. legat. II von einem solchen redseligen Testator „non saepius eandem rem eidem legare, sed loqui saepius“.

7) Si quis duos heredes scripserit, et damnaverit unumquemque solidam

Hiernach ist die Motivirung „*ejusque rei ratio etc. in fr. 34 cit.* ungenau und irreführend. Sie lässt den Gegensatz der beiden Fälle schärfer erscheinen als er in Wahrheit ist. Richtig ist ja nämlich nur, dass ein wirklicher mehrfacher rechtsgültiger Vermächtnisswille hier beim Spezieslegat seltener anzunehmen sein wird, weil nur selten der gehörige praktische Nutzen dabei herauskommen wird. Denn würden hier auch mehrere Vermächtnisse und damit mehrere Obligationen als vorhanden angesehen: so brächte es ja doch die, ihrem Grunde nach erst später zu erforschende, Regel mit sich, dass eine wirkliche doppelte Prästation der Spezies ausgeschlossen wäre.

Eben deshalb (*quia nec bis eadem res praestari possit*) lässt auch Africanus neben einer lucrativen Stipulation ein Vermächtniss der nämlichen Sache von vornherein nichtig sein; weil wenn man auch eine gültige Obligation daraus entstehen lassen wollte, diese ja doch durch die Naturalerfüllung der *verborum obligatio* mit zusammen fallen würde, weil also im Allgemeinen ein den Rechtsbestand des Legates rechtfertigendes Interesse nicht resultirte.

Nur in solcher ganz indirecten und hypothetischen Weise haben unsere Fragmente mit ihrem Motiv „*quod eadem res sapius praestari non potest*“ eine Beziehung zum *concursum causarum lucrativarum*. Eben daher auch die knappe Fassung der ja nur eventuellen Erwägung. Wenn Africanus und Ulpian dem klaren Zusammenhang nach im Sinne haben, dass bei eventueller Annahme einer zweiten Obligation als auf *eadem res* gerichtet, doch nur von Einmaliger Prästation dieser Spezies selbst die Rede sein könne, — darf man in ihren Worten dann noch weiter als Motiv für diesen letzteren Satz den Gedanken an die angebliche logische Unmöglichkeit finden wollen, dem Gläubiger zwei Mal das Eigenthum an der nämlichen Sache zu verschaffen? Die folgende Erörterung wird die Unmöglichkeit einer solchen Auslegung jener Worte zu zeigen haben.

Jene Auslegung wird aber einfach schon durch die folgende nächstliegende Erwägung ausgeschlossen. Wenn der Gläubiger *rem legatario praestare, idem est atque si duobus testamentis legatum esset*“. Und dazu *fr. 34, §. 2 eod. Arndts a. a. O. S. 290 u. 91.*

das Eigenthum der geschuldeten Spezies aus einem onerosen Titel erwarb: so wird ja nach wie vor die „*intentio rem dari oportere*“ zu seinen Gunsten als begründet anerkannt, so dass der Streit in eine Verurtheilung auf das „*quanti ea res est*“ ausmündet. Es soll das, wie wir sahen, eine Ausnahme sein. Aber wie ist denn, wenn man sich als den Grund der Regel die logische Unmöglichkeit des Gegentheils denkt, überhaupt eine Ausnahme davon denkbar? Das Recht hat überall keine Macht darüber, ob es die Folgen solcher Unmöglichkeit eintreten lassen will oder nicht.

Nun weist auch nicht die entfernteste Spur darauf hin, dass die classische Jurisprudenz den Fortbestand der lucrativen Obligation bei anderweitem entgeltlichen Erwerb der Sache als die Ausnahme von einer Regel aufgefasst hätte *). Das Verhältniss von Ausnahme und von Regel wird nirgends für den eben erwähnten Fall und für den Satz über das Erlöschen der Obligation bei wirklichem *concursum causarum lucrativarum* in den Quellen angedeutet. Beide Sätze erscheinen in ihnen offensichtlich nur als Ausflüsse eines und des nämlichen Grundgedankens, der nach den verschiedenen Voraussetzungen, auf die er trifft, zu äusserlich verschiedenen Anwendungen führt.

Dieser Grundgedanke kann danach nicht die Annahme der Unmöglichkeit des Einen oder des Andern sein. Und konnten denn die klassischen Juristen hier vernünftiger Weise irgendwie eine Unmöglichkeit der Leistung annehmen und als durchschlagenden Entscheidungsgrund hinstellen?

Oder wo wäre das Gesetz der Natur, der Logik oder des Rechtes, wodurch mit zwingender Nothwendigkeit die Möglichkeit abgeschnitten erschiene, dass der Schuldner zum Behuf nochmaliger Leistung die Sache sich wieder verschafft, sei es vom Gläu-

8) Mommsen selbst hat a. a. O. S. 257 ganz richtig ein Bedenken daraus gegen seine Annahme abgeleitet m. d. W. „dieser sehr nahe liegenden Erklärung scheint jedoch die Art zu widersprechen, wie die Römer selbst die Sache darstellen“. Es ist und bleibt ja richtig, dass gerade die angebliche, nach M. selbstverständliche „Regel“ über den *c. c. lucrativarum* in den Quellen besonders hervorgehoben wird, während man nach M. eher eine besondere Hervorhebung der angeblichen „Ausnahme“ erwarten sollte.

biger selbst her, sei es von einem etwaigen neuen Erwerber⁹⁾? Nur soferne es als Absicht anzunehmen wäre, die eigene Sache des Gläubigers als eigene d. h. bei ununterbrochener Fortdauer seines Eigenthums ihm nochmals zu leisten, träfe der Satz, „impossibilium nulla obligatio“ allerdings zu. Eine so unsinnige Absicht wird nun nie bei einem Rechtsgeschäft als wirklich vorhanden anzunehmen sein.

Ein solches Erwerben aber des Eigenthums vom Gläubiger selbst her zum Behuf sofortigen Zurückgebens mag dem Recht als unzweckmässig erscheinen. Es mag deshalb je nach der besonderen Natur des Falls solche Obligation entweder für ganz unwirksam erklären oder einfach die Pflicht zur Leistung des Werthes der Sache, oder eines anderen Aequivalentes an die Stelle setzen. Das Alles hängt von besonderen materiellen Erwägungen ab. Es ist eine Frage der Zweckmässigkeit, während die Möglichkeit ausser Zweifel steht.

Wo nun das Recht aus solchen materiellen Erwägungen die Obligation ganz verwirft, da kommt dann freilich durch diesen Rechtswillen hinterher eine juristische Unmöglichkeit der Erfüllung, ein „praestari non posse“ heraus, dessen Motivierung erst noch fraglich ist. Hier findet es sich auch einmal, dass ein Römischer Jurist¹⁰⁾, anstatt den wahren inneren Grund zu unter-

9) Gerade auch für den Fall gilt ja aber die Unzulässigkeit einer Klage aus der zweiten lucrativen Obligation, wenn der Gläubiger die auf Grund der ersten Obligation lucrirte Sache längst wieder veräussert hatte in dem Moment, wo aus der zweiten lucrativa causa geklagt wird. fr. 66, §. 1 d. legat. II. Setzt man vollends den Fall, dass Promittent inzwischen selber Eigenthümer der Sache geworden ist: so fehlt ja dann auch der entfernteste Anschein von einer Unmöglichkeit der Leistung.

10) Gajus IV, §. 4 u. §. 14 J. d. act. 4, 6, vgl. Arndts a. a. O. S. 254 f. Arndts bemerkt hier selbst ganz richtig: dass von einem Gläubiger, der jetzt schon Eigenthümer ist, der Verpflichtete ebenso leicht ja leichter als von einem fremden Eigenthümer die Sache erlangen könnte, um sie ihm dann sofort wieder zu Eigenthum zu geben; dass also dem wahren Sachverhalt nach das dare creditori rem im ersten Fall durchaus nicht weniger möglich ist als im zweiten.

Arndts nimmt aber wegen obiger Quellenstellen doch an, dass überhaupt die Römische Rechtswissenschaft hier wirklich eine Unmög-

suchen und anzugeben, bei der blossen formalen Wendung „nec enim res, quae jam actoris est, magis ejus fieri potest“ stehen bleibt.

Jedoch kommt eine solche, bei der Oberfläche verharrende Benützung der Formelworte „si paret rem dari oportere“ direct bei unserer speziellen Lehre nirgends vor.

Gerade von Africanus selbst, in dessen Worten „quia nec bis eadem res praestari possit“ (fr. 108, §. 4 cit.) man eine solche formale Begründung erblicken wollte, wird es durch ganz das nämliche Fragment (§. 1 eod.) ausser Zweifel gestellt, dass er eine Unmöglichkeit, die Formel auf das dare einer eigenen Sache des Klägers abzustellen, hier nicht sah noch als Grund geltend machte.

Africanus setzt nämlich voraus, dass eine ihm testamentarisch geschuldete Sache seinem Selaven von einem Dritten schenkungsweise tradirt oder mancipirt ist. „Manebit adhuc, so entscheidet er, mihi ex testamento actio et maxime si ignorem rem¹¹⁾ meam factam esse“. Das ihm schon zustehende Eigenthum der Sache macht dem Africanus keine Spur von Bedenken, die auf rem dari oportere lautende actio ex testamento fortbestehen zu lassen. Keineswegs ist dabei auch bloss an die Möglichkeit zu denken¹²⁾, dass der Slave die Sache schon verloren, verzehrt, beschädigt, und so den Gewinn des Herrn schon wieder vernichtet oder doch beeinträchtigt hatte. Die Klage wird ganz abgesehen von solchen Zwischenfällen für begründet anerkannt. Wie sich das erklärt und wie die Durchführung der Klage sich gestaltet, muss noch in späterem Zusammenhange berührt werden¹³⁾.

lichkeit der Leistung supponirt habe; wobei sie dann, auch nach Arndts eigener Ausführung, dem Vorwurf unterläge, den wirklich „entscheidenden Grund“ (S. 257) völlig übersehen und von ihrer Basis aus ganz inconsequent operirt zu haben (S. 255).

11) Dies in den Handschriften fehlende „rem“ ist ohne Zweifel einzuschalten. So auch die Note 2 ad h. l. in Th. Mommsen's Pandektenausgabe.

12) Wie de Retes opusc. lib. VII, c. 6 §. 3 a. a. O. S. 389 es thut.

13) s. vorläufig Arndts a. a. O. S. 268 fg.

Ebenso trägt natürlich Ulpian, dessen fr. 34, §. 3 de legat. I man irrig so deutete, erweislich kein Bedenken, trotz des Eigenthums des Klägers noch die intentio auf „rem dari oportere“ als möglich und zutreffend anzusehen, insofern und insoweit noch ein materielles rechtliches Interesse die Verurtheilung des Beklagten erfordert¹⁴⁾. Eine Anzahl von Fragmenten anderer Juristen werden im Lauf der Untersuchung noch das Gleiche bezeugen.

Diese von jeher nie ganz übersehene Erscheinung suchte man mit der angeblich hier vorliegenden logischen Unmöglichkeit des „rem dari oportere“ gewöhnlich in Einklang zu bringen durch die Annahme, es sei hier ausnahmsweis fingirt, dass die dem Kläger gehörige Sache ihm nicht gehöre¹⁵⁾. Von einer solchen Fiction nun findet sich in allen jenen Fragmenten keine Andeutung; wie sie denn auch durch unsere bisherige Ausführung zur Genüge als unnöthig und zwecklos dargethan sein wird.

14) Libr. XXVIII ad ed. fr. 27 d. solut. 46, 3. „Etiam circa stipulationem et ex testamento actionem, si res tradita fuerit quae debebatur, quamdiu aliquid juri rei deest, adhuc tamen ipsa res petenda est: ut puta possum fundum petere, licet mihi traditus sit, si jus quoddam cautio supererit“.

15) Am eingehendsten ist dies ausgeführt von G. Majansius disp. jur. I, 7, §. 7 a. a. O. pag. 123 f. „Aliquando accidit, ut dominium, quod revera sim nactus, juris fictione non videar habere. Effectus hujus fictionis hic est, ut quoniam opinione juris rem habere non videar, jure non adversante petere possim eandem“. So auch wieder C. Schmidt diss. inaug. Berol. 1858 „quid sit, quod vulgo dicitur, duas causas lucrativas in eundem hominem et eandem rem concurrere non posse“. p. 8 f. Und dazu Arndts a. a. O. S. 256 f., der diese Fiction mit Recht verwirft und sich beschränkt auf die Annahme, dass man in diesem Falle die intentio der Vermächtnissklage nicht streng interpretirte und demgemäss auch die daran sich anschliessende condemnatio „quanti ea res est“ freier auslegte, als den judex ermächtigend zur Verurtheilung des Beklagten nach Massgabe desjenigen quod actori abest. Es ist aber nicht einmal diese Concession nöthig. Denn auch die strengste Auslegung lässt ja, wie wir sahen, den Klaganspruch hier als an sich noch möglich erscheinen und das „quanti ea res est“ wird im classischen Recht, mit wenigen Ausnahmefällen überhaupt auf das für Kläger begründete rechtliche Interesse gedeutet.

§. 3. Rückführung des Grundes auf den Parteiwillen.

Wir sahen, dass die Tilgung der Obligationen im Fall des concursus c. l. weder nach der doctrinellen Auffassung der Römischen Juristen noch nach der objectiven Wahrheit selbst auf unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung sich zurückführen lässt. Als nächste Aufgabe ergibt sich noch die Prüfung des von Arndts neuerdings aufgestellten Erklärungsversuchs¹⁾. Hier nach soll — nicht wie nach F. Mommsen die angebliche Ausnahme des Fortbestandes der Obligation, sondern — das Erlöschen der Obligation direct und allein auf der Auslegung des Willens beruhen, welcher die Obligation, um deren Untergang es sich jetzt handelt, unentgeltlich hervorrief. Es hat aber nicht bloss ein theoretisches, sondern auch ein unmittelbar praktisches Interesse, diesen Punkt genau festzustellen. Denn wenn man in spezieller Beschränkung auf Vermächtnisse den Grund des Untergangs der Obligation allein in der Auslegung des letzten Willens findet: so ist ja der Schritt zur Rettung der Obligation ungemein leicht und naheliegend. Man braucht nur auf ein einfaches „non liquet“ hinsichtlich der Frage zu recurriren, ob wirklich des Erblassers Wille auf solche eventuelle Aufhebung der Obligation gerichtet war. Denn ist dies nicht wirklich völlig klar, also im Zweifel müsste ja in unverweigerlicher Consequenz der gedachten Auffassung Fortbestand der Obligation angenommen werden. Arndts hat auch diese Consequenz wirklich gezogen, indem er gegen Unger²⁾ die vom Römischen Recht abweichende Ent-

1) a. a. O. S. 257 f. vgl. 288 f. und 341 f.

2) Oesterreich. Erbrecht §. 67, Anm. 15. Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch §. 661, „das Vermächtniss ist ohne Wirkung, wenn das vermachte Stück schon zur Zeit der letzten Anordnung ein Eigenthum des Legatars war. Hat er es später an sich gebracht, so wird ihm der ordentliche Werth bezahlt. Wenn er es aber von dem Erblasser selbst und zwar unentgeltlich erhalten hat, so ist das Vermächtniss für aufgehoben zu halten“.

Anders das Preuss Landrecht I, 12 §. 379 „Hat der Legatarius die ihm als fremd vermachte Sache durch einen lästigen Vertrag, vor oder

Hartmann, Obligationen.

scheidung des Oesterreichischen Gesetzbuches billigt. „Wenn der Erblasser seinem Erben auferlegt hat, Jemanden eine bestimmte Sache zu geben, so darf im Zweifel füglich angenommen werden, es sei sein Wille, dass diesem die Sache aus der Erbschaft oder auf Kosten derselben, eben als ein Vermächtniss von ihm zukommen solle“ (a. a. O. S. 341).

Es ist sehr richtig, dass der Erblasser einen solchen Willen gehabt haben kann. Aber ob eben im Zweifel in diesem Sinne interpretirt werden darf und in welcher juristischen Form eventuell jener Wille zu realisiren ist: das hängt gerade mit ab von der Frage nach der Begründetheit des principiellen Ausgangspunktes.

Wir fragen aber direct und zunächst, ob in der classischen Jurisprudenz und dem darauf ruhenden Pandektenrecht wirklich der entscheidende Grund für das Erlöschen der Obligation in solcher directen Weise auf den Willen dessen basirt wird, der die unentgeltliche Zuwendung machte. Untrennbar verbinden wird sich hiermit auch die Frage, ob eine derartige Begründung objectiv richtig und ausreichend sein würde.

Jene nächste Frage nun lässt sich mit Bestimmtheit in verneinendem Sinne beantworten. Nicht bloss findet sich nirgends

nach dem Tode des Erblassers, bereits an sich gebracht, so muss der Erbe ihm das vergüten, was er selbst dafür gegeben hat“.

§. 380 „Hat aber der Legatarius durch einen wohlthätigen Vertrag oder sonst unentgeltlich das Eigenthum der Sache erworben, so bleibt das Vermächtniss ohne Wirkung“.

Zusammengedrängt ist der §. 2462 des Sächs. bürgerl. Gesetzbuchs: „Gehört der Gegenstand dem Bedachten nicht zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses, wohl aber zur Zeit des Todes des Erblassers, so ist das Vermächtniss gültig; der Bedachte kann, wenn er den Gegenstand von einer anderen Person als von dem Erblasser gegen eine Gegenleistung erworben hat, den Aufwand für die Erwerbung, jedoch, wenn solcher den Werth der Sache übersteigt, nur diesen fordern“.

Dieser, keinesfalls mit klarer Ueberlegung der verschiedenen möglichen Fälle gedachte, Satz hat doch das Gute, dass er der Anwendung der, von der classischen Römischen Jurisprudenz mit gewohnter Meisterschaft, aus dem Begriff der Obligation entwickelten sachlichen Resultate keine Schwierigkeit in den Weg setzt.

in den einschlagenden Pandektenfragmenten zur Motivirung irgend ein derartiger Hinweis auf den Parteiwillen. Vielmehr wird sogar in einem vorhin schon besprochenen, unseren Fall indirect berührenden, Fragmente Ulpian's derselbe auf das klarste und schärfste in Contrast gestellt mit einem andern Falle, wo es sich wirklich um eine Frage direct der Willensauslegung handelt. Es braucht nur erinnert zu werden an die Worte (fr. 34, §. 3 d. l. I) „*ejusque rei ratio evidens est, quod eadem res saepius praestari non potest, eadem summa volente testatore multiplicari potest*“. Kann auch dieses „non potest“ nicht gedeutet werden auf eine Motivirung durch Unmöglichkeit der Leistung: so weist es doch bestimmt genug hin auf das Dasein eines objectiven Hindernisses für nochmalige Prästation im Gegensatz zum blossen subjectiven Parteiwillen.

Auch würde schon deshalb solche Motivirung gar nicht ausreichen, weil ja z. B. auch für schenkungsweise geschaffene *verborum obligationes* der gleiche Grundsatz galt, wo doch von einer ähnlichen freien Willensauslegung wie bei Vermächtnissen hinsichtlich des letzten Willens nicht die Rede sein kann. Unerwiesen aber und unerweislich ist die Behauptung, dass unser Satz zuerst nur für Vermächtnisse ausgebildet und dann hinterher, mehr oder weniger passend, auf andere lucrative Erwerbsfälle ausgedehnt sei. Der Satz tritt vielmehr in den Quellen in voller Allgemeinheit zu Tage. Wenn er bei Vermächtnissen häufiger zur Anwendung gebracht wird, so erklärt sich das einfach genug daraus, dass Vermächtnisse zu allen Zeiten häufiger sind als schenkungshalber vorgenommene Rechtsacte unter Lebenden. Wenn also für diese der Satz gleichmässig gilt, so muss auch ein für beide Fälle gleichmässig zutreffender objectiver Grund vorhanden sein.

Als etwas Besonderes wird bei Vermächtnissen, auf Grund der recipirten freieren Interpretation des letzten Willens, nur die Möglichkeit anerkannt, dass eventuell auch die *aestimatio* als vermacht anzusehen sei. So sagt Paulus (libr. IV sentent. fr. 21, §. 1 d. legat. III) „*Fideicommissum relictum et apud eum cui relictum est ex causa lucrativa causa inventum extinguí pla-*

cuit, nisi defunctus aestimationem quoque ejus praestari voluit³⁾.

Ein Analogon dieser Besonderheit findet sich auch bei dem Damnationslegat einer fremden Sache. Der Erbe gilt hierdurch als obligirt, die Sache für den Legatar anzukaufen. Hat er nach dieser Richtung hin alle Diligenz aufgewendet und misslang jeder Versuch: so ist er von der zunächst gewollten Obligation nach den hier geltenden, freieren Grundsätzen des neueren Rechtes (vgl. Abschnitt II) befreit. Nun aber tritt nach Willensauslegung subsidiär eine obligatio auf Zahlung der aestimatio an die Stelle. Ruhte dies nicht auf einem eventuell angenommenen zweiten Vermächtnisswillen: so bliebe vollkommen unerklärt, wesshalb hier der blosser Marktwerth geschuldet würde. Blicke nämlich der erste Vermächtnisswille beziehentlich die darauf ruhende Obligation noch in Kraft: so müsste ja der nichterfüllende Schuldner dem Kläger das volle Interesse leisten⁴⁾. Ganz ähnlich nun verhält sich dies auch in unserem speziellen Falle. Ist der erste Vermächtnisswille und die dadurch geschaffene Obligation an dem fraglichen objectiven Hindernisse gescheitert: so kann ganz wohl ein eventuelles Vermächtniss der aestimatio anzunehmen sein. Aber eben als ein zweites, neues Vermächtniss würde dieses einer besondern Begründung bedürfen. Im Zweifel kann es, nach der besonderen Natur des in unserem Falle vorliegenden objectiven Hindernisses nicht angenommen werden.

Aber wie ist denn nun dieses objective Hinderniss juristisch genau zu denken und zu formuliren? Zu dieser Aufgabe wenden wir uns im Folgenden.

§. 4. Die Natur der Obligation im Allgemeinen.

Der Grund unseres Satzes kann, nachdem alle anderen Erklärungsversuche sich als hinfällig erwiesen haben, nur noch ge-

3) Vergl. Arndts a. a. O. S. 258 und Mommsen a. a. O. S. 257 Anm. 14, die nur nicht klar anerkennen, dass hier ein eventueller zweiter Vermächtnisswille vorliegt.

4) Die richtige Auffassung findet sich in dieser Hinsicht bei Cohnfeldt, Lehre vom Interesse (1865) S. 238—40. Vgl. nam. Gajus II, 262.

sucht werden im inneren, substanziellen Wesen der obligatio selbst. Worin ist nun dieses Wesen zu erblicken? Wir können dieses wichtige Problem an dieser Stelle unmöglich nach allen Seiten hin erschöpfen, mit eingehender und vollständiger Kritik aller neueren Constructionsversuche. Es muss genügen ihm mit spezieller Rücksicht auf unsere besonderen Fragen und soweit es zu deren sicherer Lösung nöthig ist, näher zu treten. Gerade vom Standpunkte einer einzelnen practischen Frage aus lässt sich auch oft ein allgemeines Problem sicherer ein Stück weiter fördern, als wenn man in abstracter Betrachtung eine absolute Lösung desselben in Angriff nähme.

Die Obligation ist nun ohne Zweifel das Rechtsinstitut, dessen rohe Anfänge am meisten in Contrast stehen mit der späteren feineren gedankenmässigen Ausbildung. Dieser Gedanke, dass im Laufe der Zeiten der Begriff der Obligation erheblichen Wandlungen ausgesetzt war, ist nur grade neuerdings mehrfach allzusehr auf die Spitze getrieben worden.

So sollen nach einer neuesten Darstellung, welche unabhängig von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Grundidee im Einzelnen eine Fülle des Anregenden und Förderlichen enthält, unsere moderne Obligation, obgleich doch ihr Begriff unter dem Einfluss der Reception des Römischen Rechts und der Römischen Rechtswissenschaft sich gestaltet hat, und die Römische Obligation einander keineswegs decken¹⁾. Während in unserer modernen Obli-

1) Bekker, die Aktionen des Römischen Privatrechts Bd. I (1872) nam. S. 7 fg. „Im modernen Begriff der Obligation liegt etwas mit, was in dem classischen nicht mit enthalten ist. Im actione teneri liegt nur das Gezwungenwerdenkönnen, das Müssen, nicht die Verpflichtung zur Leistung, das Sollen, das unsere Obligation mit umschliesst“. „Die actio und mit ihr als unmittelbare Folge ihres Daseins, die obligatio hat mit diesem Sollen Nichts zu schaffen; sie zwingt zur Uebernahme des judicium, mag ein Leistensollen da sein oder nicht da sein. Daher tritt der Begriff des Leistensollens (= Anspruch), der sehr wohl auch ohne actio existiren kann, als ein zweiter neben den Actionsbegriff hin. In der Römischen Anschauung füllen Aktion und Anspruch so ungefähr zusammen den Raum aus, den bei uns die einfache Obligation einnimmt“.

Hierzu stimmen auch die Ausführungen von Bd. 2 (1873) nam. S. 244 fg. S. 249 fg. Andererseits wird doch auch wieder die Zusammengehörig-

gation das „Sollen“ sich umschlossen finde, ja als das eigentlich primäre Element derselben erscheine: sei die Römische Obligation Nichts als ein *actione teneri* oder ein Gezwungensein zur Uebernahme des *judicium*. Mit dem Leistensollen habe die *actio* Nichts zu schaffen „als ein formales Gebilde, das des materiellen Inhaltes ganz entbehren kann“.

Mag hier nun immerhin einmal angenommen werden: dass von der Genesis der Obligation an ein solches *actione teneri*, ein Zwang zur Uebernahme eines *judicium* gegen und durch den Schuldner wirklich bestanden habe; weiter dass im classischen Römischen Recht ein „*actione teneri*“ nur im Sinn und Dienst der Obligation und nirgendwo sonst, als Organ anderer Rechtsverhältnisse vorkomme; endlich dass sich hier eine Obligation in keiner anderen Weise als mittelst einer *actio* gedacht und verwirklicht finde.

keit von Aktion und Anspruch nachdrücklichst betont (nam. Bd. 1 S. 14). „Jede Aktion ist einerseits geknüpft an bestimmte Voraussetzungen, unter denen allein sie gegeben werden darf; andererseits ist sie auch nur befähigt, bestimmte Ansprüche in sich aufzunehmen“. Seinen Begriff von „der Natur der Obligationen moderner Gestalt“ formulirt Bekker am präzisesten Bd. 2 S. 125 u. 126. Sie erscheinen ihm hier als „Rechte an Menschen als solchen d. h. als handlungsfähigen Individuen“, doch so, dass „neben dem Schuldner auch das Vermögen, und zwar unabhängig von dieser Verpflichtung der Person, gebunden ist“. Ein ins Einzelne eingehender, kritischer Commentar der dogmatischen Aufstellungen Bekker's würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen, muss daher ausgeschlossen bleiben. Es genügt für unseren Zusammenhang, von vornherein den Gedanken festzustellen, dass die im Folgenden zu behandelnden sachlichen Probleme ganz in gleicher Weise der classischen Römischen wie unserer modernen Obligation gelten und ganz in gleicher Weise zu lösen sind. Die gesammte, geschlossene Ausführung des Folgenden wird dafür der beste positive Beweis sein. Sofern es sich nun hierbei um grundlegende Probleme des Obligationenrechtes handelt, wird jene identische Geltung derselben für die classische Römische und für die moderne Obligation zugleich am besten den Satz bewähren, dass eine fundamentale Verschiedenheit zwischen Römischer und moderner Obligation nicht besteht. Der Schwerpunkt von Bekker's „Aktionen“, soweit sie bisher erschienen sind, liegt auch viel weniger nach der dogmatischen Seite, als nach der Seite der rechtshistorischen Erörterungen hin, welche, ganz ungetrübt von der dogmatischen Grundformel, selbstständig in ihrem eigenen Werthe bestehen bleiben.

Dies Alles angenommen, könnte es dann wahr sein, dass mit dem *actione teneri* wirklich der volle Kern der Sache getroffen wäre, anstatt der äusseren formalen Schale? Was bliebe zuletzt, bei der durchgeführten Abstraktion von allem Leistensollen und allem materiellen Inhalt der *actio*, in dem blossen „*cogi judicium suscipere*“ Anderes stehen, als die allgemeine Bürgerpflicht „zum Zustandekommen des *judicium* mitzuwirken“ (Bekker I, S. 40); eine Pflicht wie sie bei entwickeltem Rechtszustande Jedem obliegt, damit festgestellt werden könne, ob ihm gegenüber behauptete Rechte in Wahrheit bestehen oder nicht? Eine so weit gehende Abstraction hat nun freilich der Urheber jener ganzen Unterscheidung von Römischer und moderner Obligation natürlich selber nicht im Sinne gehabt und nicht durchgeführt. Es ist ja klar, dass Jeder, welcher *obligatio* und *actione teneri* als identisch setzt, dabei in der *actio* einen rechtlich begründeten Stoff und Inhalt unwillkürlich mit denkt; einen Stoff, der nur in Folge der ausschliesslichen Betonung des „Gezwungenseins zur Uebernahme des *judicium*“ unbestimmt und unausgesprochen bleibt. Die Neigung, die *actio* als ein lediglich formales Gebilde von dem *dare facere oportere* „nicht nur zu unterscheiden, sondern zu trennen“ ist also nothwendig undurchführbar²⁾. Und somit fällt auch die darauf gebaute principielle Unterscheidung von Römischer und moderner Obligation zusammen³⁾.

2) So spricht sich Brinz aus in dem durch seine energische Einseitigkeit höchst anregenden Aufsätze „der Begriff *obligatio*“ in Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und Oeffentliche Recht der Gegenwart Bd. I (1874) S. 11–40, insbes. S. 21.

3) Hiemit ist natürlich in keiner Weise in Abrede gestellt, dass mit dem Wegfall der Klagformeln und des Römischen Actionensystems doch mancherlei Veränderungen auch des materiellen Privatrechtes nothwendig indicirt sind. Sehr beherzigenswerthe Bemerkungen und Winke finden sich in dieser Hinsicht in Bekker's „Schlussbetrachtungen“ Aktionen Bd. 2 S. 244 fg. So hat insbesondere die Zwischenschiebung von mancherlei blossen *Verba lectionum* (*stipulationes praetoriae* und *judiciales*) ihren Sinn verloren. „Was irgend der Richter dem einen Theile wider den anderen zuspricht, das ist an und für sich klagbar und bedarf zu seiner Klagbarmachung nicht erst des Geschäftes unter den Parteien“ (Bekker S. 254). Vgl. auch schon Bähr in Ihering's Jahrb. I S. 457 f. Fer-

Aber nicht bloss zwischen Römischer und moderner Auffassungs- und Gestaltungsweise; auch zwischen der Natur der älteren geschichtlich beglaubigten Römischen Schuldverhältnisse und der neueren Römischen Obligation ist ein fundamentaler begrifflicher Unterschied behauptet worden. „So frühe auch“, heisst es in einer jüngsten rechtshistorischen Untersuchung ⁴⁾ „juristische Reflexion und juristischer Bildungstrieb bei den Römern erwacht sind, so darf man doch schwerlich annehmen, dass sie sich sofort zu der Erfassung eines so rein geistigen Gebildes, wie es die Obligation ist, erhoben haben. Das *dare damnas esto*, welches sofort die ganze Persönlichkeit des Schuldners ergreift und dem Gläubiger eine fast dingliche Berechtigung am Leibe des Schuldners gewährt, liegt der sinnlichen Rechtsauffassung jener alten Zeit näher, als das *dare oportere*“. Und in ganz ähnlichem Sinne findet sich bei einem andern Neueren ⁵⁾ die *lex Poetelia* „als der eigentliche Geburtsact der *obligatio*“ bezeichnet, „welche die

ner sollten z. B. consequent jetzt mancherlei Ansprüche als selbständige Obligationen klagbar sein, welche — ohne wie der auf die Verzugszinsen innerlich bloss accessorisch und nebensächlich zu sein, — doch nach der zufälligen historischen Entwicklung des Römischen Rechts nur nebenbei, in einer andern selbständigen Klagformel, mit zu verfolgen waren, wie die in der *actio in rem* enthaltenen persönlichen Ansprüche *ex commisso* (Bekker a. a. O. S. 258).

Es ist ja klar, dass die Technik des Processes wichtige praktische Folgen auch für die Gestaltung des materiellen Rechtes äussern muss. Kann aber dieser Einfluss so weit gehen, dass mit einer Aenderung in der Technik des Processes auch das innere Wesen des Obligationsbegriffes selbst umgestaltet werden könnte? Wer vermag dem beizustimmen, dass „wenn die vorbereitenden Schriftsätze des Deutschen Civilprocessentwurfs an bestimmte Formeln gebunden und von diesen überhaupt nur fünfzig oder hundert als zulässig erachtet würden, in die dann aller beliebige Rechtsstoff hineinzufüllen wäre“ (Bekker Bd. 2 S. 252 Anm. 2), wir danach die Substanz unseres Obligationsbegriffes selbst umwandeln müssten, in der von Bekker für das classische Römische Recht versuchten trennenden Richtung?

4) Karlowa, der Römische Civilprocess zur Zeit der Legisactionen (1872) S. 152 fg.

5) Kuntze, Excursus zum Cursus des Röm. Rechts (1869) Bd. 2 zu §. 127 S. 130 f.

schwerfällige Hülle des *jus in corpore* abstreifend sich nun entpuppt und ihr spezifisches Wesen rein und frei entfaltet“.

Grade umgekehrt ist es jetzt von anderer gewichtiger Seite her ⁶⁾ dem ältesten Römischen Schuldrecht nachgerühmt worden, dass wir uns an ihm „leichter in den vollen Begriff der *obligatio* hineinleben, insonderheit von der Einseitigkeit unserer modernen haft- und haltlosen Obligationsvorstellung befreien können“.

Die Wahrheit wird auch hier, wie es öfters geschieht, zwischen den beiden Extremen liegen. Man darf sich einerseits die Obligation nicht denken als ein Institut, welches, wie etwa das Institut der Sklaverei, in der Urzeit sein wahres inneres Wesen am vollsten und schärfsten entfaltete, dann aber allmähligem Abfall von diesem seinen inneren Wesen, einem Versinken in die Haltlosigkeit ausgesetzt wäre. Andererseits aber wird man auch die Vorstellung als unbegründet verbannen müssen, dass erst mit der *lex Poetelia* oder in einem anderen noch jüngeren Zeitpunkte die wahre *obligatio* plötzlich geboren sei. Vielmehr dürfen wir gleich mit dem Beginn eines geordneten Rechtsverkehrs den sachlichen Kern der *obligatio* in praktischer Erscheinung und Handhabung erwarten; wenn auch dieser Kern sich allmählig und stufenweis verfeinert, entfaltet und gedankenmässiger Durchbildung theilhaft wird.

Ein primitiver Verkehr bewegt sich naturgemäss zunächst nothwendig in Form der Leistung Zug um Zug. Bei Delicten macht sich die *Satisfaction* zunächst in der Weise eines rohen *jus talionis* geltend. Erst Hand in Hand mit dem Aufkommen des Geldes zuerst als allgemeinen Tauschmittels, dann als zwingenden Zahlungsmittels ist an Ausbildung der Obligation und eine Herrschaft derselben im Verkehr zu denken.

Mag auch die Behauptung zu gewagt erscheinen, dass vom Beginn der Geldwirthschaft bei den Römern überhaupt erst der Beginn wirklicher Rechtspflege datire (Bekker I S. 22 fg.). Keinenfalls giebt es doch im Gebiete des ältesten Römischen Rechts eine besser und sicherer begründete Annahme als die: dass die ursprüngliche streng-rechtliche Obligation die Bestimmung hatte, den künftigen Uebergang von Geld in das eine Vermögen, das des

6) von Brinz a. a. O. in Grünhut's Zeitschrift S. 21.

Gläubigers, aus einem anderen Vermögen her zu sichern und zu begründen. Unter Geld aber ist hier zunächst das ungemünzte Metall zu verstehen, sofern es durch den freien Verkehr mit der Function als allgemeines Tausch- und Zahlungsmittel ausgestattet war. Es ist hier nicht schon nothwendig zu denken an das Geld im engeren Sinne, als an eine Materie, welche durch die staatliche Prägung oder durch einen der Prägung gleichgeachteten publicistischen Creationsact juristisch mit einer besonderen Solutionskraft ausgestattet wäre⁷⁾.

Zum Behuf nun der Sicherung und Begründung des in Aussicht genommenen Empfanges einer Summe solchen Geldes giebt das älteste Recht dem Gläubiger eine höchst intensive Macht über die Person des Schuldners als solche. Es ist zwar uner-

7) Nach der Hypothese eines unserer bekanntesten und geistvollsten Juristen hätte die ursprüngliche juristische Bedeutung des Actes per aes et libram darin bestanden, Geld als solches für den einzelnen Gebrauchsfall zu schaffen. Diese Hypothese, welche in neuester Zeit wieder zur Grundlage weitgehender Constructionen gemacht worden ist, kann eine Prüfung vor dem Richterstuhl ernsthafter Logik schwerlich bestehen. „Geld“, wenn man überhaupt einen festen Begriff damit verbindet, kann nur etwas Gemeingültiges sein als Tausch- oder Zahlungsmittel. Wäre nicht vorher schon dem aes im gemeinen Rechtsverkehr eine solche Geldfunction beigelegt gewesen: so ist gar nicht einzusehen, wie es sie durch jenen Formalact und nur durch ihn hätte gewinnen sollen, so dass z. B. die Unfähigkeit eines der Solennitätszeugen die Gelderzeugung ausschliessen würde. Es hat überhaupt, scheint es, keinen Sinn, dass etwas nur für den einzelnen Gebrauchsfall Geld d. h. gemeingültig werden soll, so dass es schon im nächsten Augenblick begriffsnothwendig nicht mehr Geld wäre, weil es die Erkennbarkeit als solches sofort mit dem Solennitätsact verliert.

Wenn das ungemünzte aes, welches im Verkehr der ältesten Zeit Geldfunction hatte, bei Geschäften, die auf strenge Rechtsgarantie Anspruch machten, vor Zeugen in solenner Weise zugewogen werden musste: so hat das wie überhaupt der Formalismus des älteren Rechts seine selbständigen praktischen Gründe. Es steckt ein Zug moderner Mystik darin, wenn man die Solennität beim Nexum aus dem Zweck des Geldmachens erklären will. In diesem Punkte scheinen also die Ausführungen von Karlowa („der Römische Civilprocess zur Zeit der legis actiones“ S. 35—45, wie schon in der Münchener kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 11 S. 527 f.; übereinstimmend Bekker a. a. O. Bd. 1. S. 23 f.) keinen Beifall zu verdienen.

wiesen, aber an sich weder undenkbar noch auch nur unwahrscheinlich, dass der Schuldner vor der *lex Poetelia* sich direct in eine Hörigkeit oder Schuldknechtschaft dem Gläubiger gegenüber begeben konnte; in ein unmittelbares rechtliches Abhängigkeitsverhältnis, welches nicht erst durch die Execution entstehen, sondern sofort mit der Obligirung eintreten und dessen Beendigung von dem in Aussicht genommenen, den Gläubiger befriedigenden Rechtsacte abhängen sollte⁸⁾.

Was aber erwiesen feststeht, das ist die Weise der alten Execution als einer strengen Personalexecution, wie sie an die älteste *nexi obligatio* ohne Weiteres sich anschliessen konnte. Der Gläubiger hat demnach die rechtliche Macht, nach Ablauf der gesetzlichen Zahlungsfrist, im Wege der Execution den Schuldner in ein unmittelbares rechtliches Abhängigkeitsverhältnis zu bringen, welches äussersten Falls mittelst des Verkaufs *trans Tiberim* in wahre *servitus* ausmündet. Durch die Handanlegung verliert hier der als Schuldner in Anspruch Genommene dem Handanleger gegenüber sofort die selbständige Processfähigkeit.

Weniger die Schuldsomme als vielmehr die ganze Persönlichkeit dessen, welcher die *manus iniectio* erduldet, wird nun

8) Mag man mit *Salmasius*, *Niebuhr*, *Kuntze* (*Excuse a. a. O.* S. 130), *Brinz* (*a. a. O.* S. 22—26, vgl. jetzt auch *Brinz*, *Pandekten* ed. 2, 1874 §. 67 S. 218 fg.) und Anderen an eine Art von Selbstverkauf oder Selbsthingabe des Schuldners an den Gläubiger, als in jedem *nexum* der Urzeit gelegen, denken. Oder mag man vielmehr eher mit *Bachofen* (das *nexum*, die *nexi* und die *lex Petillia* 1843 S. 39 fg.), *Unterholzner* (*Schuldverhältnisse* 1840 Bd. 1 S. 31 nam. Anm. 9), *Burchardi* (*Lehrb. des Röm. Rechts* §. 129 Bd. 2, S. 313) u. A. eine, durch besondere Nebenabrede beim *Nexum* („*uti in nexo lingua nuncupasit*“ etc.) möglicher Weise seitens des Schuldners sofort zu übernehmende, factische Schuldknechtschaft im Auge haben.

Ueber nicht weniger als vierzehn verschieden modificirte neuere Ansichten vom *nexum* referirt jetzt, das Wesentliche kurz zusammenfassend, *Danz* *Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts* Theil 2 ed. 2 (1873) §. 146 S. 18—32. Unrichtig wird hier nur (S. 21) für *Bachofen* dessen ältere (*de Roman. jud. civil.* p. 90—93), von ihm selbst später als völlig unhaltbar aufgegebene (das *nexum* a. a. O. S. 57), Ansicht erwähnt. Die eingehendsten kritischen Relationen über die älteren Lehrmeinungen vom *Nexum* finden sich in *Bachofen's* letzterwähntem Buche.

Gegenstand des Streites (Karlöwa a. a. O. S. 150 fg.). Nur ein *vindex* kann kraft freien Entschlusses zu Gunsten der Freiheit des Bedrohten als selbständige Partei eintreten, wenn er z. B. Unfähigkeit eines der Solennitätszeugen beim *nexum* nachweisen zu können sich getraut.

Ein *actioe teneri* d. h. ein Gezwungensein zur Uebernahme des *judicium* seitens des Schuldners, als welcher ja hier, wenn es überhaupt zum *Process* kommt, *Streitobject* wird, greift also grade bei dieser ältesten Obligation in der That und Wahrheit nicht Platz (Anders Bekker I, S. 39).

Die Macht, welche hier seitens der Rechtsordnung dem Gläubiger hinsichtlich des Schuldners eingeräumt ist, erscheint als eine so weitgehende und intensive, dass sie ganz mit Grund unter die *Category* einer Herrschaft über den Schuldner, eines Rechtes an der Person des Schuldners gestellt werden darf. Rechte an fremden Personen kennt aber grade das älteste Recht so vielerlei, dass mit der blossen *Subsumtion* unter jene *Category* schwerlich viel gewonnen, noch ein erheblicher Schritt zur Erkenntniß der specifischen Eigenthümlichkeit des Obligationensbegriffs gethan sein kann.

Diese specifische Eigenthümlichkeit gegenüber anderen solchen Rechten kann vielmehr nur darin gesucht werden, dass die Obligation ein Recht ist, welches auf Etwas zielt, dass jene rechtliche Abhängigkeit nur als Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zweckes gedacht und gewollt ist, eines Zweckes, welcher nicht unmittelbar in ihr selbst liegt aber in innigster Verbindung mit ihr steht. Ein nahe liegendes Gegenstück ist geeignet, dies noch besser zu veranschaulichen. So mag der Hausvater *noxae causa* den Sohn, dem durch dessen *Delict* Verletzten, ins *mancipium* übertragen. Dies *mancipium* entsteht hier um der *Delict*sobligation willen, als ein in sich ruhendes, auch sonst anwendbares Recht an der Person; es erscheint nicht als der um des bezweckten Geldempfanges willen eigends hervorgerufene und jenem Zweck angepasste Körper der Obligation selbst.

Wie verhält sich nun genauer dieses Zweckmoment zur ältesten Obligation? Es ruft dieselbe ohne Zweifel ins Leben und beherrscht im Allgemeinen ihren Bau. Aber es lässt sich doch andererseits noch nicht sagen, dass das Zweckmoment schon voll-

ständig und *direct* in die Substanz und den Begriff der Obligation aufgenommen wäre, so dass die rechtliche Abhängigkeit des Schuldners unmittelbar und rein mit dem inneren Zweck stände und fielen.

Vielmehr müssen wir uns die Obligation des ältesten Rechts denken als einen äusserlich und formalistisch construirten Rechtsmechanismus, der einmal ins Werk gesetzt, mit ebenso grosser Sicherheit wie energischer Rohheit arbeitet. Es ist ein Mechanismus, der, in Uebereinstimmung mit dem Geiste der Kindheitsstufe des Römischen Rechts, unter der Herrschaft einer formalen juristischen Logik steht.

Ordentlicher Erlöschungsgrund der ältesten Geldobligation war nur ein *Formalact*, eine solenne Zuwägung des *aes* vor *libripens* und den fünf Zeugen. War bei dieser *nexi liberatio* auch nur Einer der Solennitätszeugen unfähig, der *Act* also nichtig: so bestand die Obligation fort, trotz der in dem *Acte* ursprünglich enthaltenen materiellen Befriedigung des Gläubigers. Als seit dem Aufkommen geprägten Staatsgeldes der *Act per aes et libram* zum Scheingeschäft wurde, war andererseits die tägliche Möglichkeit gegeben, dass ohne alles wirkliche Befriedigtsein des Gläubigers die *obligatio* unterging, wenn er etwa in Erwartung nachfolgender materieller Zahlung den *Formalact* vornahm.

Man kann es also nicht als *Characteristicum* dieser ältesten Obligation aufstellen, dass sie in der Befriedigung des Gläubigers als solcher *direct* und unmittelbar Ziel und Ende hat. Sie ist vielmehr ganz formalistisch zu bestimmen als die rechtliche Macht einer Person über die andere Person, welche vom Recht dazu angelegt ist, durch einen die Befriedigung des Gläubigers darstellenden *Formalact* unterzugehen.

Das älteste Recht, dem eine energische Praktikabilität die Hauptsache ist, überlässt es der denkenden Umsicht und Vorsicht der Parteien, jene formale Maschinerie so zu handhaben, dass sie nicht in Schaden kommen und die Zwecke, welche dabei zu Grunde liegen, wirklich erreichen. Das Recht nimmt noch nicht diese materiellen Zwecke gedankenmässig unmittelbar in den Begriff des *Institutes* selbst auf, um danach seine einzelnen Sätze aufzustellen⁹⁾.

9) So ist es auch für die *verborum obligatio* sehr plausibel, dass sie

Im späteren Recht aber, wo mit feineren und geistigeren Mitteln operirt wird, ist diese letztere Entwicklung ohne Zweifel eingetreten. Unmöglich kann es ja bezweifelt werden, dass, seit nach jus gentium durch blossen Consens ex fide bona Obligationen klagbar wurden, auch unmittelbar die Zweckrücksicht bestimmende Kraft über die Substanz dieser Obligationen, über ihr Sein und Nichtsein empfang. Es ist unnöthige Künstelei und ein unzureichendes Auskunftsmittel, den formalen Satz von der allein tilgenden Kraft des *contrarius actus* auch hier durch die Annahme retten zu wollen, dass der Zahlungsact vom *animus liberandi* begleitet zu sein pflege, also einen *contrarius consensus* wirklich in sich schliesse.

Zur Anerkennung der tilgenden Kraft anderer Befriedigungsweisen des Gläubigers, die nicht unter den engeren Begriff der *solutio subsumirt* wurden, hat aber offenbar die Jurisdiction des Prätors als Durchgangspunkt gedient. So hatten ja z. B. noch die Proculianer die ältere Lehre, dass durch *datio in solutum* eine civilrechtliche Obligation nicht als solche erlösche, sondern nur nach Prätorischem Recht, durch das Mittel der *doli exceptio* entkräftet werde. Erst die Sabinianer nahmen auch für diesen Fall an, dass die Obligation wirklich civilrechtlich (*ipso jure*) untergehe (Gajus III, 68).

Hand in Hand mit der Entwicklung, von welcher wir hierin ein Symptom sehen, geht die andere, in späterem Zusammenhange

anfangs nicht durch einfache Zahlung civilrechtlich erlosch, sondern nach dem Grundsatz des *contrarius actus* nur durch *acceptilatio*, die erst später gerade so gut *imaginaria solutio* heisst wie die *nexi liberatio*. Vgl. Fitting, *Correalobligationen* (1859) S. 44—47 Anm. 50. Kuntze, *Cursus des Röm. Rechts* §. 631 und 632 S. 494 fg. Ueber die *nexi liberatio* s. noch Ihering, *Geist des Röm. Rechts* II, 2 (1869) §. 47 b. S. 607 und 608. Bekker, *die Actionen* Bd. 1 S. 29, „dass später, wie der *Libralact* für sich allein, so auch Zahlung für sich allein die Obligation tilgte, folgt schon daraus, dass sonst jede *Judicatschuld* noch zu Gajus Zeit (III, 173—75) die Vornahme der *nexi liberatio* bedurft hätte, was undenkbar ist“. Vgl. S. 31 eod. — In anderem Sinn, scheint es, lehrt Huschke *Nexum* S. 224, ohne Unterscheidung von älterem und neuerem Recht, dass „diejenigen Aufhebungsgründe der Obligationen, welche auf dem allgemeinen Recht der Obligationen und Solutionen beruhen, also Zahlung u. s. w. auch von *nexi obligationes* gelten“.

noch genauer zu betrachtende, Entwicklung, wonach die vom Recht angewendeten Zwangsmittel sich mildern und verfeinern. Anstatt der Antastung direct der Persönlichkeit des Schuldners schreitet das Recht dazu, nur indirect und relativ auf den eigenen Willen des Schuldners für den Obligationszweck einzuwirken, ja eventuell auch die Person des Schuldners ganz ausser Spiel zu lassen und sich nur an das Vermögen zu halten. So lenkt also allmählig das Recht des Gläubigers aus der Kategorie eines Rechtes an der Person des Schuldners hinüber in die eines Rechtes gegen den Schuldner, beziehentlich gegen sein Vermögen. Es kann nicht Wunder nehmen, wenn auf die, vorzugsweise für das Sachenrecht geltende Frage, „woran das Recht besteht“, eine Antwort nicht mehr gegeben werden kann. Muss auch jedes Recht nothwendig seinen äussern Beziehungspunkt haben gegenüber fremdem Willen: so giebt es ja doch ausser dem Forderungsrechte neuerer Gestalt auch sonst zahlreiche Rechte, besonders im Gebiete des öffentlichen Rechts, bei denen man auf die Frage, woran sie bestehen oder welchen äusseren, isolirt in *rerum natura* vorkommenden, Gegenstand sie unserer Beherrschung und Gewalt greifbar unterwerfen, verstummen müsste.

Als unmittelbare Begriffsmomente der *obligatio* des classischen Rechtes, wie sie in diesen wesentlichen Punkten mustergültig auch für uns noch von der Römischen Jurisprudenz aufgeführt ist, erscheinen danach folgende beide. Einmal als juristisches Mittel eine irgendwie unter rechtlicher Sanction und Garantie stehende Macht gegenüber einer fremden Person und Vermögenssphäre als solcher¹⁰⁾, beziehentlich die entsprechende Gebundenheit. Sodann als Grundlage ein bestimmt begrenztes *privates* insbesondere vermögensrechtliches Interesse des Gläubigers, in dessen Befriedigung und Stillung jene Gebundenheit, wie sie kraft eigener juristischer Thatsache dazu hervorgerufen ist, begriffsmässig Zweck und Ziel findet¹¹⁾. Dieser juristische Apparat, die Spannung des

10) Die genauere Analyse und Ausführung dieser Seite des Begriffes *obligatio* gehört erst in den Abschnitt II. §. 2 u. folgende. Auch auf die Kategorie des *Rechtsobjectes*, in besonderer Beziehung auf die *Obligation*, ist dort zurückzukommen.

11) S. auch Degenkolb, *Vorvertrag* (1871) S. 22: „An der Forde-

Willens- oder Vermögenskreises kann aber, wie wir in späterem Zusammenhange genauer sehen werden, von sehr ungleicher Stärke sein, so dass der die Obligation belebende Zweck bald mehr bald weniger gesichert erscheint. Es kann demgemäss eine Obligation ihrer Natur nach wesentlich auf doppelte Art untergehen. Nämlich nicht bloss durch Wegfall des sie beseelenden Zweckes, sondern auch direct von der Seite des Mittels her, wenn sich dasselbe definitiv als unzureichend erwies. Es ist ja möglich, dass der Schuldner der ihm zugemutheten Willensanspannung völlig Genüge leistete, dass er Alles that, was er sollte und dass doch der Zweck sich als ein nicht zu erreichender herausstellte.

Die gewöhnliche Weise aber, auf welche die in der Obligation enthaltene Spannung sich entladet, ist allerdings eine Handlung des Schuldners („Leistung“), durch welche der Zweck der Obligation wirklich erfüllt wird. Kann und darf nun deshalb die Obligation mit der herrschenden Lehre ihrem Begriff nach bestimmt werden als ein „Recht an einer solchen Handlung (Leistung) des Schuldners?“ Oder, wie man — da „an der im Thun begriffenen That“ ein Recht nicht wohl denkbar ist — jedenfalls es besser fassen würde, als ein „Recht auf eine Handlung desselben?“

Die ganz neuerdings wieder¹²⁾ gegen diese Begriffsfassung vorgebrachten Gründe sind zum Theil zu spitz und daher nicht durchschlagend. Eine Handlung, als ihrem Begriff nach auf Selbstbestimmung beruhend, sei danach überhaupt un erzwingbar, eine Execution darauf unmöglich, also auch kein Recht darauf denkbar. Aber ist denn hier überhaupt von einem absoluten Zwange die Rede und nicht vielmehr von einem bloss relativen und indirecten, welcher an sich die Selbstbestimmung und damit

—
 rung ist nicht die mit ihrem Dasein gegebene Spannung, sondern deren künftige Lösung, nicht die Gebundenheit des Schuldners an und für sich, sondern die durch sie gesicherte Leistung, kurz es ist die ideelle Gleichung zwischen den gegenwärtigen und den in der Zukunft zum Voraus gesicherten Gütern, was der Obligation ihr rechtliches Interesse gewährt.“

12) von Schott, der obligatorische Vertrag unter Abwesenden (1873) §. 2. „Begriff und Wesen der Obligation“. S. 45—56.

den Begriff der rechtlichen Handlung im strengsten Sinne keineswegs ausschliesst? Ebenso wenig wird ein anderer Einwand wider die gewöhnliche Lehre sehr gefährlich sein: der Einwand nämlich, dass auch bei Handlungsunfähigkeit des Schuldners die Obligation bestehen kann. Denn abgesehen davon, dass auch ein zur Vornahme von Rechtsgeschäften absolut Unfähiger z. B. ein furiosus doch noch zu obligationslösenden Handlungen (operae u. dgl.) persönlich fähig sein kann: so lässt es sich ja wohl auch begreifen, dass die Handlung des Vormundes als des gesetzlichen Vertreters der des furiosus auch hier rechtlich gleichgestellt gilt. Ebenso wie es erklärlich ist, dass, wo es sich nicht um absolut Persönliches und Individuelles dreht, die Handlung des Erben die des Erblassers rechtlich ersetzt.

Aber damit man das Moment der „Handlung“ in den allgemeinen Rechtsbegriff der Obligation aufnehmen dürfte, müsste freilich überhaupt erst der Nachweis geliefert sein, dass eine Handlung des Schuldners oder dessen, der ihm allgemein vertritt, das Wesentliche und Nothwendige sei, worauf die Obligation abzweckt. Es giebt allerdings eine Reihe von Fällen, wo sogar die höchstpersönliche Handlung des Obligirten das einzige Mittel zur intentionsgemässen Befriedigung des vorliegenden Interesses ist, wo sich das letztere ganz in jener Handlung verkörpert¹³⁾. Hier mag man denn immer ohne allen praktischen Nachtheil davon sprechen, dass die schuldnerische Handlung der wesentliche Zweck des Rechtes sei. Es beruht das jedoch nur auf der besonderen Natur gerade dieser Fälle. In anderen und zwar in den meisten Fällen der Obligationen ist allein das das Wesentliche, dass der Gläubiger eine Sache oder Summe zum Gebrauchen oder Behalten bekomme. Ob dies durch Handlung des Schuldners, ob überhaupt durch fremde Handlung geschehe oder wie sonst, ist an sich gleichgültig. Meistens freilich wird

13) Der eventuelle Umsatz in Geld ruht ja nicht auf dem Contractswillen, sondern bleibt immer ein von der Rechtsordnung eingeschlagener Nothbehelf. — Ueber die Momente, welche für die quaestio voluntatis relevant sind, ob bei s. g. obligationes faciendi eine persönliche Thätigkeit des Schuldners erfordert wird, s. F. Mommsen Unmöglichkeit der Leistung §. 8 S. 65 f.

auch hier durch Handlung des Schuldners die Lösung erfolgen, und es wird der vom Recht gebotene indirecte Zwang auf die Herbeiführung einer solchen abzielen. Desshalb mag man auch hier zur Bezeichnung der praktischen Bedeutung der Obligation der Kürze halber¹⁴⁾ in den meisten Fällen und Beziehungen ohne Schaden das gewöhnliche Mittel anstatt des wesentlichen Zweckes nennen. Allein zu welchen Consequenzen würde man hier gedrängt werden, wenn man das „Recht auf Handlung“ mit gebührendem Ernste beim Worte nehmen und wirklich die Handlung „juristisch als den letzten Zweck der Obligation und nicht als einen Modus, als ein Mittel der Erfüllung“ ansehen wollte.

Das Missliche der Sache tritt vielleicht am allerschärfsten zu Tage an den Folgerungen, welche Ziebarth¹⁵⁾ mit musterhafter Begriffsstrenge von dem gedachten Standpunkte aus hinsichtlich der im neueren Rechte zugelassenen Realexecution gezogen hat. In der That, „wenn der ganze Unterschied zwischen dinglichem und persönlichem Recht darin beruht, ob die Sache der unmittelbaren oder der durch den Willen des Schuldners vermittelte Gegenstand des Rechtes sei, wie kann da das persönliche Recht (die Obligation) bestehen bleiben, wenn man jene Vermittelung für überflüssig erklärt?“ Wird die Sache dem Schuldner genommen ohne alle Rücksicht auf seinen Willen: so wird doch aus der durch seinen Willen vermittelten Beziehung eine durch diesen Willen unvermittelte. Und so stehen wir denn freilich, wenn wir eine Handlung des Schuldners als das ausschlaggebende Moment ansehen, vor der Alternative. Entweder durch eine, um jener Begriffsauffassung willen für diesen Zweck aufgestellte, Fiction eine Handlung des Schuldners als vorhanden anzusehen, wo in Wahrheit nur die Gerichtsgewalt gehandelt hat¹⁶⁾. Oder, wenn man diesen Nothbehelf als wissenschaftlich ungerechtfertigt ver-

14) Daher auch die gewöhnliche Formelfassung auf dare und dare facere oportere und die Definition von Paulus in fr. 3, pr 44, 7.

15) Die Realexecution und die Miethe (Halle 1866), dann S. 23—42 und S. 183 fg. (§. 16 die Obligation und die veränderte Execution).

16) Mit Degenkolb, in der eindringenden Besprechung des Grundgedankens von Ziebarths Buch (Münchener kritische Vierteljahrsschrift 1867 Bd. 9), insb. S. 210.

schmäht, mit Ziebarth das vorhandene einheitliche Rechtsverhältniss „in zwei getrennte Bestandtheile“ aus einander zu reissen (a. a. O. S. 195). In dem ersten Bestandtheil enthielte danach z. B. das Rechtsverhältniss aus dem Kauf „eine reine Obligation, gerichtet auf das Verschaffen einer Sache zu selbständigem Schutz gegen jeden Dritten, in dem zweiten zugleich eine theilweise Erfüllung jener Verpflichtung, bestehend in der Constituirung eines relativ dinglichen Rechtes an der Sache.“

Erwägt man nun weiter noch die merkwürdige Natur dieses relativ dinglichen Rechtes, welches nur die Bestimmung in sich tragen soll in ein absolut dingliches Recht durch die Vollziehung der Realexecution sich umzusetzen: so sollte man doch eher irre werden an der Richtigkeit eines Obligationsbegriffes, der consequent verfolgt zu solchen Constructionen drängt.

Völlig unverständlich bleibt vom Standpunkte des Begriffes „Recht auf Handlung“ auch das, wie bei unbeerbtetm Tod des Schuldners gegen den Nachlass als solchen eine Obligation fortbestehen kann, gerade auch dann, wenn selbst der Fiscus den Eintritt in die Erbschaft ablehnte (Bekker Bd. 2. S. 126). Weiter bleibt unverständlich, wie selbst dann, wenn der Gläubiger die Erbschaft seines Schuldners cum beneficio inventarii antrat, — unter rechtlicher Hemmung der Vermischung der beiden Vermögensmassen — auch die confusio obligationis fern gehalten werden kann, damit der Gläubiger vor und neben anderen Erbschaftsforderungen auch sein eigenes Forderungsrecht gegen die Erbmasse zu befriedigen im Stande sei. Ueberkünstlich wäre ja sicherlich die Construction mittelst der Fiction einer Handlung seitens der juristischen Person der hereditas jacens, die auch ihrerseits trotz der erfolgten Erbanretung als bestehend fingirt würde.

Wie lässt es sich endlich begreifen, das seine Obligation theilbar sein und z. B. zwischen mehreren Erben des Gläubigers ipso jure quotenweis zersplittern kann, wenn eine bestimmte Handlung als solche zum letzten juristischen Gegenstand der Obligation angenommen wird? Lässt sich denn dieser Gegenstand quotenweis getheilt denken? Denkbar wird doch diese Theilung nur, sofern man einen bestimmten, seiner individuellen Natur nach theilbaren, Zweckerfolg im Begriffe an die Stelle der Handlung setzt. Dieser Zweckerfolg mag dann in seine Theile zerlegt und für jeden der

Theilzwecke, als für die neuen Ganzen, eine besondere Obligation statuirt werden¹⁷⁾.

Für den Zusammenhang unserer besonderen Untersuchungen wird die Zurückweisung der Handlung in ihr richtiges Verhältniss der Obligation gegenüber, deshalb von Wichtigkeit, weil, wie es uns scheint, die gewöhnliche Ueberschätzung des Momentes der Handlung, wonach man sie aus der Rolle des gewöhnlichsten Mittels zu der des Selbstzweckes erhob¹⁸⁾, zu dem Resultate geführt hat, den inneren Zusammenhang zwischen den einzelnen Aufhebungsgründen der Obligation zu verkennen und gerade auch die specielle Lehre, von der wir ausgingen, dunkel und schwierig erscheinen zu lassen.

17) Hierauf stellt denn auch der Sache nach ab Ubbelohde, „die untheilbaren Obligationen“ (1863) S. 21 u. 22. Zwar bestimmt er hier die Obligation als „Recht auf Handlung“, erkennt auch eine „Handlung an sich“ als „ideell untheilbar“ an, lässt aber dann doch die Handlung theilbar werden durch die „Rücksicht auf ihren Zweck und Erfolg“, nämlich „die effective Verbesserung des der absoluten Verfügungsgewalt des Gläubigers unterworfenen Vermögens“. Ist aber die Handlung an sich ideell untheilbar: so wird sie als solche es auch bleiben müssen, mit oder ohne Rücksicht auf jenen Zweck und Erfolg. Die ganze Schwierigkeit verschwindet hier also nur dadurch, dass man die Handlung des Schuldners als ein nichtwesentliches Moment aus dem Begriffe der Obligation ausscheidet.

18) So gerade auch Kuntze. Die Obligation etc. (1856) S. 6 f. Was hier von dem mit einer actio in rem geforderten restituere im Gegensatz zu einer actio in personam gesagt wird, dass „dort die Handlung (Restitution) ein zufälliges Hinzukommniss und lediglich Mittel ist, um den Gegenstand des Rechts, die Sache in die dem Eigenthumsverhältniss entsprechende factische Lage zurückzubringen“, das gilt in dem entscheidenden Punkte analog in Wahrheit vielmehr allgemein. Der Unterschied der beiden Fälle ist wesentlich nur der, dass der erhobenen actio in personam die obligatio schon vorausgeht, während bei der actio in rem vorher nur das dingliche Recht da ist mit der entsprechenden allgemeinen negativen Pflicht der Nichtverletzung. So, dass hier nur erst durch die actio, sofern sie zu einer richterlichen Anerkennung des klägerischen jus in re und zu einer Verurtheilung auf restituere führt, der Sache nach eine obligatio entsteht. S. auch Degenkolb a. a. O. Münchener Zeitschr. Bd. 9 S. 211 „Das petitum (im Sachenrechtsprocess) ist auf Feststellung eines obligatorischen Anspruchs, des restituere, gerichtet“.

Das Resultat, welches sich uns bisher ergab, ist also in der Hauptsache das folgende.

Der wesentliche Zweck der Obligation, in dessen Erreichung sie begriffsmässig ihr eigenes Ende anstrebt¹⁹⁾, ist die Stillung eines bestimmt begrenzten, durch den Entstehungsgrund individualisirten, privaten Interesses einer Person. Ihr wesentliches, begriffsmässiges Mittel ist die, für jenen Zweck durch besonderen Rechtsgrund erzeugte, Gebundenheit einer speciellen Willens- oder Vermögenssphäre als solcher, so dass irgend welche zwingende Macht gegenüber der letzteren zur Realisirung jenes Zweckes anerkannt ist²⁰⁾. Dies vorläufige Resultat muss aber, ehe wir es an unserer speciellen Lehre fruchtbar zu machen suchen, noch gegen einige Einwände gesichert werden. Besteht denn wirklich unabweisbar, und in welchem näheren Sinn, die innere Nothwendigkeit, das Zweckmoment in den Begriff des Institutes selbst aufzunehmen? Und inwieferne lässt sich wirklich ein privates resp. vermögensrechtliches Interesse des Gläubigers als wesentliches und bedingendes Moment der obligatio betrachten? Wir müssen auf diese Fragen deshalb noch näher eingehen, weil gerade noch in neuester Zeit von beachtenswerthesten Seiten her abweichende Behauptungen darüber aufgestellt worden sind.

§. 5. Das Zweckmoment im Obligationsbegriff insbesondere.

Es hat ganz seine Richtigkeit, dass das specielle Zweckmoment oder die besondere praktische Aufgabe, die ein Recht oder Rechtsinstitut erfüllen soll, im Allgemeinen etwas ausserhalb seines Begriffes Liegendes ist, in dem Sinne, dass die juristische

19) Möglich ist freilich, dass ein chronischer Gesamtzweck der Obligation sich in eine Reihe, successiv hervortretender, acuter Einzelzwecke auflösen lässt. Es ergibt sich daraus das Verhältniss, welches Brinz (a. a. O. in Grünhut's Zeitschrift S. 33 fg.) durch den Gegensatz von „Haftung“ und „Schuld“ zu charakterisiren sucht; eine Construction, auf die wir in späterem Zusammenhange genauer einzugehen haben werden.

20) „Debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest.“ Modestinus libr. IV pand. fr. 108 d. V. S.

Theorie nicht danach definieren darf¹⁾. So gehört es z. B., um auf dem Gebiete des Obligationenrechts stehen zu bleiben, nicht in den Begriff der Correalobligation, dass ihre wahre praktische Bedeutung in den beiden Zwecken „Sicherheit und Bequemlichkeit bei der Rechtsverfolgung“ enthalten ist.

Anders aber verhält sich dies gerade da, wo dem Begriffe ohne jenes Zweckmoment Bestimmtheit und Deutlichkeit fehlen würde. So ist es der Fall bei der Obligation, sofern wir uns ihren juristischen Apparat als die Gebundenheit einer fremden Person und Vermögenssphäre, beziehentlich die entsprechende Macht zu denken haben. Solche Gebundenheit kann ja an sich in sehr verschiedenem Sinne bestehen. Es bedarf also in dieser Hinsicht erst noch der Individualisirung. Diese Individualisirung kann nicht auf dem Entstehungsgrunde als solchem allein beruhen. Vertrag, Vermächtniss u. s. w. können ja nicht bloss Obligationen, sondern ebenmässig die mannigfaltigsten anderen Rechte erzeugen. Welcher andere Individualisierungsgrund bleibt hier also übrig, als das Zweckmoment in der Weise wie wir es früher bezeichneten?

Lehrreich ist es zu sehen, wie dies Zweckmoment auch da unwillkürlich allenthalben in den Begriff der Obligation hineinbricht, wo man sich dem äusserlich in der Begriffsformulierung zu entziehen sucht. Gleich bei den Neuesten tritt dies hervor. So bemerkt einmal Bekker²⁾ bei Gelegenheit seiner formalen Bestimmung der classischen obligatio = „actioe teneri“: „Die Existenz der abstracten actio an und für sich bewirkt unter den Parteien stets ein gewisses Spannungsverhältniss, durch das Handlungen oder Unterlassungen des einen oder beider Theile eine Bedeutung erhalten, die sie ohne dasselbe nicht haben würden; eben die, klagbare und zwar mittelst dieser abstracten actio klagbare Forderungen zu erzeugen. Und hieraus weiter erwächst eine Verpflichtung des einen oder beider Betheiligten zu gewissen Unterlassungen und Handlungen, um nicht durch das Gegentheil die concrete Anwendung der abstract vorhandenen actio (committere in actionem) zu veranlassen.“ Liegt denn nicht in diesem Span-

1) Ihering, Geist des Röm. R. II, 2 (1869) §. 41 S. 347 f.

2) Zeitschr. f. Rechtsgeschichte Bd. 9 (1870) „Ueber das Verhältniss der actio zu obligatio“ S. 383.

nungsverhältniss die Materie und Substanz der Obligation und deutet nicht die „Spannung“ implicite hin auf einen Zweck und ein Ziel, dem sie gilt?

So ferner, wenn Brinz concludirt (a. a. O. S. 40 vgl. S. 13): „In der Haftung liegt der Begriff der Obligation und seine Restauration“, enthält denn nicht die „Haftung“ unwillkürlich die Frage nach dem „Wofür?“ und den Hinweis auf Ziel und Zweck?

Weiter zeigt sich das Gleiche bei den Begriffsbestimmungen, welche die Kategorie des „an“ verwenden. So lenkte schon Heise (vgl. bei Brinz a. a. O. S. 14), wenn ihm die Obligationen als Rechte mit Personen-Object im Gegensatz zu den Familienrechten „nur auf einzelne Leistungen gehen“ unvermerkt von dem „Woran“ in ein „Worauf“, von einem „Object“ der Obligation in deren Zweck oder Ziel ab. Aehnlich Windscheid, wenn er zunächst (Pand. §. 41) eine „fremde Person“ als unmittelbaren „Gegenstand“ der Obligation bezeichnet und dann doch später (§. 252) „die Handlung, zu welcher das Forderungsrecht den Schuldner verpflichtet“, ihren „Gegenstand“ nennt. Bei Bekker's „Definition der modernen Obligationen (Actionen Bd. 2 S. 126) als Rechte an Menschen als solchen d. h. als handlungsfähigen Individuen“ versteckt sich in letzterem Zusatz das Zweckmoment der Obligation; wenn dieser Zusatz auch schwer passt zu der beigefügten Bemerkung, dass auch ein blosses Vermögen, unabhängig von der Person, denkbare Obligationsobject sein könne.

Auch da, wo direct die Handlungen selbst in der schärfsten und ausgesprochensten Weise unter die Kategorie des „an“ gestellt werden, springt gelegentlich doch unwillkürlich die Kategorie des „auf“ und das Zweckmoment heraus. Niemand hat die Obligation als „Recht an Handlung“ lebhafter und energischer verfochten als Kuntze³⁾. „Gleichwie das dingliche Recht eine Sache zum Rechtsobject hat“, so ist nach ihm „das Object des obligatorischen Rechts eine durch die Obligation künstlich individualisirte, fixirte Handlung des Schuldners.“ Ist diese Handlung der Gegenstand des Rechts: so müsste doch wohl begriffsnothwendig der Inhalt jener Obligation die unter der Anerkennung und dem Schutz der Rechtsordnung stehende concrete Willensmacht

3) Kuntze, die Obligation, §. 29 S. 115.

über jene Handlung sein. Und nun heisst es a. a. O. doch, „die Handlung in dieser juristischen Verwendung hat lediglich eine formale Existenz und ist nur das Medium für die juristische Motivirung und Einkleidung des obligatorischen Vermögensstoffs“⁴⁾. Und anderwärts (S. 173 f.) in Verfolgung des gleichen Gedankens, „das Forderungsrecht des Gläubigers ist darauf gerichtet, dass Etwas geschehe, woran er ein Interesse hat, dass Etwas in sein Vermögen gebracht werde, was bis dahin sich ausserhalb desselben befand. Dieses Etwas ist eben der Inhalt oder Vermögensstoff der Obligation, das *id quod debetur*. Die Thatsache nun, welche den Inhalt der Obligation wirklich in des Gläubigers Vermögen bringt, beraubt selbstverständlich die Obligation ihres Inhalts; die Obligation als nunmehr inhaltslose Existenz bricht zusammen und der Schuldner ist befreit.“

Wenn hier also plötzlich das, was Kuntze den Vermögensstoff nennt, zum Inhalt der Obligation sich aufschwingt: so wird doch auch ohne Zweifel dieser Inhalt der Obligation, der genau besehen nichts Anderes als das Zweckmoment ist, mit in den Obligationsbegriff selbst gehören. Nicht deshalb kann man diesen Vermögensstoff als etwas, dem Rechtsbestand der Obligation Aeusserliches bezeichnen, weil er der Umwandlung, insbesondere durch Eintritt des Interesses in Gelde an die Stelle der ursprünglich designirten *res ipsa*, fähig ist⁵⁾. Nur die Erscheinungsform

4) Eine ähnliche Wendung bei Köppen, *Erbrecht I* (1862) S. 248. „Die Handlung bestimmt einerseits und zunächst nur den Modus der Erfüllung, der Art und Weise, wie der Debitor den Geldwerth in das Vermögen des Gläubigers bringen soll, andererseits ist sie der Massstab für die Grösse des Geldwerths, wo der verabredete Erfüllungsmodus, ohne den Schuldner zu liberiren, unmöglich geworden ist.“ Köppen zieht aber auch ganz consequent die Folgerung „niemals aber kann sie selbst das Object der Forderung sein.“

In den Prämissen steckt hier nur der Fehler, dass viel zu sehr der abstracte Geldwerth in den Vordergrund gerückt wird, während doch die meisten Obligationen zunächst auf bestimmte individuelle Zwecke sich richten und die Geldleistung nur als Nothbehelf im Hintergrunde steht. In dieser Beziehung auch richtig Schott a. a. O. S. 51 f., besonders aber Ziebarth, die *Realexecution* u. s. w. S. 33 fg.

5) Mit Kuntze a. a. O. S. 144. Auf den nämlichen Grund basirt auch

wechselt hier ja, nicht die Substanz selbst. Nur die erstere also verhält sich danach indifferent zu der Individualität der Obligation.

Indem man da, wo man die Obligation *ex professo* betrachtete, gewöhnlich viel zu sehr die, hier nur zu schiefen und schwankenden Resultaten führende, Kategorie des „Gegenstandes“ in den Vordergrund schob; hat man sich dadurch nur Luft und Licht verbaut für die genauere Orientirung über die zwei präcis gefassten Fragen. Einmal worin bestehen die Momente, welche das Wesen und die Identität des Zweckes der Obligationen bedingen? Sodann wie ist die Natur des als Mittel jenem Zwecke angepassten und verschiedenartig individualisirten juristischen Apparates beschaffen?

Da wo man bei Erörterung allgemeiner Fragen auch die Obligation zu berühren hatte, ist man wohl nebenbei der Bedeutung, welche das Zweckmoment für ihre Natur hat, näher getreten als bei der expressen Erörterung des Obligationsbegriffs.

Bei einem kräftigen Anlaufe ist in dieser Hinsicht stehen geblieben Sohms⁶⁾ bekannter anregender Versuch einer Systematisirung aller Vermögensrechte, wie er ihn behufs und gelegentlich der systematischen Stellung des Pfandrechtes unternommen hat. Die Vermögensrechte zerfallen ihm in zwei verschiedene Gruppen. Sie sind ihren juristischen Functionen nach, die sie im Vermögensverkehr erfüllen, entweder Rechte an einem Object oder Rechte auf ein Object. Jene Rechte, wie Eigenthum, Emphyteuse, Superficies und Servituten, sind selbst Zweck und um ihres Be-

Salkowski die *Novation* (1866) S. 1, seine These „Das Ziel oder Object dieser Verbindlichmachung kann ein verschiedenartiges sein und steht ausser allem Zusammenhange mit dem Begriffe der Obligation selber.“

6) Die Lehre vom *subpignus* (1864), nam. S. 9—12. Vgl. dazu die, speciell der Auffassung des Pfandrechtes geltenden dialektisch zugespitzten Bemerkungen von Bremer, das Pfandrecht und die Pfandobjecte (1867) S. 30—34. Ferner Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 50—53, und Bekker, krit. Vierteljahrsschr. Bd. 6 S. 475 u. 476. Der Mangel liegt in einer Vermischung zweier Gegensätze, die sich nicht immer decken. Kurz gefasst so: 1) Rechte an einem Object; — Rechte nicht an einem Object (sondern etwa gegen eine bestimmte andere Person), 2) Rechte in sich selbst Erfüllung tragend; — Rechte nur spannend auf ein ihnen vorgestecktes Endziel hin.

stehens willen da; diese d. h. insbesondere die Forderungsrechte sind nur Mittel und um ihres Unterganges willen da.

Der ganze Gedanke ist offenbar der weiteren Entwicklung so fähig wie bedürftig. Der Hauptgegensatz, auf welchen das „an“ und „auf“ hinzielt, hat klar gedacht in Wahrheit eine viel allgemeinere Bedeutung. Er geht weit hinaus über das Gebiet des Vermögensrechts. So können wir im Familienrecht dem Rechtsverhältniss der Ehe, als welches um seines Bestehens willen da ist, in gleichem Sinne gegenüberstellen das Rechtsverhältniss des Verlöbnisses, sofern daraus wirklich (c. 10 und 22 X. de sponsal. 4, 1) eine rechtliche Gebundenheit und Spannung auf Eheschliessung entsteht. Ferner dem Recht der väterlichen Gewalt das Recht auf Begründung oder auf Lösung dieses Rechtsverhältnisses, wie es z. B. nach Fr. 92 de cond. 35, 1 extra ordinem geschützt wird. Für das Römische Recht ist etwa auch noch zu erinnern an das rechtliche Spannungsverhältniss auf Gewährung der Freiheit, wie es durch Fideicommiss alltäglich erzeugt wurde.

Wie nun aber dennoch das System der übrigen Rechtstheile nicht auf diesen Gegensatz als solchen aufgebaut wird: so braucht er auch keineswegs für das System aller Vermögensrechte entscheidend zu sein. Ueber die wahre und volle Bedeutung, welche der von ihm herausgefühlte Gedanke für die Construction mancher Vermögensrechte insbesondere auch der Obligation in Wirklichkeit hat, ist Sohm besonders deshalb nicht zu voller Klarheit hindurchgedrungen, weil er sich bei der Begriffsbildung selbst von dem Bann der, für die Construction der Obligation unfruchtbaren, Kategorie des „Gegenstandes“ noch nicht frei machen konnte. Vieldeutig versteht er unter dem „Gegenstande“ bald die Sache, bald die Handlung, bald den Vermögenswerth. Und speciell bei der Obligation zuerst nach dem „Gegenstande“ fragend, ist auch er nicht darüber hinausgelangt, ihn materiell als einen Vermögenswerth, formell als eine, von einem bestimmten Subjecte vorzunehmende, Handlung zu bezeichnen 7).

7) Sohm a. a. O. S. 11 „Dem Recht auf einen Vermögenswerth entspricht formell das Recht auf eine Handlung. Formell und materiell hat das Recht seinen Gegenstand noch nicht gefunden; formell und materiell Streben, Spannung nach diesem Gegenstande“.

Auch von einem anderen allgemeineren Ausgangspunkte aus ist man noch der Bedeutung des Zweckmoments für die Natur der Obligation näher gekommen.

Wir denken an die Frage, ob eine aufschiebende Befristung geradezu die Entstehung des zu schaffenden Rechtes aufschiebt oder nur seine Ausübung. Man antwortet darauf jetzt gewöhnlich mit einer Unterscheidung 8). Handelt es sich um Begründung von Eigenthum oder Servitut, so ist die Entstehung selbst; handelt es sich um obligatio oder Pfandrecht, so ist nur die Ausübung hinausgeschoben. Den Grund dieser Unterscheidung, welche durch die Quellen selbst unzweifelhaft bestätigt wird, fasst man neuerdings so: Eigenthum und Servitut haben „keinen weiteren Zweck als den ihres eigenen Daseins“ 9). Deshalb muss bei der Tradition etc. der Aufschubswille auf diese eine Wirkung des Rechtsgeschäfts, auf die Entstehung des Rechtsverhältnisses an sich bezogen werden. Im Gegensatz hierzu besteht „der Endzweck des obligatorischen Vertrags in der solutio d. h. darin, dass die versprochene Leistung wirklich erfolge; das Mittel hierzu ist die Bewirkung einer obligatio aus dem Vertrage“ (v. Scheurl). Gerade daraus wird dann hier die Möglichkeit und Nothwendigkeit abgeleitet, den Aufschubswillen bloss auf die Erreichung des Endzweckes, nicht auch auf die Gewährung des Mittels hierzu zu beziehen.

Diese Motivirung braucht, um völlig richtig zu sein, nur um ein Weniges modificirt zu werden. Nicht genau richtig ist die Behauptung, dass z. B. das Eigenthum keinen weiteren Zweck habe als den seines eigenen Daseins. Die den Inhalt eines Privatrechts bildende concrete Willensmacht ist nie bloss um ihrer selbst willen da. Jedes Privatrecht besteht vielmehr, auf der

8) So schon Fritz zu Wening-Ingenheim Bd. I S. 197 und jetzt nam. v. Scheurl zur Lehre von den Nebenbestimmungen (1871) S. 29 f., die Quellennachweise S. 34 f., besonders fr. 46, pr. d. verb. obl.

9) v. Scheurl S. 32; ähnlich sagt auch Neuner, Privatrechtsverhältnisse S. 69 von den Sachenrechten, dass sie „ihr Ziel in sich selbst haben“, während die Obligation nur „Mittel und Vorstufe für einen anderen Zweck“ ist und „nach dem durch die Erfüllung bezweckten ökonomischen Resultate strebt.“

Grundlage des allgemeinen ethischen Werthes und der selbständigen ethischen Bedeutung alles Rechtes, nur zu dem besonderen Zwecke, die Interessen seines Inhabers zu fördern, ihm einen Vortheil zu gewähren, seine Bedürfnisse zu befriedigen¹⁰⁾. Deshalb kann der durch v. Scheurl ganz richtig herausgeführte Gegensatz der Fälle vollkommen klar nur so gedacht werden.

Die beim Eigenthum vorhandenen Zwecke liegen wesentlich ausserhalb seines Rechtsbegriffs, bleiben thatsächlicher Natur und sind unendlicher Mannigfaltigkeit fähig. Seinem Begriff nach ist das Eigenthum nur die rein rechtliche, abstracte Zugehörigkeit der Sache zur Person. Die Obligation kann zwar auch noch ihre weiteren rein factischen Zwecke haben. Aber das Zweckmoment bricht bei ihr auch in den Begriff selbst ein, wird geradezu juristischer Natur. So ist denn auch hier genauer nicht aus dem Wesen des „obligatorischen Vertrags“ zu argumentiren, sondern direct aus dem Wesen der obligatio selbst, welches das nämliche bleibt, auch wenn sie z. B. ex delicto entspringt. Diesem ihrem Begriff nach will und erstrebt die obligatio, mag auch der zeitliche Zwischenraum noch so kurz gedacht werden, immer etwas in der Zukunft Liegendes. Und gerade deshalb mag der im Vertrage erklärte Aufschubswille nur den dem Begriffe wesentlichen, sowie so zukünftigen Zweck treffen, nicht auch das dem Begriffe wesentliche Mittel. Dieses letztere aber, welches hier also sofort entsteht, der rechtliche bindende Apparat ist für die juristische Betrachtung naturgemäss der substantielle Körper der

10) S. die in dieser Hinsicht sehr richtigen Bemerkungen von Ihering Geist des Röm. R. III, 1 (1871) S. 317 f. nam. 328 f. Beistimmen können indess auch wir nicht, wenn hier in den Begriff des Privatrechts oder des subjectiven Rechts überhaupt, das Zweckmoment als die wesentliche Substanz aufgenommen wird, anstatt des Momentes der concreten Willensmacht. Nur für die obligatio können wir den Satz unterschreiben (a. a. O. S. 327) „zwei Momente sind es, die den Begriff des Rechts constituiren: ein substantielles, in dem der praktische Zweck desselben liegt, nämlich der Nutzen, Vortheil, Gewinn, der durch das Recht gewährleistet werden soll und ein formales, welches sich zu jenem Zwecke bloss als Mittel verhält.“ Jedoch erscheint uns diese letztere „schützende Schale des Rechts“ vom juristischen Standpunkte aus als der substantielle Körper der Obligation.

Obligation. Gerade als Mittel indess lässt sich dieser bindende Apparat, dieser Rechts- und Machtinhalt gar nicht anders denken als im unmittelbaren und ungetrennten logischen Zusammenhang mit dem künftigen Zweck, der juristisch für die Construction und für das Schicksal des Mittels bestimmend ist. Mag also auch dieser Zweck, sofern er als erfüllter gedacht wird, jenseits der Obligation und ihres Lebens liegen¹¹⁾: so gehört er doch als zu erfüllender gedacht unumgänglich mit in den Rechtsbegriff derselben.

Vom Standpunkte einer richtigen Würdigung des Zweckmoments in der Obligation fällt auch ein erklärendes Licht auf die Frage, ob dogmatisch betrachtet die actio als das Frühere oder das Spätere, als das Begründende oder das Abgeleitete und Nachfolgende anzusehen sei. Sofern man nämlich bei der Obligation vorzugsweise das, ihr als inhärent vorausgesetzte, Zweckmoment im Auge hat, kann man die actio als das aus dem Zweckgedanken der obligatio Erzeugte betrachten. Denn im Urtheil des Zwecks wird das Nachfolgende zu einem Früheren. Im Urtheil der wirkenden Ursache hingegen muss nothwendig das Gegebensein eines rechtlichen Zwangsmittels (actio) als das die Obligation Hervorbringende erscheinen. Und so mag man denn, in der Form dieses Urtheils, mit Bekker¹²⁾ sagen, dass die beiden Begriffe actio und obligatio „auseinander zu halten sind wie Ursache und Wirkung“.

Wie sehr es sich ferner auch bei der Betrachtung einzelner

11) Trendelenburg's Logische Untersuchungen „über den Zweck und die realen Kategorien aus dem Zweck“ (Bd. 2 ed. 3, 1870 S. 1—166), haben nur solche Zwecke im Auge, welche ein (ilfen gemäss) Gewordenes dauernd und gleichmässig beseelen. S. z. B. S. 38 „Wenn das Sehen als der Zweck das Auge baut, so stirbt die Ursache nicht ab, sondern wird erst in ihrer Wirkung, dem Organ lebendig. Oder wenn sich der Gedanke im Satze ausspricht, damit er kund werde: so erhält sich diese Ursache in der Wirkung.“

Wir hingegen haben es, im Gegensatz hiezu, mit Endzwecken und Endzielen zu thun, welche, der Verwirklichung entgegenstrebend, das in ihrem Dienst gewordene Mittel oder Organ durch ihre Verwirklichung vernichten.

12) Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 9 S. 386.

unmittelbar praktischer Rechtsfragen lohnt, diesen Gesichtspunkt klar und offen an die Spitze zu stellen; das wird sich an der speciellen Lehre, von der wir ausgingen, später zu bewähren haben. Gleich zum Voraus aber ist diese praktische Tragweite des Gedankens, zu näherer Veranschaulichung und als Parallele für das später zu Erörternde, noch an einer interessanten anderen Anwendung zu zeigen.

Gleich die Lehre von der solutio der Obligationen lässt sich gar nicht richtig verstehen und bis in ihre letzten Einzelheiten hinein construiren ohne die Festhaltung des Zweckmomentes. Diese solutio bewirkt nämlich gar nicht schlechthin und äusserlich als solche die Tilgung der Obligation, sondern nur insofern damit auch wirklich der der Obligation innewohnende Zweck erreicht ist. Zur Erklärung dieses Satzes bedarf es zunächst einer kurzen Auseinandersetzung mit dem Begriff der solutio. Es ist bekannt, dass das Wort und der Begriff des solvere oder Lösens zunächst auf die Obligation und auf den Schuldner selbst bezogen wird¹³⁾. In diesem Sinne bedeutet es also allerdings die Vernichtung der rechtlichen Spannung schlechthin und völlig einerlei wie sie erfolge.

Sprechen aber die classischen Juristen davon, dass die Obligation ausser anderen Gründen auch durch solutio vernichtet werden könne: so beziehen sie das Wort auf die, in Absicht der Obligationstilgung erfolgte, Vornahme der Leistung, des dare oder des facere (fr. 98, §. 6 d. solut.), welche als das ordentliche Mittel zur Erreichung des Obligationszweckes in's Auge gefasst ist¹⁴⁾. Es liegt dabei also die bildliche Vorstellung zu Grunde,

13) fr. 54 u. 80 d. solut. fr. 116 d. verb. obl. s. nam. Donellus comment. jur. civ. lib. XVI, c. 9, §. 2 und Windscheid Pand. ed. 3, §. 341, Anm. 2 und §. 342 Anm. 1.

14) Donellus definirt die solutio in diesem speciellen Sinne ganz correct und prägnant als „ejus quod debetur, uti debetur praestatio“ a. a. O. §. 4. Natürlich passt dieser Tilgungsgrund nur auf ein solches Spannungsverhältniss, bezüglich dessen sich das durch die Spannung Erstrebte schon jetzt in eine concrete Leistung zusammenfassen lässt und insoweit dies geschehen kann; nicht also z. B. auch das ganz allgemeine, abstracte Span-

als wäre kraft der Obligation gleichsam die Sache selbst oder das Thun einer Gebundenheit unterworfen; wenn nun die Sache oder das Thun gelöst werde aus diesem Bande, so löse sich damit auch die Obligation selbst auf. Und regelmässig ist ja auch diese letztere Consequenz, nach dem von uns festgestellten Obligationsbegriff des neueren Rechts, selbstverständlich. Denn wenn einmal dem Gläubiger die obligationsmässige Leistung zu Theil wurde: so ist ja damit auch der Obligationszweck regelmässig als erreicht anzusehen.

Aber wie, wenn neben dem Hauptschuldner noch Andere für eben dasselbe hafteten z. B. als Bürgen? Zahlte ein solcher Bürge an den Gläubiger auf seine Bürgschaftsschuld hin: so ist es klar, dass diese letztere, die obligatio fidejussoria dadurch gelöst und vernichtet wird. Da nun die Hauptschuld auf idem ging: so scheint es unabweisbar, dass auch sie durch jene Zahlung des Bürgen schlechthin erlöschen müsse. Auch ist es für das classische Recht keinem Zweifel unterworfen, dass, wenn der Gläubiger gegen den Hauptschuldner auf eine zweite Zahlung klagte, dieser sich ipso jure vor dem judex gerade so auf die erste Zahlung berufen konnte, wie es der zum zweiten Male belangte Bürge selbst hätte thun können¹⁵⁾.

Dennoch erkennen nun die classischen Juristen als möglich an, dass der Gläubiger noch, nachdem er vom Bürgen Zahlung empfangen, ihm die Klage gegen den Hauptschuldner zum Behuf der Regressnahme cediren könne. Einige Juristen, wie z. B. noch Modestinus (fr. 76 d. solut.) hielten wenigstens als Voraus-

ungsverhältniss aus Societät, Mandat u. dgl. schlechthin. Vgl. Brinz a. a. O. S. 33.

15) Gerade im Gegensatz zu unserem Fall wird es von Papinian für das s. g. mandatum qualificatum besonders hervorgehoben „mandatorem debitoris solventem ipso jure reum non liberare“ (fr. 28 mand. 17, 1 und fr. 95, §. 10 d. solut. 46, 3). Weil diese mandati obligatio nicht accessorisch auf idem ging, sondern ganz selbständig für das Interesse der Schadenshaltung als solches aufgebaut ist, konnte hier der debitor nur indirect, kraft in jure ausgewirkter doli exceptio, auf die Zahlung des mandator sich berufen. Andererseits war deshalb hier von vornherein ausser Zweifel, dass der mandator auch nach schon erfolgter Zahlung Klagencession seitens des creditor fordern konnte.

setzung fest, dass vor der Zahlung jene Cession ausbedungen sei. Paulus weiss, wie wir sehen werden, von solcher Vorbedingung Nichts. Und neuere Gesetze, wie z. B. das preussische Land-R. (I. tit. 14, §. 338) sind sogar bis zu der Satzung vorgeschritten, „der Bürge tritt, soweit er den Gläubiger befriedigt hat, in alle Rechte desselben gegen den Hauptschuldner, ohne dass es dazu einer ausdrücklichen Cession bedarf“¹⁶⁾.

Wie ist das nun zu erklären? Ganz richtig ist schon von anderer Seite auf die einzig mögliche Alternative, die hier der Wissenschaft offen steht, hingewiesen worden¹⁷⁾. Entweder muss die Jurisprudenz den von ihr aufgestellten Lehrsatz, dass die Obligation durch Zahlung untergeht, wenigstens in dieser unbedingten Allgemeinheit, fallen lassen. Oder aber, wenn sie dies nicht will oder kann, muss sie einen Gesichtspunkt aufsuchen, der den Widerspruch beseitigt, ihn als einen bloss scheinbaren hinstellt. Nur möchten wir die Alternative umkehren. Kann die Wissenschaft nicht in der letzten Weise eine wirkliche Erklärung des Sachverhalts liefern: so muss sie ihren Lehrsatz über die Zahlung modifizieren.

Sehen wir nun zu, ob und inwiefern wirklich die Römische Jurisprudenz den Widerspruch als einen bloss scheinbaren erwiesen hat. Kann ein solcher Erweis gefunden werden in der Wendung, welche besonders schon Julian¹⁸⁾ der Sache gab, wonach nämlich die Leistung seitens des Bürgen nur zu deuten sei als Zahlung eines Kaufpreises für die zu cedirende Klage? Es ist eine Wendung, die ohne Zweifel auf eine so gewandte Weise das Problem verdeckt und umgeht, dass man sich auf den ersten Blick ganz dadurch befriedigt halten mag. Wer indess einen tieferen Blick in die Sache hineinwirft, kann unmöglich

16) Aehnlich Oesterreich. Gesetzb. §. 1358 und Badisches Landrecht §. 2029 (auf Grund des Code Napoléon) „der Bürge, der die Schuld zahlt, tritt in alle Rechte des Gläubigers wider den Schuldner kraft des Gesetzes ein.“

17) Von Ihering, Geist des Röm. R. II, 2 S. 359.

18) libr. LXXIX Dig. Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei qui solidum solvere paratus est, vendere caeterorum nomina. fr. 17 d. fidejuss. 46, 1.

verkennen, dass hier eine bloss doctrinäre Fiction vorliegt, welche als solche den wahren Sachverhalt entstellt, anstatt ihn zu erklären.

Stellen wir doch nur unsern Fall ganz einfach so hin, wie er in seiner äussersten Schärfe sich abspielt und wie er zuerst sich ausbildete. Der Gläubiger klagt aus der Bürgschaft auf Zahlung. Er klagt also in Wahrheit weder aus einer venditio actionis, die ja gar nicht geschlossen ist, auf Zahlung des Kaufpreises; noch klagt er aus der wirklich geschlossenen Stipulation auf Abschluss und sofortige Realisirung eines solchen Kaufs, weil ja nicht darauf der Inhalt der Stipulation ging. Der Bürge seinerseits aber soll kraft der obligatio fidejussoria zahlen, will auch auf dieselbe hin zahlen, nur nicht bevor ihm die Klage gegen den Hauptschuldner behufs des Regresses abgetreten ist. Die Jurisdiction des Prätors war es, welche zuerst mittelst doli exceptio dem Bürgen hierin zu Hülfe kam. Die Realisirung seiner bürgschaftlichen Zahlungspflicht wird kraft doli exceptio bis dahin stillgestellt, dass der Gläubiger jene Cession vornahm. Verweigert er die Cession, so riskirt er den Verlust seiner Klage gegen den Bürgen. Nimmt er die Cession vor, so ist es dann allerdings dem ökonomischen Effect nach ähnlich, wie wenn er um jenes Geld dem Bürgen seine Hauptklage verkauft hätte. Will man aber eine juristische Construction daraus machen: so schliesst man mit Absicht beide Augen davor zu, dass der Bürge nur gezwungen aus anderem Rechtsgrunde zahlt und der Gläubiger wieder nur aus besonderem Grunde gezwungen die Klage cedirt. Nur um ein Kleines minder deutlich tritt der Contrast von Wahrheit und Dichtung zu Tage in dem auf gleiche Weise behandelten Falle, wo ohne den unmittelbaren Klag- und Executionszwang die Parteien dahin überein kamen, dass gegen die Leistung des geschuldeten Geldes später die Cession der actio de eadem re erfolgen solle. Immer ist doch auch solchen Falls die oberste Absicht eines zahlenden Bürgen unverkennbar die, die Obligation, aus der er haftet, zu tilgen. Und wie es bei diesem Sachverhalt überhaupt möglich ist, die Hauptklage noch zu cediren, das bleibt vom Standpunkte der herrschenden formalen und äusserlichen Auffassungsweise der solutio aus der Wahrheit nach ungreiflich.

In der neuesten und eingehendsten Behandlung unserer Frage ist die „souveräne Gewalt des Gesetzgebers“ zur Lösung des Gordischen Knotens heraufbeschworen worden¹⁹⁾. Nur eine solche souveräne Macht kann „zum Kaufpreise machen, was in Wahrheit Zahlung ist und bleibt“, um durch diese Kauffiction den Fortbestand und Uebergang der Hauptklage zu ermöglichen. Aber ist denn nicht die Ausbildung und Formulierung unseres Satzes vielmehr durch die freie Thätigkeit der classischen Jurisprudenz als solcher erfolgt, die hier nur der *jurisdictio* des Prätors als eventuellen Organs sich bediente? Und gesetzt, ein positives Gesetz hätte sich wirklich in solcher Weise gegen seinen Beruf auf juristische Construction und auf Begründung seines Satzungsinhalts durch Fiction eingelassen: müsste es nicht in dieser Hinsicht ganz der nämlichen freien Kritik unterliegen, wie sie bei einer rein doctrinellen Construction stattzufinden hat? Und könnte man in der That eine Construction als ungezwungen und überzeugend anerkennen, die, auf Unwahrheit beruhend, mit zwingender Consequenz zu der Unnatur führen müsste: dass der Bürge auf nochmalige Zahlung aus der Bürgschaft belangt sich nicht auch seine erste Zahlung als solche berufen dürfte, sondern höchstens etwa exceptionsweis auf die durch den angeblichen Kauf der Hauptklage eingetretene indirecte Entlastung? Denn das bleibt doch undenkbar und ist keine annehmbare Lösung des Problems, dass die nämliche Geldleistung zugleich *solutio* hinsichtlich der Bürgschaftschuld und zugleich Preiszahlung für die Hauptschuld sein sollte.

Ist es nun unmöglich, unsere vorliegende Erscheinung mit der herrschenden Darstellung der Lehre von der Zahlung ohne Unwahrheit und Entstellung in Einklang zu bringen: so werden wir dadurch mit Nothwendigkeit der zweiten, oben aufgestellten Alternative in die Arme getrieben. Und so finden wir von hier aus die beste Bestätigung der These, die wir bei dieser unserer Betrachtung an die Spitze stellten. Die Zahlung bewirkt gar nicht so absolut und formal die Tilgung der Obligation wie man gemeinhin behauptet. Sie bewirkt vielmehr solche Tilgung nur, insofern der, der Obligation innewohnende Zweck wirklich erreicht

19) Hasenbalg, die Bürgschaft des gemeinen Rechts (1870) S. 414 fg. S. 419 fg. und S. 422 Anm. 19.

ist²⁰⁾. Diese letztere Voraussetzung trifft nun freilich, wenn einmal die obligationsmässige Leistung wirklich erfolgte, in den gewöhnlichen einfachen Fällen immer zu. Und gerade dieser Umstand erklärt es zur Genüge, dass jene Voraussetzung nicht besonders hervorgehoben zu werden pflegt.

Unser Fall aber, wo mehrere Obligationen auf idem gehen, illustriert auf das Beste die Möglichkeit, dass durch einmal bewirkte volle obligationsmässige Leistung doch der Obligationzweck nur relativ erreicht und somit auch die Obligation nur relativ und beziehungsweise getilgt sein kann. Denn wenn der Bürge zahlte, so ist zwar dem Interesse des Gläubigers in jeder Hinsicht Genüge geschehen, — so dass er selbst schon nach strengem Civilrecht, auch aus der Hauptobligation, nicht mehr klagen kann. Diese Hauptobligation hat auch ihrerseits wenigstens ihren ersten Zweck und ihre principale Bestimmung erfüllt. Aber sie kann deshalb immer noch dem von der Person des ursprünglichen Gläubigers unabhängigen Interesse dienen, die Leistung hinterher dem Resultate nach von dem zunächst zahlenden Nebenschuldner hinüberzuleiten auf den Kopf des Hauptschuldners. Und indem nun die Rechtsordnung diese weitere Bestimmung der Obligation anerkennt, bleibt die letztere in der That nur zu dem Zwecke und nur in der Richtung noch bestehen, um auf die Person des zahlenden Bürgen überzugehen²¹⁾.

Unter den classischen Juristen ist Paulus, wie gewöhnlich auch hier am tiefsten denkend, dieser Auffassung am nächsten gekommen. Zwar bewegt er sich (*libr. XIV ad Plaut. fr. 36 d. fidej.*) zunächst auf dem ausgetretenen Wege der Uebrigen: „*Quum*

20) Vergl. Ihering, Jahrbücher Bd. 10 (1871) S. 416 „über Dasein und Nicht-dasein der Rechte entscheidet in letzter Instanz eben nur der Zweckbegriff“; eine, wenn auch zu weit gehende, doch gerade für die Obligation des neueren Rechtes sehr fruchtbare Bemerkung.

21) Dieser Uebergang auf den Bürgen und die Sicherung des Regresses ist die einzige und letzte Lebensäusserung der Obligation. Der Verf. der in Anm. 19 citirten Schrift war der Wahrheit sehr nahe auf der Spur, hätte sich nur nicht zwischen sie und ihn der Wahn eingeschoben von dem „wunderbaren Rechtsgebilde — Zahlung und auch wiederum nicht Zahlung! — so wunderbar, dass nur die souveräne Gewalt des Gesetzgebers es zu schaffen vermochte“ (a. a. O. Anm. 19).

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 sunt; sed non ita est, non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit.“ Das quodammodo deutet schon vernehmlich darauf hin, dass Paulus dieser bisher üblichen Wendung in Wahrheit nicht hinlänglich traut. Und so geht er denn über zu einem anderen Grunde, der in der That für sich allein ausreichend und entscheidend ist „et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum ut praestet actiones“. Deshalb und zu dem Behuf behält der Gläubiger trotzdem seine Klage, weil er ihre Uebertragung schuldet. Wäre wirklich das Geld nicht in solutum, sondern als Kaufpreis empfangen: so wäre ja diese weitere Motivierung des beziehungsweise Fortbestandes der Obligation vollkommen unnütz und sinnlos.

Es ist wahr, dass auch Paulus hierüber noch nicht zu vollkommener Klarheit hindurchgedrungen war. Allein da es sich hier nur um Fragen der juristischen Construction und Formulirung handelt: so hat unsere heutige Wissenschaft Pflicht und Recht, auf der von den besten classischen Juristen eingeschlagenen Bahn weiter zu schreiten über dieselben hinaus.

Von praktischer Bedeutung kann die so gewonnene Erkenntniss namentlich deshalb werden. In der, als mangelhaftes Constructionsmittel verwendeten, Umdeutung der Zahlung liegt ein sehr starker Antrieb, als scheinbaren Anhaltspunkt für solche Deutung zu fordern, dass die Cession selbst oder wenigstens eine besondere Abrede über spätere Cession der Hingabe des Geldes vorausgehen müsse. Schon bei Paulus findet sich von einem solchen Erforderniss Nichts mehr. Und je mehr man der Erkenntniss nahe kommt, dass die Zahlung unbeschadet ihres Wesens und ohne alle künstliche Umdeutung unter Umständen auch nur relativ und beziehungsweise wirken könne: desto weniger wird man Grund finden, an der Nothwendigkeit jenes Requisites festzuhalten. So rechtfertigt sich denn auch die, gegenüber dem bisherigen Stande der Doctrin incorrecte, Bestimmung der neueren Gesetze, wonach der Bürge soweit er „zahlte“ und den Gläubiger „befriedigte“, in die Obligation gegen den Hauptschuldner ohne Weiteres succedirt.

§. 6. Das Interesse als bedingende Grundlage der Obligation.

Wir lernten im Bisherigen es als eine fruchtbare Wahrheit kennen, dass die Obligation durch die Erreichung ihres vollen Zweckes als solche untergehen muss. Den Zweck characterisirten wir früher schon etwas näher als die Stillung eines bestimmt begrenzten privaten Interesses einer Person. Danach müsste man denn den Sachverhalt auch so ausdrücken können, dass das andauernde Dasein eines solchen Interesses Bedingung ist für das Leben der Obligation und dass umgekehrt mit dem Wegfall dieses Interesses die Obligation erlischt. Finden wir nun diese letztere Consequenz wirklich ausdrücklich in den Quellen anerkannt, so ist darin eine neue Bestätigung der Richtigkeit und Brauchbarkeit unseres Obligationsbegriffs gegeben. Wir müssen um so mehr noch darauf eingehen, als neuerdings wieder von beachtenswerthester Seite her die Lehre, „dass das Forderungsrecht durch den Wegfall des Interesses des Gläubigers aufgehoben werde“, für unbegründet erklärt worden ist¹⁾. Es giebt das nebenbei Gelegenheit, Wesen und Art jenes Interesses sowie die verschiedenen möglichen Weisen seines Wegfalls noch etwas näher zu bestimmen.

Auszuscheiden ist zunächst das Folgende. Ist hier von Wegfall des Interesses die Rede: so ist darunter allerdings nicht verstanden das rein factische Interesse, welches auch der Obligation noch wieder weiter zu Grunde liegt und welches nicht ihren juristischen Begriffsinhalt mit bildet. Rechtlich irrelevant für den Fortbestand der Obligation ist m. a. W. das Schicksal der besonderen weiteren praktischen Zwecke, die etwa der Gläubiger bei der Constituirung dieser individuellen Obligation im Auge hatte. Hat z. B. die Obligation zum unmittelbaren juristischen Zwecke die Verschaffung einer Sache von specifischem Gebrauchswerth: so hat die Rechtsordnung, wenn einmal der Gläubiger das Forderungsrecht geltend macht, keinerlei Anlass, hier noch zu controliren, ob auch der Gläubiger subjectiv für seine besonderen thatsächlichen Verhältnisse noch weiteren Nutzen

1) Windscheid Pandekten (1870) Bd. 2 S. 336.

hat von jener specifischen Leistung. Solche Untersuchung und Controle würde ein ganz unerträgliches, undurchführbares und unnützes Bevormundungssystem in sich schliessen. Genug, wenn nur ein seiner allgemeinen objectiven Natur nach schutzwürdiges und schutzbedürftiges Interesse als Grundlage für die Obligation vorhanden ist.

Unser Satz über den Untergang der Obligation bezieht sich nur auf den Fall, wo ein solches die Obligation unmittelbar belebendes, schutzwürdiges und schutzbedürftiges Interesse völlig hinwegfällt. Dieser Satz aber behält seine Richtigkeit und Unabweisbarkeit ganz unabhängig von der Frage, ob ein in Geld schätzbares Interesse wesentliche Voraussetzung für die Obligation ist, oder nicht. Auch wenn man andere „berechtigten Interessen“ als Grundlage von Obligationen gelten lässt, muss mit dem gänzlichen Wegfall eines solchen Interesses nothwendig die Obligation stürzen²⁾. Die Frage, ob unser heutiges Obligationenrecht auch pecuniär absolut indifferente Interessen wirklich in sich aufnimmt, ist deshalb für den Zusammenhang unserer Untersuchung und die Sicherheit ihrer Resultate ganz irrelevant³⁾. Auch hinsichtlich

2) Bleiben wir nur gleich stehen bei dem von Windscheid (a. a. O. §. 251 S. 4) gegebenen Beispiel, dass sich Jemand von seinem Nachbar für bestimmte Zeit das Unterlassen des Klavierspiels versprechen liess. Ein solches Unterlassen schliesst keinesfalls schon an und für sich und schlechthin, blossen Launen des Andern zu Liebe, sondern besten Falls nur in Verbindung mit besonderen subjectiven Bedürfnissen (z. B. der Schonung bei Krankheit u. dgl.) ein schutzwürdiges Interesse in sich. Fällt also durch Aenderung jener Umstände vor der bestimmten Zeit jenes schutzwürdige Interesse gänzlich hinweg: so lässt sich hier unmöglich noch ein rechtlicher Zwang auf jenes Unterlassen denken.

3) S. über jene Frage Hartmann über den rechtlichen Begriff des Geldes (1868) S. 49 Anm. 1 und nam. Arndts Pand. ed 7 (1870) §. 202 Anm. 3. Wenn auch die Condemnations- und Executionsfrage im heutigen Recht keine Schwierigkeit mehr macht, und somit processualische Hindernisse einer Erweiterung des Obligationsgebiets nicht im Wege stehen: so fragt es sich doch immer noch, ob auch das materielle Recht eine solche Erweiterung fordert resp. erlaubt. Darf hier das positive Recht ohne Gefahr auf den ganz vagen Begriff „berechtigten Interessen“ abstellen? Wären nicht erst noch bestimmte Nachweise noch erforderlich, dass und in wie weit hier die Grenzen wirklich erstreckt seien?

der Obligation des classischen Römischen Rechts ist es aber unzweifelhaft, dass sie keineswegs begriffsnothwendig auf Befriedigung eines abstracten Vermögens- oder Geldinteresses als solchen gerichtet ist, dass sie vielmehr meistens zunächst die Sicherung eines specifisch und individuell bestimmten Erfolgs im Auge hat und nur als letztes Noth- und Zwangsmittel stets eine Verurtheilung und Execution auf Geld verwendet. Wo nun ein pecuniäres Interesse sich nicht einmal indirect ergibt und ein eventueller Umsatz in Geld ganz unmöglich ist, da statuirte freilich das Römische Recht eine Obligation nicht mehr. So bekommt nach Römischem Recht unser Satz ganz allgemein die besondere Erscheinungsform, dass mit dem völligen Wegfall des concreten, der Obligation inwohnenden Vermögensinteresses diese letztere untergeht.

Es ist dies ein Satz, der für die weitaus überwiegende Mehrzahl aller Fälle in der nämlichen Form stets vollkommen wahr bleiben wird. Denn jedenfalls werden thatsächlich immer fast alle Obligationen nur der Realisirung eines irgendwelchen Vermögensinteresses dienen wollen. Die Sätze des Obligationenrechts aber müssten natürlich speciell ausgebildet und gefasst werden mit Rücksicht auf dieses ordentliche Gebiet, nicht mit Rücksicht auf die verschwindend kleine Zahl von Fällen, die etwa darüber hinausgehen könnten.

In welcher besonderen Weise nun jenes Vermögensinteresse dahinfällt, ist für das Schicksal der von ihm belebten Obligation gleichgültig. So kann es gerade zunächst geschehen durch solutio direct auf diese specielle Obligation selbst hin. Oder auch durch eine, in erster Linie einer andern Obligation des nämlichen Schuldners geltende, solutio. Gesetzt nämlich, dass sich dieser z. B. durch accessorische Stipulation oder durch Constitutum ausdrücklich zum Zweck der Sicherung des identischen Vermögensinteresses mehrfach obligirte. Insofern hier durch die Erfüllung der einen Obligation nicht bloss das ihr selbst zu Grunde liegende Interesse aus der Welt geschafft, sondern dem objectiven Sachverhalt nach ebenmässig der Zweck der andern erreicht wird, müssen beide Obligationen untergehen. Auch kann hier nicht wohl an der Absicht des Schuldners Zweifel sein „eandem pecuniam in plures causas“ zu zahlen (fr. 38, §. 2 d. solut.), d. h.

in zweiter Linie auch auf die andere Obligation hin, so dass hier eine wahre „*solutio ad utramque obligationem proficit*“ (fr. 18, §. 3 d. pec. const.).

Nicht ganz so selbstverständlich musste die Behandlung der Sache erscheinen in dem Fall wo Mehrere, z. B. als Delictsgenossen, jeder aus selbständigem Rechtsgrunde, auf eine Geldsumme haften, als auf die Schätzung eines concreten zu ersetzenden Schadens. Wenn hier nämlich Einer zahlt: so thut er es doch intentionsgemäss nur auf seine besondere, gegenüber den Obligationen der übrigen Thäter selbständige, Obligation hin. Auf wahre *solutio* als solche kann also auch nur das Erlöschen dieser besonderen Obligation zurückgeführt werden. Sollen dennoch auch die übrigen Obligationen untergehen: so muss dieser Untergang insofern der *solutio* gegenüber gestellt und selbständig characterisirt werden, als er ganz unabhängig vom Willen des Leistenden eintritt, ja selbst wenn dieser ausdrücklich dagegen protestirt hätte, dass er ausser sich selbst auch noch die Andern befreien wolle. Man musste, um diese Befreiung auch der Andern anzunehmen, erst zu der Erkenntniss und Annahme hindurchgedrungen sein, dass hier den mehreren an sich selbständigen Obligationen doch, dem gegebenen objectiven Sachverhalt nach, das identische Vermögensinteresse zu Grunde liege⁴⁾.

Wenigstens in einem der einschlagenden Fälle wird auch wirklich noch ausdrücklich die Befreiung der übrigen Schuldner mit dem Wegfall des Interesses motivirt. fr. 1, §. 4, d. eo etc. 2, 10), „*si plures dolo fecerint (quominus quis in iudicio sistat),*

4) Es ist ja bekannt, dass bei der Haftung, welche ex lege Aquilia gegen mehrere Thäter stattfindet, die Zahlung des Einen für die Uebrigen absolut keine befreiende Bedeutung hat. Bekker (die Actionen Bd. 1 Kap. IX S. 177 insb. Anm. 30) bemerkt ganz richtig, dass die nach der lex platzgreifende Schärfung im Bemessen des Geldinteresses diese Behandlung nicht erklärt. Sicher ist sie ein conservirter Rest der älteren strengen Anschauung, wie sie zur Zeit der lex Aquilia überhaupt galt. Danach sah man noch die Obligation eines jeden einzelnen Delinquenten ganz streng und hölzern als eine in jeder Hinsicht selbständige reine Pönalobligation an, ohne auf die Identität des allen innewohnenden Vermögensinteresses irgend Rücksicht zu nehmen. Die neuere mildere, diese Identität berücksichtigende Auffassung war erst zur Zeit der Prätörischen *doli actio* durchgedrungen.

omnes tenentur: sed si unus praestiterit poenam, ceteri liberantur, cum nihil intersit“. In den übrigen Fällen, wo man jetzt von bloss solidarischen Obligationen spricht, erscheint schon im classischen Recht der Untergang auch der übrigen Forderungsrechte als so selbstverständlich, dass eine solche besondere Motivirung nicht weiter vorkommt. Doch kehrt noch für einen wenigstens sehr verwandten Fall bei Papinian die gleiche Begründung wieder. Es war durch das Sc. Juventianum anerkannt, dass, wenn ein *malae fidei* possessor der Erbschaft Sachen daraus veräusserte, die noch beim Käufer vorhanden sind, nicht bloss dieser letztere Besitzer haftet (mit *rei vindicatio*), sondern dass auch als s. g. *fictus possessor* „*sine dubio ipsas praestare debet malae fidei possessor aut si recipere eas ab emptore nullo modo possit tantum quantum in litem esset juratum*“ (fr. 20, §. 21 d. h. p.). Mag diese Haftung des *fictus possessor* auch formell durch in *rem actio* realisirt werden: so ist es doch materiell eine Delictsobligation, wie es sich ja auch an den Sätzen über die Haftung der Erben des Thäters zeigt. Nun aber schliesst Papinian (libr. XXVIII quaest. fr. 95, §. 9 d. solut.) an die Voraussetzung „*dolo fecisti, quominus possideres, quod ex hereditate ad alium pertinente adprehenderas*“ die Bemerkung an „*si possessor corpus aut litis aestimationem praestitit, ea res tibi proderit, quia nihil petitoris interest*“. Auch hier also wird das Erlöschen jener materiellen Delictsobligation ausdrücklich begründet mit dem Wegfall des ihr zu Grunde liegenden Vermögensinteresses.

Es ist nun natürlich für den Untergang der Obligation auch irrelevant, ob dieser Wegfall irgendwie durch Leistung seitens einer andern Person erfolgte, oder auf eine gänzlich andere Weise. Auch dann, wenn z. B. im letzten Falle ein vom bösgläubigen Erbschaftsbesitzer veräussertes Thier aus eigenem Instinct sofort vom Käufer unversehrt in den beim wahren Erben befindlichen Erbschaftsstall zurückkehrt, ist insofern jene Haftung des *fictus possessor* erloschen. Und wenn, um wieder einen andern Fall zu nehmen, Ulpian hinsichtlich der übernommenen *mandati obligatio* zum Ankauf eines Grundstückes sagt (fr. 8, §. 6 mand.): „*ceterum si eudem hunc fundum ego ipse emi vel alius mihi, neque interest aliquid, cessat mandati actio*“: so trifft ganz der gleiche Wegfall des Interesse und damit auch Wegfall der

Obligation regelmässig auch dann zu, wenn der Mandant z. B. durch Erbgang diesen fundus erlangte. Bemerkenswerth hierbei ist wahrlich nicht der Satz über den Untergang der Mandatsobligation an sich. Vielmehr ist gegenüber neueren Lehren bemerkenswerth nur das, dass Ulpian diesen Untergang statt auf unverschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung, einfach auf das Princip „*mandati actio eatenus competit, quatenus interest*“ begründet. Weiter stehet es auch hiemit in Harmonie, wenn Celsus (libr. XXVI dig. fr. 97, §. 1 d. V. O.) hinsichtlich der von ihm vorausgesetzten Stipulation „*Titii nomine te soluturum*“? bemerkt „*ex ea stipulatione dum interest mea, agere possum*“.

Hängen aber diese speciellen Entscheidungen und Motivirungen irgend mit dem alten processualischen Grundsatz der *pecuniaria condemnatio* zusammen, so dass sie mit diesem Grundsatz stehen und fallen müssten? Sind sie ferner etwa erst aus dem Parteiwillen noch besonders herzuleiten, was ohnehin bei Delictsobligationen unmöglich wäre? So wird nichts übrig bleiben als die Annahme, dass sich in ihnen der entwickelte materielle Rechtsbegriff der Obligation unmittelbar ausprägt.

Weitere Einzelbelege für die Abhängigkeit der concreten Obligation vom Bestand des ihr innewohnenden Interesses brauchen an dieser Stelle nicht beigebracht zu werden. Die bisher gelegte Grundlage erscheint als ausreichend, um auf sie hin die Construction der speciellen juristischen Erscheinung, welche den Ausgangspunkt dieser Betrachtungen bildete, zu verfolgen. In dieser Verfolgung selbst wird jener Satz vom bedingenden Einfluss des innewohnenden Interesses auf den Bestand der Obligation zugleich die beste weitere Bestätigung finden. Solcher allgemeinere Gedankenzusammenhang motivirt seinerseits hinlänglich das genauere Eingehen in jene Speciallehre. Vorher aber bedarf es noch einer kurzen, abgrenzenden Bemerkung.

Es giebt zahlreiche Fälle, wo die ganze Obligation selbst wieder nur Mittel ist zur Sicherung eines, von ihrem nächsten begriffsmässigen Zweck und Interesse unabhängigen, weiteren juristischen Zweckes und Interesses. So tritt es namentlich ein bei Conventionalstrafen und gesetzlichen Privatstrafen. Der nächste, zum Begriffsinhalt gehörige, Zweck der Obligation ist

hier die Sicherung der Strafzahlung. Dieses der Obligation einverleibte pecuniäre Interesse⁵⁾ wird hier aber nur verwendet im Dienst eines anderen, oft über die Grenzen des Vermögensgebietes völlig hinausliegenden, Interesses, welches dann seinerseits auch für den Rechtsbestand und die Fortdauer der Obligation bedingend werden kann.

Ist bei Conventionalstrafen das hier im Hintergrunde stehende Interesse seiner Natur nach unsittlich oder unerlaubt: so ist die ganze Obligation von vorn herein nichtig. Etwas Weiteres als die Abwesenheit eines solchen Verstosses gegen die gute Sitte wurde bei Pönalstipulationen nicht gefordert. Insbesondere braucht nicht etwa ein eigenes Vermögensinteresse des Stipulator weiter zu Grunde zu liegen. Indem die Quellen nur bei einem solchen im strengeren Sinne von „*id quod interest*“ reden⁶⁾: so heisst es hier geradezu „*poenam cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis*“ (fr. 38 §. 17 d. V. O.).

War hingegen bei einem *bonae fidei Contract* durch formlosen Nebenvertrag eine *poena* versprochen: so besteht für die Gültigkeit noch die weitere Voraussetzung, dass der Ausbedingende ein eigenes Vermögensinteresse oder doch wenigstens ein besonders begründetes Affectionsinteresse am Nichteintritt des Umstandes habe, gegen den durch die Conventionalstrafe gewirkt werden soll⁷⁾. Fällt also dieses Interesse hinweg, ehe der in

5) Wenn hier auch die Pönalobligation direct auf eine feste Geldsumme abgestellt sein mag: so lässt sich trotzdem sehr wohl von einem ihr unmittelbar zu Grunde liegenden Vermögensinteresse reden. Beruht es doch auf einem Missverständniss, als ob für den Begriff des Vermögensinteresses der erst vorzunehmende Umsatz im Gelde wesentlich sei, so dass am Gelde selbst kein Interesse stattfindet (vgl. Cohnfeldt Interesse S. 4).

6) Indess spricht doch auch z. B. Paulus (fr. 14, §. 1 d. servo corr. 11, 3) unbedenklich von einem Interesse (*interest nostra*) „*animum liberorum nostrorum non corrumpi*“; welches Interesse von ihm als ein rein ethisches ausdrücklich dem pecuniären Interesse gegenübergestellt wird, das der Herr im analogen Fall hinsichtlich seines Slaven hat, wo er „*pauperiorem se factum esse probare potest, dignitate et fama domus integra manente*“.

7) fr. 6 u. 7 d. serv. export. 18, 7 und dazu F. Mommsen Beiträge

condicione befindliche Umstand eintrat: so muss danach auch die Strafobligation zusammenfallen⁸⁾.

Bei den gesetzlichen Obligationen auf reine Privatstrafe liegt stets nach dem Begriff der Sache ein bestimmtes weiteres ethisches Interesse zu Grunde. Der effective Vermögenserwerb des Einen auf Kosten des Andern, behufs dessen Sicherung diese Obligation positiv begründet ist, ist doch wieder nur gedacht als Mittel, um den Bruch der öffentlichen Rechtsordnung zu sühnen, beziehentlich um dem Verletzten persönliche Genugthuung zu geben. Daher kann denn solche Obligation auch aus dem Grunde erlöschen, weil jenem ethischen Interesse schon sonst Genüge geschehen ist. So muss z. B. die Obligation auf Privatstrafe untergehen, wenn der Verletzte, in einem Falle, wo ihm diese Wahl gelassen war (fr. 3 d. privat. delict. 47, 1), den Antrag auf öffentliche Bestrafung vorzog. Ferner erklärt es sich gewiss auch aus dem gleichen Grunde, wenn bei solchen Obligationen ein ipso jure erfolgender Untergang auch durch nudum pactum angenommen wurde⁹⁾, sofern damit der Verletzte die ihm schuldige Genugthuung durch Verzeihung als erfüllt anerkannte.

zum Obl. R. Bd. 2 S. 21, Cohnfeldt Interesse S. 73 fg. Der Satz „in bonae fidei iudiciis affectionis ratione recte agitur“ und die Begründung „cum beneficio adfici hominem intersit hominis“ setzt also immer voraus, dass der Obligation unmittelbar ein Vermögensinteresse innewohnt. Es ist hier nur das zur Begründung der auf Strafzahlung gerichteten Obligation erforderliche weitere indirecte Interesse gemeint, als welches hier statthafter Weise auch ein blosses Affectionsinteresse sein darf.

8) Nehmen wir ein modernes Beispiel. In der Stadt B bestanden früher zwei Dienstmannsinstitute des X und Y. Der X pflegte seinen Angestellten eine Conventionalstrafe von 100 Fr. aufzuerlegen, falls sie binnen Jahresfrist nach ihrem Austritt in das Institut des Y eintreten würden. Gewiss lag hier ein berechtigtes Interesse zu Grunde, da namentlich die Gefahr eines Mit-hinüberziehens erworbener Kunden nahe liegt. Gab aber nach dem Austritt eines Einzelnen der X sein Institut aus allgemeinen Gründen ganz auf, so ist damit auch die bedingte Obligation auf den bezeichneten Geldbetrag als solche vernichtet, so dass die Conventionalstrafe nicht mehr verwirkt werden kann, auch wenn nachher noch binnen Jahresfrist jener Ausgeschiedene in das Institut des Y eintreten sollte.

9) Fr. 17 §. 1 d. pact. 2, 14. Der Satz geht hinaus über den Kreis

In dem Kreise der obligationes poenales tauchte hier auch noch folgende merkwürdige Erscheinung auf. Die poena (bei uns der einfache Ersatz) wegen furtum ist ja demjenigen zu zahlen, der nach der, oft einem Wechsel ausgesetzten, Gestaltung der Verhältnisse wesentlich das Interesse daran hat „rem subreptam non esse“. Liess also Jemand, dem vertragsmässig die custodia einer Sache oblag, sich dieselbe culpos entwenden: so hat er wegen seiner dadurch begründeten Haftpflicht jenes Interesse, mithin auch das Forderungsrecht auf die Strafe. Wird aber die Haftpflicht des Custodienten, durch dessen Vermögensverfall, der Sache nach für den Eigenthümer illusorisch oder erleidet etwa der letztere mit Unrecht eine rechtskräftige Abweisung seiner Klage gegen den Custodienten: so springt damit das Interesse „rem subreptam non esse“ und damit jene Strafobligation auf den Eigenthümer hinüber. Dies immer vorbehaltlich der Möglichkeit einer Rückkehr zum ersten Inhaber, sobald nämlich jener Vermögensverfall noch rechtzeitig durch plötzliche Glücksfälle wieder aufgehoben wird oder eine Restitution gegen die rechtskräftige Abweisung der Contractsklage erfolgt. Sogar dann noch, wenn schon Einer der Beiden litem bei der actio furti contestirt hatte, kann mit dem Wegfall jenes vorbedingenden Interesses die Obligation in der Person des Klägers aufhören. Sie springt hier deshalb, unbefriedigt wie sie ist, ganz ungehindert auf den Andern hinüber, weil dieser voraussetzungsweis ein ebenso ursprüngliches Recht auf die poena hat wie der Erstere und weil nachträglich die Voraussetzung sich noch zu seinen Gunsten entscheidet¹⁰⁾.

der s. g. actiones vindictam spirantes, auf die allein die Formel „in bonis nostris non computantur, antequam litem contestamur“ sich bezieht.

10) Fr. 12 pr. fr. 91 (Javolenus lib. IX ex post. Labeonis) d. furt. 47, 2 „furti eatenus habet actionem, quatenus ejus interest.“ Ein anderer, interessanter Anwendungsfall einer, auf der Grundlage eines wandelbaren Interesses, hin und her springenden Obligation findet sich in fr. 30 §. 1 ad l. Aquil. (Paulus libr. XXII ad edictum). Ist eine verpfändete Sache durch culpa eines Dritten vernichtet: so hat im Allgemeinen der Eigenthümer die actio legis Aquiliae. Wird aber z. B. der Schuldner zahlungsunfähig („propter inopiam debitoris“): so springt damit, wegen des nunmehr durchschlagenden selbständigen Interesses des Pfandgläubigers, die bezügliche actio und obligatio ex lege Aquilia „usque ad modum debiti“

Gegenüber solchen Erscheinungen ist dann freilich auch der andere Fall denkbar, dass eine, kraft eines vorbedingenden Interesses einmal entstandene, Obligation von dessen Fortdauer in ihrem Rechtsbestande unabhängig ist. So verhält es sich bei der Obligation auf eine arbiträre Privatbusse (*officio judicis aestimanda* fr. 14, §. 1 d. serv. corr.), welche bei doloser Verführung von Hauskindern utiliter dem *paterfamilias* gegeben wird. Auch wenn unmittelbar nachher das Hauskind verstorben sein sollte, muss doch auch hier auf jeden Fall die einmal begründete Obligation fort dauern. Grade wie es bei sofortigem Tod des *servus corruptus* doch als Grundsatz galt, dass „*nec exstinguitur semel nata actio*“ mit der Motivirung „*praeteritae enim utilitatis aestimatio in hoc iudicium versatur*“ (fr. 5, §. 4 und fr. 6 h. t.).

§. 7. Stellung des Obligationsunterganges kraft *concursum causarum* unter den Aufhebungsgründen der Obligation.

Im Einklang mit allen den bisherigen Ausführungen würde es stehen, wenn der Untergang der Obligationen im Fall des *concursum causarum lucrativarum* zurückgeführt wird auf die Befriedigung des identischen Vermögensinteresses, zu dessen Sicherung die Obligation diente, und auf den dadurch bewirkten Wegfall ihres Zweckes. Es ist dies die Eine der beiden Hauptkategorien, unter die sich die sämmtlichen einzelnen Aufhebungsgründe der Obligation, deren Begriffe gemäss, subsumiren lassen müssen, anstatt wie gewöhnlich nach mehr oder weniger äusserlichen Gesichtspunkten gruppirt zu werden. Die andere Hauptkategorie, die uns hier nicht genauer angeht, umfasst die Fälle, wo nicht von der Seite des Zweckes her, sondern direct von der des Mittels oder des juristischen Apparates aus die Obligation zu Grunde

utiliter auf den Pfandgläubiger hinüber; während sie dem Eigenthümer „*in id quod debitum excedit*“ verbleibt. Wird inzwischen die Zahlungsfähigkeit des Schuldners durch Glücksfälle wieder hergestellt: so muss die Obligation vollständig zum Eigenthümer zurückkehren. Vgl. zur Erklärung des Fragmentes sonst Pernice „zur Lehre von den Sachbeschädigungen“ (1867) S. 201—204.

geht; sei es dass der Parteiwille auf die Vernichtung der letzteren als solche sich richtete¹⁾, sei es dass die Rechtsordnung durch ihre positive Satzung allen Schutz zurückzog, wie z. B. bei der Verjährung, sei es dass die Kraft des zwingenden Apparates ohne dies von sich aus versagt.

Unter jene erstere Kategorie würde nun also der *concursum causarum lucrativarum* neben der *solutio* und einer Reihe verwandter Fälle, wie wir sie zum Theil vorhin schon kennen lernten, zu stehen kommen. Es ist aber interessant zu verfolgen, wie nahe man bisweilen dieser Erkenntniss schon gekommen war. Und wichtig ist es zu erklären, wie es geschah, dass man trotzdem nicht völlig bis zum Ziel hindurchdrang. Mit der Erklärung des Grundes jenes Fehlgehens wird am besten der Gefahr eines Rückfalls in die alten Irrthümer vorgebeugt sein.

Sehr nahe kam der Sache namentlich schon Donellus, der in der Kunst der Auffassung und Entwicklung des inneren Zusammenhanges aller einzelnen Rechtssätze und Rechtsinstitute bisher Unübertroffene. Unter der Rubrik der *mutatio status obligationis* stellt er neben einander die drei Fälle²⁾: natürlichen oder civilen Untergang der geschuldeten Sache, so dass eine wirkliche Unmöglichkeit der Leistung vorliegt; Beerbung des Gläubigers durch den Schuldner oder umgekehrt des Schuldners durch den Gläubiger; endlich unseren speciellen Ausgangsfall. Grundvoraussetzungen des Bestandes der Obligation sind ihm nämlich die drei: „*res quae promittitur*“, sodann „*personae eorum, inter quos obligatio intercedit*“, endlich „*adquirendi finis*“ mit der Erläuterung „*est enim omnis obligatio in hoc comparata, ut adquirat quisque quod sua interest*“. Zur Ausfüllung der durch den Wegfall der dritten und letzten Grundvoraussetzung gegebene-

1) Möglich ist dabei, dass zur Sicherung der Befriedigung des identischen Vermögensinteresses sofort ein neuer entsprechender juristischer Apparat anstatt des alten begründet wird. Hierin gerade besteht der Begriff der *novatio*. Zu weit aber geht es, wenn z. B. Liebe (die *Stipulation* S. 172) von der *Novation* geradezu sagt „materiell ist (bei ihr) nur eine Obligation vorhanden“.

2) *Comment. jur. civ. lib. XVI c. 1 §. 4*. Nach der sich daran anschliessenden Einzelausführung des ersten Falls gelangt er in c. 4 zur *confusio obligationis*, in c. 5 zu unserem Specialfall.

nen Unterrubrik hat nun Donellus gerade nur den *concursum causarum lucrativarum*.

Es stimmt diese Auffassung des Donellus mit unseren früheren Ausführungen darin vollkommen überein, dass jener Aufhebungsgrund unmittelbar mit dem Zweck der Obligation und dessen Wegfall in Zusammenhang gebracht wird³⁾. Diese richtige Erkenntniss ist aber bei Donellus noch durch ein Doppeltes getrübt. Zunächst durch die Weise wie er den Satz „*extinguitur obligatio, si in eum casum incidit, a quo incipere non potest*“, als wäre es ein allgemein gültiger Rechtssatz, einmischt und direct anwendet; während jener Satz doch nur ein ganz beschränktes Anwendungsgebiet und eine ganz relative Wahrheit hat⁴⁾. Der Hauptfehler aber steckt darin, dass unser Fall so völlig isolirt wird, dass er ausser allen Zusammenhang tritt mit der *solutio* und den dieser verwandten Aufhebungsgründen. Gerade als ob nicht der letzte innere Grund der Aufhebung in allen diesen Fällen ebenfalls zuträfe, nämlich die Erfüllung des Zweckes der Obligation. Es ist das der Fehler, in welchem seitdem dem Donellus fast alle Anderen gefolgt sind. Der Grund für eine so allgemeine Verkennung eines so klaren Zusammenhanges liegt, wie schon bemerkt, gewiss vor Allem in der gewöhnlichen Ueberschätzung des Momentes der „Handlung“. Denn nahm man es einmal in den Begriff der Obligation auf, dass sie ganz wesentlich auf eine solche Handlung des Schuldners gerichtet sei: so musste es dann freilich als etwas Vereinzelt, wo nicht Singuläres erscheinen, wenn die Obligation auch durch Herstellung des identischen Erfolges kraft selbstständigen Rechtsgrundes völlig erlischt.

Einige wenige neuere Juristen haben jene Verwandtschaft unseres Falles mit der *solutio* wirklich instinctiv herausgefühlt und offen anerkannt, sind aber sonst wieder nicht zur vollen Klarheit hindurchgedrungen. So wenn Puchta (Pand. §. 288) und Keller (Pand. §. 271) den Fall unter die Rubrik der uneigentlichen Zahlung stellen⁵⁾. Die Bezeichnung als uneigent-

3) So auch unter den Neueren Heimbach, *Creditum* S. 229 Anm. 1, in einer ganz beiläufigen und gelegentlichen Bemerkung.

4) Richtig im Allg. Arndts in Glück's *Pand. a. a. O.* S. 282 fg.

5) Aehnlich lehrte auch v. Savigny in seinen Vorlesungen, dass

liche Zahlung enthält nur eine ganz richtige Hindeutung auf das Problem, nicht eine Lösung desselben. Da es „eigentlich“ und in Wahrheit gar keine *solutio* ist: so ist damit nur die Frage gestellt, worin das gemeinsame wirkende Element der beiden Aufhebungsfälle besteht. Dogmatisch ist mit der blossen Hinstellung jener Analogie noch Nichts gewonnen. Ist ja doch die *solutio* nicht als ein positiv abgegrenztes Rechtsinstitut zu denken, mit eigenthümlich fixirten Rechtssätzen, welche zunächst auf Rechtsacte, die genau unter den Typus der *solutio* fielen, anzuwenden wären, und die dann ohne Weiteres analog auf andere Fälle angewandt werden könnten. Vielmehr ist es lediglich eine Sache des conventionellen Sprachgebrauchs, wenn mit dem Ausdruck *solutio* im engeren Sinn eine Reihe von Fällen bezeichnet wird, wo durch die Herstellung des obligationsmässigen Erfolgs die Obligation nach der Absicht des Leistenden erlischt. Es giebt daneben noch manche andere Fälle, wo das Wesen der Sache und der innere Grund der Befreiung des Schuldners ganz die nämlichen sind und wo doch der Ausdruck *solutio* im engeren, technischen Sinne nirgends angewendet wird. Oder wird z. B. das fortgesetzte Prästiren der *res ad usum habilis* seitens des locator, die fortgesetzte obligationsmässige Behandlung der Sache seitens des Niessbrauchers entsprechend der *cautio „se usurum fructurum boni viri arbitrato“* irgendwo in den Quellen als ein continuirliches *solvere* seitens des debitor prädicirt⁶⁾?

Verhält sich das aber in dieser Weise, so bestätigt es sich daraus neu, dass die Fälle und Sätze der *solutio* im engeren

hier der blosse Zufall erfülle und stellte demgemäss den Fall unter das Princip, dass auch ein Dritter für den Schuldner erfüllen könne. Selbst bei Sell mischt sich ein derartiger Erklärungsversuch andeutungsweise noch ein, wenn er z. B. sagt, dass bei Erwerb *ex alia lucrativa causa* „die Forderung in jeder Hinsicht vollkommen erfüllt ist“ (S. 61), „dass der wahre Gegenstand der obligatio bereits gegeben war“ (S. 63). Auch hier wiederholt sich die Frage (vgl. oben §. 1 Anm. 7), wie damit Sell's Grundansicht vereinigt werden soll?

6) Wir sehen hier natürlich ab von der weiteren Bedeutung des Wortes *solutio* im Sinn von Paulus „*solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem*“ (fr. 54 d. solut.).

Sinne, innerlicher erfasst und aus der Substanz der Obligation, parallel jenen anderen Fällen, begründet werden müssen. Nur daraus, dass man sich bei der Auffassung der solutio als eines gegebenen positiven Rechtsinstituts beruhigte, anstatt diese Lehre innerlich zu construiren, erklärt es sich auch, dass man hinsichtlich des concursus causarum lucrat. im besten Falle über die Bezeichnung als „uneigentliche Zahlung“ nicht hinauskam. Was in dieser Bezeichnung schon an und für sich Richtiges und Branchbares steckt: das wird nur der historische Gedanke sein, dass erst später und nach der Anerkennung der tilgenden Kraft der blossen materiellen solutio der gleiche Grundgedanke auch für den Fall des concursus c. l. zum Durchbruch gelangte⁷⁾. Und zwar wurde hier ähnlich wie bei der solutio der Untergang der Obligation als ipso jure eintretend, wenigstens zu Julian's Zeit, anerkannt⁸⁾. Wir werden aber später sehen, dass die innere spezifische Differenz der beiden Fälle — wonach im einen Falle um dieser bestimmten Obligation selbst willen und auf sie hin das bezügliche Interesse befriedigt wird; im anderen aus einem anderen selbständigen Rechtsgrunde — doch auch äussere praktische Differenzen weiter aus sich heraus erzeugen muss.

Der richtigen dogmatischen Lösung unseres Problems und damit der richtigen systematischen Stellung des concursus causarum lucrat. unter den Aufhebungsgründen der Obligationen ist man aber auch noch von einer andern Seite her, ohne es selbst deutlich gewahr zu werden, sehr nahe getreten. Es ist dies nämlich geschehen vom Gesichtspunkte der Lehre von der s. g. Klagenconcurrentz her. Man formulirte hier die Frage gewöhnlich

7) So erklärt es sich auch, dass die Römischen Juristen einigemal in unserer Lehre die Analogie der solutio nebenbei geltend machen. So Africanus (libr. V quaest. fr. 108 §. 1 d. legat. I) „si id quod ex testamento mihi debes, quilibet alius servo meo donaverit, manebit adhuc mihi ex testamento actio, et maxime si ignorem rem meam factam esse. Alioquin consequens erit, ut etiam si tu ipse servo meo eam donaveris, invito me libereris. Quod nullo modo recipiendum est, quando ne solutione quidem invito me facta libereris. Aehnlich für eine andere specielle Frage Paulus libr. LXXII ad edict. fr. 83 §. 6 d. v. o.

8) Vgl. Sell a. a. O. S. 179 fg. Arndts a. a. O. S. 310.

dahin, wann durch die Realisirung einer von mehreren concurrirenden Klagen ausser der realisirten Klage selbst auch die anderen erlöschen. Als das dafür entscheidende Moment wollte v. Savigny⁹⁾ die Identität des juristischen Gegenstandes bezeichnen. Bei der Vieldeutigkeit dieses Ausdrucks liegt darin gewiss keine genügend klare Antwort, wovon das Gefühl aus v. Savigny's Darstellung selbst hervorleuchtet. Fast noch mehr gilt dies von der Formel, dass es auf Identität des materiellen Rechtsverhältnisses ankomme. Denn sofern formell mehrere verschiedene und selbständige Rechte vorhanden gedacht werden, fragt es sich erst gerade, ob und unter welcher Voraussetzung eine materielle Identität derselben überhaupt angenommen werden darf. Einen wirklichen Schritt zur Lösung hin enthält Huschke's¹⁰⁾ Weisung, es sei „zu bestimmen, ob nach der Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses, aus dem die concurrenten Klagen herrühren, das Unrecht, über welches sich der Kläger beschwert, wirklich dasselbe materielle Vermögensinteresse betrifft“. Hiermit steht es ganz im Einklang, wenn Wächter¹¹⁾ die Identität des juristischen Zweckes in den Vordergrund stellt. Und Windscheid, der diese Formel früher¹²⁾ als zu unbestimmt verwarf, erkennt sie neuerdings¹³⁾ selbst unter den bisher vorgeschlagenen immer noch als die beste an und sucht den Begriff der Identität des Zweckes genauer zu veranschaulichen durch ein Beispiel, welches uns unmittelbar zu unserer speciellen Ausgangslehre zurückführt. Der Anspruch auf Verschaffung einer bestimmten individuellen Sache, so sagt W. ganz richtig, welcher Jemandem aus einem Kaufe zusteht, wird durch die Befriedigung des Anspruchs, wel-

9) System des heut. R. R. Bd. 5 S. 208 u. 209. Neuerdings formulirt Bekker (Actionen Bd. 2 S. 10 nam. Anm. 9) unsere Frage dahin, wann „zwei sonst verschiedene Ansprüche nur dasselbe Leistungsobject haben“, und beklagt den Mangel jeder Präcisirung eines Begriffes „Leistungsobject“ im Röm. Recht.

10) Zeitschr. f. Civilrecht u. Process. N. F. Bd. 2 S. 187, vgl. 182 fg.

11) Würtemb. Privatrecht Bd. 2 S. 458—460.

12) Die actio des Röm. Civilrechts (1856) S. 36.

13) Pand. (ed. 4. 1875) Bd. 1 §. 121 Anm. 10.

chen er auf Verschaffung derselben Sache aus einer Schenkung hat, nicht beseitigt. „Die Verschaffung hat im ersten Fall den Zweck, ihm ein Aequivalent für das von ihm gezahlte oder zu zahlende Kaufgeld zu geben, im zweiten ihm eine Liberalität zu erweisen“. Ist es hierdurch nicht kraft eines unzweifelhaften *argumentum a contrario* angezeigt und gegeben: dass, wenn die Verschaffung derselben Sache in beiden Fällen *ex lucrativa causa* geschuldet wäre, der Untergang auch der andern Obligation durch die einmalige Befriedigung ganz in Uebereinstimmung mit jener über die Klagenconcurrentz aufgestellten Schulregel erfolgen würde? Denn gerade nur deshalb weil in dem gewählten Beispiel die eine Obligation nicht auf *causa lucrativa* beruhte, wird ja dort die für den fraglichen Obligationsuntergang als erforderlich gesetzte Identität des Zweckes verneint.

Wie erklärt es sich nun aber, dass Windscheid trotzdem den *concursum causarum lucrativarum* doch später (Pand. §. 360 sub 3) auf die ganz verschiedene Grundlage der unverschuldeten Unmöglichkeit der Erfüllung zurückführt, eine Grundlage, aus der auch eine sachlich verschiedene Lösung mancher Einzelfragen unserer Lehre mit zwingender Konsequenz sich ergibt? Wie kommt es, dass in unserer Literatur auch sonst Niemand den *concursum causarum lucrativarum* unter die Lehre von der Klagenconcurrentz, so wie sie bisher üblich ist, subsumirte? Obwohl doch Ulpian *libr. XLVI ad Sabinum fr. 10 d. act. empti vend. 19, 1* in einem nahe angrenzenden Falle mit dem Ausdruck „*duae obligationes in ejusdem persona de eadem re concurrentes*“ den Ausdruck „*duae actiones concurrentes*“ abwechselt. Der Grund ist gewiss der, dass in allen Fragmenten der classischen Juristen, welche sich direct und speciell auf den *c. c. lucrat.* beziehen, immer unmittelbar für die Legate oder Stipulationen und für die daraus stammenden Obligationen das Erlöschen durch einmal erlangte Befriedigung ausgesprochen wird, zufällig nirgends für die daraus erwachsenden *actiones*. Freilich kann dies auf die Dauer nicht beirren, der einmal richtig erkannt hat, dass auch da, wo lediglich *actiones concurrentes* erwähnt werden, nicht blosse verschiedene Klagsmittel im rein processualischen Sinne gemeint zu sein pflegen, sondern in der Wirklichkeit eine Mehrheit von Rechten nach der Seite ihrer processualischen Erscheinungs-

form, wengleich zur Sicherung des nämlichen Vermögensinteresses und zur Erreichung des gleichen Zweckes¹⁴⁾. Begreiflich aber ist es, dass man die richtig erkannte Wahrheit nicht gleich in ihre letzten nothwendigen Konsequenzen verfolgte und so noch Grenzen und Unterscheidungen festhielt und anerkannte, die nur bei der verworfenen Auffassung der *actio*, als eines aus Rechtsverletzung entstandenen formalen Mittels zur Ausgleichung dieser Verletzung, gerechtfertigt scheinen konnten. Ergiebt sich uns also die Grenze zwischen sonstigen *actiones concurrentes* und zwischen „*duae obligationes* oder *actiones in ejusdem persona de eadem re ex lucrativa causa concurrentes*“ als hinfällig, ist vielmehr für diese Fälle das nämliche Grundprincip entscheidend: so ist allerdings doch der folgende Unterschied zuzugestehen. Ueber die bisher übliche Lehre von der Klagenconcurrentz gehen die Sätze über *concursum c. l.* insofern hinaus, als sie sich eben sowohl auch auf den Fall beziehen, wo die andere lucrative Leistung ganz ohne Weiteres erfolgte, d. h. ganz ohne Dazwischenkunft einer andern *obligatio* und einer anderen möglichen *actio*, von deren Erlöschen die Rede sein könnte. Aber jene Lehre von der Klagenconcurrentz ist auch in ihrer bisherigen Fassung und systematischen Stellung unhaltbar.

Sehr mit Recht ist schon bemerkt worden¹⁵⁾, dass der Kern dessen, was man unter die Rubrik der Klagenconcurrentz zu stellen pflegt, in die Lehre von der Beendigung der Obligationen gehört. Dieser Kern ist ja nur der folgende: eine Obligation erlischt durch die volle Befriedigung des ihr zu Grunde liegenden Interesses und die damit gegebene Erreichung ihres Zweckes selbst dann, wenn dieser Erfolg auch nicht aus ihr und auf sie selbst hin eintrat, sondern aus anderem selbstständigem Rechtsgrunde. In dieser Fassung aber passt die Lehre, richtig verstanden, eben so gut auch auf die sämmtlichen Fälle des *concursum c. lucrativarum*. So gewinnen diese Fälle, von hier aus be-

14) So in der Hauptsache richtig schon Windscheid die *actio* S. 34.

15) Von Windscheid a. a. O. S. 32 fg. Dass die *rei vindicatio* mit der irgendwie erfolgten Wiederherstellung des dem dinglichen Rechte entsprechenden Zustandes von selbst erlischt: das bedarf, wie W. bemerkt, im System gewiss keiner weiteren besonderen Hervorhebung.

trachtet, noch ein neues theoretisches Interesse. Die verhältnissmässig reiche quellenmässige Detailentwicklung, die ihnen zu Theil geworden ist, und die daran anknüpfende Untersuchung mögen dazu beitragen, auch den wahren Kern und Sachverhalt dessen, was man bisher als Lehre von der Klagenconcurrentz vortrug, näher zu bestimmen und an einem Hauptanwendungsfall zu illustriren.

An eine völlige Uniformität der sämtlichen unter jenes Grundprincip gehörigen Fälle bis in alle Einzelheiten hinein, ist freilich in keiner Weise zu denken. Es kann auch hier nicht fehlen, dass der nämliche allgemeine Grundgedanke je nach den verschiedenen, besonderen Voraussetzungen, an denen er sich manifestirt, in mancher Hinsicht auch zu verschiedenen besonderen Gestaltungen und Erscheinungen führt. So wird sich denn auch, wenngleich das Hauptaugenmerk auf den speciellen Ausgangsfall gerichtet bleiben muss, eine Berührung verwandter Fälle nicht ganz vermeiden lassen, schon um der Verdeutlichung durch die Analogie und durch den Gegensatz willen.

§. 8. Einzelne Erfordernisse, insbesondere Identität der Personen.

In der knappen Form der überlieferten Römischen Rechtsparömie wird die einheitliche Grundlage unseres Satzes über die Concurrentz mehrerer *causae lucrativae* in zwei Untervoraussetzungen begrifflich gespaltet. „*Nam traditum est*“, heisst es im §. 6 J. d. legat. 2, 20, „*duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse*“. Auch hier also scheint, ähnlich wie es in der Lehre von der Klagen-Konsumption üblich ist, das Erforderniss von subjectiver und objectiver Identität unterschieden werden zu können. Besser aber ist, um die Gefahr einer Verwirrung ganz verschiedenartiger Dinge und Fragen im Keime abzuschneiden, eine solche Formulierung zu vermeiden. Handelt es sich doch in unserem Falle um mehrere durchaus selbständige von einander unabhängige Rechtsgründe, die nur in dem identischen Zweckmoment eine Berührung haben. Und fragt es sich doch nur nach dem Einfluss, den die Verwirklichung dieses Zweckmoments auf eine so unabhängige

Obligation ausübt; ganz einerlei ob nun jene Verwirklichung erst auf eine andere obligatio und actio hin, oder ganz unmittelbar und spontan ohne die Dazwischenschiebung eines weiteren rechtlichen Spannungsverhältnisses erfolgt.

Wenn nun aber die Zuwendungen, um welche es sich handelt, verschiedenen Personen zugeordnet sind: so ist damit natürlich die Identität des Interesses und Zweckes aufgehoben. Es sind dann auch objectiv verschiedene Interessen und Zwecke begründet. In diesem Sinne ist also Identität des Subjects, zu Gunsten dessen die *causae lucrativae* obwalten, für den Obligationsuntergang Voraussetzung. Es ist gemäss dieser Begründung nur die Seite des Gläubigers, auf welche das Requisit der *eadem persona* sich bezieht. Bevor aber dies Requisit genauer veranschaulicht und auseinandergelegt wird, ist auch nach der schuldnerischen Seite hin ein Blick zu richten.

Ob mehrere lucrative Obligationen gegen einen und den nämlichen Schuldner sich richten, oder gegen mehrere verschiedene, muss uns, für ihren Untergang durch die einmalige Erreichung ihres identischen specifischen Zweckes als solchen, offenbar als irrelevant erscheinen. Die Quellen freilich heben als besonders bemerkenswerth ausdrücklich immer den Fall hervor, wo die mehreren lucrativen Forderungen gegen verschiedene Personen als Schuldner gerichtet sind. So ist man neuerdings zu der Behauptung gekommen¹⁾, dass überhaupt in allen Fällen, wo die Forderung auf Geben derselben Sache gegen einen und denselben Schuldner gerichtet ist, „die Regel über den *concursum causarum lucratarum* nicht schlechthin Anwendung finde“. Man hat für solche Fälle gradezu die Bezeichnung eines uneigentlichen *concursum c. l.* erfunden²⁾. Die praktische Auszeichnung desselben soll dann darin bestehen, dass hier der Schuldner auch durch „einmalige blosse Werthzahlung, als Surrogat der Sachleistung, ganz befreit werde“.

1) Arndts in Glück's Commentar S. 304 fg. Vgl. überhaupt S. 296 fg. sub 4.

2) Sell a. a. O. §. 7 S. 71—95, vgl. auch §. 8 S. 95—117.

Sachlich ist nun in der That eine solche gänzliche Befreiung auch durch einmalige blosse Werthzahlung allenthalben da begründet, wo einer ersten Obligation, mag sie nun ihrerseits wirklich auf *causa lucrativa* beruhen oder nicht, eine zweite Obligation nach dem irgendwie erklärten Willen des Urhebers in der Weise zur Seite tritt, dass überhaupt nur eine einmalige Realisirung soll erzwungen werden können³⁾.

Hier ist dann aber keinen Falls wirklich ein Zusammentreffen zweier *lucrativae causae* vorhanden.

Dem nachfolgenden Rechtsgeschäfte, mag es von der nämlichen oder einer anderen Person ausgehen, liegt hier vielmehr die Absicht einer Bestärkung der früher begründeten Obligation unter. Es beruht insofern seinerseits wesentlich auf der *causa solvendi* im weiteren Sinne des Wortes, gar nicht auf einer selbstständigen *causa lucrativa*. Aus diesem Gedanken erklärt sich auch eine, bisher noch nicht völlig correct aufgefasste Stelle Julian's (libr. XXXIII Dig.) fr. 84, §. 2 d. legat. I: „Si Sempronius Titium heredem instituerit et ab eo post biennium fundum dari iusserit Maevio, Titius deinde ab herede suo eundem fundum Maevio praesenti die legaverit et Maevius pretium fundi ab herede Titii receperit, si ex testamento Sempronii fundum petere velit, exceptione repelli poterit (si pretio fundi contentus non erit)“.

Man hat gemäss der bisher herrschenden Auffassung des Vermächtnissbegriffs, immer zwei *causae lucrativae* in dieser Stelle erblickt.

In Wahrheit aber liegt hier gar kein *concursum causarum lucrativarum* vor. Denn in so weit das zweite Vermächtniss den Inhalt der älteren Obligation wirklich aus Liberalitätsabsicht verbessert, nämlich durch Verfrüherung des Leistungstermins, steht es auch mit diesem Liberalitätsinhalt für sich isolirt da. In der Hauptsache ist es vielmehr nur *solvendi*, oder wie sich die Quellen bei solchen Vermächtnissen lieber ausdrücken, „*compensandi animo*“ getroffen⁴⁾.

3) Fr. 18 d. v. o. (Pomponius libr. X ad Sabinum, „Qui bis idem promittit ipso jure amplius quam semel non tenetur.“

4) Vgl. die Erklärungsversuche von Schrader ad §. 6 J. d. legat. 2, 20

In solcher Weise lässt es sich in der That aus dem Willensinhalt und dem Character des Rechtsgeschäfts besonders begründen, wann und wo schlechthin auch die blosse Werthzahlung die andere Obligation wenigstens *ope exceptionis*⁵⁾ tilgt. Nehmen wir nun aber den einfachen, folgenden Fall.

Titius hat eine Sache rein schenkungshalber versprochen. Maevius hat ganz unabhängig davon, ohne irgend etwas von jenem Vorgang zu wissen, eine, im Object und Subject damit übereinkommende, Schenkungspflicht begründet. Nachher hat der Eine jener Schuldner den Andern beerbt. Ist hier die individuelle Sache selbst einmal geleistet: so erlöschen also in strengster Anwendung der Regel über den c. c. l. unzweifelhaft beide Obligationen. Es lässt sich dies Erlöschen gar nicht anders unterordnen als unter jene Regel in ihrer strengsten und buchstäblichsten Fassung. So ist mithin die Regel über den c. c. l. hier „schlechthin“ und „eigentlich“ als zutreffend anzuerkennen. Dies selbst dann, wenn daneben auch die blosse Werthzahlung befreiend wirkte. Es wäre dies ein Satz, der aus besonderem, eigends festzustellendem, Grunde noch selbständig, für den Fall des Zusammentreffens der mehreren *lucrativen* Obligationen in der Person des nämlichen Schuldners, neben jener Regel herginge.

An einer solchen besonderen Begründung, die wirklich als zutreffend anzuerkennen wäre, fehlt es indess durchaus. Oder kann man es wirklich (mit Arndts a. a. O. S. 304 u. 305) „regelmässig und im Zweifel immer hier als den Willen der Parteien“, insbesondere des Gläubigers annehmen, gegen den blossen Werthempfang auf die eine Obligation hin, auch die ganz selbständige andere Obligation preiszugeben, welche doch ihrem spezifischen Zwecke nach noch unerfüllt ist? Kann die Gleichsetzung von

von Sell 77 u. S. 105 Anm. 2 und von Arndts a. a. O. S. 296 und 97. Die Schlussworte von fr. 84 §. 2 sind als Glossen mit Krueger zu streichen.

5) Vgl. darüber G. Hartmann, Begriff u. Natur der Vermächtnisse S. 35–55. Es lässt sich nicht sagen, dass „darum, weil beide Vermächtnisse an sich gültig sind, Julian gegen die zweite Klage ein *Exceptio* giebt“ (Arndts S. 297). Vielmehr bedarf es darum, weil die Vermächtnissobligation trotz erfolgter Werthzahlung *jure civili* gültig bleibt, einer *exceptio*. Diese aber beruht ihrerseits darauf, dass das zweite Vermächtniss nur *solvendi animo* gemacht ist.

Sache und Geldinteresse im juristischen Erfolg der Leistung, wie sie bei der richterlichen pecuniaria condemnatio Platz greift, ausgedehnt werden über die einzelne Obligation hinaus, für welche gerade sie gemacht wird? Und kann man es in der That ein „wunderliches Recht“ nennen, wonach die Unvorsichtigkeit, nicht zuerst die Sache selbst zu geben, oder die verschuldete Unmöglichkeit dies zu thun, dem Schuldner den Nachtheil brächte, dass er nun noch einmal aus einem anderen Rechtsgrunde auf die nämliche Sachleistung belangt werden könnte?

Wir gehen nunmehr dazu über, das Erforderniss der Identität des Gläubigers in Anwendung auf ein paar specielle Fragen noch etwas genauer zu bestimmen.

I.

Setzt die Regel über den concursus causarum voraus, dass die mehreren Forderungen ursprünglich zu Gunsten des nämlichen Gläubigers entstanden? Oder genügt es, wenn auch nur durch einen späteren Vorgang, insbesondere in Folge der Beerbung eines Gläubigers durch den andern die mehreren Forderungsrechte sich in der gleichen Person vereinigten? Im letzteren Fall sind allerdings von vornherein trotz der Gleichheit des äusseren Objects zwei innerlich verschiedene rechtliche Interessen vorhanden und jede Obligation hat ihren eigenen, von dem der andern ganz unabhängigen juristischen Zweck. Sobald aber nachher Identität des Gläubigers in den beiden Obligationen eintritt, fällt auch jene juristische Scheidewand. Das rechtliche Ziel jeder der beiden Obligationen trifft nun völlig mit dem der andern zusammen, so dass seine Erreichung kraft der einen Obligation auch der andern präjudiciell wird. Haftete also der nämliche Schuldner mehrfach: so erlangt er durch jene zufällige Vereinigung den erheblichen Vortheil, nunmehr durch einmalige Vornahme der specifischen Leistung von beiden Obligationen befreit zu werden.

Nach Julian's Aeusserung (in fr. 18 d. o. et a.) über einen solchen Fall „si is qui Stichum dari stipulatus fuerat, heres extiterit ei, cui ex testamento idem Stichus debebatur: si ex te-

stamento Stichum petierit, non consumet stipulationem“ behauptete man zwar früher wohl das Gegentheil⁶⁾. Allein Julian's motivirende Schlussworte „quia initio ita constiterint hae duae obligationes, ut altera in iudicium deducta, altera nihilo minus integra maneret“ erheben es über allen Zweifel, dass hier nicht von der Wirkung der durch Klage erlangten Erfüllung, sondern nur von der Wirkung der processualischen Consumtion als solcher die Rede ist⁷⁾. „Eadem res“ liegt hier nicht vor im Sinne der strengen Voraussetzungen der Processconsumtion, so dass diese auch der andern Obligation mit gelten würde; sie liegt aber wohl vor in dem andern und weiteren Sinne, wie er für die übliche Lehre von der Klagenconcurrentz gültig ist.

II.

Kann bei einer activen Correalobligation, wenn hier der eine Correalgläubiger die geschuldete specifische Leistung ex alia lucrativa causa empfing, dies die ganze Correalschuld auch dem andern Gläubiger gegenüber vernichten? Setzen wir einmal folgenden Fall. Ein Erbe ist testamentarisch belastet, für den einen zweier Freunde des Testators auf seine Kosten ein bestimmtes Gemälde anzukaufen, so dass jeder der beiden ungetheilt Gläubiger sein soll; der Eigenthümer des Bildes hat es dann ganz von sich aus dem Einen zum Geschenk gemacht. Ist damit jede Klage auch des Andern ausgeschlossen? Da die Quellen in dieser Hinsicht keinerlei Antwort geben: so ist ganz selbständig vom letzten Grunde der Lehre aus die Entscheidung zu finden. Insofern ist die Frage, wie schwer sie auch praktisch werden mag, doch theoretisch besonders interessant und bietet eine Art von Prüfstein für die verschiedenen Grundauffassungen.

Am klarsten kommt dieser letztere Zusammenhang bei Kuntze⁸⁾ zum Ausdruck. Ganz offen erkennt er an, dass es

6) So glossa ad h. l. „Tertii dicunt, quod propter diversitatem personarum hoc contingit, quae diversitas fuit in principio.“ Und nam. noch de Retes a. a. O. in Meermann thes. tom. VI p. 389.

7) So schon Sell a. a. O. S. 38—42, und Arndts a. a. O. S. 303 Anm. 84. Noch Cujacius ad Juliani Dig. libr. LIII sub hac lege glaubte die richtige Annahme nur retten zu können durch die willkürliche Hineintragung einer onerosa causa in die von Julian vorausgesetzte Stipulation.

8) Die Obligation etc. dritter Abschnitt §. 47 sub 7 S. 194.

sich hier nur um die Anwendung eines ganz allgemeinen Grundprincips auf einen besonderen Fall handelt, und zwar wie er annimmt, um die Anwendung der Regel, dass unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung den Schuldner von der Obligation ipso jure befreit. Die Antwort aber auf die Frage nach der Wirkung solcher Leistungsunmöglichkeit kann, „da hier alle Obligationen denselben Inhalt haben“, nur dahin gehen, dass „jene Thatsache alle in gleicher Weise trifft“. Und allerdings bestände hier wirklich eine objective Unmöglichkeit der Leistung „ebenso wie beim Untergang der geschuldeten Sache“: so wäre ja die Entscheidung, dass davon die sämtlichen Correalgläubiger gleichermaßen betroffen werden, unvermeidlich. Aber tritt es denn nicht gerade in unserem vorgelegten Falle deutlicher noch als sonst zu Tage, dass hier gar nicht von einer Gleichstellung des vorausgesetzten Thatbestandes mit dem des Unterganges der Sache die Rede sein kann? Denn was hindert hier irgend den Erben, sich mit seinem Kaufversuch jetzt ebenso an den neuen Eigentümer zu wenden, wie er es hätte an den früheren Eigentümer thun können, um dann die erkaufte Sache dem andern Legatar zu leisten, beziehentlich im Fall misslungenen Kaufversuchs die aestimatio der Sache?

Andere Rechtslehrer haben es denn auch instinctiv, ohne weitere Begründung, für unzweifelhaft erklärt: dass, wenn der eine Correalgläubiger die ex lucrativa causa geschuldete spezifische Leistung anderweitig ex lucrativa causa empfangen habe, davon nur diese einzelne Sonderobligation betroffen werde⁹⁾. Schwerlich lässt sich diese Entscheidung begründen aus der angeblichen Tendenz des Römischen Rechts gegen reine Vermögensbereicherungen; noch auch lässt sie sich direct zurückführen auf quaestio voluntatis und Auffassung des Parteiwillens. Vollends würde sie mit einer starren Anwendung der aus der besonderen Natur der solutio fließenden Sätze geradezu in Widerspruch

9) Vangerow Pand. ed. 7 Bd. 3 S. 93 vrb. „und ebenso kann auch nicht bezweifelt werden, dass, wenn das Forderungsrecht des einen Gläubigers durch c. c. l. oder durch wegfallendes Interesse, oder durch Verwirkung zur Strafe weggefallen ist, dies auf die obligatio der übrigen Correalgläubiger keinen Einfluss hat“. Aehnlich Sintenis, prakt. Civ. R. Bd. 2 §. 89 und Baron, Gesamtrechtsverhältnisse §. 29 S. 334.

stehen. Leicht und vollständig hingegen wird sich die Entscheidung ableiten lassen auf der Grundlage unserer Auffassung der Lehre. Es mag dies am deutlichsten hervortreten, wenn wir zunächst mit unserem Falle den einer passiven Correalobligation in Contrast stellen, wo nothwendig die umgekehrte Entscheidung sich ergibt. Setzen wir also, dass Jemand ex lucrativa causa mehrere Correalschuldner hatte und dass er nun die geschuldete species von aussen her durch Schenkung erwirbt. Da hier durch die Befriedigung des identischen Vermögensinteresses der Obligationzweck gänzlich erreicht und als solcher beseitigt ist: so folgt es ja unabweislich, dass beide Correalschuldner gleichermaßen befreit werden müssen.

Bei der activen Correalobligation hingegen leuchtet es von selbst ein, dass ihr das an sich verschiedene Interesse Mehrerer zu Grunde liegt, mithin, wenn das Interesse des Einen durch Befriedigung zum Wegfall gebracht ist, dadurch an sich noch keineswegs das des Andern aufgehoben ist. So steht hier mithin auch der Fortdauer der Obligation des andern Correalgläubigers an und für sich Nichts im Wege. Insofern diese doch mit zum Untergang gebracht werden soll: lässt sich dies nicht aus der allgemeinen Natur der Obligation überhaupt ableiten, sondern nur aus der besonderen juristischen Gestaltung gerade der Correalobligation. Diese Gestaltung beruht aber wieder nur auf dem besonderen Parteiwillen. Der Zweck der mehreren realen Einzelobligationen, die wir in ihrer ideellen Gesamtheit „Correalobligation“ nennen, ist durch den Parteiwillen erklärtermaßen¹⁰⁾ als ein gleichgeltender gesetzt, in dem Sinn und in

10) Was man seit Ribbentrop gewöhnlich die „Einheit des objectiven Bestandes“ (bei Mehrheit der subjectiven Beziehungen) nennt, das ist in Wahrheit das, durch besonderen Parteiwillen in mehrere Obligationen einverleibte, einheitliche oder gleichgeltende Zweckmoment, welches hier also ausdrücklich behufs seiner einmaligen Erreichung zur Grundlage mehrerer Verpflichtungsverhältnisse gemacht worden ist.

Im Gegensatz dazu kann man von den s. g. bloss solidarischen Obligationen sagen, dass ihnen die Gleichheit des Zweckes bloss „tacite inest“. Und diese Gleichheit oder Identität des Zweckes mit den daraus fließenden Consequenzen, ist hier überhaupt historisch sicher erst später zur Erkenntniss und Anerkennung gelangt, namentlich erst bei den präto-

der Weise, dass auf Grund dieses ganzen Obligationsapparats hin nur eine einmalige Erreichung jenes Zweckes erfolgen, beziehentlich klageweis erzwungen werden soll. Damit ist denn freilich gegeben, dass auch die Forderung des zweiten Correalgläubigers erlischt, sobald insbesondere solutio erfolgte, d. h. sobald die Befriedigung des ersten Correalgläubigers in unmittelbare Beziehung zu des Schuldners, diesem Gläubiger gegenüber bestehender, obligatio durch den Willen des Leistenden gesetzt wurde. Mag nun dieser Leistende der Schuldner selbst sein, oder ein Dritter in seinem Namen. Ist hingegen der erste Correalgläubiger auf einen ganz selbstständigen lucrativen Titel hin des durch die Obligation bezweckten Erfolges theilhaft geworden: so fehlt jeder Grund, um in den Untergang dieser Obligation auch das Forderungsrecht des zweiten Correalgläubigers zu verstricken. Hat ja doch in diesem Fall der Obligationsapparat selbst noch gar nicht gewirkt und seine Kraft noch nicht verzehrt.

III.

Es ist noch zu prüfen, ob das Erforderniss der Personenidentität, welches in der vorhin erörterten Weise an dem Verhältniss der activen Correalobligation sich wirklich bewährte, auch nach folgender anderen Beziehung hin entscheidend ist. Auf Grund eines, schon früher (S. 15 u. S. 66 in Anm. 7) berührten Fragmentes von Africanus entstand nämlich die Lehre¹¹⁾: es sei die Identität in der Person des Gläubigers so sehr in der vollen Strenge des Wortes genommen, dass nicht einmal dann die Obligation wegen des c. c. l. aufhöre, wenn das ex

rischen Delictobligationen; dann analog in anderen Fällen. Vergl. auch oben §. 6 Anm. 4.

Auf das Problem der Correalobligationen müssen wir im Zusammenhange des zweiten Abschnittes noch kurz zurückkommen. Eine zusammenfassende und erschöpfende neue Entwicklung des ganzen Problems der Correalobligationen wird wohl erst dann mit sicherer Aussicht auf wirklichen Erfolg wieder in Angriff genommen werden können, wenn vom Standpunkte der verschiedensten Einzellehren aus neue Bausteine dazu gewonnen sind.

11) de Retes l. c. p. 389 §. III vrb. „circa eandem personam“. Majansius l. c. §. 15; Schrader ad §. 6. J. d. legat. vrb. „in eundem hominem“ und nam. Sell a. a. O. S. 35—37.

causa lucrativa dem dominus Geschuldete dem servus desselben geschenkt werde.

Allein, eine wirklich perfecte Schenkung angenommen, so wäre es ja bei der bekannten rechtlichen Stellung des servus, als eines blossen Erwerbsinstruments für den Herrn, im strengsten Sinne des Wortes die identische Person, in welcher die beiden causae lucrativae zusammenträfen¹²⁾. Nach diesem Gesichtspunkte müsste also die Regel über das Erlöschen der Obligation ganz unabweichlich zur Anwendung gelangen. Wo steckt denn nun aber der wahre juristische Grund, wenn trotzdem hier die Obligation noch bestehen bleibt?

Eine minder tiefe Betrachtung könnte zu der Annahme führen, als ob hier eine wahre, mehr oder weniger singuläre Ausnahme von jener Regel vorläge, die man nach Analogie der Sätze über die solutio angenommen hätte. Africanus argumentirt ja so. Ginge bei Besenkung unseres servus seitens eines Dritten die ältere lucrative Obligation ohne unseren Willen unter: so müsste sie gleichermassen untergehen auch bei Schenkung seitens des Schuldners selbst; „quod nullo modo recipiendum est, quando ne solutione quidem invito me facta libereris.“ Der entscheidende Grund für die „Ausnahme“ möchte hiernach auf den ersten Blick darin gefunden werden, dass hier sonst „durch das Rechtsgeschäft mit dem Slaven eine Forderung des Herrn vernichtet würde, was ohne dessen Einwilligung so wenig wie durch Zahlung an denselben zulässig ist“¹³⁾.

Deuten aber nicht, genauer erwogen, die Worte von Africanus selbst mit Bestimmtheit darauf hin, dass keineswegs die Analogie der für die solutio im engeren Sinn anerkannten Einzelsätze der wahre Grund und die wahre Norm der Entscheidung ist? Nicht einmal durch solutio, oder sogar durch solutio nicht erfolgt unter der gedachten Voraussetzung die Befreiung des Schuldners — so ist der Gedanke des Africanus —, noch viel weniger also durch c. c. lucrativarum. Während es zu dem

12) Aehnlich schon Arndts a. a. O. S. 270, der deshalb die Subsumtion von Africanus Entscheidung unter das Requisit von eadem persona ganz mit Recht für „unpassend“ erklärt.

13) So Arndts a. a. O. S. 269.

durch die Doctrin ausgebildeten Begriffe der wahren und rechtsgültigen solutio gehört, dass die Leistung auch an das rechte und befugte Organ geschehe: muss für die Entscheidung des, unserer besonderen Lehre angehörigen, Falles ein anderer selbständiger Grund vorhanden sein als die blosser Nachahmung des bei der solutio Geltenden. Danach muss denn auch das praktische Resultat verschieden ausfallen, je nachdem dort dem Erwerbsorgan eines Gläubigers ex lucrativa causa die geschuldete Sache solvendi oder donandi causa geleistet war. Worauf beruht nun jener andere, selbständige Grund? Nur in folgender Erwägung wird er gefunden werden können.

Keineswegs entspricht es unserem Interesse, uns von jedem Beliebigen eine Schenkung aufdringen zu lassen. Haben wir obenein die nämliche Sache schon von einem Dritten zu fordern: so tritt dies Interessewidrige nur noch deutlicher zu Tage. Aber auch, abgesehen von einem solchen Fall, behält der Satz „non potest nolenti liberalitas acquiri“, wie ihn Ulpian fasst (fr. 19 §. 2 d. donat.), seinen Bestand¹⁴⁾. Verweigern wir daher die Acceptation der Schenkung als solcher: so befindet sich das von unserem Erwerbsorgan Erworbene nicht ex lucrativa causa, sondern sine causa in unserem Vermögen und ist daher der conditio sine causa unterworfen. Der wahre Grund von Africanus Entscheidung ist also einzig der, dass nach der besonderen Natur der Schenkung bei noch ausstehender Acceptation die andere causa lucrativa noch nicht perfect geworden ist, also auch ein wirklicher concursus c. l. überall nicht vorliegt. Anstatt nun diesen wahren inneren Grund klar und offen als solchen hinzustellen, versucht Africanus vielmehr, nach der oft beobachteten Weise der classischen Juristen, die instinctiv richtig erfasste Entscheidung durch eine einfache, scheinbar schlagende Analogie plausibel zu machen.

Die von Africanus eingeschobenen Worte „maxime si ignorem rem meam factam esse“ harmoniren indessen mit dem wahren

14) Angedeutet findet sich dieser Grund namentlich schon bei Cujacius im tractatus V ad Africanum ad fr. 108 §. 1 cit. und bei Arndts a. a. O. S. 268 Anm. 22; indess ist er hier nicht rein und consequent genug durchgeführt.

ren inneren Sachverhalt insofern auf's Beste, als häufig im vorgelegten Falle das Wissen um den Erwerb, in Verbindung mit dem Unterbleiben einer Verwahrung gegen die causa der Schenkung, für die Acceptation derselben als solcher concludent sein kann. Bevor aber solche Acceptation erweislich erfolgte, kann nach jenem wahren inneren Grunde auch der ganze und volle Betrag der älteren lucrativen Obligation noch wirklich eingeklagt werden; während die solutio im gedachten Falle doch nach Prätorischem Recht durch das Organ der doli exceptio (fr. 4 §. 4 de doli exc. 44, 4) ihre tilgende Kraft ganz oder doch theilweise in den meisten Fällen wirklich äussern wird.

Was uns nach alledem Africanus' Fragment lehrt und bestätigt¹⁵⁾, sind die folgenden beiden Sätze. Einmal für unsere besondere Lehre der Satz, dass die andere lucrativa causa, um tilgend wirken zu können, auch wirklich als solche perfect sein muss. Sodann der Satz, dass für die Schenkung insbesondere eine Acceptation derselben als solcher erforderlich ist und zwar seitens der Hauptperson selbst, nicht seitens blosser abhängiger Erwerbsorgane.

§. 9. Einzelne Erfordernisse, insbesondere Identität des äusseren Leistungsgegenstandes.

Als oberstes objectives Erforderniss für unseren Fall von Obligationsuntergang wird in der einmüthig herrschenden Lehre vorausgesetzt: dass es dieselbe individuell bestimmte Sache (eadem species) sei, welche aus dem einen und dem andern Rechtsgrunde gefordert wird, beziehungsweise erworben ist. Keine Anwendung erlitte darnach die fragliche Rechtsregel, wenn die beiden lucrativen Rechtsgründe sich auf eine Quantität fungibler Sachen beziehen, oder wenn eine nicht individuell, sondern nur der Gattung

15) Insofern bleibt also dem Fragment eine praktische Bedeutung noch für das heutige Recht, auch wenn darin ein dem direct entschiedenen Falle „wesentlich gleichartiger Fall nicht mehr vorkommt“ (so Arndts S. 270 fg.) Die Richtigkeit der letzteren Annahme hängt aber von der Vorfrage ab, ob nicht ein Haussohn dem Vater auch ohne dessen Willen noch dann direct Eigenthum erwirbt, sobald er freiwillig als blosses Erwerbsorgan auftrat. Vergl. Arndts Pandekten §. 76 sub 1.

nach bestimmte Einzelsache das Object dieser Erwerbsgründe bildet ¹⁾).

Entstanden sind diese Lehrsätze zunächst daraus, dass allerdings fast die sämtlichen Pandektenfragmente entweder den Ausdruck species selbst gebrauchen oder doch eine mit bestimmtem Namen bezeichnete Einzelsache als Beispiel erwähnen. Bestärkend wirkte es dann, dass man die „Unmöglichkeit der Leistung“ sei es nur nebenbei, sei es sogar ausschliesslich als Grund jener Rechtsregel erklärte. Solche Unmöglichkeit scheint freilich nur im Fall einer geschuldeten Species herauszukommen.

Wie aber reimt sich, so fragen wir

I.

jene beschränkende Voraussetzung zusammen theils mit dem von uns erkannten Princip der Lehre, theils mit dem wahren Stande der Quellen? Die Beantwortung dieser Frage mag zugleich die praktische Tragweite unseres Grundgedankens genauer illustriren und demselben neue äussere Bestätigung und Sicherung zuführen.

Kein Einwand gegen die hier fraglichen Lehrsätze lässt sich zunächst dem Falle entnehmen, wo die mehreren Verpflichtungsacte, wenn sie auch auf lucrative Verschaffung einer Quantität von Fungibilien sich richten mögen, doch nach erklärtem Parteilwillen nur verschiedene rechtliche Organe für den identischen juristischen Zweck erzeugen. Gerade weil hier erklärtermassen nur mehrere Mittel zur Sicherung des Einen Vermögensinteresses und des Einen Zweckes vorliegen, wird hier eadem res im strengsten Sinne des Wortes d. h. im Sinne der alten Processconsumtion angenommen. Daher ist es auch ganz irrelevant, ob die dabei zu Grunde liegende causa eine lucrative oder onerose ist; so dass mithin der Fall aus dem Gebiete unserer speciellen Rechtsregel ausscheidet.

Aber lassen sich nicht andere Fälle denken, wo wirklich nur auf Grund unserer, richtig aufgefassten, Rechtsregel das Erlöschen einer andern lucrativen Obligation stattzufinden hat, obwohl keineswegs eine individuell bestimmte Sache als Leistungsobject bei

¹⁾ Vergl. nam. Sell S. 45 fg. u. S. 117—133. S. 134—142 u. Arndts S. 271 fg.

derselben fixirt war? Dass in der That die Rechtsregel an sich auch Fälle der letzteren Art mit umfassen kann, lässt sich sogar aus einem Responsum des Paulus (libr. XIV resp. fr. 87 pr. d. legat. II), worin man sonderbarer Weise meist das Gegentheil findet ²⁾, bestimmt begründen.

Der hier vorgelegte Fall ist der folgende. „Titia Sejo tesseram frumentariam comparari voluit, post diem trigesimum a morte ipsius. Quaero cum Sejus viva testatrice ³⁾ tesseram frumentariam ex causa lucrative habere coepit, nec possit id quod habet petere, an ei actio competat.“ Die Entscheidung des Paulus geht dahin „ei, de quo quaeritur pretium tesserae praestandum, quoniam tale fideicommissum magis in quantitate quam in corpore consistit.“ Die für diese Entscheidung präjudizielle Frage konnte sich hier wahrlich nicht, wie man gemeint hat, darauf beziehen, ob das vorliegende Vermächtniss als das einer individuell bestimmten Sache zu betrachten sei, oder nicht. Vielmehr ist unzweifelhaft eine Getreidemarke ex genere, als Gattungssache vermacht. Und trotzdem zweifelte der Fragende, ob nicht die Regel über den c. c. l. zutrefte; wie es die Worte „nec possit id quod habet petere“ zeigen. Es ist hier noch klarer als in andern Fällen, dass diese Worte nicht den Gedanken an eine angeblich schon an und für sich begündete „Unmöglichkeit der Leistung“ ausdrücken sollen. Denn mochte auch eine mehrfache Verabfolgung von Getreide an den Nämlichen auf Grund mehrerer Marken unzulässig sein: so schloss dies doch in Nichts die Möglichkeit aus, auf Grund einer andern Obligation die Leistung ei-

²⁾ So z. B. Sell S. 124 fg. Arndts S. 271 fg.

³⁾ Diese letzteren beiden Worte bezeichnen nur eine, für die Hauptentscheidung irrelevante, zufällige Zuthat des concreten Falles. Schon die Glosse ad §. 6 J. de legat. 2, 20 bemerkt zu den Worten „vivo testatore“ ganz richtig „idem est, si post mortem“. Der Unterschied ist nur, dass, wenn der Legatar schon die legati cedente die vermachte Sache ex causa lucrative inzwischen erworben und wirklich noch im Eigenthum hat, die Vermächtnissforderung sofort im Keime erstickt ist; während bei späterem lucrativen Erwerb des identischen Objects die rechtskräftig entstandene Forderung erst später erlöschen würde. Die beste und gründlichste Ausführung dieses Satzes, welcher Nichts weiter hinzuzufügen ist, s. bei Arndts a. a. O. S. 277—288.

ner zweiten Marke bewirken zu lassen. Der Erwerber mochte darüber entweder zu Gunsten eines Dritten verfügen, oder für den Fall zufälligen Verlustes der ersten Marke selber noch Vortheil davon ziehen.

Der Zweifelsgrund „nec possit id quod habet petere“ kann also nur im Sinne unserer Grundauffassung verstanden werden. Also dahin, dass durch die lucrative Erlangung einer irgendwelchen Getreidemarke der identische Zweck des Vermächnisses dem Legatar persönlich eine Anwartschaft auf ein bestimmtes Getreidequantum zu verschaffen, schon erreicht sei, und der Legatar deshalb das zweite, diesem Zwecke dienende Mittel nicht mehr verwenden könne. Und wenn Paulus jenen Zweifel an der fortbestehenden Kraft des zweiten lucrativen Rechtsgrundes verwirft: so beruht dies nur darauf, dass er nach der singulären Natur des vorliegenden Vermächnisgegenstandes die Identität des Zweckes in Abrede stellt.

Der gleiche Zweifel über die Natur unseres Vermächnisgegenstandes kehrt auch bei einer andern Frage und in einem andern Fragmente des Paulus wieder (lib. V ad l. Jul. et Pap. fr. 49, §. 1. d. leg. II), welches auf's Beste unsere Behauptung bestätigt. Paulus referirt hier: „si Titio frumentaria tessera legata sit et is decesserit, quidam putant; extinguere legatum.“ „Sed, fährt er fort, hoc non est verum. Nam cui tessera vel militia legatur, aestimatio videtur legata.“

Jene „quidam“ mussten consequent auch in unserer speciellen Lehre anders entscheiden und die zweite Klage verwerfen. Paulus kommt ja nun über diese Entscheidung nur durch die Deutung des Vermächnisses hinweg: dass die Getreidemarke wie die militia nur als Ausdruck eines danach bemessenen abstracten Geldwerthes verwendet und vermacht sei, nicht als spezifisches Gut. Danach haben freilich auch die mehreren Zuwendungen jede ihr von dem der andern unabhängiges Interesse und einen selbständigen Zweck. Man braucht also anstatt dessen nur an solche Zuwendungsfälle zu denken, welche zwar eine nur der Gattung nach bestimmte Sache zum Gegenstand haben, jedoch so, dass das einmalige Lucriren einer unter jene Gattung fallenden Species erkennbar den Zweck der Obligation erfüllt. Und sofort wird sich danach auch die Entscheidung anders bestimmen müssen. Als

anschauliches Beispiel mag der Fall dienen, wo mehrere selbstständige Obligationen ex lucrativa causa sich auf Ergänzung eines bestimmten, defect gewordenen Viergespanns oder eines incompletten literarischen Werkes richteten. Sind hier von Seiten des einen Schuldners zur Ausfüllung jener Lücken irgend welche, dazu geeignete Sachen aus der entsprechenden Gattung wirklich geleistet worden: so muss mit dem dadurch erreichten und zum Wegfall gebrachten Obligationzwecke nothwendig auch die Obligation des andern Schuldners erlöschen.

Wie unzulässig es ist, den c. c. l. bloss unter der Voraussetzung des Geschuldeteins individuell bestimmter Sachen anzuerkennen, tritt auch noch nach folgender Richtung hin deutlich zu Tage. Es lässt sich denken, dass aus mehreren selbständigen lucrativen Rechtsgründen, z. B. die Bewirkung eines bestimmten opus, etwa die Herstellung eines Gebäudes aus gewissen Materialien des Andern geschuldet wird. Muss denn nicht bei einer solchen, auf reines facere gerichteten Obligation nothwendig hinsichtlich unserer Frage ganz das gleiche Princip entscheiden, wie wenn eine Species geschuldet wäre? Kein Wunder daher, wenn Paulus in einem längst ganz richtig⁴⁾ auch auf unsere Rechtsregel mit bezogenen Fragment (lib. V ad Plautium fr. 61 d. solut.) sich ganz allgemein so ausdrückt „in perpetuum quotiens id quod tibi debeam ad te pervenit et tibi nihil absit, nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio.“

Im Einklang damit spricht auch die im §. 6 J. d. legat. überlieferte Rechtsparömie allgemeiner davon „duas l. c. in eadem rem concurrere non posse;“ Worte, die man wahrlich nicht deshalb einschränkend zu interpretiren braucht, weil die zahlreichsten Pandektenfragmente bestimmter und enger von dem gewöhnlichsten Falle der eadem species reden.

4) Vergl. Sell a. a. O. S. 59. Das Fragment betrifft freilich zunächst gerade auch den Fall mit, dass auf die nämliche Obligation hin, deren Tilgung in Frage steht, eine Leistung erfolgte. Nur auf diesen letzteren Fall bezieht es einseitig Windscheid (Krit. Zeitschr. Bd. 2, 1855 S. 133 Anm. 16). F. Mommsen hingegen (Unmöglichkeit der Leistung a. a. O. S. 260) umgekehrt nur auf den Fall, wo aus einem andern selbständigen Rechtsgrunde, insb. kraft einer anderen Obligation jene Leistung erfolgte.

II.

Eine besondere Betrachtung gebührt noch dem Verhältniss unserer Rechtsregel zu einer Obligation, die sich alternativ auf mehrere individuell bestimmte Sachen bezieht. Ist die gewöhnliche⁵⁾ Lehre richtig, wonach hier die Anwendung jener Regel wegen der Beschaffenheit des Gegenstandes der Forderung nicht eintreten kann, weil nämlich dieser Gegenstand nicht bei beiden Erwerbsgründen Eine bestimmte Species ist? Es sind hier aber folgende beiden Fragen genauer, als es zu geschehen pflegt, auseinander zu halten.

Ist, so fragt es sich zunächst, die Forderung der nämlichen alternativ geschuldeten Sache, welche von anderwärts her lucrativ geleistet wurde, ein für allemal erloschen, einerlei ob etwa gleichzeitig die andere der beiden Species casuell unterging? Solches Erlöschen der Forderung hinsichtlich der lucrativ erlangten Sache ist nun gemäss unserer Grundauffassung unzweifelhaft anzunehmen. Insofern kommt hier also unsere Rechtsregel als solche allerdings zur Anwendung; während hingegen bei entgeltlichem Erwerb jener Sache jedenfalls⁶⁾ noch „*id quod creditori abest*“ in der Obligation zurückbleiben würde.

Aber, fragt es sich zweitens, ist nicht bei wirklich lucrativem Erwerb der einen Sache die Obligation schlechthin erloschen, so dass auch die andere, noch in Natur vorhandene Sache keinesfalls mehr gefordert werden könnte? Diese Frage wäre freilich ohne Weiteres in verneinendem Sinne entschieden, wenn sich wirklich in der bisher üblichen Weise ein solcher späterer Erwerb der Sache Seitens des Gläubigers mit dem casuellen Untergang der

5) Sell a. a. O. §. 11 S. 174—178 und Arndts S. 275 u. 76.

6) Die kurzen Worte des Pomponius (libr. VI ad Sabinum fr. 16 d. V. O.) „*Si Stichum aut Pamphilum mihi debeas et alter ex eis meus factus sit ex aliqua causa, reliquus mihi debetur a te*“ lassen sich natürlich nicht für das Gegentheil anführen. Pomponius will es hier nur als die allgemeingültige Regel feststellen, dass die andere Sache noch gefordert werden kann. Ob nicht in dem besonderen Fall, wo die Obligation ex lucrativa causa ist, und wo der vorausgesetzte Erwerb ein entgeltlicher war, daneben auch das „*id quod creditori abest*“ alternativ in obligatione bleibe, diese Frage liegt hier ganz ausserhalb seiner Betrachtung.

Sache, unter der Rubrik „Unmöglichkeit der Leistung“ völlig auf eine Linie stellen liesse. Dann verständete es sich ja damit von selbst, dass die alternative Obligation, auf den übrigbleibenden Gegenstand fixirt, fortbestehen bleiben müsste. Wer aber wird es denn nicht in der That als den ernstlichsten Unterschied empfinden, ob er eine Sache, die ihm geschuldet war, jetzt wirklich in seinem Eigenthum hat, oder ob sie wegen casuellen Unterganges nie in sein Eigenthum treten konnte? Also kann es auch sein, dass hinsichtlich unserer Frage die beiden Fälle verschieden zu behandeln sind. Und so verhält es sich wirklich dann, wenn wir uns wieder einmal denken, dass etwa nur zum erklärten Zweck der Ausfüllung einer gegebenen Lücke in einem bestimmten Ganzen die alternative Obligation begründet war. Ist dann kraft eines anderweiten lucrativen Erwerbs einer geschuldeten Species dieser Zweck völlig intentionsgemäss erreicht: so ist es nicht minder klar, dass wirklich die Obligation völlig erlischt; während wenn durch casuellen Untergang die eine Species aus dem Gebiet der Leistungsmöglichkeit ausschied, die andere Species noch geschuldet bliebe.

Aber wie wenn eine solche besondere Individualisirung des erklärten Obligationszweckes fehlt? Für alle diese gewöhnlichen Fälle steht allerdings in der classischen Jurisprudenz der Fortbestand der Obligation, auch unter der Voraussetzung des anderweiten lucrativen Erwerbs der einen Species, zweifellos fest. Julian (libr. XXXIII. Dig. fr. 82, §. 6 d. legat. I) entscheidet speciell für den Fall der Concurrenz zweier solcher alternativ auf den Stichus und Pamphilus bezüglicher Obligationen, dass nach Empfang des Stichus aus der einen, noch Pamphilus aus der andern gefordert werden könne „*quia et si uno testamento Stichus aut Pamphilus legati fuissent, et Stichus ex causa lucrativa⁷⁾ meus factus fuisset, nihilo minus Pamphilum petere possem*.“ Auch ist es für diese Entscheidung im Resultat irrelevant, ob der Gläubiger oder der Schuldner das Wahlrecht hat bei der alternativen Obligation⁸⁾.

7) d. h. wie der Gedankengegensatz fordert, aus einer nicht-alternativen, oder ohne alle zwischengeschobene Obligation.

8) Freilich hebt Julian in einem andern Fragment des nämlichen

Wie aber erklärt und begründet es sich nun, dass bei anderweitem selbständigen Erwerb der einen Sache die Entscheidung eine andere ist wie bei Erwerb auf Grund wahrer solutio? Offenbar in ähnlicher Weise, wie wir es schon früher bei einem andern Falle sahen (im §. 8, — II.). Die besondere Natur und der besondere Zweck der alternativen Obligation bringt es mit sich, dass auf diesen Obligationsapparat hin nur die Leistung der einen Sache erfolgen soll. Seine Kraft ist dann, nach der in ihn gelegten Bestimmung, aufgezehrt. Hingegen lässt der allgemeine in der Obligation verkörperte Zweck, indem er potentiell auf ein doppeltes Object sich bezieht, Spielraum genug offen für den Fortbestand der Obligation, wenn ganz abgesehen von ihr die eine Alternative des in Obligation befindlichen Interesses durch Erfüllung zum Wegfall gelangte. Bekam aber der Gläubiger beide alternativ geschuldeten Sachen anderwärts her geschenkt: so ist dann freilich kraft alleiniger Wirkung unserer Rechtsregel über den c. c. l., die Obligation schlechthin dem Untergang verfallen.

Setzen wir endlich noch den Fall, dass der Gläubiger die eine der beiden Sachen ankaupte, die andere geschenkt empfing. Es steht fest, dass hier das „*id quod creditori abest*“ noch kraft der Obligation ex lucrativa causa geschuldet wird. Steht hier aber nicht dem Schuldner, wenn er unter den alternativ geschuldeten Sachen die Wahl hat, wie im Zweifel bei obligatorischen Verträgen, die Befugniss zu, sich durch Zahlung des etwa geringeren

Buches (fr. 84, §. 11 d. legat. I.) die Voraussetzung, dass der Fordernde das Wahlrecht hat, besonders hervor. „*Si Titio Stichus aut Pamphilus, utrum eorum mallet legatus est, deinde Pamphilum testator Titio donavit: Stichus in obligatione remanet.*“ Diese Hervorhebung rechtfertigt sich aber dadurch, dass im concreten Fall der Testator selbst es war, der die eine Spezies dem Legatar noch bei Lebzeiten leistete. Denkt man sich nämlich in diesem Fall das Wahlrecht des Legatars hinweg: so würde in jener Leistung eine anticipirte Erfüllung des Vermächtnisszweckes durch den eignen Urheber und insofern zugleich ein Widerruf des Vermächtnisses selbst gefunden werden müssen. Keineswegs ist es daher richtig, dass in den beiden Fällen von fr. 82, §. 6 und von fr. 84, §. 11 d. legat. I. „ganz das Gleiche gilt“ (Sell a. a. O. S. 177). Auf das Richtige hingegen führt die Ausführung von Arndts S. 287 u. 88.

Werthes der andern Sache abzufinden? Erkennt man eine solche Befugniss des Schuldners an für den Fall des casuellen Untergangs der einen Sache: ⁹⁾ so ist sie sicher, auch in unserm Falle nicht zu versagen. Mag im Uebrigen auch immer der ernstlichste innere Unterschied zwischen den beiden Fällen anzuerkennen sein; mag danach auch der anderweite lucrative Erwerb der Einen alternativ geschuldeten Species seitens des Gläubigers unter Umständen für den Schuldner befreiend wirken, mithin günstiger für ihn sein als unter den gleichen Umständen der casuelle Sachuntergang es wäre. Unmöglich darf man doch jenen ersteren Thatbestand nachtheiliger für den Schuldner wirken lassen als den letzteren. Der Schuldner ist gleichermassen unschuldig daran, mag die eine Sache auf die erstere oder auf die letztere Weise völlig aus der Obligation heraustreten. Mit welchem Grunde könnte man ihm also hier eine Wahlbefugniss in einem Falle versagen, die man ihm im andern bereitwillig ertheilt? In diesem Sinne ist also der die Frage bejahenden Meinung von Arndts (a. a. O. S. 276) ohne Zweifel beizustimmen.

III.

Am leichtesten und einfachsten endlich macht sich die Anwendung unserer Grundauffassung auf den Fall, wo wirklich eine einzige individuell bestimmte Sache es ist, auf die sich die mehreren lucrativen Rechtsgründe beziehen. In dieser Hinsicht bleibt es sich gleich, ob die Sache ungetheilt geschuldet wird, oder ob nur zu einem ideellen Theile, sobald nur dieser ideelle Theil z. B. durch den Zusatz „*quae Maevii est*“ (fr. 66, §. 1. d. legat. II) bestimmt individualisirt ist. Gingen nämlich z. B. zwei Obligationen unbestimmt auf die Hälften: so kann man nicht sagen, dass sie das identische Ziel haben, da ja die verschiedenen Hälften als verschiedene Leistungsobjekte für sie bleiben¹⁰⁾.

9) Mit Fr. Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung S. 310 fg. Nam. auf Grund von Ulpian's fr. 47, §. 3. d. legat. I: „*Si Stichus aut Pamphilus legetur — placuit et si alter decesserit alterum omnimodo praestandum, fortassis vel mortui pretium*“, in Verbindung mit dem zwingenden argumentum a contrario, welches sich aus fr. 95, §. 1 d. solut. 46, 3 ergibt.

10) Sell a. a. O. §. 10 S. 142 fg. Arndts S. 272. Hat der Gläubiger

Wie aber reimt es sich mit unserem Grundprincip zusammen: dass, wenn anstatt der geschuldeten identischen Species deren Geldwerth geleistet ist, zwar wohl die Bestimmung dieser speciellen Obligation als erfüllt gilt, doch aber die andere auf den nämlichen Zweck gerichtete Obligation bestehen bleibt? Mit der Erklärung dieses Umstandes scheint allerdings die Theorie, welche Unmöglichkeit der Leistung als obersten Entscheidungsgrund annimmt, viel leichteres Spiel zu haben. Nur schade, dass, wie wir sahen, diese Theorie an und für sich überhaupt haltlos ist.

In Wahrheit aber löset sich das Problem von unserem Standpunkte aus sehr leicht durch die folgende Betrachtung. Das Geld ist doch niemals vollständiges Aequivalent, sondern stets nur ein unvollkommenes Surrogat der geschuldeten individuellen Leistung. Es ist also immer eine künstliche Gleichstellung an sich verschiedener Dinge, um die es sich hier handelt. Sie kann nur beruhen entweder auf besonderem Parteiwillen (*datio in solutum*), oder direct auf Anerkennung seitens der Rechtsordnung und ihrer Organe (*pecuniaria condemnatio*). Wenn nun in solcher Weise bewirkt wird, dass der Obligationszweck durch blosser Geldzahlung gerade so gut als erreicht gelten solle, wie wenn die ursprünglich geschuldete individuelle Sache geleistet wäre: so bezieht sich doch diese künstliche Gleichstellung zunächst und an sich nur auf das Verhältniss der speciellen Obligation, kraft deren das Surrogat geleistet wird. Soll also diese Gleichstellung ausgedehnt werden

die zuerst empfangene Hälfte inzwischen wieder veräussert: so kann der zweite Schuldner der „*pars fundi simpliciter, non quae Maevii fuit, legata*“ auch durch Leistung dieser nämlichen Hälfte seine Obligation tilgen. So erkennt es auch Papinian in fr. 66, §. 2. d. *legat. II* an. Ausserhalb der Ziele unserer Untersuchung bleibt die von Sell (S. 153—174) hineingezogene Frage, wie sich die von den späteren Juristen verworfene Meinung Papinian's erklärt (fr. 66, §. 3. l. c.), wonach „*cum duobus testamentis generatim homo legatur*“ — „*qui solvante altero legatarii factus est, quamvis postea sit alienatus, ab altero herede idem solvi non poterit.*“ Uns hier ist das Fragment nur dadurch wichtig, dass es recht deutlich zeigt, wie wenig oft das „*solvi non poterit*“ auf „Unmöglichkeit der Leistung“ gedeutet werden kann. Vielmehr geht es hier offenbar auf eine, nach *jus strictum* angenommene, Unstatthaftigkeit der Leistung.

auch auf das Verhältniss zu einer andern, dem nämlichen ursprünglichen Zwecke dienenden, Obligation und zu einem anderen Schuldner; so bedarf dies nothwendig immer besonderer Motivirung. Worauf solche Motivirung beruhen kann, das ist früher (§. 8) schon von uns erörtert worden.

Abgesehen aber von einer derartigen speciellen Motivirung besteht die andere lucrative Obligation eben desshalb noch fort, weil der wahre ursprüngliche Zweck noch unerreicht ist. Ist umgekehrt zuerst die Species selbst geleistet: so ergibt sich dann aus unserem Grundgedanken ganz direct von selbst der Untergang auch der anderen Obligation. Klar und bestimmt wird dies deshalb allenthalben in den Quellen als Voraussetzung des Untergangs hingestellt, in Wendungen wie „*cum ea species ad creditores pervenisset*“ (fr. 17 d. O. et A.) „*si rem nactus fuero*“ (fr. 83, §. 6 d. V. O.) „*si dominus rei factus fuerit*“ (§. 6 J. d. *legat.*) u. dgl.¹¹⁾ Am allerklarsten ist die letztere Institutionenstelle, indem sie ausdrücklich beide Fälle von Leistung der *res* und *aestimatio* mit umgekehrten Entscheidungen einander gegenüberstellt (vgl. §. 1 Anm. 4).

Als Aufgabe ist es hiernach von jeher anerkannt worden, mit diesem feststehenden Satze die Worte Ulpian's in fr. 34, §. 2 d. *legat. I* in Einklang zu bringen „*sed si duorum testamentis mihi eadem res legata sit: bis petere potero, ut ex altero testamento rem consequar ex altero aestimationem.*“ Es ist aber auffällig, dass man an diesen Worten so viel Anstoss nehmen und auf ganz verschiedene Erklärungsversuche gerathen konnte. Ulpian sagt ja im Verlauf des Fragments selbst (insb. §. 8) ganz deutlich, was er damit meint. Es kommt ihm an auf scharfe Gegenüberstellung folgender beiden Fälle. Zunächst: es ist im nämlichen Testament eine Sache mehrmals vermacht. Hier liegt nur ein mehrfacher Ausdruck für Ein Vermächtniss vor, so dass auch nur Einmal geklagt werden kann, — ausser etwa wenn Fungibilien als solche Gegenstand des Vermächtnisses sind. Sodann: es ist in mehreren Testamenten die nämliche Sache vermacht. Hier sind aus den vorhandenen mehreren Vermächtnissen natürlich auch mehrere Klagen nach einander möglich. Und zwar beide nach

11) Andere Stellen noch bei Sell S. 47.

einander möglicherweise mit Erfolg realisierbar, wenngleich mit einem verschiedenen Erfolg; da nicht die Rede davon sein kann, dass der Gläubiger die ihm schon geleistete, ihm also zugehörige Sache selbst noch einmal effectiv als solche zuerkannt bekäme. Nur diesen letzteren Gedanken drückt der Schlusssatz „ut—aestimationem“ kurz in seiner Weise aus.

M. a. W.: sind auch die mehreren Klagen erfolgreich anstellbar, so kann es sich doch jedenfalls bei der Einen — sei es nun die frühere oder die spätere — nur um die Erzielung eines Surrogates handeln. Näher führt Ulpian dann nur noch einen Fall aus, wo nach vorangegangener effectiver Sachleistung noch die Leistung eines Surrogates erzielt werden kann. Wie nämlich nach einem inzwischen erfolgten kaufweisen Erwerb der lucrativ geschuldeten Sache doch noch die aestimatio bis zur Höhe des Preises gefordert werden kann (§. 7 eod.): so gilt analog um so mehr das Gleiche „si duobus testamentis mihi eadem res legata sit sed alter me restituere rogaverit vel ipsam rem vel aliud pro ea“ —; „nam hactenus mihi abesse res videtur, quatenus sum praestaturus“ (§. 8 eod).

Hiernach ist es willkürlich und unnöthig, mit der älteren und noch jetzt gewöhnlichen Meinung¹²⁾ in Ulpian's Worte ut—aestimationem schlechthin die Voraussetzung hineinzutragen „falls zuerst die aestimatio geleistet sei.“ Ebenso einseitig aber ist es, unter der umgekehrten Voraussetzung vorgängiger Leistung der res ipsa, die Erklärung lediglich in der Annahme eines Falles zu suchen, wo, wie bei militia und tessera frumentaria legata, der Testator eventuell auch noch die aestimatio der Sache dem Vermächtnissnehmer hat zuwenden wollen.¹³⁾

Allgemein anerkannte und unbestrittene Voraussetzung unseres Obligationsuntergangs ist also, dass die geschuldete res ipsa an den Gläubiger gelangte (ad creditorem pervenit. fr. 17 cit. d. O.

12) S. nam. Arndts S. 261 Anm. 18 und die hier citirten Donellus, Cujacius und Duarenus, wie schon die Glosse ad h. l.

13) So F. Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung S. 257 Anm. 14. Am nächsten kommt hier dem Richtigen Sell a. a. O. S. 112—117.

et A.). Wie ist aber dies Erforderniss des Gelangens an den Gläubiger genauer zu bestimmen? Aus unserem Princip er giebt sich die Antwort leicht. Es muss der anderweite Erwerb so erfolgt sein, dass damit intensiv und extensiv ganz der nämliche Zweck erreicht ist, dem die, ihrem Fortbestand nach in Frage stehende, Obligation diene.

Intensiv muss der identische Zweck erfüllt sein. Ging also die Obligation auf wirkliches dare und ist aus anderweitem Rechtsgrund die Hingabe bloss des juristischen Besitzes, mit oder ohne Garantie des habere licere erfolgt: so besteht die erstere Obligation regelmässig noch so lange fort, bis der Gläubiger zum Eigenthümer gemacht ist¹⁴⁾. Ja sogar wenn der Gläubiger anderwärts her wirklich das Eigenthum erlangt hat, bleibt ausnahmsweise doch noch der Fortbestand jener ersteren Obligation denkbar, wenn nämlich das Eigenthum mit irgend erheblichen fremden Rechten z. B. Niessbrauch oder Pfandrecht belastet und insofern der Obligationszweck noch nicht intentionsgemäss erledigt ist.¹⁵⁾

Extensiv ferner, d. h. genauer in der Richtung auf eine gesicherte Dauer des fraglichen Rechtes an der Sache, muss der identische Zweck erfüllt sein. Nehmen wir den Fall, wo bei einem Forderungrecht auf dare der Gläubiger sonst das Eigenthum erwarb, als ein zwar von allen jura in re unbeschwertes, welches indess dafür der Gefahr unterworfen war, beim Eintritt einer condicio oder eines dies auf einen dritten überzugehen. Individuell gestaltet denkt es sich Julian (fr. 82, pr. d. legat. I) so: „Pona-

14) Arg. fr. 84, §. 5. d. legat. I (Julianus libr. XXXIII Dig. — „non aliter absolvi heredem oportebit quam si pretium restituerit (in einem Fall, wo der Legatar auf Grund Kaufes in den juristischen Besitz der Sache gelangt war) et hominem actoris fecerit.“

15) fr. 66, §. 6 d. legat. II Papinianus libr. XVII quaest. „Fundo legato, si ususfructus alienus sit, nihilo minus petendus est ab herede. — Enimvero fundo relicto ob reliquas praestationes quae legatum sequuntur, agetur: verbi gratia si fundus pignori datus, vel aliena possessio sit. Non idem placuit de ceteris servitutibus.“

In fr. 56 §. 7 d. V. O. wendet Julian (libr. LII Dig.) den gleichen Grundsatz auf das Verhältniss zweier verborum obligationes an; und zwar für unsere Frage ganz richtig, ohne Unterscheidung, ob ex lucrativa oder ex onerosa causa.

mus, rem quae mihi pure legata sit¹⁶⁾ accipere me per traditionem die legati cedente ab herede, a quo eadem (scil. res) sub condicione alii legata fuerit.“ Die Entscheidung Julian's geht dahin „nempe agam ex testamento, quia is status est ejus, ut existente condicione discessurum sit a me dominium.“ Ist dies mit neueren Juristen so zu verstehen, dass erst nach Erfüllung der Bedingung, wodurch er das Eigenthum wieder verliert, der erste Legatar gegen den Erben klagen könne, weil es nun so gut ist, als hätte er die Sache gar nicht erworben? Denkt man sich umgekehrt die Bedingung als später vereitelt: so müsste consequent nach der Meinung jener Juristen nunmehr nachträglich feststehen, dass schon seit dem ersten Empfang des, jetzt definitiv gesicherten, Eigenthums die Obligation nicht mehr bestand. Und doch sagt Paulus (fr. 83 §. 6 d. V. O.) von einem vollkommen analogen Fall, dass zunächst keine Befreiung eintrete („debitor non liberaretur“); „sed si condicione deficiente remanserit (scil. dominium) petitio infirmabitur.“ Also erst in diesem späteren Moment erlischt die Klage. In der Zwischenzeit war die Klage also immer noch begründet auf die Gewährung eines sofort unwiderrufflichen Eigenthums. Praktisch wird freilich in solchem Fall der Gläubiger sich gewöhnlich mit seinem gegenwärtigen, wenngleich in seiner Dauer unsicheren, Eigenthum zunächst begnügen und die Klage aufschieben, bis sich der Eigenthumsverlust durch den Bedingungseintritt entschieden hat. Und nur mit Rücksicht auf diesen gewöhnlichen Fall fährt derselbe Julian, der wegen des erst noch drohenden Verlustes die Klage schon gab, für einen analogen Fall so fort „nam et si ex stipulatione mihi Stichus debeatur et is, quum sub condicione alii legatus esset, factus fuerit meus ex causa lucrativa nihilo minus existente condicione¹⁷⁾ ex sti-

16) Und zwar per damnationem, da es sich ja um einen Beleg für den Satz handelt, „non quocunque modo si legatarii res facta fuerit, die cedente, obligatio legati exstinguitur, sed ita si eo modo facta fuerit ejus, quo avelli non possit.“ Das fremde bedingte Legat hingegen war per vindicationem, wie die Worte zeigen „discessurum sit etc.“ Vergl. Arndts a. a. O. S. 262 fg.

17) Wie wenig man sich auf diese Worte für die These berufen kann, dass erst mit dem Bedingungseintritt die Klage rechtlich entstehe, mag auch folgender Fall zeigen. Ein servus ist ex genere geschuldet, ein sta-

pulatu agere potero“¹⁸⁾.

Hierdurch wird also die quellenmässige Anerkanntheit einer, stets klagbar andauernden, Obligation in unserem Falle auf keine Weise zweifelhaft gemacht. Kraft unseres Grundgedankens lässt sich ja auch dieser Satz mit Leichtigkeit von innen heraus ableiten. Anders nach anderen Auffassungen des Principis der Lehre. So sucht sich Sell zu helfen (S. 49) durch die nicht sehr juristisch gedachte Wendung: nur das könne man „wirklich als sein Eigenthum“ betrachten, was man dauernd behalten könne. Und vollends contrastirt der Satz mit der Zurückführung der Lehre auf „Unmöglichkeit der Leistung“. Träfe nämlich diese hier zu: so müsste ja sofort, im Moment wo das Eigenthum dem

tuliber ist geleistet. Es steht unzweifelhaft fest, dass hier „debitor non liberatur“; „nam vel minus hic servum dedit, quam ille, qui servum nondum noxa solutum“ (fr. 72 d. solut. 46, 3, Marcellus libr. XX Dig.). Und doch sagt Julian (libr. LII Dig. fr. 33 pr. d. solut.) auch von diesem Falle, dass der Gläubiger „habet actionem“ si „is ad libertatem pervenisset.“ Wer wollte hier wohl annehmen, dass Julian abweichend von Marcellus erst nach dem Freiheitseintritt die Klage überhaupt entstehen lasse?

18) Gar nicht auf unsere Frage bezieht sich das, gewöhnlich (z. B. auch von Arndts a. a. O. S. 264 u. 65) demselben Gesichtspunkt unterstellte Fragment des Africanus 108 §. 5 d. legat. I „Sed si cum mihi ex testamento Titii Stichum deberes, eundem a te herede Sempronius mihi legaverit, fideique meae commiserit, ut eum alicui restituam, legatum utile erit, quia non sum habiturus. Idem juris erit et si pecuniam a me legaverit. Multo magis si in priore testamento fideicommissum sit.“

Anstatt auf den Fortbestand einer, als gültig entstanden vorausgesetzten, Obligation geht hier der Zweifel vielmehr überhaupt auf das Dasein eines rechtsgültigen Vermächtnisses. Ist ein ausreichendes objectives Interesse, ein mit der Natur des letzten Willens vereinbarter Zweck vorhanden, wie es für die Rechtsgültigkeit des Legates bedingend ist? vgl. G. Hartmann, Vermächtnissbegriff a. a. O. S. 19 fg. Diese Frage wird hier, um des auf das Legat weiter gelegten Fideicommisses willen, bejaht. Weil sonst auch das Fideicommiss nichtig sein würde, wird hier also auch Rechtsgültigkeit des Legates angenommen, so dass dasselbe nur durch das Fideicommiss die beseelende Kraft empfängt. Und wenn umgekehrt das erste Legat mit dem Fideicommiss beschwert war: so beruht die Gültigkeit des zweiten einfachen Legates auf dem Interesse des Legatars an der Ausgleichung des durch die fideicommissarische Belastung gegebenen Verlustes.

Gläubiger erworben wird, die Obligation auf dare oportere erlöschen sein; vorbehaltlich, sofern das hier überhaupt für möglich gälte, eines Wiederauflebens bei späterem Eigentumsverlust durch Eintritt von *condicio* oder dies. —

§. 10. Einzelne Erfordernisse, insbesondere Identität in der causa des Erwerbs.

Als Voraussetzung für die Anwendung unserer Rechtsregel wird gemeinhin das Zusammentreffen mehrerer, ihrer allgemeinen Natur nach *lucrative* Erwerbsgründe gefordert¹⁾. Unter dieser Rubrik werden allseitig Schenkung und Vermächtniss an die Spitze gestellt. Und richtig ist ja, dass der fragliche Rechtssatz reinlich und zweifelsohne vor Allem da zutrifft, wo der gewollte, beziehentlich der realisirte Erwerb auf Rechtsgeschäfte sich gründet, denen die wesentliche Absicht einer Bereicherung innewohnt. So ist es bei der Schenkung immer der Fall; schon bei dem Vermächtniss aber, wenngleich meistens, doch keineswegs immer und unter allen Umständen. Es ist das in der früher erwähnten Schrift über die Vermächtnisse genauer nachgewiesen worden. Einem Vermächtnisse kann demnach möglicher Weise eine ganz reine und ungetrübte *causa onerosa* zu Grunde liegen²⁾. So wäre auf alle Fälle unsere Rechtsregel nicht für jedes Vermächtniss als solches aufzustellen, sondern auf die gewöhnlichen Vermächtnissfälle zu beschränken. Schon dies führt auf eine genauere Unterscheidung und auf eine bestimmtere, andere Formulirung des Erfordernisses, welches wir hier noch zu betrachten haben.

Ein Hauptbedenken gegen die herrschende Behandlung dieses

1) Hugo Donellus l. c. §. 6 „*Lucrativa causa est, ex qua quod consecuti sumus id nobis in lucro est, dum pro eo nobis nihil abest, qualis est donationis et legati causa.*“ Nach dem Kauf, Tausch und Dos dem gegenüber gestellt sind, heisst es weiter „*ex prioribus causis si pervenerit res ad creditorem, potest huic generi liberationis locus esse. Si ex posterioribus, non prohibetur creditor eam rem — petere.*“ Sell S. 20—22, vgl. jedoch S. 24 fg. Arndt's S. 306 fg. sub 5. Vgl. auch v. Savigny System Bd. 4. S. 12.

2) S. z. B. die a. a. O. S. 22 citirte Stelle des Paulus S.R. IV, 1, §. 1.

Erfordernisses aber ergibt sich noch aus solchen Erwerbsfällen, die gar nicht wesentlich auf ein Rechtsgeschäft sich gründen. So wird sehr gewöhnlich gefragt, ob die *hereditas* bei unserer Regel im Allgemeinen als eine *causa lucrativa* betrachtet wird, ebenso die *Ersitzung*, die *Accession* u. dgl.³⁾. Zu solcher Fragestellung verleitet ja ganz nothwendig die bisher übliche Auffassungsweise unseres Erfordernisses. Was kommt aber bei solcher Fragestellung heraus? Als nothwendiges Resultat muss sich bei eingehender Betrachtung die Schwierigkeit, ja die Unmöglichkeit einer bestimmten Antwort auf jene Frage ergeben. Kann man etwa mit Duarenus (ad fr. 83, §. 6 d. V. O.) deshalb die *hereditas* ihrer Natur nach für eine *causa lucrativa* erklären, weil sie unentgeltlich *deferirt* wird? Aber wie, wenn sie gänzlich überschuldet ist, wenn mit Vermächtnissen überschwert, wenn zuvor *condicionis implendae causa* eine Leistung gemacht werden muss?

Und nun die *Ersitzung*. Es leuchtet von selbst der Unterschied ein, je nachdem sie *pro emptore* oder *pro donato* erfolgt. Die Erinnerung, dass in der classischen Jurisprudenz gerade speciell die alte *usucapio pro herede* als solche, *lucrative usucapio* genannt wird, schliesst sich ohne Weiteres daran. So erkennt denn auch Arndts an, dass es hierbei ganz auf die Natur des Besitzerwerbungsgrundes ankommt und „daneben die *Ersitzung* nicht als selbständige *causa lucrativa* zu nennen ist“. Aber ist denn nicht doch erst nur der, durch die *Ersitzung* bewirkte, *Eigentumserwerb* der wahre und selbständige Rechtsgrund für das eventuelle Erlöschen der auf *dare oportere* gerichteten Obligation (arg. fr. 82, §. 1. d. legat. I.)? Und so bleibt nur die Antwort möglich, dass die *Ersitzung* eine selbständige *causa* des *Eigentumserwerbs* und des darauf eventuell beruhenden *Obligationsuntergangs* ist, welche sich ihrer allgemeinen Natur nach zu dem Gegensatze von *oneros* und *lucrativ* vollkommen indifferent verhält. Hiernach kommt es also nicht auf die Natur des Erwerbungsgrundes an, sondern einfach darauf, ob und inwiefern bei Gelegenheit des Erwerbs im concreten Fall eine Aufopferung vom Erwerber gemacht wurde oder nicht.

3) So Sell S. 21 fg. Arndts S. 306 und die hier Anm. 90 citirten und S. 309.

Demgemäss muss die ganze Rechtsregel, um auf alle Fälle gleichmässig zu passen, von vornherein so gefasst werden. Ist der spezifische Zweck einer Obligation schon sonst erreicht und zwar mit geringerer Aufopferung seitens des Gläubigers, als den Schuldner die Erfüllung gekostet haben würde: so ist der Letztere auf jeden Fall — wenn nämlich der Zweck der Obligation, als zugleich auf eine Bereicherung des Berechtigten gerichtet, überhaupt noch eine Anforderung an den Schuldner stellt — insoweit, als jene Aufopferung geringer war, entlastet. Büsste also der Gläubiger gar Nichts ein bei der Erreichung jenes spezifischen Obligationszweckes: so liegt in jener Regel von selbst der Folgesatz, dass der Schuldner um den ganzen Betrag entlastet, also überhaupt befreit ist. Es wird aber noch erforderlich sein, jene Fassung unserer Rechtsregel an der Hand der Quellen und auf der Grundlage ihres Materials genauer zu begründen, im Einzelnen auszuführen und gegen mögliche Einwendungen zu sichern.

Am besten werden wir dabei, seiner neutralen Natur wegen, ausgehen von dem vorhin schon berührten Falle der hereditas. Hier tritt der wahre Sachverhalt am klarsten zu Tage. Weder erscheint, wie F. Mommsen es lehrt (a. a. O. S. 255), der Fortbestand der Obligation, wenn der Gläubiger sonst entgeltlich den Gegenstand derselben erwirbt, als die positive Ausnahme von irgend welcher Regel. Noch stellt sich umgekehrt das Erlöschen bei unentgeltlichem Erwerb als Ausnahme und als positive Vorschrift des Römischen Rechtes dar. Vielmehr sind beide Sätze nur Ausflüsse eines und des nämlichen einheitlichen Principes, in dem Sinne, wie wir es oben zu formuliren suchten.

So sagt Paulus, an den Fall einer zahlungsfähigen Erbschaft denkend, „si heres exstitero domino exstinguitur obligatio“ (fr. 83 §. 6 d. V. O.). Africanus hingegen, von dem gleichen Gedanken ausgehend, zieht die Consequenz für den Fall einer ungünstigen Lage der Erbschaft, „item si domino heres exstitero, qui non esset solvendo, cujus fundum tu mihi dare jussus esses, manebit tua obligatio, sicut maneret si eum fundum emissem“ (fr. 108, §. 6 d. legat. I.). Das „si non esset solvendo“ ist hier natürlich relativ zu verstehen, nämlich unter Ausserachtlassung des fundus. Denn wenn auch mit dem fundus die Activa gerade genau die

Passiva aufwögen; wenn also absolut genommen die Erbschaft noch solvent wäre: so bliebe ja doch immer der Werth des fundus durch die Erbschaftsschulden völlig verzehrt. Die Obligation müsste also in diesem letzteren Fall noch fortbestehen, da die in unserer Lehre stets wiederholte Voraussetzung des Obligationsunterganges „quotiens id quod tibi debeam ad te pervenit et tibi nihil absit“⁴⁾, wegen der Werthverzehrung, nicht zuträfe. Erst wenn der Erbe das Grundstück resp. dessen Werth nach Abzug aller Nachlassschulden rein erübrigt hat, ist danach die Voraussetzung der Obligationsvernichtung wirklich erfüllt. Hat hingegen der Erbe diesen Werth nur zur Hälfte oder zu einem sonstigen Bruchtheil erübrigt: so würde er aus der Obligation den anderen, durch die Erbschaftsschulden mit verzehrten Theil des Werthes, immer noch fordern können.

Ganz ähnlich gestaltet sich nun auch, wie Africanus am Schluss selbst bemerkt, die Sache, wenn der Gläubiger die geschuldete Sache sonst kaufweis erwirbt. Obgleich der Kauf seiner Natur nach rein causa onerosa ist, kann doch auch hier eine partielle, ja denkbarer Weise eine totale Entlastung des Schuldners eintreten. Es ist dies deshalb möglich, weil es ohne Rücksicht auf die Natur des Erwerbsgrundes überhaupt nur darauf ankommt, ob und inwiefern dem Gläubiger und Erwerber im concreten Fall noch etwas abgeht — im Vergleich mit dem durch die Obligation bezweckten Erfolg. So heisst es ja auch bei Ulpian (fr. 34, §. 7 d. legat. I.) „quod si rem emissem mihi legatam usque ad pretium quod mihi abest, competet mihi ex testamento actio“. Wir brauchen also um eine möglichst weitgehende Entlastung des Schuldners herauszubekommen, nur einen möglichst wohlfeilen und vortheilhaften Ankauf der Sache anzunehmen.

Einen in dieser Richtung sehr instructiven Fall bespricht genauer Julian (libr. XXXIII. dig. fr. 82, §. 2 d. legat. I.) „Fundus mihi legatus est: proprietatem ejus fundi redemi detracto usufructu. Postea venditor capite minutus est et ususfructus ad me pertinere coepit. Si ex testamento egero, iudex tanti litem aestimare debet, quantum mihi aberit.“

Man denke sich hier, dass mit Rücksicht auf die präsuntiv

4) Vgl. die Stellen bei Sell a. a. O. S. 25 fg. S. 55—59.

noch sehr lange Lebensdauer des Niessbrauchers der Preis sehr niedrig ausfiel und nun wider Erwarten der Niessbrauch unmittelbar nachher erlosch. Man nehme mit Arndts⁵⁾ weiter hinzu, dass das Vermächtniss erst nach längeren Jahren fällig wird. Hier kann es dann sein, dass durch den inzwischen gemachten langjährigen Fruchtgewinn jener geringe Preis schon aufgewogen ist, mithin das Ziel der Vermächtnissobligation schon vollständig seine Erfüllung gefunden hat.

Man kann aber bei genauer Betrachtung diesen Untergang der Obligation nicht darauf zurückführen, dass „in der durch die capitis minutio des Verkäufers herbeigeführten Consolidation ein lucrativer Erwerb des Nutzungsrechts liege“. Diese Auffassung würde doch mit der ganz richtigen Bemerkung im Widerspruch stehen, dass in dem Preise für die nackte Proprietät in Wahrheit wesentlich der Entgelt für die Aussicht auf Consolidation enthalten ist. So wenig man juristisch von unentgeltlichem Erwerb der Freiheit vom Niessbrauch dann sprechen kann, wenn der Niessbraucher erst an Altersschwäche verstirbt: so wenig kann man es auch dann, wenn der Niessbrauch zufällig gleich nach seiner Entstehung erlischt. Die juristische Natur des ganzen Erwerbs ist in beiden Fällen vollkommen die gleiche. Nur thatsächlich ist im letzten Fall die Speculation des Käufers sehr gewinnreich ausgefallen. Will man unsere Rechtsregel also ihrer Formulierung nach auf die Voraussetzung eines concursus c. lucrativorum abstellen: so muss man dann wenigstens anerkennen, dass in ihrem Sinne auch selbst auf einen Kaufvertrag als solchen ein lucrativer Erwerb sich gründen kann.

Nicht minder kann wenigstens eine theilweise Entlastung des Schuldners ex lucrativa causa in folgendem Falle eintreten, welchen Julian, Papinian und Tryphoninus⁶⁾ erörtern und übereinstimmend beurtheilen. Es ist Jemandem das künftige Kind

5) a. a. O. S. 321, vgl. überhaupt über unser Fragment S. 318 fg. und über den parallelen §. 9. J. d. legat. 2, 20. S. 321—327.

6) fr. 82, §. 4. d. legat. (Julianus libr. XXXIII. Dig.); fr. 73 d. legat. II. (Papinianus libr. XXIII. quaest.). fr. 12, §. 18 d. capt. 49, 15 (Tryphoninus libr. IV disput.).

einer bestimmten Selavin vermacht. Der Legatar hat diese Selavin zufällig angekauft und später hat sie bei ihm geboren.

Kein Zweifel ist dann, dass das Kind hier nicht schlechthin ex causa lucrativa erworben gilt, so dass hier jeder weitere Anspruch auf Grund des Testaments ausgeschlossen wäre. Vielmehr „ratione summa responsum est, non ex causa lucrativa meum factum, ideoque petendum ex testamento“ (fr. 73 cit.).

Aber nicht der Werth des partus perfectus ist es, der hier kraft des Legates noch gefordert werden kann. Es erscheint nur ein anderer, geringerer Betrag als der Condemnationsgegenstand, gemäss der folgenden einfachen Erwägung. In dem Preise der Selavin hat der Käufer zugleich die grössere oder geringere Aussicht auf die von ihr etwa noch zu erwartenden Kinder mit bezahlt⁷⁾. Und dieser Betrag ist gerade der durch Schätzung in der Vermächtnissklage zu ermittelnde. Es liegt aber in der Natur der Sache, dass der Werth der blossen Hoffnung als solcher in der Schätzung regelmässig zurückbleiben muss hinter dem Werthe der eingetretenen Erfüllung. Insofern ist also, wenngleich im classischen Process die Intentio der Formel unverändert auf „partum dari oportere“ gerichtet blieb, doch hinsichtlich der wirklichen Leistungspflicht eine Abminderung, eine theilweise Befreiung des Schuldners durch die regelmässige Natur des hier von uns vorausgesetzten Falles in der That begründet.

Nach Allem steht es fest und in Allem bewährt es sich: dass eine lucrative Obligation, wenn für den Gläubiger sonstwie deren nächst bezweckter specifischer Erfolg erreicht ist, höchstens noch auf „id quod creditori abest“ fortbesteht d. h. innerhalb der Grenzen des Sachwerthes, nie über den Betrag dessen hinaus was der Gläubiger im concreten Fall für den Erwerb aufzuopfern hatte.

7) Wesentlich das Richtige bei Arndts S. 316—18, nam. Anm. 17; vgl. auch Göppert (Organische Erzeugnisse S. 247), der aber in der Entscheidung jener Fragmente eine Bestätigung seiner Annahme findet, dass an fructus und partus gar kein selbständiger Eigenthumserwerb stattfindet, vielmehr an ihnen wie an Theilen der für die Muttersache bestehende Rechtstitel als solcher sich fortsetzt.

Dies „id quod creditori abest“ ist hier aber deshalb noch in obligatione, weil es in deren Zweck hier voraussetzungsgemäss nicht bloss gelegen ist, dass dem Gläubiger das specifische Gut gesichert werde — insoweit ist ja durch dessen Empfang der Zweck erreicht und die Obligation erloschen —, sondern weiter auch noch, dass sein Vermögen einen abstracten Werthzuwachs als solchen, eine Bereicherung damit erlange.

Wie nun aber in dem umgekehrten Fall, wenn nämlich eine obligatio ex onerosa causa in Frage steht und der Gläubiger deren speciellen Gegenstand sonst lucrativ erlangte? Auch hier muss, in Consequenz des gleichen Grundgedankens, die aus jenem Rechtsgrunde erwachsende Hauptobligation erloschen sein. Nur sofern der, kraft der causa onerosa zu leistende, Entgelt schon pränumerirt sein sollte, kann und muss daraus ex fide bona die Nebenobligation auf Rückgabe jenes Entgeltes erwachsen.

Hiermit stimmt denn auch in vollkommenster Klarheit überein Julian's Entscheidung in fr. 84, §. 5 de legat. I. (libr. XXXIII. Dig.). Ein Legatar hat hier der Voraussetzung nach, in Unkenntniss seines Vermächtnisses, die vermachte Sache vom Erben gekauft und den Preis schon bezahlt. „Actione ex empto, sagt Julian, pretium reciperebit, quemadmodum reciperebit, si homo evictus fuisset.“ Und weiter: falls die actio empti schon durch Anstellung consumirt wäre, und der Käufer nun nach erlangter Kunde von seinem Vermächtniss aus diesem letztern Rechtsgrunde klagt (si „aget ex testamento“): „non aliter absolvi heredem oportebit, quam si pretium restituerit et hominem actoris fecerit“.

Unbekanntschaft des Käufers mit dem Vermächtniss setzt Julian nur deshalb voraus, weil wissentlicher Ankauf einer vermachten Sache als solcher vom Vermächtnissträger selbst her regelmässig⁸⁾ die Conclusion einer Ablehnung des Vermächtnisses begründen würde. Damit wäre dann auch der Rechtsgrund für die Rückforderung des gezahlten Preises vernichtet. Falls hingegen der Legatar von einem andern als dem Vermächtnissträger die vermachte Sache ankaupte, macht sich solch Bedenken nicht

8) Wie sich dies bei Unentschiedenheit und Bedingtheit des Vermächtnisses anders gestalten kann, darüber s. die eingehenden Ausführungen von Arndts a. a. O. S. 329—335.

geltend, kann also Ersatz des Kaufpreises, sofern er den wahren Sachwerth nicht übersteigt, gegenüber dem beschwerten Erben noch gefordert werden. Wäre vielmehr der Sachwerth höher als der Kaufpreis: so kann doch der Legatar nicht mehr als diesen letzteren beanspruchen; weil „sein Interesse nur darin besteht, dass er die Sache kraft des Vermächtnisses unentgeltlich habe“ (so ganz richtig Arndts a. a. O. S. 328). Im Dispositiv völlig mit fr. 84, §. 5 conform ist auch fr. 29, d. a. e. 19, 1 (Julianus libr. IV ex Minicio) „cui res sub condicione legata erat, is eam imprudens ab herede emit: actione ex empto poterit consequi emptor pretium“.

Das Bedenken aber, wie sich die handschriftlich überlieferte Motivirung dieser Entscheidung „quia non ex causa legati rem habet“ hiermit zusammenreimen lässt⁹⁾, ist für die Beweiskraft unserer Stelle irrelevant. Durchaus unzweideutig sind auch die Worte des Paulus in den sententiae receptae II, 17, §. 8 über einen Fall, wo die Kaufobligation dem lucrativen Erwerb aus einem andern Rechtsgrunde vorausging. An die Voraussetzung „fundum alienum mihi vendidisti, postea idem ex causa lucrativa meus factus est“ knüpft hier Paulus die Folge „competet mihi adversus te ad pretium recipendum actio ex empto“. Auf

9) Entweder hat hier Julian wirklich den Grund so gedacht, „weil er, so lange er nicht den Kaufpreis erstattet erhielt, die Sache noch nicht im wahren letzten Sinne des vorliegenden Vermächtnisses hat d. h. noch nicht bereichert durch ihren Werth“ (ähnlich Mommsen a. a. O. Bd. I. S. 261 Anm. 24). Dann hätte Julian zwar incorrect gedacht und geschrieben, indem correcter die Begründung der a. ex testamento mit solchem Motiv zu erwarten wäre. Allein als möglich wäre, nach einem Vorgang wie in fr. 23 d. a. e. 19, 1, eine solche Incorrectheit dem Julian wohl zuzutrauen.

Oder: es ist die Lesart zu ändern, sei es im Dispositiv statt ex empto — „ex testamento“, sei es bloss in der Motivirung. Mag man hier mit Anton Faber statt „quia non“ lesen „quia nunc“; mag man mit Th. Mommsen die Lesart „quando“ vorziehen: so bleibt der Sinn der gleiche. Weil der Käufer die Sache hier in Wahrheit dem Rechtsgrund des Vermächtnisses verdankt, darum darf nach der, den Kauf beherrschenden, bona fides der Verkäufer den Preis nicht bekommen resp. nicht behalten. Vgl. Arndts a. a. O. S. 331 u. 332.

die Erfüllung beziehentlich auf das Erfüllungsinteresse kann sich hier die actio emti nicht mehr richten; denn das habere licere der concreten Waare, dieser, bei einer weiteren Frage gleich noch genauer zu berührende, spezifische Zweck der Kaufsobligatio, ist ja voraussetzungsgemäss schon sonst gesichert und erreicht. So bleibt, wenn der Preis schon gezahlt ist, nur die recipatio pretii als ein Nebenziel für die actio emti übrig; insofern es der bona fides des Kaufes widerspricht, dass der Verkäufer den Preis lucrare, während der Käufer aus anderem Rechtsgrunde als dem Kauf die Waare hat ¹⁰⁾.

Schwerlich lässt sich danach die ganz neuerdings ¹¹⁾ wieder aufgestellte Behauptung rechtfertigen, dass jene Fragmente von Julian und Paulus unter der Voraussetzung, dass pretium und Sachwerth mit einander übereinstimmen, gedacht und abgefasst seien, dass in Wahrheit also die actio emti auf das Interesse gehe. Zwar ist es richtig, was als Grund dafür angeführt wird, dass in der Waare auch ihr Werth durch die causa lucrativa in das Vermögen hineinkommt. Nicht richtig aber ist es, dass er (nämlich dieser abstracte Werth als solcher) nach der Absicht des Kaufvertrages bereits darin enthalten sein „und folglich sich nunmehr doppelt darin befinden müsste.“

Vielmehr ist conform mit unserer Grundauffassung die recipatio pretii in ihrem bestimmten, klaren Wortsinne zu nehmen. Und in gleicher Weise sind nothwendig zu verstehen einige Fragmente, welche in unbestimmterer Weise bloss von der Statthaftigkeit der actio emti reden. So insbesondere die Worte des Paulus in fr. 9, de evict. (libr. LXXVI ad edict.) „Si vendideris servum mihi Titii, deinde Titius heredem me reliquerit, Sabinus ait, amissam actionem pro evictione, quoniam servus non potest evinci; sed in ex emto actionem decurrendum est.“ Ebenso fr. 41, §. 1

10) arg. fr. 29, pr. de evict. 21, 2 (Pomponius libr. XI ad Sabinum) „Si rem, quam mihi alienam vendideras, a domino redemerim, falsum esse quod Nerva respondisset, posse te a me pretium consequi ex vendito agentem, quasi habere mihi rem liceret, Celsus filius ajebat: quia nec bonae fidei conveniret et ego ex alia causa rem haberem“.

11) Von Eck, die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums etc. (1874) S. 31—34.

eod. (Paulus libr. II. ad edict. Aedil.) und fr. 13, §. 15 d. act. emti (Ulpianus libr. XXXII. ad edictum).

Am dürftigsten sind die Quellen über den Fall der Concurrenz zweier s. g. onerosae causae. Wir müssen auch darauf noch eingehen, weil die Entscheidung des Falls auf der Grundlage der gleichen obersten Principien sich aufbaut.

Auszuscheiden ist zunächst der Fall, dass ganz unter den nämlichen Personen die nämliche Sache mehrmals zum Gegenstand eines gegenseitigen Vertrages gemacht wäre. Hier versteht es sich, dass nur Eine der beiden Verpflichtungen zur Wirksamkeit gelangen kann. Es ist nur die vom Wissen und Willen der Parteien abhängige Frage, welche der beiden Obligationen Bestand hat ¹²⁾.

Für unseren Zweck müssen wir uns den Fall in der folgenden Weise denken. Die nämliche Sache ist entweder an verschiedene Personen verkauft worden und es hat dann nachher der eine Käufer den anderen Käufer beerbt. Oder sie ist an die nämliche Person von verschiedenen verkauft und es ist der eine Verkäufer Erbe des andern Verkäufers geworden. Es ist dies gerade die Voraussetzung, wie sie Ulpian in fr. 10 d. a. e. v. (libr. XLVI. ad Sabinum) aufstellt ¹³⁾.

Betrachtet man nun die einzelne Kaufsobligation für sich: so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass ihr Interesse und ihr Zweck nicht darin besteht, dem Käufer die Waare ganz schlechthin und abstract zu verschaffen. Vielmehr besteht ihr Interesse und ihr Zweck ganz unzweifelhaft darin, sie ihm gerade für diesen bestimmten bedungenen Preis zu verschaffen. Hat der Käufer günstig contrahirt, so gebührt ihm also im Fall des Ausbleibens der Waarenleistung der Mehrwerth, den die Waare über den bedungenen Entgelt hinaus für ihn hatte. Unterliegt nun die nämliche Waare mehreren Kaufobligationen, bei denen die eine Partei z. B. der Verkäufer identisch ist: so muss bei Vereitelung der Waaren-

12) Vgl. darüber F. Mommsen a. a. O. Bd. I, §. 10, S. 100 fg. und fr. 2. d. resc. rend. 18, 5.

13) S. darüber nam. Liebe, die Stipulation. S. 161—163.

leistung jene Differenz in unweigerlicher Consequenz mehrfach prästirt werden. So lange die gegenüberstehenden Personen z. B. Käufer noch getrennt sind, giebt es auch dafür mehrere äusserlich selbständige, unabhängige Klagsmittel. Erfolgt später durch Erbgang eine Vereinigung der Personen auch auf jener gegenüberstehenden Seite: so ist schlechterdings nicht einzusehen, wie dadurch materiell an jener Præstationspflicht etwas geändert werden sollte. Mögen auch immerhin überwiegende Zweckmässigkeitsgründe dafür sprechen, die mehreren jetzt durch Identität beider Processparteien und des äusseren Leistungsobjects (der Waare) verbundenen Ansprüche formell in Ein *judicium* zwingend zusammenzuziehen.

Nur dies ist der Sinn der, von *Cujacius*¹⁴⁾ missverstandenen, Worte *Ulpian's* (*cum is qui venditorem obligatum habebat ei qui eundem venditorem obligatum habebat heres exstiterit*) „constat, duas esse actiones in ejusdem persona concurrentes, propriam et hereditariam et debere heredem institutum, si velit separatim duarum actionum commodo uti, ante aditam hereditatem proprium venditorem convenire, deinde adita hereditate hereditarium. Quodsi prius adierit hereditatem, unam quidem actionem movere potest, sed ita ut per eam utriusque contractus sentiat commodum.“ Will der Käufer beide Ansprüche im Process trennen: so muss er vor der Antretung die eine Klage erheben. Klagt er erst nach der Erbantrittung: so würde ihm, wenn er hierbei das *commodum* auch des andern Contractes geltend zu machen versäumte oder auch wenn er z. B. im classischen Recht mit diesem Process völlig an der Klippe der Processverjährung scheiterte, später eine zweite Klage versagt werden.

Wie aber, wenn kraft der Einen Obligation die Waare in Natur vertragsgemäss dem Käufer wirklich geleistet wäre? Ist nicht hier das Recht auf die Werthdifferenz aus der andern Obligation nothwendig erloschen?

14) ad. h. l., wo er das „*utriusque*“ deuten will als nur „des Einen von Beiden“, so dass der Käufer in der Einen Klage den vortheilhafteren Contract zur Geltendmachung frei auswählen könnte. Auch der Schlusssatz *Ulpian's* „*ex contrario quoque si venditor venditori heres exstiterit, palam est, duas evictiones eum praestare debere*“, stimmt nur zu unserer Auffassung des Fragmentes.

Zwar kann man dies ganz gewiss nicht in der Weise begründen, dass es dem Käufer, da es unmöglich sei, dass er eine und dieselbe Sache doppelt habe, an jedem Interesse für eine Entschädigungsklage fehle¹⁵⁾. Es handelt sich ja nicht darum, dass er die identische Sache gleichzeitig doppelt haben soll. Vielmehr steht nur das in Frage, ob er sie selbst resp. ihr Werthäquivalent doppelt bekommen soll. Und wie in dem erstbesprochenen Fall das „*id quod rem habere interest emptoris*“ doppelt eingeklagt werden kann: so lässt es doch auch Nichts als unmöglich erscheinen, dass das Recht dem Käufer neben der Sache in Natur noch jene Einmalige Werthdifferenz zuerkennte.

Freilich spricht nun gegen die Verwirklichung jener offenbaren Möglichkeit eine Erwägung, entnommen aus der normalen Natur und Bestimmung der Kaufsobligation. Diese ihre normale Bestimmung und das ihr zu Grunde liegende objective Verkehrsinteresse kann nicht darin gelegen sein, einem Glücksspiele und blossen abstracten Differenzspeculationen zu dienen. Vielmehr besteht ihr objectiver, rechtlich gebilligter Zweck darin, die concrete „*res quae venit*“ dem Vermögen des Käufers zu sichern.

So lange dies oberste Ziel der Kaufsobligation rechtswidrig noch nicht erreicht ist, muss also als Nothsurrogat die Leistung der Werthdifferenz an die Stelle treten. War die Sache mehrfach verkauft: so ist es auch zur möglichsten Förderung und Sicherung jenes Zweckes innerlich als nothwendig begründet, dass durch jede der mehreren Obligationen der Wille besonders angespannt werde, indem eine jede für sich die volle (zusammen also die mehrfache) effective Præstationspflicht bei ausbleibender Waarenleistung erzeugt. Ist hingegen die Waare selbst in Käufers Vermögen geschafft und so jener Cardinalzweck des Kaufes wirklich in seiner vollen Unmittelbarkeit erreicht: so sind auch die übrigen Obligationen, insofern sie Mittel für den nunmehr beseitigten Zweck waren, nothwendig aufgehoben¹⁶⁾. Wenigstens auf das

15) S. F. Mommsen a. a. O. Bd. 3. S. 414.

16) Dieser innere Zweckmässigkeitsgrund ist ganz analog auch die wahre ratio des Satzes, dass der Anspruch des Miethers gegen den Vermiether dahinfällt, wenn die gemiethete Sache in das Vermögen des Miethers übergeht. Mommsen a. a. O. Bd. I. S. 258 sucht auch diesen Satz

„id quod rem habere interest emtoris“ können sie nicht mehr gerichtet werden, weil damit diesen Kaufobligationen anstatt des vom Recht im Kaufinstitut gewährten Verkehrszweckes eine blosser reine Differenzspeculation untergelegt und somit eine völlige Denaturation der *emptio venditio* herbeigeführt würde¹⁷⁾.

Wie aber wenn die, auf Grund des einen *Contractes* intentionsgemäss wirklich erlangte, Waare kraft des anderen *Contractes* für einen niedrigeren Preis hätte gefordert werden können? Darf hier nicht aus dieser zweiten Obligation anstatt des vollen Interesses doch wenigstens die Preisdifferenz noch verlangt werden d. h. der Betrag, um welchen der bedungene Preis jenes ersten Kaufes den bedungenen Preis des zweiten Kaufes überragt?

Für Einen Fall ist dies ganz richtig schon durch F. Mommsen als möglich anerkannt worden¹⁸⁾. Gesetzt es hat Jemand für einen bestimmten Zeitpunkt eine bestimmte *Species* nöthig, vielleicht weil er sonst eine Conventionalstrafe verwirkt. Er bedingt sich deshalb von einem Anderen die Lieferung jener *Species* kaufweis aus. Als aber diese Lieferung rechtswidrig verzögert ist, bringt er die nämliche *Species* für einen höheren Preis von einem Dritten her wirklich an sich. Hier ist nun dieser zweite Kauf geradezu in der Absicht geschlossen, um als Ersatz für den ersten zu dienen, damit der aus dessen Nichterfüllung drohende grössere Nachtheil in einen geringeren umgewandelt werde. Verfuhr hier nun wirklich der Käufer mit der Umsicht eines diligens paterfamilias und blieb der, von ihm dem zweiten Verkäufer bewilligte, Mehrbetrag des Preises zurück hinter dem Schadensbetrag, den sonst der erste Verkäufer *ex mora* hätte leisten müssen: so ist ja damit der Anspruch auf jene Preisdifferenz unzweifelhaft begründet.

auf eine angebliche formale Unmöglichkeit der Leistung zurückzuführen. Der ganze Satz selbst ist zwar nicht direct in den Quellen ausgesprochen (Windscheid, krit. Zeitschr. Bd. 2. S. 133); aber desshalb ist er doch nicht weniger sicher. *

17) Nur für den *Evictionsfall*, wo es also an einem intentionsgemässen Verschaffen der Waare fehlt, erkennt deshalb *Ulpian* fr. 10 cit. i. f. eine doppelte Prästationspflicht des Interesses an.

18) a. a. O. Bd. I. S. 258 fg. nam. Anm. 20 und Bd. 3. S. 414.

Wie indess, wenn der eine theurere Kauf nicht so im Hinblick auf die constatirte Nichterfüllung eines anderen Kaufes, zum Zweck der Abwendung noch schlimmeren Nachtheils, geschlossen wäre? Lässt sich auch hier mit Windscheid¹⁹⁾ allgemein behaupten: dass, wenn zuerst der theurere Kauf in Natur realisirt wäre, noch der Anspruch auf Ersatz der Preisdifferenz gegen den andern Verkäufer bestehen bliebe? Nur dann, so formulirt es Windscheid allgemein und principiell, soll durch anderweitige Erlangung der individuell bestimmten Leistung, auf welche ein Forderungsrecht geht, dieses Forderungsrecht aufgehoben werden; wenn und insoweit der Gläubiger die Leistung mit dem gleich günstigen Resultat für sein Vermögen erhalten hat, welches vorhanden gewesen wäre, wenn er sie kraft des in Frage stehenden Forderungsrechtes selbst erhalten hätte.

Dürfte nun hiernach wirklich aus einem in Frage stehenden wohlfeileren Kauf der Käufer, der die Waare anderweit kostspieliger erlangte, allgemein diesen Ueberschuss noch einklagen: so könnten sich, wenn der anderweite Ankauf besonders kostspielig war, doch leicht Fälle ergeben, wo jene Haftung auf die Preisdifferenz ebenso gefährlich, ja noch gefährlicher wäre als die Haftung auf das Erfüllungsinteresse schlechthin. Kann es aber dem gegenüber in der That bei jedem Kauf als subjective Parteiabsicht aufgefasst werden: dass dem Käufer ausser der Waare eventuell auch noch eine Preisdifferenz gesichert werden solle, abhängig von dem ganz zufälligen Umstande, einen wie hohen Preis ein etwaiger dritter Lieferant der gleichen Waare vom gleichen Käufer sich zu verschaffen im Stande sein würde? Und gesetzt eine solche subjective Parteiabsicht liesse sich allgemein annehmen: so bliebe es immer noch sehr die Frage, ob die Rechtsordnung auch eine so geartete Differenzspeculation als einen im Kaufinstitut zu wahren objectiv qualificirten Verkehrszweck anzuerkennen hätte²⁰⁾.

19) Pand. Bd. 2. §. 360 nam. Anm. 5 sub b.

20) S. dazu im Allg. die treffenden Bemerkungen von Ihering, Geist des Römischen Rechts III, Abth. 1. (1871) S. 325—327. „Die Rechte sind nicht dazu da, um die Idee des abstracten Rechtswillens zu verwirklichen, sondern um den Interessen, Bedürfnissen, Zwecken des Verkehrs zu die-

Wenn nun nach Windscheid's eigenem Zugeständniss „dies in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt ist“: so ist uns dies beredete Stillschweigen ein sicheres Zeugniß dafür, dass die classische Jurisprudenz in richtiger Würdigung der Verkehrsauffassung und der Verkehrszwecke jene ganze Lehre von sich fern gehalten hat. Es bleibt also dabei. Die Quellen erkennen, mit gutem inneren Grund, keine Differenz im specifischen Zweckmoment zweier, über die nämliche Waare zu Gunsten des nämlichen Kaufberechtigten bestehender, Kaufsobligationen an, auch wenn sie zu verschiedenen Preisen geschlossen wurden. Dies in dem Sinne, dass nach einmaliger specifischer Zweckerfüllung kein weiteres Recht auf das Interesse, am Empfang der Waare überhaupt oder an ihrem Empfang für diesen geringeren Preis übrig bleibt. So dass hier mithin, richtig verstanden, auch zwei *causae onerosae* „in eandem rem et in eundem hominem concurrere non possunt“. Ist aber im Bisherigen immer der Kauf speciell in's Auge gefasst worden: so ist er nur der Anschaulichkeit wegen als der Hauptrepräsentant aller onerosen Verträge in solcher Weise herausgehoben worden.

Es bleibt uns noch die letzte, aber vielleicht nicht die unwichtigste Probe auf die Richtigkeit unserer Grundauffassung zu erwägen übrig. Wir meinen Julian's vielbesprochene Entscheidung in fr. 19 d. O. et A. (libr. LXXIII. dig.) „Ex promissione dotis non videtur lucrativa causa esse: sed quodammodo creditor aut emptor intelligitur, qui dotem petit. Porro cum creditor vel emptor ex lucrativa causa rem habere coeperit, nihilominus

nen. In diesem Zweck finden sie, findet der Wille sein Mass und Ziel. Verträge, die mit diesem Massstab gemessen des Interesses entbehren, sind nichtig“.

Mit der Anerkennung der Wichtigkeit dieses materialen Principes für die Rechtsbildung, kann und soll natürlich die höhere ethische Nothwendigkeit und Selbständigkeit der Idee des Rechtes, als welches keine „Erfindung um des Nutzens willen“ ist, in keiner Weise angetastet sein. Das Recht hat mit seiner eigenen Wage die niederen und die höheren Interessen des Lebens, welche unter seine Herrschaft fallen, zu wägen, um die schutzwürdigen und schutzbedürftigen seiner Sanction theilhaft zu machen.

integras actiones retinent; sicut ex contrario qui non ex causa lucrativa rem habere coepit, eandem non prohibetur ex lucrativa causa petere“.

Ist also z. B. das nämliche Grundstück von einer Seite dotis causa, von anderer Seite her donationis causa dem Ehemann versprochen worden: so besteht, wenn es ihm zuerst Schenkungshalber geleistet wurde, der Dotalanspruch auf „fundum dari oportere“ in seiner vollen Integrität fort; wenn das Grundstück zuerst dotis causa geleistet war, ebenso unversehrt der Schenkungsanspruch.

Es ist zunächst klar, dass diese Entscheidung dem von Donnellus zum allgemeinen Princip erhobenen Satze „*extinguitur obligatio, si in eum casum incidit, a quo incipere non potest*“ widerstreitet. Denn wäre der Ehemann schon im Moment der Stipulation Eigenthümer des Grundstückes gewesen: so hätte ja die Nichtigkeit der Stipulation keinem Zweifel unterlegen.

Ebenso sicher aber steht sie auch mit der Unmöglichkeitstheorie in directem Widerspruch. Am bestimmtesten hat dies F. Mommsen selbst gefühlt, indem er sich durch folgende Wendung herauszuwinden sucht²¹⁾. Der eigentliche Vortheil von der dos, sagt er, fließt der Ehefrau zu, der sie demnächst auch restituirt wird. Wer eine Sache als dos verspricht, schenkt daher nicht dem Manne, sondern der Frau. Erwirbt nun der Mann auf andere Weise die versprochene Sache: so kann dadurch das Dotalversprechen, welches eine Schenkung an die Frau enthält, nicht aufgehoben werden.

Allein es bleibt doch eine nicht wegzuleugnende Thatsache, dass zunächst der Ehemann für sich das Eigenthum an den Dotalgegenständen fordert resp. erwirbt. Bestände also wirklich eine Unmöglichkeit der Leistung, wenn das Recht, auf dessen Leistung die Obligation gerichtet ist, sich bereits im Vermögen des Gläubigers befindet: so müsste diese formale Unmöglichkeit auch hier gegen den Fortbestand der Obligation durchschlagen. Verschlösse man aber hiervor die Augen und betrachtete wirklich das Dotalversprechen materiell als eine Schenkung an die Frau²²⁾: so käme

21) a. a. O. Bd. 1, S. 261 Anm. 25.

22) S. gegen die Richtigkeit dieser Auffassung die durchschlagenden

man gar zu der Consequenz, die Dotalobligation für erloschen erklären zu müssen, wenn der Frau selbst das dem Manne als das versprochene Grundstück anderweit schenkungshalber in's Eigenthum übertragen wäre.

Endlich würde hier auch auf keine Weise eine ausreichende und zutreffende Motivirung gegeben sein durch die Bezugnahme auf den angeblichen Ausnahmsatz²³⁾, wonach bei onerosem Erwerbsgrund doch dasjenige, was für den Erwerb der Sache ausgegeben ist (insofern es nicht den wahren Werth der Sache übersteigt) noch gefordert werden kann. Zur Tragung der Ehelasten ist ja der Ehemann schon an sich und ohne die das von Rechtswegen vorzugsweise verpflichtet. Selbst aber wenn er erst gegen den Empfang der das synallagmatisch sich dazu obligirte: so würde, bei anderweitigem Luciren der Dotalgegenstände, durch jenen Satz doch nur der Fortbestand der Dotalobligation für den vielleicht weit geringeren Betrag begründet sein, zu dem die übernommenen Haushaltskosten sich beliefen.

Julian's Motivirung („creditor aut emtor intelligitur qui dotem petit“), die nach der Seite des eben verworfenen Lösungsversuches hinzuschien scheint, bekundet sich durch das eingefügte „quodammodo“ schon äusserlich selbst als schwankend und ungenau. Sie ist nur ein, auch sonst in den Pandekten wiederholter (fr. 8, §. 13 quib. m. p. 20, 6. fr. 47, pr., mand. 17, 1) Versuch, die Differenz von das und donatio gleichnissweis²⁴⁾ zu veranschaulichen, wie es für die nächste praktische Anwendung zu genügen schien. Von einer Erfassung des wahren inneren Grundunterschiedes kann dabei keine Rede sein.

Ausführungen von Bechmann, Dotalrecht. Bd. I. c. 3. Abschnitt 2, §. 48. S. 211 fg.

23) So Windscheid a. a. O. Anm. 6, „denn die das ist ihm versprochen worden als Entgelt für die onera matrimonii und diese bleiben ihm unter allen Umständen“.

24) Die Schiefheit des Gleichnisses tritt sofort gleich daran zu Tage, dass die Worte des Dispositivs „integras actiones retinent“ zwar wohl für die Dotalgläubiger ganz richtig sind, nicht hingegen für die Käufer, die ja keinesfalls mehr das volle „id quod interest rem habere“ im vorausgesetzten Falle einklagen können. Insofern richtig auch Windscheid a. a. O. Anm. 7.

Die wirkliche innere Begründung von Julian's instinctiv richtig getroffener Entscheidung lässt sich, conform mit unserem Grundgedanken, nur vom Standpunkte des Zweckmoments aus geben.

Die dotis obligatio, mag sie auch die nämlichen individuell bestimmten Sachen wie eine Schenkung zum Gegenstande haben, verfolgt doch darin ein der Schenkung gegenüber vollkommen selbständiges Interesse. Es handelt sich bei der das darum, die Vermögensmittel einem weiteren socialen Zwecke in so zwingender Weise dienstbar zu machen, dass die Rechtsordnung selbst diesen Zweck zum gestaltenden Princip erhebt und durch ihn einem eigenen Rechtsinstitut sein besonderes Gepräge giebt²⁵⁾. Die das steht rechtlich im lebendigsten und unmittelbarsten Zusammenhange mit der Ehe als solcher und ist als Ehekapital deren Interesse zu dienen bestimmt. Aus diesen Vordersätzen folgt unmittelbar, dass, wenn auch die identischen Gegenstände anderweit donationis causa erlangt sind, doch der besondere Zweck der Dotalobligation noch unerfüllt fortbesteht. Und da nun nicht die blosse äusserliche anderweite Erlangung des Leistungsgegenstandes, sondern wesentlich das Zweckmoment über den Fortbestand der Obligation entscheidet: so ist es damit gerechtfertigt, dass hier die Dotalobligation dem vollen Umfange nach noch erhalten bleibt.

Diese letztere unbestreitbare und unbestrittene Thatsache mag also, indem alle anderen Erklärungsversuche scheitern, zugleich mit der beste Prüfstein und Beleg für die Richtigkeit jener Grundauffassung sein. Gegen die Richtigkeit derselben kann aber unmöglich ein Bedenken sich daraus ergeben, dass sie nirgends abstract von den Römischen Juristen formulirt und mit klaren Worten hingestellt ist. Der allgemeinen Weise jener Juristen, mehr casuistisch das unmittelbar Praktische aufzufassen und die Dinge möglichst concret zu gestalten, ist es ja durchaus entsprechend: wenn sie auch hier die reinlichste²⁶⁾ Consequenz jener Grund-

25) S. dazu nam. Bechmann, Dotalrecht I, c. III, Abschn. 2, S. 194 fg.

26) Denn beim Kauf z. B. trübt sich ja die Sache insofern als das „dare facere oportere ex fide bona“, trotz der Erfüllung des specifischen Zweckes aus einer anderen Obligation, sehr häufig noch fortbestehen wird hinsichtlich einer vom Käufer schon gemachten Aufopferung (reciperatio pretii); also hinsichtlich eines Nebenzweckes.

auffassung zum Ausdruck bringen in den traditionell gewordenen Worten „*duas lucrativas causas in eundem hominem et in eadem rem concurrere non posse*“.

Für eine oberflächliche Betrachtung war dadurch freilich der falsche Anschein veranlasst, als ob jener Satz etwas Exceptionelles sei. Tiefer Blickende haben darin zwar längst eine einzelne Anwendung einer allgemeinen Regel erkannt. Aber sie verkannten die wahre Natur dieser Regel und wurden so dazu genöthigt, anderen Erscheinungen und Sätzen der Quellen den Charakter von Ausnahmen aus jener Regel beizulegen.

Für die wahre und richtige Betrachtung aber löset sich hier Alles in Einer Harmonie auf; so dass nirgends etwas Regelwidriges und Ausnahmsweises übrig bleibt.

Vom

Bau der Obligation

mit besonderer Rücksicht auf die Lehre vom
Einfluss der Unmöglichkeit der Leistung.

Zweiter Abschnitt.

Untersuchungen über den Bau der Obligation, mit besonderer Rücksicht auf die Lehre vom Einfluss der Unmöglichkeit der Leistung.

§. 1. Einleitung. Die Aufgabe.

Die vorhergehende Untersuchung hat es bestätigt und ausgeführt: dass und in welchem Sinne das Zweckmoment die Eine Seite im allgemeinen Wesen und Begriff der Obligation ausmacht. Damit aber eine besondere, einzelne Obligation zum Dasein gelange, ist es natürlich Voraussetzung, dass durch einen besonderen privatrechtlichen Rechtsgrund (Obligirungsact) der Zweck individualisirt und als ein juristisch zu erstrebender hingestellt ist. In jeder Obligation steckt daher kurz ausgedrückt ein Leisten-sollen¹⁾. Genauer, es steckt darin der Imperativ, dass der bestimmte Erfolg, die Befriedigung des bestimmten privaten Interesses durch menschliche Willensäußerung herbeigeführt werde in Kraft dieses, sich damit lösenden Spannungsverhältnisses. Braucht man den Ausdruck „Leistung“ und „Leistensollen“: so ist dabei vor einer doppelten Missdeutung zu warnen. Einmal vor der minder gefährlichen, als ob nicht auch der Zweck der Obligation in der Sicherung eines Nicht-thuns bestehen könnte; eine Missdeutung, die üblicher Weise durch Anwendung des Kunstausdrucks negative Leistung oder Handlung ausgeschlossen wird²⁾.

1) Wie es Bekker (Actionen, z. B. Bd. 2. S. 8 fg. insb. S. 16) — wenn er es auch für seine obligatio = actione teneri leugnet — für das was er „Anspruch“ nennt, anerkennt und bezeichnet.

2) Man kann ja sehr wohl denken und sagen, dass der Wille sich zu einer Unthätigkeit bestimmt; das Wort Leistung oder Handlung aber schliesst streng genommen das Moment eines Geschehens, ein Positives in sich. So erklärt es sich denn auch, dass vom Standpunkte der herrschenden Auf-

Sodann vor der gefährlicheren Missdeutung, gegen die wir schon früher ankämpften, als ob nothwendig und begriffsgemäss eine Willensaction des Schuldners als solche durch die Obligation erstrebt würde. Während doch, nach dem anderwärts Bemerkten, eine Obligation selbst dann noch denkbar ist, wenn ein Handeln von der schuldnerischen Seite her als undenkbar erscheint und wenn etwa das Recht nur dem Gläubiger Dritten gegenüber die Macht der Selbstbefriedigung auf Kosten des schuldnerischen Vermögens gewahrt hat.

Um solchen Missdeutungen klar und bestimmt auszuweichen, können wir auch so sagen: In jeder Obligation ist die concrete Norm³⁾ gelegen, dass im Dienst des individuellen Zweckes das Bestimmte geschehe resp. (bei obligationes in non faciendo) nicht geschehe. Wie aber der Begriff der allgemeinen Normen im Strafrecht⁴⁾ als nothwendiges Correlat die Sanction des Strafgesetzes fordert: so ist es vollends für die, in der Obligation verkörperte, concrete Norm des Civilrechtes unumgängliche Voraussetzung, dass sie in ihrer Durchführung gegen widerstrebenden Willen irgendwie gesichert sei. Keine Obligation ohne einen irgendwelchen zwingenden Apparat, der den Kern des Zweckes in seine schützende Schaaale hüllt.

fassung der Obligation als Rechtes auf Handlung, die Versuche entstehen mussten (H. Gerber, Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast 1858 S. 36 fg. und Maxen, über Beweislast, Einreden und Exceptionen 1861 S. 200—210), ein wirkliches *facere* des Schuldners als Erfüllung bei den obligationes in non faciendo herauszuklügeln, — mittelst des Umdenkens des non *facere* in einen fortgesetzten positiven Verzicht auf das Recht zum Thun. S. dagegen Unger, Oesterreich. Privatrecht II, §. 129 Anm. 31 a. und Anm. 29, wo er ganz richtig von „Obligationen auf ein Unterlassen“ spricht und das Beiwort „negativ“ nicht auf die Handlung, sondern auf die Obligation selbst bezieht.

3) So spricht z. B. Trendelenburg (Naturrecht §. 103 u. 104) bei der Vertragsobligation davon, dass hier „die gemeinsame Bestimmung zur dauernden Norm wird“, dass hier durch den Parteiwillen errichtet wird „ein gemeinsames Gesetz, dem sich jeder für sich unterthan macht“. Auch Schwannert (Naturalobligationen 1861 S. 227) bezeichnet die Obligation lediglich als „eine Rechtsregel für den concreten Fall“.

4) Ueber diesen Begriff: Binding, die Normen und ihre Uebertretung 1872 nam. S. 23 fg.

Wie verhält es sich nun genauer mit der Natur dieses zwingenden Apparates der Obligation? Wir wollen ihn zunächst nur ganz von seiner Aussenseite her betrachten. Die Frage nach dem mehr innerlichen Sachverhalt, nach dem, was man kurz die innere Structur der Obligation nennen könnte, mag nachher noch besonders für sich erwogen werden.

§. 2. Die äussere Sanction der Obligation.

Die äusserlichen Mittel nun, durch welche jene concrete Norm die Gestalt der Obligation annimmt, können — das leuchtet zunächst ein — unbeschadet des wesentlichen Begriffs von ungleichster Stärke sein.

Als äusserstes Extrem ist hier von Brinz die älteste *nexi obligatio*, so wie sie nach Niebuhr's durch Brinz noch schärfer zugespitzter Auffassung gestaltet war, zur Veranschaulichung herbeigezogen worden¹⁾. Nach dieser Auffassung geräth der zu Nectirende „sofort durch das *negocium per aes et libram* selbst, nicht erst nach der Verfallzeit und durch *manus injectio* in die *manus* des Gläubigers“. Der Schuldner soll hier unmittelbar als Pfand dafür haften, dass der Gläubiger eine Geldsumme bekomme; in der Weise, dass die durch die Selbstmancipation des *liberum caput* von vornherein begründete, Hörigkeit und Pfandhaftung rückgängig werden sollte, wenn jener Zweck erreicht wäre, definitiv werden, wenn er unerreicht wäre.

Etwas Weiteres freilich als der Werth einer Hypothese, bei der die Meinungen über den Grad ihrer Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit wohl allzeit getheilt bleiben werden, lässt sich jener Auffassung schwerlich beilegen. Auch in der kräftigst herbeigezogenen Analogie des alt-nordischen Schuldrechts findet sie, wenigstens in ihrer vollen Schärfe, keine irgend sichere Stütze. Insofern es nämlich, nach Maurer's Ausführung, die Regel des alt-nordischen Schuldrechtes mit sich bringt: dass, wer sich am Ding für eine Geldsumme vertragsmässig fest machte, erst nach Ablauf einer Zahlungsfrist seinem Gläubiger gegenüber rechtlos insb. ohne Recht auf Wergeld wird, so dass nun erst der Gläu-

1) In Grünhut's Zeitschrift 1874 Bd. 1. S. 19 fg.

biger den Widerspenstigen durch die äussersten Mittel zur Arbeit zwingen kann²⁾).

Aber gesetzt es handelte sich bei jener Auffassung um mehr als eine blosser Hypothese. Könnte dann die Lehre, welche daraus zu ziehen wäre, die sein, dass die ganze Obligation selbst „ursprünglich kein dem dinglichen Recht entgegensetzendes, sondern selbst ein dingliches und zwar ein eigenthumsartiges Recht des Gläubigers an der Person des Schuldners sei“? Ohne Zweifel liegt freilich, bei jener hypothetisch angenommenen Rechtsgestaltung, eine höchst kräftig gesicherte, wahre Obligation vor. Aber gleich an der Schwelle muss es hier als eine energische Einseitigkeit constatirt werden, wenn nun Brinz das Wesen dieser ganzen Obligation in die Pfandhaftung des Schuldners, in sein Bestricktsein mit jenem Hörigkeitsverhältniss setzt. Zwar erkennt Brinz nebenbei an, dass auch hier das oportere (-Leisten müssen) von der Haftung untrennbar war. Allein es muss dann auch dies oportere in der Begriffsbestimmung der Obligation selbst zum Ausdruck kommen. Wenn wir dies energisch betonen: so liegt darin kein blosser Streit um Worte und kein blosser Begriffsformalismus.

Erscheint diese Pfandhaftung und Hörigkeit nur als das vom Recht hier zugelassene Mittel für Sicherung jenes Bekommensollens: so lässt sich auch der Schwerpunkt des Obligationsbegriffs mindestens gerade so gut in das Sollen legen, welches im Dienst des gesetzten Zweckes gewahrt wird, durch die dem Gläubiger gegebene pfandrechtliche Macht über des Schuldners Person³⁾. Und dabei bleibt dann von vornherein durchaus noch die

2) Vgl. Maurer, in den Sitzungsber. der K. B. Academie 1874 Heft I, nam. S. 21 fg. 28 fg. Es ist hiernach eine allgemeine Verwendung der Schuldknechtschaft als Vollstreckungsmittel bei irgend beliebigen Schuldforderungen im alt-nordischen Recht nicht nachweisbar a. a. O. S. 33.

3) Mit vollkommen richtigem Gefühl unterscheidet denn auch Maurer selbst z. B. S. 27 a. E. die Schuld als solche von dem dieselbe sichernden Rechte an der Person des Schuldners, indem er bemerkt, dass die dem Gläubiger für den Nothfall erlaubte Veräusserung des Schuldners als Schuldknecht (höchstens für den Schuldbetrag) nichts Anderes sei als ein Verkauf der Schuld, welche auf ihm ruhte, mitsammt dem diese Schuld sichernden Rechte an seiner Person.

Frage offen, ob nicht unbeschadet des Obligationsbegriffs noch durch andere Mittel als eine Pfandhaftung jenes Sollen, jenes rechtliche Postulat auf den Eintritt des Zweckes der Obligation und auf ihre definitive Lösung garantirt werden kann.

Unser Zusammenhang fordert hier, wenn auch nicht eine Einzelausführung und nähere Begründung, so doch eine Berührung und Uebersicht der für jenen Behuf allmählig in Dienst gestellten Mittel.

In der allerältesten Zeit ist ohne Zweifel nur zu denken an eine reine, noch nicht rechtlich bestimmt geregelte, Selbsthilfe des Gläubigers als Sanction d. h. als erlaubtes Mittel zur Sicherung des Obligationszweckes auf Kosten der Person des Schuldners und seines Vermögens⁴⁾. Solche Selbsthilfe wird bei fortschreitender Rechtsentwicklung nothwendig durch Eingreifen des staatlichen imperium geregelt und beschränkt. Erst mit dieser Regelung beginnt das Gebiet einer wirklich beglaubigten Rechtsgeschichte. Die XII Tafeln garantiren noch dem Gläubiger bei rechtskräftig feststehender Schuld und nach Ablauf der gesetzlichen Zahlungsfrist das Recht der manus iniectione an den Schuldner. Aber es bedarf doch schon, damit es zur Schuldknechtschaft kommen kann, einer vorgängigen Addictio desselben, welche, wenn nicht noch in jure ein tauglicher vindex auftritt, durch den Magistrat in Handhabung der lex vorgenommen wird⁵⁾. Nunmehr entsteht allerdings eine pfandähnliche Haftung der Person des Schuldners, welche anfangs auch noch wirklich mit dem jus distrahendi verknüpft war. Aber man kann doch schon jetzt von der Obligation nicht mehr sagen, dass sie unmittelbar selbst ein Recht an der Person des Schuldners sei oder ein solches in sich enthalte. Sie kann nur in ihrem weiteren Verlauf, unter Vermittelung des obrigkeitlichen imperium, zu einem solchen Rechte

4) Ihering Geist d. Röm. R. I, S. 120 fg. Danz Rechtsgeschichte, 1873 II, §. 141 nam. Anm. 2 u. 3.

5) Gellius n. a. XX, 1, §. 44 „Post deinde, nisi dissolverent ad praetorem vocabantur, et ab eo quibus erant iudicati addicebantur, nervo quoque aut compedibus vinciebantur“ und dazu Karlowa, der Röm. Civilproc. S. 158 gegenüber Huschke, Keller (Civilproc. §. 83) u. A., welche für den älteren Process die addictio leugnen.

führen und zuletzt zur Vernichtung des *caput* des Schuldners. Dies nicht bloss zu dem Behuf, dass der Gläubiger aus dem Schuldner und aus dessen durch den Verkauf nebenbei ergriffenen Vermögen Satisfaction gewinne; sondern gerade auch damit den Schuldner die verdiente *poena* wirklich treffe, wenn die rechtliche Bedrohung mit dieser Strafe sich nicht als ausreichend erwiesen hatte, durch ihren Druck auf den Willen des Schuldners die Beschaffung der Mittel für die Erfüllung herbeizuführen⁶⁾.

Der sodann der *lex Poetelia* beigelegte Satz „*Pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esset*“ ist gewiss nicht, wie es zu geschehen pflegt⁷⁾, als zum Wortlaut des einen Kapitels der *lex* gehörig anzusehen, sondern als eine prägnante, zuspitzende und übertreibende Angabe des Inhaltes. Die Uebertreibung ist unverkennbar; denn das Römische Recht in der ganzen späteren Zeit kennt ja, neben der nunmehr selbständig entwickelten Vermögensexecution, noch ein kraft der *jurisdictio* ertheiltes „*duci jubere*“ und eine darauf beruhende, die Person des *judicatus* ergreifende Privathaft.

Aber auch ganz abgesehen von dieser Personalexecution im strengsten Sinne, selbst bei der Execution in die *bona debitoris*

6) Während Brinz a. a. O. in Grünhuts Zeitschr. allen Nachdruck auf die Satisfaction legt, betont jetzt Karlowa a. a. O. insb. S. 160—164, gewiss mit Recht, hauptsächlich den pönalen Charakter der alten Execution, wie er sich in der eventuellen Vernichtung der Persönlichkeit des Schuldners sichtlich äussert. Vgl. auch Huschke *Nexum* S. 85 fg. u. Ihering *Geist* (II, 1 ed. 2 S. 144 fg.).

7) Nach Livius VIII, 28. Der Hauptschriftsteller über unsere *lex* (Bachofen das *Nexum* und die *lex Petillia* nam. S. 100 fg. S. 129 fg.), indem er ebenfalls jenen Satz als (modernisirten) Wortlaut der *lex* behandelt, ist, um ihn mit dem unleugbaren Fortbestande der Personalexecution in Einklang zu erhalten, dadurch zu der Annahme gelangt, dass jener Satz „nur von der Verpfändung, nicht von der Execution“ spreche. Aber sollte denn wirklich eine *lex* und vollends eine *lex* aus dieser frühen Zeit (unter Verbot des Versprechens von Knechtesdiensten) die Parteien ausdrücklich hingewiesen haben auf Realsatisfaction durch Verpfändung? Huschke *Nexum* S. 134 fg., der die Execution als gemeint ansieht, hilft sich mit der Annahme, dass die Worte der *lex* „*bona, non corpus*“ „nur die Ausschliessung einer pönalen Rechtsvollstreckung gegen die Person“ im Sinn hätten. Ganz richtig hierin: v. Savigny *Vermischte Schriften* Bd. 2 S. 425—29.

wird doch zunächst noch stets im stärksten Masse die ganze Persönlichkeit des Schuldners mit ergriffen. Insofern nämlich diese Execution stufenweis in ihrem edictsmässigen Verlauf zu einer Ablösung des Gesamtvermögens von der Person des Schuldners führt und damit, kraft der *infamia*, den Wegfall der politischen Rechte für den Schuldner nach sich zieht. Freilich ist von neueren Juristen die Abpfändung einzelner Vermögensstücke des Schuldners zum Behufe gerichtlichen Verkaufs, wenn sie auch erst in der Kaiserzeit bezeugt ist, doch schon als von Alters her geltendes ordentliches Organ der privatrechtlichen Schuldexecution hingestellt worden; weil es als nicht wohl denkbar erscheine, dass nicht ein so praktisches Volk wie die Römer schon früher diesen einfacheren und natürlicheren Weg gegenüber halsstarrigen Schuldnern eingeschlagen habe⁸⁾. Wie lässt sich aber ein solches Urtheil aufrecht erhalten gegenüber der Thatsache, dass man in neuerer Zeit mehrfach aus dem unmittelbaren Gefühl der grösseren Zweckmässigkeit, zu dem Princip zurückgekehrt ist, als einzigen Zweck und als ausschliessliches Ziel jeder Schuldbetreibung den *Concurs* aufzustellen mit seiner eventuellen Rechtsfolge für das politische *caput*⁹⁾?

Mag man indess mit der Abpfändung einzelner Sachen gegen den Schuldner vorgehen, oder die Zwangsvollstreckung immer auf das Gesamtvermögen richten: zuletzt läuft es doch in der Hauptsache darauf hinaus, dass ein sofort zu realisirendes Pfandrecht behufs der Satisfaction des Gläubigers kraft obrigkeitlichen Eingreifens zur Entstehung gelangt.

Man ist nun in unseren Systemen daran gewöhnt, die Grundsätze hierüber nicht in der Lehre von den Obligationen, von ihrem

8) So insb. v. Savigny *Vermischte Schriften* Bd. 2 S. 450 fg. und Rudorff *Röm. Rechtsgeschichte* II §. 92 Anm. 2 u. 3. Dagegen Keller *Civilproc.* §. 83 sub. 1 und Bethmann-Hollweg *Civilproc.* Bd. 2 §. 115 S. 690 f.

9) So insb. in einer Reihe Schweizerischer Particularrechte. Danach auch in dem ersten Entwurf eines Schweizerischen Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und *Concurs* (von A. Heusler 1874). Ueber die bisherige Sachlage in der Schweiz und über die praktischen durchschlagenden Gründe geben die beigelegten Motive (nam. S. 52—78) sehr eingehende und einsichtige Mittheilungen und Erörterungen.

Schutz und ihrer Durchführung zu behandeln, sondern getrennt davon bei dem Pfandrechte in der Lehre von dessen Entstehung. Diese für das System ganz zweckmässige äussere Trennung kann aber gar leicht bis zu einer völligen inneren Loslösung sich steigern. Auf das schärfste ist dies denn auch in neuerer Zeit bei Ziebarth geschehen, ganz im Zusammenhange mit seiner früher von uns berührten scharfen Durchführung des Begriffes der Obligation als eines Rechtes auf Handlung. Exequirt wird nach ihm bei der *pignoris capio* gar nicht die Obligation, da zur Erzielung einer Handlung nur ethische nicht physische Zwangsmittel als tauglich erscheinen; exequirt wird vielmehr „ein ganz anderes Recht, ein zweites daneben tretendes Schutzrecht, ein accessorisches dingliches Recht, das Pfandrecht.“ Es soll dies Pfandrecht auch „gar nicht die Erfüllung der Obligation sichern, sondern es soll die Verletzung der Obligation nach ihrer öconomischen Seite hin möglichst wieder gutmachen durch den in der Sache steckenden Werth“¹⁰⁾.

Mit Recht ist hier schon von anderer Seite gefragt worden, wie denn mittelst der *pignoris capio* ein Recht gleich *exequirt* werden kann, welches ja durch diese *capio* überhaupt erst als dingliches Recht entstehen soll? Als lösende Antwort hierauf ist von dem Fragenden selbst¹¹⁾ ertheilt worden: es ist vor dem *Judicat*, ja vor dem Ablauf der *dies justi* zur Erfüllung des *Judicats* „nichts als eine eventuelle Anwartschaft“ zur Pfändung vorhanden, die man „nicht zu einem selbständigen materiellen Recht verdichten“ darf.

Diese eventuelle Anwartschaft nun wieder in den gebührenden innigsten Zusammenhang mit dem „Begriff *Obligatio*“ gebracht zu haben, erscheint als ein Hauptverdienst der oft erwähnten Abhandlung von Brinz¹²⁾.

Ist die gerichtliche Abpfändung das „durch die Realität der Obligation selbst gebotene,“ *naturali ratione* begründete „Schlussstück in der Entfaltung der *obligatio*:“ so muss auch schon „im Moment der Obligirung etwas haftbar geworden d. h. be-

10) Ziebarth, *Realexecution etc.* S. 176 fg. S. 307 vgl. auch S. 37 fg.

11) Degenkolb *Kritische Vierteljahrsschr.* IX S. 209 fg.

12) Brinz, *der Begriff obligatio a. a. O. nam.* S. 30—32.

stimmt worden sein als das was für den Fall, da die Leistung ohne Lösung der *Obligatio* ausbleibt, pfandartig zur Satisfaction dient und eben darum pfandartig Sicherheit gewährt.“ Gegen die Annahme einer solchen, aus der Obligirung selbst sofort erwachsenden, eventuellen Bestricktheit des Vermögens lässt sich allerdings kein Einwand aus dem Umstande entnehmen: dass der Schuldner bis zur wirklich erfolgten Einweisung oder Auspfändung frei über die einzelnen Vermögensstücke verfügen und sie dadurch der actuellen Satisfactionshaft entziehen kann. Kommt doch sogar bei der hypothekarischen Verpfändung eines Waarenlagers ein ähnliches Sachverhältniss vor. Und sind doch andererseits auch bei der gewöhnlichen *personae obligatio* die einzelnen Vermögensstücke des Schuldners keineswegs wie hier noch Brinz selbst (a. a. O. S. 18) ohne Noth concedirt, bloss „so lange sie ihm gehören“ der eventuellen Bestricktheit unterworfen, so dass sie „überhaupt nicht gegen dritte Besitzer verfolgt“ werden könnten. Ausser dem was wirklich noch zum Vermögen des Schuldners gehört kann ja auch das, was *dolo malo* (in *fraudem creditorum*) aus demselben ausgeschieden wurde, noch von den Gläubigern in Anspruch genommen werden gegen Beschenkte wie gegen *fraudis conscii*. Grade kraft ihres bereinigten Pfandrechtes am Gesamtvermögen des Schuldners ziehen die verkürzten Gläubiger mit der *Pauliana actio* jene *dolos* veräusserten Sachen in dasselbe zurück, freilich nicht absolut, auch zu Gunsten des Schuldners selbst; vielmehr nur zum Zweck der Restauration ihres Pfandnexus und soweit es im Interesse ihres eigenen Forderungsrechtes erforderlich ist.

Auch daraus endlich, dass es obrigkeitlicher Machtvollkommenheit zur Vollziehung unserer *pignoris capio* bedarf, lässt sich in der That nicht ableiten, dass die letztere nicht „aus der *Obligatio* heraus, sondern von aussen zu ihr hinangewachsen“ sei. Erklärt sich doch diese Intervention des staatlichen *imperium* zur Genüge aus historischen und aus noch fortwirkenden rechtspolitischen Gründen.

Bestehen aber bleiben gegenüber Brinz durchaus die beiden zweifelnden Fragen. Lässt sich jene, mit dem Begriff *obligatio* zusammenhängende, eventuelle Anwartschaft des Gläubigers auf ein, interveniente magistratu zu begründendes, Pfandrecht zuspitzen

zu dem Gedanken: dass in seinem Vermögen, als in seiner Pertinenz, der Schuldner selbst pfandartig hafte? Und ist wirklich, die obligatio selbst und überhaupt — wesentlich Nichts als Pfandhaft“ Brinz S. 32)?

Schon der Gedanke an die Realexecution des neueren Rechtes mag an der ausschliesslichen Geltung der Pfandnahme und Pfandhaftung als Zwangsapparates der Obligation irre machen. Denn wenigstens nur sehr künstlich und uneigentlich wird sich von Pfändungsrecht und pignoris capio da sprechen lassen, wo mittelst obrigkeitlicher Wegnahme der geschuldeten individuellen Sache selbst, die Obligation unter Umgehung des schuldnerischen Willens unmittelbar erfüllt wird.

Für das classische Römische Recht wird freilich die Existenz einer solchen Realexecution, bei der Isolirtheit des Satzes von fr. 68 d. R. V. und der dadurch nahe gelegten Möglichkeit einer Interpolation, vielleicht allezeit zweifelhaft bleiben¹³⁾. Hinsichtlich aller actiones auf ein restituere oder exhibere steht für Justinians Recht durch eben dieses fr. 68 die Statthaftigkeit der Realexecution fest. Hinsichtlich der auf ein dare u. dgl. gerichteten Obligationen ist sie für Justinians Recht, trotz der noch immer vorherrschenden Meinung, in der That mehr als zweifelhaft¹⁴⁾. Um so sicherer ist hingegen für unser modernes Recht die Zulässigkeit der Realexecution überall da, wo uns an individuell bestimmten Sachen des Verpflichteten Detention, Besitz, Eigenthum verschafft werden soll¹⁵⁾.

13) Gegen Ziebarth's eingehende, die Echtheit von Ulpian's Wortlaut in fr. 68 vertheidigende, Ausführung (Realexecution §. 7 und §. 8 S. 63—87) s. wieder Degenkolb krit. Vierteljahrsschr. IX S. 215—217.

14) Ueber c. ult. d. fideic. lib. 7, 4. §. 32 J. d. act. 4, 6 und c. 14 d. sentent. et interl. 7, 45 s. die guten Ausführungen von Ziebarth a. a. O. §. 13 S. 158—165.

15) Vgl. Ziebarth a. a. O. §. 16 S. 179 fg., v. Brünneck über den Ursprung des s. g. jus ad rem (1869) und darüber die Relation bei F. Hofmann, die Lehre vom titulus und modus acquirendi 1873 S. 25 f. S. 30 f. Ueber die dogmatische Konstruktion des s. g. „Rechtes zur Sache“ vgl. Dernburg Lehrbuch des Preuss. Privatrechts I, 2 (1872) §. 184 u.

Wie nun kraft dieser Realexecution, unter der Herrschaft des Begriffes der Obligation als Rechtes auf Handlung, die Annahme eines von der Obligation verschiedenen, selbständig neben ihr hergehenden „relativ dinglichen Rechtes zur Sache“ sich behauptete, musste schon in weit früherem Zusammenhange (Abschnitt I, §. 4 S. 35) berührt werden. Auch hier lässt sich doch vielmehr nur denken und sagen: dass die Obligation selbst mit der eventuellen rechtlichen Anwartschaft bewehrt ist, dass die geschuldete individuelle Sache dem sie verweigernden Schuldner gerichtlich weggenommen und der Obligationzweck direct in Kraft der Rechtsordnung hergestellt werde. In der Form des Sachenrechts wird die directe rechtliche Zugehörigkeit der Sache zur Person gedacht; bei dem obligatorischen Anspruch mit Realexecution liegt immer der Gedanke zu Grunde an einen hinsichtlich der Sache zu Gunsten des Fordernden, eventuell durch Wegnahme, erst noch herzustellen Erfolg. Es ist und bleibt bei dieser letzteren Denkform eine Beziehung der Person zur Sache ins Auge gefasst, welche durch den besonderen Obligationsgrund vermittelt, erst noch erstrebt wird, eventuell kraft Realexecution. In einem und dem nämlichen

§. 185 S. 378—383. Die Klage, — welche hier (nach Allg. Preuss. L.R. I, 19, §. 5 vgl. I, 10, §. 25) auch gegen den dritten Erwerber einer Spezie auf deren Herausgabe dann gegeben wird, wenn er erweislich beim Erwerb in sicherer Kenntniss vom Bestehen eines älteren Anspruches war, welcher letztere gegenüber dem besitzenden Hauptschuldner zur Realexecution geeignet gewesen wäre —, diese Klage gegen den bösgläubigen dritten Erwerber wird in der That selber auch nur als von obligatorischer Natur aufgefasst werden können. Es handelt sich hier danach entweder um eine zweite Obligation, die vermittelt durch den bösgläubigen späteren Erwerb der geschuldeten Spezie, aus der Wurzel der ersten Obligation hervorst, mit ihr das identische Vermögensinteresse in sich aufnehmend. Oder geradezu um die identische Obligation (z. B. also mit Fortlauf der begonnenen Verjährung, sofern nicht das Recht fortdauernde bona fides dazu fordert), welche nur kraft eines hinzutretenden Momentes nebenbei noch gegen einen Andern sich richtet. Im Sinne der letzteren Alternative, scheint es, spricht auch Ihering (Jahrb. Bd. 10, 1871 S. 329—331), wenn er für solchen Fall von der „Ausdehnung der in personam actio auf den bösgläubigen Erwerber des Obligationsobjectes“ redet.

äusseren Thatbestand lassen sich beide Formen, die der directen und der indirecten Beziehung zur Sache gedankenmässig leicht und einfach von einander unterscheiden. In dem Fall z. B., wo der Eigenthümer seine Sache verliehen hat, fasst man mit der Vorstellung der *ex commo dato* herzustellenden Detention der Sache den obligatorischen Anspruch ins Auge, welcher durch die in concreto vollzogene gerichtliche Realexecution sich erschöpft. Während im Hinblick auf das Eigenthum an die directe, in sich selber ruhende, rechtliche Beziehung zur Sache gedacht wird, welche gegen die in sich unbestimmte Menge der Nichtberechtigten gerichtet, (daher auch gegen die Concursgläubiger unbedingt durchschlagend) „die Incongruenz mit dem concreten Process“ (Degenkolb a. a. O. IX, S. 208) bedingt.

Lässt schon die Realexecution den Gedanken an das ausschliessliche Wesen der Obligation als Pfandhaftung nur schwer bestehen: so wird vollends mit anderen rechtlichen Erscheinungen jener Gedanke nicht in Einklang zu bringen sein. Zeigt sich dies nicht, bei genauerer Ueberlegung, für das classische Recht schon z. B. bei dem anerkannten Rechtssatze „*Filiusfamilias ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur et ob id agi cum eo tanquam cum paterfamilias potest*“ (fr. 39 d. O. et. A.)?

Also eine *praesens obligatio* des Hauskindes wird hier angenommen. Obgleich das Hauskind als solches nach classischem Recht alles eignen Activ-Vermögens unfähig war, welches als „im Moment der Obligirung“ mit eventueller Haftung bestrickt hätte angesehen werden können. Und obgleich doch auch die *Personalexecution* hier nothwendig ausgeschlossen war gegen einen Schuldner, der sogar nach erfolgter *Emancipation* nur „in id quod *facere potest*“ der *actio iudicati* unterlag (fr. 5 pr. quod cum eo 14, 5). Hätte hier also nicht bei der rechtlichen Ungewissheit des Eintrittes irgend einer möglichen Pfandhaftung, nach der gegenwärtigen Auffassung der Obligation höchstens nur von einer blossen „*spes debitum iri*“ die Rede sein können, so dass hier durch den Tod des Hauskindes als solchen die Obligation wie im Keime erstickt gälte?

Auch sofern bei uns die staatsrechtliche Unverletzlichkeit des

Monarchen dahin sich ausgedehnt fände¹⁶⁾, dass ihm gegenüber jederlei Zwangsvollstreckung und gerichtliche Pfändung gänzlich ausgeschlossen wäre, würde demnach ebenmässig eine wahre Obligation im strengsten Rechtssinne (*civilis obligatio*) anzuerkennen sein, schon wegen der blossen offen erhaltenen Möglichkeit gerichtlicher Klage. Hiernach muss also schon die rechtliche Möglichkeit einer richterlichen Verurtheilung mit dem rein in ihr selbst liegenden Druck auf den Willen, ganz abgesehen von der Statthaftigkeit weiterer ethischer oder physischer Zwangsmittel, zum Obligationsapparat zur Noth ausreichend sein.

Aber auch ganz abgesehen von solchen Fällen, wo nur durch die singuläre Stellung des Schuldners die normale pfandmässige Haftung ausgeschlossen ist, bleibt unsere Opposition gegen die Ausschliesslichkeit der Pfandhaftung als Obligationsapparat bestehen.

Sehr wohl kann es zunächst durch den Zweck einer gewissen Obligation durchaus bedingt sein, dass die Rechtsordnung mit einem ganz anders gearteten Mittel zu operiren hat oder zu operiren vermag. So ist ohne Zweifel der Kommodant obligirt, dem Kommodatar die geliehene Sache die verabredete oder dem intentionsgemässen Gebrauch entsprechende Zeit hindurch zu gewähren. „*Intempestive usum commodatae rei auferre*“, sagt Paulus (fr. 17, §. 3 *commod.* 13, 6) „*non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque*.“ Der Leihende erfüllt diese Obligation, indem er bis zum contractsmässigen Termin dem Andern die Detention der Sache ungestört lässt. Als Form für die Ausstattung dieses Zweckmomentes mit dem juristischen Körper der Obligation würde es schon genügen: wenn nur die Rechtsordnung die Denegation einer vorzeitigen Rückforderungsklage androht, beziehungsweise dem Beklagten eine darauf gerichtete Einrede giebt, und wenn sie den Versuch eigenmächtiger Rücknahme als verbotene Selbsthilfe sträuft. Unter dieser Voraussetzung würde hier eine wahre Obligation vorliegen; auch ohne die *contraria commodati actio*, welche auf Ersatz der durch vor-

16) Vgl. z. B. über das Oesterreich., nicht so weit gehende, Recht Unger Bd. I S. 109—111; über das Preuss. Recht Dernburg I, 1 §. 29 Anm. 1.

zeitige Wegnahme entstandenen Schäden später mit zugelassen wurde¹⁷⁾.

Ferner lässt es sich ja denken, dass die Erfüllung und Befriedigung von pecuniär ganz indifferenten Interessen und Zwecken vertragsmässig zugesagt und dass eine Civilklage hieraus gegeben würde. Es bleibt dann kaum eine andere Art und Weise der Erzwingung übrig, als mittelst der richterlichen Androhung von öffentlichen Strafen. Kein anderes Zwangsmittel haben denn auch auf Grund des J. R. A. §. 162 die Neueren im Auge, welche für unser Recht solche Obligationen wirklich anerkennen¹⁸⁾. Es thut für unsern Zweck auch hier Nichts zur Sache, ob die letztere Lehre richtig ist. Selbst die, welche wie Neuner und Arndts solche Erweiterung des Obligationsgebietes für nicht positiv begründet und vom legislatorischen Standpunkt aus für gefährlich halten, denken hier doch keineswegs schlechthin an eine Unvereinbarkeit derselben mit dem Obligationsbegriff. Man müsste, um solche Unvereinbarkeit zu behaupten, schon die Pfandhaftungstheorie oder eine ähnliche als vorgefasste Meinung mitbringen.

Genug also: dass, wenn im Dienst von nichtpecuniären Privatinteressen ein *facere* oder *non facere* des Promittenten in solcher Weise erzwingbar wäre, dies nach unbestrittener Annahme durchaus in den Rahmen der *obligatio* mit hineinpassen würde.

Weiter besteht die Möglichkeit, dass aus anderen als im Zweckmoment selbst gelegenen Gründen ein bestimmter Obligationszweck nur mit ganz anderen Sicherungsmitteln als mit der regelmässigen Haftung ausgerüstet wird; sei es unmittelbar durch das Belieben der Rechtsordnung, sei es unter deren Anerkennung durch den Parteiwillen.

Es kann hier zunächst sein, dass der zwingende Apparat ein

17) Paulus a. a. O. (libr. XXIX ad. edict.) „si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti — etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est.“

18) Wie nam. Windscheid §. 251 Anm. 3. Dazu unser Abschnitt I, §. 6 S. 54 f. Ueber die neueren Executionsordnungen s. Menger „Beiträge zur Lehre von der Execution“ im Archiv f. e. Pr. Bd. 55 S. 375 fg. nam. S. 397 Anm. 12. Den Zwang auf Handlung durch Strafandrohung nennt er „Realexecution“ S. 379 f. weil die Obl. real Recht auf Handlung sei.

wesentlich schwächerer ist, als gewöhnlich. So in den Fällen, wo die Römischen Juristen von *naturales obligationes* sprechen. Wo hier nicht Pfandrechte, Bürgschaften u. dgl. hinzutreten, oder die Eventualität einer Selbstbefriedigung durch Zufall sich eröffnet¹⁹⁾, besteht hier ja die rechtliche Wirkung nur darin: dass, wenn freiwillig sei es auch in irrthümlicher Annahme der Klagbarkeit gezahlt ist, weder der Zahlende selbst jemals mit *condictio indebiti*, noch die anderen Gläubiger (bei Zahlung des Schuldners vor Concursausbruch) mit *Pauliana actio* diese Erfüllung rückgängig machen können. Ist aber nicht doch auch durch solche beschränkteste Wirkung immer eine Gebundenheit fremden Willens im Dienst des Obligationszweckes anerkannt? Scheint danach nicht also selbst diese ganz hypothetische Willensgebundenheit für die Annahme einer Obligation genügen zu können? Zwar ist diese Obligation jedenfalls schwach und unvollkommen genug. Auch brauchen ja danach die Römischen Juristen mehrfach selbst die Wendung, dass man hier nur „*minus proprie*“ und „*per abusionem*“ von einem debitor und creditor sprechen könne²⁰⁾. Und hiernach wieder ist es begreiflich, wenn Neuere gemeint haben, dass der Obligationsbegriff gar nicht mit auf die Naturalobligationen zugeschnitten zu werden brauche²¹⁾. Aber immer darf

19) Sei es durch die eintretende Möglichkeit einer Compensation, sei es in einem Falle wie fr. 95, §. 2 d. solut. (Papinian libr. XXVIII quaest.) „si forte creditor, qui pupillo sine tutoris auctoritate nummos crediderat, heres ei exstitit — in solidum creditum suum ex hereditate retinet“ (scil. si restituerit ex Trebelliano hereditatem); so dass hier *aditio hereditatis* „pro solutione credit.“

20) Fr. 10. d. V. S. 50, 16. Fr. 16, §. 4. d. fidej. 46, 1. fr. 41 d. pecul. 15, 1. Wenn Ulpian in fr. 10 cit. gradezu sagt „quod si natura debetur, non sunt loco creditorum“: so ist es freilich klar, dass er das Wort *creditores* in einem bestimmten engeren Sinne nimmt, wie etwa hinsichtlich der durch Majoritätsbeschluss der Creditoren zu bewilligenden Stundung. Vgl. v. Scheurl krit. Vierteljahrsschr. VI S. 496. — Nirgends aber findet sich für die „*obligatio*“ selbst ein beschränkender Zusatz ausser dem, dass sie „*naturalis tantum*“ genannt wird; nirgends wird gesagt, dass sie nur „*quasi*“ oder „*minus proprie*“ eine *obligatio* sei.

21) So erklärte Brinz schon vorlängst (Pand. I, 1857 S. 537), dass wir beim Begriff der Obligation „auf die *naturalis obligatio* keine Rück-

er doch nicht so bestimmt werden, dass es unbegreiflich wird, wie auch nur in irgend einem Sinne Römische Juristen eine obligatio hier statuiren konnten. Und würde dies nicht in der That gerade so unbegreiflich, wenn wirklich das Wesen der Obligation in eine pfandartige Haftung im Brinz'schen Sinne zu setzen wäre, wie wenn mit Bekker in ein starres *actione teneri*? Niemand in der Welt wird doch in der Vorstellung der „klaglosen Obligation“ die gleiche Sünde gegen das logische Gesetz vom Widerspruch finden können, wie sie in der Formulirung eines „klaglosen *actione teneri*“ oder einer „haftlosen Pfandhaftung“ stecken würde. Danach hat es denn aber auch geradezu eine sozusagen mathematische Gewissheit, dass sich die Vorstellungen „Obligation“ einerseits und „*actione teneri*“ oder „Pfandhaftung“ andererseits nicht decken.

Es ist nicht ohne Interesse zu sehen, wie nahe der Hauptschriftsteller über die Naturalobligationen²²⁾ vom Gesichtspunkt dieser besonderen Lehre aus herantrat an die durch uns von anderem Ausgang her entwickelte Grundauffassung. Nach ihm weist der Obligationsact „durch seinen Inhalt stets über sich selbst hinaus.“ „Der Inhalt des Obligationsactes (besser der Obligation) ist überall der, dass Etwas geschehen soll.“ „In ihrem gesunden, natürlichen Zustande erscheint die Obligation lediglich als eine — Rechtsregel für den concreten Fall.“ Wo die Möglichkeit der actio aus einem besonderen Grunde fehlt, da ist der Inhalt des Obligationsakts „auf die Stufe einer allgemeinen Rechtsvorschrift herabgedrückt, deren Erfüllung dem Belieben überlassen bleibt.“ Durch Anerkennung des Obligationsacts stellt das Recht ein „Sollen“ auf, „ohne indessen die Mittel zur Realisation desselben zugleich zu gewähren.“

Zugespißt ist das Richtige und das Fehlerhafte endlich in den

sicht zu nehmen brauchen.“ Bekker, welcher früher (Jahrbuch Bd. 4, 1860 S. 404) den paradoxen Ausdruck versuchte „dass auch diese Naturalobligationen Actionen sind,“ zieht jetzt (Actionen I, S. 6) auch die Wendung vor: dass, da das bindende Element keine actio sei, es sich hier um „Nichtobligationen“ handle, auf die nur der Aehnlichkeit wegen abusiv der Name obligatio ausgedehnt sei.

22) Schwanert, die Naturalobligationen 1861, nam. S. 225—230.

kurzen Satz, „dass bei der *naturalis obligatio* das obligatorische Verhältniss eben Nichts ist als der Inhalt des Obligationsacts.“ Wer sieht nicht, dass in diesem „Inhalt“ das individuelle Zweckmoment steckt, erstrebt durch die auf den Obligationsact gegründete concrete Norm? Aber nun so, dass dieser Norm als einer „*imperfecta*“ zwar die ordentliche *sanctio* fehlt, doch immer noch eine irgend welche hypothetische Rechtsgarantie des Zweck Erfolgs gegeben ist.

Gerade umgekehrt mag auch unter Umständen die äussere Sanction der Obligation eine wesentlich intensivere sein als gewöhnlich. Es mag sein, dass die Obligation geradezu und ausschliesslich mit dem äusserlichen Apparat der Dinglichkeit arbeitet²³⁾.

Wenn im ältesten Römischen Recht die *praediorum obligatio* isolirt für sich möglich war, nicht bloss als Verstärkung der *praedium obligatio*: so würde gleich dieser Fall hierher gehören. Und ist nicht mit Sicherheit anzunehmen, dass im nachträglichen Verlauf das Rechtsverhältniss sich in solcher Weise gestalten konnte? Dies sobald der *praes* nachher verstarb. Denn wie musste nicht die Haftung der *praedes* eine streng persönliche sein; da ja selbst die Erben der *sponsores* und *fidepromissores* nicht hafteten? So mochte denn auch die Obligation im vorausgesetzten Fall nur mittelst der Haftung der *praedia* noch fortbestehen und fortwirken. (Anders Göppert Z. f. Rg. IV S. 295 f.)

Aus dem späteren Römischen Recht treten in unseren Zusammenhang herein die, durch Ihering berühmt gewordenen, Fälle (Jahrb. I, S. 120 f.), wo die Uebertragung der *rei vindicatio* auf Nichteigenthümer „als Dienerin einer Obligation“ vorkommt. Und zwar hier insbesondere die Fälle (bei Ihering Fall 6 und 7 S. 138—141 S. 171), wo die *utilis rei vindicatio* zunächst die einzige Form war zur Realisirung eines Anspruchs, dessen Billigkeit man sich nicht verhehlte, für den man eine befriedigende actio

23) In diese Ausdrucksform mag, um die Gefahr einer Missdeutung sicherer abzuschneiden, lieber eingekleidet werden der Gedanke von Ihering (Jahrbücher B. 10, 1871 S. 516 u. 546), dass „die Obligation unbeschadet ihrer Structur die volle Dinglichkeit erlangen“ könne. Allerdings bleibt ja ihr innerliches Wesen trotz der andern Structur der Aussenseite unverändert.

in personam nicht vorfand. Wenn Varus und Nerva dem früheren Eigenthümer eines in fremdem Boden eingewurzelten Baumes, Gajus dem früheren Eigenthümer der von einem Fremden bemalten Tafel eine utilis in rem actio gaben²⁴): so waren sie dabei „durch die Idee einer Obligation geleitet.“ „Diese Klage diene ihnen nur als Mittel, um ein Verhältniss, das sowohl rücksichtlich seines Grundes als Zweckes einen durchaus obligatorischen Charakter hatte, in eine processualische Form zu bringen“ (Ihering a. a. O.). Sie ist und bleibt wesentlich eine, namentlich im Fall des Concurses des Beklagten ihre hohe Bedeutung äussernde, „Form der Geltendmachung des Ersatzanspruchs, so dass sie durch Herausgabe des Werthes abgewendet werden kann“ (Windscheid Pand. §. 190 Anm. 4).

Ähnlich wurde auch die gesetzliche Obligation des Niessbrauchers zur Leistung einer satisfactio anfangs nur mittelst der rei vindicatio indirect geschützt und realisiert; ehe zu Ulpian's Zeit es anerkannt war „sed et ipsa stipulatio condici poterit“ (fr. 7, pr. 7, 9).

Es ist wahr, dass das Wort obligatio in diesen Fällen in den Quellen nicht gebraucht wird²⁵). Aber muss man nicht das

24) Die Annahme von Schulin (Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio 1873 S. 14 S. 89—98), dass fr. 5, §. 3 d. R. V., fr. 9, §. 2 d. a. r. d. 41, 1 etc. hier eine „Klage für den betreffenden Fall nicht erst einführen, sondern nur ihre (der Publ. actio) Zulässigkeit in diesem Fall constatiren“ passt schon schwerlich zu dem Wortlaut des Gajus „utique conveniens est, utilem actionem dari.“ Auch wird die Klage ausdrücklich dem früheren dominus als solchem gegeben, einerlei ob er oder sein Erblasser je den Ersitzungsbesitz hatte. Ueberhaupt macht es der Wortlaut der Formel „si — anno possedisset, tum si — ejus esse oporteret“ bedenklich, die intentio auch dann als noch zutreffend anzusehen, wenn inzwischen durch andere Thatsachen das kraft jener Fiction angenommene Eigenthum jedenfalls wieder vernichtet sein würde (vgl. Bernhöft in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 20, 1874 S. 311). Sicher mussten hier jene andern Thatsachen in der Formel der utilis actio hinwegfingirt werden („si tabula pieta non esset“ u. dgl.) in der schon von Ihering (a. a. O. Bd. 1 S. 139) angedeuteten Weise.

25) Wie es Bekker (Actionen Bd. 2 S. 68 Anm. 33) für den letzten Fall betont „nirgends wird die Verpflichtung zum Caviren obligatio genannt“; obwohl doch hier die spätere Gestattung einer conductio die Existenz einer Obligation sachlich ganz ausser Zweifel stellt.

Wesen derselben als vorhanden anerkennen? Sofern man sich ja einmal doch dazu gezwungen sieht, Obligationen auch da anzunehmen, wo eine formell auf „dare facere oportere“ oder dgl. gerichtete actio fehlt und auch da, wo eine pfandmässige Execution am Gesamtvermögen ausgeschlossen ist.

Sind auch im Römischen Recht die Fälle, wo die ganze äussere Sanction der Obligation lediglich in der dinglichen Ergriffenheit einer Einzelsache besteht, nur ganz vereinzelt (s. auch noch fr. 59, pr. 36, 1): so treten sie dafür im deutschen Recht und überhaupt im modernen Recht um so gewichtiger hervor. Zwar kann man für das gemeine Recht gewiss nicht den Beweis als geführt ansehen, dass ein beliebiger Vertragswille eine Schuld, unter Ausschluss jeder anderweitigen Haftung, einzig auf eine individuell bestimmte Sache zu radiciren vermöge²⁶). Wohl aber hat für manche besondere Fälle das praktische Bedürfniss zur Anerkennung von Schulden in der Weise geführt, dass nur eine Haftung mit gewissen Objecten für sie besteht²⁷). So bei dem Bodmereivertrage nur eine Haftung mit Schiff, Ladung resp. Fracht. (Handelsges. Art. 680). „Wird zur Zahlungszeit die Bodmereischuld nicht bezahlt, so kann der Gläubiger den öffentlichen Verkauf des verbodmeten Schiffs etc. — bei dem zuständigen Gericht beantragen“ (Handelsges. Art. 697). Zum Nachtheil eines dritten gutgläubigen Erwerbers kann hier der Gläubiger von seinen Rechten freilich keinen Gebrauch machen.

Eine mit vollster Strenge nur mit der Sanction dinglicher Haftung einer Einzelsache ausgestattete Obligation ist hingegen

26) Gegen v. Meibom's Annahme der gemeinrechtlichen Zulässigkeit solcher „Realschulden“ (in Bekker und Muther's Jahrb. Bd. 4, nam. S. 463 fg.) s. besonders Gerber in Ihering's Jahrb. Bd. 6 S. 279 fg.

27) Eine Uebersicht solcher Fälle giebt Stobbe, krit. Vierteljahrsschr. IX S. 304—306. Die einzelnen hier aufgezählten Fälle sind indess in ihrem Bau höchst verschiedenartig. So ist z. B. die Haftung des Rheders für gewisse Schiffsschulden, die Art. 452 des Handelsges. als „nicht persönlich — nur mit Schiff und Fracht“ bezeichnet, in Wahrheit eine rein persönliche Haftung, ohne alle beigemischte Dinglichkeit; doch so, dass der Rheder durch Untergang des Schiffes von selbst frei wird und dass er durch Preisgabe an die Gläubiger sich befreien kann.

die Grundsuld des modernen Rechts, sowie sie namentlich durch das Preussische Gesetz vom 5. Mai 1872 gestaltet ist.

Sie ruht auf den gleichen Grundgedanken, wie schon die sogenannte „Hypothek“ des Mecklenburgischen Rechtes²⁸⁾. Nach diesem Grundgedanken soll durch die Eintragung eines Schuldpostens im Grund- oder Hypothekenbuch eine „selbständige“ dingliche Belastung eines bestimmten Grundstückes begründet werden. Es soll danach der „Gläubiger“ aus dem rein formalen Rechtsgrunde der Einbuchung ein Recht auf Zahlung haben gegen den jeweiligen Eigenthümer des belasteten Grundstückes. Bleibt die Zahlung aus: so hat sich die Klage gegen den derzeitigen Eigenthümer zu richten, mit dem Petitum nicht auf Verurtheilung zur Herausgabe des Besitzes, sondern auf Erlass eines Zahlungsmandats. Die Vollstreckung des Urtheils kann nur in der Weise verlangt werden, dass das haftende Grundstück im gerichtlichen Wege als ausschliessliches Executionsobject zur Versteigerung gelangt.

Durch diese, aus den praktischen Bedürfnissen des Realcredits unmittelbar hervorgewachsenen, Sätze war der wissenschaftlichen Construction eine Aufgabe gestellt, die vom Standpunkte der herrschenden Begriffe aus nicht leicht zu lösen war und auch noch immer nicht mit Sicherheit gelöst worden ist. Das Problem tritt am deutlichsten zu Tage in der Fassungsweise, welche jenen Sätzen in den bezüglichen Gesetzen selbst, sowie in den Motiven und den Commentaren der Gesetzesverfasser zu Theil geworden ist. Es wird hier unvermittelt neben einander das Recht, welches der Grundbuchmässigen Belastung gegenüber steht, als Forderung, der Berechtigte als Gläubiger bezeichnet, und dann wieder das nämliche Recht ein „nur das Grundstück ergreifendes dingliches Recht“ genannt. Es wird davon gesprochen, dass wenn der Eigenthümer auf seinen eigenen Namen auf sein Grundstück eine Grundsuld legen und sich einen Grundsuldbrief darüber ausfertigen liess, erst in der Hand des Erwerbers „die eingetragene Grundsuld das dingliche Recht an einem fremden Grundstück wird“²⁹⁾. Liegt denn nicht, so fragt es sich, ein Widerspruch

28) Vgl. v. Meibom, das Mecklenburgische Hypothekenrecht 1871 und Förster, Preussisches Grundbuchrecht 1872

29) S. die Stellen bei v. Meibom, nam. S. 33 fg. und bei Förster, §. 4 S. 125 fg., S. 140.

darin, dass das identische Recht zugleich eine Obligation und ein wahres dingliches Recht sein soll?

Man hat solchem Widerspruch zu entgehen versucht durch die Aufstellung des Begriffes eines „selbständigen Werthrechtes“³⁰⁾. Object dieses dinglichen Rechtes sei die Sache, sein Inhalt die Befugniss sie zu verwerthen und sich den Erlös anzueignen, nicht wie bei dem Pfandrecht um sich so für die Forderung bezahlt zu machen, sondern ohne alle Beziehung zu einem persönlichen Schuldverhältniss. Es wird danach für eine ganz irrige juristische Formulirung des Gesetzgebers erklärt, wenn derselbe Ausdrücke wie „Schuld“, „Gläubiger“, „Zahlung“ u. dgl. gebraucht. Von diesem Vorwurf soll auch das deutsche Handelsgesetzbuch getroffen werden, wenn es wiederholt von Bodmereigläubiger, Zahlung der Bodmereischuld u. dgl. redet; um so mehr natürlich wird davon getroffen ein jedes, bei der selbständigen Belastung von Immobilien, von Grundsuld, Realobligation u. dgl. sprechende Gesetz.

Diese Werthrechtstheorie ist aber in der That zu widerlegen mit den blossen beiden Fragen³¹⁾: Wie lässt es sich erklären, dass der Eigenthümer Jemandem ein Recht am Grundstück einräumt, welches auf den Werth desselben gerichtet ist, — ausser kraft einer causa obligandi; sei es auch dass er ihm das Geld nur erst durch diese Einbuchung selbst schenkungsweise schuldig werden will? Und wie ist es möglich, dass der Berechtigte ein gerichtliches Zahlungsmandat gegen den Eigenthümer auswirken kann und dass er die Annahme der Erfüllung, welche ihm Letzterer freiwillig darbietet, nicht ohne den Nachtheil der mora accipiendi verweigern darf, wenn er doch keinerlei Forderung sondern nur ein dingliches Recht auf Veräusserung der Sache und auf Aneignung des Werthes haben soll?

Ist also die Annahme einer wahren Obligation, eines Gläubigers und Forderungsrechtes unvermeidlich: so könnte man versuchen, zum Zweck der Hebung des Widerspruchs umgekehrt das

30) Bremer, Hypothek und Grundsuld, 1869, — nam. S. 54 f. S. 71 fg.

31) Vgl. Förster a. a. O. S. 136 f. und Bruns in v. Holtzendorffs Encyclopädie I ed. 2 1873 S. 375 und v. Bar, Arch. f. civil. Pr. N. F. Bd. 3, 1870 S. 370 f.

dingliche Recht zu eliminiren. So hat man es ja in der That unternommen mittelst der Personification des Grundstückes, welches selber der Schuldner sei, und als dessen Repräsentant nur der jeweilige Eigenthümer die Obligation zu erfüllen habe. Plausibler als dieser wissenschaftlich unhaltbare Nothbehelf einer Schulfiction, die nicht einmal als solche den zu erklärenden Thatbestand völlig deckt, mag der folgende Ausweg erscheinen. Man erklärt direct den jeweiligen Eigenthümer des Grundstückes als solchen für obligirt und sieht die, nur durch eine öffentliche Subhastation des Grundstückes zu erzwingende, Realisirung dieser Obligation rein als eine eigenthümliche Executionsform an, welche auf dem, durch „Zwecke von mehr politischer Natur“ dictirten, jus publicum der Hypothekenbuchverfassung beruht.

Aber der Charakter des Rechtes am Grundstück als eines erworbenen Privatrechtes und zwar eines dinglichen Rechtes ist, wenn man auch von der Formulirung der Gesetze selbst als ganz irrelevant absieht, in der That vollkommen unzweifelhaft durch die anerkannten, ihm gesetzlich beigelegten Wirkungen. Es wirkt sofort einen rechtlichen Bann auf die Sache. Keine spätere, nachfolgende Eintragung im Grundbuche, mag sie ebenfalls auf Hypotheken oder auf irgend ein andres dingliches Recht gehen, kann dem Ersteingetragenen gegenüber Wirkung haben, wenn und insofern sonst dessen Befriedigung beeinträchtigt werden würde (v. Meibom a. a. O. S. 203). Das erworbene Recht kehrt also seine Kraft und Spitze gegen die unbestimmte Menge aller derer, welche später noch in rechtliche Beziehungen zu der dinglich ergriffenen Sache treten würden.

So stände denn, allen Eliminirungsversuchen zum Trotz, die Wissenschaft doch wieder vor dem anscheinenden Widerspruch von Forderungsrecht und dinglichem Recht. Aber ist es denn nicht wirklich ein blos anscheinender? So meint es ja grade auch wieder Brinz (a. a. O. S. 28), wenn er die „nunmehrige Preussische Grundschuld“ für „nichts als eine selbständige, von jeder Personenhaft abstrahirte, Hypothek“ erklärt, wenn er das dingliche Pfandrecht für eine Obligation, wie umgekehrt die Obligation „für eine Art Pfandrecht“ (Pfandhaftung der Person) ausgiebt. Und ebenso denkt auch Bähr bei seinem Begriff der „dinglichen Forderung“ und seiner Annahme der Zulässigkeit einer dinglichen

Verpflichtung, ohne gleichzeitigen Bestand einer persönlichen³²⁾.

Aber dennoch ist es logisch absolut unvereinbar, dass das identische Recht zugleich Forderungsrecht und dingliches Recht sein sollte. In dem Forderungsrecht steckt wesentlich der auf solutio durch Befriedigung gerichtete Zweckgedanke. Eigenthum, Servituten u. s. w. können hingegen nach ihrem Begriff als dingliche Rechte nicht erfüllt werden, weil sie nicht blosse Spannung sind auf einen bestimmten juristischen Endzweck. Ist das Pfandrecht, die Hypothek des älteren und neueren Rechts dingliches Recht, wie ohne Zweifel: so kann es seinem Begriff nach ebenfalls nicht erfüllt, nicht befriedigt werden wie eine Obligation. Verkannte man dies oft, so liegt der Grund zum Theil darin, dass die Römischen Quellen die dingliche Bestricktheit des Pfandes ja auch oft bildlich obligatio nennen und die Aufhebung dieser Bestricktheit, erfolge sie durch Verzicht des Pfandberechtigten, durch Zahlung der Forderung oder wie sonst, oft ebenso bildlich solutio.

Der Inhalt des Pfandrechtes als dinglichen Rechtes aber besteht nur in dem auf die Sache gelegten, gegen die unbestimmte Menge gerichteten, rechtlichen Bann. Das Pfandrecht erfüllt seinen Zweck, dem Gläubiger Sicherheit und das Bewusstsein dieser Sicherheit zu geben, in sich selbst durch sein blosses Bestehen. Die in ihm, als rechtliche Möglichkeit enthaltene, schliessliche Verwerthung des Pfandobjects zur Satisfaction des Gläubigers ist der äusserste unerwünschte Nothfall, der nicht als solcher durch das Pfandrecht erstrebt wird, „ohne den die allermeisten Pfandrechte im Leben ihren Zweck völlig erreichen“³³⁾. Während hingegen eine jede Obligation juristisch nur in der rechtlich sanctionirten Spannung auf solutio besteht; während ein jedes Forderungsrecht irgend einmal, wenn auch vielleicht in noch so ferner Zukunft, auf Lösung durch Befriedigung hinzielt.

Obligation also und dingliches Recht k a n n nicht als i d e n t i s c h

32) Bähr in Iherings Jahrbüchern Bd. 11, 1871 S. 96 fg., nam. S. 101.

33) So ganz richtig Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 48.

gedacht werden, sowenig wie Streben und Beharrung, wie Spannung und Ruhe.

Was sich denken lässt, ist vielmehr nur das Folgende. Denkbar ist, dass auch einmal ein dingliches Recht gerade so gut für sich allein als äussere Sanction und eventuelles Zwangsmittel zur Sicherung eines bestimmten Bekommensollens verwendet werde, wie sonst für sich allein die persönliche Haftung. Die Obligation, ruhend auf dem abstracten Summenversprechen, steckt hier hinter dem dinglichen Recht wie hinter ihrem Aussenwerk. Das Forderungsrecht besteht hier nicht als dingliches Recht, sondern nur kraft der Sanction durch ein mit ihm verknüpftes dingliches Recht. Als einziges, äusserstes Mittel zu ihrer Satisfaction ist dem Gläubiger die rechtliche Macht garantirt, durch gerichtliche Vermittelung die Subhastation des Grundstückes bewirken zu lassen, um so den Werth desselben in Gelde zur Verfügung zu stellen. Aber es ist dies das äusserste Mittel. Angelegt ist das ganze Rechtsverhältniss in der Hoffnung darauf, dass es normaler Weise auf Grund freier Befriedigung des Forderungsrechtes seitens des verpflichteten Eigenthümers sein Ende finde.

Während nun die Römische Hypothek mit der Obligation, welche von ihr ganz unabhängig entstanden und zunächst mit anderweitem Haftungsapparat gesichert ist, principiell ipso jure steht und fällt: so hält gerade umgekehrt bei der Grundschuld das dingliche Recht, als welches auf seine formalen Voraussetzungen selbständig basirt ist, implicite den Bestand des dahintersteckenden Forderungsrechtes als einer blossen Formalobligation aufrecht. Materiell freilich ist das dingliche Recht, bei aller formalen Selbständigkeit, doch insofern wieder von ihr abhängig also unselbständig und accessorisch, als mit bewirkter solutio und dadurch eingetretener Erfüllung des beherrschenden Obligationszweckes der Anspruch an den Gläubiger erwächst, die Löschung im Grundbuch zu bewilligen. Am nächsten kommt dieser Construction wohl die v. Bar's³⁴⁾, wenn er seine Ansicht dahin zusammenfasst, dass die mit Zustimmung des Eigenthümers vorgenommene Eintragung der Schuld bewirkt, „dass die Forderung mittelst der hypothecarischen Klage als einfaches Summenversprechen gel-

tend gemacht werden kann.“ Nur ist die Klage aus dem Grundschuldschein genau gedacht nicht eine hypothecarische, da sie nie auf Herausgabe des Sachbesitzes als solchen geht, sondern zunächst auf ein richterliches Zahlungsmandat; so dass in erster Linie ein Druck auf den Willen des Schuldners durch die richterliche Autorität geübt wird und nur im Hintergrund die Zwangsvollstreckung durch blosser Subhastation des Grundstückes steht.

Das Wesentliche für unseren Zweck ist: dass auch bei der s. g. Grundschuld mittelst der äusseren Sanction durch dingliche Haftung eine wahre persönliche obligatio vorhanden ist, „ein Formalrecht auf die Leistung einer Summe, welche dem Eigenthümer desjenigen Grundstückes obliegt, dessen Werth zur Sicherung der Leistung eingesetzt ist“³⁵⁾.

Da nun aber eine persönliche Haftung im Sinne von Brinz bei dieser persönlichen obligatio ganz fehlt: so würde damit wieder bestätigt sein, dass das Wesen der wahren persönlichen obligatio nicht in einer derartigen „persönlichen Haftung“ gelegen sein kann. Worin denn aber wirklich dies Wesen steckt, darauf ist die Antwort durch all das Bisherige schon der Hauptsache nach implicite gegeben. Sie ist nachher noch kurz ausdrücklich zu entwickeln, nachdem wir zuvor uns noch mit ein paar besonderen Erscheinungen auseinandergesetzt haben.

§. 3. Grenzfälle der Obligation.

Zunächst ist hier noch einer Reihe von Fällen zu gedenken, die mit eigenthümlichem Zwangsapparat ausgerüstet an der Grenze des Obligationsgebiets liegen und von Manchem geradezu in dasselbe hineingezogen worden sind. Sie sind hier noch besonders, wenigstens in ihren wichtigsten charakteristischen Typen von diesem Gebiete auszuscheiden. Dies theils zum Zweck klarerer Fixirung und Veranschaulichung des wahren Obligationsgebietes; theils

35) Förster, Preuss. Grundbuchrecht a. a. O. S. 139. Inwiefern jene Formalobligation nach dem Princip der conditiones sine causa wegen mangelnder materieller causa debendi im Wege der Klage beziehentlich der Einrede angefochten werden kann, das näher zu verfolgen, liegt ausserhalb unsrer Aufgabe. Ueber das Preuss. Recht vgl. Förster a. a. O. S. 191 f.

34) Archiv f. c. Pr. a. a. O. S. 385 und 386.

zur Rechtfertigung dass wir sie im Zusammenhang der vorausgehenden Erörterung unerwähnt liessen.

Es gehören hierher zuerst solche Fälle, wo das öffentliche Interesse in vorderster Linie steht und wo die Pflicht als eine wesentlich in dessen Dienst zu vollziehende resp. zu erzwingende gilt. So verhält es sich ohne Zweifel mit der Verpflichtung aus dem *receptum arbitri*, welche lediglich durch obrigkeitliche *mulctae dictio* in ihrer Erfüllung gesichert wird ¹⁾. Das *Judicium* und *Arbitrium* erscheint überhaupt als ein *officium publicum*, als eine Bürgerpflicht im öffentlichen Interesse der Rechtssicherheit. Wer einmal die schiedsrichterliche Entscheidung den Parteien zugesagt hatte: der erschien nun im gleichen Sinne sie zu fällen verpflichtet wie der, welcher aus der Richterliste vom Prätor zum *judex* oder *arbitrator* bestellt war ²⁾.

Aehnlich ist auch die Uebernahme einer Vormundschaft ein *munus publicum*. Hier freilich wird die Pflicht zur Uebernahme in directester Weise realisiert. Sie verwirklicht sich dadurch, dass der rechtlich Berufene auch ohne Weiteres als Vormund gilt und dass er, wenn seine etwa beigebrachten *Excusationsgründe* nachher verworfen werden, für die Versäumnisse der Zwischenzeit gleich mit der *actio tutelae* haftbar gemacht werden kann. Daher ist auch in diesem Fall selbst der Schein einer zwischengeschobenen *obligatio* auf Uebernahme der Vormundschaft abgeschnitten.

Aus ganz anderem Grunde liegt keine wahre Obligation vor, wenn Jemand nach dem *Sc. Pegasianum* der Verbindlichkeit unterliegt, die Erbschaft anzutreten, damit sich nachher die Obligation zur Herausgabe der Erbschaft an den *Universalfideicommissar* daran anschliessen könne. Zweck jener ersten und nächsten Verbindlichkeit ist ja, den Verpflichteten selber zum *heres* zu machen, mag dann auch ein neuer und zweiter Act den ganzen Erfolg auf einen Andern übertragen sollen. In jenem erst bezeichneten sachlichen Zwecke liegt schon für sich allein hinreichender Grund, wesshalb nicht von einer Obligation zur Erbantrittung die Rede sein kann. Keineswegs liegt er in dem for-

1) Vgl. auch Bekker, die *Actiones* Bd. 2 S. 193 „von Anspruch und *actio* keine Spur,“ nam. Anm. 6.

2) Nicht minder gehört in die obige Kategorie die Abtretungspflicht kraft *Expropriation* vgl. Laband, *Arch. f. c. Pr.* Bd. 52, 1869 S. 176 f.

malen und secundären Umstände, dass hier der Prätor *direct* eingriff ³⁾.

Aehnlich ist es auch keine *obligatio*, wenn Jemand kraft *actio communi dividendo* genöthigt ist, die Auseinandersetzung seines eigenen Miteigenthumsverhältnisses und dabei eventuell auch die *Adjudication* des Alleineigenthums sich gefallen zu lassen, unter richterlicher Auflage einer Entschädigung an den Andern. Eine gegenseitige Obligation der *Communiionsinteressenten* auf Einwilligung und *Consens* zur Theilung lässt sich schon deshalb nicht annehmen, weil es ihr an hinlänglicher Bestimmtheit fehlen würde, gegenüber den vielerlei möglichen Weisen, in denen die Theilung bewirkt werden kann ⁴⁾. Ueberhaupt ist doch nicht eine zu bewirkende Trennung und Auseinandersetzung der dem Miteigenthumsverhältniss als solchem innewohnende Zweck, so dass eine immerwährende concrete Spannung auf dieselbe hin bestände. Vielmehr handelt es sich hier nur darum, dass, für den Fall der Ermangelung eines gütlichen Einvernehmens, durch unmittelbares Eingreifen der obrigkeitlichen Gewalt eine Beendigung des Miteigenthums ermöglicht werde; weil es ein unverjährbares öffentliches Interesse ist, dass nicht ein *socius* wider seinen Willen perpetuirlich an einen Andern gekettet bleibe. So erwähnen denn auch die Römischen Quellen, da wo sie die Ansprüche aus der sogenannten *communio incidens* unter die Rubrik der *obligationes quasi ex contractu* stellen (§. 3 J. h. t.), ganz ausdrücklich nur die „*praestationes personales*“ wegen Verwendungen u. dgl., im Gegensatz zu der *rerum divisio* selbst. Wie aus dieser Construction des Sachverhalts nothwendig auch praktische Unterschiede sich ergeben, besonders hinsichtlich der Behandlung im *Concourse* und hinsichtlich des Gerichtsstandes, darauf ist schon von Bekker a. a. O. ganz richtig hingewiesen worden.

3) So Bekker a. a. O. S. 68 Anm. 33.

4) Aus diesem Grunde erklärt sich in genauerer Ausführung Bekker (*Actiones* I S. 364—368) gegen die Annahme v. Eek (die doppelseitigen Klagen 1870 S. 140 fg.), wonach „das Recht jedes Genossen auf Theilung sich als nichts anderes darstellt, denn als ein Anspruch auf Vollziehung eines Tauschvertrages — als eine *obligatio ad permutandum*, wie solche sonst wohl auch durch *pacta de contrahendo* begründet wird.“

Wieder aus einem anderen Grunde scheiden aus dem strengen Obligationsgebiete solche Fälle aus, wo die Rechtsordnung zum Schutz des letzten Willens bei Auflagen, welche nicht das directe pecuniäre Interesse eines bestimmten Dritten berühren, einen unmittelbaren obrigkeitlichen Zwang auf Erfüllung („*interventu judicis, principali vel pontificali auctoritate*“ u. dgl.) anerkennt.

Fehlt doch hier das für die reguläre Obligation wesentliche Moment des Gläubigers oder Forderungsberechtigten. Bei der dadurch bedingten Ungleichartigkeit der Structur ist es gewiss kein Zufall, wenn die Römischen Juristen die Anwendung des Obligationsbegriffs hier streng vermeiden. Auch der Anspruch des *servus* „*de libertate fideicommissaria praestanda*“ (fr. 44 d. f. l. 40, 5) —, wobei im Nothfall die Freilassung kraft Richterspruchs rechtlich wie erfolgt behandelt wird und später geradezu, *ipso jure* sich verwirklichen kann, selbst gegenüber Singularsuccessoren des Beschwerten — liesse sich wohl mit hierher stellen⁵⁾. Näher aber noch berührt er sich mit der folgenden Gruppe von Fällen.

5) S. die früher citirte Schrift über Begriff und Natur der Vermächnisse. S. 10 und S. 48 fg. Aehnlich auch zum Schutz gewisser Nebenaufgaben beim Kauf „*ne serva prostitueretur, aut si prostituta fuerit, libera esset*“ u. dgl. Vgl. Ihering Jahrb. a. a. O. Bd. 10 S. 519—522 S. 546—549. Ihering findet diese Fälle höchst geeignet, „uns den Mechanismus einer dinglich geschützten Obligation zu veranschaulichen.“ Und allerdings bleiben sie hiefür höchst instructiv. Denn mit der wahren Obligation theilten sie den Charakter eines auf einen bestimmten Zweckerfolg gerichteten Spannungsverhältnisses, welches in erster Linie den Gedanken der Pflicht zur freien That („*ut manumittat*“ u. dgl.) verwerthet, erst secundär und eventuell zur unmittelbaren Verwirklichung schreitet (so dass „*servus ex constitutione liber fit.*“). Vgl. insb. fr. 24, §. 21 d. fideic. libert. und tit. Dig. 40, 8 Cod. 4, 56 und 57. — Sagt c. 6 h. t. 4, 57 (Diocl. et Max.), dass hier „*condicionis potestate manumittentis factum repraesentatur*“: so liegt darin nicht der Gedanke, als fingire hier das Recht eine Handlung des Verpflichteten, vielmehr nur, dass die anderweite, unmittelbare Herstellung des bezweckten Erfolges jene Handlung (die Freilassung) in der Weise „ersetzt und überflüssig macht“ (Ihering a. a. O. S. 548 Anm. 192) oder vertritt, dass die an den Nichteintritt der Freilassung geknüpfte Conventionalstrafe nicht verwirkt wird.

Ueberhaupt nämlich ist da keine wahre Obligation vorhanden, wo ein Act, der wesentlich dem Personen- oder dem Familienrecht angehört, erzwungen werden soll. Oder könnte man reden von einer Obligation des Vaters zur Ertheilung des Eheconsenses, widrigenfalls der grundlos verweigerte obrigkeitlich supplirt wird? Ferner von einer Obligation des Tutor zur Ertheilung der auctoritas? Oder von einer Obligation des Vaters zur Emancipation des Sohnes, mag er zur Strafe wegen Misshandlung obrigkeitlich dazu gezwungen werden (fr. 5 si a par. 37, 12) oder kraft letztwilliger Auflage (fr. 92 d. cond. 35, 1)? Oder von einer, wengleich noch so schwächlich ausgerüsteten, Obligation zur Eheschliessung, sei es kraft Verlöbnisses, sei es zur Strafe im Fall von c. IX d. adult. 5, 16?

Aber auch dann, wenn eine Verpflichtung geradezu einen vermögensrechtliche Mittel direct beanspruchenden, Zweck hat, kann sie dennoch hier auszuseiden sein. Dies nämlich soferne es sich dabei um eine allgemeine Verpflichtung handelt, wie sie, ohne speziellen Obligirungsgrund, direct aus dem socialen Rechtsorganismus erwächst. Dahin gehört z. B. auch die allgemeine verwandtschaftliche Alimentationspflicht, welche ihre Nichtzugehörigkeit zum Obligationenrecht (anders z. B. Puchta §. 316) praktisch sehr vernehmlich darin bekundet, dass sie überhaupt nur „*pro modo facultatum*“, wenn und insoweit die individuelle Leistungsfähigkeit es zulässt, obrigkeitlich fixirt und erzwungen werden kann, dann aber auch nöthigen Falls *ex officio*, im öffentlichen Interesse.

Es gehören dahin auch mancherlei Fälle, die, aus dem prätorischen Edict entsprungen, das Eigenthümliche haben, dass eine Cautionsleistung z. B. *damni infecti, judicatum solvi* u. dgl. rechtlich für nothwendig erklärt ist und gegen den Betheiligten durch indirecten Zwang durchgesetzt werden kann. Es handelt sich hierbei also um eine Art Gegenstück zu einer *obligatio ad contrahendum* oder *ad suscipiendam obligationem*, auferlegbar durch Magistratebefehl und erzwingbar regelmässig durch *missio in bona* oder *in rem*. Dass diese Pflicht zur vertragsmässigen Schaffung wirklicher Obligationen noch nicht selbst als Obligation aufgefasst ist, erklärt sich einfach daraus, dass sie der blosse Ausfluss einer allgemeinen, materiell aus dem Rechtsorganismus des Nachbarrechts

u. s. w. sich ergebenden, Anforderung ist, welche ihre spezielle Ausprägung grade erst in der Caution empfangen soll.

Für sich allein aber schliesst der Umstand, dass nicht eine ächte actio, sondern nur ein Verfahren extra ordinem zum Schutze des Rechtes besteht, gemäss dem Sprachgebrauch der classischen Juristen die Annahme einer wahren Obligation nicht aus. Das tritt am besten zu Tage im Recht der Fideicommissse, wo Wendungen wie „rogando obligare“ fr. 6 §. 1 d. legat. III, „debitor ex fideicommisso“ (fr. 108 §. 13 d. legat. I) u. dgl. die ganz gewöhnlichen sind ⁶⁾.

Auch in vielen der Fälle, welche ausserhalb des wahren Obligationsgebietes liegen bleiben, ist aber doch unverkennbar die Grundstructur des Rechtsverhältnisses eine nahezu gleichartige⁷⁾. Manche Rechtssätze, die speciell nur für Obligationen entwickelt zu werden pflegen, sind daher auch dort anwendbar. Bei den ganz allmäligen Uebergängen, die hier hervortreten, ist es erklärlich: dass sich nicht von vornherein begriffsmässig eine absolut feste Scheidelinie construiren lässt. Je mehr ein rechtlich sanctionirtes Spannungsverhältniss, durch einen Act der Privatwillkür begründet, abzielt auf die Zwecke der isolirten rein privatrechtlichen, insbesondere vermögensrechtlichen Macht des Einzelnen, desto genauer entspricht es dem reinen Typus der Obligation. Je weiter es sich von diesen Grundlagen entfernt, Zwecken des Gemeinlebens und des Gattungslebens dient: desto mehr machen sich eigenartige Gesichtspunkte dieser andern Rechtskreise, des Fami-

6) Vgl. sonst noch Bekker a. a. O. II S. 203. Ueber die Interdicta fr. 52 §. 6 d. O. et A. 44, 7 (Modestinus libr. II regularum) „Jure honorario obligamur ex his, quae edicto perpetuo vel magistratu fieri praecipuntur vel fieri prohibentur“. — Vgl. Bekker a. a. O. S. 68 fg., der für das classische Recht gewiss ganz richtig ausführt, dass das vom Prätor ausgesprochene prohibitorische Interdict zwar zum Unterlassen verpflichtet, dass aber eine wahre obligatio erst aus dem Zuwiderhandeln hervorwächst. —

7) Aus jener Verwandtschaft in der Grundstructur (vgl. oben S. 42) erklärt es sich auch, dass Paulus für den Satz „Item quod leges fieri prohibent, si perpetuam causam servaturum est, cessat obligatio“ unbedenklich als Beispiel braucht „veluti si sororem suam nupturam sibi aliquis stipuletur.“ — Fr. 35, §. 1 d. V. O. (libr. XII ad Sabinum).

lienrechts etc. geltend und entfremden das Verhältniss dem reinen Obligationsgebiet ⁸⁾.

§. 4. Merkmale der Individualität von Obligationen.

In den früheren Ausführungen musste schon die Möglichkeit berührt werden, dass im Dienst der nämlichen Obligation ein mehrfacher juristischer Sicherungsapparat besteht.

So verhält es sich z. B., im Gegensatz zu der modernen Grundschuld, im Falle der Römischen Hypothek. Nicht undenkbar wäre hier zwar an und für sich auch eine Auffassung ähnlich der wie sie auf Grundlage von Büchel's Ausführungen durch Sintenis entwickelt worden ist. Man hätte sagen können, dass hier mit dem Pfandrechte eine eigene neue Nebenobligation des Sachbesitzers als solchen entstehe; welche dann freilich, als nur in der Pfandrechtsmacht wurzelnd und nur durch sie indirect auf Zahlung wirkend, wie eine bloss naturale erschiene.

Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, dass diese, an sich denkbare, Auffassung nicht wirklich die von der Römischen Jurisprudenz gehegte ist. Vielmehr denken sie sich die hypothecaria actio und das in ihr zum Ausdruck gelangende Recht, einfach und ungekünstelt, nur als ein weiteres accessorisches Sicherungsmittel für die Eine anderweit und unabhängig davon begründete und gesicherte Obligation. Nur wenn eine anfangs vorhandene Obligation ohne eingetretene Befriedigung mit ihrem unmittelbar eignen Haftungsapparat zu Grunde geht, erkennt ja Paulus (fr. 59, pr. 36, 1 „remanet propter pignus naturalis obligatio“) die Möglichkeit an: dass direct und unmittelbar durch das Pfandrecht als einziges Sanctionsmittel der Fortbestand einer rechtlichen Spannung auf den Obligationzweck hin begründet werde. Materiell bleibt natürlich dies Pfandrecht abhängig von dem noch zu erreichenden Obligationzweck; während es formell umgekehrt als Grundlage dient für die Forderung, ohne deren rechtliche Voraussetzung überhaupt ein Pfandrecht keinen Sinn hat.

Auch abgesehen vom Pfandrechte aber werden dingliche Rechtsmittel bloss nebenbei zu weiterer Sicherung eines Obli-

8) Vgl. die ähnlichen Bemerkungen bei Bruns in Holtzendorff's Encycl. ed. 2 S. 331 a. E. und §. 45 S. 378.

gationszweckes verwendet. Es ist dies die Erscheinung, für welche Ihering (Jahrb. I S. 169 fg.) ganz passend die Bezeichnung aufgebracht hat, dass die bezügliche „rei vindicatio utilis nur die Verstärkung oder Steigerung einer persönlichen Klage bezweckt.“ Zur Veranschaulichung ist am besten geeignet der Fall von fr. 55 d. donat. i. v. et u. 24, 1 (Paulus libr. VI quaest.)¹⁾. Eine Ehefrau hat ihrem Manne Geld geschenkt. Der Mann hat für das Geld Sachen angekauft und zu Eigenthum erworben. Er ist bankerott geworden und die Sachen sind noch in der Concursmasse vorhanden. Paulus entscheidet, dass die Frau ohne Zweifel eine *condictio* auf Leistung der Geldsumme hat, um welche das Vermögen des Mannes kraft jener Schenkung reicher ist („*pecunia, quatenus res valet, non ultra id tamen, quod donatum est, condictatur*“). Unmittelbar im Anschluss daran fährt Paulus fort „*Sed nihil prohibet, etiam in rem utilem mulieri in ipsas res accommodare*.“ Aber wie nun, wenn diese Sachen zur Zeit vielleicht das Mehrfache werth sind als der Betrag des geschenkten Geldes? Es ist doch klar, dass der belangte Ehemann, beziehentlich die Gläubigerschaft durch Rückzahlung der geschenkten Geldsumme die Klage entkräften kann. Während in dem anderen Fall, wo eine solche Entkräftung der Klage vom Beklagten nicht beliebt wird, die Frau in der Form des Bekommens jener Sachen für das in ihrer Obligation verkörperte Geldinteresse Befriedigung finden kann. Wirklich also hat die Frau jene in *rem actio* nicht als Ausdruck einer ihr an der Sache beigelegten Eigenthumsherrschaft oder *condicio usucapiendi*²⁾: sondern nur als eine andere Form zur Geltendmachung der Obligation. Damit ist freilich dieser Klage nicht der Charakter „eines eigenthümlichen Zwitterdinges von persönlicher und dinglicher Klage“ (Ihering Jahrb. X S. 517) beigelegt. Sie ist und bleibt in *rem actio*, wenschon im

1) S. bei Ihering Fall 5 S. 133 fg. Sonstige Literatur bei Arndts Pand. §. 145 Anm. 3. Windscheid §. 174 Anm. 9. Alle die sehr verschiedenartig gestalteten andern Fälle sind hier natürlich nicht genauer zu betrachten.

2) So Schulin a. a. O. S. 188—192, hier in noch künstlicherer Annahme als im oben (§. 2) erwähnten Falle. Vgl. dagegen schon Windscheid a. a. O. Pand. I. ed. 4, 1875 S. 552.

Dienst und als Sanctionsmittel der Obligation ähnlich wie die Pfandklage neben der *actio in personam*.

Aber auch mehrere *actiones in personam* können der nämlichen Obligation als Schutzmittel dienen, z. B. *actio in jus* und in *factum concepta* neben einander, *actio praescriptis verbis* und die Klage aus dem angrenzenden benannten Contracte (fr. 17, pr. 19, 5 pr. v.), *condictio sine causa* und *actio bonae fidei* aus *conductio* (fr. 2 d. cond. s. c. 12, 7) u. dgl. —

Allen solchen Erscheinungen gegenüber ergibt sich noch die folgende, besonders zu betrachtende, Frage. Worauf kommt es an, ob beim Dasein eines mehrfachen Zwangsapparates und mehrerer möglicher Klagen eine mehrfache Obligation anzunehmen ist, oder nur eine einfache? Worin sind m. a. W. überhaupt die, die Individualität einer Obligation bedingenden, Momente enthalten?

Die Römischen Quellen bieten für die Beantwortung dieser Frage verhältnissmässig nur wenig Material, da die classischen Juristen von ganz unmittelbar praktischem Standpunkte aus hier fast nur in der Sprache der *Actionen* reden. Sie untersuchen „*quando plures actiones concurrentes alia aliam consumit litis contestatione vel perceptione*.“ Nehmen sie solches Konsumtionsverhältniss zwischen den mehreren *Actionen* an; so pflegen sie es als nebensächlich dahingestellt zu lassen, ob hierdurch nur Eine oder mehrere Obligationen aufgezehrt sind.

Aus dem erörterten Grundbegriff der Obligation lässt sich hier zunächst das Folgende ableiten. Ist irgendwie das Zweckmoment, auf dessen Realisirung die mehreren *Actionen* hinzielen, verschieden gestaltet: so müssen nothwendig auch mehrere verschiedene Obligationen vorliegen. Das ist z. B. sogar noch der Fall, wenn im classischen Recht die *actio de rationibus distrahendis* und die *actio tutelae* mit einander concurriren. Zwar das letzte und oberste Motiv ist hier das gleiche: die Ausgleichung der nämlichen Rechtsverletzung gegen das Mündel. Daher denn auch ein gegenseitiges Konsumtionsverhältniss hier angenommen wird. Aber das nächste praktische Ziel ist doch in beiden Klagen verschieden nuancirt und individuell ausgeprägt. Wenn hier demnach Ulpian (fr. 1, §. 21, d. tut. a. 27, 3) sagt „*in tutela ex una obligatione duas actiones esse constat*“: so ist längst von Andern richtig bemerkt worden, dass das Wort *obligatio* hier nicht

das Rechtsverhältniss, sondern den Entstehungsgrund bezeichnet³⁾, oder das juristische Fundament der beiden Klagen d. h. die verletzte Tutelpflicht als solche⁴⁾.

Wo nun vollends in jeder Hinsicht der Zweck verschieden ist wie z. B. bei Concurrenz von *actio furti* und *actio tutelae*: da ist von vornherein jeder Zweifel am Dasein mehrerer Obligationen ausgeschlossen. Mit dieser individualisirenden Kraft des Zweckmoments ist nun freilich durchaus vereinbar die folgende Erscheinung. Es ist nämlich durchaus möglich, innerhalb Eines und des nämlichen Zweckgebietes beziehungsweise auch wieder eine Sonderung in Einzelzwecke und Einzelobligationen vorzunehmen. So mag man z. B., wenn man an den Endzweck einer Societät oder eines Mandates denkt, und an das gesammte im Dienst dieses Zweckes geschaffene rechtliche Spannungsverhältniss, sehr wohl von *una obligatio ex societate* oder *ex mandato* reden; welche Obligation z. B. durch Kündigung oder Tod einer Partei ihr Ende finden kann, nicht durch *solutio* im engeren Sinne. Denkt man hingegen an einzelne fällige Societätsbeiträge, an einzelne begangene Pflichtverletzungen des Mandatars: so mag man anerkennen, dass aus jener anfänglichen *una obligatio* Einzelobligationen hervorgegangen sind, welche die allgemeinen Endigungsgründe ihrer Grundlage nicht theilen und dafür der *solutio* im engeren Sinne zugänglich sind. Dies desshalb weil es sich dort um

3) So nam. schon v. Savigny, *Obl.-R.* I §. 3 Anm. k. Praktisch äussert sich die Verschiedenheit der beiden Obligationen z. B. darin, dass die mit *actio tutelae* geschützte noch fortbestehen konnte, wenn die andere als *poenalis* (fr. 1, §. 23 cit.) etwa durch Tod des Vormunds untergegangen war. Hingegen nahm man, wenn auf die erstere Obligation hin die Rückerlangung dessen „*quod fuerit ablatum*“ durchgesetzt war, den Untergang auch der letzteren Obligation an „*quia nihil absit pupillo*“ fr. 2 §. 1 eod.

4) Bei der concurrirenden *actio furti* ist ja nicht bloss der letzte Zweck, sondern auch das juristische Fundament ein ganz anderes. Daher auch Ulpian in fr. 1, §. 22 eod. so fortführt „*nec eadem est obligatio furti ac tutelae, ut quis dicat plures esse actiones ejusdem facti, sed plures obligationes. Nam et tutelae et furti obligatur.*“ Das „*ejusdem facti*“ entspricht hier offenbar im Gedankengang vollkommen dem „*ex una obligatione*“ des §. 21.

die ganz allgemeine Anforderung eines der *bona fides* entsprechenden, zweckgemässen Handelns mit redlicher Ueberlegung handelt; hier dagegen um einen specialisirten Einzelerfolg.

In anderer Weise wieder mag man z. B. die *una obligatio ex emto* trennen und sondern in die, dem nämlichen Gesamtzweck dienenden, Unterobligationen auf die Vollziehung der äusseren Form der Eigenthumsübertragung, beziehentlich auf Verschaffung juristischen Besitzes, auf das Entstehen für das *habere licere* u. s. w.

In den Quellen wird besonders des Falles gedacht, wo durch *Stipulation* oder *Vermächtniss* eine Reihe periodisch wiederkehrender Prästationen begründet wird. Am präzisesten stellt hier Paulus (*libr. VI ad l. Jul. et Pap. fr. 35, §. 7 d. mort. c. d.*) diese beiden Rechtsgründe einander gegenüber. „*Qui mortis causa in annos singulos pecuniam stipulatus est, non est similis ei, cui in annos singulos legatum est. Nam licet multa essent legata, stipulatio tamen una est et condicio ejus, cui promissum est, semel intuenda est.*“ Diese Annahme mehrerer Vermächtnisse, also mehrerer bedingter Obligationen, hingegen nur Einer *Stipulation* und Einer unbedingten Obligation aus derselben hängt damit zusammen, dass die *Stipulation* „*decem aureos quoad vivam dare spondes*“? nach strengem *jus civile* buchstäblich als *perpetua*⁵⁾ galt (§. 3 J. d.

5) Ganz entsprechend dieser Annahme von *una et perpetua obligatio* in der classischen Römischen Jurisprudenz steht vom Obligationsbegriff aus nichts im Wege, auch die Reallasten unter denselben zu subsumiren; wogegen sich v. Meibom (*Bekker und Muther Jahrb. IV S. 499—502*) wegen ihrer „*Insolubilität*“ erklärt. Worin kommt denn, wie jene *una et perpetua obligatio*, so auch die Reallast anders zu ihrer realen Aeusserung und bestimmungsmässigen praktischen Wirkung als in den, periodisch aus dem gemeinschaftlichen Rechtsgrunde sich ablösenden, Einzelrechten? In Einzelrechten, welche nur die Spannung auf einen durch Rechtsact zu bewirkenden Vermögenserwerb in sich enthalten und welche innerhalb einer unbestimmten, nicht von vornherein begrenzten Zeit immerfort neu hervortreten? Sind nun, wie man es jetzt gewöhnlich annimmt (vgl. die gründliche Literaturübersicht bei P. Roth *Bair. Civilrecht II, 1872 §. 169* insb. S. 329—333), diese Einzelrechte von obligatorischer Natur: so kann auch das Gesamtrecht unmöglich von vollkommen andersartiger begrifflicher Structur sein. Unwiderlegt und unwiderlegbar erscheint des tief und klar

V. O.) und dass die „*futurorum annorum sane quidem contracta obligatio*“ (Gajus IV §. 131) durch Eine einzige actio auf einmal in *judicium* deducirt wurde. Wegen dieser praktischen Beziehung trat bei der Stipulation der Gedanke an den Gesamtzweck und die *una obligatio* in den Vordergrund; beim Vermächtniss hingegen das weitere Individualisiren innerhalb des Gesamtzweckes und innerhalb der Gesamtverpflichtung einer lebenslänglichen Rente oder Alimentation.

Immerhin liegt also im Zweckmoment nicht ein absolut geschlossenes, sondern ein flüssiges und relatives Kriterium für die Abgrenzung der Obligation. Anders verhält es sich mit dem Ent-

blickenden Albrecht's Bemerkung (Richter und Schneider's Jahrb. Bd. 5, 1839 S. 317): dass es einen inneren Widerspruch enthält, das Recht auf die einzelnen fälligen Leistungen als Obligation, das Recht auf die Gesamtheit aller künftigen Leistungen schlechthin als dingliches Recht anzusehen. Consequenz ist hier nur vorhanden, wenn man auch das einzelne Recht für ein dingliches hält. So nimmt Roth (a. a. O. S. 343 f. insb. Anm. 15 und S. 366 f.) wenigstens bei dem Münchener sog. Ewiggeld „auch für die einzelne Leistung dinglichen Charakter“ an, weil hier „der Ewiggeldgläubiger, der aus dem Object nicht befriedigt wird, keinerlei Rechte gegen das übrige Vermögen des Ewiggeldschuldners geltend machen kann und jeder Eigenthümer für alle Rückstände (auch aus der Zeit des Vorgängers) haftet.“ Unverkennbar aber ist doch auch hier der Charakter des Rechtes als Obligation, wie es unwillkürlich in Roth's Ausdruck selbst hervortritt durch die unbedenkliche Anwendung der Worte Ewiggeldgläubiger und Ewiggeldschuldner. Freilich ist es eine Art sog. Realschuld, eine Obligation kraft der äusseren Sanction nur durch dingliches Recht. Und wie die Einzelobligation dinglich sanctionirt sein kann: so ist das auch stets mit der Gesamtoobligation der Fall. Es liegt zu ihrer Sicherheit ein dinglicher Bann auf der Sache; wonach z. B. über den Vorrang zwischen Reallast und Hypothek die Regel „*prior tempore potior jure*“ entscheidet (vgl. Roth a. a. O. S. 334. 342 fg.), wonach auch das *forum rei sitae* für die das Gesamtrecht betreffenden Klagen Platz greift. Am treffendsten erscheint uns nach Allem noch immer Albrecht's begriffliche Auffassung der Reallasten als „Forderungsrechte,“ welche „mit dem äusseren Gewand des Immobiliarsachenrechts“ bekleidet oder sanctionirt sind. — Ueber die analoge Anwendung der *juris quasi possessio* auf unsern Fall s. Bruns, Recht des Besitzes S. 480—483, der hier von „Obligationen mit dinglicher Radicirung“ redet.

stehungsgrund, als einem für die Individualität der Obligation bestimmenden Moment. Mag auch aus dem nämlichen Entstehungsgrund eine Mehrheit, erst noch durch das Zweckmoment zu sondernder, Obligationen hervorgehen können: so steht doch umgekehrt das absolut fest, dass ein jeder fertige Entstehungsgrund auch seine besondere, individuelle Obligation nach sich ziehen muss. Oder wie Paulus in seiner Weise es ausdrückt (fr. 14, §. 2 d. exc. r. jud.) „*quum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur.*“ Zu viel zwar ist es behauptet, dass „die Rechte ihre Individualität, ihre Unterschiedenheit von anderen Rechten lediglich durch ihre Erzeugung haben.“ Aber wohl ist es richtig, dass jedes Rechtsverhältniss dasjenige Individuum welches es ist in erster Linie desswegen ist „weil es auf diesem concreten, von der Rechtsordnung mit der Kraft zu seiner Erzeugung begabten, Thatbestand beruht“ (Windscheid Pand. ed. 4 I, S. 166 Anm. 6).

Daher ist auch bei der Novation eine wirklich neue Obligation begründet, trotz wesentlichen Gleichbleibens des Zweckmomentes und trotz Vermeidung eines Wechsels der Subjecte⁶⁾. Und wo die ältere Obligation nicht vernichtet wird: da bringt der neue Verpflichtungsgrund nothwendig eine neue Obligation zu der alten auch zwischen den nämlichen Parteien hinzu, wenngleich sie einander consumiren können *perceptione* (fr. 18, §. 3 d. pec. const. 13, 5) vel *litiscontestatione* (fr. 18 d. V. O. 45, 1)⁷⁾.

Aus dem gleichen Grunde folgt auch mit unabweislicher Nothwendigkeit, dass hinsichtlich der Correalobligationen der

6) Nach v. Salpius, die Novation und Delegation 1864 §. 55 u. 56 S. 345 f. S. 354 soll freilich bei der Novation mit Personenwechsel eine wahre *Singularsuccession* in die alte Obligation stattfinden, genauer bloss in „die Substanz des Rechts“ (S. 351 f.). Was ist aber bei dieser „*Succession* in die Substanz“ der wahre Kern anders, als dass in die anstatt der alten neu erzeugte Obligation bloss das alte Zweckmoment hinübergenommen und so dem praktischen Effect nach etwas der Rechtsnachfolge Aehnliches erzielt wird?

7) Das „*ipso jure amplius quam semel non tenetur*“ ist im Sinne des Pomponius ohne Zweifel gedacht von der, hier als bei *formula in jus* und in *personam concepta* direct nach *jus civile* sich verwirklichenden, *Processconsumtion*.

realen Wahrheit nur die Mehrheitstheorie entsprechend ist. So wie sie am unzweideutigsten in den, dem gedankenreichen Julian abgeborgten Worten Ulpian's zum Ausdruck kommt: „Si reus promittendi reo promittendi heres exstiterit, duas obligationes sustinet. Item si reus stipulandi exstiterit heres rei stipulandi, duas species obligationis sustinebit. Plane si ex altera earum egerit, utramque consumet: videlicet quia natura duarum obligationum quas haberet ea esset, ut cum altera earum in iudicium deduceretur, altera consumeretur“ (fr. 5, d. fidej. 46, 1 cfr. fr. 13 d. duob. reis).

Mochte auch bei der Begründung durch verborum obligatio, durch die äusserliche Zusammenfassung der mehreren Correalstipulationen zu einem Gesamttact, für den ersten Anblick der wahre innere Sachverhalt ein wenig verdeckt werden⁸⁾: so tritt er doch sofort mit vollkommener Deutlichkeit zu Tage bei der legatsweise begründeten Correalobligation mehrerer Erben (fr. 9, pr. d. duob. r. u. fr. 8, §. 1 d. legat. I). Denn mag hier auch das einheitliche Zweckmoment für die eventuellen Obligationen durch die einseitige lex des Testators fixirt sein: so sind hier doch die wahren juristischen causae obligandi die auch äusserlich vollkommen von einander unabhängigen Erbantretungen der eingesetzten Erben (§. 5 J. d. obl. quasi ex contractu). Und nur weil, hier wie bei allen Correalobligationen, ausdrücklich und erklärtermassen (vgl. Abschnitt I §. 8) dem einen Verpflichtungsact die Bestimmung zur Erzeugung eines Sicherungsmittels für den identischen Erfolg wie dem andern gegeben ist: wird der „Complex der mehreren Obligationen“ mehrfach unter den Namen „una obligatio“ kurz zusammengefasst und die juristische Behandlung eigenthümlich modificirt⁹⁾.

So wurde ja aus dem gleichen Grunde selbst die, aus einer

8) Diese äusserliche Verbindung findet sich, als für das innere Wesen bestimmend, wieder zu sehr betont in der neuesten Schrift über die Korrealobligationen im Römischen Rechte von J. L. Weibel (Dissertation 1873) nam. S. 89 fg.

9) Für die Verschiedenheit der Behandlung gegenüber den einfachen Solidarobligationen sucht jetzt Bekker Actionen II S. 316 fg. Ausdruck zu gewinnen durch die folgende Wendung. Bei der s. g. Korrealobligation „Ein Anspruch und wegen desselben mehrere Obligationen“ (oder

auch äusserlich vollkommen selbständigen fidejussio entstandene, Obligation im classischen Rechte hinsichtlich der Processconsumtion gerade so behandelt, wie wenn sie auf dem nämlichen Entstehungsgrunde (eadem causa) mit der Hauptobligation beruhte.

Erkennt man nun so den besonderen Entstehungsgrund nebst dem besondern Zweckmoment als ausschlaggebend für die Individualität der Obligation an, — muss man es nicht in gleicher Weise auch mit den bestimmten Subjecten derselben anerkennen? Liegen nicht in der That nothwendig, so viel verschiedene Subjecte vorhanden sind, auch so viel wirklich verschiedene Obligationen vor? Danach würde z. B. eine untheilbare Obligation nach dem Tode des Obligirten, wenn er mehrere Erben hinterlässt (fr. 25, §. 10 fam. ere. fr. 2, §. 2 d. V. O.), in mehrere Obligationen sich entfalten, bei völlig identischem und ebenmässig umfassendem Zwecke einer jeden einzelnen. Oder ist nicht vielmehr für alle die Fälle wo durch Vermittelung eines blossen Nebenmomentes Ein und der nämliche Verpflichtungsgrund eine Haftung mehrerer Personen für den identischen Erfolg herbeiführt¹⁰⁾, ganz richtig und anwendbar jene Formel, die zunächst

in B.'s Sprache „mehrere Actionen vollberechtigter Gläubiger, oder vollverpflichteter Schuldner“. Bei den einfachen Solidarobligationen „mehrere Obligationen (Actionen) für mehrere Ansprüche, die aber in dem ihnen gemeinsamen Ziele zusammentreffen“. Wie begreift und erklärt es sich aber, dass bei dieser Gemeinsamkeit des Ziels noch eine Mehrheit der Ansprüche vorliegen soll; während doch bei der s. g. Korrealobligation durch die Gemeinsamkeit des Ziels die Einheit des Anspruches bedingt ist?

10) So z. B. in dem Falle der sogenannten actiones adjecticiae qualitatis. Ferner bemerkt von dem Falle, wo Mehrere aus dem Delict eines servus oder dem Unfug eines Haushieres als Herrn desselben verpflichtet sind, schon Ribbentrop (Correalobl. S. 244 f.) „die den Römischen Juristen geläufige Idee einer mehrfachen subjectiven Beziehung derselben ungetheilten Obligation dürfte in der That nirgends natürlicher erscheinen, als gerade hier.“ Haften aber die mehreren Herren ex scientia in solidum, wie wenn jeder das Delict selber begangen hätte: so sind es auch zwei ganz selbständige Obligationen, weil sie eine jede auf dem selbständigen Rechtsgrunde des besonderen Wissens beruhen. Daher die Sätze in fr. 4, §. 2 und §. 3. fr. 5, pr. d. noxal. act. 9, 4.

Aus dem modernen Recht endlich wird sich der Fall des s. g. jus ad rem hierher zählen lassen vgl. oben §. 2 Anm. 15. —

zur Bezeichnung des Wesens der Korrealobligation aufgebracht worden ist? Kann man nicht sagen, dass in jenen Fällen nur eine einzige Obligation vorliegt mit activer oder passiver Theilnehmung mehrerer Personen; so dass hier dem Einen objectiven Bestande der obligatio eine mehrfache subjective Beziehung derselben entsprechen würde?

Freilich muss diese Auffassung, welcher schon Ribbentrop in der allgemeinen Anwendung auf alle Korrealobligationen etwas „Befremdendes“ beimass, geradezu als logisch undenkbar allen denen erscheinen, welche das Wesen und die Substanz der Obligation darein setzen, eine subjective Beziehung zwischen zwei Personen zu sein, oder ein rechtliches Band zwischen dem bestimmten Gläubiger und dem bestimmten Schuldner¹¹⁾.

Schwerlich ist von diesem Standpunkte aus der logische Einklang erzielbar durch die Wendung von v. Vangerow und Samhaber¹²⁾ „jeder der mehreren Schuldner oder Gläubiger steht in demselben Verhältniss zu der obligatio wie wenn er der einzige Schuldner oder Gläubiger wäre, aber jeder nur alternativ“. Dadurch, dass nur in dem Einen oder dem Andern die totale Verwirklichung der obligatio schliesslich sich vollzieht, kann unmöglich die Begriffsharmonie hergestellt und die Einheit der Obligation gerettet werden.

Damit die mehrfache subjective Beziehung der Einen Obligation als denkbar erscheine, muss vielmehr der Begriff der Obligation selbst anders und tiefer als in der zuletzt bezeichneten Weise aufgefasst und bestimmt werden. In der That verschwindet jeder Zweifel an der Möglichkeit, dass eine Obligation sich ungetheilt auf mehrere Subjecte beziehe, wenn man nur gemäss unseren früheren Ausführungen das Folgende deutlich sich vergegenwärtigt. Die Obligation kann unbeschadet ihrer Einheit einen mehrfachen Zwangsapparat in ihrem Dienste verwenden. Die Haftung einer Person hat nur die Rolle eines solchen äusseren Sicherungs- resp. Satisfactionsapparates. Also hat auch die Verwendung meh-

11) S. z. B. Fitting Korrealobl. §. 5 S. 21 fg. insb. Anm. 24. Neuestens auch wieder Weibel a. a. O. §. 3 S. 21 fg.

12) Zur Lehre von der Korrealobl. S. 122 fg. sub. 5.

rerer solcher Haftungen seitens der nämlichen Obligation an und für sich Nichts dem Obligationsbegriff Widersprechendes. —

Wäre in Wahrheit „einer gegebenen obligatio dieser bestimmte Gläubiger und Schuldner durchaus wesentlich“: so müsste ja doch auch eine Mehrheit sich ablösender und einander ersetzender subjectiver Beziehungen unvereinbar erscheinen mit der begriffsmässigen Individualität der Obligation. Wie aber ein Subjectswechsel mit dieser Individualität völlig verträglich und auch seitens der classischen Jurisprudenz als solcher anerkannt ist, das tritt am anschaulichsten an der Obligation aus Delicten der Servi zu Tage. Der Servus erscheint hier nur, nach dem Satze „noxa caput sequitur“, als das äussere Object, welches die Haftung vermittelt und welches nach dem Willen des Belangten auch zum Satisfactionsobject werden kann; der Servus ist in diesem eigenthümlichen Sinne körperlich bestrickt oder obligirt. Haftende oder obligirte Subjecte aber sind die jeweiligen Herren, eventuell der Freigelassene selbst¹³⁾. Dass es sich nun hierbei wirklich nur um eine Metamorphose im Leben der identischen Obligation handelt, zeigt am besten der folgende Fall (fr. 37 d. noxal. act. 9, 4). Der Servus ist nach der That in's Eigenthum des Verletzten selbst gekommen. Es ist klar, dass dieser nicht gegen sich selbst obligirt sein kann. Aber wie wenn er später das Eigenthum wieder verlor? Muss sich nicht da das Princip „noxa caput sequitur“ wirksam äussern in Entstehung einer neuen Obligation dieses neuen Subjectes? Vielmehr ist statt dessen die Obligation ein für allemal erloschen „quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit“ (§. 6. J. 4, 8 d. noxal. a.). Es bleibt also trotz alles möglichen Subjectswechsels die Obligation in ihrer Individualität beharrend. Sie besteht in

13) Klar und präcis finden sich besonders bei v. Wyss, die Haftung für fremde culpa 1867, S. 7—36, die Gründe entwickelt gegen die Annahme einer privaten Selbsthaftung des servus im alten Recht und einer blossen Vertretungspflicht des jeweiligen Herrn. Vielmehr handelt es sich hier um ein direct auf den Kopf des Herrn abgestelltes „dare oportere“, (fr. 42, §. 1 d. noxal. act. und Keller Litiscontestatio S. 52) und eventuell um einen wirklichen Uebergang der Schuldneigenschaft. Vgl. auch Bekker, Actionen I S. 183 fg.

dieser ihrer Individualität fort, wenn ein anderes taugliches Subject eintritt. Sie ist in ihrem innersten Lebensnerv getroffen und definitiv zerstört, wenn in der Kette, durch die sie fortgeleitet werden sollte, ein Glied sich als untauglich erwies.

Wie aber eine mehrfache successive Haftung mit der Identität der Obligation vereinbar ist: so kann auch eine mehrfache gleichzeitige subjective Beziehung mit ihr in Einklang gedacht werden. Und blicken wir noch von der Seite des Schuldners nach der des Gläubigers hinüber, wie kann denn nach dieser Richtung hin im Begriffe der Obligation die Ausschliessung der Möglichkeit eines Ueberganges auf ein anderes Subject gelegen sein? Denken wir uns nur klar den Begriff des rechtlichen Spannungsverhältnisses gerichtet auf einen bestimmten Zweckerfolg, welches Moment in der Natur dieser individuellen rechtlichen Spannkraft, soll es denn unmöglich machen, sie als solche auf einen Andern hinüberzuleiten, in dessen Person die Verwirklichung jenes Zweck-erfolgs erstrebt werden soll ¹⁴⁾?

14) Eine andere, hier nicht allseitig zu erörternde Frage ist es, in welchem Umfange sich diese Denkmöglichkeit, namentlich hinsichtlich des Subjectwechsels historisch verwirklicht findet. Nur ist hier kurz auf die interessante Erscheinung hinzuweisen, dass das älteste Recht hinsichtlich der Staatsforderungen, insb. der Obligation gegenüber den praedes in der That eine civile Singularsuccession anerkennt. Vgl. Alb. Schmid, die Grund- lehren der Cession II, 1866 S. 170 fg. Es erklärt sich diese statthafte Uebertragung des Rechtes selbst (nicht der blossen actio) aus dem zwingenden Bedürfniss, wie es, als System der indirecten Verwerthung der Staatsforderungen, durch den knapp zugeschnittenen Organismus der republicanischen Finanzverwaltung geboten war. Vgl. Bruns, zur Geschichte der Cession in den symbolae Bethmanno-Hollwegio obl. 1868, S. 29 fg. In Rücksicht auf dies singuläre Bedürfniss galt hier den Obligationen gegen den Staat sofort jene active Uebertragbarkeit als immanent. Wenn für den gewöhnlichen Privatverkehr das alte jus civile solches Bedürfniss nicht anerkannte und nicht sanctionirte: so braucht man desshalb nicht in der begriffsmässigen Auffassung der Obligationsnatur einen Hinderungs- grund für die Singularsuccession zu erblicken. Wird man doch sonst dazu gedrängt, mit Bruns, a. a. O. S. 54 z. B. bei der praedum venditio das Recht des Forderungskäufers gegen die praedes auf eine fingirte Novation zu gründen, „welche hier unmittelbar durch die gesetzliche Bestimmung bewirkt werde.“ Was heisst dies anders als den wahren rechtlichen That-

In Summa. Die Momente, welche die Individualität einer Obligation bedingen, sind das besondere Zweckmoment, durch welches zugleich das Dasein mehrerer einander als berechtigt resp. verpflichtet gegenüberstehender Parteien oder Rechtskreise gefordert wird, und der besondere juristische Entstehungsgrund. Hin- gegen kann sie, unbeschadet ihrer Individualität, ihrem Begriffe nach in Beziehung zu mehreren successiven oder gleichzeitigen Subjecten gedacht werden. Es gehört also nicht zu ihrem Wesen, eine bloss subjective rechtliche Beziehung zwischen zwei be- stimmt gegebenen Personen zu sein.

§. 5. Die innere Structur der Obligation im Allge- meinen.

Wir knüpfen wieder unmittelbar an das Resultat unserer früheren Ausführungen (§. 2) an. Als solches ergab sich wesentlich das Folgende. Der Begriff der Obligation geht keineswegs auf in dem der Haftung. Vielmehr giebt es zahlreiche Fälle, wo lediglich ganz andere Mittel als eine „pfandähnliche Haftung der Person, soweit sie Vermögen an sich hat,“ im Dienst der Obliga- tion stehen. Auch wo wirklich, wie es der gewöhnliche Fall ist, eine derartige Haftung vorliegt: erscheint sie danach doch nur als ein äusserliches Mittel zur juristischen Ausstattung der Obliga- tion. Und wie sich eine Obligation denken lässt ohne Haftung in jenem Sinne: so umgekehrt auch eine Haftung ohne dass eine reine Obligation vorläge. Man braucht nur an die mancherlei Fälle zu denken, wo aus publicistischen Gründen die Einzelnen für gewisse Prästationen an den Staat haftbar gemacht sind. Um diese Fälle vom reinen Obligationsgebiet auszuschliessen ¹⁾, be-

bestand, der vorgefassten Schultheorie zu Liebe, entstellen; da doch in Wahrheit die praedes, in Ermangelung eines neuen Verpflichtungsactes, aus dem alten Obligationsgrunde forthaften?

1) Oder sollte man wirklich z. B. die Pflicht zur Leistung des Militär- dienstes, die Pflicht zur Steuerzahlung etc. als „reine Obligation ex lege“ (Bruns zur Geschichte der Cession S. 56 f., vgl. S. 26 f.) anzu- sehen haben? Sind diese Pflichten auch in der Structur den Obligationen gleichartig (daher z. B. der Satz von fr. 5 pr. d. censibus 50, 15, Papini- anus libr. XIX resp.): so sind sie doch andererseits in ihrem inneren Grunde

darf es schon so wie so der Hineinziehung des privatrechtlichen Zweckmomentes und Entstehungsgrundes in die Begriffsbestimmung.

Wir aber haben innerhalb des so enger begrenzten Gebietes nur noch die folgende Frage etwas näher zu erörtern. Worin besteht denn, wenn es eben nicht die Haftung ist, das innere juristische Medium der Obligation, durch welches der Obligationszweck erst seine Rechtsform gewinnt? Wie diese innere Structur, entgegen gewöhnlicher Lehre, nicht aufzufassen ist, darauf ist durch all das Bisherige zunächst die Antwort begründet. Nämlich die Obligation ist ihrer juristischen Substanz nach nicht das Recht an einem speziellen Objecte als solchem²⁾. Schon in früherem Zusammenhang (Abschnitt I, §. 4) musste die Unfruchtbarkeit der Kategorie des Objectes für die Construction der Obligation gelegentlich berührt werden. Nicht als ob nicht auch die Obligation ihr Object hätte und haben müsste. Aber doch nur in dem allgemeinen Sinne, wie er durch den logischen Correlatbegriff des Subjectes gefordert wird. In diesem Sinne bedeutet Rechtsobject die Gesamtheit Alles dessen, was innerhalb der ideellen Beziehung, die wir das subjective Recht nennen, dem Subjecte äusserlich entgegentritt. Hiernach erschiene als Rechtsobject bei der Obligation, wie Bruns es formulirt (Holtzendorffs Encycl. S. 384) „hintereinander der Schuldner, sein Wille, seine Handlung, der Inhalt der Handlung, die Sache worauf sie sich bezieht, der Erfolg den sie bewirken soll.“ Es liesse sich auch noch weiter hinzufügen: dem Schuldner, dessen Vermögen; seiner

und in der Weise der äussern Sanction (Administrativzwang) wieder durchaus abweichend. Ist es nicht in der That ganz zweckmässig jener Gleichartigkeit und dieser Verschiedenheit in dem, durch Huschke zuerst aufgebrauchten, Terminus „publicistische (Quasi-) Obligation“ Ausdruck zu geben? Sachlich wenigstens sind die Besonderheiten in keinem Fall zu verkennen, wenn man auch mit Bruns formell „eine publicistische Obligation nicht anerkennen“ will.

2) Ueber die mit dem Terminus „Rechtsobject“ verbundenen Begriffe z. B. Unger Oesterreich. P.R. I, S. 354 fg. Bruns in Holtzendorffs Encycl. S. 338 u. 339. Bekker in Ihering's Jahrb. XII S. 6 fg. Pfaff in Grünhut's Zeitschr. I, S. 57—59, nach welchem Letzteren „der eigentliche Gegenstand eines jeden Rechtes der dem Berechtigten unterworfenen Wille einer, mehrerer, aller Personen ist.“

Handlung die gerichtliche Realexecution oder der sonstige den Zweck erfüllende Rechtsact; dem Willen des Schuldners auch der Wille aller Andern, die z. B. als Mitgläubiger das Forderungsrecht zu respectiren haben. Was ist aber in der That für die specielle Begriffsauffassung gewonnen mit einer Kategorie von solcher Allgemeinheit und Dehnbarkeit, dass danach beinahe alles Denkbare als Rechtsobject erscheint?

Fasst man aber den Begriff Rechtsobject enger, so dass er für die juristische Construction brauchbar erscheint: so wird man ihn schwerlich anders abgrenzen können als in der Beziehung auf das, was als abhängig und unselbständig unmittelbar menschlicher Willensherrschaft unterworfen sein soll. In einem Sinne, wonach ausser Sachen auch Personen, wie selbst noch bei der alten Tutel als einem „jus ac potestas in capite libero,“ die Objecte sein können, an denen ein Recht besteht. Dass hingegen in diesem Sinne die Obligation des neuern Rechtes als solche weder den Schuldner noch irgend etwas sonst zum Object hat: das ergibt sich als unmittelbares Resultat aus dem, was über die äussere Sanction der Obligation und vorher bei der Betrachtung des Zweckmomentes ausgeführt worden ist.

Weiter ergibt sich daraus als positive Antwort auf die Frage nach der inneren Substanz der Obligation das Folgende. Diese Substanz ist nur das concret begründete und irgendwie rechtlich gesicherte Soll, gerichtet auf Herstellung des vorausbestimmten Zweckerfolges³⁾. Dieses Soll kehrt sich seinem Wesen nach unmittelbar gegen eine fremde Person, beziehentlich gegen deren Vermögenskreis, möglicher Weise auch gegen mehrere Personen. Dem Soll des Schuldners entspricht als begrifflich nothwendiges Gegenstück eine stärkere oder schwächere rechtliche Macht des Gläubigers, welche in ihrer Richtung auf den gegebenen Zweck das Forderungsrecht ausmacht. Das Soll nimmt zunächst die Gestalt der Pflicht oder Verpflichtung an, indem es sich an den Willen und die Selbstbestimmung des Schuld-

3) Am meisten conform ist Christiansen Inst. S. 93 u. 279. „Der Gegenstand der Obligation zerfällt in Mittel und Zweck. Das Mittel oder das juristische Object ist das bestimmte Sollen (debere), durch welches das praktische Object als Zweck hervorgebracht wird.“

ners wendet. Wenn man sagt, dass die Person obligirt sei: so liegt darin ohne Zweifel zunächst und vorzugsweise ausgesprochen, dass man von dieser Person diejenige Handlungsweise erwarte, welche zur Erreichung des Obligationszweckes zu führen geeignet ist⁴⁾.

Am treffendsten kommt diese, in erster Linie hervortretende, Richtung der Obligation in der That zum Ausdruck in den Römischen Formelworten „Nm Nm Ao Ao dare facere oportet.“ In diesem „oportet“ steckt mehr als in der „Haftung“ der innere Kern und das spezifische Wesen der Obligation. Es lässt sich aber dieses Soll denken in höchst verschiedenen Graden der Stärke und Bestimmtheit. Als Extrem auf der einen Seite das aus einem abstracten Summenversprechen entspringende schlechthinige Soll, gerichtet auf die Eigenthumsverschaffung des festen Geldbetrages. Auf der andern Seite z. B. das Soll darauf gerichtet, dass man mit redlicher Ueberlegung, wie es die gute Treue fordert, das thue was zur Erreichung eines Societäts- oder Mandats-Zweckes den Umständen nach geboten erscheint und das unterlasse, was die Erreichung des Zweckes gefährden könnte. Es handelt sich hier, nach den den Kern der Sache schlagend treffenden Formelworten, um ein „quidquid dare facere oportet ex fide bona,“ um ein zunächst noch unbestimmtes, erst nach Gestalt und Gelegenheit der Sache sich entscheidendes, nach dem Mass der guten Treue von Eventualitäten abhängiges Soll. Es ist nun klar, dass eine solche Anforderung, seine Handlungsweise im Dienst des Obligationszweckes mit der guten Treue in Einklang zu erhalten, durch kein Recht der Welt mit directem Zwang realisirt werden kann. Das Recht kann hier sein oportet nur in der Weise denken, dass es dasselbe sofort eventuell, d. h. falls das dare facere wider die gute Treue ausbleibe, auf die Interesseleistung abstellt. Grade durch diesen, erst später genauer auszuführenden, Gedankenzusammenhang ist es begründet, dass hier die Identität der Obligation bei der eventuellen Richtung auf das Interesse doch ungestört bleibt. Man kann hier sprechen von einem „Dafür-

4) Anders Brinz a. a. O. S. 14, wonach darin „nicht so sehr“ dies ausgesprochen liegt, als vielmehr „dass die Person das Object sei, woran sich wie an Geisel oder Pfand der Gläubiger zu halten hat, wenn die Leistung nicht erfolgt.“

einstehen“, einem „praestare oportere“. Es ist nur eine andere Form, die das „dare facere oportere“ annimmt, es ist die Obligation von der Seite der zwangsweisen Realisirbarkeit angesehen. Huschke's eindringendem Sinn ist es im Wesentlichen gelungen, diesen Zusammenhang aufzudecken, wenn er von unserem praestare oportere als Inhalt der Obligation sagt⁵⁾: „es bezeichnet nur einen mittelbaren, gleichsam eventuellen Gegenstand des Verpflichtetseins, nämlich dass der Schuldner mit seiner persönlichen Treue und Beflissenheit für das an sich rein sächliche dare oder facere einstehe d. h. dass er das dare oder facere nicht auf imputable Weise unmöglich mache, widrigen Falls das Interesse leiste.“ Nur wird sich das Einstehen mit der persönlichen Treue und Beflissenheit nicht so von dem verlangten dare facere selbst als von etwas vermeintlich rein Sächlichem im Begriffe völlig trennen lassen. Wogegen wieder das ganz richtig ist, dass dies persönliche facere nur als Ein Mittel gedacht ist im Dienst des darüber erhabenen sachlichen Obligationszweckes.

Also das oportet der Obligation nimmt zunächst die Gestalt einer, die Freiheit des Schuldners treffenden, Pflicht an, einer Pflicht in der Richtung auf Erfüllung. Unmöglich lässt sich ein davon verschiedenes ganz selbständiges obligationsmässiges Soll auf blosses Festhalten am Wort annehmen. Wenn es auch sehr wohl denkbar ist, dass die Rechtsordnung um der guten Treue und des Verkehrsbedürfnisses willen den, auch vor erfolgter Acceptation, erklärten Widerruf eines gegebenen Versprechens bis auf Weiteres direct für nichtig und wirkungslos erklärt, damit die Obligation entstehen⁶⁾ könne. Die Lehre von der Ent-

5) Zeitschr. f. g. Rechtsw. Bd. 13, S. 250—253. Dazu Brinz Pand. I, §. 135. 136. Das Obige besteht unabhängig von H.'s Gajus-Conjectur und den anderen möglichen Bedeutungen des praestare.

6) Nicht beistimmen können wir daher der Parallele, welche Hofmann (die Entstehungsgründe der Obligation 1874 §. 2 S. 11—14) giebt zwischen Siegels „selbständiger Gebundenheit ans Wort“ und der „Gebundenheit zur Erfüllung“ einerseits und Brinz's „Haftung“ und „Schuld“ andererseits. Brinz denkt ja in Wahrheit unter der „Haftung“ überhaupt eine fertige wirkliche Obligation, die er dann als zur „Schuld“ gesteigert bezeichnet, wenn ein entschiedenes executionsfähiges oportet vorliegt. „In der Schuld ist das Leistenmüssen und das dafür Aufkommen-

stehung der Obligation liegt aber ausser der Aufgabe unserer gegenwärtigen Untersuchung, die es wesentlich mit dem Bau der fertigen Obligation zu thun hat.

Jener ganz richtige Gedanke von der, in der Obligation primär gelegenen, Pflicht ist es nun, der bei einer Reihe sehr verbreiteter bildlicher Ausdrücke zu Grunde liegt. So wenn „die obligatorischen Handlungen als ausscheidend aus der eigenen Freiheit des Handelnden“ bezeichnet werden (v. Savigny Obl. R. I, §. 2); oder wenn gelehrt wird, dass „in der Obligation eine zukünftige Handlung zum gegenwärtigen Rechtsobject gestempelt werde, indem das Recht ihr den von Natur inwohnenden Charakter der Subjectivität und Willkürlichkeit durch Zuhilfenahme ethischer Kräfte entziehe“ (Kuntze a. a. O. S. 74).

Dass es aber nicht bloss ethische Kräfte sind, welche in der Obligation zur Geltung gelangen; das mit vollster, freilich über das Ziel hinausschiessender, Energie betont zu haben ist ein anderes Hauptverdienst der Ausführung von Brinz über den „Begriff obligatio.“ In der Haftung liegt ja nach ihm der Begriff der Obligation und seine Restauration. „In dem Augenblicke aber, da man die Obligation als Haftung denkt, kann man unmöglich die Leistung, unmöglich den Willen des Obligirten als Object der Obligation bezeichnen. Wie sollte die Leistung, für die man haftet, zugleich Object sein, das haftet? Wie der Wille das Ding, an dem man sich Schadens erholt, wenn er nicht in Leistung übergeht? Nicht bloss Zwangsobject, sondern auch Satisfactions-Object, Geisel, Pfand, kurz Object der Obligation, Haftung in beiden Richtungen, dem Zwange und der Satisfaction nach kann nur die Person sein, die Person schlechthin,

müssen (die Satisfactionshaft) in Eins verbunden.“ Siegel's Gebundenheit ans Wort ist hingegen ein blosses Moment aus dem Entstehungsprozess der Obligation. Es ist kein eigener selbständiger Obligationszustand vor der (Haupt-) Obligation. Sie hat überhaupt gar nicht obligatorische Structur. Sie ist nicht rechtliche Spannung, nicht ein rechtliches oportet zielend auf einen bestimmten Zweckerfolg. Die Rechtsordnung hat hier überhaupt Nichts dagegen einzuwenden, dass der Zusagende widerruft so viel wie er will; sie erklärt nur voraussetzungsgemäss diese erfolgten Widerrufe direct für juristisch irrelevant.

nicht ihr Wille, nicht ihre Leistung.“ (S. 16). Und: „zu der Person gehört deren rechtliche Pertinenz, ihr Vermögen mit. Sie haftet fort und fort in jener rechtlichen Zuthat. Denn dass das Vermögen der Schuldner zur Satisfaction der Gläubiger hergenommen werden könne und alle Tage hergenommen wird, steht ausser Frage“ (S. 17). Ohne Zweifel äussert sich das oportet der Obligation eventuell auch direct in Form einer solchen Satisfactionshaft, die den Willen des Schuldners überspringt und die, wenn der persönlich Verpflichtete wegfiel, sogar in erster Linie und für sich allein hervortreten kann⁷⁾. Das oportet der Obligation, der in ihr rechtlich verkörperte Zweckgedanke bindet mittelst dieser Satisfactionshaft auch nach aussen hin. Ist die Forderung gar mit einem privilegium exigendi versehen: so kehrt jene bindende Kraft noch in gesteigertem Mass ihre Spitze gegen andere, aus dem gleichen Vermögen Satisfaction suchende, Gläubiger des nämlichen Schuldners.

Aber die äussere Haftung, wie wir sahen, ist nur Sanctionsmittel der Obligation. Das innere Wesen der Obligation besteht in dem rechtlichen Soll, welches verschiedener Erscheinungs- und Realisirungsformen fähig ist und verschiedener Grade der Entschiedenheit und Intensität.

Mit dieser Auffassung des Obligationsbegriffs stimmt es nun auch auf das Beste zusammen, wenn Papinian (libr. XXVII quaest. fr. 9, §. 1 d. duob. reis) von einer impar obligatio spricht „si quis in deponendo penes duos paciscatur, ut ab altero culpa quoque praestaretur.“ Die eventuell eintretende Haftung im Sinne von Brinz ist ja in beiden Fällen von ganz gleicher Stärke. Von verschiedener Intensität ist nur das begründete Soll, die in concreto übernommene Pflicht. Dieses Soll also und nicht die „Haftung“ ist es, was hier von Papinian als obligatio gedacht und bezeichnet wird.

Im Anschluss hieran lässt sich die Frage präcisiren, deren

7) Für das classische Röm. Recht ist in dieser Hinsicht noch besonders instructiv der Fall, wo der Schuldner durch Gefangenschaft servus wurde und die persönliche Gebundenheit nun in die sachliche des Vermögens umschlägt fr. 6, §. 2 quib. ex c. 42, 4 vgl. Ihering Jahrb. X S. 421 Anm. 31.

eingehende Erörterung uns im Folgenden noch übrig bleibt. Der Verwirklichung des gesetzten Zweckmoments der Obligation und der dazu in erster Linie geforderten Thätigkeit des Schuldners werden sehr häufig Hindernisse im Wege stehen. Wie weit geht das Mass und die Grenze, innerhalb deren trotz solcher Hindernisse doch zu prästiren und eventuell in Gelde einzustehen ist, jenseits deren aber ein Einstehen für den bezweckten Enderfolg nicht mehr Platz greift? Die herrschende Lehre stellt hier unter verschiedenen näheren Bestimmungen und Voraussetzungen „die Unmöglichkeit der Leistung“ als solche zur Grenze auf. Diese Grenze wird, unter Beifügung der näheren Bestimmungen, sowohl für den Fall ursprünglich begründeter Hindernisse, wie für den Fall später d. h. nach der obligirenden Thatsache entstandener, gelehrt. Es sind dadurch eine Menge von schief gefassten und Verwirrung drohenden Einzelsätzen in unsere neuere Doctrin gekommen. Um so mehr ist noch in eine nähere Prüfung und Berichtigung dieser Sätze einzugehen, als es sich dabei grossentheils nur um Fortführung von Fäden handelt, die im ersten Haupttheil unserer Untersuchung schon angeknüpft sind.

Wir müssen dabei ausgehen von einer kurzen Zusammenfassung der Hauptsätze der anzufechtenden Lehre und einer Kritik ihrer Hauptgrundlagen. Es wird sich dabei ergeben, dass hier Materien, welche systematisch vollkommen von einander zu unterscheiden sind, seitens der gewöhnlichen Doctrin gar zu sehr durch einander gemengt werden. So ist es unvermeidlich, dass wir auch solche Punkte berühren, welche in Wahrheit unserem streng begrenzten Untersuchungsgebiete fremdartig sind. Hinsichtlich solcher Punkte ist dann um so mehr Kürze in der Behandlung geboten.

§. 6. Der Satz „impossibilium nulla obligatio.“

Charakteristischer und für alles Einzelne ausschlaggebender Ausgangspunkt der herrschenden ¹⁾ Lehre ist: dass der Satz „im-

1) Sehr richtige Bemerkungen gegen dieselbe finden sich bei Brinz in der krit. Ueberschau Bd. 5 (1857) „die Prästation unmöglicher Leistungen.“ S. 278 fg. Nur haben diese Bemerkungen, wohl ihrer aphoristischen Natur wegen, auf die neueren Darstellungen keinen sichtbaren Ein-

possibilium nulla obligatio“ (fr. 185 d. R. J.) — mag man ihn nun für uralt oder für „erst aus einer verhältnissmässig späten Zeit“ stammend halten ²⁾ — als ein, in seinen Voraussetzungen positiv bestimmter, und der weit verzweigtesten Anwendungen fähiger, Rechtssatz gedacht wird. Diese Auffassung führte nothwendig dazu, in solchen Fällen wo der Verwirklichung eines gewollt erklärten Obligationszweckes Hindernisse entgegenstehen, das letzte Kriterium für die Frage, ob sie eine wahre Unmöglichkeit im Rechtssinne begründen, in dem Umstande zu erblicken, ob hier von der Rechtsordnung eine Nichtigkeit beziehentlich Entkräftung der Obligation angenommen wird. Wo trotz solcher Hindernisse das Recht sich für die Gültigkeit und den Fortbestand der Obligation entscheidet, da läugnet man auch das Dasein einer „wahren Unmöglichkeit“ oder einer Unmöglichkeit im Rechtssinne.

Ob nun aber demjenigen, welcher als obligirt in Anspruch genommen wird, die Berufung auf Hindernisse, die der Leistung im Wege stehen, behufs seiner Befreiung gestattet werden darf: das ist naturgemäss von verschiedenartigen weiteren Voraussetzungen abhängig. So ist es zunächst dafür unzweifelhaft von Einfluss: ob das Hinderniss schon vorlag, als der rechtliche Grund zu der in Frage gestellten Obligation gelegt werden sollte; oder ob es erst später eingetreten ist. Die nachfolgende Unmöglichkeit ist, so lehrt man, insofern es sich um die Leistung individuell bestimmter Sachen handelt, nicht in dem Masse beschränkt, wie die sogleich vorhandene ³⁾. Insbesondere gilt hier die Regel, dass jede später eintretende „Veränderung in dem Verhältnisse des Schuldners zur Sache, wodurch diesem die zur Vornahme der Leistung erforderliche factische Disposition über die Sache entzogen wird, als Grund einer Unmöglichkeit in Betracht kommt“ (Mommson a. a. O. S. 32). Man spricht in solchen Fällen von

fluss geübt; so dass ein genaueres Eingehen im Folgenden unerlässlich erscheint.

Manche richtige Bemerkungen in barocker Form auch bei Kniep, die Mora. Bd. 1 (1871) §. 40 S. 412 fg.

2) So neuerdings Bernhöft in Ihering's Jahrb. XIV, 1874 S. 136.

3) So Mommson (die Unmöglichkeit der Leistung a. a. O. S. 27), den wir als den Hauptbegründer der herrschenden Lehre hier hauptsächlich reden lassen.

„subjectiver Unmöglichkeit“ und findet den Beweis für die quellenmässige Anerkennung nachfolgender auch bloss subjectiver Unmöglichkeit als einer wahren Unmöglichkeit in dem Umstande, dass hier die Frage nach der Prästationspflicht des Schuldners von der Untersuchung über das Vorhandensein einer Verschuldung abhängig gemacht wird; welche Untersuchung „durchaus müssig wäre, wenn hier keine Unmöglichkeit der Leistung angenommen würde“ (M. a. a. O. S. 29). Gerade darin soll die Erweiterung der Grenzen nachfolgender Unmöglichkeit, in das Gebiet bloss subjectiver Verhinderungen des Schuldners hinein, ihren Grund haben, dass als zweites Moment noch der Mangel einer Verschuldung hinzutreten muss, wenn die Unmöglichkeit als befreiend berücksichtigt werden soll.

Tritt durch Verschuldung nachträglich eine subjective Verhinderung des Schuldners ein: so lässt man sie zwar ebenmässig als ware Unmöglichkeit gelten, lässt aber für diesen Fall wegen des „Bedürfnisses des Verkehrs“ den Rechtssatz „impossibilium nulla obligatio“ trotzdem nicht eintreten und den Schuldner nicht frei werden (M. a. a. O. S. 228 u. 229).

Was hiernach für die begrifflichen Grenzen wahrer Unmöglichkeit als solcher entscheidend sein würde, das ist das blosser Zeitverhältniss der erzeugenden Thatsache. Der nämliche Zustand einer subjectiven Verhinderung, welcher als gleich anfangs vorhanden keine wahre Unmöglichkeit begründen würde, soll diese letztere im Rechtssinne hervorbringen, wenn die Verhinderung eintrat erst nach begründeter Gebundenheit des Schuldners.

Aber sollte vom gegnerischen Standpunkte aus das Zeitverhältniss für sich ganz allein als entscheidend über die Grenzen der wahren Unmöglichkeit anerkannt werden können? Würde man nicht vielmehr, auf Grund des quellenmässigen Thatbestandes, dazu gedrängt werden, die Erweiterung der Grenzen der Unmöglichkeit mit in der besonderen Natur der bonae fidei obligationes begründet zu finden? Zwar ist es bei dem genommenen Ausgangspunkte begreiflich genug, wenn man es „aus inneren Gründen“ (M. S. 34) für wahrscheinlich ansah, „dass für die Stipulation dieselben Grenzen der Unmöglichkeit gegolten haben, wie für die anderen Obligationen.“ Gesetzt nun einmal, wie unsere spätere Untersuchung es in der That bestätigen wird, es träten hier die Entscheidungen der Quellen mit den vorausge-

setzten inneren Gründen in Widerstreit und es wären wirklich hinsichtlich unseres Punktes die verborum obligationes praktisch anders behandelt worden als die bonae fidei Obligationen. Dann müssten wir es also nothgedrungen als weitere Eigenthümlichkeit begrüssen, dass die blosser Natur einer in Frage stehenden Obligation die Wirkung haben könnte, etwas sonst Mögliches als unmöglich, beziehentlich etwas sonst Unmögliches als möglich erscheinen zu lassen.

Wie tief nun wirklich der Umstand, ob eine subjective Verhinderung des Schuldners gleich anfangs vorlag oder erst später eintrat, auf die rechtliche Behandlung einwirkt und aus welchem Grunde, das wird erst unsere demnächstige positive Ausführung zu ergeben haben. Die wesentliche Tragweite des Unterschiedes sollte nach der gegnerischen Darstellung selbst freilich wieder einigermaßen zweifelhaft erscheinen; wenn man nämlich gelehrt findet, dass auch die sogleich vorhandene „subjective Unmöglichkeit“, welche auf factischen Hindernissen beruht, als eine wahre, wenngleich nur zeitweilige Unmöglichkeit anzuerkennen ist (M. S. 29, 223). Indess bleibt es doch immer nach dieser Lehre als greifbare Differenz bestehen, dass die „subjective Unmöglichkeit“, welche auf anfänglich fehlendem Recht des Schuldners beruht, nicht als eine wahre gilt (M. S. 17); während der nachfolgende Verlust des zur Vornahme der Sachleistung nöthigen Rechts dem Schuldner als Unmöglichkeit angerechnet wird (M. S. 39 fg.).

Während also hinsichtlich der s. g. subjectiven Unmöglichkeit der Zeitpunkt ihres Eintritts für die Frage nach ihrer begrifflichen Qualification als einer wahren Unmöglichkeit von Einfluss sein soll: so würde hinsichtlich der objectiven z. B. auf Sachuntergang beruhenden Unmöglichkeit, die immer als wahre gilt (M. S. 11 u. 27), dieser Zeitpunkt nur entscheidend sein für die Frage nach ihrer praktischen Behandlung.

Die Untersuchung über das Dasein oder Nichtdasein einer Verschuldung kann bei einer sogleich vorhandenen Unmöglichkeit nicht so, wie bei der nachfolgenden ausschlaggebend werden. Man sollte danach hier eine allgemeine und voraussetzungslose Anwendung des Grundsatzes „impossibilium nulla obligatio“ erwarten. Und doch konnte v. Savigny (Obl. R. Bd. 2, §. 81)

die Lehre aufstellen, dass zwar für Stipulationen jene Regel allgemein gelte, dass hingegen Kaufverträge und andere gleichartige Geschäfte bei jeder dem Käufer unbekanntem Unmöglichkeit gültig seien und den Verkäufer zur Erfüllung beziehentlich zur Leistung des Erfüllungsinteresses verpflichteten. In so weiter Ausdehnung ist freilich diese letztere Behauptung mit den Quellen in keiner Weise vereinbar ⁴⁾).

Aber auch diejenigen, welche in Konsequenz ihrer Grundanschauung dazu gedrängt werden „für die Stipulation und den Kaufcontract ganz dieselben Bestimmungen“ gelten zu lassen (M. S. 138), können doch nicht umhin beim Kaufcontracte in manchen Fällen „aus dringendem practischen Bedürfniss“ den Grundsatz „impossibilium nulla obligatio“ zu verlassen. So haftet ja nach fr. 57, §. 1. d. c. empt. ⁵⁾ bei theilweiser Unmöglichkeit der Verkäufer, wenn er den Käufer über dieselbe täuschte, nicht bloss für den möglichen Theil der Leistung, sondern für das volle Erfüllungsinteresse in Betreff des unmöglichen. Ferner muss nach fr. 74, §. 3. d. evict. ⁶⁾ und fr. 4 u. 5. de hered. v. 18, 4 nothwendig für den Verkauf von Forderungen, die überhaupt nur irrig als bestehend vorausgesetzt wurden, „eine Ausnahme von der Regel“ gelehrt werden. Dies, obwohl „die Leistung einer nicht-existirenden Forderung ebenso unmöglich ist, wie die Leistung einer nicht-existirenden Erbschaft“ (M. S. 134). Auch gehört weiter hierher die Gültigkeit des Kaufcontractes über einen Freien als über einen, nach der irrthümlichen Annahme des Käufers,

4) S. Windscheid §. 315 Anm. 5 und die hier citirten Stellen, insbes. fr. 15, pr. d. contr. e. (Paulus libr. V ad Sabinum) „Etsi consensus fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desiderit, nulla emptio est.“

5) Paulus libr. V ad Plautium „Sin autem venditor quidem sciebat, domum esse exustam, emptor autem ignorabat, nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit: si vero quantacunque pars aedificii remaneat, et stare venditionem et venditorem emptori quod interest restituere.“ Dazu Mommsen a. a. O. S. 167.

6) Hermogenianus libr. II jur. epit. „Qui nomen quale fuit vendidit, duntaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, et dolum praestare cogitur.“ fr. 4 cit. zeigt, dass auf die Autorität des Celsus hin die Lehre von der Gültigkeit des Kaufs nicht-existenter Forderungen durchdrang.

vermeintlichen servus; mit der daraus gezogenen Folgerung, dass der Verkäufer „evictionis nomine obligatur“ (fr. 39, §. 3 d. evict.)⁷⁾. Es ist aus fr. 4 u. 6 pr. d. c. empt. bekannt, dass Pomponius und Celsus die gleiche Behandlung auch sonst für res extra commercium zuliessen. Ganz entsprechend bemerkt auch §. 5 J. d. empt. zuerst, dass „loca sacra vel religiosa, item publica — frustra quis sciens emit, quae tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex emto, quod non habere ei liceat“ und schliesst dann mit den Worten „idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit“. Sagt hingegen Modestinus von dem Fall, wo Jemand „nesciens loca sacra, vel religiosa vel publica pro privatis comparaverit“, dass „emptio non tenet“ (fr. 62, §. 1 d. c. e.), Ulpian und Paulus, dass „nulla emptio, nulla venditio est“ (fr. 22. 34, §. 1 d. c. e.): so ist gewiss die richtige Lösung des ganzen anscheinenden Widerspruches angedeutet durch die Worte des Paulus (fr. 5 d. c. e.), welche den Rechtsbestand des Kaufcontractes über einen Freien kurz damit motiviren „quia difficile dignosci potest liber homo a servo“. Nur wenn und soweit auch bei anderen res extra commercium — was sich ja hier nur selten ergeben wird — eine ähnliche besondere Schwierigkeit des richtigen Erkennens vorliegt, ist die Gleichstellung wirklich begründet.

Wie dem aber auch sei: so bleiben uns doch auch hier Ausnahmen von dem Rechtssatze „impossibilium nulla obligatio“ nach der gegnerischen Auffassung keinesfalls erspart. Erscheint dies Resultat aber nicht ebenso befremdlich wie die oben gefundene Annahme, wonach ganz aussen liegende Rücksichten über die Zugehörigkeit oder Nicht-Zugehörigkeit eines Falles zum Gebiet wahrer Unmöglichkeit entscheiden sollen? Lässt sich überhaupt von einer Regel „impossibilium nulla obligatio“ vernünftiger Weise eine Ausnahme denken? Die Natur des Satzes „imp. etc.“ scheint es doch mit sich zu bringen, dass er in dem ihm

7) Die Stellen, wie sie vollständig bei Mommsen S. 125 — 127 sich abgedruckt finden, sind unverträglich mit der Annahme von Ihering (Jahrb. Bd. 4 S. 63 fg.), dass der Verkäufer hier nicht auf das positive Erfüllungs-, sondern nur auf das negative Schadensinteresse hafte. Hierüber auch richtig Bernhoeft in Ihering's Jahrb. XIV, 1874 S. 141 f.

zugehörigen Gebiet d. h. allenthalben, wo seine Voraussetzung zutrifft, auch nothwendig eintritt und keine willkürliche Durchbrechung zulässt.

In der That kann die wahre Unmöglichkeit ihrem Wesen nach immer nur Eine sein. Sie ist Nichts als negative Nothwendigkeit, Nothwendigkeit des Nicht-Geschehens. Jede Nothwendigkeit beruht ihrerseits auf einem allgemeinen Gesetze, das sich im gegebenen Fall durch eigene Kraft, ohne Zwischenschiebung menschlicher Freiheit, zwingend verwirklicht. Es mag sein, dass solche positive oder negative Nothwendigkeit, ihren allgemeinen Voraussetzungen nach, sofort liquid ist; es mag sein, dass sie noch auf einer besonders begründeten und festzustellenden Voraussetzung beruht. Auf diesem Gegensatz beruht die schiefe Unterscheidung von absoluter und relativer Unmöglichkeit *).

In einem andern Sinne, der besser auch durch den Ausdruck völlig unterschieden wäre, spricht man auch von moralischer oder ethischer Nothwendigkeit beziehentlich Unmöglichkeit. Insofern man nämlich hierbei Anforderungen an den menschlichen Willen und die menschliche Freiheit im Auge hat; insofern man an Gesetze denkt, die ihrem Wesen nach übertreten werden können *).

Das logische Verhältniss dieser beiden Begriffe, welches sich unmittelbar aus ihnen ableiten lässt, ist aber das folgende. Was wahrhaft d. h. absolut nothwendig ist, das kann nicht mehr als bloss ethisch nothwendig gedacht werden. Ebenso was wahrhaft unmöglich d. h. negativ-nothwendig ist, das kann nicht zugleich als positiv nothwendig in jenem ethischen Sinne gesetzt werden.

8) Es ist doch z. B. gerade so absolut unmöglich, eine schon verstorbene Person zu heirathen oder eine schon vernichtete Sache zu leisten, wie es ist, einen hippocentaurus zu liefern u. dgl. Es kann daher nur verwirrend wirken, wenn man dort von relativer Unmöglichkeit spricht. Mit Recht erklärt sich daher gegen jene Unterscheidungsweise Brinz krit. Ueberschau a. a. O. Bd. 5, S. 284 fg.

9) Die wahre juristische Unmöglichkeit, z. B. Ehe mit einem impubes als solchem, ist aus diesem letzteren Gebiet längst richtig ausgeschieden worden. Sie verwirklicht sich von selbst, beruht auf einem Satz, der seinem Wesen nach durch Willkür des Einzelnen unübertretbar ist.

Nun aber enthält, wie wir gesehen haben, die Obligation ihrer Natur nach ein ethisches, durch rechtliche Zwangsmittel irgendwie gesichertes Soll, eine solche ethische Nothwendigkeit. Also kann auch ebensowenig wie das, was nothwendig eintreten muss, in obligatione sein das, was nothwendig nicht eintreten muss. In diesem letzteren Sinne ist der Satz „impossibilium nulla obligatio“ ein blosser Ausfluss des logischen Satzes vom Widerspruch ¹⁰⁾. In diesem Sinne wird er von den Römischen Juristen selbst (fr. 1, §. 9 d. O. e. A.) auf die naturalis ratio d. h. hier einfach auf die natürliche Logik gegründet. Die Selbstverständlichkeit des so aufgefassten Gedankeninhalts lässt sich gegen solche Deutung nicht einwenden. Haben doch auch Paulus und die Kompilatoren den Satz „quod nullius esse potest, id ut alicujus fieret, nulla obligatio valet efficere“ (fr. 182 d. R. J.) nicht für überflüssig gehalten; während hier doch gar keine andere Deutung als jene selbstverständliche möglich ist.

So sagt auch der Satz „impossibilium nulla obligatio“ Nichts aus über die weitere schwierige Frage, ob und inwiefern eine Prästationspflicht für die Unmöglichkeit eintrete, eine Pflicht zum Entstehen mit einem möglichen Surrogat. Am wenigsten kann der Satz etwas aussagen über den Eintritt beziehentlich Nicht-eintritt einer Prästationspflicht bei nachfolgender sogenannter subjectiver Unmöglichkeit der Leistung, die in Wahrheit gar keine Unmöglichkeit der Leistung ist. Aber auch die Regel steckt nicht mit in jenem Satze, dass bei gleich anfänglicher wahrer Unmöglichkeit das bezügliche Rechtsgeschäft nichtig sei. Diese Nichtigkeit ist nur nebenher, aus anderem selbständigen Grunde, meistens die Folge. Weil aber die Voraussetzungen des andern, die Nichtigkeit begründenden, Satzes keineswegs immer zutreffen: so ergiebt sich hier der Anschein von Ausnahmen. Sie können unmöglich wirkliche Ausnahmen eines Satzes „impossibilium etc.“ sein, die ja gar nicht denkbar wären. Diese ganze Auffassung der Sache wird sich in allem Einzelnen, durch die nachfolgende Ausführung zu bewähren haben.

10) Brinz a. a. O. S. 288 „denkbar ist auch der Sinn, dass es nur eine Verpflichtung zu Unmöglichem als solchem nicht gebe“ (statt dass überhaupt der Contract oder die Obligation nichtig sei). Nicht bloss denkbar aber ist dieser Sinn, sondern sogar der einzig mögliche.

Das Fragengebiet aber, das sich uns hier eröffnet, lässt sich unter eine dreifache Rubrik bringen.

Die erste Frage bezieht sich auf die Voraussetzungen der Gültigkeit von obligatorischen Rechtsgeschäften. Die zweite Frage betrifft, unter Voraussetzung des Daseins einer gültigen Obligation, das Mass und den Umfang der Pflicht des Schuldners in Beziehung auf Ueberwindung gleich anfänglicher Hindernisse der Erfüllung. Die dritte Frage endlich hat es zu thun mit der Verpflichtung des Schuldners gegenüber später eintretenden Hindernissen.

Die erste Frage würde vom Standpunkte einer schon berichtigten Theorie aus von unserem Untersuchungsgebiete der Strenge nach ausscheiden. Sie hat ja mit der allgemeinen Natur der Obligation gar nicht direct etwas zu schaffen. Vielmehr gehört sie im System lediglich in die Theorie der Rechtsgeschäfte als solcher. Nur hier werden besondere Grundsätze nöthig für die Fälle, wo der von den Urhebern des Geschäfts wirklich gedachte Zweck direct etwas Unmögliches enthält. Es hat keinen Sinn, eine eigene Theorie aufzustellen über Gesetze, die etwas wirklich Unmögliches gebieten. Wenn bei buchstäblicher Auslegung des Gesetzes eine solche Absurdität herauskommen würde: so ist es Sache der Interpretation, zu ermitteln, ob sich nicht durch tieferes Eindringen in den Geist der Sache ein denkbarer, logisch richtiger Sinn gewinnen lässt¹¹⁾. Sonst wäre das unsinnige Gesetz in sich nichtig.

Noch in unseren neuesten Lehrbüchern ist indess die Frage, zum Schaden für die volle Klarheit, nicht an der richtigen systematischen Stelle behandelt worden, sondern bei dem „Inhalt der obligatio“ überhaupt¹²⁾. Und dies ist denn gerade erst im Fol-

11) Vgl. daher auch Mommsen a. a. O. S. 104 fg. „die Anwendung der Regel „imp. nulla obligatio“ beschränkt sich danach auf diejenigen Obligationen, bei welchen die Feststellung des Gegenstandes nicht auf einer Rechtsvorschrift, sondern auf einer willkürlichen Anordnung von Privatpersonen beruht, also auf die Obligationen aus Verträgen, Pollicitationen und letztwilligen Verfügungen“.

12) So Puchta §. 220. Arndts §. 202. Windscheid §. 264, der aber doch freilich die nähere Ausführung in der Lehre von der Entstehung der Forderungsrechte (§. 315) giebt. Auch in die besseren Particu-

genden energisch zu berichtigen, um für die Zukunft eine strengere Grenzscheidung wiederherstellen zu helfen.

§. 7. Inhaltliche Voraussetzungen obligatorischer Rechtsgeschäfte.

Es fragt sich also zunächst nach den Voraussetzungen der Gültigkeit der Rechtsgeschäfte hinsichtlich ihres Objectes. Im Begriff des Rechtsgeschäftes, wie man ihn auch fassen möge, ist es gelegen, dass ein tauglicher Inhalt vorhanden sein muss. Handelt es sich speziell um obligatorische Rechtsgeschäfte: so ist es nothwendig, dass ein vernünftiger und rechtlich gebilligter Obligationszweck mit dem Geschäft gesetzt sei.

Wenn nun der von den Parteien bezeichnete und aufgestellte Zweck direct etwas Unmögliches enthält: so ist es, wie wir sahen, einfach eine Sache der natürlichen Logik, dass nicht die Erzielung dieses Unmöglichen in obligatione sein kann. Es ist ein vergebliches und leicht zu schiefen Folgerungen führendes Beginnen, diesen Satz erst aus dem Parteiwillen ableiten zu wollen¹⁾.

Kannten die Parteien, so hat man gesagt, die Unmöglichkeit der Leistung: so liegt die Annahme am nächsten, dass es überhaupt an dem ernstlichen Willen, eine Obligation auf diese Leistung zu begründen, gefehlt hat. War ihnen hingegen die Unmöglichkeit der Leistung unbekannt: so erschiene es andererseits ebenso unzweifelhaft, dass die Parteien, wenn ihnen jene Unmöglichkeit bekannt gewesen wäre, eine Obligation auf diese Leistung nicht abgeschlossen haben würden.

larrechtssysteme ist die gleiche Auffassung und die ganze, vielfach verwirrende Behandlung des Satzes „impossibilium nulla obligatio“ als eines wahren Rechtssatzes übergegangen, mit all den Unterscheidungen von absoluter und relativer, objectiver und subjectiver Unmöglichkeit. So z. B. Förster, Preuss. Privatrecht Bd. 1, §. 66 ed. 2, 1869 S. 362 fg.

1) So Mommsen a. a. O. S. 109 — 111 S. 150 „die Nichtigkeit der auf unmögliche Leistungen gerichteten Obligationen beruht auf einer Interpretation des Willens der Parteien.“ Dagegen schon Brinz a. a. O. krit. Ueberschau Bd. 5 S. 288 u. 89. Richtig aber ist, wie wir sehen werden, dass viele Sätze, die Mommsen als Folgesätze des „imp. nulla obl.“ nennt, in Wahrheit direct auf blosser Deutung des Parteiwillens beruhen.

Aber sie haben es doch nun, der Voraussetzung nach, einmal gethan. Und gegen diese fertige Thatsache lässt sich mit blossen Argumentationen aus dem, was sie gethan haben würden, wenn — nicht aufkommen. Wer steht auch, bei dem im Volke noch immer verbreiteten Aberglauben überhaupt dafür ein, dass nicht die Parteien wirklich den ernstlichen Willen hatten auf Erzielung auch des als im einfach natürlichen Wege unmöglich Erkannten?

Für die natürliche Logik des Rechts aber ist es vollkommen gleichgültig, ob und wie die Parteien, etwa irrthümlich und abergläubisch, hierüber dachten. Es beruht direct auf dem logischen Satz vom Widerspruch, dass auf Unmögliches als solches keine Obligation sich richten kann.

Wenn aber auch ein Rechtsgeschäft nach der Seite des zunächst bezeichneten und zunächst gewollten Zweckes hin eine Nichtigkeit enthält: so kann es doch sehr wohl sein, dass sich anderweitig ein tauglicher Inhalt für dasselbe herausstellt. Man fehlt überhaupt oft darin, dass man die Frage nach der Gültigkeit resp. Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte viel zu absolut denkt und stellt. Als besonders gefährlich erscheint es, dass unsere neuere Gesetzgebung von dem gleichen Fehler der Doctrin angesteckt und ergriffen worden ist; wie es z. B. Art. 793 des Sächsischen Gesetzbuches ²⁾ zeigt und Art. 27 fg. des Dresdener Entwurfes eines allgemeinen Deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse. Aehnlich lässt sich da, wo der nächste Zweck eines Rechtsgeschäftes etwas Unsittliches in sich enthält, doch in Wahrheit nicht schlechthin sondern nur insofern die Nichtigkeit annehmen, als der Geschäftszweck auf die Erzwingung oder Förderung der Unsittlichkeit sich richtet ³⁾. Und so ist auch in den,

2) „Verträge über Sachen, welche überhaupt, oder für Denjenigen, der sie in Folge des Vertrages erhalten soll, ausser Verkehr stehen, oder welche gar nicht vorhanden sind, — gleichviel ob sie nicht vorhanden sein können, nie vorhanden gewesen oder vor Schliessung des Vertrages untergegangen — ingleichen über Handlungen, welche unmöglich sind, oder den Gesetzen oder guten Sitten widerstreiten, sind nichtig“.

3) Lehrreich ist in dieser Hinsicht der in Ihering's Jahrb. XIII, S. 381 fg. von Zimmermann mitgetheilte Rechtsfall. Der Befrachter hat

uns speciell zur Untersuchung verstellten Fällen immer auf die Möglichkeit Rücksicht zu nehmen, dass ein Rechtsgeschäft, welches nach einer Beziehung, vielleicht nach der Hauptbeziehung hin nichtig ist d. h. den gewollten Erfolg nicht äussern kann, nach einer andern Beziehung hin und in einer andern Art und Weise ganz gültig ist.

Nur dadurch, dass man es sich irrig als Rechtsregel denkt „ein Geschäft müsse schlechthin nichtig sein, wenn sein nächst bezeichneter Inhalt auf Unmöglichkeit hinausläuft“; nur dadurch gelangt man hier zu anscheinenden Ausnahmen. Der entscheidende rechtliche Elementarsatz ist vielmehr: „kein Rechtsgeschäft ohne tauglichen Inhalt“; in spezieller Beziehung z. B. auf den Kauf „nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intelligi“ (Pomponius libr. IX ad Sabinum fr. 8, pr. d. contr. empt.) ⁴⁾.

Die Voraussetzung absoluter Nichtigkeit, das Fehlen jederlei tauglichen Inhalts kann aber trotz der Unmöglichkeit des zunächst bezeichneten Zweckes, aus verschiedenen Gründen und in verschiedener Weise nicht zutreffen.

So scheiden zunächst solche Fälle aus dem Gebiete der Nichtigkeit aus, wo zwar der Wortlaut auf Unmögliches geht, der offenbare Gedanke des concreten Geschäfts aber auf eine mög-

es hier übernommen, eine Partie Tabacke und Tabacksstengel über Hull nach Kopenhagen zu befördern. In England ist die Einfuhr und Durchfuhr von Tabacksstengeln verboten bei Strafe der Konfiscation. Da nur durch eine förmliche positive Täuschung der Englischen Zollbehörde die Durchfuhr sich realisiren liesse: so kann in der That kein Gericht direct oder indirect zur Ausführung selbst zwingen. Insofern ist der Vertrag nichtig. Vollkommen vereinbar damit ist aber die Gültigkeit des Vertrages, sofern es sich bei verweigerter Ausführung gegenüber einem dolosen Befrachter um Ersatz des durch die Täuschung entstandenen Schadens, oder bei freiwillig unternommener Ausführung überhaupt um Haftung für den eingetretenen Verlust handelt.

4) Bernhoeft in Ihering's Jahrb. XIV, 1874 S. 61 S. 133 fg. findet, dass die von ihm hier behauptete dingliche Natur des Kaufes sich auch in der Regel, dass der Kauf ohne Gegenstand nichtig sein soll, zeigt. Gilt denn aber solche Regel nicht ebensowohl z. B. auch von der Miete? Und kann man auch der Römischen Sachenmiete eine „dingliche Natur“ beilegen, ohne den letzteren Begriff gänzlich zu verflüchtigen?

liche Leistung hinzielt. Ein derartiger Fall wird von Paulus (libr. XII ad Sabinum) angedeutet in fr. 35, pr. d. V. O. „Si stipulor, ut id fiat quod natura fieri non concedit: non magis obligatio consistit, quam cum stipulor, ut detur quod dari non potest, nisi per quem stetit, quominus facere id possit.“

Man hat aus den Schlussworten irrig den Sinn abgeleitet, dass die Stipulation überhaupt dann gültig sei, wenn der Promittent durch seine eigene Handlung vor dem Vertragsschluss die Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt hatte⁵⁾. Vielmehr ist nach der bekannten technischen Sprachweise der Quellen nur an den Fall zu denken, dass eine ältere Obligation durch mora des Schuldners perpetuiert war und nun nach eingetretenem Untergang des Leistungsgegenstandes eben derselbe Gegenstand in eine neue Stipulation aufgenommen wurde. Der wahre gewollte Inhalt derselben ist hier dasjenige, was der Schuldner als Interesse am Nichteintritt der mora aus der älteren Obligation zu leisten hatte⁶⁾. — Anstatt des Geldwerthes der untergegangenen Sache benennen hier die Parteien noch diese selbst als Leistungsgegenstand, damit der Schuldner nach wie vor behufs seiner Befreiung noch den Nachweis versuchen könne, dass der gleiche casus auch ohne die mora den Gläubiger doch betroffen haben würde. Abgesehen freilich von diesem, durch Paulus herausgehobenen, Ausnahmefall bringt es die streng formale Auffassungsweise der Stipulation mit sich, dass keinerlei verborum obligatio entstehen kann, wenn der zunächst bezeichnete Leistungsgegenstand „dari non potest, — veluti si de homine libero, vel jam mortuo, vel aedibus deustis facta sit stipulatio“ (fr. 1, §. 9 d. O. et A. Gajus libr. II aur.). Nicht richtig ist der noch neuerdings gemachte Schluss „wenn der Kauf eines Freien eine Klage auf das Erfüllungsinteresse erzeugen soll, so muss es auch die Stipulation“. Aus den, die verborum obligationes betreffenden, Sätzen des Römischen Rechts lässt sich also hier keineswegs

5) Gegenüber Koch Recht der Forderungen II S. 299 a. E. fg. richtig F. Mommsen a. a. O. S. 116 fg. insbes. S. 117 Anm. 9.

6) Vgl. hier ausser den bei Mommsen citirten fr. 83, §. 7 u. fr. 91, §. 6 d. V. O. nam. auch noch fr. 31, pr. d. novat. 46, 2, fr. 23 u. 21, pr. d. pec. const. 13, 5.

ohne Weiteres auf die Behandlung des Kaufs schliessen. Vielmehr kann dessen Beurtheilung eine ganz andere und freiere sein. So zeigt es gleich die vielbesprochene Behandlung des Verkaufs einer nicht-existirenden Forderung⁷⁾. „Si nomen sit distractum Celsus libro nono digestorum scribit, locupletem esse debitorem, non debere praestare (venditorem), debitorem autem esse praestare, nisi aliud convenit“ (Ulp. libr. XXXII ad edict. fr. 4 d. h. vel act. vend.).

„Et quidem sine exceptione quoque, nisi in contrarium actum sit. Sed si certae summae debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor, si incertae et nihil debeat quanti intersit emptoris“ (Paulus libr. XXXIII ad edict. fr. 5 eod. Vgl. auch fr. 74, §. 3 d. evict.).

Zwar ist, so erkennt man an, die Uebertragung einer nicht-existirenden Forderung ebenso unmöglich wie die Leistung einer nicht-existirenden Erbschaft oder einer schon untergegangenen Sache. Auch ist danach consequent die Nichtigkeit eines Vermächtnisses von nicht-existirenden Forderungen anerkannt⁸⁾. Wie nun reimt es sich hiermit zusammen, dass der Verkäufer im gleichem Falle auf das Erfüllungsinteresse haftet?

Der Hauptklärungsversuch ist der folgende. Wirklich behaupten lasse sich die Unmöglichkeit doch nur, wenn die Forderung nie existirte oder ipso jure zu existiren aufhörte. Anders, wenn die Forderung nur mit einer Exception behaftet ist, die als solche auf mancherlei Weise beseitigt werden kann. Die effective praktische Unterscheidung und abweichende Behandlung dieser beiden Fälle hätte aber im Punkte unserer Frage leicht zu Unzuträglichkeiten geführt und sei wohl deshalb von den Römischen Juristen unterlassen worden.

7) Mommsen a. a. O. S. 134 fg. Dazu Windscheid in der krit. Ueberschau Bd. 2 S. 118, Brinz ebendasselbst Bd. 5 S. 296—99, Ihering's Jahrb. IV, S. 69—71.

8) Fr. 75, §. 1 u. 2 de legat. I (Ulp. libr. V disput.) „si Titio decem quae mihi Sejus debeat (neque Sejus debet) legavero, nullum erit legatum. Esse enim debitor debet; nam et si vivus exegissem, exstingueretur legatum, et si debitor maneret, actiones adversus eum heres meus dumtaxat praestare cogetur.“ Cf. fr. 11, §. 13 de legat. III.

Warum aber kamen denn diese Juristen, wenn sie so argumentirt hätten, nicht vielmehr von dem Grundfalle aus, wo die Forderung ipso jure fehlt, zur Annahme einer allgemeinen Nichtigkeit des Kaufs, auch bei ope exceptionis beseitigten Forderungen?

Man hat sonst in verschiedenen Wendungen zur Erklärung eine Analogie hingestellt. Der Verkäufer einer in Wahrheit nicht existirenden Obligation soll aufzufassen sein wie der Sachverkäufer, dem das Eigenthum oder überhaupt das intendirte Recht an der Waare fehlt, und der für das habere licere einzustehen hat. Auch der Verkauf einer nicht existirenden Forderung sei gültig, „weil es dem Verkäufer am Rechte fehlt“, wie bei der venditio rei alienae. Aber ist denn nicht hier geradezu und ganz ausdrücklich vorausgesetzt das Nichtsein des gedachten Verkaufsgegenstandes d. h. des Forderungsrechtes, anstatt des blossen Nicht-habens? Wo steckt denn hier also die innere Berechtigung zu der Analogie mit dem Falle des blossen Nicht-habens der körperlichen Waare? Auch der Umstand, dass das Recht, welches als Leistungsgegenstand gedacht ist, hier „an sich existiren könnte“ (Ihering) kann für sich allein und so schlechtthin die Entstehung einer Obligation nicht motiviren. Die richtige Lösung des Problems ergibt sich aus einer combinirenden Erwägung der besonderen Natur von Obligation und Kauf. Die Obligation ist nicht Selbstzweck. Sie ist nur Mittel zur Erreichung des bestimmt individualisirten, ihr eigenthümlichen sachlichen Endzweckes. Daher ist auch die Annahme möglich, dass nicht das, als Gegenstand des Handels angegebene, Mittel seiner Individualität nach im letzten und wesentlichen Sinne des Geschäftes lag. Vielmehr dass es im letzten Grunde abgesehen war auf Ueberleitung und Herstellung des bestimmten Obligationserfolges als solchen in der Person des Käufers. So dass hiernach, auch wenn die Obligation nicht wirklich bestand, doch der im Sinne liegende Erfolg, sofern er nur hinlänglich deutlich bezeichnet ist, auf anderem Wege herzustellen wäre.

Um so näher liegt nun diese Annahme beim Kauf, als einem entgeltlichen, onerosen Geschäft, zu Gunsten des, die Forderung irrig für vorhanden haltenden, Käufers. Und die Natur des Kaufes als eines bonae fidei negotium gestattete in so

freier Weise die Berücksichtigung dessen, was vernünftiger Weise Muster-Kontrahenten wollen mussten. Hierbei macht sich noch sehr wesentlich die Erwägung geltend, dass sich die wirkliche Existenz angeblicher Forderungen keineswegs in so leichter Weise wie das Dasein körperlicher Waaren seitens des Käufers constatiren lässt. So ist es also auch, wenn überhaupt eine Sicherheit des Handels mit Forderungen bestehen soll, durchaus nothwendig, dass ein Einstehen des Verkäufers für die Existenz der angeblichen Forderung gewollt sein muss.

Die letztere Erwägung führt uns hinüber zu dem quellenmässig feststehenden Satze, wonach der Kaufcontract über einen freien Menschen dann vollkommen gültig war und eine Klage auf das positive Erfüllungsinteresse erzeugte, wenn der Käufer den Menschen irrig für einen servus hielt. Schon Mommsen befand sich in der Beurtheilung dieses Satzes ganz auf der richtigen Bahn. Durch die Anerkennung der Gültigkeit des Kaufcontracts, sagt er (S. 128), erhielt der Käufer eine viel bedeutendere Sicherung gegen die Gefahr der vielfachen Betrügereien, welche bei der, nicht auf einem Rassegegensatz beruhenden, Römischen servitus so leicht möglich waren und so häufig vorkamen. Nur irrt gerade Mommsen darin, dass er den bezüglichen Satz als positive Ausnahme von einer angeblichen Rechtsregel „impossibile nulla obligatio“ denkt. Und Ihering Jahrb. (IV, S. 65), in dem ganz richtigen Gefühl dieses letzteren Fehlers, ist dann zur Remedur in den andern Fehler hineingerathen, hier überall nur an eine Klage auf das negative Schadensinteresse zu denken.

Die wahre Lösung ist einfach durch folgende Betrachtung gegeben. Mit einem äusserlich gültig geschlossenen Rechtsgeschäft ist, je weiter das Recht vom Standpunkte eines blossen jus strictum sich entfernt um so eher, regelmässig viel mehr Inhalt und oft ein ganz anderer Inhalt gegeben, als der, welchen die einzelnen Kontrahenten wirklich dachten und wollten. Soll insbesondere der Kauf als sichernde Rechtsinstitution seine praktische Function richtig erfüllen: so muss als Willensinhalt das gelten, was redliche Kontrahenten in Erwägung möglicher Zwischenfälle und Gefahren vernünftiger Weise wollen mussten, damit

der Zweck des Kaufes sicher erreicht werde. Die höhere Vernunft des Rechtes ergänzt und verbessert hier oft das mangelhafte Denken der einzelnen Kontrahenten.

So musste es, bei der grossen Schwierigkeit der richtigen Unterscheidung von *servi* und *liberi*, beim Verkauf eines Menschen als *servus* von vornherein als der vernünftige d. h. zweckgemässe Gedankeninhalt erscheinen, dass der Verkäufer dem redlichen Käufer das volle Interesse garantire, falls der äusserlich gültig verkaufte Mensch als Freier sich herausstellen sollte. Gerade aber weil es sich hier nicht um eine singuläre Ausnahme handelt, muss auch auf andere *res extra commercium*, insofern bei ihnen eine ähnliche Schwierigkeit richtigen Erkennens obwaltet (vgl. oben §. 6) der gleiche Satz zur Anwendung kommen. Das Geschäft erscheint dann der Sache nach, in seinem rechtsbeständigen Inhalt, von vornherein auf blosser Ausgleichung einer Differenz zwischen Preis und Erfüllungsinteresse gerichtet. Vom Kauf gewinnt es Namen und Kraft nur nach dem, in erster Linie vom Käufer in's Auge gefassten und bezweckten, Erfolge. Daraus folgt dann auch sofort die Nichtigkeit des Kaufs, wenn der als Käufer Auftretende selber die Untauglichkeit der Waare kannte, also von vornherein nur auf eine blosser Differenzspeculation sein Auge richten konnte.

Noch unter einen andern Gesichtspunkt als der eben erklärte Satz fällt der Satz, wonach der *dolose* Verkäufer einer theilweise untergegangenen Sache auf das volle Erfüllungsinteresse haftet. Zunächst aber muss dieser Fall noch kurz gegen die ihn berührenden Fälle abgegrenzt werden, in deren Behandlung der Satz „*imp. nulla obligatio*“ ebenfalls eingemischt worden ist.

Bei einseitigen obligatorischen Rechtsacten ist es keinem Zweifel unterworfen, dass sie in Beziehung auf denjenigen Theil, dessen Leistung zur Zeit der Obligirung noch möglich ist, aufrecht zu erhalten sind. Ausser es stände der Theil, dessen Leistung noch möglich ist, in einem solchen Verhältniss zum Ganzen, dass aus der Richtung des Willens auf das Ganze nicht geschlossen werden kann, dass der Wille eventuell auch auf diesen Theil für sich gerichtet gewesen sei, wie z. B. wenn das promittirte

praedium urbanum schon bis auf die nackte *area* niedergebrannt war (M. S. 155—162). Nur ist in letzterem Fall der Grund, aus dem Nichts geschuldet wird, nicht der, dass hier die Unmöglichkeit als eine vollständige angesehen wird (M. S. 155) und so der Satz „*impossibilium nulla obligatio*“ entschiede. Vielmehr beruht der Grund einfach und direct darauf, dass es bezüglich des noch vorhandenen Theiles am Willen fehlt, z. B. die Parteien nicht einen Bauplatz geleistet wissen wollten, sondern nur das bestimmt gedachte Haus, durch dessen schon erfolgten völligen Untergang das Geschäft sachlich gegenstandslos ist⁹⁾.

Bei gegenseitigen obligatorischen Verträgen aber, wie z. B. beim Kauf, bringt die innerliche Verkettung von Leistung und Gegenleistung nothwendig noch weitergehende Grundsätze mit sich. Hier muss insbesondere der Käufer auch schon bei einer minder radicalen Beeinträchtigung der Waare¹⁰⁾, wodurch diese ohne sein Wissen vor dem Kauf betroffen war, behufs seiner Entlastung sich darauf berufen können, dass er nach erkennbarer Vertragsintention nur unter Voraussetzung der Existenz des untergegangenen Theils (z. B. „*contemplatione illarum arborum*“ fr. 58 d. c. empt.) eine Verpflichtung einging.

Macht nun der Käufer erfolgreich von dieser Berufung Gebrauch: so liegt der Grund seiner Nichthaftung auch hier nicht in einem Satze „*imposs. nulla obligatio*“; sondern nur darin, dass der intentionsgemässe Geschäftsgegenstand nicht als vorhanden

9) Kraft der *benigna interpretatio* von Vermächtnissen aber gilt hier im Zweifel der Wille als auch auf Leistung der *area* gerichtet. Dadurch wird denn Mommsen, von seinem Standpunkt aus ganz consequent, zu der merkwürdigen These geführt, dass bei Vermächtnissen nur eine theilweise Unmöglichkeit der Leistung angenommen wird (a. a. O. S. 159 Anm. 7) in ganz dem nämlichen Fall, wo bei der Stipulation eine vollständige Unmöglichkeit der Leistung herauskommen würde.

10) Fr. 57 d. c. e. (Paulus libr. V ad Plautium) „*Sed si pars domus maneret*“ etc. Im Einzelnen Mommsen a. a. O. S. 162—178, dessen Ausführung allenthalben gleich umsichtig und brauchbar ist, sobald man nur die schiefe Formulirung abstreift, welche sich in Konsequenz seiner Grundauffassung einmischet.

gilt, von dessen Bestande nach dem Contractswillen selbst die Verpflichtung des Käufers abhing.

Nur dann, wenn der Verkäufer in dolus war, gilt der oben erwähnte Rechtssatz, welcher hier direct in unseren Zusammenhang gehört, — dass nämlich der getäuschte Käufer auch die Klage auf das volle positive Erfüllungsinteresse richten darf, sobald irgend ein Theil der Waare noch wirklich existirt, (fr. 57, §. 1 cit.).

Dieser Satz nun lässt sich freilich in keiner Weise noch unmittelbar aus dem Geschäftswillen ableiten. An und für sich erscheint es durch den Geschäftszweck und den darauf beruhenden vernünftigen Parteiwillen hier nur gefordert, dass der Käufer vor Schaden aus dem dolus des andern Kontrahenten bewahrt bleibe. Nicht erscheint es dadurch gefordert, dass er auch einen Gewinn mache, der ihm ja doch entgangen wäre, wenn er in keiner Täuschung sich befunden hätte.

In dem fraglichen Satze reagirt also einfach das ethische Element im Recht mit Energie gegen den dolus der einen Partei. Kraft dessen wird in den äusserlich gültig geschlossenen Kauf eine Wirkung und ein Inhalt gelegt, der weit hinausgeht über das, was sich irgend aus dem inneren Geschäftszweck als normaler Parteiwille deduciren lässt.

Auf der gleichen Reaction des ethischen Elementes im Recht beruht es auch¹¹⁾, dass der ganze Handel hin und her nichtig ist (fr. 57, §. 3 cit.), wenn beide Parteien den theilweisen Untergang der Waare kannten und doch in gegenseitiger betrügerischer Absicht die Waare als eine unversehrte zum Geschäftsgegenstande machten. Wäre bloss der Käufer in dolus: so würde ihn, obwohl er nur den vorhandenen Theil der Waare zu fordern hat, doch die Pflicht zur Zahlung des ganzen Kaufpreises treffen (fr. 57, §. 2 cit.). Und zwar nach dem nämlichen ethischen Grundgedanken, nicht also kraft „Auslegung des Vertrages“¹²⁾.

11) Nicht die „Unmöglichkeit der Leistung“ als solche ist hier also Grund der Nichtigkeit, wie Mommsen S. 169 u. S. 170 oben es andeutet (fr. 57, §. 3 cit.).

12) Anders Mommsen a. a. O. S. 168. „Wenn es auch möglich bleibt, dass der Käufer eine andere Absicht gehabt hat: so hat er doch

War aber endlich die Waare schon vollständig untergegangen: so haftet der Verkäufer, auch wenn er in dolus war, doch in keiner Weise dem getäuschten Käufer auf das Erfüllungsinteresse. Da das Römische Recht im Allgemeinen keinen Grund sieht, in jedem Kaufvertrag schlechthin eine Garantie für die Existenz der Waare seitens des Verkäufers gegenüber dem Käufer zu finden: so ist dann das Geschäft seinem spezifischen Zwecke nach völlig gegenstandslos und insofern der Hauptrichtung nach nichtig (fr. 57, pr. cit.).

Wird hier nun dennoch die Contractsklage selbst, wenigstens auf Ersatz des negativen Schadensinteresses, gegen den Verkäufer eingeräumt (fr. 62, §. 1 d. contr. empt. u. fr. 8 u. 9 d. h. vend.): so erklärt sich das, wie es treffend besonders von Brinz¹³⁾ angedeutet worden ist, einfach aus folgender Auffassung. In jedem, unter verpflichtungsfähigen Parteien äusserlich abgeschlossenen, contractus bonae fidei wird ausser seinem spezifischen Inhalt noch die allgemeine Klausel gefunden „dolum malum abfuturum esse“. Diese Klausel ist hier selbstverständlich, weil bonae fidei nihil tam contrarium est quam dolus malus. Mag hiernach auch der Contract in seinem spezifischen Inhalt wegen Gegenstandslosigkeit verfehlt sein: so besteht er doch nach der Seite jener allgemeinen Klausel hin zu Recht.

In solcher Weise gewinnen dann allerdings bonae fidei Contracte, auch bei verfehelter Hauptintention, noch einen Inhalt da, wo die strenge Buchstabeninterpretation der Stipulation zu einer völligen Inhaltslosigkeit, also Nichtigkeit führen würde. Gerade

jedenfalls durch seinen dolus es verschuldet, dass die ungünstigste Auslegung des Vertrages gegen ihn zur Anwendung gebracht wird“. Seine Absicht war doch im Fall des dolus vollkommen gewiss eine andere, als die, den für das Ganze bedungenen Kaufpreis für den blossen Theil zu zahlen.

13) Krit. Ueberschau Bd. 5 S. 292 f. vgl. Mommsen a. a. O. S. 122—124 und Ihering Jahrb. IV S. 29 u. 30 u. S. 292 f. Köppen XI S. 283. Aus dem bezeichneten, rechtlich angenommenen generellen Vertragsinhalt erklärt sich auch die Möglichkeit der Contractsklage auf Rückgabe des Preises, wenn er pränumerirt ist während die vorausgesetzte Waare nicht existirte fr. 8 cit. 18, 4, ferner auf Ersatz sonstigen indirecten Schadens, sofern die Verweigerung dieses Ersatzes wirklich als Verletzung der guten Treue sich qualificiren würde. Windscheid Pand. §. 315 Anm. 1.

nur durch eine missverständliche Uebertreibung jenes Unterschiedes ist denn auch v. Savigny dazu gelangt, in seiner Weise bei jeder dem Käufer unbekanntem Unmöglichkeit den Satz „*impossibilium nulla obligatio*“ cessiren zu lassen.

Die neuere Gesetzgebung und Praxis ist aber häufig noch weiter gegangen als das Römische Recht. So das Preussische Landrecht in dem Satze „Wusste nur der Verkäufer, dass die Sache nicht mehr vorhanden sei, so muss er dem Käufer das Interesse leisten“ (I, 11 §. 40). Da ein Käufer, welcher allein den Sachuntergang kannte, zur Strafe seines *dolus eventuell* den Preis an den Verkäufer einbüßen soll (§. 41): so ist es kein Zweifel, dass das nach §. 40 vom Verkäufer zu leistende Interesse das positive Erfüllungsinteresse ist. Also befindet sich hier anstatt des total unmöglichen *habere licere*, auf dessen Verschaffung in erster Linie die Parteierklärung sich richtete, von vornherein die Verschaffung eines vollen *Aequivalentes in obligatione*.

Aehnlich stellt auch Zimmermann, in der bei Ihering Jahrb. XIII insb. S. 391 mitgetheilten Relation, aus einem Gefühl innerer Nothwendigkeit heraus, dem fr. 57 §. 1 d. c. e. zum Trotz, schlechthin und ohne zwischen gänzlicher resp. theilweiser Unmöglichkeit zu unterscheiden, den Satz auf. „Kannte der Promittent die Unmöglichkeit und verpflichtete er sich dennoch dem unwissenden Promissar gegenüber: so muss auf seiner Seite der Vertragswille, und zwar in der Richtung (nämlich auf das Erfüllungsinteresse) angenommen werden, die beim Promissar nur eine eventuelle ist, beim Promittenten aber sofort zur *principalen* und einzigen wird.“

Es ist bei unserer Betrachtung noch gar nicht des Falles gedacht worden, wo in Beziehung auf die Qualität der zu leistenden Sache eine bestimmte Zusage gemacht war. Mommsen sieht hier, wenn dem individuellen Geschäftsgegenstande die fragliche Eigenschaft fehlt, eine theilweise Unmöglichkeit der Leistung als vorhanden an. Wenn nun trotzdem der Promittent aus dieser Zusage haftet: so erscheint ihm das auch als eine positiv fixirte Ausnahme von der Regel „*impossibilium n. o.*“¹⁴⁾.

14) A. a. O. §. 18 S. 193—212 „Theilweise Unmöglichkeit. — In Beziehung auf die Qualität der zu leistenden Sache“. Die gleiche Vorstell-

Allein bei genauerer Betrachtung ist es doch vollkommen klar: dass hier von vornherein der Parteigedanke sich in Wirklichkeit ganz ausschliesslich auf eine mögliche Leistung anderen Inhalts, und zwar des Interesses als solchen, richtete.

„Die Obligation hat die Sache, wie sie ist, zum Gegenstande“¹⁵⁾. Die Garantie der Eigenschaft hat nun nur einen Sinn für die Eventualität des Fehlens jener Eigenschaft. Falls aber die Sache wirklich ohne diese Eigenschaft ist, kann ja gar nicht gedacht sein, dass sie „so wie sie ist“, doch mit der Eigenschaft also „anders als sie ist“ geleistet werden solle. Oder will man sich durchaus Parteien denken, die wissentlich und offen, frisch und fröhlich gegen den logischen Satz vom Widerspruch sündigen?

Dann bleibt aber nur die Annahme übrig, wie Ulpian sie ausdrückt (fr. 31 d. *evict.* 21, 2) „*hoc enim continere (stipulationem) quod interest, horum quid esse vel horum quid non esse*“. Und für diese Frage nach dem sachlichen Gedankeninhalt kann es natürlich auch gar keinen Unterschied ausmachen, ob die Zusage der Eigenschaft bei einem *bonae fidei Contract* z. B. Kauf gemacht war, oder bei einer Stipulation. Nur waren nach Ulpian einige Juristen im Zweifel, ob bei einer Stipulation das *Princip des strictum jus* und der strengen Buchstabeninterpretation es gestatte, die Worte „*sanum esse, furem non esse etc.*“ als eine taugliche Ausdrucksform für die Zusage des Interesses anzusehen.

Mit dieser richtigen Erkenntniss, dass es sich hier nicht um eine positive Umdeutung des zunächst angeblich auf eine theilweis unmögliche Leistung gerichteten Parteiwillens handelt — verschwindet auch der letzte Grund für die Annahme¹⁶⁾, als ob ung theilt auch wieder Bernhoeft in Ihering's Jahrb. XIV S. 135 u. 136. Er findet hier in fr. 31 d. *evict.* den Beleg für den Satz „dass die Römer den Satz von der Nichtigkeit einer unmöglichen Verpflichtung keineswegs überall durchgeführt haben“ und schöpft daraus die Vermuthung „dass der Satz erst aus einer verhältnissmässig späten Zeit stammt“, da es nicht wahrscheinlich sei, dass die auf Unmögliches gerichteten Stipulationen „*furem non esse*“ etc. sich unter seiner Herrschaft eingebürgert haben“.

15) So ganz richtig Mommsen selbst a. a. O. S. 194 a. E. S. 195 oben.

16) S. Mommsen a. a. O. I S. 203 fg., insb. S. 209 Anm. 31. Windscheid, krit. Zeitschr. Bd. 2 S. 122 fg. und danach wieder Mommsen

die Pflicht zur Leistung des Interesses auf einer besonderen Interpretation der Stipulation beruhen und ein gutgläubiger Verkäufer aus der Garantie nur auf Redhibition oder verhältnissmässige Preisreduction haften sollte. Vielmehr haftet auch dieser Verkäufer ganz direct nach dem Geschäftswillen auf das positive Interesse am Dasein der bezeichneten Eigenschaft. War er in dolus, so haftet er daneben noch ausserdem auf das volle negative Schadensinteresse, wenn der Käufer schon schädliche Anstalten traf, die er ohne die Täuschung nicht vorgenommen hätte.

§. 8. Inhaltliche Voraussetzungen obligatorischer Rechtsgeschäfte. Unächte Unmöglichkeitfälle insbesondere.

Wir lernten im Zusammenhang des §. 7 Fälle kennen, wo das Recht in äusserlich gültig geschlossene Geschäfte einen Inhalt legt, der dem wirklichen Willen der dadurch gebundenen Partei sogar offen widerspricht; häufiger noch einen solchen Inhalt, von dem bloss, ob er in concreto wirklich gewollt ist, nicht sicher feststeht. Ebenso oft kommt es nun umgekehrt vor, dass einem unzweifelhaft vorliegenden Willensinhalt, obgleich er nicht auf Unmögliches gerichtet ist, dennoch von Rechtswegen die Verwirklichung versagt bleibt. Wir haben hier natürlich nicht alle Fälle der Art zu verfolgen, z. B. den, wo wegen Unsittlichkeit des Zweckes die Obligation ihren Dienst verweigert. Nur fordert der Zusammenhang noch kurz die Berührung der Fälle, in denen man wohl unrichtig eine Unmöglichkeit der Leistung und ein Platzgreifen des Satzes „*imp. n. o.*“ angenommen hat.

So ist zunächst der Kategorie der gesetzlichen Veräusserungsverbote zu gedenken. Für diese ist schon durch Mommsen¹⁾ selbst ganz richtig anerkannt worden: dass der positive

a. a. O. III S. 411 fg. — Das fr. 45 d. c. e. 18, 1 ist seitdem am richtigsten erklärt worden von Cohnfeldt die Lehre vom Interesse (1865) S. 179 fg. Bei den „*vestimenta interpola pro novis emere*“ ist nur keineswegs ausschliesslich an eine ausdrückliche Vereinbarung der Qualität zu denken. Sie kann sehr häufig stillschweigend in den Umständen liegen.

1) A. a. O. §. 3 S. 21—27, nam. S. 25. Noch Unterholzner dagegen (Schuldverhältnisse Bd. 1, 1840, §. 101, S. 209) behandelt diese Fälle wirklich unter dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit der Leistung.

Rechtswille, je nach der ratio des betreffenden Veräusserungsverbots in den einzelnen Fällen verschieden, die Frage nach der Gültigkeit oder Ungültigkeit der Obligation entschieden hat. Die eventuelle Ungültigkeit wird also gestützt auf die positive Rechtswidrigkeit des Geschäfts, nicht auf Unmöglichkeit der Leistung. Auch liegt in keinem einzigen gemeinrechtlich noch wichtigen Falle eine wahre Unmöglichkeit der Leistung vor. Der vorhandene Hinderungsgrund ist hier immer ein solcher, der an und für sich beseitigt werden kann. So lässt sich z. B. selbst die Dotaleigenschaft eines Grundstückes, kraft deren nach der lex Julia der Ehemann kein dingliches Recht daran übertragen kann, auch während der Ehe durch *permutatio dotis* beseitigen. Eine Obligation, gerichtet auf Leistung des Erfüllungsinteresses, erwächst übrigens nothwendig sogar aus dem Verkauf des Dotalgrundstückes gegen den Ehemann, sobald der Käufer die Dotaleigenschaft nicht kannte²⁾.

Verhält es sich nun aber mit dem Dasein einer wahren Unmöglichkeit der Leistung anders in dem Fall wo Sachen, die sich zur Zeit *extra commercium* befinden, zum Geschäftsgegenstand gemacht sind? Es ist doch klar. Wie der vorausgesetzte Hinderungsgrund der Leistung durch spezielle Satzung entstanden ist: so kann er an und für sich auch durch spezielle Satzung rückgängig gemacht werden. Und in vielen Fällen würde es der Bemühung eines Privatmannes nicht schwieriger werden, die dazu erforderliche publicistische Verfügung auszuwirken, als etwa den dritten Privateigenthümer einer verkauften Sache zum Verzicht auf die Geltendmachung seines Eigenthums zu bewegen.

Paulus sagt daher auch ganz ausdrücklich (fr. S3, §. 5 d. V. O. vgl. §. 2 J. d. inutil. stip. 3, 19) „*Sacram vel religiosam rem, vel usibus publicis in perpetuum relictam — inutiliter stipulor: quamvis sacra profana fieri et usibus publicis relicta in privatos usus reverti — potest*“. Insofern nun trotzdem

2) Vgl. jetzt auch F. Schröder, zur Lehre von den gesetzlichen Veräusserungsverboten, 1875 S. 34—37. S. 150—156. S. 169 fg. Nicht zu billigen ist daher die, viel zu absolute und generelle, Fassung von Art. 794 des Sächs. Gesetzbuchs „*Verträge, welche auf Veräusserung von Sachen gerichtet sind, die einem gesetzlichen — Veräusserungsverbote unterliegen, sind nichtig.*“

das Rechtsgeschäft geradezu als nichtig gilt, kann dies nur auf eignen positiven Rechtssatz zurückgeführt werden. Im Interesse der Rechtsgemeinschaft wird es dann als zweckwidrig³⁾ verworfen, dass sich Privatleute in ihren Rechtsgeschäften das Ziel setzen, *res extra commercium* in den gewöhnlichen Privatverkehr wieder hineinzuziehen. Sogar dann, wenn die Parteien, in Hinblick auf eine als bevorstehend gedachte Aenderung der rechtlichen Eigenschaft der Sache, bedingungsweise contrahirten, verwirft das Römische Recht regelmässig solche Verträge insofern ihm das Speculiren auf jene rechtliche Aenderung als *contra bonos mores* erscheint (Mommsen S. 149—152).

Das Preussische Landrecht hingegen, welches hier am eingehendsten ist, erkennt nicht einmal solche Zweckwidrigkeit, viel weniger solche Unsittlichkeit an. Verträge über *res extra commercium* erzeugen eine Obligation auf Hebung des Hindernisses, nach erfolgter Hebung auf Sachleistung, bei misslungener Hebung des Hindernisses auf „vollständige Entschädigung“, wenn die „bedingte Unmöglichkeit“, von der das Landrecht nicht sehr passender Weise hier redet, nur demjenigen bekannt war, der zur Leistung sich verpflichtete. (L.R. I, 5 §. 51—67).

Für einen andern Fall ist es schon in früherem Zusammenhange (oben S. 12 fg.) hinreichend dargethan geworden, dass seine übliche Subsumtion unter den Gesichtspunkt des „*imp. nulla obl.*“ nicht richtig sein kann. Wir meinen den Fall, dass sich Jemand die Einräumung eines dinglichen Rechtes oder die Garantie eines *habere licere* hat zusagen lassen, welches ihm an der fraglichen individuellen Sache schon zusteht. Es ist hier, wie wir sahen, in Wahrheit für den Schuldner so wenig wie über-

3) Nur bei der Stipulation, sofern hier etwas seiner objectiven Natur nach („*natura sui possibilia*“) gegenwärtig Mögliches vorliegen muss, (es wäre denn durch buchstäbliche Bestimmung ein späterer „*dies*“ begründet), kann geradezu gesagt werden: dass sie auf etwas geht „*quod natura sui dari non potest*“, wenn z. B. ein *res sacra* promittirt ist. Dass die Leistung von *res extra commercium* überhaupt unmöglich sei, liegt darin nicht. Beim Kauf ist, wie wir sahen (§. 6), im Fall besonderer Schwierigkeit richtigen Erkennens zu Gunsten des nichtwissenden Käufers sogar eine Klage auf das Erfüllungsinteresse begründet.

haupt bei Verträgen über Leistung von Sachen, die dem Promittenten fremd sind, eine Unmöglichkeit anzunehmen.

Der wahre Grund des Satzes „*emptio rei suae non consistit*“ u. dgl. kann danach nicht in der formalen Unmöglichkeit des Gegentheils beruhen⁴⁾, sondern muss ein materieller sein. Er liegt in der ausschliesslichen Zweckbestimmung obligatorischer Rechtsgeschäfte über individuell bestimmte Sachen; darin nämlich, dass sie darauf hinzielen, dem Gläubiger Dispositionsrechte an diesen Sachen zu verschaffen, die ihm bisher fehlten. Hatte der Käufer u. dgl. irrthümlich angenommen, dass ihm das bezügliche Dispositionsrecht noch fehle: so ist die, auf der Untauglichkeit des Inhalts beruhende, Ungültigkeit des Kaufes auch dem wahren innersten Willen des Käufers ganz entsprechend. Wusste er aber, dass das fragliche Recht ihm schon zustehe: so mag dann immerhin sein innerster Wille von vornherein auf eine reine Differenzspeculation gerichtet gewesen sein; ein Willensinhalt, der indess dem rechtlich anerkannten Zweck der Kaufsinstitution widerstreitet.

Nur wenn gerade speziell für den Fall, dass das bisherige Dispositionsrecht aus dem Vermögen des Käufers ausscheiden werde, der concrete Kauf die Wiederverschaffung dieses Rechtes bezweckte: würde der Kauf einen tauglichen Inhalt haben und durchaus gültig sein⁵⁾.

Dass aber in der That das sachliche Zweckmoment der Rechtsgeschäfte entscheidend ist, bestätigt sich auch noch durch folgende einfache Erwägung. Ebenso wie „*emptio rei suae non consistit*“ gilt ja der Satz auch vom *Commodat*, *Depositum*, *Pignus* der eigenen Sache. Hier aber ist ja doch die zugesagte Herausgabe der blossen Detention an den fremden *Commodanten* u. s. w. eine offenbar durchaus mögliche Leistung. Man hat dess-

4) Auch, „*licet alienaverit eam*“ (scil. *rem creditor*), gilt ja der Satz, dass „*non debetur nec ipsa res, nec aestimatio ejus*“; wie §. 10 J. d. legat. 2, 20 es für das Vermächtniss der eigenen Sache des Legatars ausspricht.

5) Vgl. Mommsen a. a. O. S. 151, insb. die Anm. 15 citirten Stellen, nam. fr. 61 d. e. e. 18, 1 „*Existimo, posse me id quod meum est sub conditione emere, quia forte speratur meum esse desinere*“ (Marcellus libr. XX Dig.). Vgl. fr. 31, d. V. O.

halb zur Erklärung wohl gesagt⁶⁾, dass hier eine wirkliche Hingabe unmöglich sei und deshalb kein Realcontract zu Stande kommen könne. Allein die „res“ besteht an sich nur in der Hingabe der Sache zur Detention und Benutzung, welche Hingabe voraussetzungsgemäss erfolgt ist.

Ungekömmtelt kann man also den zu erklärenden Satz nur darauf zurückführen: dass es dem materiellen Zweck und der rechtlichen Bestimmung der Commodatsobligatio widerstreitet, uns durch ihre Uebernahme die Benutzung von Sachen erst zu verschaffen, die uns rechtlich ohne Weiteres schon zustehen würde. Ebenso wie es dem Zwecke der obligatio depositi widerstreitet, die eigene Sache für einen Dritten, Unberechtigten zur Verwahrung zu haben.

Wieder etwas anders ist der Grund der Nichtigkeit, wenn Jemand die Leistung einer Prädialservitut ausbedingt für ein Grundstück, welches ihm nicht gehört⁷⁾. Möglich ist ja diese Leistung durchaus, mag inzwischen der Stipulator das Eigenthum des Grundstückes noch erwerben oder nicht.

Aber Obligationen sind nur dazu vorhanden, um dem Gläubiger etwas zu sichern, woran er selbst ein Interesse hat. Nun liegt die Entstehung von Prädialservituten für ein fremdes Grundstück als solches ausserhalb seines Interesses. Und handelt es sich um eine Stipulation: so muss ein Interesse vorliegen, quod praesentis temporis obligationem recipit. Nur also wenn, durch buchstäbliche Satzung einer Bedingung, die Perfection der Obligation hinausgeschoben wäre: könnte diese Obligation noch in Kraft treten, wenn der Stipulator in der Zwischenzeit das Eigenthum am Grundstück erwirbt. Liegt hingegen kaufweise Ausbedingung einer Prädialservitut vor: so wird sie auch ohne Weiteres für den Fall solchen späteren Erwerbs als gültig angesehen werden müssen, z. B. besonders dann, wenn der Käufer der Prädialservitut schon damals in Verhandlung über den Erwerb jenes Grundstückes stand.

Endlich wenn Jemand sich die Uebertragung des Eigenthums an einer Sache zugesagt liess, hinsichtlich deren er selber kein

6) Mommsen a. a. O. S. 98, insb. Anm. 24.

7) Fr. 98 pr. d. V. O. Mommsen S. 96 u. S. 140.

commercium hat: so liesse sich auch hier sehr wohl obligationsmässige Erfüllung denken. Sei es, dass der Gläubiger sich inzwischen noch selber zum Erwerb befähigt; sei es dass er die actio und die Herstellung des obligationsmässigen Erfolges auf einen Andern, Fähigen überträgt⁸⁾. Wenn hier also dennoch das Recht die Obligation schlechthin verwirft, so kann der Grund nur wieder darin gefunden werden, dass das Recht kein ausreichendes objectives Interesse für die Gültigkeit solcher Geschäfte als vorhanden ansieht, dass es dieselben als zweckwidrig anerkennt. Die Frage, ob diese Auffassung des Rechtes wirklich innerlich gerechtfertigt sei, würde für jeden einzelnen positiv-rechtlichen Fall des mangelnden Commercium besonders aufzuwerfen sein.

Es ist bei der Betrachtung aller der letzten Fälle gar nicht einer Unterscheidung von uns gedacht worden, die von anderer Seite aufgestellt ist⁹⁾. Es soll hier nämlich rechtlich entscheidend sein, dass die Unmöglichkeit eine dauernde sei d. h. auf einem Zustande beruhe „dem seiner Natur nach die Eigenschaft der Continuität zukommt“. So bewirke z. B. der Umstand, dass der Gläubiger im Moment des Vertrags schon das Eigenthum an der zu leistenden Sache hat, obwohl er es wieder verlieren kann und vielleicht inzwischen längst verloren hat, doch deshalb eine dauernde Unmöglichkeit der Leistung, weil das Eigenthum seiner Natur nach den Charakter der Continuität in sich trage.

8) Bei Vermächtnissen nahm nach Labeo's Bericht Trebatius an, dass geradezu dem Legatar, welchem das „commercium agri legati“ fehlt, die aestimatio geschuldet werde, „quod merito Priscus Fulcinius falsum esse ajebat“ (Paulus libr. V ad leg. Jul. fr. 49, §. 2 de legat. II). Ueber die Stipulationen s. fr. 34 d. V. O. (Ulp. libr. XLVIII ad Sabinum) „si stipuler rem, cujus commercium non habeo, inutile esse stipulationem placet; si quis promittat, cujus non commercium habet, ipsi nocere non mihi“. Auch im letzteren Fall liegt in Wahrheit keinerlei Unmöglichkeit vor. Die Obligatio richtet sich darauf, dass der Schuldner den fähigen Inhaber des Rechtes veranlasst, die Leistung direct selbst für ihn zu bewirken, und dass er eventuell das Interesse leistet.

9) Mommsen §. 16 S. 142—153 „Dauer der Unmöglichkeit“. Dagegen richtig schon Cohnfeldt Interesse S. 130—134, der nur selber sich noch nicht genug von dem Rechtsbegriff der „Unmöglichkeit“ frei gemacht hat.

Da wir aber gesehen haben, dass hier in Wahrheit gar keine Unmöglichkeit vorliegt, dass vielmehr die Gründe der Nichtigkeit andere und in den verschiedenen Fällen verschieden nuancirt sind: so folgt von selbst, dass auf den Unterschied von dauernder und bloss vorübergehender Unmöglichkeit hier Nichts ankommen kann¹⁰⁾. Auch wissen die Quellen in allen den besprochenen Fällen von einer solchen Unterscheidung und Motivirung Nichts.

Was mit der ganzen Unterscheidung bezweckt wurde, das ist wesentlich nur, vom Gebiet der Nichtigkeit der Obligation die Fälle auszuschneiden, in denen ein bloss factisches, also vorübergehendes Hinderniss der Erfüllung zur Zeit entgegensteht. Aber ebensowenig liegt eine Nichtigkeit der Obligation vor, wo das zeitweilige Hinderniss der Erfüllung in dem Umstande begründet liegt, dass ein Dritter das Eigenthum der zu leistenden Sache hat, wo also das Hinderniss seiner Natur nach „den Charakter der Continuität an sich trägt“.

Auch hier also müssen offenbar ganz andere Gründe entscheidend sein, als die aufgestellten Regeln und Unterscheidungen von dauernder und bloss vorübergehender Unmöglichkeit.

10) Als etwas rein Thatsächliches versteht es sich freilich von selbst, dass, je eher ein vorliegendes rechtliches Hinderniss vorübergehen kann, desto leichter ein Contrahiren im Hinblick auf den Wegfall dieses Hindernisses vorkommen wird. So z. B. auch wenn eine Sache einmal nur für eine bestimmte Zeit extra commercium erklärt wäre, nicht „usibus publicis in perpetuum relicta“. Mommsen stellt diesen Fall unter seinen Gesichtspunkt der „zeitweiligen objectiven Unmöglichkeit“ (S. 214). Er schliesst daraus, dass hier allgemein keine Nichtigkeit der Obligation eintrete (insb. S. 215 Anm. 8). Vielmehr soll der Gläubiger, wenn er nicht den Rücktritt vom Vertrage vorzieht, stets auf die Leistung zur Zeit des beseitigten Hindernisses klagen können.

Allein war hier der nächste Zweck der Parteien wirklich darauf gerichtet, dass eine sofortige Rückverschaffung der Sache in den gewöhnlichen Privatverkehr seitens des Promittenten ausgewirkt werden solle: so ist aus den oben erörterten Gründen der Vertrag in der That nichtig. Contrahiren aber, wie es hier gerade leicht und meistens der Fall sein wird, die Parteien im Hinblick auf den bevorstehenden Endtermin der Extra-commercialität: so ist dann natürlich auch der Vertrag stets nach beiden Seiten hin gleich gültig und bindend; da ja hier die Erwartung des Endtermins in keiner Weise als contra bonos mores erscheinen kann.

Auf die Betrachtung jener Gründe werden wir denn im Folgenden einzugehen haben.

§. 9. Prästationspflicht für anfängliche rechtliche Hindernisse der Erfüllung bei Obligationen auf Sachleistung.

Wir setzen nun voraus, dass gemäss den bisherigen Ausführungen ein tauglicher Inhalt des Rechtsgeschäfts vorliegt, oder dass überhaupt sonst ein tauglicher Obligationszweck kraft gültiger juristischer Thatsache als ein zu erreichender hingestellt ist. Es fragt sich dann zunächst, inwieferne der Schuldner einzustehen hat für die Ueberwindung von Hindernissen, die sich gleich anfangs der wirklichen Erfüllung noch in den Weg stellen. Als der entscheidende Zeitpunkt muss hierbei¹⁾ der Augenblick zu Grunde gelegt werden, mit welchem für diejenige Partei, um deren Verpflichtung es sich handelt, das Recht des einseitigen Zurücktretens von der übernommenen Verpflichtung aufhört; also bei bedingten Verträgen nicht die Zeit der Erfüllung der Bedingung, sondern die Zeit der Abschliessung des Vertrages.

Nach der Art des zu erreichenden Obligationszweckes steht als die wichtigste Kategorie von Obligationen füglich die an der Spitze, bei denen es sich um die Verschaffung von Sachen handelt, sei es zu blosser Detention, zu juristischem Besitz oder zu Eigenthum. Der zu erwägende Hinderungsgrund kann hier entweder darauf beruhen, dass dem Schuldner das zur Vornahme der Leistung nöthige Recht fehlt, oder darin, dass er nicht in demjenigen factischen Verhältnisse zur Sache steht, welches eine nothwendige Voraussetzung für die Erfüllung der Obligation ist. Es ist zunächst ausschliesslich der erstere dieser beiden Fälle zu betrachten. Die herrschende Auffassung desselben, an die kurz erinnert werden muss, ist die folgende. Allenthalben wo der

1) Mit Mommsen a. a. O. S. 1 und S. 102 insb. Anm. 1. S. 230 und 231. Den Ausschlag für diesen Zeitpunkt giebt die Erwägung, dass schon von da an, nicht erst z. B. vom Zeitpunkt des Bedingungseintrittes an, das Moment der Verschuldung (culpa) des debitor Berücksichtigung fordert.

Mangel des Rechts an der Sache den Schuldner an der unmittelbaren Leistung hindert, kommt es darauf an, ob es nicht dem Schuldner gelingt, nachträglich das gedachte Recht von dessen Inhaber zu erwerben oder den Letzteren selbst zur stellvertretenden Vornahme der Leistung zu veranlassen. Für den Fall nun, dass der Eigenthümer der Sache jede Mitwirkung versagt, erscheint es „für den Schuldner nicht nur schwierig, sondern in der That unmöglich“, seiner Verpflichtung nachzukommen. Diese Unmöglichkeit wird aber, so lehrt man, allgemein dem Schuldner „als eine wahre Unmöglichkeit nicht angerechnet“; während der gleiche Rechtsmangel, wenn er erst später erfolgt wäre, „dem Schuldner als Unmöglichkeit angerechnet wird“ (M. S. 39 fg. Windscheid §. 315).

Wie sollte indess in aller Welt das Recht dazu kommen und überhaupt die Macht dazu haben, wenn hier „in der That“ eine Unmöglichkeit der Leistung vorläge, sie doch nicht als „wahre“ Unmöglichkeit anzuerkennen? Muss man nicht, bei der steten Möglichkeit, dass der widerstrebende Wille des dritten Eigenthümers kraft stärkeren Andringens und höherer Angebote noch umgestimmt werde, richtiger und correcter doch eine blosse Schwierigkeit der Erfüllung als vorhanden anerkennen? Ganz in Uebereinstimmung mit *Venulejus*, wenn er *libr. I, stipulationum* (fr. 137, §. 4 d. V. O.) über die *verborum obligationes* sagt „*Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet: ne incipiat dici, eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit*“. Die Natur der *verborum obligationes* kann aber begreiflicher Weise nicht das bewirken, dass ihretwegen *Venulejus* oder irgend Jemand sonst durch den nämlichen hindernden Thatbestand keine Unmöglichkeit der Leistung begründet sein liesse, wo er sonst und bei anderen *Obligationes* eine Unmöglichkeit anerkennt. Das striete Soll der *verborum obligationes* hat hier nur das zur Folge, dass von vornherein der Zweifel abgeschnitten ist, als ob die Spannungskraft vor einer solchen blossen Schwierigkeit erlahmen könnte, wie wir es bei anderen *Obligationes* in der That finden werden. Bei der abstract formellen Behandlungsweise der *verborum obligationes* konnte es auch in dieser Hinsicht keinen Unterschied machen, ob sie ex

onerosa causa oder *donationis causa* geschlossen waren²⁾, sofern nur hier im classischen Recht nicht durch *lex Cincia* überhaupt eine Hemmung der *Obligation* eintrat.

Auch die älteste *obligatio stricti juris* aus dem *Damnationslegat* ist in unserem Punkte ohne Zweifel ebenso streng behandelt worden wie die *verborum obligatio*. Haben wir doch bei *Gajus* (II, 262 „*sed aliam esse causam per damnationem legati*“) die interessante Notiz, dass noch zu seiner Zeit einige Juristen beim *Damnationslegat* einer fremden Sache den Erben schlechthin zum „*redimere et praestare*“, also bei vereiteltem Kaufversuch zur Leistung des vollen Erfüllungsinteresses für verpflichtet hielten. Die herrschende, auch von *Gajus* selbst gebilligte Lehre hatte dagegen hier die bei der *fideicommissarischen Obligation* aufgekommene freiere Behandlungsweise mit auf das *Damnationslegat* erstreckt.

Wie aber gestaltet sich nun die Behandlung des *Vermächtnisses* einer fremden Sache im neueren freieren Recht? Viel zu vage und generell ist der hier übliche Lehrsatz „das *Vermächtniss* einer fremden Sache gilt nur, wenn der Testator diese ihre Eigenschaft kannte“ (z. B. *Puchta* §. 528)³⁾. Hatte der Testator die fremde Sache auch ohne Kenntniss dieser Eigenschaft, also in gutem Glauben in juristischem Besitz: so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, dass der Erbe, sofern er den juristischen Besitz noch hat, die Herausgabe der Sache nicht verweigern darf. Nur ist er der Regel nach von Haftung frei, wenn sie ihm vorher evincirt wird, sowie er auch bei nachträglich erfolgter *Eviction* dem *Legatar* gegenüber einer *Gewährleistungspflicht*

2) *Liebe*, die *Stipulation* S. 154 sub 2, *Bekker Jahrb. d. gem. R.* VI, 1863 S. 247 und 248. Merkwürdiger Weise konnte noch v. *Vangerow* *Pand.* 1869 §. 610 Anm. 2 S. 316 es spöttisch abweisen, dass die Römer „bei einer schenkungsweise auf *dare* abgestellten *promissio*“ (fr. 46 d. *legat. I*) dies Wort „sehr spitz genommen und als den Ausdruck dafür behandelt hätten, wodurch man ganz und gar unbedingt die *Eigenthumsübertragung* angelobt habe“.

3) Nicht richtig, weil durch seine Grundauffassung bedingt, erscheint hier auch die Darstellung *Mommsen's a. a. O.* S. 14 fg. insb. Anm. 17. *Correct* im Resultat, wenn auch nicht schlechthin in der Begründung, ist der §. 654 sub. 2 von *Windscheid* Bd. 3, 1871 S. 364—366.

nicht unterliegen würde. Die bindende Richtung und Kraft des letzten Willens, somit die Tragweite und das Soll der dadurch erzeugten Obligation geht hier keineswegs mit darauf, dass der Beschwerter die Sache eventuell kaufweis dem Legatar zu verschaffen, beziehentlich für das Interesse am Erwerb und Behalten der Sache einzustehen hätte. Nur dann wenn aus den Umständen, insbesondere aus der nahen Verbindung zwischen Testator und Legatar klar ist, dass diesem auf jeden Fall eine Zuwendung zu Theil werden sollte, würde das Soll der Obligation eventuell mit auf das Anschaffen und Gewähren der Sache sich richten. Ist doch unter dieser Voraussetzung ein gültiges Vermächtniss vorhanden („valet relictum“, c. 10 d. legat. 6, 37), auch ganz abgesehen davon, dass der Testator den juristischen Besitz hatte an der Sache, die er irrig für seine eigene hielt.

Sonst, also regelmässig, ist, wenn der Testator eine, sowohl in fremdem Besitz wie fremdem Eigenthum befindliche, Sache vermachte, nur dann ein tauglicher Willensinhalt und Obligationszweck gegeben, wenn erweislich der Testator diesen wahren Sachverhalt kannte (§. 4 J. 2, 20 d. legat.). Denn lediglich unter dieser Voraussetzung lässt es sich doch vernünftiger und sicherer Weise allgemein als sein nächster Wille annehmen, dass der Beschwerter die Sache ankaufen solle für den Legatar. Hielt er die Sache irrig für seine eigene, so fehlt es, gewöhnlichen Legataren und Verhältnissen gegenüber, an ausreichendem Anhalt, dass für den Fall der Fremdheit jene weitere Verpflichtung im Sinne des Testators lag.

Wie weit nun aber geht die Kraft, wie stark ist das Soll jener Verpflichtung? Auf keinen Fall erstreckt sich der Imperativ dieser Obligation bis zu dem Mass, dass der Beschwerter auch „immodico pretio“ die Sache an sich zu bringen hätte. Vielmehr bindet ihn die Obligation nur so weit, dass er wie ein ordentlicher gewissenhafter Mann um die Erwerbung der Sache sich zu bemühen und einen so hohen Preis daran zu wenden hat, wie es die Weise eines diligens paterfamilias noch irgend mit sich bringt. Hat er diese Mühe vergeblich aufgewendet, während der dritte Eigenthümer in ungehöriger, inciviler Weise die Konjunkturen auszunutzen sucht: so ist der Obligirte dann jedenfalls davon frei, dem Legatar für das volle positive Erfüllungsinteresse

in Geld eintreten zu müssen. Und nach Gajus II, §. 262 betrachteten ihn hier manche Juristen als von jeder Obligation gänzlich entlastet. „Sunt qui putant si rem per fideicommissum relictam dominus non vendat („vel immodico pretio vendat“ lässt sich nach fr. 14, §. 2 d. legat. III der Gedanke ergänzen), extingui fideicommissum.“ Hier tritt dann aber gerade, nach der recipirten Ansicht des Atejus Capito und seiner Nachfolger, ein zweiter eventueller Vermächtnisswille und eine zweite selbständige Obligation, die sich nur auf Zahlung des blossen Marktwertes der Sache richtet, ergänzend an die Stelle (vgl. Abschn. I, §. 3 S. 20).

Das, für unseren Zusammenhang wichtige, kurze Hauptresultat ist das folgende. Unter gänzlicher Fernhaltung der schiefen Vorstellung von „subjectiver Unmöglichkeit“ ist direct durch Untersuchung der speziellen obligations-begründenden Thatsache, insbesondere kraft Willensinterpretation, festzustellen: in welchem Umfange und mit welchem Aufwand von Mitteln das Soll der Obligation auf die Hinwegräumung bestimmter rechtlicher (oder factischer) Hindernisse sich erstreckt, die der wirklichen Erfüllung des Endzweckes im Wege stehen. Hat dann der Verpflichtete erweislich diesem Mass von Kraftanstrengung genügt: so ist er frei und entlastet, — ganz einerlei, ob eine wahre Unmöglichkeit der Leistung vorliegen mag oder nicht.

Wenden wir uns mit dieser Fragestellung gleich noch an den Fall einer Schenkungs-halber erzeugten Obligation, bezüglich der Leistung einer individuell bestimmten Sache, an welcher der Schenker das Eigenthum nicht hat. Hatte er wenigstens den juristischen Besitz derselben und versprach die fremde Sache wie eine eigene: so entsteht zwar ohne Zweifel eine gültige Obligation auf Herausgabe des Besitzes. Aber für die Ueberwindung des Hindernisses, welches in Folge des gleich anfänglichen Rechtsmangels der wirklichen Leistung entgegengetreten mag, hat der Schenker hier keineswegs einzustehen⁴⁾.

4) Viel zu allgemein lehrt daher Mommsen a. a. O. §. 4 S. 35. „War eine fremde Sache Gegenstand der Leistung, zu welcher der Schuldner sich verpflichtet hat: so wird es nicht als Grund einer zu berücksichtigenden Unmöglichkeit betrachtet (d. h. so wird Schuldner nicht

Anders gestaltet sich natürlich das Sachverhältniss, wenn man eine fremde Sache als fremde zum Gegenstand des Rechtsgeschäftes machte, in dem Sinne, dass man sich verpflichtete, die Sache für den Beschenkten erst zu verschaffen. Hat hier der Verpflichtete z. B. aus Versehen von einem dritten Nicht-Eigenthümer her den Besitz der Sache erworben und geleistet: so hat er immer noch nicht seiner Obligation wirklich genügt. Er ist und bleibt vielmehr verpflichtet, das in dem fortbestehenden fremden Eigenthum liegende Hinderniss der vollen Verwirklichung des Obligationzweckes durch Verhandlung mit dem wahren Eigenthümer hinwegzuräumen. Wenn sich aber der wahre Eigenthümer weigert, von der Sache zu weichen oder wenn er sich nur

befreit), wenn die Sache später in ein solches factisches Verhältniss zu ihrem Eigenthümer tritt, wie es den rechtlichen Verhältnissen entspricht, sollte auch dadurch dem Schuldner die factische Disposition über die Sache entzogen sein.“

Sofern die Obligation zunächst nur auf Gewährung des juristischen Besitzes als solchen geht, handelt es sich hier freilich (nach dem Sprachgebrauch von M.) um eine nachfolgende Unmöglichkeit, auch wenn Promittent den Besitz nur in Folge des gleich anfänglichen Rechtsmangels nachher verlor. Der Fall musste aber doch des Zusammenhanges wegen gleich mit erwähnt werden. — Es ist oben die Frage nach Mass und Ziel der Schenkungspflicht, ohne Rücksicht auf Quellenstellen von uns erörtert worden. Denn das Princip streng formeller Buchstabeninterpretation bei der Römischen Stipulation, wonach z. B. die *promissio „fundum dari“* schlechthin enthält „*ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo*“ (fr. 75, §. 10 d. V. O. cf. fr. 46 d. legat. I), leidet ja keine Anwendung auf die moderne materiell individualisirte Schenkungspflicht. Die eingehendste neuere Besprechung des auf die Schenkung (S. 245—253), wie auf die Vermächtnisse (S. 253—261) bezüglichen Materials giebt Bekker „zur Lehre von der Evictionsleistung“ Jahrb. Bd. 6, 1863. Als letztes Resultat ergibt es sich doch auch bei Bekker (insb. S. 250), dass es bei dem Schenkungsversprechen einer Species immer einer besonderen Begründung bedarf, wenn die Obligation weiter gehen soll als auf die blosser Gewährung des dem Schenker selbst an der geschenkten Sache zustehenden Masses von Recht. War hingegen eine Gattungssache schenkungsweise versprochen: so versteht es sich dann allgemein von selbst, dass der Schenker in strengem Sinne auf wirkliches obligationsmässiges dauerndes Verschaffen haftet. Vergl. Windscheid Pand. ed. 3 §. 366 Anm. 8.

für einen unmässigen Preis dazu bereit erklärt, ist nicht dann auch dieser Schenker von der Haftung für das volle positive Erfüllungsinteresse frei?

Sicher muss diese Frage von Rechtswegen verneint und hier die volle Haftung des Schenkers anerkannt werden. Denn allerdings beruht die abweichende Behandlung der entsprechenden Vermächtnisobligation wesentlich mit darauf, dass für den Onerrirten, in dessen Person die Obligation zur Entstehung gelangt, der Grund der Verpflichtung durch fremde Willenserklärung gelegt ist⁵⁾. Bei Verträgen hingegen ist der eigene Wille dessen, gegen welchen die Obligation entsteht, die Grundlage des ganzen Verhältnisses. Versprach also dieser schlechthin die Sache oder deren Verschaffung, anstatt bloss „*Alles was an ihm liege, für diesen Zweck zu versuchen*“: so muss er von Rechtswegen die strengere Auslegung gegen sich gelten lassen. Dies um so mehr, als es hier, wenn man ihn durch seine blosser redliche Bemühung als entlastet von der Hauptobligation ansehen wollte, an genügender Grundlage für die Annahme einer secundären Obligation auf die Zahlung des blossen Marktwertes fehlen würde.

Um so mehr muss natürlich beim Kauf und anderen entgeltlichen Obligationen der Verpflichtete allerdings unbedingt dafür einstehen, dass das Hinderniss anfänglichen Rechtsmangels überwunden werde. Der Verpflichtete ist nach dem Sinne der obligationsbegründenden Willenserklärung und dem Zwecke der Obligation schlechthin zur Leistung des Interesses verbunden, wenn ihm die Beseitigung des gleich anfänglichen Hindernisses misslingt. Trifft ihn doch auch, trotz seiner bona fides und trotz des entschuldbarsten Irrthums, unbedingt die Gewährleistungspflicht, wenn er die Sache schon äusserlich geleistet hatte und sie dann nachträglich dem Empfänger evincirt wird.

Es ist von anderer Seite her ganz neuerdings zur Genüge entwickelt worden⁶⁾ und bedarf daher an dieser Stelle keiner

5) So richtig Mommsen Beiträge Bd. 2 S. 90 fg. Ohne hinreichende Gründe widersprechend Cohnfeldt, Interesse S. 227 fg.

6) Von Eck „die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums nach Römischem und gemeinem deutschen Recht“ (1874, 43 S.). Eine andere Frage ist es freilich, ob die hier als Schlussresultat

genaueren Ausführung, in welcher Weise das innere, zwingend nach Sicherheit verlangende, Verkehrsbedürfniss hier zunächst stete ausdrückliche Zusagen des unbedingten Einstehens hervorrief, bis daraus zuletzt ein fester Rechtssatz sich absetzte.

Aus der ganzen inneren ratio des Satzes ergibt es sich nun, dass hier der Verpflichtete auch dann schlechthin für die Gewährung haftet, wenn er das zu derselben erforderliche Recht an der Sache schon selber gehabt und nur mit entschuldbarer Unkenntnis wieder verloren hatte, oder nach der herrschenden Ausdrucksweise „wenn früher eine Möglichkeit der Leistung vorhanden gewesen, diese aber durch eine inzwischen eingetretene, ihm unbekanntes Thatsache in eine Unmöglichkeit verkehrt worden ist.“ So verhält es sich z. B. auch in dem Fall (bei Ihering IV. S. 68), wo Jemand auf einer Auction auf ein seltenes Werk bietet und ein anwesender Antiquar ihn von weiterem Bieten abzustehen veranlasst, indem er ihm „sein Exemplar“ für den gebotenen Preis offerirt, während dasselbe, ohne dass er es wusste, inzwischen gerade von seinen Leuten verkauft war. Wenn man hier schlechthin die Klage auf Erfüllung versagte⁷⁾: so würde man consequent dazu gedrängt, mit Ihering überhaupt nur eine blosser Haftung des Promittenten auf das „negative Vertragsinteresse“ für eine Art von culpa in contrahendo anzuerkennen. Nämlich dafür, dass er nicht irgendwie in unentschuldbarer Unkenntnis eines der wirklichen Erfüllung im Obligationsaugenblick entgegenstehenden Hindernisses contrahirte. Es müsste ganz die gleiche Behandlung, also die gänzliche Nicht-haftung z. B. dann angenommen werden, wenn Promittent das fragliche Recht noch niemals gehabt hatte, aber entschuldbar irrig zu haben glaubte, weil er etwa einen ganz versteckten Nichtigkeitsgrund in einem älteren darauf bezüglichen Erwerbstitel übersah.

der Entwicklung behauptete Abstellung der Obligation des Verkäufers auf ein formelles dare dem gemeinen Recht wirklich entspricht und dem inneren materiellen Zweck der Kaufsinstitution besser gerecht wird, als die principielle Abstellung auf die Pflicht zur Prästation des habere licere. Vgl. auch F. Hofmann in Grünhut's Zeitschr. Bd. 2, 1875 S. 488.

7) Wie, nach Windscheid Heidelberger krit. Zeitschrift Bd. 2 S. 108—110, auch Mommsen a. a. O. Bd. 3 S. 407—410. Ihering a. a. O. Bd. 4, S. 69.

In Wahrheit aber handelt es sich ja hier um ein, trotz des vorliegenden Hindernisses der Leistung, nach dem objectiven Thatbestand zur Zeit der Eingehung, durchaus gültiges Rechtsgeschäft. Und danach weiter um die, von dem Rechtsgrund der Verpflichtung abhängige, Frage nach der Tragweite des Solls der daraus auf Erfüllung erwachsenden spezifischen Obligation.

Sehr mit Recht hat daher auch Windscheid (Pand. §. 315 Anm. 3) seine ältere Lehre, — welche in Wahrheit auf blosser Haftung für culpa in contrahendo bei einem an und für sich, seinem spezifischen Inhalt nach, als nicht-obligierend erachteten Rechtsgeschäft hinauslaufen würde — durchaus und gänzlich wieder aufgegeben. —

§. 10. Prästationspflicht für anfängliche factische Hindernisse der Erfüllung bei Obligationen auf Sachleistung.

In welchem Mass, so haben wir nunmehr zu fragen, macht sich das Soll der Obligation geltend auch dem Hindernisse gegenüber, welches beruht auf dem gleich anfänglichen Fehlen der zur Sachleistung erforderlichen factischen Verfügungsgewalt über die Sache? In dieser Weise wird auch hier mit mehr Aussicht auf richtige Antwortresultate die Frage gefasst werden, als wenn wir gemäss der herrschenden Auffassung darauf abstellen „ob die subjective Unmöglichkeit, welcher factische Hindernisse zu Grunde liegen, als eine wahre, wenngleich nur zeitweilige, Unmöglichkeit anzuerkennen sei“, so dass der Satz „imp. nulla obl.“ dafür zutrefte? Die Antwort, welche auf die so gestellte Frage ertheilt wird, ist die folgende¹⁾.

Völlig feststehen soll es nur: dass die fehlende factische Disposition über die zu leistende Sache nicht als wahre Unmöglichkeit berücksichtigt wird, „wenn sie lediglich eine Folge des fehlenden Rechtes ist, wenn also nur dem Schuldner, nicht aber demjenigen, welchem das zur Vornahme der Leistung erforderliche Recht an der Sache zusteht, die factische Disposition über

1) Vergl. Mommsen a. a. O. Bd. 1 S. 18—21. S. 220—227. Bd. 3 S. 407—409.

204 Prästationspflicht für anfängliche Hindernisse der Erfüllung.

die Sache fehlt.“ Hingegen fällt umgekehrt die Entscheidung zu Gunsten der Annahme einer wahren Unmöglichkeit aus in den folgenden beiden Fällen. Nämlich wenn entweder „das zur Vorahme der Leistung nöthige Recht dem Schuldner zusteht, die factische Verfügung über die Sache ihm aber entzogen ist“; oder „wenn, sofern die versprochene Sache eine fremde ist, auch dem Berechtigten die factische Verfügung über die Sache mangelt“, z. B. wenn die Sache zur Zeit der Abschliessung des Vertrages dem Eigenthümer gestohlen oder geraubt war. Entwickelt wird diese Entscheidung wesentlich aus dem inneren Grunde, dass die factischen Hindernisse sehr plötzlich und unvorhergesehen eintreten können, also „der Schuldner sich in Ansehung ihrer zur Zeit der Uebernahme der Verpflichtung in einem völlig entschuldbaren Irrthume befinden kann.“ Aber ist dieser innere Grund als haltbar anzuerkennen und vermag er wirklich zu leisten, was er leisten soll? Kann nicht sachlich unter Umständen auch das Nichtkennen eines vor der Obligation eingetretenen Rechtsverlustes, für den doch der Verpflichtete regelmässig unbedingt haftet, ebenso völlig entschuldbar sein? Und umgekehrt die Unkenntniss eines eingetretenen factischen Hindernisses unter Umständen ebenso entschuldbar, wie es allerdings meistens die Unkenntniss des erfolgten Rechtsverlustes sein wird? Als unvermeidlich erschiene danach auf alle Fälle eine Incongruenz zwischen der angeblichen inneren ratio und dem zu erklärenden äusseren Resultat.

Wir entgehen allen diesen und anderen Schwierigkeiten durch die Rückkehr zu der von uns formulirten einfachen Frage. Die so gestellte Frage führt uns mit Leichtigkeit zu dem Resultat, dass, je nach der verschiedenen Natur des Obligationgrundes, auch hier die verschiedenen Obligationen von ungleicher Tragweite sein müssen. Eine unbefangene Betrachtung der Quellen kann nur ergeben, dass die Aussprüche der Römischen Juristen mit der Annahme einer ungleichen Intensität des in den Obligationen enthaltenen Soll in vollkommenem Einklange sich befinden; während der formale Unmöglichkeitsstandpunkt unvermeidlich die Tendenz mit sich bringt, die verschiedenen Obligationen für die einschlagenden Fragen zu nivelliren. Davon ist dann wieder die Folge, dass auch die Quellenexegese unwillkürlich eine tendenziöse und bisweilen irreführende wird.

So tritt es zunächst gleich bei den *verborum obligationes* zu Tage. Das Princip der strengen Buchstabeninterpretation bringt es ja hier nothwendig mit sich: dass der Promittent, wenn nur die Stipulation an sich einen tauglichen Inhalt hat, insb. nicht auf etwas *per rerum naturam* überhaupt Unmögliches geht, *ipso jure* sofort unbedingt auf Erfüllung haftet, auch wenn ihm persönlich zur Zeit die factische Verfügung über den Leistungsgegenstand fehlt. Es müsste denn in der Stipulation ausdrücklich auf das obwaltende Hinderniss Rücksicht genommen und dem Promittenten die Haftung für dessen sofortige Ueberwindung abgenommen sein²⁾. Jene regelmässige strenge Haftung des Promittenten für die Wegräumung des factischen Hindernisses würde in der Sprache der herrschenden Auffassungsweise auf die Längnung einer wahren (d. h. befreienden) Unmöglichkeit der Leistung hinführen. Wenn die gegnerische Lehre dennoch das Dasein einer wahren zeitweiligen Unmöglichkeit auch hier bejaht: so muss sie sich also mit sicheren Rechtssätzen des classischen Römischen Rechtes in Widerspruch setzen und den, das Gegentheil hinlänglich klar bezeugenden, Ausspruch von fr. 137, §. 4 d. V. O. durch den Vorwurf einer „nicht ganz vorsichtig“ gewählten Fassung und eines ungeschickt verwendeten Beispiels zu beseitigen suchen³⁾.

Venulejus erörtert (*libr. I. stipulat.*) die Frage „*Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit, confestim teneatur, an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit? Quid ergo, si neque domi habeat, neque inveniatur creditorem?*“ Seine Antwort lautet „*sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum quae promittuntur. Et alio-*

2) Nur wenn der Gläubiger von dem der Leistung entgegenstehenden Hindernisse Kunde hatte, konnte ihm auch sonst wenigstens eine *doli exceptio* entgegenstehen.

3) S. nam. Mommsen a. a. O. S. 216 fg. Anm. 9. Richtiger v. Savigny *Obl. R. I.*, S. 385 u. 386, der nur auch mit der „subjectiven Unmöglichkeit“ operirt und die Eigenthümlichkeit in der praktischen Behandlung der *verborum obligationes* gegenüber anderen Obligationen nicht würdigt.

quin si quis Stichum dari sponderit, quaeremus ubi sit Stichus: ut sic ⁴⁾ non multum referre videatur, Ephesi daturum se, an, quod Ephesi sit, cum ipse Romae sit, dare spondeat. Nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet, quia in pecunia et in Sticho illud commune est, quod promissor in praesentia dare non potest. Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris non ad impedimentum stipulatoris pertinet.“ Dieser letzte Satz wird dann noch weiter belegt durch den schon früher besprochenen Fall (vgl. §. 9 S. 196), wo Jemand die Leistung einer Sache promittirte, die er zu dem Behuf erst noch vom dritten Eigentümer her erwerben muss.

Venulejus stellt hier also drei Fälle einer blossen difficultas praestandi in Parallele. Für den ersten und letzten ist es nun vollkommen evident, dass das Soll der Obligation und die bezügliche Haftung als unbedingt und unbetagt gilt; da ja trotz der persönlichen Ohnmacht des Promittenten, der bezweckte Erfolg an und für sich ein durchaus möglicher und erreichbarer ist. Soll also nicht Venulejus ganz unklar und verworren gedacht haben: so muss auch für den mittleren Fall die gleiche Behandlung in seinem Sinne liegen. Die Worte „ut sic non multum referre videatur etc.“ bestätigen dies ersichtlich genug. Ihr Sinn ist ja wie folgt. Dürfte der Promittent, welcher zu Rom schlechthin die Leistung des Stichus versprach, sich gegen die sofort erhobene Klage darauf berufen, dass Stichus zur Zeit in Ephesus sich befinde und dass deshalb die Leistungspflicht suspendirt sei bis zu der bewerkstelligten Herbeischaffung des Stichus: so würde dann das Interesse des Stipulator nicht viel besser gewahrt sein, wie wenn die Stipulation in Rom ausdrücklich auf Leistung des Stichus an dessen Aufenthaltsort Ephesus abgestellt wäre. Ist nämlich zu Rom stipulirt „Ephesi dari?“, so steht es ja dann freilich fest, dass „inest tempus“ — „quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit quod facturum se promiserit“ oder „quo (tempore) plerique ejusdem condicionis homines solent pervenire“ (fr. 137 §. 2 eod.) ⁵⁾.

4) Die Florentinische Lesart „aut si“ ist, wie schon v. Savigny bemerkt (Obl. R. I, S. 385 Anm. i) „völlig sinnlos“.

5) Eine zu Rom geschlossene Stipulation „hodie Cartagine dare

Es folgt nun aus dem logischen Zusammenhange der Stelle ganz zwingend, dass Venulejus die annähernde Gleichbehandlung der beiden Stipulationen „Stichum dari?“ und „Stichum Ephesi dari?“ in diesem Punkte, stillschweigend als absurd verwirft. Und so ergiebt es sich als seine Ansicht, dass bei der ersteren Stipulation das Soll der Obligation auf etwas Weiteres geht, als bloss darauf, ein gewöhnliches Mass von Anstrengung für die Herbeischaffung der Sache anzuwenden; dass vielmehr Promittent für die Herstellung des buchstäblich zugesagten Erfolges schlechthin und sofort haftbar ist. Und zwar einerlei, ob Promittent das Dasein des factischen Hindernisses kannte oder nicht.

Was nun so bei der verborum obligatio galt, das musste im ältesten Recht, kraft der gleichen strengen Buchstabeninterpretation, auch bei der Obligation aus dem Damnationslegat angenommen werden. Anders aber nach dem Recht der neueren freieren Vermächtnissformen, welches dann allmählig auch auf die Behandlung des Damnationslegats mildernd zurückwirkte. Nach diesem neueren, milderen Recht soll hier freilich der Erbe nach einer gewiss richtigen freien Auslegung des obligirenden letzten Willens, zu nichts Weiterem verhaftet sein, als „operam praestare, ut eam rem requirat et praestet“ (Ulp. libr. XXI ad Sab. fr. 39, pr. d. legat. I). Zur Bestärkung dieser Pflicht kann den Erben Kautionsleistung abgefordert werden (fr. 8, pr. d. legat. II). Und zwar treffen ihn im Zweifel auch Gefahr und Kosten der Wiedererlangung dann, wenn erst, nach des Testators Tode die Sache factisch abhanden gekommen war (Africanus libr. V quaest. fr. 108, pr. d. legat. I) ⁶⁾. Hingegen ist der Legatar

spondes?“ galt ja geradezu als nichtig, sofern sie buchstäblich etwas Unsinniges, weil Unmögliches, forderte §. 5 J. d. V. O. 3, 15 fr. 2, 6 d. eo quod c. 1. 13, 4 und überhaupt Mommsen a. a. O. S. 220. Unter Voraussetzung unserer modernen telegraphischen Verbindung würde freilich auch solche Stipulation von den Römischen Juristen als gültig anerkannt worden sein.

6) „Si servus legatus vivo testatore fugisse dicatur: et impensa et periculo ejus cui legatus sit reduci (reddi Fl.) debet, quoniam rem legatam eo loco praestare heres debeat, in quo a testatore sit relicta“.

diesem Risiko unterworfen, wenn schon bei Lebzeiten des Testators z. B. der vermachte Stichus entflohen war. Denn es lässt sich nicht vermuthen, dass der Testator die Sache in einer günstigeren Lage, als er selbst sie hatte, zuwenden wollte.

Lässt sich nun diese Behandlung der Vermächtnissobligation analog auf das Schenkungsversprechen ausdehnen (mit Mommsen S. 222)? Gewiss nicht. Sofern hier bei den Römern die Stipulation angewendet war, mussten die streng formellen Grundsätze der letzteren auch in diesem Falle gelten. Wo aber, wie bei uns allgemein, von diesem jus strictum nicht die Rede sein kann: da wird umgekehrt das Soll der Obligation in der Regel ein noch schwächeres sein müssen als beim Vermächtniss. Wer nämlich eine Sache, die er als ihm abhanden gekommen z. B. entwendet kannte, schenkungshalber zu leisten versprach: der wird freilich, wenn er in rechtswidriger Absicht den Andern über die Sachlage täuschte, schlechthin auf Erfüllung, beziehentlich auf das Erfüllungsinteresse haften müssen (arg. fr. 57, §. 1 d. cont. empt.). Sonst aber, also regelmässig, kann von Rechtswegen nur das Mass in seiner Obligation gefunden werden, dass er für den Fall der Wiedererlangung die Sache herauszugeben hat. Die Obligation würde ihn danach von vornherein nicht weiter binden, als dass er hinfort nicht durch seinen dolus malus (incl. lata culpa) die Wiedererlangung vereiteln darf⁷⁾. Eigene Mühe hingegen braucht er auf die Herbeischaffung, abgesehen von besonderer Zusage, nicht zu verwenden; und wenn er sich ihr auch freiwillig unterzog, so wird er doch wegen der etwa aufgewendeten Kosten Retentionsrecht haben.

Wusste aber der Schenker im Moment der Obligationsbegründung noch nicht, dass ihm schon damals die factische Gewalt über die Sache entzogen war: so fehlt es hier an jedem sachlichen Grunde, der es erlaubte, seine Obligation strenger als im Fall des Wissens zu fassen.

Betrachten wir endlich noch die Obligation aus dem Kauf als das Muster der entgeltlichen obligatorischen Verträge. Es ist

7) Er ist danach z. B. auch haftbar, wenn er dem Beschenkten, der selber die Mühe der Requisition auf sich nehmen will, die bereite Auskunft und die bereiten Mittel dazu verweigert.

hier ebenso wenig wie bei der Schenkung zulässig „die Analogie der Bestimmungen über die Vermächtnisse“ (so Mommsen S. 227 am Ende) in Bezug zu nehmen. Vielmehr ist ganz aus selbständiger Erwägung die Entscheidung zu finden. Der ganze Fall sondert sich aber wieder in drei Unterfälle. In zweien derselben ist die Entscheidung unzweifelhaft. Wir schicken sie daher voraus. Der erste Unterfall ist, wenn beide Parteien oder auch nur der Käufer allein die Existenz des bestehenden factischen Hindernisses kannten. Hier kann das Soll der Obligation, nach dem vernünftiger Weise gedachten Parteizweck, zunächst nur darauf gerichtet sein, dass sich der Verkäufer als diligens paterfamilias um die Rückerlangung der zu leistenden Sache bemühe und zwar im Zweifel auf eigene Kosten.

Der zweite Unterfall ist, wenn der Käufer das Hinderniss nicht kannte wohl aber der Verkäufer. Sofern hier der Letztere den Käufer täuschte, um ihn hinsichtlich des Preises zu übervorteilen: so steht es hier als bei causa onerosa noch sicherer ausser aller Frage (vgl. oben §. 7 S. 184), dass das ethische Element im Recht mit Strenge gegen diesen dolus malus reagirt. Der Verkäufer hat, wenn nicht der Käufer den Rücktritt wegen des Betruges vorzieht, trotz des Hindernisses schlechthin für die Leistung der Waare zu haften, also dem Käufer eventuell dessen volles Interesse am sofortigen Empfang der Waare zu leisten.

Zweifelhafter kann allerdings der dritte und letzte Fall erscheinen, wenn nämlich beide Parteien ohne Kunde von dem schon damals obwaltenden factischen Hinderniss geblieben waren. Hier gerade nun sollen nach Mommsen (S. 223 fg.) „die eigenthümlichen Wirkungen der theilweisen wahren Unmöglichkeit besonders hervortreten“; so dass der Gläubiger nur die Wahl haben würde, ob er von dem Verträge zurücktreten, oder die Geltendmachung seiner Ansprüche bis zur Beseitigung des Hindernisses aufschieben will. Allein wir sahen ja schon früher, dass der dafür besonders angeführte innere Grund, die angebliche besondere Leichtigkeit eines völlig entschuldbaren Irrthums des Verkäufers über das Abhandenkommen der Waare, keine ausreichende Tragfähigkeit hat. Vielmehr wird man nach der inneren ratio so argumentiren müssen. Wenn es im Interesse der Sicherheit des Verkehrs als der vernünftige allgemeine Wille beim Kaufe

gilt, dass der Verkäufer einzustehen hat für den, obsehon noch so sehr entschuldbar von ihm übersehenen, Mangel der rechtlichen Verfügungsgewalt über die Sache: so wird es nicht minder als der vernünftige allgemeine Wille erscheinen, dass das Soll der Obligation sich auch richtet auf die sofortige Beseitigung des sofort empfindlichen Mangels der factischen Verfügungsgewalt über die Sache. Ist die Waare, als eine beim Verkäufer angeblich vorhandene, verkauft: so muss dem Käufer, um der Sicherheit des Verkehrs willen, ein Recht darauf beigelegt sein, dass ihm sein volles Interesse am sofortigen Empfang der Waare ersetzt wird, falls die letztere auf die ergangene Aufforderung zur Leistung nicht unmittelbar wieder herbeigeschafft ist. —

Die Römischen Quellen stehen mit diesem Resultat keineswegs im Widerspruch, vielmehr in bester Harmonie. Das einzige wirklich darauf bezügliche Pandektenfragment ist aus Pomponius libr. X epist. (fr. 55 d. act. empt.) „Si servus, qui emeretur vel promitteretur, in hostium potestate sit, Octavenus magis putabat, valere emptionem et stipulationem, quia inter eminentem et vendentem esset commercium. Potius enim difficultatem in praestando eo inesse, quam in natura, etiamsi officio iudicis sustinenda esset ejus praestatio donec praestari possit“.

Die streng buchstäbliche Auslegung der promissio — wenn man sie einmal als mit tauglichem Inhalt versehen und daher als gültig ansieht — würde zur Anerkennung einer sofortigen Leistungspflicht führen, sofern ein Aufschubswille weder ausdrücklich erklärt ist, noch wie im Fall von fr. 137, §. 2 d. V. O. mit logischer Nothwendigkeit aus der Vertragsfassung selbst folgt. Nun aber halten ja Octavenus und Pomponius, hinsichtlich des letzten sachlichen Resultats, in unserem Punkte Kauf und Stipulation nicht aus einander. Nur ist es freilich, was die Verwirklichungsform anlangt, feststehend dass „tantundem in bonae fidei iudicii officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatum ejus rei facta interrogatio“ (fr. 7 d. negot. gest. 3, 5). In freier richterlicher Interpretation der Formelworte „quidquid Num A° dare facere oportet ex fide bona“ konnte es sich so direct zu objectivem richterlichen Recht entwickeln, dass dem Beklagten eventuell die blosser Kautionsleistung auferlegt wurde. Dies sobald wirklich die innere Parteiabsicht auf einen Aufschub

der effectiven Leistung gerichtet erscheint. Das lässt sich aber in der That nur mit Sicherheit annehmen, wenn beide Parteien oder auch nur der Käufer allein das der sofortigen Leistung entgegenstehende factische Hinderniss z. B. die Abwesenheit des Slaven kannten. Hier muss freilich von vornherein für den Fall der Rückkehr des Slaven dessen Leistung gewollt sein. Bei der verborum obligatio liess sich solcher innere Wille, entgegen der streng buchstäblichen Verpflichtung, doch vermittelt einer *doli exceptio* geltend machen.

So hat denn auch Windscheid neuerdings (Pand. §. 315 Anm. 3), unter Widerruf seiner früheren Auslegung der Stelle, die auf Schrauben gestellten Worte des Pomponius „etiamsi sustinenda esset — ejus praestatio“ auf die Voraussetzung beschränkt „dass der Vertrag von beiden Seiten in vollkommener Kenntniss der Verhältnisse abgeschlossen worden sei“.

Schwerlich konnte in dieser Hinsicht die Entscheidung des Pomponius beeinflusst sein durch die specifische Eigenthümlichkeit des von ihm vorausgesetzten Kaufgegenstandes. Dadurch nämlich, dass ein „in hostium potestate“ befindlicher servus nicht bloss der factischen Gewalt des Verkäufers entzogen war, sondern völkerrechtlich überhaupt dem Römischen Eigenthumsrechte, so lange, bis er aus dem feindlichen Machtbereich zurückgeführt war.

Es liess sich aus diesem Grunde sehr wohl zweifeln, ob überhaupt ein tauglicher Obligationszweck und ein gültiges Rechtsgeschäft hier vorliege. Wir werden später sehen (vgl. unten §. 12), dass bei Paulus, wenigstens für die verborum obligatio, dieser Zweifel wirklich überwog und zwar nicht bloss hinsichtlich eines fundus hostium. Nahm man hingegen einmal an, dass eine gültige obligatio vorliege: so konnte dann schwerlich deren Tragweite anders als bei anderen factischen Hinderungsgründen bestimmt werden.

§. 11. Prästationspflicht für anfängliche Hindernisse der Erfüllung bei Obligationen auf Dienstleistung.

Es sind hier jetzt überhaupt die Obligationen auf unsere Frage hin noch kurz zu betrachten, deren bezweckter Erfolg ein

anderer ist als die Verschaffung der Detention, des juristischen Besitzes, des Eigenthums von Sachen. Auch für diese, hier zu betrachtenden, Obligationen gilt es uns also als Voraussetzung, dass der bezweckte Erfolg als solcher Etwas ist „quod natura fieri concedit“ (fr. 35, pr. d. V. O.). Ein Rechtsgeschäft, welches hiergegen verstiesse, würde ja, insofern es damit gegenstandslos ist, sich als nichtig ergehen. So ist es z. B. der Fall, wenn über die Bearbeitung einer individuell bestimmten Getreidemasse contrahirt wäre, die aber in Wahrheit damals schon untergegangen war, vielleicht durch den, den Parteien noch unbekannt, Brand des bezeichneten Speichers. Ferner wenn die Bewirkung des Untergangs eines vorausgesetzten fremden Schuldverhältnisses zugesagt war; während sich gleich nachher ergibt, dass dies vermeintliche Schuldverhältniss in der That nie bestanden hatte (M. S. 56 u. 59). Auch kann es noch dahin gehören, wenn die Ausführung eines Denkmals (arg. fr. 6 d. cond. inst. 28, 7), der Bau eines Hauses, als in unsinnig kurzer Frist zu bewerkstelligen, ausbedungen wären. Sofern es wirklich unter Sachverständigen von vornherein klar ist, dass das Werk in der bezeichneten Frist sich schlechthin nicht herstellen lässt, und sofern die Auslegung des Rechtsgeschäfts doch dazu führt, die Frist als wesentliches Element des Parteiwillens festzuhalten: so erscheint dann der bezweckte Erfolg, in der Gestalt wie er bezweckt ist, als ein von vornherein definitiv unmöglicher und das Rechtsgeschäft als gegenstandslos.

Freilich wird die freiere Auslegung der Vermächtnisse (arg. fr. 12, §. 1 d. legat. I) ¹⁾ und der bonae fidei Contracte in den meisten Fällen, wo die Frist zu kurz gegriffen ist, es als Resultat ergeben: dass die Innehaltung jener Frist nicht zum Wesen des gedachten und gewollten Obligationszweckes gehört. Dann wird also die beigefügte Zeitbestimmung berichtigt und als vertragsmässige Erfüllungszeit die nämliche betrachtet, auf welche ohnedies die gewöhnliche Spannkraft der Obligation hinführen würde ²⁾.

1) „Proculus ait, si quis servos, quos Gadibus haberet, eo testamento, quod moriens Romae fecerit, triduo quo mortuus fuerit heredem dare mihi damnaverit, ratum esse legatum et angustias temporis nihil legato nocere“ (Pomp. libr. III ad Sabin.).

2) Fr. 58, §. 1 locati 19, 2 (Labeo libr. IV posteriorum). „In operis locatione erat dictum, ante quam diem effici deberet: deinde si ita factum non esset,

Unter Voraussetzung also eines tauglichen Obligationszweckes und einer an sich gültigen Obligation gilt auch hier jetzt unsere Frage den gleich anfänglichen Hindernissen der Erfüllung, inwieweit nämlich das Soll der Obligation ihnen zum Trotz sich geltend macht. Nach der herrschenden Lehre hat der Verpflichtete für alle Hindernisse einzustehen, die bis zu der Grenze einer sogenannten „objectiven Unmöglichkeit“ hin sich erstrecken. In der Hauptsache stellt man dann zur näheren Bestimmung die folgende gleichförmige Regel auf.

Es ist zu unterscheiden zwischen solchen Obligationen, welche auf eine persönliche Thätigkeit des Schuldners behufs der Herstellung des bezweckten Erfolges gerichtet sind; und zwischen Obligationen, bei denen es, ihrem Zwecke nach, von vornherein einerlei und gleichgültig gelassen ist, ob der Schuldner selbst, oder ein Anderer für ihn die Herstellung des Erfolges beschafft. Bei Obligationen der ersteren Art nun sollen die auf die Person des Schuldners sich beziehenden Hindernisse, welche im anderen Falle eine bloss subjective Unmöglichkeit begründen würden, „in der That eine objective Unmöglichkeit hervorbringen, welche unter allen Umständen als wahre Unmöglichkeit berücksichtigt werden muss“. So wenn der Schuldner durch Krankheit verhindert ist. Ferner z. B. wenn dem Schuldner wegen mangelnder Kunde und Geschicklichkeit oder wegen körperlicher Mängel die Fähigkeit zur Beschaffung der bedungenen Leistung abgeht. Auch hier also soll, gerade selbst wenn das Hinderniss schon zur Zeit der Abschliessung des Vertrages bestand, jede Klage auf das positive Erfüllungsinteresse ausgeschlossen sein.

Bei Obligationen der zweiten Art dagegen, wo es auf die

quantum locatoris interfuisse, tantam pecuniam conductor promiserat. Eatenus eam obligationem contrahi puto, quatenus vir bonus de spatio temporis aestimasset: quia id actum apparet esse, ut eo spatio absolveretur, sine quo fieri non possit“. Mommsen a. a. O. S. 219 fg.

Gewiss irrig werden die oben von uns besprochenen Fälle unter den Gesichtspunkt einer „zeitweiligen objectiven Unmöglichkeit“ gestellt. Vielmehr liegt entweder eine völlige und definitive Unmöglichkeit vor; oder es kann von keinerlei Unmöglichkeit der Obligationserfüllung die Rede sein, weil der vertragsmässige Obligations-Inhalt von vornherein demgemäss (berichtigend) bestimmt wird.

Person des Leistenden nicht ankommt, soll „die Unmöglichkeit, welche allein in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners ihren Grund hat, nur als eine subjective Unmöglichkeit betrachtet werden“. Nur dann, wenn es dem Schuldner zugleich unmöglich war, einen Vertreter zu bestellen, würde eine objective und zugleich wahre Unmöglichkeit vorliegen.

„Ausnahmsweise“ soll aber die Natur der Obligation eine Berücksichtigung der auf die persönlichen Verhältnisse des Schuldners sich beziehenden Hindernisse auch da rechtfertigen können, wo dieselbe nach den allgemeinen Regeln nicht zuzulassen wäre. Eine solche Ausnahme wird dann besonders da anerkannt, wo das Moment der Unentgeltlichkeit bei einer Obligation sich findet, wie beim Mandat³⁾.

Gerade von diesem Punkte aus aber hätte man am ersten längst auf die richtige Fragestellung geführt werden können. Muss man wirklich hier für die unentgeltlich übernommenen Obligationen andere Sätze gelten lassen als für die entgeltlichen: so trifft doch für das Verhältniss jener ersteren Sätze zu diesen letzteren keinesfalls das logische Verhältniss von Ausnahme und Regel zu. Vielmehr sind es offenbar zwei verschiedene Gruppen von Regeln für zwei, einander nebengeordnete Gebiete. In dieser Erwägung musste doch der Antrieb liegen, anstatt von einem formalen Unmöglichkeits-Standpunkte aus die verschiedenen äusseren Leistungsarten zu messen, vielmehr nach der verschiedenen inneren Natur der Obligationen das verschiedene Mass der in ihnen gelegenen Spannkraft zu bestimmen.

Und hier waren denn für das Römische Recht zunächst wieder die *verborum obligationes* von dem Kreise der übrigen auszusondern. Sie fordern *jure civili*, sobald es nur nach des Paulus klaren Worten „*natura fieri concedit*“, also die Leistung ihrer allgemeinen Natur nach eine überhaupt menschenmögliche ist (fr. 35, pr. d. V. O.), wirklich allen subjectiven Hindernissen zum Trotz streng buchstäblich die Erfüllung, beziehentlich das Entstehen für das Interesse. Vom Standpunkte dieser strengen Buchstabeninterpretation aus entschuldigt, sowie einmal die Obligation

3) Vgl. Mommsen a. a. O. S. 65—68, S. 83 fg. Dazu Windscheid in der Heidelberger krit. Zeitschr. Bd. 2 S. 114.

eine überhaupt gültige ist, nicht Krankheit, nicht Alter, nicht körperlicher Mangel, nicht persönliche Ungeschicklichkeit des Schuldners, noch Alles, was von persönlichen Hindernissen Mommsen sonst bei seinen Obligationen „der ersteren Art“, eine objective Unmöglichkeit nennt⁴⁾. Dieses strenge Soll der civilrechtlichen *verborum obligatio* als solcher tritt in den Quellen besonders noch zu Tage bei der *promissio „se judicio sisti“*⁵⁾.

Das Prätorische Recht aber begründete gerade für diesen Fall allerdings weitgehende Milderungen, mittelst Gewährung einer *doli exceptio*. Kraft dieser *exceptio* konnten in freier Billigkeits-erwägung die verschiedensten Gründe des Ausbleibens als entschuldigend berücksichtigt werden; auch solche, die es offen an der Stirne tragen, dass sie das Erscheinen gar nicht schlechthin verhinderten. S. z. B. die Schwangerschaft der Beklagten fr. 2, §. 4 *si quis* 2, 11; oder ein solches Unwetter, bei welchem, im Verhältniss zu dem vorhandenen Grad von Wichtigkeit und Dringlichkeit der obschwebenden Processsache, dem Beklagten die Ueberwindung der Gefahren und Strapazen der Reise *boni viri arbitrio* nicht zugemuthet werden durfte⁶⁾ (fr. 2, §. 6 u. 7).

In ähnlicher Weise formaler Natur wie die *verborum obligationes* sind auch die Obligationen aus dem Vermächtniss⁷⁾. Nur gilt hier im neueren Recht, zuerst bei den Fideicommissen, eine freiere Interpretation nach dem irgendwie erkennbarem Sinn des Testators. Im Allgemeinen wird bei den auf ein Thun ge-

4) Nur erlischt freilich eine auf persönliches Thun gerichtete Obligation, nach dem ihr immanenten Ziel und Zweck, durch den späteren Tod des Schuldners. Vgl. c. 13 d. *contrah. stip.* 8, 38 und dazu Mommsen a. a. O. S. 70.

5) Fr. 2 *si quis cautionibus* 2, 11. fr. 19, §. 1 d. *probat.* 22, 3. Vgl. fr. 4, §. 2 d. *doli exc.* 44, 4. Dazu Mommsen S. 74, wo die Auffassung des von ihm beigebrachten Materials, nach den obigen Ausführungen im Text zu berichtigen sein wird.

6) Zwar handelt es sich hier um nachfolgende Hindernisse der Erfüllung, bei denen sich noch weitere, erst einem späteren Zusammenhange angehörige, Erwägungen über den Einfluss möglicher culpa des Verpflichteten geltend machen.

7) Vgl. die S. 10 Anm. 5 citirte Schrift §. 5, „das Vermächtniss als reines Formalgeschäft“ S. 35—42.

richteten Vermächtnissobligationen, gerade weil sie ihren spezifischen Zweckinhalt nicht durch einen freien Willensentschluss des Verpflichteten, sondern durch den letzten Willen empfangen, das Soll der Obligation gegenüber persönlichen Verhinderungen des Belasteten eher versagen, als bei dessen eigenen Vertragsobligationen. So verhält es sich z. B. wenn einem zu Erben eingesetzten Baumeister die persönliche Leitung eines in bestimmter, an sich möglicher, Frist zu beendigenden Baues, letztwillig auferlegt wäre und dieser im Moment der Entstehung der Vermächtnissobligation schon durch feste Contracte an eine Menge anderer ähnlicher Arbeiten gebunden ist. Das Soll der Obligation kann hier nach dem Sinn des Testators regelmässig nicht weiter gehen, als dass der Schuldner, soweit es ihm irgend die noch zu seiner freien Verfügung stehende Zeit und Arbeitskraft erlaubt, binnen der gesetzten Frist die Arbeit herzustellen sich bemüht. Er hat also nicht schlechthin für die Innehaltung der Frist einzustehen⁸⁾.

Betrachten wir nunmehr die materiell individualisirten Obligationen: so wird hier allerdings der, von Mommsen hinterher hervorgehobene, Gegensatz der Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit in erster Linie von entscheidender Wichtigkeit. Bei den unentgeltlichen Obligationen ist von vornherein die Regel selbst abzustellen auf ein viel geringeres Mass von Pflicht. So soll insbes. kraft der *mandati obligatio* der Mandatar, auch anfänglichen Hindernissen gegenüber, keineswegs schlechthin den bezweckten Enderfolg herstellen und im Fall des Misslingens auf ein Geldsurrogat haften. Vielmehr soll er nur, bis auf Weiteres, d. h. insbes. bis er sich durch eine „*sine fraude*“ gemachte Aufkündigung entlastete, seine Kraft und Umsicht, nach der Weise ordentlicher Leute, im Dienst der Herstellung jenes Erfolges bemühen. Und nur wenn er nicht einmal dieser Pflicht der Bemühung nachkam, noch auch rechtzeitig renunciiert, nimmt die Obligation die Erscheinungsform einer Haftung auf das Interesse an.

8) Ein solches strenges Soll würde einer besonderen Begründung bedürfen in ähnlicher Weise wie wir es oben §. 9 S. 198 gesehen haben Arg. c. 10 d. legat. 6, 37.

Nach der Art des bezweckten Enderfolges ist hier zunächst die *quaestio voluntatis* zu entscheiden, ob der Mandatar eigene persönliche Thätigkeit auf die Ausführung verwenden soll, oder ob es auf die Individualität des Ausführenden nicht dabei ankommt. Auch wenn die Leistung in solcher Weise einen sächlichen Charakter hat, geht doch das Soll der *mandati obligatio* nicht dahin, dass der Mandatar bei andauernder persönlicher Verhinderung nun selber fremde Kraft im Dienst des Erfolges anspannen muss. Vielmehr richtet sich das Soll nur darauf, dass der Mandatar so rasch wie möglich dem Mandanten von der erkannten Verhinderung Anzeige macht. Oder wie Gajus (*libr. IX ad edict. prov. fr. 27, §. 2 mand.*) es ausdrückt „*si vero intelligit explorare se id officium non posse, id ipsum, cum primum poterit, debet mandatori nunciare, ut is si velit alterius opera utatur. Quodsi quum possit nunciare cessaverit, quanti mandatoris intersit tenebitur: si aliqua ex causa non poterit nunciare, securus erit*“.

Die Spannkraft der Obligation ist hier indess überhaupt eine so geringe⁹⁾, dass gar nicht weiter darüber gerechnet werden darf, ob und wie die Erkenntniss des Mandatars „*se id officium explorare non posse*“ eine objectiv begründete ist, wenn er nur durch pünktliche Anzeige davon dem Mandanten noch Gelegenheit giebt zu anderweiter Werkstellung des bezweckten Erfolges. Selbst wenn aber die Anzeige nicht mehr rechtzeitig für diesen Behuf an den Mandanten gelangen sollte („*nec integra adhuc causa mandati*“), kann sich trotzdem das Soll der Obligation noch brechen auch an solchen objectiven Hinderungs- und Entschuldigungsgründen des Mandatars, die selbst bei der weitesten und schwankendsten Fassung des Unmöglichkeitsbegriffs sich keinesfalls mehr unter denselben beugen lassen¹⁰⁾. Dieser

9) Zu weit aber geht die Behauptung von Brinz *Pand. I S. 466*, wonach die *mandati obligatio* überhaupt gar nicht auf Ausführung des Auftrages gehe („indem nicht erhellt wie eine *obligatio*, von der man sich einseitig entbinden kann, in Wahrheit binden oder eine Obligation sein kann“); vielmehr von vornherein nur auf eventuelle Schadloshaltung, „wenn es zu dem aufgetragenen Geschäfte und in Folge davon zu Schaden, Auslagen, Einnahmen — oder wenn es zu Verlusten durch Versäumung des aufgetragenen Geschäftes kommt“.

10) Wie z. B. die „*inimicitiae capitales*“ von *fr. 23 mandati 17, 1*,

Erkenntniss hat sich auch Mommsen nicht entziehen können, speciell in Beziehung auf das mandatsähnliche Verhältniss aus dem *receptum arbitri*. Auch in solchen Fällen, heisst es bei ihm S. 77, entbinden die Römischen Juristen (nam. Ulpian und Paulus in fr. 15 u. fr. 16, pr. d. recept. 4, 8) den *arbitr* von der Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit, „in welcher dieselbe ihm nicht unmöglich war, aber Nachtheile für ihn gehabt haben würde, z. B. weil er dann seine eigenen Geschäfte würde haben versäumen müssen. Dies beruht jedoch nicht auf der Annahme einer Unmöglichkeit; vielmehr liegt hier der Gesichtspunkt zu Grunde, dass man demjenigen, der aus Gefälligkeit das Amt eines Schiedsrichters übernommen hat, nicht zumuthen könne, dass er durch die Erfüllung dieser Verbindlichkeit Schaden leide“. Die ganze Pflicht ist gerade auch hier eine von vornherein in ihrer Kraft und Intensität sehr begrenzte.

Regelmässig werden es in allen diesen Fällen nachfolgende Hindernisse sein, an denen die wirkliche Erzielung des bezweckten Enderfolges sich bricht. Insofern werden wir die obigen Sätze hauptsächlich erst im späteren Zusammenhange zu verwerthen haben. Schon hier aber war darauf einzugehen, weil sie doch auch für die selteneren Fälle mit in Betracht kommen, wo gleich zur Zeit der Eingehung z. B. des Mandates persönliche Hindernisse für die Ausführung vorlagen, deren sich vielleicht der Promittent selber damals gar nicht bewusst war.

Bei den entgeltlichen Obligationen, insb. bei der *locatio conductio operarum* und *operis*, ist natürlich der auf das Thun gerichtete Imperativ ein viel strengerer¹¹⁾. Grade weil hier das ganze

denen Paulus in den *sentent. recept.* II, tit. 15, §. 1 auch noch eine „*necessaria peregrinatio*“ als Beispiel hinzufügt. Tritt aber solche *justa causa excusandi* noch im letzten Moment so plötzlich ein, dass eine Anzeige an den Mandanten doch den Umständen nach nutzlos wäre: so muss Mandatar auch ohne die Anzeige kraft jenes Excusationsgrundes von Haftung frei sein. Sicher unvereinbar mit der Natur der *mandati obligatio* und mit den Quellen ist die Annahme Mommsen's S. 85 u. 86 oben, wonach die Berücksichtigung der persönlichen Hinderungsgründe des Mandatars auf den Fall beschränkt sein soll, wenn noch *res integra* ist.

11) Anders verhält sich dies da, wo es sich um Ausübung einer Kunst oder Wissenschaft handelt und das Recht danach nicht eine gegenseitige

Rechtsverhältniss auf einer inneren und wesentlichen Verkettung von Leistung und Gegenleistung beruht, bringt es die Anforderung der practischen Vernunft und des Rechtes mit sich, dass auch sein Wille und sein Vermögen für den Obligationszweck schärfer in Anspruch genommen werden. Handelt es sich hier um Leistungen, welche eine persönliche Thätigkeit des Verpflichteten nicht erfordern: so geht, im Fall eigener persönlicher Verhinderung, seine Pflicht hier schlechthin darauf, dass er auf eigene Kosten eine Vertretung beschaffe. In diesem Punkte führt auch die gegnerische Grundauffassung zu einem ganz richtigen Resultate (M. S. 68).

Aber wie wenn nach Parteiabsicht die Leistung wirklich von persönlichem Charakter ist, dem Promittenten aber schon zur Zeit der Vertragsschliessung die Fähigkeit zur Beschaffung der bedungenen Leistung fehlte? Muss hier in der That das Soll der Obligation vor diesem Hindernisse schlechthin weichen? Wenn man dies so lehrt, so tröstet man wohl mit dem Gedanken: eine Berufung des Schuldners darauf, dass er wegen mangelnder Kunde und Geschicklichkeit die Leistung nicht ausführen könne, werde nicht häufig vorkommen; indem regelmässig nur eine grössere oder geringere Ungeschicklichkeit in Frage komme, welche die Vornahme der Leistung nicht völlig verhindere. Zudem würde, namentlich bei einer völligen Unfähigkeit, dem Schuldner regelmässig ein *dolus* bez. *lata culpa* zur Last fallen, die zum Ersatz des negativen Schadensinteresses verpflichteten (M. S. 66 fg. Anm. 2).

synallagmatische Verpflichtung wie bei der Miethe annimmt, sondern einen selbständigen Anspruch auf Honorar für die erfolgte Leistung, s. z. B. bei dem Rechtsverhältniss mit dem Arzt fr. 1, §. 1 d. *persec. extraord.* 50, 13. Ganz richtig entschied hier das Hofgericht zu Giessen (vgl. Zimmermann im *Archiv f. civil. Pr.* Bd. 56, 1873 S. 222 fg., insb. 234 fg.): dass der Hausarzt jederzeit das früher bestandene Verhältniss habe aufkündigen dürfen und von der Zeit der Kündigung an die gesetzliche Taxe, anstatt der entsprechenden Rate des früher vereinbarten jährlichen Honorars, habe in Anspruch nehmen können. Auf der Grundlage der gleichen juristischen Construction rechtfertigt sich auch die Annahme, dass sich die Haftung des Arztes auf das Einstehen für *dolus incl. lata culpa* einschränkt a. a. O. S. 228 fg. und die Rechtsfälle S. 232—237.

Allein lässt sich hier wirklich über den Grad der Ungeschicklichkeit des Promittenten in der Weise rechten, dass, wenn sie von Anfang an wirklich als eine „völlige“ sich charakterisirt, der Promittent hinsichtlich der übernommenen persönlichen Leistungspflicht milder behandelt würde, als wie wenn ihm doch wenigstens ein geringstes Mass von Geschicklichkeit noch innewohnte? Und genügt hier überhaupt die Klage auf Ersatz des durch die Ungeschicklichkeit des Promittenten angerichteten Schadens¹²⁾, anstatt der Klage auf das positive Erfüllungsinteresse?

Man setze nur den Fall, dass ein Kunsthändler Jemandem die Anfertigung von Kopien z. B. von einer der beliebten Madonnen des Sassoferato, gemäss einer angeblich vom Promittenten selbst herrührenden Musterkopie, überliess, dieser letztere nun aber unter Berufung auf seine wirkliche völlige Ungeschicklichkeit den Kunsthändler im Stich liess. Muss man hier nicht in der That dem Kunsthändler eine Klage auf das Erfüllungsinteresse geben, also auf den ganzen Mehrwerth, den er durch den Absatz der Kopien erzielen konnte?

Der, durch das Interesse der nothwendigen Sicherheit des Verkehrs bedingte, vernünftige Parteiwille fordert es ohne Zweifel: dass, wer unter fälschlicher Selbstberühmung mit mangelnden Fähigkeiten zu einer persönlichen Thätigkeit sich verpflichtete, auch wirklich für die Erfüllung mit Zahlung des Interesses einzustehen hat¹³⁾, — selbst wenn ihm kein dolus nachweisbar wäre.

Wie also der gegnerische Standpunkt bei den unentgeltlichen Obligationen theilweise viel zu strenge Anforderungen mit sich brachte: so hat er bei den unentgeltlichen theilweis die Annahme einer zu milden Behandlung des Promittenten herbeigeführt.

Dass aber in der That die Einmischung der Unmöglichkeit

12) Für diesen ist er freilich unter allen Umständen verantwortlich, wenn er trotz seiner Ungeschicklichkeit sich ans Werk machte und die vom Gläubiger zur Behandlung empfangenen Gegenstände dadurch beschädigte und vernichtete. fr. 9, §. 5. fr. 13, §. 5 locati 19, 2.

13) S. auch das Urtheil der jurist. Facultät zu Giessen in Ihering's Jahrb. Bd. 13 S. 408 „Wer eine Leistung gegen Gegenleistung verspricht, soll ihrer Ausführbarkeit sicher sein — ohne diesen Satz kann der Verkehr nicht bestehen“.

in unsere Fragen ein nicht richtiges Verfahren ist, zeigt sich namentlich noch nach folgender Richtung hin. Es kommt häufig vor, dass das obligationsmässige Thun noch bestimmte weitere, der Person des Verpflichteten äusserliche, Voraussetzungen hat. So z. B. das Vorhandensein von Handwerksgeräth, Maschinen, von Material, das bearbeitet werden soll u. dgl. Wie nun, wenn es an diesen Voraussetzungen fehlt?

Man sagt hier (M. S. 55), dass unter Umständen schon das blosse Nicht-Eintreten der Voraussetzung, möchte der Schuldner auch noch so leicht dem abhelfen können, „eine wahre Unmöglichkeit der Leistung“ zu begründen vermag. Dies nämlich immer dann, wenn „nach dem Inhalt der Obligation“ dem Schuldner nicht die Verpflichtung obliegt, das Eintreten jener Voraussetzung zu bewirken. Ist hingegen der Schuldner zu dieser Bewirkung verpflichtet: so soll „das Thun, welches den Gegenstand der Obligation bildet“ erst dann „als unmöglich angesehen werden“, wenn dem Schuldner das Nichteintreten jener Voraussetzung des Thuns nicht zur Schuld zuzurechnen ist.

Der vollkommen richtige Kern des Resultates braucht hier nur ganz einfach aus der gekünstelten Schale, in die er eingefasst ist, herausgeschält zu werden. Es liegt hier ja ziemlich offen zu Tage. Anstatt zuerst auf die Unmöglichkeit des Thuns abzustellen und dann deren Dasein oder Nichtdasein abhängig zu machen von einer Vorfrage nach dem sonstigen ergänzenden Obligationsinhalte¹⁴⁾, ist vielmehr gleich direct die Hauptfrage überhaupt auf das, was hier Obligationsinhalt genannt wird, zu richten. Genauer, es ist zu fragen: Welche Hindernisse, die nach der gegenwärtigen Sachlage der endlichen Erfüllung des Obligationszweckes noch im Wege stehen, sind nach dem Soll der Obligation, wie es sich hier auf Grund des Parteiwillens bemisst, durch den Verpflichteten zu überwinden?

14) Konsequenter müsste man doch fragen, ob das Thun, auf welches der Endzweck gerichtet ist, an und für sich unmöglich erscheint. Und als an und für sich unmöglich erscheint dies Thun doch gewiss nicht deshalb, weil für die Vornahme desselben erst noch die Herbeischaffung von Maschinen erforderlich wäre, die der Schuldner mit Leichtigkeit herbeischaffen könnte, — mag er nun zu solcher Herbeischaffung verpflichtet sein oder nicht.

Bei entgeltlichen Obligationen aber auf ein Thun, das überhaupt „natura fieri concedit“, muss ex fide bona der Verpflichtete im Zweifel unbedingt eintreten für alle gegenwärtigen, in seiner Persönlichkeit und Rechtssphäre¹⁵⁾ begründeten, Hindernisse der Erfüllung. —

§. 12. Prästationspflicht für nachfolgende Hindernisse der Erfüllung bei den strengen Obligationen im Allgemeinen.

Es hat sich nunmehr unser Blick zu lenken auf die Spannkraft der Obligation gegenüber nachfolgenden Hindernissen der Erfüllung. Während die bisher erörterten Fragen nur für die Obligationen aus Rechtsgeschäften eine practische Bedeutung

15) z. B. gerade wenn ihm die zum Thun erforderlichen äusseren Mittel an Handwerksgeräth u. dgl. fehlen. Nicht wirklich hierher gehören aber die beiden einander ganz ähnlichen Rechtsfälle (vgl. schon oben S. 176 Anm. 3), welche Zimmermann „als Beitrag zur Lehre von der Nichtigkeit der Verträge wegen Unmöglichkeit der übernommenen Leistung und von der culpa in contrahendo“ mittheilt. Der hier in Frage stehende Waarentransport durch England hindurch war nur mittelst falscher Declaration od. dgl. ausführbar. Daher kann eine obligatio auf Ausführung und eine Pflicht zur Ueberwindung des bezüglichen Hindernisses hier überall nicht entstehen. Es kann sich also nur um die ganz andere Frage handeln, ob bei freiwillig bewerkstelligter Ausführung eine Obligation auf Ersatz des durch die Confiscation der Waaren entstandenen Schadens erwächst. Kannte der Befrachter die Gefahr der Confiscation: so ist die Frage zu verneinen. Kannte er sie nicht: so muss der Spediteur haften, auch ganz abgesehen davon, ob er in dolus oder gleichgeltender culpa war. Selbst das ist irrelevant, ob die Hindernisse, die er übersah (hier das Englische Zollgesetz), im Moment des Abschlusses bereits bestanden (a. a. O. S. 407), oder ob sie erst inzwischen eintraten. Die gute Treue des Verkehrs und die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns fordert, dass der Spediteur über die, in die Ausübung seines Gewerbes eingreifenden, zollgesetzlichen Schranken rechtzeitig sich vergewissere, um danach die Ausführung des Transports sistiren resp. modificiren zu können. In diesem Punkte erscheinen die Urtheilsmotive des O. A. G. Lübeck S. 397 u. 398 und der Giessener Facultät S. 409 vollkommen tadellos gegenüber den abweichenden Entscheidungen der unteren Instanzen.

haben, bezieht sich das jetzt zu erörternde Problem gleichmässig auf alle Obligationen, mögen sie auch aus Delicten und anderen Rechtsgründen herkommen.

Die Antwort der herrschenden Lehre auf das Problem ist hier hinsichtlich aller Obligationen eine vollkommen gleichmässige und uniforme. Die Obligation findet danach ihre Grenze grade auch lediglich an einer später eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung, jedoch nur mit einer bestimmten weiteren Voraussetzung und Unterscheidung. „Bei der nachfolgenden Unmöglichkeit kommt es nicht darauf an, ob sie eine objective oder eine subjective ist, sondern darauf, ob den Schuldner in Betreff derselben eine Schuld trifft oder nicht“ (Windscheid §. 264 sub 2). Trifft ihn eine Schuld nicht, so ist er hiernach von der Hauptprästation frei und muss nur ein eventuelles stellvertretendes Commodum noch leisten. Trifft dagegen den Schuldner ein Verschulden: so ist er keinesfalls befreit, sondern zur Leistung des Erfüllungsinteresses verpflichtet.

Je „nach der Natur der verschiedenen Obligationen“ ist nur der Grad der Sorgfalt, welche vom Schuldner verlangt wird, und somit der Umfang der zu prästirenden Culpa ein verschiedener (Mommsen a. a. O. Bd. 1 S. 229 u. 233).

Sogar auf abstract generische Obligationen ist jene uniforme Regel angewendet worden. Auch eine später eingetretene Mittellosigkeit und Zahlungsunfähigkeit des Schuldners soll hier, wenn sie durch unverschuldete Unglücksfälle herbeigeführt worden ist, als zeitweilige Unmöglichkeit inzwischen von den Folgen der mora befreien¹⁾.

In Wahrheit aber wird es sich leicht ergeben, dass eine derartige uniforme Regel gar nicht begründet ist. In keiner Weise lässt es sich als Regel aufstellen: dass der nämliche Grad äusseren Hindernisses, welchen man durch den schiefen Ausdruck „subjective Unmöglichkeit“ zu bezeichnen sucht, gleichmässig von den verschiedensten Obligationen befreie; sobald nur hinzukomme, dass das zuvor constatirte Hinderniss nicht in einer solchen Verschuldung des Debitor ihren Grund hat, für welche

1) Windscheid in der Heidelberger Zeitschrift Bd. 2, S. 112. Pand. §. 277 sub 4 (ed. 3 S. 77).

„nach der Natur der gerade im einzelnen Falle vorliegenden Obligation“ der Debitor verantwortlich ist.

Vielmehr ist der Grad der zu überwindenden äusseren Schwierigkeiten und Hindernisse selbst ein bei den verschiedenen Obligationen sehr verschiedener. Es gibt Obligationen, deren Soll auch schon an den geringsten, später eintretenden Hindernissen sich bricht. Andererseits solche, wo dies Soll auch vor noch so schwierigen Hinderungsgründen nicht zurückweicht. Aus den früheren Untersuchungen ist nun schon so viel klar geworden, dass für unsere Fragen in erster Linie weniger die verschiedene Art des bezweckten äusseren Obligationserfolgs entscheidend ist, als vielmehr die, durch den verschiedenen Obligationsgrund bestimmte, innere Natur der Obligationen. Anstatt der Unterscheidung zwischen Obligationen auf Sachleistungen und auf ein Thun des Schuldners legen wir daher im Folgenden die auf den Obligationsgrund bezügliche zu Grunde. Nun aber handelt es sich dabei nicht um eine systematische Darlegung aller Obligationen; sondern nur um eine ausreichende Begründung, Verfolgung, Klarlegung unseres obigen speciellen Grundsatzes.

Hiernach mag es denn gerechtfertigt erscheinen, wenn wir überhaupt nur die für unseren besonderen Zweck vornehmlich lehrreichen Obligationen herausgreifen und dabei die von unserem Gesichtspunkt aus verwandt erscheinenden zusammenfassen, mögen sie nun aus Verträgen, aus Delicten oder aus anderen Rechtsgründen entspringen. Das methodisch Richtige wird sein, dabei von denjenigen Obligationen auszugehen, an denen es sich am klarsten und sichersten darthun lässt, dass das übliche Aufstellen einer uniformen Regel aufzugeben ist. Zu solchem Ausgangspunkte sind aber am besten

I.

die *verborum obligationes* geeignet, insbes. zunächst die auf *dare* von *certa res* gerichteten. Die Betrachtung derselben giebt lehrreiche Gesichtspunkte für die richtige Auffassung noch unseres heutigen Rechtes und der Natur der Obligation überhaupt. Auch sind manche Sätze, die sich in Wahrheit aus dem specifischen Wesen der *verborum obligationes* erklären, für unsere Lehre fälschlich generalisirt worden.

Es ist auch hier Paulus (*libr. XVII ad Plaut.*), dem wir in den römischen Rechtsquellen (*fr. 91 d. V. O.*) die eindringendste Erörterung der Lehre zu verdanken haben. Paulus setzt a. a. O. voraus eine Stipulation auf das *dare* einer individuell bestimmten Sache, welche Sache nachher untergegangen ist. Er nimmt weiter an, dass dieser Untergang erfolgte ohne Dazwischenkunft einer *Mora* und ohne schuldhafte That des Promittenten. Dann löset sich die Obligation unzweifelhaft schlechthin auf („*naturaliter resolvitur*“ *fr. 107, d. solut. 46, 3*)²⁾. Es richtet sich das Soll der Obligation nicht etwa auf die Abtretung einer *actio legis Aquiliae* gegen den dritten Vernichter der Sache. Die Regel, welche man gewöhnlich formulirt „*commodum ejus esse debet, cujus est periculum*“, bezieht sich keinesfalls auf *verborum obligationes*. Die bei diesen geltende Interpretationsweise schliesst es schlechterdings aus, in freierer Auslegung des Parteiwillens das Soll der Obligation eventuell noch auf etwas Weiteres zu erstrecken, als auf den buchstäblich bezeichneten Zweck. Daher liess man hier später zur Aushilfe für den Stipulator wenigstens dann eine *actio doli* gegen den dritten Thäter entstehen, wenn Letzterer durch die Vernichtung der Sache absichtlich auch die Vereitelung der fremden Obligation herbeigeführt hatte³⁾.

2) Nur kann es zuweilen zweifelhaft werden, ob wirklich ein Untergang vorliegt, oder nicht, z. B. wenn ein promittirtes Schiff auseinander genommen und später aus dem gleichen Material neu zusammengefügt ist. Vgl. darüber *nam. fr. 83, §. 5 d. V. O.* und *fr. 98, §. 8 d. solut.*, gleichfalls von Paulus. Gegen Mommsen's Ausführung a. a. O. S. 290—294, wonach es sich hier fragen soll, ob die Unmöglichkeit (genauer: der Untergang der Sache) dauernd oder bloss zeitweilig ist, erklärt sich mit Recht schon Cohnfeldt „Lehre vom Interesse“ S. 132 fg. Paulus macht in den citirten Stellen die Entscheidung mit gutem Grund nicht davon abhängig, ob der Untergang ein dauernder, sondern davon ob er ein wirklicher ist. Als wirklich untergegangen durch die Zerlegung betrachtet aber Paulus das Schiff ganz richtig dann noch nicht, wenn die Zerlegung gerade nur zum Zweck einer Neugestaltung also besseren Erhaltung des Schiffes erfolgt ist.

3) *fr. 18, §. 5 d. dolo malo* (Paulus *libr. XI ad edict.*) „*Si servum quem tu mihi promiseras, alius occiderit: de dolo malo actionem in eum dandam plerique recte putant, quia tu a me liberatus sis. Ideoque legis*

Aber nicht erst eine wirkliche und natürliche, ohne eigene That des Promittenten entstandene, Unmöglichkeit der Erfüllung ist die Grenze, an der das Soll der *verborum obligatio* Halt macht. Paulus fährt (fr. 91, §. 1 cit.) so fort „*Sed si sit quidem res in rebus humanis, sed dari non possit ut fundus religiosus vel sacer factus, vel servus manumissus vel etiam ab hostibus si capiatur: culpa in hunc modum dijudicatur, ut, si quidem ipsius promissoris res vel tempore stipulationis vel postea fuerit et quid eorum acciderit, nihilo minus teneatur; idemque fiat, et si per alium posteaquam ab hoc alienatus sit, id contigerit. Sin autem alienus fuit et ab alio tale quid accedit, non tenetur, quia nihil fecit*“.

Die hier zuerst von Paulus beispielsweise erwähnten Hindernisse sind, wie wir früher sahen, solche, die zwar keineswegs schlechthin eine Unmöglichkeit der Leistung begründen, die aber doch, nach innerlich begründeter Satzung des Rechtes, die Entstehung der *verborum obligatio* ausgeschlossen haben würden, wenn sie gleich anfangs vorhanden gewesen wären. Ganz in die nämliche Kategorie aber rechnet Paulus, dem offenbaren Zusammenhange nach, auch den Fall des in die Gewalt der Feinde gelangten *servus*⁴⁾, welcher dadurch völkerrechtlich bis auf Weiteres überhaupt dem Römischen Privateigenthum entrückt war.

Hiernach wird sich überhaupt der folgende Satz aufstellen lassen: Die *verborum obligatio* findet regelmässig ihre Grenze

Aquiliae actio tibi denegabitur“. Vgl. Neuner Privatrechtsverhältnisse S. 71 u. 72.

4) So wenigstens für die *verborum obligatio* mit Rücksicht auf deren, oben S. 190 Anm. 3 angedeutete Natur. Es folgt aus fr. 91, §. 1 cit. keineswegs, dass Paulus auch hinsichtlich des Kaufs anderer Meinung gewesen sei als Octavenus (fr. 55 d. a. e. 19, 1), oder hinsichtlich des Vermächtnisses anderer Ansicht als Sabinus, welcher anerkennt „*etiam rem hostium posse legari — si aliquo casu emi possit*“ (fr. 104, §. 2 d. legat. I.). Nur bezüglich des *fundus hostium* ist schlechthin jede Leistungspflicht ausgeschlossen. fr. 103 d. V. O. Vgl. Mommsen a. a. O. S. 16. Der Grund für diesen letzteren Satz ist der, dass sonst das Soll der *Obligation* geradezu auf Veränderung der Territorialgrenzen abgestellt gewesen wäre — eine gegenüber dem einzelnen Privaten widersinnige Zumuthung.

an solchen später eintretenden äusseren Hindernissen der Erfüllung, welche bei gleich anfänglichem Dasein sie gar nicht zur Entstehung hätten gelangen lassen. Innerhalb dieser Grenzen aber ist das Soll jener *Obligation* ein ganz unbedingtes. So musste z. B. der Promittent, wenn die zu leistende Spezies ihm geraubt war, ohne nachher erweislich vernichtet zu sein, schlechthin fort-haften, mochte er auch seine eigene vollkommene Schuldlosigkeit an dem eingetretenen Verluste darthun können. Nicht also das unbestimmte Etwas, auf welches man mit dem Ausdruck „*subjective Unmöglichkeit*“ hinzielt; nicht das Freibleiben von aller *Culpa* ist es, welches Befreiung bewirkt. Vielmehr entlastet den Promittenten nur der Eintritt der vorhin bezeichneten objectiven Hindernisse als solcher.

Aber wie wenn sich dieser Eintritt eines, an und für sich befreienden, Hindernisses direct oder indirect auf schuldhaften Willen des Promittenten zurückführen lässt? War es eine blosser Unthätigkeit des Promittenten, durch welche z. B. der Tod des versprochenen Stichus herbeigeführt wurde: so tritt, in consequenter Verfolgung des die *Stipulation* beherrschenden *Principis*, hierfür regelmässig⁵⁾ eine Haftung nicht ein „*quia qui dare promisit ad dandum non faciendum tenetur*“. Der nämliche Promittent also, welcher bei Abhandenkommen der Sache trotz gänzlicher Schuldlosigkeit fortgesetzt haftbar bleibt, ist auf der andern Seite durchaus haftfrei, wenn er den Untergang der Sache durch ein Nicht-thun veranlasste, welches vom Standpunkte eines gewöhnlichen *diligens paterfamilias* aus als offenbarste Fahrlässigkeit sich qualificiren würde.

Wie indess, wenn ein positives Thun des Schuldners bei dem Ereigniss im Spiele war? Es ist klar, dass wenigstens für diesen Fall die Rechtsordnung eine Prästationspflicht anerkennen musste, wenn die auf Leistung individuell bestimmter Sachen gerichtete *verborum obligatio* dem Gläubiger überhaupt eine nennenswerthe Sicherheit gewähren sollte. Diesem zwingenden Verkehrsbedürfniss gab nun der Satz und die Denkform Ausdruck, wie sie bei Paulus (fr. 91, §. 3 cit.) überliefert ist „*veteres*

5) Abgesehen von *Mora* und abgesehen von ausdrücklicher Zusage auch kraft der allgemeinen *clausula doli*.

constituerunt, quoties culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem“.

Nur „in faciendo“ also ist hinsichtlich der verborum obligatio die für die Perpetuation derselben entscheidende Culpa zu verstehen. Als eine solche voraussetzungsgemässe culpa in faciendo gilt es aber, nach den oben wiedergegebenen Worten von fr. 91, §. 1, auch schon dann, wenn nur der Verpflichtete die Sache später veräussert und so die Möglichkeit begründet hatte, dass der neue Eigenthümer durch Vernichtung der Sache u. dgl. das objective Hinderniss der Erfüllung erzeugte⁶⁾.

6) Ob auch „is qui nesciens se debere, occiderit“ haftbar sei, erklärt Paulus für fraglich (fr. 91, §. 2 cit.). Anstatt selbst eine Antwort darauf zu geben, erwähnt er nur, dass Julian die Haftung bejahe „in eo qui, quum nesciret a se petitum codicillis ut restitueret, manumisit“. Julian's eigene Aeusserung darüber (libr. XXXIX dig.) ist uns in fr. 25, §. 2 ad Sc. Trebell. 36, 1 erhalten. Diese Aeusserung zeigt, dass Julian hier, auch ohne alle Rücksicht auf Zurechenbarkeit und subjective Culpa, eine Leistungspflicht des Beschwerten annahm. Soll dieser ja doch auch dann „pretium praestare“ (servi manumissi), wenn der Inhalt des beschwerenden Codicills auf ausdrücklichen Befehl des Testators bis zum Tode des Beschwerten ihm selbst und aller Welt unbekannt geblieben war. Es wird dies juristisch zu construiren sein mittelst Annahme einer zweiten, eventuellen Vermächtnissobligation, die aus einer benigna interpretatio des letzten Willens hergeleitet wird. Ganz ähnlich wie Scaevola (libr. IV, resp. fr. 89, §. 7 d. legat. II) eine Obligation auf Herausgabe der erzielten „quantitas pretii“ annimmt in einem Falle, wo der Erbe, „cujus post mortem codicillos aperiri testator praecepit“ aus „justa ignorantia“ das fideicommittirte Grundstück veräussert hatte.

Auf die Behandlung der verborum obligatio liess sich von diesen Sätzen her doch in Wahrheit kein analoger Schluss machen. Der Zweifel konnte bei der verborum obligatio nicht auf einer Frage der Willensauslegung beruhen. Vielmehr nur auf einer Frage nach dem Begriff der culpa, durch welche die Obligation perpetuirt werden soll. Der Zweifel kann sich hier wohl nur daraus erklären, dass die ältere Auffassung ganz starr es genügen liess, wenn irgend ein objectiv die Obligation verletzendes Factum des Promittenten vorlag; indess die neuere Lehre, auch hinsichtlich der verborum obligatio, das subjective Moment der Zurechnung zur Schuld forderte. Nach dieser letzteren Lehre konnte der Promittent, welcher „nesciens se debere“ den Sklaven getödtet hatte, nur haften, wenn ihm jenes Nicht-Wissen als fahrlässig zu imputiren war. Vgl. dazu

Diese im ältesten Recht vorherrschende Subsumtion bloss positiver, rechtlich gemissbilligter Handlungen unter den Begriff der culpa äussert sich vielfach auch noch im Sprachgebrauch der späteren Zeit, als längst die bonae fidei obligationes anerkannt, ja in den Vordergrund getreten waren. So zeigt es sich besonders klar in dem Satze, welcher von Qu. Mucius über das Commodat durch Ulpian überliefert ist „et culpam praestandam et diligentiam (fr. 3, §. 2 commod.). Ferner in den Worten des Paulus (libr. VII ad Sabinum fr. 17 d. jur. dot.) „In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accipit, sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet“. Ganz offensichtlich steht hier der Praestation der culpa im engeren Sinne, als der culpa in faciendo, unter dem Namen der diligentia gegenüber die Prästationspflicht für die entsprechende culpa (i. w. S.) in non faciendo⁷⁾.

Bei solcher Eingrenzung der Culpa hinsichtlich der verb. obligationes hätte es nun in der That gar nicht ausserhalb des Reiches der Möglichkeit gelegen, die folgende Behandlungsweise einzuschlagen. Die Obligation als solche, so hätte man sagen können, ist und bleibt vernichtet, weil durch Vernichtung des Leistungsobjectes ihr wesentlicher Zweck unerreichbar geworden ist; aber es hat nun der Promittent aus delictsmässigem Rechtsgrunde zu haften, weil er durch seine Culpa den Untergang der Obligation bewirkt hat, analog dem Princip der lex Aquilia.

Wie indess wäre es praktisch erträglich gewesen, dass ein Schuldner gegenüber der Klage aus der Obligation sich zunächst erfolgreich darauf sollte berufen können, wenn er selber den Leistungsgegenstand vielleicht geradezu in rechtswidriger Absicht

M. Voigt in den Abhandl. der K. Sächs. Gesellsch. d. Wissensch. Bd. 16, 1874 S. 4, S. 7 fg.

7) Vgl. namentlich Donellus comment. jur. civ. libr. XVI, c. VII §. 14 (Nürnb. Ausg. Bd. 10 S. 176 fg.) und Löhr Beiträge zu der Theorie der Culpa (1808) S. 151—162, vgl. S. 132 fg. Hasse hingegen (Culpa ed. 1. nam. S. 281 fg.) fehlt entschieden durch eine unmässige Nivellirung, indem er weder zwischen älterer und neuerer Auffassung und Sprachweise unterscheidet, noch hier überhaupt die einzelnen classischen Juristen viel anders wie als „fungible Grössen“ behandelt.

vernichtet hatte? Und dies nur um den Stipulator auf den Weg einer neuen, den Schranken der Delictobligationen unterworfenen, Klage hinüberzutreiben? Einer Delictsklage, zu deren Schaffung nach dem Princip des älteren Processes zudem eine eigene lex erforderlich gewesen wäre?

Es lag für die veteres nahe genug, der ganzen Schwierigkeit abzuhelfen durch die Einpassung der zu realisirenden Rechtsidee in die Denkform, dass „perinde — ac si ea res exstaret“ (Paulus S. R. V, 7, §. 4) der Promittent aus der ursprünglichen Obligation forthaftete. Formell also gilt die Obligation nach wie vor noch gerichtet auf das dare der res ipsa, gerade als wenn sie noch ebenso gut wie zur Zeit der Obligirung gegeben werden könnte. Materiell aber geht das Soll der Obligation geradezu nur noch auf Leistung des Erfüllungsinteresses⁸⁾ als

8) Zwar ist neuerdings wieder mit Energie behauptet worden, dass die *condictio* auf dare von certa res aus Stipulation oder Damnationislegat „mit dem Interessebegriff Nichts zu schaffen haben kann“ (Kniep *Mora* Bd. 2, 1872 S. 9—16 insb. S. 14). Wie kann aber daraus, dass eine von Anfang an nur auf ein „quidquid dare facere oportet“ hinauslaufende Stipulation *incerta* genannt wird (Fr. 68 d. V. O.), der Schluss gezogen werden: das „*quanti ea res est*“ bei der *condictio certae rei* sei stets nur der Deutung auf den reinen Sachwerth, nicht auf das vielleicht viel höhere Interesse des Klägers fähig gewesen? — v. Savigny *System* Bd. 5 S. 612—617; Rudorff *Rechtsgeschichte* II §. 40 Anm. 9 u. A. haben ohne Zweifel sowohl die innere Wahrscheinlichkeit wie zureichend unterstützende äussere Gründe für sich, wenn sie annehmen, dass in den Römischen *judicia* die, hier durch die *incerta condemnatio* begründete, Freiheit im vollsten Masse wirklich benutzt wurde, um dem Kläger gegenüber einem rechtsverletzenden Beklagten zu seinem Interesse zu verhelfen. Daher übertrug man ja auch, grade für unsern Fall des Sachuntergangs, das *jus jurandum in litem* auf die *condictio certae rei* fr. 5, §. 4 d. in lit. jur. 12, 3.

Nur Ein äusseres Zeugniß für die freiere Deutung des „*quanti ea res est*“ der *cond. certae rei* im classischen Recht mag hier noch erwähnt werden, weil es spezieller unser Fragengebiet berührt. Nämlich Ulpian's Erörterung in fr. 71, §. 3 d. *legat. I.* Es handelt sich um den Fall, wo Jemand die Anordnung eines Damnationislegats durch den Testator zwar zugestehet („*confitetur se quidem debere*“) aber einen gerechten Grund behauptet „*cur utique praestare non possit*“, „*ut puta si servum hereditarium neget se debere praestare, forte patrem suum vel matrem vel fratres*

solchen. Und zwar wirklich gleich direct das Soll der Obligation selbst. Man kann nicht sagen, dass der Schuldner, welcher die Naturalerfüllung unmöglich gemacht hat, erst im Prozesse durch das Urtheil für die Leistung des Interesses haftbar gemacht (Neuner a. a. O. S. 180 fg.) werde. Wenngleich Paulus über die so perpetuirte Obligation selbst bemerkt (fr. 91, §. 6 cit.) „*Novari autem an possit haec obligatio, dubitationis est; quia neque hominem qui non est neque pecuniam quae non debetur stipulari possumus*“: so sind dies ja doch nur spitzfindige Zweifelsgründe, welche Paulus sofort selbst verwirft „*ego puto novationem fieri posse, si hoc actum inter partes sit, quod et Juliano placet*.“ Mithin steckt auch in den, nur aus der formalen *intentio* der *condictio certi* spitzfindig argumentirenden und anzweifelnden, Worten „*pecuniam quae non debetur*“ keineswegs „ein deutlicher Beweis dafür, dass die Römer das Interesse nicht einmal eventuell als in obligatione befindlich ansahen“. So war ja gerade auch für das *Constitutum*, welches nach ausdrücklicher Edictsbestimmung „*pecunia debita*“ voraussetzt, die Rechtsgültigkeit des Geschäftes in dem genau entsprechenden Fall seitens der classischen Jurisprudenz durchaus anerkannt. Ging die promittirte Spezies unter, während die Perpetuation der Obligation zutrifft: so besteht danach das *Constitutum* zu Recht, mag es formell auf die untergegangene Sache (fr. 23 d. *pec. const.* 13, 5), oder direct auf deren *pretium* abgestellt sein (fr. 21, *pr. eod.*).

Wie lässt es sich dem nun gegenüber als Römische Auffassung behaupten, dass im Fall der perpetuirten Obligation die Ersatzpflicht erst durch die Verurtheilung, nicht schon durch

naturales“. Ulpian entscheidet, dass er mit dieser Vertheidigung gehört werden müsse: „*aequissimum est enim concedi ei ex hac causa aestimationem officio judicis praestare*“. Vermittelt durch das *officium judicis* wird hier also das Vermächtniss der Sache umgedeutet in ein Vermächtniss des reinen Sachwerthes. Da dies nun aus besonderer billiger Schonung gegen den Erben geschieht: so ist es ja klar, dass das Vermächtniss der Sache selbst als zu einem andern noch höheren Betrage der *condemnatio pecuniaria* führend gedacht ist. Und auf keinen Fall lässt sich hier dies Letztere aus einer Einmischung der Grundsätze über die *Litiscrescenz* erklären. Rudorff *Zeitschr. f. Rechtsgesch.* Bd. 14 S. 399 fg. insb. S. 407 S. 412 fg.

die Verletzung der Obligation eine präsepte werde? Und wohin müsste überhaupt solche Auffassung für die bei Weitem überwiegende Mehrzahl aller Fälle führen, in denen doch ohne allen Process und ohne allen Richterspruch das Schuldverhältniss sich abwickelt⁹⁾?

Schwerlich also geht die heutige Rechtsanschauung in der That von einer, von der römischen verschiedenen, Anschauung des Wesens und Inhalts der Obligationen aus (so Neuner a. a. O. S. 183), wenn sie annimmt, dass der zu leistende Gegenstand schon ex ipsa obligatione ein stufenweise zweifacher sei: primär Naturalerfüllung, eventuell Ersatz des Erfüllungsinteresses. Vielmehr entspricht Letzteres schon der Römischen Auffassung selbst. Gelangt einmal die Rechtsordnung, sie sei nun Römisch oder Deutsch, zur Aufstellung eines Rechtsbegriffs und einer Rechtsfunction des Geldes als eines eventuell letzten zwingenden Solutionsmittels von Obligationen¹⁰⁾; so kann dabei der Gedanke nur der folgende sein. Die Bedrohung mit der eventuellen Pflicht der Geldleistung ist zunächst als das geeignetste Mittel gedacht, den Schuldner von willkürlicher Vereitelung der primär gewollten Naturalerfüllung abzuhalten. Kommt es aber dennoch zur Naturalerfüllung nicht: so soll sodann durch den eintretenden Nothbe-

9) Als vollends unhaltbar erscheint deshalb die auf die Spitze getriebene Behauptung Cohnfeldts (Interesse S. 212 fg.), dass überhaupt vom Interesse als nachfolgendem Gegenstand der Obligationen nicht die Rede sein könne; dass man vielmehr in jenen Fällen, anstatt einen ursprünglichen Gegenstand, „eine ursprüngliche und nachfolgende Obligation“ unterscheiden müsse. Die Interesseleistung wegen Nichterfüllung einer Obligation sei nach Digestenrecht Gegenstand der durch das condemnatorische Urtheil geschaffenen secundären Obligation auf das, was das Urtheil dem Beklagten auferlegt.

Aber wie kommt überhaupt das Urtheil zu solcher Auferlegung, wenn es sie nicht an und für sich ex ipsa obligatione materiell begründet findet? Man darf doch über der Form der pecuniaria condemnatio das materielle Wesen und die inneren Zwecke, durch die sie hervorgerufen ist und denen sie dient, nicht übersehen. Die Geldcondemnation ist nur die prozessualische Erscheinungsform der sachlichen und materiell-rechtlichen Auffassung des Wesens der Obligation und der obligationsähnlichen Verhältnisse.

10) Vgl. Hartmann, rechtlicher Begriff des Geldes S. 48 fg.

half der Interesseleistung in Gelde auf die bestmögliche Weise der Obligationen zweck in anderer Form erreicht werden und der Gläubiger durch das geeignetste Surrogat Satisfaction bekommen.

Beides, die Naturalerfüllung und die eventuelle secundäre Satisfaction werden sich auch sehr oft mit einander combiniren. Mag man an den Fall denken, dass der Promittent durch seine schuldhaft That die versprochene Sache der Substanz nach nur theilweis vernichten, oder dass er die Sache bloss deterioriren sollte. Es ist hier immer der identische Grundzweck, der durch die verschiedenen Prästationen gesichert und realisirt werden soll; es würde daher vollkommen unnatürlich sein, diese Prästationen auseinander reissen zu wollen, um sie auf verschiedene Klagen (aus Vertrag und aus Delict) oder auch nur auf verschiedene formelle Rechtsgründe („ipsa obligatio“ und Judicat) zu vertheilen.

Materiell also wird selbst bei der Römischen verborum obligatio hinter dem ursprünglichen Schuldgegenstande für den Nothfall schon ex ipsa obligatione das Erfüllungsinteresse geschuldet. Wenn dies hier formell verdeckt wird: so erklärt sich das offenbar nur aus der mehrerwähnten besonderen Eigenthümlichkeit der verborum obligationes. Gerade daraus nämlich, dass sie streng genommen nur auf den buchstäblich bezeichneten Zweck sich richten können. Deshalb erscheint selbst da, wo durch die Culpa des Schuldners das Erfüllungsinteresse verwirkt war, die Vermittelung durch die künstliche Denkform nothwendig, als seien immer noch die Voraussetzungen der Naturalerfüllung gegeben und die letztere selbst in obligatione. Am schärfsten prägt sich diese Nothwendigkeit aus bei der formula der intentio certa auf „darem ipsam oportere“ selbst, wenn diese auch nach wirklich erfolgtem Untergang der Sache noch statthaft und begründet sein soll.

Hingegen bei den Obligationen, wo der Inhalt von vornherein nach dem „quidquid dare facere oportet ex fide bona“ sich bestimmt, war natürlich für die Aufrechthaltung des Klaganspruchs die Fiction ganz unnöthig, als bestehe die untergegangene Sache, die den primären Leistungsgegenstand bildete, in Natur noch fort¹¹⁾.

11) Eine verwandte künstliche Wendung „quasi res, deterior reddita, non sit reddita“ kommt nur vor in Rücksicht auf die formulae in factum

Als „perpetua“ effecta wird aber die Obligation in der Regel der veteres im allernatürlichsten Sinne des Wortes bezeichnet, gerade für den Grundfall, wo durch culpa des Schuldners die promittirte Spezies vernichtet ist. Damit ist ja nun die Voraussetzung für die sachliche Richtung der Obligation auf eine Geldleistung eingetreten. Und hierdurch hat die Obligation eine ganz anders gesicherte Dauer gewonnen, als wenn sie in Wahrheit noch auf Leistung einer vergänglichen Einzelsache ginge.

Dies führt uns dann aber am besten hinüber zu einer kurzen Betrachtung der auf Leistung eines Genus insbes. von Geld gerichteten Stipulation.

II.

Wir lernten im Bisherigen als sicheres Resultat kennen, dass das Soll der verborum obligatio nur am Eintritt solcher objectiven Hindernisse sich bricht, welche als gleich anfangs vorhanden die Entstehung der Obligation gehindert haben würden. Keinem Zweifel aber ist es unterworfen, dass dies Soll nicht ein weniger intensives sein kann, wenn wir statt des spezifischen Leistungsgegenstandes ein geschuldetes Genus substituieren. Eine auf solchen Zweck gerichtete Obligation kann also aus unserem Gesichtspunkte nur gebrochen werden, insofern das fragliche Genus überhaupt nicht mehr in rerum natura existirt, oder etwa gänzlich extra commercium tritt.

Heisst es also in fr. 137, §. 4 d. V. O., dass „qui centum dari promisit, confestim tenetur“ und dass hier nicht „obligatio cessat, donec pecuniam conferre possit“: so ist es nach dem Früheren klar, dass dies nicht bloss für den Fall gemeint sein kann, „wo die Mittellosigkeit des Schuldners gleich zu Anfang, schon zur Zeit des abgegebenen Versprechens vorhanden war“ (Windscheid a. a. O. §. 277 Anm. 8). Vielmehr ist der rich-

conceptae, bei gewissen bonae fidei obligationes fr. 3, §. 1 commod. 13, 6. fr. 1, §. 16 depos. 16, 3. Man kann darauf schwerlich mit Neuner a. a. O. S. 181 nam. Anm. 4 und S. 183 die Annahme gründen, dass auch bei obl. bonae fidei der Schuldner bei culposer Vereitelung der Naturalerfüllung nur fortgehaftet habe „auf Grund einer künstlichen, positiv angenommenen perpetuatio der an sich eigentlich vernichteten Obligation“.

tige Sinn ebenmässig der, dass auch spätere Zahlungsunfähigkeit, sei sie auch noch so unverschuldet eingetreten, nicht als Entschuldigungsgrund angesehen werden darf. Windscheid, wenn er das Entgegengesetzte lehrt, schliesst dabei allerdings vom Standpunkte der herrschenden Lehre aus viel consequenter und folgerichtiger, als es gemeinhin zu geschehen pflegt.

Denn knüpfte wirklich eine allgemeine Rechtsregel „impossibilium nulla obligatio“ schon an blosses — wenn nachfolgend, unverschuldetes — subjectives Unvermögen des Schuldners an: so ist ja gar nicht einzusehen, wesshalb nicht auch bei generischen Obligationen mit der Voraussetzung auch die Folge zutreffen sollte. Für die verborum obligationes ist nun aber schon durch das Bisherige die ganze Basis der gegnerischen Argumentation als unhaltbar dargethan. Hinsichtlich der bonae fidei obligationes aber wird noch später eine anderweite Begründung als nothwendig sich herausstellen, da man mit dem üblichen Lehrsatze „genus perire non censetur“ bei ihnen, wo auch bloss subjective Hindernisse befreiend wirken, nicht ausreichen kann.

Also jedenfalls das Soll der verborum obligatio besteht, wie in dem Fall wo die geschuldete Spezies geraubt ist, so auch in dem anderen Falle ungehemmt und ungehindert fort, wo zur Leistung eines geschuldeten Genus die individuelle Rechtssphäre des Schuldners durch unverschuldete und unvorhergesehene Zufälle unvermögend geworden ist. Allerdings wenn dies factische Unvermögen sich nicht wieder hebt und kein Dritter für den Schuldner intervenirt und etwa der Erbe nur mit der Rechtswohlthat des Inventars antritt: so mag die Obligation noch in der Executionsinstanz am Mangel ausreichender Haftungsobjecte¹²⁾ factisch scheitern.

12) Auch hier ist es, genau gedacht, nicht Unmöglichkeit der Erfüllung, woran die Obligation scheitert. Denn auch jeder Dritte könnte ja für den Schuldner gültig erfüllen. Und wenn z. B. der Erbe, welcher mit der Rechtswohlthat des Inventars antrat, auf eine Obligation hin, die bei der concursmässigen Befriedigung ganz oder theilweis leer ausgegangen war, selber freiwillig noch leistet oder ein Dritter für ihn: so ist dies wahre solutio. Hingegen wäre es keine solutio mehr, wenn eine Obligation durch den Untergang der species debita rechtlich erloschen ist und jetzt Jemand

III.

Es ist noch einiger Fälle zu gedenken, in denen das Soll der Obligation ohne Zweifel ein nicht minder intensives ist wie bei der alten *verborum obligatio*. So war es zweifellos bei den *obligationes stricti juris* aus dem alten *Damnationslegat*, aus dem *Literalcontract* und aus dem Darlehen. Zwar sahen wir früher, dass nach freierer Willensauslegung das Vermächtniss einer individuell bestimmten Sache, welche zur Zeit der Entstehung der Obligation schon factisch abhanden gekommen war, den Erben nicht schlechthin zur Leistung, sondern zunächst nur zum Versuch der Wiederherbeischaffung verpflichtete. Kam aber erst nach Entstehung einer *obligatio stricti juris* aus *Damnationslegat* die Spezies abhanden: so musste das Soll der Obligation auch hier schlechthin in vollster Kraft bestehen bleiben. Damit stimmt es auch durchaus überein, wenn mehrfach in den Quellen da wo „*certum corpus heres dare damnatus est*“ als Voraussetzung für die Befreiung des Erben hingestellt wird, dass „*sine facto ejus res periit*“, oder „*in rerum natura esse desiit*“ u. dgl. ¹³⁾. Erst die Tendenz des neueren Römischen Rechts musste dahin gehen, wie bei den *Fideicommissen* (fr. 22, §. 3 i. f. 36, 1 ad Se. *Trebell.*), in der später zu betrachtenden Weise der *bonae fidei obligationes*, jederlei *Exculpation* zuzulassen.

Das ältere Recht bot für den Fall, dass eine weniger weit gehende Verpflichtung des Erben beabsichtigt war, das geeignetste Auskunftsmittel in dem *legatum sinendi modo relictum*. Denn nach dessen ursprünglicher, durch die ausdrückliche Formel der Anordnung gegebenen, Gestalt ging hier das Soll der Obligation nur auf ein „*patientiam praestare neque dolo malo facere quominus eam rem haberet*“ (*Gajus II*, §. 214. §. 215 i. f.).

dem früheren Gläubiger noch freiwillig das Interesse leistete, welches dieser am Fortbestehen der Obligation hatte.

13) Fr. 26, §. 1 fr. 48, §. 1 d. *legat. I*, vgl. fr. 35 fr. 36, §. 3 fr. 47, §. 6 eod. §. 16 J. 2, 20 d. *legat. Ulpian* aber wandte sicher die freieren Principien der *Fideicommissa* auch hier auf das wirkliche *Legat* (*per damnationem*) an fr. 47, §. 5 d. *legat. I*. Hierauf beruht das richtige Moment der Bemerkung von *Mommsen a. a. O.* Bd. 1, S. 32 Anm. 17. vgl. Bd. 3 S. 393 Anm. 5.

Vollends ist es für die *Delictsobligationen* klar, dass sie nicht an Strenge hinter den *verborum obligationes* zurückbleiben können. Gerade der Pönalcharakter, welcher im Römischen Recht hier so besonders scharf und umfassend heraustritt, bringt dies kategorisch mit sich. Nicht das also, dass eine „Unmöglichkeit“ hier nicht eintreten könnte, lässt sich bei denjenigen Obligationen aus *Delicten*, deren alleiniger Leistungsgegenstand das Schadensinteresse ist, mit der herrschenden Lehre als Grund dafür anführen, wesshalb eine „Befreiung des Schuldners durch casuelle Unmöglichkeit dabei allgemein ausgeschlossen ist“ (*Mommsen S. 320 Anm. 3*). In dem vagen Sinn, wie die herrschende Lehre besonders die „nachfolgende Unmöglichkeit“ versteht, könnte sie ja sehr wohl eintreten. Aber die *Delictsobligation* des älteren Rechtes versagt, selbst bei absolutem und totem eigenen Vermögen des Schuldners, nicht einmal in der *Executionsinstanz* ihre Kraft. Sie hält den „*qui noxam nocuit*“ mit persönlicher Pfandhaftung bestrickt und begründet den Verkauf des Schuldners in die *Slaverei*, noch lange seitdem sonst diese Strenge des alten Schuldrechts gefallen war.

Bei den vorzugsweise auf *Restitution* individuell bestimmter Sachen gerichteten Obligationen, welche auf Grund *Delictes* entspringen, ist es anerkanntens: dass der Verpflichtete auch sogar dann nicht befreit wird, wenn ganz ohne sein Zuthun, durch reinen *Casus* die geschuldete Spezies in *rerum natura* zu existieren aufhörte ¹⁴⁾. Hier tritt dann schlechthin die „*aestimatio*“

14) „*Persecutionem eorum, quae vi vel furto ablata sunt, etiamsi postea intercederint, integram esse, jure responsum est*“. (*Imp. Alexander A. Felici 224, c. 1 d. his quae vi 2, 20*). fr. 14, §. 11 q. m. c. 4, 2. fr. 1, §. 34 de vi 43, 16. fr. 8, pr. fr. 16 u. 20 de cond. furt. Auch die auf die cond. furtiva bezüglichen Stellen lassen sich, wenn diese Klage auch sonst nicht als *Delictsklage* construirt ist, doch deshalb hierher ziehen, weil wenigstens der uns hier interessirende Satz auf der Veranlassung der Klage durch ein *Delict* des Beklagten resp. seines Erblassers beruht.

Ueber fr. 14, §. 11 cit. s. nam. *Mommsen, Mora S. 192 fg. Anm. 13*. In c. 1 cit. ist das „*integram*“ allerdings gegen *Mommsen's* Zweifel (*a. a. O. S. 201 Anm. 28*) sicher so zu verstehen, dass die Haftung „vollkommen dieselbe bleibt, mithin in der Weise fortdauert, als wenn der Gegenstand noch geleistet werden könnte“. Vgl. die folgende Anmerkung.

d. h. das abgeschätzte Interesse an der rechtzeitigen Naturalerfüllung, an die Stelle. Zwar ist die Ausdrucksform für diese strenge Haftung bei *furtum* und *vis* die, dass der Delinquent wie Jemand gilt „*qui semper moram facere videtur*“. Allein in Wahrheit handelt es sich doch hier nicht um eine *Mora*, die erst kraft eigener rechtserzeugender Thaten aus dem, ursprünglich milder angespannten, Obligationsverhältniss heraus sich entwickelt. Vielmehr ist hier von vornherein der Obligation, kraft ihres besonderen Veranlassungsgrundes, ein vornehmlich strenges Soll eigenthümlich. Es geht von Anfang an darauf, dass die Sache sofort und unter allen Umständen dem Verletzten zurückverschafft werde. Daher heisst es auch in fr. 30, §. 1 d. jurej. 12, 2 (Paulus libr. XVIII ad edict.) ganz ausdrücklich „*Si juravero, te Stichum mihi dare oportere, qui non sit in rerum natura, nec aestimationem mihi praestare reus debet, nisi ex causa furtiva, vel propter moras; tunc enim etiam post mortem servi aestimatio praestatur*“. Diese, der Obligation immanente, Strenge des Soll bringt es auch mit sich: dass die Haftung für den casuellen Untergang hier eine unbedingte ist und nicht etwa für den Fall wegfällt, wenn der casuelle Sachuntergang den jetzigen Gläubiger auch ohne das Delict offenbar betroffen haben würde¹⁵⁾.

IV.

Aus der bisher erörterten Natur der strengen Obligation wird sich auch auf die viel verhandelte Frage, ob eine *Mora* entstehen

15) Bei den freieren Obligationen bildete sich allerdings der Grundsatz aus, dass der Schuldner ex *mora* für den Casus nicht haftet, wenn er erweisen kann, dass der Verlust den Gläubiger auch ohne die *Mora* betroffen hätte; für die *verborum obligationes* auf *dare oportere* ist diese Beschränkung schwerlich je anerkannt worden. Vgl. fr. 30, §. 1 cit. fr. 82, §. 1 d. V. O. 45, 1. Auch schon Mommsen *Mora* S. 202 erklärt es für sehr zweifelhaft, ob in unserem Punkte die Behandlung der *bonae fidei* obl. später auf die *verborum* obl. hinübergenommen sei. Und noch gemeinrechtlich darf der Dieb nicht zu dem Beweise zugelassen werden, dass die gestohlene Sache auch beim Bestohlenen selbst nothwendig unveräussert zu Grunde gegangen sein würde. Der Dieb verdient in diesem Punkte ebenso wenig schonende Berücksichtigung, wie er sie dann verdient und empfängt, wenn er nothwendige Verwendungen auf die entwendete Sache machte. S. auch Puchta *Pand.* §. 268 Note c.

kann ohne alle subjective *Culpa*, nothwendig eine bejahende Antwort ergeben. Lässt sich nicht dieselbe nunmehr geradezu gegen Mommsen aus dessen eigenen Prämissen ableiten? Erkennt ja doch derselbe ausdrücklich an, dass für die Abwendung der nachtheiligen Folgen der *Mora* die Grenzen der „wahren Unmöglichkeit“ weder enger noch weiter gezogen sein können, als für die Befreiung von der Verpflichtung selbst¹⁶⁾. Mit andern Worten also: die nämlichen Hindernisse, welche, obwohl sie den Schuldner persönlich gänzlich zur Erfüllung ausser Stand setzen, ihn dennoch trotz seiner Schuldlosigkeit nicht befreien; diese nämlichen Hindernisse und diese nämliche Schuldlosigkeit sind auch unfähig, die Nachtheile der *Mora* von ihm fernzuhalten¹⁷⁾. Kurz gesagt ist es die grössere oder geringere Intensität des Solls der in Frage stehenden Obligation, von der es abhängt, ob eine *Mora* ohne alle *Culpa* möglich ist. So kam der, welcher aus *verborum obligatio* das *dare* einer *Species* schuldete, durch die auf Vornahme dieser Leistung gerichtete Mahnung schlechthin in *Mora*, auch wenn ihm die geschuldete *Species* vorher geraubt war. Es beruht auf der besondern Natur der freier behandelten Obligationen, dass bei Abhandenkommen der Sache eine *Mora* nicht eintreten könnte ohne das Dasein einer *Culpa* des Verhinderten.

16) Mommsen a. a. O. Bd. 1 S. 2 u. 3. S. 263 fg.

17) Mommsen (*Mora*, nam. S. 13–24), fingirt in der That für manche Fälle eine Zurechnung zur Schuld, um die von ihm gelehrten Voraussetzungen der *Mora* aufrecht zu erhalten: dass der Schuldner müsse erfüllen können und doch nicht wollen trotz des Bewusstseins seiner Schuld und der begründeten Erwartung des Gläubigers (also *dolus*). Die Fiction steckt in der Lehre, dass in gewissen Fällen insb. bei Geldleistungen die thatsächliche „Unmöglichkeit der Leistung“ (genauer: die schuldlose Verhinderung des Debitors an der Leistung) „vom Recht nicht als eine wahre Unmöglichkeit anerkannt werde“ (genauer: dass die Lage des wirklich schuldlos verhinderten Schuldners vom Recht so angesehen werde, als sei er nicht verhindert und unterlasse nur willkürlich also *dolus* die Erfüllung).

Richtige Bemerkungen hiergegen und gegen manche neuere Versuche, indirect eine *Culpa* des Schuldners für solche Fälle herauszurechnen, finden sich schon bei Kniep *Mora* Bd. 1, 1871 S. 377–420 und bilden, wenigstens ihrem Resultat nach, wohl die beste Seite dieses Buches.

Zur Mora an und für sich genügt mithin die blosse objective Widerrechtlichkeit.

Unmöglich aber kann hiergegen ein Bedenken daraus entstehen, dass nach fr. 91, §. 3 d. V. O. die Regel der veteres „*quotiens culpa debitoris intervenit, perpetuari obligationem*“, ausser auf den Fall positiver rechtswidriger Handlungen des Promittenten, gerade auf den Fall der Mora als zweiten Hauptfall ausdrücklich gemünzt war. Es tritt darin vielmehr nur mit absoluter Deutlichkeit zu Tage: dass der ältere, mit dem Worte Culpa verbundene, Begriff nicht die Zurechnung zu einer subjectiven Fahrlässigkeit in sich schliesst, sondern nur das Moment einer objectiven Rechtsverletzung¹⁸⁾. Die Betrachtung der näheren Voraussetzungen der als Mora qualificirten Rechtsverletzung liegt ausserhalb unserer jetzigen Aufgabe, ebenso die Betrachtung der Weise und des Umfanges der Rechtsfolgen, durch deren Androhung die Rechtsordnung im Dienst des ursprünglichen Obligationzweckes gegen die Mora reagirt¹⁹⁾.

§. 13. Prästationspflicht für nachfolgende Hindernisse der Erfüllung bei bonae fidei obligationes.

Wie, so fragt es sich jetzt, verhält sich bei den bonae fidei obligationes das Soll der Obligation gegenüber den Schwierigkeiten und Hindernissen, die nach Eintritt der Gebundenheit sich der schliesslichen Zweckerfüllung etwa in den Weg stellen könnten? Es ist von vornherein nur daran zu erinnern, dass es sich hier keineswegs bloss um Vertragsobligationen handelt, wenschon letztere den Grundfall und Ausgangspunkt bilden. Ausser den andersartigen Obligationen, welche schon in den Römischen Rechtsquellen (§. 28, J. de act.) ausdrücklich mit unter den Namen der bonae fidei obligationes gestellt sind, haben auch die freieren Vermächtnissobligationen des neueren Rechtes hinsichtlich unserer

18) Vgl. Voigt in den Abhandl. der Sächs. Gesellsch. d. W. Bd. 16, S. 11 fg. Anders noch Neuner a. a. O. S. 182 Anm. 5.

19) Schwerlich kann man hier mit Kniep Mora Bd. 2 S. 561 fg., entgegen der herrschenden Lehre, annehmen, dass die Mahnung als neuer Entstehungsgrund geradezu eine neue Obligation hervorbringt.

Frage die gleiche Behandlung seitens der Römischen Juristen gefunden (fr. 47, §. 5. fr. 108, §. 12 d. legat. I). Vollends leuchtet es ein, von wie umfassender Bedeutung für uns, durch das Verschwinden der verborum obligationes, diese Grundsätze geworden sind.

Unter den früheren Juristen ist es der treffliche Donellus, der mit vollster Bestimmtheit und Schärfe die principielle Verschiedenheit betont, mit welcher in unserem Punkte die bonae fidei obligationes den verborum obligationes gegenüber treten. Er stellt seine These freilich nur auf für solche bonae fidei Obligationen, die auf Verschaffung individuell bestimmter Sachen hinzielen. Auch wir gehen am besten von diesem Falle aus, verbinden damit das, was über Obligationen auf ein speziell bestimmtes Thun noch zu bemerken ist, und betrachten dann noch besonders die generischen Obligationen.

I.

Für die bonae fidei obligationes auf Verschaffung eines individuell bestimmten Leistungsgegenstandes stellt Donellus in einem eigenen Abschnitt¹⁾ das blosse Abhandenkommen dieses Gegenstandes, welches unbeschadet der Sachsubstanz erfolgt, als einen besonderen Untergangsgrund hin. Schon die blosse spätere „*difficultas praestationis*“ als solche, so lehrt er danach, wirkt hier befreiend, sofern nur der Schuldner ohne Culpa an derselben ist.

Auf welchem Grunde aber beruht es, dass der Schuldner durch später eintretende Hindernisse z. B. nachträglichen Verlust des erforderlichen Rechts oder der erforderlichen factischen Verfügung über die Sache befreit werden soll, während er auf die gleichen Hindernisse als gleich anfangs vorhandene sich schlechthin nicht berufen dürfte?

Als entscheidenden Grund²⁾ hat man bald das betont, dass

1) Commentarii a. a. O. libr. XVI c. 6 „*De rei debita, quae salvo corpore contingit, amissione*“, gegenüber dem c. 1 „*de interitu rei debita*“, wo allein „*impossibilis rei praestatio*“ von Donellus ganz richtig angenommen wird.

2) Vgl. insb. Mommsen a. a. O. Bd. 1 S. 27. Windscheid Heidelb. Zeitschr. Bd. 2, S. 110, Mommsen a. a. O. Bd. 3 S. 410.

hier „ein zweites Moment, der Mangel einer Verschuldung hinzutreten muss“; bald vielmehr das, dass es sich hier „immer um eine Veränderung in den Verhältnissen handelt, auf Grund deren contrahirt worden ist“. Die zweite Bemerkung enthält aber doch in Wahrheit nicht eine innere Begründung, sondern nur eine Wiederholung der spezifischen Differenz in dem zu erklärenden vorausgesetzten rechtlichen Thatbestande. Es versteht sich ja von selbst, dass diese spezifische Verschiedenheit der Voraussetzung auch relevant sein muss für die daran geknüpfte besondere rechtliche Wirkung. Die erste Bemerkung aber über die Verschuldung als die zweite Bedingung für den Eintritt der Befreiung ist jedenfalls ganz schief gefasst. Streifen wir diese schiefe Hülle und Beimischung davon ab: so werden wir damit auf den wahren inneren Grund der Sache hingeführt werden. Bleibt wegen veränderter Sachlage die in erster Linie bezweckte Naturalerfüllung aus: so ist es nicht die zweite Neben-Frage, sondern die Eine Kardinalfrage, ob diese Nichterfüllung dem Debitor zu imputiren ist, oder nicht. Dies aber kann nur beruhen auf der innerlich erfassten Natur der bona fides selbst. Es ist in neuerer Zeit mehrfach richtig betont worden³⁾, dass die Vorstellung von der bona fides sich erst ganz allmählig verfeinert und vertieft und eine grössere praktische Tragweite gewonnen hat. Der Grundbegriff ist ohne Zweifel der eines Worthaltens gegenüber dem speziell und ausdrücklich Vereinbarten; eine „diutorum conventorumque constantia et veritas“. Schon gegen Ende der Republik hat sich der Begriff praktisch in fester Weise dahin erweitert: dass er die Vermeidung jedes dolus malus, die Abwesenheit jeder bewussten und absichtlichen Unredlichkeit bedeutet. An dieses Stadium der Entwicklung erinnern die zahlreichen Quellenstellen, welche der bona fides im engeren Sinn ganz ausdrücklich nur den dolus malus gegenüberstellen, wie z. B. die Worte des Proculus in fr. 68, pr. d. contrah. empt. „existimo te non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere, id est non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa“. Aber in der Kaiser-

3) Bekker die Aktionen I S. 162 fg. Bruns, das Wesen der bona fides bei der Ersitzung 1872, S. 78—87. Pernice, M. A. Labeo 1873 S. 408—416.

zeit hat der Begriff in seinem weitesten Sinne sich dahin entfaltet, dass er auch ein zweckgemässes Handeln mit redlicher Ueberlegung umfassen kann; also die Vermeidung alles dessen, was der Diligenz eines ordentlichen Mannes widerstreitet. So ist es ohne Zweifel verstanden, wenn Ulpian die Clausel „ex fide bona“ bei der actio emti dahin auslegt „quum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari quod inter contrahentes actum est. Quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt hujus iudicii potestate“ (fr. 11, §. 1 d. act. empt.). Die beim Kaufe „naturaliter“ zu prästirende Diligenz wird also als ein einzelner Ausfluss aus dem Princip der den Kauf beherrschenden bona fides mit abgeleitet.

Nun aber trägt diese bona fides ihr gleiches gerechtes Mass in sich selbst, nach beiden Seiten hin auch der des Gläubigers gegenüber. Wie der Gläubiger vom Schuldner Alles verlangen kann, was die bona fides gebietet: so darf er andererseits auch nicht mehr und nicht eine stärkere Anspannung fordern, als es das Mass der schuldigen guten Treue mit sich bringt. Und an diesem Punkte gerade muss die von uns zu gebende Begründung unseres speciellen Problemes einsetzen. Mit der guten Treue kann es regelmässig nicht als vereinbar erscheinen, dass man als Verpflichteter schlechthin einzustehen habe für alle, gar nicht vorauszuhenden, Wechselfälle einer blinden und oft tückischen Zukunft; auch wenn diese Wechselfälle weder direct noch indirect mit einem fehlerhaften Willen des Verpflichteten im Zusammenhange stehen. Vielmehr muss man, wo anstatt formaler Buchstabeninterpretation der innere Geist und Sinn eines Verpflichtungsactes das Entscheidende ist, im Zweifel annehmen: dass die Verpflichtung hinsichtlich der Zwischenfälle der Zukunft nicht über das Gebiet eigener Zurechnung hinaus gewollt war. So etwa lässt sich der innere Gedanke fassen, den hier die Römischen Juristen richtig und mustergültig ausgeprägt haben. Ebenso mustergültig ist ihre weitere Hauptunterscheidung. Es kommt darauf an, ob „utriusque contrahentis commodum versetur“ oder „unius solius“⁴⁾. Zweckt das vorliegende obligatorische Verhält-

4) Fr. 108, §. 12 d. legat. I (Africanus libr. V quaest.). fr. 5, §. 2 commod. 13, 6 (Ulpianus libr. XXVIII ad edict.). Noch Modestinus (libr. II

niss auf das Interesse beider Theile ab: so haften sie danach Beide nicht bloss für *dolus* (incl. *lata culpa*), sondern für die Sorgfalt eines *diligens paterfamilias*, also für *omnis culpa* auch die *culpa in non faciendo*. Soll das Verhältniss hingegen bloss dem Interesse des einen Theiles dienen, so haftet der andere Theil bloss für *dolus* (incl. *lata culpa*)⁵⁾.

Gerade aber wo Jemand nun so bloss für *dolus* haftet, zeigt es sich am klarsten, dass auch schon eine geringe Schwierigkeit, die der Erfüllung später entgegentritt, befreiend für den Verpflichteten wirken kann. Denn das Soll der Obligation geht hier gar nicht auf eine besondere Bemühung zum Ueberwinden von Hindernissen und Schwierigkeiten. Gab z. B. der Depositar aus Verwechslung die deponirte Sache an eine unrichtige Person zurück: so mag es sein, dass er mit einiger Mühe den Empfänger erreichen und zur Rückgabe bestimmen könnte, um dann die Sache an den wahren Deponenten herauszugeben. Ebenso wird es ihm bei eingetretener Entwendung oft gelingen können, den Dieb zu entdecken und zur Restitution anzuhalten. Aber die Pflicht zu solcher Mühewaltung steckt in seiner Obligation nicht. Und

different.) *collatio X*, c. 2, §. 3 wendete streng auch auf das Mandat den Grundsatz an: „*In mandati vero iudicium dolus non etiam culpa deducitur*“. Ist nun auch eine strengere Verpflichtung des Mandatars, als der *bona fides* des Mandates und der *utilitatis ratio* angemessen, später allgemein anerkannt und der Grundsatz auch sonst keineswegs mit rücksichtsloser Starrheit durchgeführt worden: so verliert er doch dadurch seine innere Wahrheit nicht und kann schwerlich mit *Bethmann-Hollweg* (der *Röm. Civilprocess* Bd. 2, 1865 S. 285) als eine „oberflächlichere Regel“ bezeichnet werden. Vielmehr steckt darin ein gutes Stück praktischer Vernunft und eine ganze Summe brauchbarer Folgesätze. Einzelnes insb. bei *Momm- sen* Beiträge Bd. 3 „zur Classification der Obligationen in Beziehung auf *Culpa*“ S. 390 fg. und *Ihering* das Schuldmoment 1867 S. 53 u. 54.

5) Es liegt ausserhalb des Rahmens unserer Untersuchung, zu erörtern, wie die wahre herrschende Auffassung der classischen Römischen Jurisprudenz nur *dolus* und *culpa* schlechthin unterscheidet, und in welchem Sinn sie den schmalen Grenzstreifen, wo es mehr oder weniger unsicher ist, ob nicht wirklich *dolus* vorliegt anstatt blosser *culpa*, in civilrechtlichen Verpflichtungsverhältnissen geradezu dem *dolus* beirechnet.

so ist er von der Haftung auf das Erfüllungs-Interesse frei, weil und insofern die Nicht-Rückgabe der deponirten Spezies nach Gestalt der Sache nicht auf einen *dolus malus* des Verpflichteten rückführbar ist (fr. 1, §. 32 *depos.* 16, 3)⁶⁾.

Veräusserte ferner der Erbe des Depositars die deponirte Sache, weil er diese ihre Eigenschaft nicht kannte: so wird ja hier der Käufer, der doch immer einer *Evictionsklage* ausgesetzt ist, auf Grund einer Aufklärung über das wahre Sachverhältniss sehr häufig leicht zum Rückverkauf sich bewegen lassen. Aber Mühe und Kosten nach dieser Richtung hin anzubieten, liegt wieder ausserhalb des Solls dieser Obligation. Hätte jedoch erweislich der Käufer nach erlangter Aufklärung sich bereit erklärt, ohne Verlust für den Verkäufer, den Handel rückgängig zu machen: so würde dann freilich das Nichteingehen auf dies Angebot wieder den Vorwurf des *dolus malus* oder wenigstens einer gleichgeltenden *lata culpa* begründen und die Haftung für das volle Erfüllungsinteresse kraft *actio depositi* ergeben (fr. 3 *depos.*).

Uebrigens richtet sich für alle Fälle, sofern hier der Erbe durch den Preis wirklich bereichert ist, das Soll der Obligation wenigstens auf Herausgabe dieser Bereicherung (fr. 1, §. ult. *depos.*): „*Hoc enim ipso*“, können wir hier am kürzesten mit *Ulpian* (a. a. O.) sagen, „*dolo facit quod id quod ad se pervenit non reddit*“. In der That also gehört diese letztere Leistung noch immer zu der übernommenen *bonae fidei obligatio*, steht mit ihr in unmittelbarer Verbindung. Sie ist nicht selbständig zu gründen auf eine äusserlich hinzutretende allgemeine Rechtsregel „*commodum ejus esse debet, cuius est periculum*“⁷⁾.

Es tritt gar nicht von aussen her an alle Obligationen ein solcher Rechtssatz heran. Nur die gute Treue, sofern sie eine Obligation beherrscht, m. a. W. das Soll der *bonae fidei obligatio*

6) *Mandry*, *Archiv f. civil. Pr.* Bd. 48, 1865 S. 244 betrachtet aus solchen Gründen die Aufstellung eines Unterschiedes zwischen *Restitutions-* und *Leistungs-Unmöglichkeit* gerechtfertigt; indem nach ihm die Unmöglichkeit der Erfüllung bei demjenigen, welcher nur zur Rückgabe einer in seinem Gewahrsam befindlichen Sache verpflichtet ist, schon mit dem Verluste des Gewahrsams eintritt.

7) So *Momm- sen*, *Beiträge* Bd. 1, S. 31 Anm. 13 und die genauere Ausführung in den Erörterungen aus dem *Obligationenrechte* Heft I, 1859.

als solcher selbst verlangt es schlechthin, dass der Debitor nicht bereichert bleibe durch ein Ereigniss, welches ihn von der Naturalerfüllung exculpirte und ihm zugleich noch ein besonderes Commodum abwarf. Das Soll der Obligation geht hier von vornherein eventuell auf Herausgabe eines solchen stellvertretenden Commodum, weil dadurch der innerlich gewollte Obligationszweck wenigstens annähernd und theilweise noch in anderer Form erreicht werden kann und weil die Vorenthaltung jenes Gewinnes als dolosés Zuwiderhandeln gegen die innere Obligationsabsicht, als Verletzung der bona fides sich qualificiren würde.

Von dieser bona fides aber gilt das classische Wort des Tryphonius (libr. IX disput. fr. 31 depos.), dass sie „aequitatem summam desiderat“ d. h. die genaue Berücksichtigung der individuellen Momente des concreten Thatbestandes. Gesetzt also es hat der Dieb oder Räuber einer Sache sie deponirt: so ist zwar der Empfänger zur Rückgabe an den Geber obligirt. Bringt er aber statt dessen die Sache freiwillig, seinem begründeten Gefühl von der höheren Gerechtigkeit gehorchend, dem Bestohlenen oder Beraubten zurück: so ist er von jeder Haftung aus jener Obligation frei (fr. 31, §. 1 cit.); wemgleich er die Sache zurückgab ohne alle erklärte Absicht jene Obligation damit zu erfüllen. Auch sogar dann also, wenn der Schuldner durch eigenen freien Entschluss die geschuldete Sache wissentlich als solche einem Dritten weggab, kann er unter Umständen von aller Verantwortlichkeit frei sein.

Für die Frage nach der Beweislast aber ergiebt sich aus dem Allem das Folgende. Der Schuldner hat freilich festzustellen, dass die Species, auf deren obligationsmässige Restitution er belangt wurde, ihm abhanden kam z. B. durch Entwendung oder auf eine andere Weise, die nicht den Stempel einer eigenen dolosen Herbeiführung an der Stirne trägt. Ein Schuldner, welcher nur für dolus malus haftet, ist durch einen so erwiesenen Verlust der facultas restituendi bis auf Weiteres frei. Es würde nun Sache des Klägers sein, den Beklagten des dolus malus zu überführen z. B. indem er nachweist, dass Beklagter durch Begünstigung oder dgl. die Entwendung herbeiführte.

Unmöglich kann man hier eine thatsächliche Präsumtion der dolosen Begünstigung oder dgl. annehmen, so dass sich der Be-

klagte von diesem Verdacht noch besonders reinigen müsste. Es lässt sich also nicht so schlechthin der Behauptung, „dass der Gläubiger das Dasein der Arglist des Schuldners erweisen müsse“ jede Berechtigung absprechen (mit Windscheid §. 265 Anm. 17).

Anders hingegen steht es, wenn der Verpflichtete ex fide bona auch für culpa zu haften hat. Hier freilich muss er, wenn ihm etwa die Sache entwendet wurde, sich noch besonders exculpiren. — Indem er z. B., falls er wie ein Socius nur für diligentia quam suis rebus einzustehen hat, darthut, dass er die entwendete Sache in der bei seinen eigenen Sachen üblichen Weise verwahrt hatte. Ist ihm wegen Unterlassens der schuldigen Sorgfalt der Eintritt der Entwendung zu imputiren, so hat er dann unbedingt für das eingetretene Hinderniss eventuell mit dem Erfüllungsinteresse einzustehen. War er aber ohne alle culpa am Eintritt des Hindernisses: so ist er durch dasselbe noch keineswegs schlechthin entlastet. Sehr häufig wird ihm vielmehr die schuldige Sorgfalt eines diligens paterfamilias verpflichten, Schritte zu thun und Mühe anzuwenden zur Ueberwindung des Hindernisses; zumal in solchen Fällen, wo der Gläubiger durch eigene Abwesenheit an der Wahrnehmung seiner Interessen gehindert ist. Je nach dem Werth und der leichten oder schweren Ersetzbarkeit der abhanden gekommenen Sache kann diese schuldige Mühewaltung behufs der Wiederherbeischaffung von der leichtesten bis zu der schwersten sich steigern. So kann es sein, dass umgehend polizeiliche Hülfe zu requiriren ist, dass eine öffentliche Verwarnung vor dem Ankauf der entwendeten Sachen zu erlassen, eine öffentliche Belohnung für Entdeckung des Diebs und Auffindung der Sachen zu versprechen ist. In zufälliger Anwendung auf entlaufene Slaven wird auch mehrfach in den Quellen (fr. 25, §. 3 sol. matrim. 24, 3 fr. 39, pr. d. legat. I) die Pflicht des für Diligenz Haftenden erwähnt „se eos boni viri arbitrato persecuturum et restitutum“; eine Pflicht, die nur der starren Prozessconsumtion wegen damals eventuell durch Verbalcaution zu sichern war.

Beim Kauf werden als Fälle, wo eine Entlastung des Verkäufers von seiner Pflicht zur Leistung der Waare eintritt, in den Quellen besonders auch noch solche des vor der Tradition von aussen her erfolgten Rechtsverlustes erwähnt. So gedenkt A fri-

canus des Falles, wo das verkaufte Grundstück von Rechtswegen eingezogen wurde, in einer Stelle seiner Quästionen (fr. 33 locati), welche nach dieser Richtung hin vollkommen klar ist, wenn sie auch nach anderer Beziehung bedeutende Schwierigkeiten bietet⁸⁾. Diese Befreiung von der Traditionspflicht tritt ein, obwohl doch die Leistung, in Anbetracht der Freiheit behufs der Tradition sich das Grundstück zurückzverschaffen, in keiner Weise unmöglich geworden ist. Daher auch bei der verborum obligatio im gleichen Fall der Promittent forthaften würde.

Hätte aber ein verkaufender Miteigenthümer vor der Tradition im Theilungsprozess seine Eigenthumsquote durch Adjudication an den andern Miteigenthümer verloren: so würde er zwar auch von der Traditionspflicht befreit sein, doch immer noch ex fide bona zur Leistung des empfangenen stellvertretenden Commodum obligirt bleiben (fr. 13, §. 17 d. act. empt.).

Ziehen wir aus allen diesen Ausführungen die Summe. Vor Allem darf man nicht darauf abstellen, dass der vage Missbegriff der „subjectiven Unmöglichkeit“ als solcher befreiend wirke, wenn als zweites Moment Mangel an Verschuldung hinzutrete. Auch ist es zu hölzern und zu eng mit Donellus auf das unverschuldete Abhandenkommen der geschuldeten Sache abzustel-

8) Vgl. darüber nam. Mommsen Beiträge Bd. 1 S. 334—336. — Bernhöfft in Ihering's Jahrb. Bd. 14, S. 123 fg. rechnet unter die obige Kategorie auch den Fall von fr. 11, pr. d. evict. 21, 2, wo aber die Worte von Paulus „futuros casus evictionis post contractam emptionem ad venditorem non pertinere“ eher darauf hinweisen, dass nicht „vor der Uebergabe“ die Einziehung der Grundstücke zu Gunsten der Veteranen erfolgt war, sondern dem besitzenden Käufer gegenüber. Richtig erkennt übrigens Bernhöfft es an, „dass der Verkäufer unter Umständen befreit wird, wo der Satz impossibilium nulla obligatio nicht anwendbar ist“ (S. 127). Nur erscheint wieder der Satz „dass der Verkäufer überhaupt nicht schlechthin verpflichtet ist, zu übergeben, sondern nur sein Möglichstes zur Erfüllung des Vertrages zu thun“ (S. 126) als nicht genau genug bestimmt; insofern ja namentlich zwischen anfänglichen und nachfolgenden Hindernissen der Erfüllung unterschieden werden muss und auch der Begriff des „Möglichsten“, welches zur Fernhaltung und Ueberwindung nachfolgender Hindernisse allein zu prästiren ist, der Präcisirung bedarf durch die Bezugnahme auf das Mass der Sorgfalt eines diligens paterfamilias.

len. Nicht einmal auf das enge Gebiet, für das sie gemünzt ist, passt ja diese Formel. Denn, wie wir sahen, kann das Soll der Obligation, trotz unverschuldet erfolgten Sachverlustes, continuirlich fortbestehen, so dass es nicht erst völlig neu aufzuleben braucht, falls der Debitor die verlorene Sache wiederbekommen sollte (M. Bd. 1 S. 295).

Vielmehr kommt alles darauf an, ob der Schuldner, insoweit der Obligationszweck nicht effectiv realisirt ist, mit den Anforderungen der guten Treue sich in Einklang hält. Dies ist dann freilich nur der Fall, wenn ein nach guter Treue die Zurechnung ausschliessendes Hinderniss vorliegt. Welches Hinderniss dazu genügt, das lässt sich natürlich nicht isolirt für sich allgemein feststellen. Nur in untrennbarem Zusammenhange mit der Frage der Zurechnung zur Schuld, als ein bedingendes Moment dieser Frage lässt es sich entscheiden⁹⁾. Je nach der Stärke des Solls der Obligation, je nach dem Umfang der geforderten Befissenheit für das fremde Interesse kann bald ein geringeres, bald erst ein stärkeres und zwingenderes Hinderniss entschuldigen.

Noch klarer als bei den Obligationen auf Sachleistung tritt dies bei denen auf ein Thun zu Tage. Wir brauchen in dieser Hinsicht nur an früher Gesagtes zu erinnern. Uebernahm es Jemand unentgeltlich, Geschäfte in fremdem Interesse zu führen: so kann schon der Eintritt ganz geringer Hinderungsgründe, bei Nichtvornahme des Thuns, die Zurechnung zur Schuld ausschliessen. Viel strenger hingegen sind die Anforderungen, wenn Jemandem für ausbedungene Dienstleistungen ein Entgelt zugesagt war. Hier muss es nothwendig erst zwingenderer Hinderungsgründe bedürfen, damit die Nichteffectuirung des Obligationszweckes nicht zur Schuld als Verletzung der bona fides zugerechnet werden könne.

9) Hiernach berichtigen sich die Ausführungen bei Mommsen a. a. O. Bd. 1 S. 31. „Bei denjenigen Obligationen, bei welchen der Schuldner nur für dolus und lata culpa haftet, ist das Zusammenfassen der beiden Fragen nach dem Vorhandensein einer Unmöglichkeit (genauer: eines Hindernisses) und einer Verschuldung am wenigsten hinderlich.“ Vielmehr ist solches Zusammenfassen nothwendig und nicht bloss bei den von M. genannten Obligationen.

Es genügt für unseren Zweck, hiermit das Princip veranschaulicht, festgestellt, formulirt zu haben. Ausserhalb unserer Aufgabe liegt es, auf alle die verschiedenen einzelnen Obligationsverhältnisse davon Anwendung zu machen und den Begriff wie die Weise des diligens paterfamilias casuistisch durchzuführen. Unnötig erscheint es auch, auf die Fälle hier genauer einzugehen, wo auch bei bonae fidei Obligationen der Schuldner ausnahmsweise über das Gebiet seiner eigenen Culpa hinaus für die Erreichung des spezifischen Obligationszweckes einzustehen hat. Mag nun durch eine besondere Clausel des Rechtsgeschäfts eine bezügliche Haftungspflicht vom Schuldner übernommen sein. Oder mag ihn eine positive gesetzliche Bestimmung in weiterem Umfange für haftbar erklärt haben z. B. dahin, dass er nur durch eine kraft höherer Gewalt eingetretene Verhinderung der Naturalleistung befreit werden soll ¹⁰⁾.

Wir setzen jetzt für die ordentlichen Fälle voraus, dass die effective Naturalerfüllung ganz oder theilweise ausbleibt, während doch dabei dem Schuldner kein Verstoß gegen die ihm nach guter Treue obliegende Sorgfalt zuzurechnen ist. Es fragt sich nur noch, wie hier der Eintritt der Befreiung des Schuldners juristisch genauer gedacht werden muss. Die Antwort wird sich mittelst der folgenden Erwägung ergeben. Das Soll der Obligation lässt sich in erster Linie dahin fassen, dass, mit grösserer oder geringerer Kraftanspannung, die äusseren Bedingungen für die Verwirklichung des Endzweckes der Obligation aufrecht zu erhalten beziehentlich herbeizuführen sind. Mag nun auch die Schlussbedingung, durch welche die Möglichkeit der Zweckerreichung zur vollen Wirklichkeit umzusetzen wäre, nicht eingetreten sein: so lässt sich doch, wenn nur der Schuldner unterliess was zu unterlassen war und that was zu thun war, durchaus von ihm

10) Vgl. Mommsen a. a. O. Bd. 1 S. 272 fg. S. 252 fg. Baron Archiv für civil. Praxis Bd 52, S. 44 fg., insb. S. 92 fg. will aus solchen Fällen, wo in Wahrheit ohne eigene Culpa gehaftet wird, den Begriff eines diligentissimus paterfamilias construiren. S. dgg. Windscheid, Pand., 1875 §. 101 Anm. 8.

sagen, dass er dem Soll der Obligation bis dahin wirklich genügt hat.

Es ist dann die rechtliche Voraussetzung, unter der sich das Soll der Obligation auf die Zahlung des Interesses kehren würde, noch nicht eingetreten. Damit hier aber der Schuldner definitiv befreit werde und die Obligation wirklich untergegangen sei, ist weiter erforderlich: dass der Eintritt jener rechtlichen Voraussetzung für die Pflicht zur Zahlung des Interesses schlechthin abgebrochen sei. Dies kann geschehen, indem der Obligationszweck sich von aussen her sonst voll verwirklicht (z. B. Abschnitt I S. 57 f.). Oder es kann geschehen durch casuellen Untergang des Leistungsgegenstandes, überhaupt durch Eintritt einer wirklichen Unmöglichkeit der Naturalerfüllung ¹¹⁾. Weder vermag sich dann die Obligation noch auf letztere zu richten (imp. nulla obl.); noch auf Leistung des Interesses.

Genau gedacht erlischt hier also die Obligation, weil und insofern der Schuldner mit seiner Handlungsweise dem Soll der Obligation in seiner nächsten Richtung genügt ¹²⁾, und die Rechts-

11) Ude, Archiv f. civil. Pr. Bd. 48, 1865, S. 388 gelangt in seiner treuen Darstellung der herrschenden Lehre über den Satz „impossibilium nulla obligatio“ (S. 246—272 und S. 366—400) zu dem eigenthümlichen Resultat: es für eine nach den individuellen Umständen zu beurtheilende reine quaestio facti zu erklären, ob der Verlust einer Sache durch Raub oder Diebstahl als dauernde Unmöglichkeit dem physischen Untergang der Sache gleichzustellen sei, oder ob sie als blosser zeitweilige Unmöglichkeit nur suspendirend wirke.

12) Man hat in unserer Lehre von einer Befreiung des Schuldners durch fingirte Erfüllung gesprochen. (Nam. Koch Recht der Forderungen an dem bei Mommsen S. 327 Anm. 15 citirten Orte, Fuchs Archiv für civil. Praxis Bd. 34 S. 115 fg.; s. dazu Mommsen a. a. O. Bd. 1 S. 327—329). Versteht man die Erfüllung in dem innerlichen Sinne einer, der Obligationsanforderung entsprechenden, Gestaltung des Verhaltens (ohne Rücksicht auf den äusseren Erfolg): so liegt sogar in Wirklichkeit eine Erfüllung vor. Aber diese bloss innerliche Erfüllung befreit nicht als solche für sich allein. Tritt nun die dazu noch weitere nöthige Voraussetzung ein: so ist allerdings Nichts damit gewonnen und erklärt, wenn man die ganze Befreiung auf Fiction der Erfüllung zurückführt. Insbesondere lässt sich damit auch nicht erklären (so Mommsen a. a. O. Bd. 1 S. 349) die Regel, dass bei perfectem Kauf, anders als bei der Miethe, der volle Preis

voraussetzung definitiv vereitelt ist, unter welcher er noch zu etwas Weiterem verpflichtet sein würde. Ehe diese *condicio juris* deficiente, versagt und scheitert nur inzwischen und zeitweilig das Soll der Obligation, seiner nichtausreichenden Stärke wegen, an der äusseren Realisirung der gesetzten Aufgabe.

Fassen wir nun noch, behufs genauerer juristischer Construction, den Fall ins Auge, wo zwar auch die Naturalerfüllung vereitelt ist, aber der Schuldner sich wirklich in *Culpa* dabei befindet. Also z. B. es hat ein Beklagter die Obligation zur Leistung einer Waare übernommen inzwischen aber dieselbe anderweit verkauft und tradirt. In Entscheidungen höchster Deutscher Gerichtshöfe¹³⁾ ist hierüber noch aus neuerer Zeit zu lesen: „der Umstand dass die nämliche Sache an einen Dritten verkauft und tradirt wurde, begründet die rechtliche Unmöglichkeit, sie noch einmal zu tradiren“. Woraus dann die Folgerung gezogen wird, dass eine definitive Entbindung des Beklagten von der auf Naturalerfüllung gerichteten Klage zu erkennen sei und dass die eventuell für die begangene Rechtswidrigkeit begehrte Schadloshaltung den Hauptgegenstand einer neu zu substantiirenden Klage bilden müsse.

Dem gegenüber ergibt sich aus unseren bisherigen Ausführungen die einfache Consequenz. Während ein Römischer *judex* hier, wie bei jeder obligationswidrig ausbleibenden Naturalerfüllung, nur auf das *ex ipsa obligatione* eventuell geschuldete Geldinteresse verurtheilen konnte: steht bei uns, sofern keine wahre Unmöglichkeit sondern eine bloss subjective Verhinderung vorliegt, durchaus Nichts im Wege, das Urtheil noch auf die geschuldete Naturalerfüllung selbst abzustellen. Ergiebt es sich dann, dass der Verurtheilte das obwaltende Hinderniss nicht beseitigen kann oder will: so mag noch in der Executionsinstanz der Umsatz in

nichtsdestoweniger geschuldet wird, wengleich kraft des Satzes „*casus a nullo praestantur*“ der Verkäufer hinsichtlich der Waare befreit wird. Es hängt dies vielmehr nur zusammen mit der spezifischen Natur dieser gegenseitigen obligatorischen Verträge, deren Betrachtung ausserhalb unserer jetzigen Aufgabe liegt.

13) S. nam. die beiden Erkenntnisse des O.A.G. zu Dresden und ebenso das O.A.G. zu München in *Seufferts Archiv* Bd. 15 Nr. 215 S. 363—367.

das, die Naturalerfüllung nach Anlage und Bau der Obligation vertretende, Geldinteresse erfolgen. Andererseits steht auch Nichts entgegen, — wenn schon im Laufe des Processes zu Tage tritt, dass Beklagter zur Ueberwindung eines vorliegenden Hindernisses voraussichtlich ausser Stande sein wird, — das Endurtheil gleich auf die Leistung des Interesses abzustellen, dessen Ermittlung einem blossen Liquidationsverfahren überlassen bleiben mag. Mit dem gewohnten gesunden Takte hat besonders das O.A.G. zu Oldenburg diese Sätze so praktisch zur Anwendung gebracht¹⁴⁾. —

Es erscheint als unstatthaft, hier den Kläger zunächst mit seiner Klage auf Obligationserfüllung abzuweisen auf den Weg einer, mit der *culpa* des Beklagten zu begründenden, Interessenklage hin. Als unstatthaft deshalb, weil ja die Haftung auf das Interesse nur die in der Obligation selbst von vornherein gelegene eventuelle Verwirklichungsform ist für das in ihr ganz unmittelbar und ursprünglich enthaltene Gebot eines Handelns conform der guten Treue.

Die wirkliche Verwirkung einer solchen Haftung auf das Interesse durch *Dolus* oder *Culpa* des Schuldners ist von *Brinz*¹⁵⁾ früher unter den Begriff einer Prästationsschuld gestellt worden im Gegensatz zu der „dem Verpflichteten sofort mit dem Dasein der obligatio, aber nur für einen gewissen Fall (eventuell) aufliegenden Prästationspflicht“. Neuerdings hat *Brinz* an die Stelle jener Prästationspflicht seinen Begriff der Haftung gesetzt, an die Stelle der Prästationsschuld, den Begriff der Schuld schlechthin, „zu der die Haftung sich steigert“. Auch diese letztere Formulierung erscheint nach allem Früheren doch von zweifelhaftem Werth. Ist nicht diese Pfand-Haftung immer nur eine Sanction für ein dahinter steckendes *oportet*? Und umgekehrt ist nicht in der Schuld auch die dafür regelmässig eintretende Haftung mit gedacht? Muss man hier nicht als den einzig juristisch erheblichen Unterschied einfach den anerkennen: ob ein „*oportet*“ vorliegt, welches sich auf einen concreten zwangsweise zu realisirenden Leistungsinhalt zugespitzt hat, oder ein solches, welches noch ab-

14) *Seufferts Archiv* Bd. 18 Nr. 50 S. 77 f. Aehnlich auch in dem Erk. des O.G. Wolfenbüttel (I. Senat) a. a. O. Bd. 24 Nr. 28 S. 43 f.

15) *Pand. I* nam. S. 582 fg., vgl. S. 374 fg., S. 381 fg. S. 609.

stracterer Natur und der gerichtlichen Durchführung noch nicht fähig ist?

Wie dem aber auch sei: so wird wohl Brinz immer noch das Verdienst behalten, am meisten eindringlich das Problem nach dem inneren Bau der Obligation gefördert zu haben.

II.

Unter den *bonae fidei obligationes* sind hier endlich nur noch die generischen¹⁶⁾ in Kürze zu betrachten. Wir haben gesehen, dass allerdings eine generische *verborum obligatio* nur daran, dass überhaupt das geschuldete Genus in *rerum natura* zu existieren aufhörte oder völlig *extra commercium* träte, mit ihrem Soll scheitern könnte. Dass nun im gleichen Fall auch eine *bonae fidei obligatio* erlöschen würde, steht mit um so grösserer Sicherheit fest. Und der Fall wird nicht einmal so sehr selten eintreten. Der übliche Satz „*genus perire non censetur*“ ergibt sich leicht als unrichtig, wenn man nur daran denkt, dass der Begriff des Genus ein ganz relativer und der weitest gehenden Einschränkungen fähig ist; z. B. wenn ein Quantum Wein von dem Jahresertrage eines bestimmten Weinberges sich in *obligatione* befindet und durch einen Zufall dieser ganze Jahresertrag zu Grunde geht.

Aber muss denn nicht das Soll einer generischen *bonae fidei obligatio*, ihrer allgemeinen Natur nach, schon an geringeren Hinderungsgründen sich brechen können?

Ist es denn richtig (so M. I S. 47), dass ein, dem Abhandkommen einer geschuldeten Spezies analoger und analog wirkender, Hinderungsgrund hier nur dann angenommen werden kann,

16) Die Anwendung der festgestellten Grundsätze auf die alternativen *Obligationes* macht sich im Ganzen von selbst (vgl. Mommsen Bd. 1 S. 308—318).

Auszuscheiden ist auch noch der Fall, wo ausser dem in *obligatione* befindlichen Leistungsgegenstande noch ein anderer, z. B. eine Geldsumme nur in *solutione* ist. Hier gilt also die äussere Sanction und das innere Soll der *Obligation* allein jenem ersteren Zwecke. Nur ist das Soll jener *Obligation* während ihrer ganzen Dauer insofern ein auf Schrauben gestelltes, als der Debitor stets willkürlich dasselbe durch Leistung des andern *Objectes* brechen kann.

„wenn kein Eigenthümer einer zu der Gattung gehörigen Sache existirt, der die zur Leistung nöthige factische Disposition über dieselbe hat“? Ein solcher Fall wäre freilich als wirklich praktisch kaum zu denken. Gerade die bewegten Ereignisse der letzten Jahre haben aber doch eine Menge höchst handgreiflicher Beispiele geliefert, wo das Soll der generischen *Lieferungsobligation* an gleich starken Hindernissen brechen musste, wie es gegenüber der Schuld individuell bestimmter Sachen das Abhandkommen der letzteren ist. Besonders reich ist aus begreiflichen Gründen an solchen Beispielen die Französische Praxis. Einiges Material zur Veranschaulichung unseres Satzes wird also am passendsten aus ihr entnommen werden können¹⁷⁾. Der plötzliche Ausbruch des Krieges hatte sofort die fast ausschliessliche Beschlagnahme der, nach der Seite des Kriegsschauplatzes gelegenen, Eisenbahnen und ihrer Transportmittel für die Beförderung der Truppen und des Kriegsmaterials zur Folge. Daran schloss sich die Hemmung und Unterbrechung der *Communicationen* durch das eingedrungene Deutsche Heer. Sodann griff speziell in den Getreidehandel unter Privaten lähmend ein ein *Decret* der Regierung der nationalen Vertheidigung vom 29. Septbr. 1870, wodurch alles in den *magasins-entrepôts* gelagerte Korn und Mehl ausser Verkehr gestellt wurde, für die Zwecke der nationalen Vertheidigung. Endlich kam, für Lieferungen nach Paris selbst, hinzu das freilich geradezu unüberwindliche Hinderniss der mehr als viermonatlichen Cernirung durch das Deutsche Heer, nach deren Beendigung alsbald die Wirren des inneren Aufstandes sich angeschlossen.

Die Französischen Gerichte haben, unter Bestätigung durch den Pariser *Cassationshof*, schon durch die zuerst bezeichneten Umstände in mehreren Rechtsfällen eine Hemmung des Solls der *Obligation*, als zu Gunsten des Beklagten hervorgebracht, anerkannt. Ganz richtig findet sich hier wohl in den Motiven anerkannt: dass, wenn auch durch jene Hinderungsgründe die Erfüllung

17) S. die Rechtsfälle im *Recueil général des lois et des arrêts*, f. p. Sirey, insb. an. 1873 I p. 224 fg. und die hier in Anm. 1 u. 2 weiter angeführten Entscheidungen der Tribunale von Besancon und Nancy aus den Jahren 1871 und 1872.

ung der Obligation nicht geradezu als unmöglich gemacht erscheine („sans la rendre impossible“), sie dennoch geeignet seien, eine Verzögerung und einen Aufschub der Erfüllung („suspension“) zu begründen. Und weiter wird hier ganz mit Recht unterschieden. Es kann sein, dass es dem Obligationszweck, nach erkennbarer Parteiabsicht, immanent ist, dass die Lieferung innerhalb einer bestimmten Maximalfrist beschafft werde. So ist es insbesondere bei Obligationen auf Kornlieferung im Zweifel als Obligationszweck anzusehen, dass auf Grund der Conjecturen der, bei dem Vertrage ins Auge gefassten, Jahreserndte die Erfüllung abgewickelt werde¹⁸⁾. Ist also diese Abwicklung der Lieferung, ohne dass es dem Schuldner nach guter Treue imputirt werden könnte, innerhalb des gedachten Zeitabschnitts verhindert worden: so ist hier der Schuldner nicht bloss von den Folgen der Mora befreit, sondern es ist das Soll der Obligation überhaupt gescheitert. Anders hingegen ist bei solchen Waarengattungen zu entscheiden, nach deren allgemeiner Natur nicht eine solche fixirte Lieferungsperiode als wesentliches Moment des Obligationszweckes angesehen werden kann. Hier wird dann lediglich von einer Ausschliessung der Rechtsnachtheile der Mora die Rede sein können.

In jenem Punkte also, dass auch bei generischen Obligationen, trotz des Fehlens einer wirklichen Unmöglichkeit, doch das Soll der Obligation an mancherlei nachfolgenden Hindernissen sich brechen und Debitor bei Nichtleistung exculpirt sein kann, hat Windscheid, wenigstens für die bonae fidei obligationes, voll-

18) Entsprechend den Motiven des Pariser Appellhofes (v. 16. Aug. 1871, bei Sirey a. a. O.) „Considerant qu'on ne pourrait substituer dans les livraisons à operer la récolte de 1871 à celle de 1870 sans modifier arbitrairement les conventions des parties, sans créer un contrat nouveau, soit à raison de la modification du prix des denrées qui en feront l'objet, soit à raison du changement qu'aura subi leur vendement ou leur qualité; — declare resilié le marché“ etc. Aeusserer Anhaltspunkt für die Entscheidungen ist vornehmlich der Art. 1148 des Code Civil „Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts, lorsque par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit le debiteur a été empêché, de donner ou de faire ce à quoi il était obligé ou a fait ce qui lui était interdit.“

kommen richtig gesehen. Nur ist gerade der spezielle Anwendungsfall, für den er das Princip ausspricht (a. a. O. §. 277 Anm. 8) nicht glücklich gewählt. Denn gerade für Geldschulden als solche ist, auch wenn sie aus einem bonae fidei Contract, z. B. einem Kauf auf Zahlung des Kaufpreises oder des Interesses für culpos vereitelte Waarenlieferung, entspringen, von der Rechtsordnung für die Regel keinerlei Exculpation zugelassen. Geldschulden nehmen hierin eine völlig eximirte Stellung vor allen andern ein. Es hängt dies zusammen mit der ganz abstracten Natur des Geldes, als der fungibelsten Sachenart unter allen Fungibilia; als welche nur, durch ihre ganz allgemeine Tauschkraft zu fungiren, von Verkehrswegen und von Rechtswegen die ordentliche Bestimmung hat, und welche an und für sich mittelst des Umsatzes anderer Güter und mittelst der Anspannung des Crediten allgemein zugänglich ist. Wegen dieser Natur des Geldes muss hier die Rechtsordnung nothwendig, als einzig praktikable Regel die folgende aufstellen. Es ist im einzelnen Fall, gerade erst durch die Execution beziehentlich durch die Betreibung des Concurses, die sichere Probe darauf zu machen, ob wirklich der Schuldner so vermögenslos und so creditlos ist, um schlechterdings den geschuldeten Geldbetrag nicht zur Verfügung stellen zu können. Für exceptionelle Verhältnisse ist dann zweckmässig durch besondere positive Rechtsinstitute, resp. durch Ausnahmsgesetze Fürsorge zu treffen. So ist im Römischen Recht für den Fall, dass der Eintritt einer Geldkrise die Anschaffung baaren Geldes zur Zeit überhaupt ungewöhnlich erschweren sollte, eine Rechtswohlthat wie die der N. 4, c. 2 allerdings der Natur der bonae fidei Obligationen ganz angemessen¹⁹⁾. Hat hiernach der Schuldner kein baares Geld, noch veräusserliche Mobilien: so geht das Soll der Obligation nicht so weit, dass er seine Immobilien selbst für Spottpreise wegzugeben hätte. Findet sich vielmehr kein annehmbares Gebot für dieselben: so muss der auf Zahlung dringende Gläubiger sich die Annahme solcher Immobilien an Zahlungsstatt auf Grund gerichtlicher Schätzung gefallen lassen.

19) Wie sehr hingegen solche Rechtswohlthat, in ihrer allgemeinen Anwendung z. B. auch auf verborum obligationes, bei uns auf Wechselschulden, über das richtige Mass hinausgeht ist einleuchtend.

In anderer Weise ist durch das *beneficium competentiae* für manche positiv bestimmte Fälle Fürsorge getroffen, wo nicht eine allgemeine Krisis, sondern die besondere Lage des Schuldners der Erschwingung des Geldes erweislich hindernd in den Weg tritt. Der Schuldner kann hiernach verlangen, dass gleich das Urtheil selbst nur „in id quod facere potest“ abgestellt werde d. h. auf den Geldbetrag, den er nach seinen individuellen ökonomischen Verhältnissen, unter Abzug des zum Lebensunterhalt Unentbehrlichen zu zahlen vermag. Immer aber bleibt hier das Soll der Obligation rechtlich auf Zahlung des Ganzen gerichtet („*socius universum debet*“, fr. 47 §. 2 d. *peculio* 15, 1), wenn auch in der gerichtlichen Betreibung eine Ermässigung Platz greift. Und so müssen hier auch selbst Verzugszinsen fortlaufen, um mit beigetrieben zu werden, wenn die Vermögenslage des Schuldners später erweislich sich bessert.

Es handelt sich dabei überhaupt um eine ganz positive Rechtswohlthat, die aus den gesetzlich vorgeschriebenen Gründen an die verschiedenartigsten Obligationen, generische und nichtgenerische, mit einziger Ausnahme der Delictsobligationen, von aussen her herantreten kann; die auch gar nicht voraussetzt, dass erst nach Eintritt der Obligirung die hindernde Vermögenslage sich einstellte.

Verschieden davon ist natürlich die, durch die allgemeine Vertragsfreiheit unzweifelhaft begründete, Möglichkeit, das Soll der Obligation auch bei Geldschulden in der Weise zu beschränken und einzugrenzen, dass es an einer später eintretenden Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners sich brechen soll. Es ist rein Sache der Willensauslegung im einzelnen Fall die Tragweite dieser Abrede zu bestimmen ²⁰⁾.

20) Die bei Arndts Pand. §. 280 Anm. 3 angeführten Entscheidungen aus Seuffert's Archiv über das Versprechen der Rückzahlung des Darlehens „wenn es dem Schuldner passe“, „wenn er dazu im Stande sei“ u. dgl. nehmen, bei einer so unbestimmt gehaltenen Fassung, ganz mit Recht nur den Eintritt einer, richterlich abzugrenzenden, mässigen Zahlungsfrist als Folge an.

§. 14. Prästationspflicht für nachfolgende Hindernisse der Erfüllung bei den Obligationen aus grundloser Bereicherung insbesondere.

Die Obligationen aus grundloser Bereicherung nehmen insofern eine eigenthümliche Stellung ein, als sie, erst aus einer freieren Aequität (*ex aequo et bono*) erwachsen, dennoch der freieren Behandlung der *bonae fidei obligationes* im Römischen Recht nicht theilhaft geworden sind. Auch noch in unserem heutigen Recht ist, durch die Besonderheit ihrer Voraussetzungen, eine gewisse Besonderheit der rechtlichen Beurtheilung bedingt, so dass sie hier noch eine eigne Erörterung, nach der Seite unseres Fragegebietes hin, erfordern.

Eine Anzahl neuerer Juristen nun wendet die herrschende Lehre von der Befreiung des Schuldners durch nachfolgende subjective Unmöglichkeit der Erfüllung in der That ganz rein und direct auch auf die *conditiones sine causa* ¹⁾ an. Man lehrt hier dann so. Hat der Empfänger den Gegenstand, welchen er *sine causa* im Vermögen hatte, wieder verloren: so wird er „an sich genommen“ von aller und jeder Verbindlichkeit frei, insofern hier eine wirkliche Restitutionsunmöglichkeit eintrat und der Empfänger für dieselbe nicht verantwortlich gemacht werden kann. So z. B. wenn er das Empfangene wieder veräusserte in voller Unbekanntschaft mit der Existenz seiner Obligation ²⁾. Eine Differenz beginnt zunächst bei der Frage, ob eine solche Unmöglichkeit der Leistung und damit eine Befreiung des Schuldners auch da eintreten könne wo nicht eine nicht-fungible Sache, sondern vielmehr Quantitäten von Fungibilien insbesondere Geldsummen so empfangen worden sind, dass eine *condictio sine causa* begründet wurde.

1) So Erxleben die *conditiones sine causa* I (1850), nam. S. 196 fg. Brinz Pand. I (1857) §. 96 S. 404—406. Witte Bereicherungsklagen (1859) S. 140—159. Mandry im Archiv für civil. Pr. Bd. 48 S. 232 fg.

2) Ganz mit Recht bemerkt hiergegen Arndts Pand. §. 341 Anm. 9 „dass die Erfüllung einer strikten Obligation auf *dare oportere* nicht unmöglich wird (genauer: dass das *stricte oportet* hier nicht gebrochen wird) durch Veräusserung der zu gebenden Sache“.

Erxleben (S. 201 fg.) und Witte (S. 143 fg.) schrecken hier nicht vor der Annahme zurück, dass es auf das Schicksal der einzelnen hingegebenen Sachen beim Empfänger, da sie nicht Gegenstand der Obligation seien, nicht ankomme. Da „genus non perit“, so lehren sie, muss der Empfänger einer z. B. indebite gezahlten Quantität, ohne Rücksicht auf seine Bereicherung, schlechthin so viel zurückgewähren als er empfangen hat.

Aber sind es denn nicht in der That auch bei Leistung nicht-geschuldeter Fungibilien doch die empfangenen Species als solche, welche sich grundlos im Vermögen des Empfängers befinden? Müssen nicht also diese Spezies als solche den nächsten Gegenstand der zu bewirkenden Rückgabe bilden? Indem er diese Frage ganz richtig bejaht, gelangt Mandry³⁾, in Anwendung der herrschenden Lehre von der Befreiung des Schuldners durch nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung, zu der Folgerung: dass auch da, wo Fungibilien sine causa ins Vermögen gelangten, die Obligation auf Rückgabe an sich genommen erlischt, sobald die Restitution der individuellen empfangenen Stücke dem Empfänger ohne eine ihn treffende Verantwortlichkeit factisch irgendwie abgeschnitten ist.

Aber wie wenn z. B. der Empfänger für ein ihm irrtümlich als Nichtschuld geleistetes und von ihm in gutem Glauben seinerseits wieder veräußertes Landgut einen Preis lucrirte, beziehentlich wenn er für die ihm indebite gezahlten Gelder Sachen sich ankaufte? Witte (a. a. O. S. 148) recurriert für den ersteren Fall geradezu auf eine eigene *condictio sine causa* auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung. Die aus dem Geschäft der Zahlung entstandene, durch *condictio indebiti* geschützte, Obligation ist nach ihm mit der unverschuldeten Unmöglichkeit der Leistung untergegangen. Ein Kläger, welcher den Beklagten nicht der mala fides überführte, würde danach durch den blossen Beweis der irgendwie erfolgten Veräußerung zurückgeschlagen und

3) A. a. O. S. 229 S. 240 fg. Die ige Ansicht steckt mit Evidenz in den Worten des Paulus fr. 65, §. 6 d. cond. indeb. „In frumento indebito soluto et bonitas est, et si consumsit frumentum, pretium repetet“. Wäre hier nur Getreide der Gattung nach in obligatione gedacht, wie könnte dann die Consumtion des empfangenen speziellen Quantum von Relevanz sein? Mandry S. 221.

dazu genöthigt werden können, den schwierigen Beweis, dass und in wie weit Beklagter bei Gelegenheit dieser Veräußerung sine causa bereichert sei, in einer neuen Klage auf Grund einer andersartigen Obligation zu unternehmen.

Andere Anhänger der gleichen Grundlehre⁴⁾ ziehen doch wenigstens diesen secundären Anspruch mit in die identische *condictio indebiti* hinein. Sie finden darin „eine Erweiterung des Umfangs und Inhalts der an sich dem Empfänger eines *indebitum* obliegenden Verbindlichkeit über ihre ursprünglichen Grenzen hinaus“. Die Erweiterung der Obligation auf das, was der Empfänger mittelbar aus dem Vermögen des Gebers grundlos lucrirte, wird dann „da an sich genommen die Forderung des Gebers als erloschen zu betrachten wäre“ (Erxleben S. 197) aus dem *bonum und aequum* erklärt, mit dessen Anforderungen der Beklagte durch die Verweigerung der Herausgabe jenes mittelbaren Gewinnes sich in Widerspruch setzen würde.

Aber sofort schlägt dann wieder die streng logische Konsequenzziehung aus dem angenommenen Grunddogma dem zur Aus-hülfe herbeigezogenen *bonum et aequum direct* ins Gesicht. Anstatt des aus dem Vermögen des Empfängers Ausgeschiedenen soll nun die an die Stelle getretene Bereicherung als solche in die Obligation eintreten. Da aber hinsichtlich des in Gelde ausgedrückten Betrages dieser Bereicherung eine Unmöglichkeit der Leistung nicht mehr eintreten könne: so soll nun auch der Empfänger schlechthin auf jenen Betrag forthaften⁵⁾. Während also nach Mandry der Empfänger einer Geldsumme, die ihm z. B. irrtümlich als Vermächtniss ausbezahlt war, durch deren gutgläubige Verschenkung frei wird: würde er doch unbedingt forthaften, wenn er in gleicher Weise einen Diamantring empfing und erst durch dessen Veräußerung das Geld sich verschaffte, welches er dann gutgläubig verschenkte⁶⁾. Und auch nach Erx-

4) Erxleben S. 196 fg. Brinz S. 405. Mandry S. 244.

5) Erxleben a. a. O. S. 205—207. Mandry S. 235 fg. S. 239. Voigt die *conditiones ab causam* (1862) S. 319 fg.

6) Mandry a. a. O. S. 235 motivirt die verschiedene Behandlung damit, dass im letzteren Falle nur der abstracte Geldwerth, nicht die concreten Geldstücke, aus des Klägers Vermögen (indirect) sine causa her-stamme.

Erxleben (S. 201 fg.) und Witte (S. 143 fg.) schrecken hier nicht vor der Annahme zurück, dass es auf das Schicksal der einzelnen hingegebenen Sachen beim Empfänger, da sie nicht Gegenstand der Obligation seien, nicht ankomme. Da „genus non perit“, so lehren sie, muss der Empfänger einer z. B. indebite gezahlten Quantität, ohne Rücksicht auf seine Bereicherung, schlechthin so viel zurückgewähren als er empfangen hat.

Aber sind es denn nicht in der That auch bei Leistung nicht-geschuldeter Fungibilien doch die empfangenen Species als solche, welche sich grundlos im Vermögen des Empfängers befinden? Müssen nicht also diese Species als solche den nächsten Gegenstand der zu bewirkenden Rückgabe bilden? Indem er diese Frage ganz richtig bejaht, gelangt Mandry³⁾, in Anwendung der herrschenden Lehre von der Befreiung des Schuldners durch nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung, zu der Folgerung: dass auch da, wo Fungibilien sine causa ins Vermögen gelangten, die Obligation auf Rückgabe an sich genommen erlischt, sobald die Restitution der individuellen empfangenen Stücke dem Empfänger ohne eine ihn treffende Verantwortlichkeit factisch irgendwie abgeschnitten ist.

Aber wie wenn z. B. der Empfänger für ein ihm irrtümlich als Nichtschuld geleistetes und von ihm in gutem Glauben seinerseits wieder veräußertes Landgut einen Preis lucrirte, beziehentlich wenn er für die ihm indebite gezahlten Gelder Sachen sich ankaupte? Witte (a. a. O. S. 148) recurriert für den ersteren Fall geradezu auf eine eigene *condictio sine causa* auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung. Die aus dem Geschäft der Zahlung entstandene, durch *condictio indebiti* geschützte, Obligation ist nach ihm mit der unverschuldeten Unmöglichkeit der Leistung untergegangen. Ein Kläger, welcher den Beklagten nicht der mala fides überführte, würde danach durch den blossen Beweis der irgendwie erfolgten Veräußerung zurückgeschlagen und

3) A. a. O. S. 229 S. 240 fg. Die ige Ansicht steckt mit Evidenz in den Worten des Paulus fr. 65, §. 6 d. cond. indeb. „In frumento debito soluto et bonitas est, et si consumsit frumentum, pretium repetet“. Wäre hier nur Getreide der Gattung nach in obligatione gedacht, wie könnte dann die Consumption des empfangenen speziellen Quantum von Relevanz sein? Mandry S. 221.

dazu genöthigt werden können, den schwierigen Beweis, dass und in wie weit Beklagter bei Gelegenheit dieser Veräußerung sine causa bereichert sei, in einer neuen Klage auf Grund einer andersartigen Obligation zu unternehmen.

Andere Anhänger der gleichen Grundlehre⁴⁾ ziehen doch wenigstens diesen secundären Anspruch mit in die identische *condictio indebiti* hinein. Sie finden darin „eine Erweiterung des Umfangs und Inhalts der an sich dem Empfänger eines *indebitum* obliegenden Verbindlichkeit über ihre ursprünglichen Grenzen hinaus“. Die Erweiterung der Obligation auf das, was der Empfänger mittelbar aus dem Vermögen des Gebers grundlos lucrirte, wird dann „da an sich genommen die Forderung des Gebers als erloschen zu betrachten wäre“ (Erxleben S. 197) aus dem bonum und aequum erklärt, mit dessen Anforderungen der Beklagte durch die Verweigerung der Herausgabe jenes mittelbaren Gewinnes sich in Widerspruch setzen würde.

Aber sofort schlägt dann wieder die streng logische Konsequenzziehung aus dem angenommenen Grunddogma dem zur Aus-hülfe herbeigezogenen bonum et aequum direct ins Gesicht. Anstatt des aus dem Vermögen des Empfängers Ausgeschiedenen soll nun die an die Stelle getretene Bereicherung als solche in die Obligation eintreten. Da aber hinsichtlich des in Gelde ausgedrückten Betrages dieser Bereicherung eine Unmöglichkeit der Leistung nicht mehr eintreten könne: so soll nun auch der Empfänger schlechthin auf jenen Betrag forthaften⁵⁾. Während also nach Mandry der Empfänger einer Geldsumme, die ihm z. B. irrtümlich als Vermächtniss ausbezahlt war, durch deren gutgläubige Verschenkung frei wird: würde er doch unbedingt forthaften, wenn er in gleicher Weise einen Diamantring empfing und erst durch dessen Veräußerung das Geld sich verschaffte, welches er dann gutgläubig verschenkte⁶⁾. Und auch nach Erx-

4) Erxleben S. 196 fg. Brinz S. 405. Mandry S. 244.

5) Erxleben a. a. O. S. 205—207. Mandry S. 235 fg. S. 239. Voigt die *condictiones ab causam* (1862) S. 319 fg.

6) Mandry a. a. O. S. 235 motivirt die verschiedene Behandlung damit, dass im letzteren Falle nur der abstracte Geldwerth, nicht die concreten Geldstücke, aus des Klägers Vermögen (indirect) sine causa her-stamme.

leben würde der Empfänger des Diamantringes, wenn er einen anderen Ring dafür eintauschte und dieser eingetauschte ihm casuell verloren ging, dadurch keinesfalls von der Obligation gelöst werden; während dies geschehen wäre, wenn jener erste Ring ihm ohne stellvertretendes *Commodum* vernichtet oder auch nur abhanden gekommen wäre.

Um solchen strikten und formalistischen Folgesätzen auszuweichen, ist längst das Ziel der fraglichen Obligation in der folgenden anderen Weise bestimmt worden ⁷⁾. Man lehrt, dass „die Verpflichtung einfach auf Herausgabe der Bereicherung“ gehe. Zu näherer Bestimmung pflegt beigefügt zu werden: dass nachheriger Wegfall der Bereicherung die Verpflichtung ausschliesse, wenn der Wegfall „ohne Schuld“ des Bereicherten eingetreten sei (Windscheid); dass, sofern der Empfänger in gutem Glauben ist, seine Verbindlichkeit sich von Allem, was ihm unmittelbar oder mittelbar zugekommen war, einschränkt auf dasjenige was ihm als Vermögensgewinn geblieben ist ⁸⁾.

Das Verhältniss, in welchem diese Auffassung vom Gegenstand der *condictiones sine causa* zur herrschenden Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung steht, findet sich am bestimtesten bezeichnet bei Mommsen selbst. Es kann nach ihm (a. a. O. Bd. 1 S. 320 fg.) nicht zweifelhaft sein, dass die Grundsätze über die casuelle Unmöglichkeit der Leistung auch hier zur Anwendung kommen. Tritt daher ohne *dolus* oder *culpa lata* des Empfängers eine Unmöglichkeit ein, das empfangene *indebitum* zu leisten, ohne dass dafür ein Anderes in das Vermögen des Schuldners gelangt ist, so ist derselbe von seiner Verpflichtung befreit. Indess sind doch nach M. „die Römischen Juristen hier nicht bei demjenigen stehen geblieben, was über die Grenzen der Unmöglichkeit gilt“; indem es einzig und allein darauf ankommt, ob

7) S. ausser den bei Witte a. a. O. S. 140 Citirten jetzt nam. auch noch Windscheid Pand. §. 424.

8) Arndts Pand. §. 341 sub. 2. Unbestimmter Puchta §. 309 a. E. „Gegenstand der Klage (*cond. indebiti*) ist, was der Beklagte von der *indebiti solutio* hat; dies enthält eine Erweiterung durch *Accessionen*, Früchte, sonstigen Gewinn, aber auch wenn der Empfänger in *bona fide* ist (nur dann?) eine Beschränkung des Gegenstandes.

eine wirkliche Bereicherung im Vermögen des Schuldners sich findet.

Dem Standpunkte der herrschenden Lehre über Aufhebung der Obligationen durch Unmöglichkeit der Leistung erscheint hier also doch immer die irgendwelche Abstellung auf fortdauernde Bereicherung als eine positive Ausnahme, oder wenigstens theilweise Modification, von einer festen allgemeinen Regel. Gerade aus der natürlichen Abneigung gegen positive Ausnahmen, aus dem natürlichen Streben, die einmal angenommene Regel möglichst in allem Detail bewährt zu finden, wird es sich hauptsächlich mit erklären, wenn eine Reihe namhafter Juristen so entschieden es ablehnt, durch Wegfall der Bereicherung als solcher unsere Obligationen erlöschen zu lassen. Und so mögen denn unsere früheren Ausführungen, nach welchen eine feste uniforme Regel die hier durchbrochen werden müsste, ganz fehlt, mit zur Versöhnung des Gegensatzes beitragen. Könnte man hier etwa, weil es sich um *Conditiones* oder *actiones stricti juris* handelt, die Grundsätze der *verborum obligationes* zur Anwendung bringen und nur erst an den stärksten Hindernissen die Obligation scheitern lassen? Oder sollte man, unter Bezugnahme auf das *bonum et aequum*, die Grundsätze der *bonae fidei obligationes* hier zur Richtschnur herbeiziehen? Und welcher *bonae fidei obligatio*, da doch diese wieder unter einander verschieden behandelt werden?

Es ist vielmehr klar, dass aus dem besonderen Fall, aus der besonderen Idee der fraglichen Obligation auch die besondere Norm hergeleitet werden muss. Es fragt sich genauer: worauf richtet sich ihrer ganzen Anlage nach das Soll dieser Obligation?

Die Grundidee aller dieser *Conditiones* wird nun am treffendsten und präzisesten von Papinian bezeichnet, wenn er (*libr. VIII quaest. fr. 66 d. cond. indeb. 12, 6*) über eine derselben sagt „*Haec conditio, ex bono et aequo introducta, quidquid alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit*“. Sehr mit Recht ist daher auch unser Ausspruch Papinians von Erleben zum Ausgangs- und End-Punkt seiner sorgfältig eingehenden Untersuchungen gemacht worden. Nur sind gerade die für uns hier entscheidendsten Worte in offenbar missverständlicher Weise gedeutet worden. Wie in aller Welt lässt sich denn das „*quidquid deprehenditur*“ von dem verstehen was ursprünglich einmal ohne

Grund in das Vermögen des Beklagten gekommen ist, anstatt vielmehr von dem, was bei Beklagtem zur Zeit betroffen oder angefunden wird? Bei ihm betroffen wird, als zwar nach formellem Recht ihm zugehörig, aber als ohne zureichenden materiellen Rechtfertigungsgrund direct oder indirect aus Klägers Vermögen herstammend und daher nach den Anforderungen des *bonum et aequum*⁹⁾ diesem letzteren Vermögen gebührend.

Das Soll der Obligation richtet sich danach zunächst auf Rückverschaffung dessen, was man *sine causa* empfing, sofern und soweit man dasselbe mit seinem unmittelbaren Zuwachs noch hat, sei es in Natur, sei es nur dem Geldwerthe nach. So kann also, bei gleichbleibendem inneren Obligationszweck, der äussere Gegenstand, dessen Uebertragung in das Vermögen des Gläubigers durch die Obligation gesichert und vermittelt werden soll, die verschiedensten Metamorphosen erleiden.

Insbesondere kann einerseits dieser Gegenstand erweitert oder verbessert werden. Etwa indem Früchte zu demselben hinzutreten (fr. 15, pr. 12, 6), indem ein Schatz in der Sache entdeckt wird, indem bei *sine causa* empfangenem juristischem Besitz inzwischen die Eigenthumserstzung sich vollendet¹⁰⁾. Keineswegs hingegen würde dahin der Gewinn gehören, den der Empfänger durch günstige Speculationen (*propter negotiationem*) aus der Sache etwa zieht. Etwas Anderes ist es, dass anstatt der Sache bei erfolgtem Verkauf der dafür empfangene einfache Preis zu leisten ist. Nur steckt darin keineswegs eine „Erweiterung der Verbindlichkeit über ihre ursprünglichen Grenzen hinaus“ (Erxleben

9) Die genauere innere Begründung und Deutung dieses *bonum et aequum* ist bei Erxleben a. a. O. I nam. §. 4 S. 25—38 befriedigend.

10) Ihering Abhandlungen aus dem Röm. R. S. 22 fg. Erxleben a. a. O. S. 193 fg. Mommsen Erörterungen a. d. Obligationenrecht (1859) S. 25 u. 26. M. stellt hinsichtlich der später vollendeten Erstzung darauf ab, „dass eine *solutio* nicht bloss dann anzunehmen ist, wenn der Gläubiger das ihm Geschuldete unmittelbar durch die Handlung des Schuldners erhält, sondern auch dann, wenn durch die Handlung des Schuldners mittelbar das gleiche Resultat herbeigeführt wird“. Allein das ganze Princip ist ja von viel allgemeinerer Anwendbarkeit und weit hinausgehend über den Fall eines *solvere sine causa*.

a. a. O. S. 186). Vielmehr geht die Obligation ihrer ursprünglichen Anlage nach, auf Grund der Idee des nämlichen *aequum et bonum*, in zweiter Linie auf diesen Preis wie sie in erster Linie auf die Sache selbst sich bezog.

Andererseits kann nun auch der Gegenstand, dessen Rückübertragung die Obligation bezweckt, sich verringern oder ganz wegfallen und mit ihm dann auch die Obligation selbst. So kann die Obligation erlöschen selbst wenn der Empfänger absichtlich, durch eigene freie That, die Sache vernichtete¹¹⁾. War es hingegen z. B. indebite empfangenes Getreide, welches vom Empfänger verzehrt wurde: so gilt hier, sofern er sich dieses sonst doch hätte kaufen müssen, der Werth als noch in seinem Vermögen befindlich und zwar, nach Wächter's richtiger Annahme¹²⁾, der Marktwert im Augenblick der Consumption. Hat der Empfänger die Sache unter dem Marktwert verkauft: so richtet sich die Schuld auch nur auf diesen geringeren Preis. Und wenn er gerade diesen empfangenen Preis erweislich noch theilweise verlor, verschenkte u. dgl. so muss sich die Schuld danach noch weiter einschränken. Ulpian's Worte in fr. 26, §. 12 d. c. i. „nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes“ stimmen damit vollkommen überein und können nur in gezwungenster Weise mit Erxleben, Witte (S. 147 fg.) u. A. gedeutet werden auf den irgend früher einmal *incassirten* Preis.

Sehr richtig bemerkt Windscheid (§. 424 Anm. 3) „ist es billig, dass die ungerechtfertigte Bereicherung eine Verpflichtung zur Herausgabe erzeuge, so ist es auch billig, dass diese Verpflichtung nur so lange dauere wie die Bereicherung selbst“. Aber freilich, wenn der Empfänger nicht ein Verpflichtungsunfähiger

11) „Si servum indebitum tibi dedi eumque manumisisti, si sciens hoc fecisti teneberis ad pretium ejus; si nesciens non teneberis, sed propter operas ejus liberti et ut hereditatem restituas“ (Paulus libr. XVII ad Plaut. fr. 65, §. 8 d. cond. ind.). Unnötige Schwierigkeiten findet hierbei Erxleben a. a. O. S. 195 f.

12) Archiv für c. Pr. Bd. 15 S. 126. Erxleben stellt consequent ab auf den Werth in dem Augenblick wo „durch den Uebergang des Getreides in das Vermögen des Empfängers die obligatio indebiti entstanden ist“ (a. a. O. S. 187).

insb. ein Pupill ist: so gilt er durch den blossen erwiesenen Empfang zunächst zur Rückgabe des Empfangenen als solchen für obligirt; bis er seinerseits den Beweis liefert, dass und in wie weit ihm dies Empfangene, beziehentlich die darin enthaltene Bereicherung wieder verloren ging.

Und weiter bezüglich dessen, was er *dolo malo* weggab, wird er in Anwendung allgemeiner Grundsätze auch hier praktisch ebenso behandelt wie wenn es noch bei ihm befindlich wäre; wieder unter der Voraussetzung, dass er verpflichtungsfähig war¹³⁾.

Das Soll unserer Obligationen geht nicht auf Anwendung irgend welcher Diligenz und Haftung für entsprechende Culpa. Dieses Soll ist vielmehr nur darauf mit gerichtet, dass der Schuldner sich, unter Voraussetzung seines Wissens um die Existenz seiner gegenwärtigen oder künftig möglichen Verbindlichkeit zur Rückgabe, jedes *dolus* (incl. *lata culpa*) enthalte, wodurch die obligationsmässige Rückgabe verhindert oder die paratē Beseitigung eines schon erwachsenen Hindernisses vereitelt würde.

Zwar wird vielfach, gerade für den Fall, dass das Moment des Wissens um die Rückgabepflicht hinzutritt, eine Haftung des Empfängers für jegliche Culpa, auch die in *non faciendo* gelehrt¹⁴⁾. Aber die Haftung für Diligenz fordert doch immer einen besonderen Rechtsgrund. Und wo ist der in unserem Falle gelegen, als in welchem er sich doch nicht auf Parteiwillen gründen lässt? Und wie hätte sich dies vollends bei den Römern so ohne Weiteres mit dem Charakter des Schutzmittels unserer Obligation als einer *actio stricti juris* vertragen; wonach man

13) Gerade aus dieser Nichthaftung für *dolus* und daraus, dass dem Pupillen nicht der schwierige Beweis des später eingetretenen Verlustes aufgebürdet wird, erklärt es sich zur vollsten Genüge, wenn es mehrmals in den Quellen als etwas Besonderes herausgehoben wird, dass „*pupillus, quatenus locupletior factus est, tenetur.*“ Man kann darauf nicht ein *arg. a contrario* des Inhalts gründen, dass sonst überhaupt gar Nichts auf Fortdauer der Bereicherung ankomme.

14) So nam. Windscheid §. 424 Anm. 3. Auch Arndts ist wohl gleicher Meinung, wenn er (a. a. O. §. 341) nur für den Empfänger in gutem Glauben es als etwas Besonderes hervorhebt, dass sich seine Verbindlichkeit auf den ihm geliebten Vermögensgewinn beschränke. Aehnlich Puchta §. 309^a E.

doch, wenn hier die Analogie der *verborum obligationes* statthaft wäre, im besten Fall nur Haftung für jegliche *culpa in faciendo* hätte annehmen können¹⁵⁾?

Das einzige Fragment der Pandekten, in welchem man ein Einstehen für Diligenz angenommen zu sehen glaubt, ist aus Paulus (*libr. VI ad Plautium fr. 38, §. 1 d. usur. et fr. 22, 1*)¹⁶⁾.

„*Si fundus ob rem datus sit, veluti dotis causa, et renunciata adfinitas, fructus quoque restituendi sunt; utique hi, qui percepti sunt eo tempore quo sperabatur adfinitas: sed et posteriores, si in re mora fuit, ut ab illo qui reddere debeat omnimodo restituendi sunt. Sed et si per mulierem stetit, quominus nuptiae contrahantur, magis est, ut debeat fructus recipere. Ratio autem haec est, quod si sponsus non conveniebatur restituere fructus, licuerat ei negligere fundum.*“

15) Anders ist dies freilich, wenn der Empfang selbst *dolo malo* erfolgte und dadurch die Obligation eine pönale Steigerung erhält, z. B. auch wenn Jemand wissentlich in gewinnstüchtiger Absicht die Zahlung einer Nichtschuld annimmt „*quoniam furtum fit, quum quis indebitos nummos sciens acceperit*“ (*Seaevola libr. IV quaest. fr. 18 d. cond. furt. vgl. fr. 38, §. 1 d. solut.*).

16) Mommsen *Mora S. 129* Anm. 7, u. nam. Erörterungen aus dem *Obl. R. 1859 S. 62* Anm. 16 nimmt nach *fr. 38, §. 1 cit.* eine Haftung selbst für die versäumten Früchte an, auch ganz abgesehen von wahrer *Mora*. Im Resultat ganz richtig äussert sich Göppert, *organische Erzeugnisse*, 1869 S. 251—254. Nur wird man die, von ihm in die Stelle hineingetragene, Auffassung der Früchte als blosser abgetrennter Sachtheile auszuschneiden haben; ferner wird man die geforderte Umstellung der Worte *fructus* und *fundum* als unnöthig verwerfen müssen. Bei der *conventio* hinsichtlich der Früchte ist überhaupt an eine Mahnung gedacht, die den Schuldner in *Mora* versetzt. Ungezwungener freilich erschiene der Ausdruck des Paulus, wenn man das Wort „*fructus*“ als ein, aus dem vorhergehenden Satze gezogenes, Glossem überhaupt streichen dürfte.

Fast eher noch als auf *fr. 38, §. 1 cit.* könnte man in Ulpian's *fr. 5, §. 2 d. cond. c. d. 12, 4* die Haftung für positive Diligenz bei der *condictio sine causa* als solcher bestätigt finden; erklärten sich nicht die Worte „*quod si fugit nec culpa ejus contigit*“, wie die ganze Entscheidung des Fragments, durch das Ausgehen vom Gesichtspunkte des Mandates. Vgl. *Erleben*, die *condictiones sine causa* Bd. 2, 1853 S. 229—234.

Der Gedankengang des vielfach missverstandenen Fragments ist sicher der folgende: Ist ein Grundstück *dotis futurae causa* vom Bräutigam empfangen, so ist er nach dem consensmässigen Zweck der Hingabe zur Ziehung von Früchten verpflichtet, damit sie dereinst das Kapital der *dos* vermehren können. Ist nun das Verlöbniß aufgekündigt: so hat er von da an das Grundstück *sine causa* im Vermögen; der consensmässige Zweck der Hingabe ist vereitelt und seine Pflicht zur Cultur des Grundstückes, also zur Fruchtziehung an sich genommen beendigt (*licuerat ei negligere fundum*). Daher bedarf es erst einer Mahnung und der Dazwischenkunft einer wahren *Mora*, damit eine Haftung für alle irgend ziehbaren (*omnimodo*) Früchte neu begründet werde. Als Grund also (*ratio autem etc.*), wesshalb erst „*si in re mora fuit*“ eine Haftung für Fruchtziehung und zwar nun eine schlechthinnige Haftung wieder beginnt, wird am Schluss von Paulus einfach das angegeben: dass an sich genommen mit der erfolgten Aufkündigung des Verlöbnisses diese Pflicht erloschen war. Verdunkelt wird die Erkenntniß dieses correct logischen Gedankenganges¹⁷⁾ nur dadurch, dass Paulus, in seiner energischen und sprudelnden Weise des Denkens, zwischen das zu Erläuternde und die *ratio* noch die Parenthese hineinwirft, dass auch bei einer durch die Frau verschuldeten Verlöbnißaufkündigung, unter Voraussetzung der *Mora*, nicht minder streng über die Früchte zu rechten sei, als wie wenn der Mann das Verlöbniß gebrochen hätte.

So bestätigt also unsere Stelle, dass man bei den *conditiones sine causa* der *Mora* hinsichtlich der Früchte die gleichen Wirkungen wie bei den freien Klagen beilegte. Und zugleich, dass das Soll dieser Obligationen, auch unter Voraussetzung des Wissens um die Rückgabepflicht, an sich genommen, nicht über die Vermeidung des *dolus* (*incl. lata culpa*) hinausgeht. So wird ja denn auch in fr. 26, §. 12 *cit.* ausdrücklich nur vorausgesetzt, dass der Empfänger des nicht-geschuldeten Sklaven ihn „*sine*

17) Weniger correct würde uns derselbe erscheinen, wenn die Worte gegen Ende lauteten „*si sponso concedebatur non restituere fructus, licuerat etc.*“, wie nach Huschke's neuestem Vorschlage (zur Pandektenkritik 1875 S. 87) geändert werden soll.

fraude modico distraxit“. Nur also wenn er ihn *eum fraude dolo malo* zu billig verkaufte, würde er für den vollen Werth verantwortlich sein; nicht aber wenn er ihn aus Ungeschicklichkeit und Nachlässigkeit unter dem Marktwerthe weggegeben hätte¹⁸⁾. Welchen Grund aber haben wir denn, in unserem Recht abweichend vom Römischen die Haftung dessen, welcher ohne *dolus malus* eine Nichtschuld empfing, durch die blosse später erlangte Kunde von der auf Rückgabe seines Eigenthums gehenden Obligation plötzlich zu steigern auf positive Diligenz für die Sache, auf *fructus percipiendi*, gesetzliche Zinsen u. dgl.¹⁹⁾? Wenngleich ja das vollkommen anzuerkennen ist, dass bei uns kein Hinderungsgrund mehr besteht, bei eingetretener *Mora*, auch hier auf Verzugszinsen zu erkennen²⁰⁾. Denn die Ausschliessung dieser Wirkung der *Mora* im Römischen Recht war freilich nur Ausfluss des processualischen Charakters der Klage als einer *actio stricti juris* und nicht, wie die Ausschliessung der Haftung

18) Auch nachdem schon der Empfänger erfahren hatte, dass der Sklave nicht wirklich geschuldet war, konnte ja der Verkauf an und für sich vorwurfsfrei statthaft sein, z. B. wenn dem Empfänger die nöthigen Subsistenzmittel für den Sklaven fehlten, ohne dass doch dessen sofortige und rechtzeitige Rückgabe an den Geber nach Lage der Sache ausführbar war.

19) Ganz richtig erklärt sich in diesem Sinn gegen die Zuerkennung gesetzlicher Zinsen bei den *Conditionen* (mit Ausnahme der *c. furtiva*) das Erkenntniß des O.A.G. Wiesbaden in Seufferts Archiv Bd. 2 Nr. 59, unter ausdrücklicher Verwerfung der Analogie von Mandat und *negotiorum gestio*. Auch die Bestimmungen der neueren Gesetze statuiren nicht eine Haftung für positive Diligenz, versäumte Früchte, gesetzliche Zinsen vom Moment der später erlangten Kunde an. So Allg. L. R. I, 16 §. 194 und 195 dazu Förster Bd. 2, §. 150 sub I, c. Sächs. Gesetzb. Art. 1527 und 1528, wonach „der Empfänger in redlichem Glauben“ haftet „soweit er zur Zeit der Rückforderung bereichert ist“, der Empfänger in unredlichem Glauben aber den Vorschriften von der Entwendung unterworfen wird. Der Dresdener Entwurf Art. 981 lautet wie das Sächs. Gesetzb. Art. 1527 nur noch bestimmter durch den Zusatz „hat sich der Empfänger bei dem Empfange der Leistung in gutem Glauben befunden“.

20) So das Erkenntniß des O.A.G. Stuttgart in Seufferts Archiv Bd. 1 Nr. 59 S. 66 und nam. die Ausführung von Wächter Erörterungen etc. Heft 2, 1846 S. 121—125. Allg. L. R. I, 16 §. 195.

für Diligenz, innerlich durch die materiellen Voraussetzungen der Obligation selbst motivirt.

Bei einer so begrenzten Haftung nun würde sich für den Fall des Rechtsstreites nach allgemeinen Grundsätzen in dieser Hinsicht die Beweislast genauer wie folgt regeln. Den Beklagten trifft der einfache Beweis, dass und in wie weit er das Empfangene, beziehentlich die darin enthaltene Bereicherung wieder verlor. Kann er z. B. nur das factische Abhandenkommen der sine causa zu Eigenthum empfangenen Sache darthun: so müsste er wenigstens doch die reipersecutorischen Rechtsmittel cediren, es wären denn auch diese verloren gegangen, z. B. indem er schon selbst sie angestellt und bei mangelndem Beweise nutzlos consumirt hatte. Da nur unter Voraussetzung des Wissens um die gegenwärtige oder künftig mögliche Rückgabepflicht auch die Haftung für dolus (incl. lata culpa) hinzutritt: so würde dann dem Kläger zunächst der Beweis dieses Wissens im Fall der Bestreitbarkeit und Bestrittenheit obliegen. Und weiter sodann der Beweis, dass wirklich der Vorwurf des dolus oder einer gleichgeltenden gewissenlosen Versäumniss bei dem erwiesenen Verlust den Beklagten traf. Unmöglich kann es ja auch hier dem Beklagten aufgebürdet werden, sich zu exculpiren d. h. von einem unbegründeten Verdacht des dolus sich zu reinigen.

Nur wenn keinerlei dolus erweisbar ist, würde der Verpflichtete bei dargethanem gänzlichem Verlust der empfangenen Bereicherung von seiner Schuld gänzlich befreit sein.

Hier bewährt sich denn auch in unserem Fall die allgemeine Maxime: dass, wenn nur der Verpflichtete gegen das Soll der concreten Obligation sich nicht verfehlte, diese Obligation erlischt, obgleich der ihr von Haus aus inwohnende spezifische Zweck durch die Umstände vereitelt wurde. Es ist dafür einerlei, ob die Erreichung jenes spezifischen Zweckes an sich unmöglich ist oder nicht; einerlei auch denkbarer Weise ob der vereitelnde Umstand direct durch den Willen des Obligirten herbeigeführt ist, oder nicht. So erlischt ja die reine, nicht durch Wissen des Empfängers qualificirte, Obligatio indebiti schon durch einfache Verschenkung des empfangenen Objects. Freilich wäre der äussere Zweck der Obligation, die Rückverschaffung des Eigenthums an sich durchaus noch erreichbar; freilich ist das

derzeit obwaltende Hinderniss durch freie That des Schuldners gesetzt. Aber das Soll der Obligation war ja hier von Anfang nicht stärker und intensiver, als dass der Schuldner das Eigenthum, sofern es bei ihm vorhanden sei, zurückleiste und sich eventuell des dolus enthalte. Und so scheidet denn hier jenes Soll und mit ihm die ganze Obligation an der mangelnden Stärke. Ist hingegen die empfangene individuell bestimmte Sache noch beim Empfänger selbst vorhanden: so kann dann auch hier die Obligation kraft der Realexecution den Willen des Schuldners überspringen und sich unvermittelt durch seine Handlung realisiren; ohne dass indess durch diese Möglichkeit das innere Wesen des Rechtsverhältnisses umgewandelt würde ²¹⁾.

Unsere bisherigen Ausführungen werden genügen, um zunächst als unmittelbar praktische Nutzenanwendung die folgende gesichert zu haben. Es hat keinen Werth, und muss sogar verwirrend wirken, wenn auf Grund der herrschenden Doctrin unsere neuere Gesetzgebung eine uniforme Regel über Erlöschen der Obligationen durch „Unmöglichkeit der Leistung“ aufzustellen pflegt, mit ²²⁾ oder ohne nähere Bestimmung des Begriffes der Unmöglichkeit. Vielmehr kann es sich hier nur darum handeln die Intensität des Soll (oportet) der einzelnen Obligationen, soweit darüber Zweifel entstehen könnten, scharf und genau zu bestimmen. Aus der, über jede Macht gesetzgeberischen Willens erhabenen, inneren Logik des Obligationsbegriffes ergiebt es sich ja dann ganz von selbst: dass die Obligation erlischt, wenn von der Seite des Schuldners her Alles geschah was geschehen sollte und dennoch der Obligationszweck definitiv vereitelt wurde.

21) Anders Ziebarth, Realexecution S. 207 f., nach welchem dadurch „an die Stelle der Condition die Rescission getreten ist“.

22) S. z. B. Sächs. Gesetz. Art. 1010 „Die Forderung gilt als erloschen bei jeder Art der Unmöglichkeit, gleichviel ob der Gegenstand derselben untergegangen, ausser Verkehr gesetzt, dem Schuldner abhanden gekommen“ (vorbehaltlich Haftung für Culpa). — Art. 1011 „Die Leistung eines der Gattung nach bestimmten Gegenstandes gilt als unmöglich, wenn die Unmöglichkeit rücksichtlich sämmtlicher zu der fraglichen Gattung gehörigen Gegenstände eingetreten ist“. — Dresdener Entwurf Art. 388—395.

Weiter ergibt sich. Man kann nicht aus dem Forderungsrecht als solchem überhaupt die Verpflichtung zur Vermeidung einer jeden Fahrlässigkeit herleiten²³⁾. Noch kann man es nur, mit Bezug auf fr. 91, pr. d. V. O., als Ansicht des Römischen Rechtes hinstellen, dass aus dem Forderungsrecht als solchem sich wohl die Verpflichtung zur Vermeidung einer fahrlässigen Thätigkeit ergebe, wenn auch nicht die Verpflichtung zur Vermeidung einer fahrlässigen Unterlassung. Vielmehr lässt sich als zur Substanz der Obligation selbst allgemein gehörig nur das betrachten, dass der Schuldner für jedes dolose und gleichgeltende gewissenlose Verhalten gegenüber dem gesetzten Obligationszweck einzustehen hat. Es lässt sich dies genau gedacht nicht herleiten aus der Obligation, sondern es gehört unmittelbar zu ihrer Substanz. Denn das Wesen der Obligation besteht in dem, aus besonderem privatrechtlichen Rechtsgrunde erwachsenen, den Gläubiger berechtigenden Soll oder oportet, welches als das, durch bestimmte äussere Sanction aufrechterhaltene, blosses Mittel zur Sicherung und Befriedigung des gesetzten Obligationszweckes erscheint. Dieses Soll kehrt sich nun zunächst als ethisches, als Pflicht gegen den Willen des Schuldners. Es vermag sodann, zum absoluten Müssen sich steigend, mit selbständiger Kraft nach aussen hin zu wirken, indem es namentlich eventuell im alten Recht direct die Person des Schuldners, im neueren Recht sein gesamtes Activvermögen, oder auch nur einzelne Stücke desselben unmittelbar ergreift, indem es selbst kraft Realexecution Satisfaction und Verwirklichung sucht auch unter völliger Umgehung des schuldnerischen Willens und der schuldnerischen Handlung.

Und so mag sich denn, mehr als die Verfolgung der abgenutzten Kategorie von Gegenstand und Inhalt des Rechts, für die richtige Erfassung und Handhabung des Obligationsbegriffs von Nutzen erweisen einerseits die genauere Beachtung des specifischen Zweckmoments, andererseits des innerlich verschieden abgestuften und äusserlich verschieden sanctionirten Soll's, welches der Sicherung jenes Zweckes dient.

23) Mit Bethmann-Hollweg im Anhang IV zur ed. 2 von Hasse's *Culpa*, 1838 S. 554 fg. Vgl. Brinz *Pand.* I §. 137 S. 592 u. Windscheid ed. 3 §. 265 Anm. 13.

Quellenregister.

Vorjustinianische Quellen.

- Gajus inst. II, 214 u. 215. S. 236.
 II, 262. S. 197.
 IV, 131. S. 152.
 Pauli sent. recept. II, 15, §. 1. S. 218.
 II, 17, §. 8. S. 103.
 V, 7, §. 4. S. 230.
 Collatio leg. Rom. et. Mos. X, 2, §. 3. S. 244.

Justinianische Quellen.

Institutiones.

- II, 20 d. legat. §. 4. S. 198.
 §. 6. S. 4 u. 70. S. 85.
 §. 16. S. 236.
 III, 15 d. verb. obl. §. 5. S. 207.
 III, 23 d. empt. et vend. §. 5. S. 171.
 III, 27 d. obl. quasi ex contr. §. 3. S. 143.

Digesta.

- II, 10 de eo per quem fr. 1, §. 4. S. 56.
 II, 11 si quis caut. fr. 2, §. 4. S. 215.
 II, 14 de pact. fr. 17, §. 1. S. 60.
 IV, 8 d. recept. fr. 15 u. 16, pr. S. 218.
 V, 3 d. H. P. fr. 20, §. 21. S. 57.
 VI, 1 de R. V. fr. 5, §. 3. S. 134.
 fr. 68. S. 126.
 VII, 9 usufr. quemadm. fr. 7, pr. S. 134.
 IX, 2 ad leg. Aquil. fr. 30, §. 1. S. 61.
 IX, 4 d. noxal. act. fr. 37. S. 157.
 X, 2 fam. exc. fr. fr. 25, §. 10. S. 155.
 XI, 3, d. serv. corr. fr. 5, §. 4 u. fr. 6. S. 62.

- XI, 3 d. serv. corr. fr. 14, §. 1. S. 59.
 XII, 2 d. jurejur. fr. 30, §. 1. S. 238.
 XII, 4 d. cond. caus. dat. fr. 5, §. 2. S. 267.
 XII, 6 d. cond. indeb. fr. 15, pr. S. 264.
 fr. 26, §. 12. S. 265 u. 268.
 fr. 65, §. 6. S. 260.
 fr. 65, §. 8. S. 265.
 fr. 66. S. 263.
 XIII, 5 d. pec. const. fr. 21, pr. u. fr. 23. S. 231.
 XIII, 6 commodati fr. 3, §. 1. S. 234.
 fr. 5, §. 2. S. 229 (statt fr. 3, §. 2 lies
 hier 5, §. 2) u. S. 243.
 fr. 17, §. 3. S. 129.
 XV, 1 d. pecul. fr. 47, §. 2. S. 258.
 XVI, 3 depositi fr. 1, §. 16. S. 234.
 fr. 1, §. 32 u. §. 47. S. 245.
 fr. 3. S. 245.
 fr. 31. S. 246.
 XVII, 1 mandati fr. 8, §. 6. S. 57.
 fr. 27, §. 2. S. 217.
 fr. 28. S. 47.
 XVIII, 1 d. contr. e. fr. 4. 5 u. 6, pr. S. 171.
 fr. 8, pr. S. 177.
 fr. 22 u. 34, §. 1. S. 171.
 fr. 45. S. 188.
 fr. 57 u. 58. S. 183.
 fr. 61. S. 191.
 fr. 62 §. 1. S. 171 u. 185.
 fr. 68, pr. S. 242.
 XVIII, 4 d. hered. vend. fr. 4 u. 5. S. 179.
 fr. 8 u. 9. S. 185.
 XVIII, 7 d. serv. export. fr. 6 u. 7. S. 59.
 XIX, 1 d. act. e. v. fr. 10. S. 105.
 fr. 11, §. 1. S. 243.
 fr. 13, §. 15. S. 105.
 fr. 13, §. 17. S. 248.
 fr. 29. S. 103.
 fr. 55. S. 210.
 XIX, 2 locati cond. fr. 9, §. 5 u. 13, §. 5. S. 220.
 fr. 33. S. 248.
 fr. 58, §. 1. S. 212.
 XXI, 2 d. evict. fr. 9. S. 104.
 fr. 11, pr. S. 248.

- XXI, 2 d. evict. fr. 29, pr. S. 104.
 fr. 31. S. 187.
 fr. 39, §. 3. S. 171 u. 181.
 fr. 41, §. 1. S. 104.
 fr. 74, §. 3. S. 170.
 XXII, 1 d. usur. fr. 38, §. 1. S. 267.
 XXIII, 3 d. jur. dot. fr. 17. S. 229.
 XXIV, 1 d. donat. i. vir. fr. 55. S. 148.
 XXVII, 3 de tut. act. fr. 1, §. 21. S. 149.
 fr. 1, §. 22 u. 23. S. 150.
 XXX, de legat. I. fr. 12, §. 1. S. 212.
 fr. 34, §. 1—3. S. 11. 19. 91.
 §. 7 u. 8. S. 92.
 fr. 39, pr. S. 247.
 fr. 53, §. 2. S. 11.
 fr. 71, §. 3. S. 230.
 fr. 82, pr. S. 93.
 §. 2. S. 99.
 §. 6. S. 87.
 fr. 84, §. 2. S. 72. (In Anm. 4 l. Glossem
 statt Glossen)
 §. 5. S. 93.
 §. 11. S. 88.
 fr. 108, pr. S. 207.
 §. 1. S. 15. 66. 78.
 §. 4. S. 9.
 §. 5. S. 95.
 §. 6. S. 98.
 §. 12. S. 241.
 XXXI de legat. II. fr. 49, §. 1. S. 84.
 §. 2. S. 193.
 fr. 66, §. 1. S. 89.
 fr. 72. S. 101.
 fr. 87, pr. S. 83.
 fr. 89, §. 7. S. 228.
 XXXII de legat. III. fr. 21 §. 1. S. 19.
 XXXV, 1 d. cond. fr. 92. S. 145.
 XXXVI, 1 ad Sc. Trebell. fr. 22, §. 3. S. 236.
 fr. 25, §. 2. S. 228.
 fr. 59, pr. S. 147.
 XXXVII, 12 si a par. S. 145.
 XXXIX, 5 d. donat. fr. 19, §. 2. S. 80.
 XXXIX, 6 d. mort. c. d. fr. 35, §. 7. S. 151.

- XL, 5 de fideic. libert. fr. 24, §. 21. S. 144.
 XLI, 1 d. acquir. r. d. fr. 9, §. 2. S. 134.
 XLII, 4 quib. ex c. fr. 6, §. 2. S. 165.
 XLIV, 2 d. exc. rei jud. fr. 14, §. 2. S. 153.
 XLIV, 7 fr. 1, §. 9. S. 173 u. 178.
 fr. 3, pr. S. 34.
 fr. 17. S. 3.
 fr. 18. S. 74.
 fr. 19. S. 110.
 fr. 39. S. 128.
 XLV, 1 d. V. O. fr. 2, §. 2. S. 155.
 fr. 16. S. 86.
 fr. 18. S. 153.
 fr. 34. S. 193.
 fr. 35, pr. S. 178.
 §. 1. S. 146.
 fr. 38, §. 17. S. 59.
 fr. 75, §. 10. S. 200.
 fr. 83, §. 5. S. 189.
 §. 6. S. 94.
 fr. 91, §. 1. S. 226.
 §. 2. S. 228.
 §. 3. S. 227 u. 240.
 §. 6. S. 231.
 fr. 97, §. 1. S. 58.
 fr. 98, pr. S. 192.
 fr. 137, §. 2. S. 206.
 §. 4. S. 205 u. 234.
 XLV, 2 d. duob. r. fr. 9, pr. S. 154.
 §. 1. S. 165.
 XLVI, 1 d. fidej. fr. 5. S. 154.
 fr. 17. S. 48.
 fr. 36. S. 51.
 XLVI, 3 d. solut. fr. 33, pr. S. 95.
 fr. 61. S. 85.
 fr. 72. S. 95.
 fr. 95, §. 2. S. 131.
 §. 9. S. 57.
 §. 10. S. 47.
 XLVII, 1 d. privat. del. fr. 3. S. 60.
 XLVII, 2 d. furt. fr. 12, pr. u. fr. 91. S. 61.
 L, 13 d. persec. extr. fr. 1, §. 1. S. 219.
 L, 16 d. V. S. fr. 10. S. 131.

- L. 17 d. R. J. fr. 182. S. 173.
 fr. 185. S. 167.
 Codex
 II, 20 d. his quae vi c. 1. S. 237.
 IV, 57 si mancipium c. 6. S. 144.
 VI, 37 de legat. c. 10. S. 198.
 VIII, 38 d. contr. stip. S. 215.
 Novella 4, c. 2. S. 257.

Nachjustinianische Quellen.

- Preussisches Landrecht I, 5, §. 51 fg. S. 190.
 I, 10, §. 25. S. 127.
 I, 11, §. 40 u. 41. S. 186.
 I, 12, §. 379. S. 17.
 §. 380. S. 18.
 I, 14, §. 338. S. 48.
 I, 16, §. 194 u. 195. S. 269.
 I, 19, §. 5. S. 127.
 Code Napoleon Art. 1148. S. 256.
 Art. 2099. S. 48.
 Oesterreichisches Gesetzbuch §. 661. S. 17.
 §. 1358. S. 48.
 Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 452. 680. 697. S. 135 u. 137.
 Sächsisches bürgerl. Gesetzbuch §. 793. S. 176.
 §. 1010 u. 1011. S. 271.
 §. 1527 u. 1528. S. 269.
 §. 2462. S. 18.
 Dresdener Entwurf eines Gesetzes über Schuldverhältnisse
 Art. 27. S. 176.
 Art. 388 fg. S. 271.
 Art. 981. S. 269.
 Preussisches Grundbuchgesetz von 1872. S. 136 fg.
 Entwurf eines Schweizerischen Bundesgesetzes über Schuldbetreibung
 von 1874. S. 123.

das ist die ursprüngliche Nummer 200

REV15

ÚK PrF MU



3129S05332