

14-C-249

# Der Erlafsvertrag

und der

I dcd 190

## Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs

für das

Deutsche Reich.



Erstes Heft:

**Geschichtliche Grundlagen.**

I/1677

Zur Geschichte der Erlafsverträge des römischen Rechts,  
insbesondere des pactum de non petendo.

Von

**Paul Albrecht Altmann,**

Doctor der Rechte.

Inv. Nr. 423

Sign: 321



Leipzig,

Verlag von Duncker & Humblot.

1891.

B



Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co. in Altenburg

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA  
PRÁVNICKÉ FAKULTY II  
STARÝ FOND  
Č. inv.: 04451

Seinem teuren Vater

dem Königlich Preuss. Justiz-Rate, Rechtsanwalt und Notar

**Dr. Albrecht Altmann**

zu Glogau

in inniger Liebe und Dankbarkeit

zugeeignet.

## Vorwort.

---

Es bedarf einer besonderen Rechtfertigung, daß bei der folgenden Darstellung der geschichtlichen Grundlagen des heutigen Erlafsvertrages, soweit dessen juristische Natur in Frage kommt, auf die Quellen des römischen Rechts nur gelegentlich Bezug genommen wird.

Der Grund liegt darin, daß der Verfasser die Überzeugung gewonnen hat, daß der Erlafsvertrag, wie er gegenwärtig gestaltet ist, nicht unmittelbar aus den Quellen des römischen Rechts hergeleitet werden kann.

Vielmehr haben deutsche Gewohnheit und Gerichtsgebrauch einen mit den Merkmalen der Erlafsverträge des römischen Rechts ausgestatteten modernen Erlafsvertrag entwickelt, der als der gemeinrechtlich gültige anzusehen ist.

Der Schwerpunkt der Entwicklung der juristischen Natur unseres heutigen Erlafsvertrages ruht demnach im Mittelalter und in der neueren Zeit.

Dieser Untersuchung ist das vorliegende erste Heft gewidmet.

Jeder Kundige weiß, mit welcher Zaghafteigkeit man dergleichen Arbeiten aus der Hand giebt, und welcher Nachsicht man bei denselben bedarf.

In einem zweiten Hefte wird die weitere Entwicklung und Gestaltung des Erlafsvertrages im 18. Jahrhundert, in den wichtigsten Partikulargesetzgebungen, nach heutigem gemeinen Rechte und endlich nach dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich zur Darstellung gelangen.

Hierbei sollen namentlich auch die Arten und Modifikationen des Erlasses, insbesondere sein Verhältnis zur Quittung und sein Geltungsgebiet bei Korrealobligationen und Bürgschaft erörtert werden.

Berlin, den 5. Juni 1891.

**Der Verfasser.**

## Inhaltsübersicht.

	Seite
Einleitung . . . . .	1
Kapitel I. Die nachjustinianische Litteratur vor den Glossatoren . . . . .	4
Kapitel II. Die Glossatorenzeit . . . . .	13
Kapitel III. Italienische Juristen nach Accursius bis zum Ausgange des 14. Jahrhunderts . . . . .	24
Kapitel IV. Italienische Juristen des 15. Jahrhunderts . . . . .	40
Kapitel V. Die Gestaltung der Erlafsverträge des römischen Rechts, insbesondere des pactum de non petendo in rem in Deutschland zur Zeit der Rezeption. Deutsche Juristen bis um die Mitte des 16. Jahr- hunderts. Juristen der niederländischen Schule . . . . .	46
Kapitel VI. Die französische Schule. Franzosen und Italiener in Deutschland. Deutsche Schüler der Franzosen . . . . .	54
Kapitel VII. Deutsche Rechtslehrer und Praktiker von der Mitte des 16. bis gegen die Mitte des 17. Jahrhunderts . . . . .	65
Kapitel VIII. Das 17. Jahrhundert . . . . .	76
Kapitel IX. Rückblick auf das 17. Jahrhundert . . . . .	88

## Einleitung.

---

Über die historischen Grundlagen des heutigen Erlafsvertrags herrscht gegenwärtig noch lebhafter Streit.

Man streitet darüber, ob der heutige Erlafsvertrag sich aus dem römisch-rechtlichen pactum de non petendo in rem entwickelt hat, oder ob etwa die acceptilatio des römischen Rechts in ihrer Erlaufsfunktion für die Gestaltung des letzteren maßgebend gewesen ist, oder ob endlich der gemeinrechtliche Erlafsvertrag die Merkmale von beiden römischen Erlafsarten an sich trägt und eine Verschmelzung dieser bildet?

Bei Beantwortung dieser Fragen ergibt sich noch die besondere Schwierigkeit, daß die juristische Natur des pactum de non petendo in rem keineswegs feststeht.

v. Völderndorff<sup>1</sup> hat behauptet, daß das pactum de non p. nach den römischen Quellen lediglich prozessualer, formellrechtlicher Natur sei, und daß es daher ganz verfehlt sei, demselben materielle Wirkungen, d. h. einen Einfluß auf die Obligation selbst zuzusprechen und das pactum de n. p. als Tilgungsgrund von Obligationen, als Erlafsvertrag zu bezeichnen.

Diese Ansicht Völderndorffs hat dadurch eine besondere Bedeutung erlangt, daß Rudorff sich derselben angeschlossen und dieselbe in Puchtas Pandekten<sup>2</sup> und dessen Kursus der Institutionen<sup>3</sup> mit besonderer Wärme vertreten hat. Dieselbe wird auch noch gegenwärtig daselbst aufrecht erhalten<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> v. Völderndorff-Waradein in s. Schrift: Zur Lehre vom Erlafs. München 1850. S. 12—49.

<sup>2</sup> § 297 Text und Note a).

<sup>3</sup> Zusatz III, § 280, Note gg).

<sup>4</sup> In Puchtas Pandekten. XII. Aufl. Leipzig 1877. Herausgegeben von Schirmer. § 297. S. 457 Text und Note a).

Mehr Anhänger hat die von Völderndorff-Rudorffsche Theorie in Gestalt einer Modifikation gefunden, wonach das pactum de non p. zwar nicht lediglich prozessual sei, sondern die Obligation selbst berühre, aber dieselbe nur in ihrer Wirksamkeit hemme und ruhen lasse und dem Schuldner nur eine Einrede gewähre. Diese Theorie, die der Kürze wegen Hemmungstheorie genannt werden soll, wurde zuerst von Scheurl<sup>1</sup> aufgestellt und sodann von den namhaftesten Juristen acceptiert, insbesondere von v. Vangerow<sup>2</sup>, Windscheid<sup>3</sup>, Fitting<sup>4</sup>, Baron<sup>5</sup>, Sohm<sup>6</sup>, Dernburg<sup>7</sup>.

Gegen beide Theorien hat sich vor allen Arndts<sup>8</sup> gewandt, indem er aus den Quellen nachzuweisen gesucht hat, daß das pactum de non p., ein Gebilde des prätorischen Rechts, als Tilgungsgrund von Obligationen (deshalb mag diese Theorie hier Tilgungstheorie genannt werden), als wahrer, formloser Erlafsvertrag zu erachten sei. Für die letztgenannte Ansicht haben sich u. a. v. Brinz<sup>9</sup>, A. Pernice<sup>10</sup>, Bekker<sup>11</sup> und Kohler<sup>12</sup> erklärt.

<sup>1</sup> Scheurl, in s. Beiträgen zur Bearbeitung des römischen Rechts. Bd. II. Erlangen 1854. S. 16 ff.

<sup>2</sup> v. Vangerow, Lehrb. der Pandekten. VII. Aufl. 1876. Bd. III. § 621. Anmerkung.

<sup>3</sup> Windscheid, in s. Lehrb. des Pandektenrechts. Frankfurt a. M. VII. Aufl. 1891. Bd. II. § 357, p. 326 ff. Text und Note 6) und 7).

<sup>4</sup> Fitting, Natur der Korrealobligationen. Erlangen 1859. S. 95 ff.

<sup>5</sup> Baron, Gesamtrechtsverhältnisse im röm. Recht. Marburg 1864. S. 297; Pandekten. VII. Aufl. Leipzig 1890. § 268.

<sup>6</sup> Sohm, Institutionen. III. Aufl. Leipzig 1889. § 76.

<sup>7</sup> Dernburg, Pandekten. Bd. II. Aufl. II. Berlin 1889. § 65. S. 178. Text und Note 4.

<sup>8</sup> Arndts, in s. civil. Schriften. Bd. I. Stuttgart 1873. S. 9—12; Lehrb. der Pandekten, besorgt von Pfaff und Hoffmann. XIV. Aufl. Stuttgart 1889. § 267 Anm. 1 unter b).

<sup>9</sup> v. Brinz, in s. Kritischen Blättern Nr. 4. Erlangen 1853. S. 3 ff.; Lehrbuch der Pandekten. Aufl. II. Erlangen 1873. § 111. S. 381; Bd. II. Erlangen 1879. § 291. S. 457—460.

<sup>10</sup> A. Pernice in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Bd. IX (1888). Romanist. Abt. Parerga III. S. 213.

<sup>11</sup> Bekker in seinen Aktionen des römischen Privatrechts. Bd. I. Berlin 1871. Beilage I. p. 351 ff.

<sup>12</sup> J. Kohler in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Wien. Bd. XIV (1887). p. 19 § 6, allerdings mit einer Mo-

Bei dieser Sachlage erscheint es nicht überflüssig und unwichtig, festzustellen, welche Aufnahme und Gestaltung im nachjustinianischen Recht, im Mittelalter und in der neueren Zeit die Erlafsverträge des römischen Rechts<sup>1</sup> gefunden haben. Das Hauptgewicht wird bei dieser Darstellung auf das pactum de non petendo in rem gelegt werden, zumal da dieses Rechtsinstitut um seiner Elasticität willen am meisten geeignet sein mußte, die formale acceptilatio in ihrer Erlaufsfunktion zu ersetzen und damit als Grundlage für unseren heutigen Erlafsvertrag zu dienen.

Zugleich wird hierbei auch berührt werden, welche Bedeutung man von den Zeiten der Glossatoren an bis in die neuere Zeit der causa, welche dem pactum de non p. zu Grunde liegt, beigelegt hat<sup>2</sup>.

difikation, indem er annimmt, daß das pactum einen indirekten Erlafs enthält, durch welchen die Obligation funktionsunfähig, d. h. unfähig gemacht wird, einen Anspruch zu erzeugen.

<sup>1</sup> Als Erlafsverträge des römischen Rechts werden hier nur acceptilatio und pactum de non petendo in Betracht gezogen; der contrarius consensus, von welchem Aug. Bechmann (Kauf. Bd. II, S. 474) neuerdings wohl mit Unrecht (vergl. gegen denselben A. Pernice in der Zeitschr. der Sav.-Stift. Bd. IX (1888). R. A. Parerga III. S. 214, 215, besonders Note 3 zu S. 215) annimmt, daß er ein gegenseitiger Erlafsvertrag gewesen sei, ist gemeinhin niemals als solcher aufgefaßt worden. Wo dies ausnahmsweise der Fall gewesen ist, wird es besonders hervorgehoben werden.

<sup>2</sup> Von der Darstellung ausgeschlossen wird die Wirkung des pactum de non p. bei gewissen Deliktssklagen, welche mit Rücksicht auf das römische Recht stets als eine singuläre erachtet worden ist.

## Kapitel I.

### Die nachjustinianische Litteratur vor den Glossatoren.

#### 1. Orient.

Unter den griechischen Bearbeitungen der Justinianischen Kodifikation ragen die Basiliken durch die umfangreiche Darstellung der Lehre von den *pacta* hervor. In ihnen findet auch das *pactum de non petendo* eine eingehende Würdigung und Erörterung. Wenn nun auch letztere im engsten Anschluß an die römischen Sätze erfolgt, und die Aussprüche der römischen Juristen meistens wörtlich wiedergegeben werden, so kann dennoch diese Wiedergabe nicht als eine unverständene, mechanische Übersetzung angesehen werden, da die dabei gewählten Ausdrücke und Umschreibungen Zeugnis davon geben, daß die Verfasser der Basiliken tiefer in den Geist der römischen Lehre einzudringen und das vorgefundene Material zu verarbeiten und zu beherrschen sich bemüht haben.

Zunächst begegnen wir statt der von Justinian festgehaltenen Umschreibungen unseres Rechtsinstituts, die wegen ihrer Verquickung mit prozessual-technischen Ausdrücken zu Mißverständnissen Anlaß gegeben haben, einer das Wesen unseres *pactum* treffend charakterisierenden Bezeichnung, wie *σύμφωνον συγχωρησεως*<sup>1</sup>,

<sup>1</sup> Vgl. z. B. Basiliken Lib. XI. Tit. 1 ad L. 27, § 9 D. de pact. 2. 14. Ed. Heimbach. Leipzig 1833. Tom. I. p. 609.

oder *σύμφωνον συγχωρητέον*<sup>1</sup>, oder *πάκτος συγχωρητικὸς*<sup>2</sup>, oder auch *σύμφωνον συγχωρητικὸν*<sup>3</sup>.

Durch diese Wiedergabe wird die Beziehung zur Obligation und Einwirkung unseres Rechtsinstituts auf dieselbe von vornherein ins rechte Licht gesetzt, und damit die materiellrechtliche Natur unseres *pactum* schon durch den Namen selbst jedem Zweifel entrückt.

Wenn man demnach zur Zeit der Abfassung der Basiliken die Justinianischen Bestimmungen in dieser unzweideutigen Form wiederzugeben Anlaß nahm, so dürfte daraus zu entnehmen sein, daß unser Rechtsinstitut in dieser Form im römischen Leben bereits Wurzel gefaßt und fortdauernd in praktischer Geltung gestanden hat. Denn die Basiliken berücksichtigen bekanntlich nur das geltende Justinianische Recht<sup>4</sup>. Die Quellen gestatten nicht die Annahme, daß die damalige Praxis sich etwa in Widerspruch mit der in Justinians Gesetzbuch niedergelegten Theorie befunden habe. Die Interpretation der letzteren scheint niemals zweifelhaft gewesen zu sein, wenigstens wird uns von einem solchen Zweifel nirgends berichtet. Unter diesen Umständen erscheint es um so bedenklicher, den Worten Justinians einen Sinn unterzulegen, den sie selbst sehr wenig unterstützen und durch den man mit späteren Überlieferungen des geltenden Justinianischen Rechts in direkten Widerspruch gerät.

Aber nicht bloß über den allgemeinen juristischen Charakter erhalten wir in den Basiliken näheren Aufschluß, sondern auch über die Wirkung, welche unser Rechtsinstitut auf die Obligation selbst äufsert.

Ebenso scharf wie im Justinianischen Recht wird das generelle

<sup>1</sup> Vgl. z. B. Basilik. Lib. XI. Tit. 1 ad L. 10 D. de pact. 2. 14. Note 10 *ὡς ἐπίπαν*. Ed. Heimbach. T. I. p. 582.

<sup>2</sup> Vgl. z. B. Basilik. Lib. XI. Tit. 1. ad L. 37 D. de pact. 2. 14. N. 2, *συγχωρεῖν*. Ed. Heimbach I. p. 623.

<sup>3</sup> Vgl. z. B. Basilik. Lib. XI. Tit. 2 ad L. 1 D. de transact. 2. 15. N. 3 *σύμφωνον*. Heimbach I. p. 665.

<sup>4</sup> Vgl. Paul Krüger, Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts. Leipzig 1888. S. 369.

pactum von dem persönlichen geschieden, jenem eine objektive, diesem eine subjektive Wirkung zugesprochen<sup>1</sup>.

Bei dieser Gelegenheit wiederholt sich diejenige Ausdrucksweise, welche schon die römischen Juristen gewählt haben, und die nach unserem Erachten die obligationstilgende Wirkung unseres pactum veranschaulichen sollte. Wie letztere von einem „remittere debitum“ sprechen, so lesen wir in den Basiliken von „*συγχωρεῖν*“ oder *παρὰχωρεῖν τὸ χρέος*“ und ähnlichen Wendungen<sup>2</sup>.

Die Basiliken begnügen sich jedoch nicht mit dieser aphoristischen Charakterisierung der Wirkung, die immer noch Bedenken und Zweifeln Raum giebt, sondern sie interpretieren den Inhalt des Erlasses noch weiter dahin, daß er ein vollständiger sei, sich nach allen Seiten hin erstrecke<sup>3</sup> und infolgedessen von der alten Schuld nichts übrig lasse.

Daher wird denn auch unserem Rechtsinstitut nicht eine hemmende Wirkung, sondern eine die Obligation schlechthin tilgende und vernichtende Wirkung beigemessen.

Dieser prinzipielle Standpunkt der Basiliken tritt ferner bei der Vergleichung der acceptilatio mit dem pactum de non petendo hervor.

Es versteht sich von selbst, daß die praktische Geltung der acceptilatio unangetastet bleibt, und die Justinianischen Grundsätze unverändert wiederkehren; aber die Darstellung der Basiliken zeigt

<sup>1</sup> Vgl. insbes. Basil. XI, 1 ad L. 7, § 7 D. 2. 14. Scholion zu *χωρεῖς δόλου συμφωνούμενα*.

<sup>2</sup> Vgl. „*παρὰχωρεῖν τὸ χρέος*“ p. 569. Basilik. Lib. XI. T. 1 ad L. 7 § 7 D. de pact. 2. 14. Ed. Heimbach I. p. 569; *ὅτε συγχωρεῖται τὸ χρέος*. Basil. L. XI. Tit. 1 ad L. 17 D. de pact. 2. 14. Heimbach I. p. 585; *ὅταν ἀπλῶς συγχωρήσῃ τὸ χρέος διὰ συμφώνου τῷ ἑξῆς*. Basil. XI, 1, Heimbach I. p. 610; *σύμφωνον (δὲ) ἔμολογουμένου χρέους συγχώρησις*. Basilik. Lib. XI. Tit. 2 ad L. 1 D. de transact. 2. 15. Derselben Meinung ist auch Cyrillus; vgl. *ibid.* Heimbach I. c. p. 666. Ähnliches besagt auch der Satz: *ἐνταῦθα γὰρ αὐτῷ πράγματι ἀποτετάκται* Basil. V. Lib. XI. Tit. 2 ad L. 7, § 7 D. de pact. 2. 14. Heimbach I. p. 569.

<sup>3</sup> Basilik. Lib. XI. Tit. 1 ad L. 7, § 8 D. de pact. 2. 14. Heimbach I. p. 570. *Τῶν συμφώνων τὰ μὲν εἰσι γενικά, τε λείαν ἔχοντα συγχώρησιν*. Basil. Lib. LI. Tit. 1. Ed. Heimbach, Bd. V. p. 85. *Τῶν παραγραφῶν . . . αἰ τὸ χρέος εἰς τέλειον συγχωροῦσαι τοῦ συμφώνου*.

gerade in diesem Punkte eine geistige Beherrschung des bei Justinian gesammelten Materials, welche für die Erkenntnis unseres Rechtsinstituts, dessen Geltung und Wirkung in der damaligen Zeit von Wert ist und bleibt. In ihren Wirkungen auf die Obligation werden pactum de non petendo in rem und acceptilatio auf gleiche Stufe gestellt. Auch von der acceptilatio heißt es, daß durch sie *συγχώρησις τῆς ἐνοχῆς*<sup>1</sup> stattfinden kann. Andererseits wird von der acceptilatio inutilis, welche bekanntlich noch als pactum de non p. aufrecht erhalten wird, behauptet<sup>2</sup>, daß sie „*λύει τὴν ἐνοχὴν*“, eine Wirkung, die im allgemeinen nur den civilen Tilgungsarten von Obligationen zuerkannt wird. Die Basiliken deuten ferner aber auch an, daß diese vollständige Tilgung der Obligation als Wirkung der acceptilatio inutilis bezw. des pactum de non p. nicht auf demselben Wege erreicht wird, wie bei der acceptilatio, und daß gerade hierin der Kernpunkt der Unterscheidung zwischen beiden Rechtsinstituten liegt. Dort trete die Wirkung nur ope exceptionis, mittelbar, hier ipso iure, unmittelbar ein<sup>3</sup>. Die Verschiedenheit beider Erlafsverträge wird

<sup>1</sup> Basilik. Lib. XI. tit. 1. Ed. Heimbach. Tom. I p. 610 (ad L. 27 § 9 D. de pact. 2. 14). *Ἡ ἄκυρος ἀποχὴ ἐστὶ, καὶ ὅταν ἀπλῶς συγχωρήσῃ τὸ χρέος διὰ συμφώνου τῷ ἑξῆς κυρίως γὰρ ἀποχὴ ἐστὶν, ὅταν καταβιβάσω πρῶτον τὴν ἐνοχὴν εἰς ἐπερώτησιν, ὅσον ὅτε εἶπω ὁμολογεῖς χρεωστεῖν μοι ν' νομίσματα; καὶ ὁμολογήσῃ ὁ ἑξὺς καὶ οὕτω συγχωρήσω τοῦτω τὴν ἐνοχὴν*.

<sup>2</sup> Basil. Lib. XI. tit. 1 ad L. 27 § 9 D. 2. 14. Ed. Heimbach. Tom. I p. 609: *Ἡ ἄκυρος ἀποχὴ σιωπηρὸν ἔχει συγχωρήσεως σύμφωνον. ἄκυρος ἀποχὴ] Ἡ ἀχρήστως γενομένη ἀκεπιλατίων τίκει πάκτου παραγραφῆν, κἂν μὴ κατὰ τὸ ἦσο ἰοῦρε δύναται λύειν τὴν ἐνοχὴν ἀχρηστος οὐσα· τοῦτο δὲ νόησον, ἐνθα τρόπῳ τοιούτῳ τὴν ἀκεπιλατίονα, ὧτινι δυνατὸν ἐστὶ πακτεῦναι ἀντικεῖσθαι πάκτου παραγραφῆν . . .*

Κυριλλ. *Ἀχρηστος ἀκεπιλατίων εἰσάγει πάκτου παραγραφῆν. τοῦτο νόει, ὅτε μὴ ἐναντιοῦται ἡ γνώμη τοῦ ποιήσαντος· ἐναντιοῦσθαι δὲ δοκεῖ ὁ γνώσκων μὴ ἐξῆσθαι καὶ ὁμῶς ποιῶν αὐτὴν. ὅτε μὴ ἐναντιοῦται ἡ γνώμη τοῦ ποιούντος, τότε καὶ τίκει τὴν παραγραφῆν τοῦ συμφώνου ἢ τοιαύτη ἀποχὴ ἦγουν ἡ ἄκυρος ἀκεπιλατίων, κἂν μὴ κατὰ τὸ ἦσο ἰοῦρε, λύει τὴν ἐνοχὴν*. Vgl. auch Basil. Lib. XXVI. Tit. 6 ad L. 8 pr. D. 46. 4. Heimbach, Bd. III p. 132.

<sup>3</sup> Vgl. vorige Note; Basil. L. XI ad c. 5 C. 2. 3. Ed. Heimbach. Tom. I p. 645; Basil. *ibid.* N. 3. Heimbach I. c. p. 646.

daher auch auf den Gegensatz zwischen Civilrecht und prätorischem Recht zurückgeführt. Auf dieser Basis ist es auch angängig, die solutio und das pactum de n. p. in rem miteinander zu vergleichen. Beide führen, wie die Basiliken darthun<sup>1</sup>, zu einer Befreiung des Schuldners, aber erstere tritt nach Civilrecht, letztere nach prätorischem Recht ein. Es ist nicht etwa eine überflüssige Breite der Darstellung, wenn die Basiliken die solutio vergleichend dem pactum in rem gegenüberstellen, denn gerade bei der grundsätzlichen Verschiedenheit beider Rechtsinstitute tritt die Gleichheit beider in ihren Wirkungen auf die Obligatio umso mehr hervor.

Auch der prozessualen Geltendmachung des pactum de non p. wird in den Basiliken gebührend Rechnung getragen<sup>2</sup>. Es wird hinter dieser formalen Einkleidung des pactum die materielle Wirkung nicht vergessen.

Es wird in Übereinstimmung mit dem römischen Recht hervorgehoben, daß die Vorschützung eines zeitlich begrenzten pactum de n. p. in der Form einer exceptio dilatoria und die eines pactum in rem in Gestalt einer exceptio perpetua geschehe, und alsdann die entsprechenden Wirkungen beider Platz griffen. Dabei werden die prozessualen und materiellen Folgen der exceptio perpetua unter besonderer Berücksichtigung des hier vorliegenden pactum de n. p. in rem klar auseinandergelassen. Einerseits wird in prozessualer Beziehung auf den definitiven Klaguntergang, andererseits in materieller Hinsicht auf den gerade hier damit untrennbar verbundenen totalen Schuldverfall hingewiesen<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Basil. Lib. XI ad c. 5. C. 2. 3. Ed. Heimbach. Tom. I p. 645 u. Basil. ibid. N. 3. Heimbach l. c. p. 646.

<sup>2</sup> Vgl. hierüber auch K. E. Zachariä von Lingenthal, Geschichte des griechisch-römischen Rechts. Berlin. II. Aufl. 1877. § 66. S. 272. Text und Note 951 und die dort citierten Stellen der Basiliken.

<sup>3</sup> Basil. Lib. LI. tit. 1. Ed. Heimbach Bd. V p. 85. δ. Τῶν παραγραφῶν αἱ μὲν εἰσι πρόσκαιροι, μέχρι φανεροῦ χρόνου ἀντικείμενοι, αἰτίνες καὶ ὑπέρθειν παρέχουσι, ὡς αἱ ἀναβαλλόμεναι τὴν ἀγαγωγὴν· ὅποιαί εἰσι αἱ περὶ συμφῶνων παραγραφαί· αἱ δὲ διηνεκῶς ἀντικείμεναι τῷ ἐναγόντι, ἀεὶ τὴν ὑπ' αὐτοῦ κινουμένην ἀγωγὴν ἀναιροῦσαι· οἷον ἡ τοῦ δόλου παραγραφή, καὶ ἡ τοῦ φόβου.

Τῶν παραγραφῶν αἱ μὲν εἰσι διηνεκεῖς καὶ ἀντικείμεναι τῷ ἐναγόντι ἀεὶ τὴν ὑπ' αὐτοῦ κινουμένην ἀγωγὴν ἀναιροῦσαι, ὡς ἡ τοῦ δόλου παραγραφή

Bezüglich der causa des pactum de non petendo geben die Basiliken nur dürftig und wortkarg die Ausführungen Justinians wieder. Neue Aufschlüsse sind daher aus den Basiliken in dieser Beziehung nicht zu erlangen. Aber immerhin wird doch, wenn auch nur flüchtig, der dem pactum de non p. innewohnende Zuwendungscharakter zum Ausdruck gebracht, indem von unserem pactum gesagt wird, daß es dazu bestimmt sei „*χάριν διδόναι*“<sup>1</sup>.

## 2. Occident.

Die Fortbildungen des Justinianischen Rechts im Occident sind leider so skizzenhaft und fragmentarisch, daß sich aus ihnen bezüglich des pactum de non p. fast nichts entnehmen läßt.

In der sog. Turiner Institutionenglosse<sup>2</sup> erscheint die in Glosse 345<sup>3</sup> enthaltene Bemerkung beachtenswert, daß die Scheidung der Obligationen in civile und prätorische als eine nicht glückliche, d. h. wohl nicht mehr zeitgemäße zu erachten sei. Obwohl diese Glosse denjenigen beizuzählen ist, deren Entstehung in das 11. oder 12. Jahrhundert gesetzt wird<sup>4</sup>, so dürfte doch der damit bereits versuchte Ansturm gegen die Geltung der römischen Stipulationslehre auch für jene Zeit noch bemerkenswert sein. Leider erfahren wir nicht, ob und welche Konsequenzen aus dieser neuen Anschauung gezogen worden sind.

Die Petri exceptiones legum Romanorum erwähnen<sup>5</sup> nur bei Gelegenheit der Klagelosigkeit der formlosen Verträge,

*καὶ ἡ τοῦ φόβου, καὶ ἡ περὶ πράγματος κεκρίμενον καὶ αἱ τὸ γεγοῖός ὡς παράνομον διαβαλλοῦσαι καὶ αἱ τὸ χρέος εἰς τέλειον συγχωρεῦσαι τοῦ συμφῶνου . . .*

<sup>1</sup> Basil. lib. XI. Tit. 1 ad L. 7 § 7 D. de pact. 2. 14 *χωρὶς δόλου συμφωνούμενα*]. Ed. Heimbach I. 569 . . . καὶ μόνου στενοχωρῆσαι τὴν χάριν; und indirekter Beleg liegt in den Worten: . . . οὐ προσωαλίαν αὐτῷ χάριν διδοῦς . . .

<sup>2</sup> Vgl. v. Savigny, Geschichte des röm. Rechts Bd. II S. 462.

<sup>3</sup> Glosse 345: *Omnis obligatio aut civilis aut praetoria est; haec divisio non secundum esse est.*

<sup>4</sup> So nach Krüger in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 7 S. 49.

<sup>5</sup> Vgl. das bei Lothar Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge. Nördlingen 1881. S. 36 aus Lib. IV cap. 26 s. t. de transactione bonae fidei angeführte Citat.

dafs unser pactum ausschliesslich in Gestalt der *exceptio pacti*, also verteidigungsweise, Wirksamkeit erlangen kann. Die damalige Geltung, juristische Natur und Wirkung der verschiedenen Formen des Erlasses werden überhaupt nicht berührt. Demgegenüber erscheint es auch wenig belangreich, dafs in Kap. 61 der *Petri exceptiones leg. Romanorum*<sup>1</sup> der Erlafs des census von seiten des dominus seinem Colonen gegenüber schlechthin als *donatio* bezeichnet wird. Denn dieser Fall ist so eigentümlich gestaltet, dafs schon Ulpian<sup>2</sup> es für richtiger gehalten hat, in ihm keinen Erlafs, sondern einen Vergleich anzunehmen.

Etwas ergiebiger als die vorgenannten Sammlungen ist für unsere Lehre der sog. *Brachylogus*<sup>3</sup>.

In Titel II des dritten Buches, welcher von den *pacta* handelt, ist nichts enthalten, was für die Erkenntnis des *pactum de non p.* von Bedeutung wäre; wohl aber interessiert der Inhalt des Tit. 18, wo von den Aufhebungsarten der Obligationen gesprochen wird<sup>4</sup>. Es werden hier als Formen des Erlasses nebeneinander *acceptilatio*<sup>5</sup>, *contrarius consensus* und *pactum de non p.* aufgeführt. Schon diese Zusammenstellung müfste rein äufserlich betrachtet genügen, um über den Standpunkt des Verfassers des *Brachylogus* keinen Zweifel aufkommen zu lassen. Es wird jedoch noch Gelegenheit genommen, ausführlicher über diesen Punkt Aufschluß zu geben<sup>6</sup>. Die drei genannten Verträge werden nämlich,

<sup>1</sup> Kap. 61: De donatione census vel remissione lautet: Si uno anno dominus colono suo census ob sterilitatem remisit vel donaverit, deinde sequentibus annis ubertas contigerit, nihil oberit domino remissio vel donatio, sed integram pensionem etiam ipsius anni, quo remisit, exigere potest.

<sup>2</sup> In L. 15 § 4 D. de locat. 19. 2.

<sup>3</sup> Benutzt wird hier die Ausgabe von Ed. Böcking. Berolini 1829. Vgl. im allgemeinen über den *Brachylogus* jetzt neuestens Max Conrat (Cohn), Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts im früheren Mittelalter. Bd. I (Schlufsabteilung). Leipzig 1891. S. 550—582.

<sup>4</sup> Die Überschrift des tit. 18 lautet: Quibus modis tollitur obligatio.

<sup>5</sup> Die praktische Geltung der römischen Stipulationslehre für die damalige Zeit erhellt aus lib. III. tit. 9: de verborum obligationibus. Vgl. auch Lothar Seuffert I. c. S. 37.

<sup>6</sup> Lib. III. tit. 18. Böcking p. 107, 108.

§ 3. Item acceptilatione tollitur obligatio, quae verbis tantum contracta fuit. est autem acceptilatio verborum conceptio, qua is

wie im römischen Recht, in der Weise voneinander abgegrenzt, dafs die *acceptilatio* für Verbalobligationen, der *contrarius consensus* für Consensualobligationen unter gewissen Voraussetzungen, und das *pactum de non petendo* für alle anderen Obligationen schlechthin, als Aufhebungsart statuiert wird. Wie in ihrem Anwendungsgebiet, so werden sie auch ihren Wirkungen nach unterschieden. Die *Acceptilation* hebt danach ipso iure die Obligation auf, der *contrarius consensus* löst den geschlossenen Vertrag wieder auf und das *pactum de non p.* beseitigt (*elidit*) die geschaffene Obligation. Letzteres wird noch näher erläutert. Es wird ausdrücklich bemerkt, dafs diese Beseitigung der Obligation durch unser *pactum* nicht in derselben Art erfolgt, wie die Aufhebung der Obligation bei der *acceptilatio*. Letztere vollziehe sich ipso iure, erstere mittels *exceptio*.

Von dieser *exceptio pacti conventi* wird dann noch an anderer Stelle des *Brachylogus* ausgeführt<sup>1</sup>, dafs sie auf der *aequitas* beruhe und die Beseitigung des klagenden Gläubigers bewirke.

cui promissum est per stipulationem, debitore interrogante utrum quod ei per stipulationem promissum est habeat acceptum se recepisse profiteretur. omnes autem obligationes acceptilatione possunt tolli, si in stipulationem ductae novantur.

§ 4. Item hae obligationes, quae solo consensu contractae sunt, contrario consensu dissolvuntur. consentaneum enim est rationi eodem modo dissolvi obligationem, quo modo connexa est.

§ 5. Ceterae autem obligationes licet pacto ipso iure non tollantur, attamen per exceptionem pacti conventi eliduntur.

<sup>1</sup> *Brachylogus* Lib. IV. tit. 29. De exceptionibus ed. Böcking p. 176 und 177: Est autem *exceptio* contra actionem ipso iure tenetur gratia eius, cum quo agitur, ex aequitate inducta defensio; veluti hae: *doli mali*, quod metus causa, *pacti conventi*, *iuris iurandi*, *rei iudicatae*, non numeratae dotis, non numeratae pecuniae. hae autem *exceptiones* tunc locum habent, cum is qui convenitur, iure quidem stricto tenetur actione, sed ei contra ius strictum, aliqua praedictarum causarum interveniente, ex aequitate succurrerit; si enim non tenet actio, nullo modo locum habet *exceptio*, cum is, qui convenitur, iure quidem non tenetur stricto; tenet vero actio donec certus modus eius solvendae intervenit; itaque si alicui decem per stipulationem promiserit posteaque ne a me petat cum eo convenero, vel mihi eo deferente iusiurandum non me sibi eosdem debere iuravero, vel si iudicatum erit me sibi decem non debere, vel si dolo id fecit, ut ego ei promitterem, vel metu me ad promittendum coegit,

Fasst man das über das *pactum de n. p.* hier Gesagte zusammen, so wird hier unserem *pactum* eine subjektive und eine objektive Wirkung zugesprochen. Zunächst tritt als unmittelbare (subjektive) Folge die Beseitigung des klagenden Gläubigers ein, und sodann steht in ursächlichem Zusammenhang damit, sofern ein generelles *pactum* vorliegt, als objektive Wirkung die Beseitigung der Obligation.

Die Wirkung des *pactum* auf die Obligation wird aus der bereits erwähnten Vergleichung mit der *acceptilatio* ersichtlich. Das unterscheidende Merkmal zwischen beiden Rechtsinstituten wird nicht in die Verschiedenheit ihrer Wirkungen auf die Obligation gesetzt, sondern darin, wie und wodurch die bei beiden gleiche Wirkung auf die Obligation erzielt wird. Der Gegensatz liegt daher in dem „*ipso iure*“ und „*per exceptionem*“<sup>1</sup>; das will heißen, bei der *Acceptilatio* tritt die Wirkung nach Civilrecht, bei dem *pactum de non p.* nach prätorischem Recht ein<sup>2</sup>.

vel si ideo promisi, quod mihi eum numeratum putavi, licet stricto iure contra me ex stipulatu actio teneat — haec enim non nisi solutione vel *acceptilatio* tolli potest — tamen petentem *exceptione pacti conventi* vel *iurisiurandi* aut *iudicati* aut *doli* aut *metus* vel *non numeratae pecuniae* summovebo.

<sup>1</sup> Demnach stehen nicht in einem Gegensatz zu einander „*tollere*“ und „*elidere*“. Ebenso wenig ist das Verbum „*tollere*“, wenn es auch vorzugsweise zur Wiedergabe der Wirkung der *acceptilatio* gebraucht wird, die technische Bezeichnung dafür. Dies geht schon aus der Überschrift des Titels 18 hervor, wo gleichfalls *tollere* Verwendung findet, obwohl von den Aufhebungsarten der Obligationen im allgemeinen gesprochen wird, unter denen auch unser *pactum de non p.* im Laufe der Darstellung aufgeführt wird.

<sup>2</sup> Die Annahme dieses Gegensatzes wird auch durch die eine Lesart, welche *stricto iure* statt *ipso iure* setzen will, unterstützt. Vgl. Note i zu *Brachyl. lib. III. tit. 18* ed. Böcking p. 108.

## Kapitel II.

### Die Glossatorenzeit.

Die Kontroversen, welche sich unter den Glossatoren im Anschluß an die Lehre von dem *pactum de non petendo* bildeten, betreffen nur Fragen untergeordneter Bedeutung. Es sind dies hauptsächlich zwei Fragen gewesen, über deren Beantwortung die Glossatoren nicht einig waren. Bei der einen handelt es sich darum, ob der auf eine Bedingung gestellte oder auf Grund einer Mentalreservation erfolgte Erlaß bei Ausfallen der Bedingung bezw. Wegfall des Beweggrundes hinfällig werde oder nicht<sup>1</sup>. Eine nähere Erörterung dieser Frage interessiert hier nicht.

Die zweite Streitfrage bestand darüber<sup>2</sup>, ob die *acceptilatio*

<sup>1</sup> Vgl. *Dissensiones dominorum* ed. G. Haenel. Lips. 1834. Vet. Coll. § 7 p. 8. Rogerius § 56 p. 106. Hugolinus § 18 p. 263.

<sup>2</sup> Vgl. *Dissens. domin.* ed. Haenel. Hugolinus § 435 p. 539. D. de *acceptil.* 46, 4. L. *An inutilis accept.* (8). *An inutilis acceptilatio in se habeat utile pactum?* Martinus. Dicit Albericus, Bulgarus *inutilem acceptilationem habere in se utile pactum, nisi in contrarium actum sit, ne haberet, ut D. de acceptil.* 46, 4. L. *acceptilatio et D. de pact.* 2. 14. L. *si unus* (27) § penult. Martinus contra Bulgarum dicit, quod non habet in se *pactum, nisi hoc actum sit, ut haberet, ut D. de exc.* 44, 1. L. 8 et L. ult. Joh. Bassianus distinguit, *utrum sit inutilis ratione ineptae conceptionis verborum, nullum habet in se pactum, nisi hoc inter eos agatur. Si ratione contractus, ut puta, si fuerit super contractu, qui re contractus est, non valet acceptilatio, quia solum quod verbis contractum est, verbis tollitur. Valet tamen ut tacitum pactum, ut D. de L.* 1. 2 et D. *de rebus dubiis* (34, 5) L. *in ambiguo* (3) et D. *de rescind. vend.* (18, 5) L. *cum emtor.* (5). Ego autem dico referre, *utrum creditor debitorem omnino liberare voluerit, verum quia competentiore modum putaverit*

inutilis stets als stillschweigendes pactum de non p. wirksam werde, oder ob diese Conversion nur als Ausnahme gelte, und in der Regel Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts die Folge sei?

Albericus und Bulgarus vertraten den in der ersten Alternative angedeuteten Standpunkt. Sie waren der Meinung, daß eine acceptilatio inutilis stets die Wirkung eines pactum de non p. erhalte, sofern nicht letzteres ausdrücklich durch Vereinbarung ausgeschlossen worden sei. Martinus dagegen entschied in dem entgegengesetzten Sinne, indem er sagte, daß eine acceptilatio inutilis nur dann ein pactum de non p. in sich schliesse, wenn diese Wirkung ausdrücklich von den Parteien gewollt und im voraus vorgesehen worden sei. Johannes Bassianus nahm zwischen den beiden Ansichten einen vermittelnden Standpunkt ein, indem er noch eine wenig glückliche Unterscheidung hinzufügte. Keiner der genannten Meinungen schloß sich Hugolinus an. Er suchte die Lösung der Frage dadurch herbeizuführen, daß er dem Willen des Gläubigers eine entscheidende Bedeutung einräumte. Habe der Gläubiger, gleichviel in welcher Form, die Befreiung des Schuldners gewollt, so solle sie auch eintreten, selbst wenn der Formenstrenge der acceptilatio nicht genügt sei. Würde dagegen von dem Gläubiger beabsichtigt, den Untergang der Forderung nur im Wege der Acceptilation herbeizuführen und würde in diesem Falle in der Form gefehlt, so solle die acceptilatio inutilis nichtig sein und bleiben.

Diese ganze Kontroverse ist nur wegen der Entscheidung und Begründung von Hugolinus ausführlicher entwickelt worden. Der

per acceptilationem, alias liberare heredi convenerit, quod semper praesumit, ubi iusta causa fuerit liberandi, pone, qua convenerat; vel a testatore ut liberaret, damnatus fuerit animo deliberandi, cum putaverit vel cogitaverit tantum volens per acceptilationem. In primo casu semper habet, alias exceptionem pacti, acceptilatio pactum, in secundo nequaquam, arg. D. de donat. 39, 5. L. 1 § ult. ut D. de acqu. rer. dom. 41, 1. L. cum in corp. (36) D. si certum pet. (12. 1). L. Si ego (42) Pillius. Vgl. auch Rogerius § 60 ed. Haenel p. 107: Dissentiant in hoc scilicet inutilem acceptilationem habere utile pactum, nisi in contrarium acceptilatam sit, ne haberet, ut D. de accept. 46, 4. L. An inutilis (8) D. de pact. 2, 14. L. si unus (27) § penult. Martinus dicit, quod non habet utile pactum, nisi hoc agatur, ut haberet, ut D. de accept. 46, 4. L. an inutilis acc. (8). Vgl. auch Vetus Collectio § 10 ed. Haenel p. 10.

von letzterem aufgestellte Grundsatz von der maßgebenden Bedeutung des Willensinhaltes des befreienden Gläubigers lehrt uns zugleich, daß auch nach Hugolinus beide Rechtsinstitute, sowohl acceptilatio als pactum de non p. in ihren Wirkungen zusammen treffen und dasselbe bezwecken und erzielen sollen: nämlich die endgültige Befreiung des Schuldners.

Wird in der vetus collectio der dissensiones dominorum nur ganz beiläufig des pactum de non p. gedacht, so finden sich ausführlichere Untersuchungen über dieses Rechtsinstitut in den Kommentaren der Juristen dieser Periode.

Placentinus<sup>1</sup> unterscheidet zunächst das zeitweilige pactum de non p. vom ständigen. Ersteres läßt er nur in Form der exceptio dilatoria vel temporalis wirksam werden, letzterem werden die Wirkungen einer exceptio perpetua et peremptoria zugesprochen. Eine solche exceptio perpetua, führt Placentinus weiter aus, „stehe dem Klagenden immer entgegen und vernichte den Anspruch, welcher erhoben worden sei“. Placentinus sagt hier nicht, daß die Durchführung des Anspruches eine Hemmung erleide, sondern er spricht mit kurzen und dünnen Worten die obligationstilgende Wirkung des pactum de non p. in rem aus.

Weniger klar und einfach sind die Erörterungen Azos über unser Rechtsinstitut. Er bespricht mehrfach in eingehendster Weise den juristischen Charakter desselben und seine Wirkung auf die Obligation. Seine Ausführungen, welche nur das pactum de non p. in rem berücksichtigen, lassen zwar darüber keinen Zweifel, daß unser pactum materiellrechtlicher Natur ist, wohl aber ist aus ihnen nicht klar ersichtlich, ob Azo hinsichtlich der Wirkung des pactum de non p. in rem ein Anhänger der Hemmungs- oder Tilgungstheorie gewesen ist.

<sup>1</sup> Placentinus in s. Summa Institutionum sive elementorum Justiniani. Lib. VI. Mogunt. 1537. de expediendis iudiciis lib. IV p. 229. Tit. 12 de except.: Est autem temporalis et dilatoria, quae nocet ad tempus, ipsoque dilationem tribuit, qualis est pacti conventi, cum ita convenerit, ne infra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium.

p. 230. Perpetua et peremptoria, quae semper agentibus obstat, et rem semper de qua agitur perimit, et quacunque parte litis dummodo ante sit iure poterit opponi, qualis est doli mali exceptio, et quod metus causa, et pacti conventi perpetui.

Nach den Bemerkungen in seiner Summa in quartum librum Institutionum<sup>1</sup> möchte man fast annehmen, daß er die Tilgungstheorie vertrete. Dort führt er nämlich zwei Tilgungsarten von Obligationen an. Bei der einen trete die Tilgung per exceptionem, bei der anderen ipso iure ein. Zu den exceptionsmäßigen Tilgungsarten rechnet er natürlich unser pactum, während er als Beispiele der ipso iure Tilgung solutio und acceptilatio nennt. Während Azo bis hierher ohne Einschränkung den Satz aufgestellt und verteidigt hat: duo modi sunt in genere, quibus tollitur obligatio, sieht er sich nunmehr veranlaßt, noch hinzuzufügen, daß bei der Tilgung per exceptionem noch ein Rest übrig bleibe. Dieser Rest sei die civilis obligatio selbst. Diese bleibe de iure zwar bestehen und voll wirksam, aber de facto sei sie unwirksam, da der Gläubiger materiell nichts von dem Schuldner, welcher durch das pactum de non p. geschützt sei, zu erlangen vermöge. Eigentümlicherweise sucht Azo diese Unwirksamkeit der Civilobligation bei einem dazwischentretenden pactum de non p. nicht auf den paralysierenden Einfluß des prätorischen Rechts, sondern vielmehr auf die ipso iure Wirkung des pactum de non p. gegenüber Naturalobligationen zurückzuführen. Die Unwirksamkeit der Civilobligation will jedoch

<sup>1</sup> Azonis Summa in ius civile. Lugduni 1564. S. 296. Rubrica. Quot modis tollitur obligatio. Duo sunt modi in genere quibus tollitur obligatio, scilicet per exceptionem et ipso iure. Exceptio competit ex pluribus causis: ut ratione pacti, item doli, vel metus. Item rei iudicatae, et in iniuriandi: ut ff. de except. l. III et l. exceptiones. Item ratione temporis: ut XXX annis vel 40 ut in hypothecaria. Quandoque tamen ipsa tollitur citiori tempore: ut not. in summa . . . etc. etc. Nec sunt haec extra rem: quia hic generaliter tractat de omni modo, quo tollitur obligatio. Per exceptionem autem ideo dicitur tolli, non quod omnino tollatur, ita ut eius nullae remaneant reliquiae: sed quia remanent quaedam, utpote civilis tantum obligatio, et illa de iure quidem est efficax: quia iuris habet autoritatem et substantiam ut in de except. § praeterea. sed de facto est inefficax cum repellatur creditor, et nihil valeat extorquere a debitore: quia naturalis obligatio ipso iure extincta est: ut ff. de solution. l. Stichum § naturalis. Sed et civilis aliquo [casu] posset sortiri effectum: puta si iterum fieri pactum de petendo, vel in quibus casibus dicimus repetitionem indebiti per exceptionem cessare: ut notavi in summa C. de cond. indeb. Ipso vero iure tollitur obligatio, dum omnino est extincta, nec ullae remanent eius reliquiae: puta per solutionem et per acceptilationem et per novationem . . . etc.

Azo für einen Ausnahmefall wieder aufgehoben wissen, sofern nämlich ein pactum de petendo nachfolgt. Alsdann verhilft er der bereits inhaltlich erloschenen civilis obligatio wieder zu neuer Wirksamkeit und benutzt sie als Fundament für die durch das pactum de petendo von neuem ins Leben gerufene Obligation.

Noch weiter als an dieser Stelle geht Azo in seinem Kommentar ad lib. II Codicis. Tit. III. Hier<sup>1</sup> bekennt er sich offen zur

<sup>1</sup> Azonis ad singul. leges XII libror. Codicis Iustiniani comment. et magnus apparatus. Lugdun. 1596 p. 103 f. Pacta novissima . . . et videmus de viribus primi pacti de non petendo et sequentis de petendo . . . habet enim tantas vires pactum de non petendo quod extinguit ipso iure naturalem obligationem, sive sit socia civilis sive non: ut ff. de iureiurando. l. antepenult. Praeterea secundam habet vim, quia opponit spectaculum civili, ne possit quis agere . . . non dico quod extinguat actionem, nisi in talibus casibus uti speciale est quod ipso iure tollat actionem: ut ff. eodem si unus § pactus. Impeditur ergo actio . . . quia per eam peti non potest: sed tamen lex dicit, eam durare efficacem quantum ad vires iuris . . . et quo ad sui substantiam: ut Iust. de exc. § 1. Praeterea tertium operatur illud pactum de non petendo, quia per id creditor naturaliter dici potest obligatus ne petat . . . et ita Io. dixit: ut sicut cum promisi per stipulationem ne petam, teneor civiliter et naturaliter non petere: ita si per pactum de non petendo naturaliter quis obligetur. Sed forte dicit quis, non est ita, quod aliquis per pactum de non petendo obligetur naturaliter ne petat: ut ad hoc praestat arg. ff. de iure dot. si pater filiae § quae debitorem, sed illud quod ibi dicitur, non obligatur, intellexit Ioa. scilicet aliquid dare, sed tamen obligatur ne petat. Vel intellige non obligatur scilicet civiliter, sed naturaliter, ut supra dixi. Vidimus ergo de iuribus pacti primi de non petendo: modo veniamus ad sequens de petendo. Et dicendum quod pactum illud obligationem naturalem extinctam per prius pactum de non petendo non resuscitat quod difficile est, obligationem semel extinctam resuscitari, est tamen quandoque, ut not. in si adversus transact. l. 2 sed obstaculum quod primum de non petendo opponit civili obligationi, reicit remedio replicationis. Et satis dici potest, ut illa naturalis obligatio qua tenetur creditor per pactum primum ne petat, tollatur ipso iure per secundum, quia consensu erat contracta: ergo contrario consensu tolli potest, dicit aliquis, si ita est, quod pactum secundum de petendo non resuscitat extinctam obligationem per primum pactum de non petendo, sed obstaculum quod praestabatur civili repellat: quomodo erit hoc, quod sola civilis, quae remansit, sortiatur effectum? Non videtur, sicut est in obligatione litterarum, quia per id solum non obligatur quis nisi pecunia non fuerit numerata: ut Iust. de liter. oblig. et praeterea quod non sortiatur effectum per legem, potest haberi ff. de solu. Stichum. Respon. quia naturalis sublata est, et remansit civilis tantum nec resuscitatur naturalis per pactum sequens de petendo: non tamen propter illud pactum sequens audet

Hemmungstheorie. Er spricht es unumwunden aus, daß das *pactum de non p.* nur ein Hemmnis für die Klage bilde. Um dies zu begründen, läßt er durch das *pactum de non p.* für den Gläubiger nur eine *naturale Verpflichtung*<sup>1</sup> zur Nichteinklagung seiner Forderung entstehen. Als seinen Gewährsmann für diese Annahme nennt er Johannes Bassianus. Diese *Naturalobligation*<sup>2</sup> soll *ipso iure* wieder getilgt werden, sofern ein *pactum de petendo* nachfolgt; denn wie diese *naturale Verbindlichkeit nudo consensu* geschaffen worden sei, werde sie auch ebenso wieder beseitigt.

Das Fehlerhafte dieser Theorie liegt nicht etwa in der Trennung des *civilen* und *naturalen Tilgungsaktes*, in dem nur formellen Fortbestande der *civilis obligatio* trotz Aufsaugung seiner materiellen Wirkungen durch formloses *pactum de non p.*, sondern einmal darin, daß Azo jener bereits materiell erloschenen *civilis obligatio* wieder zu neuer Wirksamkeit verhilft und damit

mutire debitor de pacto primo de non petendo . si enim excipiat et dicat: tu fecisti mihi pactum de non petendo, nonne alius dicere poterit, tace: et tu non fecisti mihi pactum de petendo? Sicut in exemplo potest videri . pone — — Si dicat aliquis, quare non tollitur ipso iure pactum de non petendo per sequens de petendo? Respon. quia non tantam habet vim secundum quantam primum: quia primum parit liberationem, sequens obligationem, et promiores debemus esse ad solvendum, quam ad condemnandum: ut ff. de act. et obl. Arrianus. — — Vgl. auch Azonis summa in secund. libr. Cod. Lugd. 1564. De pactis. S. 19, No. 21, 22, wo gleichfalls die Hemmungstheorie verfochten wird. Auf S. 19 N. 23 *ibid.* läuft jedoch eine Bemerkung Azos mit unter, welche darthut, wie wenig konsequent er seinen Standpunkt wahrh. Dort heißt es nämlich: *Pactum de non petendo principaliter interponitur ad extinguendam obligationem.*

<sup>1</sup> Es muß dahingestellt bleiben, ob die irrtümliche Annahme einer aus dem *pactum de non p.* nur entstehenden *naturalen Verbindlichkeit* in Zusammenhang steht mit der zu jener Zeit allgemeinen Vorstellung, daß aus jedem *pactum nudum* nur eine *naturalis obligatio* entspringe. Vgl. über letztere, insbesondere den Standpunkt Azos, Seuffert, Zur Geschichte der obligator. Verträge etc. S. 41, 44 und S. 53. Jedenfalls übersieht auch Azo nicht, daß das *pactum de non p.* ein *pactum liberatorium* ist, dessen juristische Natur und Behandlung wesentlich verschieden ist von dem allgemeinen *pactum obligatorium*. Azo spricht dies auch in den Schlussworten des in der vorigen Note angeführten Citates aus.

<sup>2</sup> Nur diese, nicht etwa das *pactum de non p.* selbst; dagegen verwarhrt sich Azo ausdrücklich, vgl. Note 1 S. 17 f. am Schluss des Citates.

das *pactum de petendo* zu erklären versucht. Ein weiterer Mangel ist der, daß Azo den nur auf dem Dualismus des römischen Rechts beruhenden Entwicklungsgang, die nur durch den historischen Ursprung begründete Verschiedenheit des *civilen* und *naturalen Tilgungsaktes*, der *acceptilatio* und des *pactum de non p.* verkennt und jene Verschiedenheit beider Rechtsinstitute mit auf ihre Wirkungen überträgt. Mit Rücksicht hierauf sieht er sich auch veranlaßt, als Folge des *pactum de non p.* für den Gläubiger nur eine *naturale Verbindlichkeit* und hinsichtlich der *Obligation* nur ein Hemmnis für dieselbe anzunehmen.

Die gerade von Azo besonders betonte Verschiedenheit der *acceptilatio* und des *pactum de non p.* in ihren Wirkungen befremdet bei ihm um so mehr, als er sonst einen freieren Standpunkt hinsichtlich der formalen Voraussetzungen der *acceptilatio* vertritt. Er erachtet nämlich den Gebrauch bestimmter Formelworte, welche ehemals den Inhalt der *acceptilatio* ausmachten und die formale Wirkung bedingten, für überflüssig<sup>1</sup>.

Während die *processuale Geltendmachung* unseres *pactum* bei Azo etwas in den Hintergrund tritt, findet dieselbe bei einem zeitgenössischen Juristen, bei Tancred, eine um so eingehendere Darstellung.

Schon in den Quellen des römischen Rechts wurde das zeitweilige *pactum de non p.* vom *perpetuierlichen* geschieden. Ersterem kam *processual* der Charakter einer *exceptio dilatoria*, letzterem der einer *exceptio peremptoria* zu. Diese Terminologie kehrt auch bei Tancred wieder<sup>2</sup>. Er unterscheidet die *exceptiones dilatoriae* noch weiter in *declinatoriae iudicii* und *solutionis*. Zu den letzteren rechnet er das *pactum de non p. intra tempus*, z. B. *intra quin-*

<sup>1</sup> Vgl. Azo, Summa ad Cod. (8, 44) de *acceptil.* Non intellige de solemnitate antiqua sive enim dicat: habesne acceptum? et alius, habeo, acceptumque Auli, sive alia verba aequipollentia, idem est . sublata enim est hodie ab aula talis solemnitas verborum . . . Auf diese Stelle macht schon v. Völdern-dorff, Zur Lehre vom Erlafs S. 52 Note 115, aufmerksam.

<sup>2</sup> Vgl. Tancredi ord. iudiciar. P. 2 tit. 5 de *except. et replic.* § 1. (Ed. Bergmann. Götting. 1842 p. 140): *Exceptionum igitur alia est dilatoria, alia peremptoria.*

quennium<sup>1</sup>. Als eigentümliches Merkmal dieser bezeichnet er es, daß dieselben bei Vermeidung des Ausschlusses vor der Litiscontestation vorgebracht werden müssen<sup>2</sup>. Die exceptiones peremptoriae dagegen sollen möglichst vor der Litiscontestation geltend gemacht werden, können aber auch noch nachher vorgebracht werden, wenn es nur vor der Sentenz geschehe. Ihr Beweis sei in jedem Stadium des Verfahrens zulässig und könne niemals als verspätet zurückgewiesen werden. In materieller Beziehung bewirke die exceptio peremptoria die Vernichtung des Klagfundamentes und der Klaganträge. Letzteres veranschaulicht Tancred praktisch an dem pactum de non p. in rem, welchem demzufolge nach Tancred eine Klag- und obligationstilgende Wirkung zukommt<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Ibid. dilatoriarum alia declinatoria iudicii, alia dilatoria solutionis. ibid. § 2 (p. 142 f.). Nunc autem de dilatoriis solutionis videamus. Dilatoriarum solutionis alia est ex pacto, puta quia fecisti mihi pactum de non petendo usque ad quinquennium, alia ex lege . . .

<sup>2</sup> Ibid. Has dilatorias exceptiones et similes debet reus ante litem contestatam protestari, sed non tenetur eas probare, nisi actoris intentionis fundata . . . Derselben Meinung ist auch schon Pillius, de ordine iudicior. P. 2 p. 2 de except. Ed. Bergmann. S. 23: Et sciendum est, quod reus in ipsa litiscontestatione debet protestari suas omnes dilatorias exceptiones. Et postea eas probare poterit et debet fundata actoris intentione . . . Sie vero reus in exordio litis dilatoriam praescriptionem omiserit, postea eam opponere non poterit . . . Secundum haec igitur sic videtur esse distinguendum, utrum exceptio opponatur ex persona actoris, . . . an opponatur ex persona rei veluti „non sum conveniendus sub hoc iudice quia legatus sum“, vel „pactum mihi fecisti de non petendo intra quinquennium“. In primo casu non poterit actor fundare suam intentionem, nisi prius probet ea quae obiciuntur; et sic reus non habebit necesse probare suam exceptionem. In secundo vero casu debet hic in initio opponere exceptionem et post fundatam actoris intentionem probare.

<sup>3</sup> Vgl. Tancred. ord. iud. § 3. Ed. Bergmann p. 143: Si vero exceptio est peremptoria, quae causam et intentionem actoris perimat, puta, petebas a me decem, quae tibi debebam, sed mihi feceras pactum de non petendo vel . . . hanc sufficit protestari ante litem contestatam et probari quandocunque; et si omissa fuerit, iterum eam proponere possum et probare, quando volo, dummodo ante sententiam; et non solum ante sententiam, sed etiam post sententiam proponi potest, si sententia beneficio appellationis vel in integrum restitutionis suspensa fuerit, vel alio quocunque modo non teneat.

Da die Accursische Glosse der von Azo vorgetragene Hemmungstheorie keineswegs gefolgt zu sein scheint, so ist, um ein möglichst vollständiges Gesamtbild der Lehre vom pactum de non petendo in dieser Periode zu erhalten, noch näher auf die Glosse des Accursius einzugehen. Der seine Zeit beherrschende Einfluss von Azo macht sich zwar in ihr geltend, und auch sie berücksichtigt die besonders von ihm verfochtene Annahme einer durch das pactum de non p. für den Gläubiger entstehenden naturalen Verbindlichkeit<sup>1</sup>. Aber weiter erstreckt sich der Einfluss des Azo auf die Glosse nicht.

Die Glosse stellt acceptilatio und pactum de non p. in gleicher Weise als Tilgungsakte von Obligationen dar. Das unterscheidende Merkmal zwischen beiden besteht nach ihr nur darin, daß bei der acceptilatio die Aufhebung nach Civilrecht, bei dem pactum de non p. nach ius gentium erfolge<sup>2</sup>; dort trete sie ipso iure, unmittelbar, hier ope exceptionis, mittelbar, ein. Es ist daher nur eine formale, keine materielle Verschiedenheit zwischen beiden Rechtsinstituten. In ihren Wirkungen treffen beide nach der Glosse zusammen, das Resultat ist bei beiden: tollitur obligatio<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Vgl. Glosse ad Digest. vetus (Paris 1566). Ad L. 27 D. de pactis 2, 14 Note p) ipso iure]: Nam pactum de non petendo factum, tria operatur. Nam ipso quoque iure tollit naturalem, elidit civilem. obligat quoque pariscentem naturaliter ad non petendum. quod paret, quia si stipulatio intercessisset, esset obligatus civiliter et naturaliter: ergo si nudum pactum, tantummodo naturaliter. . . Vgl. auch Note d) eod. loc. In pactis factum] C: et ideo non tollitur ipso iure per pactum de petendo nisi forte in eo quod obligatur naturaliter non petere: et ita dico omne pactum obligatorium tolli per contrarium pactum.

<sup>2</sup> Vgl. Glosse vol. parv. (Lugdun. 1604) J. III. 30, 1 § 1 Note d) caeterae] scilicet quae sunt de iure gentium cum acceptilatio quae est civilis actus non possit iura gentium tollere. Sed certe licet non possint tolli iure acceptilationis, scilicet obligatio iuris gentium et aliae civiles: tamen possunt iure pacti etiam acceptilatione facta secund. Ioan.

<sup>3</sup> Vgl. Glosse (Lugdun. 1604) Volumen parvum ad J. III 30, 1, § 1 Nr. 4 Note p) Quae consensu] Item in quibusdam ex maleficio, ut nudo consensu etiam tollantur ipso iure: ut iniuriarum, item furti et similes . . . aliae non ipso iure tolluntur consensu, scilicet pacto de non petendo, sed per exceptionem. Accursius. Dem im Text Gesagten widerspricht nicht etwa der Umstand, daß die civilis obligatio nach der Glosse durch das pactum de non p.

Damit im Einklang steht, daß auch die Glosse, wie es bereits Justinian gethan hat, die Wirkung unseres pactum mit remittere debitum vielfach bezeichnet<sup>1</sup>. Wenn nun v. Völderndorff<sup>2</sup> gerade mit Rücksicht auf den Ausdruck „remittere“ behauptet, daß derselbe sich in der Glossatorenzeit niemals bei einer durch Acceptilation aufgehobenen Obligation finde, so widerspricht dem aufs entschiedenste die Accursische Glosse. Dasselbst findet sich wiederholt ausdrücklich in Bezug auf die acceptilatio der Ausdruck „remittere“<sup>3</sup>.

Aber auch sonst geht aus der Glosse die Identität der Wirkungen beider Rechtsinstitute hervor. Von beiden wird gesagt, daß bei ihnen eine „liberatio“ stattfindet<sup>4</sup>, und daß sie den Zweck

nicht aufgehoben werde; denn jene Unwirksamkeit des pactum ist nur eine formale. Deshalb wird auch von der Civilobligation gesagt, daß sie trotz Fortbestehens ihres materiellen Inhaltes beraubt sei und keine Wirkung mehr äußern könne. Vgl. Glosse *ibid.* Nr. 4, Note q a). *In fine huius tituli duodecim esse modos per quos tollitur obligatio tam civilis quam naturalis ipso iure ut nullae maneat reliquiae. 1. per solutionem . . . . . 12. Item nudo pacto, ut in maleficiis. Sed et aliis modis tollitur non utraque, scilicet civilis et naturalis, sed interdum civilis tantum (et remanet naturalis . . . Item remanet civilis et tollitur naturalis, ut per pactum et chirographi redditionem et iusiurandum. Ipsa etiam civilis sic eliditur, ut non habeat vigorem. Item sunt et alii modi quibus tollitur obligatio per exceptionem, quos habemus. Accurs.*

<sup>1</sup> Vgl. Glosse ad Digest. vet. Paris 1566 z. B. L. 2 D. de pact. 2, 14 Labeo] Casus; ferner *ibid.* L. 37 D. de pact. 2, 14. Imperatores] Casus.

<sup>2</sup> v. Völderndorff-Waradein, Zur Lehre vom Erlafs. München 1850 p. 51 f.

<sup>3</sup> Vgl. Glosse Volumen parvum (Lugd. 1604) ad J. III. 30, 1 § 1. Item per acceptilationem] Casus: Quid est acceptilatio? et respondet dicens, quod acceptilatio imaginaria solutio. Si enim creditori suo illud quod sibi debet ex verborum obligatione remittere velit, poterit hoc facere in hunc modum . . . Vgl. Glosse Dig. nov. ad L. 6 D. de acceptil. 46, 4. Casus. Promisi tibi X ex causa venditionis. Item alia ex causa mutui. Item alia ex causa locationis. postea sic a te rogo. Titi, habesne acceptum quod tibi promisi: utrum omnes summae solutae et sublatae videantur: Et distinguitur, nam si apparet quod non remisisti nisi duas summas: illae tantum remisisse videntur. quod si apperere non potest: omnes summae videntur remisisse . . . .

<sup>4</sup> Bezüglich der acceptilatio vgl. Glosse ad Dig. nov. (1537) L. 1 D. de acceptil. 46, 4 Note h) per procuratorem] . . ut etiam sine novatione possit acquirere debitori liberationem per acceptilationem; und bezüglich des pactum

verfolgten: renunciare obligationi<sup>1</sup>. Auch von dem pactum de non petendo heißt es, daß es dazu diene „ad extinguendum obligationem“<sup>2</sup>. Letztere Ausdrucksweise ist besonders bezeichnend, da sie sonst ausschließlich für die acceptilatio angewendet zu werden pflegt.

Nach allem diesen dürfte die Annahme wohl gerechtfertigt erscheinen, daß die Accursische Glosse bezüglich der Wirkung des pactum de non p. der Tilgungstheorie den Vorzug gegeben hat.

Was endlich noch die causa des pactum de non p. anlangt, so nimmt die Glosse auch zu dieser Frage Stellung. Sie bezeichnet unser pactum im Gegensatz zur transactio als „gratuitum“, während die transactio ein „pactum non gratuitum“ ist<sup>3</sup>. Es wird darin mit ein Unterschied zwischen beiden Rechtsinstituten gefunden. Der Erlafs vollzieht sich daher nach der Glosse beim pactum de non p. „gratis“<sup>4</sup>.

de non p. vgl. Glosse ad Dig. nov. L. 9 D. de acceptil. 46, 4 Note h) pacto vero liberabitur pater. Vgl. *ibid.* ad L. 13 Note z).

<sup>1</sup> Vgl. Glosse ad Dig. nov. (1537) L. 13 D. de acceptil. 46, 4 Note p) totam] . . . in totum renunciavit obligationi [scil. acceptilatione] seu non fecit enim pactum de non petendo.

<sup>2</sup> Vgl. Glosse Dig. vet. (Paris 1566) ad L. 27 D. de pact. 2, 14 Note d) in pactis factum] at pactum de non petendo interponitur potius ad extinguendum obligationem quam ad contrahendam . . .

<sup>3</sup> Vgl. Glosse ad Digest. vet. Paris 1566 L. 1 D. de transact. 2, 15 Note e). Qui transigit: Haec lex . . . facit differentiam inter pactum gratuitum et non gratuitum.

<sup>4</sup> Vgl. *ibid.* Note g). Et indubitatum . . . sed quid si erat controversia lite etiam contestata: ego tamen gratis remitto? Respon. et tunc dicor remittere rem certam, id est litigium, quod certum est: et sic est pactum.

## Kapitel III.

Italienische Juristen nach Accursius bis zum Ausgange  
des 14. Jahrhunderts.

Wenn auch in dieser Periode bezüglich unserer Lehre unverkennbar der Einfluss der Glossatorenzeit überall hervortritt, und die Juristen noch im Banne dieser glanzvollen Zeit stehen, so muß doch anerkannt werden, daß wenigstens einige Juristen dieser Zeit, soweit das pactum de non p. in Frage kommt, bemüht sind, nicht nur ein Referat der Ansichten der Glossatoren zu liefern, sondern auch eine Kritik an der Darstellung dieser zu üben und auf diese Weise einen selbständigen Standpunkt zu gewinnen. Es dürfte dies im folgenden seine Bestätigung finden.

Odofredus († 1265)<sup>1</sup> giebt bei der Erörterung des pactum de non p. zunächst einen Überblick über den derzeitigen Stand der Lehre. Er berücksichtigt dabei fast ausschließlich nur die Meinungen von Johannes Bassianus und Azo und begnügt sich außerdem damit, nur den Widerspruch, den dieselben gefunden haben, zu erwähnen. Im Anschluß hieran entwickelt er sodann seinen eignen Standpunkt, bezüglich dessen man wohl nicht fehl gehen dürfte, wenn man Odofred als Eklektiker bezeichnet, da er bald diesem, bald jenem sich anschließt. Es muß jedoch hierbei

<sup>1</sup> Die Einreihung Odofreds unter die Juristen dieser Periode, obwohl er ein Zeitgenosse des Accursius ist, geschieht mit Rücksicht auf die Ausführungen von v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. Heidelberg 1850. Bd. V. S. 356 ff., welcher ihn unter den Theoretikern nach Accursius als ersten aufführt.

rühmend hervorgehoben werden, daß er früher aufgestellte Behauptungen vielfach in selbständiger Weise zu begründen sucht.

Wenn sich daher auch Odofred in ausgetretenen Gleisen bezüglich der juristischen Natur und der Wirkungen unseres pactum bewegt<sup>1</sup>, so hat er sich doch vornehmlich dadurch ein unbestreitbares Verdienst erworben, daß er den Irrtum über die aus dem pactum de non p. entstehende naturale Verpflichtung auf seiten des Gläubigers, welche völlig quellenwidrig zur Verdunkelung und Verwirrung der ganzen Lehre beigetragen hat, mit Entschiedenheit bekämpft<sup>2</sup>. Er ist zwar mit dieser Opposition,

<sup>1</sup> Vgl. nächstfolgende Note.

<sup>2</sup> Zum Belege hierfür und für die folgenden Erörterungen vgl. Odofredus ad Digest. vet. Parisiis 1504. (Ausgabe ohne Seitenzahl) ad Si unus ex argentiariis. Lib. II de pactis: et primo videamus primi pacti facti de non petendo et circa vires primi pacti magister et discipulus concordaverunt scilicet. Ioannes qui fuit magister: et Azo qui fuit eius discipulus: et dixit dominus Joannes quod primum pactum de non petendo tria operatur. nam in primo operatur quod primam naturalem obligationem tollit ipso iure . . . Item operatur secundum quia primam civilem obligationem non tollit ipso iure sed elidit . . . Item operatur et tertium: quia obligat creditorem debitori naturaliter ne petat: et probabant hoc istis rationibus: sicut si ego creditor promitterem tibi debitori meo per stipulationem ne peterem X a te quae mihi debebas obligor tibi naturaliter et civiliter non petere . . . ita si facio tibi pactum de non petendo obligor tibi naturaliter ne petam: quia pactum bona fide factum habet in se naturalem aequitatem et sic obligationem naturalem . . . et illud idem dixit dominus Azo . . . Sed ad hanc eorum opinionem opponitur et videtur quod non sit bona nec possit defendi duabus rationibus quod dicitur quod pactum de non petendo obligavit creditorem debitori naturaliter ne petat: nonne lex dicit expresse quod si creditor vel creditrix faciat pactum de non petendo obliget creditorem debitori naturaliter ne petat. nonne lex dicit expresse quod si creditor vel creditrix faciat pactum de non petendo debitori quod ex illo pacto non obligatur . . . sed ipsi respondent, non ob. quod ibi dicitur: quod creditor debitori non obligatur scilicet civiliter: obligatur tamen naturaliter non petere . . . Sed denuo instatur et opponitur: et haec est fortissima oppositio: cui resisti non posse videtur: quod dicam si creditor fecit pactum de non petendo debitori: quod creditor obligatur debitori naturaliter non petere quia iam inveniam quod idem pactum erit obligatorium et liberatorium et haec sunt contraria . . . Ad quod ipsi respondent idem pactum non est liberatorium et obligatorium. liberatorium est quantum ad debitorem: in eo quod primam naturalem obligationem tollit: obligatorium est quantum ad creditorem: in eo quod creditor obligatur acquiescere pacto: vel obligatur amplius non petere: et ita idem

wie er selbst berichtet, nicht als erster aufgetreten, aber er hat seinerseits den Kampf mit Energie aufgenommen. Er weist darauf hin, daß der Annahme einer naturalen Verpflichtung jede quellenmäßige Grundlage fehle. Er macht ferner auf die bereits früher vertretene Ansicht aufmerksam, daß bei Annahme einer Naturalobligation auf seiten des Gläubigers das *pactum de non p.* zwei einander sich widersprechende Funktionen zu erfüllen hätte, einmal die eines *pactum liberatorium* und zum anderen die eines *pactum obligatorium*. Diesem Widerspruch suche man zwar dadurch zu begegnen, daß man sage, jene Doppelfunktion des *pactum* erkläre sich, je nachdem man sich auf den Standpunkt des Gläubigers oder Schuldners stelle, sie sei daher nichts Widersprechendes, sondern nur sich ergänzendes. Odofredus verwirft jene Unterscheidung zwischen einem *pactum obligatorium* und *liberatorium* überhaupt. Er charakterisiert das Wesen unseres *pactum* dahin, daß es nur als *pactum liberatorium* zu wirken.

*pactum diversis respectibus est obligatorium et liberatorium: nec est hoc novum nec mirabile . . .*

*Or signiori istas opiniones non consuevi approbare nec modo approbo . . . et dico quod primum pactum factum debitori de non petendo a creditore operatur duo tamen . nam primam naturalem obligationem ipso iure tollit . . . . Item primam civilem elidit . . . tertium vero non operatur scil. quod obliget naturaliter creditorem debitori quod non petet . . . Item inconueniens esset dicere quod idem pactum esset obligatorium et liberatorium, satis est quod parit liberationem. Item non obstat, quod obicitur de stipulatione: quia stipulatio bene obligat naturaliter et civiliter quia si promitto tibi per stipulationem: amplius a te non petere agiter inter me et te ut tibi obliger: unde qua volui me obligare: si petam committitur stipulatio: sed in pacto de non petendo facto tibi non agitur ut tibi obliger: sed ut te liberem: igitur parit liberationem non obligationem. . . Item secundum pactum de petendo operatur duo tantum: non quia dixit Azo si novam naturalem parit ad prius debitum, quia nudum pactum parit naturalem obligationem . . . et illa nova naturalis obligatio miscetur cum prima civili: et sic agetur ex naturali et civili non ex sola civili: et sic non erit hic speciale ut dixit Azo quod ex sola civili agatur: nec recedetur a regula. Item non credo quod operetur quod dixit Ioannes, quod primam naturalem elisam per pactum de non petendo faciat resurgere: quia hoc esset contra regulam illam quae dicit, quod actio semel extincta non resurgit: sed dico, quod operatur secundum quod primam obligationem elisam coadiuet et si opponatur exceptio obstaculum exceptionis elidit ope exceptionis. . .*

habe und wirke. Die Befreiung auf seiten des Schuldners erstrecke sich nicht bloß auf die Naturalobligation, sondern trete in vollem Umfange ein. Wenn Johannes Bassianus deshalb eine Naturalobligation als Folge des formlosen *pactum de non p.* angenommen habe, weil letzteres in Stipulationsform eingekleidet eine civile und naturale Verbindlichkeit erzeuge und im Falle der Formlosigkeit zwar die Entstehung der Civilobligation wegfallt, aber die Naturalobligation bleibe, so sei demgegenüber zu bemerken: Bei dem *pactum de non p.* in Stipulationsform werde für den Gläubiger eine besondere Verpflichtung durch seinen Willen geschaffen, bei deren Nichtachtung die Stipulation verfallt (*committitur*), und eine besondere Klage aus ihr entspringe. Bei dem formlosen *pactum* dagegen handle es sich nicht um die Schaffung einer besonderen Verpflichtung, sondern lediglich um Befreiung des Schuldners, und diese werde auch erreicht.

Derselbe Erfolg trete in gleicher Weise auch bei der *Acceptilation* ein<sup>1</sup>, sodaß *pactum de non p.* und *acceptilatio* sich im Endresultate völlig decken. Im Einklang damit steht es auch, wenn Odofred sagt, daß unser *pactum* in objektiver Beziehung eine *remissio debiti* herbeiführe<sup>2</sup>.

Den Unterschied zwischen *acceptilatio* und *pactum* setzt Odofred darin<sup>3</sup>, daß ersteres Rechtsinstitut eine „*mortificatio*“, letzteres eine „*elisio obligatonis*“ nach sich ziehe. Unter „*mortificatio*“

<sup>1</sup> Odofredus l. c. . . . libero te per acceptilationem . . .

<sup>2</sup> Odofredus l. c. liber. II de transact. Qui transigit quasi de re etc.] . . . *pactum est de re certa et indubitata et gratuita remissio ut cum dicit profiteor me nolle te mihi teneri ad X quae mihi debes. lib. II de pactis. Labeo ait convenire posse etc.]. Quo casu videtur creditor debitori tacite remittere debitum.*

<sup>3</sup> Odofredus l. c. l. II de pactis (ad L. Si unus ex argentiariis etc.) . . . *acceptilatio ponitur ad mortificandum primam stipulationem et ideo acceptilatio ponitur ad mortificandum . . . sed in pactis factum versatur id est elisio quaedam: ut si facis ultimo pactum de petendo non vis mortificare primum pactum, sed elidere. Vgl. auch eod. l. Conventionum autem tres sunt species] . . . si facio tibi pactum de non petendo, (actio) fit inefficax: quia sublata est naturalis: et elisa est civilis per pactum factum de non petendo: sed si postea facis mihi pactum de petendo: si excipias de pacto facto de non petendo replico contra te de pacto ultimo facto de petendo.*

versteht er eine völlige Vernichtung der Obligation, während bei der *elisio* nur eine Beseitigung der Obligation mit der Maßgabe stattfinden soll, daß im Falle eines nachfolgenden *pactum de petendo* der *exceptio pacti* mit einer *replicatio* begegnet werden kann.

Odofred behauptet zwar, daß er bezüglich dieser „*elisio*“ einen selbständigen Standpunkt einnehme und weder Johannes Bassianus noch Azo folge. Doch läßt sich unschwer erkennen, daß er bei der Erklärung der Einwirkung des *pactum de petendo* auf das *pactum de non p.* sich an Azo anlehnt, wenn er auch nicht, wie dieser, sich zur Hemmungstheorie deshalb bekennt. Für den Fall eines nachfolgenden *pactum de petendo* läßt nämlich Odofred, gleichwie Azo die inhaltlich erloschene *civilis obligatio* zu neuer Wirksamkeit gelangen und verwertet sie als Grundlage für die *replicatio pacti de petendo* (vgl. Note 2 S. 27).

Abgesehen von dieser Ausnahme wird man jedoch behaupten dürfen, daß Odofred in der Hauptsache an der obligationstilgenden Wirkung unseres *pactum* festhält.

Bezüglich der *causa des pactum de non p.* schließt sich Odofred der herrschenden Meinung an und bezeichnet unser *pactum* mehrfach<sup>1</sup> als ein „*pactum gratuitum*“ im Gegensatz zur *transactio*, das „*non gratuitum*“ sei.

Wilhelm Durandus (1237—1296) hat besonders die prozessuale Geltendmachung unseres *pactum* in seinem *Speculum* erörtert. Aber auch hierbei tritt der materiell rechtliche Charakter des *pactum de non p. in rem* klar und deutlich hervor<sup>2</sup>.

Durandus stellt zunächst fest, daß das *pactum de non petendo* nur in Form einer *Exceptio* die Obligation beseitigt. Dieses „Beseitigen der Obligation“ giebt er mit dem in jener Zeit regelmäßig wiederkehrenden Ausdruck „*elidere obligationem*“ wieder.

<sup>1</sup> Vgl. z. B. Odofred, l. c. lib. II de *transact.*: . . . *pactum gratuitum dictum est, sed aliqua pacta sunt non gratuita, ut transactio.* Vgl. auch lib. II de *pactis.* *Pactorum quaedam in rem sunt] pacta alia sunt in rem alia in personam — et verum est quod valet hoc pactum: quia est gratuitum . . . si non esset gratuitum . . . esset transactio.*

<sup>2</sup> Durand in s. *Speculum iuris Francof.* 1612. Lib. II. Partic. I de *except.* et *replic.*

Die *exceptio* nennt er mit den Quellen eine *peremptoria*, sofern ein *pactum de non p. in perpetuum* abgeschlossen ist<sup>1</sup>. Das Wesen dieser *exceptio* bestimmt er dahin<sup>2</sup>, daß sie das Klagfundament treffe, daß sie nicht die *Litiscontestatio* hindere, und sogar noch nach der *Litiscontestatio* gehört werde. Es wird der *exceptio pacti* dieselbe Wirkung zugesprochen, wie der *exceptio solutionis* und *acceptilationis*<sup>3</sup>. Von unserem *pactum de non p.* scheidet Durand unter Bezugnahme auf Innocenz IV. das sog. *pactum de non agendo ulterius*<sup>4</sup>. Das unterscheidende Merkmal zwischen beiden liegt nach Durandus darin, daß das *pactum de non agendo ulterius* nur als *exceptio declinatoria fori* geltend gemacht werden kann, welche vor der *Litiscontestatio* bei Vermeidung des Verlustes der Einrede vorgebracht werden muß. Ferner aber bleibe

<sup>1</sup> Vgl. hierüber auch W. Endemanns *Civilprozessverfahren* nach der kanonistischen Lehre. (Sonderabdruck aus d. Zeitschrift für Deutschen Civilprozess). Berlin 1890. S. 41.

<sup>2</sup> l. c. § 3 *Dicto.* Nr. 31, 32. . . *Quod exceptio peremptoria contingens negotium principale, non impedit litis contestationem: immo post litiscontestatorem proponitur. Negotium autem principale contingunt ea, quae ad ipsum pertinent principale: puta pactum de non petendo, exceptio solutionis factae vel acceptilationis et similia.* Vgl. auch § 3 *Dicto.* Nr. 1 p. 163: *Peremptoria ergo exceptio ante litis contestationem est protestanda, sed post proponenda et probanda: unde si petis a me decem, quae tibi debebam, sed mihi fecisti pactum de non petendo ea; vel . . . hanc si volo possum protestari ante litis contestationem, sed probare debeo post. . .* Vgl. auch l. c. Nr. 36 p. 167.

<sup>3</sup> Hier begegnen wir also bereits einer *exceptio acceptilationis* und nicht, wie v. Völderndorff-Waradein, *Zur Lehre vom Erlafs.* München 1850. S. 54 Note 125 behauptet, erst unter Guido Papa († 1487). Vgl. über denselben, insbesondere das hier angegebene Todesjahr v. Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter.* Bd. VI. S. 491).

<sup>4</sup> Durand l. c. § 3 *Dicto.* p. 167 Nr. 37. . . *nam pactum de non petendo, licet tollat ipso iure naturalem obligationem, civilem tamen non tollit, sed solum ope exceptionis elidit ut supra § 1 et iam supr. in iureiurando dixi. Unde forte hac ratione motus Innoc. IV. intelligit, finita, scilicet propter pactum de non agendo ulterius super aliquo certo dubio: sicut et supr. dixi in iuramento; secus autem est in pacto de non petendo, secundum eum. Et est ratio: quia quando quis facit pactum de non agendo ulterius, nihilominus extra ius petere potest, et nihilominus debitor remanet obligatus ex promisso, licet contra eum agi non possit, sed si permetteret litem contestari non opposita hac exceptione, postea eam opponere non posset, cum sit declinatoria fori. Ubi autem paciscitur quis de non petendo, nullo modo remanet obli-*

der Schuldner bei diesem *pactum* nichtsdestoweniger verpflichtet, wenn auch nicht gegen ihn geklagt werden könne. Außerhalb des Prozefsweges könne daher der Schuldner wohl in Anspruch genommen werden. Das Gegenteil von allem diesen gelte beim *pactum de non petendo*. Bei diesem höre der Schuldner sofort auf, verpflichtet zu sein<sup>1</sup>, und es trete seine völlige Befreiung ein. Beide *pacta* stehen, wie daraus erhellt, in einem scharfen Gegensatz zu einander. Das *pactum de non agendo* ist lediglich formaler, prozessualer Natur, welches nur bezweckt, den Prozefsweg für den Kläger abzuschneiden, ohne die Obligation in ihrem Bestande selbst anzutasten, anders dagegen das *pactum de non petendo*, welches schlechthin die Verpflichtung aufhebt und dadurch auch die Obligation tilgt.

Das eben erwähnte *pactum de non agendo ulterius* verdankt seine Entstehung anscheinend dem kanonischen Recht. Wie Durand mit Recht bemerkt, erwähnt dasselbe bereits Innocenz IV. in seinem *Commentar ad lib. II tit. 5 X de litiscontestatione*<sup>2</sup>. Die Aufnahme dieses *pactum* in das bürgerliche Recht will v. Völderndorff<sup>3</sup> auf eine Mißgestaltung des *pactum de non p.*, welche dasselbe im Laufe des Mittelalters erfahren habe, indem es aus einem prozessualen Institut zu einem materiellrechtlichen umgestaltet worden sei, zurückführen. Die bisherige Darstellung dürfte jedoch bereits soviel ergeben, daß von einer Mißbildung und Umgestaltung,

*gatus, intellige cum effectu: unde etiam post litem contestatam excipi poterit, cum sit peremptoria, secundum eum.*

<sup>1</sup> Durand fügt noch charakteristischerweise hinzu: *cum effectu* (s. vorige Note). Damit will er anscheinend sagen, daß die alte Civilobligation zwar formell fortbestehe, da sie durch einen Naturalakt, wie das *pactum de non petendo*, nicht aufgehoben werden könne (*tollit*), aber ihres materiellen Inhaltes und ihrer Wirkungen beraubt sei und bleibe, und daß damit das alte Schuldverhältnis thatsächlich erloschen sei. Vgl. auch Nr. 39 p. 167: *ut cum quis obligatus est naturaliter et civiliter, et liberatur per pactum de non petendo in perpetuum seu per iuramentum per quod tollitur tantum naturalis obligatio, et non civilis . . . Civilem vero tantam et non naturalem, exceptio peremptoria perimit . . . et haec similiter non impedit litis contestationem; quia non est de re finita, quantum ad civilem obligationem, quae per pactum seu per iuramentum non tollitur, sed ope exceptionis tantum eliditur.*

<sup>2</sup> Vgl. auch v. Völderndorff-Waradein, *Zur Lehre vom Erlafs.* S. 56 Note 130.

<sup>3</sup> Vgl. v. Völderndorff l. c. S. 55.

die das *pactum de non petendo* erfahren haben soll, keine Rede sein dürfte. Dasselbe ist stets getreu seinem Ursprunge als materiellrechtliches Rechtsinstitut aufgefaßt und als solches praktisch in Geltung gewesen. Aus der allerdings zu einseitigen Betonung des materiellen Charakters unseres *pactum* mag man sich veranlaßt gesehen haben, ein besonderes Rechtsinstitut in Gestalt des *pactum de non agendo*, welches nur dazu berufen sein sollte, sich auf rechtsgültige Weise des Prozefsweges zu begeben, einzuführen.

Cinus (1270—1336)<sup>1</sup> tritt in seinen Ausführungen<sup>2</sup> über das *pactum de non p.* mit einer eignen selbständigen Meinung nirgends hervor; eine Förderung hat daher die Lehre vom *pactum de non p.* durch ihn nicht erfahren. Er schließt sich regelmäsig einer der vergangenen Größen, wie Azo, Johannes Bassianus, Jacobus de Porta Ravennate an, ohne die Sichtung und Läuterung, welche die Lehre dieser in der Zwischenzeit erfahren hat, auf die Bildung seiner Meinung einwirken zu lassen. Dem ist es wohl auch zuzuschreiben, daß er an der aus dem *pactum de non p.* für den Gläubiger entstehenden Naturalverpflichtung festhält und den Widerspruch, der sich dagegen erhoben hat, nur oberflächlich berührt und abfertigt. Ferner finden wir auch bei ihm die altergebrachte Vierteilung der Wirkungen des *pactum de non p.*<sup>3</sup>, nämlich erstens völlige Tilgung der Naturalobligationen, zweitens Begründung einer Naturalverpflichtung auf seiten des Gläubigers, drittens Entstehung einer *exceptio* infolge des *pactum*, und viertens Elision der Civilobligation.

Die weiteren Erörterungen des Cinus bieten nur ein historisches Interesse, indem sie uns vielfach über abweichende Strömungen

<sup>1</sup> v. Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter.* Bd. VI S. 71 ff.

<sup>2</sup> In s. *Codex commentar.* (Francof. 1578) Lib. II tit. III fol. 49 ff.

<sup>3</sup> Cinus l. c. Lib. II tit. III fol. 49, 4 . . . *Ad hoc investigandum quaero, quot vires habet pactum de non petendo, super efficaci obligatione appositum? Respon. quatuor vires habet. Prima est, quia naturalem tollit . . . Secunda est, quia obligat paciscentem naturaliter non petere . . . 6. Tertia virtus pacti de non petendo est, quod exceptionem inducit . . . 7. Quarta virtus est, quod elidit civilem, id est vulnerat et non tollit, quia naturalia iura non tollunt civilia. . . .*

der Jurisprudenz der Glossatorenzeit hinsichtlich unserer Frage unterrichten, die anderswo nicht berührt werden.

In dieser Beziehung erwähnt Cinus<sup>1</sup>, daß nach der Ansicht mehrerer das pactum de non p. als eine donatio anzusehen sei und daß daher wegen Nichtachtung des pactum de non p. seitens des Gläubigers gegen denselben auf das Interesse ex pacto donationis geklagt werden könne. Die letztere Konsequenz, die Klage auf das Interesse habe jedoch ein gewisser Petrus verneint und nicht billigen können, aber nicht etwa deshalb, weil das pactum de non p. keine Schenkungsart sei, sondern weil aus jener Verpflichtung keine Klage entspringe. Der Schenkungscharakter des pactum de non p. stehe auch Petrus unantastbar fest. Die weitere Darstellung wird zeigen, daß diese Gleichstellung des pactum de non p. mit der donatio von nun an Gegenstand der Tagesordnung bleibt und sogar weitere Fortschritte macht, sodaß, wie sich zeigen wird, eine Unterordnung unseres pactum unter gewisse für die Schenkung getroffenen Specialbestimmungen unbedenklich erfolgt.

Auch bezüglich der materiellen Wirkung des pactum de non p. berichtet uns Cinus eine bedeutsame Sonderansicht<sup>2</sup>. Einige

<sup>1</sup> l. c. fol. 49. 5. Item est alius effectus secundum quosdam, quia pactum de non petendo donatio est . . . et ex pacto donationis hodie agitur. si paciscens petat, agetur contra eum ad interesse ex pacto donationis . . . Istud non placet Petro, quia licet istud pactum sit donatio et obliget ad non petendum, tamen ex illa obligatione non agitur . . . Et quod dicitur, quod ex donatione agitur, verum est, quando pactum donationis non habet secum traditionem, vel quasi alias nec olim nec hodie agitur . . . Modo ita est in casu nostro, quod pactum de non petendo habet statim executionem, et suam traditionem, nam dat exceptionem et ideo non inducit actionem . . .

<sup>2</sup> Cinus l. c. 7. Quarta virtus est quod elidit civilem, id est vulnerat et non tollit, quia naturalia iura non tollunt civilia . . . Quidam reprehendunt hoc dicentes quod pactum de non petendo antequam veniat ad conflictum civilem non tangit, sed illaesa remanet. Sed cum venit ad conflictum tunc non solum civilis eliditur, immo quod plus est perimitur, et ipso iure tollitur, hoc probatur per l. quaecunque ff. de compensat. ubi dicit perimi possunt et quod dicitur eliditur id est perimitur. Ista fuit opinio Jacob. de Raven. quid dicemus? Petr. partim stat cum gloss. et partim cum Iaco. videlicet, ut antequam veniant in conflictum partes, pactum de non petendo non laedit causam, sed postquam sunt in conflictu laedit eam, sed non perimit. primo quia iura naturalia civilia non tollunt. secundo, ratione, quia si per obiectum exceptionis

Juristen nahmen nämlich an dem mißverständlichen „elidere civilem obligationem“ als Wirkung des pactum de non p. Anstoß und wollten statt dessen weniger auf die Art und Weise, wie das pactum de non p. zur Wirksamkeit gelangte, als auf das Endresultat Rücksicht nehmen und daher nur das letztere zum Ausdruck bringen und die Folge unseres pactum bezeichnen mit: obligatio perimitur. Vorstehende Meinung wurde u. a. von keinem Geringeren vertreten als von Jacobus de Porta Ravennate. Die Opposition, welche sich nach Cinus dagegen erhoben hatte, nimmt einen vermittelnden Standpunkt ein. Sie richtete sich mehr gegen den Ausdruck als gegen die Sache. Man sagte nämlich, „perimere“ zur Bezeichnung der Wirkung des pactum de non p. widerspräche der exceptionsmäßigen Geltendmachung desselben, indem alsdann jedes weitere Verfahren, insbesondere die Klaganstellung, da letzterer mit der exceptio rei iudicatae a limine begegnet werden könnte, von vornherein abgeschnitten sei. Dies wäre insofern unrichtig, als die Möglichkeit der Klaganstellung, damit die exceptio pacti conventi geltend gemacht werden und ihre Wirkung äußern könne, in vollem Umfang vorhanden sein müsse. Deshalb dürfe man um der Definition der exceptio willen als einer exclusio actionis nicht davon sprechen, daß die Klaganstellung von vornherein ausgeschlossen sei, denn damit die exceptio ihre Wirkung äußere, sei es notwendig, daß die Klage selbst erst erhoben werde.

Dieser mehr spitzfindigen, als bedeutsamen und überzeugenden Gegendeduction schließt sich auch Cinus an. Dieselbe muß wohl als eine besonders glückliche angesehen worden sein, denn man verwertet dieselbe oftmals auch späterhin anderen gegenteiligen Meinungen gegenüber.

Ebenso unselbständig zeigt sich auch Cinus bezüglich der juristischen Konstruktion des einem pactum de non p. folgenden pactum de petendo<sup>1</sup>. Er teilt bei dieser Gelegenheit die Meinungen

extingueretur, iam de caetero non posset ipso iure agi, quod non est verum, quia titulus de exc. rei iudic. locum habet, ubi actor egit et succubuit. Si iterum agat, obstat sibi exceptio rei iudicatae ergo supponit, quod actio non fuit sublata ipso iure, quia exceptio est actionis exclusio, ergo etc. . . .

<sup>1</sup> Zum Belege obigen Urteils und Referates möge es gestattet sein, ausführlicher die betreffenden Stellen aus Cinus l. c. hier folgen zu lassen:

von Johannes Bassianus und Azo und die Bedenken dagegen mit, entscheidet sich selbst aber schließlic für Jacobus de Porta Ravenate. Dieser ist nämlich der Ansicht, daß aus der alten, durch unser pactum materiell vernichteten, aber formal fortbestehenden Civilobligation deshalb geklagt werden könne, weil dieselbe vor dem Abschluß des pactum de non p. mit einer Naturalobligation verbunden gewesen wäre.

fol. 50 9. Videamus de viribus huius pacti, et quaero quot sint vires eius? Dicit Joannes pactum de petendo reparat ea quae destruxerat pactum de non petendo. Unde breviter tres sive quatuor sunt vires suae secundum quosdam. Prima est, quod generalem sublatam per primum pactum resuscitat, hoc probat Joannes ex dicto § pactus. ubi dicitur quod potest agi ex primo. ergo si agatur, est ibi civilis et naturalis, quia ex sola civili non agitur. Dicit Azo, quod Joannes non bene dicit: quia pactum de petendo non est Deus, sed medicus. Nam quod semel extinctum est etc. . . Quid ergo facit? Dicit Azo, novam naturalem ad dandum inducit . . . Sententia Azonis in hoc est vera, quod actio extincta non reviviscit, sed, sicut Azo dicit, novam inducit. Ad rationem Joannis, qui dixit, quod ex sola civili non agitur, sed pristina actione potest agi, ergo resuscitata est naturalis. Dicunt quidam Doctores Bononienses verum est, quod non resuscitatur, ut dicit Azo, et verum est quod ex sola civili non agitur, ut dicitur Joa. sed pactum secundum inducit naturalem ad petendum et ista naturalis iungitur primae civili ideo . . . Ista sententia non est vera, quod ex obligatione adiuncta, postea ex secundo pacto agatur. Nam illa naturalis nihil operatur ad actionem, probo mutuavi tibi decem, feci tibi pactum de non petendo, istud pactum tollit naturalem, deinde fit pactum de petendo. Istud pactum non resuscitat naturalem ex mutuo extinctam, sed inducit novam ex novo consensu et in libello non fit mentio, nisi de prima actione quae super prima conventionem fuerat . . . Ubi expresse patet quod ex prima agitur. Quomodo ergo est quod ex sola civili agitur? Dicit Jac. de Raven. hoc est propter comitantiam quam semel habuit cum naturali, ut J. de exc. § praeterea, et hoc operantur reliquiae naturalis, ut alias solet dici, quod multae reliquiae operantur. . . Unde quod dicit Joa. quod ex sola civili non agitur. Respondeo, verum est civili sola, quae semper fuit sola, sed hic habuit iam comitivam naturalem. Contra hoc arguo, quod ex sola civili, quae nunquam habuit comitivam naturalem agitur ut ex sententia, ibi enim sola civilis obligatio ab ipso principio et in literam obligatione. Quidam hoc de plano fatentur quod bene est reperire quandoque ex sola civili agitur, ut in praedictis casibus. Tamen Petrus hoc non consentit et respondet, quod in obligatione literarum est utraque obligatio non probat . . . In sententia dicit, quod ex sententia condemnatoria oritur civilis vera et naturalis ficta, ut in sententia et in aliis potest agi. Praeterea ergo vertitur, p. de petendo est secundum Azon. quod novam naturalem inducit, quae nihil operatur ad primam actionem, quae ex primo contractu oritur.

Man wird diesen Erklärungsversuch für ebensowenig befriedigend erachten können, als die anderen. Denn auf welche Weise die materiell erloschene civilis obligatio von der formell, wie materiell untergegangenen Naturalobligation neue Wirksamkeit erlangen könne, ist nicht einzusehen und wird auch aus der beigefügten Begründung nicht ersichtlich.

Die von Cinus vorgetragene wissenschaftliche Begründung der obwaltenden Verschiedenheit zwischen „elidere“ und „perimere“ scheint es verschuldet zu haben, daß dieser Gegensatz in der Folgezeit zu einem sachlichen gestempelt wurde, und man sich teilweise veranlaßt sah, die althergebrachte Ausdrucksweise, daß das pactum de non p. elidit civilem obligationem, im Sinne der Hemmungstheorie zu interpretieren. Aber wer sich auch zur letzteren bekannte, nimmt an der bisherigen allgemeinen Bezeichnung unseres pactum als eines p. liberatorium nicht Anstoß, sondern behält diese Terminologie auch weiterhin bei. Dagegen läßt sich allerdings um so weniger einwenden, als man die Bezeichnung pactum liberatorium aus der durch ein pactum de non p. bewirkten vollständigen Tilgung und Befreiung von Naturalobligationen herleitete<sup>1</sup>.

Am entschiedensten wird die obligationshemmende Wirkung unseres pactum ausgesprochen von Albericus de Rosciate († 1354), mit einer wesentlichen Modifikation von Bartolus de Saxoferato (1134—1357)<sup>2</sup>. Sowohl von Baldus (1327—1400) als auch von Angelus de Ubaldis (1328—1409) wird der

<sup>1</sup> Dies bezeugt schon Odofred l. c. pactum de non petendo liberatorium est quantum ad debitorem: in eo quod primam naturalem obligationem tollit.

<sup>2</sup> Die Darstellung unserer Lehre bei Lucas de Penna in den Casus longi supp. Dig. Veteri (Bibl. Savigny 374) erfolgt im engsten Anschluß an die römischen Fragmente (fol. X—XII), deren Inhalt mehr oder weniger umschrieben wird. Eine Begründung und selbständige Verarbeitung des Materials tritt hier nirgends hervor (fol. 10—12). Wertvoller ist die leider nur zu kurz gehaltene Bemerkung in Super tribus posterioribus libris Codicis. Lugdun. 1557, Cod. Lib. X fol. 97, wo es heißt: Unde in criminibus pactum habitum ipso iure tollit actionem, secus in contractibus ope exceptionis. Wenn man hieraus einen Schluß ziehen darf, so würde man allerdings zu der Annahme gelangen, daß Lucas de Penna dem pactum de non p. eine ope exceptionis eintretende obligationstilgende Wirkung beigemessen habe.

Ausdruck „impedire“ bei Charakterisierung der Wirkung unseres pactum vermieden, sodafs über ihren prinzipiellen Standpunkt vielleicht noch Zweifel bestehen können. In einem Punkte herrscht jedoch völlige Übereinstimmung unter den genannten Juristen. Bei allen vier findet sich die seit den Zeiten der Glosse herkömmliche schematische Aufzählung und Zergliederung der Wirkungen unseres pactum<sup>1</sup>.

Die unter diesen Wirkungen besonders charakteristische sog. *elisio obligationis* wird bei Albericus de Rosciate und Bartolus noch näher erklärt. Ersterer versteht darunter „eine Hemmung des Anspruchs“<sup>2</sup>. Bartolus spricht sich zwar in ähnlicher Weise aus, fügt aber noch eine wesentliche Modifikation bei, die ihn der Tilgungstheorie sehr nahe bringt.

Die gegenteilige Meinung, die dem pactum de non p. eine auch nach Civilrecht begründete perimierende Wirkung zusprach, wird von Bartolus berührt und abgefertigt. Von ihm erfahren wir, dafs auch die *Ultramontani*, d. h. die in Frankreich im Anfang des XIV. Jahrhunderts wirkenden Rechtslehrer<sup>3</sup> jene Sonderansicht

<sup>1</sup> Albericus de Rosciate zählt im Anschluß an die Glosse vier Wirkungen auf. Vgl. dessen Kommentar in *primam Digest. veter. Part. Venetiis* 1585, fol. 170. 14: *Et quaero quid operetur primum pactum de non petendo, dicit glossa quod quattuor. Primo tollit naturalem praecedentem, elidit civilem, producit exceptionem et obligat paciscentem naturaliter non petere ad instar acceptilationis . . . Drei sog. „virtutes“ unseres pactum nennt Bartolus, ebenso Baldus unter Berufung auf Azo. Vgl. bezüglich des ersteren Commentaria in primam Codicis partem Lugdun. 1545, fol. 56. 4: Quaero de viribus pacti de non p. Dic quod pactum de non petendo tollit naturalem obligationem . . . Et est secunda, quae elidit civilem obligationem . . . Est etiam tertia virtus, qua pactum de non petendo obligat paciscentem naturaliter non petere. Vgl. hinsichtlich des Baldus Comment. in primam Dig. vet. Partem. Venet. 1616. § Pactus ne peteret fol. 145. 12. Conclude ex his effectus pactorum, nam pactum de non petendo secundum Azonem operatur tria: obligationem, elisionem et liberationem a naturali. Diese Dreiteilung legen beide ihrer Darstellung zu Grunde. Angelus de Ubaldis berührt sämtliche vorgenannten Wirkungen, ohne sie jedoch, wie die anderen, zu nummerieren.*

<sup>2</sup> Vgl. Albericus de Rosciate l. c. fol. 170. 14 (in der Mitte): *si ergo illae exceptiones (d. h. excc. St. Vellejani et Macedoniani) non tollunt obligationem, quia ad hoc non ordinantur, ita erit in pacto de non p. quia non ordinatur ad obligationem tollendam, sed ad petitionem impediendam . . .*

<sup>3</sup> Vgl. über dieselben v. Savigny, *Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter*. Bd. VI (1850). S. 26 f.

vertreten haben. Bartolus bedient sich gegen dieselben fast wörtlich der Argumentation des Jacobus de Porta Ravennate, ohne ihn jedoch an dieser Stelle namhaft zu machen<sup>1</sup>. Am Schlusse der Polemik gegen die französischen Juristen fügt er jedoch hinzu: *qua intelligo quod perimatur in effectu, non tamen ipso iure*. Danach bekämpfte er anscheinend nur die nach Civilrecht eintretende obligationstilgende Wirkung unseres pactum. Sein Standpunkt erhält noch nähere Beleuchtung durch Baldus, der berichtet<sup>2</sup>, dafs er „drei Zeiten“ unterschieden habe, die vor der Geltendmachung, nach der Geltendmachung der *exceptio pacti conventi* und nach stattgefunderer *pronunciatio*. Nach der Geltendmachung unseres pactum sei zunächst eine *elisio* und erst nach der *pronunciatio* die definitive Beseitigung und Tilgung der Obligation eingetreten. Es wird sich zeigen, dafs diese Unterscheidung des Bartolus bei einer ganzen Reihe nachfolgender Juristen wiederkehrt.

Hinsichtlich der *causa* betonen alle vier Juristen die Unentgeltlichkeit unseres pactum und sprechen übereinstimmend von einem „*pactum gratuitum*“. Albericus de Rosciate<sup>3</sup>, Baldus<sup>4</sup> und

<sup>1</sup> Vgl. Bartoli *Commentaria in primam Codicis partem*. Lugdun. 1545. fol. 56 . . . *Et est secunda: quia elidit civilem obligationem. Ultramontani reprobant et dicunt, quod immo perimitur . . . quia pactum de non petendo si perimeret omnem obligationem et reus esset absolutus, actor nunquam posset agere: qua omnis obligatio fuisset sublata et tamen agit: quod patet: qua si actor agat, opponitur exceptio rei iudicatae a reo absoluto: sed exceptio praesupponit actionem . . . qua intelligo quod perimatur in effectu, non tamen ipso iure.*

<sup>2</sup> Baldi Ubaldi in *primam Digest. vet. Partem Comment. Venet.* 1616 § *Pactus ne peteret*. fol. 145 Nr. 15: *ex hoc arguo falsum esse, quod dicit Bar. qui distinguit tria tempora primum antequam exceptio opponatur et tunc nondum elidit. secundum postquam opponitur pronuncietur et tunc elidit. tertium postquam pronuntiatum est per excipientem, et tunc perimit.*

<sup>3</sup> Vgl. Alberici de Rosciate in *primam Dig. vet. Part. Comment. Venetiis* 1585. fol. 170 n. 20.

<sup>4</sup> Vgl. Baldi Ubaldi in *prim. Dig. vet. Part. Comment.* fol. 150 n. 3: *Quarto not. quod pactum de non petendo dicitur donatio, nisi ex alia causa fiat et ideo requiritur insinuatio. hoc verum quod debitum erat liquidum et clarum, sed si debitum non esset liquidum istud pactum non dicitur proprie*

Angelus de Ubaldis<sup>1</sup> stellen sogar die Möglichkeit einer vollständigen Identität mit der *donatio* fest. Albericus de Rosciate will von dieser *donatio* noch die *donatio rei* unterscheiden, weil bei dem Schenkungserlaß keine Besitzübertragung stattfindet.

Baldus und Angelus de Ubaldis erörtern noch näher die Konsequenzen davon, daß das *pactum de non p.* als Schenkungsakt anzusehen sei. Sie erachten es nämlich für notwendig, daß, sofern der Erlaß 500 *solidi* übersteige, die für derartige Schenkungen vorgeschriebene *Insinuationsform* auch hier beobachtet werde. Von derselben glauben sie nur dann absehen zu dürfen, sofern der Betrag nicht genau angegeben oder unbestimmbar sei. Weitere Folgerungen werden jedoch aus dem Schenkungscharakter des *pactum de non p.* nicht gezogen, insbesondere lehnt es Baldus entschieden ab, daß aus dem *pactum de non p.*, wie aus der Schenkung, eine *actio civilis* entspringe. Letzteres war nämlich von einer Seite behauptet worden.

Für den Fall, daß an das *pactum de non p.* sich ein *pactum de petendo* anschließt, erklärt Albericus de Rosciate<sup>2</sup> die Einwirkung des letzteren *pactum* auf das erstere dahin, daß die alte *civilis obligatio*, welche durch das *pactum de non p.* an sich unberührt geblieben sei, durch das neue *pactum de petendo* konserviert werde. Etwas anders faßt diese Wechselbeziehung der beiden entgegengesetzten *pacta* zu einander Bartolus auf. Er stellt das *pactum de non p.* nur als ein „*obstaculum*“ hin, welches durch das nachfolgende *pactum de petendo* beseitigt werde, sodafs eine neue Forderungsklage entstehe.

Das sog. *pactum de non agendo* erwähnt nur Angelus de

---

*donatio et sic eo casu non requiratur insinuatio pacti . ita sentit gl. Vgl. noch fol. 153. 4 . . . pactum de non petendo non requirit insinuationem, quia etiam sine causa valet . istud posset esse verum in debito non liquido.*

<sup>1</sup> Vgl. Angelus de Ubaldis. Super prima Dig. vet. part. Venetiis 1502. fol. 83. Qui transigit]. fol. 69 § *pactus ne peteret* . . . qui paciscens gratuite donat. . . , tale *pactum* eget *insinuatione* ut vera *donatio*.

<sup>2</sup> Vgl. Albericus de Rosciate in prim. Dig. vet. part. Comment. fol. 170 n. 15.

Ubaldis ausführlicher<sup>1</sup>. Nachdem er unter Bezugnahme auf Bartolus die rein prozessuale Natur dieses *pactum* festgestellt hat, giebt er seiner eignen Meinung bezüglich der Existenzberechtigung desselben Ausdruck. Danach hält er das *pactum de non agendo* neben dem *pactum de non petendo* für völlig überflüssig, da letzteres die Funktionen des ersteren mit versehe.

---

<sup>1</sup> Vgl. Angelus de Ubaldis Super prim. Dig. vet. part. Venetiis 1502, de *pactis* § *pactus ne peteret*. fol. 68.

## Kapitel IV.

## Italienische Juristen des 15. Jahrhunderts.

Die traditionelle Einteilung der Wirkungen unseres pactum, wie sie bereits den Juristen der vorigen Periode eigentümlich gewesen ist, kehrt auch in diesem Zeitabschnitt wieder. Es werden jene bereits erwähnten vier Wirkungen, von denen drei auf Johannes Bassianus und Azo zurückgeführt werden, und die vierte Bulgarus zugeschrieben wird, in der stereotypen Formulierung stets wiederholt<sup>1</sup>. An sie lehnt sich die Darstellung des pactum de non p. an. Der prinzipielle Standpunkt der einzelnen Juristen dieser Periode bezüglich der juristischen Natur unseres pactum zeigt sich allein bei der Interpretation der *elisio civilis obligationis vel actionis*. Während als Resultat des vorigen Zeitabschnittes die Wahrnehmung sich aufdrängte, daß am Schlusse desselben die Hemmungstheorie unter den italienischen Juristen an Boden gewonnen hatte, zeigt der hier zur Darstellung gelangende Zeitraum die entgegengesetzte Erscheinung. Fast allgemein findet jetzt die Tilgungstheorie Anerkennung.

Bartholomäus a Saliceto (1. Hälfte des 15. Jahrhunderts), Raphael Fulgosius († 1427) und Paulus Castrensis († 1441) messen dem pactum de non p. in rem eine obligations-tilgende Wirkung bei.

<sup>1</sup> Vgl. Bartholomaeus a Saliceto. Prima pars sup. cod. Lugdun. 1549, sup. secund. libr. Codic. de pactis fol. 64 No. 8, 9, 11; Pauli Castrensis in prim. Dig. vet. partem commentaria Lugdun. 1585. De pactis fol. 63 v<sup>o</sup>. No. 5; Angeli a Gambelionibus in Inst. Justin. commentar. Lugdun. 1557, fol. 343; Alexandri Tartagni In I u. II Digest. vet. part. comment. Venet. 1576 de pact. fol. 112, 113 No. 5, 6, 7, 8, 9.

Sowohl Bartholomäus a Saliceto<sup>1</sup> als Paulus Castrensis<sup>2</sup> stellen solutio und pactum völlig auf eine Stufe. Der Unterschied zwischen beiden Rechtsinstituten zeigt sich nach ihrer Ansicht nur darin, daß bei der solutio der Liberationsakt nach Civilrecht, bei dem pactum de non p. nach prätorischem Recht eintritt. Im Endresultat wird die Identität der Wirkungen hervorgehoben, indem sie beide eine totale Aufhebung der Obligation nach sich ziehen.

Dem entspricht es, daß Bartholomäus a Saliceto „elidere“ mit „exinanire“ wiedergibt<sup>3</sup>. Unbeschadet dieser seiner Grundansicht läßt er jedoch im Falle eines nachfolgenden pactum de petendo die durch das pactum de non p. völlig inhaltlose und unwirksame Civilobligation wieder zur Wirksamkeit gelangen<sup>4</sup>.

Noch prägnanter wird die Tilgungstheorie bei Raphael Fulgosius<sup>5</sup> zum Ausdruck gebracht. Er wählt sogar ohne irgendwelchen Zusatz diejenige Bezeichnung, welche sonst nur für civile Tilgungsarten gebraucht wird. Er sagt geradezu, daß durch unser pactum nicht bloß eine Hemmung, sondern totale Vernichtung und Aufhebung der Obligation eintrete.

Konnten die vorgenannten Juristen als Anhänger der Tilgungstheorie angesehen werden, so folgen Angelus a Gambelionibus<sup>6</sup>

<sup>1</sup> in prima pars sup. [cod. Lugdun. 1549. sup. secund. libr. codic. de pactis fol. 59 v<sup>o</sup>. Creditori tuo] casus: Eadem obligatio potest dissolvi partim solutione et partim pacto . et cui datur actio fortius datur exceptio . . . 1. No. ultra summarium, quod solutio liberat de iure civili, pactum vero de iure praetorio . . .

<sup>2</sup> Pauli Castrensis in prim. cod. partem comment. Lugdun. 1585, fol. 43 v<sup>o</sup>. creditori] eadem obligatio potest tolli partim ipso iure per solutionem et partim per pactum de non petendo et sic ope exceptionis. No. hic quod exceptio pacti est de iure praetorio, non de rigore iuris civilis etc. . .

<sup>3</sup> in prima pars sup. cod. Lugdun. 1549. fol. 64 v<sup>o</sup>. No. 11 . . . elidere est infirmare et exinanire seu valde laedere.

<sup>4</sup> l. c. fol. 64 v<sup>o</sup>. No. 16.

<sup>5</sup> Raphael Fulgosii comment. ad cod. Lugdun. 1547. Pars I. de pactis fol. 58 v<sup>o</sup>. Creditori] Solutione tollitur obligatio ipso iure civili: pacto vero de non petendo, tollit per exceptionem de iure praetorio hoc dicit: . . . Secundo notetis contra Guliel. de Lun. pacto de non petendo obligationem tolli, non tantum processum impediri.

<sup>6</sup> Angeli a Gambelionibus in Institut. comment. Lugdun. 1557. fol. 343 v<sup>o</sup>. No. 1.

(nach 1451) und Alexander Tartagnus († 1477)<sup>1</sup> der modifizierten Theorie, wie sie bereits von Bartolus aufgestellt und hier erwähnt worden ist. Danach wird zunächst unter „*elisio obligationis*“ eine Hemmung des Anspruches verstanden, und erst nachdem die *pronunciatio* stattgefunden hat, und eine *replicatio pacti de petendo* nicht erhoben worden ist, tritt eine endgültige Befreiung des Schuldners und damit Tilgung jedes Anspruches ein. In ihrem Endziel kommt daher auch diese Theorie auf die obligationstilgende Wirkung unseres *pactum* hinaus. Tartagnus berührt auch die bereits referierte Meinung der Ultramontani<sup>2</sup>, die er seinerseits selbstverständlich verwirft.

Johannes Baptista Caccialupus (zweite Hälfte des 15. Jahrhunderts)<sup>3</sup> ist der einzige, welcher darauf hinweist, daß nach kanonischem Recht dem *pactum de non petendo* die gleiche Wirkung, wie der *acceptilatio* zukomme, sodafs auch beim *pactum* die Klage *ipso iure* erlösche. Die Folge davon sei, daß die *acceptilatio* als Erlafsvertrag nicht mehr notwendig sei, um eine *ipso iure* Tilgung der Obligation herbeizuführen. Es wird jedoch nur die Notwendigkeit der *acceptilatio* als besonderen Erlafsvertrages verneint, nicht wird gesagt, daß die *acceptilatio* nunmehr überhaupt nicht mehr als Erlafsvertrag vorkommen könne. Jo. Baptista Caccialupus deutet mit wenigen Worten an, wie sich die der *acceptilatio* völlig gleiche Wirkung des *pactum de n. p.* im kanonischen Recht entwickelt habe. Er sieht anscheinend diese klag- und obligationstilgende Wirkung des *pactum* nur als Konsequenz des durch das kanonische Recht zur Anerkennung gebrachten Satzes von der klagbegründenden Wirkung der *pacta an*.

Leider erfahren wir weder von ihm selbst, noch von den ihm nachfolgenden italienischen Juristen dieses Zeitraums, wie

<sup>1</sup> Alexandri Tartagni In I u. II Digest. vet. part. comment. Venet. 1576, de pactis fol. 112 § Pactus ne peteret. No. 6.

<sup>2</sup> Tartagnus l. c. fol. 113 No. 6.

<sup>3</sup> Im Tractatus de contractibus licitis. tom VI. pars I. Venetiis 1584, fol. 13. De pactis ad Decimo tertio No. 9. . . . Octavo notandum, quo de iure canonico *pactum de non petendo* tollit *ipso iure actionem*, ita quod non est necessaria *acceptilatio*: quod ista vadunt a pari, parere et *ipso iure* tollere, ut . . .

man diese Neuerung aus dem kanonischen Recht in Theorie und Praxis aufgenommen hat. Fast scheint es, als ob man diesen Vorschlag des Caccialupus und jenen Satz des kanonischen Rechts zunächst keiner weiteren Beachtung gewürdigt hätte, da sonst nirgends desselben Erwähnung geschieht.

Das althergebrachte, dogmengeschichtliche Referat über die juristische Natur und Wirkungen unseres *p.* findet sich vielmehr wieder sowohl bei Franciscus de Accoltis (circ. 1418—1485)<sup>1</sup> als auch bei Jason de Mayno (1435—1519)<sup>2</sup>. Eine eigene, selbständige Meinung tritt bei beiden nirgends hervor.

Größere Einhelligkeit als bei der juristischen Natur unseres *p.* herrscht unter den Juristen dieser Periode bezüglich der *causa* desselben.

Bartholomäus a Saliceto<sup>3</sup>, welcher die alte Einteilung der *pacta* in *gratuita* und *non gratuita* beibehält, rechnet unser *pactum* nur zu den ersteren. Er will anscheinend nur eine *causa donandi* zulassen. Er bemerkt<sup>4</sup>, daß die *causa*, wenn sie ausdrücklich angegeben sei, geprüft werden müsse. Wäre die Angabe der *causa* aber unterblieben, so sei dieselbe nicht erst zu ermitteln, sondern es werde die Donationsabsicht unterstellt. Dadurch wird die Wirksamkeit und Gültigkeit des *pactum de non p.* von der *causa* losgelöst und unabhängig gemacht. Das *pactum* erhält nach Bartholomäus einen abstrakten Charakter. Gerade deshalb verwahrt er sich gegen eine Identifizierung unseres *p.* mit der *donatio* bzw. gegen die auch zu seiner Zeit vertretene Ansicht, daß das *p. de n. p.* nur eine *Species* der *donatio* sei. Infolgedessen verneint er jede Ausdehnung der *Insinuationsvorschriften* auf unser *pactum*.

Raphael Fulgosius<sup>5</sup> begnügt sich damit, zu konstatieren, daß

<sup>1</sup> Francisc. Aretinus sup. prima et secund. part. codic. Francisci de Accoltis 1538. De pactis fol. 15.

<sup>2</sup> Jason de Mayno, Lectura in prima parte Dig. veteris. Mailand. 1507. fol. 156—159.

<sup>3</sup> Bartholomei a Saliceto. Prima pars super cod. Lugdun. 1549, fol. 57 No. 15.

<sup>4</sup> l. c. fol. 59 v<sup>o</sup>. No. 2, 3.

<sup>5</sup> Raphael Fulgosii Comment. ad cod. Lugdun. 1547. Pars I de pactis fol. 57 (Vorbemerkung).

unser pactum „gratuitum“ geschehe. Dies wiederholt auch Paulus Castrensis<sup>1</sup>, aber er fügt dem noch hinzu, daß es „vim donationis“ besitze.

Tartagnus<sup>2</sup> verweist in dieser Beziehung auf Bartholomäus a Saliceto, dessen Ansicht er referiert. Das gleiche Verfahren befolgt Franciscus de Accoltis<sup>3</sup>. Beide heben das präsumtive Vorhandensein der causa donandi hervor, sofern dieselbe nicht erkennbar sei.

Der dadurch geschaffene abstrakte Charakter unseres p. scheint nach dem Bericht des Paulus Picus<sup>4</sup> (Ende des 15. Jahrhunderts), der sich gerade über diesen Punkt ausführlicher verbreitet, in dieser Zeit fast allgemeinen Beifall gefunden zu haben. Auch Picus schließt sich dieser Auffassung an. Er weist jedoch mit Entschiedenheit die in der vorigen Periode allgemein vertretene Ansicht, daß das p. de n. p. mit der Schenkung identisch und daher den Insinuationsgrundsätzen zu unterwerfen sei, zurück. Er will sogar für den Fall, daß die causa donandi ausdrücklich erklärt sei, keine donatio in dem pactum de non p. finden, sondern nur eine „remuneratio“.

Es ist endlich noch die Aufnahme und Geltung des sog. pactum de non agendo ulterius während des hier zur Darstellung gelangenden Zeitraums zu erörtern.

Bartholomäus a Saliceto<sup>5</sup> erwähnt dies pactum und betont seinen lediglich prozessualen Charakter. Dasselbe geschieht von Angelus a Gambelionibus<sup>6</sup>. Letzterer bemerkt jedoch, daß schon

<sup>1</sup> Pauli Castrensis in primam Digest. vet. partem commentaria. Lugdun. 1585 fol. 74. Qui transigit quasi] No. 1; ferner in primam Codicis part. comment. Lugdun. 1585 fol. 51 v<sup>o</sup>. De transact. Neque pactio]: Liberatio facta per pactum gratuitum vel per transactionem.

<sup>2</sup> Alex. Tartagnus: super prima codic. part. de pactis. fol. 11. Lex. V.

<sup>3</sup> Franciscus Aretinus sup. prima et secunda par. Codicis Francisci de Accoltis. 1538 de pact. fol. 15 No. 2: Utrum autem in pacto liberatorio requiratur causa dicit hic Salic. quod non requiritur causa: quia in dubio praesumitur causa donationis.

<sup>4</sup> Opera Pauli Pici. Francof. 1575. fol. 64 v<sup>o</sup>. L. V. Creditori] No. 6, 7, 8, 9, 10.

<sup>5</sup> Bartholomei a Saliceto. Prima pars sup. Cod. Lugdun. 1549. fol. 65 No. 17.

<sup>6</sup> Angeli a Gambelionibus in Institut commentar. Lugdun. 1557 fol. 344:

Bartolus, folgend dem Angelus de Ubaldis, sich gegen eine selbständige Geltung dieses pactum ausgesprochen habe, da dasselbe neben unserem pactum überflüssig sei.

Trotz dieser ablehnenden Haltung gegen ein Fortbestehen des pactum de non agendo findet es doch Aufnahme und Berücksichtigung in den Darstellungen unserer Lehre bei Tartagnus<sup>1</sup> und Jason de Mayno<sup>2</sup>. Ob man aus dieser immer wiederkehrenden Erwähnung dieses pactum auf eine praktische Geltung desselben schließen darf, liegt zwar nahe, muß aber, da ausdrückliche Zeugnisse fehlen, dahingestellt bleiben.

Quaerit Bar. in d. § pactus an sit aliqua differentia inter pactum de non petendo et inter pactum de non agendo: etiam Innoc. in c. exceptionis extra de except. dicit quod sic: quod pactum de non agendo impedit solummodo coram iudice agi: sed pactum de non petendo impedit petere et in iudicio et extra, sed Bartolus dicit ibi, quod Innoc. non dicit verum, quod sec. Angelum ibi idem est in pacto de non agendo sicut in pacto de non petendo.

<sup>1</sup> Alexandri Tartagni In I u. II Digest. vet. part. comment. Venet. 1576 de pactis fol. 113 No. 12.

<sup>2</sup> Jason de Mayno. Lectura in prima parte Dig. vet. Mailand 1507. fol. 151 v<sup>o</sup>.

## Kapitel V.

**Die Gestaltung der Erlafsverträge des römischen Rechts, insbesondere des pactum de non petendo in Deutschland zur Zeit der Rezeption. Deutsche Juristen bis um die Mitte des 16. Jahrhunderts. Juristen der niederländischen Schule.**

Die reformierende und verjüngende Kraft humanistischer Bestrebungen am Ende des 15. und im Laufe des 16. Jahrhunderts bewährte sich<sup>1</sup>, wie für die juristische Wissenschaft im allgemeinen, so insbesondere für das hier zur Erörterung gelangende, engbegrenzte Gebiet der Lehre vom pactum de non p.

Die italienische Doktrin hatte sich hierbei in einen mißverständlichen Schematismus, der den Einblick in das juristische Wesen des pactum verschleierte, die Continuität der Entwicklung zu gefährden drohte und, wie sich gezeigt hat, Willkürlichkeiten Thür und Thor öffnete, verfangen. Das Verständnis der Darstellung unserer Lehre war durch die stetige Wiederholung der früher aufgestellten Behauptungen und spitzfindigen Kontroversen äußerst erschwert.

Auch hier hat Ulrich Zasius (1461—1535), der große Reformator der Jurisprudenz seiner Zeit, den Schutt und die Schlacken, die vergangene Jahrhunderte zusammengehäuft hatten, zu beseitigen gesucht, indem er durch Begrenzung des überlieferten Stoffes eine

<sup>1</sup> Vgl. R. Stintzing, Ulrich Zasius. Basel 1857. S. 100 ff.

größere Einfachheit und Übersichtlichkeit der Darstellung erstrebte und mit Hilfe seiner umfassenden klassischen Studien die römischen Quellentexte in fruchtbarer Weise, als es früher geschehen konnte, auslegte.

Dies findet seine Bestätigung in der nach dem Tode des großen Juristen herausgegebenen Gesamtausgabe seiner Schriften und Vorlesungen<sup>1</sup>.

In den Erläuterungen zu dem Titel de pactis der Digesten bei Gelegenheit der l. si unus § Pactus ne peteret<sup>2</sup> findet zunächst die bekannte Vierteilung der Wirkungen des pactum de non p. in rem Erwähnung. An sie schließt er auch im wesentlichen seine Darstellung an. Insoweit folgt Zasius noch der alten Schule. Sodann aber wandelt er seine eignen Bahnen. Er sagt sich von den althergebrachten Kontroversen los und trägt ohne rhetorischen Schmuck in einfacher und klarer Weise unter steter unmittelbarer Benutzung der römischen Quellen seine Ansicht vor. Neu und wertvoll ist die Heranziehung von Aussprüchen klassischer, nicht juristischer Schriftsteller zur Interpretation des „elidere obligationem“ in dem uns bekannten Zusammenhange. Zasius sucht nämlich durch Citate aus Vergils Aeneis und Suetons Caesar darzuthun, daß „elidere“ mit „exstinguere“, „enecare“, „eruere“ auf gleiche Stufe gestellt werden müsse, und es daher wohl angängig sei<sup>3</sup>, dem p. de non p. eine obligationstilgende Wirkung beizumessen. Eine weitere Unterstützung für diese Annahme findet er darin, daß, da das p. de non p. in rem sich als exceptio peremptoria prozessualisch qualifiziere, ihm auch die Wirkungen einer solchen exceptio, welche die Tilgung der Klage und Obligation nach sich ziehe, nicht abgesprochen werden könnten. Dies treffe jedoch nur für den Fall zu, wo die exceptio pacti geltend gemacht sei

<sup>1</sup> Benutzt wird hier die Ausgabe der Opera omn. Udalrici Zasii. Francof. ad Moen. 1590.

<sup>2</sup> l. c. Tom. I. p. 248 ff.

<sup>3</sup> Die gegenteilige Meinung weist er mit folgenden unzweideutigen Worten zurück: Errant itaque quicumque putant civilem obligationem exceptione pacti conventi elidi, id est infirmari vel debilitari: hoc enim et nullo iure dicitur, et insuper contra notissimam eius verbi significationem pugnat, ut iam diximus.

und sich nicht nur als richtig, sondern, da ihr keine replicatio pacti de petendo entgegengetreten sei, auch als durchgreifend erwiesen habe. Als eine Konsequenz dieser Auffassung ist es anzusehen, daß Zasius sowohl die ipso iure als ope exceptionis eintretende Aufhebung der Obligation mit „tollere obligationem“ wiedergiebt.

Noch schärfer und präziser wird Vorstehendes im Lib. I Singular. respons. des Zasius<sup>1</sup> wiederholt. Hier macht Zasius auch noch auf den Umstand aufmerksam, daß im kanonischen Recht elidere und tollere als gleichbedeutend erachtet werden. Die früher von Bartolus u. a. vertretene gegenteilige Meinung einer nur obligationshemmenden Wirkung des pactum geißelt Zasius als eine traurige Verirrung und als ein Zeichen der Ignoranz, indem jene Juristen jeder tieferen Erkenntnis und Beherrschung der lateinischen Sprache entbehrt haben müßten und infolgedessen im Dunkeln herumgetappt wären. Diese gegenteilige Ansicht könne selbst dann nicht gerechtfertigt werden, wenn dem pactum de non p. ein entgegengesetztes pactum de petendo nachfolge. Denn in diesem Falle würden die Wirkungen des ersten p. sofort durch die Geltendmachung und den Nachweis des zweiten pactum neutralisiert, sodaß die in Rede stehende Obligation selbst in ihrem Bestande und Umfange gar nicht weiter berührt werde. Jene entgegengesetzten pacta heben sich danach gegenseitig auf und erproben ihre perimierende Wirkung gegen einander.

Die Bedeutung des Resultates, zu dem Zasius gelangt, liegt einmal darin, daß man gerade durch die Rückkehr zu den Quellen des römischen Rechts und durch eingehende sprachliche Studien neue und wichtige Belege für den obligationstilgenden Charakter unseres pactum fand und dadurch die Grundlagen der Tilgungstheorie noch unerschütterlicher und unantastbarer machte. Zum anderen ist es aber auch von nicht zu unterschätzender Tragweite gewesen, daß gerade durch einen der vornehmsten Vertreter der Rechtswissenschaft in Deutschland unser pactum als obligationstilgender, formloser Erlafsvertrag des römischen Rechts eingeführt worden ist.

<sup>1</sup> l. c. Tom. V. caput 5 p. 20.

Bezüglich der rechtlichen Qualifizierung unseres p. in Ansehung der causa ist Zasius der Ansicht, daß es als eine Schenkung zu erachten sei, wenn die Summe, auf die sich das pactum beziehe, numerisch feststehe<sup>1</sup>. Daher seien, wenn diese Summe 500 „florenos“ übersteige, die Insinuationsformalitäten zu erfüllen.

Zasius erwähnt neben dem pactum de non p. das pactum de non agendo<sup>2</sup>. Das unterscheidende Merkmal ist dasselbe geblieben; es wird auch hier nur als ein formaler Rechtsbehelf dargestellt, der darauf beschränkt ist, die prozessuale Geltendmachung eines Anspruchs auszuschließen.

Richtet Zasius fast ausschließlich sein Augenmerk dem pactum de non p. in rem, welches er schlechthin mit pactum de non p. bezeichnet, so geht er gelegentlich auch auf das pactum de non p. ad certum tempus ein<sup>3</sup>. Die juristische Natur desselben charakterisiert er mit wenigen Worten dahin, daß durch dasselbe das Forderungsrecht nur zeitweilig suspendiert und nach Ablauf des im pactum festgesetzten Zeitraums vollwirksam wieder geltend gemacht werden könne.

Auf den maßgebenden Einfluß des Zasius und die lichtvolle und überzeugende Darstellung desselben mag es zurückzuführen sein, daß bei den zeitgenössischen und nachfolgenden Juristen die obligationstilgende Wirkung des pactum de non p. in rem keinen gewichtigen Zweifeln mehr ausgesetzt ist. Auch die Begründung, welche Zasius gegeben hatte, wird oftmals mehr oder weniger wiederholt.

Marcus Antonius Blancus († 1548) erwähnt in seinem Tractatus de compromissis et de exceptionibus<sup>4</sup> sowohl die exceptio pacti de non agendo ulterius<sup>5</sup> als auch de non petendo<sup>6</sup>. Hier findet auch noch in diesem Zusammenhange eine exceptio de non adeundo iudice Erwähnung<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> l. c. Tom. I p. 254 § Si filius 5.

<sup>2</sup> l. c. Tom. I p. 249 No. 24.

<sup>3</sup> l. c. Tom. I p. 250 No. 25.

<sup>4</sup> Francof. 1597.

<sup>5</sup> l. c. p. 448—453.

<sup>6</sup> l. c. p. 453—457.

<sup>7</sup> l. c. p. 458.

Bei der Darstellung der Eigentümlichkeiten der erstgenannten *exceptio* folgt er, wie er selbst angiebt, namentlich Innocenz<sup>1</sup>, welcher in *cap. prim. de lit. cont. libro VI* die Grundlagen für dieses *pactum* geschaffen hat. Danach hindert dies *pactum* die *Litiscontestation*<sup>2</sup> und ist nur geeignet, den gegenwärtigen Prozeß zu beenden und die prozessualische Geltendmachung des Anspruchs auszuschließen<sup>3</sup>. Auf die außergerichtliche Verfolgung des Anspruchs hat dies *pactum* keinerlei Einfluß<sup>4</sup>. Demselben kommt daher nur eine prozessuale und formale Natur zu<sup>5</sup>.

Im Gegensatz dazu vernichtet nach Blancus das *pactum de non petendo* auch materiell den Anspruch<sup>6</sup> und kann infolge dieser seiner peremptorischen Wirkung als *Exceptio* auch noch nach der *Litiscontestation* mit Erfolg vorgeschützt werden<sup>7</sup>. Dieses *pactum* wird mehrfach kurz *pactum gratuitum* genannt<sup>8</sup>, und im Einklang damit die daraus entspringende *exceptio als pacti gratuiti exc. de debito* bezeichnet<sup>9</sup>.

Die Merkmale der *exceptio pacti de non adeundo iudice* werden von Blancus dahin angegeben, daß diese *exceptio* die *Litiscontestation* zwar nicht hemme, wohl aber den Fortgang des Prozesses selbst zu hindern imstande sei<sup>10</sup>.

Konrad Lagus († 1546) läßt<sup>11</sup>, wie Zasius, die Aufhebung

<sup>1</sup> p. 448.

<sup>2</sup> Es wird dies vielfach zum Ausdruck gebracht u. a. p. 448: „*litis contestationem retardat*“; p. 449: *pactum de non agendo impedit litiscontestationem*.

<sup>3</sup> p. 449: (*pactum de non agendo*) *concernit processum et instantiam* p. 451: (*p. de non agendo*) *magis respicit processum causae*.

<sup>4</sup> p. 448: *quando paciscitur de non agendo, nihilominus extra iudicium petere potest et nihilominus debitor manet obligatus ex promisso, licet agere non possit*.

<sup>5</sup> p. 451: (*p. de non agendo*) *refertur ad exercitium*.

<sup>6</sup> p. 449: (*p. de non petendo*) *alio casu concernit actionem illam perimendo*; p. 454: . . . *quia venit tantummodo ad obligationem perimendum*.

<sup>7</sup> p. 449: *quare p. de non petendo non impedit litiscontestationem*. Item p. 454 in der Mitte; p. 453 i. f.: *Contrarium est verius, quod excepti pacti de non p. non impedit ingressum*.

<sup>8</sup> p. 453 l. c.

<sup>9</sup> p. 454 i. d. Mitte l. c.

<sup>10</sup> p. 458 l. c.

<sup>11</sup> In s. *Iuris civil. utriusque traditio methodica*. Francof. 1543. *Iuris civil. method. s. r. Quibus modis tollantur obligationes*. fol. 89 v<sup>o</sup>, 90 v<sup>o</sup>.

einer Obligation entweder *ipso iure*, d. h. nach Civilrecht, oder *per exceptionem* eintreten. Bei der *ipso iure* erfolgenden Aufhebung geschehe die Vernichtung der Obligation auf der Stelle in umfassendster Weise, sodaß eine Klage auf Erfüllung von vornherein ausgeschlossen sei. Als Beispiele hierfür werden die *civilen Tilgungsakte*, wie *solutio*, *acceptilatio*, *novatio*, *delegatio*, *compensatio*, aufgeführt. Im Gegensatz dazu erfolge die Obligationstilgung *per exceptionem* nicht unmittelbar, sondern erst nachdem eine Klage auf Erfüllung angestellt worden sei. Eine solche Tilgungsart sei das *pactum de non p.*, welches Lagus als eine „*naturalis remissio debiti*“ bezeichnet. Der Schuldner werde hierdurch „nicht sofort“ von der *civiler* begründeten Obligation befreit, sondern erst nach Erhebung der Schuldklage vermittelt der dagegen geltend gemachten und durchgreifenden *exceptio pacti conventi*. An die zunächst eintretende subjektive Befreiung des Schuldners schliesse sich eine objektive Vernichtung und Tilgung der Obligation in gleicher Weise an, wie sie von vornherein als Wirkung eines *civilen Tilgungsaktes* z. B. der *acceptilatio* zu beobachten sei<sup>1</sup>.

Zu demselben Ergebnis gelangen auch Melchior Kling (1504 bis 1571)<sup>2</sup> und Johann Schneidewin (1519—68)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> l. c. fol. 89 v<sup>o</sup>. *Tollitur obligatio aut ipso iure, aut per exceptionem*. *Ipso iure tolli dicitur, quando penitus extinguitur, ita ut nulla eius maneant vestigia, quibus haerere videantur . . . fol. 90 v<sup>o</sup>. . . . Potest autem accidere, ut sublata naturali obligatione, nihilominus maneat civilis, quae sit efficax ad agendum, ut si creditor nudo pacto promittat debitori se non petiturum ab eo credita, extinguitur quidem naturalis obligatio, sed remanet civilis. Nam debitum legitime contractum, videlicet interveniente re aut stipulatione etc., non solvitur sola naturali remissione debiti, non enim statim liberatur a solutione debiti is cui pollicetur creditor se non petiturum debitum, si illud est creditum iux. dispositionem l. civilis. Nam poterit creditor nihilominus experiri adversus eum et actionem crediti ab eo exigere debitum legitimis observationibus contractum, sed exceptione pacti conventi de non petendo actor depelletur. . . . Atque ita obligatio, quae pacto tenus ipso iure propter colligationem civilium observationum, quae ab initio contractus adhibitae sunt, non fuit dissoluta, per exceptionem demum extinguitur.*

<sup>2</sup> Melchioris Kling in *quatuor Institut. iur. princip. Iustiniani libros Enarrationes*. Francof. 1558. Lib. III, tit. 30 fol. 126: *s. r. Quibus modis tollitur obligatio*.

<sup>3</sup> Joh. Schneidewini . . . in *quatuor Institut. Imperial. Iustiniani libr. commentar.* Argentor. 1599 p. 560. § *Item per acceptilationem No. 7.*

Beide suchen die juristische Natur des p. de non p. durch die verschiedenen Wirkungen, welche dasselbe auf Civil- und Naturalobligation äußert, zu bestimmen. Während die Naturalobligation ipso iure durch das pactum getilgt werde, bleibe die Civilobligation trotz vorhandenem pactum zunächst völlig intakt. Aber sobald Klage erhoben sei, bewirke, wie Kling bemerkt<sup>1</sup>, die exceptio pacti conventi eine Aufhebung der Obligation ope exceptionis, oder, wie Schneidewin es ausdrückt<sup>2</sup>, eine Befreiung des Schuldners auch von der Civilobligation.

Joh. Oldendorp (? 1480—1567)<sup>3</sup> würde bei den wenigen oberflächlichen Bemerkungen, die er dem pactum de non p. nur gönnt, an sich nicht verdienen, an dieser Stelle Berücksichtigung zu finden, aber er wird hier deshalb erwähnt, weil er beiläufig neben die exceptio pacti conventi die exceptio de non agendo stellt<sup>4</sup>. Er behauptet, daß die pacta conventa ihrem Inhalte nach in gleicher Weise sowohl de non petendo als de non agendo sein können<sup>5</sup>. Mehr wie Behauptungen stellt er jedoch auch hier nicht auf, sodaß es müßig ist, daraus Schlüsse zu ziehen oder weitere Betrachtungen anzustellen.

<sup>1</sup> M. Kling l. c. fol. 126: Tolluntur autem illae obligationes duobus modis, aut ope exceptionis aut ipso iure. Ope exceptionis dicuntur tolli, quando naturalis obligatio tantum sublata est, civili remanente, ex qua adhuc competit actio, quae tamen per exceptionem eliditur. Fit autem hoc multis modis, videlicet per omnes exceptiones peremptorias Iuris, ut primo ratione pacti, ut si creditor facit debitori suo pactum de non petendo, liberat eum a naturali obligatione. Quia autem civilis obligatio per hoc nudum pactum tolli non potuit, competit creditori adhuc actio contra debitorem, quam debitor per exceptionem pacti de non petendo elidit. Et sic obligatio ope exceptionis tollitur.

<sup>2</sup> Schneidewin l. c. p. 560 No. 7: Effectus autem acceptilationis est, ut per eam tota obligatio naturalis scilicet et civilis tollatur, quod non sic est in pacto nudo de non petendo, per quod tollitur naturalis obligatio tantum, civili integra remanente, a qua tamen ope exceptionis reus quoque liberatur. Licet enim civilis obligatio producat actionem, non tamen producit exactionem.

<sup>3</sup> Opera Ioannis Oldendorpii. Basileae. 1559. Tom. I p. 342 u. 343.

<sup>4</sup> l. c. p. 342: „Exceptio pacti de non petendo vel non agendo“.

<sup>5</sup> l. c. p. 342: Variis modis pacta conventa concipiuntur . . . alias de non petendo . . . alias de non agendo . . . Ante litis contestationem opponenda est haec exceptio: quia praecludit omnem litis ingressum.

Ebenso skizzenhaft ist die Erwähnung des pactum de non p. bei Matthaeus Wesenbeck (1531—1586). Derselbe widmet in seinen Institutionen<sup>1</sup> nur wenige Worte dem pactum de non p. Er konstatiert die anfängliche Unempfindlichkeit der Civilobligation gegenüber dem pactum<sup>2</sup>, und bemerkt, daß letzteres erst, nachdem es als exceptio zur Geltung gekommen sei, die intentio der Klage ausschliesse und dadurch die Aufhebung und Vernichtung der Obligation ope exceptionis herbeiführe<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Wittenberg. 1595.

<sup>2</sup> Vgl. l. c. lib. IV de except. tit. XIII § 3. 1009; 1010 s. a); c. 713 s. n).

<sup>3</sup> Vgl. l. c. lib. IV, de except. tit. XIII § 3, 1010 s. a). Non omnino].

## Kapitel VI.

Die französische Schule. Franzosen und Italiener in  
Deutschland. Deutsche Schüler der Franzosen.

Es ist ein erfreuliches Zeichen für den Wert und die Richtigkeit des Resultates, zu dem die deutsche Rechtswissenschaft des XVI. Jahrhunderts in selbständiger Weise bezüglich der juristischen Natur des *pactum de non petendo in rem* gelangte, daß auch die gleichzeitig wirkenden Koryphäen der französischen Rechtsschule sich in diesem Punkte mit der deutschen Rechtsauffassung in völligem Einklang befinden. Diese Übereinstimmung ist um so folgenreicher, als die Blicke der nachfolgenden Juristen sich vor allem auf die französischen Rechtsgelehrten richteten, und deren Ansichten auch in Deutschland sich des höchsten Ansehens und der weitesten Verbreitung erfreuten.

Die Darstellung unserer Lehre bei den großen französischen Juristen geschieht in einer ihrer würdigen Weise. Ihre Meinung welche überall auf den römischen Quellen basiert, zeichnet sich durch Klarheit und Präzision aus.

Andreas Alciatus (1491—1550) verbreitet sich ausführlich über die *pacta im* allgemeinen<sup>1</sup>; das *pactum de non petendo im* speziellen erwähnt er jedoch nur nebenbei. Mehr Beachtung schenkt er der *acceptilatio in* ihrer Eigenschaft als Erlafsvertrag<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Alciati Opera omnia. Basil. 1571. Tom. III. De pactis p. 305—457.

<sup>2</sup> l. c. Tom. III, 568, 41—64; p. 569, 1—14; p. 507, 56—64; 508, 1—19. Tom. IV p. 64, 8—28.

Die Frage, ob die formell fehlerhafte *acceptilatio* doch noch als *pactum de non p.* wirksam werde, bejaht er nur für den Fall, daß die Billigkeit die Geltung als *pactum* erfordere und rechtfertige<sup>1</sup>. Als gemeinsames Merkmal aller *pacta nuda* und demzufolge auch unseres *pactum de non p.* wird die nur *per exceptionem* eintretende Wirksamkeit derselben hingestellt<sup>2</sup>. Die Sondermeinung derjenigen, daß unserem *pactum de non p.* stets — abgesehen von den bekannten Fällen der *actiones ex maleficio descendentes*<sup>3</sup> — eine *ipso iure* sich vollziehende perimierende Wirkung zuzusprechen sei, wird von Alciat ausdrücklich verworfen<sup>4</sup>.

Alciat ist der erste, welcher das *pactum de non petendo* unter die allgemeinen Begriffe „*renunciatio*“ und „*remissio*“ subsumiert. Er betont, daß *pactum* und *renunciatio* völlig identisch seien<sup>5</sup>. Aber auch unter *remissio* versteht er in erster Linie Erlafs durch unser *pactum*<sup>6</sup>. Die *acceptilatio* als Erlafsvertrag fällt nach ihm gleichfalls unter die vorgenannten allgemeinen Erlafsbegriffe<sup>7</sup>.

Letztere werden bereits in der Weise verwertet, daß gewisse leitende Grundsätze für dieselben aufgestellt werden, so wird z. B. bemerkt, daß der *remissio* eine Schenkung zu Grunde liegen könne, und daß dieselbe, sofern sie 500 aurei übersteige, der *Insinuation* bedürfe. Andererseits wird nicht verkannt, daß die *remissio* auch mit Rücksicht auf eine andere *causa* erfolgt sein könne<sup>8</sup>.

Franciscus Duarenus (1509—1559) sucht in seiner Abhandlung über die obligatorischen Verträge<sup>9</sup> die Wirkung des

<sup>1</sup> l. c. Tom. IV p. 64 in l. 1 § si quis ita. 8 ff.

<sup>2</sup> Tom. III p. 311, 39 ff.

<sup>3</sup> Tom. III p. 311 . . . Idem est in pacto quo actiones ex maleficio descendentes remitterentur, ipso enim iure extinguuntur, quia scilicet odiosae sunt et debiles, cum consensu careant . . .

<sup>4</sup> Tom. III p. 311.

<sup>5</sup> Tom. III 480. 50: Et ideo inter pactum et renunciationem non sit ulla differentia.

<sup>6</sup> Tom. I p. 231, 47 ff. Ad L. 76. De V. S. Dedisse]. 55 ff.

<sup>7</sup> Tom. I p. 231, 47 ff. Ad L. 76. De V. S. Dedisse]. Nam et qui remittit seu accepto fert . . .

<sup>8</sup> Tom. I p. 231, 47 ff., 55 ff.

<sup>9</sup> Im Tractatus de contractibus licitis. Tom. VI. Pars I. Venetiis 1584.

actum de non p. in rem aus der eigentümlichen Entwicklungsgeschichte der pacta im allgemeinen zu erklären. Er weist nachdrücklich darauf hin, daß unser Rechtsinstitut bei den Römern seinen Ursprung nicht einer civilrechtlichen Quelle, dem Gesetz, sondern nur dem prätorischen Recht verdanke. Der Prätor habe durch das pactum de non p. eine Korrektur des strengen Civilrechts aus Gründen der Billigkeit eintreten lassen wollen. Bei diesem Ziele, welches der Prätor verfolgt, habe er jedoch die civilrechtlichen Grundsätze nicht umstoßen und deren Autorität nicht direkt antasten dürfen, deshalb habe er zunächst die Erfüllungsklage aus der civilrechtlich begründeten Obligation trotz vorhandenem pactum de non p. zulassen müssen und erst im Laufe des Prozesses kraft seiner Jurisdiktionsgewalt der Berufung auf das pactum in Form einer exceptio Berücksichtigung verschaffen können. Dieser Schutz, der dadurch dem Beklagten verschafft worden, sei jedoch so umfassend gewesen, daß die Civilobligation materiell unwirksam und wertlos geworden sei. Man könne daher das pactum de non p. gleichfalls als Aufhebungsform von Obligationen ansehen, jedoch nur kraft prätorischen Rechts<sup>1</sup>.

Wie der Prätor für eine Berücksichtigung des pactum de non p. gesorgt habe, so habe er aus denselben Gründen der Billigkeit seinen Schutz auch dann nicht versagt, wenn nachträglich wieder ein pactum de petendo abgeschlossen worden sei. In diesem Falle habe er dem Kläger, sofern er seinerseits sich auf das spätere pactum de petendo berufen habe, eine replicatio gewährt, welche die Wirkung der exceptio pacti zu neutralisieren imstande gewesen sei. Duarenus faßt die neutralisierende Wirkung der replica dahin auf, daß dadurch das für die Klage bestehende Hindernis der exceptio pacti beseitigt sei, und das Klagerecht wieder vollbegründet erscheine<sup>2</sup>.

Vermißt man bei Duarenus eine Erörterung der causa des pactum, so findet dieser Punkt seine Ergänzung bei Franciscus

In s. Opera omnia. Francof. 1607 erwähnt er nur S. 59, 60 die Unterscheidung des pactum de non p. in rem und in personam im Anschluß an die Quellen.

<sup>1</sup> Tractatus l. c. Franc. Duareni. de pactis Cap. VI. De effectu et potestate pactorum. fol. 15 No. 5; No. 6.

<sup>2</sup> Tractatus l. c. fol. 15 No. 7. fol. 15 v<sup>o</sup>. No. 8.

Connanus (1508—1551)<sup>1</sup>, welcher seinerseits wieder über die Wirkung unseres pactum so gut wie nichts sagt<sup>2</sup>. Connanus stellt als Grundsatz hin, daß in den pacta allgemein ein Schenkungsact zum Ausdruck gelange. Wo dies nicht der Fall sei, spreche man von transactio<sup>3</sup>. Danach spricht Connanus unserem pactum einen schenkungsartigen Charakter zu.

Jacobus Cujacius<sup>4</sup> (1522—1590) erweist sich auch hier als Meister des Stoffes. Er beherrscht nicht nur das Quellenmaterial im vollsten Umfange, sondern durchschaut auch mit großem Scharfblick, wodurch die Irrtümer und mißverständlichen Ansichten vergangener Zeiten gerade in der Lehre vom pactum de non p. veranlaßt worden sind. Die Grundirrtümer sucht er mit ihrer Wurzel auszurotten, und im Kampfe wider sie besteht auch seine prinzipielle Auffassung über die juristische Natur unseres pactum ihre Feuerprobe und erhält eine vortreffliche Durchbildung und Formulierung.

Cujacius sieht<sup>5</sup>, wie Zasius, den Anlaß zu den vielfachen Verirrungen in unserer Lehre in der schon von Accursius überlieferten schematischen Vierteilung der Wirkungen unseres pactum, insbesondere in der Interpretation des Ausdrucks „elidere obligationem“. Er bezeichnet es als unhaltbar, elidere und perimere unter den Wirkungen der Aufhebungsarten von Obligationen zu scheiden, da diese Ausdrücke in den Quellen neben tollere, consumere u. a. promiscue gebraucht würden<sup>6</sup>. Ferner sei aber auch materiell elidere mit perimere völlig identisch<sup>7</sup>. Diese materielle Übereinstimmung sucht er durch den historischen Entwicklungs-

<sup>1</sup> Francisci Connani commentar. iur. civil. libr. X. Basil. 1567.

<sup>2</sup> Connanus geht zwar (p. 500, 4) auf den Unterschied zwischen einem persönlichen und generellen pactum de non p. ein, behandelt aber denselben nur im engsten Anschluß an die römischen Quellen. Die juristische Natur des generellen pactum de non p. tritt nur in einer ganz kurzen Bemerkung p. 466 hervor, wo er sagt: Sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat . . .

<sup>3</sup> l. c. p. 515, 3.

<sup>4</sup> Cujacii Opera omnia. Napol. 1758.

<sup>5</sup> l. c. Tom. IX. c. 58. D. ad L. 6 C. 2. 3.

<sup>6</sup> l. c. tom. IX. c. 53. D.

<sup>7</sup> l. c. tom. IX. c. 53. D.: et sane elidere nihil aliud est quam consumere . . .

gang unseres pactum nachzuweisen. Bezüglich dieser Entstehungsgeschichte geht er von denselben Gesichtspunkten aus<sup>1</sup>, wie Duarenus. Auch er sucht den Ursprung unseres Rechtsinstituts in dem prätorischen Recht. Der Prätor habe mit der *exceptio pacti conventi* dem Bedürfnis nach einer formlosen Obligationenaufhebungsform Rechnung getragen<sup>2</sup>. Von da ab habe es in Rom eine doppelte Form der Obligationstilgung und Befreiung gegeben, die eine nach altem Civilrecht, die andere nach prätorischem Recht, *per exceptionem*. Insoweit sei auch der Unterschied zwischen *acceptilatio* und *pactum de non petendo* begründet<sup>3</sup>. In ihren Wirkungen seien sie jedoch nicht unterscheidbar<sup>4</sup>; beide brächten Obligationstilgung und Befreiung des Schuldners mit sich.

An dieser Charakteristik des *pactum de non petendo* hält auch Cujacius fest, sofern ein *pactum de petendo* noch nachgefolgt ist, und dasselbe von seiten des Klägers dem Beklagten entgegengehalten wird. Hier nimmt er an, daß das frühere *pactum de non p.*, da beide *pacta* nach prätorischem Recht in entgegengesetzter Richtung gleich wirksam seien, durch das spätere *pactum de petendo* aufgehoben und vernichtet werde<sup>5</sup>. Cujacius verwirft<sup>6</sup> die früher übliche Zerlegung der Obligation in Natural- und Civilobligation, die nur zu Verwechslungen und Irrtümern Anlaß gegeben habe. Er wiederholt<sup>7</sup> die quellenmäßige Scheidung des *pactum de non p.* in ein solches in *personam* und in ein solches in *rem* oder *generale*. Nur dem letzteren legt er unter Berufung auf die Quellen neben der subjektiven eine objektive d. h. obligations-tilgende Wirkung bei.

Cujacius trägt kein Bedenken, zu erklären, daß unserem *pactum* eine *donatio* zu Grunde liegen könne<sup>8</sup>. Infolgedessen

<sup>1</sup> l. c. tom. I. c. 916 A.; tom. IX. c. 50. A. B.

<sup>2</sup> l. c. tom. IX. c. 51. A. ad L. 5. C. de pact. 2. 3.

<sup>3</sup> l. c. tom. V. c. 138. D. u. E. Von einer Ersetzung der *acceptilatio* durch das *pactum de non petendo* findet sich bei ihm noch keine Andeutung.

<sup>4</sup> l. c. tom. V. c. 82 B.

<sup>5</sup> l. c. tom. IX. c. 53 B. C. D.; tom. IX. c. 84 B.

<sup>6</sup> l. c. tom. IX. c. 53 D.: *ne confundamus ius naturale cum jure praetorio* . . .

<sup>7</sup> l. c. tom. IV. c. 836. Ad L. 40 D. de pact. 2. 14.

<sup>8</sup> l. c. tom. IX. c. 377 E.: *pactum potest esse liberalitas* . . .

identifiziert er dasselbe oftmals mit der *donatio* und spricht kurzweg von einer *donatio*, wo das *pactum de non p.* gemeint ist<sup>1</sup>. Auf diese Weise ist es auch zu erklären, wenn er von den zwei Arten Remissionen, die er unterscheidet, die eine *donatio*, die andere *transactio* nennt<sup>2</sup>. Der Grund für diese leicht mißverständliche Terminologie dürfte darin zu suchen sein, daß Cujac bestrebt war, den Gegensatz zwischen *pactum de non p.* und *transactio* möglichst scharf und deutlich zum Ausdruck zu bringen<sup>3</sup>. Keineswegs hat er aber etwa damit behaupten wollen, daß unser *pactum* stets eine *donatio* sein müsse.

Hugo Donellus<sup>4</sup> (1527—1591) schenkt unserem Rechtsinstitut nur eine beiläufige Beachtung. Als Wirkung desselben nimmt aber auch er eine endgültige Befreiung des Schuldners an<sup>5</sup>.

Es herrscht also in diesem Punkte völlige Übereinstimmung unter den Häuptern der französischen Schule.

Bei dieser Sachlage ist es nicht zu verwundern, daß die Schüler ihren großen Meistern folgen und, soweit sie sich überhaupt veranlaßt finden<sup>6</sup>, ihre Meinung über die juristische Natur unseres Rechtsinstituts schriftlich niederzulegen, die Ansicht ihrer Lehrer wiederholen.

Franciscus Hotomanus (1524—1590) und Johannes v. Borcholten (1535—93) gehen ausführlicher auf unser Rechtsinstitut ein.

Hotomanus legt besonderes Gewicht darauf<sup>7</sup>, den verschiedenen Standpunkt der klassischen, römischen Juristen, unter denen er Pomponius, Marcian, Ulpian, Paulus nennt, des Näheren darzu-

<sup>1</sup> l. c. tom. I. c. 948 D.; tom. IX 25 D. ad L. 1 D. de transact. 2. 15; tom. X. c. 377 E.

<sup>2</sup> l. c. tom. IX 24 E.: *proinde duo sunt remissionis genera: unum donationem dicimus, alterum transactionem.*

<sup>3</sup> Vgl. insbes. l. c. tom. I. c. 947 D.; tom. IX. c. 24 E.

<sup>4</sup> Donelli Opera omnia. Lucae. 1765.

<sup>5</sup> l. c. tom. IV. c. 966; tom. IX. c. 1446, 4.

<sup>6</sup> Carl Molinaeus (1500—1566) spricht nur über die Wirkungen der *pacta nuda* im allgemeinen, nicht aber über die des *pactum de non p.* im speziellen. Vgl. Opera omnia. ed. 1681. tom. IV. Annotationes in Decretales tit. 35 de pact. fol. 92.

<sup>7</sup> Franc. Hotomani, Observationum in ius civile. libri IX. Eiusd. responsionum amicabilem libri duo. Respons. amicabilem. Lib. I. Cap. 29 p. 268 E.

legen. An der Hand dieser quellenmäßigen Entwicklung zeigt er die Verschiedenheit des *pactum de non p. in rem* und *in personam*, ferner die Identität zwischen einem ausdrücklich und stillschweigend erklärten *pactum de non p. in rem*. Den prätorischen Ursprung unseres Rechtsinstituts berücksichtigt er besonders bei der Wirkung desselben, welche er dementsprechend dahin formuliert, daß die Befreiung des Schuldners zwar nicht nach strengem Civilrecht, wohl aber mit Hilfe des Prätors vermittels einer *exceptio* ebenso wirksam, wie nach Civilrecht, eintrete<sup>1</sup>.

Von der früher üblichen schematischen Einteilung der Wirkungen unseres *pactum* hat sich Hotomanus freigehalten. Wohl aber treffen wir dieselben wieder bei Johann von Borcholten; nur werden diese Wirkungen bei ihm verallgemeinert nicht bloß in Beziehung auf das *pactum de non p.*, sondern auf die *pacta* überhaupt zusammengestellt<sup>2</sup>. Er zählt deren sechs, unter denen er die sechste Wirkung dem kanonischen Recht entnimmt. Hier interessiert besonders die von ihm als vierte bezeichnete Wirkung, wonach das frühere *pactum* durch das spätere elidert werde. Bei der näheren Erklärung von „elidere“ folgt er offenbar Cujac, für den er bekanntlich bei Gelegenheit seines langjährigen Aufenthaltes in Frankreich eine besondere Vorliebe gefaßt haben soll<sup>3</sup>. Er erklärt nämlich, daß *elidere* mit „*tollere atque submovere*“ identisch sei, und daß diese *elisio* nicht nach altem Civilrecht, sondern in Form einer *replicatio* wirksam werde<sup>4</sup>. Dieselbe aufhebende

<sup>1</sup> l. c. p. 169 A.

<sup>2</sup> Joh. v. Borcholten, *Commentar. in titul. XIV. Lib. II. Pandect. de pactis*. Helmstad. 1583: fol. 90. 1: *Primus effectus hic est, quod pacta exceptionem pariunt*; fol. 100. 40: *Secundus pactorum effectus est, quod pacta formant ipsam actionem*; fol. 107. 56: *Tertius pactorum effectus est, quod pacta ex intervallo facta tollunt, mutant, reformant etc. . . .*, fol. 112, 61: *Quintus pactorum effectus est, quod pacta naturalem obligationem producant*; fol. 112. 63: *Postremus pactorum effectus est, quod pacta iure pontificio actionem producant*.

<sup>3</sup> Vgl. R. Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*. 1880. Abteil. I. S. 402.

<sup>4</sup> l. c. fol. 109: *Elidere est tollere atque submovere . . . Haec autem elisio non fit ipso iure, id est, non fit aequitatis potestate, qua pacta sustinentur, sed replicatione opus est, in eo pacto differt a stipulatione*.

Wirkung, wie der *replicatio* spricht er auch der *exceptio pacti conventi* der *Civilobligation* gegenüber zu, wenn auch nicht *ipso iure*, so doch *iure praetorio*<sup>1</sup>.

Sowohl Hotomanus, als auch v. Borcholten<sup>2</sup> halten an dem Dogma der *Stipulationslehre* unverbrüchlich fest. In ihrer Darstellung regt sich kein Zweifel und Bedenken an der praktischen Gültigkeit der *Stipulation*. Hotomanus begnügt sich damit<sup>3</sup>, gegen „die Subtilitäten der *Stipulationslehre*“ energisch Front zu machen.

Diese Opposition ist jedoch vielleicht der Anlaß und die Ermutigung gewesen für das radikalere Vorgehen zweier anderer Zeitgenossen von Hotomanus. Es sind dies Hubert Giphanius (1535—1612) und sein Schüler Konrad Rittershusius (1560—1613).

Beide wenden sich nämlich nicht nur gegen die Subtilitäten der *Stipulation*, sondern gegen letztere selbst. Sie scheuen sich auch nicht, die Konsequenzen dieser Auffassung zu ziehen, und legen sich daher die Frage vor, ob durch die Nichtanwendung der *Stipulation* im praktischen Leben der Grund für das Fortbestehen der *acceptilatio*, deren Wesen die *Stipulationsform* ausmache, weggefallen, und nur noch das *pactum de non petendo* als einziger Erlaßvertrag übrig geblieben sei?

Giphanius sucht die vorstehende Frage durch Hinweis auf das praktische Leben zu beantworten. Er konstatiert<sup>4</sup>, daß die *acceptilatio* „kaum in Übung“ sein dürfte, da seine Zeit die *Stipulation*, welche zum Wesen der *acceptilatio* gehöre, nicht mehr kenne. Trotz dieser Beobachtung giebt er eine genaue Definition und Charakteristik der *Acceptilation*<sup>5</sup> und stellt die unterscheidenden

<sup>1</sup> l. c. fol. 112. 61.

<sup>2</sup> l. c. *Commentar. in II, 14*. Helmst. 1583. fol. 14. 24—27.

<sup>3</sup> l. c. *Respons. amicab. Lib. I p. 272 C*. Vgl. auch Lothar Seuffert, *Zur Geschichte der obligator. Verträge*. Nördlingen 1881 p. 116.

<sup>4</sup> Huberti Giphanii in *quatuor libros Institut. iuris civil. commentar.* Argentor. 1611 p. 433 § *Item per acceptilat.*: *Hic modus hodie vix est in usu, finit enim per stipulationem, qua hodie amplius non utimur, ut supra diximus*.

<sup>5</sup> l. c. p. 433 § *Item*: *Definitur autem acceptilatio quod sit liberatio per mutam interrogationem (id est per stipulationem). . . . Zu beachten ist der referierende Ton, welchen Giphanius bei der Darstellung des Wesens der *acceptilatio* anschlügt („definitur“, ferner „quod sit“).*

Merkmale zwischen *acceptilatio* und *pactum de non p.* mit Rücksicht auf den historischen Ursprung beider fest<sup>1</sup>. Bei den Aufhebungsarten der Obligationen führt Giphanius auch noch die *Acceptilation* an; ferner fügt er aber auch den *modi tollendarum obligationum* unser *pactum* hinzu<sup>2</sup>.

Jedenfalls ergibt sich aus dem letzteren Umstande, daß Giphanius sich zur obligationstilgenden Wirkung unseres *pactum* bekannt hat.

Hinsichtlich der *causa* hebt er hervor, daß unser *pactum* „*gratis*“ erfolge<sup>3</sup>.

Eingehender, als sein Lehrer erwägt Konrad Rittershusius Grund und Ursache des Fortfalls der *Stipulation* und damit auch der *Acceptilation*.

Er schildert<sup>4</sup>, wie die *Stipulation*, eine ureigene Erfindung der Römer, in ihrem Anwendungsgebiet ursprünglich räumlich und sächlich beschränkt, allmählich in beiden Beziehungen immer größere Ausdehnung und Bedeutung erlangt habe. Da nun gewisse Rechtsgeschäfte, wie *fidejussio*, *novatio* und, was uns hier besonders interessiert, *acceptilatio* ihre unbedingte Abhängigkeit von der *Stipulationsform* bewahrt hätten, so wären dieselben, da die *Stipulation* durch die Sitten und Gebräuche zu seiner (des Rittershusius) Zeit fast völlig außer Gebrauch sei, antiquiert. Rittershusius fügt hier noch eine höchst wertvolle Bemerkung bei<sup>5</sup>, indem er erklärt, daß zu seiner Zeit anstatt der *Stipulation* die *pacta* zur Anwendung kämen. Daraus ergibt sich jedoch weiter die unabweisliche Folgerung, daß an Stelle der *Acceptilation* unser *pactum de non p.* getreten war und den Ersatz für dieselbe bildete.

Von allen diesen Vorgängen erfahren wir bei Valentin

<sup>1</sup> Eiusdem *Lecturae Aلدorphinae*. Francof. 1605. ad tit. I. libr. 45 *Dig. de verbor. obligat.* p. 720. 47.

<sup>2</sup> *Comment. in quatuor libros Institut. iur. civil.* Argentor. 1611 s. r. quibus modis tollitur obligatio p. 431.

<sup>3</sup> *Commentar.* l. c. p. 496.

<sup>4</sup> *Conradi Rittershusii commentarius novus in IV libr. Institut. imperial. Justin.* Argentor. 1618. p. 422.

<sup>5</sup> l. c. hodie tamen moribus nostris stipulatio fere exolevit et pactis utimur pro stipulationibus . . .

Wilhelm Forster (1574—1620) nichts. Das *pactum de non p.* erwähnt er in seinen Institutionen nur ganz flüchtig<sup>1</sup>, ohne die juristische Natur desselben und sein Verhältnis zur *acceptilatio* näher zu berühren.

Wenn erst am Schluß dieses Abschnittes Dionysius Gothofredus (geb. 1549, † 1622) Erwähnung findet, so geschieht dies deshalb, weil er nach seiner ganzen schriftstellerischen Thätigkeit dieser Zeitperiode einen Abschluß giebt, da er den derzeitigen Stand der Wissenschaft in kompilatorischer Form schildert. Man wird ihm keinen Vorwurf daraus machen können, daß er nicht nur der *Stipulations-* und *Acceptilationslehre* in seinem *Corpus iuris civilis* Aufnahme gewährt, sondern auch daß er nicht einmal von den Angriffen auf die praktische Geltung dieser Lehre Kenntnis nimmt und giebt<sup>2</sup>. Jene Opposition und die Berücksichtigung des praktischen Lebens scheint in der Theorie damals wenig Beachtung gefunden zu haben.

Wie hier bei der *Stipulation*, so folgt Dion. Gothofredus auch bezüglich unseres Rechtsinstituts der überkommenen Meinung, so daß es sich erübrigt, näher auf seine Erörterungen einzugehen.

Ein größeres Interesse bieten uns die Ausführungen Gothofreds in seiner Praxis<sup>3</sup>. Dort erwähnt er, daß zu den *pacta conventa* nicht bloß das *pactum de non petendo*, sondern auch das *pactum de non agendo* und *de non adeundo iudice* gerechnet werden müssen. Für die Annahme eines selbständigen *pactum de non agendo* beruft er sich auf Oldendorp, dem er auch bei der Charakteristik dieses *pactum* und Abgrenzung desselben von unserem *p.* folgt<sup>4</sup>. Was das *pactum de non adeundo iudice* anlangt, so schildert er<sup>5</sup> die Eigentümlichkeiten dieses *pactum* im Anschluß an Schellingus. Danach erzeugt dies *pactum* eine *exceptio* gleichen Namens für den Fall, daß der Beklagte

<sup>1</sup> *Justinianae tractationes ad Institut.* Witeberg. 1600 p. 203.

<sup>2</sup> *Praxis civilis ex antiquis et recentioribus auctoribus collecta.* Francof. 1591. Lib. II tit. XIX de pactis.

<sup>3</sup> l. c. c. 1601. B. Variis modis pacta conventa concipiuntur, alias de non petendo . . . alias de non agendo: alias de non adeundo iudice . . .

<sup>4</sup> l. c. c. 1601 C.

<sup>5</sup> l. c. c. 1591.

mit dem Kläger gegen Geld vereinbart habe, die richterliche Hülfe wegen seines angeblichen Anspruches weder gegenwärtig noch in Zukunft anzurufen. Dieses pactum charakterisiert sich daher gleich dem pactum de non agendo als eine ausschließlich prozessuale Vereinbarung. Es unterscheidet sich jedoch vom pactum de non agendo dadurch, daß, während letzteres unentgeltlich, ersteres nur entgeltlich Platz greift. Es steht demzufolge in engster Beziehung zur transactio. Es wird dies auch von Gothofred ausdrücklich anerkannt. Es wiederholt sich daher zwischen beiden Vergleichspacta dasselbe angebliche Unterscheidungsmerkmal, wie zwischen dem pactum de non petendo und de non agendo.

Bezüglich der letztgenannten beiden pacta ist Gothofred der Ansicht, daß ein Unterschied zwischen ihnen bestehe<sup>1</sup>, und jedem derselben ein selbständiger Wirkungskreis zukomme.

Den Unterschied selbst findet er in herkömmlicher Weise darin, daß das pactum de non agendo nur prozessualer Natur sei und keinerlei Einfluß auf die Obligation, nicht einmal auf die Naturalobligation zu äußern vermöge. Die Berufung auf dieses pactum müsse bei Beginn des Prozesses in Gestalt einer exceptio vor der Litiscontestatio geschehen. Im Falle einer rechtzeitigen Geltendmachung hindere es die Litiscontestatio und schließe damit die prozessuale Weiterverfolgung des eingeklagten Anspruches aus<sup>2</sup>.

Durch das pactum de non petendo dagegen werde in gleicher Weise, wie durch acceptilatio, solutio, compensatio u. dgl. die Obligation auch materiell aufgehoben und vernichtet<sup>3</sup>. Deshalb nennt er dies pactum auch kurz ein pactum liberatorium<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> l. c. c. 1762 B.: Est differentia inter pactum de non petendo et pactum de non agendo.

<sup>2</sup> l. c. c. 1608 C.

<sup>3</sup> l. c. c. 1761.

<sup>4</sup> l. c. c. 1601. A. rubr. Liberatorium pactum.

## Kapitel VII.

### Deutsche Rechtslehrer und Praktiker von der Mitte des 16. bis gegen die Mitte des 17. Jahrhunderts.

Die zwifache Obligationstilgung nach Civilrecht und prätorischem Recht wird, soweit sie Erwähnung findet, auch von den Juristen dieses Zeitabschnittes noch auseinandergelassen. Darüber herrscht jedoch kein Zweifel, daß die ope exceptionis eintretende Beseitigung der Obligation gleichwohl die Vernichtung derselben nach sich zieht und im Endresultate sich in nichts von der civilrechtlichen Tilgungsform unterscheidet. Unter den nur ope exceptionis wirksamen Thatsachen findet sich stets auch das pactum de non p. Seine obligationstilgende Wirkung wird mit Rücksicht auf die hierfür überkommene Bezeichnung „elidere obligationem“ besonders scharf hervorgehoben. Einzelne Juristen dieser Periode stellen bereits einen allgemeinen Verzichts begriff auf und identifizieren alsdann denselben mit unserem pactum. Der acceptilatio wird hierbei nicht gedacht. Zwei Juristen unter den nachstehend aufgeführten berichten uns, daß auf Grund gewohnheitsrechtlicher Übung in der Praxis alle pacta als pacta legitima behandelt, und ihnen die Rechtswirkungen dieser beigelegt würden.

Vorstehendes Resultat soll durch Belegstellen aus den Schriften der nachbenannten Juristen noch näher erläutert werden, wobei sich auch zeigen wird, welche Stellung die einzelnen Juristen sowohl zu den Haupt- als zu mancherlei Nebenfragen unserer Lehre eingenommen haben.

Andreas Perneder († 1540?) erwähnt in seiner Schrift „Gerichtlicher Prozeß“<sup>1</sup> nicht nur die *exceptio pacti de non p.*<sup>2</sup>, sondern auch eine *exceptio acceptilationis et confessionis*<sup>3</sup>.

Bei der Darstellung der *acceptilatio* hat er jedoch augenscheinlich nur ihre Eigenschaft als Quittung ins Auge gefaßt<sup>4</sup>. Es ist nicht ersichtlich, ob er den Erlaß auch in eine *acceptilatio* eingekleidet gelten lassen will oder nicht; jedenfalls ist von einer vergleichenden Gegenüberstellung der *acceptilatio* und unseres *pactum* keine Rede<sup>5</sup>. Unter der römischen *exceptio pacti de non p.* versteht er „Einreden wider eine Klag und Forderung, der sich Klager davor durch *Pact* oder *Geding* begeben“. Aus den weiteren Ausführungen<sup>6</sup> ergibt sich, daß er die römische *exceptio pacti de non p.* in zwei Einreden zerlegt, einmal in die Einrede wider eine Klage, welche auf einem *pactum de non agendo* basiert, und in die Einrede wider eine Forderung, welche aus einem *pactum de non p.* entspringt. Im ersteren Falle ziehe die Geltendmachung der Einrede die Elision und das Erlöschen der Klage, im letzteren Falle auch das Erlöschen des Forderungsrechtes nach sich. Als einen weiteren Unterschied zwischen den genannten beiden Einreden erwähnt er noch, daß die *exceptio pacti de non petendo* sogar die *Litisconstatation* hindere. Ein Gleiches treffe bei der *exceptio pacti de non agendo* nicht zu.

Justinus Gobler (1504—69) entwickelt in „der Rechten Spiegel“<sup>7</sup> nur die allgemeinsten Grundsätze der Lehre von den *pacta*<sup>8</sup>. Eine kurze Bemerkung finden wir bei ihm, die vielleicht auf seinen Standpunkt über das *pactum de non p.* Licht werfen könnte.

<sup>1</sup> Das ist ein kurtzer Auszug und anzaigung etlicher gemeynen geschriebnen Weltlichen und Geistlichen Rechten . . . Ingolstadt. 1592.

<sup>2</sup> l. c. p. 116.

<sup>3</sup> l. c. p. 115.

<sup>4</sup> l. c. p. 115: Wann jemandts bekennt hatte, daß er von seinem Widertheyl entricht oder sonst zu Friden gestellt were . . .

<sup>5</sup> Bemerkenswert ist die durchaus formale Natur, welche Perneder der *acceptilatio* als Quittung zuspricht. Die „Bekanntnuß“ schließt nach ihm jeglichen Gegenbeweis aus (p. 115).

<sup>6</sup> l. c. p. 116.

<sup>7</sup> Frankfurt. 1558.

<sup>8</sup> Auch *Gedinge* genannt fol. 27b.

Er sagt nämlich<sup>1</sup>, daß die jüngeren *pacta* die älteren, ihrem Inhalte nach widersprechenden in materieller Hinsicht völlig aufheben und beseitigen. Damit ist aber auch zugleich gesagt, daß den jüngeren *pacta* eine obligationstilgende Wirkung beiwohnt, sofern sie die Aufhebung der durch ein älteres *pactum* begründeten Obligation bezwecken.

Ludwig Grempp von Freudenstein (1509—1583) zählt<sup>2</sup> zwei Tilgungsarten von Obligationen auf; die eine vollziehe sich *ope exceptionis*, die andere *ipso iure*. Die erstere hebe zunächst nur die *Naturalobligation* auf, während die *Civilobligation* erhalten bleibe. Auf Grund des Fortbestehens der *Civilobligation* sei die Möglichkeit zur Klagerhebung gegeben, aber sofern das *pactum de non p.* im Prozeß geltend gemacht werde, sei die Klage beseitigt. Die Form der Geltendmachung des *pactum* sei die *exceptio*, welche als eine *peremptorische* wirksam werde<sup>3</sup>. Indem Grempp v. Freudenstein letzteres noch hervorhebt, ergibt sich, daß er dem *pactum de non p.* nicht nur eine klagvernichtende, sondern auch obligationstilgende Wirkung beilegt. Daraus erklärt sich auch, warum er unser *pactum* zu denjenigen Rechtsinstituten zählt: „*quibus tollitur seu dissolvitur obligatio*“.

Demselben Gedankengang, wie bei Grempp von Freudenstein begegnen wir bei Joh. Thomas Freigius (1543—1583). In seinen *Paratitla*<sup>4</sup> konstatiert er zunächst die *edictale* Grundlage aller *pacta nuda*<sup>5</sup>. Bezüglich des *pactum de non p.* weist er auf den großen Unterschied zwischen einem *pactum in personam* und in *rem* hin<sup>6</sup>. Seine weiteren Ausführungen beziehen sich alsdann nur auf das *pactum in rem*. Die juristische Natur desselben bestimmt er genau ebenso<sup>7</sup>, wie Grempp v. Freudenstein.

Auch er faßt unser *pactum* als einen Erlöschungsgrund von

<sup>1</sup> l. c. fol. 28.

<sup>2</sup> In s. *Analysis resolutio dialectica quatuor libr.* Argentor. 1567. lib. III tit. 30 fol. 204v.

<sup>3</sup> l. c. fol. 204v s. I.

<sup>4</sup> Basil. 1583.

<sup>5</sup> tit. 14 S. 99.

<sup>6</sup> l. c. S. 109 ff.

<sup>7</sup> l. c. S. 114, 115.

Obligationen auf, welcher sich per exceptionem äußert. Die Civilobligation werde durch unser pactum zunächst nicht beeinflusst. Erst wenn unser pactum nach Erhebung der Klage einredeweise geltend gemacht werde, bewirke es auch die Beseitigung der Civilobligation.

In allen Punkten stimmt Joachim Mynsinger a Frundeck<sup>1</sup> (1514—88) mit Freigius überein. Er sucht in seinen Ausführungen<sup>2</sup> darzulegen, daß der Prätor nur einen Akt der Billigkeit geübt habe, als er dem pactum de non p. rechtlichen Schutz und Wirksamkeit verliehen habe.

Daß diese Wirksamkeit von der Geltendmachung vor Gericht abhängig gemacht sei, führt er nicht allein auf die Einkleidung in eine exceptio zurück, sondern auch im allgemeinen auf die „imbecillitas pacti“, welche die autoritative richterliche Feststellung des Vorhandenseins eines pactum de non p. nötig mache. Die Wirkung des gehörig geltend gemachten pactum de non p. giebt Mynsinger dahin an, daß durch unser pactum auch die Civilobligation vollständig erlösche und vernichtet werde<sup>3</sup>.

Auch Nicolaus Vigelius (1529—1600) macht die Scheidung der ipso iure und ope exceptionis sich vollziehenden Tilgung von Obligationen<sup>4</sup>. Unser pactum gehört natürlich zu der ope exceptionis wirksamen Tilgungsform<sup>5</sup>. Nur ausnahmsweise vermag es nach Vigelius, wobei er augenscheinlich an die Deliktsobligationen denkt, eine ipso iure eintretende Klagaufhebung und Obligationstilgung nach sich zu ziehen. Als Grund der nur durch eine exceptio vermittelten Wirkung unseres pactum giebt er an, daß unser pactum zur sofortigen Befreiung des Schuldners formal nicht genüge, und daß infolge dessen erst die Geltendmachung

<sup>1</sup> In s. Apotelesma (ex secunda recognitione Arnoldi Reyger). Helmst. 1599.

<sup>2</sup> Scholia in Instit. de except. tit. XIII. p. 659. § Praeterea.

<sup>3</sup> l. c. p. 659, 2: opposita exceptione de non petendo tollitur civilis obligatio . . . l. c. 3a: civilis obligatio per pacti oppositionem elidatur, hoc est extinguatur et perimatur.

<sup>4</sup> Digest. Pars V. Basil. 1570. c. 225. 4; ferner Methodus universi iuris civil. Basil. 1576. Pars V, lib. 15 cap. 16 c. 1391 f.

<sup>5</sup> Dig. Pars V. c. 225. 4. Methodus universi iur. civ. Pars V. lib. 15. cap. 16. c. 1391. u. 1392.

unseres pactum vor Gericht und die amtliche Untersuchung dieser Thatsache hinzutreten müssen, um die endgültige Befreiung des Schuldners herbeizuführen<sup>1</sup>.

Hartmann Pistoris<sup>2</sup> (1543—1601) berührt die Wirkungen unseres pactum auf die Obligation nicht näher. Bemerkenswert ist aber, daß er unser pactum als eine Form der renunciatio simplex ansieht<sup>3</sup>. Obwohl er ausdrücklich die Meinung eines gewissen Riminaldus zurückweist<sup>4</sup>, welcher einen Unterschied zwischen unserem pactum und der renunciatio simplex gefunden haben wollte, scheint er selbst an einer anderen Stelle unserem pactum eine erhöhte Wirksamkeit und Garantie als der simplex renunciatio zuzusprechen<sup>5</sup>. Auch ist er der Meinung, daß unser pactum sich als eine Abart der Schenkung darstelle<sup>6</sup>.

Peter Gilken (geb. 1558, † nach 1608) sucht gleichfalls das pactum de non p. dem allgemeinen Verzichtsbegriff der „renunciatio“ unterzuordnen, indem er das Gemeinsame zwischen beiden darin findet, daß beide sich sowohl auf ein gegenwärtiges Recht als auch auf in Zukunft erst entstehende Rechte beziehen können<sup>7</sup>.

Die Wirkung unseres pactum im speziellen bringt er weniger scharf zum Ausdruck; er bemerkt nur<sup>8</sup>, daß der Beklagte in der exceptio pacti ein Verteidigungsmittel zur Hand habe, um die erhobene Klage zu beseitigen. Die etwa dadurch bedingte Veränderung des der Klage zu Grunde liegenden Rechtes wird nicht weiter erörtert; es ist jedoch kaum anzunehmen, daß Gilken hierbei einen von der herrschenden Meinung abweichenden Standpunkt vertreten hat.

Hinsichtlich der causa unseres pactum führt Gilken bei der

<sup>1</sup> Methodus universi iur. civ. Pars V. lib. 15. cap. 16. c. 1391.

<sup>2</sup> Opera omnia. Lipsiae et Francof. 1679.

<sup>3</sup> Lib. IV. quaestio V. 1198, 1199.

<sup>4</sup> Lib. IV. quaestio V. p. 1199.

<sup>5</sup> Lib. IV. quaest. V. p. 1198.

<sup>6</sup> Lib. IV. quaest. V. p. 1198: in formam pacti de non petendo, quod censetur quaedam donatio.

<sup>7</sup> In s. Commentaria in praecipuos universi codic. titul. Francof. 1606. Lib. II cod. tit. de pact. (III). p. 284. 30.

<sup>8</sup> l. c. p. 279. 2.

Gegenüberstellung zur *transactio an*<sup>1</sup>, daß unser *pactum* „regelmäßig“ *gratuitum sei*.

Dethard Horst (1548—1618) begnügt sich damit<sup>2</sup>, unser *pactum* ein *pactum liberatorium* zu nennen; weiter geht er auf die juristische Natur desselben nicht ein<sup>3</sup>.

Hermann Vultejus (1555—1634) schließt sich bei der Charakteristik unseres *pactum* der allgemeinen Auffassung an, indem er dasselbe unter den Obligationstilgungsformen *ope exceptionis* aufführt<sup>4</sup>. In seinen *Consilien*<sup>5</sup> bemerkt er<sup>6</sup> bei Gelegenheit seiner Ausführungen über das *pactum dotale*, daß dem *pactum de non p.* die Kraft innewohne, den Gläubiger und dessen Forderungsrecht endgültig zu beseitigen.

Zu demselben Resultat gelangt auch Justus Meyer (1566 bis 1622) in seinen *Pandekten*<sup>7</sup>, indem er die Wirkung unseres *pactum* dahin angibt, daß durch dasselbe *per exceptionem* eine endgültige Befreiung des Schuldners eintrete<sup>8</sup>.

Anton Faber (1557—1624) wiederholt in seinen *Rationalia in pandectas* nur Bekanntes<sup>9</sup>.

In einer etwas anderen Beleuchtung als bisher erscheint unser *pactum* bei Reinhard Bachovius ab Echt (1575—1634). Er giebt unser *pactum* einmal durch die Bezeichnung „*pactum remissorium*“

<sup>1</sup> l. c. Lib. II de *transact.* tit. IV prael. p. 388. 2.

<sup>2</sup> In s. *Synopsis thesium sive axiomatum iuris.* Helmst. 1583. de *pact.* tit. 14. p. 74—81.

<sup>3</sup> In s. *Triboniana*, Helmst 1579, giebt er nur die allgemeinen Grundsätze an, die von den *conventiones* gelten (tit. 15).

<sup>4</sup> *Jurisprudentiae Romanae a Justiniano compositae libri II.* Marburg. 1618. Cap. 60. S. 357.

<sup>5</sup> *Consiliorum sive Responsorum doctor. et prof. facultatis juridicae in academia Marpurgensi.* Francof. 1629.

<sup>6</sup> l. c. vol. II p. 300 cons. 29 n. 91 . . . At maxima vis est *pacti de non petendo, siquidem per hoc exclusus nihil amplius petere potest* . . .

<sup>7</sup> *Pandectae universi iuris civilis sive collegium.* Argentor. 1616.

<sup>8</sup> l. c. II, 14 De *pactis*. 101.

<sup>9</sup> *Rationalia in Pandectas (Τὰ πρώτα).* Gervasii. 1604. II, 14 De *pactis ad L. 27 § 2 D. h. t. § Pactus ne peteret* p. 215 g). In „de erroribus Pragmaticorum et interpretum iuris“ Lugdun. 1598. wird das *pactum de non p.* nicht erwähnt.

wieder<sup>1</sup>, und an einer anderen Stelle<sup>2</sup> zählt er es zu den *pacta resolutiva seu liberatoria*. Bezüglich dieser unterscheidet er wieder zweierlei Arten<sup>3</sup>, das eine *pactum liberatorium* befreie nur einseitig *per exceptionem*, das andere vernichte die ganze Obligation *ipso iure* und ziehe die Befreiung beider vertragschließenden Teile nach sich. Das *pactum* der letzteren Art sei ein *resolutorium* im engeren Sinne. Nach unserer heutigen Systematik nennen wir dies *pactum resolutorium* im engeren Sinne *contrarius consensus*, während das *pactum resolutorium* der ersteren Art unser *pactum de non p.* darstellt.

Der Fortschritt, der sich bei Bachovius zeigt, besteht darin, daß er nicht, wie sonst üblich, *acceptilatio* und *pactum de non p.* vergleichend einander gegenüberstellt, sondern den Begriff eines allgemeinen Erlafsvertrages aufstellt und unter diesen *pactum de non p.* und *contrarius consensus* subsumiert. Beide Rechtsinstitute werden einander völlig parallel gestellt; obligationstilgende Wirkung wird beiden zugesprochen, wenn auch sonst ihre inhaltliche Verschiedenheit untereinander nicht verkannt wird. Die *acceptilatio* wird hierbei nicht zur Vergleichung herangezogen und findet hier keine Erwähnung.

In selbständiger Weise beantwortet Bachovius die Frage, ob unser *pactum* nur *donationis causa* erfolgen könne? Er verneint dieselbe<sup>4</sup>, da der Erlafs sich oft auch auf Grund eines Tausches oder einer Gegenleistung vollziehe. Wenn diesem Ergebnis anscheinend L. 1. D. de *transact.* 2. 15 widerspräche, so müsse bei der Abfassung dieser Stelle berücksichtigt werden, daß gerade dort *pactum de non p.* und *transactio* möglichst scharf gegenübergestellt werden sollten. Deshalb habe man das *pactum remissorium donationis causa* als Normalfall hingestellt und nur dieses für die Vergleichung ins Auge gefaßt, ohne damit sagen zu wollen, daß nicht auch eine andere *causa* unserem *pactum* zu Grunde liegen könnte.

<sup>1</sup> *Commentar. in primam part. Pandect.* Francof. 1630. Lib. II. Dig. cap. II p. 714.

<sup>2</sup> l. c. lib. II tit. IV Dig. p. 662. De *pactis resolutivis*.

<sup>3</sup> l. c. lib. II tit. IV. Dig. p. 662. De *pactis resolutivis*.

<sup>4</sup> l. c. lib. II. Dig. cap. II. De *objecto transactionis* p. 713 und 714.

Bei Joh. Harpprecht (1570—1639) ist wieder die herrschende Lehre vertreten. Er zählt unser pactum zu den Obligationstilgungsarten *ope exceptionis*<sup>1</sup>. Sofern ein pactum *de non p.* in *rem* vorläge, käme ihm die Wirkung einer *exceptio peremptoria* zu, welche ihrerseits das Erlöschen der Klage und der Obligation nach sich ziehe<sup>2</sup>. Griffe dagegen ein zeitlich (z. B. *intra quinquennium*) beschränktes pactum *de non p.* Platz, so erhalte dasselbe bei seiner prozessualen Geltendmachung den Charakter einer *exceptio dilatoria*, welche nur einen Aufschub des Klagrechts herbeiführe<sup>3</sup>. Von einem endgültigen Erlöschen der Obligation kann hier natürlich nicht die Rede sein.

Heinrich Bocer (1571—1630) enthält bezüglich unseres pactum nur kurze Lehrsätze, welche fast wörtlich den römischen Quellen entnommen sind<sup>4</sup>.

Leopold Hackelmann (1563—1619) unterscheidet unter den Wirkungen der *pacta* solche nach *Civil-*, und solche nach *prätorischem Recht*<sup>5</sup>. Nur nach letzterem werde eine *exceptio* gewährt, die eine *peremptorische*, jedoch nicht *privilegierte*<sup>6</sup> Einrede sei<sup>7</sup>.

Bemerkenswert ist die Mitteilung Hackelmanns, daß von vielen Juristen zu seiner Zeit alle *pacta* unter Berufung auf gewohnheitsrechtliche Übung als *pacta legitima* erklärt würden und die Wirkungen dieser beigelegt erhielten<sup>8</sup>. Danach würde auch unserem pactum *de non p.* eine *ipso iure* Wirkung, wie der *acceptilatio* zuerteilt worden sein. In der Praxis würde alsdann ein Unterschied zwischen unserem pactum und der *acceptilatio* nicht mehr bestanden haben. Die Ansicht dieser verwirft

<sup>1</sup> Ad quattuor Justin. Institut. libr. disputat. Tubing. 1615 disp. XV: De modis, quibus obligatio tollitur p. 855.

<sup>2</sup> l. c. disp. XXIV p. 1101.

<sup>3</sup> l. c. disp. XXIV p. 1104.

<sup>4</sup> Disputat. Tubing. 1596. disp. III de pactis p. 1—14.

<sup>5</sup> Disputat. universi iur. civ. Jenae. 1596. vol. I disputat. 8. de pactis. 53. 55.

<sup>6</sup> d. h. eine solche, „*quae litis ingressum impediatur*“.

<sup>7</sup> Disputat. l. c. vol. I disp. 8. de pactis 57.

<sup>8</sup> Illustriores et selectiores quaestiones tertium editae. Magdaeburg. 1613. disp. II thes. 7 c): Unde etiam omnia pacta hodie legitima dici posse arbitrantur propter confirmationem consuetudinis.

jedoch Hackelmann. Infolgedessen giebt er Definition, Inhalt und Wirkungen der *acceptilatio* sehr ausführlich an<sup>1</sup>. Nur in einer Note findet sich die Bemerkung<sup>2</sup>, daß zu seiner Zeit den damaligen Anschauungen und Gebräuchen entsprechend die feierlichen Wortformeln bei der *acceptilatio* weggefallen seien.

Jacobus Menochius erwähnt gelegentlich in seinen *Consilien*, daß das pactum *de non p.* mehr Wirksamkeit besitze, als *Cession* und *renunciatio iurium*. Es wird dies damit begründet, daß der Gläubiger, wenn er sich zu einem pactum *de non p.* verstanden habe, sich seines Forderungsrechtes völlig begeben habe und dasselbe unter keinen Umständen, auch nicht unter Berufung auf eine *laesio*, mehr ausüben könne<sup>3</sup>. Menochius ist hiernach der Meinung, daß die Obligation durch unser pactum in ihrem ganzen Umfange und ohne Einschränkung getilgt werde.

Menochius vertritt ferner die Ansicht, daß unser pactum keine Schenkung enthalte und deshalb auch nicht von einem gewissen Betrage ab den *Insinuationsformalitäten* unterworfen sei.

Ernst Cothmann (1557—1624) hat sich vorstehende Meinung des Menochius angeeignet, auf welche er bei seinen Ausführungen schlechthin verweist<sup>4</sup>. Er seinerseits empfiehlt noch besonders<sup>5</sup>, bei Abschluß unseres pactum gewisse Zusätze anzuwenden, wie der, daß unser pactum „in aeternum vel nullo unquam tempore“ oder „wissentlich und wohlbedächtlich“ abgeschlossen sei, weil dadurch der Wille der Parteien und die juristische Natur des pactum noch klarer zu Tage träten.

Andreas Fachinaeus († 1622) nennt unser pactum ein pactum *de liberando aliquem* und giebt das Wesen desselben dahin an, daß es vermittels einer *exceptio* die Befreiung des Schuldners im Gefolge habe<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Disput. universi iur. civ. Jenae. 1596. vol. II disp. 4 septim. part. Pand. de solut. et acceptilat.

<sup>2</sup> l. c. Note b) zu 18).

<sup>3</sup> Consil. 371 n. 28; ferner consil. 401 nr. 188—190; consil. 412 nr. 90.

<sup>4</sup> Responsorum iur. seu consil. ac consultat. Francof. 1662. tom. II resp. 53 n. 390.

<sup>5</sup> l. c. resp. 99 n. 38.

<sup>6</sup> Controversiar. iur. libr. 13 Colon. Agrip. 1649. lib. II cap. VII p. 87.

Johannes Althusius (geb. 1557, † 1638) nimmt die alte Unterscheidung der liberatio ipso iure und ope exceptionis wieder auf<sup>1</sup>. Unser pactum, welches er auch durch die Umschreibung „acquisitio rei debitae ex causa lucrativa“ wiedergibt<sup>2</sup>, bewirkt nach ihm nur eine Befreiung ope exceptionis<sup>3</sup>.

In den Dicaeologicae<sup>4</sup> vertritt Althusius unter Berufung auf Wesenbeck die Ansicht, daß zu seiner Zeit infolge Gewohnheitsrechts alle pacta als pacta legitima angesehen würden und dementsprechend die unmittelbar obligationstilgende Wirkung dieser nach sich zögen<sup>5</sup>.

Bei Hieronymus Treutler findet sich nur der allgemeine Satz erörtert, daß priora pacta von späteren nachfolgenden, entgegengesetzten pacta ope exceptionis aut replicationis aufgehoben werden<sup>6</sup>.

Paulus Christinaeus (1553—1631) äußert sich über die rechtsaufhebende Wirkung unseres pactum gar nicht, sondern verweist in dieser Beziehung auf die herkömmlichen Ausführungen<sup>7</sup>. Die acceptilatio wird bei ihm umständlich und ausführlich auch in ihrer Erlaufsfunktion dargestellt<sup>8</sup>.

Georg Frantzke (geb. 1594, † 1659) zählt<sup>9</sup> unser pactum zu denjenigen Mitteln: quomodo obligatio tollatur et perimatur. Bei den Obligationstilgsmitteln im einzelnen führt er in herkömmlicher Weise solche auf, deren Wirkung „ipso iure per auctoritatem iuris civilis“ und solche, deren Wirkung „ope exceptionis per

<sup>1</sup> Jurisprudentia Romana. Herbornae. 1588. Cap. 69 p. 185: De liberatione, quae fit ipso iure; insbesondere cap. 70: de liberatione quae fit ope exceptionis p. 190.

<sup>2</sup> l. c. p. 191.

<sup>3</sup> l. c. p. 190.

<sup>4</sup> libri tres Herborn. 1617.

<sup>5</sup> l. c. lib. I cap. 90 de pactis p. 324. 11: Hodie ex consuetudine legitima censentur omnia pacta Wesenb. de pactis num. 9 sicut et iure canonico omnia pacta honesta et licita pro legitimis habentur . . .

<sup>6</sup> Selectae disputationes ad Pandect. iur. civ. Justinian. Marp. 1592. disp. VI de pactis 31.

<sup>7</sup> Decision. curiae Belgicae. Cod. lib. II tit. III De pactis vol. IV dec. 176 n. 19.

<sup>8</sup> l. c. vol. IV dec. 182.

<sup>9</sup> In IV libr. Institut. Argentor. 1558. Lib. III tit. XXX p. 464.

autoritatem iuris Praetorii“ vermittelt werde. Als Beispiel der letzteren Tilgungsform nennt er unser pactum<sup>1</sup>.

Peter Gudelin (1550—1619), welcher bekanntlich<sup>2</sup> den praktischen Gebrauch der Stipulation für seine Zeit verneint, führt aus<sup>3</sup>, daß die besonderen Wirkungen der Stipulation auf die pacta übergegangen seien. Daraus würde auch folgen, daß die acceptilatio in ihrer Erlaufsfunktion durch unser pactum de non p. ersetzt worden, und die ipso iure Wirkung derselben auf unser pactum übergegangen sei. Von dieser Konsequenz berichtet jedoch Gudelin nichts.

<sup>1</sup> l. c. lib. III tit. XXX p. 464; vgl. auch lib. IV tit. XIII de except. p. 653.

<sup>2</sup> Vgl. L. Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge. Nördlingen 1881. § 13 S. 128 s. No. 24.

<sup>3</sup> Commentar. de iure novissimo libri sex. Lucae. 1780. Lib. III. cap. V. 13. Esto igitur hoc persuasum vim stipulationum nunc ad pacta quaelibet esse translata . . .

## Kapitel VIII. Das 17. Jahrhundert.

Arnold Vinnius (1588—1657) hebt in seinem *Tractatus*<sup>1</sup>, nachdem er festgestellt hat, daß zu seiner Zeit *ex nudo et simplici pacto* in Gemäßheit des kanonischen Rechtes und gewohnheitsrechtlicher Übung allgemein eine Klage gewährt werde, hervor, daß den *pacta* dieselbe Wirkung, wie den *Stipulationen* nach *Civilrecht* beigemessen werde<sup>2</sup>. Als Grund hierfür wird angegeben<sup>3</sup>, daß die feierlichen Wortformeln der römischen *Stipulation* beseitigt seien, und an deren Stelle die Formlosigkeit getreten sei.

Nach diesen Ausführungen würde man erwarten, von Vinnius zu hören, daß die veränderten allgemeinen Grundsätze über das Verhältnis der *pacta* zu den *Stipulationen* nicht ohne Einfluß auf den römisch rechtlichen Unterschied zwischen *acceptilatio* und *pactum de non p.* gewesen wären, und daß unser *pactum* an die Stelle der *acceptilatio* getreten sei. Diese Folgerung zieht jedoch Vinnius nicht. Er nennt zwar unser *pactum* mehrfach ein *pactum liberatorium*<sup>4</sup>, betont aber ausdrücklich, daß dasselbe nicht *ipso iure*, sondern nur *ope exceptionis* die *Obligation* aufhebe<sup>5</sup>.

Aus dem Gesagten ergibt sich auch, daß die Ansicht der

<sup>1</sup> *Tract. de pactis* ed. Simone Vinnio. Lugdun. Batav. 1646.

<sup>2</sup> l. c. p. 91.

<sup>3</sup> l. c. p. 92.

<sup>4</sup> l. c. p. 307 4. 5. p. 312. 9.

<sup>5</sup> l. c. p. 309, p. 312. 9 . . *obligationes pacto liberatorio de non petendo non ipso iure, sed ope exceptionis tolluntur.*

klagbegründenden Wirkung der *pacta* mit der Anschauung einer rechtsaufhebenden Kraft desselben durchaus nicht in unmittelbarem Zusammenhang gestanden hat. Es wäre mit der historischen Entwicklung nicht vereinbar, wenn man behaupten würde<sup>1</sup>, daß überall da, wo die *pacta* den *Stipulationen* hinsichtlich ihrer klagerzeugenden Wirkung gleichgestellt werden, ohne weiteres diese Gleichstellung sich auch auf die *ipso iure* eintretende, rechtsaufhebende Wirkung der durch *Stipulation* bedingten Tilgungsform der *acceptilatio* bezogen habe. Vinnius u. a. liefern uns den Beleg, daß die eine Annahme ohne die andere möglich gewesen ist. Die Übertragung der unmittelbar rechtsaufhebenden Wirkung der *acceptilatio* auf unser *pactum* scheint erst allmählich, allerdings als eine konsequente Fortbildung der bezüglich der klagbegründenden Wirkung bereits geschehenen Gleichstellung der *pacta* mit der *Stipulation*, erfolgt zu sein.

Eine Bestätigung hierfür bietet uns Ulrich Huber (1636 bis 1694). Obwohl für ihn der Satz unzweifelhaft ist, daß sowohl nach kanonischem Recht, als auch nach deutschem Gewohnheitsrecht aus den *pacta* eine Klage entspringe<sup>2</sup>, mahnt er zur vorsichtigen Anwendung<sup>3</sup> der zu seiner Zeit bereits gewohnheitsrechtlichen Gleichstellung von *pactum de non petendo* und *acceptilatio*. Er sucht darzuthun, daß diese Gleichstellung beider Rechtsinstitute sich zunächst nur auf die formelle Seite bezogen habe, indem der Gebrauch bestimmter Wortformeln für die Anwendung der *acceptilatio* nicht mehr für notwendig erachtet worden sei. Mit Rücksicht hierauf glaubt Huber auf die im übrigen vorhandene inhaltliche Verschiedenheit beider Erlafsverträge hinweisen zu müssen. Diese Verschiedenheit könne nicht nur im Ausdruck zu Tage treten, sondern zeige sich insbesondere darin, daß ein *pactum de non p.* zeitlich oder auf eine bestimmte Person beschränkt sein könne. Alsdann bleibe die *Obligation* bestehen, und

<sup>1</sup> Wie es von v. Völderndorff in s. Schrift: *Zur Lehre vom Erlafs* S. 60 gethan hat.

<sup>2</sup> *Praelectionum iur. rom. et hodierni. Pars II. Franequer. 1700. Lib. II de pact. tit. 14 p. 144. 11; Pars III. Francof. 1701 tit. 4 de acceptilat. p. 622. 4.*

<sup>3</sup> *Praelect. l. c. Pars III p. 622. 4.*

ein wahrer Erlaß der Schuld liege nicht vor. Eine solche persönliche oder zeitliche Beschränkung des Erlasses sei bei der Acceptilation ausgeschlossen, dieselbe ziehe stets den Untergang der Obligation ohne Einschränkung und in ihrer Totalität nach sich. Ferner könne die acceptilatio nicht bloß donandi causa, sondern auch transactionis causa oder bei Novationen zur Anwendung gelangen. In allen diesen Fällen könne ein pactum de non p. nicht Verwendung finden.

Bei der Aufzählung dieser Differenzpunkte werden jedoch die ipso iure Wirkung der acceptilatio und die nur ope exceptionis vermittelte Wirkung unseres pactum als unterscheidendes Merkmal beider Rechtsinstitute nicht mit aufgeführt. Es geschieht dies wohl mit gutem Grunde. Denn Huber berichtet uns<sup>1</sup>, daß zu seiner Zeit kraft gewohnheitsrechtlicher Übung gerade diese Verschiedenheit ausdrücklich beseitigt worden sei, und daß infolgedessen das pactum de non p. die Obligation in ihrem ganzen Umfange unmittelbar (ipso iure), ebenso, wie es durch acceptilatio geschehen sei, vernichte<sup>2</sup>. Wenn nun Huber im Anschluß hieran bemerkt, daß pactum und acceptilatio sich in nichts unterscheiden, so wird man den von Huber anderweitig aufgestellten Verschiedenheiten zwischen beiden Rechtsinstituten nicht eine solche Bedeutung beimessen dürfen, daß sie geeignet gewesen wären, das Fortbestehen der acceptilatio zu rechtfertigen, zumal da einer der wichtigsten Differenzpunkte, wie Huber selbst angiebt, zu seiner Zeit bereits beseitigt ist. Huber erwähnt nämlich<sup>3</sup>, daß an dem Donationscharakter unseres p. insofern nicht so streng mehr festgehalten werde, als es zulässig sei, Transaktionsklauseln dem pactum beizufügen. Damit wäre allerdings das Anwendungsgebiet des pactum de non p. wesentlich erweitert, und es wäre auch hierin eine vollständige Ersetzung der acceptilatio durch unser pactum möglich gewesen.

<sup>1</sup> Praelect. 1698. Pars I lib. III tit. 30 p. 433. Scholium.

<sup>2</sup> Wenn Huber an anderer Stelle s. Praelect., z. B. Pars I lib. III tit. 30 p. 433 sagt, daß durch ein pactum de non p. die Obligation nur per medium exceptionis aufgehoben werde, so hat er dabei nur das reine römische Recht und dessen eigentümliche Scheidung im Auge.

<sup>3</sup> Praelect. Pars I lib III tit. 30 p. 433.

Johannes Voet (1647—1714) trägt in seinem Kommentar<sup>1</sup> die unverfälschte römische Lehre vor und unterscheidet eine verschiedenartig eintretende Wirkung des pactum de non p., welches er pactum liberatorium nennt, je nachdem eine Naturobligation oder Civilobligation davon betroffen wird. Erstere gelangt nach ihm ipso iure, letztere nur ope exceptionis zur Aufhebung.

Simon van Leeuwen (1625—82) berücksichtigt wieder die Anschauungen seiner Zeit. Er berichtet<sup>2</sup>, daß die strengen Stipulationsformen obsolet geworden seien, und deshalb zur Schuldbefreiung stets Formlosigkeit genüge. Er teilt uns ferner mit<sup>3</sup>, daß dadurch zu seiner Zeit eine Verschmelzung zwischen acceptilatio und pactum de non p. eingetreten sei. Er hält es jedoch noch für notwendig auf den früher vorhandenen Unterschied beider Rechtsinstitute hinzuweisen. Derselbe habe ehemals darin bestanden, daß die acceptilatio die Obligation ipso iure aufgehoben, das pactum de non p. dagegen die Befreiung des Schuldners nur ope exceptionis herbeigeführt habe.

Benedict Carpzov (1595—1666) äußert sich dahin<sup>4</sup>, daß zu seiner Zeit infolge allgemeiner Gewohnheit die nach römischem Recht für die acceptilatio notwendige Form von Frage und Antwort in bestimmten feierlichen Worten beseitigt sei und von dergleichen Formalitäten Abstand genommen werde. Er fügt noch hinzu, daß infolge dieser Gewohnheit und der Annahme, daß aus jedem pactum, wie aus einer Stipulation eine Klage entspringe, in effectu wenig darauf ankomme, ob Stipulation oder pactum gewollt sei. Daß beide Rechtsinstitute zu einem Rechtsinstitute verschmolzen seien, sagt er nicht; ebensowenig daß die

<sup>1</sup> Commentarius ad Pandect. Halae. 1776. tom. I lib. II tit. 14 de pact. p. 394. 3.

<sup>2</sup> Censura forensis theoretico-practica. Lugdun. Batav. 1741. lib. IV cap. 23 p. 509.

<sup>3</sup> l. c.: Hodieque confunduntur fere acceptilatio et pactum de non petendo, quae in eo differebant, quod acceptilatio ipso iure obligationem tolleret, pactum de non petendo tantum ope exceptionem liberationem induceret.

<sup>4</sup> Jurisprudentia forensis. Francof. 1638. P. II const. 19. defin. 17. p. 582. 1—10.

acceptilatio in dem pactum de non p. aufgegangen sei<sup>1</sup> und keinerlei praktische Bedeutung und Geltung mehr habe.

Johannes Strauch (1612—79) ist der Meinung<sup>2</sup>, daß das pactum de non p. die Obligation nicht ipso iure aufhebt.

Christian Thomasius (1655—1728) bemerkt hierzu in seinen Annotationes<sup>3</sup>, daß diese Ansicht Strauchs ehemals gegolten habe. Für seine Zeit (hodie) behauptet er, daß, da durch Gewohnheitsrecht aus dem nudum pactum eine Klage entspringe, auch das pactum de non p. ipso iure die Obligation aufhebe.

Thomasius folgert aus der klagerzeugenden Wirkung der pacta auch eine direkt obligationsaufhebende Wirkung derselben, eine Annahme, die, wie schon bemerkt, durchaus nicht allgemein geteilt wird.

Heinrich Hahn (1605—68) vertritt<sup>4</sup> den streng römisch rechtlichen Standpunkt, wonach das pactum de non p. nur in Gestalt einer exceptio wirksam werde. Bezüglich der juristischen Natur dieser exceptio wirft er die weitere Frage auf<sup>5</sup>, ob sie eine peremptorische oder eine privilegierte, den Prozeßbeginn aufhaltende Einrede gewesen sei? Er entscheidet sich für die herrschende Meinung, welche dahin geht, daß diese exceptio eine peremptorische sei. Er bekämpft daher die Ansicht, daß diese exceptio den Prozeßbeginn hindere, indem er behauptet, daß nur diejenigen Einreden den Prozeßbeginn hemmen, welche das Klagrecht aufheben, die Prozeßwiederholung ausschließen und daher die definitive Beendigung des Rechtsstreits herbeiführen. Als Beispiele solcher Einreden seien die *excc. ex re iudicata*, *iure iurando*, *transactione* zu nennen, nicht aber die *exceptio pacti*, da letztere regelmäßig nicht die Civilobligation, sondern nur die Naturalobligation aufhebe.

<sup>1</sup> A. M. v. Völderndorff, Zur Lehre vom Erlaß. München 1850. S. 70.

<sup>2</sup> In s. dissertat. undetriginta. Jenae. 1659. p. 230 f.

<sup>3</sup> Christiani Thomasia Annotationes theoorico-practicae in Joh. Strauchii dissertat. ad univers. jus Justinian. privat. Francof. et Lips. 1683 ad dissert. ad thes. V. p. 188.

<sup>4</sup> Henrici Hahnii Observata theoretico-practica ad Matthaei Wesenbecii in libr. Dig. commentar. Helmstad. 1668 t. D. 2. 14 p. 176. 4.

<sup>5</sup> l. c. p. 183.

Trotz dieser theoretischen Distinktionen muß Hahn zugeben, daß fast alle Interpreten die *exceptio pacti* als eine den Prozeßbeginn hemmende, peremptorische Einrede ansehen, sofern sie sofort bewiesen werden kann.

Über die zu seiner Zeit herrschende Ansicht bezüglich der juristischen Natur der pacta im allgemeinen äußert er sich<sup>1</sup> nur durch Bezugnahme auf den bereits erwähnten Ausspruch von Carpzov, wonach kaum ein Unterschied mehr bestehe, ob eine Stipulation als solche oder als pactum nudum wirksam sein solle. Besonders ausführlich sind die Erörterungen Hahns über die *causa des pactum de non p.* Er sucht hier darzuthun<sup>2</sup>, daß der Endzweck jedes pactum de non p. bzw. jeder *remissio* in einer *donatio* bestehe. Er rechtfertigt dies damit, daß, da unser pactum eine *exceptio* gewähre, dem Exceptionsberechtigten durch das pactum etwas von dem Klagrechte stets nachgelassen worden sei, was ihn zur Geltendmachung der *exceptio* berechtere. Es sei dabei nicht immer notwendig, daß der Erlaß ganz unentgeltlich gewährt sei, sondern es sei wohl zulässig, daß zu dem Erlaß ein bestimmter, anderer Grund vorgelegen, oder bei und mit demselben ein gewisser, anderweitiger Zweck verfolgt werde. Aber auch im letzteren Falle sei die *remissio* als *donatio ob causam* anzusehen, welche durchaus den Charakter einer *donatio* habe. Zum Belege dafür, daß der *remissio* begrifflich stets ein Schenkungsakt innewohne, verweist Hahn auf den analogen Charakter des Mandats, *depositum*, welche begriffsmäßig Unentgeltlichkeit zur Voraussetzung hätten, in praxi aber trotzdem fast regelmässig gegen Entgelt abgeschlossen würden.

Johannes Brunnemann (1608—72) nennt unser pactum fast stets ein *pactum liberatorium*. Bezüglich der juristischen Natur desselben bemerkt er<sup>3</sup>, daß zu seiner Zeit in foro, d. h. in der gerichtlichen Praxis, keinerlei Unterschied zwischen der *acceptilatio* und dem *pactum liberatorium* mehr gemacht werde.

<sup>1</sup> l. c. p. 202.

<sup>2</sup> l. c. p. 178. 8.

<sup>3</sup> Comment. in leg. Pandect. Francof. ad Viadr. 1670. t. D. 46. 4 ad L. an inutilis 8. 2.

Im Einklang damit spricht er auch der stipulatio Aquiliana für seine Zeit jegliche praktische Bedeutung ab<sup>1</sup>.

Es dürfte hiernach kaum zweifelhaft sein, daß bei der Verschmelzung des pactum liberatorium und der acceptilatio die ipso iure Wirkung der letzteren dem pactum gleichfalls beigelegt worden ist.

Wenn Brunnemann die acceptilatio auch in ihrer Erlaßfunktion, obgleich sie gerade in dieser Beziehung ihre praktische Bedeutung verloren hatte, ausführlich bespricht<sup>2</sup>, so geschieht dies lediglich aus historischen Rücksichten um der Bedeutung, welche dieses Rechtsinstitut im römischen Recht hatte, gerecht zu werden.

In gleicher Weise ist auch die Bemerkung Brunnemanns<sup>3</sup>, daß unser p. die Klage nicht ipso iure aufhebe, lediglich vom Standpunkte des römischen Rechts aus geschrieben und in solchem Zusammenhang ganz gerechtfertigt.

David Mevius (1609—66) berührt in seinen Decisionen<sup>4</sup> das pactum de non p. nur bei Gelegenheit der Erörterung der praktischen Frage, wann ein pactum de non p. als personale, und wann ein solches als in rem oder, wie er es nennt, reale anzusehen sei? Er entscheidet diese Frage<sup>5</sup> in Übereinstimmung mit dem römischen Recht im Zweifel zu Gunsten des pactum reale, sofern eine solche Interpretation der Willensmeinung der Kontrahenten nicht widerspricht. In dem pactum de non p. reale findet er stets eine „totalis remissio debiti“.

Aus seiner Darstellung dürfte hervorgehen, daß für ihn das pactum de non p. allein als Erlaßvertrag in Frage kommt. Da der Stoff seiner Decisionen der Praxis entlehnt ist und für dieselbe verarbeitet wird, ist es wohl nicht ohne Bedeutung, daß die acceptilatio überhaupt keine Erwähnung findet. Infolgedessen äußert er sich auch nicht über das Verhältnis zwischen acceptilatio und pactum de non p.

<sup>1</sup> l. c. t. D. 46. 4 ad L. Et uno. 18.

<sup>2</sup> Commentar in Codic. Justinian. Lipsiae. 1663. tit. 44 de accept. p. 762—763.

<sup>3</sup> Comment. in leg. Pandect. ad L. Si tibi decem. 17. p. 80. 3.

<sup>4</sup> Editio decima. Francof. ad Moen. 1791.

<sup>5</sup> Pars V. decis. 348 p. 1365.

Bezüglich der Stipulation führt er nur an<sup>1</sup>, daß zu seiner Zeit die feierlichen Wortformeln nicht mehr beobachtet würden, und daß an deren Stelle die formlose Willensübereinstimmung der Kontrahenten getreten sei. Die Nutzenanwendung dieser allgemeinen Praxis auf acceptilatio und pactum wird nicht weiter verfolgt.

Wohl aber geschieht dies von Wolfgang Adam Lauterbach (1618—78). Er macht die Mitteilung<sup>2</sup>, daß nach der Gerichtspraxis seiner Zeit ein Unterschied zwischen acceptilatio und pactum de non p., welches er mit pactum liberatorium bezeichnet, nicht mehr bestehe. Infolgedessen könne jede Obligation, in welcher Vertragsform sie auch begründet sein möge, durch ein pactum liberatorium aufgehoben werden<sup>3</sup>. Dabei verkennt er nicht, daß diese Praxis nicht auf den Bestimmungen des römischen Rechts basiert. Um die Tragweite der praktischen Umgestaltung der römisch rechtlichen Lehre bezüglich der pacta im allgemeinen richtig würdigen zu können, geht er ausführlich auf die Bestimmungen des römischen Rechts ein. Sowohl die pacta<sup>4</sup> als acceptilatio<sup>5</sup> werden auf Grund der römischen Quellen dargestellt.

Bei dieser Darstellung der pacta<sup>6</sup> teilt er dieselben in obligatoria und liberatoria ein. Die juristische Wirkung aller p. liberatoria insgesamt sei Aufhebung der Obligation und Befreiung des Schuldners. Nächst dem erwähnt er die quellenmäßige Trennung der pacta in nuda und non nuda. Nuda pacta seien diejenigen gewesen, welche nach Civilrecht zwar eine Naturalobligation ipso iure aufgehoben hätten, aber eine Civilobligation nur mit Hilfe einer exceptio. Pacta non nuda seien dagegen diejenigen gewesen, welche auch eine Civilobligation ipso iure aufgehoben hätten. Einige dieser hätten eine besondere Form erfordert und einen bestimmten Namen gehabt, so z. B. novatio, acceptilatio. Neu ist

<sup>1</sup> l. c. Pars VII. decis. X Note 3 (tom. II p. 290).

<sup>2</sup> Collegium theoretico-practicum ad l. Pandect. libr. Pars III. Tubingae. 1711. p. 903. IX.

<sup>3</sup> l. c. Pars III p. 902 Sic hodie — — debitum ex quovis contractu per pactum liberatorium tolli potest.

<sup>4</sup> l. c. Pars I. Tubingae. 1690. t. D. 2. 14 de pactis p. 258 ff.

<sup>5</sup> l. c. Pars III. t. D. 46. 4. de acceptilat. p. 898—909.

<sup>6</sup> l. c. P. I. t. D. 2. 14. de pactis p. 258 ff.

bei dieser Einteilung der *pacta* die Behauptung Lauterbachs, daß im römischen Recht *novatio* und *acceptilatio* als *pacta non nuda* aufgefaßt worden seien. Möglicherweise hat Lauterbach hierdurch beabsichtigt, die Verschmelzung des *pactum de non p.* mit der *acceptilatio* nur als eine einheitliche Gestaltung und Zusammenfassung der *pacta* und damit jene Änderung des römischen Rechts weniger schroff erscheinen zu lassen.

Die Wirkung der *pacta nuda* charakterisiert Lauterbach auch vom Standpunkte des römischen Rechts aus als eine perimierende, klag- und obligationstilgende. Hieran muß man festhalten, auch wenn Lauterbach die durch ein *pactum de non p.* bewirkte Befreiung des Schuldners eine *minus plena* nennt. Mit dieser Bezeichnung will er nämlich der Wirkung des nur auf eine bestimmte Person und Zeit beschränkten *pactum de non p.* gerecht werden. In diesen beiden Fällen kann aber bekanntlich nur sehr mit Vorsicht von einer Befreiung des Schuldners gesprochen werden. Abgesehen hiervon würde der Ausdruck *liberatio minus plena* sich auch für die Wirkung des *pactum de non p.* in rem rechtfertigen lassen, insofern im Gegensatz zu der *ipso iure* eintretenden Befreiung die hier nur auf Umwegen vermittelte Liberierung des Schuldners damit wiedergegeben werden soll.

Georg Adam Struve (1619—92) berücksichtigt in seinem *Syntagma*<sup>1</sup> fast ausschließlich das römische Recht. Infolgedessen trägt er auch die Ansicht vor<sup>2</sup>, daß unser *pactum*, welches *liberatorium* genannt wird, eine *Naturalobligation*, sofern sie allein in Betracht kommt, *ipso iure*, dagegen eine *Civilobligation* nur *ope exceptionis* aufhebe. Im Einklang hiermit steht auch die von ihm gegebene Einteilung der Obligationenaufhebungarten. Nur ganz kurz berührt er den „*hodiernus usus*“, welchen er dahin angiebt<sup>3</sup>, daß kein Unterschied zwischen *pactum liberatorium* und *acceptilatio* mehr gemacht werde.

Samuel Pufendorf (1632—94) nennt<sup>4</sup> unter den

<sup>1</sup> *Syntagma iur. civ. Jenae et Francof.* 1687. 4<sup>o</sup>.

<sup>2</sup> P. I. Exercit. VI ad lib. II tit. 14 de *pactis* p. 184, 15, 16.

<sup>3</sup> P. II. Exerc. 47 tit. IV de *acceptil.* p. 864. 90.

<sup>4</sup> *De officio hominis et civis iuxta leg. natural.* Lips. 1709. lib. I cap. 16 obs. 407 § 3 p. 426.

Aufhebungsarten der Obligationen *condonatio* und *remissio*, welche er auf gleiche Linie stellt. Die Abgrenzung beider Rechtsinstitute geschieht in der Weise<sup>1</sup>, daß die *condonatio* auf *obligationes unilaterales* beschränkt wird, während in allen anderen Fällen eine *remissio* Anwendung finden kann. Als Arten der *remissio* werden *acceptilatio* und *pactum de non p.* angeführt.

Beide Rechtsinstitute werden mit „*vel*“ untereinander verbunden, was um so erklärlicher ist, als Pufendorf völlige Identität und Verschmelzung beider nach natürlichem Recht, welches er für seine Zeit als allein maßgebend erachtet, behauptet<sup>2</sup>.

Johannes Schilter (1632—1705) giebt in seiner *Jurisprudencia*<sup>3</sup> in richtiger Würdigung der Entwicklungsgeschichte des Erlafsvertrages zunächst den Unterschied zwischen *acceptilatio* und *pactum de non p.* nach römischem Recht an<sup>4</sup>. Derselbe wird auch hier unter Berufung auf L. 27 D. de *pact.* 2. 14 in herkömmlicher Weise darin gefunden, daß die *Acceptilatio* die *Obligation ipso iure*, das *pactum de non p.* dieselbe nur *ope exceptionis* aufhebe.

Dem römischen Recht stellt er entgegen „*nostrum ius*“<sup>5</sup>. Bezüglich des letzteren bemerkt Schilter, daß nach dem in Deutschland herrschenden Rechtsgebrauch den *pacta* dieselbe Bedeutung wie den *Stipulationen*, welche im deutschen Rechtsverkehr nicht zur Anwendung gelangten, zukäme. Jener römisch rechtliche Unterschied zwischen *acceptilatio* und *pactum de non p.* sei damit weggefallen, und infolgedessen ziehe jede *simplex renunciatio* in gleicher Weise, wie *Ausstellung einer apocha* die unmittelbar (*ipso iure*) eintretende Aufhebung der *Obligation* nach sich.

Es ist nicht unwichtig, daß Schilter die Konsequenzen einer Gleichstellung der *pacta* und *Stipulationen* in spezieller Anwendung auf die *acceptilatio* und das *pactum de non p.* darstellt. Denn danach hat die deutsche Rechtsentwicklung aus den zwei Erlafsverträgen des römischen Rechts einen einzigen formlosen Erlafsvertrag herausgebildet, welcher mit dem unmittelbaren Rechteeffekt der alten *acceptilatio* ausgestattet ist.

<sup>1</sup> l. c. obs. 408.

<sup>2</sup> l. c. lib. I cap. 15 de *contract.* obs. 354 p. 390.

<sup>3</sup> *Jurisprudenciae totius elementa.* Argentor. 1698.

<sup>4</sup> l. c. Institut. lib. III tit. XXX p. 493 XII.

<sup>5</sup> l. c. p. 493 XII.

Dies Resultat bestätigt Schilter wiederholt auch an anderer Stelle<sup>1</sup>, indem er ausdrücklich hervorhebt, daß nach der Praxis der Gerichte die *acceptilatio* nichts anderes sei, als ein *pactum de non p.*, und die Rechtswirkungen des erstgenannten Rechtsinstituts auf das letztgenannte übergegangen seien.

Samuel Stryk (1640—1701) vertritt genau denselben Standpunkt, wie Schilter.

Bei Erörterung der juristischen Cautelen<sup>2</sup>, die zur Sicherung des Rechtsverkehrs bei den einzelnen Rechtsinstituten angewandt werden sollen, kommt er auch auf die *acceptilatio* zu sprechen<sup>3</sup>. Hierzu bemerkt er<sup>4</sup>, daß das ganze Rechtsinstitut wegen Wegfalles der demselben früher notwendigen Stipulationsform unpraktisch geworden sei, und sich deshalb auch die Besprechung von etwa möglichen Cautelen erübrige. Er fügt noch ergänzend hinzu<sup>5</sup>, daß an Stelle der früheren *acceptilatio* zu seiner Zeit das *pactum liberatorium*, d. h. unser *pactum de non p.* getreten sei, sodafs letzterem auch unmittelbar obligationstilgende Wirkung beigelegt werde. Da das *pactum de non p.* die *acceptilatio* vollkommen ersetze, und damit an Stelle des formellen Erlafsvertrages ein formloser Erlafs trete, sei auch die Anwendung der *stipulatio Aquiliana* nunmehr nicht mehr nötig.

<sup>1</sup> In s. Praxis iur. Romani in fero Germanico. Jenae. 1698. Exerc. ad Pand. 48 de solut. p. 211 § 40: Porro cum stipulationum usus nullus esse soleat, sed pactis forum nostrum utatur, patet acceptilationes nobis nihil aliud esse, quam pacta de non petendo, renunciaciones atque apochas sive quietantias stipulationum subtilitate remota.

<sup>2</sup> In s. Praelectiones Viadrinae de cautelis contractuum necessariis. Wittenberg. 1717.

<sup>3</sup> l. c. sectio IV cap. III p. 617 § 2.

<sup>4</sup> l. c. In materia acceptilationis quoque vix quicquam occurrit, quod cautela loco observari mereatur, non enim hic amplius stipulatione opus est . . . Sed hodie *pactum liberatorium* aequalem cum *acceptilatione* efficaciam habet, ut hinc quoque modo quis animum remittendi debitum declaret *acceptilatio* facta censeatur. Modo persona acceptum ferens huius conditionis sit, ut donari possit. Subest enim hic re vera donatio. Et hoc in quocunque contractu obtinet, nec opus est amplius stipulatione *Aquiliana*, ut contractus alius prius in stipulatum deducatur, sed recta via debitum ex quocunque contractu per *pactum liberatorium* seu data apocha vel quietantia tolli potest . . .

<sup>5</sup> Vgl. die in Note 4 citierte Stelle.

Stryk zieht auch die weiteren Konsequenzen<sup>1</sup>, welche die Befreiung von den römischen Schranken eines civilrechtlich gültigen Erlasses nach sich zieht. Nach Stryk's Ansicht ist die Bestimmung des römischen Rechts, daß die *acceptilatio* nur „pure“, niemals „sub condicione“ oder „in diem“ erfolgen dürfe, hinfällig geworden. Es stehe nichts entgegen, daß das *pactum liberatorium* mit einer derartigen Beschränkung vereinbart werde.

Stryk ist sich vollständig bewußt<sup>2</sup>, daß in der Ersetzung der *acceptilatio* durch das *pactum liberatorium* eine Umgestaltung des römischen Rechts liegt, welche die Unanwendbarkeit der den Gegensatz von *acceptilatio* und *pactum de non p.* behandelnden Quellenstellen zur Folge hat und insoweit das römische Recht modifiziert.

<sup>1</sup> l. c. sectio IV cap. III p. 617 § 2 a. E. vgl. auch sein Specimen usus moderni Pandect. Halae Magdeburgic. 1717. 4<sup>o</sup>. ad Pandect. lib. 46 tit. 4 de *acceptilat.* p. 484 § 1.

<sup>2</sup> Vgl. Specimen usus moderni Pandect. l. c. ad l. II tit. 14 de pactis p. 277 § IX und ad Pand. lib. 46 tit. 4 de *acceptilat.* § 2.

## Kapitel IX.

### Rückblick auf das 17. Jahrhundert.

---

Das 17. Jahrhundert bildet einen Wendepunkt in der Geschichte der Erlafsverträge. Bis dahin suchte man in der Theorie die Existenz und Geltung der römisch rechtlichen Erlafsverträge in mehr oder minder gewundener Weise aufrecht zu erhalten. Erst im 17. Jahrhundert wagte man es bestimmt auszusprechen, daß deutsches Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch die römische acceptilatio um ihrer Form willen als in Widerspruch mit dem deutschen Rechtsbewußtsein nicht angenommen, sondern eine Verschmelzung der acceptilatio mit dem pactum de non petendo in rem bewirkt hätten.

Man hatte aus den beiden Erlafsverträgen des römischen Rechts einen einzigen geschaffen, welcher die Vorzüge beider in sich vereinigte.

Die Grundlage dieses Erlafsvertrages bildete das pactum de non petendo, welches von der acceptilatio nur die direct obligations-tügende Wirkung überkam, im übrigen seine alte Gestaltung beibehielt, insbesondere die Elastizität bewahrte, welche ihm infolge seiner Formlosigkeit und der Möglichkeit der Hinzufügung von Beschränkungen jeder Art innewohnte.

Das Resultat dieser Entwicklung, welche sich zuerst in der Praxis vollzogen hat, wird erst von den Juristen des 17. Jahrhunderts auch in der Theorie unumwunden zur Anerkennung gebracht: zu ihm bekannten sich auch ein Schilter und Stryk.

Der beredten Vertretung und dem gewichtigen Ansehen der letzteren ist es namentlich zuzuschreiben, daß das Gepräge und die juristische Natur, welche dem Erlafsvertrag in ihrer Zeit zugesprochen worden ist, für denselben auch für die Folgezeit trotz mancher widerstrebender Richtungen maßgebend geblieben ist.

---

REV15

ÚK PrF MU



3129S04451