14-C-208

I dcd 183

Právnická fakulta Masarykovy univerzity
Seminární knihovna

Das Verschuldungsprinzip

in der Lehre von der Schadensersatzpflicht im römischen Rechte und die römische

Vis maior

1648/I

Inv. čís.: 277
Sign: 188

Von

Dr. iur. J. R. Luchsinger

Zürich 1909
Albert Müllers Verlag

B

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA
PRÁVNICKÉ FAKULTY U-ce
STARÝ FOND 0412
Č. inv.:

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. 1. Verursachungsprinzip gegen Verschuldungsprinzip 1
2. Die Stellung der germanischen Rechte 3
3. Dogmatische Erwägungen: Gegensatz von Schadensersatz und Strafe. Objektives und subjektives Unrecht 5
4. Die Unzulänglichkeit des Verschuldungsprinzipes im modernen Verkehrsrechte 11
5. Hinweis auf die historische Entwicklung des Schadensersatzrechtes. Einfluß des römischen Rechtes 12

B. I. 1. Das Verschuldungsprinzip ein „Axiom" des römischen Rechtes
a) Schadensersatz und Strafe im römischen Rechte . . 15
b) Freiwillige Garantieübernahme, Aestimatio, Haftung und Versicherung 21
2. Die diligentia diligentis und das Verschuldungsprinzip . . 24
II. Haftung ohne Schuld im römischen Rechte und Prüfung der im römischen Rechte sich findenden „Ausnahmen" vom Verschuldungsprinzip 30
1. Außerkontraktliche Verhältnisse 31
a) Noxalklagen (quasiculpa) 32
b) „Gefährdungs"-Haftung, gefährliche Tiere, actio de effusis et deiectis, cautio damni infecti und Verwandtes 35
c) Interessenkollisionen im besonderen, Imissionen, Notweg und Verwandtes 40
2. Sogen. „culpa in contrahendo" 43
a) Die Theorien des „dolus in contrahendo" und der „culpa in contrahendo" 44
b) Die Begründung der Theorie der objektiven Haftung 47
3. Kontraktliche Verhältnisse 52
a) Allgemeines. Unrichtigkeit der Durchführung des Verschuldungsprinzipes im römischen Vertragsrechte . . 52
b) Unmöglichkeit der Leistung und mora 54
c) Eviktion 61
d) Haftung für Zusagen, redhibitoria, Konventionalstrafe und Verwandtes 63
e) Haftung für besondere Formen des casus 66
aa) „Freie Handlung" des Erben in bezug auf die legierte Sache 66
bb) Haftung des Mandanten, Deponenten und Sozius 69
cc) Haftung für fremde culpa und ihre Surrogate . 75
f) Das receptum nautarum und die vis major 84
aa) Standpunkt der Beurteilung der vis major im römischen und modernen Rechte, Verschuldungsprinzip und Rezeptumshaftung 85
bb) Das Wesen der Rezeptumshaftung 89

Seite

cc) Subjektive Konstruktion der vis major (Goldschmidt) 93
dd) Objektive Konstruktion der vis major (Exner) . 105
ee) Die custodia als allgemeiner Haftungsmaßstab (Baron) 111
ff) custodia und vis major 116
gg) Die römische Auffassung der vis major . . . 126
hh) Die sogen. „verschuldete“ vis major 136
ii) Die culpa als „qualifizierte“ Verursachung . . 138
III. Das Perikulum bei Kauf und Miete und das Schuldprinzip 141

C. Übersicht 144
1. Rückblick auf das römische Recht 144
2. Die Einschränkung des Verursachungsprinzips 150

Das Grundprinzip[1]) der römischen Schuldlehre, welches heute noch die Welt des Zivilrechtes beherrscht und sich kurz aussprechen läßt in dem Satze: „Kein Ersatz ohne Schuld“, ist von einzelnen schon früher bekämpft worden.[2])

Vor einem Menschenalter erst haben aber in der Rechtswissenschaft — und zwar nicht nur in der deutschen — die Stimmen an Zahl und Kraft gewonnen, die zielbewußt neue Prinzipien der Ersatzverbindlichkeit, der Haftung für Schadensersatz fordern. Eine zu Anfang schüchterne, aber rasch an Zuversicht wachsende Bewegung hat sich gegen die Schuldmaxime erhoben, und eine große Zahl derjenigen, die seither Fragen der Verschuldungslehre diskutiert haben, hat sich dieser Bewegung angeschlossen.

Aus der ersten Zeit können genannt werden:

Binding[3]): „Was der Mensch Schlimmes verursacht, mit oder ohne Schuld, muß er bessern. Hat er das Unglück gehabt, etwa in der Geistesverwirrung fremde Sachen zu zerstören, so ist er doch Urheber des Schadens, hat fremde Rechte verletzt und der Geschädigte ist noch viel unschuldiger als er“.

Thon[4]): „Der Satz: ‚Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld‘ ist noch heute in Geltung.

---

[1]) Nicht als ein bloßer Regelrechtssatz; vgl. v. Wyß, Die Haftung für fremde culpa, Zürich 1867, S. 1: „Axiom eines jeden Rechtssystems: Das einzelne Individuum ist für den Schaden verantwortlich, welche seine eigene zurechenbare Handlung in rechtswidriger Weise den Interessen eines anderen zugefügt ...“; vgl. Mataja: Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie S. 11—18. Hier, wo es sich um den Grundsatz handelt, fällt es nicht ins Gewicht, daß das römische Recht nur speziell umschriebene Fälle der außervertraglichen Ersatzverpflichtung kennt; vgl. v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB. S. 6.

[2]) z. B. in der Naturrechtslehre; s. darüber: Ferd. Carl Th. Hepp, Die Zurechnung auf dem Gebiete des Zivilrechts S. 19, 74, 169, 243, 249; dort (S. 17) auch Thomasius: „Larva legi Aquiliae detracta“ (!); vgl. M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen BGB. zur objektiven Schadensersatzpflicht S. 24; vgl. G. Rümelin, Kulpahaftung und Kausalhaftung, im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 88 S. 287.

[3]) Normen I 2. Aufl. S. 433 ff.; u. a. die zitierte Stelle S. 471.

[4]) Rechtsnorm und subjektives Recht S. 105, 106; vgl. auch S. 64; die zitierte Stelle findet sich S. 105.

Doch vermag ich nicht in Preis und Lob dieses Satzes unbedingt mit einzustimmen. Wohl betrachte ich ihn als ein geschichtlich notwendiges Glied der Entwicklung, als eine Reaktion gegen die rohere Rechtsanschauung früherer Zeit, welche nicht anstand, selbst Strafe über den Schuldlosen zu verhängen. Allein die Reaktion ging m. E. zu weit, und ich möchte bezweifeln, ob der Satz unserem heutigen Rechtsgefühl in der Tat völlig entspricht".

Gierke[1]): „Wir können den germanischen Grundsatz der Schadenstragung aus bloßer Verursachung nicht entbehren. Mag den Urheber der Rechtsverletzung ein eigentliches Verschulden nicht treffen, so ist doch der Geschädigte noch unschuldiger".

Rud. Merkel[2]): „Gegen dieses Verschuldungsprinzip kämpft der Gedanke einer Ersatzpflicht unabhängig von Verschulden einen langen Kampf".

Meili[3]): „Allein es läßt sich nicht leugnen, daß sehr häufig das Verschuldungsprinzip gar nicht genügt, um einen streitigen Fall zu entscheiden, und das ist das so sehr interessante Faktum, daß gerade die modernen Verkehrsmittel den kasuistischen Beweis liefern für die Unhaltbarkeit des sogen. Verschuldungsprinzipes".

Die Erörterungen über die Frage der „objektiven" Schadensersatzpflicht sind seit dieser Zeit nicht mehr verstummt; sie haben in der Besprechung der Bestimmungen der Entwürfe zu einem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich und des Bürgerlichen Gesetzbuchs selbst, vor allem aber auch an-

[1]) Die soziale Aufgabe des Privatrechts S. 33.

[2]) Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen S. 106.

[3]) Die Telegraphie und Telephonie S. 29; ferner sind noch zu vergleichen: Loening, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten; Unger, Handeln auf eigene Gefahr, in Jherings Jahrb. N. F. Bd. 18; derselbe, Handeln auf fremde Gefahr, in Jherings Jahrb. N. F. Bd. 21; man beachte die Entwicklung des Gedankens bei Unger; in Grünhuts Zeitschr. Bd. 8 S. 238 steht er noch ganz auf dem Standpunkte des reinen Verschuldungsprinzipes, den er verlassen hat in Handeln auf eigene Gefahr, in Jherings Jahrb. N. F. Bd. 18; Mataja, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie; Strohal in Jherings Jahrb. N. F. Bd. 21; Sjögren in Jherings Jahrb. N. F. Bd. 23; Steinbach, Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden; M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen BGB. zur objektiven Schadensersatzpflicht; ältere Schriften sind zitiert bei: Binding, Normen I 2. Aufl. S. 434; vgl. aber auch Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrechte S. 294 ff.; neuerdings gibt eine Zusammenstellung v. Randa, Die Schadensersatzpflicht nach österr. Rechte 2. Aufl. 1908 in der Einleitung; vgl. Endemann, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 S. 130 Anm. 1 und Bd. 17 S. 747 ff.

schließend an die Eisenbahn- und Haftpflichtgesetzgebungen, zu einer sehr umfangreichen Literatur geführt.

Die Frage drängt sich auf, welche Gründe vorliegen, nicht nur für die auffallende und neuerdings wieder bei der Beratung über die Automobilhaftpflichtgesetze der verschiedenen Länder zutage tretende Tendenz der modernen Gesetzgebung, sondern auch für die gegen das Kulpaprinzip gerichtete Bewegung in der Rechtswissenschaft, und wie es zu erklären, daß unsere Zeit ein Verursachungsprinzip dem Verschuldungsprinzip[1]) gegenüberstellt und so intensiv arbeitet an der Ausgestaltung der Lehre von der Kausalität.

Auf sehr verschiedenen Wegen und unter recht abweichenden Begründungen sind diejenigen, welche das Verschuldungsprinzip ablehnen und die, sich aus diesem Schlusse ergebenden, neuen und außerordentlich folgenreichen Ideen verfechten, zu ihrer Anschauung gelangt.

Manche unter ihnen sind Vertreter der speziell deutschen Rechtsauffassung, die ihre Ansicht auf die Haftungsgrundsätze des früheren deutschen Rechts aufbauen und für das deutsche Recht das Verdienst in Anspruch nehmen, von jeher die ihnen richtig erscheinenden Sätze aufgestellt zu haben.[2])

Die Grundanschauungen des römischen und des deutschen Rechts gehen weit auseinander. Der korporative, auf gerechte Güterverteilung vor allem sich richtende Geist des letzteren bedingt eine von der römischen Denkweise sehr verschiedene Ausgestaltung des subjektiven Rechtes und es würde soweit nicht auffallend sein, wenn auch die Grundsätze der Haftung für Schadensersatz andere sein sollten.

Auf die ältere Zeit der deutschen Rechtsentwicklung, die eine wirklich naive Haftungslehre zugrunde legte, kann ein großes Gewicht nicht gelegt werden; hier tritt, wie in vielen primitiven Rechten, die Unfähigkeit zutage, zwischen Schuld und Zufall zu unterscheiden.[3]) Dagegen kann sehr wohl möglich sein, daß das

[1]) Über die Schlagwörter „Verschuldungsprinzip" und „Verursachungs- oder Veranlassungsprinzip" vgl. Jung, Delikt und Schadensverursachung S. 94, immerhin empfehlen sie sich zur kurzen Bezeichnung der Gegensätze; vgl. Weyl, System der Verschuldungsbegriffe im BGB. S. 564.

[2]) vgl. Gierke a. a. O. S. 33; Mataja a. a. O. S. 5; für die frühere Zeit vgl. Hepp, Die Zurechnung S. 118. Hepp spricht von einer „objektiven" Auffassung des deutschen Rechts.

[3]) Schroeder, Lehrb. der deutschen Rechtsgeschichte 5. Aufl. S. 83: „Mit allen Völkern geringer Kulturstufe teilten die Germanen die Unfähigkeit, hinsichtlich der Zurechnung einer rechtswidrigen Handlung zwischen böser Absicht und bloßem Ungefähr schärfer zu scheiden"; ferner S. 286, 357, 359; M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung S. 27; auf dieser Stufe steht heute noch das abessynische Recht.

deutsche Recht, statt wie das römische von diesem naiven Standpunkte des „Strafe und Ersatz ohne Verschuldung“ zur Entwicklung des Satzes „Strafe und Ersatz nur bei Verschuldung“ zu kommen, den Weg eingeschlagen hat, der direkt zu dem Ergebnis führt: „Strafe für Schuld, Ersatz ohne Verschulden“. In der Tat kann man zweifeln, ob sich die oft beachteten Bestimmungen des Sachsenspiegels und verwandter Quellen des deutschen Gewohnheits- und Gesetzesrechtes auf eine bewußte Entscheidung des deutschen Rechtsgedankens für eine nicht auf das Schuldprinzip gegründete Schadensersatzverbindlichkeit hinweisen oder als „Rückstände“ [1]) der früheren naiven Ansichten zu erklären sind, die allmählich nur verblassen und aus dem Rechtsbilde verschwinden.[2]) Die Ansichten darüber sind geteilt, und es ist zu beachten, daß ja die reine Weiterentwicklung des deutschen Rechts schon sehr früh zu Ende gegangen ist.

Lange vor der endlichen Rezeption wird das deutsche Recht

[1]) vgl. M. Rümelin a. a. O. S. 27.

[2]) Schroeder a. a. O. S. 751, 752, 784, 785; vgl. (nach Weiske, Der Sachsenspiegel, Landrecht) nachfolgende Bestimmungen des Sachsenspiegels: a) Ersatzverbindlichkeit bei Verletzungen durch Kinder und Wahnsinnige, Ssp. Landr. Buch II Art. 65 § 1; Ssp. Landr. Buch III Art. 3; Hepp a. a. O. S. 119; Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts Bd. 2 S. 263ff., S. 263 Anm. 3; b) Schädigungen in Notwehr, Ssp. Landr. Buch II Art. 14 § 1; zu dieser Stelle Huber, Schweiz. PrivR. Bd. 4 S. 896 N. 8. Huber erklärt diese Verpflichtung als Abkauf der Blutrache; vgl. schwäb. Land- u. Lehnrecht (Laßberg) Art. 151 c, Art. 79 (des Landrechtes); c) kasuelle Verletzungen durch zurechnungsfähige Erwachsene, Ssp. Landr. Buch II Art. 38: „Der man sal gelden den schaden, der von sîner warlôse geschicht anderen lûten, ez sie von brande oder von burnen, den her nicht en bewirket einet knies hô uber der erden, oder ab her schûzet oder wirfit einen man oder ein vihe, als her râmet eines vogels: hie umbe verteilt man ime nicht sîn lîb noch sîn gesunt, ab ouch der man wol stirbet; wen her muz in gelden als sîn weregelt stêt“; über den Ausdruck „warlôse“ s. Schroeder a. a. O. S. 751, dazu Schwsp. (Laßberg) Art. 182, Heusler a. a. O. S. 263; zu Ssp. Landr. Buch II Art. 38 vgl. auch Heusler a. a. O. S. 262 Anm. 2; d) Haftung des Herrn für Schädigungen durch seine Knechte und seine Tiere, Ssp. Landr. Buch II Art. 40; vgl. Schroeder a. a. O. S. 359; Brunner, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 552, 556; e) endlich soll auch eine Haftung für einen Schaden bestehen, als dessen Ursache eine leblose Sache angesehen wird; Huber S. 897; f) auch im Vertragsverhältnisse finden sich einige Bestimmungen, die zur Unterstützung der Ansicht herangezogen worden sind, daß nach dem deutschen Prinzip auch für Zufall eingestanden wird; vgl. Heusler Bd. 2 S. 265ff.; so z. B. vgl. Ssp. Landr. Buch III Art. 5 § 4, Art. 6 § 3; interessant ist, daß das deutsche Recht darin, ähnlich dem römischen Recht, Bestimmungen aufstellt für den durch Tiere angerichteten Schaden, daß aber der Herr sich durch Auslieferung oder Verstoßen des Tieres befreien kann, nicht aber wenn es gefährliche Tiere waren; so auch im römischen Recht; vgl. Ssp. Landr. Buch II Art. 62; Schroeder S. 784 Anm. 39.

durch Eindringen der römischen Lehren beeinflußt, vielleicht ganz besonders in unserer Frage,[1]) denn die Zufallhaftung mußte romanistisch gebildeten Juristen ein ganz besonderer Anstoß sein. Deshalb ist ein sicheres Urteil nicht möglich darüber, wie das deutsche Recht seine Schuldlehre ohne jene Einflüsse fortgebildet hätte. Durch die Rezeption hat eben doch die römische Schuldlehre als Siegerin den Platz tatsächlich behauptet, und somit kann man sich auf das deutsche Recht zur Erklärung und Rechtfertigung des Verursachungsprinzips nicht allzusehr stützen.

Andere sind durch dogmatische Untersuchungen geleitet worden,[2]) und hier kommt vor allem der Klarstellung des Verhältnisses von Schadensersatz und Strafe eine grundlegende Bedeutung zu. Denn in der Tat, wären beide im wesentlichen gleichartige Begriffe, so könnte die Möglichkeit eines Ersatzes ohne Schuld überhaupt nicht diskutiert werden. Unser innerstes Gefühl empört sich, wenn wir einen „Nichtschuldigen“ Strafe leiden sehen. Daß Strafe und Schuld untrennbar verbunden sind, ist so gewiß, daß wenn eines Tages die Rechtsanschauung in dem Übeltäter, dem Schuldigen, nur noch den Anormalen, den Kranken, den Gefährlichen sieht, in demselben Augenblicke die Strafe fortfallen und andere Maßnahmen, andere Repressionen an ihre Stelle treten müssen.

Strafe und Schadensersatz sind aber von Grund aus verschieden. Wenn irgendwo, ist es wohl hier verstattet, von „wesentlicher“ Verschiedenheit zu sprechen. Lange Zeit allerdings, bis auf unsere Tage, ist dieser Gegensatz häufig verkannt worden, in bestem Falle galt der Schadensersatz als eine besondere Modalität der Strafe [3]) und die für die Strafe gefundenen Grundsätze wurden unbesehen und ohne weiteres auf die Ersatzverpflichtung angewandt. Der Schadensersatz war an die Strafe gefesselt durch eine ihm jede Freiheit nehmende Kette, an welcher die Strafe, als die energischere, ihn auf allen Wegen hinter sich hergeschleppt hat. Erst die neuere Entwicklung hat uns die schärfere Trennung [4]) von Ersatz und Strafe im geltenden Rechte und die wissenschaftliche Betonung ihrer wesentlichen Ungleichart gebracht.[5]) Und doch darf man, zurückblickend,

[1]) vgl. die Hinneigung zur römischen Auffassung in Art. 111, 177, 183, 184, 279, 281, 302 im Schwsp. Landr.

[2]) z. B. Binding, Thon, Rud. Merkel, M. Rümelin.

[3]) vgl. Dernburg, Abhandl. aus dem Zivil- und Prozeßrechte S. 120. Über das römische Recht vgl. Regelsberger, Pand. Bd. 1 S. 223ff. und auch die folgenden Ausführungen über das römische Recht.

[4]) z. B. durch Fortfall der Privatstrafen. Binding a. a. O. Bd. 1 S. 287; Endemann, Lehrb. Bd. 1 S. 1255 Anm. 2.

[5]) Es ist das Verdienst von Binding, in seinen „Normen“ in über-

erstaunt sein, daß dafür ein so langer Zeitraum erforderlich war. Eine noch so oberflächliche Gegenüberstellung der Regeln, die

zeugender Weise diese Verschiedenheit dargelegt zu haben. Früher schon für die Verschiedenheit: Hepp a. a. O. S. 8—10. Vgl. auch v. Liszt, Lehrb. des Strafrechts 17. Aufl. S. 246ff. u. 247 Anm. 2. Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 62; Jellinek, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe S. 120; vgl. auch dort Anm. 20; H. A. Fischer, Der Schaden nach dem BGB. für das Deutsche Reich S. 263; Endemann, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 1 S. 1255 Anm. 2 und § 84b; vgl. aber v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB. S. 3. Einen eifrigen Gegner hat die Theorie des Gegensatzes zwischen Entschädigung und Strafe dagegen in Ad. Merkel gefunden. Merkel ist zuerst in seinen „Kriminalistischen Abhandlungen" (Leipzig 1867) der Frage nähergetreten. Seine Argumente sind hier im wesentlichen rechtsphilosophische, dialektische, und er selbst steht, trotzdem der Hauptzweck seiner Arbeit die Bekämpfung der Theorie des Gegensatzes von kriminellem und Zivilunrecht ist, stark unter dem Einfluß Hegelscher Methode. Dem einheitlichen Begriffe des Unrechts, so führt er aus, müsse der einheitliche Begriff der Unrechtsfolgen gegenübergestellt werden (a. a. O. S. 57. Er „parallelisiert", wie Binding, Normen I S. 276, sich ausdrückt, die Einheitlichkeit der beiden Begriffe. Mehr als eine Parallele ist hier jedenfalls nicht zu finden). „Wenn ein Gegensatz zwischen Straf- und Ersatzzwang in Wirklichkeit bestünde, wäre es unerklärlich und nicht zu rechtfertigen, daß alle Arten bloßen Zivilunrechtes, welche, wie das Unrecht überhaupt, einen Zwiespalt zwischen dem Willen des Handelnden und dem Gemeinwillen und damit den idealen Grund, auf welchen sich die Strafen beziehen, in sich schließen, trotzdem grundsätzlich nur mit dem zivilrechtlichen Entschädigungszwang verbunden werden" (a. a. O. S. 58. Das Bestreben, die Existenz strafloser Delikte dialektisch zu erklären, ein Bestreben, das Hegel und andere zu der Unterscheidung von Unrechtsarten geführt hat, ist auch Merkel vor allem verderblich geworden). Merkel ist in trefflicher Weise widerlegt worden von Binding (a. a. O. S. 276—283). Merkel ist auch später, in der Hauptsache wenigstens, bei seiner Ansicht geblieben, doch hat er ihr viel von ihrer Schärfe genommen. In seinem „Lehrb. des Strafrechts" (S. 181—183) sagt Merkel: „Die anderweitigen Rechtsfolgen des Unrechts dienen dem gleichen Endzwecke wie die Strafe. Wenn auch, was dieselben unmittelbar zu dem Zwecke leisten, nicht das nämliche ist, so besteht doch zwischen ihnen und der Strafe eine ‚innere Verwandtschaft'". Als Argumente führt er noch an, daß die scharfe grundsätzliche Auseinanderhaltung der Strafe und Ersatzpflicht betreffenden Fragen nicht „ein ursprünglicher Bestandteil des Rechtes", sondern das Ergebnis geschichtlicher Entwicklung ist, und daß bei einer Anzahl von Deliktsarten nicht selten dem freiwillig geleisteten Ersatz die Bedeutung eines Strafmilderungsgrundes beigelegt wird. Was den ersten Grund betrifft, so kann man doch fragen, welche Grundsätze im Rechte nicht das Ergebnis einer Sonderung, einer geschichtlichen Entwicklung gewesen, und was als „ursprünglicher Bestandteil des Rechtes" zu betrachten sei. Schließlich kann man ja unter „innerer Verwandtschaft" etwas so Unbestimmtes verstehen, sich auf einen so entfernten Standpunkt stellen, daß die verschiedensten Dinge miteinander verwandt erscheinen. Daß der freiwillig geleistete Ersatz strafmildernde Wirkung hat, beruht, wie schon aus dem Erfordernis der Freiwilligkeit hervorgeht, nicht auf dem Momente der Ersatzleistung an sich, sondern auf dem Momente der durch dieselbe sich zeigenden Gesinnung

sich in der Entwicklung, für das Strafrecht einerseits, das Ersatzrecht andererseits, ergeben haben, läßt in die Augen springen, wie ausgeprägt der Gegensatz ist.

Man denke nur an die Gefährdungsdelikte, an die Lehren vom Versuch — besonders nach der herrschenden subjektiven Auffassung —, von der Teilnahme, vom Rückfall, von der Reue und an alle Strafausmessungsgründe, an Begnadigung, Amnestie, Abolition, an die Stellung des Verletzten im Strafprozeß.

Andererseits an die Vererblichkeit der Ersatzansprüche,[1]) an die Feststellung des Schadens[2]) nach objektiven Momenten, an die rechtliche Möglichkeit der Versicherung gegen Ersatzverpflichtung, der vertraglichen Ausschließung der Ersatzverpflichtung für culpa, und vor allen Dingen an die Haftung für fremde Schuld im Ersatzrechte und die de lege lata bestehenden sonstigen Fälle einer Ersatzpflicht ohne Verschulden.

Strafe und Ersatz sind nicht komplementär, sie ergänzen sich nicht prinzipiell,[3]) und Strafduldung und Ersatzverpflichtung können ohne notwendige Wechselwirkungen nebeneinander bestehen. Nicht dagegen spricht das Argument: „Wenn der Ver-

des Täters, der Reue. Binding a. a. O. S. 455 und Handb. Bd. 1 S. 816; vgl. Zürch. StGB. § 59 z. a.: „Dagegen ist die Strafe . . . zu mildern: a) wenn der Urheber gleich nach Verübung der strafbaren Handlung tätige Reue bezeigt, z. B. den Schaden freiwillig ersetzt . . ."

[1]) vgl. Regelsberger, Pand. Bd. 1 S. 223.

[2]) Es ist nicht selten, besonders in neuerer Zeit, der Gedanke aufgetaucht, der Umfang der Interessenvergütung sei nach der Schwere der Schuld des Schädigers zu bemessen. Auch einzelne Gesetzbücher, als Beispiel sei genannt das schweiz. OblR. Art. 51 und § 254 BGB.!, haben diesen Gedanken in beschränktem Umfange akzeptiert. Er hat besonders in Jhering (Schuldmoment, Vermischte Schriften Bd. 1 S. 215ff.) einen berühmten Verfechter gefunden, der das Gleichgewicht zwischen Schuld und Ersatz als einen besonders verdienstlichen Grundgedanken des römischen Rechtes betrachtet. Man kann darin Jhering nicht beistimmen, sondern muß in dieser Idee, deren ernstliche allgemeine Durchführung unmöglich erscheint, eine besonders charakteristische Konsequenz der mangelhaften Scheidung von Ersatz und Strafe sehen. Die Erscheinung des römischen wie mancher modernen Rechte, daß im Falle doloser Verletzung ein höherer Ersatz gewährt wird, vielmehr eine andere Berechnung des Schadens Platz greift, ist nicht aus der Idee des Gleichgewichts zwischen Ersatz und Schuld abzuleiten, sondern dadurch zu erklären, daß der dolose Täter in weiterem Umfang als kausal wirkend erscheint. Vgl. über vorliegende Frage, auf welche noch zurückzukommen ist, Binding a. a. O. S. 448 und dort Zitierte. Vgl. F. Meili, Der internationale Streit betreffend die Eisenbahnlinie Laurenzo Marques, ein Rechtsgutachten, Zürich 1892, S. 107, 108, 109, wonach das englische Recht in gewissen Fällen (bei „excessivem dolus") „exemplary and vindicative damages" kennen soll.

[3]) Auf dem Programme derjenigen, die die wesentliche Verschiedenheit verwerfen, dürfte die Schuldhaft nicht fehlen.

brecher zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wird, so ist diese Strafe zugleich eine Genugtuung des Verletzten, und wenn jener gezwungen wird, diesem eine ausgiebige Ersatzleistung zu bieten, so liegt darin für den Verbrecher ein Übel, das er vielleicht schmerzlicher empfindet als eine nicht zu hoch bemessene Strafe".[1]) Denn hier liegen nicht beabsichtigte notwendige Wechselwirkungen, sondern zufällige Nebenfunktionen vor. Das wird auch nicht geändert dadurch, daß das Recht auf dieses zufällige Zusammentreffen in seltenen Fällen einmal Rücksicht nimmt.

„Die Strafe soll eine Wunde schlagen, der Schadensersatz soll eine andere heilen, wenn möglich ohne eine zweite zu verursachen." [2])

Für den Verletzten interessiert sich im Grunde das Strafrecht sehr wenig, die Tat, der Täter steht im Vordergrunde — wer einen von jedermann verwünschten Dieb aus der Welt schafft, verfällt nichtsdestoweniger dem Strafgesetz —, im Ersatzrechte dagegen ist der Verletzte, die objektive Seite des Tatbestandes, der Erfolg maßgebend.[3])

Aus der Verschiedenheit von Strafe und Ersatz ergibt sich die wichtige Folgerung: die im Strafrecht geltenden Sätze dürfen nicht ohne weiteres auf das Ersatzrecht übertragen werden, und eine zivilrechtliche Untersuchung auch über Schuldfragen muß sich fernhalten von rein kriminalistischer Be-

---

[1]) v. Liszt, Die Deliktsobligationen S. 3; v. Liszt sagt ja selbst: „daß er vielleicht schmerzlicher empfindet". Eine Genugtuung empfindet doch möglicherweise auch der Verletzte, wenn der Verbrecher von der erzürnten Menge gezüchtigt wird, und als Übel empfindet man wohl auch die Auszeichnung, die man seinem Feinde selbst überreichen muß. Wenn v. Liszt sagt: „Entschädigung wie Strafe dienen in letzter Linie demselben Zwecke: dem Schutze der Rechtsordnung durch die Bekämpfung des Unrechts", so ist zu betonen, daß beim Schadensersatz nicht die Bekämpfung des Unrechts, sondern die gerechte Verteilung der Güter in erster Linie steht. Der Ersatz bezweckt in erster Linie nicht Prävention, sondern Reparation. Anderer Ansicht v. Liszt, Strafrecht S. 189. Nicht gegen die Verschiedenheit von Strafe und Ersatz sprechen Bestimmungen wie z. B. die §§ 36 u. 46 des Entwurfes (1903) zum schweiz. StGB. Auch nicht dagegen die Bestimmungen über die Buße im deutschen RStGB. und die Bestimmungen über „tort moral", welche Ersatz eines immateriellen, manchmal auch eines praktisch schwer zu bestimmenden Schadens bezwecken. Vgl. auch z. B. die Fassung des § 1300 BGB.

[2]) Binding a. a. O. Bd. 1 S. 228; ähnlich v. Liszt, Lehrb. S. 247; vgl. Binding a. a. O. S. 452; Thon a. a. O. S. 61.

[3]) Sehr interessant ist, daß sich im alten deutschen Rechte Wergeld und Bußen nach der lex originis des Verletzten, Strafen nach der lex originis des Täters richteten. Vgl. Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte 3. Aufl. S. 33 Anm. 1.

trachtungsweise.[1]) In Zivil- und Strafrecht müssen nicht für die Ausgestaltung der Schuldlehre, im Gegensatze zu der Lehre von der Kausalität, die gleichen Regeln gelten, es könnten dieselben sein, aber das objektive Moment im Ersatzrechte läßt von vornherein auf das Gegenteil schließen, und in der Tat gehen in der Entwicklung des geltenden Rechts ihre Wege nicht parallel, sondern streben immer weiter auseinander.[2]) [3])

Wie die Erkenntnis des Gegensatzes von Schadensersatz und Strafe, hat auch der Sieg der Anschauung nicht geringen Einfluß ausgeübt, daß das starre Willensdogma nicht ausreicht zur Umgrenzung des subjektiven Rechtes,[4]) und daß die Handlungen „Unschuldiger" nicht Mäusefraß und Heuschreckenplage gleichzusetzen sind.

Heute ist der Begriff des „schuldlosen" Unrechtes wohl allgemein anerkannt.[5]) Die Existenz der objektiven Rechtswidrigkeit ergibt sich ja schon durch Rückschluß aus der Definition des Deliktes selbst als „rechtswidriger schuldhafter Handlung",[6])

---

[1]) Nur wenn man dies vorausschickt, kann man dem Ausspruch v. Liszts in der Vorbemerkung zu seiner Schrift „Die Deliktsobligationen im System des BGB." beistimmen, „daß die Lehre von den Deliktsobligationen nur gewinnen kann, wenn der Kriminalist, der sein Leben lang mit den Elementen des Deliktsbegriffes zu arbeiten hat, seine Erfahrungen und seine Übung für die Auslegung des BGB. zur Verfügung stellt" (die Verpflichtung zum Schadensersatze, welche nicht auf Verschulden zurückzuführen ist, muß v. Liszt aus seiner Darstellung ausschalten, weil sie nicht auf „Delikte" zurückzuführen ist. Vgl. S. 20 a. a. O.). Vgl. Endemann, Lehrb. Bd. 1 S. 429.

[2]) vgl. z. B. die Behandlung der im Rausche begangenen Delikte im Zivil- (BGB. § 827) und im Strafrechte. Dazu v. Liszt a. a. O. S. 50, 55 ff.; vgl. auch die Bestimmung über die Fahrlässigkeit im BGB. (andererseits im Entwurf 1903 eines schweiz. StGB., besonders Art. 18: „Fahrlässig begeht ein Verbrechen, wer die Tat, in der das Verbrechen besteht, mangels der Aufmerksamkeit ausführt, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet war"). Vgl. Heinsheimer, Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 BGB., im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 95 S. 250.

[3]) vgl. auch Thon a. a. O. S. 77 ff.

[4]) Seit der erfolgreichen Bekämpfung der von Windscheid festgehaltenen Definition des subjektiven Rechtes besonders durch Jhering vorzüglich im Schuldmoment (Vermischte Schriften Bd. 1 S. 160 ff.) und in Geist des römischen Rechtes. Thon a. a. O. Abschn. II: „Schuldloses Unrecht".

[5]) Thon a. a. O. Abschn. II; Rensing, Die Widerrechtlichkeit als Schadensersatzgrund S. 13; Olshausen, Komm. z. StGB. 7. Aufl. Bd. 1 S. 206; v. Randa a. a. O. S. 25; vgl. Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 99 S. 6 ff.; besonders Endemann, Lehrb. Bd. 1 S. 428; vgl. v. Liszt, Grenzgebiete S. 16 oben, 26, 27, sowie 34. Für das gemeine Recht Regelsberger, Pand. Bd. 1 S. 644 ff.

[6]) v. Liszt, Strafrecht S. 138.

denn hier ist doch die Rechtswidrigkeit primär,[1]) und der konkurrierende Vorsatz, die konkurrierende Sorglosigkeit, die indifferent sind, erzeugen erst durch Hinzutritt zur Rechtswidrigkeit das Delikt. Daraus sollte doch wohl die Unzulässigkeit der Gleichsetzung von Delikt und Rechtswidrigkeit in außervertraglichen Verhältnissen folgen, eine Gleichsetzung, die nur auf die einseitige Berücksichtigung und Hervorhebung des pönalen Elementes in den römischen Deliktsklagen durch die römische und mehr noch durch die gemeinrechtliche Doktrin zurückzuführen und zu erklären ist. Im heutigen geltenden Rechte, wie übrigens auch in Rom, stehen neben den Deliktsobligationen eine Anzahl nichtdeliktischer Verbindlichkeiten zum Ersatz außervertraglichen Schadens, und es kann für das Zivilrecht nicht vom „Delikts"begriffe ausgegangen werden, ohne die Haftung für Schadensersatz in einzelne unzusammenhängende Teile zu zerreißen und für die nichtdeliktischen Ersatzverbindlichkeiten die alleinige Erklärung der singulären Ausnahme oder des allgemeinen „Billigkeitsgefühls" übrig zu haben. Richtig ist vielmehr, die Ansprüche aus „Delikt" zusammenzufassen mit anderen Ersatzansprüchen aus widerrechtlicher Verursachung[2]) und von dem Begriffe der Rechtswidrigkeit auszugehen, der ja auch dem Delikte zugrunde gelegt werden muß, da das Delikt nur eine Unterart der rechtswidrigen Verursachung ist.

---

[1]) Zu beachten z. B. die Fassung der §§ 831 u. 832 BGB.; Krückmann, Verschuldungsabrechnung und Gefährdungsaufrechnung, in Jherings Jahrb. 2. Folge Bd. 16 S. 447.

[2]) Die Frage, ob auch eine Ersatzpflicht für rechtmäßige Handlungen besteht, kann hier nicht ausführlich erörtert werden. M. E. aber ist rechtswidrige Verursachung die Voraussetzung der Haftung sowohl für Schuld als ohne Schuld. Dagegen spricht nicht, daß man wohl annehmen muß, daß das BGB. den Notangriff als nicht rechtswidrig betrachtet, wenn auch die Fassung des § 904 eigentlich nur die Notwehr gegen die Notstandshandlung verbietet, nicht den Notangriff für rechtmäßig erklärt. Es kann zweifelhaft sein, ob eine Verletzung durch Notangriff (vgl. Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 443) als rechtmäßig konstruiert werden muß, ob sie nicht eine bloß entschuldbare ist. Man muß sich auch die extremen Fälle vor Augen führen, wie z. B. den Fall der Mignonette (Menschenfresserei Schiffbrüchiger). Kann hier eine rechtmäßige Handlung angenommen werden oder doch nur eine straflose? Vgl. die Bemerkungen von R. Merkel a. a. O. S. 84 Anm. 1, der das Beispiel anführt: „Wo eine Handlung so schlechthin sittlich verworfen wird wie die Menschenfresserei, da findet die Anerkennung der Rechtmäßigkeit ihre Grenze". Sollte man dazu gelangen müssen, Rechtmäßigkeit hier anzunehmen, so bleibt die Rechtmäßigkeit, z. B. im Falle des § 904 BGB., doch eine besondere und abgeleitete. Während die Notwehr rechtmäßig ist und nur aus dem Gesichtspunkte des Rechtsmißbrauchs diese Qualität verliert, wird der Notangriff als

Neben der wissenschaftlichen Forschung, zum Teil auch diese unmittelbar anregend und ihr die Wege weisend, sind als noch mächtigere Faktoren die Ansprüche des modernen Lebens, des modernen Verkehrs getreten. Die immer mehr sich verfeinernden und komplizierenden, über die ganze Erde ihr Netz spannenden Beziehungen der Menschen, die Entstehung gewaltiger Großbetriebe und Transportmittel auf technischer Grundlage, die immer wachsende Verwendung fremder Kräfte und fremden Willens, die Vervielfachung der Übertragungsmittel von Kräften und Willen, unter Einschiebung zahlreicher unverantwortlicher Zwischenglieder, erzeugen immer häufiger Kollisionen größter Interessen. Diese Kollisionen bieten vom Standpunkte des Verschuldungsprinzips immer wachsende Schwierigkeiten und rufen nach weiteren feineren Abstufungen der Schadensverteilung und Schadenshaftung.[1]) Das moderne Leben verlangt rechtliche Ausfüllung des breiten Raumes, der zwischen culpa auf der einen und — kurz gesagt — „Gegenculpa",[2]) d. h. sogen. Selbstverschulden des Beschädigten oder Vorliegen eines anderen, den Schädiger freimachenden Verschuldens,[3]) auf

---

rechtmäßig betrachtet werden müssen nur von dem Gesichtspunkte der Kollision, daher de lege lata die Beschränkung auf das überwiegende Interesse und den Angriff auf Sachgüter (Endemann a. a. O. S. 443ff.; v. Liszt, Grenzgebiete S. 9, Deliktsobligationen S. 88ff.; vgl. RStGB. § 313). — Wenn Merkel von einer Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen spricht, so spricht er doch andererseits von einer Kollision rechtmäßiger Interessen, nimmt also doch auf beiden Seiten rechtmäßige Interessen an. Die Rechtmäßigkeit des Notangriffs findet ihr Gegenstück in der Schikane, hier wird aus besonderen Gründen eine ursprünglich rechtmäßige Handlung unzulässig. Vgl. besonders BGB. §§ 226 u. 826; dazu v. Randa a. a. O. S. 21. Über den Notstand im römischen Recht vgl. Th. Mommsen, Römisches Strafrecht 1899 S. 830. Mommsen nimmt Ausschluß der Widerrechtlichkeit an. Vgl. aber auch Rensing a. a. O. S. 55, 57, 62, der wohl mit Recht dazu gelangt, daß die Römer den Notstand als widerrechtlich, aber entschuldbar empfunden haben (l. 29 § 3 D. 9, 2; vgl. die Stellen über die Brandnot l. 7 § 4 D. 43, 24; l. 49 D. 9, 2 und l. 3 § 7 D. 47, 10).

[1]) vgl. Meili, Die Telegraphie und Telephonie S. 29.

[2]) vgl. zur Frage des Selbstverschuldens Endemann, Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten 1893.

[3]) Man denke auch an den Kampf zweier, verschiedenen Herren gehöriger Tiere, z. B. in der interessanten Stelle über das mosaische Strafrecht (Schwsp. Landr. Art. 201 d: „unde ist, daz ein ohse den andern wundet und nüt stirbet ê an dem vierden tage, so sol man den lebenden ohsen verkaufen unde den awesen unde sol daz teilen". Anders bei culpa des Herrn: „unde wiste er wol daz der lebende ohse da waz daz sinz horn schedelich waren, so sol jenem der lebende ohse werden und der awesel gar"). Oder man denke an den Zusammenstoß zweier Schiffe auf See, bei welchem leicht weder auf der einen noch der andern Seite Verschulden vorliegt und dann

der andern Seite liegt. Auf diese Erscheinungen sind die Eisenbahnhaftpflichtgesetze und die Haftpflichtgesetze, die schon teilweise über das Kulpaprinzip hinausgegangen sind, der Ausbau der Haftung für fremde culpa und die Aufstellung des sogen. Gefährdungsprinzips, die Forderung der sogen. Gefährdungshaftung, zurückzuführen.[1])

Die historische Entwicklung zeigt uns ja auch eine stets weiterschreitende Entwicklung der Haftungsprinzipien. Von dem rohen Prinzip, das den Unschuldigen mit Strafe belegt, hat uns der Weg zur verfeinerten Schuldlehre unserer Tage geführt, und heute drängt das Leben und die Wissenschaft nach neuen Regeln.[2])

Wenn sich nun die vorliegende Arbeit denen anschließt, die die Ersatzverbindlichkeit im Zivilrechte auf die Verursachung glauben zurückführen zu müssen, so wird das praktische Ergebnis vorerst vorwiegend als ein negatives zu fassen sein dahin: das Verschuldungsprinzip ist nicht die Grundlage der Ersatzverbindlichkeit. Nicht darum wird es sich handeln, ohne weiteres einen Rechtssatz zu fordern, nach welchem jeder den Schaden zu ersetzen hat, den er „verursacht" hat. Die Befürchtungen, die vielleicht manchen zum Gegner des Kausalprinzipes gemacht haben, würden sonst

halbschiedliche Teilung eintritt. Hepp a. a. O. S. 167; anders das neuere deutsche Handelsrecht (vgl. RG. Bd. 61 S. 310ff.). Wenn aber z. B. von zwei Hunden der eine den andern mutwillig angefallen hat? Hier ist die Verursachung nur auf einer Seite zu finden (vgl. die interessante Entscheidung des Q. Mucius Scaevola l. 1 § 11 D., Si quadrupes 9,1: „Cum arietes vel boves commississent et alter alterum occidit, Quintus Mucius distinxit, ut si quidem is perrisset, qui adgressus erat, cessaret actio, si is, qui non provocaverat, competeret actio"). Doch führt das römische Recht einen Schaden immer nur auf eine Ursache zurück, eine Teilung kennt es nicht (vgl. aber l. 51 § 1 D. 9, 2); vgl. Schmoller, Über den Kausalzusammenhang bei Tierschaden, im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 98 S. 44. Über Ansegelung und Schadensteilung bei Schiffszusammenstoß sowie Einfluß des römischen Schuldprinzips in dieser Lehre vgl. v. Duhn, Zeitschr. f. HR. Bd. 14 S. 215ff.; Pappenheim über Gütschow, Die Beseitigung der Haftung des Reeders für Kollisionsschaden, in der Krit. VSchr. 3. F. Bd. 8 S. 185.

[1]) vgl. u. a. M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung S. 1, 16 u. 45; G. Rümelin, Kulpahaftung und Kausalhaftung S. 296, 315. Der Ausdruck „Gefährdungshaft" ist allerdings nicht glücklich gewählt. Eine Haftung für Schadensersatz aus Gefährdung ist nicht denkbar, sondern nur Haftung für Schadenszufügung durch gefährliche Handlungen.

[2]) vgl. M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung S. 11.

zutreffen und ein Krieg aller gegen alle entbrennen.[1]) Der Ausbau unserer Haftungsgrundsätze auf Grund der Kausalität muß doch wohl noch der Zukunft und dem Zusammenwirken von Wissenschaft und Gesetzgebung überlassen bleiben.

Weittragende und wertvolle Konsequenzen müssen sich durch Zurückführung auf das Verursachungsprinzip aber schon für das Verständnis, die Begriffsbestimmung und Weiterentwicklung geltender Rechtssätze und Rechtsform ergeben, so z. B. für die Regeln über die vis major, die zivilrechtliche Culpa, Mitverschulden und Selbstverschulden, die eigene „freie" Handlung des Ersatzpflichtigen, die Haftung für fremde culpa und andere Fälle der objektiven Schadensersatzpflicht im geltenden Rechte, die vom Standpunkte des Verschuldungsprinzips große Schwierigkeiten bieten.

Von den Anhängern der Schuldmaxime sind diese Bestimmungen nicht selten als unlogisch bekämpft, stets als singuläre Ausnahmen einschränkend interpretiert worden,[2]) ja man hat sie sogar mit jenem primitiven, schon erwähnten Haftprinzip der ältesten Zeit in Verbindung gebracht. Es ist deshalb erklärlich, daß sich an die Bestimmungen über die objektive Ersatzpflicht, soweit sie in neuerer Zeit in die Kodifikationen, wie z. B. in das schweizerische Obligationenrecht und das Bürgerliche Gesetzbuch, Eingang gefunden haben, sich eine sehr eingehende Erörterung geknüpft hat.

Mögen nun auch nicht alle Ausnahmen vom Verschuldungsprinzipe von größter praktischer Bedeutung sein, so ist es doch gewiß, daß sie sich einerseits durch das Schuldprinzip nicht erklären, andererseits trotz verschleiernder Behandlung (man denke nur an die Konstruktion der vis major als „culpa levissima") doch nicht haben beseitigen lassen. Das weist auf eine Störung, einen Fehler im Organismus des Schuldsystems hin. Den Verfechtern des Schuldprinzips muß man entgegenhalten, welch außerordentliche Lebenskraft und Zähigkeit diese „Ausnahmefälle" bewiesen haben. Sie haben den mehrfachen Wechsel aller Lebensbedingungen während 2000 Jahren überdauert, denn ihre erste Formulierung ist fast ausnahmslos schon im römischen Recht zu finden,[3]) und die durch

[1]) vgl. Heinsheimer, Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 BGB., Arch. f. ziv. Prax. Bd. 95 S. 240: „Die Grenzenlosigkeit des Kausalbegriffs zwingt dazu, jede Schadenshaftung an irgendwelche näher bestimmte Kausalbeziehung zwischen dem Ersatzpflichtigen und dem Schadenseingriff zu knüpfen". G. Rümelin a. a. O. S. 289.

[2]) Damit war das gemeine Recht noch römischer als das römische Recht. Vgl. M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung S. 20.

[3]) v. Randa a. a. O. S. 3.

das römische Recht geschaffenen Begriffe, wie das Rezeptum, sind in unseren Tagen zu weiterer praktischer Entwicklung gelangt. Es dürfte daher von Interesse sein, eine Darstellung der einzelnen Ausnahmen vom Verschuldungsprinzip im römischen Rechte zu versuchen, und zwar speziell in der Kompilation Justinians, auf welcher die neueren Kodifikationen des Obligationenrechts fußen, um zu sehen, ob sie nicht doch vielleicht sich von einem einheitlichen Gesichtspunkte zusammenfassen lassen. Es scheint dabei angemessen, der einschneidenden römischen Scheidung von Delikt und Kontraktsverhältnissen zu folgen.

Das römische Recht.

„Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld“,[1] [2]) sagt uns ein Fundamentalsatz des römischen

---

[1]) Jhering, Schuldmoment S. 199 (Verm. Schriften). Dagegen sagt M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung 1896 S. 4: „Die römischen Juristen sind nicht zur Formulierung eines allgemeinen Verschuldungsprinzipes gelangt“. Dies bezieht sich aber wohl darauf, daß das römische Recht die allgemeine „actio culpae“ nicht kennt.

[2]) Wo eine Unterscheidung zwischen Graden und Arten der Schuld im folgenden nicht von wesentlicher Bedeutung ist, wird der Ausdruck „culpa“ = Verschuldung im allgemeinen und somit alle Grade der culpa im engeren Sinne und den dolus zusammenfassend verwendet werden dürfen. Ferner muß der Natur der Sache nach, wenn es sich wie hier darum handelt, Schuld und Nichtschuld einander gegenüberzustellen, die leichteste Form der im römischen Recht sich findenden Verschuldung hauptsächlich von Interesse sein, und das ist die „culpa levis“. Ungenau wird sie in den Quellen auch manchmal „culpa levissima“ genannt, und diese Ungenauigkeit des Ausdrucks hat Anlaß gegeben zu jener älteren irrtümlichen Konstruktion einer besonderen culpa levissima. Daher wird im folgenden, wo sich aus dem besonderen Zusammenhang nichts anderes ergibt — es sei hier z. B. verwiesen auf den sogen. „casus mixtus“, das „eigene Verschulden“, und die fingierte culpa —, culpa = culpa levis gebraucht werden im Sinne der entwickelten römischen Schuldlehre. „Culpam esse, quod, cum a diligenti provideri poterit, non est provisum.“ Vgl. Th. Mommsen, Röm. Strafrecht, im Handb. d. Rechtsw. I, 4 S. 89 Anm. 1 (1899): „Das heißt solcher Handlungen, welche nach verständiger Voraussicht die Schädigung eines Dritten herbeiführen mußten oder konnten“. Vgl. Pernice, Labeo II, 2, 1 S. 8. Hier, wo der Gegensatz von Verschulden und Nichtverschulden im Ersatzrechte untersucht werden soll, muß der einheitliche Begriff gesucht werden, und so wird unter culpa sowohl das kontraktliche wie das außerkontraktliche (aquilische) Verschulden verstanden werden, culpa somit im allgemeinen = neglegentia und imprudentia. Dafür ist zu verweisen auf Th. Mommsen a. a. O. S. 88 Anm. 3. Über die Gegenüberstellung von neglegentia und culpa im engeren Sinne vgl. Pernice a. a. O. II, 2, 1 S. 6ff. Über kontraktliche und aquilische Verschuldung und ihre terminologische Gleichstellung vgl. auch Th. Mommsen a. a. O. S. 827ff., auch S. 829 Anm. 4. Mommsen (a. a. O. S. 89 Anm. 5) stellt fest, daß dem Zwölftafelrecht nicht der Begriff, wohl aber der Ausdruck culpa fehlt. Statt dessen wird, wo es auf den Gegensatz zu vorsätzlichen Handlungen ankommt, das Wort „casus“ verwendet. Nach Pernice, Labeo II, 2, 1 S. 5 ist culpa übrigens ein Ausdruck der Juristen, nicht der Gesetzessprache. In einzelnen Fällen mögen auch die römischen Juristen das Wort culpa nicht immer in einer technischen Bedeutung

Rechts, und Jhering steht nicht an, ihn als eine der größten

verwendet haben und auch da von culpa gesprochen haben, wo eine Schuld überhaupt nicht vorliegen kann, wie dies im gewöhnlichen Leben auch häufig geschieht. Z. B.: „Das schlechte Wetter ist schuld, daß ich nicht gekommen bin", wo Schuld = Veranlassung gebraucht ist. Die Verwendung des Terminus „Schuld" in diesem allgemeinsten Sinne ist in juristischen Erörterungen wohl deshalb nicht durchaus zu empfehlen, weil sie zu Mißverständnissen führen könnte. Ein richtiger Gedanke liegt jedoch insofern der Verwendung des Wortes culpa in diesem Sinne zugrunde, als damit Fälle einer Quasikulpa mitumfaßt werden, die in ihrer kausalen Wirksamkeit mit den Fällen einer Verschuldung im engeren Sinne zusammengestellt werden können. Vgl. besonders Endemann a. a. O. S. 744 Anm. 1. Unger in Jherings Jahrb. N. F. Bd. 18 S. 404 Anm. 16 verwendet den Ausdruck „Schuld in objektivem Sinne". Vgl. Hasse, Die culpa S. 62, 63, und über verschiedene Bedeutungen des Ausdruckes culpa noch Pernice a. a. O. II, 2, 1 S. 110. Der Ausdruck „casus" soll im folgenden, wo sich nicht eine besondere Bedeutung ergeben muß, als die Negation der culpa gebraucht werden, also = unverschuldetes Ereignis, eine Bedeutung, in welcher das Wort casus auch im römischen Recht wohl am häufigsten gebraucht wird. Vgl. z. B. l. 1 § 35 D. 16, 3; l. 23 D. 50, 17; l. 9 § 3 D. 19, 2; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 264 Anm. 5. Es empfiehlt sich, um Mißverständnisse zu vermeiden, an einer Bedeutung des Ausdruckes casus möglichst festzuhalten. Das Wort casus wird im römischen Rechte in sehr verschiedener Bedeutung gebraucht. Mommsen führt (a. a. O. S. 89 Anm. 5) aus, daß das Wort „casus" = culpa im Gegensatz zum dolus im alten römischen Rechte Verwendung findet und diese Gegenüberstellung sich auch noch in der klassischen Zeit nachweisen läßt. Vgl. besonders l. 5 § 2 D. 48, 19: „Ulpianus libro septimo de officio proconsulis. Refert et in maioribus delictis, consulto aliquid admittatur, an casu, et sane in omnibus criminibus distinctio haec poenam aut iustam elicere debet aut temperamentum admittere". Der Ausdruck casus dient hier zur Hervorhebung, daß der kausal wirkende, auf die Tat gerichtete Vorsatz fehlt, und deshalb wird hier „casus im weiteren, die culpa mitumfassenden Sinne" gebraucht. Vgl. Mommsen a. a. O. S. 837 Anm. 1, wo nachgewiesen ist, daß noch von Paulus casus = neglegentia gebraucht ist, wo es sich um den Gegensatz zum dolus handelt. Historisch wird diese Verwendung des Ausdruckes casus darauf zurückzuführen sein, daß in allen alten Rechten, wie z. B. auch in den germanischen Rechten, die Unterscheidung zwischen fahrlässiger und schuldloser Verletzung sich viel später Bahn gebrochen hat als die Unterscheidung zwischen vorsätzlicher und nichtvorsätzlicher Handlung. Noch heute können einzelne afrikanische Völker zwar sehr scharf trennen zwischen dolosen und nichtdolosen Handlungen, sind aber unfähig, die fahrlässige von der schuldlosen Handlung zu unterscheiden. Im letzteren Falle tritt ohne weiteres Erfolghaftung ein. In einzelnen Fällen wird der Ausdruck casus auch zur Bezeichnung des „niederen Zufalls" im Gegensatz zur vis major gebraucht werden müssen. Weil das Wort „casus" vorwiegend verwendet wird, um auszudrücken, daß ein Schaden nicht zugerechnet werden kann, wird die Bedeutung des Wortes manchmal so weit verändert und verwischt, daß „casus" geradezu gebraucht wird, um Ereignisse zu bezeichnen, für welche der Schuldner in concreto nicht aufzukommen braucht. Bei dieser Verwendung des Wortes muß der Satz: „casus a nullo praestantur" zu gänzlicher Bedeutungslosigkeit herabsinken. In gewissen Fällen, besonders in

Errungenschaften, die wir dem römischen Rechte verdanken, zu bezeichnen.[1])

Bevor jedoch geprüft werden kann, inwieweit dieser Satz im römischen Rechte durchgeführt worden ist, muß auf die Erscheinung hingewiesen werden, daß die Römer zu einer bewußten begrifflichen Scheidung von Schadensersatz und Strafe nicht gelangt sind. Das römische Recht steht in dieser Beziehung mitten in einer rechtshistorischen Entwicklung, deren großartige Bedeutung uns Jhering in seinem „Schuldmoment" aufs anschaulichste vor Augen führt.

Im Kampfe gegen jene naiven Anschauungen der älteren Zeit, welche jeder Rechts- und Interessenverletzung in gleicher Weise die vergeltende Reaktion[2]) (von eigentlicher Strafe kann man, da zwischen Schuld und Nichtschuld kein Unterschied gemacht wurde, nicht reden) folgen ließen, ringt sich der Strafbegriff allmählich zur Anerkennung durch. Wir sehen die rechtshistorische Mission, welche der konkreteren, leichter verständlichen Strafe auch für das Privatrecht zufallen muß — dem Schadensersatz die Wege zu ebnen —, sich vollziehen,[3]) das Schuldmoment ins römische Recht eingeführt. Weiter aber ist das klassische römische Recht noch nicht gelangt. Strafe und Schadensersatz sind ihm noch ein und dasselbe, und es ist durchaus richtig, wenn Jhering sagt[4]): „Ohne Schuld keine Strafe. Darum geht die Verpflichtung zum Schadensersatz, die nach römischer Anschauung unter den

den Fällen des sogen. casus mixtus gewinnt casus die scharf betonte Bedeutung des nicht vorhersehbaren Ereignisses, für welches doch gehaftet wird. Vgl. darüber den späteren Abschnitt über die diligentia diligentis. Was die Auslegung der Quellen anbetrifft, muß auf die Mehrdeutigkeit des Wortes „casus" Rücksicht genommen werden und vor allem versucht werden, festzustellen, welchen Sinn das Wort im speziellen Falle hat. Eine Erörterung der Bedeutungen des Wortes casus gibt im Zusammenhang mit seiner Konstruktion der vis major H. A. Fischer, Jahrb. f. Dogm. Bd. 37 S. 262 ff.

[1]) Jhering, Schuldmoment S. 176, 221: „Die römische Rechtsgeschichte schließt ab mit der siegreichen Durchführung jenes Gedankens, dessen erste Erfassung und weitmöglichste Verwirklichung stets als eines der glänzendsten Verdienste der römischen Jurisprudenz gefeiert wird, des Gedankens: Keine Strafe ohne Schuld".

[2]) vgl. die interessanten Ausführungen von Jhering, Schuldmoment S. 163 ff.

[3]) Von diesem Standpunkte aus gewinnt auch der von Jhering (Schuldmoment S. 181 ff.) angetretene Nachweis, daß „sich die Idee der obligatorischen Kraft des (kontraktlichen) Verhältnisses erst durch den Gesichtspunkt des Deliktes hat hindurcharbeiten müssen", besonderes Interesse.

[4]) Schuldmoment S. 203; vgl. auch Geist des röm. R. Bd. 1 S. 139, 127; vgl. H. A. Fischer, Der Schaden nach dem BGB. S. 273.

Gesichtspunkt der Strafe fällt, nicht auf die Nachfolger des Täters über".

Auf Schritt und Tritt begegnen uns im römischen Rechte Rechtsanschauungen und Rechtssätze, die auf das unzweifelhafteste eine unlösliche Verbindung von Strafe und Schadensersatz zu einem Begriffe uns beweisen.[1]) Es mag genügen, hier auf das System der zivilrechtlichen Deliktsklagen, der obligationes ex delicto zu verweisen. Die außerkontraktliche Schadensersatzklage im weiteren eigentlichen Sinne ist den Römern unbekannt. Ihre Deliktsklagen sind Strafklagen,[2]) denen zugleich die Ersatzfunktion zufällt. Die actio furti ging auf Strafe in Gestalt eines Vielfachen des Interesses! Die lex Aquilia war eine Strafklage auf Entschädigung mit Strafzusatz und kumulativer Haftung mehrerer Täter,[3]) ja selbst die Erscheinung einer Strafumwandlung fehlt bei ihr nicht.[4]) Ist es nicht typisch, wenn gewisse Deliktsklagen, wie die actio vi bonorum raptorum, als actiones mixtae in späterer Zeit bezeichnet werden?

Ganz besonders hervortretend aber ist die Erscheinung der Unvererblichkeit der Deliktsklagen. Es wäre kaum zu begreifen, wie das römische Recht so hartnäckig an diesem, für das elementarste Rechtsgefühl unbilligen Satze hat festhalten können, wäre nicht die Erklärung darin zu suchen, daß hier das pönale Element in der Verschmelzung als das mächtigere, die Entwicklung der aus der Natur des Ersatzes sich ergebenden

---

[1]) Die in Frage stehende römische Anschauung hat wohl auch eingewirkt auf Sätze der römischen Schadensersatzlehre, z. B. daß für besonders kostbare Gegenstände eine volle Entschädigung unter Umständen nicht zu leisten sei, „für einen Nachteil, der seinen Grund in übermäßigem Luxus hat, kein Ersatz begehrt werden könne" (wie Windscheid sich ausdrückt, l. 40 pr. D. 39, 2 de damno infecto: „Honestus modus servandus est, nec immoderata luxuria subsequenda"; vgl. Windscheid-Kipp 9. Aufl. Bd. 2 § 58), Sätze, die sonst schwer verständlich sind.

[2]) Wenn die Deliktsklagen als Strafklagen im Gegensatz zu Ersatzklagen bezeichnet werden, so geschieht dies vom Standpunkte unserer heutigen Anschauungen aus. Darin liegt eben das Charakteristische im klassischen römischen Rechte, daß ein Unterschied zwischen beiden Klagarten gar nicht bestand. Über den Pönalcharakter der lex Aquilia insbesondere vgl. Regelsberger, Pand. Bd. 1 S. 222: „Poena war ursprünglich die einzige Rechtsfolge aus dem Delikte"; vgl. daselbst Anm. 15; Windscheid, Pand. Bd. 2 §§ 326, 355.

[3]) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 455 Anm. 26; Regelsberger, Pand. Bd. 1 S. 223 Anm. 21; l. 11 § 2 h. t. 9, 2: „Nam ex lege Aquilia, quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena".

[4]) Binding, Normen I 2. Aufl. S. 454: „Im Insolvenzfalle büßte der Schuldige wie bei anderen Strafklagen, wo die poena nicht in Beziehung zu einem angerichteten Vermögensschaden stand, mit einer Tracht Prügel".

Konsequenzen, soweit sie zu denjenigen aus dem Begriffe der poena in Gegensatz treten, verhindert hat.[1])

Es ist nun allerdings in späterer römischer Zeit (und im gemeinen Rechte) ein Umschwung zugunsten der aus den Ersatzfunktionen der Deliktsklagen sich ergebenden Forderungen eingetreten. Man könnte sagen, in der Verbindung von Ersatz und Strafe gewinnt allmählich der Schadensersatz die Oberhand.[2]) Die Strafe wird im Privatrecht allmählich zurückgedrängt und „die Idee der Strafe ist der des Schadensersatzes erlegen".[3]) Man darf aber nicht vergessen, daß einerseits diese Entwicklung sich vollzogen, als die Grundprinzipien und auch die meisten einzelnen Sätze sich bereits scharf und unverrückbar fixiert hatten, andererseits, daß auch im späteren römischen wie im gemeinen Rechte die Erstarkung des Schadensersatzbegriffes durchaus nicht auf eine Erkenntnis der tiefgehenden, wesentlichen Verschiedenheit von Ersatz und Strafe zurückzuführen ist. Auch die gemeinrechtliche Ansicht geht dahin, daß Strafe und Schadensersatz wesentlich identisch, der Schadensersatz nur als eine andere, für das Zivilrecht besonders geeignete Modalität der Rechtsfolge „Strafe" zu betrachten sei.[4])

Für das römische Recht bleibt es sich daher gleich, ob man formuliert: keine Strafe ohne Schuld, oder: kein Ersatz ohne Schuld. Wie sehr die Verkettung der beiden Begriffe auf die Entwicklung derselben einwirken mußte, liegt auf der Hand. Ganz besonders konnten, solange Strafe und Ersatz als wesentlich identisch galten, Zweifel an der Richtigkeit des Grundsatzes: „Keine Entschädigung ohne Schuld" sich gar nicht regen, ist es doch gerade ein Verdienst des römischen Geistes gewesen, das Prinzip „keine Strafe ohne Schuld" aufzufinden.

Nachdem dies vorausgeschickt worden, muß anerkannt werden,

---

[1]) vgl. Jhering, Schuldmoment S. 228; Regelsberger, Pand. Bd. 1 S. 223.

[2]) Man denke an die Wandlung betreffend die Vererblichkeit der Deliktsklagen. Auch in anderer Beziehung verlieren die Deliktsklagen, z. B. die lex Aquilia, viel von ihrem pönalen Charakter.

[3]) Jhering, Schuldmoment S. 222.

[4]) Es ist dies die Ansicht, die noch heute häufig vertreten wird. Ihr Vorkämpfer ist, wie wir schon gesehen, Ad. Merkel. Der gleichen Ansicht Dernburg in den Abhandl. aus dem Zivil- und Prozeßrechte, z. B. S. 120: „Freilich ist eine solche Strafe die gelindeste, die uns treffen kann, sie ist gleichzeitig die gerechteste, weil sie mit mathematischer Genauigkeit das durch unsere Handlung aufgehobene Gleichgewicht zwischen Rechtsidee und Leben (?) wiederherstellt, sie ist die zweckmäßigste, weil sie dazu verwendet wird, gerade denjenigen zu restituieren, der durch die Gesetzwidrigkeit gelitten hat".

daß für die römischen Juristen, besonders die Kompilatoren, der uns beschäftigende Satz durchaus feststand und als ein von der gesunden Vernunft gefordertes Axiom betrachtet wurde.[1]) Sie sind denn auch mit der großen Konsequenz, die ihnen bei der Anwendung solcher von ihnen akzeptierter Grundprinzipien eigen ist — man denke vergleichsweise an die Lehre von der Sacheigenschaft[2]) — an die Durchführung des Satzes gegangen. Einige Beispiele mögen genügen, die allbekannte Tatsache hervorzuheben.

Vorerst mögen Fälle erwähnt werden, in denen die prinzipielle Bedeutung der Entscheidung sich recht aufdrängt, wie bei den schädigenden Handlungen („Delikten"),[3]) begangen von Wahnsinnigen oder Kindern. l. 5 § 2 D. ad legem Aquiliam: „Ulpianus libro octavo decimo ad edictum. Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? et hoc est verissimum, cessabit igitur Aquiliae actio, quem admodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit".

l. 61 i. f. D. de ad. et per tut. 26, 7: „Pomponius libro vicesimo epistolarum. Impune autem puto admittendum, quod per furorem alicuius accidit, quomodo si casu aliquo sine facto personae id accidisset".

l. 60 de R. V.: „Quod infans vel furiosus possessor perdidit vel corrupit, impunitum est" (Pomponius).

Ferner wo Beschädigungen anderer im Notstande und daher ohne culpa gestiftet worden sind. So sagt die berühmte l. 29 § 2 ad legem Aquiliam: „Ulpianus libro octavo decimo ad edictum. Si navis tua inpacta in meam scapham damnum mihi dedit,

---

[1]) Jhering, Schuldmoment S. 178: „Der Schuldbegriff ist der allgemeine Haftungsmaßstab des entwickelten römischen Privatrechtes". A. A. ist G. Rümelin im Arch. f. ziv. Prax. 1898 Bd. 88 S. 287. Er sagt: „Das römische Recht hat das Verursachungsprinzip nicht abgelehnt, sondern sich nur nicht veranlaßt gefühlt, es in größerem Umfange zur Anwendung zu bringen". Dieser Auffassung kann bei den prinzipiellen Aussprüchen der römischen Juristen nicht beigetreten werden. Das Auffallende ist gerade, daß trotz der prinzipiellen Anerkennung des Kulpaprinzips sich verhältnismäßig so zahlreiche Fälle der Kasushaftung im römischen Rechte finden. Vgl. Karl Brunner, Die Haftung nach bürgerl. Recht und die höhere Gewalt, Diss. 1904, S. 4.

[2]) z. B. bei der Implantation, der Fruchtqualität; Pernice, Labeo II, 1 2. Aufl. S. 317.

[3]) D. h. von Handlungen, welche bis auf das Vorhandensein der Zurechnungsfähigkeit des Täters den Tatbestand eines Deliktes verwirklichen; vgl. § 829 BGB.

quaesitum est, quae actio mihi competeret. Et ait Procolus, si in potestate nautarum fuit, ne id accideret, et culpa eorum factum sit, lege Aquilia cum nautis agendum . . .: sed si fune rupto aut cum a nullo regeretur navis incurisset, cum domino agendum non esse".[1])[2])

Man denke aber auch an die Fälle, in denen das Schuldmoment erst geschickt herauszuschälen war, wie bei der rei vindicatio,[3]) beim dolo desinere possidere und in vielen obligatorischen Verhältnissen.[4])

Mit Recht kann man darüber erstaunt sein, daß trotz dieser kategorischen Anerkennung des Verschuldungsprinzipes im allgemeinen und trotzdem dasselbe seiner Natur nach Ausnahmen nicht zulassen dürfte, im römischen Rechte schon zahlreiche und teilweise wichtige Fälle der Kasushaftung sich finden.

1. Ausnahmen vom Verschuldungsprinzip sind allerdings in der freiwilligen vertraglichen Übernahme einer Verantwortlichkeit, sei es nun für fremde culpa oder für anderen casus, z. B. solchen in den Verhältnissen des Versprechenden selbst, nicht zu finden. Die freiwillige Übernahme einer Verbindlichkeit ist von der „Haftung" im eigentlichen Sinne durchaus zu unterscheiden. So stehen Bürgschaften[5]) in allen ihren Formen,

---

[1]) Jhering, Schuldmoment S. 203; Rud. Merkel a. a. O. S. 107. Des letzteren Ansicht ist nicht durchweg zu billigen.

[2]) Diese Stelle dürfte die entscheidende sein. Vgl. l. 49 § 1 h. t. und besonders l. 14 pr. D. 19, 5; über l. 7 § 4 D. 43, 24; l. 3 § 7 D. 47, 9; vgl. auch Rensing a. a. O. S. 57 ff.; Pernice, Labeo II, 1 2. Aufl. S. 66 ff.

[3]) vgl. Jhering, Schuldmoment S. 178. Hierher gehört wohl auch die neuere Theorie von der Spezifikation (Paulus; vgl. auch l. 40 D. 5, 3; Jhering S. 205). Das gleiche gilt von den alternativen Obligationen.

[4]) Wäre die Ansicht von Savigny gerechtfertigt, der den Irrtum als Grund des Rückforderungsrechtes bei der condictio indebiti betrachtet, so wäre im römischen Rechte, das ja Entschuldbarkeit des Irrtums bei der condictio indebiti fordert, das Schuldmoment sogar in einem Falle angewendet worden, wo für dasselbe überhaupt kein Raum ist. Allein die Entschuldbarkeit des Irrtums ist nicht primäre Voraussetzung der condictio indebiti. Der für das Rechtsgefühl stoßende und deshalb in der Praxis häufig beiseite gesetzte Rechtssatz über die Entschuldbarkeit des Irrtums als Voraussetzung der condictio indebiti ist vielmehr auf eine an diesem Orte ungerechtfertigte Gleichstellung von dolus und culpa lata zurückzuführen, so daß in unentschuldbarem Irrtum über das Bestehen oder Nichtbestehen der Schuld Bezahltes als wissentlich bezahlte Nichtschuld betrachtet wird.

[5]) Haftung des Bürgen für culpa des Schuldners liegt auch in der übernommenen Garantie. Vgl. auch v. Wyß, Haftung für fremde culpa S. 147.

Garantieversprechen[1]) aller Art durchaus nicht im Gegensatz zu unserem Prinzip.[2])

Hierher gehören wohl auch die Fälle, in denen bewegliche Sachen unter einer aestimatio an Dritte hingegeben worden, soweit die Schätzung weder als aestimatio venditionis gratia nach den Bestimmungen des Vertrags aufzufassen ist noch als aestimatio taxationis gratia in dem Sinne, „die Größe des zu leistenden Ersatzes festzustellen für den Fall, daß nach den gewöhnlichen Regeln Ersatz geleistet werden müßte“,[3]) ausdrücklich bezeichnet ist. In diesen mittleren Fällen wird in der aestimatio sehr häufig eine Garantieübernahme nach dem Willen der Parteien enthalten sein, jedenfalls dann, wenn nach der Absicht des Vertrages auf alle Fälle die Sache oder die Schätzungssumme zurückgegeben werden muß.[4]) So erklärt sich vielleicht die schwierige Stelle l. 5 § 3 D. commod. 13, 6: „Ulpianus libro vicesimo octavo ad edictum. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit“. Und die Stelle über die Tragung der Gefahr beim Trödelvertrage l. 1 § 1 D. de aest. 19, 3: „Aestimatio autem periculum facit eius, qui suscepit: aut igitur ipsam rem incorruptam debebit reddere aut aestimationem de qua convenit“.

Während l. 17 § 1 D. praesc. verbis 19, 5 von Ulpian: „Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes“ auf einem ganz anderen

---

[1]) Über die Garantieverträge im römischen Recht vgl. Unger, Jahrb. f. Dogm. N. F. Bd. 21 S. 300 ff.; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 412 Ziff. 2 S. 817.

[2]) Dieser Umstand ist denn auch von den Verfechtern des Verschuldungsprinzips häufig benutzt worden, indem sie durch Fiktion eines Garantieversprechens eine ihnen unbequeme Haftung weginterpretierten.

[3]) Windscheid § 500 Anm. 7 Bd. 3 S. 28 am Ende. Aus den daselbst zitierten Stellen geht übrigens keineswegs hervor, daß nur nach den „gewöhnlichen Regeln“ Ersatz zu leisten sei. Vgl. l. 50 D. 24, 3.

[4]) vgl. Baron, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 76 S. 276: „Mit Recht hat Brinz darauf hingewiesen, daß er dem Gedinge nahestehe (der Fall der aestimatio; Baron spricht speziell von l. 52 § 3 D. 17, 2), jedenfalls hängt er mit einer besonderen Abrede (der Schätzung) zusammen; er beruht zwar nicht auf einem Vertrage, aber doch auf der Interpretation eines Vertrages“. Vgl. auch v. Wyß a. a. O. S. 77.

Boden, auf dem Boden der Haftung über culpa hinaus bei einem Vertrage im eigenen Interesse und somit im Widerspruche zu der Kulpamaxime der Römer zu stehen scheint.[1]) [2])

Zu unterscheiden ist ferner zwischen Haftung und Versicherung,[3]) Schadensersatz- und Schadensverteilungsrecht,[4]) welch letzteres nicht wie die „Haftung“ auf alle Fälle eine Verursachung des Schadens durch den Leistungspflichtigen voraussetzt. Die Versicherung kann erst beginnen, wo die Haftung aufhört. Da nun das Verschuldungsprinzip sich doch wohl nur auf die Verpflichtung zum Schadensersatz, auf die Haftung bezieht, wird es durch die Zulässigkeit und das Bestehen einer Versicherung, trotzdem dieselbe ihrem Begriffe nach gerade die Schuldlosigkeit des Versicherers voraussetzt, nicht berührt. Im römischen Rechte nun ist allerdings das Versicherungswesen wenig entwickelt. Eine eigenartige Erscheinung, welche vom Gesichtspunkte der Versicherung zu beurteilen ist, die bekannte lex Rhodia de iactu,[5]) verdient hier erwähnt zu werden.

Auf den Gesichtspunkt des Notstandes[6]) läßt sich die Verpflichtung des Schiffseigentümers und der Verfrachter,[7]) eine dem Verhältnisse des Wertes ihrer Güter zum Werte von Schiff und Ladung entsprechende Quote des eingetretenen Schadens zu tragen, auch wenn die eigenen Waren oder das Schiff unversehrt

---

[1]) Über die Streitfrage betreffend Tragung der Gefahr beim Trödelvertrage vgl. auch Windscheid, Pand. Bd. 2 § 383 Anm. 10 S. 616.

[2]) Über gewisse Fälle der aestimatio dotis Windscheid, Pand. Bd. 3 § 494 Anm. 11 S. 16.

[3]) Zwischen Schadensersatz und Schadensverteilungsrecht unterscheiden auch: Mataja, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie S. 11—18; Steinbach, Grundsätze des heutigen Rechtes über den Ersatz von Vermögensschäden S. 66 ff. Doch sind m. E. viele Fälle, die letzterer als unter das Schadensverteilungsrecht fallend betrachtet, ins Schadensersatzrecht zu verweisen; vgl. auch Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung S. 3. Versicherung liegt vor, wenn man einen Schaden tragen muß, den man nicht verursacht hat. Eine Haftung liegt aber in der Zwangsversicherung, wie sie z. B. für das neue Automobilgesetz für Deutschland in Aussicht genommen ist, wenn sie zugunsten geschädigter Dritter eintritt.

[4]) Der Ausdruck soll hier nicht im speziellen Sinne zur Bezeichnung des Prinzipes des Schadensverteilungsrechtes gebraucht werden.

[5]) Über die lex Rhodia Mataja S. 68; Steinbach S. 78; M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung S. 17; Pernice, Labeo II, 1 S. 72; Endemann a. a. O. S. 437.

[6]) So z. B. v. Liszt, Lehrb. des Strafrechts 17. Aufl. S. 147. Von den Vertretern dieser Ansicht wird daher die Bestimmung der lex Rhodia als eine Abweichung vom Verschuldungsprinzip betrachtet. Gegen diese Ansicht spricht l. 14 pr. D. 19, 5.

[7]) Etwas anderes gilt vom Kapitän, der den Seewurf usw. vornimmt. Bei ihm kann ein Notstand oder eine negotiorum gestio in Frage kommen.

geblieben sind, nicht zurückführen. Schiff und Ladung werden als Ganzes betrachtet, jeder Verlust, mag er auch nur ein einzelnes Gut betroffen haben, als eine Beschädigung des Ganzen. Das Recht zwingt hier die Eigentümer von Schiff und Ladung, sich gegenseitig die Verluste, die sie an ihren, durch die Verfrachtung in besonderer Weise zu einer Gesamtheit[1]) verbundenen Gütern erleiden könnten, zu versichern.

Kein Gewicht ist endlich zu legen auf diejenigen Fälle einer wahren Haftung ohne Schuld, die sich als Reminiszenzen eines früheren, barbarischen Zeitalters darstellen, wie die Gewährung der actio de tigno iuncto auf das Doppelte bei bona und mala fides.[2]) Es sind Rudimente einer längst überwundenen Anschauung, die dem entwickelten römischen Rechte noch anhaften und die lediglich historischen Wert haben können.

Wohl aber muß man, bevor die einzelnen Ausnahmefälle, die „obligationes", welche von vorhandener culpa unabhängig sind, erörtert werden, die Frage stellen, ob denn das römische Recht nach Adoptierung des allgemeinen Prinzips, daß die Schadensersatzpflicht zum mindesten culpa voraussetze, diese „culpa" [3]) auch so bestimmt und umgrenzt hat, daß in ihr das Verschuldungsprinzip streng durchgeführt ist, und daß, wer in „culpa" ist, auch wirklich den zu ersetzenden Schaden verschuldet hat; oder ob nicht in der Auffassung des Kulpabegriffes im römischen Rechte schon, wenn auch unbewußt, das reine Verschuldungsprinzip verlassen ist.

Die Rechtsentwicklung unserer Tage stellt dem strafrechtlichen Begriff der Fahrlässigkeit einen zivilrechtlichen gegenüber. Es kann nicht unbeachtet bleiben, daß die Begriffe „Fahrlässigkeit" des modernen Zivilrechtes und des modernen Strafrechtes sich nicht mehr decken.[1])

Hier wiederholt sich die allgemeine Erscheinung der Subjektivierung des Strafrechts, der Objektivierung des Zivilrechts, und wenn Jhering das Schuldmoment als treibende Kraft im römischen Privatrecht bezeichnet, so zeigt umgekehrt jedenfalls das heutige Zivilrecht die Tendenz, das Schuldmoment zurücktreten zu lassen zugunsten des Momentes der Verkehrssicherheit.

Aus den häufigen Fällen, in welchen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche eine Ersatzverpflichtung eintreten muß, das Strafrecht dagegen eine Fahrlässigkeit verneinen wird, läßt sich entnehmen, daß es sich nicht etwa nur um Unterschiede in der Beurteilung der Schwere der Fahrlässigkeit handelt, sondern daß die zivilrechtliche culpa von der strafrechtlichen auch qualitativ verschieden ist.[2]) [3])

Das Strafrecht kann nicht darauf verzichten, die aus der Idee[4]) der Verschuldung sich notwendig ergebenden Konsequenzen zu ziehen, den subjektiven Maßstab anzulegen und nur da Fahrlässigkeit anzunehmen, wo subjektive Voraussehbarkeit gegeben ist.[5]) Das Strafrecht darf auch nicht zwischen „Erfolg" und „Wirkung" oder „Haftung begründendem Vorgang" und

---

[1]) In der besonderen Verbindung verschiedenen Personen gehörender Rechtsgüter liegt ein Hauptmoment der lex Rhodia; eine analoge Anwendung derselben ist daher nur zulässig, soweit eine analoge Gemeinschaft besteht. In der Ausdehnung des in der lex Rhodia liegenden Prinzipes gehen übrigens m. E. manche Schriftsteller zu weit. Vgl. Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 2 § 403 Anm. 13. Mit Recht verweist Mataja S. 70 auf den Konkurs, die Gläubigergemeinschaft als einen verwandten Fall hin. Zu vergleichen wäre ebenfalls die gemeinsame Tragung der Verluste durch Gesellschafter.

[2]) Pernice, Labeo II, 1 S. 317; Jhering, Schuldmoment S. 166 ff.

[3]) culpa = culpa levis. Die folgende Ausführung bezieht sich auf diese. Es kann hier unbesprochen bleiben, in welchen Fällen nach römischem Recht dolus, culpa lata und ausnahmsweise culpa in concreto zur Begründung der Ersatzverbindlichkeit erforderlich ist. Ebenso kann unerörtert bleiben das von Pernice so genannte „Julianische Nutzenschema". Über die Bedeutung des Wortes „culpa" im römischen Recht: Endemann, Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten S. 14.

[1]) vgl. Endemann, Lehrb. Bd. 1 S. 641 Anm. 8; Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 61 S. 423. Dazu andererseits; Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 10 S. 288.

[2]) Der alte Streit, ob Fahrlässigkeit Willensfehler oder Verstandesfehler, trifft nicht den Kern unserer Frage. Culpa nur als Willensfehler gedacht, setzt voraus, daß alle Menschen gleich aufmerksam sein können, was nicht zutreffend ist. Vgl. aber A. Merkel, Strafrecht S. 87.

[3]) vgl. dazu l. 7 § 5 D. 9, 2; ferner l. 57 D. 19, 2. Litten, Die Ersatzpflicht des Tierhalters S. 67 ff., 69, 70, 108. Man denke sich z. B.: Jemand verwahrt seinen Hund an einer schadhaften Kette, dieser reißt sich los und beißt einen Vorübergehenden; später zeigt sich erst, daß der Hund toll war. Durch unvorsichtiges Tennisspielen trifft jemand einen Zuschauer mit dem leichten Ball am Kopfe und dieser erleidet infolge der (als Beispiel oft angeführten) abnorm dünnen Schädelwandung eine tödliche Verletzung. Man vgl. auch die Fälle, in welchen eine fahrlässige Herbeiführung einer Beschädigung schon darin gefunden wird, daß eine Polizeivorschrift übertreten worden, ohne daß die Beschädigung selbst vorauszusehen war. Dazu Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 31 S. 62. Vgl. ferner das vom Standpunkte des Strafrechtes interessante Beispiel bei Bruck, Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht S. 71; vgl. §§ 848, 827 BGB.

[4]) vgl. die bemerkenswerten Ausführungen von Litten, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 49 S. 441 ff. i. d. Anm.; vgl. auch Litten, Ersatzpflicht des Tierhalters S. 69.

[5]) vgl. v. Liszt, Strafrecht S. 183, der Vorsicht und Voraussicht verlangt; Bruck a. a. O. S. 69 ff., besonders S. 71, und seine Ablehnung der Ansicht v. Bar's für das Strafrecht; v. Liszt, Grenzgebiete S. 15, 38, 39; ders., Deliktsobligationen S. 55.

„Umfang des Schadens“ unterscheiden.[1]) Nur die zu Vorsatz oder Fahrlässigkeit zurechenbaren Folgen der Handlung dürfen strafbar sein, wenn auch die Kausalwirkung weiter geht. Die allgemeine Opposition gegen die Fälle der Erfolghaftung im deutschen Strafgesetzbuch lassen darüber keinen Zweifel.[2])

Das moderne Zivilrecht dagegen beurteilt, ob eine Fahrlässigkeit gegeben ist, nach dem objektiven Maßstabe der im Verkehre erforderlichen Sorgfalt, und es ist überwiegend anerkannt, daß die Verpflichtung zum Schadensersatze nicht von der subjektiven Voraussehbarkeit des eingetretenen Schadens abhängig ist.[3])

So sagt Heinsheimer[4]): „Dieser individuelle Maßstab (der Fahrlässigkeit), der für den strafrechtlichen Begriff das Richtige ist, weil das Strafrecht nur nach der individuellen Strafwürdigkeit des Täters fragen kann, ist jedoch unanwendbar für das Zivilrecht, das im Zusammenstoß der Interessen den Ausgleich bringen soll“.[5])

Auch das Reichsgericht hat öfter auf Grund der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs erklärt, daß es als rechtsirrig anzusehen sein würde, bei der Frage des Verschuldens die Individualität des Täters zu berücksichtigen.[6])

Nur allmählich aber hat sich diese Auffassung Bahn gebrochen, und die Ansicht, daß zivilrechtliche culpa und strafrechtliche Fahrlässigkeit sich nicht decken, hat den Widerspruch mancher Kriminalisten[1]) und auch einzelner zivilrechtlicher Schriftsteller[2]) gefunden. Um die Bestimmungen des neuen Bürgerlichen Gesetzbuchs, die hier in Frage kommen, hat sich ein lebhafter Kampf entsponnen und sie haben manche Kritik erfahren. Aber dieser Widerspruch, diese Kritik, müssen an der Tatsache scheitern, daß das Zivilrecht auf den objektiven Maßstab der culpa nicht verzichten kann. Eine wirklich folgerichtige Durchführung der subjektiven Auffassung der Fahrlässigkeit im Zivilrechte wäre weder in außerkontraktlichen, geschweige denn in Kontraktsverhältnissen möglich; man müßte sonst auch den Schuldner frei werden lassen, der aus unverschuldetem Mangel an Zahlungsmitteln oder wegen subjektiver Unmöglichkeit der Leistung seine Verpflichtungen nicht erfüllen kann.

Darin muß man allerdings denjenigen recht geben, die an dem Begriffe der zivilrechtlichen Fahrlässigkeit Kritik üben, daß vom Standpunkte des Verschuldungsprinzips der Begriff der Fahrlässigkeit, wie er sich im Zivilrechte herausgebildet hat, anfechtbar ist.

Der Gedanke ist folgerichtig, der von Litten ausgesprochen wird: „Somit stellt jeder „objektivistische“ Fahrlässigkeitsbegriff, d. h. jeder, welcher die Sorgfalt nicht an einem abstrakten Maßstabe ohne Rücksicht auf die konkrete Individualität des Handelnden mißt, solange die Fahrlässigkeit als Schuldform gelten soll, eine contradictio in adiecto dar“.[3])

Damit ist aber nicht über den objektiven Maßstab des Zivilrechts das Urteil gesprochen, sondern über das einseitige Verschuldungsprinzip, das nicht hinreicht, eine allgemeine und nicht zu beseitigende Erscheinung im Zivilrechte zu erklären.

In dieser Beziehung ist interessant, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Fälle, in welchen sich jemand durch eigenes Verschulden in einen Zustand von vorübergehender Bewußtlosigkeit durch berauschende Mittel versetzt hat und in diesem Zustande

---

[1]) Dazu Träger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht S. 194. Träger benutzt die Wendung: „im bürgerlichen Rechte sind hinsichtlich der Haftung alle Delikte durch den bloßen — unverschuldet herbeigeführten — Schaden qualifiziert“.

[2]) v. Liszt, Strafrecht S. 162. Daß es im Zivilrechte anders ist, ist gerade das Bemerkenswerte. Vgl. aber dazu Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 740 und die Ausführungen von Kipp bei Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 2 § 258 Anm. 14; v. Liszt, Grenzgebiete S. 39 Anm. 8; Litten, Ersatzpflicht des Tierhalters S. 69; M. Rümelin im Arch f. ziv. Prax. Bd. 90 S. 235 ff.; vgl. auch die Bestimmungen des schweiz. OblR. in art. 116 u. § 251 2. Entw. BGB.; vgl. Träger a. a. O. S. 189.

[3]) BGB. § 823 in Verb. mit §§ 276 u. 254. Hierher gehört auch § 827, wenngleich durch die Wendung: „wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele“ der § 827 formell in Gegensatz zu § 823 gestellt wird und die Ersatzpflicht aus § 827 zu einer ausnahmsweise Platz greifenden objektiven Haftung gemacht ist. Vgl. weiter unten.

[4]) Heinsheimer, Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach dem BGB., im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 95 S. 251.

[5]) vgl. M. Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung S. 5; ders. im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 90 S. 236 ff. So S. 253: „Zu den wenigen in der bisherigen Schadensersatzlehre anerkannten Sätzen gehört der, daß es auf die Vorhersehbarkeit vom Standpunkte des Beschädigenden nicht ankomme“. Vgl. Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 740.

[6]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 41 S. 423. Interessant ist, damit das Urteil des RG. in Bd. 10 S. 288 zu vergleichen. Für die gemeinrechtliche Auffassung vgl. Regelsberger, Pand. Bd. 1 S. 648.

[1]) vgl. v. Liszt, Deliktsobligationen u. a. S. 55; ders., Grenzgebiete S. 15, 16, 39; s. auch die Erörterungen über § 704 des 2. Entw. BGB.; dazu R. Merkel, Kollision rechtmäßiger Interessen S. 207.

[2]) z. B. Brodmann im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 99 S. 338 ff. (vgl. S. 353, 356, 361). So sagt er S. 353 (wenn Voraussehbarkeit nicht erforderlich): „Da hätten wir jene barbarische Haftung für reine Verursachung, die uns bisher wie etwas Fremdartiges und Unverständliches aus längst verschollener Vorzeit anmutete“ (!).

[3]) Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 49 S. 442.

Schaden gestiftet hat, in einem besonderen Paragraphen hervorhebt und für diese Fälle mit der Wendung: „wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele“ eine objektive Haftung konstruiert.[1])

Wie hat sich nun das römische Recht in der vorliegenden Frage verhalten? Die Würdigung der Quellen ist hier keine ganz leichte, weil die römischen Juristen ihre Ansichten nicht vom dogmatischen Standpunkte scharf formulieren, sondern, nach knappem Referate, praktische Fälle entscheiden, und gerade bei der Beantwortung der Frage, ob jemand für einen angerichteten Schaden zu haften habe, ist es manchmal schwer, aus der Begründung der Entscheidung zu entnehmen, inwieweit rechtliche Gesichtspunkte oder die Würdigung der Tatumstände bei der Beurteilung mitgewirkt haben. Je nachdem man die gegebenen Tatbestände in einer oder der anderen Richtung ergänzt, wird sich die Entscheidung zugunsten verschiedener rechtlicher Auffassungen auslegen lassen.

Trotzdem aber läßt sich mit genügender Sicherheit aus den Quellen entnehmen, daß schon das römische Recht für die culpa einen objektiven Maßstab zur Anwendung gebracht hat, und zwar sowohl in Kontraktsverhältnissen, in welchen ein subjektiver Maßstab doch wohl von vornherein unmöglich erscheint,[2]) als auch für die actio legis Aquiliae, eine Klage mit pönalem Charakter.[3])

Das römische Normalmaß der culpa ist die Sorgfalt des „homo frugi et diligens“ oder des „diligens pater familias“.[4]) Der „diligens pater familias“ ist zu einer vielbespöttelten Figur geworden und hat die verschiedenartigsten Scherze über sich ergehen lassen müssen. War es auch wenig glücklich, besonders in der Übersetzung „ordentlicher Hausvater“ ihn im 1. Entw. des Bürgerlichen Gesetzbuchs von neuem erstehen zu lassen,[5]) so sollte man sich doch nicht zu seiner Verurteilung zu sehr an den Wortlaut halten, ohne den Gedanken zu berücksichtigen, der zugrunde liegt.

Auf den römischen diligens pater familias sind ja auch diese Scherze nicht gemünzt. Der römische pater familias ist schon rechtlich ein ganz anderer Begriff als unser Hausvater, und die

---

[1]) § 827 BGB.; vgl. die Fassung von § 57 schweiz. OblR.; vgl. Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 154.

[2]) l. 137 § 2 D. 45, 1; so auch Brodmann a. a. O. S. 372; vgl. dazu Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 634, besonders Anm. 1 u. 2.

[3]) vgl. auch Litten in Jherings Jahrb. Bd. 49 S. 445.

[4]) l. 12 D. 18, 6; l. 65 pr. D. 7, 1; l. 14 D. 13, 7; l. 7, l. 18 pr. D. 13, 5; l. 137 § 2 D. 45, 1; l. 31 D. 9, 2.

[5]) Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 639; v. Liszt, Grenzgebiete S. 16.

römischen Juristen waren keine Pedanten, ihr pater familias hatte wohl wenig gemein mit dem Stimmungsbilde aus der Kleinstadt, dem „ordentlichen Hausvater“ mit Samtkäppchen und Pfeife. Der Sinn des Ausdrucks „diligens pater familias“ ist kein anderer und soll kein anderer sein als derjenige der korrespondierenden Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuchs.[1]) So wenig wie im Bürgerlichen Gesetzbuch soll damit für alle Berufsklassen und Rechtsverhältnisse der gleiche Maßstab bereitgehalten werden. Der Maßstab ist, wie Endemann für das Bürgerliche Gesetzbuch treffend ausgesprochen,[2]) so auch für das römische Recht zwar ein objektiver, aber kein absoluter.[3])

Für die Kontraktverhältnisse, in welchen für culpa levis gehaftet wird, ist der objektive Maßstab deutlich ausgesprochen und nirgends wird individuelle Voraussehbarkeit des schädigenden Erfolges verlangt.

„Ea igitur quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet a creditore exiguntur“.[4])

Es wird vielmehr derjenige, der die Sorgfalt des home frugi et diligens außer acht gelassen, z. B. dadurch, daß er die Sache kontraktwidrig gebraucht hat, auch für einen Schaden haftbar gemacht, der gar nicht vorauszusehen war: „Si hoc in locatione convenit ignem ne habito et habuit, tenebitur etiam si fortuitus casus admisit incendium, quia non debuit ignem habere“.[5])

Hier muß auch auf die alten Regeln „culpa perpetuatur obligatio“, „fur semper moram facere videtur“ und darauf hingewiesen werden, daß nach römischem Rechte, wer zu Unrecht einem anderen eine Sache entzieht oder vorenthält, für deren zufälligen Untergang einsteht. Er haftet auch, wenn der Untergang auf keine Weise vorauszusehen war. Haftbegründete Tatsache und Schaden liegen hier weit auseinander. Die Haftung muß darauf beruhen, daß juristisch verschuldeten Handlungen eine andere, erhöhte Kausalwirkung beigelegt wird als nicht verschuldeten. Für diese Auffassung spricht, daß sich schon im

---

[1]) § 276 BGB.

[2]) Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 635.

[3]) l. 137 § 3 D. 45, 1: „Item qui insulam fieri spospondit, non utique conquisitis undique fabris et plurimis operis adhibitis festinare debet nec rursus utroque aut altero contentus esse, sed modus adhibendus est secundum rationem diligentis aedificatoris et temporum locorumque“.

[4]) l. 14 D. 13, 7 (von Paulus); vgl. die oben zitierte l. 12 D. 18, 6; l. 65 pr. D. 7, 1.

[5]) l. 11 § 1 D. 19, 2 (von Ulpianus); vgl. auch Seufferts Arch. Bd. 4 Nr. 48; ferner l. 18 pr. D. 13, 6; l. 13 § 3 D. 19, 2 und besonders l. 57 D. 19, 2; m. E. enthält keinen Widerspruch l. 43 i. f. D. 19, 2; vgl. Pernice, Labeo II, 2, 1 S. 90ff., 106ff.

klassischen römischen Rechte die Ansicht geltend macht, daß die Haftung wegfalle, wenn der Kausalzusammenhang zwischen dem Verschulden und dem Untergang der Sache nicht angenommen wird, z. B. wenn der Zufall die Sache auch beim Gläubiger getroffen hätte, — innerer Verderb muß gleichgestellt werden.[1])

Aber auch bei der auf der lex Aquilia beruhenden Deliktsklage wird nicht nur culpa und imperitia[2]) gleichgestellt, sondern auch der objektive Maßstab zur Anwendung gebracht. So wird in der l. 31 D. 9, 2 die Entscheidung nicht davon abhängig gemacht, ob der Handelnde selbst eine Verletzung voraussetzen konnte, sondern davon, ob ein „diligens“ sie hätte voraussehen können:

„Culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum“.[3])

Ob der Umfang des eingetretenen Schadens voraussehbar war, fällt nicht in Betracht.[4])

Nach dem früher Ausgeführten ist also auch das römische Recht vom Standpunkte des Verschuldungsprinzipes insofern nicht konsequent, als es für die culpa, sogar bei „Delikts“-klagen einen abstrakten Maßstab zur Anwendung bringt. Das Erfordernis eines solchen Maßstabes für das Zivilrecht ist eben so dringend, daß es auch hier zur Anwendung kommen mußte, da mit der actio legis Aquiliae nicht nur Strafe, sondern vor allem auch Ersatz erlangt werden soll.

Einzelne Ausnahmefälle vom Verschuldungsprinzip.

Während im vorhergehenden der Nachweis versucht worden ist, daß das Verschuldungsprinzip zur Erklärung des Kulpabegriffes, wie er sich schon im römischen Privatrechte heraus-

[1]) Hierher gehören im allgemeinen die Fälle des sogen. „casus mixtus“; vgl. besonders Pernice, Labeo II, 2, 1 S. 132ff., 209; Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 115 Anm. 2; H. A. Fischer im Jahrb. f. Dogm. Bd. 37 S. 250; l. 11 § 1, § 4 D. 19, 2; l. 66 pr. D. 24, 3; über die l. 1 § 25 D. 16, 3 vgl. Pernice, Labeo II, 2, 1 S. 212 Anm. 5.

[2]) vgl. §§ 7, 8 Inst. 4, 3; l. 8 § 1 D. 9, 2.

[3]) l. 31 D. 9, 2; vgl. § 8 Inst. 4, 3; in l. 8 § 1 D. 9, 2 ist der Ausdruck „intellegit vel intellegere debet“ etwas zweifelhaft, doch ist § 8 Inst. 3, 4 damit zu vergleichen; vgl. ferner l. 7 § 5 D. 9, 2; in l. 15 § 1 h. t. ist die Haftung abgewiesen wegen mangelnden Kausalzusammenhangs bei Verwundung des später durch Erdbeben oder Schiffbruch getöteten Sklaven.

[4]) l. 22, 23 pr. § 4 D. 9, 2 z. B. Über die Bedeutung dieses Umstandes vgl. besonders Träger a. a. O. S. 192, 194, 221.

gebildet hat, nicht hinreichend ist, sollen im folgenden die Fälle besprochen werden, in welchen eine Haftung für „casus“ ins römische Recht ausdrücklich als Ausnahme Eingang gefunden hat. Dort handelt es sich um eine unter dem Anscheine einer Durchführung des Kulpaprinzipes sich verbergende Abweichung, hier um direkte Ausnahmen vom Verschuldungsprinzip.

I. Außerkontraktliche Verhältnisse im allgemeinen.

Aus der charakteristischen Gestaltung der römischen „familia“ in der Blütezeit der Stadt, aus den Instituten der patria potestas und der Sklaverei, zwei Grundpfeilern des römischen Staates und des römischen sozialen Lebens, ist mit Naturnotwendigkeit eine eigentümliche „Haftung für fremde Schuld“ hervorgegangen. Welcher Widerspruch lag nicht darin, daß denkenden Menschen, die unbedingt und zweifellos als verschuldungsfähig[1]) galten — sowohl Sklaven wie Hauskinder wurden mit öffentlichen Strafen belegt — die Vermögensfähigkeit und damit bei dem weiten Umfange der römischen Privatstrafen teilweise die Straffähigkeit entzogen war? Ebenso mußte der Widerspruch in irgendeiner Weise ausgeglichen werden, der in der Doppeleigenschaft der gewaltunterworfenen Personen, vor allem des Sklaven, als schuldfähigen Menschen einerseits und Gegenstand des Eigentumsrechtes — also Sachen — andererseits, lag, und der Widerspruch endlich zwischen formellem Rechte und praktischem Leben, der gerade bei diesen Instituten in Rom so recht zutage trat, wo der größte Teil der Handel und Gewerbe treibenden Bevölkerung nach strengen Rechtsgrundsätzen ja der Vermögensfähigkeit entbehrte.[2]) Für die außerkontraktlichen Verhältnisse ist dies durch die Gewährung der Noxalklagen geschehen. Man kann demgemäß auf diese „Haftung für fremde culpa“ in prinzipieller Hinsicht kein allzu großes Gewicht legen. Der eigentliche Grundgedanke der Noxalhaft ist nicht in erster Linie die in ihr liegende Ersatzfunktion — diese ist etwas Akzidentelles, durch die römischen Privatklagen Gegebenes —, sondern die Vergeltung gegen-

[1]) vgl. v. Wyß, Die Haftung für fremde culpa nach röm. R., Zürich 1867, S. 21, 17 Anm. 2; vgl. auch l. 1 § 1 D. 47, 4, nach welcher der Sklave an Sachen seines Herrn nicht furtum begehen kann.

[2]) Die Wichtigkeit dieses Momentes zeigt deutlich das Absterben der Noxalhaftung für Hauskinder in justinianischer Zeit, welches direkt auf die Änderung in der Vermögensfähigkeit derselben zurückzuführen ist; vgl. v. Wyß a. a. O. S. 37, 38, 47, 48.

über dem Sklaven, dem Hauskinde, das Verlangen, den Delinquierenden selbst zur Rechenschaft zu ziehen. Das liegt schon in dem Prinzip der Noxalhaftung selbst, nach welchem es ja dem Willen des Gewalthabenden überlassen bleibt, den Fehlbaren mit seinem eigenen Leib büßen zu lassen. (Die noxae datio ist primär und die Möglichkeit, dieselbe durch Entschädigung in solidum abzuwenden, nur eine dem Herrschaftsrechte des pater familias zu machende Konzession.) Das zeigt sich aber auch in verschiedenen einzelnen Bestimmungen, so in dem Satze „noxa caput sequitur", der auf eine wahre Haftung für fremde Schuld schlecht passen würde, in der Regel, daß nach der Manumission oder Emanzipation der Schuldige wie ein Freier haften muß, so daß sogar für das Hauskind[1]) eine obligatio filii ex delicto als mit der Noxalhaft konkurrierend angenommen wird, in der Erscheinung sodann, daß bei gewissen schweren Vergehen eine öffentliche Strafe[2]) eintreten kann, die den Ersatzanspruch unbefriedigt läßt.

Auch die verschiedenen Theorien,[3]) die über das Prinzip und den Ursprung der Noxalklagen aufgestellt worden sind, bestärken diese Auffassung. Zimmern[4]) konstruiert sogar eine eigentliche Selbsthaftung des Sklaven, des Hauskindes, als deren notwendiger Vertreter („defensor") nur der pater familias zu funktionieren habe, und Dirksen,[5]) dessen Theorie doch wohl die größere historische Wahrscheinlichkeit beanspruchen kann,[6]) erblickt den Grund der Noxalhaft in dem „Anspruch des Beschädigten auf Auslieferung zum Zwecke der Privatrache".

Zu einem anderen Resultate käme man freilich, wollte man das Prinzip von v. Wyß[7]) als das richtige anerkennen: „Als Prinzip der Noxalhaft gilt schlechthin die Notwendigkeit, daß der dominus für die Delikte seines verpflichtungsunfähigen Sklaven hafte. Das Prinzip der l. 149 D. d. R. J.: ‚ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet' mußte zur Rechtfertigung dieses

---

[1]) v. Wyß a. a. O. S. 45 u. 46.
[2]) v. Wyß a. a. O. S. 21.
[3]) Dieselben können hier nicht eingehender geprüft werden.
[4]) vgl. v. Wyß a. a. O. S. 10: „Demnach (nach Zimmern) läge in der Noxalhaft eine direkte und materielle Haftung des Herrn für fremde Schuld gar nicht vor, sondern es träfe ihn, den rechtlich bloß zur Vertretung Gezwungenen, nur mittelbar und zufällig der Schaden, der ihm aus der Selbsthaftung des Sklaven mit der eigenen Person erwächst, d. h. eben der Verlust desselben".
[5]) v. Wyß a. a. O. S. 10.
[6]) vgl. Jhering, Geist des röm. R. Bd. 1 S. 131; P. F. Girard, Geschichte und System des röm. R. S. 735 u. 741.
[7]) v. Wyß a. a. O. S. 31.

weitgehenden Satzes genügen, nachdem die Erinnerung an seinen wahren Ursprung geschwunden war. Als eine von der Billigkeit erheischte Milderung des strengen Rechtes erscheint die facultas noxae dedendi, welche dem Kondemnierten offensteht, damit er nicht gezwungen sei, ‚ultra corpus noxium pati damnum'".

Allein sowohl die Heranziehung des „Prinzipes" der l. 149, eines der bei den römischen Juristen beliebten allgemeinen Aussprüche, der allerdings auf die Haftung für Delikte der Gehilfen, die doch im römischen Recht nicht existiert, recht wohl passen würde, wie auch die Auffassung der noxae datio als einer (sekundären) Milderung des strengen Rechtes aus Billigkeit können durchaus nicht befriedigen.[1])

Darf somit, wie schon gesagt, ein großer Wert in prinzipieller Hinsicht für unsere Frage auf das Institut der Noxalhaft des dominus für Delikte der Sklaven und Hauskinder nicht gelegt werden, so ist dagegen aller Beachtung würdig, daß die Noxalklagen eine Haftung für Schuld der Gehilfen, der Vertreter usw. im weiten Umfange ersetzt und unnötig gemacht haben. Man darf wohl überzeugt sein, daß, hätten die praktischen Römer infolge der die Regel bildenden Verwendung von Sklaven in Erwerbsgeschäften nicht in der noxae datio ein Surrogat[2]) besessen, sie wohl kaum so lange wie die Juristen unserer Zeit mit der Statuierung einer kontraktlichen wie außerkontraktlichen Verantwortlichkeit für Verschuldung gewisser dritter Personen gewartet hätten.

Anders liegt die Sache bei der Noxalhaftung für durch Tiere verursachten Schaden. Der große Unterschied zwischen dieser und der im vorhergehenden besprochenen liegt darin, daß die Verschuldungsfähigkeit des Verletzers fehlt. Hier handelt es sich um wahre Kasushaftung, welche nun auch der historische Ausgangspunkt der actio de pauperie gewesen sein mag.[3]) Die Erhaltung und Ausbildung eines be-

---

[1]) Die Theorien, nach welchen die Noxalklagen auf eine (fingierte) culpa des pater familias gegründet sein sollen, können hier ganz übergangen werden. Interessant ist an ihnen nur, daß auch hier an eine solche Fiktion gedacht werden konnte.
[2]) vgl. auch l. 31 D. 13, 7; l. 22 D. comm. 13, 6; vgl. l. 61 de furtis; v. Wyß a. a. O. S. 29; Baron, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 224.
[3]) Es werden für die naive Anschauung der ältesten Zeit die gleichen Impulse vorhanden gewesen sein wie bei den Delikten der Sklaven, indem das Tier als in culpa befindlich angesehen wurde. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 3, 365 7. Aufl.; vgl. auch Pernice, Labeo II S. 351 1. Aufl.; Litten, Jahrb. f. Dogm. Bd. 49 S. 419ff.; Girard a. a. O. S. 736/37; vgl. Th. Mommsen, Röm. Strafrecht S. 834.

sonders bei Ackerbau betreibender Bevölkerung so häufig praktisch werdenden Institutes wäre im Gegensatz[1]) zu dem in klassischer Zeit allgemein angenommenen Verschuldungsprinzipe nicht möglich gewesen, wenn nicht auch die Anschauung der späteren Zeit hier eine Haftung gerecht gefunden hätte.

Daß bei der actio pauperie und der actio de pastu eine Schuld des dominus nicht vorzuliegen braucht, haben die römischen Juristen deutlich ausgesprochen.[2]) Demgemäß darf man nicht in l. 1 § 4 und in der Theorie des „Handeln contra naturam" ein Moment finden, das darauf deutet, die Römer hätten die Gewährung der Noxalklage von einer Verschuldung des Herren des Tieres abhängig machen wollen.[3]) Es würde sonst allerdings naheliegen, zu sagen, ein equus calcitrosus, ein bos cornu petere solitus müsse ganz besonders gut bewacht werden. Die bezüglichen Stellen[4]) sind nun meistens durch den Hinweis auf die ursprüngliche Annahme einer Schuld des Tieres erklärt worden. Vielleicht ist aber in l. 1 § 7 an eine eigene Verschuldung des Beschädigten gedacht. Wer an einem Pferde in unvorsichtiger Weise vorbeigeht, es dadurch erschreckt und von ihm geschlagen wird, wer einem Hunde einen Knochen entreißen will und dabei gebissen wird, wird sich seine Verletzung selber zuzuschreiben haben; das Tier tut hier nur, was unter den gegebenen Umständen von ihm zu erwarten war,[5]) es handelt nicht contra naturam. Wenn aber ein Haustier auf völlig unerwartete Weise einen Menschen, ein anderes Tier beschädigt, liegt die Vermutung viel näher, daß der Beschädigte schuldlos war. Damit wäre in § 7 eine Regel gegeben, wann für manche Fälle — es heißt in der Entscheidung „generaliter haec actio locum habet" — ein Selbstverschulden des Verletzten vom Richter zu vermuten sei, und wann nicht; dann nämlich nicht, wenn das Tier contra naturam gehandelt hat.[6]) Von diesem Standpunkt aus hätten

[1]) l. 1 § 3 D. h. t. 9, 1: „Ait praetor ‚pauperiem fecisse'. pauperies est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret" (von Ulpian).

[2]) vgl. Anm. 1.

[3]) vgl. Hepp a. a. O. S. 92; Hasse, Die culpa, nimmt z. B. eine präsumtive culpa an.

[4]) l. 1 § 4 und § 7 h. t.

[5]) Merkwürdig ist, daß die Römer ein Streicheln fremder Pferde nicht als Unvorsichtigkeit betrachteten. l. 1 § 7: Ein Pferd, das einem es streichelnden Fremden einen Schlag versetzt, handelt contra naturam nach römischer Ansicht; vgl. auch l. 5 D. 9, 1.

[6]) Zu scharfsinnig erscheinen die Ausführungen von Eisele (Jherings Jahrb. Bd. 24 S. 480) und Litten (a. a. O. S. 421 ff.). So führt z. B.

die Ausführungen des Paragraphen für das entwickelte römische Recht einen guten Sinn. Denn wenn eine Unvorsichtigkeit des Beschädigten selbst vorliegt, ist der Schaden durch ihn selbst verursacht worden, und es ist festzuhalten, daß nach der richtigen Auffassung die römische actio de pauperie nur gegeben ist, wenn die Handlung[1]) des Tieres kausal war, wenn also eine Quasiculpa vorliegt. Dafür sprechen die Beispiele der Quellen und besonders auch l. 1 § 8 D. (Ulpianus, libro octavo decimo ad edictum): „Et si alia quadrupes aliam concitavit ut damnum daret, eius quae concitavit nomine agendum erit".[2]) Konkurriert das Verschulden eines zurechnungsfähigen Menschen, so gilt die Beschädigung als dessen Handlung, als durch ihn schuldhaft verursacht und wird die actio legis Aquiliae (in factum) gegeben.[3])

Den Halter gefährlicher Tiere verpflichtet das ädilizische Edikt, wenn diese „loco quo vulgo iter fit" jemanden verletzen oder sonstigen Schaden anrichten, zur Zahlung einer Geldbuße im Falle der Tötung eines freien Menschen, sonst zum Ersatze des duplum des entstandenen Schadens. Auf ein Verschulden wird nicht abgestellt[4]): „Deinde ajunt aediles: ‚ne quis canem, verrem vel minorem aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem',

Eisele a. a. O. aus: Wenn ein Hund beiße, ein Stier stoße, ein Pferd ausschlage, handelten diese Tiere nicht contra naturam: dies wäre nur etwa der Fall, wenn ein Stier beißen oder ein Pferd mit dem Kopf stoßen würde. Aber ein Hund, der harmlos Vorübergehende anfällt, ein Pferd, das ohne alle Ursache sich auf Menschen stürzt und sie schlägt, tritt oder beißt, handelt doch gegen seine Haustiernatur. Gegen Eisele auch Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 366; vgl. auch Girard S. 430 Anm. 3. Die hier vertretene Ansicht, daß „contra naturam" einen Hinweis auf Selbstverschulden des Geschädigten enthält, wird unterstützt durch § 4 Instit. 4, 3, aus welcher Stelle für die Haftung ex lege Aquilia ein ähnlicher Befreiungsgrund zu entnehmen ist.

[1]) So auch nach § 833 BGB.; Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 1273; vgl. Schmoller a. a. O. S. 9 (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 98 S. 1 ff.); vgl. über Tierschaden RG. Bd. 62 S. 80, Bd. 52 S. 117.

[2]) vgl. auch l. 1 § 11 D. 9, 1; ebenso l. 52 § 2 D. 9, 2.

[3]) Von diesem Gesichtspunkte aus ist nach den Quellen die Grenze zwischen aquilischer und noxaler Haftung zu ziehen (l. 52 § 2 D. 9, 2). Die Ansicht von Eisele, daß ex lege Aquiliae gehaftet werde, wenn Mensch und Tier zusammen den Schaden verursacht, ist durch die Quellen nicht nachgewiesen; vgl. auch Litten a. a. O. S. 438 ff.

[4]) Dieser Ansicht ist auch Pernice, Labeo II, 2, 1 S. 49 u. 50; ebenso wohl die Kommission des deutschen Entwurfs, die eine analoge Haftpflicht in den Entwurf aufgenommen hatte (§ 756); vgl. Unger, Handeln auf eigene Gefahr, in Jherings Jahrb. N. F. Bd. 18 S. 399, der das Prinzip ausspricht (allgemein, nicht nur speziell für das römische Recht): „Wer Tiere in den Kreis des bürgerlichen Lebens bringt, muß die damit verbundenen Gefahren auf sich nehmen". Dagegen Windscheid, Pand. Bd. 2 § 457 Nr. 11.

et generaliter, aliudve quod noceret animal, sive soluta sint, sive alligata, ut contineri vinculis, quominus damnum inferant non possint, qua vulgo iter fiet, ita habuisse velit, ut cuiquam nocere damnumve dare possit si adversus ea factum erit et homo liber ex ea re perierit solidi ducenti, si nocitum homini libero esse dilatur, quanti bonum aequum judici videbitur, condemnetur, ceterarum rerum, quanti damnum datum factumve sit, dupli".[1])

Diese Bestimmung hat den singulären Charakter einer polizeilichen Vorschrift, deren verschuldete wie unverschuldete Übertretung eine Bestrafung nach sich zieht. Es ist aber in ihr der richtige Gedanke enthalten, daß für gefährliche Tiere strenger gehaftet werden soll als für Haustiere[2]): denn derjenige, dessen Verhalten für seine Mitmenschen in außergewöhnlicher, das Normale überschreitender Weise gefährlich ist, soll für einen durch diese gefährliche Betätigung entstehenden Schaden aufkommen. Ein Verschulden liegt zwar nicht vor, wohl aber eine besondere, dem Verschulden an die Seite zu stellende Form der Verursachung, eine Quasi-culpa. Es ist der Gedanke der sogen. Gefährdungshaftung,[3]) der schon der Bestimmung des römisch-ädilizischen Ediktes zugrunde liegt, derselbe Gedanke, der — wenig glücklich ausgedrückt — ein modernes Gericht dazu geführt hat, den Betrieb einer Eisenbahn als kulpose Handlung zu erklären.[4]) Auch der Ausdruck „Gefährdungs"haftung ist nicht sehr treffend, denn Schadensersatz kann nicht geleistet werden für Gefährdung, sondern nur für Beschädigung durch eine (besonders) gefährliche Betätigung.

Außerhalb des Kontraktnexus ist eine Haftung für fremde Schuld (im technischen Sinne) von den Römern prinzipiell nicht anerkannt worden, insbesondere auch nicht eine Haftung der juristischen Personen aus Delikten ihres Vertreters.[5]) Es ist begreiflich, denn sie war im Widerspruch zu der römischen Schuldlehre und ihrer Entwicklung standen im System der

---

[1]) l. 40 § 1; l. 41; l. 42 h. t. 21, 1. Diese Stellen sind von Ulpianus und Paulus.

[2]) Die strenge Haftung für wilde Tiere ist in mehreren modernen Kodifikationen aufgenommen worden; vgl. das frühere sächs. Gesetzbuch § 1561 (Unger a. a. O. S. 401); Züricher privatr. Gesetzbuch § 1875; etwas anders der abgeänderte § 833 BGB., der Tiere, die als Luxustiere gehalten werden, den Tieren entgegensetzt, die für ökonomische Zwecke gehalten werden. Weiter geht code civil art. 1385.

[3]) vgl. Endemann a. a. O. S. 745 Anm. 9.

[4]) Seufferts Arch. Bd. 14 S. 358.

[5]) l. 9; l. 15 § 1 D. 4, 3; l. 4 D. 43, 16; vgl. Krüger, Die Haftung der juristischen Personen nach gemeinem Rechte und BGB., Diss. 1900; vgl. S. 9 und l. 15 § 1 D. 4, 3; l. 4 D. 43, 16.

pönalen Deliktsklagen große Schwierigkeiten entgegen, es war ja auch das Bedürfnis nach dieser Haftung durch die Noxalklagen einigermaßen befriedigt. Indessen ist in zwei Fällen durch singuläre Bestimmung eine Haftung für Delikte Dritter gewissen Personen auferlegt worden. Nach dem prätorischen Edikte haften Schiffer, Wirte und Stallhalter — ein „receptum" braucht hier nicht vorzuliegen — für furtum und damnum, begangen durch ihre Angestellten,[1]) und zwar in der Regel auf das duplum. Die Klage ist also eine Pönalklage, aber von einem Verschulden des nauta, caupo, stabularius unabhängig.[2]) Die Gründe, die zu ihrer Aufstellung geführt haben, sind natürlich analoge, wie für die actio de recepto, es wird dort näher auf dieselben einzugehen sein.

Eine ganz merkwürdige Anwendung des Noxalprinzipes[3]) findet sich in l. unica § 5 D. 47, 5 und in l. 7 § 4 D. 4, 9 von Ulpian. Nach denselben kann sich der Haftpflichtige, wenn sein eigener Sklave das Delikt begangen, durch noxae datio desselben von jeder weiteren Verbindlichkeit befreien. Die anderweitige Begründung dieses Satzes „nam cum alienos, adhibet explorare eum oportet, cuius fidei, cuius innocentiae sint: in suis venia dignus est, si qualesquales ad instruendam navem adhibuerit", „in servo vero suo ignoscendum sit ei, quasi in domestico malo" kann m. E. nicht genügen, um die auffallende Begünstigung des nauta, dessen eigene Sklaven das Delikt begangen haben, zu erklären. In unzutreffender Weise ist in dieser Begründung der Gesichtspunkt der Verschuldung in den Vordergrund gerückt.

Ebenfalls durch prätorisches Edikt war eine unbedingte Haftung der Publikanen und der den Publikanen Gleichgestellten für Delikte ihrer familia beim Eintreiben von Steuern oder bei sonstiger Anwendung der den Publikanen ver-

---

[1]) Wirte auch für damnum und furtum, verübt von dauernd in ihrem Gasthof wohnenden Personen.

[2]) Dieser Ansicht auch Pernice, Labeo II, 2 S. 53ff.; vgl. v. Wyß a. a. O. S. 61; l. 5 § 6 D. 44, 7: „Si modo nullum est ipsius maleficium". Auch hier wird von den römischen Juristen mit der „Denkform" der culpa manöveriert. l. 5 § 6 D. 44. 7: „Et aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur". l. 7 § 4 D. 4, 9: „hac autem actione suo nomine exercitor tenetur, culpae scilicet suae qui tales adhibuit". Andererseits wird die Klage doch als actio quasi ex delicto bezeichnet.

[3]) l. 1 D. 39, 4; l. 12 pr. D. 39, 4; Pernice, Labeo II, 2, 1 S. 53ff.; v. Wyß a. a. O. S. 62ff.; dagegen ist Windscheid, Pand. Bd. 2 § 454 Anm. 15 wohl mit Unrecht gegen eine unbedingte Haftung. Der Hinweis auf die Möglichkeit der noxae datio ist nicht stichhaltig. Gegen seine Ansicht spricht vielmehr, daß eine besondere Erklärung der Berechtigung zur noxae datio für nötig erachtet wird (l. 7 § 4 D. 4, 9).

liehenen Machtbefugnisse statuiert.[1]) Auch diese Klage ging, wenn nicht freiwillig von seiten des Publikanen Restitution erfolgte, auf das duplum. Die Gründe der Haftung sind ähnliche wie diejenigen, welche in neuerer Zeit die gesteigerte Verantwortlichkeit der Eisenbahnen mitbewirkt haben, nämlich die Machtstellung der Publikanen, ihre ausgedehnten polizeilichen Befugnisse, ihre Rechtsprivilegien und auch die Kompliziertheit des in Bewegung gesetzten Apparates, infolge deren die culpa des einzelnen schwer festzustellen und zu beweisen ist.[2])

Den oben besprochenen Klagen ist anzureihen[3]) die actio de effusis et deiectis. Mittels derselben konnte derjenige, welcher durch einen Wurf oder Guß aus einem bewohnten Raume auf einen Ort, „quo vulgo iter fit" „vel in quo constitetur", beschädigt worden war, vom habitator des Gebäudes den Ersatz des duplum des ihm zugefügten Schadens verlangen.[4]) Auf ein Verschulden des Bewohners kam es dabei durchaus nicht an,[5]) auch der Nachweis, daß er alle Sorgfalt angewendet, kann ihn nicht befreien. Die a. d. e. et d. hat polizeilichen Cha-

[1]) vgl. M. Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung S. 15; vgl. l. 3 pr. 39, 4.

[2]) v. Wyß a. a. O. S. 65.

[3]) Wäre die actio de effusis et deiectis abhängig von der Voraussetzung, daß eine kulpose Handlung eines Werfenden oder Gießenden vorläge (v. Wyß S. 69), so könnte man füglich auch hier von einer Haftung für fremdes Delikt sprechen. Die a. d. e. et d. geht aber weiter. Sie knüpft die Schadensersatzverbindlichkeit an jeden Wurf oder Guß, ohne zu untersuchen, auf welche Weise er geschehen ist (eine solche Untersuchung müßte den gewährten Klagschutz häufig illusorisch machen), ja sie verlangt nicht einmal einen Wurf oder Guß von Menschenhand; l. 1 § 3 D. h. t.: „Sed et quod suspensum decidit, pro deiecto haberi magis est, proinde et si quid pendens effusum sit, quamvis nemo hoc effuderit, edictum tamen locum habere dicendum est". Die a. d. e. et d. statuiert also eine Kasushaftung im weiteren Sinne. Interessant ist, daß auch bei dieser Kasushaftung unser Rechtsgefühl uns sofort an die exceptio vis majoris denken läßt. So Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 367 zu Anm. 5: „Ohne Zweifel aber entlastet der Nachweis der höheren Gewalt, z. B. der Überwältigung durch Aufständige oder Feinde".

[4]) § 1 Inst. 4, 5 Tit. D. 9, 3; vgl. l. 1, 1 pr. h. t.

[5]) Pernice, Labeo II, 2, 1 S. 49 ff.; Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 367; Jhering, Schuldmoment S. 204; Unger, Die actio de deiectis et effusis, in Jherings Jahrb. N. F. Bd. 18 S. 227 ff. Versuche von Kulpafiktionen kehren allerdings auch hier wieder. Die interessante actio popularis positis et suspensis kann hier übergangen werden, weil sie keinen eingetretenen Schaden voraussetzt. Dazu Endemann Bd. 1 S. 63. Nach Heppa. a. O. S. 237 fehlt die actio de effusis et deiectis im code civil infolge Versehen des Staatsrates Zachariae (?). Sie fehlt aber auch im schweiz. OblR. und ist im 1. Entw. des BGB. gestrichen worden; hier müssen die Bestimmungen über Haftung für fremde Schuld ausreichen. Anders das österreichische Recht; vgl. v. Randa a. a. O. S. 111.

rakter, sie will die schwierige Nachforschung nach dem Täter unnötig machen und ganz besonders den Verantwortlichen zur Durchführung einer strengen Aufsicht zwingen.

Mit Recht legt Unger ein Hauptgewicht auf den Präventionszweck. Denn sieht man den Grund der strengen Haftung des habitator, wie häufig geschieht, allein in der Schwierigkeit, den wahren Täter zu ermitteln (ein solcher braucht übrigens nicht immer vorhanden zu sein, wie früher erwähnt worden), so sollte der Haftpflichtige sich durch den Nachweis des Täters befreien können.[1])

Wie in manchen anderen Beziehungen ist das Institut der cautio damni infecti merkwürdig durch die Stellung, die es dem römischen Schuldprinzip gegenüber einnimmt. Es ist zwar die Ansicht ausgesprochen worden,[2]) und dieselbe verdient bei der immer wiederkehrenden Unterscheidung der Römer zwischen culpa in faciendo und in non faciendo, bei dem Bestehen der bekannten Streitfrage, ob auch die letztere zur Erhebung der actio legis Aquiliae berechtige, volle Beachtung, daß das Versprechen der cautio den Zweck hatte, eine „obligatio ad damnum futurum resarciendum" aufzustellen, eine Verpflichtung zur Sorgfalt zu schaffen, die nach den allgemeinen Sätzen, besonders der lex Aquilia, im römischen Recht nicht vorhanden. Dabei sind die römischen Juristen aber jedenfalls nicht stehen geblieben. Es geht aus den Quellen hervor, daß nach dem Rechte der c. d. i. der Kavent nicht nur für den aus seiner mangelnden Diligenz entstandenen, sondern auch für allen aus der fehlerhaften Beschaffenheit seiner Anlage erwachsenen Schaden Ersatz zu leisten hatte.[3]) Der Kautionspflichtige ist also verantwortlich für den inneren Zufall, „er haftet", wie Unger sich ausdrückt,[4]) „in den Fällen, in welchen das Haus an seinem Einsturze selbst ‚Schuld' trägt" (Schuld im objektiven

[1]) Gegen die hieraus sich ergebenden Konsequenzen Unger S. 230, 231; vgl. Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung S. 16; Girard a. a. O. S. 692.

[2]) z. B. von Hasse, culpa S. 18; vgl. Endemann a. a. O. S. 1275.

[3]) l. 24 § 12 D. 39, 2: „Quod vitio aedium, loci, operis damnum fit"; l. 43 pr. h. t.: „Si vitio aedificii et infirmitate factum esset, debere praestari"; l. 18 § 4 h. t.; Unger in Jherings Jahrb. N. F. Bd. 18 S. 403: „Der Kavent haftet ohne alle Rücksicht auf eigene Schuld für den Schaden, welchen das Haus verursacht"; Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 543: „Die Kaution ist nicht für den Fall bestimmt, in welchem den Nachbar eine Schuld trifft, sie greift auch nicht ein, wo der Schaden in ‚reinem Zufall' seinen Grund hat. Es handelt sich um ein mittleres".

[4]) Unger a. a. O. S. 405.

Sinne = Ursache). Für vis major, diese Ausnahme findet sich auch bei dieser objektiven Haftung, steht er nicht ein.[1])

Nun ist allerdings die Haftbarkeit des Kaventen auf eine durch das Kautionsversprechen übernommene Garantie zurückgeführt worden,[2]) und man muß zugeben, daß die Annahme einer Gefahrübernahme bei der cautio damni infecti näher liegt als in manchen anderen Fällen. Es dürfte der Ansicht dennoch, besonders für das spätere römische Recht, nicht beigepflichtet werden. Das Kautionsversprechen erscheint hier so sehr als bloße Formalität, daß es bedenklich wäre, in ihr ein Hauptmoment der Verpflichtung zu finden, und die Fälle, in denen auch ohne Stellung einer Kaution die Ersatzverbindlichkeit besteht, würden nur schwer zu erklären sein.[3])[4])

Ohne jede Rücksicht auf Verschuldung hat ferner der Eigentümer und wer ihm gleichsteht ein Retentionsrecht an den vom Nachbargrundstücke übergefallenen Gegenständen für den von ihm erlittenen Schaden[5]) und desgleichen der Verletzte an einer ihn beschädigenden beweglichen Sache, wenn dieselbe in seinen Besitz gelangt.[6]) Es ist jedoch nicht zu vergessen, daß die Retentionsrechte für erlittenen Schaden viel leichter gegeben werden (also in casu eher vom Erfordernis der culpa abgesehen werden konnte) wie Schadensersatzansprüche, weil der Verletzte im ersteren Falle zu einer „Leistung“ nicht gezwungen zu werden braucht und der nexus zwischen den Parteien durch die Sache geschaffen wird.

In der gemeinrechtlichen Doktrin findet sich auch die Ansicht vertreten, daß nach römischem Rechte ganz allgemein mit der actio negatoria, der actio confessoria und auf Grund einzelner

---

[1]) Unger a. a. O. S. 404, 405; Windscheid § 458 Anm. 6; l. 24 § 4 D. h. t.: „Ita eum teneri, sie aedificii vitio id acciderit, non si violentia ventorum, vel qua alia ratione, quae vim habet divinam“; vgl. l. 24 § 3 (von Ulpianus).

[2]) Unger a. a. O. S. 403.

[3]) Windscheid § 458 Anm. 3; l. 8 h. t.: „Quod forte tunc recte dicetur, cum non ipsius neglegentia, sed propter aliud impedimentum sibi non prospexit“; l. 9 h. t.

[4]) Es ist deshalb auch die Haftung aus der cautio hierher zu den außerkontraktlichen Verbindlichkeiten gestellt worden. Ebenso Windscheid a. a. O. § 458.

[5]) l. 6 D. h. t. 39, 2; Windscheid Bd. 2 § 458 Anm. 4.

[6]) l. 9 § 3 D. d. d. inf. 39, 2: „Neratius autem scribit, si ratis in agrum meum vi fluminis delata sit, non aliter tibi potestatem tollendi faciendam, quam si de praeterito quoque damno mihi cavisses“. Sozusagen wörtlich wiederholt in l. 8 D. d. incend. 47, 9.

Interdikte auch auf Ersatz des schon erlittenen Schadens geklagt werden könne, und zwar, was hier allein von Interesse,[1]) selbst dann, wenn nur eine objektive Widerrechtlichkeit der Beschädigung gegeben sei. Diese Ansicht ist aber neuerdings wohl mit Recht aufgegeben worden, denn die zum Belege angeführten Quellenstellen sind nicht hinreichend, eine Abweichung vom Verschuldungsprinzip für diesen Fall im römischen Rechte nachzuweisen.[2])

Die Bestrebungen, eine besondere, objektive Haftung hier zu konstruieren, erklären sich doch wohl nur dadurch, daß man gesucht hat, eine Basis zu gewinnen, um eine Entschädigung denen zuzusprechen, welche durch Einwirkungen geschädigt sind, die mit modernen privilegierten Betrieben verbunden sind, auf deren Einstellung auch bei außergewöhnlicher Belästigung Dritter nicht geklagt werden kann.[3]) Wie oft hat allein schon die funkensprühende Lokomotive Wissenschaft und Praxis beschäftigt! Es liegen hier Fälle einer Interessenkollision vor, in welchen, wie heute wohl allseitig anerkannt wird, dem Beschädigten Ersatz geboten werden sollte, das Verschuldungsprinzip sich aber unzureichend erweist, wenn nicht durch Fiktionen die Entschädigungspflicht zu begründen.

Nur ausnahmsweise gibt das römische Recht demjenigen, in dessen Rechtssphäre infolge einer Interessenkollision eingegriffen werden darf, auch ein Recht auf Ersatz des Schadens, den er durch den Eingriff erleidet.

Da keine „culpa“ vorliegt, ist die Ersatzpflicht vom Ver-

---

[1]) Es handelt sich für das römische Recht hier auch um prozessuale Fragen. Windscheid, Pand. Bd. 1 § 198 Anm. 5.

[2]) Dagegen spricht l. 5 C. 3, 34. Für die obenerwähnte frühere Ansicht werden angeführt: l. 1 pr.; l. 3 § 11 D. 43, 17; l. 4 § 2 D. 8, 5. Auf die Schuldfrage wird in diesen Stellen nicht ausdrücklich eingetreten, sie genügen nicht zur Bestätigung der ausnahmsweise strengen Haftung, auch nicht die schwierige und eigenartige l. 4 § 2 D. 8, 5. Vgl. l. 17 § 2; l. 4 § 3—5; l. 6 § 6 D. 8, 5; l. 29 D. 8, 2; Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 1 § 198 Anm. 5, § 217 Anm. 2 u. 9, Bd. 2 § 467; Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 468; Jhering, Schuldmoment (Vermischte Schriften) S. 183; Pernice, Labeo II S. 260 alte Aufl. Das RG. hat seine frühere Ansicht (z. B. Bd. 21 S. 194) aufgegeben und neuerdings (z. B. Bd. 31 S. 181 ff.) eine objektive Haftung abgelehnt.

[3]) vgl. auch RGE. Bd. 63 S. 376: „Dem Berufungsrichter ist zweifellos darin beizutreten, daß von dem Verschuldungsgrundsatze, den das BGB. bei Regelung der Schadensersatzpflicht bei unerlaubten Handlungen an die Spitze gestellt hat, außer den im Gesetze selbst angeordneten Ausnahmen auch dann eine solche zugelassen werden muß, wenn dem Verletzten die Befugnis entzogen ist, an sich widerrechtliche Eingriffe abzuwehren, und dadurch dem Schaden vorzubeugen. Vgl. RG. Bd. 58 S. 130.

schuldungsprinzip aus abzulehnen, und es ist schon erwähnt worden, daß wer im Notstande einen anderen beschädigt, nach römischem Rechte prinzipiell keinen Ersatz zu leisten braucht. Doch auch hier ist sich das römische Recht nicht ganz konsequent geblieben. In den — allerdings nicht häufigen — Fällen, in welchen das römische Recht, das der Herrschaft des Eigentümers über seine Sache kaum Schranken zieht, einen direkten Eingriff in seine Rechte in öffentlichem oder privatem Interesse gestattet, hat es dem Geschädigten zwar nicht durchweg,[1]) aber doch zuweilen das Recht auf Entschädigung gewährt. So ist ein Dritter berechtigt, fremdes Grundeigentum zu betreten, um seine Sachen dort wegzuholen, auch gegen den Willen des Eigentümers, aber nur gegen Ersatz des dadurch enstehenden Schadens.[2]) Eine Entschädigung darf z. B. auch beanspruchen der Eigentümer von Sklaven, welchen zur Belohnung von Staats wegen die Freiheit und das römische Bürgerrecht verliehen worden ist,[3]) ferner der Eigentümer, der Bergbau oder ähnliche Betriebe auf seinem Grund und Boden gestatten muß,[4]) oder derjenige, der im öffentlichen Interesse expropriiert wird,[5]) ebenso derjenige, der einen Notweg (ursprünglich nur ad sepulchrum)[6]) über sein Grundstück einem Nachbarn einräumen muß.

In dem letzteren Falle, wie Windscheid es tut und es auch häufig für die moderne Enteignung geschehen ist, eine venditio necessaria[7]) zu konstruieren, beseitigt nicht die Bedenken, die vom Standpunkte des Verschuldungsprinzipes sich gegen Entschädigungsansprüche aus Enteignung oder enteignungsähnlichen Rechtshandlungen erheben müssen. Die Konstruktion

---

[1]) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 388 Anm. 2 nimmt auch in l. 14 § 1 D. 8, 6: „Javolenus libro decimo ex Cassio cum via publica fluminis impetu vel ruina amissa est vicinus proximus viam praestare debet“ einen Zwangsverkauf an. Es scheint nicht unzweifelhaft, daß der Nachbar hier Ersatz erhält.

[2]) Der Schadensersatz wird durch vorgängige cautio gesichert. l. 9 § 1 D. 10, 4; vgl. l. un. D. 43, 28 (Interd. de glande legenda); l. 15 D. 10, 4; l. 9 § 1 D. 39, 2; Unger a. a. O. S. 370. Über die Ersatzpflicht bei der actio ad exhibendum vgl. auch Unger, Handeln auf fremde Gefahr, in Jahrb. f. Dogm. Bd. 33 S. 305ff.

[3]) l. 2 C. 7, 13.

[4]) z. B. l. 13 § 1 D. 8, 4; vgl. Windscheid, Pand. Bd. 1 § 169 Anm. 22.

[5]) Nov. VII, 2 cap. 1.

[6]) l. 12 pr. D. 11, 7 (i. f.) Ulpian: „Sed extra ordinem interpelletur praeses et iam compellere debet iusto pretio iter ei praestari, ita tamen ut judex etiam de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum“. Vgl. dazu l. 14 § 1 D. 8, 6; Windscheid, Pand. Bd. 1 § 212 S. 34; Unger a. a. O. S. 370.

[7]) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 388 Anm. 2.

eines Verkaufs „ex lege“, welche nur eine unzutreffende Parallele zieht, ist in neuerer Zeit aufgegeben worden.[1]) Im Hinblick auf die vorliegende Frage nach dem Grunde der Ersatzverpflichtung kann die Konstruktion des Zwangsverkaufs nur als Fiktion gelten, um die Schwierigkeiten zu umgehen, die sich für die Vertreter des Verschuldungsprinzips aus der Existenz derartiger Ersatzverpflichtungen ergeben.[2])

Wenn auch nur in wenigen Fällen und ohne strenge Konseqenz in der Durchführung, zeigt doch das römische Recht Ansätze zu einer Entwicklung, die — in vollem Gegensatze zum Verschuldungsprinzipe — in unserem Zeitalter immer größeren Umfang annimmt.[3])

2. Schadensersatz bei sogen. „culpa“ in contrahendo.

An der Schwelle des Kontraktsystems stehen die Ersatzansprüche, welche, aus einem scheinbar perfekten Vertragsschlusse abgeleitet, nach den einen nur mittels der Deliktsklage, wenn ein dolus vorliegt, verfolgt werden können, während andere die Kontraktsklage wegen „Kontraktskulpa“ auf ein Deliktsinteresse gewähren, Dritte sogar in den gleichen Fällen den Kontrakt als gültig betrachten und infolgedessen den Anspruch auf Erfüllung desselben oder auf das Erfüllungsinteresse[4]) gehen lassen.

Die große Kontroverse des gemeinen Rechts knüpft sich im wesentlichen an die Auslegung einiger Pandektenstellen, von welchen die wichtigsten im folgenden wiedergegeben sind.

---

[1]) vgl. Endemann, Lehrb. Bd. 2 S. 491; vgl. auch Kipp bei Windscheid, Pand. Bd. 1 Tit. 169 S. 871; gegen die Konstruktion als Zwangsverkauf Unger S. 367 Anm. 1; Rud. Merkel S. 113; v. Randa, Grünhuts Zeitschr. Bd. 11 S. 12; Binding, Normen I S. 307.

[2]) So sprechen auch die angeführten Quellen manchmal von einem „pretium“ allerdings auch da, wo ein Güteraustausch gar nicht stattfindet, wie z. B., wo Sklaven die Freiheit geschenkt wird (l. 2 C. 7, 13).

[3]) Es genügt, zu erinnern an die Seuchengesetzgebung, Berggesetzgebung, die Rayongesetze, die Eisenbahngesetzgebung, an die Expropriationsrechte der unzähligen konzessionierten Betriebe; auch § 835 BGB. gehört hierher. Zu vgl. ferner allgemein die Ausführungen von Rud. Merkel; Kollision; ferner Steinbach a. a. O. S. 16ff.; Binding, Normen II S. 307; Loening a. a. O. S. 73; Regelsberger, Pand. § 113 Anm. 15; v. Randa, Grünhuts Zeitschr. Bd. 10 S. 639; derselbe, Die Schadensersatzpflicht S. 30ff., 37, 39.

[4]) Das negative Vertragsinteresse ist ein typischer Ersatzanspruch, wie er aus deliktischen Tatbeständen resultiert.

In der vorliegenden Untersuchung, in welcher die Durchführung des Verschuldungsprinzipes durch das römische Recht geprüft werden soll, kann die Frage, ob aus den römischen Quellen[1]) das negative Vertragsinteresse begründet werden kann, oder ob nicht auch bei Mängeln im Vertragsschlusse die römischen Juristen das Erfüllungsinteresse gewähren wollen,[2]) keine überwiegende Bedeutung haben, auch kann hier nicht in erster Linie interessieren, welche Regeln das römische Recht für den Abschluß der Verträge und die Nichtigkeit von Willenserklärungen im Vertragsschlusse aufgestellt hat.

Die Frage muß dahin gestellt werden, ob in den Quellen ausgesprochen ist, daß wenn ein zu schließender Vertrag nicht zustande kommt, doch in manchen Fällen einem der Kontrahierenden eine Verpflichtung zum Ersatz des durch die Nichtigkeit seiner Erklärung dem anderen erwachsenden Schaden, sei es nun in der Form des negativen Vertragsinteresses, sei es des Erfüllungsinteresses, auferlegt wird, und zwar auch, wenn keiner der allgemeinen nach römischem Rechte geltenden außerkontraktlichen Verpflichtungsgründe gegeben ist.

Ferner aber muß vor allem untersucht werden, ob die Verpflichtung zum Ersatz des Schadens nach den Aussprüchen der Quellen nur dann eintritt, wenn der Schaden durch ein Verschulden herbeigeführt ist, oder ob eine weitergehende objektive Haftung statuiert ist.

Hervorzuheben sind vorerst:

> l. 62 § 1 D. 18, 1: „Modestinus libro quinto regularum. Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur“.
>
> l. 8, 9 D. 18, 4: „Iavolenus libro secundo ex Plautio. Quod si nulla hereditas ad venditorem pertinuit, quantum emptori praestare debuit, ita distingui oportebit ut, si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur, si nulla est, de qua actum

[1]) Einen Überblick der reichen gemeinrechtlichen Literatur gibt C. Melliger, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen nach dem gemeinen Rechte und schweiz. OblR. S. 4ff.

[2]) Über den Stand der gemeinrechtlichen Kontroverse von Cujacius und Donellus bis in die neuere Zeit zu vergleichen Melliger a. a. O. S. 5ff. Melliger selbst erklärt sich für das negative Vertragsinteresse (vgl. S. 34). Das negative Vertragsinteresse ist auch in die neueren Kodifikationen übernommen worden, so in das BGB.; vgl. Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 331. Einer der bestrittensten Fälle fällt im BGB. allerdings fort; vgl. Endemann a. a. O. S. 332; vgl. auch Melliger a. a. O. S. 23.

> videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est emptor a venditore consequatur“.
>
> „Paulus libro trigesimo tertio ad edictum et si quid emptoris interest.“
>
> l. 8 § 1 D. 11, 7: „Ulpianus libro vicensimo quinto ad edictum. Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, praetor in factum actionem in eum dat ei ad quem ea res pertinet: quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat“.[1])

In diesen Stellen wird dem angehenden Käufer eine Klage auf Schadensersatz gewährt, und obgleich diese Haftung nach den sonstigen Regeln des römischen Rechtes eine ganz ungewöhnliche ist, wird sie nicht durch den Hinweis auf vorliegenden dolus oder culpa begründet, sondern trotzdem ein Kaufvertrag nicht zustande gekommen, wie l. 62 § 1 ausdrücklich hervorhebt, wird von Paulus eine actio quasi ex empto konstruiert, um die Schadensersatzpflicht zu erklären.

Die Wendungen „ne deciperetur“ oder „non esse deceptum“ darf man nicht dahin auslegen, daß hier ein dolus des Versprechenden unterstellt werden müsse oder könne. Sie bedeuten nicht, daß der Kauflustige betrogen worden ist, sondern daß er sich getäuscht hat. Das ist schon durch Jhering nachgewiesen worden[2]) und geht auch aus dem Vergleiche mit anderen Aussprüchen der Quellen deutlich hervor.[3])

Gewiß kann „deceptum esse“ auch die besondere Bedeutung „betrogen sein“ in sich schließen, aber daraus kann doch kein zwingender Schluß gezogen werden, daß in den hier zu erklärenden

[1]) Ferner auch die l. 21 § 2 D. 19, 1, deren Lesart aber nicht unbestritten ist: „Quamvis supra diximus cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciet: veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt“. Darüber zu vgl. Melliger a. a. O. S. 46 und besonders Pernice, Labeo II, 2, 1 S. 248; vgl. aber auch § 5 Inst. 3, 23 u. l. 4, 5, 6 pr. D. 18, 1 und Windscheid § 315 Anm. 5 über die Gültigkeit des Kaufvertrages.

[2]) Jhering a. a. O. S. 11; dazu auch Windscheid, Pand. Bd. 2 § 315 Anm. 7: „Die Annahme, daß in diesen Stellen (l. 8 § 1 D. 11, 7; l. 62 § 1 D. 18, 1; l. 8, 9 D. 18, 4) Arglist des Versprechenden vorausgesetzt wurde, ist willkürlich; auch die l. 21 pr. D. 19, 1 macht die Annahme von Arglist nicht nötig“.

[3]) So besonders l. 20 D. 39, 3; l. 1 §§ 2, 6 D. 21, 1 u. l. 44 D. 4, 4: „Non omnia, quae minores annis viginti quinque gerunt, irrita sunt, sed ea tantum, quae causa cognita ejusmodi deprehensa sunt, vel ab aliis circumventi vel sua facilitate decepti aut quod habuerunt amiserunt, aut quod adquirere emolumentum potuerunt omiserint, aut se oneri quod non suscipere licuit obligaverunt“. Mit der Gegenüberstellung „vel ab aliis circumventi vel sua facilitate decepti“; ferner l. 46 D. 38, 2; vgl. Melliger a. a. O. S. 35.

Stellen eine arglistige Täuschung unterstellt werden muß, wenn, wie aus den eben zum Vergleich herangezogenen Quellenstellen hervorgeht, das „deceptum esse“ recht häufig nur im Sinne von „objektiver“ Täuschung gebraucht wird. Melliger weist auch ganz richtig darauf hin, daß gerade in einer der am meisten ins Gewicht fallenden Stellen[1]) sich schwer vorstellen läßt, warum denn der den Verkauf Zusagende den Käufer täuschen sollte, und was denn dem ersteren durch seine Arglist für Vorteile gesichert werden könnten.

Aber auch im übrigen gewähren diese Stellen keinen Anhaltspunkt, ein doloses Verhalten des Versprechenden vorauszusetzen, vollends wenn man die folgenden weiteren Aussprüche der Quellen in Betracht zieht:

§ 10 Inst. 3, 26: „Item si adhuc integro mandato mors alterutrius interveniat, id est vel eius qui mandaverit, vel eius qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. sed utilitatis causa receptum est, si mortuo eo, qui tibi mandaverit, tu ignorans eum decessisse exsecutus fueras mandatum, posse te agere mandati actione; alioquin iusta et probabilis ignorantia damnum tibi afferat. et huic simile est, quod placuit, si debitores manumisso dispensatore Titii per ignorantiam liberto solverint, liberari eos: cum alioquin stricta iuris ratione non possent liberari, quia alii solvissent, quam cui solvere deberent“.

l. 26 pr. D. 17, 1: „Paulus libro trigensimo secundo ad edictum inter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est: nam mandatum solvitur morte. si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur. Iulianus quoque scripsit mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare“.

l. 19 § 3 D. 39, 5: „Si quis dederit pecuniam mutuam Titio reddendam Seio, cui donatum volebat, deinde Titius mortuo donatore Seio dedisse proponatur, erit consequens dicere pecuniam Seii fieri, sive mortuum scivit sive ignoravit is qui dabat, quia pecunia fuit dantis; sed si quidem ignoravit mortuum, erit liberatus, si sic mutuam pecuniam accepit solvendam Seio. si autem mandavero tibi, ut pecuniam Titio des, cui donare volebam, et tu ignorans me mortuum hoc feceris, habebis adversus heredes meos mandati actionem: si sciens, non habebis“.[2])

[1]) l. 62 § 1 D. 18, 1; darüber und über die Ansicht von Mommsen: Melliger a. a. O. S. 36; vgl. auch Windscheid, Pand. Bd. 2 § 307 Anm. 5.

[2]) Zu diesen Stellen zu vgl. Windscheid, Pand. Bd. 2 § 307

Ist somit die Ansicht unbegründet, daß die vorliegenden Stellen nur bei dolus in contrahendo eine Ersatzpflicht gewähren wollten, so läßt auch nichts darauf schließen, daß die römischen Juristen ein kulposes Verhalten vorausgesetzt haben, und es hätte sich die Begründung der nach den allgemeinen Sätzen des römischen Rechtes über culpa als Verpflichtungsgrund durchaus ungewöhnlichen Entscheidungen nach dieser Richtung hin aufdrängen müssen, wenn wirklich culpa der Verpflichtungsgrund hätte sein sollen. In den zuletzt angeführten Entscheiden liegt die Schuldlosigkeit des Ersatzpflichtigen sogar auf der Hand, denn „man kann doch das Sterben nicht als culpa bezeichnen“.[1])

So darf wohl angenommen werden, daß die in den angeführten Fragmenten aufgestellte Ersatzpflicht nicht von einem Verschulden abhängig ist. Dafür ist auch ein indirekter Beweis erbracht durch die vergeblichen Bemühungen gerade derjenigen Schriftsteller — vor allem Jherings —, welche die Stellen vom Standpunkte des Verschuldungsprinzipes zu erklären unternommen haben.

Es ist interessant, die verschiedenen Versuche zu betrachten, die Haftung mit den allgemeinen Sätzen des römischen Rechtes in Einklang zu bringen.

Goldschmidt[2]) begnügt sich damit, die Ersatzpflicht auf die bona fides zurückzuführen, auf die Billigkeit zu verweisen, und Eisele[3]) sieht in der Haftung ein unbedingtes Erfordernis des Verkehrs: „Will die Rechtsordnung Verkehr, so muß sie auch das angegebene Resultat annehmen“.[4])

Diese Theorien verneinen im Grunde nicht die Ausnahme vom Verschuldungsprinzip, im Gegenteil, sie geben Zeugnis von dessen Unzulänglichkeit, wenn sie darlegen, daß im gegebenen Falle seine Anwendung unbillig oder den Verkehrsinteressen zuwider ist.[5])

Anm. 10; über die Vertragstheorie der Römer Jhering, Jahrb. f. Dogm. Bd. 4 S. 91. Ein weiterer hierher gehörender Fall ist die Haftung des Geschäftsherrn in dem Falle, in welchem die rechtzeitige Bekanntmachung der Beschränkung oder des Entzuges der Vollmacht durch irgendein von ihm nicht verschuldetes Ereignis wirkungslos bleibt; l. 11 § 4 de inst. actione 14, 3; vgl. v. Wyß a. a. O. S. 122; Loening a. a. O. S. 19.

[1]) Jhering a. a. O. S. 92; vgl. auch die Wendung „Alioquin iusta et probabilis ignorantia damnum tibi afferat“.

[2]) Goldschmidt, Zeitschr. f. HR. Bd. 13; vgl. dazu Melliger a. a. O. S. 117, der richtig sagt: die Zurückführung auf die bona fides sei „weniger falsch als nichtssagend“.

[3]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 25.

[4]) Eisele a. a. O. S. 472, 473.

[5]) Interessant ist die Konstruktion von Pernice, die sich übrigens in erster Linie nur auf den Fall des Widerrufes einer Offerte bezieht. Ihm

Anders steht es mit den folgenden Theorien: sie versuchen zu erweisen, daß auch hier das römische Recht sich selbst konsequent geblieben ist, und kennzeichnen sich als die klassischen Scheinerklärungen (darunter vor allem die stillschweigende Garantieübernahme und die Kulpafiktion), durch welche die Verteidiger des Schuldprinzipes von Tribonian bis Jhering, wenn ihnen kein anderes Mittel bleibt, die Erscheinung der Zufallhaftung beseitigen wollen und die mit großer Regelmäßigkeit überall wiederkehren, wo eine solche Haftung in Frage kommt. So fand Windscheid zuerst (er hat seine Ansicht nicht festgehalten)[1]) die Ersatzpflicht in einer stillschweigenden Garantieübernahme begründet. Diese Konstruktion hat hier, wie in den allermeisten Fällen, nichts Überzeugendes. Es ist doch allzu einfach, jede Haftung über Verschulden hinaus auf den präsumtiven Willen des Verpflichteten selber zurückzuführen, auch wenn nicht der geringste Anhaltspunkt für eine solche Annahme vorhanden ist, und beinahe wie Hohn klingt es, daß derjenige, den die Rechtsordnung zwingt, eine Verpflichtung zu übernehmen, sie noch selbst gewollt haben soll.[2])

Auf einem anderen Wege hat Jhering die Harmonie des römischen Rechtes zu retten gesucht.[3]) Ja er hat durch die

erscheint als Grundgedanke das „Bleiben im Worte". Darin liegt ein ganz richtiger Gedanke. Im weiteren aber konstruiert er den Schadensersatz als eine Strafe. „Also nicht Verschuldung, nicht Gewähr wird zur Grundlage der Ersatzpflicht gemacht, sondern der Schadensersatz erscheint als Strafe (!) dafür, daß der Erklärende sich untreu geworden ist." Seine Konsequenz ist also: „Zureichender Grund für den Rücktritt macht frei" (vgl. Zeitschr. f. HR. Bd. 25 S. 120). Damit wäre dem Geschädigten nicht viel geholfen. Pernice sollte übrigens seiner Konstruktion nach auf das Erfüllungsinteresse kommen (vgl. S. 12).

[1]) Windscheid sagt jetzt Pand. Bd. 2 S. 307 Anm. 5: „Die Entschädigungspflicht des Urhebers der Erklärung beruht nicht auf seinem Willen, sondern das Recht legt sie ihm ohne seinen Willen auf". Auch Regelsberger hat seine, einen Garantievertrag annehmende frühere Ansicht geändert. Gegen den Garantievertrag auch Eisele a. a. O. S. 474: „Die Annahme eines solchen (Garantievertrages) ist ebenso unhaltbar als überflüssig" und Unger, Jahrb. n. F. Bd. 18 S. 389 Anm. 72; er bezeichnet diese Konstruktion als „zum mindesten überflüssig". „Auf eine solche Garantieübernahme mag die Theorie zur Not rekurieren, um in besonders wichtigen Fällen die für unabweislich gehaltene unbedingte Haftung konstruieren zu können." Thon, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 80 S. 73, spricht von einer offensichtlichen Fiktion. Thon wendet sich auch gegen die hier gar nicht erwähnte, weil von einem anderen Gesichtspunkte ausgehende, Mandatstheorie. Über die Mandatstheorie vgl. auch Melliger a. a. O. S. 92 ff., über die stillschweigende Garantieübernahme daselbst S. 87.

[2]) Man wird erinnert an die Konstruktion, welche die Schadensersatzpflicht aus Delikt und die Strafe sogar, die der Verbrecher erleidet, als von ihm selbst gewollt bezeichnet.

[3]) vgl. seine Ausführungen in Jahrb. f. Dogm. Bd. 4 S. 40.

Konstruktion seiner culpa in contrahendo interessanterweise gerade die vorliegenden Entscheidungen der römischen Juristen zu einem Triumphe des römischen Schuldprinzipes machen wollen. Trotz aller juristischen Kunst ist aber der Versuch gescheitert. Obgleich nach Jherings Konstruktion die Verpflichtung zu Schadensersatz bei nichtigen Verträgen ja gerade auf culpa als Verpflichtungsgrund beruhen soll, widerstrebt es seinem Rechtsgefühl, daraus die Konsequenz zu ziehen und nur dem wirklich kulposen Kontrahenten die Verantwortlichkeit aufzuerlegen. So sagt er[1]) denn: „Die Schadensersatzklage in diesem Verhältnis[2]) zu versagen, dagegen lehnt sich mein Rechtsgefühl in entschiedenster Weise auf, und lieber will ich glauben, daß ich bei der Konstruktion meiner Theorie irgendeinen mir selbst nicht bekannten Fehler begangen habe, als die Klage hier auszuschließen". „Wenn nun der Oblat akzeptiert, ohne den Tod des Offerenten zu kennen, und in dem Glauben, daß der Vertrag zustande gekommen, denselben ausführt, so spricht auch hier wieder die größte Billigkeit für den Ersatz des dadurch bewirkten Schadens."[3]) Bezeichnenderweise zieht Jhering die ädilizischen Klagen zum Vergleiche heran. Aus dem sich hier für ihn ergebenden Dilemma sucht er sich nun durch seine ganz charakteristischen und auch später noch von ihm benutzten Kulpafiktionen[4]) zu befreien, für die ihm ja allerdings die römischen Juristen, vor allem in der berühmten l. 62 (61) § 5 d. furtis, „Nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit", den Weg gezeigt haben.[5]) So soll der Verkauf einer fehlerhaften Sache immer kulpos sein. Die Unkenntnis dieser Mängel mag vollkommen entschuldigt sein, gleichwohl soll im Verkaufe schon eine culpa liegen: Wer nicht völlig gewiß ist, soll nicht verkaufen.

„Hieraus ergibt sich zugleich, daß der Unterschied zwischen Entschuldbarkeit und Unentschuldbarkeit des Irrtums hier nicht Platz greift, jeder derartige Irrtum ist ein unentschuldbarer; wer etwas verspricht, soll sich nicht irren."[6])[7]) So ist schließlich

[1]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 4 S. 92.

[2]) Es handelt sich um den Tod des Mandanten nach Absendung des Mandates und Annahme des Mandates durch den nichtsahnenden Mandatar.

[3]) Ebenso S. 34 unten a. a. O. (Verkauf einer nicht existierenden Sache).

[4]) Man denke auch an seine Kulpafiktion betreffend Benutzung des Telegraphen zur Erteilung von Aufträgen.

[5]) Darauf weist Jhering selbst hin: „Gleichwohl bin ich fest überzeugt, daß kein römischer Jurist Anstand genommen haben würde, die Unkenntnis des Verkäufers schlechthin als culpa zu bezeichnen". Vgl. Melliger a. a. O. S. 110.

[6]) Also auch dann, wenn eine Sache, vor deren Vorhandensein er mit Recht ganz überzeugt sein kann, plötzlich vor Kontraktschluß untergeht: Ein Sklave stirbt vor der Türe am Schlage, während um ihn gehandelt wird.

[7]) a. a. O. S. 39.

nach Jhering auch der Mandant, der nach Abgabe seines Auftrages stirbt, in culpa:

„Wäre unter Anwesenden kontrahiert, so hätte der Tod jenen nachteiligen Einfluß gar nicht ausüben können. Wenn nun ein Abwesender kontrahieren will, so hätte er, um den andern Teil gegen diesen nachteiligen Einfluß sicherzustellen, sich persönlich zu ihm bemühen müssen. Die culpa liegt also darin, daß er statt des allein sicheren Mittels der eignen mündlichen Mitteilung auf Gefahr ein unsicheres ergreift.“ [1]) „Während die Schuldfrage sonst eine Frage des individuellen Falles sei, erscheine sie hier als Gegenstand eines Rechtssatzes, der Feststellung in abstracto (!).“ [2])

Jhering lehnt freilich trotz alledem den Vorwurf ab, eine solche „culpa“ sei nichts als ein anderer Ausdruck für die gesetzliche Haftung, indem er ausführt: „Allein dies ist nur Schein. Zunächst nämlich knüpft sich an diesen Gesichtspunkt der culpa das Interesse der juristischen Rechtfertigung und Erklärung der Schadensersatzverbindlichkeit des Verkäufers. Ohne diesen Gesichtspunkt erscheint sie als eine wenn auch durch die Anforderungen der Billigkeit diktierte, so doch völlig isolierte positive Bestimmung; mit diesem Gesichtspunkte ordnet sie sich einem allgemeinen Gesetz der Kontraktstheorie unter, dem, daß jeder Teil dem andern für den ihm durch seine culpa zugefügten Schaden aufkommen muß. Ohne diesen Gesichtspunkt ist sie eine Schadensersatzklage, welche keine Verschuldung auf der andern Seite erfordert; mit diesem Gesichtspunkte vermeidet sie diese Singularität und gewinnt sie den normalen Charakter einer jeden Schadensersatzklage“. Liegt denn nicht gerade in diesen Worten ausgesprochen, daß es sich hier nur um eine der Konsequenz zuliebe vorgenommene Fiktion handelt?

Trotz ihrer Eleganz bedürfen die Jheringschen Ausführungen einer Bekämpfung nicht, sie widerlegen sich selbst und sind hier so ausführlich zitiert worden, weil sie ein typisches Beispiel geben, wie mittels Kulpafiktionen versucht worden ist, das Verschuldungsprinzip zu retten.[3]) Eine culpa, die Gegenstand der Feststellung in abstracto wird, ist nichts als eine „Denkform“,

[1]) a. a. O. S. 93.

[2]) Schuldmoment S. 208.

[3]) Man vergleiche aber den vielfach bemerkten Ausspruch von Jhering in Note 73 des Schuldmomentes: „Die von mir aufgestellte Theorie der culpa in contrahendo wird, indem sie den beschränkten Gedanken des subjektiven Unrechtes zugrunde legt, der Idee des Verhältnisses selbst nicht gerecht, und meine Formulierung wird gewiß durch eine weitere, objektivere ersetzt werden“. Über die Jheringsche Kulpatheorie vgl. auch Windscheid, Pand. Bd. 2 § 309 Anm. 6.

und keiner juristischen Kunst wird es gelungen, etwas anderes aus ihr zu machen.

So ergibt sich, daß die oben angeführten Quellenstellen eine Ersatzpflicht statuieren, die weder von dolosem noch von kulposem Verhalten abhängig ist und eine Ausnahme vom römischen Schuldprinzipe darstellt. Der Vertragschließende, der sich auf die Rechtsbeständigkeit eines Kontraktes verlassen hat, kann von seinem Gegenkontrahenten Ersatz verlangen für einen Schaden, den er erlitten hat infolge eines Mangels im Vertragsschlusse, der ausschließlich auf das wenn auch nicht schuldhafte Verhalten dieses Gegenkontrahenten zurückzuführen ist.

Wie angemessen dieser in den Digesten ausgesprochene Satz für die Rechtsanschauung auch unserer Zeit ist, zeigt die Entwicklung der neueren gemeinrechtlichen Doktrin. Eine Reihe von Schriftstellern hat aus den hier besprochenen römischen Entscheidungen ein allgemeines Prinzip abgeleitet, und viele wollen die Gewährung des Ersatzanspruches auf analoge Fälle ausdehnen, so auf den Widerruf einer Offerte, auf den Vertragsschluß durch Boten.[1]) Es darf aber auch nicht von einer singulären Erscheinung gesprochen werden, um so mehr als die Ersatzpflicht in diesen Fällen der praktischen Bedeutung nicht entbehrt und in die moderne Gesetzgebung übergegangen ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch [2]) läßt ausdrücklich denjenigen für das negative Vertragsinteresse haften, dessen Willenserklärung wegen mangelnden Ernstes nichtig ist, der seine Willenserklärung nicht gelten lassen will, weil er sich geirrt hat, oder weil seine Willenserklärung durch den Boten unrichtig übermittelt worden ist, auch wenn auf der Seite des Erklärenden kein Verschulden vor-

[1]) Im einzelnen sind die Meinungen allerdings sehr geteilt. Vgl. auch Windscheid, Pand. Bd. 2 § 309 Anm. 5 u. 6.

[2]) Nach § 122 BGB. für die Fälle der §§ 118, 119, 120, ferner nach § 179; dagegen ist im BGB. das Verschuldungsprinzip im Gegensatz zum römischen Rechte in den Fällen der §§ 307 u. 309 durchgeführt. Ein Grund für diese besondere Stellung scheint nicht recht ersichtlich; vgl. Kleineidam, Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des BGB., in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 43 S. 135 ff.; vgl. Kisch über Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschen bürgerl. R., in der Krit. VSchr. 3. Folge Bd. 8 S. 506 ff.; Krug, Unverschuldetes Unvermögen zu der Leistung S. 40 ff. und dort den Standpunkt der Mot. z. 1. Entw. und der Prot. Die Unterscheidung zwischen Vorgängen in der Seele des Versprechenden, bei welchen Garantiepflicht bestehen soll, und Vorgängen in der objektiven Rechtsgüterwelt paßt nicht auf § 120. Gegen die im allgemeinen unzureichende Konstruktion der Garantiepflicht mit Recht Kleineidam a. a. O. Die Konstruktion der Garantiepflicht ist hier im besonderen abzulehnen, da sie zur Gewährung des Erfüllungsinteresses gelangen müßte. Vgl. über das BGB. Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 332.

liegt. Ebenso haftet, auch ohne Verschulden von seiner Seite, wer als Vertreter gehandelt hat ohne Vertretungsmacht zu haben.

Interessant und charakteristisch ist, daß Melliger gerade von der Erklärung der besprochenen Pandektenstellen ausgehend zur allgemeinen Kritik der römischen Schuldlehre gelangt und für das Veranlassungsprinzip eintritt,[1]) denn in der Tat handelt es sich um typische Fälle einer besonderen Art der Verursachung des einem anderen entstandenen Schadens, die an der Seite der Verursachung durch schuldhaftes Verhalten zu stellen sind.[2])

Durch seine Erklärungen, auf welche sich der andere verlassen hat, hat der Versprechende den Schaden verursacht, der für den sich auf die Erklärungen verlassenden Gegenkontrahenten entstanden ist.[3]) Daß es sich hier um eine Haftung für besondere Verursachung handelt, geht daraus hervor — und darauf ist Gewicht zu legen —, daß die Haftung des Erklärenden entfällt, wenn die besondere Verursachung nicht gegeben ist, so wenn der andere sich durch eigene Schuld getäuscht hat und daher als Verursacher des Schadens gilt, oder wenn beide sich im Irrtum befinden.[4]) Ebenso sollte der Erklärende frei sein, wenn auf seiten des Gegners wenn auch kein Verschulden, so doch durch besondere Umstände die „Kausa" des Schadens gefunden werden muß, z. B. wenn durch unrichtige Übermittlung eines Telegramms ein Schaden entstanden ist, der Erklärende aber auf Wunsch und spezielle Veranlassung seines Gegenkontrahenten gerade dieses Mittel der Übertragung seiner Erklärung gebraucht hat.

3. Kontraktliche Verhältnisse.

Der Gegensatz von kontraktlichen und außerkontraktlichen Obligationen muß folgerichtig eine wesentliche Verschiedenheit der Verpflichtung zur Ersatzleistung in kontraktlichen und nichtkontraktlichen Verhältnissen nach sich ziehen. Im außervertraglichen Verhältnisse wird durch die die Haftung begründende Tatsache die Beziehung zwischen dem Verpflichteten

[1]) a. a. O. S. 119 ff. in ausführlicher Darstellung.

[2]) Speziell die Fälle des Widerrufs der Offerte, ferner nach BGB. der nicht ernstlich gemeinten Willenserklärung und des Irrtums lassen sich in dieser Beziehung mit den im vorhergehenden Abschnitt behandelten Fällen der Interessenkollision vergleichen.

[3]) vgl. auch die interessante l. 33 D. 19, 2; dazu Hartmann in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 22 S. 427.

[4]) BGB. § 122 Abs. 2, § 179 Abs. 3; vgl. Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 331 Anm. 26, S. 341 Anm. 20.

und Berechtigten erst geschaffen, während im Vertragsverhältnisse die Beziehung der Parteien durch den Vertrag bereits gegeben ist. Der Inhalt der Vertragsobligation ist aus dem Vertrage abzuleiten und kann sowohl in der Herbeiführung eines Erfolges, z. B. der Übergabe einer Sache bestehen, als auf ein gewisses Maß von Anstrengung zur Herbeiführung eines Erfolges gerichtet sein, je nach dem Wesen des zugrunde liegenden Vertrages.[1])

In Kontraktsverhältnissen ist somit primär die Leistung des Schadensersatzes als Surrogat der Erfüllung aufzufassen, und es kann nur in zweiter Linie in Frage kommen, in welchen Fällen der Schuldner von der Erfüllung oder der an ihre Stelle tretenden Ersatzleistung befreit ist.[2]) Je nach der Natur des Vertrages ist der Inhalt der Obligation ein objektiv, in andern Fällen nur ein subjektiv bestimmter, in den einzelnen Fällen kann auch nur eine bestimmte Verpflichtung zum Aufwande von Sorgfalt auferlegt sein, deren Gegensatz eine vertragliche culpa im weiteren Sinne (d. h. gleich Verschuldung, dolus oder culpa) sein muß; grundlegende Bedeutung kann aber der Gesichtspunkt der culpa für die Gesamtheit der Vertragsverhältnisse nicht haben, und der Satz: „Keine Entschädigung ohne Schuld" entbehrt für das Vertragsrecht der Schlüssigkeit. Der Verschuldung kommt nur insoweit Bedeutung zu, als sie in einzelnen, nicht in allen Fällen, die Negation ist der durch Vertrag entstandenen Pflichten, soweit dieselben Pflichten zur Leistung einer bestimmten Sorgfalt sind.

Die Römer, besonders die Kompilatoren und Justinian, haben aber diese aus der Vertragsnatur sich ergebenden Folgerungen nicht rein zur Durchführung gelangen lassen, indem sie auch für das Kontraktsystem die Idee des Verschuldens in den Vordergrund gerückt und die Verpflichtung zum Schadensersatz prinzipiell auf das Kulpaprinzip aufgebaut haben. Im allgemeinen gilt auch für das römische Kontraktsystem der Satz: „Ohne Verschuldung keine Verpflichtung zum Schadensersatz".

Der Durchführung des Prinzips hat sich aber das reale Leben mächtig entgegengestellt, und sehr oft geht auch ohne besondere Abrede der Inhalt der Obligation über die Prästierung einer Sorgfaltspflicht hinaus. Eine Reihe wichtiger und auch anerkannter Ausnahmen durchbricht das Prinzip, und in anderen Fällen hat es sich nur mühsam und durch Fiktionen äußerlich aufrechterhalten lassen.

[1]) vgl. auch über die Haftung beim mutuum Pernice, Labeo II, 2 S. 94.

[2]) vgl. auch Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 640.

Die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung, wie sie die spätere gemeinrechtliche Doktrin aufgestellt hat, ist nicht zum geringsten Teile dadurch verdunkelt worden, daß dem Verschuldungsprinzipe zuliebe in manchen Punkten die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens des Kontraktes mit der Frage, wann Ersatz zu leisten, vermengt worden ist.[1]) Schon die römischen Juristen haben übrigens diesen Weg eingeschlagen.

Zwar verwenden die Quellen den Begriff der Unmöglichkeit der Leistung nicht in der scharfen Umgrenzung, welcher ihm von der neueren gemeinrechtlichen Auffassung gegeben worden ist.

Die Frage, welche die römischen Juristen vor allem interessiert, ist, in welchen Fällen der Kontrakt gültig sein soll und in welchen nicht. Zur Lösung der Frage legen sie aber nicht die Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit der Leistung im Sinne der neueren gemeinrechtlichen Doktrin (nach dem Vorgang von Mommsen) zugrunde.[2]) [3]) [4]) Der Satz der Quellen „Impossibilium nulla obligatio“ soll nur ein Ergebnis der Logik aussprechen: „At si quis rem, quae in rerum natura non est aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio“.[5]) Im übrigen sind die Entscheidungen kasuistisch, und die Frage ist nicht mit durchgehender Konsequenz beantwortet worden. Für die Verpflichtung zur Schadensersatzleistung ergibt sich aber aus der Entscheidung, daß der Vertrag gültig ist, vorerst nur, daß wenn Verpflichtung zum Ersatz eintritt, das Erfüllungsinteresse zu leisten ist.[6])

Fragt man sich aber nun, unter welchen Umständen die Verpflichtung zum Schadensersatz eintritt, so entsteht eine große Schwierigkeit für die in der neueren Doktrin

[1]) vgl. auch für das BGB. Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 692 Anm. 3.

[2]) So gilt der Verkauf eines freien Mannes als Sklaven für gültig. l. 39 § 3 D. 21, 2; l. 34 § 2 D. 18, 1; l. 70 D. 18, 1; l. 4 D. 40, 13. Unterstützend l. 103 D. 45, 1; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 315 Anm. 5. Anderer Ansicht Jhering, Jahrb. f. Dogm. Bd. 4 S. 63; vgl. l. 83 § 5 D. 45, 1.

[3]) vgl. u. a. H. A. Fischer, Jahrb. f. Dogm. Bd. 37 S. 230; vgl. dazu auch Kleineidam, Abhandl. f. PrivR. und Zivilproz. Bd. 7; Kleineidam, Jahrb. f. Dogm. Bd. 43 S. 105 ff.; Biermann, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 91 S. 73 ff.

[4]) Nur diese Frage behandeln l. 15 § 3 D. 41, 3; l. 28 D. 18, 1; vgl. die interessante l. 1 § 10 D. 44, 7. Hier liegt ein Fall vor, wo in der Person des Gläubigers das Kriterium der „Unmöglichkeit“ liegt.

[5]) § 1 Inst. 3, 19.

[6]) Anders bei Legaten, wo nur die Aestimatio zu leisten ist, und bei Schenkungsversprechen. Dies erklärt sich aus den besonderen Verhältnissen. Vgl. l. 49 § 3 D. 31; l. 39 § 7 D. 30; l. 40 D. 30. Der Wille des Erblassers kommt hier auch in Frage; vgl. l. 112 pr. D. 30.

(besonders nach Mommsen) vertretene Meinung, welche bei Nichtzustandekommen eines Kontrakts nur Ersatz bei dolus in contrahendo im römischen Rechte begründet findet, durch die folgenden Entscheidungen der Quellen: „Ulpianus libro quadragensimo octavo ad Sabinum Multum interest utrum ego stipuler rem, cuius commercium habere non possum an quis promittat: si stipuler rem, cuius commercium non habeo, inutilem esse stipulationem placet: si quis promittat, cuius non commercium habet ipsi nocere, non mihi“.[1])

Darnach haftet, wer eine Leistung verspricht, dem gutgläubigen Gegenkontrahenten auf das Interesse, wenn wegen Umständen, die in der Person oder den Verhältnissen des Versprechenden begründet sind, die Erfüllung überhaupt nicht erfolgen kann. Auf ein Verschulden von seiten der versprechenden Vertragspartei kommt es gar nicht an, er wird auch dann nicht frei, wenn er „ganz besonders unschuldig“ ist.[2]) So wenn durch ein ganz unerwartetes und unberechenbares Ereignis, vielleicht ganz kurz vor dem Kontraktschluß, die Erfüllung vereitelt wird.[3])

Die nach der Theorie des dolus in contrahendo bestehende Schwierigkeit liegt in der kaum zu überwindenden Diskrepanz mit den Fällen, in welchen kein Vertrag zustande kommen soll. Für die Vertreter dieser Theorie drängt sich neben die Entscheidung, ob der Vertrag gültig ist, noch die Frage der Ver-

[1]) l. 34 D. 45, 1 und dazu l. 137 §§ 4, 5 D. 45, 1; § 2 Inst. 3, 19.

[2]) Mommsen, Beiträge 1 S. 19, 20, 21; vgl. Beiträge 3 S. 407 und früher auch Windscheid, Heidelberger Krit. Zeitschr. Bd. 2 S. 108 bis 110 wollten hier den Schuldner befreien auf Grund von l. 55 D. d. act. empti venditi 19, 1; neuerdings Pand. Bd. 2 § 315 Anm. 3 sagt aber Windscheid ganz richtig: „Ich gebe diesen Satz jetzt auf, denn sieht man auf den inneren Grund desselben, so ist dieser Grund doch kein anderer als der, daß der Versprechende an einer Unkenntnis der angegebenen Art ganz besonders unschuldig sei“. Wenn er aber im weiteren ausführt, daß eine solche Unkenntnis unter Umständen dem Versprechenden sogar viel mehr zur Last fallen könne wie die Unkenntnis einer von Anfang an vorhandenen Unmöglichkeit, so ist ihm insofern nicht beizutreten, als das letztere Argument nicht anerkannt werden kann. Jene Ausnahme zu verwerfen, genügt schon, daß zwischen „unschuldig“ und „ganz besonders schuldig“ ein Unterschied, wenigstens vom Gesichtspunkte der Verschuldung nicht gemacht werden kann. In der Windscheidschen Begründung liegt der so häufig wiederkehrende Mißgriff, den Gesichtspunkt der Schuld in den Fällen einer Kasushaftung verwenden zu wollen. Mit dem Wesen der culpa aber ist es unvereinbar, Kategorien, die sich nur nach äußeren Tatbeständen bestimmen, auf sie zu basieren.

[3]) Dagegen zeigt sich auch hier, wie bei jeder objektiven Haftung sogleich das Bedürfnis, für den Fall der vis major und verwandter Fälle eine Befreiung von der Haftung eintreten zu lassen. Vgl. das Ende der Anm. 5 bei Windscheid, Pand. Bd. 2 § 264 und die Ausführungen von H. A. Fischer a. a. O. S. 233 ff.

pflichtung zu Schadensersatz überhaupt, soweit nicht dolus[1]) im Spiele ist. Um den Gegensatz zu erklären, mußte ein prinzipieller Unterschied aufgestellt werden, der zugleich auch die Frage der abweichenden Regelung der Ersatzverbindlichkeit in beiden Fällen befriedigend löst, daher die Konstruktion vom wesentlichen Gegensatze der „objektiven“ und „subjektiven“ ursprünglich vorhandenen Unmöglichkeit. Freilich sollte auch diese Konstruktion ihre Urheber nicht befriedigen. Auch die von ihnen aufgestellte Haftung für ursprüngliche subjektive Unmöglichkeit ist nicht im Einklange mit dem Verschuldungsprinzipe und der allgemeinen römischen Schuldlehre, die „subjektive“ Unmöglichkeit ist keine verschuldete Unmöglichkeit, wenn man von einer Kulpafiktion absieht. Eine unterstellte Garantieübernahme ist hier nicht überzeugender als bei der objektiven Unmöglichkeit; eine verschiedene Haftung nach diesem Gesichtspunkte ist daher auch nicht gerechtfertigt.

Die Unterscheidung von subjektiver und objektiver Unmöglichkeit findet auch in den Quellen wenig Unterstützung, gegen sie spricht, daß der Verkauf eines freien Menschen als Sklaven gültig ist.

Nach den Ausführungen des hier vorhergehenden Abschnittes, die ergaben, daß auch in den Fällen eines nichtigen Vertrages der Versprechende ohne Rücksicht auf Verschulden Entschädigung (für das negative Vertragsinteresse) leisten muß, besteht der ungerechtfertigte Gegensatz zwischen der Haftbarkeit desjenigen, der eine „objektiv“, und desjenigen, der eine „subjektiv“ unmögliche Leistung verspricht, nicht. Hier wie dort gilt objektive Haftung, die hier ausgeführten Pandektenstellen unterstützen das dort Gesagte,[2]) und die Unterstellung einer Garantieübernahme ist hier wie dort als nichtssagend abzulehnen.[3]) Es läßt sich nicht nachweisen, warum gerade hier eine stillschweigende

[1]) und eventuell culpa lata.

[2]) Von Hartmann ist die Ansicht vertreten worden, daß allgemein die bonae fidei obligationes in der vorliegenden Frage im römischen Rechte anders behandelt worden sind als die obligationes stricti iuris. Die hier besprochenen Stellen über die sogen. subjektive Unmöglichkeit der Leistung beziehen sich allerdings auf Stipulationen. Aber nach der hier für die Fälle der Ersatzpflicht des negativen Interesses vertretenen Ansicht ist eine Beschränkung der Entscheidung der besprochenen Stellen auf Stipulationen von vornherein abzulehnen. — Gegen die Beschränkung auf obligationes stricti iuris spricht auch die l. 55 D. 19, 1 („qui emeretur vel promitteretur“); vgl. aber Hartmann, Juristischer Kasus, in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 22 S. 449ff.; Krug, Das unverschuldete Unvermögen zu einer Leistung S. 29ff.

[3]) vgl. auch über die Ansicht der Motive zum BGB. Kleineidam in Jherings Jahrb. Bd. 43 S. 127.

Garantieübernahme eher anzunehmen wäre als sonst im allgemeinen bei jeder Übernahme von Vertragspflichten, wenn nicht, um eben die objektive Haftung zu rechtfertigen.

Der Grundsatz der l. 34 D. 45, 1 und der in gleichem Sinne entscheidenden Stellen läßt sich aber auch mit der römischen Schuldlehre nicht in Einklang bringen. Hier ist eine Regel aufgestellt, welche den sonst auch im römischen Kontraktsystem vorherrschenden Verschuldungsprinzip entgegensteht. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit einer Grenzziehung, und auch hier hat die gemeinrechtliche Doktrin die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung herbeigezogen. Sie unterscheidet ursprüngliche und nachfolgende Unmöglichkeit. Damit ist aber nichts weiter erzielt als eine Abgrenzung — und zwar eine recht unsichere[1]) —; eine Erklärung der Ausnahme ist damit nicht gegeben, der Widerspruch wird nur registriert. Die Tatsache der grundsätzlich verschiedenen Haftung bleibt bestehen und ist unbefriedigend,[2]) denn warum sollen für nachfolgende Unmöglichkeit andere Grundsätze der Haftung gelten?

Wie ist es aber nun mit der nachfolgenden Unmöglichkeit zu halten? Hat hier das prinzipiell aufgestellte Schuldprinzip auch praktisch durchgeführt werden können?

In einem weiteren Falle hat die Unmöglichkeitslehre dem Kulpaprinzip zu Hilfe kommen müssen, um eine culpa zu konstruieren, wo in Wirklichkeit keine vorhanden ist.

Kein Rechtssystem wird sich dazu bekennen wollen, daß unverschuldeter Mangel an Zahlungsmitteln, unverschuldeter Vermögensverfall von kontraktlichen Verpflichtungen befreit. Den Kulpafiktionen eröffnet sich da ein weites Gebiet, und auch hier hilft die Unmöglichkeitslehre aus, indem sie erklärt, daß „wahre“ Unmöglichkeit bei Genusschulden nur bei Untergang des ganzen Genus eintritt. Diese doktrinäre Auffassung bedingt eine schematische Gestaltung des Unmöglichkeitsbegriffes bei Genusschulden[3]) und hindert eine an-

[1]) vgl. auch Kleineidam in Jherings Jahrb. Bd. 43 S. 117, 138. Über die l. 33 D. 19, 2 vgl. Hartmann in Jherings Jahrb. Bd. 22 S. 429ff. und 433.

[2]) Wenn man nicht etwa als Begründung gelten lassen will, was Windscheid beiläufig bemerkt: „Wer eine Verpflichtung übernimmt, deren Erfüllung ihm bei den vorhandenen Verhältnissen nicht möglich ist, kann sich auf eine Unmöglichkeit gar nicht berufen“ (Heidelberger Krit. Zeitschr. Bd. 2 S. 535ff.), oder wie Mommsen (vgl. Gierke, Der Entwurf S. 30) sich zufriedenstellen will, indem man eine „wahre“ Unmöglichkeit in den Fällen, in denen der Schuldner nicht haftet, nicht annimmt und so den Kern der Sache umgeht.

[3]) vgl. auch § 279 BGB., in welches die gemeinrechtliche Unmöglich-

gemessene, auf juristischen Erwägungen beruhende Regelung der Frage, wann an Stelle der Erfüllung die Ersatzleistung zu treten habe.[1])

Daß sich das römische Kulpaprinzip auch bei der nachfolgenden Unmöglichkeit nicht hat durchführen lassen, zeigt sich auch im Falle der Mora.

„Der säumige Schuldner schuldet dem Gläubiger das Interesse an rechtzeitiger Leistung.“ [2]) Damit ist jedenfalls der Grundsatz bezeichnet, nach welchem sich die verschiedenen Nachteile und die verschiedenen Verpflichtungen zusammenfassen lassen, welche den säumigen Schuldner treffen. Es handelt sich hier um eine Interessenleistung,[3]) und sollte die mora auch in Fällen, in denen eine Verschuldung in Wahrheit nicht angenommen werden kann, eintreten müssen, so wäre damit eine weitere objektive Schadensersatzpflicht gegeben.

Es ist nun zwar immer wieder die Ansicht vertreten worden,[4]) daß der Eintritt der mora von der Voraussetzung einer culpa nicht abhängig zu machen sei; die Meinung scheint aber herrschend zu sein, daß die mora im Rechtssinne durch eine Verschuldung des Säumigen bedingt sei.[5]) [6]) Damit ist jedoch im Grunde wenig gewonnen; denn mit der culpa, die nach der herrschenden Ansicht erforderlich ist zum Eintritt des Verzuges, hat es eine ganz besondere Bewandtnis.[7])

---

keitslehre im großen und ganzen übernommen worden ist; dazu die im vorhergehenden zitierten Schriftsteller. Über § 279 vgl. Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 697.

[1]) z. B. bei einem sogen. „Corner“ und gewissen Kurstreibereien; vgl. RG. Bd. 57 S. 116.

[2]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 114.

[3]) vgl. aber auch Pernice, Labeo II, 2, 1 S. 139 Anm. 4. Pernice scheint die Folgen der mora in die Einzelbestandteile zerlegen und nicht unter den Oberbegriff der Interessenleistung zusammenfassen zu wollen. Die Zusammenfassung unter dem Gesichtspunkt der Interessenleistung scheint aber das Ergebnis der Entwicklung doch zu sein.

[4]) Vertreter dieser Ansicht sind angeführt bei Windscheid, Pand. Bd. 2 § 277 Anm. 9.

[5]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 113; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 277 Anm. 9 zu Ziff. 4.

[6]) Zu trennen sind diese Fragen einerseits, unter welchen Voraussetzungen die mora eintritt, und andererseits, welche Haftung sich an den Eintritt der mora knüpft. Über die Regel „culpa perpetuatur obligatio“ (hier „mora perpetuatur obligatio“) ist schon früher gesprochen worden; vgl. besonders Pernice, Labeo II, 2, 1 S. 132ff.

[7]) Es ist gewiß eigentümlich, wenn Schriftsteller, welche beide „die Verschuldung auf ihre Fahne schreiben“, im praktischen Resultate doch auf einem ganz anderen Standpunkte stehen; Dernburg S. 113 Anm. 15: „So steht z. B. Windscheid Bd. 2 § 277, der wie wir die Verschuldung fordert, doch im praktischen Resultate auf einem ganz anderen Standpunkte,

Es steht fest, daß auch wer durch noch so unverschuldeten Mangel an Zahlungsmitteln verhindert ist zu leisten, sich in mora befindet.[1]) Die Anschauung von Windscheid,[2]) der allein konsequent das einmal angenommene Verschuldungsprinzip durchführend auch Befreiung des Schuldners vom Verzuge bei unverschuldeter Zahlungsunfähigkeit annehmen will, hat keinen Anklang gefunden. Gewiß ist es durchaus zutreffend, wenn von der herrschenden Ansicht der Satz, daß bei unverschuldeter Zahlungsunfähigkeit der Schuldner nicht in Verzug gerate, als praktisch unmöglich und durchaus unbillig verworfen wird. Nichtsdestoweniger ist er vom Standpunkte, daß Eintritt der mora eine Schuld voraussetze, der allein richtige. Wollte die herrschende Ansicht ihn nicht anerkennen, so hätte sie auch jenen Standpunkt aufgeben müssen. Dies hat sie jedoch nicht getan, sondern den sich hier zeigenden Widerspruch entweder ignoriert oder durch Kulpafiktion beseitigt.[3]) Es ist ja richtig, daß eine Kulpapräsumtion bei Zahlungsunfähigkeit vorhanden ist, aber von einer Präsumtion bis zu einer Fiktion sollte doch noch ein weiter Weg sein. Jhering sagt allerdings: „Was nun die mora betrifft, so scheint allerdings eine culpa gar nicht vorzuliegen, wenn der Schuldner trotz aller angewandten Mühe die Leistung nicht beschaffen kann, und doch haftet er auch hier auf das Interesse. Die Antwort lautet: „Niemand soll eine Leistung übernehmen, der er nicht gewachsen ist. Jeder muß das Maß seiner Kräfte und Leistungsfähigkeit kennen, bevor er kontrahiert, eine Überschätzung derselben ist ein Versehen, unter dessen nachteiligen Folgen er selber, nicht sein Gegner, zu leiden hat; letzterer hätte ja mit einem anderen kontrahieren können. Die culpa springt hier auf den Moment des Abschlusses des Kontraktes zurück“.[4])

---

als er hier vertreten wird“. Auch hierher paßt der Ausspruch von Rud. Merkel, Die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen S. 110: „Würde es sich nur um den einfachen Kulpabegriff handeln, so bedürfte es doch solcher Zusätze nicht!“

[1]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 113; vgl. die schon zitierte l. 137 § 4 D. V. O. 45, 1: „Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet“. Für das BGB. zu § 279 vgl. auch Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 780.

[2]) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 277 zu Anm. 8 u. 9. Gegen Windscheid: Dernburg a. a. O., z. B.: „Es ist jene Ansicht auch unvereinbar mit einem gesunden Kreditwesen“; Hartmann a. a. O. S. 234, 256 und Jherings Jahrb. Bd. 22 S. 488.

[3]) vgl. Pernice, Labeo II, 2, 1 S. 111, 132ff. und besonders Rud. Merkel a. a. O. S. 109ff.

[4]) Jhering, Schuldmoment S. 205. In anderer Weise sucht Mommsen,

Es bedarf kaum des Hinweises, daß der Schuldner in vielen Fällen durch Berufung auf Tatsachen diesen Erwägungen den Boden entziehen könnte. Es frägt sich nun aber ferner doch, ob nicht das römische Recht auch in weiteren Fällen, von Mangel an Zahlungsmitteln abgesehen, die mora ohne Vorhandensein einer culpa eintreten läßt. Wenn man die „Billigkeit" ins Feld führen darf, so muß sie doch dafür sprechen, daß der Schuldner, in dessen Person die Unmöglichkeit der rechtzeitigen Erfüllung ihren Grund hat, die Folgen der mora zu tragen habe. Warum soll der Gläubiger z. B. den Schaden tragen, welcher dadurch entsteht, daß wegen Krankheit seiner Familienglieder oder gar eigener Krankheit der Schuldner nicht erfüllen kann?

Nun ist häufig darauf hingewiesen worden,[1]) daß das Bestehen von Exkulpationsgründen die Annahme ausschließe, daß im römischen Rechte die Verzugsfolgen schon an die Verzögerung, die in der Person des Schuldners ihre Ursache habe, zu knüpfen seien, und es muß zugegeben werden, daß der Satz, Nichtwissen vom Bestehen der Forderung entschuldige den Debitor, mit dieser Ansicht sich nicht vereinigen läßt. Derselbe steht jedoch keineswegs durchaus fest (der l. 63 D. d. R. J. 50, 17 widerspricht l. 82 § 2 D. d. V. O. 45, 1)[2]) und ließe sich auch aus der schwankenden Stellung, welche die Römer, wie wir schon bei ihrer Behandlung der unverschuldeten Zahlungsunfähigkeit gesehen haben,

Erörterungen 3, Zur Lehre von der mora (S. 61) um die Schwierigkeit herumzukommen. Er unterscheidet wahre Unmöglichkeit und vom Rechte nicht anerkannte, z. B. Mangel an Zahlungsmitteln. Abgesehen davon, daß diese Unmöglichkeit doch gerade so „wahr" ist wie jede andere und bei der mora doch nur die Unmöglichkeit gleich zu leisten in Frage kommt, so scheint uns die Sache umgekehrt zu liegen; gerade weil in diesen Fällen immer culpa angenommen wird, befreit die Unmöglichkeit nicht von der mora und ihren Folgen, und nicht deshalb, weil die Leistung rechtlich als möglich gilt, wird nicht nach culpa gefragt. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 113: „Wer nicht rechtzeitig zahlt, erscheint schon um deswillen in Verschulden". Diese Bestimmung wird gewöhnlich aus der Verkehrssicherheit begründet, als gerichtet gegen die schlechten Zahler, aber die Begründung ist nicht genügend. Es gibt doch Fälle, in welchen der Schuldner sonnenklar beweisen kann, daß ihn keine Schuld trifft.

[1]) Pernice, Labeo II, 2 S. 111, 112; Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 113 Anm. 15.

[2]) l. 63 D. d. R. J.: „Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere". l. 82 § 2 D. d. V. O.: „Et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit quam restituere"; vgl. l. 24 pr. D. 22, 1: „Si quis solutioni quidem moram fecit, judicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram: utique si juste ad judicium provocavit". (Zu beachten ist der Nachsatz.) Vgl. Windscheid, Pand. Bd. 2 § 277 Anm. 2 u. 3.

in der Frage, ob zur mora culpa erforderlich sei, eingenommen haben, erklären. Die übrigen in den Quellen angeführten Exkulpationsgründe aber beziehen sich auf Zufälle, die außerhalb der Person des Schuldners liegen,[1]) der vis major verwandt sind, und häufig wird in den Quellen der Eintritt der mora von einem „per eum stare quominus" abhängig gemacht, ein Ausdruck, der nicht nur von verschuldeter, sondern vorzugsweise von unverschuldeter Verursachung durch den Schuldner gebraucht wird.[2])

Für die mora creditoris ist eine culpa nicht erforderlich, wie hier anschließend bemerkt sei. Im übrigen handelt es sich bei ihr nicht um eine Verpflichtung zur Interesseleistung,[3]) sondern um andere den Gläubiger treffende Nachteile. Die Frage ist jedoch für uns insofern von Wichtigkeit, als „einem Unschuldigen Nachteile auferlegt werden".[4])

Eviktion.

Dem Käufer, welchem die Kaufsache von einem Dritten evinziert wird, schuldet der Verkäufer den Ersatz des Interesses.[5]) Auch diese Haftung auf das Interesse wird nicht auf eine Verschuldung des Verkäufers basiert.[6]) Ohne Zweifel wird

[1]) l. 23 pr. D. usuris 22, 1: „Sed et si rei publicae causa abesse subito coactus sit, ut defensionem sui mandare non possit, moram facere non videbitur: sive in vinculis hostiumve potestate esse coeperit".

[2]) Pernice, Labeo II, 2, 1 S. 132ff.; vgl. Fuchs, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 34; l. 18 pr. 13, 5; l. 23 § 1 D. 4, 8; l. 23 D. 45, 1; l. 38 D. 19, 2; l. 36 D. 2, 14. Bedenklich ist allerdings die l. 17 § 3 D. 22, 1. Für das BGB. vgl. Endemann a. a. O. S. 780 Anm. 17 a. E. Das BGB. gebraucht den Ausdruck „vertreten", der sich mit „verschulden" durchaus nicht zu decken braucht. Vgl. ferner Krug a. a. O. S. 61 und dort Zitierte.

[3]) Zu beachten allerdings l. 38 § 1 D. 19, 1.

[4]) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 345: „Als entscheidend muß aber angesehen werden (zur Forderung der widerrechtlichen Nichtannahme), daß der Verzug für den Gläubiger Nachteile zur Folge hat, und Nachteile, wo nicht eine unzweifelhafte gesetzliche Bestimmung das Gegenteil verordnet, nicht einem Unschuldigen auferlegt werden dürfen". Vgl. Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge S. 215ff.; vgl. Block, Mora creditoris, Diss. Greifswald (1904), S. 20ff. und die dort angeführten Quellenstellen. Block sagt, culpa sei erforderlich (S. 21).

[5]) Die Ersatzpflicht auf das Interesse tritt nicht ein, wenn infolge einer falschen richterlichen (nicht mehr anfechtbaren) Entscheidung dem Käufer die Sache genommen wird. Diese Unterscheidung deutet interessanterweise darauf hin, daß nur der Zufall, der in der Person des Verkäufers sich ereignet, zum Ersatz verpflichtet.

[6]) Dies ist überwiegend anerkannt; vgl. besonders l. 4 § 1 D. h. t. 21, 2: „Si impuberis nomine tutor vendiderit, evictione secuta Papinianus libro

er sogar sehr häufig, trotz der größten Vorsicht und Aufmerksamkeit, den Rechtsmangel nicht haben erkennen können, und wenn Jhering auch hier in folgender Weise argumentiert: „Wer eine Sache verkauft, muß wissen, ob sie ihm gehört, täuscht er sich darüber, so begründet dies denselben Vorwurf . . . des kulposen Abschlusses des Kontraktes“,[1]) ist damit der Gesichtspunkt der culpa in unzutreffender Weise in den Vordergrund gerückt. Jhering erkennt dies auch selbst an: „Ich will nicht leugnen, daß die im bisherigen versuchte Zurückführung der Haftung auf den Gesichtspunkt der culpa etwas Gezwungenes hat“.[2]) Auch l. 71 § 1 h. t.[3]) kann seine Ansicht nicht unterstützen; denn nicht darum erlangt hier der Käufer nur den Ersatz des pretium, weil derjenige, dessen Sache verkauft wird, hier „ganz besonders schuldlos“[4]) ist, sondern weil er überhaupt nicht selbst verkauft.[5])

Sind also die Römer hier in einem Falle von ihrem Verschuldungsprinzip abgewichen, indem sie auch dem schuldlosen Verkäufer eine Entschädigungspflicht für den Schaden, den der Käufer durch rechtliche Mängel[6]) der Kaufsache erleidet, auferlegt haben, so darf doch der Einfluß der in Rom üblichen

---

tertio responsorum ait dare in eum cuius tutela gesta sit utilem actionem, sed adicit in id demum, quod rationibus eius accepto latum est. sed an in totum, si tutor solvendo non sit, videamus: quod magis puto: neque enim male contrahitur cum tutoribus“. Über mancipatio und in iure cessio vgl. Girard a. a. O. S. 1030 Anm. 5 u. S. 602ff. Über das auf anderem Standpunkt stehende BGB. vgl. Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 970ff. Über den Anspruch des Mieters wegen Eviktion und Entzug vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 305, der analoge Rechte wie beim Verkaufe gibt; ferner Pernice, Labeo II, 2, 1 S. 253. Windscheid stellt die Eviktion zum Kauf (vgl. Pand. Bd. 2 § 302 Anm. 3 a. E.). Die Stellen der Quellen sind besonders l. 9 pr.; l. 19 § 1; l. 30 pr. § 1; l. 33; l. 60 pr. D. 19, 2.

[1]) Schuldmoment S. 206.

[2]) Schuldmoment S. 208; vgl. auch Jahrb. f. Dogm. Bd. 4 S. 36, 40. Gegen Jherings Auffassung spricht ganz besonders auch l. 4 § 1 h. t., wo der tutor den Vertrag abgeschlossen hat.

[3]) l. 74 § 1 D. 21, 2: „Si iussu iudicis rei iudicatae pignus captum per officium distrahatur, post evincatur, ex empto contra eum qui pretio liberatus est, non quanti interest, sed de pretio dumtaxat eiusque usuris habita ratione fructuum dabitur, scilicet si hos ei qui evicit restituere non habebat necesse“.

[4]) Der Ausdruck ist nicht selten gebraucht worden, so von Windscheid, Pand. Bd. 2 § 315.

[5]) Es liegt ein Verkauf „ohne Garantie“ vor. Zu vgl. der Wegfall der actio redhibitoria etc. bei fiskalischen Verkäufen.

[6]) Die rechtlichen Mängel werden anders behandelt im römischen Rechte wie die faktischen. Im Grunde ist natürlich der Mangel, der zur Eviktion führt, nicht ein Mangel der Sache, sondern ein Mangel in der Person des Verkäufers.

stipulatio duplae nicht übersehen werden.[1]) Deshalb liegt die Konstruktion einer stillschweigenden Garantieübernahme hier besonders nahe, diese Konstruktion bringt aber wegen ihrer besonderen Eigenart, überall Anwendung finden zu können, keinen wesentlichen Fortschritt in der Erklärung der Haftung und dürfte auch hier abzulehnen sein.[2])

Haftung für Zusagen, actio redhibitoria, Konventionalstrafe.

Wäre die Annahme gerechtfertigt, daß mit der Redhibitionsklage aus dem ädilizischen Edikte eine über den Ersatz des negativen Interesses hinausgehende Ersatzforderung wegen Mängeln der Kaufsache verbunden werden könne,[3]) so würde eine weitere Ausnahme vorliegen, die hier erwähnt zu werden verdiente. Doch haben sich die meisten Schriftsteller dagegen erklärt,[4]) und die Stellen l. 23 § 8, l. 29 § 3, l. 31 pr., l. 58 D. 21, 1 können dafür nicht angeführt werden; sie sprechen nur vom Verkauf von Sklaven und enthalten eine interessante Konsequenz des Noxalprinzips, finden daher ihre Erledigung mit dem schon früher über dieses Prinzip Gesagten. Es erscheint nicht richtig, die in ihnen gegebene Entscheidung zu verallgemeinern.[5])[6])

---

[1]) Girard a. a. O. S. 601ff.

[2]) Argumente gegen diese Konstruktion bei Bekker in Bekkers Jahrb. Bd. 6 S. 303. Bekker selbst entwickelt, die evinzierbare Leistung sei keine „Leistung“. Damit wäre eine den Standpunkt des Verschuldungsprinzipes formell nicht verlassende Erklärung gegeben. Aber bei dieser Auffassung bleibt ohne Begründung, warum der Verkäufer das Interesse und nicht den Sachwert zu leisten hat. Bekker a. a. O. S. 301ff. Gegen Bekker: Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 270 Anm. 2; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 391 Anm. 32 u. 37a. Gegen Bekker spricht die l. 1 pr. D. d. rer. permut. 19, 4; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 391 Anm. 32.

[3]) Dieser Ansicht Glück, Pand. Bd. 20 S. 86ff. Weitere Schriftsteller bei Hanausek, Haftung des Verkäufers Bd. 1 S. 139, 140.

[4]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 278 Anm. 14; Hanausek a. a. O.; vgl. Windscheid §§ 394 Anm. 9, 393 Anm. 10; l. 13 pr. 19, 1.

[5]) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 394 zu Anm. 9.

[6]) Es ist aber auch nicht richtig, daß der Verkäufer dem redhibierenden Käufer (nach ädilizischem Rechte) zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet sei. Es sagen allerdings mehrere Stellen (l. 23 §§ 1 u. 7; l. 60 h. t.; l. 13 § 2 D. 41, 2), es solle quodammodo in integrum“ restituiert werden. Jhering und ähnlich Mommsen (Erörterungen Bd. 2 S. 135) geben dem Käufer die Forderung auf das negative Interesse. Gegen diese Ansicht (die er als herrschende bezeichnete) mit Recht Hanausek a. a. O. S. 133 in ausführlicher Darstellung: Jhering berufe sich zwar auf l. 23 § 1, aber es stehe seiner Anschauung l. 17 § 2 D. d. furtis 47, 2 entgegen.

Dagegen ist eine Interesseforderung gewährt, wenn es sich um ein Dictum et Promissum des Verkäufers handelt.[1]) Hier allerdings ist eine Garantieübernahme aber anzunehmen. Dies scheint auch die römische Auffassung gewesen zu sein, worauf es ja besonders ankommt.[2])[3])

Bezeichnend für die Art und Weise, überall culpa in Verhältnisse hineinzuinterpretieren, wo kein Raum für sie ist, selbst wenn es, wie hier, zur „Rettung" der römischen Grundsätze nicht nötig wäre, ist eine Äußerung,[4]) die hier anzuführen gestattet sei: „Eine solche Unbesonnenheit (eine Eigenschaft der Kaufsache zu versprechen, die nicht vorhanden) ist eine Lüge!"

Konventionalstrafen können nach den Parteiintentionen sehr verschiedener Art sein. Das Gemeinsame derselben ist schwer zu bestimmen,[5]) vielfach nähert sich das Versprechen unter Konventionalstrafe dem bedingten Versprechen. Je nach der Lage des Falles wird es sich um einen Vertrag auf Strafe für Nichterfüllung, auf Fixierung des Interesses an der Leistung überhaupt oder an rechtzeitiger Leistung oder auch um ein Garantieversprechen handeln.

Ein einheitlicher Begriff der Konventionalstrafe läßt sich daher nicht aufstellen, er sei denn so unbestimmt wie der von Savigny formulierte. Man stößt sonst auf Schwierigkeiten,[6]) die z. B. Windscheid,[7]) der die Konventionalstrafe als „Strafe" definiert, dahin führen, dieselbe in gewissen Fällen ohne Verschulden des Versprechenden verfallen zu lassen. Eine Strafe

---

Nach Hanausek ist die Redhibition eine „resolutio ex tunc", nicht Ersatz des negativen Interesses. Das lucrum cessans müßte ja sonst ebenfalls ersetzt werden, was doch die herrschende Meinung nicht wolle, und die Rücksicht auf die Person des Verkäufers bei Ersatz der Impensen wäre nicht gerechtfertigt.

[1]) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 395 zu Anm. 3; Hanausek a. a. O. S. 169; Seufferts Arch. Bd. 7 S. 25, Bd. 3 S. 26, Bd. 16 S. 105.

[2]) Einen Fall der Garantieübernahme nach Zivilrecht enthält wohl l. 6 § 4 D. 19, 1; darüber aber zu vgl. Pernice, Labeo II, 2, 1 S. 243, speziell über die Ansicht von Leonhard.

[3]) Auf l. 45 D. 18, 1; l. 21 § 2 D. 19, 1 kann hier nur verwiesen werden; Text wie Auslegung sind außerordentlich bestritten.

[4]) Glück, Pand. Bd. 20 S. 89.

[5]) Savigny gibt eine Definition, die alle unter „Konventionalstrafe" fallenden Verträge umfassen will. Insofern liegt in der Allgemeinheit der Definition ein richtiger Gedanke. Die Savignysche Formel bei Wendt, Rechtssatz und Dogma, in Jherings Jahrb. Bd. 22 S. 411.

[6]) vgl. dazu Wendt a. a. O. S. 406.

[7]) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 285 Ziff. 3 Anm. 10, 11, 12. Auch Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 130 spricht in seiner Definition etwas ungenau von „einer zur Strafe der Nichterfüllung bedungenen Leistung", da er doch im weiteren (S. 131 f.) die Strafnatur ganz fallen läßt.

ohne Schuld ist ein Unding. Ebenso kann die Frage nicht gestellt werden: Ist die Konventionalstrafe ihrer Natur nach Strafe oder Ersatzleistung?[1]) Man muß unterscheiden und als gleichberechtigt[2]) anerkennen einmal Konventionalstrafe mit strafähnlicher Natur, welche nur bei culpa verfallen kann, ihrem Wesen nach mit kumulativer Wirkung, andererseits Konventional-„strafe" im uneigentlichen Sinne. Die letztere hat die Natur einer Ersatzleistung und bezweckt sei es Fixierung des Interesses, sei es zugleich besondere Sicherung der Interesseleistung. Eine Konventionalstrafe dieser Art und die Interesseleistung können daher nur elektiv oder einander ergänzend gefordert werden. Es läßt sich nicht nachweisen, daß das römische Recht als Konventionalstrafe nur die eine dieser beiden möglichen Konstruktionen habe gelten lassen.[3]) Dagegen spricht, daß einige Quellenstellen die Verpflichtung zur Leistung der Konventionalstrafe ohne Rücksicht auf Verschulden auferlegen.

l. 77 D. d. V. O. 45, 1 von Paulus: „Ad diem sub poena pecunia promissa et ante diem mortuo promissore committetur poena licet non sit hereditas eius adita".[4])

l. 22 pr. D. ad. 1 Aquil. 9, 2, ebenfalls von Paulus: „Proinde si servum occidisti, quem sub poenam tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium".[5])[6])

Die Konventionalstrafe verfällt jedenfalls auch dann, wenn der, welcher rechtzeitige Erfüllung versprochen hat, in Verzug gerät, und der Verzug kann, wie schon ausgeführt wurde, auch ohne Verschulden eintreten. Doch kann auf diese Erscheinung kein allzu großes Gewicht gelegt werden, da die Konstruktion einer durch das Versprechen der Konventionalstrafe auch zugleich über-

---

[1]) Eher könnte man fragen: „Soll im Zweifel angenommen werden, die Konventionalstrafe sei nach der Parteiintention als Strafe oder als Ersatzleistung gewollt?

[2]) Zu weit geht Wendt S. 412, der den reinen Begriff der Konventionalstrafe als einer Strafe gewahrt wissen will. Der andere Begriff ist ebenso „rein" und praktisch.

[3]) Ebenso sind beide Konstruktionen vertreten im BGB.; vgl. Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 762 ff. Eine kumultative Wirkung liegt nicht vor, wenn durch Konventionalstrafe das besondere Interesse an rechtzeitiger Erfüllung neben der Erfüllung gesichert werden soll.

[4]) vgl. l. 9 D. 22, 2.

[5]) Windscheid unterstellt ausdrückliche Parteiabrede, die aber aus der allgemein sprechenden Stelle nicht hervorgeht. Windscheid § 285 Anm. 12.

[6]) Auf Grund dieser Stellen nehmen daher Dernburg und sogar Windscheid, der letztere allerdings mit Beschränkung an, daß die Konventionalstrafe verwirkt sein kann, ohne daß von Schuld des Versprechenden die Rede ist. Windscheid a. a. O. Anm. 6.

nommenen Garantie hier in vielen Fällen sehr naheliegen wird.[1]) Bemerkenswert ist aber, daß auch hier, sobald Haftung ohne Schuld Platz greift, der Gesichtspunkt sich geltend macht, innerhalb des Kasus Kategorien aufzustellen und zu unterscheiden, ob die Tatsache, die den Verfall der poena in sich schließt, auf die Person und die Verhältnisse des Schuldners, oder auf den Gläubiger und seine Verhältnisse, oder auf höhere Gewalt zurückzuführen ist.[2])

Haftung für besondere Formen des Kasus.

a) Eine Bestimmung des römischen Rechts möge, wenn auch sich nur auf vertragsähnliche Verhältnisse beziehend, hier zuerst Erwähnung finden, die, wenngleich ihr keine große praktische Bedeutung beizumessen ist, für die Theorie unserer Frage doch anregend ist. In den Quellen ist ausgesprochen, daß der Erbe, der in unverschuldeter Unkenntnis des Umstandes, daß seine[3]) oder seines Erblassers Sache von diesem, einem Dritten, legiert worden ist, dieselbe durch eine „freie Handlung" vernichtet oder dem Verkehre entzieht, durch diese schuldlose, nachfolgende Unmöglichkeit von seiner Verpflichtung nicht befreit wird.

Streit herrscht allerdings darüber, ob er das volle Interesse oder nur den Sachwert zu prästieren habe. Mit großer Lebhaftigkeit wird ersteres verteidigt von Cohnfeldt,[4]) gestützt besonders auf l. 25 §§ 2, 3 D. ad SC. Treb. 36, 1. Dagegen vertreten Salkowsky,[5]) Ferrini und Windscheid die zweite

[1]) Nach § 339 BGB. ist die Konstruktion einer Garantieübernahme ohne ausdrückliche Vereinbarung wohl ausgeschlossen, nicht aber Verschulden gefordert, wie Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 131, annimmt, sondern nur vom Versprechenden gefordert, daß er den Verzug zu vertreten hat. Vgl. Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 765 Anm. 12.

[2]) vgl. auch die Regelung der Konventionalstrafe im schweiz. OblR., besonders § 181: „Die Konventionalstrafe kann nicht gefordert werden, wenn durch dieselbe ein widerrechtliches oder unsittliches Versprechen bekräftigt werden sollte, oder wenn die Erfüllung des Vertrages durch den Gläubiger oder durch einen in der Person des Gläubigers eingetretenen Zufall oder durch höhere Gewalt unmöglich geworden ist". Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 131 Anm. 6; l. 49 § 2 D. 45, 1; l. 77 D. 45, 1.

[3]) l. 112 § 1 D. de leg. I.

[4]) Lehre vom Interesse S. 241.

[5]) Glücks Fortsetzung § 1526 S. 317ff. Salkowsky versucht in ausführlicher Erörterung die l. 25 zu beseitigen. Er unterstellt Kenntnis des Erben. Dem ist nicht beizutreten.

Ansicht.[1]) Sie betonen besonders l. 112 § 1 D. leg. I. Darin muß man Cohnfeldt recht geben, daß l. 26 (25) §§ 2, 3 auf seinem Standpunkte steht, und es scheint, daß Julianus hier die Leistung des Interesses für billig gehalten hat.[2]) Auch l. 63 D. leg. II spricht für Cohnfeldts Anschauung (indemnitas). Andererseits spricht l. 112 § 1 ausdrücklich von aestimatio. Ganz unzweifelhaft erscheint die Antwort auf die Frage daher nicht, um so mehr als einige andere Stellen auch noch von „pretium" reden.[3]) Von einer Verschuldung des Erben ist ferner seine Verpflichtung zum Ersatz, sei es nun des Interesses oder des Sachwertes, in keiner Weise abhängig.[4]) Es wird nicht möglich sein, eine culpa darin zu finden, daß der Erbe in vollkommen entschuldbarer Unkenntnis des Legates z. B. seinen eigenen Sklaven tötet oder — was noch interessanter ist — freiläßt. Der Erbe steht hier unzweifelhaft für casus ein. Allein, was höchst auffallend ist, nicht jeder casus, auch nicht jeder in seiner Person sich ereignende casus macht ihn haftbar.[5]) Es wird erfordert eine freie Handlung des Erben, oder, wie Salkowsky sich ausdrückt, „es kommt also nur eine solche Tätigkeit in Betracht, die sich bei Kenntnis des Vermächtnisses als dolus darstellen würde".[6]) [7]) Die Unmöglichkeit muß also durch

[1]) vgl. Mommsen, Beitr. 2 S. 96; Ferrini, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 647 Anm. 10 u. 11.

[2]) Es muß ein Widerspruch zwischen l. 26 (25) §§ 2, 3 und l. 112 § 1 angenommen werden. Auch die Erklärung von Windscheid § 647 Anm. 11: „Ist nicht vielmehr die Tatsache, daß ein Sklave zum Erben eingesetzt ist, eine wertsteigernde Eigenschaft desselben?" befriedigt nicht. Vgl. Salkowsky a. a. O. S. 335 Anm. 29.

[3]) l. 89 § 7 de leg. II; l. 53 § 7 de leg. I.

[4]) Salkowsky sagt eigentümlicherweise S. 327 Ziff. 3: „Also muß die Handlung nicht nur eine freie, sondern eine schuldhafte sein". Was er darunter versteht, ist schwer verständlich angesichts der in den Quellen gegebenen Beispiele.

[5]) Dies bezeichnet Salkowsky mit dem zwar charakteristischen, aber ungenauen und unzulässigen Ausdrucke „rein objektive Schuld".

[6]) S. 327 Ziff. 2.

[7]) Es entsteht hier die interessante Frage: Wie steht es, wenn der Erbe die legierte Sache in Unkenntnis der Bestimmungen des Erblassers durch eine Nachlässigkeit vernichtet? Hier ist, besonders wenn es sich um die eigene Sache handelt, doch culpa nicht anzunehmen. Soll er aber nicht ebensogut haften, wie wenn er den Sklaven manumittiert? Salkowsky S. 387 verneint die Frage, und nach den Quellen ist ihm wohl recht zu geben. Dagegen ist darauf hinzuweisen, daß der bonae fidei-Besitzer nach l. 38 D. 9, 2 gemäß der lex Aquilia haftet, wenn er durch eine Nachlässigkeit die fremde Sache beschädigt hat. Vgl. Pernice, Labeo II, 2, 1 S. 86, der diese Bestimmung auf die ältere naive Erfolghaftung zurückzuführen scheint; vgl. auch l. 91 § 2 D. 45, 1; vgl. ferner Pernice a. a. O. S. 116.

seinen freien Willen verursacht sein. Das Resultat ist, daß hier zwischen verschiedenen Arten des casus unterschieden wird. Wie läßt sich dies vom Standpunkte des Verschuldungsprinzipes aus erklären, nach welchem doch jenseits der culpa jedes schädigende Ereignis die gleiche Bedeutung, d. h. keine Bedeutung, haben sollte?

Die vorliegende Bestimmung des römischen Rechtes zu erklären, ist in verschiedener Weise versucht worden. Natürlich fehlt auch hier die Anschauung nicht, der Erbe befinde sich in culpa, er hätte die Möglichkeit eines Kodizilles erwägen sollen, eine Annahme, deren Unrichtigkeit auf der Hand liegt, ganz besonders, wo es sich um die eigene Sache des Erben handelt. Anders Mommsen und übereinstimmend mit ihm Ferrini. Nach ihnen wird es als dem Willen des Testators widersprechend angesehen, daß dessen wohlwollende Absicht durch eine freie Handlung desjenigen, dem er die Ausführung dieser Absicht zur Pflicht gemacht hat, vereitelt werde. Sie führen also die Verantwortlichkeit des Erben auf den präsumtiven Willen des Erblassers zurück. Darin scheint uns ein Umgehen der Schwierigkeit zu liegen; nur gezwungen läßt sich in allen diesen Fällen ein solcher Wille des Erblassers annehmen.[1]) Ganz besonders aber bleibt unerklärt, warum nur bei einer „freien" Handlung des Erben ein Ersatz im Willen des Testators liegen soll, und das ist gerade die Hauptfrage! Die römischen Juristen haben wohl einfach in einem Falle, in dem ihnen die strengste Durchführung ihres Kulpaprinzipes unrichtig erschien, eine Ausnahme zugunsten des durch die freie Handlung beschädigten Vermächtnisnehmers eintreten lassen, ohne sich weiter um die theoretische Begründung zu kümmern. Darauf deutet schon die zur Erklärung beigefügte Phrase: „ne factum cuiusquam alteri damnun adferat".

Besonders unrichtig aber schien es ihnen, bei einer „freien", auf dem spontanen Willen beruhenden Handlung den Erben zu liberieren, weil er in diesem Falle in erhöhtem Maße als die Ursache der den Legatar treffenden Schädigung zu betrachten ist.[2]) Dies zeigt das sehr treffende und geschickt gewählte Beispiel, in dem der Erbe einen Sklaven „merentem ob facinus" getötet hat und frei wird, da hier der Sklave selbst als die

[1]) vgl. Windscheid § 364 Nr. 4—7. In den Quellen findet sich diese Motivierung durch den Willen des Erblassers nicht, sondern die Begründung lautet: „ne factum cuiusquam alteri damnum adferat", die, sei sie nun genügend oder nicht, auf einem anderem Gesichtspunkte beruht.

[2]) Daß der Handelnde hier eine durchaus gewollte Handlung vornimmt, die nur durch seine Unkenntnis entschuldigt ist, veranlaßt Salkowsky, sogar von „zurechenbarer" Handlung zu sprechen (S. 340).

Ursache seines Todes erscheint, der Untergang der Sache sozusagen aus einem Mangel derselben resultiert.[1])

Schließlich sei noch erwähnt, daß ein Schriftsteller, nämlich Salkowsky,[2]) nicht, wie die andern, in der Statuierung dieser Ersatzpflicht eine Ausnahme, sondern den Ausdruck einer allgemeinen Regel sieht, gemäß welcher jeder Schuldner, der durch eine freie Handlung die Leistung unmöglich macht, auch durch die entschuldbare Unkenntnis seiner Verpflichtung nicht befreit werde. So diskutierbar dieser Gedanke de lege ferenda auch erscheint, im römischen Rechte ist für ihn kein genügender Anhalt.[3]) [4])

Charakteristisch ist es immerhin, wie an jede Ausnahme vom Verschuldungsprinzipe die Theorie eine allgemeine Regel zu knüpfen sucht.

Mandat, Depositum und Sozietät.

Auch die viel besprochene l. 62 (61) § 5 de furtis hat Anlaß gegeben, aus einer einzelnen Entscheidung des römischen Rechtes einen allgemeinen Grundsatz abzuleiten und Erörterungen allgemeiner Natur an sie zu knüpfen.[5]) Es darf wohl auch behauptet werden, daß eine, allem Anschein nach verdorbene und stark interpolierte Stelle, die, infolge des höchstwahrscheinlich ebenfalls interpolierten Nachsatzes, formell die Möglichkeit abweichender Interpretation nicht ganz ausschließt, nicht immer wieder Gegenstand der Erörterung geworden wäre, wenn nicht das der Entscheidung zugrunde liegende Prinzip materiell als

[1]) Ebenso wird es in anderen Fällen zu halten sein, z. B. ein bissiger Hund muß getötet werden oder ein krankes Pferd; ferner bei allen in Notwehr verübten Tötungen.

[2]) Glücks Fortsetzung § 1526 S. 339ff.

[3]) Salkowsky legt allzuviel Gewicht auf die Verlegenheitsphrase Julians in der l. 26 (25) §§ 2, 3. Die Begründung seiner Ansicht aus den Quellen ist ihm nicht gelungen; vgl. Ferrini a. a. O. S. 335. Zudem unterscheidet er nicht zwischen den verwandten, aber keineswegs auch im römischen Rechte den gleichen Regeln folgenden Erscheinungen der Ersatzpflicht einerseits, des Verlustes der Gegenleistung bei zweiseitigen Verträgen andererseits.

[4]) Eine dem römischen Satze korrespondierende Bestimmung fehlt im BGB.

[5]) So Eisele, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 84 S. 295ff. und Unger, Handeln auf fremde Gefahr, Jahrb. f. Dogm. N. F. Bd. 21 S. 299ff.; vgl. besonders Pernice, Labeo II, 2, 1, iudicia contraria S. 222ff.; ferner noch Hepp, Zurechnung § 10; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 410 Anm. 18; Dernburg, Pand. Bd. 2. S. 323 Anm. 15 u. 16; Jhering, Jahrb. f. Dogm. Bd. 4 S. 37; Mommsen, Erörterungen Bd. 2 S. 59ff.

richtig anerkannt worden wäre, obgleich es mit der römischen Schuldlehre nicht im Einklang ist.

l. 62 (61) § 5 de furtis 47, 2: „Africanus libro octavo quaestionum: Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait, num aeque dicendum sit omni modo damnum praestari debere, et quidem hoc amplius quam in superioribus causis servandum, ut, etiamsi ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilo minus tamen damnum decidere cogatur. iustissime enim procuratorem allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset: idque evidentius in causa depositi apparere. nam licet alioquin aequum videatur non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse, et sicut in superioribus contractibus, venditione locatione pignore, dolum eius, qui sciens reticuerit, puniendum esse dictum sit, ita in his culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere. nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter eius qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret". Das Fragment ist für die hier behandelten Fragen der Ersatzverpflichtung in verschiedener Weise sehr interessant und hat in doppelter Beziehung eine Geschichte aufzuweisen, einmal die Geschichte der Aufnahme der Entscheidung in die Digesten, andererseits die Geschichte der gemeinrechtlichen Kontroverse, die sich an die l. 62 de furtis geknüpft hat.

Die Entwicklung der Kontroverse des gemeinen Rechtes ist heute nur insoweit noch von Bedeutung, als sie zeigt, wie eine „purifizierende" Tendenz im Sinne des Schuldprinzipes die spätere maßgebende Doktrin des gemeinen Rechts beherrscht hat, denn lange Zeit war die Ansicht überwiegend, daß die l. 62 eine objektive Haftung des Mandanten und Deponenten statuiert habe, bis eine neue gemeinrechtliche Doktrin diesen Satz abgelehnt hat.[1]) „Der Gedanke (einer objektiven Haftung) ist derzeit im gemeinen Rechte verschollen", sagt Dernburg noch in der 1. Aufl. seines Pandektenlehrbuchs.[2]) Neuerdings hat sich aber wieder ein Umschwung vollzogen,[3]) das Bürgerliche Gesetzbuch hat indessen die letzte Entwicklungsphase nicht berücksichtigt.

[1]) vgl. die Lehrbücher von Windscheid und Dernburg a. a. O.; vgl. Hepp a. a. O. S. 64; für die frühere Zeit: Unger a. a. O. S. 328.

[2]) Pand. 1. Aufl. Bd. 2 S. 306 Anm. 13.

[3]) Vor allem durch die Untersuchung von Unger, Eisele und Pernice, Labeo (umgearbeitet in der 2. Aufl.) II, 2, 1 S. 222 ff. Das BGB. (für den Verwahrungsvertrag speziell gilt § 394) steht noch auf dem Boden der späteren gemeinrechtlichen Ansicht, die auch noch von Windscheid vertreten wird, und führt das Verschuldungsprinzip hier durch, nach Vorgang von Art. 400 u. 477 des schweiz. OblR. die Beweislast dem Deponenten auferlegend, während für den Mandanten nichts bestimmt ist. Diese Lösung scheint nicht zu harmonieren mit §§ 120, 122 BGB. Den Standpunkt des schweiz. OblR. tadeln Hafner, Komm. z. schweiz. OblR. 2. Aufl. 1905 zu Art. 400; vgl. auch Schneider, Komm. zu Art. 400 schweiz. OblR.; code civil art. 2000; Unger a. a. O. S. 327; zum BGB. vgl. Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 1085 Anm. 21 und S. 1164.

Beachtenswert für die Beurteilung der Stellung besonders der Kompilatoren einerseits, einzelner römischer Juristen andererseits in der römischen Schuldlehre ist aber die Entwicklung, welche das Fragment bis zu seiner Aufnahme in die Digesten in der vorliegenden Gestalt allem Anschein nach durchgemacht hat.

Die l. 62 ist eine jener Pandektenstellen, die, auch rein als Teil des Justinianischen Gesetzbuchs betrachtet, nur dann einen befriedigenden Sinn ergeben und nur dann gewertet werden können, wenn die Entstehungsgeschichte berücksichtigt wird und die Möglichkeit, sie zu verstehen, ist den feinen Untersuchungen von Eisele und Pernice zu verdanken.[1]) Nach diesen Untersuchungen ist, soweit ein historischer Nachweis heutzutage möglich erscheint, als nachgewiesen zu erachten, daß römische Juristen, wie Julian und African, dazu gelangt waren, dem Mandanten und Deponenten die Ersatzpflicht für zufälligen Schaden, der den Mandatar oder Depositar aus dem Vertrage traf, in gewissem Umfange aufzuerlegen,[2]) daß aber die Justinianische Kompilation nicht nur hier, sondern in korrespondierenden Stellen[3]) durch Interpolationen die Entscheidung der Juristen mit dem Schuldprinzipe in Einklang zu setzen gesucht hat, ein Umstand, der helles Licht wirft auf die rücksichtslose Weise, wie gerade die Gesetzgebung Justinians an der Durchführung des Verschuldungsprinzips gearbeitet hat.

Mit Pernice und Eisele ist auch anzunehmen, daß die Interpolation der l. 62 in so ungeschickter oder unentschiedener Weise angebracht worden, daß nach dem Wortlaut, wie vor allem aus den Worten: „iustissime enim procuratorem allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non susce-

[1]) In den schon zitierten Schriften.

[2]) vgl. besonders Pernice a. a. O. S. 227 ff. Übereinstimmend Eisele a. a. O. S. 327 ff., 345 ff. Behandelt wird der Fall des diebischen Sklaven.

[3]) l. 26 § 7 Mandati 17, 1; l. 31 D. 13, 7; vgl. Pernice a. a. O. S. 230.

pisset“ hervorgeht, die objektive Haftung doch bestehen bleibt und die Zusätze der Kompilatoren nur den Erfolg einer äußerlichen Erklärung durch Kulpafiktion darstellen.[1])[2])

Einige Zweifel können allerdings bleiben wegen l. 31 D. 13, 7: „Africanus libro octavo quaestionum Si servus pignori datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditione relinquere: quod si sciens furem pignori mihi dederit, et si paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilo minus habiturum me pigneraticiam actionem, ut indemnem me praestet. eadem servanda esse Julianus ait etiam cum depositus vel commodatus servus furtum faciat“, da hier in dem Nachsatze eigentümlicherweise das depositum dem Pfandvertrage gleichgestellt wird und die von Pernice und anderen angenommene Interpolation den ursprünglichen Sinn demgemäß stärker als in l. 62 d. furtis verwischt hat.[3]) Doch wird man der lex 62 folgen dürfen.

Es haben also Mandatar und Depositar Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihnen „durch das aufgetragene Geschäft“ entstanden ist, oder — wie der Gedanke etwas sehr allgemein gefaßt in der l. 62 ausgedrückt ist — „non fuisse se id damnum passurum“.[4])

---

[1]) Pernice a. a. O. S. 231: „Indes Herr geworden sind die Kompilatoren des klassischen Rechtes mit dieser doktrinären und unpraktischen Neuerung dennoch nicht völlig“. Unger a. a. O. S. 320ff.; Eisele a. a. O. S. 345ff.; vgl. l. 17 D. 15, 3; l. 67 D. 46, 1. Über ähnliche Kulpafiktionen in den Pand. vgl. Eisele a. a. O. S. 332, wo für die abstrakte Handhabung des Schuldbegriffes in den Digesten Stellen angeführt sind.

[2]) Zur Unterstützung der objektiven Haftung ist auch die von Eisele angeführte l. 49 mandati 17, 1 zu erwähnen: „Marcellus libro sexto digestorum. Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo: mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse, vel contra ego vendidi illius mandatu, cum forte is, cui heres exstiterit, eum emisset: de iure evictionis et de mandatu quaesitum est. Et puto Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emptori neque, si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam, et idcirco mandati eum non teneri, sed contra mandati agere posse, si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuerit, contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur et adversus venditorem testatoris sui habet ex empto iure hereditario actionem. Ferner sieht Eisele im mandatum qualificatum allgemein nur eine Anwendung des gleichen Rechtssatzes (S. 323ff.); anders Unger a. a. O. S. 302. Eisele findet die Konstruktion einer stillschweigenden Garantieübernahme auch beim mandatum qualificatum nicht genügend. Richtig ist, daß hier der Anspruch auf Schadloshaltung sich besonders nahe an die Forderung aus Impensen anschließt.

[3]) vgl. Pernice a. a. O. S. 230.

[4]) vgl. Pernice a. a. O. S. 231.

Die damit aufgestellte Haftung ist bemerkenswert, einmal dadurch, daß sie hervortreten läßt, wie nahe der Impensenersatz und der doch so oft als Modalität der Strafe aufgefaßte Schadensersatz sich berühren können, ganz besonders bei den iudicia contraria,[1]) sodann aber auch, weil fast von allen Schriftstellern die Haftung für „billig“ gehalten wird, die juristische Rechtfertigung derselben aber ihnen schwierig scheint.[2]) Eine Rechtfertigung der Haftung liegt auch darin nicht, wenn Unger sie als „Handeln auf fremde Gefahr“ definiert; darin liegt wohl nur eine Umschreibung.

Den richtigen Gedanken hat Eisele[3]) zutreffend in erste Linie gerückt, den Gedanken, daß das Moment der Verursachung hier eine entscheidende Bedeutung hat. Grund der Haftung ist die besondere Verursachung des Schadens durch das Geschäft, die deponierte Sache. Das geht doch wohl daraus hervor, daß sich an die Aufstellung der Haftung die Unterscheidung ex causa und ex occasione (mandati) gleich anschließt.

Es ist eine besondere Art des „casus“, eine besondere Verursachung, welche die Schadensersatzpflicht nach sich zieht. Nur diejenigen Schäden sollen ersetzt werden, welche in Vertragsverhältnissen entstehen, die im einseitigen Interesse und somit auf Veranlassung der Gegenpartei abgeschlossen sind, wie beim Mandat und Depositum — denn diesen wird der Pfandvertrag gegenübergestellt — und nur insoweit als der Schaden durch die Ausführung der übernommenen Verbindlichkeit verursacht worden ist.

Hier greift die l. 26 §§ 6, 7 D. 17, 1 ein, die früher infolge des Nachsatzes häufig der l. 62 de furtis gegenübergestellt worden ist[4]): „Paulus libro trigesimo secundo ad edictum. Non omnia, quae impensurus non fuit mandator, imputabit, veluti quod spoliatus sit a latronibus aut naufragio res amiserit vel languore

---

[1]) vgl. Pernice, Labeo II, 2, 1 S. 226, der ausführt, daß die Haftung des Mandanten und Deponenten nach lex 62 sich aus der Verpflichtung zum Ersatz der Impensen entwickelt hat. Zu vgl. auch der Versuch von Schneider, Komm. z. schweiz. OblR. Art. 400, eine Haftung des Mandanten für notwendige Folgen aus dem Mandate als „unabsichtliche Verwendungen“ zu konstruieren; darüber Unger a. a. O. S. 327.

[2]) Zu vgl. die Bemerkung von Dernburg für den Fall der falschen Übermittlung des Auftrages, Pand. Bd. 2 S. 323 Anm. 16. Die kontraktlichen und außerkontraktlichen Verhältnisse berühren sich hier sehr nahe.

[3]) vgl. S. 348 a. a. O.; der gleiche Gedanke findet sich wohl auch bei Pernice a. a. O. S. 231.

[4]) Darüber Eisele a. a. O. S. 342ff.; Pernice, Labeo II, 2, 1 S. 230ff.: „Deshalb haben sie (Justinian und seine Arbeiter) endlich bei Neratius in l. 26 § 7 mand. 17, 1 die törichte Einschränkung gemacht: ‚si tamen sine culpa tua id acciderit‘“; vgl. Träger a. a. O. S. 226.

suo suorumque adprehensus quaedam erogaverit: nam haec magis casibus quam mandato imputari oportet. Sed cum servus, quem mandatu meo emeras, furtum tibi fecisset, Neratius ait mandati actione te consecuturum, ut servus tibi noxae dedatur, si tamen sine culpa tua id acciderit: quod si ego scissem talem esse servum nec praedixissem, ut possis praecavere, tunc quanti tua intersit, tantum tibi praestari oportet".

Die l. 26 will nicht die Ersatzpflicht auf culpa zurückführen,[1]) sondern nur Fälle aufzählen, in welchen der Schaden als nicht durch die Ausführung des Mandates verursacht angesehen werden soll, bei eine neue Kausalreihe einleitenden Ereignissen — vis major, „naufragio", „latronibus" — oder Fällen, in welchen die Ursache in der eigenen Person oder in den Verhältnissen des Geschädigten — languore suo suorumque — zu finden sein soll.

So wird wohl derjenige Ersatz verlangen können, der aus Gefälligkeit ein Gebinde Wein mitnimmt, wenn eine Flasche zufällig zerspringt, ausfließt und sein Gepäck beschädigt, dagegen wohl kaum derjenige, der beauftragt, eine Reise in eine fremde Stadt zu machen, dort ein Theater besucht und dabei zu Schaden kommt.

Gewiß ist zuzugeben, daß zwischen diesen Extremen viele Fälle liegen, in welchen die Entscheidung sehr schwierig sein kann. Die Grenze ist hier, wie überall in der Kausalitätslehre, nicht leicht zu ziehen. Die Feststellung der culpa ist aber sehr oft nicht weniger schwierig, und weil die Fragen der Kausalität schwierig zu lösen sind, können sie doch nicht ignoriert werden, sie lassen sich nicht aus der Welt schaffen, und es drängt sich nur die Notwendigkeit auf, eine Klärung dieser Fragen anzustreben.

Nach l. 52 § 4 D. 17, 2 kann der Sozius von der Gesellschaft Ersatz verlangen für den Schaden, der ihn bei Gelegenheit der Geschäftsführung trifft.[2]) l. 52 § 4 D. 17, 2 (Ulpianus): „Quidam sagariam negotiationem coierunt: alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit suamque pecuniam perdidit, servi eius vulnerati sunt resque proprias perdidit, dicit Julianus damnum esse commune ideoque actione pro socio damni partem dimidiam adgnoscere debere tam pecuniae quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius nisi ad merces com-

[1]) vgl. Pernice, Labeo II, 2, 1 S. 225 Anm. 1, S. 230.
[2]) vgl. Schirmer, Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 10 S. 70—83; Unger, Jahrb. f. Dogm. N. F. Bd. 21 S. 336; Pernice a. a. O. S. 231 Anm. 5; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 406 Anm. 11; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 126 Anm. 14.

muni nomine comparandas proficisceretur. sed et si quid in medicos impensum est, pro parte socium agnoscere debere rectissime Julianus probat proinde et si naufragio quid periit, cum non alias merces quam navi solerent advehi, damnum ambo sentient: nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit".

Auch hier wird auf eine culpa des Sozius nicht abgestellt, aber es muß beachtet werden, daß bei der Sozietät spezielle Verhältnisse vorliegen. Dem Wesen des Gesellschaftsvertrages und der Gemeinsamkeit des Gewinnes ist es entsprechend, daß ein durch die Geschäftsführung veranlaßter Schaden als gemeinsam zu tragender betrachtet werden muß. Die Gesellschaft als ganze muß Ersatz leisten, daher trägt auch der Sozius eine seinem Anteile entsprechende Quote selbst. Deshalb ist der Unterschied zwischen ex causa negotii und ex occasione negotii nicht in gleicher Weise durchgeführt wie beim Mandate.[1]) [2])

Haftung für fremde Schuld.

Zu dem Begriffe der „Haftung für fremde Schuld" im eigentlichen Sinne lassen sich diejenigen Ersatzverbindlichkeiten zusammenfassen, welche das Gemeinsame haben, daß wenn auch keine Schuld des Entschädigungspflichtigen selber, doch eine Schuld vorliegt, und zwar die Schuld eines zum Haftenden in einem bestimmten Nexus stehenden Dritten. Die Haftung für fremde culpa ist zweifellos Haftung für „Zufall", charakterisiert sich aber als Haftung für eine besondere Art des Zufalls, für einen Zufalltypus. Es haben nun allerdings in früheren Jahren Schriftsteller, vor allem Goldschmidt, der Hervorhebung dieser besonderen Gruppen von Zufallshaftungen allen Wert abgesprochen; denn da nur derjenige Schaden ersetzt werden müßte, den man selbst verschuldet, seien für die Frage der Entschädigungsverbindlichkeit alle Kasusfälle einander gleichzusetzen. Und von ihrem Standpunkt aus haben sie gewiß recht. Daß aber nach der neuesten Entwicklung wohl niemand mehr über die Berechtigung und Bedeutung des Begriffes „Haftung für fremde Schuld" im Zweifel sein kann, spricht dies nicht vielleicht gerade gegen die Anschauung, aus welcher jene Konsequenzen gezogen wurden?

[1]) Dafür auch l. 60 § 1 D. 17, 2 in Verb. mit l. 61 D. 17, 2.
[2]) vgl. l. 52 § 5 D. 17, 2; Unger a. a. O. S. 336.

Die Römer haben die (direkte) Stellvertretung[1]) prinzipiell nie anerkannt und nur in wenigen Ausnahmsfällen dieselbe gestattet. Über die Schwierigkeiten, die dem Rechtsverkehr aus der Durchführung dieses Grundsatzes erwachsen mußten, half ihnen einerseits die besondere Gestaltung des römischen Wirtschaftswesens, andererseits die Ausbildung von eigenartigen Surrogatsinstituten, so vor allem der actiones adjectitiae qualitatis und von diesen besonders der actio institoria[2]) und exercitoria, hinweg. Nach diesen Klagen wird der Geschäftsherr neben seinem institor oder magister aus dessen Kontrakten verpflichtet.[3])

Fragen wir uns nun, inwieweit der dominus auch eine kulpose Handlungsweise des Geschäftsführers zu vertreten habe, so gewinnen wir das nach den Grundsätzen des römischen Rechts überraschende Resultat einer Haftung des Prinzipals für die Schuld seiner Institoren.[4])

l. 1 § 10 D. d. exercitoria a. 14, 1 von Ulpianus: „Sed etsi in pretiis rerum emptarum fefellit magister, exercitoris erit damnum, non creditoris“.

l. 5 § 8 D. d. institoria a. 14, 3 von Ulpianus: „Idem ait, si libitinarius servum pollinctorem habuerit isque mortuum spoliaverit, dandam in eum quasi institoriam actionem, quamvis et furti et iniuriarum actio competeret“.

Und der berüchtigte § 10 der gleichen lex: „Sed et cum fullo peregre proficiscens rogasset, ut discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret, post cuius profectionem vestimenta discipulus accepisset et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus: sin vero quasi institor, teneri

[1]) Wir stellen im folgenden Stellvertretung und Gehilfenschaft einander gegenüber. In betreff der schwierigen und streitigen Unterscheidung derselben darf wohl die Ansicht von Jhering u. Dernburg (Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 272 Anm. 3) akzeptiert werden; vgl. dagegen Goldschmidt, Zeitschr. f. HR. Bd. 16. S. 368 a. E.

[2]) In ihrer Ausdehnung durch die actio quasi institoria.

[3]) Es ist darauf hinzuweisen, daß der institor Funktionen sowohl des Stellvertreters wie des Gehilfen in sich vereinigt. Er ist weder rein Stellvertreter noch rein Gehilfe. Die Ausbildung der actio institoria und der actio exercitoria hat daher sowohl auf die Frage der Haftung für culpa der Vertreter wie auf diejenige der Hafung für culpa der Gehilfen im römischen Recht ihre Wirkung ausgeübt. Das hier anläßlich der ersteren Haftung Gesagte hat auch für die letztere seine Geltung.

[4]) Das gleiche gilt interessanterweise auch von der actio quod iussu; Goldschmidt a. a. O. S. 333 und die dort zitierte l. 91 § 5 D. d. V. O. 45, 1: „An filius familias, qui iussu patris promisit occidendo servum producat patris obligationem videndum est, Pomponius producere putat, scilicet quasi accessionem intellegens eum qui iubeat“.

eum. Plane si adfirmaverit mihi recte me credere operariis suis, non institoria, sed ex locato tenebitur“.[1]) [2])

Goldschmidt[3]) sagt:

1. „Alle Modifikationen des regelmäßigen Inhalts der Obligation, welche durch dolus oder kontraktlich zu prästierende culpa des Vertreters oder Gewaltuntergebenen bei Eingehung der obligatio begründet sind, treffen notwendig den Vertretenen oder Gewalthaber“.
2. „Alle Modifikationen des regelmäßigen Inhalts der Obligation, welche durch dolus oder kontraktlich zu prästierende culpa des Vertreters oder Gewaltuntergebenen bei Erfüllung der obligatio begründet sind, treffen notwendig den Vertretenen oder Gewalthaber“.[4])

Diese Haftung für fremde Schuld ist allerdings aus der besonderen Natur des Rechtsverhältnisses zwischen Prinzipal und institor erklärt worden.[5]) Es handle sich hier nicht um eine Haftung für fremde culpa aus fremdem Kontrakte. Die fremde obligatio müsse naturgemäß als Ganzes übernommen werden, wie sie sei, d. h. auch mit den durch culpa des Kontrahierenden eingetretenen Modifikationen. Eine Befreiung des Prinzipals im Falle der culpa des magister oder institor sei daher nicht nur materiell unlogisch, sondern auch formell (nach der Art der prozessualischen Durchführung der actio institoria[6]) unmöglich.[7])

[1]) vgl. l. 5 § 9 D. 14, 3: „Idem Labeo ait: si quis pistor servum suum solitus fuit in certum locum mittere ad panem vendendum, deinde is pecunia accepta praesenti, ut per dies singulos eis panem praestaret conturbaverit, dubitari non oportet, quin, si permisit ei ita dari summas, teneri debeat“. l. 1 § 9 D. d. exercitoria a. 14, 1: „Unde quaerit Ofilius, si ad reficiendam navem mutuatus nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio et ait, si hac lege accepit quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem imputaturum sibi, cur talem praeposuerit: quod si ab initio consilium cepit frandandi creditoris et hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accipit, contra esse, quam distinctionem Pedius probat“. l. 5 § 3 D. 44, 4: „Actoris, qui exigendis pecuniis praepositus est, etiam posterior dolus domino nocet“. Zu der letzten Stelle bemerkt zutreffend v. Wyß, Haftung für fremde culpa S. 138: „Dieselbe handelt... nicht von positiver Haftung, sondern vom Verlust eigener Ansprüche, den das dolose Handeln des actor zur Folge hat“.

[2]) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 482 S. 1113.

[3]) vgl. Goldschmidt, Zeitschr. f. HR. Bd. 16 S. 330, 331.

[4]) Zu vgl. ferner v. Wyß a. a. O. S. 116ff.; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 38; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 482 Anm. 15; Loening, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten, besonders S. 17.

[5]) So vor allem v. Wyß a. a. O. S. 116ff.; Goldschmidt, Zeitschr. f. HR. Bd. 16 S. 329ff.; Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 107.

[6]) v. Wyß a. a. O. S. 123ff.; Dernburg a. a. O.

[7]) Bei einzelnen Schriftstellern klingt auch noch das Motiv der Garantieübernahme an. So bei Goldschmidt, der die in Frage stehende Haftung

Es mag dahingestellt bleiben, inwiefern diese logischen Deduktionen unabweisbar sind. Einer Betrachtung, die sich wohl jedermann hier aufdrängen wird, ist bereits von Loening in mustergültiger Weise Ausdruck verliehen worden. Er sagt[1]: „Aber es darf doch nicht übersehen werden, daß in dieser logischen Konsequenz zugleich ein materielles Rechtsprinzip enthalten ist, das Rechtsprinzip, daß der Vertretene für dolus und culpa, deren sich der Vertreter innerhalb kontraktlicher Verhältnisse schuldig macht, zu haften hat. Wäre dieses Prinzip nicht selbst anerkannt worden, so hätte sicherlich das Recht Mittel und Wege gefunden, um trotz der logischen Konsequenz und gegen dieselbe den Vertretenen nicht haften zu lassen für ein rechtswidriges Verhalten anderer Personen, das ihm nicht zur Schuld gerechnet werden kann, wie denn in der Tat da, wo eine solche Haftung ungerecht erschien, das Recht solche Mittel und Wege gefunden hat. Welches ist nun das Rechtsprinzip, auf welches eine solche gesetzliche Haftungsverbindlichkeit des Vertretenen aus den rechtswidrigen Handlungen des Vertreters sich gründet? Würde die Schadensersatzpflicht nur aus der Verschuldung entspringen, so wäre diese gesetzliche Haftungsverbindlichkeit des römischen Rechtes in schroffem Widerspruch mit der Gerechtigkeit, und dieser Widerspruch könnte auch durch die ratio iuris nicht beseitigt oder abgeschwächt werden".

Im modernen gemeinen Rechte ist die direkte Stellvertretung anerkannt. Die actiones adjectitiae qualitatis sind unpraktisch geworden.[2] Die Haftung des Prinzipals aus dem durch Stellvertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfte ist nicht mehr Haftung aus fremdem Kontrakte. Damit sollte auch jene im Sinne der herrschenden Meinung auf der Besonderheit dieser Klagen beruhende exzeptionelle objektive Haftung hinweggefallen sein. Dies ist jedoch nicht der Fall. Es muß als vorwiegende Ansicht bezeichnet werden, daß im gemeinen Rechte der Geschäftsherr wenigstens für die culpa des Vertreters bei Abschluß von

unter den Titel „Erzwungene Garantie infolge erzwungener Übernahme fremder obligatio" stellt; bei Dernburg: „nach welcher (Klageweise) der Geschäftsherr ähnlich wie ein Bürge für die Verpflichtungen des institors aufzukommen hatte". Auch darauf wird hingewiesen, daß die actio institoria sowieso einen exzeptionellen Charakter habe. Bei der Bedeutung der in Frage stehenden Klagen für das römische Rechtsleben kann die letztere Begründung doch nicht recht befriedigen.

[1]) Loening a. a. O. S. 17 u. 18; vgl. auch Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 102: „Aber man muß dies auch für gerecht gehalten haben, sonst hätte man diese weitgehende Haftung für fremde Verschuldung nicht zugelassen".

[2]) Goldschmidt a. a. O. S. 368; Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 102.

Rechtsgeschäften unbedingt zu haften habe.[1]) Die meisten Schriftsteller haben nun, und zwar vielfach in künstlicher Weise, diesen Satz aus dem Wesen der Stellvertretung erklären wollen,[2]) man muß aber mit Loening, der uns eine Widerlegung der einzelnen Theorien gibt,[3]) diese Versuche als gescheitert betrachten. Es ist das Gerechtigkeitsgefühl,[4]) das auch hier, wo die besonderen Verhältnisse der actio institoria nicht mehr vorliegen, die Verantwortlichkeit des Vertretenen für culpa des Vertreters wenigstens in gewissem Umfange zur allgemeinen Anerkennung gebracht hat.

Was die Haftung des Schuldners für culpa seiner Gehilfen nach römischem Recht betrifft, ist zu unterscheiden, ob derselbe zur Zuziehung oder Substituierung von solchen berechtigt war oder nicht.

Darüber herrscht Übereinstimmung, daß wenn die Substitution, sei es gesetzlich, sei es kontraktlich, verboten oder der Natur des Rechtsgeschäftes nach unzulässig war, der Schuldner für culpa des Substituten einzustehen hat, auch wenn er im übrigen durchaus sorgfältig gehandelt hat.[5])

Die Verhältnisse liegen hier scheinbar sehr einfach. Wer

[1]) Mitteis, Stellvertretung S. 288 ff.; vgl. auch Windscheid, Pand. Bd. 1 § 73, Bd. 2 § 313; weiter gehen Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 107 und Loening a. a. O. S. 63 ff., der dem Prinzipal auch für die culpa des Vertreters bei Erfüllung des Rechtsgeschäftes haften lassen will. Gegen eine Haftung des Prinzipals für culpa seines Vertreters ist Goldschmidt a. a. O. S. 368 Anm. 1.

[2]) z. B. Windscheid.

[3]) a. a. O. S. 58 ff.

[4]) vgl. Loening a. a. O. S. 61: „Aber dieser Rechtssatz ergibt sich nicht als juristische Konsequenz aus dem Begriff der Stellvertretung oder aus dem Begriff der juristischen Person. Er beruht vielmehr, wie die Zulässigkeit der Stellvertretung beim Abschluß von Verträgen überhaupt, auf Gewohnheitsrecht und ist hervorgegangen aus der Forderung der Gerechtigkeit, daß derjenige, der sich zum Abschluß von Verträgen eines Stellvertreters bedient, weil er will oder weil er muß, auch die Gefahr zu tragen hat, welche für den dritten Kontrahenten daraus erwachsen kann, daß nicht der aus dem Vertrag Berechtigte und Verpflichtete den Vertragswillen erklärt, sondern daß seine Willenserklärung durch die Willenserklärung eines Stellvertreters ersetzt wird". Der gleichen Ansicht ist auch Mitteis S. 290, wenn er die Haftung des Vertretenen auf die bona fides zurückführt. „Sie obliegt ihm nicht kraft eines stillschweigenden Garantievertrages, nicht vermöge Fiktion des dolus oder der culpa in seiner Person, sondern vermöge der bona fides, welche den dominus entsprechend dem Vertrauen des Dritten für den Vertrag mit seinen Modifikationen durch rechtswidrigen Abschluß haften läßt."

[5]) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 401 zu Anm. 4; Jhering, Schuldmoment S. 207; vgl. auch Goldschmidt a. a. O. S. 298 ff.; v. Wyß a. a. O. S. 89; Ubbelohde, Zeitschr. f. HR. Bd. 7 S. 219.

sich unbefugterweise einen Gehilfen substituiert, so argumentiert man, handelt schuldhaft und steht deshalb wegen eigener culpa für dessen Handlungen ein.[1]) Aber es lassen sich Fälle denken, in denen die unstatthafte Substitution auf einer culpa des Schuldners in Wirklichkeit nicht beruht, so z. B. wenn er in entschuldbarer Unkenntnis eines Substitutionsverbotes optima fide einem Fähigeren die Erfüllung des Kontraktes überträgt. Diese Fälle werden gewiß nicht häufig sein, indessen sind sie recht wohl möglich. Hier erhebt sich nun eine Frage, welche die Haftung aus unstatthafter Substitution in einem andern Licht erscheinen läßt. Soll sich der Schuldner durch den Nachweis, daß diese Substitution ihm nicht zum Verschulden anzurechnen sei, von der Verantwortlichkeit befreien können, wie dies der Zurückführung der Haftung auf culpa propria und der römischen Schuldmaxime entspräche, oder soll nicht vielmehr an das Faktum der objektiv widerrechtlichen Substitution die unbedingte Verantwortlichkeit geknüpft werden? Soll nicht nach einer den römischen und vielen modernen Juristen geläufigen Wendung die Schuldfrage „als Gegenstand der Feststellung in abstracto", die culpa als fingiert erscheinen? Dafür scheint die l. 2 § 1 D. si mensor 11, 6 zu sprechen: „Sed si ego tibi, cum esses mensor, mandaverim, ut mensuram agri ageres et tu id Titio delegaveris et ille dolo malo quid in ea re fecerit, tu teneberis, quia dolo malo versatus es, qui tali homini credidisti".[2])

Dieser Ansicht ist ohne Zweifel Jhering,[3]) der diese Haftung mit derjenigen aus dem ädilizischen Edikte auf eine Linie stellt. „Läßt sich die Haftung unter den Gesichtspunkt der eigenen Verschuldung bringen? Nicht mehr und nicht weniger als die Haftung aus dem ädilizischen Edikt." Auch Goldschmidt, wenn er sagt: „nicht aus der Schuld des Gehilfen, sondern aus eigener Schuld oder aus Gefahrübernahme wird gehaftet",[4]) scheint ähnlicher Meinung zu sein.[5])[6])

[1]) v. Wyß a. a. O. S. 89; Ubbelohde a. a. O. S. 219.

[2]) vgl. aber auch l. 23 pr. D. pro socio: „Et puto omni modo cum teneri eius nomine quem ipse solus admisit, quia difficile est negare culpa ipsius admissum". Es ist zweifelhaft, ob hier auf culpa abgestellt oder culpa fingiert werden soll.

[3]) Schuldmoment S. 207.

[4]) Zeitschr. f. HR. Bd. 16 S. 298.

[5]) Goldschmidt unterscheidet übrigens in seiner Abhandlung zwischen unstatthafter, d. h. verbotener, und Substitution auf eigene Gefahr. Dem ist nicht beizutreten. Es ist nicht einzusehen, warum, wenn auf persönliche und alleinige Ausführung erkennbar gerechnet war, eine Substitution an sich nicht rechtswidrig sein soll. Die von Goldschmidt (S. 320) unter die „Substitution auf eigene Gefahr" gestellten und unter dem Gesichtspunkte stillschweigender Garantieübernahme betrachteten Haftungen der

Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen, wenn die Substitution erlaubt und nicht widerrechtlich war, ist nicht im Einklange mit den Grundsätzen der Schuldlehre, die das römische Recht auch im Kontraktsystem unmittelbar zur Anwendung gebracht hat, und die Antwort auf die Frage, ob der Schuldner für seine Gehilfen zu haften habe, sollte ohne weiteres gegeben sein.

Und doch steht man hier vor einer der bekanntesten und hartnäckigsten Kontroversen des Pandektenrechts. Es darf doch wohl heute als feststehend angenommen werden, daß eine Haftung für fremde Schuld aus einem Rechtssystem vollständig auszuschalten unmöglich ist, daß sie für jedes entwickelte Rechtsleben unentbehrlich ist. Die neueren Kodifikationen haben den Grundsatz der Haftung für fremdes Verschulden angenommen, und wenn an diesen Bestimmungen Kritik geübt wird, so geht diese Kritik fast allgemein nur dahin, daß dieser Grundsatz noch nicht in genügendem Umfange zur Anerkennung gelangt ist. Eines der stärksten Argumente gegen die Herrschaft des Schuldprinzips ist gerade in dieser Unentbehrlichkeit der Haftung für fremde Schuld zu finden.

Schuldprinzip und Haftung für fremde culpa stehen in unvereinbarem Gegensatze, und darin lag die Schwierigkeit für das römische Recht, mehr aber noch für die gemeinrechtliche Praxis, als die römischen Surrogate, die actiones adiecticiae qualitatis, dahingefallen waren. Auf das außerordentlich reiche Material,[1]) das sich im Kampfe um die Haftung für fremde Schuld in der Literatur des Pandektenrechts angehäuft hat, kann hier nicht im einzelnen eingetreten werden. Insoweit als es sich für die gemeinrechtliche Praxis darum handelte, dem römischen Rechte eine Haftung für fremde Schuld abzuringen und sie als geltendes Recht für die Gebiete des gemeinen Rechtes nachzuweisen, haben die Kontroversen heute keine allzu große Bedeutung mehr.

Die Frage, ob trotz dem Schuldprinzipe in das römische Recht in einzelnen Fällen die Haftung für Verschulden der Ge-

decuriones, tabularii, der Erbpächter und Pächter kaiserlicher Güter und des Vormundes für ihre Substituten sind für besondere singuläre Verhältnisse gesetzlich statuierte Verantwortlichkeiten für fremde Schuld.

[6]) Zu der unerlaubten Substitution läßt sich auch der verwandte Fall der l. 10 (11) de neg. gestis 3, 5 stellen, nach welcher der negotiorum gestor unbedingt haften muß für Schaden, der daraus entstanden ist, daß er negotium quod non est solitus absens, facere an Hand genommen hat.

[1]) Literaturnachweise finden sich bei Windscheid, Pand. Bd. 2 § 401 Anm. 5; Unger in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 18 S. 385.

hilfen, wenigstens in Kontraktverhältnissen, Eingang gefunden hat, kann daher ruhiger beurteilt werden, und es ist zu sagen, daß nach dem Standpunkte der justinianischen Kompilation[1]) der Schuldner für culpa seiner Gehilfen nicht zu haften hat, wenn ihn selbst keine Schuld trifft. Einzelne römische Juristen mögen allerdings eine abweichende Meinung gehabt und die Unrichtigkeit des römischen Standpunktes erkannt haben. Ihre Entscheide, soweit sie in die justinianische Gesetzgebung mit übergegangen sind, sprechen aber nicht mit der Klarheit, welche mit Rücksicht darauf, daß es sich um eine vom Standpunkte des römischen Rechts exzeptionelle Bestimmung handelt, zu fordern wäre, und lassen immerhin die Möglichkeit anderer Erklärungen zu. Eine Ausnahme kann höchstens für den besonderen[2]) Einzelfall der locatio conductio operis anerkannt werden.[3]) Dafür spricht die bekannte Stelle von Gaius: „Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset, idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit: idemque etiam ad ceteras res transferri potest".

Auch eine große Anzahl „innerer Gründe" sind ins Feld geführt worden, die zugleich eine Erklärung der objektiven Haftung für Verschuldung der Gehilfen, sei es in Vertragsverhältnissen, sei es auch außerhalb des Kontraktnexus, geben wollen.[4]) [5])

Der Gesichtspunkt der Versicherung[6]) wird geltend gemacht

---

[1]) vgl. z. B. den Nachsatz der l. 11 pr. D. 19, 2.

[2]) vgl. darüber H. A. Fischer in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 37 S. 255 ff.; Goldschmidt in der Zeitschr. f. HR. Bd. 16 S. 360 und die dort zitierte Theorie des Gutachtens der Fakultät von Halle. Das Charakteristische der locatio conductio operis liege darin, daß ein „apotelesma", eine universitas consummationis, versprochen sei.

[3]) l. 25 § 7 D. 19, 2; vgl. ferner die Stelle von Ulpianus l. 13 § 1 D. 19, 2; Pernice, Labeo II, 2, 1 S. 176; H. A. Fischer a. a. O. S. 254; besonders Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 107; a. M. Windscheid, Pand. Bd. 2 S. 107. Über Haftung für culpa der Gehilfen im allgemeinen zu vergleichen auch l. 3 Inst. 4, 5; l. 10 § 1; l. 11 D. 13, 6; die schwierige l. 20 § 2 D. 19, 5; vgl. über l. 20 D. 19, 5 auch Gradenwitz, Interpolationen in den Pand. S. 138; vgl. Unger in Jherings Jahrb. N. F. Bd. 18 S. 385.

[4]) Die historischen Erklärungen aus dem deutschen Rechte fallen hier nicht in Betracht.

[5]) Auch hier wird mit Kulpafiktionen operiert, z. B. Jhering, Jahrb. f. Dogm. Bd. 4 S. 84 ff.

[6]) So schon v. Ubbelohde, Zeitschr. f. HR. Bd. 7; vgl. aber auch v. Bar in Grünhuts Zeitschr. Bd. 4 S. 72; über englisches Recht s. v. Bar a. a. O. S. 73.

und die Schwierigkeit des Beweises herangezogen, um eine, übrigens stets unbefriedigende, praesumptio iuris et de iure aufzustellen. Auch die Unterstellung einer Garantieübernahme kehrt hier wieder;[1]) ferner ist in dem Rechte des Unternehmers zum Bezuge des Unternehmergewinnes der Grund dür Haftung gefunden worden.[2])

Für Baron ist die Haftung enthalten in der von ihm konstruierten custodia,[3]) und Unger hat den Begriff des „Handelns auf eigene Gefahr" zuerst aufgestellt.[4])

Im allgemeinen zeigt sich auffallenderweise eine große Mannigfaltigkeit der Ansichten über die inneren Gründe, die die Haftung rechtfertigen, während über die Unentbehrlichkeit und Richtigkeit des Grundsatzes kaum Zweifel mehr bestehen.[5]) Soviel darf wohl angenommen werden, daß die Haftung darauf zurückzuführen ist, daß für eine besondere Form der Verursachung des Schadens gehaftet wird. Der Gesichtspunkt der Verursachung ist maßgebend; auch in dem Begriff des Handelns auf eigene Gefahr und in der Auffassung, „daß der Schuldner für Handlungen seiner Hilfsorgane eintreten und ihr Verschulden als eigenes entgelten muß",[6]) ist dieser Gesichtspunkt enthalten.

Wer sich einen andern substituiert, wirkt in besonderer Weise kausal. Daß der Schwerpunkt in der Verursachung liegt, geht daraus hervor, daß der Schuldner Versehen der Gehilfen auch nur insoweit zu vertreten hat, als er durch die Substitution als kausal wirkend angesehen wird. Daher sollte der Tapezierer nicht haften für seinen Arbeiter, den er zum Tapezieren in ein Haus geschickt hat, wenn dieser dort gegen Trinkgeld noch Bilder aufhängt; dagegen sollte kein Unterschied gemacht werden

---

[1]) vgl. die Bemerkungen von Windscheid, Pand. Bd. 2 § 401 Anm. 5 gegen Enneccerus.

[2]) Mit Recht erklärt Unger a. a. O. S. 389 Anm. 71 dieser von Laband, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 73 S. 187 geltend gemachte Gesichtspunkt (Laband spricht übrigens de lege ferenda, also nicht für das gemeine Recht) sei unzureichend zur Erklärung der Haftung für die Gehilfen im Kontraktsverhältnisse im allgemeinen. Vgl. auch über die Haftpflichtgesetze Steinbach a. a. O. S. 62.

[3]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 18; vgl. auch Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78, z. B. S. 219 ff., 220.

[4]) Ähnlich ist die Konstruktion von Rud. Merkel: „Das Prinzip des aktiven Interesses" in seiner schon zitierten Schrift; vgl. u. a. S. 153, 160, 167. Ein „Interesse" ist aber der Haftung für die Gehilfen nicht wesentlich.

[5]) vgl. noch den Beschluß des 17. Deutschen Juristentages; Unger a. a. O. S. 387; Steinbach a. a. O. S. 60 ff.; Mataja a. a. O. S. 38 ff. u. 72 ff.

[6]) Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 653; vgl. auch Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 651 Anm. 1.

zwischen Verschulden in Erfüllung und Verschulden in Ausführung der Verbindlichkeit.[1])

Receptum nautarum und „vis major".

Ait praetor: „Nautae caupones stabularii, quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent in eos iudicium dabo".[2])

Der Prätor hat eine Haftung aufgestellt, die von einer culpa durchaus unabhängig ist, wie uns im weiteren noch ausdrücklich von Ulpian versichert wird: „et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est; nisi si quid damno fatali contingit".[3])

Das muß vor allem betont werden; mit Hinblick auf die wiederholten Aussprüche der Quellen und die Rechtfertigung der Haftung, welche die römischen Juristen geben und für notwendig erachten, wird wohl niemand daran zweifeln wollen.

Dieser Grundgedanke muß aber auch festgehalten werden, und man darf ihn nicht im Detail der Untersuchung vergessen und so weit verlieren, daß man bei der Erörterung über den Umfang der Haftung zu dem gänzlich inkonsequenten Resultat gelangt, die vis major mit dem Kasus identisch zu erklären, ein Resultat, das sich in Gegensatz setzt zu den klar ausgesprochenen Grundgedanken des Rezeptum.

Die Rezeptumshaftung ist eine Kasushaftung. Doch soll nicht allzu großes Gewicht auf die hier gegebene Durchbrechung des Verschuldungsprinzipes gelegt werden. Wenn auch, wie im späteren sich zeigen wird, der Ansicht, daß beim Rezeptum ein ausdrücklicher Gefahrübernahmevertrag vorliege, nicht beigetreten werden kann, so ist doch die Haftung nur einem recht begrenzten Kreise von Gewerbetreibenden auferlegt.

Die römischen Bestimmungen über die gesteigerte Verantwortlichkeit der „nautae, caupones, stabularii" und gleichgestellter Gewerbe[4]) haben für unsere Zeit eine Bedeutung erlangt, die sie für die Römer selbst in gleichem Maße wohl nicht hatten.

---

[1]) Anders das BGB., das hier durch das Verschuldungsprinzip beeinflußt worden ist; vgl. Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 656 ff.

[2]) l. 1 pr. D. 4, 9.

[3]) l. 3 § 1 D. 4, 9.

[4]) vgl. l. 1 § 4 D. 4, 9; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 384 Anm. 1; Geide, Die Einbringung von Sachen bei Gastwirten nach dem gemeinen Rechte und dem Rechte des BGB. für das Deutsche Reich, Diss. 1904, S. 15. Über den horrearius vgl. Pernice, Labeo II, 1 S. 350 ff.;

Nicht allein, weil das moderne Recht bis vor kurzem die ausgeprägte Tendenz hatte, die Rezeptumshaftung auf weitere Gewerbe, wie Frachtführer, Eisenbahnen u. a., auszudehnen, sondern vor allem, weil sich hier der vielumstrittene und auch vielmißbrauchte Begriff der vis major zuerst entwickelt hat.

Die römische Rezeptumshaftung ist die bescheidene Quelle einer immer wachsenden und erst neuerdings wieder abnehmenden Strömung gesetzgeberischer Produktion geworden, und zwar auffallenderweise, trotzdem über den Begriff und die Erklärung der vis major nicht nur in der Wissenschaft, sondern auch in der Praxis Übereinstimmung fehlte und wohl noch heute fehlt.

Auf die Gestaltung der vis major in den modernen Kodifikationen — den Eisenbahngesetzen, Haftpflichtgesetzgebungen und Bürgerlichen Gesetzbüchern — hat die jeweilen herrschende gemeinrechtliche Doktrin einen starken Einfluß geübt. Der Begriff der modernen vis major ist kein reiner einheitlicher, in einzelnen Ländern, wie z. B. besonders im französischen Rechte,[1]) hat sich in Theorie und Praxis eine Gewohnheit in der Auffassung des Begriffes der vis major herausgebildet, und wenn auch die modernen Kodifikationen gewöhnlich den Begriff der vis major nicht näher definieren, so läßt sich doch die Ansicht vertreten, daß die Bestimmungen der neueren Kodifikationen im Sinne dieser Entwicklung in den einzelnen Ländern aufgefaßt werden müssen.

Auf diesem Standpunkt steht wohl Endemann, welcher für das Bürgerliche Gesetzbuch zwei Bedeutungen der vis major annimmt, da sich die Auffassung der Haftung bis zur „höheren Gewalt" als besonderer Steigerung der Sorgfaltspflicht, wie sie der gemeinrechtlich lange vorherrschenden, subjektiven Ansicht zugrunde liegt, auf die Fälle der Verjährung nicht anwenden läßt.[2])

Volkmar, Vis major und Betriebsgefahr, Diss. Berlin 1900, S. 11; Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung S. 16; Windscheid, Pand. Bd. 2 S. 401 Anm. 2. Die Hauptstellen über den horrearius sind l. 55; l. 60 § 6 D. 19, 2; l. 1 C. 4, 65. Der horrearius haftet nach ihnen für „custodia". Über die Stellung dieses Begriffes in der Lehre der vis major vgl. das Spätere.

[1]) vgl. Biermann, Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages Bd. 4 S. 111 ff.; Pal, Beitr. zur Ausgestaltung des internationalen Eisenbahnrechtes, in Grünhuts Zeitschr. Bd. 35 S. 41.

[2]) Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 648 ff. Anm. 16 u. 17; v. Randa a. a. O. S. 117 ff.; Volkmar a. a. O. S. 8. Als einen entschiedenen legislativen Mißgriff bezeichnet schon H. A. Fischer a. a. O. S. 288 die Übertragung des vis major-Begriffes in das Gebiet des § 203 BGB.

Hier fragt es sich aber, welchen Begriff der vis major wir dem römischen Rechte entnehmen können, und zwar vor allem dem Justinianischen Gesetzbuche, auf welches die gemeinrechtlichen Theorien im Grunde doch zurückgreifen und an welches sie anknüpfen wollten. Die vorjustinianische Entwicklung soll nur in zweiter Linie, soweit zur Auslegung des Justianischen Rechtes erforderlich, herangezogen werden.

Viele haben von einem Rätsel der vis major gesprochen, aber man darf sich fragen, ob nicht die vis major, wie auch manche Menschen, nur deshalb rätselhaft erscheint, weil man mehr in ihr sucht, als in ihr zu finden ist.

Festzuhalten ist, wie schon betont, daß die Rezeptumshaftung eine Haftung für casus ist. Ein reiches Quellenmaterial ist uns leider nicht überliefert, und das Verschuldungsprinzip hat in doppelter Weise hemmend auf die unbefangene Erklärung des uns überlieferten Stoffes in der gemeinrechtlichen Doktrin gewirkt.[1]) Einmal durch das Mißvergnügen über die Kasushaftung überhaupt, die vom Verschuldungsprinzipe aus als unrichtig und auch stets unbillig gelten muß, so daß am Schlusse der Erörterungen oft von der Kasushaftung kaum mehr etwas übrigbleibt und die ausdrücklichen Erklärungen des prätorischen Ediktes vergessen werden, das doch einen vernünftigen Zweck schließlich gehabt haben muß: „Maxima utilitas est huius edicti".

„Ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum."[2])

So leistet die Doktrin, welche das Schuldprinzip verficht, den Eisenbahnen und anderen direkt Betroffenen, welche ein Interesse daran haben, die vis major zu einem möglichst umfassenden Sammelbegriff zu machen, ihre Hilfe zur Einschränkung der Haftung durch Ausdehnung des Umfanges der „höheren Gewalt". Das ist aber eine ganz andere Frage, ob man es für billig hält, den Eisenbahnen und ähnlichen Betrieben eine mehr oder weniger strenge Sorgfaltspflicht oder eine Haftung für Zufall

[1]) Vielleicht hat das Verschuldungsprinzip schon die Komplilatoren, die besonders eifrige Anhänger desselben waren, manchmal zu einer falschen Motivierung der Rezeptumshaftpflicht geführt; vgl. Stintzing, Über vis major im Zusammenhang mit Periculum und Haftung, im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 81 S. 435; vgl. Volkmar a. a. O. S. 16.

[2]) l. 1 § 1 D. 4, 9. Vgl. den Ausspruch von v. Hollander, Vis major als Schranke der Haftung 1902 S. 28: „Der Gedanke, daß im Prinzip im römischen Recht in seiner justinianischen Gestalt irgendwo eine Haftung für Zufall von Rechts wegen anerkannt sein sollte, klingt überdies so ungeheuerlich, daß ein besonders schlüssiger Beweis dafür gefordert werden muß, wenn dieses als möglich gelten soll" (?). Vgl. auch S. 40; vgl. Volkmar a. a. O. S. 13.

aufzuerlegen, als diejenige Frage, welche Bedeutung die exceptio der vis major in der Rezeptumshaftung des römischen Rechtes hatte.[1])

In zweiter Linie hat aber das Schuldprinzip besonders dadurch verdunkelnd gewirkt, daß zur Erklärung der vis major immer wieder vom Verschuldungsbegriffe ausgegangen wurde, ohne zu berücksichtigen, daß für Kasushaftung andere Gesichtspunkte sich ergeben müssen, und so landen die Theorien immer wieder beim unabwendbaren Zufalle, weil eben ihnen vom Verschuldungsprinzip aus der Gedanke einer Unterscheidung zwischen Zufallsarten unerträglich ist.

Unabwendbar — Zufall — ist doch eine Tautologie, wenn man vom subjektiven Standpunkte des Haftenden urteilt, und eine Unrichtigkeit, wenn man versucht, den „unabwendbaren Zufall" objektiv zu fassen.

Es wird zwar immer behauptet, ein unabwendbarer Zufall sei etwas anderes als ein unverschuldeter Zufall, aber man kann sich im Grunde nicht darüber täuschen, daß die sogen. diligentia exactissima nichts ist als das Gegenstück der „culpa levissima".[2])

Da, wo eine objektive Haftung aufgestellt ist, kann man zur Feststellung ihres Wesens nicht vom subjektiven Standpunkte des Verschuldens ausgehen.[3]) Wo eine Haftung für Verursachung vorliegt, kann der Umfang der Haftung nur aus dem Gesichtspunkte des ursächlichen Zusammenhangs gefunden werden.

Häufig sind aber selbst diejenigen, die den Begriff der vis major objektiv fassen wollen, nicht von einem objektiven Standpunkte ausgegangen, um die Grenze der Haftung zu erklären. Exners bahnbrechende Unterscheidung von Betriebs- und Nichtbetriebsunfällen ist richtig, aber er ist intuitiv, denn seine Erklärung aus der Beweisnotlage muß als ungenügend betrachtet werden, und sie mußte mißlingen, weil er im Grunde auch von dem Verschuldungsprinzip ausgeht.

Es ist nun zumeist die vis major als „Schranke der Haftung" aufgefaßt worden, in dem Sinne, daß bis zur vis major gehaftet werde und nur dann nicht, wenn vis major vorliege. Es dürfte sich aber aus den Quellen nicht belegen lassen — und darauf soll später zurückgekommen werden —, daß dies

[1]) vgl. z. B. über die Vermischung der beiden Fragen H. A. Fischer in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 37 S. 215; vgl. auch R. Merkel, Kollision S. 208.

[2]) vgl. auch Karl Brunner, Die Haftung nach bürgerl. R. und die höhere Gewalt, Diss. Würzburg 1904, S. 45.

[3]) vgl. das Votum von R. Merkel, Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages Bd. 4 S. 119.

der römischen Auffassung entspricht. Es liegt kein zwingender Grund vor, anzunehmen, daß nach der römischen Auffassung neben den Fällen der vis major nicht auch andere gleichgestellte haftbefreiende Fälle möglich wären, und daß, wie im gemeinen Rechte meistens angenommen worden, die vis major als Sammelbegriff alle haftbefreienden Fälle umfassen müßte. Daraus würde sich ergeben, daß die römischen Juristen,[1]) anschließend an die vom Prätor aufgestellte Rezeptumshaftpflicht, lediglich erklären, daß bei vorliegender vis major die Haftung entfallen muß, ohne damit alle anderen haftbefreienden Fälle auszuschließen.[2]) Auf gleiche Linie mit der vis major sind auch für das römische Recht in bestimmten Fällen zu stellen die vitia quae ex ipsa re oriuntur, „Selbstverschulden" und — Andeutungen dafür sind schon im römischen Rechte vorhanden[3]) — Selbstverursachung durch den Geschädigten.[4])

Die vis major als allgemeine Schranke der Haftung aufgefaßt entspricht auch nicht der Bedeutung des uns überlieferten Wortes „vis major" oder „damnum fatale", dessen Ableitung von dem griechischen *θεοῦβία* [5]) uns in den Pandekten überliefert wird, und noch weniger den von den Römern gegebenen Beispielen, besonders von dem Standpunkte der subjektiven Auffassung,[6]) aber auch vom Standpunkte der objektiven Auffassung, wenn man alle Fälle in Betracht zieht, welche nach heutiger Anschauung nach Eisenbahn- und Haftpflichtgesetzen haftbefreiend wirken.[7])

---

[1]) Über die Zurückführung der exceptio der vis major auf Labeo — „inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari" — l. 3 § 1 D. 4, 9; vgl. besonders Pernice S. 308ff.; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 39: „Ein Notgesetz, welches ursprünglich keine Ausnahme kannte"; Volkmar a. a. O. S. 12 Anm. 16.

[2]) Schwierigkeiten macht hier vielleicht das „nisi" in l. 3 § 1 D. 4, 9: „at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est, nisi si quod damno fatali contingit".

[3]) vgl. l. 25 § 6 D. 17, 1.

[4]) Man denke an Verschulden der eigenen Diener des Beschädigten; vgl. § 701 BGB.; Knauer, Die höhere Gewalt im Reichsrecht 1901 S. 112ff.

[5]) l. 25 § 6 S. 19, 2.

[6]) Selbstmord eines Wahnsinnigen, kleines Kind, das unerwartet in einen fahrenden Straßenbahnwagen hineinläuft; vgl. RG. Bd. 21 S. 13.

[7]) Es ist darüber gestritten worden, ob höhere Gewalt im modernen Rechte anzunehmen, wenn ein kleines Kind plötzlich und ganz unvermutet in die Räder eines vorüberfahrenden Straßenbahnwagens hineinläuft. Eine „höhere Gewalt" in der grammatikalischen Bedeutung des Wortes liegt hier doch nicht vor; vgl. über den Fall Karl Brunner a. a. O. S. 91. Brunner nimmt höhere Gewalt an, es ist aber, falls überhaupt Haftbefreiung angenommen werden muß, nur ein der höheren Gewalt und dem Selbstverschulden gleichzustellender und zwischen beiden stehender Fall der Selbstverursachung anzunehmen. Das RG. nimmt einen Betriebsunfall an. Vgl. RG. Bd. 62 S. 145, 346, Bd. 54 S. 408; vgl. auch R. Merkel, Kollision S. 190 ff.

Vom heutigen Standpunkte läßt sich der Gedanke nicht abweisen, daß die römische vis major ein wenig entwickelter Begriff ist,[1]) [2]) der für die modernen Verhältnisse in seiner römischen Gestalt nicht mehr genügen kann. Daraus erklären sich wohl die großen Schwierigkeiten, die sich in der modernen Praxis ergeben haben, und die außerordentliche Zersplitterung der Ansichten über die vis major.

Insoweit ist es berechtigt, daß gegen den Begriff der vis major Stellung genommen wird und der 22. Deutsche Juristentag sich überwiegend gegen die Verwendbarkeit der vis major ausgesprochen hat.[3]) Diese Stellungnahme ist auch deshalb berechtigt, weil die Entwicklung der Lehre von der Kausalität heutzutage erlauben sollte, über die vis major, in welcher die erste Anregung enthalten war, hinwegzuschreiten, d. h. sie durch richtiger gefaßte Kategorien zu ersetzen.[4])

Zum Verständnis der römischen Bestimmungen muß man sich aber auf den Standpunkt des römischen Lebens und der römischen Anschauungen zu stellen suchen. Man mag nun über die religiösen Ansichten der Römer denken wie man will, es lag ihnen doch vielleicht der Gesichtspunkt der direkt handelnden, eingreifenden Gottheit näher als unserer Zeit. Auch die Errungenschaften der Technik, die naturgemäß heutzutage unsere Auffassung außerordentlich beeinflussen, müssen weggedacht werden. Was den Römern, auch den Nichtjuristen, allgemein als vis major galt — und darauf müssen die römischen Juristen sich doch gestützt haben —, ist es heute längst nicht mehr.

Über das Wesen der Rezeptumshaftung im römischen Rechte im allgemeinen dürften einige Bemerkungen

---

[1]) Darüber Pernice a. a. O. Bd. 2 1. Aufl. S. 349; Volkmar a. a. O. S. 23. Die Römer haben überhaupt den Problemen des ursächlichen Zusammenhangs wenig Beachtung geschenkt.

[2]) Die Römer beschränken das Anwendungsgebiet der vis major durchaus nicht auf das Rezeptum und event. die Haftung des horrearius, wie bereits öfter erwähnt worden ist; vgl. als Beispiel l. 24 § 4 D. 39, 2. Gegen die exactissima diligentia spricht jedenfalls das Auftreten der vis major als Grund der remissio mercedis bei der Pacht, und ein doppelter Begriff der vis major läßt sich aus den Quellen für das römische Recht wohl kaum nachweisen; vgl. jedoch für das BGB. Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 648ff.

[3]) vgl. besonders die Referate in den Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages Bd. 4 S. 104ff., 111, 115, 116. Bemerkenswert ist das Votum von R. Merkel daselbst; vgl. auch Stintzing a. a. O. S. 430.

[4]) vgl. besonders Träger a. a. O. S. 322, 323, 228, 246, 250, 252.

genügen. Es ist versucht worden, das Wesen der Rezeptumshaftung auf den freien Willen des Rezipienten zurückzuführen und durch die Unterstellung einer freiwilligen Garantieübernahme derselben ihre gegen das Schuldprinzip gerichtete Spitze zu nehmen.

Am weitesten geht hier Ude,[1]) der ausführt, daß im receptum von Anfang an ein besonderes Versprechen anzunehmen ist, welches auch als solches von den klassischen Juristen und von den Kompilatoren angesehen wurde, also der Ansicht ist, daß zum Eintritte der Haftung eine ausdrückliche Garantieübernahme durch pactum seitens der Schiffer, Wirte und Stallhalter usw. notwendig sei. Gegen Udes Auffassung spricht der ganze Charakter des Ediktfragmentes, und seine Ansicht hat wenig Anklang gefunden.[2])

Feiner ist Goldschmidt[3]) vorgegangen. Ausgehend von der Interpretation der Worte „salvum fore recipere", denen er die Bedeutung „versprechen, für die Integrität einstehen zu wollen", beilegt, gelangt er zur Annahme einer dem Erlaß des Ediktes vorausgehenden allgemeinen Verkehrssitte, gemäß welcher Schiffer, Wirte usw. durch Garantieversprechen ihren Kunden gegenüber eine strengere Haftung auf sich nehmen. An diese Verkehrssitte habe das prätorische Edikt „angeknüpft, indem es die volle Wirksamkeit einer solchen einseitigen und wohl nicht schlechthin an eine bestimmte Formel und Form gebundenen Erklärung außer Zweifel, vielleicht auch den Umfang der dadurch übernommenen Verpflichtung festsetzte, und nicht, indem es, ausgehend von dem in der Sitte begründeten Garantieversprechen der Wirte und Schiffer, die bezweckte Wirkung dieses Versprechens an die bloße Aufnahme knüpfte, wie natürlich auch die letztere Auffassung erscheine".[4]) Die überwiegenden Gründe für die erstere Ansicht findet er in der Anknüpfung des Ediktes

[1]) Zeitschr. f. Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, Bd. 12 S. 66 ff.; vgl. Windscheid, Pand. Bd. 2 § 384 Anm. 4.

[2]) l. 1 § 8 D. 4, 9; l. 1 § 1 D. 4, 9; l. 1 pr. D. 4, 9. Über Ude vgl. Windscheid, Pand. Bd. 2 § 384 Anm. 4; besonders Dernburg, Pand. Bd. 2 § 39 Anm. 3; Baron, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 239. Eine andere Ansicht als Ude vertritt Lenel, Zeitschr. f. Rechtsgeschichte Bd. 13 S. 403 für die frühere Zeit (dazu vielleicht zu vgl. l. 11 §§ 2, 3 D. 14, 3); vgl. Girard a. a. O. S. 659.

[3]) Zeitschr. f. HR. Bd. 3 §§ 7, 9, 11 Ziff. 1. Pernice, Labeo II 1. Aufl. S. 347, 348 vertritt die Ansicht, daß zwar vor dem Erlaß des praetor die Haftung durch einen zum zivilen Kontrakte tretenden Nebenvertrag begründet wurde, daß aber nach der Aufstellung der Ediktes nicht eine stillschweigende Garantieübernahme, sondern eine gesetzliche Verpflichtung anzunehmen sei; vgl. auch v. Wyß S. 79—83.

[4]) Goldschmidt, Zeitschr. f. HR. Bd. 3 S. 101.

an die Formel „salvum fore recipere" und darin, daß wir auch in „den dürftigen Resten der interpretierenden Jurisprudenz den weiteren Entwicklungsgang übersehen können. Wiederum durch die Verkehrssitte sei man nämlich nach Erlaß des Edikts unter Benutzung der Mehrdeutigkeit des Wortes ‚recipere'" dazu gelangt, „das ‚recipere' von dem bloß tatsächlichen, ganz formlosen Akte der Aufnahme und das Garantieversprechen als stillschweigend darin begriffen zu verstehen".[1])

„Das wahre Wesen" des receptum ist nach Goldschmidt „in einem ursprünglich ausdrücklichen, später subintelligierten Garantieversprechen zu erblicken".[2]) Es ist nur konsequent, wenn Goldschmidt im weiteren die absolute Geltung des receptum verwirft und schließlich erleichtert bemerkt, daß es auch hier bei der allgemeinen Regel bleibe, die Ulpian in l. 23 d. RJ. ausspricht: „Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam dolum et culpam. — sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit)".

Seine Ausführungen dürften nicht begründet sein.[3]) Es erscheint vorerst immerhin gewagt, allein auf die Worte „salvum fore recipere", die doch ausschließlich vom Standpunkte des Ediktes, statt vom Standpunkte des Rezipienten aus gesprochen sein können,[4]) die Theorie einer vor Erlaß des Ediktes bestehenden allgemeinen Verkehrssitte der Garantieübernahme aufzubauen, während doch ganz unverkennbar die römischen Juristen (Ulpian) den Erlaß des Ediktes als eine außerordentliche Neuerung zur Beseitigung bestehender Mißbräuche betrachten.[5]) Übrigens ist der Vorgeschichte des prätorischen Ediktes keine allzu große Bedeutung beizumessen, das Wesent-

[1]) Goldschmidt a. a. O. S. 102, ebenso S. 334: „Ist nämlich die geschichtliche Entwicklung unseres Institutes von uns richtig dargestellt worden, so hat nicht schon das Edikt, sondern erst die Jurisprudenz die Selbstverständlichkeit (?) der Garantieverpflichtung eingeführt". v. Wyß S. 79 scheint Goldschmidt hier mißverstanden zu haben.

[2]) vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 334.

[3]) Gegen Goldschmidt auch Pernice, Labeo II S. 348; v. Wyß a. a. O. S. 79, 80 u. 83; Baron a. a. O. S. 238 ff.

[4]) Eine eigenartige Erklärung in dieser Richtung gibt Baron a. a. O. S. 240 ff.

[5]) v. Wyß a. a. O. S. 79: „Ob es aber, wie Goldschmidt S. 100 bis 102, 112 annimmt, lediglich eine im Verkehr hergebrachte Sitte der Garantieübernahme zur positiven Regel erhob, muß, wenigstens was die Allgemeinheit dieser Übung betrifft, bezweifelt werden; denn das Edikt wollte gerade einem Unwesen steuern, welches der entgegengesetzte Rechtszustand hervorgerufen".

liche ist, daß durch dasselbe eine gesetzliche, nicht bloß eine „von Rechts wegen“ [1]) eintretende Verantwortlichkeit der Schiffer, Wirte und Stallhalter festgesetzt worden ist. Die Ansicht von Goldschmidt, der praetor habe nur die Gültigkeit und den Umfang eines vom Verkehr eingeführten Garantieversprechens klarstellen wollen, und erst später habe die allgemeine Übung die ausdrückliche Garantieübernahme in eine stillschweigende, an die faktische Aufnahme der Sache anknüpfende umgewandelt, ist eine auf recht schwachen Füßen stehende historische Hypothese.[2])

Darf man aus dem geringen Material, das zur Verfügung steht,[3]) eine so komplizierte Entwicklung herauslesen? Es muß bei dem Mangel schlüssiger Belege schwer fallen, anzunehmen, daß ein Edikt von so lapidarer umfassender Form eine so minimale Bedeutung gehabt habe, und daß in Rom im Gegensatz zu unserer Zeit Berufsstände, die im Besitze eines faktischen Monopoles sind, die naturgemäß einen Ring bilden, freiwillig dem Publikum gegenüber ihre Rechtsstellung gemindert haben.

Und wie lassen sich schließlich die bekannten nachfolgenden Stellen mit Goldschmidts Ansicht vereinigen?

Ulpianus: „Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae committere. ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum“.

Pomponius: „At hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur“.[4])

Dagegen kann zweifelhaft sein, ob nicht nach l. 7 pr. D. 4, 9[5])

---

[1]) vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 62.

[2]) Für Goldschmidt hat dieselbe allerdings großen Wert, denn erstens sucht er durch sie für seine Erklärung des „salvum fore recipere“ das Gegenargument auszuschalten, das sich aus der Tatsache ergibt, daß im Titel 4, 9 unter „recipere“ häufig die faktische Übernahme zu verstehen ist (vgl. seine Ausführungen S. 98); ferner rettet Goldschmidt, für welchen die Haftung ohne Schuld „contra elegantiam iuris“ ist, damit die Konstruktion der freiwilligen Garantie. „Ein gesetzlich statuiertes freiwilliges Garantieversprechen“ klingt aber etwas paradox; es mußte deshalb die Umwandlung der ausdrücklichen in die stillschweigende Garantieübernahme der Verkehrssitte überbunden werden; endlich zieht er aus dieser Konstruktion noch einige Argumente gegen die absolute Geltung des receptum.

[3]) Goldschmidt a. a. O. S. 101 spricht selbst von „dürftigen Resten“.

[4]) l. 1 § 1 D. 4, 9; l. 3 § 1 D. 4, 9. Ohne Ulpians Begründung übermäßige Bedeutung beizulegen, darf man sie doch schließlich nicht vollständig übergehen.

[5]) l. 7 pr. D. 4, 9: „Ulpianus libro octavo decimo ad edictum Debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi sint sive servi, factum praestare: nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit. sed non alias praestat, quam si in ipsa nave damnum datum sit: ceterum si extra navem licet a nautis, non praestabit. item si praedixerit, ut unusquisque vectorum res suas servet neque damnum se praestaturum, et consenserint vectores praedictioni, non convenitur“.

anzunehmen, daß die strenge Haftung durch ausdrückliche Verabredung ausgeschlossen werden konnte, trotzdem sich die Stellung in erster Linie auf die Strafklage auf das duplum bezieht.

Für die gegenteilige Ansicht kann l. 1 § 1 angeführt werden: „nam est in ipsorum arbitrio ne quem recipiant“, da aus dieser letzteren Stelle geschlossen werden könnte, daß zwar wohl, wie übrigens selbstverständlich, Gäste abgewiesen, nicht aber, wenn sie einmal aufgenommen, die Rezeptumshaftung abgelehnt werden konnte. Die zweite Ansicht wäre insofern befriedigender, als die Möglichkeit, die strenge Haftung auszuschließen, ganz geeignet gewesen wäre, die Bestimmungen des prätorischen Ediktes wieder illusorisch zu machen, und nicht anzunehmen ist, daß dieser Umstand den Römern entgangen wäre.[1])

Was ist nun aber „vis major“.

Darüber herrscht von jeher Streit, und seit der Glosse schon stehen sich zwei Hauptrichtungen in der Auslegung der Quellen gegenüber, eine subjektive und eine objektive; als eine dritte kann man ihnen die den Begriff der „technischen“ custodia entwickelnde Ansicht an die Seite stellen. Die bedeutendste Durchführung haben diese verschiedenen Ansichten in der neueren gemeinrechtlichen Doktrin wohl durch Goldschmidt, Exner und Baron gefunden, und es ist angemessen, ihre Schriften in erster Linie zu berücksichtigen und die Varianten und vermittelnden Ansichten nur soweit erforderlich zu erwähnen.[2])

Goldschmidt führt aus: Weder aus den Ausdrücken „damnum fatale“ und „vis major“, die beide zur Bezeichnung unverschuldeter Ereignisse schlechthin, als bloßer Gegensatz zur culpa[3]) dienen, noch aus den Beispielen, die sich im Corpus iuris finden, wie incendium, das ja „sehr häufig, wenn nicht gar in

---

[1]) Gegen die Vertragsfreiheit wohl Dernburg, Pand. Bd. 2 § 39; dafür Windscheid a. a. O. § 384 zu Anm. 8. Zu der Hypothese von Lenel betreffend Aufschrift an dem Gasthofe: „sarcinae salvae erunt“ will letztere Ansicht nicht recht passen. Vgl. Stintzing a. a. O. S. 430; vgl. BGB. § 701 Abs. 3.

[2]) Eine wertvolle, wesentlich die historische Entwicklung der Lehre bis zur Gesetzgebung Justinians berücksichtigende Untersuchung gibt Pernice, Labeo II 1. Aufl. S. 345 ff.

[3]) Goldschmidt, Zeitschr. f. HR. Bd. 3 S. 89 ff.

der Regel verschuldet[1]) ist", oder ruina naufragium, vis piratarum sind Anhaltspunkte zur Feststellung des Umfanges der Rezeptumshaftpflicht zu gewinnen. Statt sich an „einzelne resultatlose Ausdrücke" zu halten, muß man den Zusammenhang der ganzen Lehre überschauen. Die im Edikt ausgesprochene unbedingte Haftung ist nun von der Jurisprudenz in folgender Weise näher bestimmt worden:

1. Handlungen der Dienstleute und Passagiere gelten den Handlungen des Rezipienten gleich. Er steht also unbedingt ein für jede Beschädigung und jeden Verlust, welche durch Verschulden dieser Personen herbeigeführt sind (l. 1 § ult., l. 2, l. 3 pr. nautae 4, 9, l. 3 § 3 h. t.);

2. er garantiert ferner für Handlungen Dritter zu der eben gedachten Kategorie nicht gehöriger Personen, und zwar nicht allein gegen furtum, sondern auch gegen damnum derselben. „Ob diese Garantie eine unbedingte, wird sich später zeigen" (l. 5 § 1 h. t.);

3. er haftet nicht für damnum fatale oder vis major (l. 3 § 1 h. t.).

Faßt man nun diese drei Sätze zusammen, so ergibt sich, daß die Haftung über culpa hinaus sich so weit erstreckt, als die beiden ersten Sätze reichen, daß aber jede andere nicht vom Rezipienten ausgegangene Entschädigung, Vernichtung, Entwendung als nicht vertretbare vis major gilt. Es bedarf indessen noch einer Feststellung des zweiten Satzes. Durch diesen ist nichts ausgesprochen, als daß die custodia[2]) sich hier auf das damnum erstreckt (l. 5 § 1 h. t.). Daß die Haftung für furtum und also auch für damnum ausnahmsweise hier eine unbedingte, findet in den Quellen keine Begründung. Die Regeln,[3]) welche bei jedem zur custodia Verpflichteten hinsichtlich des furtum gelten, aber auch keine schärfern, finden beim Rezeptum auch hinsichtlich des damnum Anwendung. Es ergibt sich jedoch eine „leichte Modifikation" aus den folgenden Betrachtungen.

[1]) Goldschmidt a. a. O. S. 90 übersieht, daß damit unbedingt nur unverschuldetes incendium gemeint sein kann. Vgl. l. 15 § 3 D. loc. 19, 2: „Cum quidam incendium fundi allegaret et remissionem desideraret, ita ei rescriptum est: ‚Si praedium coluisti, propter casum incendii repentini non immerito subveniendum tibi est'".

[2]) Wie wenig der schwankende, zum mindesten doppeldeutige Begriff der custodia geeignet ist, zur Grundlage der Erklärung der vis major zu dienen, wird sich im späteren noch zeigen.

[3]) Die Regeln sind allerdings recht bestritten. Goldschmidts Ansicht geht, wie aus der S. 106 zitierten l. 35 § 4 d. C. E. 18, 1 zu entnehmen, dahin, daß nur diligentia prästiert wird, wenn nicht die custodia ausdrücklich übernommen ist.

Die Haftung des Rezipienten beruht auf der subintelligierten Übernahme einer Garantie,[1]) und zwar der custodia.[2]) Die Übernahme der custodia durch einen ohnehin zur custodia verpflichteten Schuldner begründet eine Verstärkung der gesetzlichen Haftung. Geht man nun von dem regelmäßig vorliegenden zivilen Rechtsverhältnis einer locatio conductio operis aus, so ist hier die Haftung für custodia schon gesetzlich begründet, daher die weitere Garantieerklärung, jene Verpflichtung zur Obhut verschärft.

Die Haftung bestimmt sich also dahin: „Weder findet unbedingte Haftung für damnum und furtum statt, soweit solche nicht von den Dienstleuten und Passagieren ausgehen, noch auch nur die gewöhnliche, sondern eine in beiden Beziehungen verstärkte, deren Umfang unter Berücksichtigung des Grundgedankens unseres Instituts (?) und der bezweckten strengen Haftung der Richter im einzelnen Falle nach vernünftigem Ermessen zu bestimmen hat. Nur was darüber hinaus liegt, ist nicht vertretbarer Zufall: vis major, damnum fatale im Sinne unserer Lehre".[3])

Später, in seiner Schrift über die Haftung für fremde culpa,[4]) kommt Goldschmidt nochmals auf die vis major zurück und gibt folgende ausführliche Erklärung derselben: „Denn es wird nicht sowohl an den Schuldner ein höherer Diligenzmaßstab angelegt, nach dessen Inhalt sich seine Verbindlichkeit bestimmt, sondern es wird ihm durch Vertrag oder Gesetz die Verantwortlichkeit für gewisse, an sich unvertretbare Ereignisse auferlegt, teils schlechthin, teils für den Fall, daß er nicht deren

[1]) Über diese Theorie, mit welcher auch die ganze folgende Erörterung Goldschmidts steht und fällt, ist schon gesprochen worden.

[2]) Goldschmidt drückt sich allerdings recht unbestimmt aus. S. 104: „Hat sich in dieser Weise die gesetzliche Garantiepflicht der klassischen Zeit aus einem ursprünglich ausdrücklichen Garantieversprechen herausgebildet, so liegt es nahe, dasselbe mit einigen andern, den gleichen Zweck verfolgenden Instituten ‚zusammenzustellen', ich meine mit der Übernahme der Gefahr und der custodia". Vgl. die hier später folgende Ausführung über die custodia. Wie Goldschmidt in der oben zitierten Ausführung von einer gesetzlichen Garantiepflicht sprechen kann, ist nicht recht verständlich, es steht im Gegensatz zu seiner übrigen Darstellung; vgl. S. 101, 102, 334, Bd. 16 S. 327: „Auf der Subintelligierung einer solchen beschränkten Gefahrsübernahme (des periculum custodiae) beruht die Haftung des nauta". S. 113 sagt Goldschmidt wieder: „So daß etwa eine direkte Übertragung jener Theorie auf unser Institut ausgeschlossen erscheint". Und schließlich basiert er doch sein ganzes Resultat auf die custodia und die Verschärfung der Haftung durch Übernahme derselben, wenn sie ohnehin schon prästiert werden soll. Woran soll man sich hier halten?

[3]) Zeitschr. f. HR. Bd. 3 S. 115.

[4]) Zeitschr. f. HR. Bd. 16 S. 328.

völlige Unabwendbarkeit durch diejenigen Maßregeln, welche unter den konkreten Verhältnissen zur Abwendung solcher Gefahren nach verständigem Ermessen geboten erschienen und zur Anwendung gelangt sind, darlegt. Anders ausgedrückt: Der Umfang der Verbindlichkeit in solchen Ausnahmefällen bestimmt sich nicht nach einem abstrakten Diligenzmaßstab, etwa nach der Diligenz des allervorsichtigsten Menschen, sondern nach dem Inhalt des konkreten Parteiwillens oder des Gesetzes, welche gewisse, im gegebenen Falle wirklich oder präsumtiv unverschuldete, somit als Zufall zu erachtende Ereignisse in den Kreis der vertretbaren hineinziehen und so aus dem Gebiete des nicht vertretbaren Zufalls herausnehmen. Für diesen nicht vertretbaren Zufall werden dann in den Quellen die Ausdrücke vis major, damnum fatale u. dgl. gebraucht. Aber eben darum, weil sich das Gebiet des nicht vertretbaren und des vertretbaren Zufalls nicht allgemein, sondern nur konkret für das einzelne Rechtsinstitut oder gar Rechtsverhältnis abgrenzen läßt, gibt es auch keinen objektiven und überall gleichen Begriff der „höheren Gewalt".

Die Goldschmidtsche Darstellung, ausgezeichnet durch geschickte und sorgfältige Verarbeitung der Quellen zur Unterstützung der Ausführungen, ist auf den ersten Blick recht bestechend. Sie bietet ein geschlossenes, abgerundetes Ganzes, in dem anscheinend mit schärfster Konsequenz ein Schluß auf den anderen in kunstvoller Weise sich aufbaut[1]) und jedes Wort seine Bedeutung und seinen Zweck hat, und doch ist manches an ihr auszusetzen.

Man kann nicht von kurzer Hand den Ausdrücken „vis major", „damnum fatale", „casus major" usw. alle Bedeutung absprechen und vis major, damnum fatale als bloßen Gegensatz zur culpa betrachten. Die von Goldschmidt angeführten Stellen[2]) können aber sehr wohl als Beispiele jener „gespreizten", über das Ziel hinausschießenden, Ausdrucksweise aufgefaßt werden, die zur Verstärkung des Gegensatzes terrae motus rapina, vis major statt casus setzt, und müssen so aufgefaßt werden, weil andererseits überwiegende Gründe dafür sprechen, daß Zufall und vis major sich nicht decken, vis major vielmehr eine besondere Bedeutung hat.[3])

---

[1]) Diese Darstellungsweise hat ihre Nachteile. Notwendigerweise muß, wenn auch nur ein Glied der Kette logischer Schlüsse gesprengt wird, das Ganze in sich zusammenfallen.

[2]) l. 1 § 4 d. oblig. et act. 44, 7; l. 2 § 1 d. P. et C. 18, 6; l. 13 § 1 D. 13, 7; l. 30 D. 13, 7.

[3]) Eine solche, oft als „gespreizte" bezeichnete Ausdrucksweise findet

Schon die Formulierung weist doch darauf hin, daß etwas mehr als Abwesenheit der culpa, als gewöhnlicher casus gemeint sei (eigentümlich wären sonst Komparative wie vis major, major casus), und der Gesamteindruck der Quellen ist jedenfalls der, daß die in Frage stehenden Ausdrücke, die häufig wiederkehren und immer wieder durch die gleichen Beispiele illustriert werden, einen speziellen Sinn haben. Ganz besonderes Gewicht ist aber auf eine Stelle zu legen, aus der deutlich der Unterschied von casus und vis major hervorgeht und in welcher Gaius sich sogar die Mühe genommen hat, den entsprechenden Ausdruck des griechischen Rechtes hinzuzufügen.

l. 25 § 6 De loc. 19,2: „Vis major, quam Graeci *θεοῦβίαν* appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus".[1])

Welche Absurdität würde hier durch die Auffassung der vis major im Gegensatz zur culpa entstehen! Übrigens ist im Titel „nautae, campones" selbst mit „dürren Worten" ausgesprochen, daß damnum fatale und vis major nicht mit casus schlechtweg identifiziert werden darf. l. 3 § 1: „at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit, inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis major contigerit".

Zum Überfluß hat Goldschmidt selbst im weiteren der vis major eine besondere technische Bedeutung beigelegt, wenn er sagt: „Als vis major gilt in der Theorie des receptum jedes Ereignis, das nicht unter Satz 1 (unbedingte Haftung für culpa der Dienstleute, Gäste und Passagiere) und Satz 2 (Prästierung äußerster Sorgfalt zur Verhütung von furtum und damnum von Drittpersonen) fällt".[2])

Ebensowenig ist Goldschmidt darin recht zu geben, daß die in den Quellen gegebenen Beispiele, wie ruina, naufragium, terrae motus, hostium incursus, vis piratarum, für die Erkenntnis des Wesens der vis major wertlos sind.[3]) Sie geben uns

---

sich in l. 1 § 4 D. 44, 7; l. 18 pr. D. 13, 6; l. 2 § 1 D. 18, 6; vgl. dazu Windscheid, Pand. Bd. 2 § 264 Anm. 9; Baron a. a. O. S. 235; Goldschmidt, Zeitschr. f. HR. Bd. 3 S. 89, 90; vgl. Karl Brunner, Die Haftung nach bürgerl. R. und die höhere Gewalt, Diss. 1904, Würzburg S. 60; Volkmar a. a. O. S. 15.

[1]) Dazu zu vgl. l. 15 §§ 2, 3 D. loc. 19, 2 und l. 21 (22) D. 3, 5, wo der Ton auf das „forte" zu legen ist.

[2]) Goldschmidt a. a. O. Bd. 3 S. 95.

[3]) vgl. Goldschmidt a. a. O S. 91: „Einmal fehlt jeder Anhalt, daß Labeo nur die von ihm genannten und ähnliche Ereignisse als befreiend

eine exemplikative Aufzählung typischer Fälle der vis major, und man wird doch nicht leugnen können, daß auch solche nicht erschöpfende Aufzählungen, die sich ja auch in modernen Gesetzen häufig finden, die Charakterisierung eines Rechtsgedankens wesentlich erleichtern können.

Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, daß Goldschmidt „den Zusammenhang der ganzen Lehre überschaut", da er einen guten Teil der uns in den Quellen überlieferten, wahrlich nicht allzu zahlreichen Anhaltspunkte zur Erklärung und zur Feststellung des Umfangs der Rezeptumshaftung wie der vis major von Anfang an ignoriert.

Gegen Goldschmidts Konstruktion der vis major erheben sich manche Bedenken. Wenn derselbe den Schluß zieht, „fassen wir diese drei Sätze zusammen, so ergäbe sich, daß die Haftung über culpa hinaus sich so weit erstreckt, als die beiden ersten Sätze reichen, daß aber jede andere nicht vom Rezipienten selbst ausgegangene Beschädigung, Vernichtung, Entwendung als nicht vertretbare vis major anzusehen ist", so ist ihm so ziemlich der gleiche Vorwurf zu machen, den er der objektiven Lehre betreffend ihre Verwertung der von Labeo und anderen gegebenen Beispiele gemacht hat. Seine zwei ersten Sätze hat Goldschmidt aus zwei Stellen des Digestentitels 4, 9 entnommen.

> Satz 1 der l. 1 § ult., l. 2, 3 pr.: „Et puto omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt, et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum; sicut et caupo viatorum; et ita de facto vectorum etiam Pomponius libro trigensimo quarto scribit".
>
> Satz 2 der l. 5 § 1: „Quaecunque de furto diximus, eadem et de damno intelligi debent; non enim dubitari oportet, quin is, qui salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recedere (recipere) videatur".

Es ist nun keineswegs gesagt, daß in diesen einzelnen Quellenaussprüchen eine genaue Begrenzung der Haftung des Rezipienten gegeben werden sollte. Gerade aus der kom-

bezeichnen wollte, da an die Erörterungen eines kommentierenden Juristen, bei aller zu erwartenden Präzision, sich unmöglich gleich strenge Anforderungen wie an den Gesetzgeber stellen lassen. Sodann soll mit diesen Beispielen gar nicht eine Begrenzung des damnum fatale gegeben werden, sondern sie werden lediglich als Konsequenzen aus der Nichthaftung für damnum fatale hingestellt: Inde Labeo scribit. — Endlich finden wir ganz ähnliche Beispiele und in völlig gleicher Weise bei solchen Rechtsinstituten gebraucht, für welche unzweifelhaft keine Haftung über culpa hinaus begründet ist".

mentierenden Form der Fragmente (in l. 4 wird die Frage erörtert, ob dem Rezipienten die actio furti zustehe, und daran anschließend dann fortgefahren „quaecunque etc.") kann man schließen, daß bloß Beispiele angeführt sind.[1]) Goldschmidts Schluß ist aber nur richtig, wenn es den interpretierenden Juristen hier um erschöpfende prinzipielle Feststellung des Umfanges der Rezeptumsverantwortlichkeit zu tun war. In diesem letzteren, recht unwahrscheinlichen Falle wäre es immerhin noch schwer verständlich, wie die römischen Juristen zur Bezeichnung des Gegensatzes der von Goldschmidt unter 1 u. 2 angeführten Haftungen auf den gänzlich unpassenden Ausdruck vis major verfallen konnten.

Satz 1 ist für Goldschmidt ohne weiteres klar.[2]) Zur näheren Feststellung des zweiten wird die custodia herangezogen. Da nun die custodia (nach Goldschmidts Ansicht) nichts in sich schließt als die Anwendung aller Sorgfalt,[3]) so erscheint die Haftung des Satzes 2 als eine Haftung für culpa. Es bliebe daher als unbedingte Haftung einzig noch die Verantwortlichkeit für culpa des Gesindes und der Reisenden. Dieses Ergebnis war wohl selbst Goldschmidt zu mager. Deshalb läßt er noch die Theorie der Verschärfung der Haftung bei Übernahme der custodia in den Fällen, in welchen ohnehin schon custodia prästiert werden muß, folgen.

Die Anwendung dieser Interpretationsregeln („Es ist gesetzlich für custodia einzustehen. Die obendrein vertragsmäßig erfolgte Übernahme der custodia hat hier entweder gar keinen Sinn, ist ein bedeutungsloser Zusatz — was nach allgemeinen Auslegungsregeln im Zweifel nicht angenommen werden darf —, oder sie führt zu einer Erhöhung der gesetzlichen Verpflichtung")[4]) auf die Rezeptumshaftung ist wenig glücklich.

Die Aufnahme, an welche sich die strenge Haftung knüpft, kann aus den verschiedensten Motiven erfolgt sein. Ihr kann eine locatio conductio, ein Innominatkontrakt, ein depositum, ja gar kein Vertrag zugrunde liegen.

Die Konsequenz der Goldschmidtschen Anschauung wäre nun, daß nur in den Fällen, in denen nach dem zivilen Kontrakte custodia zu prästieren, die „Verschärfung der Haftung" eintreten

[1]) Furtum und damnum durch Dritte sind wohl nichts als beliebte Schulbeispiele für zufällige Beschädigung der Sache.

[2]) In der einschlägigen Stelle heißt es zwar „factum praestare". Goldschmidt spricht nur von Verschulden des Gesindes, der Passagiere und Gäste.

[3]) Goldschmidt a. a. O. Bd. 3 S. 95 u. 96.

[4]) Goldschmidt a. a. O. Bd. 3 S. 111.

kann, nicht aber, wo — wie z. B. beim depositum — nur für dolus eingestanden wird. Je nach der Natur des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses wäre also die Rezeptumshaftpflicht strenger und milder.[1]) Dieses Resultat ist unannehmbar.

Ferner ist das prätorische Edikt nach Goldschmidts Ansicht[2]) älter als die in Frage stehende Theorie der Verschärfung der Haftung durch pactum custodia in den Fällen, in denen schon ohnehin custodia zu leisten ist. Eine direkte Anwendung der Theorie auf das receptum ist daher von Goldschmidts Standpunkt nicht möglich und es kann für ihn nur ein Vergleich zwischen beiden in Frage kommen.[3]) Damit ist seiner Konstruktion der Boden ganz entzogen, denn in einem solchen Vergleich mit einer sich erst später entwickelnden Verschärfung kontraktlicher Haftung durch pactum custodiae kann die Erklärung des prätorischen Ediktes und der Rezeptumshaftung doch nicht gefunden werden.

Und wenn Goldschmidt sagt, es sei „mit aller Sicherheit anzunehmen, daß die klassischen Juristen den Rezipienten nicht in geringerem Grade haben haften lassen als den conduktor operis bei übernommener custodia“, was spricht denn dafür, daß die Haftung gerade dieselbe, daß sie nicht eine strengere gewesen?

Das Ergebnis, zu welchem Goldschmidt gelangt, ist in Kürze folgendes[4]): Der Rezipient haftet

1. für Verschulden seiner Dienstleute, Gäste und Passagiere;
2. für furtum und damnum[5]) dritter Personen, soweit er die Beschädigung oder den Verlust durch „sorgsamste Obhut“ nicht hindern konnte.

---

[1]) vgl. Goldschmidt a. a. O. Bd. 3 § 9 S. 112. Durchaus keine Beseitigung dieser Schwierigkeit enthält Anm. 99. Gerade weil im Edikt hinsichtlich der Haftung des Rezipienten kein Unterschied gemacht werden sollte, ist eine „Erklärung“ zu verwerfen, die notwendig zu solchen Unterschieden führt.

[2]) Goldschmidt a. a. O. Bd. 3 S. 113.

[3]) a. a. O. S. 113: „Ist nun auch das Edikt älter als jene dargestellte, durchaus der klassischen Jurisprudenz angehörige Theorie über das pactum custodiae und war damals der ausdrückliche Garantievertrag auch schon antiquiert, so daß etwa eine direkte Übertragung jener Theorie auf unser Institut ausgeschlossen erscheint“ . . .

[4]) Die meisten Gegner Goldschmidts, z. B. Exner, Höhere Gewalt S. 17 ff., Baron, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 298, begnügen sich, sein Resultat zu kritisieren. Allein auch die Art, wie Goldschmidt zu diesem Resultat gelangt ist, schien der näheren Prüfung würdig.

[5]) Es ist von Goldschmidt nicht ausdrücklich festgestellt worden, ob die Handlungen der Drittpersonen (laut Satz 2), welche zur Beschädigung oder zum Verlust der Sache führen, kulpose sein müssen oder nicht, ob Satz 2 z. B. nur wenn ein damnum iniuria datum vorliegt, zur

Das Resultat leidet zuvörderst an Unwahrscheinlichkeit. Mit strengen Worten verkündet das Edikt die unbedingte Haftung, die Juristen weisen hin auf den Ausnahmecharakter und die Wichtigkeit des Satzes, und hier am Schlusse der Goldschmidtschen Darstellung sieht man voll Überraschung, wie harmlos und unbedeutend im Grunde die „strenge“ Verantwortlichkeit des Rezipienten sein soll, und verwundert muß man sich fragen: „Wozu denn dann eigentlich das Edikt?“[1])

Anwendung kommt, nicht aber wenn eine nicht zum Verschulden anzurechnende Beschädigung durch einen beliebigen Dritten erfolgt ist. Bei genauer Prüfung der Ausführungen Goldschmidts und der von ihm als Beleg zitierten l. 5 § 1 muß man m. E. zum Schlusse gelangen, daß Goldschmidt nur von kulposen Handlungen dritter Personen sprechen wollte, ja sogar nur von zwei bestimmten Fällen von furtum und damnum. Satz 2 beherrscht demgemäß ein recht bescheidenes Gebiet. Es könnte im ferneren die Allgemeinheit und Unbestimmtheit, mit der sich Goldschmidt an einzelnen Orten ausdrückt (Bd. 3 S. 369: „Dagegen ex recepto ist er vermöge der noch besonders übernommenen custodia zur Anwendung auch außerordentlicher, durch die Umstände irgend indizierter Vorsichtsmaßregeln verpflichtet und haftet schlechthin, sofern nur deren Unterlassung die Beschädigung oder Entwendung ermöglicht hat“, Bd. 16 S. 326 ff.), den Schein erwecken, als ob nicht bloß bei furtum und damnum von Drittpersonen, sondern ganz allgemein bei Verlust und Beschädigung der Sachen, also auch durch Tiere, Naturkräfte, der Rezipient für äußerste Sorgfalt einzustehen habe. Und in der Tat nehmen z. B. Exner und wohl auch Windscheid an, daß Goldschmidt der letzteren Ansicht gewesen sei. Exner a. a. O. S. 19: „Es versteht sich wohl, daß jene „außerordentlichen Vorsichtsmaßregeln“ nicht bloß gegen die Gefahr von Entwendungen und Beschädigungen durch dritte Personen, sondern ebenso auch gegenüber schadendrohenden Natureinflüssen gefordert werden“. Windscheid, Pand. Bd. 2 § 384 zu Anm. 6. Allein in diesem Falle wäre Goldschmidt eine ganz überraschende und durch nichts vorbereitete, seine bisherigen Ausführungen (insbesondere die Aufstellung der drei Sätze S. 93 ff.) negierende Wendung im Schlußresultate vorzuwerfen. Ein Hauptpunkt seiner Darstellung ist ja, daß beim receptum die custodia nicht nur auf furtum, sondern ausnahmsweise sich auch auf damnum erstreckt usw. (l. 5 § 1). Zu der Aufstellung der allgemeinen Verantwortlichkeit für äußerste Obhut kann man vom Standpunkt der Goldschmidtschen Darstellung gar nicht gelangen. Zu vgl. auch S. 115 a. a. O.: „Der zweite Satz des § 6 bestimmt sich sonach dahin: Weder findet unbedingte Haftung für damnum und furtum statt, soweit solche nicht von den Dienstleuten und Passagieren ausgehen, noch auch nur die gewöhnliche, sondern eine in beiden Beziehungen verstärkte“. Allerdings haben Schriftsteller, die Goldschmidt gefolgt sind, wie Windscheid, die Verpflichtung zur äußersten Sorgfalt nicht auf damnum und furtum beschränkt wissen wollen.

[1]) vgl. Exner a. a. O. S. 32: „Man müßte den alten Prätoren eine nicht geringe, durch unsere Überlieferung leicht zu widerlegende Unbehilflichkeit in der Ediktsfassung zumuten, wenn man voraussetzen wollte, sie hätten jene Haftung für das Geschäftspersonal, welche sie eigentlich beabsichtigten, nicht besser zum Ausdruck bringen können als durch jene Klausel, die das Kind mit dem Bade ausschüttet“.

Aber auch widerspruchsvoll ist das Resultat. In dem anscheinend so einfachen und klaren Edikte sollen zwei ganz verschiedene Dinge, eine Haftung für fremde Schuld (Satz 1) und eine Hafung für eigene Schuld (bis zur äußersten Sorgfalt, Satz 2), eine objektive und eine subjektive, auf den Rezipienten abstellende, zusammengeworfen sein. Ohne organische Verbindung stehen die einzelnen Sätze der Goldschmidtschen Rezeptumsverbindlichkeit nebeneinander. Es fehlt der sie verbindende einheitliche Gedanke. Unbillig ist es, daß nur, wenn die Beschädigung oder der Verlust der Sache durch Menschenhand (furtum oder damnum) herbeigeführt ist, die strengere Haftung für sorgsamste Obhut eintreten soll, und nicht, wenn andere Kräfte, z. B. Witterungseinflüsse, Tiere, auf die Sache einwirken. Zwischen dem Diebstahl eines beliebigen Dritten und der Vernichtung der Sache durch Mäuse oder räuberische Katzen wäre gerechterweise kein Unterschied zu machen. Warum soll der Rezipient dort für sorgsamste, hier nur für gewöhnliche Obhut einstehen? Die Sache liegt hier anders als bei culpa der Dienstleute und Reisenden; denn die Haftung für culpa beliebiger Dritter (Goldschmidt Satz 2) ist keine wahre Haftung für fremde culpa.

Gestützt auf die kommentierende Ausführung eines römischen Juristen — so darf man die l. 5 § 1, ohne den Vorwurf gewaltsamer Interpretation auf sich zu laden, wohl ebensogut auffassen — hat Goldschmidt einen kleinen Teil des sogen. niederen Zufalls abgetrennt und unter besondere Regel (seine Theorie der äußersten Sorgfalt) gestellt. Eine solche Sonderbehandlung ist aber nicht zu billigen, da diese Fälle sich durchaus nicht wesentlich von den übrigen ebenso wichtigen, die Goldschmidt ganz unberücksichtigt läßt, unterscheiden.

Theoretisch anfechtbar und praktisch schwer durchführbar ist endlich der von Goldschmidt gegebene Haftungsmaßstab der äußersten Obhut.[1])

Goldschmidt wehrt sich mit allen Kräften dagegen, daß man seine „sorgsamste Obhut“ mit der „diligentia exactissima“ seligen Angedenkens identifiziere.[2]) Er hat offenbar eine große Abneigung gegen die „culpa levissima“, und doch sieht die Nichtanwendung seiner „außerordentlichen, durch die Umstände irgendwie indizierten Vorsichtsmaßregeln“ der culpa levissima ganz verzweifelt ähnlich. Darüber können auch nicht Er-

[1]) Bd. 3 S. 106—115, 369, Bd. 16 S. 327—329.
[2]) vgl. z. B. Bd. 16 S. 328.

klärungen wie die folgende hinweghelfen: „Denn es wird nicht sowohl an den Schuldner ein höherer Diligenzmaßstab angelegt, nach dessen Inhalt sich eine Verbindlichkeit bestimmt, sondern es wird ihm durch Vertrag oder Gesetz die Verantwortlichkeit für gewisse, an sich unvertretbare Ereignisse auferlegt, teils schlechthin, teils für den Fall, daß er nicht deren völlige Unabwendbarkeit . . . darlegt“.

Wird denn etwas anderes verlangt als diligentia exactissima, wenn gesagt wird, der Rezipient sei zur Aufwendung dieser höheren Sorgfalt nicht verpflichtet,[2]) habe aber die Folgen ihrer Unterlassung zu tragen; kann nicht das gleiche von der diligentia diligentis gesagt werden? Die Folge der Außerachtlassung dieser letzteren ist doch auch nichts weiter als die Schadensersatzverbindlichkeit. Ob man aber eine sittliche Pflicht wohl zur Prästierung der diligentia diligentis, nicht aber der Goldschmidtschen äußersten Sorgfalt annehmen soll, darüber zu entscheiden würde uns wohl aus dem Gebiete der Jurisprudenz in die reine Ethik führen. Wie man auch über die diligentia exactissima denken möge, auffallend ist es, daß Goldschmidt sein Haftungskriterium nicht als das anerkennen will, was es ist. Goldschmidts Fehler bleibt, vom subjektiven Standpunkte aus die vis major erklären zu wollen.[3])

Von Exner[4]) ist hervorgehoben worden, daß der Diligenzmaßstab Goldschmidts in praxi wenig brauchbar ist. Exner führt aus, daß „das Außerordentliche immer individuell, untypisch und darum zum Vergleichungs- und Meßmittel untauglich ist“, daß es „an der technischen Möglichkeit fehlt, das Vorhandensein eines solchen dritten Schuldgrades mit derjenigen

[1]) Bd. 16 S. 328. Zum Vergleiche ist heranzuziehen Windscheid, Pand. Bd. 2 § 384 Anm. 6: „Dabei wird entweder gelehrt, daß der Übernehmer zur Anwendung dieser Sorgfalt verpflichtet sei, oder aber daß er, obgleich zur Anwendung dieser Sorgfalt nicht verflichtet, ihre Anwendung auf seine Gefahr unterlasse. Doch tritt dieser Gegensatz nicht bei allen Schriftstellern in voller Schärfe hervor. Die hier vertretene Auffassung steht unter Leugnung der Verpflichtung zur Anwendung einer über die diligentia boni patris familias hinausgehenden Sorgfalt, auf dem Boden der bei 1 bezeichneten Auffassung“. Vgl. auch über die Auffassung der „äußersten Obhut“ als „culpa levissima“ Brodmann, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 99 S. 238: „In der Theorie ist sie als Haftungsmaßstab völlig verschwunden, nur in der m. E. verkehrten Begriffsbestimmung der vis major, welche die herrschende Lehre sich angeeignet hat, führt sie noch ein illegitimes Dasein“.
[2]) vgl. Baron, Arch. f. ziv. Prax. S. 300, 301.
[3]) vgl. auch Brunner a. a. O. S. 52.
[4]) Exner, Der Begriff der höheren Gewalt im römischen und heutigen Verkehrsrechte, Wien 1883, S. 17ff., 22.

Sicherheit festzustellen, ohne die keine Rechtspflege arbeiten kann", und daß deshalb die Judikatur unter dem Einflusse der Theorie Goldschmidts einfach auch für den Rezipienten es bei der Haftung für culpa bewenden läßt. Dieser Umstand muß dazu beitragen, die Goldschmidtsche Konstruktion des Rezeptum, welches unter seinen Händen sich in ein Nichts auflöst, abzulehnen.[1])

Sucht man nach der Erklärung, warum ein hervorragender Gelehrter wie Goldschmidt in der vorliegenden Materie zu einem unbefriedigenden Resultat gelangt ist, so muß man sie darin finden, daß er von Anfang an mit einem Vorurteile an seine Untersuchung herangetreten ist. Wie ein roter Faden zieht sich durch seine ganze Darstellung die Idee, daß die Haftung für Zufall ein Unding sei. Goldschmidt hat übersehen, daß die Rezeptumshaftung nicht nur eine strengere, sondern auch eine auf andern Prinzipien beruhende Haftung ist als die Verantwortlichkeit für diligentia diligentis;[2]) deshalb mußte er zu einem Mißerfolge gelangen;[3]) denn vom Standpunkte der absoluten Wahrheit des Schuldprinzipes wird das receptum nautarum immer ein Rätsel sein.

Nichtsdestoweniger hat gerade ihre gegen die objektive Haftung gerichtete Tendenz die Auffassung Goldschmidts zur lange Zeit herrschenden gemacht.[4]) Die neuere romanistische

[1]) Zutreffend Exner a. a. O. S. 19.

[2]) Immer wieder wendet sich Goldschmidt gegen die seiner Ansicht nach unzulässige „Veräußerlichung der Schuldfrage", z. B. S. 89, 92 a. a. O. Bd. 3.

[3]) Dies ist häufig bemerkt worden. Baron a. a. O. S. 300: „Es ist leicht zu erkennen, daß die Theorie Goldschmidts auf der Überzeugung basiert, daß ausschließlich die Haftung für die eigene Schuld das ‚rationelle Prinzip' ist". Exner a. a. O. S. 29: „Wie sie (die Doktrin) aber, weil sie sich von dem Schuldprinzip nicht losmachen kann, bei der Feststellung der Haftungsgrenze immer wieder auf Umschreibungen der exactissima diligentia hinauskommt". Unger in Jherings Jahrb. Bd. 18 N. F. S. 416 Anm. 147.

[4]) vgl. Exner, Der Begriff der höheren Gewalt im römischen und heutigen Verkehrsrechte 1883 S. 14—17; vgl. Windscheid, Pand. Bd. 2 § 384 Anm. 6 Ziff. 1 S. 620. Über den Einfluß der Ansicht von Goldschmidt auf die Doktrin zur Zeit der Einführung der höheren Gewalt in das Reichsrecht vgl. Krit. VSchr. 3. F. Bd. 8 S. 462. Kritik der Schrift von Knauer: „Die höhere Gewalt im Reichsrecht" durch v. Hollander. Ähnlich wie Goldschmidt im Resultate Windscheid, Pand. Bd. 2 § 384 Anm. 6 Ziff. 2 S. 620. Das RG. bestimmt die höhere Gewalt als „unabwendbaren Zufall", aber der II. Zivilsenat hat sich in Bd. 21 S. 13 auf Goldschmidts Standpunkt gestellt. Im übrigen nimmt das RG. an, daß Betriebsunfälle nicht höhere Gewalt sein können; vgl. Entsch. d. RG. Bd. 62 S. 145, Bd. 54 S. 404, 407ff., Bd. 44 S. 27. Über das Urteil in Bd. 21 S. 13 vgl. R. Merkel, Kollision S. 214.

Doktrin hat sich beeilt, eine Theorie zu akzeptieren, welche das römische Recht von der lästigen „Abnormität" einer Haftung ohne Schuld zu reinigen sucht.

Später hat sich aber in der Wissenschaft teilweise ein Umschwung zugunsten einer objektiven Auffassung der römischen vis major vollzogen.[1]) Auch das Bedürfnis vieler Zweige des wirtschaftlichen Verkehrs unserer Zeit nach objektiver Haftung und demgemäß nach Scheidung der Zufälle in innere und äußere, Betriebs- und Nichtbetriebszufälle, wie es sich besonders in den Haftpflichtgesetzen dokumentiert, hat die Doktrin zu veränderter Stellungnahme gezwungen. Unter diesen Umständen ist es nicht überraschend, daß Exner mit seiner Schrift über den Begriff der höheren Gewalt bei vielen die größte Beachtung gefunden hat.

Exner bietet uns folgende Definition[2]): Höhere Gewalt im Sinne der hier in Betracht gekommenen Rechtsnormen ist ein Ereignis, welches,

1. außerhalb des Betriebskreises der betreffenden Verkehrsunternehmung entsprungen, durch Hineinwirken in diesen Betriebskreis einen Schaden an Leib oder Gut verursacht hat und welches

[1]) Man kann das Ergebnis der Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages nicht dagegen anführen. Die Opposition gegen die vis major richtet sich nicht sowohl gegen ihren Grundgedanken, der in den sofort in die Lücke tretenden Unterscheidungen (vgl. z. B. Pfersche, Verhandlungen Bd. 4 S. 108, 109) gewahrt bleibt, sondern gegen das Wort „vis major" und die Unvollkommenheiten des römischen Begriffes, teilweise auch gegen die Ausdehnung der strengen Haftung, der Rezeptumshaftung als solcher; vgl. Stintzing a. a. O. S. 430. Diese letztere Tendenz beklagt H. A. Fischer in Jahrb. f. Dogm. Bd. 37 S. 200. Gegen Goldschmidt teils ausdrücklich, teis im Resultat: Pernice, Labeo II 1. Aufl. S. 348; Baron, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 204ff.; vgl. auch seinen Ausspruch S. 217: „Die Anschauung, zu welcher sich die romanistische Jurisprudenz vor dem Erscheinen meiner Abhandlung durchweg bekannte"; Exner a. a. O. S. 17ff.; R. Merkel, Kollision S. 209ff.; M. Rümelin, Zufall im Rechte S. 24ff.; H. A. Fischer, Jahrb. f. Dogm. Bd. 37 S. 208, 211, 219, 223, 264; Unger, Jahrb. f. Dogm. N. F. Bd. 18 S. 409ff.; v. Hollander a. a. O. S. 10; Volkmar a. a. O. S. 16; Brunner a. a. O. S. 50, 52ff., 95, 97ff. Im Resultat gegen Goldschmidt wohl auch Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 39; Stintzing a. a. O. S. 430; Schneider in der Zeitschr. f. HR. Bd. 44 S. 130, 343; Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 648 rechnet Dernburg und Stintzing zu den Anhängern der subjektiven Theorie, aber ihr Standpunkt scheint immerhin nicht derjenige von Goldschmidt zu sein. Vgl. Stintzing über Goldschmidt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 81 S. 462 Anm. 54. Stintzing bezeichnet S. 463 seine eigene Theorie als eine Modifikation der subjektiven Theorie.

[2]) Exner a. a. O. S. 86.

2. vermöge der Art und Wucht seines Auftretens die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle augenscheinlich übersteigt.

Die Intuition, die Exner den römischen Juristen nachrühmt, scheint sich auch an ihm bewährt zu haben. Seine Definition hebt den richtigen Grundgedanken der objektiven Betrachtung der vis major hervor, und das hat wohl viele seiner Anhänger darüber hinwegsehen lassen, daß Exners Rechtfertigung desselben, wie man sehen wird, nicht in gleichem Maße einleuchtend ist.

Man kann sagen, was an der Exnerschen Theorie Goldschmidts Ansicht gegenüber besonders besticht, ist das Resultat.[1]) Sein Ergebnis führt uns nicht wie dasjenige von Goldschmidt dazu, verwundert fragen zu müssen, warum denn der Prätor eigentlich sein Edikt erlassen habe, und so bleibt uns für das römische Recht die Unwahrscheinlichkeit eines „Viel Lärm um nichts“ erspart. Im weiteren hat seine Definition den Vorteil klarer Stellungnahme im Gegensatz zu der „Sorgfalt des kritischen Kopfes“ oder ähnlichen Zwischengebilden von Schuld und casus. Eine Abgrenzung des Gebietes der vis major erscheint „im Hinblick auf den Gesamtcharakter des Instituts“[2]) richtig, wenn er die Fälle der wahnsinnigen Kellner und Lokomotivführer oder der platzenden Gasröhren im Wirtshaus als Fälle der vis major nicht anerkennt. Richtig vor allem seine Loslösung des Begriffes aus den Banden der culpa levissima und wertvoll seine Unterscheidung von Zufällen innerhalb und außerhalb des Betriebskreises.

Anfechtbarer dagegen ist seine Konstruktion. Dem römischen Rechte widmet er nur einen verhältnismäßig beschränkten Teil seiner Schrift, er hält sich vor allem an den Wortlaut des Ediktes, der „custodia“ schenkt er geringere Aufmerksamkeit. Das Fazit hat er trotzdem wohl zutreffend S. 54 gezogen: „So kommt es, daß das corpus iuris uns auf dem vorliegenden Punkte zwar einen Rechtsgedanken, aber keinen geformten Rechtsbegriff überliefert. Diesen aus jenem zu entwickeln, ist eben unsere Aufgabe“.

Es soll nun diese Entwicklung des Begriffs von seiten Exners etwas näher geprüft werden.

---

[1]) Das Resultat, wie es in seiner Definition ausgesprochen ist, ohne Rücksicht auf die zur Stütze seiner Konstruktion in §§ 13ff. gemachten Änderungen, so besonders seine „verschuldete“ vis major.

[2]) Um mit Goldschmidt zu reden.

Mit dem „Gesichtspunkt der Versicherung“,[1]) dem Exner, wenn auch nur in loser Verknüpfung mit seinen übrigen Ausführungen, einige Bemerkungen widmet,[2]) ist für das receptum nicht viel gewonnen, denn diesem Gesichtspunkt entspricht ja gerade die Ausbildung des Institutes im einzelnen keineswegs. Treffend bemerkt Baron: „Weshalb bleibt denn die Versicherung gerade vor den Fällen der höheren Gewalt stehen, die doch heute fast durchweg den Inhalt besonderer Versicherungsverträge bilden. Warum soll dann die Versicherung ferner entfallen bei innerem Verderb, Leckage?“

Im übrigen sucht Exner zuerst das Prinzip[3]) der Rezeptumshaftpflicht und findet es in der Beweisnotlage, in der sich der Geschädigte dem Schädiger gegenüber in den hier in Frage kommenden Fällen — dem Gastwirt und ganz besonders den haftpflichtigen modernen Großbetrieben gegenüber — befindet. Hier ist ja eine solche Beweisnotlage unzweifelhaft vorhanden, hat ja auch bei außerkontraktlichen Schädigungen zu einer Umwälzung der ursprünglichen Beweislast vielfach geführt. Exner geht aber weiter. Es liegt auch darin, so führt er ungefähr aus, ein Beweisübelstand für den Verletzten, daß er häufig vom Verlaufe des schädigenden Ereignisses genaue Kunde nicht erhalten kann.[4]) [5]) Er vermag also dem Kläger, der sich, wie sollte er nicht, aus dem Tatsachenmaterial einen ihn exkulpierenden „Ausschnitt der Wahrheit“ gemacht hat, nicht die jenen belastenden Tatbestandsmomente entgegenzuhalten, weil er sie nicht kennt, während sie vielleicht ganz leicht zu beweisen wären. Dieser Übelstand läßt sich durch Änderung

---

[1]) Der „Gesichtspunkt der Assekuranz“ enthält m. E. einen klaren Gedanken nicht und Konsequenzen lassen sich kaum aus ihm ziehen. Wollte man dies, so würde die Rezeptumshaftpflicht eine wesentlich andere Gestaltung erhalten. Doch daran wird gar nicht gedacht. Mit der Unterstellung einer „Zwangsversicherung“ soll nur die vorliegende Kasushaftung mit dem Verschuldungsprinzip in Einklang gebracht werden. Eine Erklärung dieser Haftpflicht liegt ebensowenig darin, wie in der Bezeichnung der letzteren als einer obligatio ex lege.

[2]) S. 33—38. Der römische Prätor soll schon vom Gesichtspunkte der Assekuranz ausgegangen sein. Exner S. 33; dagegen Baron, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 292.

[3]) S. 39. „Vor allem handelt es sich darum, für die Regel das Prinzip zu finden“.

[4]) vgl. sein Beispiel mit der Droschke S. 42.

[5]) Der Fall kann natürlich auch umgekehrt liegen, d. h. nur der Beschädigte weiß, wie sich die Sache abgespielt hat, und sucht nun naturgemäß die Schuld auf den Schädiger zu schieben oder wenigstens von sich abzuwälzen. So z. B. häufig gerade bei Eisenbahnunfällen, deren einziger Zeuge der Beschädigte selber ist.

der Beweislast natürlich nicht heben. Demselben anderweitig abzuhelfen, wird im allgemeinen, so führt Exner aus, nicht möglich sein. „Bei jenen ‚Falltypen‘ aber, bei denen jenes Mißverhältnis sozusagen mit Naturnotwendigkeit zugunsten des Klägers stets wiederkehren muß“, kann es angezeigt sein, durch die „gesetzliche Eliminierung der Schuldfrage“ der „Beweisübermacht“ des Schädigers entgegenzutreten.[1]) Dies Exners Erklärung der Rezeptumshaftpflicht, und es könnte ja sein, daß das prätorische Edikt auch auf solche Erwägungen u. a. zurückzuführen wäre, wenn sie auch bei den hier vorliegenden, weit einfacheren Tatbeständen viel weniger Gewicht haben als bei den Verhältnissen moderner Großbetriebe, aus denen hauptsächlich Exner seine Theorie abstrahiert hat.[2]) Im weiteren argumentiert nun aber Exner folgendermaßen:

Zweck und Prinzip der scharfen Haftung des Rezipienten ist die Beseitigung eines Beweisnotstandes. Wann also kann von jener strengen Haftung eine Ausnahme gemacht werden? Wenn in casu der Beweisnotstand nicht vorhanden.

So naheliegend auch dieser Schluß erscheint, zwingend ist er nicht und de facto auch nicht richtig. Die Ausnahme der vis major resultiert eben nicht aus dem Grunde, aus dem hier zufällig eine Kasushaftung aufgestellt ist, sondern aus dem Wesen dieser letzteren selbst. Überall, wo für Zufall gehaftet wird, macht sich die Tendenz geltend, in den Fällen der vis major Befreiung eintreten zu lassen, auch bei der remissio mercedis, bei der Pacht, wo doch von einem Beweisnotstand nicht die Rede sein kann, findet sich im römischen Rechte die haftbefreiende Wirkung der vis major.

Man wird nun sehen, welche weiteren Konsequenzen Exner aus seiner Konstruktion zieht und ziehen muß, und ob es ihm gelungen ist, seine bis dahin gewonnenen, wertvollen Resultate mit derselben in Einklang zu setzen.

Vis major ist für ihn also dann vorhanden, wenn „der kasuelle Charakter des Unfalls prima facie evident ist“.[3])

„Liquidität des Sachverhaltes zugunsten des Rezipienten ist das Prinzip der auf ‚höhere Gewalt‘ sich stützenden Einrede.“ [4]) [5])

---

[1]) Exner a. a. O. S. 70 Anm. 48.

[2]) vgl. seine treffenden Ausführungen über Untersuchungen bei Eisenbahnunfällen (S. 48).

[3]) S. 54.

[4]) S. 55.

[5]) Mehr als „prima facie“ kasuelle Natur und vorläufige Liquidität kann nicht gefordert werden, da ja bei beinahe allen durch Elementar-

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, daß es Ereignisse gibt, die Exner als vis major nicht gelten läßt und die doch nicht weniger prima facie als kasuell erscheinen — Thomasuhr, hier wird sogar auch das Moment der hohen Wahrscheinlichkeit ihrer kasuellen Natur vorhanden sein[1]) — als gewisse, von Exner zur vis major gestellte Fälle; z. B. eine Lawine reißt Pferde und Wagen in den Abgrund.[2]) Noch schwerer wiegt aber folgendes Bedenken: Durch seine Konstruktion der Beweisnotlage, die ihm in den prima facie unverschuldeten Fällen die exceptio der vis major begründet erscheinen läßt, wird Exner dazu gedrängt, alle Fälle, in denen ein Elementarereignis den Schaden „im landläufigen Sinne verursacht“ hat, höhere Gewalt anzunehmen.[3]) Also gehören auch Fälle, in denen den Rezipienten der Vorwurf einer culpa trifft, für ihn zur vis major.[4]) Die Schwierigkeit, auf die schon Goldschmidt hingewiesen, daß eben bei der großen Mehrzahl[5]) von durch Naturereignisse gestifteten Schäden eine menschliche culpa nicht ausgeschlossen, ist damit nicht gelöst. Im Gegenteil, auf diese Klippe steuert Exner in der Entwicklung seiner Theorie geradenwegs zu, und trotz aller Bemühung[6]) ist es ihm nicht gelungen, das „Prinzip“ aus den Schwierigkeiten der eigenen Konsequenzen zu, retten. Da er in diesen Fällen einer „kulposen vis major“ den Haftpflichtigen doch nicht frei ausgehen lassen will, so wird ihm die Frage nach dem Vorhandensein von höherer Gewalt zur präparatorischen. Allerdings nur nach einer Richtung hin. Gegenüber demjenigen, der ganz schuldlos ist, ohne indes höhere Gewalt vorschützen zu können, ist die Entscheidung definitiv. Er haftet auf alle Fälle.[7]) Nicht so, wenn „vis major“ im Sinne von Exner bewiesen ist. Dann ist die Wirkung die, „daß nunmehr seine Haftung nach dem singulären Rechte des receptum als im vorliegenden Falle ausgeschlossen sich darstellt“.[8]) „Aber

---

oder Feindesgewalt verursachten Schäden eine culpa des Rezipienten konkurrieren kann. Besonders leicht kann ein sogen. „casus mixtus“ vorliegen. Hier liegt eine Hauptschwierigkeit für die Exnersche wie überhaupt für alle objektiven Theorien; vgl. Goldschmidt, Zeitschr. f. HR. Bd. 3 S. 38.

[1]) S. 51.

[2]) vgl. den interessanten Fall Entsch. d. schweiz. Bundesgerichts Bd. 16 S. 412.

[3]) So Exner S. 78.

[4]) vgl. Baron a. a. O. S. 293 Anm. 151.

[5]) Allerdings gibt es Fälle, in denen culpa überhaupt ausgeschlossen ist, aber nur für Immobilien, z. B. Ausbruch eines Vulkans, Versinken einer Insel im Ozean; vgl. Baron a. a. O. S. 293.

[6]) Kap. 13 u. 14 seiner Schrift.

[7]) Das ist vom Standpunkte der bloßen Beweisnotlage doch recht hart.

[8]) S. 78 am Ende.

ganz unberührt (durch die gelungene exceptio) bleibt seine regelrechte Haftung aus dem Kontrakte nach dem jus commune der locatio conductio."[1]) Aber doch nicht ganz unberührt. Zwar will Exner eine Änderung der Beweislast nicht eintreten lassen.[2]) Aber „freilich wird er in aller Regel diesen Beweis nicht mehr nötig haben, weil der schon bewiesene Fall von ‚vis major' . . . ihn ohnehin über jeden Schuldverdacht hinaushebt". „Die erwiesene höhere Gewalt führt einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit mit sich zu seinen Gunsten." So wird denn „der Kläger die tatsächlichen Anhaltspunkte aufsuchen und beibringen müssen".[3])

Hier kommt nun seine Theorie von der Beweisnotlage Exner sehr ungelegen. Wie, wenn schon ohne Vorhandensein einer so starken Präsumtion gegen ihn (den Kläger), wie sie nach Exner die gelungene exceptio vis majoris mit sich bringt, dem Kläger durch außerordentliche Bestimmungen geholfen werden muß, ist er hier, wo er eben jene gefürchteten tatsächlichen Anhaltspunkte unter dem Drucke einer Gegenpräsumtion vorbringen soll, nicht doppelt verraten? Nach Exners eigener Ansicht würde in praxi jeder Fall nachgewiesener vis major (im Exnerschen Sinne), auch wenn culpa vorliegen sollte, der Beweisumstände wegen haftbefreiend wirken. Es erscheint die Einrede der höheren Gewalt somit sozusagen als summarissimum, bei dem es dann aber auch bleibt.

Diese ganze Konstruktion mit der subsidiären Kontraktklage[4]) führt zu auffallenden Ungerechtigkeiten. Es ist ungerecht, daß die vis major bald präparatorisch, bald definitiv wirken soll. Auf der einen Seite, überall da, wo die exceptio von Anfang an mißlingt, findet sich eine Haftung für kasuelle Verletzungen.[5])

Auf der andern Seite[6]) ist die endgültige Haftbarkeit theoretisch durch das Vorhandensein einer culpa oder sogar einer culpa lata bei gewissen Kontrakten bedingt. Praktisch aber

[1]) Und wenn nun ein anderer Kontrakt zugrunde liegt, in dem nur für culpa lata gehaftet wird?

[2]) S. 79: „D. h. daß er nunmehr wie jeder andere mit der Erfüllung rückständige Kontrahent zum Beweise unverschuldeter Leistungsunmöglichkeit zugelassen werden muß".

[3]) S. 80; vgl. noch den Schlußsatz.

[4]) Weder im römischen, noch im heutigen Rechte, noch in der Praxis findet sich übrigens eine Spur einer solchen Klage.

[5]) S. 83: „Hier also bleibt es durchaus bei der Ausschließung der Schuldfrage und aller auf ihre Klärung bezüglichen Operationen der Parteien und des Richters". Wenn aber die vis major nur aus der Beweisnotlage zu erklären, wäre dies doch gewiß ein großer Übelstand.

[6]) Bei nachgewiesener „höherer Gewalt" im Sinne Exners.

wird in vielen, wohl den meisten Fällen, in denen theoretisch für culpa gehaftet wird, nach Exners eigenen Ausführungen überhaupt keine Entschädigungspflicht, also oft vielleicht nicht einmal für dolus eintreten.[1])[2])

Ob nun diese Fälle häufig[3]) sind oder nicht, sie sind geeignet, Bedenken gegen eine Theorie entstehen zu lassen, die sie nicht beseitigen kann.

Exner ist schließlich in den gleichen Fehler verfallen, den er Goldschmidt und seiner Lehre zum Vorwurf macht. Weil er das Verschuldungsprinzip im Grunde als durchaus richtig anerkennt,[4]) weil auch er die Rezeptumshaftpflicht mit der Kulpamaxime zu versöhnen trachtet, wird ihm die Frage der vis major zur präparatorischen, zur Frage des Beweisrechtes, durch deren Entscheid die allgemeinen Grundsätze nicht tangiert werden. Aus dieser Auffassung entstehen alle die Schwächen, die uns seinen Erklärungsversuch als mißlungen erscheinen lassen.[5])

Es läßt sich nicht verkennen, daß in der justinianischen Kompilation die Rezeptumshaftung in Beziehung gesetzt ist zu einer praestatio custodiae, und eine der größten Schwierigkeiten der Lehre liegt in der Aufgabe, das Verhältnis von custodia und vis major klarzustellen.

Durch die Zusammenstellung und Verarbeitung aller Quellenaussprüche, die entweder von Haftung „bis zur vis major", oder

[1]) S. 80 Anm. 51. Exner bietet uns selbst ein Beispiel: „Der von Liv. 25, 3, 10 erzählte exorbitante Fall von jenen gewissenlosen Publikanen, welche die zu liefernden Vorräte absichtlich in alte seeuntüchtige Schiffe verladen hatten, um an den Schiffbrüchen zu profitieren, quia publicum periculum erat a vi tempestatis in iis, quae portarentur ad exercitus".

[2]) Wenn Baron mit seiner „diligentia diligentissimi" rechtspolitisch wirken will, so kann man von Exners Ansicht sagen, sie privilegiere geradezu die Schwäche im Kampfe gegen die Naturgewalten.

[3]) Exner spricht von Raritäten (S. 83). Die Fälle „kulposer höherer Gewalt" sind entschieden nicht so selten und werden um so häufiger werden, je mehr der Mensch Fortschritte in der Beherrschung der Naturkräfte macht.

[4]) vgl. S. 80: „Man sieht, der allgemeine Satz, daß jedermann die Folgen seines Verschuldens zu verantworten habe, läßt sich auch in unseren besonderen Fällen gegenüber dem Frachtführer sehr wohl durchführen".

[5]) Objektive Theorien vertreten u. a. einige schweizerische Schriftsteller, z. B. Hafner, Über den Begriff der höheren Gewalt im Transportrechte; vgl. auch schweiz. OblR. 2. Aufl.; Knauer, ferner Volkmar, Brunner und wohl auch Schneider, die aber von der custodia, Merkel, Unger, Fischer, Rümelin, die von ihren allgemeinen Haftungstheorien ausgehen. Die Konstruktion und Erklärung des vis major durch Exner haben weit weniger Anklang gefunden als sein Resultat. Auch Brunner a. a. O. S. 103 sagt, die Theorie von Exner leide daran, daß der Beweisnotstand mit Rücksicht auf l. 9 § 4 D. 19, 2; l. 6 C. 4, 24 nicht maßgebend gewesen sein kann.

von Einstehenmüssen für custodia, oder endlich von der Prästierung einer exacta diligentia, der Sorgfalt eines diligentissimi patris familias handeln und die sich alle auf die gleiche Art von Haftbarkeit beziehen sollen, entwickelt Baron[1]) ein „selbständiges System obligatorischer Verantwortlichkeit“,[2]) das seiner Ansicht nach im römischen Recht gegolten hat.

Nach Baron ist die Haftung des Wirtes, des Schiffers, des Stallhalters keineswegs eine singuläre, vielmehr stehen wie diese Gewerbetreibenden gesetzlich für costodia[3]) (d. h. bis zur vis major) ein auch der horrearius, der conductor operis, der conductor rei, der commodatarius, der Faustpfandgläubiger, der Verkäufer einer species mit Quantitätenpreis, wer sich zu einem Geschäfte aufdrängt, endlich wer eine Sache unter aestimatio übernimmt.[4]) Die custodia resp. ihr Gegenstück, die vis major, wäre demgemäß ein allgemeiner Haftungsmaßstab des römischen Rechts.

Das Prinzip seiner Haftung für technische custodia bestimmt Baron dahin, daß

1. „wer von einem Geschäft Vorteil hat und kraft dieses Geschäfts eine fremde bewegliche Sache in seine Hände bekommt, bezüglich ihrer die technische custodia prästiert“;[5])

2. „wer sich zu einem Geschäfte aufdrängt, für technische custodia haftet“.[6])[7])

Der Umfang der Kustodiahaftung (nach Baron) ist folgender: Die Verpflichtung zur custodia umfaßt die Haftung für fremde Schuld und niederen Zufall. Vis major befreit. Höhere Gewalt ist der unüberwindliche Zufall.[8]) „Die Unüberwindlichkeit ist nicht subjektiv zu fassen, die Person des Schuldners ist also bei ihrer Feststellung außer acht zu lassen.“[9]) „Es bedarf aber kaum der Bemerkung, daß bei der Anlegung eines objektiven Maßstabes nicht naturwissenschaftliche, sondern Verkehrsbegriffe in Anwendung zu bringen sind. Deshalb sind nicht bloß Erd-

[1]) Arch. f. ziv. Prax. Bd. 52 und besonders Bd. 78. Baron folgen in der Hauptsache einige andere Schriftsteller. Baron, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 204 ff. Ziff. 1, 2, 3.

[2]) Stintzing a. a. O. S. 431.

[3]) Von Baron die technische custodia genannt nach dem Vorgange von Windscheid, Pand. Bd. 2 § 264 Anm. 9, § 384 Anm. 6, § 265 Anm. 2.

[4]) Baron a. a. O. S. 204, 205.

[5]) S. 277.

[6]) S. 278.

[7]) Der Verkauf mit Quantitätenpreis läßt sich in diese zwei Kategorien nicht unterbringen. Baron läßt ihn beiseite (S. 277).

[8]) S. 288 ff.

[9]) S. 294.

beben, Blitz, Überschwemmung u. dgl. Unüberwindlichkeitsfälle, sondern vor allem auch Räuberei und Feindeseinfall.“[1]) „So erhalten wir zwei Gruppen von höherer Gewalt: Naturereignisse und Menschengewalt, beide sofern sie unüberwindlich sind. Zu den unüberwindlichen Naturereignissen rechnen die Quellen einerseits die Fälle der sogen. elementaren Naturkräfte, andererseits die animalium casus mortes que, Alter und Krankheit; wir werden den letzteren den inneren Verderb, den Schwund, die Leckage des Handelsgesetzbuchs hinzufügen können.“[2]) Den Grund für die Kustodiahaftung findet Baron darin, daß den Römern die custodia die Denkform[3]) zur Einführung der Haftung für fremde Schuld gewesen, und daß sie dann aus dieser Denkform die Konsequenz der Haftung für niedern Zufall ziehen mußten.[4]) Schließlich, in etwas überraschender Wendung, gelangt Baron noch zu einer weiteren Rechtfertigung der Kustodiahaftung. „Mir scheint nun, daß die späteren oder vielmehr einige von ihnen einen neuen Weg einschlugen, um diese Haftung zu rechtfertigen. Nicht als ob sie die bisherige, durch Jahrhunderte überlieferte Argumentation verwürfen (die custodiae praestatio findet sich selbst bei den letzten klassischen Juristen), sondern sie gaben ihr (gleichsam zur größeren Befriedigung ihrer juristischen Einsicht) eine tiefere Grundlage in der diligentia exactissima, im pater familias diligentissimus.“[5]) Dem diligens pater familias, den er „als braven Mann, aber schlechten Musikanten, der den Verkehr nicht vorwärts bringt“,[6]) bezeichnet, stellt Baron den diligentissimus, den „kritischen Kopf“ gegenüber, „der die Verkehrssitte prüft und, wenn sie ihm ungenügend scheint, darüber hinausgeht“.[7]) Allerdings sei die Außerachtlassung der Aufmerk-

[1]) S. 294.

[2]) S. 297. Darin liegt eine schiefe Auffassung des Begriffes „vis major“, der damit zu einem Sammelbegriffe gemacht wird, der nicht zusammengehörende Dinge umfaßt; Schwund und Leckage wirken aus ganz andern Gründen haftbefreiend und sind neben die vis major zu stellen.

[3]) S. 224, 225: „Da nämlich die Römer, wie bemerkt, ursprünglich von der ausschließlichen Haftung für eigene Schuld ausgingen, so bedurfte es für sie, um zur Haftung für fremde Schuld zu gelangen, eines Mittelgliedes, welches an die Person des Schuldners anknüpfte, und diesen Dienst leistete ihnen die custodiae praestatio; wer sie verletzt, erfüllt den Vertrag nicht, nämlich den Vertrag, zu dessen Inhalt die custodiae praestatio gehört, und so gelangten sie durch die Nichterfüllung des Vertrags hindurch zur Haftung für fremde Schuld“.

[4]) S. 226 in Bd. 52 anerkannte Baron diese Konsequenz der Denkform noch nicht. Dort bleibt er bei der Haftung für fremde Schuld stehen; vgl. S. 227.

[5]) S. 230.

[6]) S. 230, 231.

[7]) S. 232.

samkeit des „kritischen Kopfes“ keine culpa levissima, ein Vorwurf könne aus diesem Grunde niemand gemacht werden, der kein „kritischer Kopf“ sei.[1]) Allein das Recht könne aus dem Grunde der Vervollkommnung des Verkehres erklären, daß wer nicht die Sorgfalt des „kritischen Kopfes“ aufwende, „für die Folgen aufzukommen habe“.[2]) „Es ist das erziehende Moment, aus welchem die diligentia exactissima, diligentissimi patris familias Rechtfertigung und Bedeutung entnimmt.“ [3])

Worauf es nun Baron vor allem ankommen mußte, war, den Quellenbeweis für seine neue und den bisherigen Anschauungen über das römische Recht widersprechende Theorie anzutreten. Dieser Beweis ist ihm aber nicht gelungen.[4]) Baron hat dem Vorwurf nicht entgehen können, die Interpretation schärfer gehandhabt zu haben, als gerade die in Frage kommenden Stellen vertragen konnten,[5]) und die seiner Ansicht entgegenstehenden Aussprüche nicht genügend gewürdigt haben.

Das Prinzip seiner Kustodiahaftung ist ferner kein einheitliches. Die Fälle des Innehabens einer fremden beweglichen Sache und des Sichaufdrängens [6]) hat Baron auf einen gemeinsamen Grundgedanken nicht zurückführen können, und dies wäre doch angesichts seiner Bemühungen, eine besondere Art vertraglicher Haftbarkeit nachzuweisen, von größter Wichtigkeit gewesen. In der Unmöglichkeit, die einzelnen Fälle unter einen wirklich alles deckenden Gesichtspunkt zusammenzufassen, liegt eine Hauptschwäche seines Kustodiasystems.

Eine eigentümliche Vermischung der objektiven und subjektiven Theorie zeigt der Baronsche Begriff der vis major. Auf der einen Seite findet er ihr Kriterium in der unüberwindlichen Gewalt.[7]) Man kann sich nicht recht denken, was unter einer objektiv zu fassenden und nach Verkehrsbegriffen zu bestimmenden Unüberwindlichkeit zu verstehen ist.[8]) Der Terminus

[1]) S. 233.

[2]) S. 233.

[3]) S. 234; vgl. S. 233: „Hierin liegt ein höchst bedeutendes, folgenreiches, heilsames Verkehrsprinzip“.

[4]) vgl. z. B. Windscheid Pand. Bd. 2 § 264 Anm. 9, § 384, § 401 Anm. 2; Stintzing a. a. O. S. 433.

[5]) Besonders zweifelhaft seine Interpretation von l. 10 § 1, l. 18 pr. D. 13, 6; l. 13 § 6; l. 25 § 7 D. 19, 2.

[6]) Den Speziesverkauf mit Quantitätenpreis hat Baron schon früher ausgeschieden.

[7]) S. 290: „Aber es ist eine in sich geschlossene und sachgemäße Begriffserklärung, eine von den wenigen römischen Definitionen, welche durchaus genügend sind“ (?).

[8]) Auch die Beispiele, die Baron anführt, bringen keine Aufklärung. Schwerverständlich ist, was er über das incendium sagt (S. 295).

„unüberwindlich“ weist doch gerade auf einen subjektiven Maßstab hin, und was in dem einen Falle unüberwindlich ist, wird es in dem andern nicht sein, z. B. der räuberische Angriff auf einen Privatmann, der über zahlreiches Gesinde verfügt, und der gleiche Angriff auf einen einsam wohnenden Junggesellen.[1]) Auf die Frage, was nach Verkehrsbegriffen unüberwindlich, wird die Antwort sehr naheliegen, daß alles unüberwindlich, was durch die gewöhnliche Diligenz nicht abgewendet werden kann. Durchaus nicht zu billigen ist vollends die Unterscheidung von Unüberwindlichkeit und Unabwendbarkeit. Wie kann ein Ereignis als unüberwindlich betrachtet werden, das abwendbar war? [2])

Auf der andern Seite ist für Baron die Außerachtlassung der Sorgfalt des „kritischen Kopfes“ vis major. Es ist nicht recht ersichtlich, wie weit sich diese Sorgfalt von der Goldschmidtschen „äußersten Obhut“ unterscheidet. Alle Bedenken, welche gegen die letztere erhoben werden müssen, gelten auch von ihr.[3])

Durchaus unwahrscheinlich ist es endlich, daß die Römer, um die Haftung für fremde Verschuldung einzuführen, zur Denkform der custodia gegriffen, aus welcher Denkform sie dann halb unfreiwillig die Konsequenz der Haftung für niederen Zufall gezogen hätten, während ja nach dem Baronschen Prinzip nicht einmal alle Fälle der Haftung für fremde Schuld getroffen werden. So wenig geschickt in ihren Mitteln waren die Römer doch wohl keineswegs. Noch unwahrscheinlicher ist, daß das erzieherische Moment des kritischen Kopfes in Rom jemals in der von Baron behaupteten Weise gewürdigt worden wäre.

Doch haben Barons Theorien wertvolle Dienste geleistet, besonders im Kampfe um die Haftung für fremde Schuld. Die Überzeugung von der Unzulänglichkeit des reinen Schuldprinzipes, eine Überzeugung, die er in trefflicher Weise in Abschn. 2 — „Innere Gründe“ — seiner Schrift im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 motiviert, hat ihn dazu bewogen, den Nachweis zu versuchen, daß schon das römische Recht einen allgemeinen objektiven Haftungsmaßstab gekannt habe.

[1]) vgl. S. 294.

[2]) Baron S. 293: „Eine Sache soll also da bleiben, wo sie nach dem Laufe der Dinge ist und ohne culpa des Schuldners sein kann, sie soll da bleiben auf die Gefahr hin, daß sie einer höheren Gewalt ausgesetzt wird; wird sie von einer Gewalt betroffen, welche unüberwindlich ist, so haftet der Schuldner nicht, es sei denn, daß eine culpa in dem Nichtentfernen der Sache enthalten ist“.

[3]) Auch Baron will nichts von der „culpa levissima“ wissen (S. 233).

Einen gefährlichen Gegner haben die Baronsche und andere Konstruktionen eines allgemeinen Haftungsmaßstabes auf Grund der custodia schon in Pernice gefunden, und die Ergebnisse seiner Untersuchung über die custodia[1]) müssen alle jene Theorien in Frage stellen.

Pernice weist namentlich nach, daß die custodia ein älterer Begriff der Verwahrung ist, der im Obligationsverhältnisse — man kann die custodia als Besitzform hier beiseite lassen — allmählich in die culpa in custodiendo übergeht, und zwar „etwa in Hadrianischer Zeit", so daß die Neueren die custodia im allgemeinen ganz unzweifelhaft unter den Gesichtspunkt der diligentia bringen;[2]) lediglich in einzelnen Fällen, in welchen, wie Pernice sich ausdrückt, aus „nichtjuristischen Gründen" eine schärfere Haftung sich empfehle, sei die custodia in vollem altem Umfange festgehalten worden.[3])

Aus der Darstellung von Pernice lassen sich wertvolle Schlüsse ziehen. M. E. kann man sich an Hand derselben die Entwicklung recht gut so denken, daß die frühere Kustodiahaftung einen jener in älteren Rechten, z. B. auch in den germanischen Rechten, wiederkehrenden Fälle darstellte, in welchen das naivere Rechtsempfinden eine Verschuldung nach äußerlichen objektiven Merkmalen bestimmte, so daß aus gewissen äußeren Ereignissen auf Verletzung der Sorgfaltspflicht ohne weiteres geschlossen wurde. So wurde wohl bei nicht gewaltsamem Diebstahl und Sachbeschädigung,[4]) soweit es sich um Dinge handelte, welche bewacht zu werden pflegten, einfach angenommen, daß die Sache nicht pflichtgemäß verwahrt worden, und daraus ergab sich dann die ältere Kustodiahaftung für Diebstahl und Sachbeschädigung, ohne daß im speziellen Falle der naiven An-

[1]) Man ist auf die 1. Aufl. des Laboe angewiesen. S. 345 ff., 354 zit. Pernice l. 5 § 5 D. 13, 6; l. 19 D. 13, 6; l. 5 § 4 D. 13, 6. S. 355 sagt Pernice l. 10 § 1 D. 13, 6 erkläre sich lediglich aus vollständiger Ausgleichung von custodia und diligentia. Gegen Baron Pernice in Anm. 45.

[2]) vgl. Pernice a. a. O. S. 353 mit l. 41 D. 19, 2, S. 355 mit l. 10 § 1 D. 13, 6. Daß im justinianischen Rechte im Obligationenverhältnis nicht jede „custodia" eine „technische custodia" sein kann, daß vielmehr umgekehrt im allgemeinen custodia = culpa in custodiendo, dürfte angesichts der Quellen wohl jetzt nicht mehr bestritten werden. Vgl. u. a. §§ 2 u. 3 Inst. 3, 14; l. 5 § 5 D. 13, 6 und die auch von Baron zit. l. 27 § 9 D. 9, 2; l. 11 (12) D. 18, 6; l. 29 D. 19, 2; l. 19 D. 19, 2; besonders l. 41 D. 19, 2; l. 10 § 1 D. 13, 6. Auch in Titel D. 4, 9 ist custodia in nicht technischem Sinne jedenfalls gebraucht in l. 1 § 3. Vgl. auch l. 1 § 1: „fidem sequi et res custodiae committere".

[3]) vgl. Pernice a. a. O. S. 359.

[4]) vgl. l. 31 D. 19, 2: „quia custodia adversus vim parum proficit".

schauung entsprechend untersucht wurde, ob ein Verschulden im eigentlichen Sinne wirklich vorliege.

Nach dieser Auffassung scheint es einleuchtend, daß mit der zunehmenden Verfeinerung des allgemeinen Kulpabegriffes die custodia allmählich in der culpa in custodiendo aufgehen mußte. Andererseits erklärt sich aber, daß noch in einzelnen Fragmenten dieser Übergang von der alten zur neuen Auffassung, der ja nach Pernice erst in Hadrianischer Zeit seinen Abschluß gefunden, erkennbar ist und Anlaß zu Erörterungen gegeben hat.[1]) Wohl auf diese früheren Anschauungen sind einzelne gewundene Ausdrücke in der Justinianischen Kompilation zurückzuführen, in welchen neben dolus und culpa noch speziell auf „custodia" verwiesen wird.[1])

Diese Auffassung entspricht wohl mehr der historischen Wahrscheinlichkeit als diejenige von Baron, der umgekehrt annimmt, daß die custodia nur die juristische Denkform der Römer war, um die Haftung für fremde Schuld und bis zur höheren Gewalt in ihr Rechtssystem einzuführen,[2]) und dadurch zu dem Resultat gelangen mußte, eine große Zahl disparater Fälle zu einem System einer besonderen Kustodiahaftung im Obligationsverhältnisse zusammenzufassen, nur weil in einzelnen Fragmenten gesagt ist, daß der Schuldner für custodia hafte,

[1]) So erklären sich vielleicht Erörterungen wie in l. 41 D. 19, 2: Ulpianus libro quinto ad edictum. Sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse Iulianus ait: qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit: quae sententia Marcelli probanda est". Vgl. l. 31 D. 19, 1: „Neratius libro tertio membranarum. Si ea res, quam ex empto praestare debebam, vi mihi adempta fuerit: quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persequendae eius praestari a me emptori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit". Vgl. l. 19 D. 13, 6 und zu dieser Stelle Windscheid, Pand. Bd. 2 § 264 Anm. 9.

[1]) vgl. l. 13 § 1 D. 13, 7: „Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit". Dazu Stintzing a. a. O. S. 434 Anm. 18. Deshalb ist es auch gerade in dieser Lehre nicht am Platze, die Interpretation so scharf zu handhaben, wie es z. B. teilweise durch Baron geschehen ist. Vgl. Baron, Der Mönchensteiner Eisenbahnunfall, im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 81 S. 179. Wie hier Stintzing S. 434 a. a. O. Vgl. übrigens Baron selbst im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 226.

[2]) vgl. Baron Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 230 und Bd. 81 S. 179. — Baron sagt seinerseits S. 215 in Bd. 78, Pernice stelle die Dinge auf den Kopf. Er verkennt, daß die custodia der ältere Begriff allem Anschein nach ist. Vgl. v. Hollander a. a. O. S. 25. Über das Baronsche Verkehrsprinzip und die Sorgfalt des kritischen Kopfes vgl. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 237. — Es fragt sich doch sehr, ob solche Erwägungen bei den Römern wirksam waren. Vgl. auch H. A. Fischer a. a. O. S. 218.

eine Konstruktion, die ihn vielfach in Widerspruch setzt mit andern Aussprüchen der Quellen.[1] [2])

Weiter läßt sich aus der Darstellung von Pernice entnehmen, daß in einzelnen Fällen die ältere Auffassung der custodia sich erhalten hat.[3]) Allerdings ist Pernice nicht darin beizustimmen, wenn er das receptum als Paradigma der Kustodiahaftung bezeichnet, und ebenso nicht den Konsequenzen, welche v. Hollander aus seiner Konstruktion der „praestatio custodiae, durch pactum adiectum begründet", für die Rezeptumshaftung zieht.[4])

Die Entwicklung ließe sich vielleicht eher folgendermaßen auffassen: Aus den Quellen ist zu entnehmen, daß im römischen Rechte die custodia durch besondere Vertragsabrede übernommen werden konnte und häufig übernommen worden ist. So erklären sich die Stellen[5]):

> l. 40 D. 19, 2: „Gaius libro quinto ad edictum provinciale. Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat".
>
> l. 35 § 4 D. 18, 1: „Gaius libro decimo ad edictum provinciale. Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat: si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus pater familias suis rebus adhibet: quam si praestiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et condictionem exhibeat emptori".

Aus diesen Stellen geht auch hervor, daß hier custodia im Sinne der älteren objektiven Auffassung genommen werden muß, und dies ist erklärlich, einmal weil diese Vertragsabreden wohl schon damals vorkamen, als die custodia noch ihre ältere Bedeutung hatte, und in solchen Vertragsabreden die ältere Übung vielleicht erhalten blieb, besonders aber weil zusätzliche Vertragsabreden offenbar die Festsetzung einer weitergehenden Garantieübernahme in späterer Zeit bezweckten und bei einzelnen

---

[1]) vgl. u. a. Stintzing a. a. O. S. 431ff. gegen diese Auffassung. Er zitiert gegen Baron l. 5 § 2 D. 13, 6; l. 18 pr. D. 13, 6. Diese letztere Stelle fällt gegen Baron besonders ins Gewicht.

[2]) Die spätere römische Zeit hat doch viel mehr die Tendenz, die Haftung im allgemeinen auf Haftung für Verschulden einzuschränken und das Verschuldungsprinzip durchzuführen. Vgl. noch Pernice a. a. O. S. 349.

[3]) Pernice a. a. O. S. 359.

[4]) v. Hollander a. a. O. §§ 4, 5ff.; Pernice a. a. O. S. 347.

[5]) vgl. auch l. 55 pr. D. 19, 2; l. 60 § 9 D. 19, 2; l. 1 § 35 D. 16, 3; § 3a Inst. 3, 23; l. 19 D. 13, 6.

Geschäften geradezu ein Bedürfnis nach einer weitergehenden Garantie bestand.

In diesem Sinne darf man wohl noch für das spätere Recht von der praestatio einer „technischen" custodia sprechen. Ganz besonders bei einzelnen Geschäften, dem Geschäfte des horrearius und wohl auch des fullo, scheint ein solches Bedürfnis, der Natur des Geschäftes[1]) entsprechend, vorhanden gewesen zu sein, und so kann dadurch, daß die Abrede der Haftung für spezielle custodia bei diesen Vertragstypen allgemein üblich war,[2]) schließlich infolge steter Übung die Übernahme der speziellen custodia bei diesen Geschäften zum Vertragsinhalte auch ohne ausdrückliche Abrede geworden sein. So dürften folgende Stellen aufzufassen sein[3]):

> l. 60 § 6 D. 19, 2: „Labeo posteriorum libro quinto a Iavoleno epitomatorum. Locator horrei propositum habuit se aurum argentum margaritam non recipere suo periculo. deinde cum sciret has res inferri, passus est, proinde cum futurum tibi obligatum dixi, ac si propositum fuit, remissum videtur".
>
> l. 60 § 9 eod.: „Rerum custodiam, quam horrearius conductoribus praestare deberet, locatorem totorum horreorum horreario praestare non debere puto, nisi si in locando aliter convenerit".
>
> l. 1 C. IV, 65: „Imp. Antoninus A. Iulio Agrippino. Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturam latronum conductori praestare non cogitur. his cessantibus si quid extrinsecus ex depositis rebus inlaesis horreis perierit, damnum depositarum rerum sarciri debet".
>
> l. 12 pr. D. 47, 2: „Ulpianus libro vicensimo nono ad Sabinum. Itaque fullo, qui curanda poliendave vestimenta accepit, semper agit; praestare enim custodiam debet. si autem solvendo non est, ad dominum actio redit: nam qui non habet quod perdat, eius periculo nihil est".

---

[1]) l. 3 § 2 D. 1, 15: „Paulus libro singulari de officio praefecti vigilum. Effracturae fiunt plerumque in insulis in horreisque, ubi homines pretiosissinam partem fortunarum suarum reponunt, cum vel cella effringitur vel armarium vel arca: et custodes plerumque puniuntur, et ita divus Antoninus Erucio Claro rescripsit".

[2]) vgl. l. 60 § 2 D. 19, 2, welche schon von Labeo herrührt.

[3]) vgl. auch Pernice a. a. O. S. 350. Er sagt, die Haftung des horrearius sei der Haftung des „nauta caupo stabularius" „nahe verwandt". Vgl. noch Pernice a. a. O. 2. Aufl. Bd. II, 2, 1 S. 216; vgl. Windscheid, Pand. Bd. 2 § 401 Anm. 2.

l. 48 § 4 D. 47, 2: „Ulpianus libro quadragensimo secundo ad Sabinum. Si ego tibi poliendum vestimentum locavero, tu vero inscio aut invito me commodaveris Titio et Titio furtum factum sit: et tibi competit furti actio, quia custodia rei ad te pertinet, et mihi adversus te, quia non debueras rem commodare et id faciendo furtum admiseris: ita erit casus, quo fur furti agere possit".

l. 2 pr. D. 9, 1: „Paulus libro vicensimo secundo ad edictum. Haec actio non solum domino, sed etiam ei cuius interest competit, veluti ei cui res commodata est, item fulloni, quia eo quod tenentur damnum videntur pati".

l. 13 § 6 D. 19, 2: „Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum. Si fullo vestimenta polienda acceperit eaque mures roserint ex locato tenetur, quia debuit ab hac re cavere".[1])

Daraus kann geschlossen werden, daß der horrearius, entsprechend der Natur seines Verwahrungsgeschäftes im großen — es sei hier als Parallele auf die Haftung der Publikanen verwiesen — für spezielle custodia einzustehen hatte.

Später scheint sich die Frage erhoben zu haben, ob der horrearius auch für „effractura", gewaltsamen oder Bandendiebstahl einzustehen habe, und diese Frage wird verneint für den Fall, daß er nicht auch diese Garantie noch besonders übernommen habe:

l. 1 C. 4, 65 (S. 119 zitiert), und dazu

l. 55 pr. D. 19, 2: „Paulus libro secundo sententiarum. Dominus horreorum effractis et compilatis horreis non tenetur, nisi custodiam eorum recepit: servi tamen eius cum quo contractum est propter aedificiorum notitiam in quaestionem peti possunt".[2])

Aus dieser Entwicklung dürfte sich die Erklärung ergeben, in welchem Verhältnisse die custodia zu der Rezeptumshaftpflicht steht und wie die Stellen des Titels 4, 9 der Digesten aufzufassen sind, in welchen custodia und Rezeptumshaftpflicht in Verbindung gebracht werden.

Als der Prätor, wie angenommen wird, zu Ende der Republik[3]) das „nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent in eos iudicium dabo" in sein

[1]) vgl. l. 60 § 2 D. 19, 2 von Labeo; l. 5 pr. D. 4, 9; vgl. aber auch l. 14 § 10 D. 47, 2; l. 10 § 1 D. 13, 6.

[2]) vgl. l. 4 C. IV, 65.

[3]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 108.

Edikt aufnahm, war die praestatio custodiae zum Vertragsinhalte einzelner Gewerbe geworden. Es lag nun nahe, die neu ins Edikt aufgenommene Rezeptumshaftung und die Kustodiahaftung des horrearius zu vergleichen, zwischen ihnen eine Parallele zu ziehen, und dies geschieht bei der Besprechung des Ediktes,[1]) wie ja der ganze Titel 4, 9 der Digesten eine ausgesprochen kommentatorische Behandlung des prätorischen Ediktes über das Receptum nautarum zeigt.[2])

Dabei wird die Frage aufgeworfen: Haftet der nauta caupo stabularius soweit wie derjenige Schuldner, der custodia prästieren muß?

„At hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur", sagt der Jurist, also wird auch für custodia gehaftet.

Damit soll aber nicht gesagt sein, daß er nur für custodia hafte. Rein kasuistisch wird die Frage gestellt, ob die Rezeptumshaftung auch die Haftung für custodia mit umfasse, wie später die Frage aufgeworfen wird, ob der nauta die actio furti habe.[3])

So scheint kein zwingender Grund vorhanden, anzunehmen, daß in den Quellen ausgesprochen, der nauta hafte nicht für mehr als custodia im technischen Sinne, oder — anders gesagt — die vis major beginne da, wo custodia aufhöre. Ein „Zwischengebiet" ist durchaus möglich liegend zwischen der Grenze der custodia und der Grenze der vis major, ein Zwischengebiet, das von der Haftung des nauta mit umfaßt ist, nicht aber von der Haftung für custodia.[4])

M. E. läßt sich in den Quellen keine Stelle finden, aus welcher man mit Notwendigkeit schließen müßte, daß die Kustodiahaftung und die Haftung bis zur vis major sich decken müßten.

Zweifelhaft könnten scheinen folgende Quellenstellen: „et tamen custodiae nomine tenentur" in l. 5 pr. D. 4, 9 von Gaius. Aber der Ausdruck kann nicht entscheidend sein, da gleich darauf von „custodiae nomine ex locato" gesprochen wird, wodurch für die Auffassung der Kustodiahaftung als Haftung bis zur vis major Schwierigkeiten entstehen müssen.[5])

[1]) Die Hauptstellen, die hier in Frage kommen, entstammen Ediktskommentaren von Gaius, Ulpian u. Paulus.

[2]) vgl. z. B. l. 1 §§ 3, 6.

[3]) vgl. l. 4 D. 4, 9 ff.

[4]) vgl. Schneider a. a. O., der S. 130 von einem Zwischengebiet spricht und der S. 376 sagt, die custodia sei ein engerer Begriff als die vis major; vgl. auch Anm. 88; zu vgl. auch H. A. Fischer a. a. O. S. 218.

[5]) vgl. das Spätere und Windscheid, Pand. Bd. 2 § 401 Anm. 2. Ebenso ist nicht bedenklich l. 1 § 8 D. 4, 9, in welcher Stelle im Gegenteil der Nachsatz „et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum" der Gegenansicht Schwierigkeiten bereitet.

Auch l. 1 § 35 D. 16,3 spricht nicht gegen die hier vertretene Ansicht:

„Ulpianus libro trigensimo ad edictum. Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: ut puta si hoc nominatim convenit. sed et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos".

Wie so häufig, greift auch in dieser Stelle eine „gespreizte" Ausdrucksweise Platz.[1]) Die gleiche ungenaue Ausdrucksweise findet sich auch im Schlußsatz der l. 2 § 1 D. 18, 6:

„Gaius libro secundo cottidianarum rerum. Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum dumtaxat, videamus, et puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum",

wo besonders noch der unmittelbar vorhergehende Satz: „an vero dolum dumtaxat" zu beachten ist.[2])

Bedenken könnte allein erregen l. 1 C. 4, 65:

„Imp. Antoninus A. Iulio Agrippino. Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturum latronum conductori praestare non cogitur. his cessantibus si quid extrinsecus ex depositis rebus inlaesis horreis perierit, damnum depositarum rerum sarciri debet".

Man könnte geneigt sein, die Stelle dadurch zu erklären — eine Vermutung, die auch von einzelnen Schriftstellern ausgesprochen worden ist[3]) —, daß die spätere römische Jurisprudenz schon die gleiche Tendenz hatte, die Rezeptumshaftung einzuschränken, wie die überwiegend die subjektive Ansicht vertretende gemeinrechtliche Doktrin. Aber dagegen spricht, daß die Stelle von Caracalla stammt. Man wird hier ebenfalls nur eine, sehr wohl mögliche, ungenaue Ausdrucksweise annehmen müssen, und kann dies um so mehr tun, als mancherlei Gründe dafür sprechen, daß in der Tat Kustodiahaftung und Rezeptumshaftung nicht identisch sind, vielmehr die Rezeptumshaftung

[1]) vgl. l. 6 C. 4, 24; Pernice, Labeo II, 2, 1 2. Aufl. S. 216.

[2]) vgl. die in ähnlicher Weise ungenaue l. 28 C. 4, 65 u. l. 13 § 1 D. 13, 7 sowie l. 6 C. 4, 24; dazu Stintzing a. a. O. S. 434 Anm. 18; vgl. auch Schneider a. a. O. S. 370 zu l. 2 § 1 D. 18, 6.

[3]) vgl. Pernice a. a. O. 1. Aufl. S. 349; Stintzing S. 434 Anm. 18; Volkmar a. a. O. S. 16. Für diese Vermutung spricht die starke Betonung des Verschuldungsprinzipes in der letzten römischen Zeit.

eine viel weitergehende ist und die Kustodiahaftung in Titel 4, 9 der Digesten und in korrespondierenden Stellen nicht der Rezeptumshaftung gleichgestellt, sondern nur zum Vergleich und zur Erläuterung herangezogen wird.

Zuerst mag darauf hingewiesen werden, daß ganz ähnlich, wie diskutiert wird, ob der nauta die custodia prästieren müsse, auch die Einzelfrage erörtert wird, ob er die actio furti habe; ja von dieser besonderen Frage ausgehend, gelangt Gaius zu der viel umstrittenen Abhandlung in l. 5 D. 4, 9.[1]) Daraus könnte doch kein Argument entnommen werden, daß der nauta nur für furtum zu haften habe.

Ferner lassen sich einige Stellen im Sinne der hier vertretenen Ansicht recht wohl auslegen, die sonst Schwierigkeiten bereiten. So vor allem die l. 5 D. 4, 9:

„Gaius libro quinto ad edictum provinciale. Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiatur, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur. Quaecumquae de furto diximus, eadem et de damno debent intellegi: non enim dubitari oportet, quin is, qui salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recipere videatur",

die auf andere Weise schwer mit l. 3 § 1 D. 4, 9 in Einklang zu bringen ist.[2])

Ebenso der Schlußsatz von l. 14 § 17 D. 47, 2 (von Ulpianus):

„Si epistula, quam ego tibi misi, intercepta sit, quis furti actionem habeat? et primum quaerendum est, cuius sit epistula, utrum eius qui misit, an eius ad quem missa est? et si quidem dedi servo eius, statim ipsi quaesita est, cui misi: si vero procuratori, aeque (quia per liberam

[1]) Beachtenswert ist, daß diese Erörterung von Gaius in Titel 4, 9 sich an die l. 4 anschließt, welche die Frage der actio furti anschneidet. Vgl. l. 12 pr. D. 47, 2: „Ulpianus libro vicensimo nono ad Sabinum. Itaque fullo, qui curanda poliendave vestimenta accepit, semper agit: praestare enim custodiam debet, si autem solvendo non est, ad dominum actio redit: uam qui non habet quod perdat, eius periculo nihil est"; vgl. l. 14 § 3 D. 47, 2; l. 14 § 17 eod.; l. 14 § 10 eod.; § 3a Inst. 3, 23; l. 10 § 1 D. 13, 6.

[2]) Die l. 3 § 1 muß doch wohl als eine der ausschlaggebenden Stellen betrachtet werden, wie Schneider S. 349 a. a. O. mit Recht betont, der mit einer beliebten Wendung sagt, l. 3 § 1 handle κατ' ἐξοχὴν von der Rezeptumshaftung.

personam possessio quaeri potest) ipsius facta est, maxime si eius interfuit eam habere. quod si ita misi epistulam, ut mihi remittatur, dominium meum manet, quia eius nolui amittere vel transferre dominium. quis ergo furti aget? is cuius interfuit eam non subripi, id est ad cuius utilitatem pertinebant ea quae scripta sunt. et ideo quaeri potest, an etiam is, cui data est perferenda, furti agere possit. et si custodia eius ad eum pertineat, potest: sed et si interfuit eius epistulam reddere, furti habebit actionem. finge eam epistulam fuisse, quae continebat, ut ei quid redderetur fieretve: potest habere furti actionem: vel si custodiam eius rei recepit vel mercedem perferendae accipit. et erit in hunc casum similis causa eius et cauponis aut magistri navis: nam his damus furti actionem, si sint solvendo, quoniam periculum rerum ad eos pertinet",

wo similis mit „ähnlich" zu übersetzen ist.

Endlich muß erwähnt werden l. 52 § 3 D. 17, 2:

„Ulpianus libro trigensimo ad Sabinum. Damna quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare: ideoque si pecus aestimatum datum sit et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aestimatum pecus acceperit: quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit. haec vera sunt, et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt quamvis aestimata".

Diese Stelle scheint sogar in ihrem ersten Teile die damna fatalia der im Schlußsatz erwähnten custodia und Haftung für Diebstahl direkt gegenüberzustellen.

Dafür, daß custodia nicht der strikte Gegensatz von vis major ist, spricht wohl auch, daß die fugae servorum nur da, wo von — technischer oder nichttechnischer — custodia die Rede ist, neben incendium, ruina, naufragium und ähnlichen Ereignissen als haftbefreiend angeführt werden.

§ 3a Inst. 3, 23: „Quod si fugerit homo qui veniit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit. sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus erit. idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus, utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debebit emptori, quia sane, qui rem nondum emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. idem est etiam de furti et de damni iniuriae actione".[1])

Besonders ins Gewicht fallen muß aber, daß wenn die Rezeptumshaftung auf die custodia praestatio zu beschränken wäre, man notgedrungen dazu gelangen müßte, entweder einen Hauptteil des Quellenmaterials zu ignorieren und den gegebenen Beispielen jeden Wert abzusprechen, oder zwei Bedeutungen der vis major anzunehmen, da häufig von vis major die Rede ist, wo von einer custodia nicht gesprochen werden kann. Eine solche doppelte Bedeutung eines Begriffs kann aber doch wohl nur dann angenommen werden, wenn sichere Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, und das scheint, soweit das römische Recht in Betracht kommt, nicht der Fall zu sein.[2])

Nirgends ist ausgesprochen oder angedeutet, daß die vis major der Rezeptumshaftung eine besondere und andere sei als die bei der Pacht, der cautio damni infecti und — wie schon früher besprochen — auch anderwärts bei Haftung für casus wiederkehrende.

l. 24 §§ 3 u. 4 D. 39, 2 (von Ulpianus): „et Labeo quidem scribit de damno dato non posse agi, si quid forte terrae motu aut vi fluminis aliove quo casu fortuito acciderit. Servius quoque putat, si ex aedibus promissoris vento tegulae deiectae damnum vicino dederint,

---

[1]) vgl. noch l. 5 § 13 D. 13, 6; dazu Brunner a. a. O. S. 51; a. M. Brunner a. a. O S. 67 (ohne weitere Quellenbelege); ebenso Fischer a. a. O. S. 252 und Schneider a. a. O. S. 377ff. Anm. 89. Schneider scheint die „fugae servorum qui custodiri non solent" zur vis major zu rechnen, aber die Stellen, die er anführt, sind nicht schlüssig. Die berüchtigte l. 18 pr. D. 13, 6 ist schlecht abgefaßt und würde für Schneiders Ansicht nur entscheidend sein, wenn man mit Baron den commodatar bis zur vis major haften ließe. Die Aufzählung in l. 23 D. 50, 17 muß auf Kulpahaftung bezogen werden. Der Sinn des „a nullo praestantur" kann nicht der sein, daß von niemand und unter keinen Umständen für die aufgezählten Ereignisse gehaftet werde, denn die Haftung auch für vis major kann vertraglich übernommen werden; l. 9 § 2 D. 19, 2; l. 78 § 3 D. 18, 1.

[2]) M. Wissens ist von den Schriftstellern, die sich mit der vis major beschäftigt haben, für das römische Recht eine solche mehrfache Bedeutung der vis major nicht hervorgehoben worden. Die auf die remissio mercedis bezüglichen Stellen werden auch für die Konstruktion der vis major beim receptum herangezogen. Vgl. Schneider a. a. O. S. 361. Wenig bestimmt Fischer a. a. O. S. 208: „Bei der Pacht finden wir den Begriff der vis major wieder: es sind damit hier gemeint außerordentliche Naturereignisse, welche mit übermenschlicher Kraft (daher vis divina genannt) hereinbrechen und ihrer Natur nach außergewöhnlich sind". Vgl. Volkmar a. a. O. S. 8.

ita eum teneri, si aedificii vitio id acciderit, non si violentia ventorum vel qua alia ratione, quae vim habet divinam. Labeo et rationem adicit, quo (quod), si hoc non admittatur, iniquum erit: quo enim tam firmum aedificium est, ut fluminis aut maris aut tempestatis aut ruinae incendii aut terrae motus vim sustinere possit?" [1])

l. 9 § 2 D. 19, 2 (von Ulpianus): „Iulianus libro quinto decimo digestorum dicit, si quis fundum locaverit, ut etiam si quid vi maiori accidisset, hoc ei praestaretur, pacto standum esse".

l. 25 § 6 D. 19, 2 (von Gajus): „Vis maior, quam Graeci θεοῦ βίαν appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus: alioquin modicum damnum aeque animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit: alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur".

So darf als Ergebnis der Gegenüberstellung von Kustodiahaftung und Rezeptumshaftung betrachtet werden, daß sowohl bei der praestatio custodiae als auch beim receptum für mehr als culpa gehaftet werde, daß aber beide keineswegs sich decken.

Dadurch wird die Freiheit gewonnen, an die Feststellung der vis major zu gehen, ohne dabei der custodia Rechnung tragen zu müssen, und damit fällt die unlösbare Aufgabe fort, zwei Begriffe gegeneinander abzugrenzen, die von gänzlich verschiedenen Grundgedanken ausgehen.

Es soll nun nicht unternommen werden, eine weitere, allgemein auch für das moderne Recht gültige Definition der vis major den vielen vorhandenen anzufügen, es soll nur versucht werden, festzustellen aus den uns überlieferten Beispielen und den die vis major behandelnden Stellen der Pandekten, wie die Römer zur Aufstellung der exceptio der vis major gelangt sind, was sie wohl unter vis major verstanden haben, und welcher Gedanke der vis major zugrunde liegt.

---

[1]) Man beachte hier die ganz ähnliche Wendung desselben Schriftstellers (Labeo) wie in l. 3 § 1 D. 4, 9; vgl. ferner l. 15 § 2 D. 19, 2; l. 78 § 3 D. 18, 1; l. 6 § 9; l. 7 D. 2, 13; vgl. über die Verjährung Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 345; ferner Dernburg's Bemerkung zur actio de effusis et deiectis a. a. O. Bd. 2 S. 367; vgl. Art. 318 schweiz. OblR.

Hinzuweisen ist vorerst darauf, daß das prätorische Edikt absolut lautet, und daß erst die kommentierten Juristen, aller Wahrscheinlichkeit nach wohl Labeo,[1]) den Satz formuliert haben, daß für vis major nicht gehaftet werde. Es muß dahingestellt bleiben, ob Labeo den Begriff der vis major selbst entwickelt, oder ob er ihn schon bei der remissio mercedis vorgefunden hat.

Nicht eine von Anfang an nur bis zur vis major sich erstreckende Haftung ist also aufgestellt worden, sondern die ursprünglich absolut ausgesprochene Haftung erleidet eine Einschränkung durch die exceptio der vis major, und zwar mit der Begründung durch Labeo, daß die Haftung bei vorliegender vis major „iniqua" wäre.[2])

Die Beispiele, welche die Justinianische Sammlung uns überliefert, sind oft besprochen und oft zusammengestellt worden.[3]) Sie führen durchweg Ereignisse an, die im Sinne der streng objektiven Auffassung durch ihre elementare Gewalt und ihre Außergewöhnlichkeit dem Leben des einzelnen als fremder Eingriff gegenüberstehen, vor allem sogen. „Naturereignisse", wie Erdbeben und Bergsturz, Überschwemmungen und Sturmfluten, Feuersbrunst, Orkane und Schiffbruch, Heuschreckenschwärme und Pest, ferner Feindesgewalt, Seeraub und Räuberbanden, alles Ereignisse, die man im Mittelalter als von Gott gesandte Strafe und Heimsuchung aufgefaßt hätte (divina vis).[4])

---

[1]) Dafür der Wortlaut von l. 3 § 1 D. 4, 9: „inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari". Dafür auch die ganz ähnlich lautende l. 24 § 3 de damno infecto 39, 2: „et Labeo quidem scribit de damno dato non posse agi, si quid forte terrae motu aut vi fluminis aliove quo casu fortuito accideret". Daß Labeo die exceptio der vis major beim receptum ausgebildet hat, nehmen an Pernice a. a. O. S. 349; Fischer a. a. O. S. 279; Volkmar a. a. O. S. 7, 12. Eine andere Auffassung Baron a. a. O. S. 244. Über die Entstehungsgeschichte des Ediktes vgl. noch Fischer a. a. O. S. 279; vgl. Exner a. a. O. S. 33.

[2]) vgl. l. 3 § 1 D. 4, 9 und die oben zitierte l. 24 § 4 D. 39, 2.

[3]) vgl. Brunner a. a. O. S. 47.

[4]) Terrae motus, ruina, labes — vis fluminum, vis maris, vis tempestatis calamitosae, naufragium — vis ignis, solis fervor non adsuetus, vis graculorum sturnorumque, mortes animalium — hostium incursus, exercitus praeteriens, vis piratarum, adgressus latronum etc. Über die fugae servorum vgl. Anm. 1 auf S. 125. Das von Brunner z. B. in erste Linie gestellte Merkmal der Plötzlichkeit des Hereinbrechens ist in den Beispielen nicht besonders hervorgehoben (vgl. aber l. 15 § 3 D. 19, 2). Das Erfordernis der Plötzlichkeit ist auch nur eine Abstraktion aus dem Satze, daß keine vis major angenommen werden darf, wenn der durch das Naturereignis verursachte Schaden hätte vermieden werden können und sollen. Vgl. Exner a. a. O. S. 5ff.

Die Beispiele geben uns ein einheitliches Bild[1]) und entsprechen dem Sinne, den Nichtjuristen und Juristen in Rom mit dem Ausdruck vis major verbinden mußten, doch wohl viel besser als die einem Verkehrsprinzip entsprungene Sorgfalt des kritischen Kopfes.[2])

Eine eigentliche Definition ist uns nicht überliefert, und das mag, wie schon Exner[3]) hervorhebt, teilweise seinen Grund in der bekannten Abneigung der Römer gegen Definitionen haben; aber hier tritt wohl noch der Grund hinzu, daß die vis major ihnen offenbar eine auf die Billigkeit zurückgeführte „Ausnahme" der Haftung geblieben ist, deren Richtigkeit sie fühlten, ohne sich selbst die deutliche Erklärung dafür geben zu können. Ansätze zu einer Begriffsbestimmung, und zwar im Sinne der uns überlieferten Beispiele, bedeuten immerhin Ausdrücke wie „major casus", „damnum fatale" und das Wort „vis major" selbst, besonders wenn berücksichtigt wird, daß ausdrücklich vis major der schon öfters angeführten griechischen Bezeichnung gleichgestellt wird.

In l. 30 § 4 D. 19, 2 wird von einer „extraria vis" gesprochen.[4])

Zweifelhafter ist die Wendung „casus cui resisti non potest".[5]) Für die Vertreter subjektiver Theorien könnte die Versuchung gegeben sein, in dieser Wendung eine Begriffsbestimmung in subjektiver Richtung zu finden, allein ebenso nahe liegt die Auffassung im Sinne einer objektiven „Unabwendbarkeit", wie sie ja oft konstruiert worden ist, und soweit in den Quellen unter jenem Ausdrucke Fälle der vis major allein erwähnt und verstanden werden, scheint doch nur eine Kürzung des „cui humana infirmitas resistere non potest"[6]) vorzuliegen, und in dieser letzteren Fassung kehrt der gleiche Gedanke wieder wie in den Ausdrücken vis major und damnum fatale.[1])

[1]) vgl. l. 15 § 2 D. 19, 2: „et si quid simile acciderit".

[2]) Auf das terminologische Element verweist auch mit Recht Exner a. a. O. S. 6, besonders Anm. 3.

[3]) Exner a. a. O. S. 7.

[4]) l. 30 § 4 D. 19, 2: „Non videri eam vim exceptam respondit nec id pactum esse, ut, si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extrariam vim utrosque excipere voluisse"; vgl. aber Brunner a. a. O. S. 70ff., 78.

[5]) Die Wendung kommt vor in der bekannten, in mancher Beziehung ungenau gefaßten l. 18 pr. D. 13, 6 von Gaius. Ihm scheint den Ausdruck zu entlehnen Ulpianus in l. 15 § 2 D. 19, 2 und später Diocletian in l. 28 C. 4, 65.

[6]) l. 1 § 4 D. 44, 7 von demselben Gaius, der in l. 18 pr. D. 13, 6 die Wendung „casus cui resisti non potest" gebraucht.

Wenn man nicht auf das Wörtchen „nisi" in l. 3 § 1 D. 4, 9 und etwa auf die schlecht gefaßten l. 18 pr. D. 13, 6[2]) und l. 1 C. 4, 65 sich stützen will, ist aus den Quellen nicht zu entnehmen, daß die vis major im römischen Recht ein Sammelbegriff ist, und daß bei der Rezeptumshaftung sowie anderwärts, z. B. bei der Pacht, alle Fälle, in welchen die Haftung entfällt, unter den Begriff der vis major zusammenzufassen wären. Das Gegenteil ist vorerst zu schließen aus l. 30 § 4 D. 19, 2 von Alfenus:

> „Colonus villam hac lege acceperat, ut incorruptam redderet praeter vim et vetustatem: coloni servus villam incendit non fortuito casu. non videri eam vim exceptam respondit nec id pactum esse, ut, si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extrariam vim utrosque excipere voluisse".[3])

Aus diesen Stellen geht hervor, daß ein Schaden, der aus der Sache selbst entstanden — vitium rei —, schon im römischen Recht neben die vis major gestellt worden ist.

Daß bei Selbstverursachung des eingetretenen Schadens durch den Verletzten nicht gehaftet wird, ist angedeutet in l. 26 § 6 D. 17, 1:

[1]) vgl. Schneider a. a. O. S. 342; Exner a. a. O. S. 12. Über die Wendung „damna quae imprudentibus accidunt" vgl. Pernice a. a. O. Bd. 2 1. Aufl. S. 253 gegen Baron; vgl. aber Th. Mommsen, Römisches Strafrecht S. 837 Anm. 1. Über den Ausdruck „casus fortuitus" vgl. Exner a. a. O. S. 9. Auf die vis major bezogen, kann dieser Ausdruck nur entweder ungenau sein oder falsch, es sei denn, daß man vis major mit casus als identisch erklärt, was heute doch wohl aufgegeben und mit vielen Aussprüchen der Quellen und mit dem Erlasse des Ediktes in Widerspruch wäre. Für diese Auffassung spricht auch l. 30 § 4 D. 19, 2. Schneider a. a. O. S. 81. Schneider sagt, „casus fortuitus" sei keine quellenmäßige Bezeichnung für vis major.

[2]) Dagegen scheint Schneider eine besondere Stellung von Gaius in der vis major-Lehre anzunehmen; vgl. a. a. O. S. 370ff.

[3]) vgl. l. 24 § 4 D. 39, 2, in welcher ebenfalls unterschieden wird zwischen vitium aedificii und vis tempestatis, nur daß hier, den Verhältnissen entsprechend, bei vitium rei die Haftung nicht entfällt; vgl. l. 5 § 4 D. 13, 6; vgl. auch l. 15 § 2 D. 19, 2, wo „vitia quae ex ipsa re oriuntur" in anderem Sinne der vis major gegenübergestellt sind. Dazu Brunner a. a. O. S. 86, 87: Schwund und Leckage sind niemals höhere Gewalt. Für das moderne Recht vgl. BGB. § 701; Knauer a. a. O. S. 14, 17, 47, 82ff. Daß die vis major im modernen Rechte nicht mehr die Schranke der Haftung, darüber vgl. § 457 schweiz. OblR. Nicht gegen die hier vertretene Ansicht spricht das Beispiel der Römer „ruina". Ruina ist = vis major nur als Hauseinsturz infolge der in Italien häufigen Erdbeben, nicht als Hauseinsturz infolge Fehler des Gebäudes, das ergibt sich auch aus l. 24 § 4 D. 39, 2; a. M. Fischer a. a. O. S. 212ff.

„Paulus libro trigensimo secundo ad edictum. Non omnia, quae impensurus non fuit mandator, imputabit, veluti quod spoliatus sit a latronibus aut naufragio res amiserit vel languore suo suorumque adprehensus quaedam erogaverit: nam haec magis casibus quam mandato imputari oportet".[1])

Ferner ist anzunehmen, daß bei Selbstverschulden des Verletzten nach allgemeinen Regeln im römischen Rechte die Haftung entfällt, daß aber das Selbstverschulden nicht als ein Fall der vis major aufgefaßt wird.[2])

Man spricht auch für das römische Recht von Kulpakompensation; richtiger wäre es vielleicht, von Kulpaabsorption zu sprechen, denn es tritt nicht die sogen. halbschiedliche Teilung des Schadens ein, sondern die Haftung entfällt oder besteht ganz. Das hängt damit zusammen, daß das römische Recht den Schaden auf eine Ursache zurückführt.

Überblickt man nun das zur Verfügung stehende römische Material über die vis major, so gelangt man zu dem Schlusse:

1. daß die vis major im römischen Rechte ein wenig entwickelter Begriff geblieben ist, und daß die Lehre durch die Jurisprudenz seit Labeo eine nennenswerte Förderung nicht mehr erfahren hat. Die gleichen Ausdrücke, die gleichen Wendungen kehren auch in den spätesten, uns in der justinianischen Kompilation erhaltenen Erörterungen der Juristen über die vis major kaum wesentlich verändert wieder;[3])[4])

[1]) vgl. l. 18 pr. D. de pecunia constituta 13, 5. Für das moderne Recht vgl. Art. 457 schweiz. ObIR.: „Wenn ein Frachtgut verloren oder zugrunde gegangen ist, so hat der Frachtführer den vollen Wert desselben zu ersetzen, sofern er nicht beweist, daß der Verlust oder Untergang durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes oder durch höhere Gewalt oder durch ein Verschulden oder eine Anweisung des Absenders bezw. des Empfängers verursacht sei"; vgl. R. Merkel a. a. O. S. 216; Knauer a. a. O. S. 112.

[2]) vgl. auch die l. 31 D. 9, 2 und l. 9 § 4 D. 9, 2; l. 11 pr. D. 9, 2; Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 108; Pernice, Labeo II, 1 2. Aufl. S. 97ff., besonders S. 101. Über Kulpakompensation vgl. Endemann, Ablehnung einer Operation S. 55ff.; Endemann, Lehrb. S. 755ff., 757; Träger a. a. O. S. 329ff.

[3]) vgl. Exner a. a. O. S. 54: „So kommt es, daß das corpus iuris uns auf dem vorliegenden Punkte zwar einen Rechtsgedanken, aber keinen geformten Rechtsbegriff überliefert". Vgl. Fischer a. a. O. S. 210; vgl. R. Merkel a. a. O. S. 216.

[4]) Höchstens zeigt sich eine, dem von den Kompilatoren ja besonders stark betonten Schuldprinzip entspringende, aber nicht durchgedrungene Richtung der späteren Zeit, die Rezeptumshaftung einzuschränken und sie der Kustodiahaftung zu assimilieren. Nach einzelnen Schriftstellern, z. B. Schneider, wäre schon Gaius eine besondere Stellung in der Beurteilung der Haftung bis zur vis major anzuweisen, doch scheinen die Quellen keine genügenden Anhaltspunkte für diese Annahme zu bieten; vgl. l. 18 pr. D. 13, 6; l. 2 § 1 D. 18, 6.

2. daß das Geltungsgebiet der vis major nicht auf die Rezeptumshaftung beschränkt werden darf, vielmehr überall da, wo für Zufall eingestanden wird, die Tendenz vorhanden ist, bei vorhandener vis major die Haftung zu verneinen;
3. daß der Kreis der als vis major zu betrachtenden Ereignisse ein eng begrenzter ist und nur die durch die Beispiele illustrierten Typen umfaßt, neben welchen aber vitium rei, Selbstverschulden und wohl auch Selbstverursachung die Haftung ausschließen.

Es scheint, daß die Römer selbst sich nicht genau Rechenschaft darüber gegeben haben, warum sie es für billig erachteten, der vis major haftbefreiende Wirkung beizulegen.[1]) Sie begnügen sich wenigstens, wie ja übrigens auch sonst recht häufig, mit der Begründung durch die aequitas.

Aber wo das Rechtsgefühl sich so ausgesprochen geltend gemacht hat und eine nur auf die Billigkeit gestützte, scheinbar singuläre Bestimmung trotz mancher praktischen Schwierigkeiten sich so hartnäckig behauptet hat wie die exceptio der vis major, liegt doch wohl stets ein, wenn auch noch nicht klar erkanntes Rechtsprinzip zugrunde, und dieses Prinzip läßt sich für die vis major aus dem uns in den Quellen gebotenen doch wohl abstrahieren. Ausgehend von der Verschuldung wird man allerdings zu einer befriedigenden Erklärung der vis major niemals gelangen können, denn darüber kommt man nicht hinweg, daß für das Verschuldungsprinzip Arten des „Kasus"[2]) undenkbar sind;[3]) daran müssen alle Theorien scheitern, welche die vis major erklären und doch das Verschuldungsprinzip unbedingt festhalten wollen.

Der Inhalt der für den Gastwirt aus der Einbringung von Sachen entstehenden Verantwortlichkeit, und vollends die Haftung der modernen Eisenbahn gegenüber Personen, zu welchen sie nicht in kontraktlichem Verhältnisse steht, kann doch nicht ins Grenzenlose gehen. Allgemein wird man einverstanden

[1]) vgl. noch Volkmar a. a. O. S. 23, der die Autorität von Pernice anführt dafür, daß in dem Ausdrucke „Casus cui resisti non potest" ein wenig klar ausgebildetes Erklärungsprinzip gesucht werde, ein vorsichtiges Tasten nach einer Definition liege.

[2]) „Casus" hier, wie auch im früheren, als Negation der „culpa".

[3]) vgl. auch G. Rümelin, Kulpahaftung und Kausalhaftung, im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 88 S. 300.

sein, daß jener nicht haftet, wenn der Gast seine eigene Sache mutwillig zerstört oder sein Pferd einer schon längst bestehenden Krankheit zum Opfer fällt, und daß diese nicht haftet, wenn ein Selbstmörder sich vor der Lokomotive auf die Schienen wirft.

Hier kann die Grenze der Verantwortlichkeit nur bestimmt werden durch das Verursachungsprinzip, den Gesichtspunkt der Kausalität des Haftenden, nach welchem die Unterscheidung von Arten des Kasus nicht nur denkbar, sondern sogar geboten ist, und in dieser Erwägung ist auch die Erklärung der exceptio der vis major zu suchen. Für vis major wird nicht gehaftet, weil das außergewöhnliche Ereignis, das den Römern eine vis major war, als selbständige Ursache[1]) des eingetretenen Schadens galt, als ein alle Menschen gemeinsam treffendes, Gesetz und Regel durchbrechendes, als Eingriff einer höheren Macht hinzunehmendes Fatum, durch welches der Kausalzusammenhang unterbrochen wird. Das scheint der der Anschauung der Römer entsprechende Gesichtspunkt zu sein.[2])

---

[1]) Daß dies die Auffassung der Römer, dafür spricht m. E. auch l. 15 § 1; l. 16 D. 9, 2: „Ulpianus libro octavo decimo ad edictum: Si servus vulneratus mortifere postea ruina vel naufragio vel alio ictu maturius perierit, de occiso agi non posse, sed quasi de vulnerato, sed si manumissus vel alienatus ex vulnere periit, quasi de occiso agi posse Julianus ait. haec ita tam varie, quia verum est eum a te occisum tunc cum vulnerabas, quod mortuo eo demum apparuit: at in superiore non est passa ruina apparere an sit occisus. sed si vulneratum mortifere liberum et heredem esse iusseris, deinde decesserit, heredem eius agere Aquilia non posse". „Marcianus libro quarto regularum: quia in eum casum res pervenit, a quo incipere non potest"; vgl. über die schwierige Stelle Träger a. a. O. S. 228. Eine andere Ansicht vertritt Endemann, Ablehnung einer Operation S. 43 ff. Der Ton ist aber wohl auf die Worte „mortifere" und „maturius perierit" zu legen; vgl. auch l. 96 D. 45, 1: „Marcellus libro duodecimo digestorum: Qui servum mihi ex stipulatu debebat, si in facinore eum deprehenderit, impune eum occidit, nec utilis actio erit in eum constituenda", und die früher erwähnte l. 52 § 3 D. leg. 1; vgl. nebenbei noch v. Liszt, Strafrecht S. 127.

[2]) Die Ansicht, daß der Gedanke der Kausalität zu der exceptio der vis major geführt hat, findet sich bei R. Merkel, Kollision S. 205 (vgl. auch sein Votum, Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages), bei Volkmar a. a. O. S. 29 ff., besonders bei Knauer (vgl. S. 99, 101 ff., 107, 112, 118 ff., 120, 121, der m. E. von der richtigen Erwägung ausgeht; seine Schlußfolgerungen für das moderne Recht sind aber überraschend und wohl nicht befriedigend. (Nur in Beziehung auf diese Schlußfolgerungen ist v. Hollander, Krit. VSchr. 3. F. Bd. 8 S. 461 ff. recht zu geben, der Knauer gegenüber den diametral entgegengesetzten Standpunkt des strengen Verschuldungsprinzips vertritt.) Vgl. ferner Rümelin, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 90 S. 202: „Denn dadurch, daß ein Erfolg mit einer vis major in Verbindung gebracht wird, lehnt man eben den Zusammenhang mit einem bestimmten menschlichen Verhalten ab". Eine Andeutung der hier vertretenen Auffassung

Heutzutage wird man ja von einer alleinigen oder selbständigen Ursache[1]) nicht mehr gerne sprechen und besser auch das Bild der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges vermeiden, das eine unrichtige Vorstellung vermittelt und schlecht paßt zu dem ewigen Ineinandergreifen und Fortschreiten der Kausalreihen. Eher könnte man von einer Absorption sprechen und an einen Strom denken, der, ohne merklich zu wachsen, einen kleinen Wasserlauf in sich aufnimmt.

So schiebt sich — nach römischer Auffassung — die als causa aufgefaßte vis major in der Abstufung der Haftung zwischen die Parteien. Während der Gastwirt für allen Schaden aufzukommen hat, dessen Ursache in seiner „Sphäre" zu suchen ist — also z. B. seinen dolus, seine culpa und culpa oder Krankheit, auch Schlaganfall seiner Leute und Handlungen anderer Gäste zu vertreten hat —, muß er mit noch mehr Recht als bei vis major befreit sein vom Ersatze des Schadens, dessen causa in der „Sphäre" des Verletzten selbst zu suchen ist, wie bei vitium der eingebrachten Sache — nicht erkennbaren Mängeln der Verpackung —, bei Beschädigung der Sachen des Gastes durch dessen eigenen, plötzlich wahnsinnig gewordenen Kammerdiener, bei „Versehen" und vollends dolus des Gastes selbst.[2])

Die Erklärung der vis major aus dem Gedanken der Verursachung kann, wie schon erwähnt, allein den Umstand rechtfertigen, daß innerhalb des casus zwischen „niederem Zufall" und „höherer Gewalt" unterschieden werden muß. Sie entspricht aber auch den Quellen mehr als die subjektive Ansicht, weil diese konsequenterweise den überlieferten Beispielen alle Be-

---

findet sich auch bei Karl Brunner a. a. O. S. 80; vgl. auch Litten, Ersatzpflicht des Tierhalters S. 97; Unger, Jahrb. f. Dogm. Bd. 30 S. 407, spricht von „Schuld des Betriebes"; vgl. v. Randa a. a. O. S. 117.

[1]) Dagegen vor allem § 254 BGB. und die entsprechende Theorie des Mitverschuldens, welche die Teilung des Schadens zwischen „Verletzer" und „Verletztem" nach der vorwiegenden Verursachung bestimmt; vgl. aber auch die Entsch. d. RG. Bd. 69 S. 57 ff. u. Bd. 66 S. 407 ff.

[2]) vgl. den RG. Bd. 69 S. 358 angeführten Entscheid eines Landgerichtes, welcher die Ermordung eines Reisenden in der Eisenbahn als höhere Gewalt bezeichnet. Eine vis major im römischen Sinne des Wortes liegt gewiß nicht vor, allein das Eisenbahnhaftpflichtgesetz faßt alles unter höhere Gewalt zusammen, was haftbefreiend wirkt und nicht Selbstverschulden des Verletzten ist. Es kennt nicht die in andern Gesetzen vielfach wiederkehrende (vgl. auch das neue deutsche Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen v. 3. 5. 1909) m. E. richtige Nebeneinanderstellung von „höherer Gewalt" und Verursachung durch Versehen oder Verbrechen unbeteiligter Dritter. Im Falle der Ermordung eines Reisenden durch einen Dritten haftet die Eisenbahn nicht, weil, wenn nicht culpa der Eisenbahn vorliegt, die verbrecherische Handlung als causal gelten muß. Eine vis major im eigentlichen Sinne liegt nicht vor.

deutung absprechen muß, und auch mehr als die Konstruktion von Exner aus der Beweisnotlage, die nur zu einer Feststellung prima facie führen kann.

Ist nun diese Erklärung richtig, so ergibt sich für das Verhältnis von Verschuldungs- und Verursachungsprinzip das Resultat, daß da, wo das römische Recht eine objektive Haftung ohne Schuld ausnahmsweise anerkannt hat, darunter eine Haftung aus Verursachung verstanden ist, mit anderen Worten, daß da, wo das Verschuldungsprinzip nicht mehr ausreicht, das Verursachungsprinzip an seine Stelle tritt und also auch Rechtssystemen, welche prinzipiell nur das Verschuldungsprinzip anerkennen, das Verursachungsprinzip immanent ist.

---

[1]) Endemann in seinem Lehrb. Bd. 1 S. 731 vertritt die Ansicht, daß in einzelnen gesetzlichen Fällen die Haftung nur auf das Verschulden oder auf eine objektive Vertretungspflicht gegründet wird, ohne daß der Haftende kausal zu sein brauchte. Er rechnet hierher den durch Tiere angerichteten Schaden und die Haftung für fremde Schuld. Doch wird man auch in diesen schwierigen Fällen die Verursachung so fassen dürfen, daß auch diese Fälle mit umspannt werden. Vgl. Rümelin im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 90 S. 203. Speziell wird man für den Tierschaden nach BGB. eine Unterstellung der Kausalität deshalb konstruieren dürfen, weil der „Halter" des Tieres ersatzpflichtig wird und, im Gegensatz zum römischen Rechte, das die „quasiculpa" des Tieres in den Vordergrund stellt (Noxalklage), die Haftung nach § 833 als Gefährdungshaftung, womit doch Gefährdung durch den „Halter" gemeint, aufzufassen ist. Vgl. Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 1273; Litten a. a. O. S. 75; RG. Bd. 65 S. 104; vgl. Schmoller, Über den Kausalzusammenhang beim Tierschaden, im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 98 S. 1 ff., 9. Eine Verschuldung in Beziehung auf einen Erfolg ohne Verursachung anzunehmen, scheint m. E. nicht leicht denkbar. Sie würde zu so unerwünschten Konsequenzen führen, daß man eher geneigt sein wird, den Begriff der „Kausalität im Rechtssinne" (RG. Bd. 69 S. 358) weiter zu fassen. Eine conditio sine qua non jedenfalls muß vorhanden sein. Vgl. R. Merkel, Strafrecht S. 71; vgl. Carl Haß, Adäquater und inadäquater Kausalzusammenhang, in Jherings Jahrb. Bd. 37 S. 354. Über die schwierige Frage der Verursachung bei Haftung für fremde Schuld (im weiteren Sinne) vgl. vor allem Endemann selbst S. 738 Anm. 16; vgl. aber auch Jung a. a. O. S. 134 ff., 161. Dagegen scheint in § 830 Abs. 1 Satz 2 wirklich eine Haftung aufgestellt zu sein für Schaden, den man nicht verursacht hat. Es liegt nahe, diese Bestimmung auf den sekundären Grund der Beweisnotlage, der Ermittelung des wahren Täters, zurückzuführen und sie mit der Verantwortlichkeit des Redakteurs, die auch keine „reine" Haftung ist, zu vergleichen. Vgl. Träger a. a. O. S. 287 ff. Vgl. zu der ganzen Frage RG. Bd. 69 S. 57 ff.: „Es kann daher, mag man sich auf den Standpunkt stellen, daß auch für das Recht jede conditio sine qua non eines Ereignisses gleichwertig als dessen Ursache in Betracht kommt, oder mag man dem einschränkenden Grundsatze der adäquaten Verursachung in einer seiner verschiedenen Ausgestaltungen folgen, keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß die verklagte Gesellschaft durch das Verhalten ihres Monteurs das für den Kläger schadenbringende Ereignis mitverursacht hat".

Für das moderne Recht ist vor allem der uns durch die vis major vermittelte Grundgedanke von Wert, der Gedanke, daß wo über Verschuldung hinaus gehaftet werden muß, doch nur so weit gehaftet wird, als der Schaden von demjenigen, der Ersatz leisten soll, — im Rechtssinne — verursacht ist.[1])

Eine weitergehende Bedeutung kann wohl der römischen vis major heute nicht zugemessen werden, und in der modernen Praxis und Gesetzgebung, auch wenn sie sich noch auf das römische Recht stützen will, ist die „höhere Gewalt" in einer vom römischen Rechte abweichenden und in den einzelnen Ländern und Kodifikationen recht verschiedenen Weise aufgefaßt worden.

Vor allem haben sich die Lebensbedingungen geändert, und damit mußten sich auch die Ansichten über das, was „höhere Gewalt" ist, ändern. Die Elemente sind unserer Zeit nicht mehr unversöhnliche Feinde — „wir haben den Blitz gezähmt", sagt Exner — und durch die Fortschritte der Wissenschaft und Technik wächst der Mensch immer mehr zum Beherrscher der Naturkräfte heran; die außerhalb von Recht und Regel stehende Räuber- und Feindesgewalt ist recht selten geworden. Viele Ereignisse, welche den Römern außer aller Berechnung standen, fügen sich für uns in den gegebenen Lauf der Dinge ein.

Aber auch die Anschauungen darüber, was auf dem Gebiete des Rechtes als kausal wirkend zu betrachten ist, haben sich geändert; Ansichten über die Kausalität brechen sich Bahn, welche zu anderen Ergebnissen gelangen, als den durch die Römer in dieser Frage erreichten. So wird es vor allem der heutigen Anschauung widerstreben, in Naturereignissen eine selbständige Ursache eines eingetretenen Schadens zu finden.

So rechtfertigt es sich, daß in Verbindung mit der vis major und an Stelle der vis major andere Formulierungen desselben Gedankens mehr hervortreten, z. B. für das Eisenbahnrecht vor allem die Unterscheidung von Betriebsereignissen und Nichtbetriebsereignissen.[1])

---

[1]) Interessant besonders RG. Bd. 64 S. 404 ff. Als „an sich" der Rechtsprechung des Reichsgerichts entsprechend wird bezeichnet: „Der Begriff der höheren Gewalt setzt erst dann ein, wenn der Unfall in einem äußeren, unabwendbaren, mit den dem Betriebe eigentümlichen Gefahren außer Zusammenhang stehenden Ereignissen seinen Grund habe". Ferner: „Ein solcher, in seiner Ursache und in seiner Wirkung einem elementaren Ereignis gleichkommender, auf den Betrieb der Straßenbahn von außen einwirkender Vorgang muß als ein ungewöhnliches, mit diesem Betriebe nicht schon seiner Natur nach verknüpftes Ereignis angesehen werden und es hat daher als höhere Gewalt zu gelten". Zu diesen Ausführungen paßt aber m. E. nicht die an-

Eine Besonderheit zeigt auch die objektiv gefaßte vis major, welche sie zu einem in der Praxis nicht immer leicht zu handhabenden Begriff machen muß. Gar nicht selten sind die Fälle, in welchen das im übrigen sich als vis major charakterisierende Ereignis vermeidbar oder sogar abwendbar war. Vermeidbar waren solche Ereignisse von jeher in vielen Fällen, und mit dem Fortschreiten der Technik werden sie immer häufiger abwendbar werden.[1]) Diese Schwierigkeit ist auch den Römern nicht entgangen.

Wo ein sonst als vis major geltendes Ereignis oder der daraus entstehende Schaden hätte vermieden oder abgewendet werden können und sollen, liegt in Wirklichkeit gar keine vis major vor.

l. 1 § 4 D. 44, 7: „Gaius libro secundo aureorum: Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilo minus obligatus permanet: is vero qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est. alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandam diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior

gefügte allgemeine Betrachtung, welche unerwarteterweise wieder auf den subjektiven Gesichtspunkt in der Lehre von der vis major zurückkehren will: „Und es hat daher als höhere Gewalt zu gelten, wenn die schädigende Einwirkung auch durch die äußerste, nach den gegebenen Umständen gebotene Vorsicht, durch alle vernünftigerweise dem Betriebsunternehmer zuzuweisenden Vorkehrungen“ nicht zu vermeiden war. Vgl. auch die interessanten Entscheidungen RG. Bd. 69 S. 357 ff., Bd. 62 S. 145 ff.; vgl. darüber Träger a. a. O. S. 302. Träger a. a. O. S. 306 faßt den Begriff der Betriebsunfälle zu eng als Unfälle, welche allein im Eisenbahnbetriebe oder hier doch nicht unerheblich häufiger vorkommen als in anderen verwandten Betrieben, also nur die ganz speziellen Unfälle des Eisenbahnbetriebes. Darnach müßten viele, allen Betrieben eigentümliche Unfälle von der Eisenbahn gar nicht zu vertreten sein. Dagegen scheint sich auszusprechen RG. Bd. 69 S. 360.

[1]) Eine etwas sonderbare Formulierung zeigt Art. 1653 des früheren Zürch. OblR. (Zürch. privatrechtliches Gesetzbuch): „Der Frachtführer ist für allen Schaden, welchen das Gut, seitdem es ihm übergeben ist, bis zur Ablieferung erleidet, verantwortlich, wenn derselbe nicht Folge höherer Gewalt ist“. „Indessen befreit auch die höhere Gewalt nicht, wenn man derselben bei gehöriger Vorsicht hätte ausweichen können.“ Vgl. Komm. von Bluntschli zu Art. 1646 des Gesetzes vom Jahre 1855. Nach dieser vorsichtigen Fassung hätte das viel kritisierte Urteil wohl nicht erlassen werden können, in welchem höhere Gewalt angenommen worden, weil ein Orkan eine schweizerische Festhütte umgerissen, bei deren Abbrechen gegen alle Regeln der Kunst verfahren worden war. Fischer a. a. O. S. 297.

custodire poterit. sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit“.

l. 21 (22) D. 3, 5: „Gaius libro tertio ad edictum provinciale: Sed ita scilicet hoc dici potest, si ipsa ruina vel incendium sine vitio eius acciderit: nam cum propter ipsam ruinam aut incendium damnandus sit, absurdum est eum istarum rerum nomine, quae ita consumptae sunt, quicquam consequi“.

l. 2 Inst. 3, 14: „Sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non huius culpa is casus intervenerit: alioquin si id quod tibi commodatum est peregre ferre tecum malueris et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis“.[1])

Daraus ergibt sich — und das ist häufig bemerkt worden —, daß oft eine doppelte Feststellung erforderlich ist, zunächst darüber, ob ein als vis major sich charakterisierendes Ereignis den Schaden zur Folge hatte, ferner aber auch darüber, ob im speziellen Falle dieser Schaden nicht hätte durch diligentia vermieden oder abgewendet werden können.[2])

Deshalb wird in der Praxis nicht selten die Entscheidung de facto doch wieder von der Beantwortung der Frage abhängen, ob eine culpa des auf Schadensersatz Belangten angenommen werden muß oder nicht.

Die sogen. „verschuldete vis major“[3]) läßt sich durch keine der Theorien eliminieren, die nicht schlechthin vis major und casus gleichsetzen, und für diese letztere Auffassung ist, jedenfalls soweit das römische Recht in Betracht kommt, kein Raum. Dieses Resultat, daß ein Ereignis, je nachdem eine culpa konkurriert oder nicht, bald vis major sein wird, bald nicht, ist

[1]) vgl. l. 9 § 3 D. 19, 2; l. 30 § 4 D. 19, 2; l. 18 pr. D. 13, 6; l. 52 § 3 D. 17, 2; vgl. auch l. 6 § 9; l. 7 D. 2, 13; l. 23 D. 50, 17; vgl. Volkmar a. a. O. S. 35 ff., 38; Fischer a. a. O. S. 292 ff. Die Theorie Fischers über die besondere konkurrierende Haftung aus der Kontraktsklage wegen culpa ist m. E. unnötig. Daß der Begriff des „casus“ nicht überall von den Römern streng im Sinne von Kasus = Negation der culpa gebraucht ist, rechtfertigt die Konstruktion nicht genügend. Auch die Quellen gewähren für sie keine genügende Unterstützung. Vgl. gegen Fischer Volkmar S. 31.

[2]) Volkmar a. a. O. S. 35, 56; vgl. dazu auch RG. Bd. 69 S. 358.

[3]) vgl. auch die Ausführungen von Träger a. a. O. S. 302 ff.

zwar dann besonders auffallend, wenn man wie die Römer die vis major als selbständige causa auffaßt, beseitigen läßt sich aber diese Erscheinung nicht, die nicht nur im besonderen Falle der vis major, sondern allgemein da hervortritt, wo die Frage der Haftung aus Verursachung gelöst werden muß. Nur erklären läßt sie sich, und die Erklärung muß auf die kausale Potenz der schuldhaften Handlung sich stützen. Man darf dann allerdings nicht das Bild der „Unterbrechung" des Kausalzusammenhanges[1]) verwenden, sondern im Gegenteil von einer besonderen kausalen Wirkung derjenigen Handlung sprechen, die unter Außerachtlassung der im Verkehr geforderten Sorgfalt erfolgt, wenn man so sagen darf, von einer qualifizierten Kausalität der fahrlässigen Handlung, welche auch gegenüber der vis major sich behauptet.[2])[3])

Läßt sich denn, wie vielfach angenommen wird, die Feststellung der Verschuldung einerseits, der Verursachung andererseits streng auseinanderhalten da, wo es sich um die Frage des Schadensersatzes handelt? Kann man wirklich bei der Bestimmung der Ersatzpflicht in der Weise verfahren, daß man zuerst die causa feststellt und dann die Frage beantwortet, ob zu dieser causa eine culpa „hinzutritt"? Für das Strafrecht liegen die Verhältnisse ja einfacher, in der Notwendigkeit der zweiten Feststellung liegt die Korrektur der ersten, der Begriff der „conditio sine qua non" könnte hier ausreichen, allerdings nur soweit der Anfangserfolg in Frage kommt, wo de lege lata Erfolghaftung noch besteht. Strafen lassen sich kumulieren, und die Strafe ist nicht in gleicher Weise an den Begriff des Schadens gebunden wie der Ersatz, der doch nur einmal wirklich geleistet werden kann.

---

[1]) So sagt noch Volkmar am Schlusse seiner Schrift S. 30 ff., vgl. § 35; vgl. dazu Träger a. a. O. S. 177 ff.

[2]) M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung S. 11 und derselbe, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 90 S. 194, sein Verhältnis der fahrlässigen Handlung zur adäquaten Verursachung: „Insofern kann man sagen, daß die Anwendung des engeren Ursachenbegriffes jedenfalls immer zutreffe, wo ein Verschulden festzustellen ist"; vgl. Litten a. a. O. S. 47; vgl. noch l. 30 D. 13, 7: „Paulus libro quinto epitomarum Alfeni Vari digestorum. Qui ratiario crediderat, cum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit: postea flumen crevit et ratem abstulit, si invito ratiario retinuisset, eius periculo ratem fuisse respondit: sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam dumtaxat ei praestandam, non vim maiorem". Vgl. RG. Bd. 62 S. 145; vgl. auch noch RG. Bd. 69 S. 57 ff.

[3]) Es wird auf die culpa zurückgegriffen, wenn das kulpose Verhalten zeitlich der Einwirkung des Naturereignisses vorausgeht, trotzdem dieses näher am Erfolge ist, eben wegen der besonderen kausalen Wirkung der kulposen Handlung.

Im Ersatzrechte ergibt sich keineswegs immer das Korrektiv der Notwendigkeit der nachfolgenden Feststellung der Verschuldung. Man nehme an (Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen v. 3. 5. 1909),[1]) im Deutschen Reiche treffen in voller Fahrt zwei Automobile aufeinander. Beide Kraftwagen werden beschädigt und die beiden Eigentümer am Steuer erleiden Verletzungen. Beide klagen auf Schadensersatz.

Es wäre nun doch anzunehmen, daß hier die Frage der Verschuldung ohne entscheidendes Interesse in erster Linie ist, beide Lenker der Automobile haften ja auch ohne Verschulden. Bei der Entscheidung der Frage, wer den Schaden verursacht habe, wird sich aber trotzdem die gleichzeitige Feststellung, wer den Schaden verschuldet habe, nicht umgehen lassen.

Conditio sine qua non liegt auf beiden Seiten vor, und es soll angenommen werden, daß beide Automobile von gleicher Schwere waren, mit gleicher Schnelligkeit fuhren und dem gleichen wirtschaftlichen Zwecke dienten. Nur im Zusammenhange mit der Frage der Verschuldung wird hier die Frage der Verursachung zu beantworten möglich sein. Ist einer der beiden Automobilisten in fahrlässiger Weise ohne Signal auf der unrichtigen Seite der Straße um eine Biegung gefahren, so wird er juristisch auch als derjenige gelten, der den Schaden verursacht hat.

Es läßt sich übrigens nicht übersehen, daß das sogen. eigene „Verschulden" des Verletzten, auch wenn eine „fahrlässige", d. h.

---

[1]) Das Gesetz enthält viele Bestimmungen, welche vom Standpunkte des Gegensatzes von Verschuldungs- und Verursachungsprinzip von Interesse sind, vgl. besonders § 7: „Wird bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Halter des Fahrzeugs verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Die Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn der Unfall durch ein unabwendbares Ereignis verursacht wird, das weder auf einem Fehler in der Beschaffenheit des Fahrzeuges noch auf einem Versagen seiner Vorrichtungen beruht. Als unabwendbar gilt ein Ereignis insbesondere dann, wenn es auf das Verhalten des Verletzten oder eines nicht bei dem Betriebe beschäftigten Dritten oder eines Tieres zurückzuführen ist und sowohl der Halter als der Führer des Fahrzeuges jede nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt beobachtet hat. Wird das Fahrzeug ohne Wissen und Willen des Fahrzeughalters von einem anderen in Betrieb gesetzt, so ist dieser an Stelle des Halters zum Ersatze des Schadens verpflichtet". So spricht § 7 von Verhalten des Verletzten oder eines nicht beim Betriebe beschäftigten Dritten; andererseits von Versagen der Vorrichtung und Fehlern in der Beschaffenheit des Automobiles. Interessant ist auch Abs. 3 für die Frage der Kausalität. Nicht zu begrüßen ist der hier wiederkehrende Begriff des unabwendbaren Ereignisses als eines Sammelbegriffes. Vgl. Litten, Haftpflicht des Tierhalters S. 68.

leichtsinnige Handlung des Beschädigten vorliegt, nicht immer ein Verschulden im Sinne der hergebrachten, dem Verschuldungsprinzip zugrunde liegenden Auffassung zu sein braucht. Handelt denn derjenige „schuldhaft", der seine eigene Sache, an welcher niemand sonst ein Recht hat, durch Unachtsamkeit verderben läßt, derjenige, der in der Großstadt sorglos auf dem Fahrdamm sich bewegt und dadurch sein eigenes Leben der Gefahr preisgibt?[1]) Und doch schließt das „eigene Verschulden" des Beschädigten die Verpflichtung zur Ersatzleistung des „Verletzenden" ganz oder teilweise aus, auch wenn dieser sich wirklich in culpa befindet. Der Grund kann nur sein, daß hier der „Verletzende" gar nicht als Verursacher oder nicht als alleiniger Verursacher des Schadens betrachtet wird. Auch darin liegt ein Hinweis, daß im Rechte die „schuldhafte" Handlung von zwei Seiten betrachtet werden muß. Einmal kann ein ethisches Urteil abgegeben werden, wenn eine Pflicht zur Sorgfalt besteht und die Strafbarkeit in Frage kommt. Andererseits aber auch — und das ist im Zivilrechte in bedeutendem Umfange erforderlich — muß juristisch die kausale Wirksamkeit eines Verhaltens beurteilt werden, das die im Verkehr geltenden Regeln außer acht läßt. Das Verhalten, das die im Verkehr geltenden Regeln außer acht läßt, erfährt eine andere kausale Wertung als das diese Regeln beobachtende, während wiederum die vorsätzliche Handlung in Beziehung auf die Kausalität anders beurteilt wird als die fahrlässige.[2]) [3]) Dieser Gesichtspunkt muß bei der Beurteilung des Mitverschuldens und der Verteilung des Schadens nach der vorwiegenden Verursachung

[1]) vgl. auch Endemann, Ablehnung einer Operation S. 60.

[2]) Geht jemand über eine Brücke, diese bricht zusammen und er verletzt sich dabei, so wird der Jurist je nach den begleitenden Umständen ein sehr verschiedenes Kausalurteil fällen müssen. Angenommen, ein Pfeiler der Brücke hat infolge unmerklicher Senkung des ganzen Geländes nachgegeben, wird kein Richter entscheiden wollen, daß derjenige, der vor Jahren die Brücke erbaut, oder der auf der anderen Seite des Flusses wohnende Freund, der den Verletzten zu sich gebeten, den Unfall verursacht habe. Wie aber, wenn der Erbauer der Brücke gegen alle Regeln der Baukunst gehandelt hatte? Wie andererseits, wenn an der Brücke eine Warnungstafel angebracht war, welche der Verletzte aus Unachtsamkeit oder auch nur wegen Kurzsichtigkeit übersehen hatte? Wenn aber der Freund, den Zustand der Brücke kennend und mit der Zerstreutheit und Kurzsichtigkeit des Verletzten rechnend, ihn zu sich gebeten, damit er auf der Brücke verunglücke, wird doch wohl der Freund als der Verursacher gelten.

[3]) vgl. zu der Frage Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 756; M. Rümelin, Verwendung der Kausalbegriffe, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 90 S. 192, 194; Träger a. a. O S. 168ff., 221, 243, besonders das Beispiel des auf so große Entfernung Schießenden, daß ein Treffen ganz unwahrscheinlich; Pernice a. a. O. Bd. 2 S. 97ff.

nach § 254 BGB. in erster Linie in Betracht kommen. Im allgemeinen wird, wenn fahrlässiges und nicht fahrlässiges Verhalten konkurrieren, die Verursachung auf der Seite des fahrlässigen Verhaltens zu finden sein, und wo Vorsatz und Fahrlässigkeit konkurrieren, auf der Seite des Vorsatzes.[1])

Wenn man die Verschuldung, soweit die Schadensersatzverbindlichkeit in Frage kommt, als „qualifizierte" Verursachung betrachtet, kann man sich auch leichter mit der Tatsache abfinden, daß im Ersatzrechte ein objektiver Maßstab der Sorgfalt erforderlich ist und die Voraussehbarkeit der weiteren Wirkungen eines schadenbringenden Ereignisses nicht verlangt werden kann.

Allerdings wird die Verschuldung auch Einfluß haben müssen darauf, wie weit sich die Haftung für die weiteren Wirkungen des haftbegründenden Erfolges erstrecken wird, weil unter den vielen Kausalbedingungen, die gleich vom Augenblicke des haftbegründenden Erfolges an schon wieder die Gestaltung der weiteren Folgen beeinflussen, die schuldhafte Handlung als eine besonders wirksame noch weiterhin dominieren kann, soweit nicht andere, ebenso wirksame oder noch wirksamere sie absorbieren.

Darauf beruht wohl in erster Linie die Erscheinung, daß vielfach Bestimmungen vorhanden sind, nach welchen bei dolosem Verhalten anders und strenger verfahren wird zur Festsetzung des Umfanges des zu ersetzenden Schadens als bei nicht dolosen, und nicht auf dem Gedanken des Gleichgewichtes zwischen Schuld und Ersatz, der undurchführbar ist, dessen Durchführung ungerechtfertigte Härten für den Verletzten mit sich bringt und schließlich doch nur die subjektive Deliktseite berücksichtigen und in Fällen Platz greifen dürfte, in welchen der Schaden voraussehbar war.

In diesen letzteren Fällen wäre ja ein Strafzusatz möglich, ungerechtfertigt aber bleibt stets eine Schmälerung des zu ersetzenden Schadens bei leichterer Verschuldung auf Kosten des unschuldigen Verletzten.[2])

Das „Periculum" bei Kauf und Miete und das Schuldprinzip.

Auch die Bestimmungen, die sich im römischen Recht darüber finden, ob bei gegenseitigen Verträgen der Kontrahent,

[1]) Über Ursachenkonkurrenz von culpa und causa vgl. RG. Bd. 62 S. 145ff., Bd. 69 S. 57ff.

[2]) Man vgl. zusammen Art. 51 u. 54 schweiz. OblR.

dem die Leistung ohne seine Schuld unmöglich geworden, die Gegenleistung fordern resp. behalten darf, müssen hier erwähnt werden. Allerdings können aus ihnen nicht ohne weiteres Belege zur Bestätigung des über das Schuldprinzip im Ersatzrechte Ausgeführten entnommen werden. Auch abgesehen von den aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrages sich ergebenden Gründen, darf man die Fragen: „Soll bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung der Gegenkontrahent, der nichts erhält, von seinen Leistungen nicht entbunden werden?“ und: „Soll bei unverschuldet verursachtem Schaden der Verletzer das Interesse zu leisten haben?“ nicht identifizieren.[1]) Und würde es auch zu weit gehen, von einem doppelten Verluste desjenigen zu sprechen, der leisten muß, ohne die Gegenleistung zu erhalten, da ja erst durch die Leistung der Schaden auf ihn übergewälzt wird, so entschließt sich doch das Recht viel leichter, eine Schadensregulierung durch Versagen eines Anspruches als durch Gewährung eines solchen durchzuführen.[2])

Eine Parallele ergibt sich aber insofern, als wenn der Schuldner, der ohne seine Schuld nicht erfüllen kann, den Anspruch auf die Gegenleistung verliert, ihm auf Grund eines „casus“ Nachteile auferlegt werden.

Es finden sich im römischen Rechte nebeneinander zwei verschiedene Arten der Gefahrregelung bei gegenseitigen Verträgen, die eine beim Kauf und den kaufähnlichen Kontrakten, die andere bei der Miete. Streit herrscht darüber, in welcher Bestimmung das Prinzip zu finden und in welcher die Ausnahme, und je nach der Auffassung von dem Wesen des gegenseitigen Vertrages wird entschieden. Eine Ansicht unterscheidet im gegenseitigen Vertrage zwei getrennte Obligationen, ihr ist die Gefahrverteilung beim Kaufe die Regel; sie hat wohl die historische Entwicklung für sich[3]) und steht im Einklange mit den Grundansichten des römischen Rechtes über Kasustragung. Die andere sieht in den gegenseitigen Ansprüchen nur Hälften einer Obligation. Ihr ist deshalb die Entscheidung, welche bei der Miete gegeben ist, die prinzipielle, der Satz periculum est emptoris

[1]) Nicht immer ist das beobachtet worden. Vgl. im allgemeinen die schon erwähnte Schrift von Hartmann, Juristischer Kasus und seine Prästation, in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 22; vgl. Windscheid, Pand. Bd. 2 § 264 Anm. 5.

[2]) So können auch Entschädigungsforderungen auf dem Wege des Retentionsrechtes geltend gemacht werden, die mit selbständiger Klage nicht verfolgt werden können. Dieser Gedanke kehrt auch in der oft kritisierten Regel „casum sentit dominus“ wieder.

[3]) Das gibt auch Mommsen, Beitr. Bd. 3 S. 417 zu.

die zu erklärende Ausnahme, ein historischer Rest, der sich beim Kaufe aus besonderen Gründen länger erhalten hat.

Aber sowohl die Regel periculum est locatoris wie der Satz periculum est emptoris zeigen interessante Beschränkungen. Bei beiden tritt, wenn eine besondere Art von casus die Leistung ganz oder teilweise unmöglich macht, eine Änderung in der Verteilung des periculum ein. So kann beim Kaufe wegen Fehlern und Mängeln der Kaufsache der Kaufpreis zurückgehalten oder wiedergefordert werden, und bei der Miete verliert der Vermieter, wenn die Unmöglichkeit der Kontraktserfüllung in der Person des Gegenkontrahenten begründet ist — si per eum stetit —, wenn derselbe also die, sei es auch schuldlose, Ursache dieser Unmöglichkeit ist, den Anspruch auf die Leistung des Mieters nicht.[1])[2]) Dies gilt jedoch nicht unbeschränkt. Nur insofern kann der Vermieter den ganzen Mietpreis fordern, als es ihm unmöglich ist, für seine leerstehende Wohnung, seine Arbeitskraft, eine andere Verwendung zu finden. Den durch die Nichterfüllung erlittenen Schaden soll der Vermieter ersetzt erhalten. Hat ihn ein Schaden nicht getroffen, weil er anderweitig aus seinen vom ursprünglichen Kontrahenten zurückgewiesenen Diensten den gleichen Nutzen hat ziehen können, so bekommt er auch nichts. Es handelt sich also hier um einen Anspruch auf das Interesse, das er an der Erfüllung des Kontraktes hatte, und die Gegenleistung oder ihr Äquivalent als das natürliche Maß und das Maximum seines Interesses an der Kontraktausführung erhält er nur insofern, als nicht auf andere Weise der ihm drohende Schaden hat abgewendet werden können.[3])[4])

[1]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 306; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 401 Anm. 7; l. 19 § 9 D. 19, 2; l. 38 D. 19, 2: „Paulus libro singulari regularum. Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet. Advocati quoque, si per eos non steterit, quo minus causam agant, honoraria reddere non debent“.

[2]) Es ist streitig, wer die weder in der Person des Mieters noch in der der Vermieters sich ereignenden Zufälle zu tragen hat. M. E. der Vermieter. Die Frage, ob vis major anzunehmen, ist hier streitig und wenig aufgeklärt. Vgl. Mommsen, Beitr. Bd. 1 S. 353 ff., besonders S. 361.

[3]) Dazu Mommsen, Beitr. Bd. 1 S. 356.

[4]) Hepp bemerkt a. a. O. S. 48: „Weshalb sollte der Promittent, welcher in jedem Augenblicke bereit ist, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, unter dem casus des Akzeptanten leiden? Allein auf der anderen Seite ist doch zu erwägen, daß das römische Recht sehr häufig den einen Kontrahenten den casus des anderen leiden läßt“. Und seinem Prinzip nach immer leiden lassen sollte, möchte man hinzufügen.

Übersicht.

In der Einzelbetrachtung sollte dargelegt werden, daß das römische Recht zwar den Satz: „Keine Entschädigung ohne Schuld“ als ein Gebot der Vernunft, nicht nur als eine für die Mehrzahl der Fälle gültige Regel[1]) hat durchführen wollen, ihn aber nicht hat durchführen können.

Das Verschuldungsprinzip ist im römischen Rechte, obwohl es die Römer zu den Fundamentalsätzen ihres entwickelten Rechtssystems[2]) rechnen und seine Reinheit zu wahren bestrebt sind, dennoch in zahlreichen Fällen durchbrochen. Es muß zugegeben werden, daß manche dieser Ausnahmen in den besonderen Verhältnissen, in welchen sie Platz greifen, eine Erklärung finden könnten. Aber durchaus nicht überall ist das möglich und häufig wird dann versucht, die Haftung ohne Schuld äußerlich durch Kulpafiktion[3]) mit dem Schuldprinzip in Einklang zu setzen. Vielfach verweisen die Römer auch nur auf die aequitas, und damit ist ja gerade ausgesprochen, daß das Rechtsgefühl[4]) sich in diesen Fällen den Konsequenzen des Verschuldungsprinzipes entgegenstellt.

---

[1]) Eine andere Auffassung vertritt G. Rümelin, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 88 S. 287. Er führt aus, das römische Recht habe das Verursachungsprinzip nicht abgelehnt, sondern sich nur nicht veranlaßt gesehen, es in größerem Umfange zur Anwendung zu bringen. Dagegen spricht die häufige Betonung des Prinzips und die Anwendung der vielen „Denkformen“ und Fiktionen zu seiner Aufrechterhaltung.

[2]) Über die „liberale“ Grundidee und den subjektiven Standpunkt des röm. Rechtes vgl. Binding, Handbuch Bd. 1 S. 710 Anm. 11; Mataja a. a. O. S. 6.

[3]) vgl. Pernice, Labeo II, 2, 1 S. 50; R. Merkel a. a. O. S. 113.

[4]) Auch heute wird vielfach gerade in den Fällen der Haftung ohne Schuld auf die „Billigkeit“ verwiesen — vgl. Unger, Jahrb. f. Dogm. N. F. Bd. 21 S. 299 ff. — und das läßt wohl den Schluß zu, daß in dieser Materie Rechtsanschauungen sich Bahn brechen, deren Begründung aus den bestehenden Rechtsgrundsätzen Schwierigkeiten bereitet. Die Wendung „es ist billig“ kann übrigens in verschiedenem Sinne gebraucht werden. „Es ist billig“ kann bedeuten: a) daß von der Rechtsregel in einzelnen Fällen aus Gründen, die nicht notwendig Rechtsgründe zu sein brauchen, abgewichen werden soll; b) daß eine Rechtsregel, besonders eine zu schaffende neue Rechtsregel, dem Rechtsgefühl entspreche. Der ersten Kategorie entspricht die

Man wird einwenden können, daß die Begründung gerade der schwache Punkt der klassischen Entscheidungen der römischen Juristen ist, aber auch die moderne Wissenschaft des römischen Rechts hat das Problem, die objektive Haftung im römischen mit dem Verschuldungsprinzip in Einklang zu setzen, nicht gelöst. Auch sie muß, sofern sie an dem Verschuldungsprinzipe festhalten will, das Vorhandensein der Haftung ohne Schuld im römischen Rechte als singulär betrachten oder mit Kulpafiktion und Unterstellung freiwilliger Garantieübernahme sich behelfen.

Zahl und Eigenart der Fälle der Haftung ohne Schuld im römischen Rechte erlauben aber nicht, sie als bloße singuläre Ausnahmen zu betrachten, und der Umstand, daß die Erklärung aus dem Schuldprinzipe nicht möglich ist, läßt den Schluß auf dessen Unzulänglichkeit zu.

Zur Unterstützung dieser Folgerung darf man auf die historische Entwicklung verweisen. Die im römischen Rechte sich findenden Fälle der Haftung ohne Schuld, welche lediglich als Singularitäten betrachtet worden sind, haben trotz der von Grund aus veränderten Kulturverhältnisse und Lebensbedingungen zwei Jahrtausende überdauert und haben sich, man kann sagen ohne Ausnahme, bis heute behauptet. Nicht nur haben sie keine Schmälerung erfahren, sondern an Bedeutung zum Teil sogar außerordentlich gewonnen, und die Haftung ohne Verschulden hat sich wichtige neue Gebiete erobert, die ihr im römischen Rechte noch verschlossen waren. Nur beispielsweise soll hier hingewiesen werden auf die Haftung für fremde Schuld, die Ersatzpflicht bei Interessenkollision in allen ihren Formen, besonders die Ersatzpflicht bei Notangriff nach Bürgerlichem Gesetzbuch, die Enteignung in ihrer heute so außerordentlich gewachsenen Bedeutung, alle die Spezialgesetze zur Verhütung von Epidemien, zur Bekämpfung der Reblaus, die Rayongesetze, die Ersatzpflicht konzessionierter Betriebe, die Haftpflichtgesetze und neuerdings das Gesetz über den Verkehr mit

---

Fassung des § 829 BGB., in welchem es heißt: „Der Schaden ist so weit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert . . .“ Schweiz. OblR. Art. 58: „Aus Rücksichten der Billigkeit kann der Richter ausnahmsweise auch eine nicht zurechnungsfähige Person, welche den Schaden verursacht hat, zu teilweisem oder vollständigem Ersatz verurteilen“. M. E. ist damit nicht der richtige Standpunkt eingenommen, nicht das Billigkeitsgefühl unter besonderen Umständen, sondern das Rechtsgefühl fordert allgemein die Ersatzpflicht des unzurechnungsfähigen Täters.

Kraftfahrzeugen, die Versicherungsgesetze, soweit sie Zwangsversicherung Dritter anordnen, die Ersatzverpflichtung bei objektiv rechtswidrigen Eingriffen in Privatrechte, die Entschädigung bei ungerechtfertigter Arresterwirkung, die Entschädigung unschuldig Verurteilter, die Aufgabe des Deliktsstandpunktes bei der Alimentationsverpflichtung, die Haftung der juristischen Person und die Haftung des Staates für seine Beamten. Um die Haftung der juristischen Person zu begründen, hat man immer wieder unternommen, ihre Verschuldungsfähigkeit zu konstruieren. Im Grunde will man aber die Verschuldungsfähigkeit nur insoweit anerkennen, als zur Begründung der Entschädigungsverpflichtung notwendig ist.[1])

Diese ganze Entwicklung ist um so bedeutsamer, als die Gesetzgebung der Theorie vielfach vorausgeeilt ist und über die Grundprinzipien der objektiven Haftung eigentlich recht wenig Übereinstimmung herrscht.[2]) Der Gedanke läßt sich nicht zurückweisen, daß eine ursprüngliche und mächtige, wenn auch nicht immer zielbewußte Bewegung nach neuer Gestaltung der Schadens-

[1]) vgl. Walter Perlmann in Grünhuts Zeitschr. Bd. 34 S. 57 ff.; S. 58: „Aber die Rechtswissenschaft ist längst darauf aufmerksam geworden, daß die durch Spezialgesetze gewährten Entschädigungen, von der alten Enteignungsentschädigung angefangen bis zu den jüngsten Rechtsgebilden, der Entschädigung unschuldig Verurteilter und Verhafteter, nicht bloße Einzelerscheinungen sind, sondern untereinander durch ein allgemeines Prinzip zusammenhängen, aus welchem sie — bewußt oder unbewußt — herausgewachsen sind". Daß manche dieser Ersatzverpflichtungen in das öffentliche Recht einzureihen sind, nimmt ihnen wohl nichts von ihrer Bedeutung auch für das Privatrecht. Im Gegenteil wird das Rechtsgefühl stärker sprechen müssen, bis sich der Staat entschließt, sich selbst die Pflicht aufzuerlegen, Ersatz zu gewähren für Eingriffe in die Rechtssphäre des einzelnen. Vgl. über die Fälle der objektiven Schadensersatzpflicht im modernen Rechte besonders v. Randa a. a. O. Einl. §§ 1, 2, 3. Das BGB. in Verbindung mit dem neuen HGB. ist allerdings in einigen wenig bedeutenden Fällen auf den Standpunkt der Verschuldung zurückgekehrt, welche früher Fälle der objektiven Haftung waren, so z. B. in der Regelung der Haftung des Frachtführers.

[2]) Man spricht oft von „einfachen" Entschädigungsforderungen oder von obligationes „ex lege", da wo von Haftung ohne Schuld die Rede ist. Vgl. M. Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung S. 1 ff.; Eger, Komm. z. Reichshaftpflichtgesetz 6. Aufl. zu § 1 S. 2. Im Grunde sind aber alle obligationes = „obligationes ex lege", und daß die z. B. in den Haftpflichtgesetzen statuierte Ersatzpflicht eine obligatio ex lege speciali ist, ändert daran nichts. Man kann aus dem Ausdruck „ex lege" wohl nur den Schluß ziehen, daß die Gesetzgebung hier der gestaltenden Theorie vorangeht. Vgl. R. Merkel a. a. O. S. 129: „Damit ist aber die Frage nach dem Grunde dieser Haftung nicht beantwortet, sondern umgangen. Das Gesetz hat doch seine Gründe". Vgl. Jung a. a. O. S. 113.

ersatzlehre drängt.[1]) Der kunstvolle Bau des Schuldsystems im Ersatzrechte, dessen Errichtung eine große und von Jhering mit Recht gepriesene Tat der Römer gewesen ist, beginnt zu verfallen, und Stein auf Stein löst sich aus seinem Gefüge.

Gegen das Verschuldungsprinzip als Grundlage der Ersatzverbindlichkeit sprechen neben der historischen Entwicklung aber auch manche dogmatische Erwägungen, die besonders von Binding in seinen „Normen" eine glänzende Darlegung gefunden haben. Die wichtigsten Argumente ergeben sich wohl einerseits aus dem Gegensatz zwischen der Strafe, die das Subjekt, den Täter, in erste Linie stellt, und der Entschädigungspflicht, die vom objektiven Moment, vom Schaden, ausgehen muß, andererseits daraus, daß Restitution und Reparation häufig kaum auseinanderzuhalten sind und zwischen Erfüllung und Ersatz, Rückerstattung der Bereicherung oder der Impensen und Schadensersatz oft schwer die Grenze zu ziehen ist.

Läßt sich diesem Ergebnis, daß das Verschuldungsprinzip nicht mehr ausreichend ist, ein positives Resultat an die Seite stellen, und kann eine Grundidee gefunden werden, welche die Fälle der objektiven Haftung verbindet?

Die Römer selbst sind einem einheitlichen Gedanken mit Bewußtsein nicht gefolgt. Sie haben von Fall zu Fall[2]) dem Drucke ihres Rechtsgefühles nachgegeben, und da hat sich die objektive Haftung leichter herausgebildet oder erhalten, wo sie eine latente war, wie z. B. bei der Noxalhaftung. Trotzdem läßt sich vielleicht doch ein einheitlicher Grund dafür finden, daß gerade in den im römischen Rechte aufgestellten Fällen eine Haftung ohne Schuld dem Rechtsgefühle der Römer entsprochen hat.

Die Fälle der Haftung ohne Verschulden haben, wie in der Einzelbetrachtung versucht worden ist klarzulegen, das Gemeinsame, daß sie eine besondere Art der Verursachung,[3])

[1]) vgl. M. Rümelin a. a. O. S. 1; G. Rümelin a. a. O. S. 315; Jung a. a. O. S. 163 ff. und die oben zitierte Äußerung von Perlmann.

[2]) vgl. M. Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung S. 18. Keine Erklärung ist, wie früher manchmal angenommen worden, der Systematik der Römer und der Einteilung in obligationes quasi ex delicto und quasi ex contracto zu entnehmen. Vgl. besonders Girard a. a. O. S. 692 ff., 424 und v. Randa S. 24.

[3]) Manche Schriftsteller sprechen daher in diesen Fällen (z. B. bei einer „freien" Handlung des Erben, der die legierte Sache zerstört) nicht von „casus", sondern beschränken den mehrdeutigen Ausdruck casus auf Ereignisse, welche auf eine solche besondere Art der Verursachung nicht zurückzuführen sind. Zu dem Worte „Zufall" vgl. v. Randa a. a. O. S. 36.

eine engere Beziehung, an welche die Ersatzpflicht geknüpft werden kann, voraussetzen.[1]) Nicht für „Zufall“ schlechthin soll gehaftet werden. Die Haftung soll auch nicht ins Grenzenlose gehen, denn dem römischen Recht läßt sich entnehmen, daß auch da, wo eine objektive Haftung tatsächlich besteht, gewisse Arten des casus haftbefreiend wirken, wie z. B. die vis major und ebenso das Selbstverschulden und das „Verhalten“ des Verletzten. Somit werden sich die Fälle der Ersatzverpflichtung im römischen Recht untereinander und mit der Haftung für culpa, denn auch die Verschuldung ist eine besondere Form der Verursachung, von dem Gesichtspunkt verbinden lassen, daß zur Entstehung der Ersatzverpflichtung immer eine spezielle Kausalbeziehung vorausgesetzt werden muß.

Im Grunde postulieren wohl auch die wichtigsten juristischen Theorien,[2])[3]) welche Fälle der objektiven Haftung unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt zusammenfassen wollen, eine Haftung für besondere Verursachung. Das gilt von dem Prinzip des aktiven Interesses,[4]) aber auch von dem Prinzip der

[1]) Auf den Gesichtspunkt der besonderen Verursachung ist m. E. auch zurückzuführen, daß die Haftung desjenigen, der sich zu einem Geschäfte, zu einer Verrichtung zudrängt, verschärft wird. Vgl. Pernice, Labeo II, 2, 1 S. 216; Baron, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 204, 278; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 378 Anm. 7; über den Trödler, der sich die Sache erbeten hat, vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 330 Anm. 8; l. 1 § 35 D. 16, 3; l. 4 pr. D. 12, 1; vgl. auch l. 23 D. 19, 5 und l. 10 D. 3, 5. Vgl. dazu Träger a. a. O. S. 319 Anm. 1: „Wer ein Fuhrwerk besteigt, muß wissen, daß er sich damit einer gewissen Gefahr aussetzt. Von demjenigen aber die Übernahme der Gefahr zu verlangen, der den (nicht schuldhaft) Verletzten auf dessen Bitten aus Gefälligkeit mitgenommen hat, erscheint ungerecht und der Forderung des Gesetzes, Verträge nach Treu und Glauben auszulegen, nicht entsprechend“. Auch darauf kann hier verwiesen werden, daß die Frage, wer ein Interesse, speziell ein wirtschaftliches Interesse, an einem Geschäfte habe, im römischen Rechte von prinzipiellem Einfluß auf die Schärfe der Haftung ist. Dieser Gedanke hat in dem römischen (wie Pernice sich einmal ausdrückt) „Nutzenschema“ seinen Ausdruck gefunden.

[2]) vgl. auch G. Rümelin, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 88 S. 301; v. Randa a. a. O. S. 13ff., 18.

[3]) Im Gegensatz zu den Theorien, die wirtschaftliche und soziale Momente in den Vordergrund treten lassen. Vgl. die angeführten Schriften von Steinbach und Mataja. Über die verschiedenen Theorien vgl. besonders v. Randa S. 13ff. Über die Theorie von Mauczka vgl. besonders v. Randa a. a O. S. 16.

[4]) vgl. R. Merkel a. a. O. z. B. S. 154ff., 160ff., 164ff., 179: vgl. S. 205, wo von einer Wirkungssphäre des „Handelnden“ gesprochen wird. Über die Frage der Rechtmäßigkeit der Handlung in den Fällen der Interessenkollisionen vgl. zu Anfang S. 10 Anm. 2. Auch die Frage ist interessant, auf welcher Seite die Verursachung des Eintrittes der Interessenkollision einerseits bei Notverteidigung, andererseits bei Notangriff zu suchen ist.

Gefährdungshaftung, d. h. einer Haftung für Schaden, welche Folge einer objektiv gefährlichen Handlung ist. „Gefährdung“ allein kann ja nicht genügen, um eine Ersatzpflicht zu begründen. In den Worten „gefährlich“, „Gefahr“ wird doch wohl geradezu ein Kausalurteil ausgesprochen.[1])

Wenn nun die vorstehenden Erörterungen dahin zusammengefaßt werden: die Verursachung und nicht die Verschuldung ist der erste und ursprüngliche Grund der Ersatzpflicht, so ist damit nicht ein neues Prinzip gefordert, es soll nur ausgesprochen werden, daß das Verursachungsprinzip als erster Grund der Ersatzpflicht in jedem Zivilrechte — wenn auch zurückgedrängt, wie im römischen Rechte — gegeben ist.[2]) Es soll nicht der Schluß gezogen werden, daß nun in jedem Falle rechtswidriger Verursachung Schadensersatz geleistet werden müsse.

Gewiß ist es richtig, wenn Heinsheimer sagt, die Grenzenlosigkeit des Kausalbegriffes zwinge dazu, jede Schadenshaftung an irgendwelche näher bestimmte Kausalbeziehung zwischen dem Ersatzpflichtigen und dem Schadenseingriff zu knüpfen.[3])

[1]) Auch das „Gefährdungsprinzip“ ist nur ein „Prinzip“, d. h. es kann nicht unmittelbare praktische Anwendung finden, es müssen vielmehr auf Grund des Prinzips Rechtsregeln erst geschaffen werden. Vgl. Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 748; v. Randa a. a. O. S. 14. Das Gefährdungsprinzip ist insofern unvollständig, als zur Gefährlichkeit der Handlung noch besondere weitere Momente hinzutreten müssen, um die Handlung zu rechtfertigen, wenn daraus nicht eine so allgemeine Ausdehnung der Haftung — man denke an „Reiten, Jagen, Fahren, Böllerschießen“; vgl. M. Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung S. 45 — resultieren soll, daß dadurch dem Prinzip wieder alle Bedeutung genommen wird. Auf diesen weiteren Momenten liegt manchmal sogar das Hauptgewicht, so m. E. bei den konzessionierten Unternehmungen und in verwandten Fällen, wo weniger durch die Gefährdung als durch die Tatsache der Erteilung der Konzession, welche die Abwehr gegen die Einwirkungen ausschaltet, die Haftung gerechtfertigt erscheint. Vgl. zur Gefährdungshaftung Litten, Die Ersatzpflicht des Tierhalters S. 75. Dem neuen, dem ungewohnten und ungewöhnlichen wird nicht selten eine besondere kausale Wirkung zugeschrieben im Rechtsempfinden der Gesamtheit. So ist immer von den besonderen Gefahren des Eisenbahnbetriebes gesprochen worden und die strengere Haftpflicht der Eisenbahnen gefordet worden, während die Statistik die Ansicht nicht bestätigt, daß die Beförderung auf Eisenbahnen gefährlicher sei wie z. B. die Beförderung der Reisenden im Zeitalter der Postkutschen. Vgl. schon Mataja a. a. O. S. 58; vgl. Knauer a. a. O. S. 107.

[2]) Die kontraktlichen Verhältnisse müssen einer besonderen Beurteilung unterliegen, denn hier ist der „Nexus“ durch den Vertrag gegeben, und aus dem Obligationsinhalte bestimmen sich die Pflichten des Schuldners.

[3]) Heinsheimer, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 95 S. 240; vgl. auch Träger a. a. O. S. 223.

So wenig das Strafrecht, das auf dem Verschuldungsprinzipe basiert, alle schuldhaften Handlungen bestrafen kann, so wenig wird im Zivilrecht aus jeder rechtswidrigen Verursachung ein Anspruch auf Schadensersatz in praxi gewährt werden können. In dem Kausalbegriff selbst liegt schon die Einschränkung des Verursachungsprinzips. Soll nicht eine Schadensersatzpflicht aller gegen alle Menschen entstehen, so muß die Haftung an eine bestimmbare nähere Beziehung,[1]) eine Verkörperung der Verursachung anknüpfen, und in der Tat ist den Juristen die Verursachung immer schon eine besondere Verursachung. Das Hauptmoment aller bestehenden juristischen Kausaltheorien, auch der Theorie der conditio sine qua non, ist, daß sie spezialisieren und eine besondere Art der Verursachung hervorheben, daß sie aus der unendlichen Zahl derjenigen, die Bedingungen gesetzt haben, erst den- oder diejenigen herausgreifen wollen, welche als Urheber des Schadens zu gelten haben.

Als solche spezialisierte Verursachung κατ ἐξοχήν muß die fahrlässige widerrechtliche Handlung die Hauptgrundlage der Ersatzpflicht bilden, aber nicht als die allein denkbare Voraussetzung der Entschädigungspflicht, sondern als die wichtigste Erscheinungsform, neben welcher — nicht als singuläre Ausnahme —, sondern als Ausfluß des gemeinsamen oberen Prinzipes auch andere Fälle von besonderer Verursachung schadensersatzpflichtig machen können, nur als Beispiel sei angeführt die der schuldhaften Handlung am nächsten liegende quasiculpa von Wahnsinnigen und Kindern.[2])

Durch diese Auffassung erlangt man die Möglichkeit, die zahlreichen Fälle der objektiven Haftung nicht als Singularitäten zu betrachten, und das Argument, daß man der Ausdehnung der objektiven Haftung deshalb entgegentreten müsse, weil sie im Widerspruch stehe zum Grundprinzip der Schadensersatzlehre, fällt dahin. Wichtige Konsequenzen ergeben sich auch für die Auffassung der culpa im Ersatzrechte und für den Standpunkt, den das Zivilrecht in der Schuldlehre dem Strafrechte gegenüber einzunehmen hat.

---

[1]) vgl. auch Jung a. a. O. S. 78.

[2]) Von diesem Standpunkt erscheint die Fassung von § 829 BGB., welche auf die „Billigkeit“ abstellt, unrichtig.

Literaturverzeichnis.

Baron, Die Haftung bis zur höheren Gewalt. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 78. Freiburg 1892.

Baron, Die Haftung für Custodia. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 52. Heidelberg 1869.

Baron, Der Mönchensteiner Eisenbahnunfall. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 81. Freiburg 1893.

Bekker, E. J., Zur Lehre von der Eviktionsleistung. Im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, herausgegeben von Bekker, Muther und Stobbe, Bd. 6. Leipzig 1862.

Biermann, Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentags. Bd. 4. Berlin 1893.

Biermann, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im bürgerlichen Rechte. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 91. Tübingen 1900.

Binding, K., Handbuch des Strafrechts. Bd. 1. Leipzig 1885.

Binding, K., Die Normen und ihre Übertretung. 2. Aufl. Leipzig 1890.

Block, J., Die Voraussetzungen der mora creditoris. Diss. Greifswald 1904.

Brodmann, Über die Haftung für Fahrlässigkeit, insbesondere über die Haftung des Schiffers. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 99. Tübingen 1906.

Bruck, Fel. Fr., Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht. Breslau 1885.

Brunner, K., Die Haftung nach bürgerlichem Recht und die höhere Gewalt. Diss. Bonn 1904.

Brunner, H., Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. 1 2. Aufl. Leipzig 1906, Bd. 2 Leipzig 1892.

Brunner, H., Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 3. Aufl. Leipzig 1908.

Cohnfeldt, Rich., Die Lehre vom Interesse, nach römischem Recht. Leipzig 1865.

Dernburg, H., Pandekten. 3 Bde. 7. Aufl. von B. Biermann. Berlin 1902/03.

v. Duhn, Über Anseglung und Schadenteilung bei Schiffszusammenstoß. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 14.

Eger, G., Das Reichshaftpflichtgesetz erläutert. 6. Aufl. Hannover 1906.

Eisele, Haftung eines Korrealschuldners für culpa und mora des andern. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 84 S. 295 ff. Freiburg 1895.

Eisele in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 25. Jena 1885.

Endemann, F., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1900—1908.

Endemann, F., Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten. Berlin 1893.

Exner, Adf., Der Begriff der höheren Gewalt im römischen und deutschen Verkehrsrecht. Wien 1893.

Erismann, Das schweizerische Eisenbahnhaftpflichtgesetz v. 7. 7. 1875, interpretiert durch das Bundesgericht. Basel 1895.

Ferrini, Über die Haftung des Erben, der in gutem Glauben die vermachte Sache zerstört oder dem Verkehr entzieht. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 78. Freiburg 1891.

Fischer, H. A., Konzentration und Gefährdungshaftung. In den Jahrbüchern für Dogmatik ~~N. F.~~ Bd. 15. Jena ~~1837.~~

Fischer, H. A., Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. In den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches Bd. 11 Heft 1. Jena 1903.

Fischer, H. A., Vis major im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung. In den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 37. Jena 1896.

Francke, Die Haftung des Tierhalters. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 96. Tübingen 1905.

Fuchs, Beiträge zur Lehre vom Periculum bei Obligationen. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 34. Heidelberg 1851.

Geide, J., Die Einbringung von Sachen bei Gastwirten. Nach dem gemeinen Recht und dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Diss. Greifswald 1904.

Gierke, O., Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Berlin 1889.

Gierke, O., Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht. Leipzig 1889.

Girard, P. Fr., Geschichte und System des römischen Rechts. Übersetzt von Robert v. Mayr. Berlin 1908.

Goldschmidt, Das Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 3. Erlangen 1861.

Goldschmidt, Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 16. Stuttgart 1871.

Gradenwitz, O., Interpolationen in den Pandekten. Berlin 1887.

Hafner, H., Das schweizerische Obligationenrecht mit Anmerkungen und Sachregister. 2. Aufl. Zürich 1905.

Hafner, H., Über den Begriff der höheren Gewalt im deutschen Transportrecht. Zürich 1886.

Hanausek, G., Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. Berlin 1883/84.

Hartmann, Juristischer Kasus und seine Prästation. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 22. Jena 1884.

Haß, Carl, Adäquater und inadäquater Kausalzusammenhang. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 37. Jena 1896.

Hasse, J. C., Die Culpa des römischen Rechts. 2. Aufl. Bonn 1838.

Heinsheimer, K., Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 BGB. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 95. Tübingen 1904.

Heusler, A., Institutionen des deutschen Privatrechts. 2 Bde. Leipzig 1835.

Hepp, F. C., Die Zurechnung auf dem Gebiete des Zivilrechts. Tübingen 1838.

Hirsch, P., Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge. Leipzig 1895.

Hollander, H. v., Vis major als Schranke der Haftung. Jena 1892.

Hollander, H. v., Über Knauer: Die höhere Gewalt im Reichsrecht. In der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung 3. Folge Bd. 8. Tübingen 1902.

Huber, E., Schweizerisches Privatrecht. Bd. 4. Basel 1893.

Jellinek, Georg, Die sozial-ethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe. Wien 1878.

Jhering, R. v., Das Schuldmoment im römischen Privatrechte. In Vermischte Schriften juristischen Inhalts. Leipzig 1879.

Jhering, R. v., Geist des römischen Rechts. 3 Bde. Leipzig 1894—1907.

Jhering, R. v., Culpa in contrahendo. In den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 4. Jena 1856.

Jung, E., Delikt und Schadensverursachung. Heidelberg 1897.

Kleineidam, Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 43. Jena 1902.

Kleineidam, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. Bd. 7. Jena 1900: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

Knauer, A., Die höhere Gewalt im Reichsrecht. Berlin 1901.

Krüger, Die Haftung der juristischen Personen nach gemeinem Rechte und Bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. 1900.

Krug, A., Das unverschuldete Unvermögen zu einer versprochenen Leistung. Diss. Breslau 1901.

Krückmann, Verschuldungsabrechnung und Gefährdungsaufrechnung. In Jherings Jahrbüchern 2. Folge Bd. 16. Jena 1899.

Laband, Zum zweiten Buche des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 73. Freiburg 1888.

Liszt, F. v., Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. Berlin 1889.

Liszt, F. v., Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 16./17. Aufl. Berlin 1908.

Liszt, F. v., Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1900.

Litten, Über die Grenzziehung zwischen noxaler und aquilischer Haftung in Digesten IX, 1 und Inst. IV, 9. In Jherings Jahrbüchern Bd. 49. Jena 1905.

Litten, F., Die Ersatzpflicht des Tierhalters im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1905.

Loening, E., Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten. Frankfurt 1879.

Luthardt, M., Die Grundlagen der Haftpflicht aus § 823 BGB. Diss. Jena 1900.

Mataja, Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie. Leipzig 1888.

Meili, F., Die Telegraphie und Telephonie. Wien 1892.

Meili, F., Der internationale Streit betr. der Eisenbahnlinie Laurenço Marques. Zürich 1892.

Melliger, C., Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen nach dem gemeinen und schweizerischen Obligationenrecht. Diss. Zürich 1896.

Merkel, A., Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.

Merkel, A., Kriminalistische Abhandlungen. Leipzig 1867.

Merkel, R., Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen. Straßburg 1895.

Merkel, R., Votum in den Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages. Bd. 4.

Mitteis, L., Lehre von der Stellvertretung. Wien 1885.

Mommsen, Th., Römisches Strafrecht. Leipzig 1899.

Mommsen, Fr., Beiträge zum Obligationenrecht. 3 Abt. Braunschweig 1853—1855.

Mommsen, Fr., Erörterungen aus dem Obligationenrecht. Braunschweig 1859—1879.

Olshausen, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch. 7. Aufl. Berlin 1906.

Paasche, E., Unmöglichkeit der Leistung und Verzug bei Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen. Diss. Freiburg 1903.

Pal, Beiträge zur Ausgestaltung des internationalen Eisenbahnrechts. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 35. Wien 1908.

Perlmann, Walter, Über die Entschädigungen für Einwirkungen der öffentlichen Gewalt in die Privatrechtssphäre. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 34. Wien 1906.

Pernice, A., Marcus Antistius Labeo. 1. u. 2. Aufl. Halle 1895—1900.

Pernice, A., Kritische Beiträge zur Lehre von den Rechtsgeschäften. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 25. Stuttgart 1880.

Pfersche, Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages, Bd. 4. Berlin 1893.

Randa, A. Ritter v., Die Enteignung. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 10 u. 11. Wien 1883/84.

Randa, A. Ritter v., Die Schadenersatzpflicht nach österreichischem Rechte. 2. Aufl. Wien 1908.

Regelsberger, F., Pandekten. Bd. 1. Leipzig 1893.

Rumpf, M., Adäquate Verursachung im Zivilrechte. In den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 49. Jena 1905.

Rensing, F., Die Widerrechtlichkeit als Schadensersatzgrund nach schweizerischem Obligationenrecht und dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs des Deutschen Reichs. (Schweiz) Freiburg 1892.

Rümelin, G., Kulpahaftung und Kausalhaftung. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 88. Freiburg 1898.

Rümelin, G., Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 90. Tübingen 1900.

Rümelin, M., Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadensersatzpflicht. Tübingen 1896.

Salkowsky, Fortsetzung zu Glücks Erläuterung der Pandekten.

Schirmer, Zur Lehre von dem Periculum casus bei Obligationen. In der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 10. Weimar 1871.

Schmoller, Über den Kausalzusammenhang bei Tierschaden. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 98. Tübingen 1905.

Schneider, A., Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht. 2. Aufl. Zürich 1896/97.

Schneider, A., Das römische Recht in der Gegenwart. Rektoratsrede. Zürich 1890.

Schröder, R., Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 5. Aufl. Leipzig 1907.

Siber, H., Zur Theorie von Schuld und Haftung. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik, 2. Folge Bd. 14. Jena 1906.

Sjögren, V., Die Formen des Unrechts und die Tatbestände der Schadenstiftung. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts N. F. Bd. 23. Jena 1895.

Steinbach, E., Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden. Aus Jur. Blätter. Wien 1888.

Stintzing, Über vis major im Zusammenhang mit Periculum und Haftung. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 81. Freiburg i. B. 1893.

Thon, Aug., Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.

Thon, Aug., Die Haftpflicht des Offerenten bei Widerruf seiner Offerte. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 80. Freiburg 1893.

Träger, Ludw., Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Marburg 1904.

Ubbelohde, Inwieweit haftet nach gemeinem Recht der Schuldner für diejenigen Personen, deren er sich zum Zwecke der Erfüllung seiner Verbindlichkeit bediente. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 7. Erlangen 1864.

Ude, Das receptum nautarum, ein pactum praetorium. In der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Bd. 12, romanistische Abteilung. Weimar 1891.

Unger, Beiträge zur Lehre vom Schadensersatz nach österr. Recht. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 8. Wien 1881.

Unger, Handeln auf eigene Gefahr. In Jherings Jahrbüchern N. F. Bd. 18. Jena 1890.

Unger, Handeln auf fremde Gefahr. In Jherings Jahrbüchern N. F. Bd. 21. Jena 1893.

Unger, Die actio de dejectis et effusis. In Jherings Jahrbüchern N. F. Bd. 18. Jena 1890.

Volkmar, E., Vis major und Betriebsgefahr. Diss. Berlin 1900.

Verhandlungen des 17. und 22. Deutschen Juristentages. Berlin 1884/85 und 1892/93.

Wendt, Rechtssatz und Dogma. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 22. Jena 1884.

Weyl, Rich., System der Verschuldungsbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. München 1905.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Wyß, P. F. v., Die Haftung für fremde culpa nach römischem Recht. Zürich 1867.

Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 99. Tübingen 1906.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.