26700

Lehrbuch

der

Pandekten

von

Dr. Alois Brinz,
Professor des römischen Rechts an der Universität zu München.

Vierter Band.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

Zweite Auflage,

nach dem Tode des Verfassers besorgt

von

Dr. Philipp Lotmar,
Professor des römischen Rechts an der Universität zu Bern.

Erlangen und Leipzig 1892.

Andr. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.
(G. Böhme.)

BIBLIOTHEQUE CUJAS

Druck von C. Th. Jacob in Erlangen.

Vorwort.

Was im Vorwort zur letzten Lieferung des dritten Bandes über den Anlaß, den Plan und die Mittel für die Vollendung der zweiten Auflage dieses Lehrbuchs gesagt worden ist, das gilt Alles auch vom vierten, das Werk abschließenden Bande und wird darum hier in Erinnerung gebracht. Nur treten zu den früher angegebenen Hülfsmitteln einige von ihm als Grundlagen seiner Vorlesungen gebrauchte Niederschriften des Verfassers, und ein von einem seiner Zuhörer im Wintersemester 1886/87 geschriebenes Collegienheft. Aus demselben ist überhaupt zu entnehmen, daß Brinz, als er zum letzten Male den Pandektenweg mit seinen Studenten zurücklegte, dabei fast durchaus an den Lehren festgehalten hat, die er 1871 in der ersten Auflage des gegenwärtigen Buches vorgetragen hatte.

Da die meisten der darin vorkommenden Gegenstände seitdem und nicht selten unter seinem Einfluß wiederholt und eingehend literarisch erörtert worden sind, so mußten nach Maßgabe des erwähnten Planes mehrere und mitunter längere sich auf jene literarische Bewegung beziehende Anmerkungen beigefügt werden. Hieraus schien dem Herausgeber die Pflicht zu erwachsen, seinen Antheil an den Aenderungen öfter und deutlicher bemerklich zu machen, als im vorausgehenden Stücke

geschehen ist. Die von ihm herrührenden Zusätze, jedoch vielleicht nicht alle, sind in eckigen Klammern eingeschlossen. Wenn sich zu Gunsten des früheren Verfahrens ein Ausspruch des Verfassers selber hat anführen lassen, so könnte wiederum mit dem Hinweis auf seine Worte in der Kritischen Vierteljahresschrift Bd. 26 S. 306 begründet werden, daß auch die nunmehrige Kennzeichnung als in seinem Sinn geschehen gelten darf.

Viertes Buch.

Die Handlungen.

Uebergang[1]).

§. 521.

Ist alles Recht ein Gesetz menschlicher Handlungen[2]), und also das Ob oder das Wie derselben zu bestimmen seine einzig denkbare Aufgabe, so dürfte die Bestimmung ob eine Handlung zulässig, geboten oder möglich sei, so weit als dieses im Privatrecht zu geschehen hat, der Hauptsache nach im zweiten und im dritten Buche dargestellt sein[3]). Denn die Bestimmung der Rechts-, Handlungs- und Dispositionsfähigkeit, mit welcher das zweite Buch oder die Lehre von den Personen erschöpft ward, ist nichts anderes als eine Bestimmung, ob diejenigen Handlungen, deren Möglichkeit von der Macht des Rechtes, insonderheit des Privatrechtes abhängt, in Anbetracht der Person, die sie vornehmen soll, möglich seien[4]). Die Bestimmung der Rechte aber, in denen das dritte Buch aufgeht, ist nichts anderes als eine Bestimmung, ob irgendwelche Handlungen in Ansehung der Sachen vermittelst welcher, oder in Ansehung

1) [zum besseren Verständniß dieses „Uebergangs", namentlich der den „Handlungen" in diesem Lehrbuch gegebenen systematischen Stellung s. Bd. I §. 17 „System", mit dessen Schluß (st. feindlichen der 2. Aufl. l. friedlichen) vgl. S. 64 unten, S. 65 vor al. (2. Aufl.) und Böcking, Pand. §. 29 (§. d und das Ende).]

2) [Bd. I §. 18 bis Anm. 4, s. auch §. 75.]

3) [Zweites Buch, die Personen: Bd. I S. 131—208 (S. 153—238 der 3. Aufl.). Drittes Buch, die Rechte: Bd. I S. 209 bis zum Ende. Bd. II und Bd. III.]

4) [Bd. I §. 52—§. 57, vornehmlich §. 52, sowie §. 65 und §. 66 S. 216.]

der Personen gegen welche, oder an und gegenüber welchen sie stattfinden sollen, privatrechtlich erlaubt oder möglich seien. Denn die Rechte selbst sind nichts als Inbegriffe von Befugnissen und Machtvollkommenheiten[5]) — die dinglichen Rechte zu dinglichen Handlungen d. i. zu Handlungen vermittelst gewisser Sachen, die Forderungen zu Handlungen gegen, die Familien- und Vormundschaftsrechte zu Handlungen an oder gegenüber gewissen Personen. Indem das Recht den Inhalt und die Voraussetzungen dieser Rechte bestimmt, ist mittelbar alles privatrechtliche Dürfen und Können, ist ein sonst unerreichbares unendliches Detail von Handlungen wie durch Hebelkraft ergriffen und nach seinem zweifachen Ob bis aufs letzte bestimmt.

Auch wie die Handlungen, um deren Beschaffenheit das Recht sich überhaupt kümmert, beschaffen sein müssen, wenn sie von rechtlicher Wirkung sein sollen, ist in dem Buche von den Rechten nicht unberührt geblieben. Ja was die einzelnen von diesen dem Privatrechte diensamen Handlungen von einander unterscheidet und auszeichnet, die Individualität z. B. der Traditionen und Adjudicationen, der Contracte und Verpfändungen, der Testamente und Codicille, der Adoptionen und Emancipationen ist unter den Voraussetzungen der einzelnen Rechte bereits zur Darstellung gekommen; dagegen erübriget noch die Erörterung dessen, was ihnen allen gemeinsam oder doch auf alle gerichtet ist[6]).

---

5) [nach Bd. I § 64 gilt dies nur „auf den ersten Blick" von allen, von gewissen aber „bei näherer Betrachtung" nicht. S. ferner §. 62 im Anf., §. 185 im Anf. Bd. III S. 524 Z. 3 v. u. und vgl. Bd. II §. 349 Anm. 1.]

6) [Diese Erörterung betrifft jedoch, wie alles Folgende erweist und in §. 522 a. E. ausgesprochen ist, lediglich die Rechtsgeschäfte. Name und Begriff der Handlung sind im Vorausgehenden (s. namentlich die Verweisungen der vorigen Noten, vorzüglich Bd. I §. 55 eingangs und §. 75) oft angewandt und beleuchtet worden. Eine Definition von Handlung in diesem §. zu geben hat, au einer Notiz des Verf. zu schließen, einmal in seiner Absicht gelegen, und in einer älteren Niederschrift für sein Pandektencolleg hat er im Eingang zur Lehre von den Handlungen die Handlung als „eine spontane Aeußerung des Menschen" bestimmt, welche „entweder eine Mittheilung unserer Gedanken und Gefühle an Andere, oder eine Bewältigung der Körperwelt durch unsere Körperlichkeit (Werk — Hand — Handlung κατ' ἐξοχήν)" sei; s. auch unten §. 562 i. Eingang u. §. 563 Abs. 1. — Da jedoch das Folgende, wie gesagt, nur die Rechtsgeschäfte betrifft, so würde, falls man

Die Rechtsgeschäfte.

§. 522.

So nennt man neuerdings[1]) diejenigen „juristischen Hand-

dieselben blos als Geschäfte, nämlich als Geschäfte des Rechts (§. 522 bei Anm. 8) betrachtet, die Handlung ohne Weiteres auf sich beruhen bleiben können, und wegen jener „Geschäfte" wohl von Niemanden die Psychologie und die Physiologie aufgeboten werden, welche selber hierfür Nichts zu bieten haben. „Die Rechtsgeschäfte sind aber", wie es Bd. I §. 52 heißt, „allgemeiner Handlungen, mithin nicht blos des Rechtes, sondern auch der Natur": und dies scheint eine Definition der Handlung zu erheischen. Allein 1) ist eine solche Definition weder im Ganzen noch stückweise den Quellen des Pandektenrechts zu entnehmen, in ihnen auch kein Operiren mit jenem umfassenden Abstractum wahrzunehmen. (Das Gegentheil folgt weder aus Stellen wie l. 53 in fin. l. 222 D. v. s. 50, 16. l. 18 D. poen. 48, 19 bei Arndts, Pand. §. 58, noch aus dem gelegentlichen Gebrauch von actio, actus und factum, wo unser Wort Handlung am Platz ist; vgl. auch l. 25 §. 1 D. o. et a. 44, 7. l. 16 pr. D. poen. 48, 19 und Voigt, XII Taf. §. 37 Anm. 5). Dieser Abstraction bedienen sich nicht blos noch andere Disciplinen des Rechts, vorzüglich das Strafrecht, sondern auch seine Schwester die Moral und entferntere Sippen wie Psychologie, Physiologie und Psychophysik (s. Münsterberg, die Willenshandlung, 1887) — während Chirurgie, Kriegskunst und Technologie es zwar mit Handlungen zu thun haben (Schloßmann in Grünhuts Zeitschr. Bd. 7 S. 545), aber nicht mit der Handlung. Bei jenen verwandten Wissenszweigen sind denn auch zu Rath und zu leihen gegangen die Juristen, welche wie z. B. Binding, Normen II §. 33 und Geyer, M. Vierteljahresschr. Bd. 19 S. 419 fg., die der Vers. angemerkt hat, (vgl. oben Bd. II §. 250 Anm. 30) oder P. Müller, Elemente der Rechtsbildung S. 350 fg., Schall, d. Parteiwille im Rechtsgeschäft S. 11 fg., Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft Kap. 1 u. 2, Lammasch, Handlung und Erfolg in Grünhuts Zeitschr. IX S. 221 fg., Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 5 fg., Werthauer, Einfluß des Irrthums S. 11 fg., Bekker, System §. 82 (hier auch „rein innerliche Handlungen") sich mit dem Wesen der Handlung für das Recht befaßt haben. Was nun der vulgäre Sprachgebrauch als Niederschlag alltäglicher Erfahrung, oder eine verwandte Wissenschaft als Ergebniß planmäßiger Untersuchung an Belehrungen liefert, wie aufklärend es sei, bleibt für die Definition der pandektenrechtlichen Handlung unverbindlich, es sei denn ursprüngliche Begriffsgemeinschaft, oder Entlehnung anzunehmen. Vgl. Zitelmann a. a. O. S. 17. 18 und auch Schloßmann a. a. O. S. 544. 574 fg., Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 285. 286, Wendt, Pand. S. 26 al. 2 und vornehmlich Pfersche, Irrthumslehre d. österr. Privatrechts S. 13/14. 21. 23. 29. 2) Wenn das Rechtsgeschäft eine Art der Gattung Handlung ist, so kann die Definition der Letzteren entbehrt werden, falls bei Besprechung der Art auch alle Merkmale der Gattung zur Sprache kommen. Und dies ist denn, wie aus der Uebersicht der „Erfordernisse der Rechtsgeschäfte" in §. 523 ersichtlich, in der That der Fall. Vom Wie der Handlung ist in und mit dem Wie der Rechtsgeschäfte von §. 523 ab die Rede, der „Handelnde" ist der Urheber eines Rechtsgeschäfts. 3) findet sich im §. 523 angegeben was „zu jedweder Handlung nach deren natürlichem Begriffe gehört." Aus diesen drei Gründen glaubte man hier von einer Definirung der Handlung abstehen zu sollen.]

1) [Der Name „Rechtsgeschäft", unter allmählicher Verdrängung des

lungen, deren Absicht (oder Zweck) auf eine rechtliche Wirkung geht“ [2]), oder „Willenserklärungen, deren Zweck und Absicht wesentlich auf eine rechtliche Wirkung, Entstehung, Endigung, oder Aenderung eines Rechtsverhältnisses gerichtet ist“ [3]). Allein

---

nicht lange vorher aufgekommenen Namens „rechtliches Geschäft,“ scheint erst gegen Ende des vorigen Jahrhunderts und zwar von Hugo systematisch gebraucht worden zu sein. S. die Citate bei Pernice in Grünhuts Zeitschr. VII S. 467. 468]

2) Puchta, Pand. §. 49, Savigny, Syst. III §. 104 S. 5 fg., Mühlenbruch, Pand. § 101, Scheurl, Institutionen §. 47, Wächter, Pand. I S. 360, Esmarch, Grundss. d. Pandr. §. 42, Keller, Pand. §. 49, Unger, Oesterr. Privatr. II §. 78.

3) Arndts, Pand. §. 73, Windscheid, Pand. §. 69; [bei Beiden längere Literaturberichte. Völderndorff, Form der Rechtsgeschäfte S. 11. Auch Unger a. a. O. und Köppen in Jher. Jahrb. XI S. 152 vgl. S. 220. 221, welcher überdies verlangt, daß diese Willenserklärungen „in der That auch eine (wenngleich nicht die beabsichtigte — wogegen Zitelmann, Irrtum Anm. 278) Rechtsänderung bewirkt haben müssen“ — jedoch nur im Gegensatz zu dem unvollendeten oder dem schwebenden Geschäft; „die rechtliche Existenz einer Willenserklärung und die Existenz eines Rechtsgeschäfts sind daher zwei verschiedene Dinge“ — auch nach Karlowa, Rechtsgeschäft S. 13 trotz S. 6 fg In weiterem Gegensatz befürwortet Lotmar, Causa S. 10—14 die Anwendung des Ausdrucks Rechtsgeschäft auf einen Thatbestand vom wirklichen Dasein der Rechtsfolgen abhängig zu machen (vgl. unten §. 538 Anm. 12) — wogegen Windscheid a a O. Anm. 1d, Zimmermann, Stellvertr. neg. gest S. 147 fg., Leonhard, Irrthum S. 296 fg. und Eisele, M. Vierteljahresschr. Bd. 20 S. 6, dieser unter Gleichstellung von Sprachgefühl und Wortsinn. Gegen Eisele Cohen, Schenkung von Todeswegen S. 57 und Zitelmann a. a. O. Anm. 271, welcher unter Berufung auf den Wortsinn, weil er Rechtsgeschäft aus Recht schaffen, statt aus Recht (i. obj. S.) und Geschäft entstanden sein läßt, von der auf das Eintreten einer Rechtswirkung gerichteten Willenserklärung verlangt, daß sie, um Rechtsgeschäft zu sein, die Rechtswirkung auch habe: S. 233. 281. 285. 286. 288. 296. 309; ebenso Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 140—45. — Wegen des Verhältnisses von Willenserklärung und Rechtsgeschäft s. Bekker in Jher. Jahrb. XII S. 31 Anm. 1 und System II S. 11 und §. 89 Not. o–q u. s., Sintenis, Civilr. I §. 19 N. 1 und dagegen Köppen in Jher. Jahrb. XI S. 145 Anm. 7, Pernice in Grünhuts Zeitschr. VII S. 469, Zitelmann a. a. O. S. 281/2. Unger, Privatr. II §. 78 Anm. 1, Adickes, z. Lehre v. d. Bedingungen S. 20, Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse S 101. 102. Dagegen daß das Rechtsgeschäft „wesentlich Willenserklärung“ sei, oder sich darin erschöpfe (Bruns, kl. Schriften II S. 453, Arndts, Windscheid u. A.), s. unten §. 563 al. 3, §. 561 Anm. 28, vgl. Bd. II §. 243 bei Anm. 15. Bd. III S. 184, Eisele, M. Vierteljahresschr. XX S. 19, Karlowa, Rechtsgeschäft S. 181, auch Affolter, z. L. v. Rechtsgeschäfte S. 13. 14 und sonst bes. S. 53. 54. Bruns a. a. O. S. 454. Wegen Willenserklärung im w. S., wo sie soviel als Willensäußerung oder Handlung und ohne sie kein Rechtsgeschäft ist, s. Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 290. 335. 336 und z. B. Scheurl, Institutionen §. 47, Voigt, Jus nat. III S. 10, Lotmar a. a. O. S. 9. 10, Bech-

wird mitunter nicht auch das Delict, eine „juristische" Handlung, in der Absicht auf deren rechtliche Wirkung, die Strafe (z. B. des Eingesperrtwerdens) begangen?[4]) oder wird das

---

mann, Kauf II S. 3, Ennecerus, Rechtsgeschäft S. 55 Anm. 1 und oben Bd. III §. 394 Anm. 2 Genannte. Wegen Willenserklärung i. e. S., wo sie wörtliche Erklärung und adressirt ist, s. unten §. 563 al. 3 und oben Bd. III §. 394 Anm. 3 a. E., überhaupt noch Zitelmann, die jur. Willenserklärung in Jher. Jahrb. XVI, S. 365–371. 375–380, Irrtum S. 238—280 nebst Bekker, M. Vierteljahresschr. XXII S. 43, Schall, Parteiwille S. 13 fg, Affolter, Causalreihe S. 73|74, und Leonhard, Irrthum S. 58 fg., worüber Lotmar, M. Vierteljahresschr. Bd. 25 S. 378 fg., Bekker, System §. 82 unterscheidet reine Kundgebungen, Realakte und gemischte Handlungen (Combinationen der ersten beiden), s. auch daselbst §. 95.

4) „Daß z. B. manche Personen Verbrechen begehen, um in dem Gefängnisse ein Unterkommen zu finden, ist eine allbekannte Thatsache": Leonhard, Inwieweit gibt es nach d. Vorschriften d. d. CPO. Fictionen? S. 31. [Gegen Bekker, Jher. Jahrb. XII S. 32, daß „ein Delict nicht leicht seiner juristischen Folgen wegen begangen werden mag", s. Thon, Rechtsnorm u. subj. Recht S. 355 Anm. 60. Allein Wer eingesperrt zu werden beabsichtigt oder ein Unterkommen im Gefängniß sucht, dessen Absicht ist auf factische, nicht auf rechtliche Wirkung gerichtet — gegen Kohler, Jher. Jahrb. XVI S. 336 und Schall, Parteiwille S. 23 Anm. 12. Sodann will durch die Wesentlichkeit der Richtung des Willens auf eine rechtliche Wirkung (worüber §. 524 Anm. 1 vgl §. 548 Anm. 22), oder durch das Merkmal der Erlaubtheit die im Text beanstandete Definition das Delict ausschließen: Wächter, Württ. Privatr. II S. 635, Unger, Oesterr. Privatr. II §. 78 Anm. 4, Zimmermann, Stellvertretende neg. gestio Anm. 164, Zitelmann, Irrtum S. 309. 233 und wohl auch Windscheid, Pand. §. 69 Anm. 1a eingangs. Die Aufnahme der Delicte unter die Rechtsgeschäfte widerstrebt dem Sprachgebrauch, vielleicht auch der Sprache, welche das Delict nicht als „Geschäft" gelten läßt, vgl. Schloßmann, d. Vertrag S. 131; jedoch faßt Hofacker, principia juris (1788) die actus injusti mit den juridici zu negotia juridica zusammen (Schall, Parteiwille S. 1 Anm. 2).] Der römischen Anschauung schwebt zunächst der Unterschied des gestum und der Delicte vor: s. u. A. l. 4 §. 1 D. aleat. 11, 5 [cf. l. 1 §. 8 D. effud. 9, 3, und wegen des Delicts s. Bd. II §. 250. Böcking, Pand. §. 103 unterscheidet vom Rechtsgeschäft „im weiteren Sinne" als der „Willensäußerung eines Privaten, welche auf die Gestaltung eines Rechtsverhältnisses von Einfluß ist", die „vorzugsweise" als Rechtsgeschäfte bezeichneten, nämlich „die erlaubten d. h. ihrem Inhalt nach rechtlich zulässigen, eine rechtliche Wirkung bezweckenden Willenserklärungen, im Gegensatze zu den Widerrechtlichkeiten." — Daß ein Vorgang „gleichzeitig" Rechtsgeschäft und Delict sein könne, z. B. betrügerischer Verkauf, alienatio iudicii mutandi c., emtio negotiandi c. nach Sc. Hosidianum, ist anzuerkennen — s. die bei Endemann, civilr. Wirkung der Verbotsgess. S. 110 Anm. 2 Genannten nebst Bruns a. a. O. S. 454 Anm. 7. 8, Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 285 bei Anm. 2 und vgl. Hölder, M. Vierteljahrsschr. Bd. 29 S. 298. 299 — nur kann der Thatbestand nicht soweit er Rechtsgeschäft ist auch Delict sein, sondern Letzteres nur durch einen für Ersteres außerbegrifflichen Umstand. Thon,

Tagwerk des Taglöhners aus einer anderen Absicht vorgenommen, als um ein Forderungsrecht zu begründen, und kann so nicht jede gemeine Handlung zur juristischen Handlung und zum Rechtsgeschäft werden?[5]).

Nicht irgend eine Absicht oder der Wille des Handelnden[6]), sondern wie schon der Name andeutet[7]), der Wille des

Rechtsnorm S. 367/68. 369, vgl. Lotmar, Causa S. 70. 73, Hartmann, Iher. Jahrb. XX S. 73 Anm. 52. Ueber das was Rechtsgeschäften und Rechtsverletzungen „gemeinsam ist" s. Merkel, Encyklopädie §§. 229 fg.]

5) [Der Bejahung dieser Frage beugt vor Wer nur die Handlung als Rechtsgeschäft gelten läßt, bei welcher die Absicht wesentlich auf eine rechtliche Wirkung gerichtet ist: (Anm. 4) z. B. Wächter, Württ. Privatr. II S. 635, Zitelmann, Irrtum S. 309, Bruns, kl. Schriften II S. 454. Auch würde die Annahme, daß z. B. der fullo als conductor operis vestimentorum lavandorum mit der Vornahme der Leistung, zu welcher er obligirt ist, eine solutio (Bd. II §. 289) und damit ein Rechtsgeschäft vollziehe, oder daß der, si in Capitolium ascenderit, zum Erben eingesetzte Titius, wenn er conditionis implendae causa den Gang macht und sich damit die Delation verschafft, ein Rechtsgeschäft vollziehe, überhaupt daß es, nach dem Vorbild der Handelsgeschäfte, absolute und relative Rechtsgeschäfte gebe, welche letzteren gemeine Handlungen oder Geschäfte seien, die unter Umständen als Rechtsgeschäfte gelten — diese Annahme würde nicht sinnlos sein. Vgl. unten §. 546 sub 1b „nicht schon an sich Rechtsgeschäft — sondern dieses erst durch den gewissen animus wurden" und unten §. 564 „ist an sich gemeines Faktum, und wird erst folgerungsweise . . . . zum Rechtsgeschäft". Karlowa, Rechtsgeschäft S. 182 „Charakter eines Rechtsacts" und Bechmann, Kauf II S. 7 Anm. Nach Bd. I §§. 65. 66 Bd. II §. 229 Anm. 7. Bd. III §. 394 Anm. 5 und nach dem oben Folgenden ist jedoch an dem absoluten Charakter der Rechtsgeschäfte festzuhalten. S. auch Bd. I §. 55 letzter Abs. init. Bd. II §. 334 Anm. 5, ebenso unten §. 563 al. 3 in f. (opera und operae keine Rechtsgeschäfte) und hiernächst Anm. 9 ad 1.]

6) [welcher jedoch nach §. 524 im Eingang (wo er näher erörtert wird) und §. 563 Absatz 3 a. E. auch wesentlich ist. Der bei Anm. 3 angegebenen Definition macht Thon, Rechtsnorm S. 352. 353 den Vorwurf, daß sie allein auf die Intention des Urhebers blickend auch die rechtlich „völlig bedeutungslose" Aeußerung begreift. Dagegen liegt nicht in der bekämpften Definition, daß es der Wille des Handelnden ist, der die rechtlichen Wirkungen hervorruft, von welcher Deutung Thon bei seiner Polemik (S. 354) ausgeht. Ryck aber in der Festgabe für Beseler S. 124—129 (vgl. Schuldverhältnisse S. 141 fg.) stellt jener Definition entgegen und sucht als römische Auffassung nachzuweisen, „daß das Privatrechtsgeschäft als Ausfluß der Privatautonomie nicht ein Thatbestand ist, der erst von der Rechtsordnung mit der Kraft, Rechtsfolgen zu erzeugen, auszustatten wäre, sondern schon von selbst ohne irgendwelche Beihülfe der Rechtsordnung Rechtsfolgen erzeugt"; so schon Bierling, jur. Grundbegriffe II S. 72; Einschränkung bei Schloßmann, Vertrag S. 91 95, und wegen der „Autonomie" denselben in Grünhuts Zeitschr. VII S. 566 fg., sowie oben Bd. I §. 34 letzter Absatz und Puntschart, Fundam. Rechtsverhältnisse S. 94. 102 Anm.]

7) [Gegen das Bestreben „den Begriff des Rechtsgeschäfts aus der Be-

Rechtes gibt einer Handlung den Charakter eines Rechtsgeschäftes. Nicht Handlungen, welche erst vom Handelnden, sondern Handlungen, welche schon vom Rechte aus und generell zur Gründung und Aufhebung von Rechten bestimmt werden, — Geschäfte des Rechtes, seine Geschäfte, sind Rechtsgeschäfte[8]). Bei all den Handlungen, welche man mit dem Namen

---

zeichnung zu deduciren" Dernburg, Pand. I §. 91 Anm. 7, wie früher Schloßmann a. a. O. S. 555. Bekker, Syst. §. 89 Not. g vgl. f. imputirt diese „naturrechtliche Spekulation" unserem Texte. Allein jene Deduction findet in demselben keineswegs Statt, da vielmehr der Wortsinn (s. bei Anm. 11) aus dem übereinstimmenden Wesen der als Rechtsgeschäfte anerkannten Vorgänge erschlossen, nur als ihr Wesen andeutend und bestätigend in Bezug genommen wird. Dieser Verwerthung glaubt Pernice in Grünhuts Zeitschr. VII S. 466 die Erinnerung entgegensetzen zu können, „wie jung und wie willkürlich gebildet das Wort ist —"; s. auch S. 470 al. die Berufung auf unser „heutiges Sprachgefühl."]

8) [Vgl. Bd. II §. 291 Anm 9. Dieser Satz ist in der seitherigen Literatur öfter stillschweigend als ausdrücklich gebilligt worden. Die ihn anfochten, haben zum Theil übersehen, daß er von den Rechtsgeschäften d. i. den als solchen anerkannten Geschäftsarten („Geschäftstypen" Bekker System II §. 97, § 89 Beil. I i. Anf.), nicht von dem Rechtsgeschäft, der Abstraction aus den Ersteren, und daß er ferner von den sozusagen abstracten Rechtsgeschäften („Geschäftstypen") spricht (vom Kauf, von der Miethe u. s. w.), nicht von den concreten, welche allein der Verkehr zeigt (Eisele, M. Vierteljahresschr. Bd. 20 S. 15) z. B. dem vorhin zwischen A und B über m abgeschlossenen Kaufvertrag. Ausdrückliche Zustimmung bei Cohen, Schenkung von Todeswegen S. 52, Karlowa, Rechtsgeschäft S. 4, Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 302 Anm. 1 und Thon, Rechtsnorm S. 358 Nr. 12, welcher jedoch aus des Verfassers historischer Bestimmung dessen, was die Rechtsgeschäfte sind, Manches ableitet, was nicht Consequenz ist, und während er S. 354 Anm. 58 dem Verf. das große Verdienst zuschreibt „zuerst den Begriff des Rechtsgeschäfts klar erkannt zu haben", zugleich unter Berufung auf Schall, Parteiwille S. 5 einen Widerspruch des Obigen mit dem in §. 524 eingangs Gesagten behauptet. Zitelmann, Irrtum S. 306—308 tritt dieser Behauptung entgegen (Anm. 286), erläutert den obigen wie den nächst folgenden Text und gründet darauf die Unterscheidung der Rechtsgeschäfte im objektiven Sinn (im Einklang mit Obigem) von dem Rechtsgeschäft im subjectiven S.; ähnlich schon Schall a. a. O. S. 22/23, ferner Wendt, Pand. S. 83, während bei Leonhard, Irrthum S. 250 Anm. 3 eine Mißdeutung vorzukommen scheint. Stillschweigende Billigung findet sich bei Kohler in Jher. Jahrb. XVI S. 331, wo er das Recht sagen läßt: „Ich schreibe gewissen Akten einen Rechtseffekt zu und überlasse es Deinem freien Willen, ob Du diese Akte wählen willst . . .", welche Akte eben unsere Rechtsgeschäfte sind, s. jedoch auch Kohler l. c. Bd. 18 S. 155; ferner bei Voigt, XII Tafeln I S. 361, welchem Rechtsgeschäft diejenige Handlung ist, „welche in abstracto zu der Function berufen ist u. s. w." Ryck a. a. O. S 123 definirt zwar das Rechtsgeschäft als von den Parteien aufgestellte concrete Norm, erkennt aber S. 126 an, daß solche Aufstellung nur „innerhalb gewisser Grenzen" möglich ist und Letztere sind doch größtentheils nichts anderes als die vom Recht gezogenen Grenzen

Rechtsgeschäfte benennt, trifft es zu, daß sie wie z. B. das Testament, ihrer Wirkung, ihrem wesentlichen Inhalte, ihrer Form und Gestalt nach, nicht erst durch den Handelnden, sondern durch das Recht und zwar iure publico da sind[9]) (§. 546),

z. B. des Kaufs, der Erbeinsetzung d. i. der abstracten Thatbestände, welche man Rechtsgeschäfte nennt: z. B. egreditur ea res depositi notissimos terminos l. 24 D. depos. 16, 3. Vgl. die forma, die natura, den modus contractus, negotii, mandati, depositae pecuniae in §. 13 J. mand. 3, 26. l. 5 §. 4 D. praescr. v. 19, 5. l. 26 §. 1 D. dep. 16, 3. l. 7 § 5 D. pact. 2, 14. l. 48 §. 2 D. mand. 17, 1 (Bd. II §. 334 Anm. 26) und die dem Willen „vom Recht angewiesenen Schranken" bei Jhering, Geist d. R. R. §. 53 i. Anf. sowie unten §. 546 i. Anf. Dernburg I §. 91 („Rechtsgeschäfte sind Willenserklärungen einer Person, welche zur Ordnung ihrer Rechtsverhältnisse bestimmt sind") sagt nicht, ob sie vom Recht bestimmt sind, während nach Merkel, Encyklopädie S. 118 „selbstverständlich das objective Recht" es ist, welches „allein ein Geschäft zu einem Rechtsgeschäft macht". Endemann, civilr. Wirkung d. Verbotsgesetze S. 74 und nicht zuletzt Bülow, Arch. f. civ. Pr. Bd. 64 S. 86 bei Anm. 5, S. 87 bei Anm. 52. S. 88 a. E., wo jedoch Fremdartiges beigemischt ist.]

9) [Augenscheinlich soll dies nicht gelten 1. vom Begriff „Rechtsgeschäft" und 2. von den concreten Rechtsgeschäften, sondern blos von den abstracten („generell" und „im Voraus" bestimmten) Thatbeständen (unten §. 546 bei Anm. 1 und vorige Anm.). Denn ad 1) ist nichts gewisser als daß die Abstraction, die zu dem Rechtsgeschäft benannten Begriff führte, nicht Rechtsbildung, sondern theoretische Jurisprudenz und dazu sehr moderne war. Zwar spricht Zitelmann, Irrtum S. 526 vom Rechtsgeschäftsbegriff als „im röm. R. gegebenen"; hat Leonhard, Irrthum S. 249 seine Quellenmäßigkeit behauptet, ohne dies und insbesondere das zu erweisen, daß negotium der von ihm gegebenen Definition entspricht; erklärt Voigt, XII Taf. I S. 367 stipulatus im S. von Festmachung, Abmachung für „die älteste lateinische Bezeichnung des Rechtsgeschäftes", ohne zu zeigen, daß dieser Name für das von ihm S. 361 definirte Rechtsgeschäft gebraucht wird, woran man dessen archaisches Vorkommen erkennen würde, während es nun unwahrscheinlich bleibt, daß z. B. die necessarii heredis institutio, das do lego legatum oder die manumissio testamentaria unter jenen stipulatus gefallen sei; finden sich in der That im classischen Recht ein paar Ansätze zu einer Zusammenfassung mehrerer Geschäftsarten unter einem Namen, den unser „Rechtsgeschäft" wiedergeben kann, obwohl es selbst weiter greift. (Solche Ansätze:] Negotium nach l. 35 §. 3 D. m. c. d. 39, 6 ein Geschäft, bei welchem etwas für den Handelnden (Negotianten) herauskommen soll. [Wegen negotium s. auch Wlassak, z. Gesch. d. neg. gestio S. 57—60. Civile negotium: Ulp. fr. XI, 27. Gestum: oben Anm. 4 u. Bd. I §. 116 Anm. 6. Actio: unten §. 546 Anm. 3.] Dafür daß actio auf Rechtsgeschäfte geht fr. Vat. §. 47a, aber später finden wir statt der actio den actus: l. 20 §. 1 i. f. C. episc. 1, 3 [(zu welcher St. jedoch auch Krügers Note). Actus legitimus: unten §. 536 Anm. 53. Enneccerus, Suspensivbedingung S. 21 fg. Salomon, Wesen d. befrist. Rechtsgeschäfts S. 7). Hingegen von der Existenz und Verwendung eines so voluminösen Begriffs wie der unsrige bieten die Quellen kein Zeugniß, daher er für „Produkt der modernen Systematik" erklärt wird von Dernburg I §. 91 Anm. 3, wohl zuerst von

mithin in diesem ihrem wesentlichen Bestand auch eingehalten werden müssen, ihnen nicht derogirt werden kann[10]). Da kann denn der ursprüngliche und richtige Sinn des Wortes[11]) nicht

---

Pernice, Labeo I S. 403, s. ferner Schloßmann, Zwang S. 11, Vertrag S. 131, Schall, Parteiwille S. 48, Pernice, Grünh. Zeitschr. VII S. 466, Bruns, kl. Schrift. II S. 453, Lotmar, M. Vierteljahrsschr. Bd. 25 S. 424—426, Windscheid §. 69 Anm. 1 g E., Gradenwitz, Ungültigkeit S. 1. S. 298 fg., Wendt S. 82. 83, Bekker §. 89 i. Eingang. Wegen jenes Ursprungs auch das bellum omnium contra omnes um den Begriff und um die Zugehörigkeit dieser und jener Vorgänge (Anm. 14). Zur Geschichte der Begriffsbildung Pernice in Grünh. Zeitschr. VII S. 466–69; über die heutige Aufgabe und Methode der Definition Zitelmann, Irrtum S. 229–32, wogegen Schloßmann in Grünh. Zeitschr. VII S. 553 die Definition als gegeben voraussetzen muß, wenn er für die ersten Fragen erklärt, „Gibt es jurist. Thatbestände, welche der Definition des Rechtsgeschäftes entsprechen, und welche juristischen Thatbestände sind es"? Nach Schloßmann, Zwang S. 11 wohnt dem fraglichen Begriff „wenig systematischer Werth" bei und nach Schloßmann, Vertrag S. 139 „ist durch die Aufdeckung des scholastischen Ursprungs der Kategorien des Rechtsgeschäftes und der Willenserklärung diesen ihr Platz im System entzogen"; s. auch denselben in Grünhuts Zeitschr. VII S. 555. Gegen jenen „scholastischen Ursprung" Pernice a. a. O. VII S. 470, der seinerseits S. 466 „so weit geht zu behaupten, keine einzige Lehre, die man unter der Ueberschrift Rechtsgeschäft abzuhandeln pflegt, gelte für alle oder gelte in gleicher Gestalt für alle Rechtsgeschäfte." Gleichwohl haben nicht bloß die Systeme an Wort und Begriff festgehalten, sondern man hat auch die Abstraction mehr oder weniger zu rechtfertigen gewußt: Thon, Rechtsnorm S. 369, Bruns a. a. O. S. 453 nach Anm. 2, Dernburg, Pand. I §. 91 nach Anm. 5, Lenel in Jher. Jahrb. XIX S. 250 f. auch S. 160 Anm. 16 u. S. 161, Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 294, Affolter, Rechtsgeschäft S. 5 trotz Affolter, Causalreihe S. IV. S. auch oben Bd. I §. 65 u. §. 66 das den Rechtsgeschäften im Gegensatz zu den gemeinen Handlungen und §. 65 S. 175 das ihnen im Gegensatz zu den Delicten Gemeinsame. — ad 2) Diese concreten Rechtsgeschäfte werden von den handelnden Menschen hergestellt — s. unten §. 547 im Eingang — und vom Richter mit den abstracten verglichen, unter diese subsumirt; s. die Stellen in Anm. 8. Mit Unrecht findet daher Bruns a. a. O. S. 453 durch den obigen Text „das natürliche Verhältniß auf den Kopf gestellt", da doch der Mensch, welcher die vom Recht projectirten Thatbestände handelnd realisirt, keineswegs „wie ein Kind vom Recht geleitet wird", sondern „freie, eigene Thätigkeit entfaltet". S. die Freiheit in §. 547. Daß die (abstracten) Rechtsgeschäfte „ihrer Wirkung und ihrem wesentlichen Inhalt nach durch das Recht da sind", ist völlig im Einklang mit der Ansicht, nach welcher das Privatrecht „weithin nichts Anderes als der jeweilige präsumtive Wille der Privaten selbst" ist: Bd. I §. 34 Anm. 17, s. ferner §. 24 Nr. 2 und unten §. 548, auch Zitelmann, Irrtum S. 307 al.]

10) [z. B. Bd. III §. 379 i. Anf. §. 388 Anm. 8–10 und unten §. 546 sub 2.]

11) [Nach den Citaten von Pernice in Grünhuts Zeitschr. VII S. 467. 468 ist es wahrscheinlich, daß in dem an die Stelle von „rechtlichem Geschäft" getretenen Wort „Rechtsgeschäft" (s. Anm. 1) „Recht" ursprünglich

wohl ein anderer als der sein, daß dies vom Recht geschaffene, oder zu seinen Zwecken angenommene Geschäfte seien[12]).

Uebrigens verdient ein Theil der Rechtsgeschäfte diesen Namen mehr als der andere. Denn während man von dem einen Theile sagen kann, daß er von dem Rechte erst geschaffen und ohne dieses nicht denkbar sei (wie die solennen Geschäfte der Mancipatio und Injurecessio, des Nexum und der Stipulatio, der nexi solutio und der acceptilatio, des Testamentes und der Codicille u. s. f.)[13]), so sind die naturalen Handlungen der

mehr nicht bedeutete, als eine Zugehörigkeit des Geschäfts zum Recht, wie in den Wörtern Rechtsalterthümer, Rechtsleben und entsprechend anderen Compositen von Geschäft als: Erbschaftsgeschäft (Bd. III S. 184/85), Handels-, Lebens-, Börsengeschäft; auch scheint sich dieser schwächere Sinn in der populären Literatur erhalten zu haben, z. B. Haidingers Selbstadvokat oder gemeinverständl. Anleitg., wie man sich in Rechtsgeschäften aller Art selbst vertreten und die nöthigen schriftl. Aufsätze, wie: Eingaben, Gesuche u. s. w. ohne Hülfe von Advokaten u. s. w. 15. Aufl. 1889. Gewichtiger und systematisch werthvoller ist der Terminus, wenn er auf eine Urheberschaft des Rechts verweist, wie in den Zusammensetzungen Rechtsmittel, Rechtsregel, Rechtsanspruch des Fall ist,] und in diesem unserem Sinne hat schon Thibaut, Pand. 8. Aufl. §. 104 seine „rechtlichen Geschäfte" definirt als: „Willenshandlungen, welche zur Begründung rechtlicher Verhältnisse gestaltet sind", „gestaltet" ohne Zweifel vom Rechte. [(Bei Thibaut, auch in der 9. Aufl. steht „gestattet.") „Recht" in „Rechtsgeschäft" im Sinne des subjectiven statt des objectiven Rechts zu nehmen (vgl. oben Anm. 3), ist nach Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse S. 102 Anm. „der Grundirrthum."]

12) [Danach muß, wie „nullum crimen sine lege", so auch „nullum negotium (i. S. von Rechtsgeschäft) sine lege" gelten. Wegen der Frage, ob es neben den „generell" (zur Gründung und Aufhebung von Rechten) vom Recht bestimmten Handlungen auch Rechtsgeschäfte sui generis gebe, s. Leonhard, Irrthum S. 248. 249 und dort Agff., Dernburg, Pand. I §. 91 S. 215/16. (der 3. Aufl.), Kohler, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 203, Bekker, Syst. II §. 97 Note i, §. 99 Note h, sowie hier unten §. 546 Anm. 2.]

13) [S. auch Bd. I §. 46, I. Bd. II §. 295 Anm. 3 und unten §. 546 Anm. 1—4. — Die folgende Unterscheidung von Rechtsgeschäften, welche vom Recht erst geschaffen und solchen, welche vom Recht nur adoptirt worden sind („aufgestellt oder recipirt": Bd. I §. 65 bei Anm. 2, „aufgestellt oder anerkannt": Bd. I S. 214) — welcher Distinction sich Thon, Rechtsnorm S. 364 Anm. 77 und Zitelmann, Irrtum S 307 al. 1 S. 308 al. 1 angeschlossen haben — kann nach Pernice in Grünhuts Zeitschr. VII S. 492 „bei näherer Prüfung nicht bestehen": „Formell juristisch sind alle Rechtsgeschäfte Schöpfungen der Rechtsordnung — geschichtlich aber erscheinen sie sämmtlich als adoptirt". Diesem Widerspruch beitretend Lenel in Jher. Jahrb. XIX S. 155, Bruns, kl. Schr. II S. 453, Bechmann, Kauf II S. 8, Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 303; s. auch Schloßmann in Grünhuts Zeitschr. VII S. 570. 571, Voigt, XII Taf. I S. 363 g. E., Holder, Pand. S. 212. Allein a) erkennen Schloßmann a. a. O. Anm. 1 und Bechmann a. a. O. Anm. 2 die

Occupatio und Traditio, der bloßen pacta und conventiones, der naturalis solutio und der Fideikommisse bis auf ein gewisses ohne das Recht und vor diesem denkbar; sie sind vom Rechte nicht sowohl geschaffen als adoptirt, und ohne besondere Zuthaten, namentlich ohne besondere Formen mit rechtlichen Wirkungen ausgestattet worden[14]).

Möglichkeit an, daß Rechtsgeschäfte, nämlich abstracte Thatbestände solcher, allererst vom Recht erfunden werden; dieser „Gattung von Pflanzen, welche die Möglichkeit haben zu wachsen, aber nicht wachsen", ist schon oben Bd. I §. 26 Anm. 19 Rechnung getragen. Nicht gehört dahin die Neuschaffung des contr. emphyteuticarius: l. 1 C. de emph. iure 4, 66 (Bd. I §. 205 Anm. 2). — b) Wenn Bruns a. a. O. von mancipatio und nexum sagt, sie seien „nur für die natürlichen Willenserklärungen durch Gewohnheit oder Gesetz gebildete Formen," so darf man dieses Bilden von Formen mit Zitelmann a. a. O. als Schaffen eines Rechtsgeschäfts bezeichnen; c) würden sich vielleicht bei noch „näherer Prüfung" die hier oben und die nach Anm. 13 genannten Rechtsgeschäfte doch als verschieden in ihrem geschichtlichen Verhältniß zum Recht erwiesen haben, indem die ersteren Merkmale tragen, welche von gewohnheitlicher oder gesetzgeberischer Rechtsbildung herrühren, während die Letzteren sozusagen im Naturzustand verharrt sind. Daß die Form „nichts willkürlich Ersonnenes, sondern aus der Uebung des täglichen Lebens hervorgegangen ist", sollte im Text nicht verneint werden; eben diese Uebung war Gewohnheitsrechtsbildung, welcher in einzelnen Fällen gesetzliche confirmatio nachfolgte, z. B. fr. Vat. §. 50. Des Näheren Bd. I §. 26 letzter Absatz; s. auch Bd. II §. 291 Anm. 9, sowie die hier folg. Anm. 14.]

14) — solutio venditio traditio facti magis quam iuris sunt — l. 7 §. 3 D. de cur. fur. 27, 10; [s. aber auch Bd. I §. 73 a. E. Vgl. Bd. I §. 135 Anm. 5 und Bd. II §. 219 Anm. 5 (vgl. 16) die „Thatsachen, die wenig Jus, aber viel Natur an sich hatten, wie mutuum, emtio venditio etc." — Pernice a. a. O. S. 488 Anm. 58 findet es „nicht recht verständlich, wie Brinz die Fideicommisse zu den von der „Rechtsordnung adoptirten", die Testamente zu den durch sie geschaffenen Rechtsgeschäften zählen mag". Der Ersteren Adoption im Sinn des Textes wird durch §. 1 J. de fideicom. her. 2, 23 bezeugt, während die Testamente (d. h. Erbeinsetzungen) — man denke nur an die beiden ältesten Arten — sich als echte, leibliche Kinder des Rechts präsentiren, mit präjuristischem Dasein nicht denkbar sind. S. auch Voigt, Jus nat. III bes. §§. 36, 53, wo von den unsolennen außerhalb des Rechts, im Gebiet der mores sich bewegenden, auf die fides gestützten, zu gewisser Zeit in die Rechtssphäre übertretenden Geschäften gehandelt ist. Vgl. Bd. II § 325 Anm. 12 die in ihrem „noch nicht obligatorischen Urzustand" belassene fides u § 225 Anm. 2. — Wegen der Rechtsgeschäftsqualität der oben genannten Occupatio und Traditio vgl. Bd. I S. 216, hier unten §. 561 bei Anm. 28, Bd. I §. 138. §. 151 init. Bd. II §. 229 Anm. 7. In der neueren Literatur finden wir jene Qualität für die Occupation, die Tradition und die Dereliction, für alle drei oder für eine und die andere, entweder schlechthin, oder insofern sie Besitzerwerbs- und Besitzverlusthandlungen sind, bald bejaht, bald verneint und All dies aus verschiedenen Gründen. So Bejahung und zwar für alle drei schlechthin bei Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 145 Anm. 7, Lenel ebenda XIX S. 164—82 und gewissermaßen Bruns kl. Schr. II S. 454,

Nichts destoweniger ist das Wie der Rechtsgeschäfte

nur für Occupation und Dereliction bei Wächter, Württ. Privatr. II S. 635 Anm. 2, Leonhard, Irrthum S. 250 Anm. 4, Bekker, Syst. II S. 47 vgl. auch Hölder, Pand. S. 216, nur für Dereliction bei Pernice, Grünh. Zeitschr. VII S. 497, für Occupation und Dereliction als Eigenthumserwerb resp. -Verlust wirkende bei Karlowa, Rechtsgeschäft S. 181, Bechmann, Kauf II S. 7 und Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 291. 292. 324 fg., jedoch auch das Schwanken auf S. 330–33, für Occupation herrenloser Sachen Dernburg I §. 91 Anm. 6 (entgegen seiner Rechtsgeschäftsdefinition, oben Anm. 8 g. E.) und Czyhlarz bei Glück Serie 41. 42, I S. 206 bei Anm. 48. — So Verneinung für Occupation und Dereliction schlechthin bei Kohler, Jher. Jahrb. XVIII S. 135, Ryck, Festg. f. Beseler S. 130, für occupatio rei nullius und derelictio bei Voigt, XII Taf. I S. 362 Anm 9, für Occupation bei Sintenis, Civilr. I §. 19 Nr. I, Pernice a. a. O., für Occupation auf der Jagd bei Savigny, Syst. III S. 6 nebst Keller §. 49, für Occupation, Dereliction und Tradition als bloße Besitzerwerbs- und -Verlusthandlungen bei Zitelmann, Irrtum S. 310—6, Bechmann a. a. O. S. 38. 39. Diese Verschiedenheit der Classification ist überwiegend die Folge der Verschiedenheit der aufgestellten Rechtsgeschäftsbegriffe. Eine allgemein verbindliche Entscheidung ergibt sich nur wenn man den Zweck der Classification ins Auge faßt. Dann hängt die Subsumtion jener Handlungen unter den Rechtsgeschäftsbegriff davon ab, ob auf sie die Mehrzahl der Regeln Anwendung findet, welche von den allgemein als solchen anerkannten Rechtsgeschäften gelten z. B. die über Handlungsfähigkeit (Bd I S. 216, §. 138 Anm 58, §. 141 Anm. 7), Irrthum (§ 137 Anm. 10, §. 141 Anm. 7), Bedingung (Bd. I §. 138 Anm. 63), Stellvertretung (unten §. 578 Nr. 3, § 579 ad. 2), Nichtigkeit (Bd. III §. 494 bei Anm. 23, Bd. II §. 245 Anm. 14, Bd. I §. 138 Anm. 59). Solche systematisch-praktische Kriterien führen sicherer zum Einverständniß, als die psychischen Merkmale frei entworfener Definitionen. Ueber und für jene Methode Bekker II §. 89 Not. k fg. u. Beil. I, s. auch Lenel a. a. O. S. 160/1. Dieselbe würde wohl auch die Handlungen von den Rechtsgeschäften ausschließen, „welche als natürliche Vorgänge unangesehen die Willensseite rechtsverändernd wirken, wie Zeugung, Selbstmord, Produciren, Vernichten, Verbrauchen, Verändern, Verarbeiten von Sachen u. dgl." (Wach, Arch. f. civ. Pr. Bd. 64 S. 269). Mehr oder weniger übereinstimmend Wächter, Württ. Priv. II S. 635, Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 152 Anm. 27, Kohler ebenda XVIII S. 133 fg. und in Grünh. Zeitschr. XIII S. 285 fg. (wo der Rechtseffect, welcher über den mit dem Natureffect gegebenen Rechtseffect hinausgeht, als die Eigenheit des Rechtsgeschäftes bezeichnet ist), Zitelmann, Irrtum S. 277 Anm 247 u. hier Genannte, Karlowa, Rechtsgeschäft S. 182, Lenel, Jher. Jahrb XIX S. 160 Anm. 13, Bechmann, Kauf II S. 4—7. 40 41, Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 283. 284. 333 Anm. 1, Bekker II S. 47. 48. 151, 1 Brinz selbst nimmt in einem Collegienheft Anstand die Specification zu den Rechtsgeschäften zu zählen. Nicht zu denselben, sondern zu jenen Vorgängen, welche ohne Ansehen des Willens rechtsverändernd wirken, wird wohl auch die willentliche Unterlassung der Testirung zu rechnen sein, trotz Bd. I §. 23 zu Anm. 19, Bd. III § 421 Anm. 16. Die empfohlene Methode läßt sich auch auf consensus curatoris, Vollmacht, Ratihabition und Offert anwenden, deren Rechtsgeschäftsnatur bestritten ist. S. einstweilen unten §. 561 al. 2 Bd. II §. 312 Anm. 9 S. 577 unten, §. 229 nach Anm. 7, §. 334 i. Anf., Kar-

sämmtlich vom Rechte bestimmt[15]), und wäre es nur, daß diejenige Form und Gestalt, welche sie etwa von Natur aus haben, als auch dem Rechte genügend erklärt wird. Daß das Wie der solennen Geschäfte vom Rechte bestimmt sei, versteht sich um so mehr, als es von ihm geschaffen ist.

Aber nur die Rechtsgeschäfte haben ihr Wie vom Rechte. Selbst das Wie der „juristischen Handlungen" (obwohl sie rechtliche Wirkung haben) fällt nicht in die Bestimmung des Rechts, wenn sie keine Rechtsgeschäfte sind, geschweige denn das Wie der gemeinen Handlung; die Delikte werden im Rechte nur definirt, nicht bestimmt, oder gestaltet[16]). Nur in An-

lowa, Rechtsgeschäft S. 16, Windscheid §. 69 Anm. 1c u. da Agff., Zitelmann, Irrtum Anm. 279. Hölder S. 210 stellt im Rechtsakt einen weiteren Begriff auf als den des Rechtsgeschäfts, unter jenen fällt z. B. die Ermächtigung als Ermöglichung des Rechtsgeschäfts. — S. endlich noch Bd. II §. 249 Anm. 5.]

15) [anerkannt von Schall, Parteiwille S. 18/9 („in der positiven Rechtsordnung schematisch präformirt") und S. 25 Anm. 19, anerkannt und erläutert von Thon, Rechtsnorm S. 365 Anm. 78. Hingegen Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 302 unterscheidet „das Wie der rechtlichen Wirkung" und „das Wie der Errichtung (den Thatbestand)." Ersteres werde ausschließlich durch die Rechtsordnung festgestellt, während die Entscheidung über das Letztere „von der Rechtsordnung der Lebenssitte überlassen" werde — im Widerspruch mit S. 287. Allein auch der abstracte Thatbestand der Rechtsgeschäfte ist ausschließlich (s jedoch auch Anm. 12) vom Recht festgestellt, z. B. testamenta quemadmodum fiant oder ordinentur nur innerhalb dieser Schranken gilt: uti legassit, ita ius esto; mit dem privilegium quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint (l. 24 D. test. mil. 29, 1) stellt wieder das Recht ein Blankett aus. Die Behauptung: „im röm. Recht fehlt es an präzisen Bestimmungen über den Thatbestand der einzelnen Rechtsgeschäfte" (Pininski S. 306 vgl. S. 307 Anm. 3. 5), ist unbegreiflich und wird auch S. 315 zurückgenommen: „Das objekt. Recht setzt nicht nur die Rechtsfolge fest, sondern normirt auch den Thatbestand der Rechtsgeschäfte". Dagegen die erwähnte „Lebenssitte" kann nur entscheiden helfen, worin der concrete Thatbestand besteht und ob derselbe dem abstracten entspricht. Und für mehr nicht, denn für solches Interpretirmittel scheint auch Pininski S. 318 die Lebenssitte anzusehen, welche er über das Wie der Erklärung entscheiden läßt. S. ferner Kohler, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 204. 205. 214 al. fg.]

16) Vom furtum sagt das Recht was es ist, von der mancipatio wie sie sein soll [s. auch Bd. I §. 52 Abs. 2 a. E. und Bd. II § 250 nach Anm. 3. Gegen die Unterscheidung des Textes Pernice in Grünhuts Zeitschr. VII S. 484 Anm. 52. Sollte nicht auch bei den Delicten eine Distinction von der Art wie die zu Anm. 13 u. 14 bei den Rechtsgeschäften gemachte geboten, oder statthaft sein, wonach z. B. das Delict der calumnia, oder des omissa causa testamenti ab intestato possidere hereditatem zu denjenigen Delicten gehören würde, welche im Rechte bestimmt oder gestaltet werden? Vgl. Bd. I §. 64 S. 211 Z. 6 v. o. Solches scheint auch Pernice a. a. O. zu meinen.]

sehung des Ob, und zwar des Dürfens, fallen alle Handlungen, die gemeinen wie die juristischen in den Bereich rechtlicher Bestimmung; in Ansehung des anderen Ob, oder des Könnens, nur diejenigen die von unsichtbarer, rechtlicher Wirkung sind, und also ein rechtliches Können oder rechtliche Macht voraussetzen[17]); in Ansehung des Wie nur die Rechtsgeschäfte, weil nur sie vom Rechte gewollt, als Mittel zu seinen Zwecken bestimmt, und dem entsprechend einzurichten sind[18]).

Im weiteren Sinne des Wortes sind auch diejenigen Handlungen, welche zur Geltendmachung und Vertheidigung der Rechte bestimmt sind (actiones), sowie die Aktionen des jus publicum und jus sacrum Rechtsgeschäfte[19]). Allein ihrer Form und

17) [Bd. I § 66 S. 216, §. 52 Abs. 2.]

18) [Anerkennung und Nachfolge bei Thon, Rechtsnorm S. 358. 366, Zitelmann, Irrtum S. 308 al. 2, Wendt, Pand. S. 83 und vornehmlich Karlowa, Rechtsgeschäft S. 4; Opposition bei Pernice a. a. O. S. 484. Nach Karlowa S. 5 unterscheiden sich Delict und Rechtsgeschäft ferner dadurch, daß „der Rechtswille unmittelbar an die vollendete Delictsthatsache die betreffende Rechtswirkung knüpft", wogegen beim Rechtsgeschäft „zwischen den Errichtungswillen und die Rechtswirkung ein Medium tritt: der Rechtsbestand, die rechtliche Existenz des Rechtsgeschäfts", worunter er die der vollen, normalen Rechtswirkung manchmal vorangehende „rechtliche Gebundenheit der Geschäftssubjecte" versteht. S. auch daselbst S. 161. Wider diese Lehre z. B. Cohen, Schenkung v. Todeswegen S. 60. 61, Zitelmann, Irrtum S. 282 fg. 303 fg. Enneccerus Rechtsgeschäft S. 161–68.]

19) [Bd. I (2. Aufl.) S. 214 B — S. 216 („Rechtsgeschäfte im weitesten Sinn des Wortes", „Rechtsgeschäfte im engsten Sinn des Wortes (Vermögens- und Familiengeschäfte)" — S. 175 2ter Abs., Bd. II §. 272 bei Anm. 5 u. 6. S. auch Voigt, XII Taf I S. 137 sub 1 und Zitelmann, Irrtum Anm. 197. Nach Ryck, Festgabe f. Beseler S. 123 können „Gegenstand des rechtsgeschäftlichen Willens sowohl private als öffentliche und völkerrechtliche Verhältnisse sein." Hingegen Merkel, Encyklopädie §§. 208 —10 sondert „Handlungen der Betheiligten" und „obrigkeitliche Handlungen"; die Rechtsgeschäfte zählt er zu den Ersteren. Nach Bruns, Kl. Schriften II S. 456 „darf man den Begriff der Rechtsgeschäfte nicht auf Privatverhältnisse beschränken, denn Staatsverträge sind unzweifelhaft auch Rechtsgeschäfte. Das Wesentliche ist nur, daß der Erklärende für sich selbst Recht schaffen will". Insonderheit das richterliche Urtheil, wenigstens abgesehen von der Adjudication, falls sie Urtheil ist, wollen Viele aus verschiedenen Gründen nicht als Rechtsgeschäft ansehen oder bezeichnen: Köppen in Jher. Jahrb. XI S. 144 Anm 7, Bekker ebenda XII S. 32, Zimmermann, Stellvertretende neg. gest Anm. 164, Thon, Rechtsnorm S. 373. 374. Pernice, Grünh. Zeitschr VII S. 470. 471, Bülow, Arch. f. civ. Pr. Bd. 64 S. 24, Dernburg I §. 91 bei Anm. 7, Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 56 Anm. Andererseits Arndts §. 63 Anm. 1 und Eisele, Compensation S. 256 fg.; vgl. auch oben Bd. I §. 95 sub II. In der neueren

Gestalt wäre an diesem Platze nur dann zu gedenken, wenn es sich um das ganze System des Rechtes, nicht blos des Privatrechtes handelte[20]). Somit ist in dem Folgenden nur von den Rechtsgeschäften im engeren oder gewöhnlichen Sinne des Wortes, und zwar von den gemeinsamen Erfordernissen an das Wie derselben die Rede.

§. 523.

Erfordernisse der Rechtsgeschäfte[1]).

Kein Zweifel ist, daß das Recht von jedem Rechtsgeschäfte zum mindesten so viel verlangt oder voraussetzt, als zu jedweder Handlung nach deren natürlichem Begriffe gehört[2]). Zu jedweder Handlung gehört aber, wie zum Menschen, als dessen spontane Bewegung sie erscheint,

I. ein Inneres,

II. ein Aeußeres, als Verkörperung des Inneren[3]).

Da nun aber ad I. die Innenseite der Handlung im Willen besteht, in jedem Willen[4]) aber

---

Civilproceßtheorie ist oft von processualischen oder Proceßrechtsgeschäften die Rede, z. B. Wach, Arch. f. civ. Pr. Bd. 64 S. 242 und Trutter, Ueber processl. Rechtsgeschäfte, wo namentlich S. 100 fg. unter Verwerthung von Zitelmanns Definition die Verpflanzung des Terminus aufs Proceßgebiet gerechtfertigt wird.]

20) [vgl. Bd. I §. 17 a. E. (der 3. Aufl.) und in §. 13 „die uranfängliche und nur mechanisch aufgehobene Gemeinschaft des Privatrechts mit allem übrigen Rechte."] S. auch die Vorrede zur 1. Aufl. S. X.

1) [Diese Erfordernisse umfassen nicht was Bekker Syst. II §. 80 Not. c und §. 90 Not. a—e die „Voraussetzungen" im Gegensatz zum „Vorgang" nennt. Mit der folgenden Uebersicht vgl. Bekker §. 92.]

2) [oben §. 521 Anm. 6.]

3) [nicht blos Anzeichen oder Offenbarung (indicium voluntatis: l. 95 D. a. v. o. h. 29, 2): unten § 562 Abs. 1 und Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 57 fg. 61. Wegen der Verkörperung s. auch Bd. II S 577 unten, sowie die Citate bei Schall, Parteiwille S. 3 Anm. 9, Regelsberger, Erörterungen S. 3, 17, Kohler, Jher. Jahrb. XVI S. 92/3, Zitelmann ebenda S. 370 („reales Spiegelbild)," Windscheid, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 77 und Pand. §. 80 Anm. 2 („Erscheinung des Willens"), Schloßmann, Vertrag S. 135. Nur kann oder braucht sich nicht Alles, was nach dem oben Folgenden in jedem Willen ist, auch zu verkörpern.]

4) [In der juristischen Psychologie der Neueren — welche geringe Fühlung mit der römischen hat und erstrebt, s. jedoch z. B. Voigt, XII Taf. §. 37 Anm. 6 u. 7 — pflegt was „in jedem Willen enthalten" nicht in der oben folgenden Art bestimmt zu werden. Namentlich wird entweder

1. eine Absicht oder ein Zweck ist, in welcher oder um dessentwillen man will —

2. ein Bewußtsein und eine Vorstellung davon daß, so wie von dem was, warum, wozu, sowie von den Umständen und Voraussetzungen, unter denen man will[5]) —

3. eine Freiheit sowie

4. ein Entschluß, daß man will, — und endlich

5. ein Inhalt oder das was man will — enthalten sind, so fragt sich

ad 1. was für eine Absicht oder was für ein Zweck —

---

der Ausdruck „Wille" auf den die Körperbewegung unmittelbar einleitenden und blos dem motorischen Apparat zugehörigen inneren Vorgang beschränkt, wo dann Absicht oder Zweck nicht im Willen enthalten sind, dieser ihnen vielmehr subordinirt ist. Oder der Ausdruck Wille wird im weiteren Sinn beibehalten, und es werden in verschiedener Weise Erklärungswille und erklärter Wille oder Geschäftswille, und Wirkungswille oder Rechtswille, empirischer Wille und Rechtsfolgewille u. s. f. differenzirt. Selbstverständlich daß von diesen abweichenden Ausgangspunkten her auch Bewußtsein und Vorstellung und Inhalt („das was man will") eine andere Rolle und Stelle bekommen. Die oben gemachte Eintheilung beizubehalten war schon dadurch geboten, daß sie das Schema für den ganzen folgenden Aufbau abgibt. Auch sind die abweichenden juristisch-psychologischen Ergebnisse der Neueren noch nicht so abgeklärt, vollständig und gesichert, daß nicht an den obigen mehr populären und greifbaren, wenn auch wohl nicht unanfechtbaren Distinctionen festgehalten werden könnte und sollte. Sie eingreifend zu ändern kam nicht dem Herausgeber zu. Am nächsten steht denselben Bruns, kl. Schriften II S. 476 7. Belege fürs zuvor Gesagte: Zitelmann, Irrtum Kap. 1 und 2, auch S. 254 (wo Z. 8 v. u. mittelbaren zu lesen sein wird), Thomsen, d. rechtl. Willensbestimmung S. 9 fg., Schall, Parteiwille S. 15. 16 und daselbst Anm. 7 Agff., Hölder, M. Vierteljahresschr. Bd. 18 S. 176 unten, Pernice, Z. f. Handelsr. Bd. 25 S. 86 fg., Leonhard, Irrthum S. 100 fg., Hartmann, Jher. Jahrb. XX S. 11, Bruns, kl. Schriften II S. 473 4, Ennecerus, Rechtsgeschäft S. 5—17, 62—66, Kohler in Jher. Jahrb. XVI S. 335/6, Ryck in der Festgabe für Beseler S. 151—35, Schloßmann, Vertrag S. 135 fg., Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 382. 392 fg., Bekker, System II S. 12. 13. Ueberhaupt Pfersche, Irrthumslehre Cap. 1 „Psychologisches" S. 20—58. Seine Citate zeigen, daß schon die Psychologen von Fach in der Begrenzung des Wollens nicht übereinstimmen. Dortselbst wird auch eine principielle Kritik der juristischen Psychologie gegeben, welche den „Gegensatz der rechtlichen und der naturwissenschaftlichen Auffassung" zu zeigen und zu begründen trachtet. Gemäß diesem Gegensatz soll „die praktische Beurtheilung menschlicher Handlungen von den wissenschaftlichen Ergebnissen der Psychologie und überhaupt von rein psychologischen Unterschieden unabhängig" sein.]

5) [s. z. B. Bd. I S. 502, bei Anm. 4 u. 5, Bd. III S. 186. 187. S. jedoch auch Bd. I S. 419 vv. „Unser Inneres geht im Willen nicht auf u. s. w."

ad 2. wie weit Bewußtsein und welches Maß von Richtigkeit der Vorstellung —

ad 3. von Freiheit —

ad 4. von Fertigkeit des Entschlusses, und

ad. 5. was für ein Inhalt da sein müsse oder könne, damit eine Handlung Rechtsgeschäft und als solches wirksam sei.

Selbstverständlich schließt sich ad 2. die Lehre vom error, ad 3. die von Furcht und Zwang, ad 4. die Lehre von den Bedingungen an[6]; die vom dies und modus dürften sich natürlicher aus der Lehre vom Inhalt, als aus der von der Fertigkeit oder Unfertigkeit des Willens ergeben.

ad II. Weil die Verkörperung des Willens sowohl in Worten als in Werken, ja je nach Umständen sogar im Schweigen oder Dulden bestehen kann, so fragt sich, ob oder wann das bloße Wort oder Werk, ja selbst Stillschweigen oder Duldung ausreichend, oder aber Wort und Werk zusammen, oder Gebundenheit der Rede nothwendig sei?

In weiterer Folge werden aber

III. die Verbindung von Willen und Ausdruck —

IV. die Verbindung von Willen und Willen (Willensübereinkunft, Vertrag) — sowie

V. die Stellvertretung in Frage kommen.

Als eine Rückwirkung der Erfordernisse und zur Probe derselben ist endlich

VI. von der Nullität und Rescissibilität, sowie von möglicher Convalescenz und Conversion der Rechtsgeschäfte zu handeln.

I. In Ansehung des Willens:

1. nach Absicht oder Zweck.

§. 524.

Die Absicht des Handelnden muß auf Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtet, diese muß der Zweck seiner Hand-

6) [Bei der Mißbilligung dieser Anschließung der Lehre von den Bedingungen an die Fertigkeit des Entschlusses durch Hofmann, Titulus und Modus S. 102 Anm. 99 sind vielleicht §. 535 Absatz 5, §. 536 Absatz 5 und §. 539 nach Anm. 44 nicht in Anschlag gebracht worden.]

lung sein, wenn die Handlung Rechtsgeschäft sein soll[1]) — nicht als ob eine Handlung durch diese Absicht schon Rechts-

1) [So nachdrücklich schon Wächter, W. Privatr. II S. 634, vgl. oben §. 522 Anm. 4 u. 6 im Anf. Savigny, Syst. III S. 6, von dem nämlichen Erfordernis ausgehend, will da nicht von Rechtsgeschäft gesprochen wissen, wo der Wille des Handelnden unmittelbar auf andere, nichtjuristische Zwecke gerichtet ist, so daß die jur. Wirkung als untergeordnet im Bewußtsein zurücktritt, wie bei der Occupation auf der Jagd (hiegegen Thon, Rechtsnorm S. 365 Anm. 76, Dernburg I §. 91 nach Anm 6, vgl. Bechmann, Kauf II S. 12). Auf mehrere nicht annehmbare Consequenzen dieser Ansicht verweist Lotmar, Causa S. 17 Z. 1—15 mit einiger Zustimmung bei Zitelmann, Irrtum S. 312, indeß Pernice, Grünhuts Zeitschr. VII S. 495 jene Ansicht nicht mit den besten Mitteln zu schützen sucht. Wider Savigny, doch noch auf Wächters Standpunkt Unger, Oesterr. Privatrecht §. 78 Anm. 2. Im Hinblick auf die Erfahrung, welche die Urheber zahlreicher Käufe, Miethen und anderer als Rechtsgeschäfte geltender Akte nicht mit dem Begehren nach Rechtswirkung versehen und nicht durch das Bewußtsein von der Rechtsqualität der Handlungsfolgen erhellt zeigt (ganz abgesehen von den Metusfällen), hat Lotmar, Causa S. 17/18 vorgeschlagen, die Absicht auf Rechtswirkung aus der Definition des Rechtsgeschäfts auszuscheiden. Für diesen Vorschlag wird daselbst S. 15 fg. auch geltend gemacht, daß der Eintritt der Rechtsfolgen eines Rechtsgeschäfts unabhängig ist von der Gegenwart ihrer Vorstellung beim Handelnden, nicht minder als von ihrem Begehrtsein durch denselben. Dieser Vorschlag ist seither oft vertreten und durch neue Argumente gestützt worden, vornehmlich durch den an der Hand der Quellen und durch Analyse der dort vorkommenden, bei uns zu den Rechtsgeschäften zählenden Thatbestände erbrachten Nachweis, daß „das Bewußtsein der Rechtsfolge auf Seiten der Partei keine Giltigkeitsbedingung des Rechtsgeschäftes ist": Lenel, Jher. Jahrb. XIX S. 189. S. ferner z. B. Schall, Parteiwille S. 20 al., Schloßmann, Vertrag S. 137, in Grünhuts Zeitschr. VII S. 569 unten, 565, Kohler in Jher. Jahrb. XVI S 106 unten, 108, 328 oben, 332, 337 al. 2, XVIII S. 134 fg., 149 fg., XXVIII S. 189 fg., M. Vierteljahresschr. XXIII S. 35 Anm., Thon, Rechtsnorm S. 359 bei Anm. 66, Bechmann, Kauf II S. 10 fg., 19 fg., 36, Jhering, Besitzwille S. 288 fg., 298, Löwenfeld, Gutachten aus d. Anwaltstand üb. d. Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs Heft 10 S. 866, Bekker, Syst. II §. 97 Note n, vgl. auch Stammler, Arch. f. civ. Pr. Bd. 69 S. 32 al., Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 293 bei Anm. 4, S. 296, 327, 430, jedoch auch S. 310 vor al., S. 295. Zu Gunsten der Neuerung haben Manche z. B. Bechmann a. a. O. S. 21 fg. damit argumentirt, daß die Rechtswirkung mitunter eintritt, wo sie doch vom Handelnden darum nicht beabsichtigt sein kann, weil er gewisse Voraussetzungen seiner Handlung, die deren Wirksamkeit bedingen, fälschlich nicht verwirklicht glaubt. Wider solche Argumentation Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 36—54. Daß dieses Uebergewicht der Wirklichkeit mit den Quellenworten plus est in re, quam in existimatione ausgedrückt sei, bekämpft Lotmar in der Münchener Festgabe f. Planck S. 59 fg. — Daß das Bewußtsein der Rechtsfolgen relevant sein könne, sollte ebensowenig verneint werden, als daß es vorhanden sein könne. Vgl. mit Bechmann a. a O. S. 36 z. B. l. 1 D. de iure cod. 29. 7 (oben Bd. III §. 379 Anm. 7, §. 424 Anm. 14 a. E.). Lediglich als Requisit des Rechtsgeschäfts sollte man es fallen lassen. Wie Voigt, Jus nat. III

geschäft würde (§. 522 zweiter Abs.), sondern weil ohne sie keine Handlung zum Rechtsgeschäft wird. Denn eine Hand-

---

§. 43 darlegt, beherrschte das älteste röm. Recht im Gegensatz zum späteren und zum unsrigen den Geschäftsverkehr nur insoweit „als es freiwillig zur Anwendung herbeigezogen und als Mittel gewählt wird, das Geschäftsverhältnis eines wirklichen Schutzes theilhaft zu machen". Uebrigens wird auch von denen, welche das Bewußtsein der Rechtsfolgen verlangen, mitunter einiger Nachlaß gewährt: Arndts §. 267 Anm. 1 d, Windscheid §. 476 Anm. 5 (oben Bd. II §. 257 Anm. 44), ferner oben Bd. III §. 426 Anm. 6. 7. Außerdem ist beim Bemühen das angefochtene Requisit zu halten es überhaupt entweder eingeschränkt oder der Sache nach fallen gelassen worden. Dies gilt von denen, welche für die Absicht auf Rechtswirkung das Bewußtsein preisgeben (Kritik derselben bei Lenel a. a. O. S. 158, vgl. Zitelmann, Irrtum Anm. 296, Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 299 c); von denen, welche jene Absicht für implicite vorhanden ausgeben oder als vorhanden präsumiren oder fingiren (Windscheid §. 69 Anm. 1a sub a, Bruns, kl. Schriften II S. 454/55, Pernice, Zeitschr. f. Handelsr. XXV S. 98, Leonhard, Irrthum S. 237, Puntschart, Fundam. Rechtsverhältnisse S. 97 Anm., Pininski a. a. O. S. 303, 325, 328, 307 Anm. gegen 297 b und dazu Hölder, M. Vierteljahresschr. Bd. 32 S. 294, 295); von denen, welche den Willen der Rechtsfolge nur „in praktischer Anschauung", nicht das Bewußtsein der juristischen Construktion jener Folge verlangen (Bruns a. a. O., Thomsen, Rechtl. Willensbestimmung S. 7, Hartmann, Jher. Jahrb. XX S. 77, Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 18 fg., Dernburg I §. 91 Anm 10) und wohl auch von denen, welche die Rechtsfolgen unterscheidend nur für einen Theil die fragliche Absicht verlangen (Zitelmann, Jher. Jahrb. XVI S. 396 Nr. 2 S. 426, vgl. Irrtum S. 301, 258 Anm. a. E., Enneccerus a. a. O. S. 145—52, auch Scheurl, Institutionen §. 47 al. 1 und Bekker II S. 61 a. E.). Gegen Zitelmann s. Kohler, Jher. Jahrb. XVIII S. 149, Pininski a. a. O. S. 296 a; vgl. auch Dernburg I § 91 bei Anm. 10 und Kohler, M. Vierteljahresschr. Bd. 23 S. 36 Anm. — Wenn man den Rechtsfolgewillen von der Definition des Rechtsgeschäfts fernhält, so braucht nichts Anderes an seine Stelle gesetzt zu werden, da mit den in §. 523 Nr. 2—5 genannten Stücken auszulangen ist, s. auch §. 546 und hier unten Anm. 3; auch kann man an dem einfachen, hergebrachten (wohl schon von den Römern mit animus obligandi etc. geübten) Sprachgebrauch festhalten, welcher diejenige Rechtswirkung gewollt nennt, welche dem (auch ohne Vorstellung und Begehrung der Rechtswirksamkeit) Gewollten zukommt; s. Lotmar, Causa S. 18 al. 1, Schall, Parteiwille S. 16 Anm. 7 a. E., Leonhard, Irrthum S. 239. 240, Bechmann, Kauf II S. 13/14 und z. B. Dernburg I §. 293 a. E. Die Verständigung über den fraglichen für sich nicht bedeutenden Streitpunkt ist dadurch erschwert und verzögert worden, daß man ihn mit heterogenen Fragen verknüpft oder verquickt hat. Er hängt nämlich erstens (a) nicht zusammen mit der viel verhandelten, nicht hierher gehörigen (z. B. Bd. I §. 34 g. E. §. 75, Bd. II §. 247 Anm 4, Bd. III §. 366 Anm. 1) Frage nach dem zureichenden Grunde der Rechtsfolgen der Rechtsgeschäfte, ob solcher der Privatwille oder das Recht im obj. S. sei, ob die Rechtsfolgen vi voluntatis oder vi legis eintreten, ob sich das Recht nur confirmirend, ratihabirend, oder aber creirend verhalte (welche Frage nicht für alle Geschäfte und nicht für alle Rechtsfolgen gleich beantwortet werden zu müssen scheint). Denn mag das Eine

lung, der jene Absicht nicht innewohnt, wird nicht zum Rechtsgeschäft, wenn sie gleich nach ihrem Aeußeren Rechtsgeschäft sein könnte [2]) — wie wenn auf der Bühne, oder zum Unterricht, oder scherz- oder redenshalber gekauft, stipulirt, geheirathet, oder zum Erben ernannt wird [3]), geschweige denn

---

oder das Andere oder Beides vereint („Mischprodukte" Bekker, Syst. II S. 118) als Ursache zu gelten haben, so kann dennoch Vorstellung und Begehrung der Rechtsfolgen beim Urheber der Handlung erforderlich, oder aber überflüssig sein. Zustimmend Zitelmann, Irrtum S. 278 vor al. (falscher Bericht in Anm. 252). Jene Verquickung häufig stillschweigend, ausdrücklich z. B. bei Lotmar, Causa S. 15 unten in marg., S. 16 oben, s. auch Dernburg I §. 91 nach Anm. 8—10 und einige dort agff. Autoren nebst Bechmann, Kauf II S. 19 (§. 107), Zimmermann, Stellvertr. neg. gestio Anm. 265a, Hölder, Pand. S. 209 (Z. 5 „daher"). Zweitens (b) aber ist der Streit um die Erforderlichkeit des Rechtsfolgewillens wesentlich verschieden von der in den beiden letzten Jahrzehnten zu einer Literatur gelangten (Verzeichnis bei Windscheid §. 75 Anm. 1a) Streitfrage, ob der Wille, oder die Erklärung prävalire (s. g. Willens- und s. g. Erklärungs- oder Vertrauenstheorie) d. h. ob, wenn bei einer Willensäußerung wider den Anschein ihr Inhalt nicht gewollt ist, die Rechtswirkung ausbleibe, oder ob dieser Defect unerheblich sei. Diese in der Folge (Anm. 2 fg. und §. 525 fg.) im Einzelnen vorkommende Frage wird von Manchen auch nicht von der sub a genannten unterschieden, gegen welche Confusion Fr. Endemann, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 36 S. 637. Ihre Verschiedenheit von der im Anf. dieser Anm. behandelten ist unverkennbar, aber oft verkannt worden; man kann den Rechtsfolgewillen für nicht zum Rechtsgeschäft gehörig ansehen und doch für den Eintritt der Rechtsfolge Gewolltheit des gewollt Scheinenden verlangen. Distinction der Rechtsabsicht von der Geschäftsabsicht bei Schall, Parteiwille S. 20 al. 2ter Satz und doch wieder Verwechslung S. 30. 31. Die von Lenel, Jher. Jahrb. XIX S. 154 gelieferte klare Scheidung der beiden Fragen hat nicht die gebührende Beachtung gefunden und der Vermengung nicht Einhalt gethan]

2) [In den folgenden Fällen scheint es nicht erst an der „Absicht auf Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung" zu fehlen, sondern schon am Willen zu kaufen, zu stipuliren, zu heirathen, zum Erben einzusetzen (s. Lotmar, Causa S. 17), also an dem was die Römer jenachdem affectus maritalis, voluntas manumittendi, affectio societatis, animus promittentis u. s. w. nennen. Eher auch könnten jene Handlungen gerade „nach ihrem Aeußeren" nicht Rechtsgeschäfte sein, indem die äußeren Umstände, nach oder unter welchen sie erfolgen, wie der Ort (Bühne, Hörsaal, Salon) oder die Miene des Handelnden die Ernsthaftigkeit ausschließen, sie als Spiele oder Beispiele erscheinen lassen. Vgl. Anm. 4. Aehnlich Pfersche, Irrtumslehre S. 106 zu Anm. 4. Voigt, Jus nat. III S. 61—64 sucht darzuthun, daß nach dem Princip des rigor auch das nur scherz- oder redenshalber gesprochene legale Wort rechtsverbindlich gewesen sei, dawider Kohler, Jher. Jahrb. XVI S. 101—105, hinwiederum Voigt XII Taf. I S. 179—181.]

3) l. 3 §. 2 D. o e. a. 44, 7. l. 24 D. test. mil. 29, 1. [l. 19 pr. §. 3 D. aed. ed. 21, 1 (Bd. II §. 327a Anm. 12) cf. l. 37 D. dol. m. , 3. l. 31 D. qui testam. 28, 1 (qui se imperatorem facturum heredem

dann, wenn sie nicht einmal äußerlich ein Rechtsgeschäft darstellt [4]).

---

iactaverat). l. 14 D. cond. inst. 28, 7 (condiciones derisoriae). l. 71 pr. D. leg. I (magis derisorium est quam utile legatum: Bd. III §. 415 Anm. 9). l. 4 §. 1 D. statul. 40, 7 (difficilem immo impossibilem condicionem adiecerit — nec animus dandae libertatis est) cf. l. 61 pr. D. manum. test. 40, 4 und Bd. II §. 245 Anm. 2. Ennecceruſ, Suſpenſivbedingung S. 121. Wächter I S. 368 unten, S. 370 sub 1. l. 17 §. 1 D. qui et a quib. manum. 40, 9. l. 31 in f. D. o. et a. 44, 7. Varro, L. L. VI, 72 cf. l. 3 §. 3 D. iniur. 47, 10. l. 8 pr. D. accept. 46, 4 (fingamus eum, qui accepto ferebat, scientem prudentemque nullius esse momenti acceptilationem sic accepto tulisse: quis dubitat non esse pactum, cum consensum paciscendi non habuerit?) mit Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 432 Anm. Die societas donationis causa, ebenso die soc. fraudandi causa ist ungültig, weil es am (ernsthaften) Societätswillen fehlt: Czyhlarz, Jher. Jahrb. Bd. 13 S. 10/11. S. auch sofort unsere Anm. 4. — Neuere pflegen das Nichtdasein von Rechtsgeschäft wegen einer der genannten Ursachen des Ernstmangels nur für den Fall gelten zu lassen, daß jener Mangel dem Teilnehmer der Handlung wahrnehmbar sein mußte. So vielleicht schon Savigny, System III S. 259. 260. Für den Scherz entschieden Jhering in s. Jahrb. IV S. 74 bei Anm. 80, Windscheid, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 104; s. ferner den Bericht bei Zitelmann ebenda Bd. 16 S. 406, vgl. S. 434, wo Zitelmann dem Richter die Macht gibt, dem Einwand des Scherzes den Glauben zu versagen. Diesen Einwand will Dernburg, Pand. I §. 99 bei Anm. 9 bei „Verkehrsgeschäften" nur beachtet wissen, wenn der Mitkontrahent am Scherz teilnahm, oder derselbe erkennbar war aus den Umständen des Falles oder dem Inhalt des Erklärten. Windscheid unterscheidet Willenserklärungen aus Scherz und im Scherz (was Bekker, Syst. §. 98 g für praktisch undurchführbar hält), die Letzteren sollen ungültig, die Ersteren (weil der Erklärende täuschen will) gültig sein. Vgl. auch Schulin, Anwendungsfälle der Publiciana S. 24—29, Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 361 fg., 406. Scheiff, Divergenz zw. Wille u Erklärung S. 23. 24, Unger, Grünhuts Zeitschr. XV S. 675 Anm. 7a, Hölder, Pand. S. 215 al. 2, S. 219 al. 1. — In l. 3 §. 2 cit. ist per iocum und demonstrandi intellectus causa sowohl auf ego dixero als auf tu responderis zu beziehen, daher Einverständnis über die Scherzhaftigkeit vorauszusetzen: Röver, Bedeutung des Willens S. 60, Windscheid, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 88 Anm. 19, Hartmann, Jher. Jahrb. XX S. 8. Die condicio derisoria bei letztwilliger Verfügung, obwohl sie die Ernsthaftigkeit der Letzteren zweifelhaft machen kann, wird gestrichen, s. Hofmann, krit. Stud. S. 160. 165, Wendt, P. §. 352, 1, Anm. Gewissermaßen fehlt der Ernst auch da, wo die Leidenschaft hinreißt:] l. 3 D. divort. 24, 2 (divortium verum im Gegensatz zu dem in der Hitze). [und unter Umständen beim Kauf einer nicht existirenden Sache: Bechmann, Kauf II S. 429, s. auch S. 246, S. 319 Anm. 2.]

4) [Dies kann auch von vielen der bei Anm. 3 erwähnten Fällen gesagt werden, s. außer den daselbst citt. Stellen: l. 17 D. de iure cod. 29, 7: Litterae, quibus hereditas promittitur vel animi affectus exprimitur, vim codicillorum non optinent. l. 7 D. ann. leg. 33, 1 — In testamentis quaedam scribuntur, quae ad auctoritatem dumtaxat scribentis referuntur nec obligationem pariunt. — l. 114 §. 14 D

Sie wird auch nicht zum Rechtsgeschäft, trotzdem der Handelnde jene Absicht simulirt, d. h. sich den Anschein gibt, als ob er die sonst mit der Handlung verbundene Rechtswirkung wirklich wolle[5]); solch' eine Simulation der Absicht macht das

leg. I. (nudum praeceptum): Bd. III §. 376 Anm. 6 fg l. 2 §. 6 D. mand. 17, 1 (mandatum tua gratia: magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium). l. 47 pr. D. r. j. 50, 17: Bd. II §. 334 Anm. 15a. l. 12 §. 12 D. mand. 17, 1 (commendandi magis ... quam mandandi causa). l. 10 §. 7 eod. (non animo procuratoris intervenit, sed affectionem amicalem promisit — vgl. Jhering, Besitzwille S. 518; nur sind die Motive der Pietät, Freundschaft und Gefälligkeit mit donatio wie mit anderen Rechtsgeschäften vereinbar: vgl. Bd. II §. 321 Anm. 34 unten, §. 560 Anm. 21 und Jhering, Zweck i. R. I S. 283. 284). l. 41 D. a. v. a. p. 41, 2 (qui iure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est, ut possideat). Bd. II §. 248 Anm. 40. 41 („bloße Berühmung", „bloße Redensarten"). S. 303/4. §. 325 Anm. 3. Bd. III §. 425 Anm. 14 und §. 372 bei Anm. 44 („Gedanke" an eine Erbeinsetzung). Vgl. auch noch Jhering, Geist d. r. R. II §. 45 (S. 494 fg.), Schall, Parteiwille S. 25, Lotmar, M. Vierteljahresschr. Bd. 25 S. 423/24, Kohler, Jher. Jahrb. Bd. 16 S 125: „ein Wort, welches ich im häuslichen Gespräch, im vertrauten Brief fallen lasse, kann nicht hinreichen, mich zum Erben zu stempeln; der Akt muß so erfolgen, daß er einen geschäftlichen Charakter an sich trägt", zustimmend Leonhard, Irrthum S. 61 Anm. 1, widersprechend Pernice, Z. f. Handelsr. Bd. 25 S. 89 Anm. 3.

5) [Hiermit ist die s. g. Mentalreservation umfaßt und von der Simulation nicht unterschieden, s. auch §. 531 nach Anm. 3 und §. 533 bei Anm. 13. Nach Schloßmann, Vertrag S. 106 Anm. ist „kein Bedürfnis neben der Simulation sie noch als einen besonderen juristisch in Betracht kommenden Vorgang hinzustellen" und zwar weil für sie nicht anderes als von anderen Simulationen gelte. Die Mehrzahl unterscheidet von der Simulation die M. R., indem sie entweder beide schlechthin einander entgegensetzt (Windscheid §. 75 Anm. 1c. 2. Dernburg I §. 99 Anm. 7 vgl. §. 100. Hölder, M. Vierteljahresschr. Bd. 18 S. 177. Kohler, Jher. Jahrb. Bd. 16 S. 98. Bd 28 S. 169—172), oder innerhalb der Simulation i. w. S. Mentalreservation und Simulation distinguirt, wohl gar die Simulation i. w. S. noch Anderes wie Scherz und Spiel begreifen läßt (Schloßmann, Vertrag S. 105 Anm. 2, Scheiff, Divergenz S. 24, Leonhard, Irrthum S. 132, etwas anders Pernice, Z. f. Handelsr. Bd. 25 S. 117); hierher auch diejenigen, welche die M. R. für eine einseitige Simulation erklären (z. B. Czyhlarz, Jher. Jahrb. XIII S. 20, Schall, Parteiwille S. 57), wogegen Kohler, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 175, vgl. Schloßmann, Vertrag S. 111/12 und Scheiff a. a. O. S. 26. 27. Die röm. Quellen bieten die „simulatio" nicht auch die „reservatio mentalis" — nach Gardeike, Verträge unter Abwesenden S. 11 Anm. 15 „eine positive Bestätigung dafür, daß eine r. m. überhaupt nicht vorkommen kann". Insofern sind die Definition der r. m. und ihre Unterscheidung von der Simulation freigestellt. Daher auch die neuere Mannichfaltigkeit in Beidem. Beides (Definition und Distinction) ist geboten, wenn man das mit M. R. gemachte Geschäft für gültig, das simulirte für ungültig erklärt. Jene Gültigkeit, nämlich die Irrelevanz der M. R. findet Voigt, Jus nat. III S. 154 in

Geschäft selbst zu einem „imaginären" „simulirten", also nich-

l. 25 §. 1 D. leg. III ausgesprochen, indessen die daselbst abgeschnittene voluntatis quaestio eher die Frage nach einem bestimmten Willen (Willensinhalt) als die nach dem Dasein des rechtsgeschäftlichen Wollens ist; vgl Hartmann, Jher. Jahrb. XX S. 38. 39 und Eisele ebenda XXV S. 427/28. Noch weniger läßt sich (mit Pininski a. a. O. S. 398) eine Anerkennung der Unerheblichkeit der M. R. in solchen Stellen finden, welche die Nothwendigkeit aussprechen geschlossene Verträge zu halten, da doch bei der M. R. das Geschlossensein selbst in Frage gestellt wird. Ausnahmsweis wirksame M. R. finden Manche in c. 26 X. de spons. 4, 1 (Savigny, Syst. III S. 259 a, wogegen Kohler, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 185 fg.) und in l. 6 §. 7 D. a. v. o. h. 29, 2 (vgl. Zitelmann, Jher. Jahrb. XVI S. 402 Anm. 54. Pernice, Zeitschr. f. Handelsr. XXV S. 95 Anm. Pininski a. a. O. S. 399. 404. Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 99). Der M. R. beim Testament, namentlich bei der Erbeinsetzung mißt Relevanz bei Kohler a. a. O. S. 177. 178, allein l. 4 § 10 D. dol. mal exc. 44, 4, die er anruft, handelt von einem dem Erben ausgesetzten aber stillschweigend widerrufenen Vermächtnis, cf. l. 19 §. 1 D. r. j. 50, 17. Uebrigens ist keine moderne Definition der M. R. derart, daß sie nicht Fälle begreift, in denen die Quellen von simulare reden; s. daher auch die folg. Anm. 6 unter B, 1. Die Uneinigkeit über den Begriff erstreckt sich auf den Grund und auf den Grad ihrer Irrelevanz, indem die Einen sie als Consequenz der von ihnen angenommenen Natur der Willenserklärung, die Andern als eine durch heterogene Umstände diktirte Ausnahme betrachten, und danach im Einzelnen als Grund bald die Unbeweisbarkeit der M. R., oder die Gleichgültigkeit des inneren Widerstrebens, bald das Dasein des entscheidenden Erklärungswillens, oder der logische Widerspruch, die Utilität, die Arglist oder die Unsittlichkeit aufgestellt, angegriffen, vertheidigt und zur Deduction verwendet wird: z. B. Röver a. a. O. S. 49 fg., Schall a. a. O. S. 17 Anm. 9. S. 31 Anm. 6, Hölder, M. Vierteljahresschr. Bd. 18 S. 177 und Pand. S. 218, Windscheid, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 98. Zitelmann, Jher. Jahrb. Bd. 16 S. 402. 403. 434, Kohler ebenda S. 95 98. 339. Bd. 28 S. 172. 173. 194—201, Bechmann, Kauf II S. 48, Pernice a. a. O. S. 91 fg. 116 fg., Eisele, Jher. Jahrb. XXV S. 467 Anm. 29, Enneccerus a. a. O. S. 64. 96 fg., Pininski a. a. O. S. 395 fg., Pfersche, Irrthumslehre S. 57; vgl. auch unten Anm. 10. Nach dem Wortsinn wäre ein im Geist gemachter Vorbehalt ein nur im Geist gemachter, also gar nicht kundgegebener, auch nicht sich aus den Umständen ergebender, jedoch sprechen von M. R. auch wo eine Manifestation vorliegt z. B. Schall a. a. O. S. 31 Anm. 6, Pininski a. a. O. S. 398/99, Kohler, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 171. 174, Enneccerus a. a. O. S. 96 Anm. 1, anders Schulin, Anwendungsfälle der Public. S. 37 Anm. 41a (zu l. 6 §. 7 cit.). Dem Wortsinn nach befaßt M. R. nicht blos den Fall, wo jegliche Wirksamkeit innerlich vorbehalten oder negirt worden ist, sondern auch den Fall, wo bewußterweise eine anderweitige interne Position, Restriction oder Vorbehaltung Statt findet, s. Zitelmann a. a. O. S. 401, hier oben Bd. II S. 545 (zu l. 50 D. cond. ind. 12, 6), Kohler a. a. O Bd. 16 S. 342—44 und bei Arndts §. 140 Anm. 4 Agff. (oben Bd. I §. 140 Anm. 19 zu l. 13 D. don. 39, 5) nebst Pininski a. a. O. S. 543 fg. S. auch Brinz, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 332. Gewissermaßen Mentalreservation ergibt die Einschränkung der Vollmacht, wenn diese Schranke dem Dritten nicht kund ge-

tigen [6]). Hinter der simulirten Absicht kann aber eine wirkliche und zwar auf ein wirkliches Rechtsgeschäft gerichtete Absicht

---

than wird: Bähr in Jherings Jahrb. XIV S. 402. Mommsen, Haftung der Contrahenten S. 121 Anm. 17. Hartmann, Jher. Jahrb. XX S. 57—59. Eisele daselbst XXV S. 432.]

6) [Die Simulation der Quellen betrifft I entweder nicht die Geschäftsabsicht, mindestens nicht speziell diese, sondern ist sonstiges falsches Vorgeben, oder Erregen eines falschen Scheines oder Heucheln: z. B. l. 1 §. 1 D. de i. et i. 1, 1. l. 13 §. 1. l. 14 D off. praes. 1, 18. l. 6 §. 5 D. de re mil. 49, 16. l. 14 pr. D. in diem add. 18, 2. l. 22 D. usur. 22, 1. l. 1 D. concuss. 47, 13. l. 8 D. castr. pec 49, 17. l. 6 D. quod cum eo 14, 5. l. 4 C. de metall. 11, 7. l. 18 §. 5 C. de haer. 1, 5. l. 10 §. 2 C. de pag. sacrif. 1, 11. l. 1 C. de his qui ad eccl. 1, 12. l. 8 pr. C de episc. 1, 3. l. 8 C. act. pign. 4, 24. l. 8 pr. C. act. emti 4, 49. l. 7 C. contr. emt. 4, 38. l. 15. l. 22. l. 37 C. lib. causa 7, 16. l. 12 §. 1 C. agricol. 11, 48. l. 1 §. 2 C. priv. schol. 12, 29. Diese Fälle gehören nicht hierher; auch reicht über die Simulation des Textes hinaus diejenige, welche in der traditionellen Definition des dolus vorkommt: cum aliud agitur, aliud simulatur. s. die Citate bei Voigt, Jus nat. Bd. III Anm. 1428 nebst l. 7 §. 9 D pact. 2, 14 und ferner oben Bd. II § 344 Anm. 4. 5. — Oder II sie betrifft die Geschäftsabsicht, sei es überhaupt sei es in einem Punkt. Diese Simulation ist A. entweder rechtlich anerkannt oder adoptirt: s. g. Scheingeschäft (weiterer Sinn: Bekker §. 98). Ueber seinen Unterschied vom eigentlich simulirten Jhering, Geist d. r. R. Bd. II §. 46, Bd. III §. 57 §. 58 und Besitzwille S. 317 Anm. 1 a. E.; subtilere Unterscheidung von imaginärem und dicis gratia vorgenommenem Geschäft bei Bechmann, Kauf I §. 18 nebst §§. 23 u. 24 (venditio nummo uno) und dazu oben Bd. II §. 325a Anm. 31; s. auch Voigt XII Taf. Bd. I S. 370 und Bekker, §. 98 N. n. Dem Scheingeschäft tritt das Scheindelict zur Seite: Festus s. v. rapi, ed Müller p. 289 und der Scheinproceß: Degenkolb, Einlassungszwang S. 233–86, vgl auch Bechmann a. a. O. S. 221 Anm. 1 und Kohler, Jher. Jahrb. XVI S. 110. Die Vindication gegen den qui liti se obtulit ist nicht Scheinproceß, sondern der Beklagte ist Simulant. — Oder B. nicht rechtlich anerkannt, jedoch nicht bedeutungslos und dann entweder 1) einseitige Simulation a) im einseitigen Geschäft, so vielleicht in l. 21 D. leg. II (nach Voigt, Jus nat. III Anm. 161) oder in l. 8 C. don. 8, 53 oder in l 6 §. 7 D. acq. vel om. her. 29, 2 (vorige Anm.) wegen fallens: Savigny, System III S. 103 Not. d, unten §. 531 Anm. 2. Ueber „Simulation" beim Testament Pfersche, Irrthumslehre S. 97 — 101.— b) im zweiseitigen Geschäft gegenüber dem Mithandelnden ohne Wissen des Letzteren: l. 3 §. 12 D don. i. v. et u. 24, 1 cf. l. 7 § 2 D. pro empt. 41, 4. l. 18 D. sol. 46, 3. l. 43 pr. l. 76 D. furt. 47, 2. l. 11 §. 3 D. ad l. Jul. pecul. 48, 13 (Bd. II §. 304 Anm. 26 a E.), ferner l. 10 §. 2 D. fideicom. lib. 40, 5 (der Simulant hat nicht den vollen Veräußerungswillen). l. 18 C. ad l. Jul. adult. 9, 9 l. 36 D. c. e. 18, 1 (vgl. Bd. II §. 325a Anm. 32). l. 30 pr. D. sc. Vell. 16, 1 (Schloßmann, Vertrag S. 106. Daß bei der simulatio der falsche Schein gegenüber dem Erklärungsempfänger hervorgerufen sein könne, wird danach mit Unrecht verneint z. B. von Röver, Bedeutung des Willens S. 61; auch Dernburg I §. 100 kennt nur zweiseitige Simulation, s. ferner unten §. 526 Nr. 3 i. Anf., Windscheid §. 75 Anm. 2a, dawider Schloß-

stecken; vorausgesetzt daß diese zum genügenden Ausdruck kommt, kommt es auch zu einem wirklichen Geschäfte[7]).

---

mann, Vertrag S. 111/2, Scheiff, Divergenz S. 26. 27. Nach Arndts §. 237 kann „einseitiges Vorgeben nicht erkennbar gemachter Simulation die Wirkung der ernstlich erscheinenden Willenserklärung nicht schmälern." — Oder 2) zweiseitige Simulation, nämlich zweiseitiges Geschäft mit Einverständniß der Parteien über die Simulation:] l. 54 D. o. et a. 44, 7. l. 55 D. c. e. 18, 1. l. 38 eod. [cf. l. 16 D. r. j. 50, 17.] l. 5 §. 5. l. 7 §. 6 D. don. i. v. et u. 24, 1. [l. 64 D. eod.] l. 4 §. 5 D. in diem add. 18, 2. [l. 12 D. de aqua 39, 3 (Bd. I §. 173 Anm. 35).] l. 21 C. trans. 2, 4. [l. 23 pr. — §. 2 C. mand. 4, 35.] l. 3 C. repud. 5, 17. [l. 30 §. 2 C. iure dot. 5, 12. l. 20 C. don. i. v. et u. 5, 16. l. 3. l. 10 C. contr. empt. 4, 38.] l. 44 (45) §. 5 C. episc. 1, 3. [l. 6 §. 1 C. si certum 4, 2. l. 17 C. sc. Vell. 4, 29. Nov. 74 c. 4 pr. Nov. 12 c. 3 pr. (figuraliter), überhaupt noch] l. 1 — l. 4 C. plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur 4, 22. — [Arten oder Abarten der Simulation, insofern eine gewisse Täuschung stattfindet, bilden möglicherweise die Collusion (l. 49 D min. 4, 4. l. 19 D. si serv. vind. 8, 5. l. 13 §. 27 D. a. emti 19, 1. l 7 §. 6 D. pro empt. 41, 4. l. 30 §. 3 D. iureiur. 12, 2. l. 5. l. 7 §. 9 D. dolo m. 4, 3. l. 29 pr. D. inoff. test. 5, 2. l. 8 §. 1 D. mand. 17, 1. l. 50 §. 1 §. 2 D. leg. I. l. 14 pr. D. appell. 49, 1. l. 3 §. 1 C. si adv. fisc. 2, 36. l. 10 pr. C. distr. pign. 8, 27 cf. l. 5 C. si vend. pign. 8, 29. l. 15 C. ad l. Corn. de fals. 9, 22. l. 3 §. 1 C. vend reb. civ. 11, 32) und das Handeln per subiectam, oder suppositam auch wohl interpositam personam (l 46 §. 2 D. iure fisci 49, 14. l. 91 D. sol. 46, 3 [hiezu Kohler, Jher. Jahrb. XVI S. 111] l. 1 §. 3 C. de contract. iud. 1, 53. l. 3 C. si certum 4, 2. l. 2 §. 2 C. qui non possunt 7, 12. l. 26 §. 5 C. usur. 4, 32. l. 23 §. 1 C. mand. 4, 35. l. 6 §. 3 C. sec. nupt. 5, 9 cf. l. 6 §. 1 C. incest. nupt. 5, 5 und l. 1 §. 2 C. nat. lib. 5, 27. l. 10 C. distr. pign. 8, 27 (Bd. II §. 353 Anm. 30 a. E.) l. 6 pr. C. ad l. Jul. repet. 9, 27. l. 1 §. 2 C. praed. cur. 10, 34. l. 2 C. suscept. praepos. 10, 72 Paul. r. s. II, 13, 4, überhaupt Jhering, Geist d. r. R. III Anm. 370, Kohler a. a. O. S. 143–155 und Bechmann, Kauf II S. 291 fg. — Daß die Simulation auch von Dritten geltend gemacht werden kann, lehren l. 12 D. aqu. pluv. 39, 3 u l. 23 pr. – §. 2 C mand. 4, 35. l. 3 C. rep. 5, 17 citt und nach der inscriptio wohl auch l. 30 D. de r. n. 23, 2; vgl. Dernburg II §. 63 Anm. 1, Kohler, Jher. Jahrb Bd. 28 S. 171 Anm. 3, Windscheid §. 334 Anm. 1, Regelsberger, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 175. 193–198. Daß sie gegenüber gutgläubigen Dritten geltend gemacht werden könne, wird von Vielen verneint, s. die bei Windscheid §. 75 Anm. 3 Agff sowie Dernburg I §. 100 Anm. 6. II §. 49 Anm. 4, Kohler a. a O. S. 170, Mommsen, Haftung der Contrahenten S. 100 Anm. 13, Bekker §. 98 Beil. I (auch zur vor. Frage), Kindel, Recht an d Sache S. 332, Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 100, Pfersche, Irrthumslehre S. 67/8. 108. 109.]

7) [welches um seines Inhalts willen möglicherweise ungültig ist: Windscheid §. 75 a. E., s. auch Bekker §. 98 N. w und (wegen des „genügenden Ausdrucks") §. 104 N. y.] — l. 38 D. contr. empt. 18, 1. l. 5 §. 5. l. 7 §. 6 D. don. i. et u. 24, 1. [l. 6 D. pro don 41, 6. l. 17 C. sc. Vell. 4, 29.] l. 2 — l. 4 C. plus valere quod agitur 4, 22. [l. 3. l. 9 C. contr. empt. 4, 38.] l. 5. l. 6 C. si quis alteri vel sibi 4, 50. [l. 16 C. don. i. v. et u. 5, 16.] S. auch l. 21 C. transact. 2, 4. [Dieses

Ob ein in fraudem legis (anstatt eines verbotenen) abgeschlossenes (an sich nicht verbotenes) Geschäft als ein simulirtes zu betrachten und also überall nichtig, oder ob es als ernstliches, aber gleich dem umgangenen verbotenes anzusehen oder zu behandeln sei?[8]). Nach Lage des Falles und Intention der Parteien kann eine Simulation vorliegen, es dürfte also die aufgeworfene Frage mehr quaestio facti als juris sein[9]).

Ob aus all den nicht ernsthaften Geschäften ihrer Nichtigkeit ungeachtet eine Schadenersatzklage möglich sei, ist aus den Quellen nicht zu entscheiden[10]).

---

wirkliche aber verdeckte, verschleierte oder versteckte Geschäft nennen Manche (z. B. Dernburg I §. 100) ein dissimulirtes, obwohl dieser Ausdruck mitunter vom simulirten gebraucht wird z. B. in l. 23 §. 2 cf. pr. i. f. C. mand. 4, 35. — Von den simulirten sind die durch Regelsberger, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 173 f. g. fiduciarischen Geschäfte zu unterscheiden, nach Dernburg I §. 100 Anm. 9 Gebilde des heutigen Rechts, ob zwar die „Bevollmächtigung im Gewande des Eigenrechts" dem r. R. nicht fremd ist: oben Bd. I §. 62 Anm 3, Bd. III §. 460 bei Anm 25, Jhering, Besitzwille S. 409 410. Wegen der fiduciarischen Geschäfte s. noch Kohler, Jher. Jahrb. XVI S. 149 fg., Hartmann, ebenda XX S. 4–8, Wendt S. 112 Anm, §. 247 a. E. und Bekker §. 98 N. f sub 2 und N. n a. E., wo sie von den Anm. 6 unter II A erwähnten Scheingeschäften unterschieden werden. S. ferner Oertmann, Fiducia S. 257. 258 u. dort Agff.]

8) Arnold, prakt Erörterungen III Nr. 32 [?] entscheidet sich aus logischen und gesetzlichen Gründen (z. B. l. 3 §. 3 D. sc. Maced. 14, 6: Bd. II §. 297 Anm 22) für das Letztere. [Vgl. ferner l. 7 pr. §. 3 D. eod. l. 8 §. 6. l. 29 §. 1. l. 32 §. 3 D. sc. Vell. 16, 1. l. 27 D. probat. 22, 3. l. 5 D. divort 24, 2. l. 49 D. don. i. v. et u. 24, 1. l. 37 §. 6 D leg. III. Regelsberger a. a. O. S. 174, Bähr, Urtheile des Reichsgerichts IX S. 52 fg. und M. Vierteljahresschr. Bd. 32 S. 369, Hellwig, Arch. f. civ. Prax. Bd. 64 S. 375–77, Bekker, Syst. II §. 98 N. w.]

9) vgl. l. 3 C. plus val. quod agitur 4, 22. [Nach l. 23 §. 1. §. 2 C. mand. 4, 35 ist die in fraudem legis Anastasianae vorgenommene simulirte Forderungsschenkung nicht nur als simulirtes Geschäft nichtig, sondern sie hat auch (als in fraudem legis geschehene?) den Verlust der angeblich geschenkten Forderung zur Folge: Bd. II S. 408.]

10) [Der Nachsatz rührt vom Hgbr. her. Ueber solches Schweigen der Quellen sucht zu beruhigen Hölder S. 238 Anm. 1 a. E. —] Wegen des Schadenersatzes s. vornehmlich Jhering in seinen Jahrb. IV S. 74. 75 [(wogegen Schloßmann, Vertrag S. 111), ferner Drechsler, Schadenersatz bei nichtigen Verträgen S. 60—62, Windscheid, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 104 fg., Zitelmann, Jher. Jahrb. XVI S. 417. 436, ferner oben Bd. II §. 246 Anm. 19, §. 225 Anm 9, unten § 548 Anm. 41. Gegen Jherings Construction (culpa in contrahendo) Mommsen, Haftung der Contrahenten §§. 1—6 und dazu noch §§. 11. 15. Nichtigkeit und Schade vorausgesetzt (welche nicht bei jedem Ernstmangel gegeben sind), ist für die Statthaftigkeit der Schadenersatzklage wichtig, ob

2. nach Bewußtsein und Vorstellung.

Error.

§. 525.

Ueberhaupt.

Die Absicht, das was man thut, rechtlich wirksam zu thun (§. 524), kann da, was man in Wirklichkeit thut aber in Widerspruch sein mit dem was man gethan haben will.

Römisch gesprochen ist dies überall nur auf Grund eines error, deutsch gesprochen nicht schon auf Grund eines Irrthums möglich. Denn error und Irrthum decken sich nicht. Error ist gleichbedeutend mit dem allgemeineren Begriffe einer Irrung, Verirrung, welche nicht blos in einem Irrthum, d. i. in einer Unrichtigkeit der Vorstellung oder Meinung (falsa opinio) [1]), sondern auch in momentaner Besinnungs- oder Bewußtlosigkeit, also in einer Abwesenheit der Vorstellung und des Willens ihren Grund haben kann [2]). Positiver ausge-

---

mit dem Mangel der Ernsthaftigkeit eine Schuld concurrirt (s. z. B. Anm. 6 unter II B, 1, b und Bekker, System II S. 61), ob vom Schaden ein Theilnehmer des Geschäfts, oder ein Außenstehender betroffen ist, ob der Ernstmangel dem Geschädigten erkennbar war. Die Nichtigkeit im Fall der Mentalreservation ist nach Eisele, Jher. Jahrb. XXV S. 444 nur eine relative, vom Getäuschten geltend zu machende, dem es auch freistehe statt der Erfüllung das negative Vertragsinteresse zu fordern. Nur dieses soll nach Enneccerus a. a. O. S. 98 der Reservant im Falle von dolus bonus prästiren müssen.]

1) vgl. z. B. das errore ductus in l. 44 pr. D. usurp. 41, 3. l. 1 D. distr. pign. 20, 6 mit dem falsa opinione ductus in l. 4 C. her. inst. 6, 24. Savigny, Syst. III, S. 111. 326, Unger, österr. Privr. II §. 77, I.

2) [Bd. III §. 372 nach Anm. 55 u. §. 425 Anm. 20. Diese zwei Möglichkeiten auch bei der Gesetzgebung vorkommend: Bd. I §. 30 Abs. 1 u. 2. — Was oben vom Verhältniß von „error“ und „Irrthum“ gesagt ist, bestreitet Zitelmann, Irrtum S. 369 al. 1, vgl. S. 371, diesem folgend Scheiff, Divergenz zw. Wille u. Erkl. S. 34 Anm. 1, scheint anzuerkennen Hesse, Jher. Jahrb. Bd. 15 S. 67; die Angabe von Zitelmann S. 368 a. E. wäre auf unsern Text bezogen falsch. Die Unterscheidung der Dinge, nämlich „die Incongruenz des Verirrens und des Irrens“ billigen Mandry, M. Vierteljahresschr. Bd. 14 S. 379, Hölder ebenda S. 564—67 u. andere bei Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 383. 384 Genannte. Ueber Hölder s. auch unten Anm. 14; die Polemik von Pininski a. a. O. S. 384—89 läßt das Wesentliche, die obige Annahme der Doppelnatur des röm. Error, unwiderlegt. Von derselben sagt sich los Hölder, Pand. §. 45 Anm. 2.]

drückt heißt die momentane Besinnungs- oder Bewußtlosigkeit, Zerstreutheit oder Verwirrung; sie ist in dem per imprudentiam agere inbegriffen, und der äußerste Gegensatz zu dem consulto agere [3]).

Was besinnungs- oder bewußtlos gethan wird, ist strenge genommen stets nicht gethan, weil wenigstens im Momente des Thuns nicht gewollt; die Kraft, von welcher hier die Zunge, die Feder, die Hand, man kann sagen mechanisch geführt wird, kann nicht mehr Wille genannt werden [4]); allein geschieht trotzdem, was man zuvor oder überhaupt gethan haben wollte, so wird leichtbegreiflich auf die momentane Willenslosigkeit keine Rücksicht genommen [5]). Ganz anders, wenn das, was man derart unwillkürlich thut, etwas anderes ist, als was man gethan haben wollte. Da wird was man gewollt nicht gethan, was man gethan, nicht gewollt sein [6]) (§. 526).

3) [vgl. l. 22 §. 7 D. ratam rem 46, 8. l. 11. l. 32 §. 1 D. cond. ind. 12, 6, sowie] l. 1 C. si maior factus 5, 74 (inconsulto errore lapsum). [l 53 D. r. j. 50, 17. l. 2 §. 7 D. bon. poss. sec. t. 37, 11. l. 1 pr. §. 3 D. de his quae in test. 28, 4]

4) [Anschluß bei Schall, Parteiwille S. 41 Anm. 6 und Thon, Rechtsnorm S. 360 Anm. 69, s. ferner Hölder, M. Vierteljahresschr. XIV S. 564. 565 und Zitelmann a. a. O. S. 365—68 nebst den daselbst Anm. 339 cit. ll., Bedenken bei Mandry a. a. O. S. 380 al. Wider die Opposition von Leonhard, Irrthum bei nichtigen Verträgen S. 141—46 nebst S. 324 Anm. 1 (entgegenkommend S. 546 Anm. 1), s. Lotmar, M. Vierteljahresschr. Bd. 25 S. 399—402. Bd. 26 S. 222/3 und weiterhin Ennecceru s, Rechtsgeschäft S. 94 Anm. 1. Hölder, Pand. § 45 Anm. 2 S. 238 findet, daß auch in den angegebenen Fällen „ein Zustand des Bewußtseins vorliegt, welcher den Willen nicht ausschließt". Daß jedoch Wer sich in der Zerstreutheit verspricht oder verschreibt dabei nicht im Zustand des Bewußtseins dieser Mißbewegung ist, wird Hölder selbst nicht in Abrede stellen, da er S. 235 von einem bei Ausführung meines Entschlusses begangenen Versehen spricht, „welches meiner Wahrnehmung entgeht" — daher doch vom Bewußtsein nicht befaßt werden kann. Wenn Hölder S. 238 cit. fortfährt: „auch hier liegt ein Irrthum vor, indem die Willensäußerung erfolgt in der irrigen Annahme ihrer Uebereinstimmung mit der vorher beschlossenen": so würde wohl auch Brinz diese falsa opinio nicht in Abrede stellen, aber für irrelevant erklären, wie Hölder selber thut, indem er beifügt: „und auch diese Verschiedenheit der ausgeführten von der beschlossenen Handlung verdient nur als entschuldbare Berücksichtigung". Denn hier erscheint nicht jene falsa opinio, sondern diese Verschiedenheit als der Ungültigkeitsgrund. Vgl. unten bei Anm. 15.]

5) [hiermit ist dem Einwand von Pernice, Zeitschr. f. Handelsr. Bd Bd. 25 S. 135 Z. 6 und Pininski a. a. O. S. 386 Anm. 1 vorgebeugt.]

6) [ebenso Hölder a. a. O. S. 566 al.; entgegengesetzt, aber ohne Angabe von Gründen, Hölder, Pand. S. 238 §. 45 Anm. 2 i. A.]

Umgekehrt ist dasjenige, was man im Irrthum thut, stets gewollt. Denn die Unrichtigkeit der Vorstellung über die Handlung, sie betreffe nun das was, das warum, das wozu, oder die Umstände, worunter man handelt, schließt niemals den Willen daß man handelt aus, ist vielmehr oftmals die Ursache, daß man will, oder daß man sich entschließt; gleichwohl ist das im Irrthum Gewollte in gewissen Fällen und unter gewissen Voraussetzungen dem Nichtgewollten gleichgestellt worden. Allein von diesen bestimmten Fällen abgesehen kommt das Geschäft, des Irrthums ohnerachtet, zur Existenz, und muß der Handelnde den mit seinem Irrthum etwa verknüpften Schaden selber büßen, wenn nicht aus irgend welchen Gründen und unter gewissen Voraussetzungen eine ordentliche oder außerordentliche Hilfe geboten ist (§. 529).

Die römische Terminologie bezeichnet mit dem error in corpore (§. 526) einen error aus Besinnungslosigkeit, mit dem error in substantia (§. 527) einen Irrthum [7]). Dafür daß errare nicht überall das Irren im Sinne des Irrthums (der falsa opinio), sondern oft eine Verirrung im Sinne der bewußt- oder willenlosen Handlung bedeute, spricht auch der Satz „errantis voluntas nulla est“ [8]). In der Uebersetzung „der Wille dessen der sich im Irrthum befindet ist kein Wille“ ist er falsch; tausend Zeugnisse sprechen gegen ihn (§. 529); — in der Uebersetzung: „Der Wille dessen der bewußtlos und deswegen verfehlt handelt, ist kein Wille“, ist er wahr [9]). Bei

7) [Bd. III §. 372 nach Anm. 55 u. §. 425 Anm. 20. Bedenken und Zweifel bei Mandry a. a. O. S. 380 al., Opposition bei Scheiff, Divergenz S. 53 Anm. 3 und Pininski a. a. O. S. 503 Anm. 1. — Der Ausdruck error in corpore kommt in den röm. Rechtsquellen gar nicht vor. Der Ausdruck errare in corpore kommt darin vor, aber nur fünf Mal und nur bei Ulpian (im 2. 5. u. 28. lib. ad Sab.) nämlich in l. 21 §. 1 D. test. 28, 1. l. 9 pr. §. 2 D. her. inst. 28, 5. l. 4 pr. D. leg. I. l. 9 §. 2 D. c. e. 18, 1). Der Ausdruck error in substantia kommt nur ein Mal vor, nämlich in l. 9 §. 2 D. c. e. 18, 1 (Ulp. 28 ad Sab.), gar nicht hingegen ist errare in substantia anzutreffen.]

8) l. 19. l. 20 D. a. pl. a. a. 39, 3 (unten §. 564 al. 4) l. 8 C. iur. et fact. ign. 1, 18, zu dieser Stelle Dedekind, Anerkennung ungültiger letztw. Anordnungen S. 49 Anm. 6 und oben Bd. III §. 379a Anm. 6 u. 9.

9) [jedoch spricht gegen die Alleingültigkeit dieser Version] l. 1 §. 11 D. leg. Falc. 35, 2: Si legatarius possessionem nanctus est et non pot-

solchem error taucht in der That ein Scheinwille, eine voluntas quae nulla est, jene den Handelnden unfrei bewegende Macht auf; bei bloßem Irrthum taucht er nicht auf. Dagegen taucht ein Scheinwille außer aus Handlungen auch noch aus Unterlassungen auf: da wo man aus Unterlassungen überhaupt einen gewissen Willen (der Entsagung, des Verzichtes) folgert — wie z. B. aus der patientia des Grundeigentümers den Verzicht auf aquae pluviae arcendae actio wider den den Wasserlauf ändernden Nachbar. Dieser scheinbare Verzichtwille kann bloßer Scheinwille sein, sei es daß die Unterlassung aus Geistesabwesenheit, sei es daß sie aus einem Irrthum oder aus Unkenntnis (z. B. des Eigenthums an dem bedrohten Grundstücke) herrührt. Auch dieser Scheinwille ist stets mit einer Bewußtlosigkeit verknüpft; freilich nicht gerade mit der, welche in Zerstreutheit oder gar in längerer Geistesabwesenheit besteht, aber wenigstens mit der, daß der Duldende von einem Verzichte nichts weiß und nichts will, während er einen solchen äußerlich darstellt. Und wie bei der bewußtlosen Handlung deren Aeußeres mit dem Inneren im Widerspruch steht und den error bildet, so geht in solchen Fällen der Duldung der äußere Schein und die innere Bedeutung derselben auseinander und liegt in eben dieser Differenz (darin daß der Duldende einen Verzicht *darstellt* wo er keinen Verzicht will) ein error — ein error, welcher von jenem Irrthum oder Nichtwissen das den etwaigen Grund dieser Haltung bildet, aus einander zu halten ist (vgl. §. 526. 3). Von den beiden Fällen, zu welchen unser Satz angeführt ist, gehört der in l. 19. l. 20 citt. dem Scheinwillen der letzteren Art an; schwerer ist der in l. 8 cit. auf einen Scheinwillen überhaupt zurückzuführen; wohl aber fehlt es in diesem letzteren Falle zu der fraglichen Freisprechung an dem erforderlichen Willen, und mag weil dieser

---

est avocari ei res, quia *voluntate* heredis *errantis* nactus est possessionem —, [über welche Stelle Bd. III §. 420 Anm. 10 (wo a. E. zu lesen Bd. 1), 11, 13 und *Lotmar*, M. Vierteljahresschr. Bd. 26 S. 248. — In der Deutung des fraglichen Satzes mit dem obigen Text übereinstimmend *Wendt* S. 113 oben.]

Mangel mit einem error nun einmal in Verbindung stund, unser Satz minder zutreffend allegirt worden sein [10]).

Was unseren deutschen Sprachgebrauch anlangt, so definirt Savigny, der auch in dieser Lehre tonangebend geworden ist, den Irrthum immerhin als eine „falsche Vorstellung" (a. a. O. S. 326); nicht minder unterscheidet er, was das Verhältnis des error zum Willen anlangt, zwei Gruppen von Fällen: eine, in welcher der error mit Bewußt- und Willenslosigkeit zusammenhängt, und eine andere, in welcher derselbe das Dasein des Willens nicht ausschließt (a. a. O. S. 259. S. 263. §. 135; §. 136); allein nichtsdestoweniger bezeichnet er den error, der in der ersten Gruppe von Fällen unterläuft, gerade so sehr als Irrthum, wie den der zweiten Gruppe. In Einem Zuge wird also derselbe Zustand des Handelnden als Bewußtlosigkeit und als Irrthum bezeichnet [11]), während doch die Bewußtlosigkeit in einer Geistesabwesenheit, der Irrthum anerkanntermaßen in einer Geistesanwesenheit, namentlich in der Anwesenheit einer wirklichen, wenngleich unrichtigen Vorstellung besteht [12]). Die Folge hievon ist eine Grenzverwirrung, indem einzelne Fälle, welche dem Irrthum angehören, der Bewußt- und Willenslosigkeit unterstellt werden (§. 526) [13]). Aber die

10) vgl. Savigny, Syst. III S. 441 d. a. E. Von den Unsrigen erklärt Bangerow §. 83 Anm. 1, II, 1 jenen errans als einen Nichtwissenden (wer nicht weiß, will nicht); Andere denken besondere Umstände oder Voraussetzungen hinein (Savigny a. a. O. S. 343, jedoch auch Beil. VIII Nr. 12 u. 40. Böcking, Pand. §. 87 §. e. Arndts §. 62 Anm. 2. Windscheid §. 78 Anm. 1a); Herrmann, Gießner Zeitschr. N. F. III S. 206, versteht den Satz von jedem error und hält ihn selbst in dieser Allgemeinheit, als Princip, für wahr. [S. ferner Voigt, Arch. f. civ. Pr. Bd. 53 S. 410 Anm. 1 und Jus nat. III S. 135. Röver, Bedeutung d. Willens S. 35 fg., Schall, Parteiwille S. 56, Zitelmann, Irrtum Anm. 372, Leonhard, Irrthum S. 386 fg. und hiezu Lotmar (s. Anm. 9) S. 247 fg., Pininski, Sachbesitzerwerb II. S 451. 452, Hartmann, Arch. f. civ. Pr. Bd. 72 S. 187. 188.]

11) [Mandry a. a. O. S. 380 macht geltend, daß die im Text (vornehmlich bei Anm. 2 u. 3) gemeinte Bewußtlosigkeit nicht gleichbedeutend ist mit der von Savigny statuirten. Vgl. auch Savigny a. a. O. S. 112.]

12) [hierzu Fragezeichen bei Zitelmann, Irrtum Anm. 312.]

13) Wie bei Savigny verhält es sich bei den Meisten; nur Böcking §. 87 §. e begehrt Unterscheidung des Irrthums von der Bewußtlosigkeit; Arndts stellt am Eingang des §. 62 seiner Pandekten den Irrthum der Bewußtlosigkeit bestimmt entgegen; allein in §. 237 a. E. verfällt er der gemeinen Darstellungsweise.

Grundpfeiler der Lehre, „die qualitative Verschiedenheit des Irrens", ein error der Bewußtlosigkeit hier und ein error der bloßen Vorstellung dort, — diese Begriffe selbst sind bei Savigny gegeben [14]).

Was insonderheit noch den error der Bewußtlosigkeit anlangt, so ist er durch Savigny nebstdem, daß er in Bewußtlosigkeit beruht, noch unter eine andere Kategorie gebracht worden: nämlich unter die der Differenz, und zwar der unabsichtlichen Differenz zwischen Wille und Erklärung (a. a. O. §. 135). Und auch diese Charakterisirung ist seitdem gang und gäbe [15]). Nun ist zwar klar, daß bei dieser Art von Verirrungen überall eine Differenz zwischen dem was man thut und dem was man gethan haben will oder wollte, vorliegt, allein dieses Thun ist a) nicht allenthalben eine bloße Willenserklärung, sondern allenfalls ein anderweitiges Thun, wie

14) In ihrer Verkennung liegt der Fehler der Bekker'schen Opposition, M. Vierteljahresschr. III S. 180—206, S. 188, [vgl. Bekker, System II §. 84 Beil. I S. 25]. Wegen der nachsavigny'schen Dogmengeschichte bis 1879 s. Zitelmann, Irrtum S. 8—14. Zitelmann selbst hält an den obigen „Grundpfeilern" fest, insofern er (s. besonders Irrtum S. 350) parallel mit Savigny zuoberst die Fälle, wo das Wissen Thatbestandsmoment ist (wo der Irrthum negative Function hat), und diejenigen, wo der Irrthum Thatbestandsmoment ist (positive Function hat), unterscheidet. Im Einzelnen gelangt er mittelst Psychologie zu drei Gruppen von Irrthumsfällen, welche er unter den Namen J. im Bewußtsein, J. in der Absicht und J. im Motiv begreift. Hingegen wider die oben erwähnte „qualitative" nämlich psychische Verschiedenheit des Irrens Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 386/7. 402 (§. 17), welcher aber die Savigny'sche Unterscheidung auf das Worüber, nicht auf das Wie des Irrens bezieht und an der so verstandenen festhält: S. 469. Vgl. den oben folgenden Text. Völlig aufgegeben sind die Grundpfeiler bei Leonhard, Irrthum, namentlich S. 329 (worüber Lotmar M. Vierteljahresschrift Bd. 26 S. 226 u. 273/74), Kindel, Recht an der Sache S. 324—29 und nun auch bei Hölder, Pand. §. 45 namentlich S. 235 fg. und Anm. 1. 2. Hierselbst findet sich keine Definition des Irrthums. Nach §. 43 Anm. 1 i. Anf. scheint derselbe ein Bestimmungsgrund der Willensäußerung zu sein, was aber nicht paßt z. B. zu S. 215 al. 2 a. E. S. 235 al. 2. S. 239 Z. 12. Auf S. 244 wird betont, daß der Irrthum ein Willensmangel, nämlich eine Fehlerhaftigkeit des Willens sei. Vorübergehende Opposition gegen Savignys Unterscheidung bei Werthauer, Einfluß des Irrthums S. 15—22, wogegen Lotmar, M. Vierteljahresschr. Bd. 31 S. 305. 306.]

15) z. B. Wächter, W. Privatr. § 101 Abs. 1 a. E., Unger, österr. Pr. §. 89, Windscheid §. 75, § 76. [Bekämpfung der oben genannten „Kategorie" der Differenz bei Hölder, M. Vierteljahresschr. Bd. 14 S. 568 fg. 573 unten und bei Leonhard a. a. O. S. 322—30 (und in seinem Gutachten s. den XX. deutschen Juristentag 1889 S. 33 Anm. 65), wogegen Lotmar a. a. O. S. 222 fg.]

wenn man sich z. B. bei Traditionen in Zerstreutheit vergreift, — die Differenz also allgemeiner eine zwischen dem was man will, und dem was man thut. b) Diese Differenz, auch die unabsichtliche, kann vorkommen, ohne daß der Handelnde irgendwie irrt, wie wenn mein Bote ein anderes ausrichtet als ich will, oder mein Schreiber ein anderes schreibt als ich diktire[16]). Also nicht schon die Unabsichtlichkeit der Differenz, sondern erst der Umstand, daß sie in momentaner Besinnungs- oder Bewußtlosigkeit des Handelnden ihren Grund hat, zeichnet diese Gruppe der Irrungen aus. Daneben ist allerdings einzuräumen, daß irgend eine Differenz das Element ist, in dem aller error sich bewegt; eine Differenz der Vorstellung und Wirklichkeit (opinio und veritas) das Element, worin sich der „Irrthum" — eine Differenz des Wollens und des Thuns, worin die Verirrung aus Zerstreutheit oder Verwirrung sich bewegt[17]). —

Im Allgemeinen ist noch anzumerken, daß die Verirrung der letztgedachten Art blos in Handlungen, der „Irrthum" dagegen ebensowohl in Unterlassungen[18]) als in Handlungen, und außerdem auch in gewissen Zuständlichkeiten vorkommt[19]);

---

16) z. B. l. 9 §. 2 D. her. inst. 28, 5 — si, cum dictasset ex semisse aliquem scribi, ex quadrante sit scriptus —, [und dazu Zitelmann S. 400 vgl. 399, andererseits Pininski S. 530 Anm. 1.] Einen anderen, wie es scheint aber unrichtigen Fall nennt Puchta §. 65, 2, arg. l 3 D. reb. dub. 34, 5: In ambiguo sermone non utrumque dicimus. — [Celebres Beispiel vom Boten angerichteter Differenz bei Windscheid §. 309 Anm. 5. S. ferner Mommsen, Haftung der Contrahenten S. 127, Hartmann, Iher. Jahrb. XX S. 25.]

17) [Differenz des Wollens und des Thuns findet der Sache obwohl nicht den Worten nach auch bei dem von Zitelmann (s. oben Anm. 14) s. g. Irrthum in der Absicht statt, insofern hier die nach der Regel des Lebens anscheinend vorhandene Rechtsfolgeabsicht ohne Wissen des Disponenten fehlt. Wenn aber die Rechtsfolge wegen dieses Fehlens ausbleibt und dieses Fehlen nicht von jenem Nichtwissen herrührt, so scheint das Letztere also der Irrthum hier für Sein oder Nichtsein des Rechtsgeschäfts gleichgültig und der (angenommenermaßen) mit dem Willen unvereinbaren Bewußtlosigkeit nicht coordinirt zu sein]

18) [hiegegen Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 387 u 388. — In der vorigen Aufl. ist hier bei „Unterlassungen" citirt l. 19. l. 20 D. a. a. pl. a. 39, 3, wo allerdings ein patiens vorkommt. Allein bei dieser Citation ist das Obige (die Negation der Verirrung bei Unterlassungen) nicht recht vereinbar mit Anm. 8–10.]

19) Bd. I §. 119 Abs. 1 u. Anm. 37. §. 120 Nr. 3 und §. 160. §. 161.

daß mit dem Irrthum stets eine Unkenntnis (des wahren Sachverhalts — ignorantia) zusammentrifft, dagegen (in Unterlassungen) ignorantia ohne Irrthum (d. i. ohne positive, falsche Vorstellung) vorkommen kann, juristisch aber die Bedeutung und der Einfluß von Irrthum und ignorantia ununterschieden ist [20]).

§. 526.

Error in corpore.

1. Der error in corpore repräsentirt jene erste Gruppe von Fällen, in denen Jemand unwillkürlich (in momentaner Besinnungs- oder Bewußtlosigkeit, Zerstreutheit oder Verwirrung) etwas anderes thut als er gethan haben will. Und zwar bedeutet error in corpore speziell den Fall, wo man insofern etwas anderes thut als man will, als man etwas anderes zum Objekt oder Gegenstand der Handlung macht, als man gemacht haben wollte, z. B. einen Anderen zum Erben einsetzt als man eingesetzt haben wollte [1]).

Betrachtet man diesen Fall näher, so liegt das Eigenthümliche desselben nicht schon darin, daß der error den Gegenstand der Handlung betrifft; denn auf den Gegenstand der Handlung geht auch der error in qualitate (§. 527); auch nicht darin, daß er den ganzen Gegenstand erfaßt; denn das läßt sich auch vom error in substantia sagen (§. 527); wohl aber darin, daß der error hier nicht mehr Irrthum (über den Gegenstand), sondern Verirrung (im Gegenstande) ist, und zwar eine Verirrung bis zu dem Grad, daß durch sie zum Gegenstande der Handlung geworden ist, was schlechthin nicht gewollt ist [2]) Wenn ich den Paul anstatt des Peter einsetze, bin ich nicht im Irrthum weder über den Paul noch über den Pe-

20) Savigny, System III S. 111. S. 326, [wogegen Dernburg I §. 87 Anm. 2 S. ferner Zitelmann, Irrtum S. 322 fg. S. 349 und Anm. 325, Bekker, System II S. 22.]

1) l. 9 pr. D. her. inst 28, 5. l. 4 pr. D. leg. I: [Bd. III §. 372 Anm. 56, §. 377 Anm. 4 u. §. 425 Anm. 20. S. auch hier oben §. 525 Anm. 7 und zu den ll. citt. s. Voigt, Arch. f. civ. Pr Bd. 53 S. 410 Anm. 1. S. 413 unten, Bd. 54 S. 194. 214. 216 u. Jus nat. III S. 164. Eisele, Jher. Jahrb. Bd. 23 S. 21 fg. 34 fg.]

2) arg. l. 9 §. 2 — l. 11. pr. D. c. e. 18, 1.

ter; wenigstens brauche ich über keinen von beiden eine unrichtige Vorstellung zu haben. Wahrscheinlich ist mir im Momente der Einsetzung unwillkürlich der Paul in den Sinn oder in die Vorstellung gekommen, und mag man am Ende die Thatsache, daß mir der Paul zur Vorstellung gekommen ist, wo er hätte wegbleiben sollen, eine unrichtige nennen; allein eine unrichtige Thatsache ist kein Irrthum; daß sich mir wider meinen Willen, vielleicht in wirrer Folge, Vorstellungen, Gedanken, Bilder aufdrängen, ist kein Irrthum, und gibt keine Irrthümer. Erst was ich mir über etwas vorstelle, fällt in den Bereich der Wahrheit oder des Irrthums. — Vielleicht aber meine ich den Peter einzusetzen indem ich den Paul einsetze, ist mit der falschen Meinung eine falsche Vorstellung, und mit dieser dann doch der „Irrthum" da? Allein gewiß werden wir daran festhalten müssen, daß solche Momente, in denen man erklärt, thut, was man nicht will, Momente der Bewußtlosigkeit sind[3]), folgerecht dann auch Momente der Meinungslosigkeit; vorher und nachher mag man meinen; während der Irrung ist keine Meinung, darum dann auch in der Irrung kein Irrthum da.

Dagegen ist sicher, daß mir der Paul wider meinen Willen, ohne daß ich mir dessen was ich rede oder schreibe bewußt geworden, sage man nun durch Unbedacht (per imprudentiam), Zerstreutheit oder Verwirrung der Sinne, in die Feder oder in den Mund gekommen ist. Etwas negatives, momentane Willens- oder Bewußtlosigkeit ist der Grund, daß ich nicht nenne, wen ich will, irgend ein positives, eine Kraft die keinen Namen hat, der Grund, daß ich den nenne den ich nicht will.

Speciellere Ausdrücke für derlei Verirrungen sind unser „sich versprechen" und „sich verschreiben". Möglich aber, daß die Zerstreutheit oder Verwirrung, in der man schreibt oder redet, von längerer Dauer ist, als es bei bloßem „versprechen" oder „verschreiben" der Fall zu sein pflegt. Uebrigens gehen

3) Savigny, System III S. 259, [vgl. jedoch oben §. 525 Anm. 11. Gegen die momentane Bewußtlosigkeit z. B. Pernice, Z. f. Handelsr. Bd. 25 S. 134, obwohl derselbe im Einklang mit Obigem von „Eindringen einer fremdartigen Vorstellung" spricht; auf der anderen Seite Zitelmann, Irrtum S. 368, auch Lotmar, M. Vierteljahresschr. Bd. 26 S. 223 oben.]

beide Ausdrücke auf eine Verirrung in Willenserklärungen; auf eine Verirrung in sonstigen Handlungen geht das „vergreifen“ [4]). Doch ist dieser Ausdruck bereits zweideutig, indem er nicht blos auf den Fall paßt, da man unwillkürlich (bewußt-, willenlos) — sondern auch auf den Fall, da man wissentlich und geflissentlich, aber in der Vorstellung, es sei ein anderes als es ist, mithin im Irrthum, etwas anderes gibt, nimmt, als man gegeben oder genommen haben will [5]).

Entschieden dagegen ist das „sich versehen“ keine Verirrung aus Bewußtlosigkeit oder Zerstreutheit mehr, mithin niemals ein error in corpore. Denn diese Verirrung beruht stets in einer Unzulänglichkeit des Augen- oder sonstigen Lichtes, aus welcher wohl der Irrthum, das gesehene sei anders oder gar ein anderes als es ist, mit nichten aber Bewußt- oder Willenslosigkeit hervorgeht [6]). Wenn Isaak aus Blindheit den Jakob anstatt des Esau segnete, so befand er sich zwar in der falschen Vorstellung (Irrthum), daß die vor ihm befindliche Person eine andere sei als sie wirklich war; allein keinen Augenblick im Zustande der Zerstreutheit oder Bewußtlosigkeit; man kann darum auch nicht sagen, daß er das corpus, welches sich vor ihm befand, nicht gesegnet haben wollte; seine Verirrung war ein Irrthum, und zwar error in substantia, kein error in corpore. Wesentlich in der Lage des Erzvaters ist aber wer „mündlich testirt und den Erben oder Legatar mit der Hand bezeichnet, dabei aber durch die Schwäche des Gesichts oder die Dunkelheit des Krankenzimmers Personen verwechselt“ (Savigny, Syst. III S. 270) [7]); gleichwohl nimmt hier Savigny einen error in corpore an.

4) [cf. l. 4 D. iniur. 47, 10: Si cum servo meo pugnum ducere vellem, in proximo te stantem invitus percusserim, iniuriarum non teneor.]

5) [Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 574 erklärt es für „nicht gerechtfertigt, wenn man im Falle der sog. Verirrung, des Sich-Vergreifens in der Sache einen Fall des wesentlichen error in corpore sehen wollte.“ Jedoch wird daselbst das Sich-Vergreifen des Apprehendenten, nicht auch des Tradenten, behandelt, und es ergibt sich, daß im Fall der fraglichen Verirrung die Apprehension entweder nicht oder einstweilen nicht zu Stande kommt.]

6) [andere Begründung bei Hölder, M. Vierteljahresschr. Bd. 14 S. 566.]

7) [Pfersche, Irrthumslehre S. 88 Anm. 11 macht den Vorwurf:

2. Wie schon bemerkt ist der error in corpore nur Repräsentant[8]), nicht Inbegriff aller der Fälle von Verirrung, in denen man etwas ganz anderes thut als man gethan haben wollte. Weitere Fälle sind

a) der, da die Verirrung zwar wieder im Gegenstande der Handlung platzgreift, allein nicht all das, was man schreibt ꝛc., sondern nur ein Theil davon nicht gewollt ist, wie wenn man z. B. in einem Vermächtnisse aus Zerstreutheit eine größere Summe geschrieben hat, als geschrieben werden wollte (s. g. error in quantitate s. in parte)[9]);

b) da die Verirrung nicht mehr im Gegenstand, sondern in der Art der Handlung stattfindet[10]), wie wenn man Jemanden statt zum Erben, zum Tutor ernennen würde[11]).

c) Nach Savigny, System III S. 267 u. S. 269 u. fgg. wäre ferner jeder „Irrthum, welcher die in dem Rechtsverhältniß uns gegenüberstehende Person betrifft," hieher zu zählen. Allein vorausgesetzt, was ohne Zweifel vorausgesetzt werden muß: daß hiebei kein bloßer Irrthum über Eigenschaften der Person, sondern eine Verwechslung von Personen selbst gemeint ist, so wird zuvörderst unterschieden werden müssen, ob die mir gegenüberstehende Person den Gegenstand meiner Handlung bildet (wie wenn ich zum Erben einsetzen, heirathen, mit Schenkungen oder Vermächtnissen honoriren will), oder ob sie nur

„Diese Beschreibung paßt auf die verschiedensten praktischen und psychologischen Vorgänge . . ." Allein es dürfte hiermit kein anderer Fall getroffen sein als der, in welchem ohne Wissen des Testators das von ihm mit der Hand bezeichnete Individuum nicht mit dem von ihm einzusetzenden (in seinem Testirplan stehenden) zusammenfällt, einerlei ob letzteres anwesend oder abwesend ist

8) [hiegegen Lotmar, M. Vierteljahresschr. Bd. 25 S. 401 Z. 10 v. u.]

9) cf. l. 9 §. 3 D. her. inst. 28, 5: [Bd. III §. 372 Anm. 57 vgl. §. 425 Anm. 20 und Dernburg II § 143 Anm. 6. Wegen des s. g. error in quantitate überhaupt und im Einzelnen s. Zitelmann, Irrtum S. 593 fg., Leonhard, Irrthum S. 466 fg., Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 522 fg.]

10) „auf die Natur des Rechtsverhältnisses" geht: Savigny, System III §. 135 II. 1 S. 267.

11) Die Beispiele, welche Savigny, System III §. 136 S. 269 not. a hiefür anführt: l. 3 §. 1 D o. et a. 44, 7. l. 9 pr. D. c. e. 18, 1. sind bereits falscher Consens: vgl. unten Nr. 3. [Wegen des s. g. error in negotio überhaupt und im Einzelnen s. Zitelmann, Irrtum S. 527 fg., Leonhard, Irrthum S. 473, Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 488 fg.]

mehr als ein Umstand meiner Handlung zu betrachten ist (wie die Person dessen von dem ich kaufe, entlehne, pachte u. s. f.). Ersterenfalls ist die Verirrung in der Person entweder gar kein bloßer Irrthum, sondern error in corpore: wenn nämlich aus Zerstreutheit ꝛc. ein Anderer eingesetzt ꝛc. ist als der Gewollte (Nr. 1 Anm. 1); oder sie ist in der That ein Irrthum, indem die Person, welche man eingesetzt ꝛc. hat, zwar wirklich, jedoch nur in der falschen Vorstellung gewollt war, daß sie eine andere sei als sie in der That ist[12]); das kann ein wesentlicher, dem error in substantia zuzuzählender Irrthum sein (§. 527); der durch den error in corpore repräsentirten Gruppe von Fällen gehört er nicht an. Umsoweniger gehört der Irrthum über Personen hieher, die nur mehr zu den Umständen der Handlung gehören. Daß dieser auch kein wesentlicher Irrthum sei, davon unten §. 528. 2.

d) Nach Savigny käme schließlich noch der Fall hieher zu stehen, da Jemand eine Urkunde unterschreibt, die er nicht unterschrieben haben will: es sei nun, daß sie ihm statt einer anderen untergeschoben wird, oder daß er ein Blankett unterzeichnet hat, das nachher gegen den erhaltenen Auftrag ausgefüllt wird. Zum Unterschied von jedem anderen beziehe sich hier der Irrthum „auf den Inhalt des Willens im Ganzen", während er sich sonst nur „auf einzelne Theile des Willens" beziehe (Syst. III. §. 135. S. 267. I. u. II.). Jedenfalls darf hierbei noch des Falles gedacht werden, da Jemand aus „Versehen" eine andere Urkunde unterschreibt, als die er unterschrieben haben will. Allein in keinem von all diesen Fällen geschieht der Act der Unterschreibung selbst im Zustande der Bewußt- oder Willenslosigkeit, was doch gerade nach Savigny das gemeinsame Merkmal aller hieher gehörigen Fälle sein soll[13]); vielmehr wird überall hier mit wirklichem Willen unterschrieben, und ist nur entweder die Vorstellung über das was er unterschreibt, oder was demnächst unterschrieben sein wird, eine falsche. Mit anderen Worten: überall hier ist nur

12) vgl. Windscheid, 5. Aufl. §. 76 Anm. 6, [anders 6. Aufl. §. 76a.]

13) [vgl. §. 525 Anm. 11.]

ein dem error in substantia unterzuordnender oder an die Seite zu stellender Irrthum, keine dem error in corpore zu vergleichende Verirrung vorhanden[14]). Letztere wäre nur da, wenn Jemand unterschriebe, während er überhaupt nicht unterschrieben haben wollte. Und erst diese Verirrung bezöge sich (wenn man den Willen überhaupt für theilbar hält) auf den Willen als Ganzes.

3. Zu zweiseitigen Geschäften ist nicht blos beiderseitiges wirkliches Wollen, sondern auch wirkliche Willenseinigung nothwendig[15]). Wo schon das wirkliche Wollen fehlt, ist umsoweniger eine wirkliche Willenseinigung denkbar: es sei nun, daß jenes auf beiden Seiten fehlt, wie bei der Simulation (§. 524 Anm. 6), oder nur auf einer Seite, wie wenn sich eine der beiden Parteien etwa in Betreff des Gegenstandes „versprochen" hätte, und so denn nur auf Grund dieses error in corpore der Vertrag (scheinbar) zu Stande gekommen wäre. Nun kann aber weiterhin der Fall vorkommen, daß das Erforderniß des beiderseitigen wirklichen Wollens erfüllt ist, der Vertrag auch allen Ernstes abgeschlossen wird, allein nichtsdestoweniger nur eine scheinbare, keine wirkliche Willenseinigung vorliegt: wie wenn z. B. der Kauf über ein bestimmtes

14) [Dem Letzten zustimmend Zitelmann, Irrtum Anm. 370, s. auch daselbst S. 521 zu Anm. 488.]

15) [Diese Nothwendigkeit wird von einigen Neueren namentlich von Leonhard in Abrede gestellt (Irrthum bei nichtigen Verträgen passim, besonders S. 12 Anm. 3 mit Hinweis auf die vorliegende Stelle, ferner Arch. f. civ. Pr. Bd 72 S. 42 fg. und Gutachten f. d. XX. deutschen Juristentag S. 20—28 des Separatabdr.), welcher nur die Sinnübereinstimmung der beiden Vertragserklärungen fordert und diese Auffassung als die quellenmäßige vertritt, indem er nach dem Vorgang von Röver, Bedeutung des Willens S. 41 fg. das consentire der Quellen als auch ohne Willenseinigung bei Einheit der Erklärungssinne vorhanden ansieht. Die praktische Bedeutung seiner abweichenden Auffassung ist dadurch sehr eingeschränkt, daß Dissens im Sinn der Willensuneinigkeit am leichtesten und danach meisten bei (keiner- oder beiderseits verschuldeter) Zweideutigkeit der Offerte vorkommt (vgl. Savigny, System III §. 135 g a. E.), für den Fall dieser Zweideutigkeit aber von Leonhard der erwähnten Willensuneinigkeit die nämliche Bedeutung wie von der herrschenden Meinung beigemessen wird. Sein Verhältniß zu den Quellen ergibt sich aus den kritischen Erörterungen seiner Gegner (s. Windscheid §. 75 Anm. 1a a. E., nebst Eisele, Jher. Jahrb. XXV S. 425, 440, Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 108 fg., Fritsche, Bedeutung von consensus und consentire), welchen Leonhard an den beiden zuletzt genannten Stellen entgegentritt, aber auch etwas entgegen kommt.]

Landgut abgeschlossen wird, der Käufer aber an den fundus Sempronianus, der Verkäufer an den fundus Cornelianus denkt[16]). Was nun immer der Grund dieses Vorkommens sein mag, so liegt in ihm selbst und an sich eine Verirrung. Die Thatsache, daß da alles Ernstes abgeschlossen wird, wo in Wirklichkeit ein dissensus vorliegt, ist eine Verirrung. Diese Thatsache selbst ist eine Verirrung (S. 30). Wie bei dem oben sub 1. geschilderten error in corpore der error in keiner Meinung, sondern in der Thatsache gelegen ist, daß das Thun bewußtlos vom Wollen abweicht, besteht auch die Verirrung, von der wir hier reden, in keiner Meinung, sondern in der Thatsache, daß das Thun bewußtlos vom Wollen abweicht: daß die That ein Consens, das Wollen ein Dissens ist[17]). Auch an der dem error in corpore charakteristischen Bewußt- und Willenslosigkeit fehlt es nicht, wofern man nur festhält, daß es sich hier um keinen bloß einfachen, sondern um einen Doppelwillen, und zwar um einen einigen Doppelwillen und eine einige Doppelthat handelt[18]). Denn wo die beiderlei Willen in Wirklichkeit auseinandergehen, kann ein einiger Doppelwille, kann der Consens nur erklärt, unmöglich gewollt sein. Wie darum die Quellen den zum nichtgewollten Thun verirrenden Willen keinen Willen nennen (errantis voluntas nulla est: §. 525 Anm. 8), so nennen sie parallel den zu nichtgewollter Consentirung verirrenden Doppelwillen keinen Consens[19]). Fragt man freilich nach dem Grunde dieser Verirrung, so stößt man hier auf keine Zerstreutheit oder dergleichen, sondern allerdings

16) l. 9 pr. D. c. e. 18, l. cf. l. 34 pr. D. a. v. a. p. 41, 2.

17) [Schall, Parteiwille S 29 Anm. 2, S. 42 Anm. 11 unterscheidet von diesem Fall den von ihm s. g. objectiven dissensus. Vgl. oben Anm. 15 und die Casuistik bei Pfersche, Irrthumslehre S. 184 fg.]

18) vgl. Savigny, System III S. 266 g. [Obigem Text beistimmend Hölder, M. Vierteljahresschr. Bd 14 S. 570, nicht mehr Pand. S. 239. Zweifel gegen den Text hegt Mandry a. a. O. S. 380; nach Zitelmann, Irrtum S. 421 „kann man dieses Sichverfehlen zweier Willenserklärungen nicht als Irrtumsfall bezeichnen," wenn man unter Irrthum nur die Differenz zwischen Vorstellung und Wirklichkeit versteht.]

19) „cum nullus sit errantis consensus": l. 9 C. iur. et facti ign. 1, 18; „cum non consentiant qui errent": l. 15 D. iurisd. 2, l. cf. l. 2 pr. D. iud. 5, 1. l. 116 §. 2 D. r. i. 50, 17. [Wegen dieser Stellen s. jedoch z. B. Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 452.]

auf eine Meinung, und zwar eine falsche Meinung oder einen Irrthum. Denn nur in der unrichtigen Vorstellung der beiden Parteien, daß sie dasselbe wollen, oder in dem Irrthum, den jede über die Meinung der anderen hat[20]), liegt der Grund zu der Thatsache, daß sie Consens erklären, wo sie dissentiren. Allein deswegen, weil ein Irrthum der Grund zu dieser Thatsache ist, hört diese Thatsache nicht auf, selbst ein error, und zwar eine von jenem Irrthum verschiedene Verirrung zu sein[21]).

Es trifft sich, daß die Quellen angesichts solcher fälschlicher Consenserklärungen, und zwar da, wo man in Betreff des Vertragsobjectes gänzlich dissentirt, von einem error in corpore reden[22]). Will man nicht annehmen, daß sie einen und denselben Terminus in verschiedenem Sinne anwenden, so muß mit demselben auch hier nicht der bloße Irrthum des Einen über die Meinung des Anderen, sondern die thatsächliche Verirrung der falschen Consenserklärung gemeint sein.

Wie dann aber an den error in corpore beim einfachen Wollen verwandte Fälle sich anschließen, so kann auch die Verirrung des fälschlichen Consenses nicht blos in corpore, sondern auch in anderen Richtungen, namentlich in Betreff der Quantität des Gegenstandes, und der Art des Geschäftes stattfinden[23]).

---

20) Savigny, System III S. 265 unten. [Nach Zitelmann, Irrtum S. 421 fg. kann man nicht den Irrthum als Ursache des vorhandenen Dissenses bezeichnen, überhaupt nicht Ursachen von Dissens annehmen, da es nur Ursachen für die Entstehung der einzelnen Willenserklärungen gebe, welche den Dissens bilden. Allein kann nicht Irrthum Ursache davon sein, daß eine Erklärung so ausfällt, daß sie im Vergleich mit einer anderen (z. B. der Offerte) das Dissensverhältniß ergibt; und könnte dann nicht jener Irrthum als Ursache dieses Dissenses bezeichnet werden? S. auch Anm 24]

21) überhaupt kann error in einer That liegen und dann aus einem Irrthum hervorgehen — z. B. l. 22 D. acq. v. om. h. 29. 2: Si . . . putaverit defunctum servum suum esse et quasi peculium eius nactus sit — insofern hat jeder Irrthum, der zur That wird, eine Verirrung zur Folge.

22) l. 9 §. 2 — l. 11 pr. D. c. e. 18, 1. l. 34 pr. D. a. vel a. p. 41, 2. l. 21 §. 2 D. a. e. v. 19, 1. [S. oben Bd. I §. 137 Anm. 11. §. 141 Anm. 7 und vgl. §. 525 Anm. 7. Ueber die Hierhergehörigkeit der l. 34 pr. D. c. e. 18, 1 handelt Bauer, Dareingabe beim Kauf (1887) S. 74–79.]

23) l. 3 §. 1 D. o. et a. 44, 7 (Bd. II §. 395 Anm. 8). l. 9 pr. D. c. e. 18. 1. Savigny, System III §. 136 a., Wächter, W. Privatr. II S. 744; [die Berufung auf l. 3 §. 1 cit. wird angefochten von Zitelmann, Irrtum S. 387, gegen welchen sich kehrt Scheiff, Divergenz S.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Natürlich kann sie sich auch auf bloße Eigenschaften des Gegenstandes, oder auf Motive und Umstände der Handlung erstrecken. Allein wie die Verirrung in diesen Punkten beim einfachen Willen nur mehr Irrthum, nie mehr Willenslosigkeit ist, so schließt hier auch der Dissensus nie mehr das Dasein des Doppelwillens (Consensus) aus (§. 527 und die dort citt. ll.). Soferne freilich dem einfachen Irrthum in der Eigenschaft des Gegenstandes eine wesentliche Bedeutung beigelegt wird (error in substantia — §. 527), geschieht dies auch, ja vor allem beim Consensus[24]).

4) Daß überall wo man in Verirrung etwas anderes thut als man, einfach oder beiderseits, will, das Geschäft nichtig sein müsse[25]), versteht sich aus der ersten und allgemeinsten An-

43/44. Die Richtungen, in welchen „die Verirrung des fälschlichen Consenses" stattfinden, werden verfolgt und näher bestimmt von Hölder, M. Vierteljahresschr Bd. 14 S. 571 – 73.]

24) Von den Neueren wird der Fall des falschen Consenses nicht selten als Mißverständniß bezeichnet (Wächter a. a. O. S. 744, Böcking §. 87 §. e, Unger a. a. O. §. 89. Bangerow §. 604 Anm. 1), und zwar insoferne mit Recht, als der Irrthum, der zu dieser Verirrung führt, nicht selten auf einem Mißverständnisse beruht. [S. auch Hölder a. a. O. S. 570: „das Entscheidende an der Sache aber ist — nicht das Mißverständniß, sondern das mangelnde Einverständniß." Zitelmann, Irrtum Anm. 397.]

25) [Aus einer für ein Colleg bestimmten Niederschrift des Verfassers geht hervor, daß er Nichtigkeit nur bei denjenigen Verirrungen annimmt, welche unter Nr. 1 2. und 3. angegeben sind; so wird auch im Collegienheft eines Zuhörers die Nichtigkeit beschränkt auf den Fall, daß „der error ein wesentliches Stück des Geschäftes betrifft, wie namentlich den Gegenstand." Aehnlich unten §. 567 al. 4 und 10, §. 569 ad I. S. auch Lotmar, M. Vierteljahresschr. Bd. 25 S. 401/2, Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 65 und 104, Wendt S. 113 oben, Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 387 und „das Recht der Selbstberichtigung re integra" bei Unger, Grünhuts Zeitschr. XV S. 680, 681 und dort Angeführte. Zu Windscheid, Arch. f. civ Pr. Bd. 63 S. 107 vgl. mit Pand. §. 386 bei Anm. 4 f. Bauer, Dareingabe beim Kauf S. 86. — Hingegen vernemt Bähr, Jher. Jahrb. Bd. 14 S. 400. 401. 417 Anm. 19. S. 418—21 die Nichtigkeit schlechthin und erklärt sich für Gültigkeit, indem er, ohne Anhalt in den Quellen, „die äußere Erscheinung des Willens", für hinreichend erklärt. Opposition bei Bruns, kl. Schriften II S. 575. Andere stellen für die Nichtigkeit von zweiseitigen Geschäften das Erfordernis der Erkennbarkeit des error auf, während die Quellen, wo sie Nichtigkeit statuiren, weder der Erkennbarkeit noch ihrer Erforderlichkeit gedenken. Als Erkennbarkeit ist in dem zweiten der sub 3 angeführten Fälle (eine Partei hat sich versprochen) die Erkennbarkeit für den Gegner des sich Verirrenden gemeint. Im dritten der sub 3 angeführten Fälle, wo angenommenermaßen der error von beiden Parteien begangen wird, darin bestehen soll, daß sie einander verfehlen, würde das Erfordernis der Erkenn-

forderung an jedes Rechtsgeſchäft (§. 523. I. und II. citt.). Minder begreiflich iſt, daß der dabei unterlaufende error ein „unächter" ſein und heißen ſolle, deswegen weil nicht er, ſondern die Abweſenheit des Willens Grund der Nichtigkeit ſei[26]). Denn nicht nur, daß er kein blos ſcheinbarer error iſt, und alſo das Prädikat des „unächten" nicht verdient[27]), ſo ſcheint er uns von dem Momente der Willensloſigkeit ſelbſt untrennbar, ja nichts anderes als eine beſondere Art oder Form der Willensloſigkeit, mithin auch Grund der Nichtigkeit zu ſein.

Iſt das Daſein einer ſolchen von Willensloſigkeit untrennbaren Verirrung einmal erwieſen, dann kann auf ihre Entſchuldbarkeit oder Unentſchuldbarkeit freilich nichts mehr ankommen[28]); allein iſt der Beweis der Verirrung nicht um ſo ſchwerer, je ſchwerer ſie zu entſchuldigen iſt, und alſo nicht nach der Natur des Beweiſes (probatio) die Entſchuldbarkeit („Probabilität") auch hier von Belang? auch hier „eine innere Annäherung zwiſchen Entſchuldbarkeit und Beweisbarkeit[29])?"

---

barkeit bedeuten, daß die geſchehene Verirrung nur dann als Nichtigkeitsgrund geltend gemacht werden könne, wenn ſie ſchon als werdende einer Partei wahrnehmbar geweſen ſei. Ueber, für und gegen das Erfordernis der Erkennbarkeit Pininski, Sachbeſitzerwerb II S. 456 — 66 und die vielen daſelbſt direct oder indirect agſſ. Autoren, außerdem Wendt S. 114 (vgl. jedoch S. 102 Z. 3 fg. v. u.), Enneccerus, Rechtsgeſchäft S. 67—140, Hölder, Pand. S. 239 Z. 5 v. u. S. 242 oben. S. 243 unten. Alle dieſe Erörterungen betreffen jedoch den „Irrthum" eines Kontrahenten, den Diſſens hingegen und im Sinn des Textes Nichtigkeit annehmend, wann es an der Willenseinigung über die Eſſentialien fehlt, die Abhandlung von Eiſele, Iher. Jahrb. Bd. 25 S. 414—508, welche ſich hauptſächlich mit der Frage nach dem Erſatz des Schadens (des negativen Vertragsintereſſes) beſchäftigt, der aus der falſchen Vorausſetzung gültiger Kontrahirung erwachſen iſt.]

26) Savigny, Syſtem III S. 264c und Beil. VIII Nr. 34.

27) [S. Bekker, Syſtem II §. 84 Beil. I S. 25, dort Agſſ. namentlich] Windſcheid §. 76 Anm. 1 [nebſt Zitelmann, Irrtum S. 351.]

28) Savigny a. a. O. S. 264. Vangerow §. 83 Anm 1, III. Windſcheid §. 76 Anm. 3 [der früheren Auflagen, abweichend die 5. Aufl. Anm. 3a, noch mehr die 6. Aufl. Anm. 10, jedoch auch §. 77 a. E: „daß es bei Diſſens auf Entſchuldbarkeit oder Unentſchuldbarkeit des Irrthums nicht ankomme, iſt ſelbſtverſtändlich". S. auch Zitelmann, Irrtum S. 348.]

29) vgl. Bährs Worte oben Bd. I §. 161 Anm 16 und Bd. II §. 304 Anm. 39 [und dazu Zitelmann, Iher Jahrb. Bd. 16 S. 432 Anm. 80 und Kohler ebenda Bd. 28 S. 246 Anm. 1, Scheiff, Divergenz S. 70. 71 oben (Anklang an unſern Text), Einwände bei Schloßmann, Vertrag S. 114 Anm. 1. — Für das Erfordernis der Entſchuld-

§. 527.

Irrthum im Gegenstande. — Error in substantia.

Wo bezüglich dessen was man thut, nur ein Irrthum, mithin eine bloße Unrichtigkeit der Vorstellung über das was man thut, und was man allen Ernstes, bewußt und entschieden gethan haben will, mitunterläuft — wie wenn man einen Fremden, den man von jeher für seinen Bruder gehalten, zum Erben einsetzte, oder ein Bronze-Geräth kauft, das man unbedenklich für golden hielt: da läßt sich, trotzdem daß vielleicht in einem wesentlichen Punkte des Gewollten geirrt ist, logischerweise nicht mehr sagen, daß was man gethan nicht gewollt sei (S. 29 al. 1).

Denn das Ding selbst oder überhaupt, um welches sich die Handlung dreht, ist gewollt, wenn auch eine gewisse Seite desselben nicht gewollt ist. Es läßt sich auch nicht sagen, daß nicht wahrhaft gewollt sei[1]); denn wer wirklich will, will auch wahrhaft[2]).

Indessen kann dasjenige, was man zwar wirklich, aber nur im Irrthum (per errorem) gewollt hat, in seinem wirklichen Verhalte von dem geglaubten bis zu dem Grade verschieden

---

barkeit z. B. Regelsberger, Erörterungen S. 19. 20 und eingehender Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 408 — 56 (vgl. S 507), wo auch fernere Literaturangaben. Nach Dernburg I §. 99 Anm. 7 (der 3 Aufl.) kann man sich bei „Verkehrsgeschäften" (womit die des Verkehrs von Todeswegen nicht gemeint sind) auf „unentschuldbare Zerstreutheit" nicht berufen. S. auch Pfersche, Irrthumslehre S. 134.]

1) wie z. B. Böcking §. 87 §. a anzunehmen scheint und Andere entschieden annehmen, [gegen welche Annahme Voigt, XII Taf. I S. 425 fg. Mandry, M. Vierteljahresschr. Bd. 14 S. 381 möchte „über dieses nächste Wollen auf das entferntere re vera allein die That bestimmende Wollen zurückgreifen".]

2) Darum ließ Marcellus ein solches Geschäft schlechthin gelten: emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. l. 9 §. 2 D. c. e. 18, 1. [„Nur die Sache, nicht irgend welche Qualität derselben, ist für den objektiven, nur der Consens über sie für den subjektiven Thatbestand des Kaufes wesentlich. Correct entschied daher Marcellus —": Hölder, M. Vierteljahresschr. Bd. 14 S. 575. Vgl. Zitelmann, Irrtum Anm. 530 u. S. 555, Bechmann, Kauf II S. 447 Anm. 2. Fälschlich findet Hartmann, Jher. Jahrb. XX S. 49 im vorliegenden §. anerkannt, „daß der Irrthum über Eigenschaften der Sache ... immer nur Irrthum im Motiv ist". Wegen dieses Irrthums s. §. 528 Anm. 4.]

ſein, daß man ſagen muß, jenes ſei etwas ganz anderes als dieſes[3]). Denn ohne Zweifel hat wer im Irrthum ein bronzenes Geſchmeide ſtatt eines goldenen kauft, oder wer im Zwielicht die umſtehenden Perſonen verwechſelt, und demnach eine andere Perſon als Erben demonſtrirt denn die er meint, etwas ganz anderes zu thun gemeint, als er in Wirklichkeit gethan und auch entſchieden und wahrhaft gewollt hat.

Während alſo in der durch den error in corpore repräſentirten Claſſe von Fällen überall etwas anderes erklärt, gethan, als gewollt wird, kann es in dieſer zweiten Claſſe von Fällen geſchehen, daß man (im Irrthum) etwas anderes will, als man meint. Da fragte ſich denn, ob lediglich das Daſein des Wollens, und, trotzdem daß dieſes ganz gegen das Meinen ausgefallen, letzteres gar nicht in Betracht komme?

Ohne Zweifel hat Marcellus auch in dieſem, ja gerade für dieſen Fall das Wollen gegen den Irrthum feſt- und das Geſchäft aufrecht gehalten (Anm. 2). Denn der Irrthum, welcher die materia oder die substantia des Gegenſtandes betrifft, iſt typiſch für die Fälle, in denen das was man meint etwas ganz anderes iſt als was man will und thut[4]). Allein recipirt ward die andere Meinung, wornach ein Irrthum der obengedachten Art das Zuſtandekommen des Geſchäftes — wir ſagen nicht aufhält, aber aufhalten kann[5]).

Fraglich wird nun aber zunächſt

1) wann überall jenes aliud pro alio vorhanden ſei. Denn

---

3) „aliud pro alio:“ Anm. 4. Vgl. Savigny, Syſtem III S. 283. Wächter, W. Privatr. §. 102. II, 4. Puchta §. 65, 1, b. Arndts §. 239. Windſcheid (6. Aufl.) §. 76a bei Anm. 7. [Bechmann, Kauf II S. 448 Anm. 1.]

4) — si vinum non acuit (i. e. si eadem *οὐσία* [substantia] non est) .. aliud pro alio venisse videtur. l. 9 §. 2 D. c. e. 18, 1 cit. — Am Eingang dieſes §. hat ein Handexemplar folgende Randbemerkung des Verfaſſers: Hier ſollte vielleicht auch ein Irrthum in der Subſtanz der Handlung in Betracht kommen: l. 22 D. a. v. o. h. 29, 2 (Irrthum in Betreff der causa der Delation). Vgl. Bd. III §. 394 Anm. 18.

5) l cit. l. 10. l. 11 pr. §. 1 D. eod. [Vgl. zu l. 11 pr. cit. Lotmar, M. Vierteljahresſchr. Bd. 26 S. 264—66 u. Ryck, Feſtgabe S. 150 oben. Gegen das Recipirtſein der anderen Meinung Zitelmann, Irrtum S. 566 fg. S. 583, hierüber und hiergegen Windſcheid §. 76a Anm. 7.]

ist gleich sicher, daß es überall da sei, wo der Irrthum den Stoff des Gegenstandes betrifft[6]), so läßt sich doch zweifeln,

a) wo die eine Gattung von Stoff anfange, eine andere aufhöre, und ob nicht auch schon die Differenz von Unterarten jenen wesentlichen Unterschied der Dinge begründe? Durch die Quellen ist dieser Zweifel nicht beseitigt, da sie kein allgemeines Merkmal, sondern nur Beispiele aufstellen[7]), und diesen Beispielen ein für alle Arten von Sachen ausreichendes Merkmal nicht entnommen werden kann. Nur so viel steht quellenmäßig fest, daß nicht jeder Unterschied im Stoff auch schon den erforderlichen Unterschied begründe, daß z. B. nicht aliud pro alio gekauft sei, wenn statt guten Weines ein abgestandener Wein, und statt eines Tisches aus Citronenholz ein Tisch aus anderem, vielleicht gemeinem Holz gekauft ist[8]), wogegen aliud pro alio gekauft ist, wenn bronzenes, bleiernes Geräthe statt goldenen, silbernen Geräthes gekauft ist[9]).

6) „quotiens in materia erratur": l. 9 §. 2 in fin. cit. [Obiges wird a priori oder psychologisch bestritten von Zitelmann, Irrtum S. 435—461. S. 552; wenn Wollen und Meinen hinsichtlich der materia eines sinnlich wahrgenommenen Objects aus einander gehen, so soll nicht aliud pro alio vorliegen; denn wenn die Willenserklärung sich auf dieses Object individualisirt oder concretisirt habe, so könne die Vorstellung, es sei von anderem Stoff als es wirklich ist, die Einheit des wirklichen und des von der Absicht oder Erklärung betroffenen Objects nicht behindern. Gegen Zitelmann s. Scheiff, Divergenz S. 62 fg. Thomsen, Rechtl. Willensbestimmung S. 24 fg. S. 39 fg. Hölder, Pand. S. 240. Pfersche, Irrthumslehre S. 169 fg. 51—54. S. ferner unten §. 528 Anm. 4. Apriorisch bespricht „die Erfolge der Absichten und ihr Verhältnis zu einander" Affolter, die Causalreihe §. 9, Ausführung mit einigem Anschluß an die Quellen in den §§. 29—35.]

7) l. 9 §. 2. l. 10. l. 14. l. 41 §. 1 D. c. e. 18, 1. S. auch Windscheid §. 76a bei und in Anm. 8 nebst den dortigen Verweisungen.

8) l. 21 §. 2 D. a. e. v. 19, 1 und dazu Savigny a. a. O. S. 287. Vangerow §. 604, II, 2b, [ferner Hölder, M. Vierteljahresschr. Bd. 14 S. 575 fg., bes. S. 577 sub 1, Scheiff, Divergenz S. 66 (wonach der Fall der Tische gar nicht als dissensus in qualitate gemeint sei), Windscheid a. a. O. und §. 395 Anm. 2.]

9) ll. citt. Mit Recht verzichtet Savigny denn auch darauf, das entscheidende Merkmal in den Dingen selbst zu suchen, und zieht er sich auf die „im wirklichen Verkehr herrschenden Ansichten und Gewohnheiten" zurück (a. a. O. S. 277 unten, S. 283 oben, [Vorgänger bei Zitelmann, Irrtum Anm. 555]. Vgl. hiermit Hölder a. a. O. S. 575 unten u. S. 579. Gegen Savigny: Zitelmann, Irrtum S. 572 fg., Pfersche, Error in subst. S. 6. 7, Ryck, Festgabe S. 148, Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 511, für Savigny: Dernburg I §. 102 Anm. 10 und trotz Bedenken Windscheid §. 76a Anm. 9.]

b) Iſt das aliud pro alio nur da möglich oder angenommen, wo der Irrthum den Stoff betrifft, oder auch noch in anderen Fällen? Erweislich auch noch in anderen Fällen[10]). Vor allem heißt es nur, daß jeder Irrthum über den Stoff, nicht, daß kein anderer jene Bedeutung habe[11]). Dann muß der Ausdruck substantia, wiewohl er zuweilen mit materia vertauſcht wird[12]), nach ſeiner Ueberſetzung οὐσία doch weiteren Begriffes ſein als der Ausdruck Stoff und materia, und im Deutſchen vielmehr durch die „Weſenheit" als den „Stoff" aufgewogen werden. In dieſem Sinne ſtünde dann der Ausdruck error in substantia immerhin richtig an der Spitze all der ſog. „weſentlichen" Irrthümer[13]). Ueberall wo der Irrthum das nach gemeiner Anſchauung zu beſtimmende Weſen der Sache betrifft, iſt aliud pro alio gethan, ein weſentlicher Irrthum und die mögliche Nichtigkeit des Geſchäftes da. Hiemit ſtimmt überein, daß unter den von den Quellen für die Subſtanz aufgeführten Beiſpielen eines vorkommt, das über den „Stoff" hinausgeht[14]), das Geſchlecht fällt nicht unter den Begriff der materia, ſondern neben dieſer unter den Begriff der substantia oder des Weſens. Unter den error in substantia muß darum

10) vgl. Savigny a. a. O. S. 283.

11) l. 9 §. 2 D. c. e. 18, 1. Savigny a. a. O. S. 279. [Ferner Windſcheid (6. Aufl.) §. 76 Anm. 9, zweite Hälfte.]

12) l. 9 §. 2 cit. [Mit der folgenden Begriffsbeſtimmung im Einklang Voigt, d. techn. Produktion (Lpz. 1890) S. 6.]

13) ſ. dagegen Savigny a. a. O. S. 279. — [Der Ausdruck „weſentlich" in Verbindung mit „Irrthum" wird in der neueren Literatur in verſchiedenen Sinnen gebraucht, indem bald ein Irrthum für weſentlich erklärt wird, weil er Ungültigkeit bewirkt, bald Ungültigkeit angenommen wird, weil ein „weſentlicher Irrthum" vorhanden iſt, bald eine Combination beider Bedeutungen vorkommt. S. z. B. Windſcheid §. 76 Anm. 9, Zitelmann S. 491/92. 496 fg. 521/22, Dernburg I §. 101 al. 5 und §. 102, Pininski S. 467 fg. (und dort Genannte), wo die S. 467 Anm. proklamirte Terminologie S. 479 nicht eingehalten wird, Hölder, Pand. S. 233 oben und Anm. 2. S. auch hier unten Anm. 22 und 29.]

14) — si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est: l. 11 §. 1 D. c. e. 18, 1. [Vgl. Hölder, M. Vierteljahresſchr. S. 577 unten, S. 576. Leonhard, Irrthum S. 456, Lotmar, M. Vierteljahresſchr. Bd. 26 S. 267 und Kohler, Iher. Jahrb. Bd. 28 S. 278. — Daß die materia nicht alles Weſentliche umfaßt, meint auch Scheiff, Divergenz S. 58, nach welchem die Sache als Rechtsobjekt ihr Weſen „durch ihre Beſtimmung" hat.]

unbedenklich der Fall gezogen werden, in welchem der mündlich testirende Erblasser auf eine falsche Person hinweist (S. 36); denn für ein bestimmtes menschliches corpus kann nichts wesentlicher sein, als eine bestimmte Persönlichkeit. Auf bloßen Stoff vermögen wir diese nicht zu reduciren[15]). Auch die Form kann zur Wesenheit einer Sache gehören, so daß wer aus Versehen z. B. eine mediceische statt der milesischen Venus kauft oder hinnimmt, aliud pro alio vornimmt[16]). Entschieden ist auch Sein und Nichtsein für das Wesen und die Identität der Sachen entscheidend, so daß wer ein Haus als stehend, einen Sclaven als lebend kauft, während dieser tot und jenes abgebrannt ist[17]), ohne Zweifel ein anderes für ein anderes, ja nichts für etwas kauft. Allein die Nichtigkeit eines solchen Geschäftes entspringt nicht erst aus dem Irrthum, sondern aus dem tiefer liegenden Gesetze, daß jedes Geschäft seinen Gegenstand, und dieser sein wirkliches Dasein haben müsse[18]). — Zu den Eigenschaften einer Sache gehört auch deren Pertinenzverhältniß: ob sie res libera, oder alicuius und wessen sie sei[19]). Bei Vermächtnissen ist auch nicht

15) Anders Savigny oben §. 526 Ziff. 1 a. E. und System III S. 382 p.

16) vgl. Savigny, Syst. III S. 280, i. Die Begriffe über das Wesen der Sachen gingen in der Lehre vom Irrthum und der Spezification (Bd I §. 149) auseinander, wenn in jener auf den Stoff alles und auf die Form nichts ankäme.

17) l. 57 D. c. e. 18, 1. §. 1 J. inut. stip. 3, 19.

18) z. B. nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi: Bd. II §. 245 Anm. 36. §. 246 Anm. 15. §. 325 Anm. 17. 18; si quis rem quae in rerum natura non est dari stipulatus fuerit ... inutilis erit stipulatio: §. 1 J. inut. stip. 3, 19, vgl. Savigny a. a. O. S. 284, o. p. q. Vangerow §. 604 Anm. II, 1 [und unten §. 588 sub α (2). S. ferner Zitelmann, Irrtum S. 385 und Anm. 575, gegen welchen, damit wohl auch gegen die obige Construction, Bechmann, Kauf II S. 455 fg. (vgl. S. 427 fg., insbes. S. 429 Anm. 1), dem zustimmt Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 516 Anm. 2. Indessen steht in l. 57 u. l 58 D. c. e. 18, 1. um welche es sich vornehmlich handelt, Nichts von „Bedingung", wohl aber in l. 57 cit. „nihil venisse". Außerdem scheint es einerlei zu sein, ob „die Rechtsordnung" etwas „als Bedingung interpretirt", oder etwas condicio iuris ist, falls jene Interpretation unvermeidlich ist. Die verschiedenen Fälle der l. 57 cit. bespricht Hölder, Pand. §. 45 Anm. 5.]

19) [s. auch Pininski a. a. O. S. 579/80. S. 582 Anm. 1.]

gleichgiltig, was der Disponent hierüber für eine Vorſtellung habe (Bd. III §. 415, I. 1). Allein nicht nur läßt ſich was diesfalls von den Vermächtniſſen gilt nicht verallgemeinern[20]: die Nichtigkeit des Vermächtniſſes vermeintlich eigener Sachen beruht nicht auf dem Irrthum, ſondern auf der Präſumtion, daß der Erblaſſer die fremden Sachen nicht vermacht haben würde, wenn er ihre Fremdheit gekannt hätte[21]. Nie mehr zur Subſtanz des Gegenſtandes gehört deſſen „Güte“[22].

Zu den Eigenſchaften des Gegenſtandes gehört auch deſſen Name. Allein weniger als ſonſt etwas macht er das Ding zu einem anderen als es an ſich iſt. Dasſelbe gilt von anderweitigen Bezeichnungen der Dinge. Mag darum der Handelnde im Irrthum über den Namen und Titel und ähnliche Prädikate den Gegenſtand des Geſchäftes falſch bezeichnen: um dieſes Irrthums willen iſt das Geſchäft nie nichtig. Allein es fragt ſich, ob es nicht aus einem anderen Grunde nichtig ſei: deswegen weil der Wille nicht zum Ausdruck gekommen iſt? Die Lehre vom error nominis und der falsa demonstratio gehört darum noch in anderes Kapitel (ſ. unten III. §. 567).

Bildet eine Perſon den Gegenſtand des Geſchäftes, ſo können außer der Perſönlichkeit (oben S. 48 Z. 4) auch noch Eigenſchaften der Perſon zum Weſen der Sache gehören. So gilt bei letztwilligen Honorirungen die vermeintliche

20) vgl. überhaupt Vangerow §. 604 Anm. II, 4 [und hier oben Bd. I §. 151 Anm. 4—11, inſonderheit Brinz, nemo errans rem suam amittit und l. 49 D. mandati, im Arch. f. civ. Prax. Bd. 63 S. 319—378 (S. 378 Z. 4 v. u. iſt vor „verluſtig“ einzuſchalten „nicht“), namentlich S. 336. 347/48; des Weiteren ſ. Zitelmann, Irrtum S. 535—49. Pininski a. a. O. S. 489—495, Kindel, Recht an der Sache S. 314—19.]

21) [Bd. III §. 415 Anm. 2. 3. An der Hand dieſer Stelle iſt der Text der vorigen Aufl. geändert worden.]

22) l. 10 l. 14. l. 9 §. 2. l. 11 §. 1. l. 45 D. c. e. 18, l. l. 21 §. 2 D. a. e. v. 19, 1, vgl. Savigny, Syſtem III S. 285—290. Vangerow §. 604 Anm. II, 2. [Hölder, M. Vierteljahresſchr. Bd. 14 S. 577.] Hält ſie Mühlenbruch, P. §. 338 nebſt den dort Angſſ gleichwohl dann für weſentlich, „wenn mit beſonderer Rückſicht darauf contrahirt iſt“, ſo birgt dieſe Meinung den Gedanken, als ob die Beſtimmung der Weſenheit nicht blos durch das Recht und nach der gemeinen Anſchauung (oben nach Anm. 13), ſondern auch durch individuelles Belieben platzgreife. Ein Beleg aus den Quellen iſt aber nicht beigebracht. Worauf ſich dieſe Meinung reducire, wird unten sub 2 erhellen, ſ. namentlich Anm. 28. 29.

Kindschaft nach l. 5 C. de testam. (6, 23), die vermeintliche Bruderschaft nach l. 7 C. her. inst. (6, 24) als wesentlich[23]). Doch muß die betreffende Person als Kind, als Bruder honorirt sein (ll. citt.). Unter dieser Voraussetzung mag die Verwandtschaft überhaupt[24]) als wesentlich gelten. Ist das vermeintliche Kind zudem unterschoben, so tritt Indignität ein (Bd. III. §. 396 Anm. 13). Mit den besonderen Anforderungen an den Willen des Erblassers hängt auch die Nichtigkeit der Enterbung des wirklichen oder lebendigen, aber für unächt oder todt gehaltenen Sohnes zusammen[25]).

2. Fragen muß man auch, ob der Irrthum über die Wesenheit der Sache das Geschäft an und für sich, oder erst mit Hinzuthat noch eines anderen Faktors auszuschließen vermöge. Unter diesem anderen Faktor meinen wir den der Causalität. Ist der Kauf von Bronze statt Gold nichtig lediglich weil dieses dem Wesen nach etwas ganz anderes ist als jenes, oder nur mit Hinzuthat der Erwägung, daß Käufer wenn er den wahren Stand der Sache gekannt hätte, nicht gekauft haben würde, daß also der Irrthum mit zum Grund des Geschäftes gehört[26])? Wäre letzteres der Fall, so müßte der jeweiligen Erklärung des Irrenden Rechnung getragen werden, könnte das Geschäft nicht schlechthin nichtig, sondern müßte sein Bestand von dem Willen des Irrenden abhängig sein[27]). Denn je nach

23) Bd. III §. 372 Anm. 58. §. 425 Anm. 20. Aber auch die zum Vermächtnisse nöthige Erwerbsfähigkeit: l. 11 §. 16 D. leg. III, vgl. Arndts in Glücks Comm. Bd. 46 S. 103 fg.

24) vgl. Savigny, System III S. 379.

25) l. 14 §. 2. l. 15. l. 25 pr. D. lib. et post. 28, 2 cf. l. 1 §. 9 D. Carb. ed. 37, 10. Bd. III §. 372 Anm. 58 g. E. vgl. §. 371 Ziff. 2. §. 425 Ziff. 2.

26) — aut scit servum esse, et dico aestimationem deberi: aut ignoravit, et denegari fideicommissi persecutio debet, quia, si scisset servum, non reliquisset. l. 11 §. 16 D. leg. III cit. §. 4. §. 5 J. leg. 2, 20. l. 10 C. leg. 6, 37. l. 57 D. leg. I [und zu dieser Stelle Seuffert in der Münchener Festgabe f. Planck S. 206 fg. Vgl. auch Lotmar, M. Vierteljahresschr. Bd. 26 S. 520/21.]

27) [so auch Hölder, M. Vierteljahresschr. Bd. 14 S. 579 unten, 581 oben, vgl. S. 580, wo danach Ulpian wegen „seines prinzipiell verkehrten Ausgangspunktes" getadelt wird. S. ferner, unserem Text beipflichtend, Mitteis in Iher. Jahrb. Bd. 28 S. 123 fg. Vgl. auch hier unten Anm. 35.]

den Intereſſen des Handelnden kann eine Eigenſchaft von Sachen, welche nach gemeiner Anſchauung weſentlich iſt, für ihn unweſentlich, d. i. nicht beſtimmend ſein, und umgekehrt; von ihm ſelbſt alſo müßte es, wenn die Cauſalität mit in Betracht kommt, in letzter Inſtanz abhängen, ob die mangelnde Eigenſchaft für weſentlich und das Geſchäft als nichtig zu betrachten ſei oder nicht. Freilich nur eine an ſich weſentliche Eigenſchaft würde der Irrende für unweſentlich, nicht auch würde er eine an ſich unweſentliche für weſentlich erklären können[28]). Denn ſonſt würde die Cauſalität kein bloßer Regulator der Subſtantialität, ſondern für ſich allein entſcheidend ſein[29]). Nach Maßgabe der Quellen iſt nun aber anzunehmen, daß neben der Subſtantialität die Cauſalität in Betracht komme[30]). Zwar ſagen ſie nirgends, daß es auf die Erklärung des Irrenden ankomme. Allein für die Fälle, in denen der-

28) wie Mühlenbruch meint — oben Anm. 22, [ähnlich Leonhard, Irrthum S. 287, Ruck, Feſtgabe f. Beſeler S. 142.]

29) ein Gedanke, auf dem zwar die Herrmann'ſche Theorie (Beitr. z. L. v. Irrth. i. Civilr., Gießner Zeitſchr. N. F. III beſ. S. 211. S. 218) beruht, dem wir uns aber nicht hingeben dürfen (§. 528). [Annähernd auf dem gleichen Gedanken beruht die Theorie, welche über die Weſentlichkeit des Irrthums zuerſt die „erkennbare Intention des oder der Erklärenden“ und erſt „im Zweifel“ die Verkehrsbegriffe (Scheiff, Divergenz S. 59) oder einfach den Umſtand entſcheiden läßt, „ob die Abweſenheit des Irrthums zur erkennbaren Geſchäftsbedingung gemacht iſt“ (Leonhard, Irrthum bei nichtigen Verträgen S. 586, vgl. S. 443, 466 al. 2), nur daß gegenüber dem Poſtulat der Erkennbarkeit der Irrthum gleichgültig wird und die Nichtigkeit nur auf Diſſens oder auf Deficienz der Bedingung zurückgehen kann; Bechmann, Kauf I S. 451 oben, der ſelber dies betont, ſcheint die Cauſalität nicht allein entſcheiden zu laſſen, da nach ihm beim error in subst. das Recht die Hervorhebung nur „gewiſſer“ Beſchaffenheitsmerkmale als cond. in praesens collata interpretirt (S. 450) und er ſich gegen „concrete Cauſalität“ erklärt (S. 451 Anm. 4). Nach Zitelmann S. 499 Nr. 3 iſt die Erhebung der Cauſalität zur Condicionalität Sache der Autonomie, „kann die Richtigkeit jeder motivirenden Vorſtellung als Bedingung für das Eintreten der rechtsgeſchäftlichen Wirkung geſetzt werden“. Vgl. daſelbſt S. 522, 525 al. 1. S. auch Hölder a. a. O. S. 579 „im Verkehr unter Lebenden eine ſolche Berückſichtigung des rein Individuellen ausgeſchloſſen“. Lotmar a. a. O. S. 262. 263. 270 und Pininski, Sachbeſitzerwerb II S. 472. S. 527 fg. — Gegen Leonhards Verbindung von Irrthum und Bedingung ſ. Hölder, Pand. S. 241.]

30) [„der Irrthum letzterer Art (sc. error in substantia) überall ſonſt eine Werths- oder Intereſſedifferenz in ſich birgt“: Brinz, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 351. Hölder a. a. O. S. 578 „daß ſicher anzunehmen iſt, unter anderen Umſtänden wäre die Handlung unterblieben“. Pininski a. a. O. S. 478/79. 487. 512 fg.]

selbe sicher auch ohne den Irrthum gehandelt hätte, nämlich in den Fällen des blos lucrativen Erwerbs, halten sie das Geschäft ohne weiteres aufrecht[31]); die Erklärung des Irrenden, daß er dies wolle, wird als selbstverständlich präsumirt. In onerosen Fällen wird der Irrende gewöhnlich Nichtigkeit geltend machen, und mag diese darum in mehreren Stellen wie eine notwendige Folge unseres Irrthums hingestellt sein[32]). Wenn aber in einer anderen Stelle das Geschäft umgekehrt als existent erscheint[33]), so erklärt sich das am ehesten aus einer Rücksicht auf den Willen und die Erklärung des Irrenden[34]).

Diese Relativität der Nichtigkeit[35]) hat übrigens nur für Geschäfte unter Lebenden Sinn; den Gestorbenen kann man über den Belang seines Irrthums nicht mehr entscheiden lassen. Die Nichtigkeit ist, wofern der Irrthum überhaupt die Persönlichkeit oder eine wesentliche Eigenschaft der Person des Erben oder Legatars betrifft (S. oben Nr. 1 a. E.), hier denn auch allenthalben definitiv ausgesprochen (a. a. O.).

§. 528.

Anderweitiger Irrthum.

Anläßlich der Erörterung über den error in substantia (§. 527) ist all der Irrthum in Betracht gekommen, welcher sich

31) l. 22 D. v. o. 45, 1. l. 1 §. 2 D. pign. act. 13, 7. [Bd. III §. 425 Anm. 20 a. E. Hölder a. a. O. S. 580. Lotmar a. a. O. S. 269/70. Pininski a. a. O. S. 514 vgl. jedoch S. 574. Anders Zitelmann, Irrtum S. 565 u. 566 oben u. Savigny, System III S. 300. 301.]

32) l. 9 §. 2 — l. 11 citt.

33) l. 45 i. f. D. c. e. 18, 1. [Zu dieser Stelle s. die Citate bei Windscheid §. 395 Anm. 2.]

34) wie schon die Glosse und Cujacius meinen: vgl. Richelmann, Einfluß des Irrthums S. 56. Andere Auslegungen s. bei Vangerow §. 604 Anm. II, 2, a, [Scheiff, Divergenz S. 57 und Pininski a. a. O. S. 516 Anm. 3.]

35) [dafür Mommsen, Haftung der Contrahenten S. 104 Anm. 22 und Pfersche, Error in subst. S. 101, dagegen Bechmann, Kauf II S. 453, Hölder §. 45 Anm. 1 gegen E. In anderem Sinn scheint sich Pininski a. a. O. S. 423. 424. 551/52 gegen die Relativität zu erklären. Nach Dernburg I §. 102 Anm. 14 entspricht es der bona fides, daß auch der Gegner des Irrenden die Nichtigkeit des von Letzterem nicht unmittelbar genehmigten Geschäfts geltend machen könne. Nach Schloßmann, Zwang Anm. 26 würde dies „zu ganz unerträglichen Consequenzen führen"; daselbst wird auch l. 5 D. de iur. et facti ign. 22, 6 angezogen. Vgl. oben Anm. 27.]

auf das was man thut bezieht. Der außerdem noch mögliche Irrthum betrifft entweder den Grund oder das Motiv aus dem — die Umſtände unter denen[1]) — das Subject als das man handelt.

Bereits der Irrthum in der Subſtanz des Gegenſtandes zieht nur eine relative, durch das Intereſſe des Betroffenen bedingte Nullität nach ſich[2]); dagegen iſt er noch von allgemeiner, durch keine Specialität des Geſchäftes bedingter Bedeutung und Wirkung; was immer man thut, ſo ſoll die Vorſtellung des Handelnden über das was er thut, wenigſtens in ſo weit richtig ſein, daß er nach dem Weſen der Dinge geſehen nicht etwas ganz anderes thut, als er zu thun meint — es wäre denn für ihn beſſer, daß dieſes andere, als daß gar nichts gethan ſei.

Unſer anderweitiger Irrthum nun aber kann zwar wieder abſolute Nichtigkeit mit ſich führen[3]); allein er thut es nirgends an ſich, ſondern nur unter beſonderen Umſtänden, der Specialität gewiſſer einzelner Geſchäfte nach. Von ihm kann man ſagen, daß er regelmäßig keine Nichtigkeit mit ſich bringt. Ob es dabei dann ſein Bewenden hat, alſo namentlich der Schade, den das Geſchäft, ja der Irrthum mit ſich bringt, am Irrenden hängen bleibt, oder ob ihm eine Hülfe, eine ordentliche oder außerordentliche zu Gebote ſteht, iſt eine andere weiter unten (§. 529) noch eigens zu behandelnde Frage. Hier iſt blos nach-

1) Hierher der „Irrthum der Contrahenten hinſichtlich der für den Erfüllungsort relevanten Oertlichkeiten": Reatz, L. v. Erfüllungsort §. 24. Er gelangt zu dem Satze, daß wenn z. B. beim Kaufe der wahre Erfüllungsort die Waaren (für den Käufer) „unbeziehbar", (für den Verkäufer) „unverkaufbar" mache (weil im erſten Fall die Transportkoſten den Marktpreis weſentlich überſchreiten, im zweiten Falle den Preis mehr oder weniger aufzehren), der Irrthum ein ſubſtantieller, den Kauf vernichtender ſei. S. namentlich S. 129—131. Influenz der Culpa des Demonſtranten: S. 134 fg. [Gegen Reatz erklärt ſich Zitelmann, Irrtum S. 493 Anm. 442. — Hierher wohl auch die Irrthümer der Tranſigenten über Vorausſetzungen ihres Vergleichs: Bd. I §. 111 Anm. 17—25 vgl. Anm. 54. Ferner §. 176 Anm. 5.]

2) §. 527 Anm. 27 u. 35.

3) z. B. oben Bd. III §. 506 Anm. 15. (Der vom Verf. herrührende Hinweis auf die der citirten entſprechende Stelle der 1. Aufl. iſt in einem Handexemplar bei S. 1412 oben d. i. in dieſer Aufl. Text nach Anm. 8 angebracht).

zuweisen, daß abgesehen vom error in substantia der Irrthum regelmäßig keine Nichtigkeit mit sich führe.

1. „Der Irrthum in den Beweggründen ist in der Regel ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte“ [4]). Eine Nichtigkeit des Geschäftes, so daß dieses ipso jure nullum wäre, hat er nirgends zur Folge; selbst Anfechtung ist grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die falsa causa rückwärts liegt [5]). In den Fällen der letzteren Art ist der Beweggrund überall ein vom Geschäfte selbst äußerlich getrenntes Ding, und gerade das (daß der Beweggrund „nicht zur Sache gehöre“) scheint die Zweifelnden festgehalten zu haben [6]). Freiliegt vom Beweg-Grund nur der Grund, oder der äußere Umstand, von dem der Handelnde ausgeht (z. B. quia frater ejus ipse ex arca tot aureos sumsit), nicht auch die Bewegung oder Wirkung, welche er in dessen Willen hervorruft, außer dem Bereiche des Geschäftes selbst; zu diesem gehört, wie der Wille überhaupt, auch der dem Willen gegebene Anstoß. In der That sollte der Irrthum denn auch nicht schlechthin einflußlos bleiben, selbst wenn er in causa praeterita platzgriffe. Man

4) Savigny, System III S. 304, d. Puchta §. 57. Windscheid §. 78. Vangerow §. 604, IV. Vgl. Wendt, Reuerecht und Gebundenheit, Heft 1, §. 2 bes. S. 20, 1. [Psychologisches über Motiv und Irrthum im Motiv bei Zitelmann, Irrtum S. 329 fg. S. 338 fg. (zu S. 339 vgl. Lotmar, M. Vierteljahresschr. Bd. 26 S. 520/21). S. 414 fg. und vornehmlich S. 435—460. 489 Nr. 2 vgl. 552, wo der Irrthum über die Identität und über die Eigenschaften dem Irrthum im Motiv eingereiht wird. Zustimmend, jedoch nicht den juristischen Consequenzen Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 501. 502 (vgl. Lotmar a. a. O. S. 223—226) und S. 512, gewissermaßen Pfersche, Error in subst. S. 84. 88, Wendt Pand. S. 102 und S. 115, hingegen abwehrend Thomsen, Rechtl. Willensbestimmung S. 28 fg. 37/38. Noch mehr überspannt den Irrthum im Beweggrund Leonhard, Irrthum S. 542 (vgl. sein Gutachten f. d. Juristentag 1889 S 37), indem er jeden wesentlichen Irrthum einen im Beweggrund sein läßt. Aehnlich Werthauer, Einfluß des Irrthums S. 15, welchem entgegentritt Lotmar a. a. O. Bd. 31 S. 305. 306 vgl. Bd. 26 S. 274. Ueber Motiv und Irrthum im Motiv nunmehr vornehmlich Pfersche, Irrthumslehre S. 39. 48—54, der S. 82 gleich Zitelmann, Beweggrund in weiterem S. nimmt als unten nach Anm. 9 geschieht; jedoch s. auch daselbst S. 169 fg.]

5) l. 52. l. 65 §. 2 D. cond. ind. 12, 6. l. 3 §. 7 D. cond. causa dat. 12, 4. §. 31 J. leg. 2, 20. l. 17 §. 2 D. cond. et dem. 35, 1. [Bd. II §. 303 Anm. 10. S. 538 al. 1 a. E. §. 304 Anm. 4.]

6) l. 72 §. 6 D. cond. et dem. 35, 1: Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret —.

ſpaltete den Beweggrund noch einmal, in einen ohne den der Handelnde erweislich nicht, und in einen ohne den er vielleicht doch gehandelt hätte[7]); der Irrthum im erſteren ſollte wenigſtens bei Vermächtniſſen zwar nicht ipso jure, aber ope exceptionis (doli) entkräftend wirken[8]). Einer Ausdehnung dieſes Ausnahmerechtes auf letztwillige Verfügungen überhaupt ſind wir bereits früher entgegengetreten[9]). Verſchieden von dem Beweggrund, der in einer causa praeterita liegt, iſt übrigens der in der Perſon des Erben oder Legatars, alſo im Gegenſtande der Honorirung ſelbſt gelegene Grund. Beſteht er in Verwandtſchaft, dann wirkt der Irrthum Nichtigkeit oder Indignität allerdings gleichmäßig für den Erben wie den Legatar[10]).

2. Zu den bloßen Umſtänden unter denen man handelt, gehören häufig die Perſonen mit denen man handelt. Mitunter bilden dieſelben trotzdem man mit ihnen handelt, den Gegenſtand des Geſchäftes, wie bei der Ehe, Arrogation; dann kommen die Grundſätze über den Irrthum im Gegenſtand zur Anwendung (§. 527); über den Irrthum in der Perſon der Braut oder des Bräutigams kommt inſonderheit das canoniſche Recht in Betracht; mit Ausnahme des error conditionis scil. liberae weiſt übrigens dieſes keine Beſonderheit auf[11]). Mitunter bilden die Perſonen, mit denen man handelt, zwar nicht ſelbſt oder überhaupt, wohl aber ihr Thun oder ihre Leiſtungen den Gegenſtand des Geſchäftes (z. B. locatio conductio operarum, operis), ſo daß der Irrthum über die Perſon einen

7) „Beſtimmungsgrund“ und bloße „Veranlaſſung“: Windſcheid §. 98 Anm. 6. Vgl. l. 2 §. 7 D. don. 39, 5 (condicio dandi und causa donationis). [S. auch Zitelmann, Irrtum S. 500, Leonhard, Irrthum S. 258 fg., Pininſki, Sachbeſitzerwerb II S. 480 fg.]

8) l. 72 §. 6 cit. — sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse. S. g. error causam dans: Bd. III §. 425 Anm. 21.

9) in der 1. Aufl. S. 766 fg. und oben Bd. III §. 372 Anm. 60, 61 vgl. 58 u. 59. Zur Unterſtützung unſerer Anſicht iſt nachträglich auf Savigny, Syſtem III S. 381 n. zu verweiſen: [ſ. auch Wendt §. 43 S. 102 oben.]

10) §. 527 a. E. vgl. Bd. III §. 372 Anm 58 und Savigny a. a. O. S. 379 not. f. in der Mitte.

11) Schulte, Lehrb. d. Kirchenr. §. 133 beſ. V. [Richter, Kirchenr. §. 266 Nr. III. — Vgl. l. 22 §. 13 D. sol. matr. 24, 3. l. 14 §. 3 i. f. D. in diem add. 18, 2.]

Irrthum im Gegenstande mitenthält; da muß es denn von der Art (Individualität) der bedungenen Leistungen abhängen, ob der Irrthum in der Person mit der man handelt, als ein wesentlicher (in substantia) zu betrachten sei[12]). Wo die Person, mit der man handelt, dagegen weder in dieser indirekten noch in jener direkten Weise den Gegenstand des Geschäftes ausmacht, kann sie nur mehr zu den Umständen der Handlung gehören, und der Irrthum in Betreff derselben zum mindesten keine Nichtigkeit nach sich ziehen. Zwar ist in Savignys Aufstellung (System Bd. 3 S. 267. II. 2) das gerade Gegentheil enthalten; indessen, „wenn ich ein Darlehen von Gajus zu empfangen glaube, das in der That Sejus gibt“[13]), so entsteht allerdings kein Darlehen[14]); allein, wo steht denn, daß ich hier in der Person irre, etwa den Gajus für den Sejus, den Sejus für den Gajus halte? ich bin hier im Irrthum über die Handlung, nicht über die Person des Gajus; es liegt ein Irrthum über die Meinung, den Willen des Anderen vor, und in dessen Gefolge ein falscher Consens an Stelle des wirklichen dissensus (S. 41 oben), ein dissensus in der Natur des Geschäftes, indem da negotium alienum ist, wo das eigene Geschäft des Gajus sein sollte. „Wenn ich dem Titius, einem wohlhabenden Manne, den ich aber nicht persönlich kenne, ein Darlehen geben will, ein Anderer aber wird mir für ihn untergeschoben“[15]), so liegt hier allerdings ein Irrthum über die Substanz des angeblichen Titius vor; allein es liegt auch ein furtum vor, und darum — nicht wegen des Irrthums über

---

12) vgl. Thibaut, Versuche II S. 124. Mühlenbruch, Lehrb. 3. Aufl. §. 338 Anm. 8.

13) Savigny a. a. O. S. 271, c.

14) l. 32 D. r. cr. 12, 1. [Zu dieser Stelle s. Bd. II §. 295 Anm. 8. §. 296 Anm. 12. §. 305 Anm. 7 und z. B. Voigt, Arch. f. civ. Prax. Bd. 54 S. 73 fg. Röver, Bedeutung d. Willens S. 40. Windscheid, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 88 Anm. 19. Zitelmann, Irrtum S. 559 (dawider Thomsen, Rechtl. Willensbestimmung S. 46). Leonhard, Irrthum S. 408 nebst Lotmar, M. Vierteljahresschr. Bd. 26 S. 254; s. ferner im Einklang mit der obigen Deutung Ryck, Festgabe f. Beseler S. 145. Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 134.]

15) Savigny a. a. O. S. 271, h.

die Perſon — keine mutui obligatio[16]). Weitere Beweiſe aber hat Savigny (wenn man von denen, welche die Perſon als Gegenſtand betreffen, abſieht, nicht aufgebracht. (Syſt. §. 136 S. 269 — S. 272). Auch in den lehrreichen Fällen über den Irrthum des Bürgen in Betreff der Perſon des Schuldners oder Gläubigers bei Sarwey (Monatſchrift Bd. 20 S. 211 —234) entſpringt die Nichtigkeit nicht aus dem Irrthum, ſondern aus dem Nichtdaſein des nomen wofür gebürgt wurde[17]). Anderwärts unterſcheidet man, ob der Irrthum auf die Identität, oder bloße Eigenſchaften der Perſon geht[18]); allein wo die Perſon nicht Gegenſtand des Geſchäftes iſt, ſind derlei Unterſchiede nirgends begründet. Viele Schriftſteller gehen denn auch nicht ſo weit wie Savigny[19]). Darüber ob der Irrthum über ein Perſon, welche nurmehr zu den Umſtänden der Handlung gehört, als Anfechtungsgrund wirke, vgl. §. 529.

3. Der Irrthum über die eigene Perſon kann weſentlich

16) l. 52 §. 21. l. 67 (66) §. 4 D. furt. 47, 2; einſtimmend Zitelmann, Irrtum S. 560. Hierher ſcheint auch die Randbemerkung des Verf. zu paſſen, welche ſich in ſeinem Handexemplar Bd. I §. 111 bei Anm. 27 (ſ. dieſelbe) findet: „Nur aus dieſem Grunde würde der Debitor gegen Maevius aufkommen können, der mit ihm quasi heres transigirt hat, während er es wiſſentlich nicht war: l. 3 §. 2 D. transact. 2, 15“. Vgl. Bd. II §. 303 Anm. 24.

17) vgl. die erroris fideiussio in l. 37 D. fidej. 46, 1 und dazu meine krit. Bl. Nr. 3 S. 14 Anm. 15; [ſ. auch oben Bd. II §. 255 Anm. 22 und vgl. Lotmar, M. Vierteljahresſchr. Bd. 26 S. 242/43.]

18) z. B. Mühlenbruch a. a. O. [Vangerow §. 604 Anm. III. Scheiff, Divergenz S. 47. Nach Zitelmann, Irrtum S. 442 fg. iſt der Irrthum über die Identität ein Irrthum über eine Eigenſchaft, hiergegen vornehmlich Thomſen, Rechtl. Willensbeſtimmung — vgl. oben Anm. 4 — und Windſcheid §. 76a Anm. 4.]

19) vgl. dieſen ſelbſt a. a. O. S. 270, d, S. 271 unten; dann Windſcheid §. 76 Anm. 6 der früheren Auflagen, in der 6ten ſ. jedoch §. 76 Anm. 8 u. 9 und §. 76a Anm. 11. Wächter, Würt. Privatr. II §. 102 II, 2. Vangerow §. 604 Anm. III. Richelmann, Einfluß des Irrthums S. 23 fg. Bekker, M. Vierteljahresſchr. III S. 200. Eine überſichtliche Darſtellung der verſchiedenen Anſichten gibt Kübel in Sarweys Monatſchr. Bd. 20 S. 200 Anm. 6 Er ſelbſt geht mit Arndts §. 239, welcher den Irrthum über „die Identität der Perſon des andern Contrahenten“ dann für weſentlich erklärt, „wenn man nur mit derjenigen Perſon, wofür man jenen hielt, den Vertrag eingehen wollte“. Allein auch dieſer Satz iſt unerwieſen, inſonderheit durch die von Arndts allegirten Stellen nicht erhärtet. — S. auch noch Bd. II §. 321 Anm. 42.

werden, d. i. Nichtigkeit des Geschäftes mit sich bringen. Allein dies ist nur in Folge der besonderen Anforderungen des Rechtes an den letzten Willen und an Erbserklärungen der Fall [20]).

§. 529.

Schädlichkeit, Unschädlichkeit, Nutzen, Entschuldbarkeit, Unentschuldbarkeit des Irrthums.

D. de iuris et facti ignorantia 22, 6. C. eod. 1, 18.

Wo der Irrthum keine Nichtigkeit des Geschäftes mit sich bringt, und insoweit ein Schaden für den Irrenden begründet wäre, kann demselben vielleicht geholfen werden (S. 53 unten).

Diese Hilfe besteht möglicherweise nicht blos in Klagen (condictio indebiti, actiones aedilitiae, propter laesionem enormem, doli — i. i. restitutio propter errorem), sondern auch in der Versagung von Exceptionen oder Gewährung von Repliken [1]). Letzterenfalls besteht die Hilfe statt in Anfechtung in Heilung des Geschäftes.

Eine derartige Hilfe scheint um so mehr geboten, als der Irrthum unter Umständen nicht nur nicht schadet, sondern sogar nützt [2]). Indessen ist es nicht der Irrthum als solcher,

20) l. 14. l. 15 D. qui test. 28, 1. l. 15. l. 23 D. a. v. o. h. 29, 2. l. 1 pr. D. leg. III. Bd. III §. 371 Anm. 16. §. 425 Anm. 7. § 427 Anm. 53. §. 394 Anm. 17—22. Vgl. auch Bd. II §. 297 Anm. 45. Am Anfang dieses §. hat der Verf in einem Handexemplar die Randbemerkung gemacht: „Bedenke künftig den Irrthum, der sich als Mangel einer zu der species des Geschäftes wesentlichen Vorstellung erweist z. B. als Mangel des animus pro herede gerendi in l. 22 D. a. v. o. h. 29, 2 ab initio." — [Singuläre Fälle des „Irrthums über die eigene Person" bieten die Handlungen des liber homo bona fide serviens; s. z. B. Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 496. Salkowski, Sklavenerwerb S. 153 fg.]

1) l. 3 pr. D. ad sc. Maced. 14, 6. l. 9 pr. D. h. t. 22, 6. l. 11 §. 7 D. min. 4. 4. l. 6 D. ad sc. Vell. 16, 1. [Bd. II §. 297 Anm. 29. 47. §. 262 Anm. 18. § 263 Anm. 1. §. 304 Anm. 15 fg. Anm 35. Bd. III §. 420 Anm. 13. Bd. I §. 120 Anm. 1—5. Vgl. auch Bd. II §. 246 Anm. 8.]

2) zur Ersitzung: Bd. I §. 160. §. 161; zum Fruchterwerb: Bd. I §. 145 Anm. 13 fg. 28 fg. vgl. §. 143; zur Entbindung von Restitutionsverbindlichkeiten in hereditatis und singularum rerum petitione: Bd. I §. 170 Anm 12 fg. Bd. III §. 401, I. §. 402, vgl. Bd. II §. 302 Anm 8; auch die alte erroris causae probatio in Ehe- und Standesverhältnissen

ſondern der Irrthum als ein Beſtandtheil der Redlichkeit — es iſt die Redlichkeit, und nur durch dieſe der Irrthum, was Gewinn bringen kann; daraus, daß der Irrthum nützen kann, folgt alſo keineswegs, daß er allenthalben unſchädlich ſei.

Die Nützlichkeit des Irrthums iſt mit der Lehre von der bonae und malae fidei possessio, und deren Unterſcheidung auf den einſchlägigen Punkten erledigt worden. Hier kommt nur noch die Frage nach der Schädlichkeit oder Unſchädlichkeit des Irrthums eigens in Betracht.

I. Die erſte und wichtigſte Frage iſt hier die, ob, Entſchuldbarkeit vorausgeſetzt, jedweder Irrthum, der dem Irrenden an ſich ſchädlich iſt, ohne Rückſicht auf die Beſchaffenheit des Falles oder die Richtung in der er vorkommt, Anfechtbarkeit, allenfalls Heilung des Geſchäftes begründet, ſo daß alſo der Irrthum, ähnlich dem Zwange, als gemeiner Anfechtungsgrund zu betrachten wäre; — oder ob er nur in gewiſſen Fällen und Richtungen dieſe oder eine entſprechende Wirkung habe.

Es fehlt nun nicht an Ausſprüchen der Quellen, wie der Doctrin, wornach der Irrthum gemeiner Anfechtungsgrund zu ſein ſcheint. Denn wenn es in einer Reihe von Stellen allgemein heißt, daß der error facti nicht ſchade, der error juris ſchade[3]), ſo ſcheint es nur darauf anzukommen, daß der Irrthum entſchuldbar ſei, und dies vorausgeſetzt, dem Irrenden geholfen zu werden[4]).

Allein der Beweiſe, daß dem Irrenden, auch Entſchuldbarkeit des Irrthums vorausgeſetzt, nicht allenthalben geholfen werde, ſind mehrere, und ſpeciellere. 1. Bereits oben iſt vorgekommen, daß der Irrthum in der causa praeterita regel-

gehört hieher: Gai. I 67—75. 87; anders Savigny, Syſtem III Beil. VIII Nr. 14. — [S. ferner l. 17 D. transact. 2, 15 (Bd. II §. 284 Anm. 11 S. 395). Bd. I §. 149 Anm. 27—38. Bd. II § 290 Anm. 28 51.]

3) l. 7. l. 8. l. 9 pr. §. 2 D. h. t. 22, 6. l. 11 C. h. t. 1, 18. l. 9 pr. cit.: Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.

4) Eben darauf führt auch Glück, Comm. XXII S. 367 Anm. 50 mit der dortſelbſt citirten Literatur hin.

mäßig und grundsätzlich nichts helfe, mag er nun error facti oder juris sein (§. 528. 1). 2. Der gemeinen Anfechtbarkeit wegen Irrthums müßte ein gemeines Anfechtungsmittel entsprechen[5]); allein die i. i. restitutio propter absentiam umfaßt vermöge der generalis clausula zwar den Irrthum und das Nichtwissen mit; allein das ist überall ein error und eine ignorantia nicht im Handeln, sondern im Unterlassen (Bd. I §. 119 Abs. 1 u. Anm. 37. §. 120 Anm. 2), und auch keineswegs in allen Fällen, so namentlich in denen der Klagsverjährung nicht als absentia zu erachten[6]); die i. i. r. propter errorem geht zwar auf den Irrthum im Handeln, allein der gemeinen Ansicht nach nur auf den Irrthum in gewissen einzelnen Fällen[7]). 3. Wo mit dem Irrthum specielle Anfechtungsmittel in Verbindung stehen, ist der Irrthum nicht der alleinige Grund der Anfechtung, sondern wirken noch andere Factoren mit: wie die Grundlosigkeit der fremden Bereicherung bei der condictio indebiti (Bd. II §. 304), polizeiliche Rücksichten bei den aedilitiae actiones (Bd. II §. 327b nach Anm. 26), enorme Größe des Schadens bei der durch einen Irrthum des Verkäufers begründeten Rescission des Kaufes propter laesionem enormem (Bd. II S. 751), Letztwilligkeit der Verfügung bei der exceptio doli aus dem Irrthum im Beweggrund zu Vermächtnissen (§. 528 Anm. 8), dolus malus oder arglistige Täuschung durch den Gegner bei der actio oder i. i. restitutio wegen dolus (Bd. I §. 120 Nr. 5, Bd. II §. 344), eine justissima causa bei der venia gegen irrthümlich nachgesuchte Separation (Bd. III §. 398 Anm. 15).

Hiernach ist anzunehmen, daß der Irrthum nicht schon als

---

5) [Die Thatsache, daß dem röm. Recht eine actio de errore abgeht, wird von Voigt, Arch. f. civ. Prax. Bd. 54 S. 240, Jus nat. III S. 168/69. S. 998 hervorgehoben; doch ist weder Begründung noch Folgerung annehmbar. Wegen der mangelnden exceptio erroris s. Schrader, ad §. 1 J. de exc. 4, 13.]

6) Savigny a. a. O. Beil. VIII Nr. 25. 26.

7) S. 123, 3 der ersten Aufl. und zu den dort a. E. allegirten Schriftstellern nun auch Windscheid §. 118 Anm. 7 und Arndts §. 121. S. ferner oben Bd. I §. 120 Nr. 3.

ſolcher und allgemein zur Anfechtung des Geſchäftes berechtigte[8]), oder zu dem Ende weiter nichts als Entſchuldbarkeit des Irrthums vorausſetze; vielmehr ſind es nur gewiſſe einzelne Fälle in denen, oder gewiſſe Umſtände unter denen der Irrthum das Geſchäft anfechtbar macht (i. i. r. propter errorem), oder zur Anfechtbarkeit mithilft (condictio indebiti etc.). Erſt innerhalb dieſer Fälle kommt die Entſchuldbarkeit oder Unentſchuldbarkeit des Irrthums in Frage. Jene Sprüche über die Schädlichkeit des error juris, und die Unſchädlichkeit des error facti können nur ſagen wollen, daß wenn der error in Betracht komme, auf jenen Unterſchied ankomme, nicht daß er ſtets in Betracht komme. „Nur ſo abgeriſſen, wie wir ſie jetzt leſen, erhalten ſie die abſolute Bedeutung, in welcher wir ſie nicht als wahr annehmen können[9])."

Auch auf dem Gebiet der Unterlaſſungen hilft der Irrthum nicht allgemein oder grundſätzlich (oben bei Anm. 6).

II. Error facti heißt jeder Irrthum, welcher nicht das Recht an ſich betrifft[10]), Rechte der Einzelnen und Rechtsgeſchäfte fallen alſo nicht minder als andere Thatſachen unter den error facti[11]). Streitig iſt, wohin die falſche Subſumtion der Thatſachen bei der Rechtsanwendung gehöre, ob lediglich unter den error facti[12]), ob lediglich unter den error juris[13]),

---

8) [vgl. Bekker, Syſtem §. 84 N. c „keine naturrechtliche Regel anzuerkennen", „wonach wenigſtens gewiſſen Fällen des Irrtums allemal gewiſſe Rechtsfolgen zukämen"; auch §. 119 Beil. I g. E.]

9) Savigny a. a. O. S. 347 und Beil. VIII Nr. 6 u. 10. Vangerow §. 83 Anm. 1. Thibaut, Verſuche II S. 144 fg. Seuffert, pract. Pandr. §. 71. 1a. Arndts §. 62. Wächter a. a. O. S. 753 oben.

10) Eine neue und originelle Unterſcheidung von error juris und facti, namentlich mit Anwendung auf den Irrthum in der Subſumtion ſ. Bekker, Recht des Beſitzes S. 36. — [Eine dem error facti beizuzählende ignorantia: Bd. II §. 394 Anm. 22 zu l. 34 pr. D. a. v. o. h. 29, 2.]

11) Arndts §. 62 Anm. 5.

12) Savigny, Sintenis; [wider Savigny: Voigt, Arch. f. civ. Prax. Bd. 53 S. 407, der die Subſumtion für „eine rein logiſche Operation" erklärt, die „weiterhin in einer juriſtiſchen Handlung zu Tage" treten könne; der Irrthum in jener ſei „juriſtiſch ganz gleichgültig", während in dieſer Handlung ſich die irrige Subſumtion entweder zum error juris oder zum error facti geſtalte". S. auch oben Anm. 10 und Bekker, Syſtem §. 84 N. g.]

13) Puchta, Wächter, Böcking, Hölder, Pand. §. 45 Anm. 3.

ob unter beide zugleich[14]) oder ob bald unter diesen, bald unter jenen[15]). Indessen wird darauf ankommen, ob der Fall, auf welchen das vorhandene Recht anzuwenden ist, in diesem schon entschieden sei, oder nicht. Ersterenfalls gehört seine Entscheidung bereits selbst zum jus; der größte Theil des römischen Rechtes besteht aus solchen Entscheidungen (Rechtsanwendungen, responsa, interpretatio); in der abermaligen, überdies falschen Subsumtion offenbart sich also, abgesehen von der nachher zu erörternden Verirrung, eine ignorantia juris. Letzterenfalls ist das Recht (d. h. das für diesen Fall zutreffende) erst zu finden. Kein Zweifel, daß man hiebei fehlgehen, theils in dem Faktum etwas übersehen, oder falsch betonen, theils von dem vorhandenen Rechte das eine zu wenig, das andere zu sehr würdigen kann: allein hier liegt wieder eine Verirrung vor, die kein Irrthum, weil keine falsche Vorstellung ist, weder über das vorhandene Recht, das man vielleicht nicht richtig verwerthet, aber richtig inne hat, noch über das erst zu schaffende, weil es eben noch nicht vorliegt, noch über die Thatsachen, die man abermals vielleicht nicht richtig verwerthet allein nicht unrichtig im Kopfe hat. Wie die Jurisprudenz Wissenschaft und Kunst neben einander ist, so gibt es innerhalb ihrer einen error, welcher der scientia juris entgegensteht: und dieser ist error, ignorantia juris, Rechtsirrthum; und einen, welcher einen Fehler in der juristischen Kunst bedeutet: und dieser ist jene Verirrung in der interpretatio oder Findung des Rechtes für einen neuen Fall, wie sie z. B. in den Notis ad Papinianum corrigirt worden ist, oder corrigirt werden wollte. Diese Verirrung in der juristischen Operation ist kein Rechtsirrthum; sie ist auch kein Irrthum in den Thatsachen, eher eine Verirrung in der That[15a]). Die Römer werden sie freilich unter dem error facti begriffen haben; aber nicht weil sie darin einen Irrthum über Thatsachen, sondern weil sie in dem Worte error noch etwas

14) Herrmann.

15) Unger, System d. österr. Privatr. §. 77 Anm. 8, Wächter, Pand. I. S. 351.

15a) [Verirrungen und Irrthümer des Gesetzgebers: Bd. I §. 30 Abs. 1 u. 2.]

anderes als Irrthum erblickten (S. 27). Liefe bei der Rechtsfindung freilich ein Verſtoß gegen das vorhandene Recht, oder eine falſche Vorſtellung über das Faktum mit unter, ſo wäre das wohl der gemeine Rechts-, oder ein factiſcher Irrthum, allein kein Irrthum in der Subſumtion.

Die Eintheilung des error in einen error juris und error facti durchkreuzt übrigens jene andere Eintheilung, wornach er bald den Gegenſtand, bald den Beweggrund, bald die Umſtände, bald das eigene Subject der Handlung betrifft. So kann z. B. der Irrthum über die Qualität des Mitcontrahenten ebenſowohl ein error juris als facti ſein[16]; desgleichen der Irrthum über die eigene Qualität z. B. Verwandtſchaft[17] u. ſ. f.

Fragt man weiter, warum der Irrthum über das Recht jedem anderen entgegengeſtellt ſei, ſo macht der Römer nicht nur dem Rechte die Zumuthung, daß es in ſich beſtimmt und ſicher erkennbar ſei, ſondern legt er auch den Parteien die Pflicht auf, das Recht zu kennen, oder ſich die Kenntniß deſſelben erforderlichen Falles zu verſchaffen[18]. Kein anderer Kreis von Dingen ſchien ſo ſicher erkennbar[19], oder doch keines anderen Erkenntniß ſo gemeinhin Pflichtſache. Die Scheidung von error juris und error facti hatte darum den Zweck, die Fälle in denen error und ignorantia Berückſichtigung verdienen, von denen, in welchen dies nicht der Fall iſt, zuvörderſt im Ganzen und Großen zu ſcheiden; error juris iſt der regelmäßig unentſchuldbare, error facti der regelmäßig entſchuldbare Irrthum[20].

16) l. 3 pr. D. sc. Maced. 14, 6.

17) l. 1 §. 2 D. h. t. 22, 6, vgl. Lotmar in d. Münchener Feſtgabe f. Planck S. 73.

18) l. 2. l. 9 §. 3 D. h. t. 22, 6. l. 12 C. h. t. 1, 18. l. 12 C. legib. 1, 14. l. 48 pr. D. fidej. 46, 1 (Bd. II § 256 Anm. 7).

19) l. 2 cit. cf. l. 32 pr. D. usur. 22, 1.

20) Mühlenbruch, Arch. f. civ. Pr. II S. 383. Savigny a. a. O. S. 335. Einzelne Anwendungen für das error juris nocet: l. 9 §. 5 D. h. t. 22, 6 Nichtgebrauch der lex Falcidia nach einer epistola D. Pii. — [Hölder, Pand. § 45 Anm. 2 nimmt unter Hinweis auf l. 72 §. 6 D de cond. 35, 1 eine Ausnahme vom Erforderniß der Entſchuldbarkeit an bei letztwilligen Verfügungen. Allein damit iſt entweder e silentio argumentirt, oder es kann das plerumque der Stelle auch auf die Entſchuldbarkeit gehen.]

Hiemit ist schon ausgesprochen, daß der Rechtsirrthum nicht durchweg verurtheilt werde. Vielmehr ist er nachgesehen

1. gewissen Personen (quibus jus ignorare permissum est): den Minderjährigen[21]); den Frauen (wenn kein bloßer Gewinnentgang, namentlich keine Ersitzung oder Agnitionsfrist, und wenn keine Klagverjährung in Frage steht[22]): Ungebildeten[23]); Soldaten[24]). Dies gilt in solcher Allgemeinheit aber nur auf dem Gebiete der erlaubten Handlungen; die Strafbarkeit der Delicte ist weithin juris naturalis s. gentium, d. h. so selbstverständlich, daß sich soweit auch obige Personen in ihr nicht irren dürfen[25]).

2. unter gewissen Umständen: a. wenn das Recht, um dessen Kenntniß es sich handelt, von der Art ist, daß man Jurist sein muß, um es zu kennen, der Irrende Nichtjurist ist, und die Gelegenheit sich Raths zu erholen nicht vorliegt[26]); Local-Gewohnheiten und Statuten sollen zudem nicht mehr als jus, sondern als factum in Betracht kommen[27]); — b. wenn wegen Nichtberücksichtigung des Rechtsirrthums ein dolus oder eine Unredlichkeit anzunehmen wäre, wo weder dolus noch Un-

---

21) l. 9 pr. D. l. 11 [cf. l. 2 C. h. t. l. 2 C. si adv. sol. 2, 32 (33).] Vgl. Mandry, Familiengüterr. I S. 446 Nr. 1 und überhaupt S. 444 fg. S. 447. S. 449 fg.

22) l. 8. l. 9 pr. D. l. 3. l. 11. l. 13 C. h. t. l. 6 cf. l. 8 C. qui admitti 6, 9. l. 11 C. qui pet. 5, 31. Savigny, System III Beil. VIII Nr. 31, [vgl. auch oben Bd. I §. 114 Anm. 36 i. Anf. Wächter, Pand. I S. 355/56.]

23) propter rusticitatem: l. 8 C. cit. l. 2 §. 7 D. iure fisci 49, 14. l. 1 §. 5 D. edendo 2, 13. [Wächter, Pand. I S. 356. Windscheid §. 79a Anm. 11. Hölder §. 45 Anm. 5.]

24) l. 9 §. 1 D. l. 1 C. h. t. cf. l. 22 pr. §. 16 C. iure delib. 6, 30 (Bd. III §. 399 Anm. 4). l. 1 C. rest. mil. 2, 51. l. 5 C. de his qui sibi adscr. 9, 23.

25) Savigny a. a. O. Beil. VIII Nr. 20. 21.

26) quod raro accipiendum est — l. 9 §. 3 D. h. t.; — scientiam enim non hanc accipi, quae iuris prudentibus sit, sed eam quam quis aut per se habeat, aut consulendo prudentiores assequi potest: l. 10 D. bon. poss. 37. 1; l. 2 §. 5 D. quis ordo 38. 15. [Vgl. Wächter, Pand. I S. 355 und „der entschuldbare Rechtsirrthum, bes. die Bedeutung der von Rechtsgelehrten einem Laien ertheilten Belehrung über bestehendes Recht" (Progr. Leipzig 1871). Windscheid §. 79a Anm. 5 u. 6. Hölder §. 45 Anm. 4. Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 433 bei Anm. 4.]

27) c. 1 de constit. in 6to 1, 2.

redlichkeit vorliegt[28]); — endlich findet ſich c. noch der Satz vor, daß der Rechtsirrthum in gewiſſen Fällen, nämlich da, wo ſtatt Gewinnentganges Verluſt in Frage ſteht, Niemanden ſchade[29]); er ſcheint indeſſen nicht nur gewiſſen Einzelentſcheidungen[30]), ſondern auch der Regel in l. 9 pr. D. h. t. (juris ignorantiam cuique nocere) zu widerſtreiten. Daß er erſt durch Lostrennung von ſeinen urſprünglichen Fundorten ſo allgemein geworden ſei[31]), wird zwar durch Vergleichung der l. 11 C. h. t. mit l. 3 C. Th. sponsal. 3, 5[32]) glaublich; allein ſchwerer iſt eine ſolche Verwirrung der Grundlehren durch die Compilatoren begreiflich. Die Aelteren, wie Cujacius und Donellus, haben ihn überhaupt, von den Neueren hat ihn Kritz beſonders für die condictio indebiti zu rechtfertigen verſucht[33]).

Umgekehrt iſt der error facti nicht durchweg entſchuldbar: nicht wenn er auf grober Nachläſſigkeit beruht[34]), alſo gemei-

28) §. 1 J. vi bon. rapt. 4, 2 (ita competit haec actio, si dolo malo quisque rapuerit — nicht wenn Einer imprudens iuris eo animo rapuit, quasi domino liceat rem suam etiam per vim auferre possessoribus). l. 36 §. 1 in f. l. 37 pr. D. usuc. 41, 3 cf. §. 5 J. usuc. 2, 6; l. 25 §. 6 D. her. pet. 5, 3 (non puto hunc esse praedonem qui dolo caret, quamvis in iure erret) und hiezu Francke, Exeg. dogm. Comment. üb. d. Pandektentitel de h. p. 5, 3 S. 287 fg. und überhaupt Savigny a. a. O. Beil. VIII Nr. 21. 22.

29) l. 7. l. 8 D. h. t.

30) l. 6. l. 10 C. h. t. Bd. II §. 304 Anm. 39.

31) Savigny a. a. O. Beil. VIII Nr. 8, Rudorff, Zeitſchr. f. geſch. R. W. XIV S. 330 und zu Puchta, Pand. §. 57, n. [S. auch Pininski, Sachbeſitzerwerb II S. 418 Anm.]

32) in l. 11 cit. fehlt der Schluß, welchen l. 3 cit. enthält, aber ohne daß damit etwas an der Sache ſelbſt geändert würde.

33) Glück a. a. O. S. 316 fg., Kritz, Sammlung v. Rechtsfällen I S. 244—343 beſ. S. 307. 247—49. 263—66, wozu Savigny a. a. O. Beil. VIII Nr. 35 — 38, [ferner Wächter, Pand. I S. 357 — 60, andererſeits Dernburg I §. 87 Anm. 10. Vgl. oben Bd. II §. 304 Anm. 39 a. E.]

34) l. 3 §. 1. l. 6. l. 9 §. 2 D. h. t. z. B. l. 3 pr. D. sc. Maced. 14, 6: [Bd. II §. 297 Anm. 29. Pininski, Sachbeſitzerwerb II S. 434 fg. unterſcheidet im factiſchen Irrthum den „über die Interpretationsgrundſätze", der regelmäßig non probabilis ſei und vom Recht ignorirt werde, und den „ſonſtigen factiſchen Irrtum", von welchem das Gegentheil gelte. Dieſe beiden Kategorieen „müſſen ſtreng auseinandergehalten werden", obwohl doch nach S. 454 „die Grenze ſchwer zu ziehen und im einzelnen Fall oft unmöglich zu entſcheiden, zu welcher Kategorie irgend ein Irrtumsfall zu rechnen ſei".]

niglich nicht, wenn er in einer Unkenntniß dessen, was man selbst gethan, oder in der falschen Vorstellung einer eigenen Handlung (facti proprii) bestehen soll[35]). In Fällen dieser letzteren Art muß der Beweis (entschuldbaren Irrthums) den Irrenden selbst, nur in Fällen des error facti alieni wird er (als der Beweis grober Nachlässigkeit) den Gegner treffen[36]).

3. nach Freiheit.

Furcht und Zwang.

D. quod metus causa gestum erit. 4, 2.
C. de his quae vi metusve causa gesta sunt 2, 19 (20).

§. 530.

Standpunkt.

Daß der Zwang den Willen nicht aufhebe, darf, als in der Natur der Sache liegend, ohne weiteres angenommen werden. Um eben deswillen hebt er auch die Freiheit nicht auf; denn der Wille kann ohne Freiheit nicht gedacht werden (§. 523 ad I. 3). Mag also zu jedem Rechtsgeschäfte Freiheit des Handelnden erforderlich sein, so scheint dasselbe doch zwangshalber nicht nichtig sein zu müssen.

Anderseits wird in der erzwungenen Handlung anstatt aller anderen erdenkbaren Gründe der Zwang oder die Gewalt[1]) zum alleinigen Grunde der Handlung (Rubr. D. et C. quod metus causa gestum est)[2]). Sieht man also bei dieser mehr auf den Grund des Actes, als auf den Act selbst, so erscheint die erzwungene Handlung als unfrei. Denn „im

35) l. 3 pr. D. h. t. z. B. l. 5 D. pro suo 41, 10. l. 22 D. cond. indeb. 12, 6 vgl. Bd. I §. 161 Anm. 15 fg.

36) Savigny a. a. O. S. 335, Windscheid §. 79a.

1) [welche nach Hölder, Pand. S. 228 Anm. physische sein kann. Denn auch die gegenwärtige Application solcher könne psychisch zwingen. Nur darf die Handlung nicht passive Bewegung sein. Jener physisch eingeleitete Seelenzwang mag von l. 1 D. h. t. umfaßt sein.]

2) [a. M. Lotmar, Causa S. 77. 78, s. auch Czyhlarz in Jher. Jahrb. Bd. 13 S. 4. — Der oben folgenden Deduction widerspricht Schulin, Anwendungsfälle der Publiciana S. 29. 30.]

Grunde" ist sie keine selbstgewollte (spontane); daß man aber thut was man selbst will, und nicht, wie beim Zwange, was ein Anderer will, das ist die Bedeutung der Freiheit im gemeinen Sinne des Wortes. Ja an die Freiheit im Grunde der Handlung, nicht an die Freiheit, welche mit dem Wollen an sich identisch ist und also selbst in Unterwerfung bestehen kann[3]), pflegt man beim Worte Freiheit zu denken. Es war vielleicht nicht umsichtig genug, mit nichten aber „unbegreiflich"[4]), wenn Kritz lediglich an diese Freiheit dachte, und also die erzwungene Handlung schlechthin unfrei nannte[5]). Die Quellen selbst nennen sie unfrei[6]); sie nennen sie unfrei, weil sie nicht „spontan", d. h. „im Grunde" nicht selbstgewollt ist[7]). Daß der gezwungene Wille noch Wille sei, ist den Quellen geläufig; aber daß sie ihn einen freien Willen nennen, kommt u. W. nicht vor; die „libera voluntas", das „liberum arbitrium" steht ihnen gerade so wie bei Kritz im Gegensatz zum erzwungenen Willen[8]). Ja mitunter gehen sie in ihrer Natürlichkeit noch einen namhaften Schritt über Kritz hinaus, und sagen, daß derjenige welcher gezwungen gehandelt, so gut wie gar nicht gewollt habe[9]).

3) [Diese Unterscheidung acceptirt Hölder, Pand. S. 226.]

4) Wächter, württ. Privatr. II §. 106 Anm. 1, Windscheid §. 80 Anm. 2, Unger §. 80 Anm. 7.

5) Kritz, Rechtsfälle Bd. V S. 38 §§. 2—5.

6) — quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui: l. 21 §. 5 D. h. t. 4, 2. [Bd. II §. 214 Anm. 5. Vgl. Schloßmann, z. Lehre v. Zwange S. 120 Anm. 162 und S. 133 Anm. 174, Leonhard, Irrthum S. 392. 393.]

7) — non ab ipso sibi sponte datum: l. 13 eod. — non sua sponte testamentum fecit: l. 1 C. si quis aliq. test. prohib. vel coeg. 6, 34. — quam non duceret, si sui arbitrii esset: l. 22 D. r. n. 23, 2. — proprium arbitrium non intellegitur habuisse: Consult. I §. 4. [S. auch noch Czyhlarz, Iher. Jahrb. XIII S. 27 und dazu Schloßmann Anm. 166.]

8) Consult. I §§. 4. 12. [— poenae metu libertatem auferri — l. 71 §. 1 D. cond. et dem. 35, 1.] — nullo cogentis imperio libero arbitrio — l. 41 pr. C. transact. 2, 4.

9) — non intellegitur voluisse qui coactus est: fragm. Dosith. §. 7, ed. Krüger p. 153 [(hiezu Voigt, Jus nat. III Anm. 196, Röder, Bedeutung des Willens S. 34, aber auch Bechmann, Kauf II S. 309);] — si testator compulsus . . . quos noluerit, scripserit heredes: l. 1 C. si quis aliq. test. proh. vel coëg. 6, 34; — quod inter invitos non contrahitur: l. 22 D. r. n. 23, 2; [Nec si volens scrip-

Hiernach erhellt, daß Rechtsgeschäfte wegen Zwanges denn doch, und zwar ohne Beleidigung des juristischen Verstandes, nichtig sein könnten[10]; brauchte das Recht sich nur an jener abstracten, mit dem Wollen an sich identischen, mehr metaphysischen als practischen Freiheit nicht zu begnügen, vielmehr zu sagen, daß es zum Dasein der Rechtsgeschäfte die gemeine, im Grunde des Wollens wurzelnde Freiheit verlange. Denn die Rechtsgeschäfte sind seine Geschäfte (§. 522 bei Anm. 8), seine Wirkung ist ihre Wirkung, Sache seiner Bestimmung das Maß und die Qualität der Freiheit, in der sie sein und bestehen sollen[11]). Unzutreffend ist es zu sagen: wer gezwungen will, der will, also muß das Geschäft existent sein; denn die Rechtsgeschäfte sind nicht schon mit unserem Willen und je nach unserem Willen da (§. 522); sonst hätten nuda pacta von jeher so bindend sein müssen wie Nexum und Stipulation; so sehr das Recht zu dem Willen auch Formen forderte, mochte es, schlechthin oder gruppenweise, ein höheres Maß von Freiheit fordern, als im Willen an sich liegt.

So viel scheint jedenfalls klar zu sein, daß wenn oder wo das Recht erzwungene Geschäfte für nichtig erklärte, die Rechtfertigung nicht in der auch noch so scharfsinnigen neuerlichen Spaltung des Willens und der Erklärung (§. 533) gesucht zu werden brauchte, sondern in den Umständen unter denen man hier will, in der metus causa, d. i. in dem gemeinen Begriffe der Unfreiheit selbst genugsam vorlag.

sisses ... quanto nunc magis, cum eam scripturam dare compulsum te esse testaris: l. 6 C. lib. cau. 7, 16; — nullo cogentis imperio libero arbitrio et voluntate — l. 41 pr. C. transact. 2, 4; — qui invitus fecit et faciendi voluntatem non habuit: Consult. I §. 12; — non quia voluit pactus est, sed quia coactus est: Seneca, controv. 4, 26 bei Burchardi, Wiedereinsetzung S. 353; — si quis per metum reus sit constitutus et fideiussorem volentem dederit — l. 14 §. 6 D. h. t. 4, 2. Vgl. Windscheid, Arch. f. civ. Pr. Bd. 78 S. 167 Anm.: Die Rechtsfolge bestehe „mit dem wirklichen, aber nicht mit dem eigentlichen Willen des Bedrohten".]

10) [Auch nach Schloßmann S. 116/17 ist die Möglichkeit ausgeschlossen „die dem Zwange im classischen römischen Recht zu Theil gewordene Behandlung aus den materiellen Rechtsanschauungen der Römer über das Wesen des Zwanges und der Willensfreiheit herzuleiten".]

11) [zustimmend Czyhlarz S. 18.]

§. 531.

Die Quellen.

In Wirklichkeit antworten die Quellen auf die soeben (§. 530) angeregte Frage: ob ein aus bloßer Furcht eingegangenes Rechtsgeschäft, vorausgesetzt, daß die Furcht eine gerechte (Bd. II §. 342 Anm. 8—11) war, nichtig, oder aber existent, und nur anfechtbar sei, nicht einfach, weder mit Ja, noch mit Nein.

Eine Reihe von Aussprüchen und Entscheidungen ist für Existenz. Unter dem stoischen Motto „quamvis si liberum esset, noluisset, tamen coactus voluit" erklärt Paulus auch den als Erben, der gezwungen angetreten hat[1]); daß Ulpian in l. 6 §. 7 D. a. v. o. h. 29, 2 für eben diesen Fall das Gegentheil entscheide, wie Schliemann (die Lehre vom Zwange S. 65 Nr. 4) annimmt, kann nicht angenommen werden; denn hier tritt der Delat nicht blos gezwungen, sondern zugleich „fallens" an[2]); daß der coactus schon an sich fallens, coactus fallens also so viel sei wie coactus, ergo fallens, hat außer der sprachlichen Bedenklichkeit die Natur der Sache gegen sich[3]).

1) l. 21 §. 5 D. h. t. 4, 2; [s. auch l. 85 D. a. vel o. h. 29, 2 (Papinian). Die civilrechtliche Unerheblichkeit des Zwangs beschränkt Schloßmann S. 80. 133 (Anm. 176) auf die cretio, wogegen „eine erzwungene pro herede gestio ihrem Begriffe nach iure civili nicht wirken konnte". Zur Kritik der l. 21 §. 5 cit. s. daselbst S. 132 fg. und gegen die Annahme von Stoicismus den dortigen Hinweis auf Puchta, Institutionen §. 102, c. Vgl. auch unten §. 533 Anm. 11 u. 13.]

2) Die gemeine Deutung dieses Wortes ist durch l. 43 §. ult. D. e. e. 18, 1 verbürgt (qui fallendi causa obscure loquitur); was es unter Annahme eines Gräcismus (λαθών) bedeuten soll (Scip. Gentilis Parerg. I, 6 in Otto, Thes. IV, 1279), wird nicht klar; Aenderungen wie pallens oder nolens (Brenkmann, Th. Mommsen) scheinen nicht motivirt. [Schloßmann, Zwang S. 45 fg. verbindet metu resp. timore coactus nicht unmittelbar mit adiit, sondern mit fallens, übersetzt Letzteres mit heimlich und läßt die Stelle sagen, daß die aus Furcht heimlich vorgenommene Cretio ungültig sei. Unterstützung bei Kohler, Jher. Jahrb. Bd. 16 S. 121 fg. 341, Beifall oder Widerspruch bei den in §. 524 Anm. 5 und 6 (S. 23. 24.) zu l. 6 §. 7 cit. Genannten, ferner Leonhard, Irrthum S. 511 Anm. 1, Dernburg I §. 103 Anm. 23, Bechmann, Kauf II S. 308 Anm. 4 und Hölder, Pand. S. 231.]

3) unten §. 533 a. E. [und sich dieser Opposition gegen die Schliemann'sche Deutung anschließend Czyhlarz a. a. O. S. 14. 20/21, Schulin, Anwendungsfälle S. 37.]

Nirgends sonst in den Quellen ist eine Andeutung, daß die Willenserklärung des Gezwungenen schon an und für sich eine Simulation sei; wohl aber ergibt sich aus einer gleichfalls Paulinischen Stelle, daß sie die Concurrenz der Lüge und der Furcht für ein besonderes Vorkommen halten[4]). — Umgekehrt verliert sein Erbrecht, wer gezwungen ausschlägt[5]). — Stipulationen und Acceptilationen sind trotz des Zwanges (von der dotis promissio abgesehen) durchweg existent[6]). Noch die Justinianischen Institutionen halten es für etwas Ausgemachtes, daß die erzwungene Stipulation ipso jure bestehe[7]). — Nicht außer Frage war, ob der mutuus dissensus trotz Zwanges zu Stande komme; allein Paulus entschied sich dafür, daß er similis species acceptilationis sei, und darum für Existenz[8]). — Dafür, daß bei gezwungener Mancipation das jus Quiritium auf den emtor übergegangen sei, spricht die Notiz, daß der Gezwungene rem in bonis behalte[9]).

Schon aus dieser Notiz wird es aber anderseits mehr als zweifelhaft, daß bei gezwungener Tradition das Eigenthum übergegangen sei[10]). Denn was die Tradition übertragen

4) l. 17 §. 1 D. qui et a quib. manum. 40, 9 — non fit liber, si mentitus dominus, ne a magistratibus castigaretur, dixit non esse liberum. [Nach Czyhlarz a. a. O. Anm. 26 beruht die Berufung auf diese Stelle auf einem Versehen, „da sich das ne castigaretur nicht auf den dominus, sondern auf den Sklaven bezieht, den der Herr durch die Lüge liberum esse rettet". Allein warum sollte nicht auch so der Herr in Furcht sein können?]

5) l. 21 §. 6 D. h. t. 4, 2. [Hiezu s. Hölder, Pand. S. 231.]

6) l. 9 §. 3. §. 4. §. 7. §. 8. l. 10 pr. §. 1. l. 11 eod. [l. 5 C. inut. stip. 8, 38 (39).]

7) — palam est, iure civili te obligatum esse — §. 1 J. exc. 4, 13.

8) l. 21 §. 4 D. h. t. 4, 2 [nebst Czyhlarz S. 12. 13 und Schloßmann S. 90. 91. Wegen des Vergleichs s. Bd. I §. 111 Anm. 28.]

9) Paul. r. s. I, 7 §. 6. [s. auch Gai. IV, 117 und l. 2 D. quib. ad lib. procl. 40, 13, dazu Czyhlarz Anm. 11. 78, Schloßmann S. 76 (§. 9).]

10) [Der im Folgenden vertretenen verneinenden Ansicht ist, zum Theil unter Verweisung auf die folgenden Gründe, Czyhlarz S. 42—44, ferner Schloßmann S. 77—80, Lange, die Wirkung des rechtsgeschäftl. Zwanges S. 10—16 (unter Verwerthung von l. 14 §. 2 u. §. 11 D. h. t. 4, 2), Kindel, Recht an der Sache S. 308 fg. Dahingegen Schulin S. 43 fg. vertheidigt die Gültigkeit der erzwungenen Eigenthumstradition, einmal unter Hinweis auf c. 2 C. Th. de his quae administr. 8, 15, wo jedoch die venditiones extortae zu den per potentiam (l. 12 C. h. t. 2, 19) und nicht zu den metu extortae (l. 6 pr. D. off. praes. 1, 18) gehören könnten, und ferner mit der

konnte, war eben bonitarisches oder ein diesem aufs engste verwandtes natürliches Eigenthum (in bonis esse, ejus esse); warum sollte dieses beim Mancipator zurückbleiben, beim Tradenten nicht. Nach l. 9 §. 6 D. h. t. 4, 2 behält der gezwungene Tradent die Sache wirklich in bonis. Man kann einwenden, daß hier vielleicht einmal von mancipatio die Rede war[11]); allein derselbe Jurist, welcher für den Fall der Mancipation die Sache in bonis des Vergabenden beließ, würde für den Fall der Tradition nach aller Wahrscheinlichkeit von einem fortdauernden ejus esse, wo nicht gleichfalls von einem fortdauernden in bonis esse gesprochen haben. Man kann ferner einwenden, daß das dem Tradenten nach l. 9 §. 6 cit. verbleibende in bonis esse ein bloßes Product der actio q. metus und der i. i. restitutio p. m. war; allein das dem Mancipator verbleibende Recht war das s. g. bonitarische Eigenthum; der gezwungen mancipirte Sclave erwarb ihm[12]); es ist kein Grund, für den Tradenten etwas anderes anzunehmen. So wird letzterem denn auch in l. 9 §. 6 cit. und §. 4 eod. auch in rem actio zugeschrieben. Freilich soll auch diese in rem actio nach vielverbreiteter Ansicht eine erst restituirte sein[13]); allein l. 9 §. 6 cit. gibt sie dem Gezwungenen, nicht weil er

(von Windscheid I §. 118 Anm. 3 und Appleton, Propriété prétorienne II chap. 22 getheilten) Annahme, daß die in den oben folgenden Stellen (l. 9 §. 4. §. 6 D. l. 3 C. h. t.) gewährte in rem actio die a. Publiciana sei, welche sich mittelst replicatio metus gegen die exc. dominii behaupte und in der Person des Gezwungenen noch begründet sei, weil die Thatsachen, auf denen diese Klage basirt, durch das Veräußerungsgeschäft nicht ungeschehen gemacht worden sind. Vgl. auch daselbst S. 16 Nr. 1. Gegen die vorstehende Annahme und Deduction s. Brinz, M. Vierteljahresschr. Bd. 16 S. 252, Huschke, R. der publicianischen Klage S. 31—38, Schloßmann S. 105 fg. S. 151 al., Lange S. 11; s. auch Karlowa, Rechtsgeschäft S. 104 Anm. 1.] Wider die im Text vertretene Meinung auch noch Benfey, Selbsthilfe, Rhein. Mus. VII Nr. 1 S. 9—11. — [Bei dieser Streitfrage gedachte, ausweislich einer Randbemerkung, der Verf. auf l. 55 D. o. et a. 44, 7 zu reflectiren.]

11) [Auch von Schloßmann S. 76 als möglich angenommen und nach den von Gradenwitz, Zeitschr. d. Savignystiftung Rom. Abth. Bd. 6 S. 65 fg. beigebrachten Gründen sehr wahrscheinlich.]

12) Paul. l. cit. cf. Gai. II, 88. Ulp. XIX, 20.

13) vgl. Dworzat, Haimerls Vierteljahrsschrift Bd. 9, Literar. Anzeigen S. 43; [fernere Literaturangaben bei Schloßmann Anm. 133 und über die formelle Natur der Klage s. daselbst S. 103 fg. sowie Huschke a. a. O. S. 32. 33.

restituirt ist, sondern weil er rem in bonis hat[14]). Auch l. 3 C. h. t. 2, 19 gewährt in rem actionem unmittelbar; denn diese wird als etwas erwähnt, was außer dem Rechtsmittel, das in dem vorliegenden Falle zur Anwendung kommen soll (i. i. restitutio)[15]), auch möglich wäre, nicht als etwas, das erst nach demselben möglich wäre. Daß man gerade diese Stelle für die gegentheilige Meinung benützt, hat seinen Grund in dem Vorurtheil, als ob i. i. restitutio bei fortwährendem Eigenthum des Gezwungenen unmöglich sei[16]). — Die Erpressungen, deren in l. 22 D. h. t. 4, 2 gedacht ist, dürften vor allem erzwungene Traditionen sein[17]); sie sind „nullius momenti".

Als nichtig sind ferner auch die erzwungenen Consensualcontracte erachtet[18]). Denn wenn es in l. 116 pr. D. r. j. 50, 17 heißt, daß der Zwang das reinste Gegentheil jenes Consenses sei, der die Grundlage der b. f. judicia bilde[19]), so kann dies nach ungezwungener Deutung nichts anderes heißen, als daß er mit einem solchen Consense unverträglich, letzterer also

14) [Schloßmann S. 108 hält dies nur für gleichbedeutend mit „eine prätorische Klage zur Wiedererlangung einer Sache haben", arg. l. 52 D. a. r. d. 41, 1.]

15) [Andere sehen in l. 3 C. cit. Concurrenz von in rem a. (utilis) und a. quod metus: Schloßmann Anm. 147 u. dort Genannte. Lange S. 12. 13 sieht in der actio der Stelle die a. q. metus, welche in rem quoque d. h. auch gegen Dritte gegeben werde.]

16) vgl. hingegen unten §. 532; zu l. 3 C. cit. im Uebrigen, neben Burchardi, Wiedereinsetzung S. 369, Schliemann S. 69. 7, [dessen „gründliche Interpretation" gegen Spaltenstein, Wiedereinsetzung S. 142 Anm. 1 vertheidigt wird von Czyhlarz S. 43 Anm. 80.]

17) vgl. l. 3 §. 1 in f. eod. [Nach Schulin, Anwendungsfälle S. 36 „kann das (nullius momenti) weiter nichts heißen, als: erzwungene juristische Handlungen haben keinen rechtlichen Erfolg — weil der Prätor dagegen i. i. restituirt".]

18) [Dies soll nicht gelten nach ius civile: Czyhlarz a. a. O. S. 6—12, die bona fides sei nicht für die Existenz der b. f. negotia, sondern nur für das Ob und Was der hieraus entspringenden Obligationen maßgebend, der Gezwungene selbst stets klagberechtigt, sein Mitcontrahent wegen eigenen dolus abzuweisen, falls derselbe Urheber des Zwanges ist. Vgl. hier Anm. 20 u. 21. Gegen alle diese Aufstellungen Schloßmann S. 83 fg. mit dem „Ergebniß, daß bei Geschäften des guten Glaubens die Freiheit von Zwang zum Thatbestande des Geschäfts gehört habe". Hartmann, Jher. Jahrb. XX S. 32. 33.]

19) [hiegegen Bechmann, Kauf II S. 310 Anm. 4, s. jedoch auch S. 313 bei Anm. 3.]

gezwungen nicht möglich ſei[20]). So heißt denn auch die erzwungene venditio „irrita“[21]), und iſt dieſe auch nach unſerer obigen Auslegung von l. 3 C. h. t. 2, 19 nichtig. — Daß das gemeine pactum ohne freien Willen nichtig, und daß beim Zwang der Wille nicht frei ſei, iſt das Thema, welches, unter Allegation der leges (constitutiones) in der Consultatio l. §§. 1—12 nach allen Weiſen variirt wird[22]). Dazu ſtimmen auch die Pandekten. Denn wenn das in ihnen citirte Edict nur diejenigen pacta für bündig erachtet, welche weder dolo malo, noch gegen die Geſetze zu Stande gekommen ſind[23]), ſo iſt der Zwang unter dem dolus malus mitinbegriffen[24]), in einem älteren Edicte neben dem dolus malus erwähnt[25]), und dann auch in Geſetzen verboten geweſen[26]).

Aber wie etliche formloſe Geſchäfte (hereditatis aditio, repudiatio, mutuus dissensus) den Zwang beſtanden, ſo reichte die Nichtigkeit wegen Zwanges in die förmlichen hinein. Deutlicher als es l. 21 §. 3 D. h. t. 4, 2 ſagt, konnte nicht geſagt

---

20) vgl. Schliemann S. 79 Nr. 11. [Czyhlarz a. a. O. S. 9 Anm. 16 ſucht darzuthun, daß ſich mit l. 116 cit. die Ungültigkeit der erzwungenen bonae fidei negotia nicht beweiſen laſſe. Schulin a. a. O. S. 36 gibt der Stelle einen beſchränktern Sinn; das durch dieſelbe befürwortete non comprobare metum heiße nur „bewirken, daß der metus keine nachtheiligen Folgen für den gezwungenen habe“. Gegen die Verwerthbarkeit der Stelle Bechmann a. a. O. S. 310.]

21) l. 1 C. resc. vend. 4, 44 [cf. l. 8 eod. l. 8 C. h. t. 2, 19 und Czyhlarz a. a. O. S. 9. 10, der aus dieſen und anderen Stellen „civile Ungültigkeit des Actes“ nicht hervorgehen läßt. Schulin S. 42 verſteht die Worte ratum non habebitur und emtio irrita est nicht von Nichtigkeit, ſondern nur von Anfechtbarkeit. Endlich Schloßmann, Zwang Anm. 30 hebt hervor, daß „die Ausdrücke nullum, nullius momenti, ratum non esse, nullam vim habere u. ä. überaus häufig da gebraucht werden, wo h. z. T. Anfechtbarkeit angenommen zu werden pflegt“. S. auch daſelbſt Anm. 118, Czyhlarz S. 31, Bechmann a. a. O. S. 311, Lange, Zwang S. 6 und unten §. 532 Anm. 28.]

22) [Schulin S. 41 findet, daß die Ausdrücke in Consult. l. c. mehr für die Gültigkeit (und Anfechtbarkeit), als für die Ungültigkeit der erzwungenen Verträge ſprechen.]

23) l. 7 §. 7 D. pact. 2, 14.

24) l. 14 §. 13 D. h. t. 4, 2 [cf. l. 4 §. 33 D. de doli mali et met. exc. 44, 4. Bd. II §. 342 Anm. 13. §. 344 Anm. 8, ſ. auch Schloßmann bei Anm. 116 und S. 87.]

25) Cic. de off. III, 24. cf. I, 10, 32. Rudorff, die Oct. Formel, Zeitſchr. f. geſch. Rechtswiſſenſchaft Bd. 12 S. 151 Anm. 39.

26) Consult. l. c.

werden, daß die erzwungene dotis promissio nichtig sei[27]). Ebenso verhält es sich mit erzwungenen Manumissionen[28]).— Daß letztwillige Verfügungen wenn erzwungen nichtig seien, ist nicht ausdrücklich gesagt. Allein zu den inneren und äußeren Gründen, welche Schliemann S. 80 gegen

27) — nec talem promissionem dotis ullam esse. [Nach Czyhlarz S. 22—26 ward diese Nichtigkeit nach Analogie der dotis dictio angenommen, welche dem officium pietatis entsprießen mußte, um gültig zu sein (vgl. unten §. 534 Anm. 28); diese Analogie habe ursprünglich in der Stelle gestanden, indem am Schlusse statt der promissio die dictio genannt gewesen sei. Gegen Czyhlarz Schloßmann S. 34. Nach Schulin S. 36 soll was die Stelle sagt „natürlich weiter nichts heißen", als daß der Prätor die erzwungene dotis obligatio nicht gelten lasse; so wohl auch Spaltenstein, M. Vierteljahresschr. Bd. 17 S. 120. Hiegegen Schloßmann S. 35 al. 1, der aber doch S. 37 die Stelle sagen läßt, daß die erzwungene dotis promissio „eine Obligation im mater. S. nicht hervorbringt"; non puto nasci obligationem mit Schloßmann, welchem beistimmt Dernburg I §. 103 Anm. 22, auf die dotis obl. des Mannes zu beziehen, ist plausibel, berührt aber nicht die in Frage stehende Nichtigkeit der dotis promissio. Für dieselbe Lange S. 32 Anm. 2. Hölder, Pand. S. 230 läßt die promissio nur prätorisch ungültig sein, aber ipso iure nicht dotis obligatio begründen.]

28) l. 9 pr. l. 17 pr. cf. §. 1 D. qui et a quib. manum. 40, 9. fragm. Dosith. §. 7. Zwar soll hiemit, selbst nach Schliemann S. 65 oben, l. 9 §. 2 D. h. t. 4, 2 in Widerspruch stehen. Es ist aber übersehen, daß hier servi manumissio neben aedificii depositio steht — die Freilassung eines Sklaven neben der Zerstörung eines Gebäudes! Das wäre sinnlos, wenn nicht hier und dort ein bloßes Factum, hier und dort das Bedürfniß einer blos factischen Restitution, hier der Wiederherstellung eines Gebäudes, dort der Einbringung eines in libertate blos weilenden Sklaven vorläge (cf. Gai. III, 56). Eben deßwegen war gefragt, ob das Edict Platz greife. — [Czyhlarz S. 37 fg. (s. jedoch auch S. 51) bezieht die eingangs angeführten Stellen nur auf die prätorische oder unvollkommene Freilassung, während er in Anm. 78 a. E. die erzwungene förmliche Manumission für gültig hält. Gegen jene Beziehung bei l. 9 pr. cit. Schulin, Anwendungsfälle S. 38, welcher S. 39 die vom Sklaven erzwungene Freilassung als gültig ansieht, nur werde ihre Frucht, die Freiheit, dem Sklaven als einem indignus wieder abgenommen. In l. 9 §. 2 cit. sieht Schulin S. 40 einen Beleg für die Gültigkeit der erzwungenen civilrechtlichen Freilassung, während er die Versagung der Freiheit bei den formlosen Manumissionen in l. 17 pr. und fr. Dos. citt. auf die Ertheilung der exc. bezw. replic. metus gründet. Danach wird freilich l. 17 pr. im just. Recht zu einer „Singularität"! Schloßmann S. 71 bezieht fr. Dos. u. l. 9 pr. citt. nur auf prätorische, hingegen l. 17 pr. cit. auf alle Manumissionen, findet jedoch diese Stelle „überhaupt unbrauchbar, um über die Wirkung des Zwanges bei irgend einer Manumissionsart aus ihr zu schließen". Auch Schloßmann gründet auf l. 9 §. 2 D. h. t. cit. die civilrechtliche Gültigkeit der erzwungenen Freilassung; nur im Fall der Unzulänglichkeit der prätorischen Hülfe nimmt er arg. l. 2 D. quib. ad lib. procl. 40, 13 civilrechtliche Ungültigkeit an.]

Vangerows neuere Anſicht[29]) dafür vorbringt, kommt hinzu, daß nach dem Ausdruck der l. 1 C. si quis aliquem test. proh. vel coëg. (6, 34) nicht „sua sponte“ teſtirt, wer gezwungen teſtirt, und daß er einſetzt „wen er nicht will“. Ein ſolches Wollen iſt zur Teſtamentserrichtung und Erbeinſetzung nicht ausreichend[30]). — Daß die gezwungene Eheſchließung, ohne Rückſicht auf ihre Form, nichtig war, erhellt aus l. 22 D. r. n. 23, 2. Denn mag der hier erwähnte Zwang ein bloßer metus reverentialis[31]), oder Zwang überhaupt ſein[32]), ſo iſt doch auch hier der Gezwungene nicht sui arbitrii (si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret si sui arbitrii esset)[33]), darum von den invitis einer (§. 530 Anm. 9), unter welchen kein matrimonium zu Stande kommt (contraxit tamen matrimonium quod inter invitos non contrahitur); ſoll ſeine Ehe dennoch zu Stande kommen, ſo wird er, echt römiſch, behandelt, als ob er freiwillig geheiratet hätte (maluisse videtur); obwohl er lieber nicht gewollt hat, „paſſirt er“[34]) für einen der lieber gewollt hat. Celſus, der Regelgerechte (Bd. I §. 141 Anm. 13. 14), behandelt lieber den Gezwungenen als ungezwungen, ignorirt lieber das Factum, als daß er die Möglichkeit einer unfreiwilligen Ehe, eines inter invitos contrahitur matrimonium einräumte. Auch Savigny

29) Vangerow (7. Aufl.) §. 431 Anm. 1.

30) Bd. III §. 371. §. 377 Anm. 5. §. 425 Anm. 22 [und nachträglich Voigt, Jus nat. III S. 360. 361, Czyhlarz S. 27—30 und Lange S. 41—55. In der Zeitſchr. der Savignyſtiftung f. RG. Bd. 10 S. 71—82 macht Lenel wahrſcheinlich, daß der Zwang zur Teſtamentserrichtung im prätor. Edict vorgeſehen war und zwar in der Weiſe, daß dem im erzwungenen Teſtament Inſtituirten die Bon. Poss. verweigert wurde, ſo daß ſei es der Inteſtaterbe ſei es der Erbe des früheren Teſtaments jenem Inſtituirten gegenüber die Oberhand erhielt. Auf ihren Streit bezieht er die civilis disceptatio der l. 1 C. si quis aliqu. test. 6, 34. Für Confiscation wegen Indignität erklärt ſich wiederum Caporali in einem Aufſatz, über welchen berichtet Schneider, M. Vierteljahresſchr. Bd. 32 S. 257. 258.]

31) Savigny, Syſt. III §. 114 not. c; [auch Schloßmann S. 70 verſteht nicht ohne Grund „in unſerer Stelle das cogere von dem Einwirken durch die väterliche Autorität“.]

32) vgl. Bd. III §. 457 bei Anm. 9.

33) [Velle non creditur, qui obsequitur imperio patris vel domini. l. 4 D. r. j. 50, 17.]

34) wie Kritz a. a. O. S. 46 Anm. *** treffend aus Scheller entnimmt.

a. a. O. hilft von dem Faktum aus; allein nach seiner (allerdings auch der Glosse) Auffassung hat der Gezwungene in Wirklichkeit lieber gewollt, in „ehrfurchtsvoller Nachgiebigkeit gegen den ernsten Willen des Vaters"; obwohl Jener eingangs gegen seinen Willen (non sui arbitrii) heiratet, soll er nachher doch einer sein, der nicht invitus geheiratet hat. Celsus drückt gegen die Unfreiwilligkeit des Gezwungenen ein Auge zu; Savigny und die Glosse sehen hier gar keine Unfreiwilligkeit[35]). Der Grund weshalb hier Celsus von der Unfreiwilligkeit Umgang nimmt, liegt, nahe genug, in dem Umstand, daß der Zwang vom Vater ausgeht. Zur Ehe zwar braucht sich der filiusfamilias nicht zwingen zu lassen[36]); thut er es gleichwohl, so soll diesmal, von wegen der Dispositionsmacht, die dem Vater über die Person des Kindes sonst zusteht und die sich namentlich als Auctoritas in Verlöbniß- und Ehesachen äußert (Bd. III §. 457 Nr. 3), über die Unfreiwilligkeit hinweggesehen werden.

Wäre diese Auslegung der l. 22 cit. aber auch unrichtig, so enthält die Stelle doch den allgemeinen Ausspruch, daß inter invitos matrimonium non contrahitur. Unter den invitis sind aber nirgends diejenigen verstanden, welche wie furiosi oder infantes ohne Willen handeln, sondern solche, die entweder selbst und bewußt „gegen ihren Willen" d. h. ohne den gemeinen freien Willen, unfreiwillig, oder gezwungen handeln (S. 67), oder aber nicht wollen, daß das geschehe, was Andere, namentlich ihrethalben, thun[37]). Bei der Verbindung mit Zwang ist nur erstere Bedeutung denkbar. Nach l. 22 cit. ist demnach eine erzwungene Ehe grundsätzlich nichtig, diese Nichtigkeit nicht

35) [ebenso nicht Czyhlarz a. a. O. S. 16, nach welchem unsere Stelle „für die Giltigkeit der erzwungenen Ehe überhaupt spricht", indem nach seiner Auslegung Celsus „trotz des Zwanges wirkliche Zustimmung des Sohnes" annimmt.]

36) l. 21 D. r. n. 23, 2. Bd. III §. 457 Nr. 3. [Vgl. auch l. 4 §. 34 D. doli m. et metus exc. 44, 4 — exceptionem de metu eum obicere debere, qui metum non a parente passus est, in cuius fuit potestate —.]

37) Brissonius und Dirksen s. h. v.

erst ein Product „katholischer Auffassung“ [38]). Meint doch auch Quinctilian: Nusquam libertas tam necessaria quam in matrimonio est (Decl. 257), und unter der libertas nicht die Freiheit „des Gezwungenen“ [39]). — —

Also schichtenweise Existenz hier, Nichtigkeit dort.

§. 532.

Fortsetzung.

Zum Beweise dafür, daß Zwang und Furcht die Existenz der Rechtsgeschäfte grundsätzlich nicht ausschließen, beruft man sich übrigens noch mit besonderem Nachdrucke auf das Institut der actio quod metus und der i. i. restitutio propter metum (Bd. II §. 342. Bd. I §. 120 Nr. 4): „Ganz vorzüglich aber ist die unzweifelhafte praktische Behandlung dieses Falles (d. h. die Behandlung des Zwanges durch actio q. m. und i. i. r. propter metum) nur unter Voraussetzung jener Grundregel (daß das erzwungene Geschäft nicht nichtig sei) begreiflich [1]).“

Was nun aber zunächst die actio quod metus anlangt, so ist diese ihrer ganzen Anlage nach von der Existenz oder Nichtexistenz der Geschäfte unabhängig [2]). Zwar ist Restitution ihr Zweck, und die Condemnatio in das Quadruplum für den Fall der Nichtrestitution nur Mittel zum Zweck; allein diese Restitution war, z. B. im Falle erzwungener Tradition, eben so sehr möglich und im Interesse des Gezwungenen wenn die

38) Windscheid §. 80 Anm. 2, [s. hiegegen auch oben Bd. I §. 45 Anm. 2—4 und Schloßmann S. 67. 68.]

39) [vgl. auch l. 71 §. 1 D. cond. et dem. 35, 1: — eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri —, unten §. 539 Anm. 14.]

1) Savigny, System III S. 103 vgl. Wächter, w. Privatr. II §. 106 Anm. 3 [und ebenso wieder Wendt, Pand. S. 99 „die positiven Belege für die Anfechtbarkeit u. s. w.“]

2) [Für Vereinbarkeit der actio quod metus mit der Ungültigkeit des Geschäfts auch Czyhlarz S. 37 unter Hinweis auf die oben folgende Erörterung, ferner Lange S. 9. 21—23. Gradenwitz, Ungültigkeit oblig. Rechtsgeschäfte S. 17 fg. macht wahrscheinlich, daß die a. quod m. c. wegen erpreßter Obligationen auf den vierfachen Nominalwerth voraussetzte, daß dieser Werth nicht durch das Dasein einer exc. quod m. c. geschmälert war d. h. daß diese exc. erst nach jener actio aufkam; s. auch daselbst S. 49.]

Tradition keinen Eigenthumsübergang enthielt, als wenn sie ihn enthielt[3]). Zwar steht ihm ersterenfalls auch in rem actio zu[4]); allein actio quod metus bietet ihm nicht blos den Vortheil des Quadruplum im Falle der Nichtrestitution, sondern überhebt ihn auch des Eigenthumsbeweises[5]). — Wie wenig es sich in der actio quod metus um Rescission von Rechten, wie sehr es sich in ihr um Restitution des Faktums handelte, zeigt noch der Unterschied, den Pomponius zwischen negotiis perfectis und imperfectis machte — Geschäften, die noch auf Obligation beruhten, oder schon zum Vollzug gekommen waren; nur bei Geschäften letzterer Art sollte für unsere actio, bei negotiis imperfectis nur für exceptio Raum sein; erst Ulpian nahm auch für diese die actio in Anspruch[6]). — So ward actio q. m. dann auch in Zwangsfällen begründet, in denen an eine Rescission gar nicht mehr gedacht werden konnte, weil gar kein Rechtsgeschäft, sondern nurmehr eine gemeine Handlung (aedificii depositio etc.) erzwungen war[7]). — Ist die actio quod metus, wie sehr wahrscheinlich, den Repetundenklagen nachgebildet[8]), so wäre es von Belang, wenn diese gerade Eigenthumsübergang vorausgesetzt hätten; allein im Bestechungsfalle war es entschieden nicht der Fall[9]); die „Ablation" ist gleich terminologisch für den alten Reat der actio quod metus, wie für das furtum[10]); wenigstens im furtum bedeutet es keinen Eigenthumsübergang.

3) [s. auch Schloßmann S. 77 bei Anm. 104.]

4) l. 9 §. 6 D. h. t. 4, 2. l. 3 C. h. t. 2, 19. [Wegen des Verhältnisses der beiden Klagen s. auch Schloßmann S. 109. 110.]

5) [Das Verhältniß der beiden Klagen sowie die Natur der a. quod m. c. (ob rein poenal oder auch reipersecutorisch) erörtert Grabenwitz a. a. O. S. 31 fg. S. auch oben Bd. II §. 342 Anm. 23 fg. 30.]

6) l. 9 §. 3 D. h. t. 4, 2. Vgl. unten §. 535 Anm. 1.

7) l. 9 pr. §. 2 D. h. t. 4, 2. l. 3 pr. eod. — si quis vi compulsus aliquid fecit —. Bd. II §. 342 Anm. 3 und hier oben §. 531 Anm. 28.

8) 1. Aufl. S. 124, 4 nach Rudorff (oben §. 531 Anm. 25), [welchem folgt Lenel, Edictum S. 91 Anm. 1.]

9) Rudorff a. a. O. S. 145 Anm. 30. l. 8 pr. §. 1 D. leg. Jul. rep. 48, 11.

10) — quod per vim et metum abstulisset — Cic. in Verr. II, 3, 65. Rudorff a. a. O. S. 153; — quae vi vel furto ablata sunt — l. 1 C. h. t. 2, 19 (20). [S. auch Voigt, Jus naturale III S. 906 und 916 Anm. 1429.]

Mit all dem will nicht gesagt sein, daß actio q. m. nicht auch Rechtseffecte rückgängig machen konnte: die restitutio, welche der Richter hier formelmäßig anempfahl[11]), konnte ebensowohl in Remancipationen, Acceptilationen, Stipulationen ꝛc. bestehen, als in der blos factischen Rückgabe von Sachen und Urkunden; ja viele Stellen bezeugen uns derartige Restitutionsauflagen[12]); allein daraus folgt nur, daß wenn das erzwungene Rechtsgeschäft rechtlich existent war, actio q. m. auch hiegegen Hilfe verschaffte; nicht aber, daß diese Klage nicht auch ohnedies möglich und brauchbar war[13]).

Was weiterhin noch die i. i. restitutio propter metum betrifft[14]), so stellt Schliemann (S. 56 in med.) nicht blos diese, sondern jede i. i. restitutio in ein falsches Licht, wenn er ihren Unterschied von der actio quod metus, z. B. angesichts einer erzwungenen Eigenthumsübertragung, darin erblickt, daß die actio auf Rückübertragung, die i. i. restitutio auf Vernichtung des abgedrungenen Eigenthums (Gewährung der Eigenthumsklage) gerichtet sei. Denn auch i. i. restitutio kann auf Rückübertragung gerichtet sein und darin ihr Ende finden (Bd. I §. 122 Abs. 2). Der Unterschied der beiderlei Restitutionen besteht vielmehr darin, daß die im judicium quod metus eine That der Partei (des Beklagten), die in der i. i. restitutio aber hier und allerwärts ein Act der Magistratur ist[15]). Allerdings nun ist das imperium, in welchem die i. i. restitutio wurzelt, und der Machtspruch (decretum), in welchem die magistratische Restitution erscheint (Bd. I §. 115 Anm. 5. 6)

11) [vgl. Lenel, Edictum S. 92 Anm. 2.]

12) z. B. l. 9 §. 7. l. 10 pr. §. 1. l. 11 D. h. t. 4, 2.

13) Schliemann (§. 3 I, 1) bemerkt richtig, daß „die Annahme der Nichtigkeit eines erzwungenen Rechtsgeschäftes an und für sich mit dieser Klage wohl zu vereinigen sei"; um eben deswillen ist aber sein anderer Satz: das Edict sei von der Voraussetzung ausgegangen, daß ein erzwungenes Rechtsgeschäft an sich zu Recht bestehe (§. 2, 2), — schon an und für sich bedenklich; seine äußere Begründung kann hier unerörtert bleiben.

14) Bd. I §. 120 Nr. 4. [Gegen i. i. r. propter metum durchgängig Lange S. 24—32, überwiegend Schloßmann S. 100 fg. (vgl. hier unten Anm. 17), bei erzwungenen Stipulationen Grabenwitz, Ungültigkeit S. 52.]

15) l. 5 D. i. i. r. 4, 1: — praetor in integrum se restituturum polliceatur.

auskunftsreicher und ergiebiger, als jene Privatrestitution; denn während die Partei auf Restitution entweder durch blos factische Zurückgabe, Wiederherstellung, oder durch die Rechtsgeschäfte der Remancipatio, Retraditio, stipulatio, acceptilatio, pactum d. n. p., mutuus dissensus beschränkt ist, hat der Magistrat, wenn es noth thut, Hilfsmittel, welche jurisdictionis oder imperii sind — die Verleihung von actiones und exceptiones, einer abstinendi potestas und bonorum possessio (Bd. I §. 122 Abs. 3) — und eben hierin die Macht der Rescission von Eigenthum und jura in re, Forderungen und Schulden, der Erbschafts-Antretung und Ausschlagung. Allein damit ist nicht gesagt, daß er die Auskunftsmittel der Naturalrestitution *nicht auch* habe[16]). Vielmehr stehen diese auch für ihn in erster Reihe. Ist lediglich die justa causa i. i. restitutionis, z. B. minor aetas etc., in Frage, bleibt also das Recht des Postulanten, z. B. daß er an der verlorenen Sache Eigenthum hatte, unbestritten, so bedarf es nicht erst der Rescission oder Klagengewährung, sondern kommt es sofort zur Naturalrestitution oder Rückübertragung des Eigenthums (Bd. I §. 122); ja bei der i. i. r. propter metum ist die Bestreitung des Rechtes wenigstens durch den Vergewaltiger selbst, vielleicht gar nicht zugelassen worden, vgl. Bd. I §. 82. Freilich vollzieht der Prätor die Naturalrestitution nicht mit eigener Hand; allein wenn sie kraft seines dekretmäßigen Befehls durch den Verklagten, oder im Weigerungsfalle executionsweise erfolgt, so ist sie so gut wie durch den Prätor selbst erfolgt. In einigen Fällen, wie bei gezwungener Erbschafts-Antretung oder Ausschlagung, war Restitution in dem buchstäblichen Sinn einer Zurückstellung unmöglich; hier vertrat dann die Verleihung der abstinendi potestas oder der bonorum possessio die Naturalrestitution (Bd. I §. 122 Anm. 15 fg.); kam bei gezwungener Ausschlagung das Erbrecht selbst in Frage, so kann statt der bonorum possessio eine utilis hereditatis petitio verliehen worden sein. Um von der aufgedrungenen Erbschaft selber loszukommen, oder der gezwungenen Ausschlagung ent-

16) [vgl. Brinz in der M. Vierteljahresschr. Bd. 15 S. 276.]

gegen hereditatem ſelbſt (nicht etwa blos res hereditarias) zu bekommen, reichte darum actio quod metus nicht aus; in derartigen Fällen lag ein ſpecielles Bedürfniß nach i. i. restitutio vor[17]) (Bd. I §. 120 Anm. 15); daß ſie aber nicht blos in derartigen Fällen platzgriff, ſondern allgemein mit der actio quod metus concurrirte[18]), möchte mehr als in dem ſummariſchen Verfahren[19]) in der Möglichkeit, durch Naturalexecution zu ſeiner Sache zu gelangen, ſeinen Grund haben[20]). Denn daß der Magiſtrat, der in integrum reſtituirte, Executionsgewalt hatte, während ſie der judex der claſſiſchen Zeit, mithin auch der judex in der actio quod metus nicht hatte, kann nicht bezweifelt werden[21]). Als ſpäter das Verfahren extra ordinem verallgemeinert, Magiſtratur und Richteramt hiedurch vereinigt, der Richter mithin auch in der actio quod metus die Reſtitution executionsweiſe durchzuſetzen im Stande war[22]): da mochte ein eigenes Rechtsmittel der i. i. restitutio nur mehr zum Behufe von Reſciſſionen nothwendig ſcheinen; den Dienſt der Naturalexecution verſah jetzt auch actio q. metus, welche den Antrag auf Naturalexecution oder condemnatio in quadruplum jetzt electiv ermöglichte[23]).

Der Umſtand, daß in dem Reſtitutionsprozeß der i. i. restitutio die Naturalreſtitution nicht nur befohlen, ſondern auch exequirt wurde, führt nun aber zu der Frage[24]) auf die hier alles ankommt: ob i. i. r. propter metum nicht ebenſowohl

17) [ſo auch Schloßmann S. 96—100, dagegen Lange S. 27—30.]

18) ſ. jedoch auch Anm. 14.

19) Burchardi, Wiedereinſetzung S. 360 fg. [Hiegegen auch Schloßmann S. 96.]

20) cf. l. 9 pr. D. min. 4, 4 — interest ipsius corpora potius habere —. [Hiegegen Schloßmann S. 96 Anm. 132.]

21) Bd. I §. 122 Anm. 12 fg. §. 81 B. Man vgl. z. B. die auctoritas des praeses provinciae in l. 1 C. resc. vend. 4, 44 mit dem pignus in causa iudicati ex auctoritate eius qui iubere potuit captum in l. 10 D. qui potiores 20, 4, (ſowie mit dem exsecutor ad rem restituendam in l. 5 §. 1 C. quor. app. 7, 65 und überhaupt Keller, r. Civilpr. §. 83, 2, Bethmann-Hollweg, r. Civilpr. II §. 112 Anm. 5. §. 115 Anm. 14, Rudorff, r. RG. II §. 92, beſonders aber Wetzell, röm. Vind. Prozeß § 19.

22) arg. l. 68 D. r. v. 6, 1. Wetzell a. a. O., [ſ. jedoch auch Hartmann-Ubbelohde, röm. Gerichtsverfaſſung S. 515—18.]

23) Anders Burchardi a. a. O. S. 362 oben.

24) [über welche Bd. I §. 116 S. 409—11.]

wie die actio quod metus auch im Falle von Nichtigkeiten — dann nämlich wenn der Gezwungene in Folge des Zwanges zwar nicht um das Recht, aber um den Besitz einer Sache gekommen war — (bei nichtigen Versprechungen ꝛc. bedurfte man überhaupt keiner Hilfe) — stattfand? Verneint man diese Frage — wie zur Stunde vielleicht noch Alle thun —, so war, wer in Folge des Zwanges nicht nur den Besitz, sondern auch sein Eigenthum eingebüßt hatte, besser daran, als wer blos den Besitz eingebüßt hatte; ersterer konnte dann direct zu seiner Sache gelangen durch i. i. restitutio; letzterer mußte den weiteren Weg der actio quod m. oder der rei vindicatio betreten, und gelangte vielleicht doch nicht zu seiner Sache, sondern nur zum Ersatz; warum? weil er sein Eigenthum noch hatte! wer das Eigenthum nicht mehr hatte, stund seiner Sache näher, als wer es hatte! Es ist schwer anzunehmen, daß man einem Dogma zu lieb so verkehrt verfuhr. Indessen steht doch das Dogma selbst vielleicht etwas anders als man glaubt. Allerdings darf nicht ipso jure munitus sein, wer i. i. restituirt werden will; allein so gut als man sagen kann, ipso jure sei schon derjenige munitus, wer zur Herstellung des Status quo ante eine ordentliche Klage hat, so gut kann man sagen, derjenige der solch einer Klage erst noch bedarf — sei sie condictio oder vindicatio — sei nicht ipso jure munitus; nicht ipso jure, sondern erst facto (hominis) komme er in den alten Stand; nur wer wie der Pupille, der sine tutoris auctoritate Schulden macht, hiegegen gar nicht zu klagen, überhaupt nichts zu thun brauche, sei ipso jure munitus. Diese weitere Auslegung hat denn auch in den Quellen eine Stütze, indem in mehreren Stellen i. i. r. electiv neben ordentlichen Klagen vorkommt (Bd. I §. 116 Anm. 15 fg.), zudem ausdrücklich gesagt wird, daß derjenige, welchem condictio zusteht, nicht ipso jure munitus sei[25]); allen Versuchen, diese Concurrenzen auf bestimmte Fälle, oder Personen[26]) zu beschränken, fehlt es an innerer Begründung. Auch die Natur der Sache kommt uns

25) l. 16 §. 2 D. min. 4, 4, s. dagegen Vangerow §. 178 Anm. 1, 4.

26) minores: Bd. I S. 410. 411.

zu Hilfe. Denn wer in Folge Zwanges außer Besitz seiner Sachen ist, befindet sich so lange dieser Zustand fortdauert, nicht in integro, gleichviel ob er noch Eigenthümer ist und vindiciren kann, oder nicht. Endlich mag man in anderen Fällen der i. i. r., z. B. in der propter aetatem Bedenken getragen haben, ein außerordentliches auxilium da zu gewähren, wo ein ordentliches zustund[27]): gegenüber der Gewalt dürfte man unbedenklicher gewesen sein.

Außer diesen allgemeinen Gründen sprechen aber auch einige besondere für die fragliche Möglichkeit. Die erzwungene venditio wird in l. 1 C. resc. vend. 4, 44 als non rata und irrita, man sollte mithin meinen als nichtig bezeichnet[28]). Gleichwohl hält man diese venditio für ipso jure perfect: deswegen weil nach dem weiteren Inhalt der Stelle i. i. restitutio ertheilt, und eine i. i. r. gegen nichtigen Kauf für unmöglich erachtet wird. Ohne dieses Vorurtheil müssen wir sagen: dem gemeinen Sprachgebrauch zufolge ist der Verkauf nichtig; greift i. i. restitutio (zur Refundirung des Preises und der Sache — l. cit. in fin.) dennoch platz, so muß i. i. r. auch in Nichtigkeitsfällen stattfinden können[29]). — Zu demselben Resultate führt l. 3 C. h. t. 2, 19; das Rechtsmittel, mit welchem hier der verkaufte fundus zurückverlangt wird, ist allen Zeichen nach i. i. restitutio (des Quadruplums wie in l. 4 eod. wird nicht erwähnt); weil aber auch in rem actio zusteht, kann das Eigenthum nicht beim Besitzer, muß der Kauf nichtig sein. — Wenn ein Gebäude gewaltsam niedergerissen oder aufgeführt, eine Freilassung erzwungen, Geld oder sonstiges Gut mit Gewalt (mortis aut verberum terrore, durch Einkerkerung) abgepreßt, oder ein Grundbesitz nach bewaffneter

27) l. 16 pr. §. 1 D. min. 4, 4.

28) vgl. l. 8 §. 1 D. leg. Jul. repet. 48, 11: Eadem lex venditiones . . . irritas facit, impeditque usucapionem etc. l. 8 pr. D. transact. 2, 15: — divus Marcus oratione... effecit, ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore praetore facta ... außerdem sci (§. 17 eod.) transactio irrita, nullius momenti —; D. de iniusto, rupto, irrito facto testamento 28, 3, l. 1 in fin. eod.; überhaupt Dirksen, Man. s. h. v., jedoch auch oben §. 531 Anm. 21.

29) Bd. I §. 116 Anm. 14.

Invasion verlassen war, fand actio quod metus statt[30]); sie fand überall statt wo Jemand vi compulsus aliquid fecit[31]). Lag nun in der Zuständigkeit der actio q. metus kein Grund für Ausschluß der i. i. restitutio[32]), so dürfte insolange als nicht das Gegentheil erwiesen ist, für alle jene Fälle die Zuständigkeit auch der i. i. restitutio p. m. anzunehmen sein[33]). In ihnen allen handelte es sich aber um blos factische Restitution, keine Rescission.

§. 533.

Die Doctrin.

Die seit Savigny (Syst. III §. 114) wieder vorherrschende Meinung: daß das erzwungene Geschäft an sich giltig, höchstens in Ausnahmsfällen nichtig sei, kommt schon unter den Glossatoren vor[1]). Auch die Lehre, daß zwischen bonae fidei und stricti juris negotiis zu unterscheiden, hier ipso jure Giltigkeit, dort Nichtigkeit angenommen sei, nachmals von Cujacius, und anfänglich auch von Donellus vertreten, findet sich bereits unter ihnen. Die Behauptung grundsätzlicher Nichtigkeit dagegen scheint erst im 18. Jahrhundert, unter philosophischen Einflüssen, um sich gegriffen zu haben[2]). Kritz, meint Schliemann (§. 17 a. E.), habe diese Meinung „in unglücklicher Weise vertheidigt"; allein auch Schliemann, obgleich er sie in neuer, und anregender Weise begründet, scheint nicht durchdringen zu sollen[3]). Er erklärt die Differenz in den Quellen aus einer Differenz in den Prinzipien. Auf der einen Seite sei man davon ausgegangen, daß der Gezwungene wolle, und

30) l. 3 §. 1 in f. l. 9 pr. §. 2. l. 22 D. h. t. 4, 2. Ueber die actio quod metus Bd. II §. 342.
31) l. 3 pr. eod.
32) Burchardi a. a. O. S. 303 in med.
33) Bd. I §. 116 Anm. 13.
1) Schliemann a. a. O. §. 17 Dogmengeschichte 1.
2) Unger a. a. O. §. 80 vor Anm. 8. Schliemann S. 193.
3) Windscheid §. 80 Anm. 2. Vangerow §. 605 Anm. 2 g. E. Arndts, §. 61 Anm. 3. Dworzak a. a. O. S. 44 fg. Bekker, M. Vierteljahresschr. III S. 205. [Czyhlarz S. 3 oben. Schulin, Anwendungsfälle S. 24 fg. Hölder, Pand. §. 44 Anm.]

hienach zur Giltigkeit erzwungener Geſchäfte gekommen; das ſei der Grundſatz, von dem namentlich das prätoriſche Edict und die nähere Ausbildung der actio q. m. und i. i. r. propter metum ausgegangen. Anderſeits habe man die Wahrnehmung gemacht, daß der Gezwungene regelmäßig nur die Erklärung, nicht das Erklärte wolle: daß die Erklärung des Bedrohten — im Gegenſatze zu ſonſtigen Geſchäften und ſo lange nicht das Gegentheil erwieſen — nur als ein Mittel zur Abwendung der Gefahr, nicht als Ausdruck des Willens gewollt, das Geſchäft alſo nichtig ſei. Dieſen am Ende der claſſiſchen Jurisprudenz vorhandenen Gegenſatz habe die ſpätere nicht mehr zu überwinden vermocht, und die Compilation gar nicht verſtanden (a. a. O. §. 10. 2. §§. 11—13). Bei der Eigenthumsübertragung habe noch ein beſonderer, formaler Umſtand zur Annahme der Nichtigkeit geführt, indem das dem Gezwungenen verbliebene bonitariſche Eigenthum im Verfahren extra ordinem anſtatt durch i. i. restitutio durch eine gemeine in rem actio verfolgbar geworden ſei (§. 10. 1).

Die Meinung nun, daß erzwungene Geſchäfte höchſtens ausnahmsweiſe nichtig ſeien, kann nicht richtig ſein, wenn, wie wir annehmen mußten, nicht blos dotis promissio, manumissio und Societät, ſondern auch Tradition, Conſenſualcontracte, pacta conventa überhaupt, ſowie letztwillige Dispoſitionen im Falle des Zwanges nichtig waren, während nachweislich nur Stipulationen, Acceptilationen und mutuus dissensus, Erbſchafts-Antritt und Ausſchlagung, ohne Zweifel auch die mancipatio, trotz Zwanges perfect wurden. Stellt man gar in Abrede, daß in den Quellen irgendwo Nichtigkeit angenommen ſei[4]), ſo ſteht das nicht außer Zuſammenhang mit der modernen, interpretatio und Auslegung vermengenden Anſicht, daß man auslegen dürfe, wo nichts zweideutig iſt[5]).

Nicht minder freilich widerſtreitet den Quellen die Statuirung des Gegentheils: daß erzwungene Geſchäfte allgemein

4) Puchta, Pand. §. 56, d.

5) z. B. Savigny, Syſtem I §. 50. [Vgl. oben Bd. I §. 28 nach Anm. 11 u. §. 31 Anm. 1.]

oder regelmäßig nichtig seien: mag man dies nun nach Aristoteles aus dem Begriff der ἀνάγκη [6]), oder mit Pufendorf aus der Unanständigkeit, von demjenigen den man zwingt, etwas anzunehmen [7]), herleiten. Wenn einmal ein Geschäft von der Universalität der stipulatio trotz Zwanges besteht, kann von bloßer Ausnahme keine Rede sein.

Den Quellen näher liegt die Meinung, daß zwischen stricti juris und b. f. negotiis unterschieden sei. Allein da dieser Unterschied nur die obligatorischen Geschäfte betrifft, nicht auch die liberatorischen, geschweige denn die dinglichen, die letztwilligen, die Manumissionen, greift er nicht durch; da dotis promissio nichtig ist, trotzdem sie stricti juris war, greift er über [8]).

Den Quellen am nächsten ist Schliemann in soferne, als er ihren Zwiespalt am unverhohlensten zum Ausdruck bringt (§§. 3—7; §. 8) [9]). Ihre Versöhnung scheint er aber nicht bewirkt zu haben. Ist es doch schon mißlich, daß er den Grund des Unterschieds nicht in den Geschäften, sondern in einem Dualis von Prinzipien findet; daß ferner nach jedem dieser Principien alle Geschäfte entweder existent oder nichtig sein mußten, während sich nach seinem eigenen Befunde Nichtigkeit und Existenz fast überall, nach dem unsrigen überall unter gewisse Geschäfte vertheilen; daß endlich das Prinzip, aus welchem sich die Existenz ergab, ein falsches gewesen sein muß, wenn das andere richtig ist, und umgekehrt. Allein überdies läßt sich der Satz, daß bei erzwungenen Willenserklärungen Erklärung und Wille regelmäßig auseinandergehen, nicht halten [10]). Er widerspricht der Erfahrung: in Furcht und Angst

6) Kritz a. a. O. S. 48 §. 3.
7) vgl. Schliemann S. 193.
8) vgl. Schliemann S. 86.
9) [gegen das Vorhandensein des Zwiespalts wiederum Schulin, Anwendungsfälle S. 34 fg., im Einzelnen s. oben §. 531 Anm. 18 fg. 27. 28.]
10) [Schloßmann S. 132 verwirft im Allgemeinen die Schliemann'sche Argumentation als über ihr Ziel hinausschießend, nimmt sie aber im Einzelnen an S. 78; ebenso operiren mit der Zwiespältigkeit Röver, Bedeutung des Willens S. 32, Bechmann, Kauf II S. 308 fg. und Lange S. 33/34. Vgl. auch Lotmar, Causa S. 18 Z. 3, Leonhard, Irr-

pflegt man, eben weil man ſich fürchtet, nicht die zur Intrigue nöthige Kaltblütigkeit zu beſitzen[11]); — er widerſpricht den Quellen: inſoferne ſie Simulation des Gezwungenen als ein beſonderes Vorkommen, und als Grund der Nichtigkeit in einem Falle hinſtellen, wo ſonſt zwangshalber keine Nichtigkeit ſtattfindet[12]); — er widerſpricht endlich den von Sch. anderwärts (S. 114) poſtulirten ethiſchen Anforderungen; denn die reservatio mentalis, oder die Lüge, dürfen wir, ſelbſt der Gewalt gegenüber, nicht als Präſumtion hinſtellen[13]).

---

thum S. 394 fg. nebſt S. 511 Anm. 1, Pininski, Sachbeſitzerwerb II S. 403 Anm., Pferſche, Irrthumslehre S. 55 Anm. 32 und S. 56, wonach die erzwungene Willenserklärung regelmäßig zu den ſimulirten gehört.]

11) — cum metus habeat in se ignorantiam — l. 14 §. 3 D. h. t. 4, 2, [cf. — quoniam nullus metus est, si dolus intercedit: l. 5 pr. D. ex quib. cau. maj. 4, 6. Si tamen vi metuque compulsus fuit hic qui distractus est, dicemus eum dolo carere: l. 16 §. 1 D. lib. causa 40, 12, ähnlich l. 7 §. 1 D. quod falso tut. 27, 6, oben §. 531 Anm. 3. Dagegen Kohler, Iher. Jahrb. XVI S. 97 und Bechmann, Kauf II S. 308 Anm. 2, Schopenhauer, Grundprobleme der Ethik (1841) S. 227.]

12) l. 6 §. 7 D. a. v. o. h. 29, 2, oben §. 531 Anm. 2—4; das non intellegitur voluisse in Fragm. Dosith. §. 7 beruht in dem Mangel der libera voluntas, oben §. 530 Anm. 3—9.

13) [hiegegen Kohler a. a. O. S. 96 fg. und Bd. 28 S. 195 fg., der ſich gegen Schliemann nicht auf das „Poſtulat der Ethik", ſondern auf den „logiſchen Widerſtreit" beruft, „daß der Gezwungene die Willensaktion zugleich will und zugleich nicht will". Allein es fragt ſich, ob was derſelbe will und was er nicht will, das Nämliche iſt. Vgl. Kohler Bd. 28 S. 198. — Ueber die neuere Geſchichte der „Doctrin" berichten Schloßmann S. 1—4 und Lange S. 3—6. Einen neuen Verſuch zur Löſung des gewöhnlich angenommenen Zwieſpalts der Quellen macht Czyhlarz (ſ. beſonders S. 5), indem er denſelben auf den Gegenſatz von ius civ. und ius praet. zurückführt: nach Erſterem ſeien die erzwungenen Geſchäfte gültig, nach Letzterem ungültig. Dies billigt Schloßmann S. 4. 93, nähert ſich jedoch der bei Anm. 8 erwähnten Anſicht, indem er Nichtberückſichtigung des Zwanges für Sache des ius strictum, ſeine Berückſichtigung für Forderung der aequitas erklärt und den Zwang nach Civilrecht unerheblich findet bei den „ſtrengen Formalgeſchäften", erheblich, nämlich Unwirkſamkeit begründend, bei den „formloſen" Geſchäften: S. 137. 138. 92. Nach Voigt, Jus naturale III S. 16. 17. 166—69 (und anderen Stellen) unterſcheiden ſich rigor und aequitas auch dadurch, daß nur in dieſer, nicht in jenem vis (ac metus) Berückſichtigung findet, welche Berückſichtigung bei Teſtamenten Nullität, bei Rechtsacten unter Lebenden Reſciſſion oder Entſchädigung iſt. Lange, zunächſt in den Fußtapfen von Czyhlarz, iſt conſequenter als dieſer „Entdecker der prätoriſchen Nichtigkeit", indem er dieſe Nichtigkeit auch auf civilrechtliche Geſchäfte erſtreckt, nicht wie Czyhlarz auf prätoriſche beſchränkt: S. 21. 49 oben. Jedoch ſcheint er, wie ſein Vorgänger, die civilrechtliche Nichtigkeit mancher erzwungener Geſchäfte unerklärt zu laſſen. Dies gilt auch von Hölder, Pand. §. 44 Anm., wo die Czyhlarz'ſche Lehre befeſtigt wird.]

§. 534.

Hypothese.

Wir unsererseits meinen nun zur Lösung des in den Quellen aufliegenden Widerspruchs (§. 531) in Betracht ziehen zu sollen, daß es in Rom auf dem Gebiete des Vermögens bekanntlich Geschäfte gab, welche den Grund aus dem sie vorgenommen wurden, und zwar den wirthschaftlichen Grund der causa credendi, solvendi, donandi, ohne deren einen keines gedacht werden konnte, nicht aufzeigen[1]). Selbstverständlich waren dies Geschäfte, die sowohl den einen als den anderen dieser Gründe haben konnten; denn ein Geschäft das wie z. B. das mutuum seiner Art nach auf einen derselben beschränkt ist, trägt seinen Grund um eben deswillen an der Stirne. Solche allgemeinere, verschiedenartigen, ja allen jenen causis zugängliche Geschäfte sind nun die Eigenthumsübertragung und Gründung von jura in re, das Versprechen, der Verzicht, die Buchung von Soll und Haben, wofern sie Forderung und Schuld bewirkt. Das sind denn auch die Geschäfte, welche in den Gestalten der mancipatio und in jure cessio, des Nexum, der Stipulatio und expensilatio, der nexi liberatio und mündlichen wie schriftlichen acceptilatio, man kann sagen als General- oder Gattungsgeschäfte, ohne Aufzeigung des Grundes, hingestellt wurden. Denn die venditio und solutio in der Mancipation, das acceptum der Acceptilation waren nur imaginär. Sie sollten auch ohne Rücksicht auf die causa gelten, vielleicht einmal schlechthin, dann wenigstens ipso jure; denn ein Ersatz für den unsichtbaren Grund des Willens lag in der stärkeren Form seiner Erscheinung. So war hier der Wille an sich zur Anerkennung und bei der quiritischen und stricten Wirkung jener Geschäfte zur stärksten Machtentfaltung gekommen. Vorausgesetzt, daß man dabei nicht blos an eine bestimmte Form, sondern auch an die Abstraction von der causa denkt, mag man diese Geschäfte, nach dem Vorgang der „For-

1) vgl. Bd. I §. 150 Anm. 15 fg. und unten §. 559.

malcontracte" Formalgeſchäfte nennen[2]). — Von den übrigen Geſchäften laſſen ſich die meiſten als Specialgeſchäfte bezeichnen, inſoferne ſie ihre ſpecielle (theils reelle, theils blos conſentirte) causa, und in dieſer ihren Begriff und ihre Wirkſamkeit haben. Man könnte ſie darum auch Cauſalgeſchäfte nennen. Die Conſenſual- und die genannten Realcontracte haben in der Cauſalität von Leiſtung und Gegenleiſtung ihren allgemeinen (ſynallagmatiſchen), in der Eigenthümlichkeit und Combination dieſer Leiſtungen ihren beſonderen Begriff oder Charakter; die Innominatcontracte wechſeln nach dieſen ihren causis in allen Spielarten[3]). Grundſätzlich ſollte die causa re, ausnahmsweiſe, wiewohl weithin, konnte ſie auch in der bloßen Willensübereinkunft (consensu) da ſein[4]). Der Form nach ſind dieſe Cauſalgeſchäfte, die conſenſualen wie die realen, ungebunden, und darf im allgemeinen wohl angenommen werden, daß dieſer Nachlaß der Form mit dem Daſein der causa hier, wie das Erforderniß der Form mit dem Zurücktreten der causa dort in Verbindung ſteht[5]). Allein vorſchnell wäre es zu ſagen, daß die Cauſalgeſchäfte ſämmtlich formlos, die Formalgeſchäfte ſämmtlich grundlos ſeien.

1) Die manumissio (per vindictam etc.), dotis promissio, testamenti factio waren formelle, ſolenne, und aber dennoch Cauſalgeſchäfte. Die dotis promissio (promissio des Conſtituenten, nicht etwa des delegirten Schuldners)[6]) beruhte, wenn ſie durch einen extraneus geſchieht und alſo Schenkung an die Frau iſt[7]), in der eigentlichen causa donandi; wenn ſie durch den dotationspflichtigen Vater geſchah, in einer causa solvendi; in einer Miſchung von Liberalität und credendi causa wenn ſie durch die Frau erfolgte, und nicht als Schuldigkeit in Betracht kam[8]). Außerdem ging aber dotis pro-

2) ſ. Bd. II §. 224 (S. 56). §. 226. §. 248 (S. 139. 140). §. 295 (S. 471. 472), vgl. daſelbſt S. 568/69.
3) Bd. II S. 135. §. 299. §. 337.
4) Bd. II §. 248 Nr. 2.
5) Bd. II §. 248 Anm. 26—31. §. 282 Anm. 67.
6) vgl. Bd. III §. 482 Anm. 1—3. 11. 12.
7) Bd. III §. 476 Anm. 9 fg. §. 482 Anm. 54. 55. §. 478 lit. a.
8) Bd. III §. 492 Nr. 5.

missio, wie dotis constitutio überhaupt, bereits über sonstige Vermögensgeschäfte hinaus, dadurch daß sie außer oder über ihren jeweiligen wirthschaftlichen Motiven einen über das Vermögen erhabenen Zweck, und in diesem zugleich ihren allgemeinen, offenen und unentbehrlichen Grund hatte; es war das die matrimonii causa; darum hieß sie, verschieden von der gemeinen stipulatio, promissio, dotis promissio[9]). Die manumissio war zwar ein Formalgeschäft, insoferne sie in Wirklichkeit bald aus Liberalität, oder (wie bei der libertas fideicommissa) solvendi causa erfolgte, beim Manumissionsacte dagegen keine dieser causae zum Vorschein kam. Allein über allem wirthschaftlichen Motiv und Erfolg stund auch hier ein über das Vermögen erhabener und mit dem Begriffe des Geschäftes selbst gegebener Zweck, die libertatis causa, da. Von den letztwilligen Geschäften steht namentlich das Vermächtniß der causa donandi nahe[10]). Allein nebstdem verfolgen sie sämmtlich, das Testament und die Erbeinsetzung insonderheit, abermals eine, zwar nicht über das Vermögen aber über die gemeinen causae credendi, solvendi, donandi erhabenen Zweck: die Fürsorge (mandatelam et tutelam) für den Nachlaß. Vollends emancipirt sich die Heirath von dem Vermögen und den causis des Vermögensverkehrs, und hat in der causa matrimonii Zweck und Grund zugleich.

2) Traditio, pollicitatio, pactum de non petendo, mutuus dissensus waren formlose Geschäfte, allein insofern als sie so verschiedenartige causas haben konnten wie die formalen Parallelgeschäfte der mancipatio, sponsio oder promissio und acceptilatio, nicht minder Gattungsgeschäfte, denn jene; allein fraglich ist, ob sie auch gleich jenen ohne Rücksicht auf ihre causa wirksam wurden. Gleich für die Tradition ist diese Frage bekanntlich nicht unzweideutig entschieden. Angenommen aber, die Julianische Stelle[11]) verdiene den Vorzug[12]), so war

9) vgl. Bd. III S. 676 al. 2. §. 472 Anm. 2. §. 482 nach Anm. 39, widersprechend Schloßmann S. 4 Anm. 8.

10) §. 1 J. leg. 2, 20. Bd. III §. 412 Anm. 3.

11) l. 36 D. a. r. d. 41, 1 gegenüber der ulpianischen l. 18 pr. D. r. cr. 12, 1.

12) [über das Verhältniß der beiden Stellen Bd. I §. 150 Anm. 34—

darum die Tradition doch noch lange kein Formalact, wie die mancipatio[13]). Denn nicht nur, daß ihr die gebundene Form der Willenserklärung fehlt: man wird wohl behaupten dürfen, daß bei der Tradition überhaupt keine Willenserklärung vorgekommen iſt, welche für ſich, mit Abſtraction von der causa, als ein bloßer animus, consensus dominii transferendi et accipiendi die Grundlage des Eigenthumsüberganges gebildet hätte[14]). Zum bonitariſchen Eigenthum mußte außer der Tradition auch noch eine justa causa, mindeſtens ein Putativtitel behauptet werden[15]). Darnach wird wahrſcheinlicher, daß das natürliche Eigenthum mit der causa zuſammenhängend, als von ihr getrennt gedacht worden ſei[16]). — Leichter iſt nachzuweiſen, daß die pollicitatio — ohnehin beſchränkteren Umfanges — nur ex causa wirkſam wurde[17]); wo immer das römiſche Recht formloſe Verſprechungen ſelbſtändig klagbar werden läßt, ge-

38 nebſt Lotmar, Cauſa S. 178. Wegen der neueren Literatur der Controverſe ſ. vornehmlich Windſcheid §. 172 Anm. 15, vgl. außerdem Leiſt, Mancipation und Eigenthumstradition §. 3 beſ. Anm. 12, Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 82, Wendt, Neurecht I S. 9. 10, [Kindel, Recht an der Sache S. 321–23 und vornehmlich Strohal in Jher. Jahrb. Bd. 27 S. 363—382.

13) Unten §. 559 bei Anm. 6 und Bd. I §. 150 letzter Abſatz (bei Anm. 41 lies „Uebereignungswillens" ſtatt „Ueberzeugungswillens"), zuſtimmend Bekker, R. d. Beſitzes S. 86 Anm. 1. Gegen die Behandlung der Tradition als Formalaktes noch prinzipieller Eiſele, M. Vierteljahresſchrift Bd. 20 S. 4. S. auch oben Bd. II §. 248 Anm. 30 a. E. und [Strohal in Jher. Jahrb. Bd. 27 S. 337 nebſt den dort in Anm. 4a Genannten, ſowie Perſche, Irrthumslehre S. 288.]

14) Vgl. unten §. 570, III. Cardinalſtellen wie l. 31 pr. D. a. r. d. 41, 1. l. 18 pr. D. r. cr. 12, 1. §. 40. §. 41 J. rer. div. 2, 1 ſtehen dieſer modernen Anſchauung entſchieden entgegen (vgl. Leiſt a. a. O. §. 42 und Lotmar a. a. O. S. 50. 175 al. 178. 179); auch l. 10 D. don. 39, 5 und l. 55 D. o. et a. 44, 7 (Windſcheid §. 171, 1) ſetzen Willenserklärung in und mit der causa; Julian ſelbſt (l. 36 D. a. r. d. 41, 1) ſagt nur, daß ein dissensus in der causa beſtehen könne, wofern die verſchiedenen beiderſeitigen causae Eigenthumsveräußerungs- und Erwerbsgründe ſind; von einer Willenserklärung mit Abſtraction von den causis, oder davon, daß die Tradition mit Abſtraction von den causis Eigenthum übertrage, ſagt auch er nichts; causae ſind immer noch da, wenngleich nur mehr putative. Hiernach bildet auch l. 6 C. si quis alteri 4, 50 in fine (nichtiger Kauf) kein Gegenargument.

15) Gai. IV, 36. Bd. I S. 583.

16) vgl. l. 11 §. 1. §. 2 D. exc. r. iud. 44, 2. Bd. I §. 98 Anm. 11—14.

17) Bd. II §. 248 Anm. 37. §. 307 Anm. 3. 4.

schieht dies im Hinblick auf eine specielle causa[18]). Das pactum de non petendo entsprang nach Einer Stelle stets ex causa donandi; nach anderen auch aus anderen[19]). Diese Differenz kann darauf beruhen, daß wer ohne Bezugnahme auf einen anderen Grund (z. B. der Transaction, Compensation) pactirte, ohne weiteres als Schenker galt, und der Ausflucht, daß er aus irgend einer anderen, aber falschen causa pactirt habe, sich nicht bedienen konnte; dafür dürfte dann aber auch für den anderen Fall, da sein pactum sich ausdrücklich auf einen anderen Grund, z. B. eine Gegenschuld und einen gegentheiligen Erlaß stützte, und dieser Grund bestandlos war, auch sein pactum unverbindlich gewesen sein[20]). — Wenn Paulus meinte, daß der mutuus dissensus eher der Acceptilation gleiche (§. 531 Anm. 8), so kann das nur auf eine Schwankung zwischen Acceptilation und pactum de non petendo zurückgeführt[21]), und dahin gedeutet werden, daß er nicht causal wie dieses, sondern formal wie jene zu behandeln sei. Dies ließ sich trotz der Formlosigkeit des Geschäftes rechtfertigen. Von den sonstigen causis ist hier nicht leicht eine denkbar; der Umstand, daß man eben nicht, oder nicht mehr will, hier ebenso das entscheidende Motiv als in den Formalgeschäften die Thatsache, daß man will. In ähnlicher Erwägung dürften auch hereditatis aditio und repudiatio trotz ihrer Formlosigkeit wie formale Geschäfte behandelt worden sein.

Leicht ergibt sich hiernach der Standpunkt, von dem aus in der einen Gruppe von Geschäften zwangshalber Nichtigkeit, in einer anderen Existenz angenommen sein könnte[22]). Gegenüber von Geschäften, deren Existenz auf die bloße, wenngleich

---

18) l. 35 §. 5 C. don. 8, 53 (54): Bd. II §. 248 Anm. 13 u. S. 555; l. 6 C. de dot. prom. et nuda poll. 5, 11: Bd. III §. 482 Anm. 2.

19) Bd. II §. 291 Anm. 1, vgl. Lotmar, Causa S. 164.

20) [vgl. l. 51 pr. §. 1 D. pactis 2, 14 und dazu Lotmar a. a. O. S. 164. 165.]

21) [hiegegen Czyhlarz S. 13 Anm. 23.]

22) [Anerkennung bei Mandry, M. Vierteljahresschr. Bd. 14 S. 383, bloßer Einwurf bei Schulin, Anwendungsfälle S. 34, eingehendere Opposition bei Czyhlarz S. 3. 4 (doch vgl. hier unten Anm. 25) und Schloßmann S. 3. 4 (vgl. jedoch unten Anm. 28).]

förmliche Willenserklärung, mithin auf die bloße voluntas gebaut war, gewährte man, was die vorläufige Exiſtenz anlangt, dem Zwange ſo wenig als einer anderen causa Einfluß[23]). Ließ der Zwang ja doch die voluntas übrig. Darum die stipulatio, acceptilatio, allem Anſchein nach auch die mancipatio muſterweiſe, hereditatis aditio, repudiatio, mutuus dissensus vergleichsweiſe, trotz vis ac metus exiſtent[24]). Wo dagegen auf die causa ſchon zur Exiſtenz des Geſchäftes ankam, mußte der Umſtand, daß es metus causa gestum war, doch wohl in Betracht kommen. Denn erſtens gab es Cauſalgeſchäfte, deren causa lediglich metus causa ſein konnte. Eine erzwungene dominii traditio hatte leicht keine andere causa als eben den metus: eine donandi, credendi oder solvendi causa mit nichten nothwendig. Ebenſo ſtund es mit dem pactum de non petendo, und der pollicitatio. Wenn nun dieſe Geſchäfte, wie wir annehmen mußten, nur mit Rückſicht auf ihre causa für wirkſam erachtet wurden, und dieſe causa dann ſelbſtverſtändlich eine justa causa (donandi etc. — pro emtore etc.) ſein mußte, dann müſſen ſie da, wo ein metus ſich an die Stelle der justa causa ſetzte, nichtig geweſen ſein[25]).

In anderen Cauſalgeſchäften, wie z. B. den Conſenſual- und Realcontracten, ſcheint zweitens deren ſonſtige causa unerläßlich, und wenn Zwang dazu kommt, neben der metus causa fortzubeſtehen, wie z. B. der Preis beim erzwungenen Verkaufe neben dem Zwang zum Verkaufe. Allein näher betrachtet, hat hier der Preis aufgehört, Grund des Geſchäftes zu ſein. Seine Annahme iſt zwar wie die Zuſicherung der Waare trotz des Zwanges gewollt, aber der Grund für die Zuſicherung der Waare iſt er nicht mehr. Als dieſer ſteht für

23) [wegen dieſer Coordination des Zwanges mit „einer anderen causa“ ſ. oben §. 530 Anm. 2.]

24) [Czyhlarz a. a. O.: zur aditio hereditatis genüge zwar die bloße voluntas des Delaten, allein ſie ſei doch gerade ſo gut cauſal wie irgend ein Geſchäft, indem ſie ſtets und allein den Zweck habe den Delaten zum Erben zu machen.]

25) [übereinſtimmend in Betreff der pollicitatio Czyhlarz S. 26. 27, dagegen Schloßmann S. 63. 64. Vgl. auch Bechmann, Kauf II S. 309 in med.]

alles, was seitens des Verkäufers geschieht, einzig der Zwang da (§. 530 bei Anm. 2); die sonstige Causalität des Geschäftes ist durch den Zwang beseitigt. So ist beim erzwungenen Mandate nicht mehr officium und amicitia, beim erzwungenen Darlehen nicht mehr der Credit, bei der erzwungenen Societät nicht mehr der animus fraternitatis[26]), kurz bei keinem von all den Geschäften, welche man als Causalgeschäfte zu bezeichnen Grund hat, die vom Rechte vorausgesetzte rechtschaffene causa da[27]). Namentlich tritt im Falle des Zwanges auch bei der dotis constitutio, sie mag eine datio oder promissio sein[28]), die causa donandi und credendi, bei der Manumissio die libertatis, bei letztwilligen Geschäften die mortis causa vor dem Zwange zurück und außer Kraft. Ueberall hier Usurpation der causa durch den Zwang. Sollte der als Surrogat der justa causa acceptirt worden sein?

Drittens kommt zu einer großen Schichte der Causalgeschäfte noch hinzu, daß sie fide bona verrichtet sein müssen, mithin keinen dolus malus in ihrer causa haben dürfen[29]); vis fällt aber unter den Begriff des dolus malus[30]).

Ob die römische Jurisprudenz in der That durch diese drei Faktoren: des metus als einer causa von Geschäften — der Formalgeschäfte als grundloser — der Causalgeschäfte als grundhaltiger Existenzen hier zur Nichtigkeit wegen, dort zur Existenz trotz des Zwanges gelangt sei, läßt sich nicht direct

26) [Als rechtlich gleichgültiges Motiv sieht denselben an Czyhlarz a. a. O. S. 11.]

27) [Widerspruch bei Czyhlarz a. a. O. S. 6 Anm. 12.]

28) [Czyhlarz S. 22 hält die erzwungene datio dotis für gültig. Vgl. auch oben §. 531 Anm. 27. Wenn Schloßmann S. 4 die Nichtigkeit des erzwungenen Stipulationsversprechens einer dos beanstandet, da „es doch ein formelles Geschäft ist, das nicht mehr und nicht weniger durch die causa bedingt ist, wie jede andere Stipulation": so ist gerade diese Gleichstellung quellenwidrig; s. z. B. l. 21 D. i. d. 23, 3 und Lotmar, Causa S. 160/61 (S. 160 Z. 1 v. u. lies „zusammengesetzten" statt „einfachen").]

29) l. 7 §. 3 D. dolo malo 4, 3. l. 3 §. 3 D. pro soc. 17, 2. l. 16 §. 1 D. min. 4, 4. [Schloßmann §. 10 (S. 81 fg.), Bechmann a. a. O. S. 313.]

30) l. 14 §. 13 D. h. t. 4, 2 [cf. l. 3 §. 1 eod. (eam sc. vim, quae adversus bonos mores fiat). Bd. II §. 342 Anm. 12 u. 13 und hier oben §. 531 Anm. 24.]

erweiſen. Allein es iſt denkbar, daß ſie von hier aus handelte, ohne davon zu reden; möglich auch, daß ſie der bewegenden Faktoren nicht ſchlüſſig bewußt war[31]). Immerhin werden von hier aus ihre Entſcheidungen erklärlich. Ihre Unterſcheidung empfiehlt ſich auch für heute, ſoferne wir noch Formalgeſchäfte haben[32]).

4. nach Fertigkeit.

§. 535.

Von der Fertigkeit und Unfertigkeit der Geſchäfte überhaupt.

Unfertig (imperfectum) heißt ein Geſchäft, welches, juriſtiſch betrachtet, aus mehreren auf- und auseinander folgenden Geſchäften (z. B. stipulatio, numeratio) beſtehend, noch nicht bis zum letzten abgewickelt iſt[1]). Ein ſolches Geſchäft iſt nur wirthſchaftlich unfertig; rechtlich iſt es ſo perfect als irgend eines; namentlich fehlt es hier nicht am Willen.

Unfertig (imperfecta) heißt inſonderheit emtio venditio, wenn ein gewiſſes Quantum verkauft, aber noch nicht zugemeſſen ꝛc. iſt[2]). Ein derartiger Kauf iſt rechtlich unfertig, indem er nicht alle Wirkungen des fertigen Kaufes hat. Allein auch hier fehlt es nicht am Willen, ſondern allem Anſchein nach an der nöthigen Demonſtration des Objectes[3]).

Unfertig (imperfectum) heißt ferner ein Geſchäft, welches in einer Willenserklärung zu beſtehen hat, allein nicht voll-

31) vgl. S. 121 der 1ten Auflage.

32) Bd. II S. 56. §. 226. §. 228. §. 248 Anm. 33. S. 471. §. 311.

1) l. 9 §. 3 D. quod met. 4, 2 [(oben §. 532 Anm. 6 und Bd. II §. 297 Anm. 18. §. 313 Anm. 3). Vgl. Gradenwitz, Ungültigkeit obl. Rechtsgeſchäfte S. 45. 46 (wo jedoch numeratio mit solutio verwechſelt iſt). Vgl. ferner Bd. II §. 282 zu Anm. 31, §. 328 Anm. 10 und „perficere emptionem“ für solvere pretium in l. 57 pr. D. c. e. 18, 1, ſowie l. 65 §. 1 D. cond. indeb. 12, 6 („transactio imperfecta“) mit Bd. II §. 303 Anm. 26.]

2) Bd. II S. 696. §. 325a Anm. 9 und §. 243 Anm. 10. l. 2 C. peric. et com. 4, 48. l. 8 pr. D. eod. 18, 6. Vgl. Bekker, Coupons-proceſſe S. 37. 38 „unfertige Obligationen“.

3) fr. Vat. §. 16 — corpore non demonstrato —. [Bd. II §. 240 Anm. 2. §. 241 Anm. 2, vgl. auch §. 325 Anm. 18 a. E.] Goldſchmidt, Zeitſchr. f. Handelsr. Bd. I S. 80.

ständig zu Papier oder sonstigem Ausdruck gebracht ist[4]), oder aber der erforderlichen Beurkundung ermangelt[5]). Ein solches Geschäft ist rechtlich unfertig, überdies wirkungslos; allein hier fehlt es wiederum nicht am Willen, sondern am Ausdruck (s. unten Nr. III. §. 566).

Unfertig kann aber ein Geschäft auch sein und heißen, weil der Wille selbst, nicht etwa blos sein Ausdruck oder seine Beurkundung, noch nicht fertig (entschlossen, entschieden, mit sich oder mit einem anderen im reinen oder einig) ist. Freilich muß es irgendwie begonnen (coeptum) sein, wenn es nicht anstatt unfertig schlechthin nichts sein soll[6]); der Erbschaftsantritt z. B. ist so lange wir deliberiren, noch gar nicht begonnen; Verträge dagegen, welche sich im Stadium der Verhandlung befinden, sind begonnen, aber noch unfertig, und zwar unfertig von wegen des Willens[7]). Derart unfertige Verträge haben denn auch an und für sich keinerlei bindende Wirkung (s. unten Nr. IV. bes. §. 573).

Unfertig (imperfecta) heißen endlich auch die conditionalia negotia[8]). Ueber allen Zweifel erhaben ist, daß es hier nicht am Ausdrucke mangelt; die Willenserklärung ist hier

4) l. 25 D. qui test. 28, 1. S. 787 oben der 1. Aufl. und Bd. III §. 377 Anm. 4. [l. 22 D. adim. leg. 34, 4. l. 115 pr. D. v. o. 45, 1 (imperfecta erit stipulatio: Bd. II §. 279 Anm. 2. 16. 17).]

5) l. 23 D. qui test. 28, 1. l. 35 D. test. mil. 29, 1 [(gegen Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse S. 51/52).] l. 21 §. 3. §. 5 C. test. 6, 23. [l. 2 D. de inj. rupto irr. f. test. 28, 3. l. 6 pr. D. leg. Cornel. 48, 10. §. 7 (6) J. quib. mod. test. inf. 2, 17. Bd. III §. 377 Anm. 9 u. 11.] — pr. J. emt. 3, 23: [Bd. II §. 248 Anm. 23, §. 325a Anm. 37. 38. Vgl. auch Bd. I §. 21 Anm. 18 — 23. §. 20 Anm. 4. 5.]

6) vgl. l. 25 D. qui test. 28, 1, auch Bd. II §. 325a nach Anm. 26.

7) vgl. Regelsberger, die Vorverhandlungen bei Verträgen §. 1, 2. §. 25.

8) arg. l. 8 pr. D. per. et com. 18, 6 — et pure veniit —, [cf. l. 8 §. 1 eod. l. 7 pr. D. c. e. 18, 1: conditionales autem venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit conditio. l. 2 pr. D. in d. add. 18, 2: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior conditio offeratur, erit emptio conditionalis. Vgl. Bd. II §. 326 Anm. 1a und Bechmann, Kauf II S. 236 Anm. 5. S. 332 Anm. 4. Daß der Ausspruch der l. 7 pr. cit. nur mit Rücksicht auf das periculum gethan sei (Wendt, bedingtes Rechtsgeschäft S. 75), wird durch die Stelle nicht nahgelegt.]

ſo fertig wie beim unbedingten Geſchäfte. Inwieferne außerdem eine Unfertigkeit vorliege, ob von Seite des Willens ſelbſt, oder von was ſonſt, iſt ſehr fraglich geworden. Darnach muß es ſich denn auch entſcheiden, ob ein Geſchäft trotz Unfertigkeit des Willens einige Wirkſamkeit haben könne (denn daß bedingte Geſchäfte nicht nichts ſeien, iſt ſicher: §. 542); oder ob es trotz Fertigkeit des Willens der vollen Wirkung entbehren könne; ob und inwiefern die Bedingung in dieſen Zuſammenhang gehöre[9]).

Von bedingten Geſchäften inſonderheit.

D. de conditionibus et demonstrationibus etc. 35, 1.
C. de conditionibus insertis etc. 6, 46.

§. 536.

Definition.

Bedingt im techniſchen Sinne des Wortes[1]) heißen diejenigen Geſchäfte, *welche kraft eigener Beſtimmung des Handelnden nur auf einen gewiſſen, menſchlich annoch ungewiſſen künftigen Fall, allein auf dieſen Fall hin nicht nur jetzt, ſondern auch für jetzt gewollt, ſo denn eintretenden Falles auch von jetzt an exiſtent und wirkſam ſind.*

Irgend eine Unfertigkeit klebt ſolchen Geſchäften ohne Zweifel an; denn daß ſie nur auf einen gewiſſen ungewiſſen Fall hin gewollt ſind, ſteht außer Frage; dadurch unterliegen ſie aber einer Eventualität, und eben um deswillen einer Unfertigkeit. Allein während den Meiſten der Wille des Handelnden, oder doch das Geſchäft ſelbſt unfertig, noch nicht perfect oder exiſtent zu ſein ſcheint[2]), hält Windſcheid (§. 86 eingangs

9) [Von der „Perfection" bei der m. c. donatio handelt Cohen, Schenkung v. Todeswegen §§. 17. 28 fg., beim Kauf Bechmann, Kauf II S. 396 und Puntſchart, Fundamentale Rechtsverhältniſſe S. 215 fg. S. 228 fg., von der „juriſtiſchen Perfection" überhaupt Puntſchart ebenda §§. 5. 6, von der „Perfection der Rechtsgeſchäfte" Bekker, Syſt. §. 96.]

1) „conditionalia": l. 3 D. leg. I. l. 99 D. h. t. 35, 1. l. 7 pr. D. c. e. 18, 1. l. 2 pr. D. in diem add. 18, 2, vgl. Zimmern, Arch. f. civ. Pr. Bd. 5 S. 234.

2) Arndts §. 66 beſ. Nr. 3 „Thatſache, von welcher der Wille ſich

und Anm. 3a) das Geschäft wie den Willen für perfect und existent, und nur seine Wirkung für ausstehend[3]). Noch Anderen ist nur das „Rechtsverhältniß" schwebend[4]); allein damit wird die Frage, was unfertig sei, ob blos die Wirkung oder der Wille und das Geschäft selbst, mehr umgangen als beantwortet[5]). Einige wechseln zwischen „Rechtsgeschäft" und „Rechtsverhältniß" ab[6]).

---

abhängig erklärt". Fitting, über den Begriff der Bedingung, Arch. f. civ. Pr. Bd. 39 S. 336 al. S. 337 Nr. 28 „Abhängigmachung des Willens". Unger, Oesterr. Privatr. Bd. 2 §. 82, II, 3 „durch die Bedingung wird der Wille und hiermit das Rechtsgeschäft . . . abhängig gemacht". Puchta §. 59 „die Existenz des Rechtsgeschäftes . . . abhängig macht". Vangerow §. 93 Anm. 1. [Zur Kritik s. auch Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 177. 188 Anm. 3.]

3) [Auch Dernburg I §. 105 Anm. 2 und 8 läßt die Rechtswirkungen abhängig gemacht werden, ebenso Bekker, Syst. §. 115 (Bd. II S. 321), nimmt jedoch für das Geschäft „zwei Perfektionspunkte" an: §. 96 Beil. II A, a vgl. not. f. Baron §. 52: „die Wirksamkeit des Willens abhängig".]

4) Göschen, Vorll. üb. d. gem. Civilr. §§. 95 u. 98 fg., Savigny, Syst. III §. 116, Sintenis, Prakt. Civilr. §. 20. I. II, [auch Eisele, Arch. f. civ. Prax. Bd. 50 S. 265 Anm. 22, von welchem aber das oben Folgende nicht gilt. Nach Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 163. 164 vgl. 168 ist das bedingte Rechtsgeschäft mit seinem Abschluß vollendet, nur die Rechtsverhältnisse, die dadurch entstehen sollen, sind noch unvollendet, in pendenti: zu ihrem Thatbestand gehört die als conditio gesetzte Thatsache, mit deren Eintritt werden sie vollendet. Dem Sprachgebrauch der Quellen schließt sich diese Auffassung wenigstens nicht unmittelbar an. S. Anm. 12. Kritik fremder Ansichten daselbst S. 169, vgl. S. 174. Gardeike, Verträge unter Abwesenden S. 36—46 läßt die Vollendung des Rechtsgeschäfts, oder die des Rechtsverhältnisses suspendirt sein, je nachdem das Rechtsgeschäft unvollendet (letztwill. Verfügung) oder vollgiltig sei.]

5) [Unbeantwortet bleibt diese Frage auch in Bechmanns Auffassung (Kauf II S. 212 fg.), welche er selbst als „für die ganze Gestaltung der Lehre aufklärend und fruchtbar" bezeichnet hat. Nach dieser Auffassung ist die suspensive Bedingung „gar nichts anderes als ein eigenthümlich formulirtes Motiv; nämlich Motiv, dessen objective Wahrheit der Wollende erfordert und zugleich als ungewiß bezeichnet". Daß ein Motiv zur Bedingung erhoben sein kann (z. B. Zitelmann, Irrtum S. 500 vgl. oben §. 527 Anm. 29), ist rechtlich relevant; daß umgekehrt die Bedingung ein Motiv darstellt, als solches den Entschluß erzeugt, dürfte nur für eine oder die andere juristische Deduction verwendbar sein. Daß hingegen „der Wollende die obj. Wahrheit erfordert (für Was?) und zugleich als ungewiß bezeichnet", ist nur ein anderer Ausdruck dafür daß er von der Bedingung abhängig macht. Da die objective Wahrheit als ungewiß nur „bezeichnet" sein muß, so kommt es auf objective Ungewißheit nicht an: s. aber unten Anm. 52. Einwände auch bei Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 275 Anm.; andererseits Hölder, Pand. §. 43 Anm. 3.]

6) Böcking, Pand. d. r. Privatr. od. Inst. d. gem. d. Civilr. I

An Windſcheid muß man nun das Zugeſtändniß machen, daß Thatſachen, welche noch unfertig ſind, nicht durch den Eintritt beliebiger Umſtände fertig werden können; daß der Wille und die auf ihm beruhenden Geſchäfte Thatſachen ſind; daß mithin ein Wille oder Geſchäft, welches bis dahin noch unfertig wäre, dadurch daß das Schiff aus Aſien kommt, oder Titius das Capitol beſteigt, nicht fertig würde[7]). Sollen Geſchäft und Wille mit dem Eintritte dieſer und beliebig anderer Umſtände gleichwohl zur Geltung kommen, ſo müſſen ſie ſchon zuvor da, fertig oder vollendet ſein[8]). In der That kommen bei bedingten Geſchäften mit dem Eintritt eines Umſtandes Geſchäft und Wille ohne weiteres, ohne irgend ein neues oder beſonderes Wollen oder Thun zur Geltung[9]); ſie müſſen alſo ſchon zuvor fertig ſein.

Allein, kann ein beliebiger Umſtand den Willen und die Exiſtenz des Geſchäftes nicht ins Leben rufen, ſo ſieht man nun anderſeits nicht ein, wie der nächſtbeſte Umſtand die Wirkung eines Geſchäftes in Bewegung zu ſetzen im Stande ſei[10]). Steht die Wirkung des Geſchäftes mit der Landung eines Schiffes, der Beſteigung des Capitols in einem näheren oder leichteren Rapport oder in einem cauſaleren Zuſammenhang, als der Wille oder das Geſchäft ſelbſt? Dies wird nicht behauptet, wohl aber, daß die Wirkung der Geſchäfte die Domaine unſeres Willens bilde, daß ſie von dieſem ihr Geſetz,

§. 111, §. a und §. 113, §. a, Wächter, W. Privatr. §. 92, Letzterer auch zwiſchen Exiſtenz und Wirkſamkeit: a. a. O. [und Pand. I §. 75 eingangs. Ueber ſolche Abwechslung Lotmar, Cauſa S. 14.]

7) [Ennecerus, Rechtsgeſchäft S. 177 und Pietzcker, Arch. f. civ. Prax. Bd. 74 S. 464/65 machen ziemlich übereinſtimmend geltend, daß der Wille oder das Wollen als gegenwärtige Thatſache von einem zukünftigen Umſtand nicht abhängen könne, inſofern könne nicht von „bedingtem Willen" die Rede ſein. S. auch Bekker, Syſtem II S. 306 sub B.]

8) eine Wahrheit, welche auch von Scheurl, Beiträge II, 2 S. 79 mit allem Nachdrucke gelehrt wird. [S. ferner Hölder, M. Vierteljahresſchrift Bd. 18 S. 176 oben, Eiſele a. a. O. S. 264.]

9) z. B. l. 115 §. 1 D. v. o. 45, 1 — committetur stipulatio .. cum certum esse coeperit, te Capitolium ascendere ... non posse.

10) [„Die Thatſache des Eintritts der Bedingung erzeugt Rechtsfolgen": Pietzcker a. a. O. S. 472, der darum auch dieſe Rechtsfolgen bedingt ſein läßt (S. 470). Vgl. auch oben Bd. II §. 298 bei Anm. 12 u. 13.]

und darum ihre Bedingungen empfange, und es also wohl in der Macht des Handelnden liege, gerade die Wirkung seiner Handlung von einem künftigen, ungewissen Umstand abhängig zu machen. Allein angenommen, die Wirkung der Geschäfte stehe wirklich mehr in der Botmäßigkeit unseres Willens als das Geschäft selbst: kann man nach dieser Theorie dann noch von bedingten Geschäften reden? ist darnach nicht anstatt des Geschäftes die Wirkung bedingt[11]), während in den Quellen allenthalben das Geschäft selbst bedingt ist[12])? Nach dieser Theorie würde, wenn die Bedingung deficirt, blos was bedingt war (die Wirkung), nicht auch was unbedingt dastund (Geschäft und Wille) ausfallen. Nun ist in den Quellen aber allenthalben mit der Deficienz der Bedingung nichts vorhanden[13]).

So befinden wir uns in der Verlegenheit, daß einerseits Geschäft und Wille nicht erst mit dem Eintritt der Bedingung existent werden können, also schon zuvor fertig, perfect oder existent sein müssen; und anderseits Geschäft und Wille selbst, nicht etwa die bloße Wirkung des Geschäftes, bedingt sind, also vorerst denn doch irgendwie unfertig sein müssen. Aus diesem Dilemma[14]) befreit uns nun aber Fitting, wenn es wahr ist,

---

11) [Daher möchte Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse S. 102/3 vgl. S. 189 unten, welcher, ähnlich wie Windscheid, von der Bedingung nicht die Existenz des Vertrags, sondern „nur die Entstehung des subj. Rechts aus dem Haftungsverhältniß, also nur die beabsichtigte Wirksamkeit des letzteren" abhängig gemacht findet, statt von „bedingten" von „bedingenden" Verträgen gesprochen sehen.]

12) z. B. „emtio. [venditio, stipulatio, contractus, institutio] conditionalis" — l. 10 §. 5 D. j. d. 23, 3. l. 10 D. per. et com. 18, 6. [§. 4 J. v. o. 3, 15. l. 8 D. auct. et cons. 26, 8. l. 10 pr. D. cond. inst. 28, 7] und die oben Anm. 1 citt. ll. [Daneben „obligatio condicionalis": l. 43 §. 2 D. j. d. 23, 3. l. 14 pr. D. nov. 46, 2. Gleichwohl ist nach Pietzcker a. a. O. S. 473 ein bedingter Kauf kein Kauf und nicht etwas Aehnliches, sondern die „Abmachung, daß ein Ereigniß dieselben Folgen haben solle, die ein Kaufkontrakt haben würde".]

13) z. B. l. 8 pr. D. per. et com. 18, 6 — si ... defecerit conditio, nulla est emtio sicuti nec stipulatio — cf. l. 37 D. c. e. 18, 1. l. 19 D. her. vend. 18, 4. l. 19 in f. D. usurp. 41, 3. l. 21 D. sol. 46, 3. . . nec debitor fuisse videbitur; l. 65 (63) §. 7 D. ad sc. Trebell. 36, 1 — nisi expleta sit conditio, neque scriptum heredem ad hereditatem vocavit, neque per hunc illi voluit restitui hereditatem. Fitting, Arch. f. civ. Pr. Bd. 39 S. 338.

14) [Ueber dasselbe und gegen seine nachfolgende Auflösung Hölder

was er in dem „Begriff der Rückziehung“ (1856) seinen Untersuchungen über die Bedingung zu Grunde gelegt hat: daß das bedingte Geschäft von den incertis eines sei, bei welchen ungewiß ist, nicht ob sie sein werden, sondern ob sie sind, deren Existenz also durch ein künftiges Ereigniß (postfactum) nicht erst geschaffen, sondern nur offenbar wird (§. 537)[15]). Denn dann ist die Unfertigkeit des bedingten Geschäftes weder eine des Willens, noch eine seiner Geltung, die beide von Anfang sind oder nicht sind, und also durch den Eintritt oder den Ausfall der Bedingung weder zum Sein noch zum Nichtsein gelangen; dann ist die Unfertigkeit, an der das bedingte Geschäft bis zum Eintritt der Bedingung leidet, eine bloße Ungewißheit; und zwar keine innere, des Wollens, indem auf den gesetzten Fall hin so vollendet gewollt ist wie beim unbedingten Geschäfte, sondern eine äußere, des Falles; aber eine Ungewißheit der alles gleichmäßig unterliegt, die Existenz[16]) oder Gel-

a. a. O. S. 175. 176, welcher selber „in der bedingten Willenserklärung einen doppelten Willen zu unterscheiden“ vorschlägt (vgl. §. 523 Anm. 4): den Erklärungswillen, von der Abgabe der Erklärung datirend, und den erklärten Willen, welcher erst mit der Bedingung eintrete. Aehnlich nimmt Adickes a. a. O. S. 17. 23 einen „zwiefachen Willen“ an, indem „sofort und unbedingt gewollt ist jedenfalls die Verknüpfung der in Aussicht genommenen rechtlichen Wirkung mit der Bedingung“, und dieser unbedingte umfasse einen beschränkteren bedingten Willen. Gegen Hölder und Adickes: Karlowa, Rechtsgeschäft S. 79 Anm. — Schon Aeltere unterscheiden bei jedem suspensiv bedingten Rechtsgeschäfte zwei Rechtsgeschäfte: „das bedingende, vorbereitende und das bedingte, für einen möglichen Fall vorbereitete“: Reinhold, d. L. v. d. Klaggrunde S. 100/1 und dort Angff. Ennecerus, Rechtsgeschäft S. 183, die bedingte Willenserklärung dem hypothetischen Urtheil gleichstellend, sieht in jener nur „gewollt die Abhängigkeit der Rechtswirkung von der Bedingung“. Aehnlich Hölder, Pand. §. 47 Anm. 1 S. 249, indem er das bedingte vom unbedingten Geschäft darin unterscheidet, daß in jenem „anstatt der wirklichen Existenz nur die bedingte Nothwendigkeit eines bestimmten Erfolges gewollt ist“. Gegen die erwähnte Gleichstellung Eisele, Arch. f. civ. Pr. Bd. 50 S. 277. 278, Scheurl, Beitr. II S. 72.]

15) [Einwände bei Bekker, Syst. II S. 308.]

16) [Dies erklärt Adickes S. 19 (vgl. S. 28—35) darum für „unrichtig, weil in allen denjenigen Fällen, in denen nur das So- oder Anderssein rechtlicher Wirkungen bedingt ist, ganz gewiß die Existenz des Rechtsgeschäfts von vornherein außer Zweifel ist“. Vgl. Bekker, Syst. §. 115 Note u. Allein wo das Anderssein rechtlicher Wirkungen ein anderes Rechtsgeschäft ausmacht (z. B. Gai. III, 146), ist auch die Existenz des Rechtsgeschäfts in Frage gestellt. Gegen die Verweisung auf Versicherungsverträge, Spiel und Wette (Bd. II S. 556 al 2) s. unten I und Ennecerus, Rechtsgeschäft S. 191/92. Wo hingegen das Anderssein einen un-

tung, wie die Wirkung des Geschäftes oder Willens, und welche, weil der Erkenntniß, auch der Geltendmachung des vielleicht existenten Geschäftes so hinderlich im Wege steht, wie die innere Unentschiedenheit oder Unfertigkeit des Willens, darum denn auch den Schein der letzteren erzeugt[17]).

Gegen diese Behandlung des bedingten Geschäftes erhebt sich freilich sofort der Einwand, daß wo Bedingungen schweben, Entscheidungen, nicht bloße Aufklärungen (wie bei Fittings großem Kometen) in Erwartung stehen[18]); daß erst etwas eintreten, geschehen muß, damit das Geschäft sei, gelte, mithin eine bloße Möglichkeit vor uns liege, aus der erst etwas werden müsse, keine Thatsache, deren wir blos inne zu werden brauchen[19]). Allein anderseits darf nicht verkannt werden, daß genau dasselbe sich auch von jenen anderen Pendenzen sagen läßt, unter welche Fitting das bedingte Geschäft einreiht, und daß wenigstens die römische Jurisprudenz nicht Anstand nahm, sie gleichwohl als nur der Aufklärung bedürfende Ungewißheiten hinzustellen[20]); als eine solche schildert sie auch die Acceptilation einer bedingten Schuld[21]), mithin ein Geschäft,

---

wesentlichen Punkt betrifft, da steht es beim Schweigen der Quellen dahin, ob die Rechtssätze von der Bedingung anwendbar sind: dafür Dernburg I §. 106 Anm. 7. Endlich die alternativen und die generischen Obligationen schlechthin „als bedingte aufzufassen" (Adickes S. 30), geht, wenn überhaupt, nur an, falls man condicio iuris annimmt (unten §. 538 Anm. 2. 6): Näheres bei Pescatore, Alternative Obl. §. 4 nebst Rück, Schuldverhältnisse S. 206 Anm. 2. — Der Ungewißheit kann „die Existenz" des Geschäfts auch blos theilweise unterliegen, falls nämlich das Geschäft zusammengesetzt ist, z. B. kann das Geschäft als solutio ungewiß, als dieselbe vermittelnde Uebereignung gewiß sein: Lotmar, Causa S. 94—96, Enneccerus a. a. O. S. 514. 515, Arndts §. 233 Anm. 7; vgl. auch oben Bd. II §. 296 Anm. 28. §. 298 Anm. 13.]

17) vgl. l. 37 D. r. cr. 12, 1. §. 6 J. v. o. 3, 15 mit l. 36 D. r. cr. 12, 1.

18) Scheurl a. a. O. S. 82 unten.

19) Scheurl a. a. O. §. 21.

20) — in quibus ... ex post facto ... apparet quid actum est — l. 15 (16) D. reb. dub. 34, 5; — harum enim rerum (sc. statuliberi — rei sub condicione legatae) solutio non potest nisi ex eventu liberare: scilicet quo casu certum erit remanere eas: l. 98 pr. D. sol. 46, 3, vgl. auch l. 10 D. fundo dot. 23, 5 — ex post facto videbitur recte alienatus illo postea redemto (wo freilich ein incertum weiterer Art); l. 57 pr. D. usfr. 7, 1: — mansisse fructus ius integrum ex post facto apparuit. S. unten §. 537.

21) l. 12 D. accept. 46, 4, vgl. §. 538 Anm. 5.

welches zwar nicht ſelbſt bedingt iſt, deſſen Giltigkeit aber immerhin von dem Eintritt einer Bedingung abhängt. Nach dem Stande der Quellen alſo will jener Einwand nicht verfangen.

Allein auch vor dem Richterſtuhle der Vernunft dürfte er nicht Stand halten. Denn allerdings zwar iſt die eintretende Bedingung keine bloße Aufklärung über das was bisher ungewiß, ja auch nicht bloße Entſcheidung über das, was unentſchieden war, ſondern ſelbſt Coefficient zu dem was ohne ſie nicht ſein konnte[22]). Allein Nichtohneſeinkönnen und Nichtvorſeinkönnen ſind zwei verſchiedene Dinge. Möglich, daß etwas nicht ohne das andere ſein kann, und doch vor ihm iſt[23]): wie der Blitz vor dem Donner, die Urſache vor der Wirkung, der Tag vor der Nacht. Alſo iſt denkbar, daß das bedingte Geſchäft vor dem Eintritt der Bedingung ſei, wenngleich es nicht ohne ihn ſein kann. Zwar iſt es nur *wenn* die Bedingung eintritt, um deswillen aber nicht erſt *wann* ſie eintritt. Nur unſer Vorauswiſſen iſt unmöglich, nicht das Vorausſein. Freilich „hätten wir noch approbirte Propheten, ſo brauchte man, um das Daſein des Geſchäftes und ſeine Wirkſamkeit zu erfahren, nicht erſt den Tag der eintretenden Bedingung abzuwarten“[24]); ſo nun aber werden wir erſt aus dem Ausgang gewahr, was war oder nicht war[25]). Gibt es eine Vorausbe-

22) [Karlowa, Rechtsgeſchäft S. 82 rechnet blos mit der Alternative, daß die zukünftige Bedingung für die in Ausſicht genommene Wirkung „nur entſcheidend iſt, oder die Bedeutung eines Coefficienten hat“. Allein die Bedingung kann auch Coefficient *und* entſcheidend ſein; ſ. Karlowa ſelbſt S. 100 in med. und Zimmermann, Stellvertr. neg. gestio S. 201 Anm. 261. 262. Anders Ennecerus, Rechtsgeſchäft S. 335: „das Recht giebt der Bedingung ... nicht conſtitutive, ſondern nur declaratoriſche Bedeutung“. Sie declarire, daß vom Abſchluß des Vertrages an eine freilich befriſtete Obligation beſtanden habe.]

23) [anerkannt von Eiſele, Arch. f. civ. Pr. Bd. 50 S. 302—4. 307/8 in Anwendung auf von ihm zu den condiciones iuris geſtellte Fälle. Vgl. auch unten §. 583 „Keine Stellvertretung *ohne*, manche *vor* der Vollmacht“ und Bd. II §. 255 Anm. 8 u. 20. — Oppoſition bei Hölder, Pand. S. 250 unten.]

24) Leibnitii, G. G. Jurispr. Doctr. cond. cap. 10 Nro. 68 in opp. omn. Genev. 1768 Vol. IV. pars 2. [Vgl. Eiſele, Arch. f. civ. Pr. Bd. 50 S. 276 und unten Anm. 34.]

25) — cuius fuerit, eventus declaret — l. 98 §. 3 D. solut. 46, 3.

stimmtheit alles dessen, was künftig sein wird, dann ist an sich auch vorausbestimmt, ob die Bedingung eintritt, und an sich schon jetzt entschieden, ob das Geschäft sei oder nicht sei; — gibt es sie nicht, so ist auch damit nur die Vorausbestimmtheit, nicht das Vorausseín negirt. Ob es an sich bestimmt war, daß der Kern zu diesem Baume ausschlagen werde, muß dahin gestellt bleiben: aus dem Erfolg hat sich gezeigt, daß er ihn in sich trug. Wer zählt das Sein, welches wir erst aus nachmaligem Ausgang rückwärts kennen lernen[26])?

Daß das bedingte Geschäft in der That als ein incertum der erwähnten Art zu denken, und auch im römischen Rechte so gedacht sei, dürfte theils Unterstützung, theils Bestätigung finden

I. in der blos accidentalen Bedeutung der Bedingung. Sie gehört nicht zu den Essentialien des Geschäftes (§. 546. §. 550); ist weder Gegenstand, noch Wirkung des Geschäftes, kurz nichts von alle dem, was für das Geschäft nach Gattung und Art bestimmend wird; vielmehr etwas exoterisch außer dem Begriffe desselben Gelegenes; dadurch wird es möglich, das Geschäft vor der Bedingung zu denken; —

II. aus der Intention des Handelnden, indem, wer bedingt handelt, nicht blos jetzt, sondern auch für jetzt will[27]). Zwar ist möglich, daß wer bedingt handelt, den „rechtlichen Erfolg erst für jene künftige Gestaltung der Verhältnisse", da die Bedingung eintritt, in Sicht genommen habe[28]), und daß dann das Geschäft auch erst von dann an (ex nunc) wirksam werde[29]).

---

26) — ex post facto retro ducitur et apparet, quid actum est — l. 15 (16) D. reb. dub. 34, 5, cf. l. 15 §. 1 D. ad l. Aqu. 9, 2: — quia verum est eum a te occisum tunc cum vulnerabas, quod mortuo eo demum apparuit: at in superiore non est passa ruina apparere an sit occisus. [Widerspruch gegen die obige Argumentation bei Zimmermann a. a. O. Anm. 264.]

27) [Einstimmend und durch Beispiele erläuternd Schulin, Ueber Resolutivbedingungen und Endtermine S. 2/3, s. auch S. 9—11; gegen diese Erläuterung Hölder, M. Vierteljahresschr. Bd. 18 S. 180/81.]

28) Windscheid §. 91 und dazu Scheurl a. a. O. §§. 3 u. 4 S. 11 fg. [Eisele, Arch. f. civ. Pr. Bd. 50 S. 266 fg.]

29) ein Vorkommen, welches Fitting, Rückziehung §. 19 u. E. min-

Allein 1. beruht ein ſolches Vorkommen, wenn es platzgreift, nicht auf der Bedingung als ſolcher, ſondern auf einer (ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden) Zeitbeſtimmung (dies). Mit einer ſolchen hat die Bedingung an und für ſich oder die „reine" mit keinem dies „vermiſchte" Bedingung[30]) nichts gemein[31]). Wer wenn ſagt, ſagt nicht wann[32]), denkt den Fall, auf den hin gehandelt wird, nicht als einen dies, der ohne die vorgängige Exiſtenz des Geſchäftes nicht gedacht werden kann[33]), ſondern als einen Umſtand, ohne den umgekehrt die Exiſtenz des Geſchäftes nicht ſein ſoll; er denkt ihn als einen Umſtand, ohne welchen das Geſchäft nicht ſein ſoll, ohne damit zu ſagen, daß es auch vor demſelben nicht ſein ſoll[34]); das Geſchäft iſt durch den Fall „an ſich, ohne Rückſicht auf ſein Verhältniß zur Zeit" bedingt[35]).

2. Wer bedingt handelt, will und handelt jetzt; wer aber jetzt handelt, muß ſagen, wann ſeine Handlung gelten oder wirkſam ſein ſoll, wenn ſie nicht ſofort wirkſam ſein ſoll, oder nicht ſchon nach dem Begriffe des Geſchäftes einen dies in ſich birgt[36]). Damit, daß man eine Bedingung ſetzt, ſetzt man aber keinen dies; Grund, einen ſolchen zu vermuthen, liegt keiner vor[37]).

---

der zutreffend als „Vorwirkung" bezeichnet; hiegegen auch Scheurl, krit. Ueberſchau V S. 27.

30) wie ſich Scheurl a. a. O. S. S. 11. 17. 18 ausdrückt. [S. auch Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 175. 176 und Kuntze unten §. 544 Anm. 2.]

31) vgl. Leibnitz a. a. O., [auch Enneccerus a. a. O. S. 195 („nicht im Begriffe der Bed."). Hingegen in Bekkers Syſtem (namentlich §. 114 Beil. II) iſt die Bedingung neben der Befriſtung eine Species der Zeitbeſtimmung.]

32) [Auch l. 46 §. 2 u. §. 3 D. v. o. 45, 1 unterſcheiden si ita stipulatus fuero „cum volueris" und illam stipulationem „si volueris, dari". Andererſeits l. 45 §. 3 eod.: — inter haec nihil interest „cum veneris" aut „si veneris" mit Enneccerus a. a. O. S. 197. 198.]

33) §. 2 J. v. o. 3, 15.

34) [„indem er (Leibnitz) das Wenn und das Wann trennte, ward ihm klar, daß etwas, das ohne ein gewiſſes Ding nicht ſein kann, gleichwohl vor dieſem Dinge ſein kann". Brinz, Ueber Univerſalität (Rectoratsrede 1876) S. 10.]

35) Scheurl a. a. O. S. 18 oben.

36) vgl. Scheurl a. a. O.

37) [Anders Windſcheid §. 91 i. Anf.; nach Schulin, Reſolutivbedingungen S. 33 „kommt ein mit Bedingung combinierter dies häufiger

3. Diese Logik der Thatsachen entspricht auch dem Seelenzustande des bedingt Handelnden. Die nämliche Vorsicht oder Ungeduld, welche diesen schon jetzt zum Handeln treibt, will auch die Folgen der Handlung von jetzt an; der Handelnde will gegeben, versprochen haben[38]); er will auf den eintretenden Fall hin Alles im Präteritum, die Folgen nicht minder als die Ursache[39]).

III. aus der s. g. Retrotraction der eintretenden Bedingung[40]). Diese beruht schwerlich auf einer bloßen Präsumtion, oder dem „vermuthlichen Willen des Handelnden“[41]); denn es läßt sich kaum denken, daß die Macht der Zurückdatirung zur Sache des Privatwillens gemacht worden sei[42]); —

---

vor, als eine reine Bedingung“. Enneccerus a. a. O. S. 195: „die Bedingung enthält in dubio einen dies.“ Gegen Vangerow I S. 144 („in jeder conditio ist der Regel nach auch ein dies enthalten“) s. Eisele, Arch. f. civ. Pr. Bd. 50 S. 271 fg.]

38) Unger a. a. O. §. 82 S. 72.

39) Zwar stellt neben Windscheid auch Fitting, trotzdem er in seiner Abhandlung über die Rückziehung für das ex tunc der Bedingung neuen Grund gelegt hat, die Präsumtion auf, daß erst auf den Tag der eintretenden Bedingung (ex nunc) gewollt sei (Arch. f. civ. Pr. Bd. 39 S. 332 Nr. 24 bes. Anm. 50); allein l. 64 D. v. o. 45, 1 beweist nur, daß man die sich sonst von selbst verstehende Datirung ab initio auch noch durch ausdrücklichen dies verordnen kann [vgl. Bd. II §. 308 Anm. 3]; die Zweifelhaftigkeit des Falles beruht auf dem Conflicte des „tum“ (si consul factus erit) und des „ex hac die“ (interpositae stipulationis); in l. 26 §. 5 D. fideic. lib. 40, 5 beruht das ex nunc auf keinem präsumtiven, sondern auf einem nothwendigen, in dem Begriffe des Vermächtnisses gelegenen dies (cedens — §. 544 Nr. 4b und Anm. 37). — [Unter Hinweis auf §. 14 J. inut. stip. 3, 19 sagt Schulin, Resolutivbedingungen S. 20, daß die klassische Jurisprudenz die Hinzufügung einer wahren Bedingung bei Stipulationen für unzulässig, eine damit versehene Stipulation für ungültig erklärt habe. Danach würde die in l. 64 cit. verordnete Datirung ab initio als nicht selbstverständlich verordnet sein. Gegen Schulin: Hölder a. a. O. S. 185/86. Wieder anders Eisele, Arch. f. civ. Pr. Bd. 50 S. 325. 326.]

40) [Gegenüber dieser Ableitung und der Argumentation von §. 544 Absatz 1 kann man nicht mit Nennung von Brinz sagen: „Erst konstruirt man sich einen Bedingungsbegriff um die Rückziehungserscheinungen, anscheinend eine actio in praeteritum zu erklären“: Better, Syst. II S. 344. S. auch hier unten Anm. 48.]

41) wie z. B. W. Sell, Ueber bedingte Traditionen S. 102 oben, Vangerow II, §. 95 Anm. I, 1 [und Wächter I S. 386 sub 4 lehren. Hiegegen auch unten §. 545 bei Anm. 11 und gegen Entscheidung der Retrotractionsfrage aus dem Parteiwillen Wendt, bed. Rechtsgesch. S. 121. 122 und Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 20.]

42) [s. auch Ryck, Schuldverhältnisse S. 163. 164, der selber die Rück-

beruht auch auf keiner Fiction[43]); — zwar reden die Quellen selbst ficticisch[44]): allein sie thun dies im Hinblick nicht auf die anfängliche Existenz, sondern auf die Form des Geschäftes; man soll, wenn die Bedingung eintritt, sich (der practischen Behandlung halber) vorstellen, daß unbedingt contrahirt worden sei; das ist in Wirklichkeit allerdings nicht geschehen; daß das Geschäft von Anfang existirt, ist in Wirklichkeit der Fall[45]); — dagegen beruht sie allerdings in der Natur der Sache (des Wollens, der Bedingung) oder innerer Nothwendigkeit[46]), wenn die Bedingung einen Aufschub nur der Gewißheit über Sein oder Nichtsein des Geschäftes, nicht seiner Existenz selbst enthält[47]). Denn dann ist die Retrotraction nichts anderes als die practische Durchführung des Satzes, daß das bedingte Ge-

---

ziehung auch nicht in einer der beiden folgenden Arten erklärt, sondern als „durch das praktische Bedürfniß gebotene Veränderung des natürlichen Zeitpunktes der Entstehung der Rechtswirkung aus einem bedingten Rechtsgeschäft" betrachtet, vgl. unten §. 544 Anm. 4; hinwiederum sei diese Modifikation des natürlichen Zeitverhältnisses insofern nicht willkürlich, als sie dem Zeitpunkt, wo zuerst die causa der Rechtswirkung gegeben war, den Vorzug gebe vor dem zufälligen späteren, in welchem jene causa sich verwirklichte.]

43) wie man namentlich in älterer Zeit annahm: J. B. Costa, tract. de fictione translativa s. de retrotractionibus, cap. 2 Nr. 14: — conditio retrotrahitur et fingitur antea extitisse — vgl. jedoch auch Scheurl a. a. O. S. 37. 41 und §. 50 und die bei Fitting, Rückziehung S. 2 Anm. 2 Angff., unter denen auch Savigny, Sell, Thibaut vorkommen.

44) perinde haberi, ac si etc. §. 544 Anm. 1.

45) vgl. Vangerow a. a. O., Böcking, Pand. §. 113 Anm. 1, Savigny, System III S. 150, Arndts §. 71, 1, Puchta §. 61.

46) Thibaut, System §. 92. Puchta §. 61 und wieder Fitting, Arch. f. civ. Pr. Bd. 39 S. 337 Anm. 56 [im Gegensatz zu Castrense peculium S. 265 Anm. 2, daß das bedingte Geschäft nach der Erfüllung der Bedingung „natürlich auch jetzt erst und von jetzt an seine eigentliche Wirkung erzeuge". Dagegen Karlowa, Rechtsgeschäft S. 83, welchem „der Ausschluß der Rückwirkung nothwendig aus der Natur der Bedingung als eines mitwirkenden, nicht blos entscheidenden Umstands folgt" (vgl. oben Anm. 22), zeigt sich hiermit unempfänglich für die „minder geläufige Unterscheidung des Nichtvor- und des Nichtohneseinkönnens" (bei Anm. 52). Nach Ihering in s. Jahrbb. X S. 403 beruht „die Idee der Rückwirkung" „auf einer ungenügenden Erfassung des Rechtsbegriffs", während wiederum für Kuntze, Servus fructuarius S. 70 Anm. „die Retrotractivkraft in der Konsequenz der reinen Bedingung liegt".]

47) — quid ergo, si sub condicione stipuletur? nec hoc casu valeat stipulatio, quia ex praesenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit. l. 26 D. stip. serv. 45, 3. [S. ferner l. 27 D. pro soc. 17, 2 (Bd. II §. 335 Anm. 60). l. 78 pr. D. v. o. 45, 1 nebst Wendt, bed. Rechtsgeschäft S. 24. 25.]

schäft von Anfang an ist oder nicht ist[48]). Gerade anläßlich der s. g. Retrotraction aber wird das bedingte Geschäft als eines von denen charakterisirt, quae postfactis in praeteritum, quid fuerit declarent[49]).

Daß Existenz und Wirksamkeit des blos bedingten Geschäftes wirklich ex tunc datire (Retrotraction platzgreife), ist beiläufig schon in dem Bisherigen vorgekommen, wird immer noch überwiegend angenommen (§. 544), und soll weiter unten (§§. 544. 545) eigens nachgewiesen und gegen neuere abweichende Lehrmeinungen vertheidigt werden. Dort wird sich zeigen, daß diese theils außerhalb der Bedingung (mortis c. donatio und dotis constitutio), theils aus Fällen, in denen mit der conditio nothwendig oder willkürlich ein dies concurrirt (bedingte Vermächtnisse, gewisse Fälle der mortis c. donatio und dotis constitutio), theils aus Erscheinungen geschöpft sind, welche nicht gegen die Rückwirkung, sondern für die Hinfälligkeit auch von bedingten (pendenten) Geschäften (Stipulationen, Vermächtnissen, Kauf), oder für eine singuläre, nur nachträgliche Heilung oder Heilbarkeit gerade der bedingten Geschäfte sprechen. —

Das bedingte Geschäft ist ex his, quae postfactis declarent, quid actum sit; ein künftiges Ereigniß bringt die Kunde von der Existenz desselben; erst dieses und nur dieses bringt die Kunde. Darum läge, wenn die Bedingung auf einen blos dem Handelnden ungewissen Umstand gestellt würde, kein

48) [Die so bestimmte Retrotraction als „Zurückdatirung" (bei Anm. 42) der heute ausgelösten Wirkung ist nicht, wie Bekker, System II S. 306 ihr nachsagt, „ein real unmöglicher Begriff, der einer Wirkung in die Vergangenheit zurück". Daher stimmt auch Bekker S. 309: „die erfüllte Suspensivbedingung (mit Rückziehung) gibt uns, aber erst von dem Augenblick ihrer Erfüllung, soviel wie wir haben würden, wenn die Bedingung gar nicht beigefügt gewesen wäre" — mit unten §. 544 i. Anf. überein.]

49) l. 12 D. accept. 46, 4 — id factum apparebit, si conditio ... extiterit —. [Vgl. Köppen, Jher. Jahrbb. XI S. 185 Anm. 103.] Eine schlagende Exemplifikation von derlei incertis und ihren Folgen im Gegensatze zu bloßen Restitutionen oder Rescissionen s. l. 1 §. 1. §. 2 D. sc. Maced. 14, 6. — [Nach Wendt a. a. O. S. 95 (s. auch S. 96) kennt wer der Erfüllung nur declaratorische Bedeutung zuschreibt nicht mehr „eine eigentliche Rückwirkung"; s. auch Schulin, Resolutivbed. S. 32 al. 1. Vgl. indessen auch oben bei Anm. 22.]

wahrhaft bedingtes Geſchäft vor (§. 539); da würde der Welt, die zuvor davon wüßte, die Exiſtenz des Geſchäftes nicht erſt durch ein künftiges Ereigniß kund, und auch für den Handelnden ſelbſt entſpränge die Gewißheit nicht aus einem Ereigniſſe, ſondern blos aus der Botſchaft oder Belehrung über ein Ereigniß. Wäre dagegen zwar an und für ſich gewiß, ob der bedingende Umſtand eintritt oder nicht, jedoch dieſe Gewißheit über alle menſchliche Wiſſenſchaft und Vorausſicht erhaben, ſo läge gleichfalls ein wahrhaft bedingtes Geſchäft vor; denn erſt das wirkliche, in unſere leiblichen Sinne fallende Ereigniß brächte die Gewißheit über ſeine Exiſtenz. Nicht göttliches, nur menſchliches Wiſſen kommt bei der Bedingung in Frage[50]; daß ihr Entſcheid aber wenigſtens über alles menſchliche Wiſſen erhaben ſei, iſt für das incertum der Bedingung ſo weſentlich, wie für alle anderen ex postfacto ſich entſcheidenden Exiſtenzfragen[51], und eben dadurch, daß ex postfacto gewiß werden ſoll, was vorher ungewiß war, nothwendig gegeben. Wer das Gegentheil lehrt, vermeinend, daß die bloße Ungewißheit des Handelnden genüge, verflacht das Weſen der Bedingung. Daß etwas exiſtiren könne, ohne daß und bevor wir etwas davon wiſſen, iſt eine gemeine Wahrheit, und leicht faßlich, wenn das Exiſtirende von der Art iſt, daß lediglich unſere Erfahrung dazu gehört, um ſeiner inne zu werden. Auf eine ſolche blos ſubjective Ungewißheit geſtellt, macht freilich die Retrotraction keine Schwierigkeit. Ganz anders, wenn das ſchon jetzt ſein ſollende von der Art iſt, daß es nicht ohne ein annoch ungewiſſes künftiges Ereigniß ſein kann; das iſt von eigenthümlicher, auf der zwar nicht ſchwierigen, aber doch minder geläufigen Unterſcheidung des Nichtvor- und des Nichtohneſeinkönnens beruhenden Art[52]. — —

---

50) l. 28 §. 5 D. jud. 5, 1 — nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, cum futura utique fierent, sed nostram inscientiam aspici oportere. l. 38 D. r. cr. 12, 1.

51) §. 537 — vgl. Scheurl in der M. krit. Ueberſchau V S. 26 in med.

52) Es muß abermals auffallen, daß gerade Fitting an der Verwiſchung dieſes Wahrzeichens der echten Bedingung arbeitet: Arch. f. civ. Pr. Bd. 39 S. 309 Nr. 5—25; doch hat er bereits in ſeiner erſten Schrift

Wollte man diese zuletzt betrachtete Seite des bedingten Geschäftes: daß es von den erst durch ein späteres Ereigniß sich aufklärenden Ungewißheiten eine ist, — in den Vordergrund stellen, und, der Vergleichung mit anderen ähnlichen Ungewißheiten (§. 537) vorgreifend hervorheben, daß sie durch autonome Beliebung der Handelnden gesetzt wird, so könnte man die bedingten Geschäfte auch definiren als diejenigen, deren Sein oder Nichtsein durch eigene Bestimmung der Handelnden ins Ungewisse gestellt ist. — — —

Auf die am Schlusse des §. 535 gestellte Frage ergibt sich nach all dem, 1. daß ein Geschäft in Ansehung des Willens irgendwie unfertig, und doch schon von rechtlicher Bedeutung sein kann; denn das bedingte Geschäft ist nicht null (§. 542); 2. daß aber diese Unfertigkeit des Willens nicht in einem Mangel innerer Vollendung, sondern in einem Mangel äußerer Gewißheit liegt, ob der Fall auf den hin gewollt ist, auch wirklich eintrete, und ob demnach der Wille blos im Gedanken an diesen Fall oder reell da sei; daß ein Geschäft da, wo der Wille des Handelnden mit sich selbst noch nicht im Reinen ist, von irgend

---

(„Begriff der Rückziehung") den Leser gerade darüber im Unklaren gelassen, ob das incertum, unter welches er die Bedingung subsumirt, ein an sich, menschlich, oder nur zufällig Ungewisses sei: vgl. Scheurl (vorige Anm.) S. 25 fg. S. 33 fg. [und Enneccerus, Suspensivbedingung S. 88—122. Wiederum für Fitting: Bechmann, Kauf II S. 213 Anm., obwohl derselbe S. 397 mit Bezug auf die conditiones in praesens collatae ausspricht: „die rechtliche Sanktion findet hier einen fertigen Thatbestand vor; unfertig, zugleich aber auch gleichgiltig, ist nur die subjective Gewißheit", und auf l. 120 D. v. o. 45, 1 verweist, wo Papinian sagt „non facit condicionem haec adiectio etc.". Vgl. oben Anm. 5 g. Ende. — Schulin, Resolutivbedingungen S. 6 erklärt zwar den Unterschied der auf der Zukünftigkeit beruhenden und aller übrigen Ungewißheit für „nicht principiell" und für „unbedeutend", muß aber S. 7 Anm. 3 anerkennen, daß mehrere wichtige Rechtsätze von der condicio in praesens und von der in praeteritum relata nicht gelten, und sogar die Regel aufstellen, daß die für die condiciones in futurum relatae ausgebildeten „positiv-rechtlichen Sätze" „nicht ohne Weiteres auch auf condd. in praes. vel praeter. relatae, auf die sie meistens gar nicht passen, anzuwenden" sind. Solches kann nur auf einem principiellen Unterschied beruhen. Aehnliche Antinomie bei Adickes, z. Lehre v. d. Bedingungen S. 12. 13. Vgl. unten §. 539 Anm. 3, Jhering, Geist des r. Rechts III Anm. 208; man spricht wohl auch, z. B. Bekker, Syst. §. 117 II, wo es an der Ungewißheit fehlt, von „Scheinbedingungen (= Nichtbedingungen)"; zu denselben zählt Baron §. 57 auch die stillschweigenden. Vgl. unten §. 41 Anm. 8.

einer rechtlichen Bedeutung ſein könne, läßt ſich aus dem bedingten Geſchäfte nicht darthun (vgl. §. 535 a. E.).

Uebrigens iſt auch dieſe blos äußere Unfertigkeit nicht in allen Geſchäften zuläſſig [53]). Gründe dieſer Unzuläſſigkeit ſind eingehend von Fitting entwickelt worden [54]). Doch dürfte die Frage, ob es für dieſelbe ſtatt der Gründe nicht einen Grund gibt [55]), und ob was uns jetzt als Ausnahme erſcheint [56]), nicht einſt die Regel, und äußere Unfertigkeit den Geſchäften ſo hinderlich war als die innere, noch immer nicht müßig ſein [57]). — —

Unter den „conditionalia negotia“ ſind von einem Theil der römiſchen Juriſten auch unſere ſ. g. reſolutiv bedingten Ge-

53) l. 77 D. r. j. 50, 17: Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem —; dazu fr. Vat. §. 329: sub conditione cognitor non recte datur [im Gegenſatz zum procurator: l. 3 D. proc. 3, 3], non magis quam mancipatur aut acceptum vel expensum fertur —; ferner l. 8 D. auctor. et cons. 26, 8 [(hiezu Wendt, bed. Rechtsgeſchäft S. 23), l. 4 D. accept. 46, 4] und in Betreff der tutoris datio oben Bd. III §. 506 Anm. 5 u. 14; endlich l. 4 pr. D. serv. 8, 1 (Bd. I §. 198 Anm. 36. 37) und dazu fr. Vat. §. 50 [nebſt Enneccerus, Suspenſivbed. S. 61—83. Czyhlarz, Reſolutivbed. S. 14 Anm. 14. Vgl. auch Bd. II §. 325a Anm. 3, l. 35 D. jud. 5, 1. l. 1 §. 5 D. quando appell. 49, 4, außerdem Bd. III §. 405 Anm. 17 und Nr. 2, §. 378 Anm. 9 Nr. 3 und Anm. 16. — Zu l. 77 D. r. j. cit., nämlich daß ſie nicht von allen actus legitimi, ſondern nur von denen ſpreche, welche non recipiunt etc.: Ad. Schmidt, z. L. v. d. Wirkung d. Rechtsgeſchäfte (1888) S. 17 Anm. 19, ſ. ferner hier oben S. 8 unten.] Ob auch uneigentliche Bedingungen bei jenen actus legitimi unzuläſſig ſeien? Das Argument dafür liegt in l. 77 cit. ſelbſt vv. nonnumquam tamen etc.: wird ausdrücklich acceptilirt „wenn die Bedingung der obligatio eingetreten“, ſo iſt die acceptilatio nichtig [vgl. l. 12 D. accept. 46, 4, l. 16 D. sol. 46, 3]; aber direkter in l. 51 §. 2 D. a. v. o. h. 29, 2: Sed et si quis ita dixerit: „si solvendo hereditas est, adeo hereditatem“, nulla aditio est. (Bd. III §. 394 Anm. 24). Fitting (ſ. folg. Anm.) S. 311. 339 fg., ſebenſo Enneccerus a. a. O. S. 7. 8, unten §. 538 Anm. 5. Jedoch ſ. auch Dernburg I §. 105 Anm. 12. — Ueber die Zuläſſigkeit von Reſolutivbedingungen bei letztwilligen Verfügungen: Bd. III §. 372 Anm. 9. 53, §. 425 Anm. 25. 26 a. E. Eiſele, Jher. Jahrb. Bd. 23 S. 132 fg.]

54) Ueber den Begriff der Bedingung im Arch. f. civ. Pr. Bd. 39 S. 342 Nr. 32—34 [und mit der größten Ausführlichkeit von Enneccerus a. a. O. S. 9—56, welchem in mehreren Punkten opponirt Hölder, M. Vierteljahresſchr. Bd. 16 S. 237, im Weſentlichen beiſtimmt Bechmann, Kauf I S. 237 fg.]

55) vgl. z. B. Jhering, Geiſt des r. Rechts Bd. II 2. Abth. S. 573. 574 (der 2. Aufl.) [und Bd. III Anm. 208—211.]

56) z. B. Sintenis, Civilr. §. 20 II.

57) unten §. 550 Anm. 10.

schäfte begriffen worden, während diese nach der recipirten Ansicht zwar in einer gewissen Beziehung noch immer bedingt, den bedingten Geschäften (conditionalibus negotiis) dagegen [58]) entgegengesetzt sind (§. 540). In Wahrheit jedoch sind, wenn wir nicht irren, auch sie schlechthin bedingte Geschäfte, nur daß sie auf den gewissen ungewissen Fall hin statt gewollt, nicht gewollt sind. Beiderlei Formen und Arten der Bedingung ins Auge gefaßt, und den Beweis, daß die resolutiv bedingten Geschäfte auf den gewissen Fall hin schlechthin, mithin auch für jetzt nicht gewollt sind, vorausgesetzt (§. 545), wären bedingte Geschäfte alle diejenigen, welche kraft eigener Bestimmung des Handelnden nur auf einen gewissen annoch ungewissen Fall, allein auf diesen Fall hin schon jetzt und für jetzt gewollt oder nicht gewollt, so denn eintretenden Falles auch von allem Anfang an existent oder nicht existent (giltig oder ungiltig) sind — oder deren Sein oder Nichtsein durch eigene Bestimmung des Handelnden ins Ungewisse gestellt ist.

§. 537.

Distinction.

1. Das bedingte Geschäft ist nur eine von den Erscheinungen, bei welchen zunächst eine Unfertigkeit im Sinne der äußeren Unentschiedenheit juristischer Thatsachen (ein dubium, incertum, Pendenz) vorliegt, durch ein späteres Ereigniß oder Nichtereigniß aber sich herausstellt, was von Anfang an gewesen sei [1]).

58) welche nun als suspensiv bedingte bezeichnet werden, während sie vordem antithetisch richtiger „inductive" hießen — J. B. Costa l. cit. [S. auch Scheurl, Nebenbestimmungen S. 112/3, welcher u. A. bemerkt, daß auch die Resolutivbedingung suspendire — jedoch s. unten §. 540 Anm. 5. 6.]

1) Quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex postfacto retroducitur et apparet, quid actum est —: l. 15 (16) D. reb. dub. 34, 5. — et utique cuius fuerit, eventus declaret, sitque et hoc ex his quae post factis in praeteritum quid fuerint, declarent: l. 98 §. 3 D. solut. 46, 3. — mansisse fructus ius integrum ex post facto apparuit: l. 57 pr. D. usufr. 7, 1. — ex post facto respondemus retro liberum fuisse: l. 7 D. manum. test. 40, 4. — in pendenti habendum — posterior solutio comprobabit, priora quinque utrum debita an indebita solverentur: l. 26 §. 13 D. cond. ind. 12, 6. S. auch unten §. 583 am Anf. Uebereinstimmend mit diesem allgemeinen Wesen der blos vorläufigen Unentschiedenheit (Ungewißheit) heißt es speciell in Fällen der Be-

Der Bedingung dieſen weiteren Horizont zurückgegeben zu haben, iſt Fittings Verdienſt (Rückziehung, Einleitung). In einem noch weiteren Rahmen von Fällen aber läßt ſie der von Fitting a. a. O. S. 2 Anm. 1 vermißte tractatus von J. B. Costa (ſ. oben §. 536 Anm. 43) erſcheinen; wir beſchränken uns jedoch, von dieſen weiteren Fällen nur die von Fitting §§. 7—16 ausgeführten zu nennen und zu charakteriſiren. Es ſind das

a. Fälle, in denen da, wo von Natur aus fertige Thatſachen vorlagen, erſt durch Recht und Geſetz ein Zuſtand der Unentſchiedenheit, oder Eventualitäten (Suspenſiveffecte, Pendenzen) aufgeſtellt wurden. Hieher gehört vor allem

α. das jus postliminii; es verwandelte das Faktum der capitis deminutio durch Kriegsgefangenſchaft[2]) in eine Frage, deren Beantwortung von dem Falle der Heimkehr abhing[3]), ferner

---

dingtheit z. B. l. 12 D. acceptil. 46, 4: — ita id factum apparebit, si conditio ... extiterit. cf. l. 36 D. r. cr. 12, 1. [In dieſen und ähnlichen (Anm. 7. 11) Wendungen erblickt Bekker, Syſt. II S. 307 „irreleitende Darſtellungen".]

2) [Nach Voigt, XII Tafeln I S. 285 Anm. 19 ſchloſſen cap. dem. magna und postliminium einander aus. S. auch Anm. 4.]

3) l. 12 §. 1 D. capt. 49, 15: — quos in potestate habuit in incerto sunt, utrum sui iuris facti, an adhuc pro filiis familiarum computentur; nam defuncto illo apud hostes, ex quo captus est, patresfamiliarum, reverso, numquam non in potestate eius fuisse credentur. Ideo et de his quae medio tempore adquirunt —. l. 16 eod.: Retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit. l. 22 §. 2 eod.: — status hominum, quorum patres in hostium potestate sunt, in pendenti est —; aber nach der Rückkehr existimatur nunquam suae potestatis fuisse, nach dem Tode vor der Rückkehr tunc paterfamilias fuisse, cum pater eius in hostium potestate perveniret (wogegen Amann, Pandektenkritik S. 147 oben, der eine Verwechslung des Zeitpunkts der Entſcheidung mit dem des Seins zu verſchulden ſcheint, arg. „erſt von dem ſeines Todes an sui juris werden" (S. 146 unten); bei Gai. I, 129 iſt die Retrotractionsfrage als zweifelhaft hingeſtellt und unentſchieden gelaſſen. §. 5 J. quib. mod. jus pot. solv. 1, 12. Paul. r. s. II, 25 §. 1. l. 1 §. 1. §. 2 D. ad sc. Maced. 14, 6 [(Bd. II §. 297 Anm. 26). l. 6 §. 4 D. tut. 26, 1. Bd. III §. 394 Anm. 27. §. 506 Anm. 19. Wider die röm. Auffaſſung des Verhältniſſes Jhering in ſ. Jahrb. X S. 402, ſ. auch S. 418. 420. 425 fg. Gegen die von Bechmann, das jus postliminii S. 15 fg. für das ältere Recht angenommene „zwar rohere aber einfachere Behandlungsweiſe" — keine Pendenz während der Gefangenſchaft des Hausvaters — ſ. Brinz in der M. Vierteljahresſchr. Bd. 16 S. 117—120.]

β. die lex Cornelia, welche durch Aufstellung der Fiction, daß der in der Gefangenschaft Verstorbene im Augenblick der Gefangennehmung gestorben sei, die capitis deminutio aus Kriegsgefangenschaft gänzlich beseitigte [4]), und an die Stelle des alten incertum, ob der Gefangene capite deminutus, die Frage setzte, ob er noch lebendig (heimkehrsfähig) oder todt sei, und für den Fall, da der Gefangene daheim testirt hatte, die Unsicherheiten noch vermehrte [5]);

γ. die wahrscheinlich kaiserliche Satzung, daß das peculium castrense vom väterlichen Vermögen niemals ausgeschieden gewesen sein soll, wenn der Sohn ohne Testament verstirbt [6]), so denn z. B. auch in pendenti ist, ob recte gezahlt sei, wenn der Vater seine Gläubiger aus dem peculium castrense seines Sohnes zahlt [7]), eine Satzung, welche von der

4) [Oben bei Anm. 2; hingegen spricht nach Voigt a. a. O. S. 287 fg. „das ältere röm. Recht nicht den Satz aus, daß ... der bei dem Feinde kriegsgefangene röm. Bürger cap. dem. magna erleide und insbesondere Sclave des Feindes werde".]

5) l. 18 D. capt. 49, 15: In omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est. l. 12 §. 1 eod. — si forte alii vel in totum (his exheredatis testamento) vel in partem instituti sunt heredes, utrum in hereditate captivi, quae lege Cornelia inducitur, an propria ipsorum sint. [In einem Handexemplar hat der Verf. die Worte „und für den Fall ... noch vermehrte" durchgestrichen und ersetzt durch die Worte: „und dadurch die Möglichkeit schuf, daß der Gefangene wiewohl in der Gefangenschaft doch testatus verstarb". Allein diese Möglichkeit ist schon gegeben mit der ersterwähnten Fiction, „daß der in der Gefangenschaft Verstorbene im Augenblick der Gefangennehmung gestorben sei".]

6) l. 9 D. castr. pec. 49, 17: — cum nihil de peculio decernit filius, non nunc obvenisse patri, sed non esse ab eo profectum creditur —. l. 44 pr. D. leg. I: — retro creditur pater dominium in servo peculiari habuisse. [Bd. III §. 427 Anm. 48a; an der daselbst cit. Stelle von Windscheid l. Verhältniß st. Vermächtniß]. l. 1 §. 22 D. collat. 37, 6: — non enim nunc adquiritur, sed non adimitur —. l. 18 pr. D. ad l. Falc. 35, 2. l. 14 §. 1. l. 19 §. 3 D. castr. pec. 49, 17: — postliminii cuiusdam similitudine pater antiquo iure habeat peculium, retroque videatur habuisse rerum dominia —. [Vgl. Bd. III §. 462 Anm. 24 fg. Die Annahme, daß das pec. castr. bei Lebzeiten des Sohnes im Zustand der Schwebe sei, ist nun von Fitting, Castr. Peculium S. 336 (vgl. S. 333/4) aufgegeben und wird auch von Wächter, Schwebendes Eigenthum §. 8 und Pand. I S. 345 Anm. 3 bekämpft, welcher nur „in manchen Fällen eine eigenthümliche Rückwirkung", Pendenz hingegen nur im Fall der ruhenden testamentarischen Erbschaft des Sohnes (z. B. l. 14 §. 1 cit.) gelten läßt.]

7) l. 98 §. 3 D. solut. 46, 3 vgl. das ius pristinum in l. 14 D. castr. pec. 49, 17.

Jurisprudenz auf den Fall, da das Teſtament deſtitut wird, ausgedehnt iſt [8]). —

b. Nicht mehr künſtliches Product, ſondern nothwendige Folge des Rechts iſt die Pendenz

α. beim Vindicationslegat. Denn mag auch der Erwerb des unbedingten Vindicationslegates mit dem Erbſchaftserwerb von ſelbſt erfolgen — gemäß der recipirten ſabinianiſchen Anſicht [9]) — ſo iſt doch der Beſtand jenes Erwerbs ſo lange im Ungewiſſen („in suspenso", nämlich der Aufhebung ex tunc ausgeſetzt), als weder eine Ausſchlagung noch eine die Möglichkeit der Ausſchlagung beſeitigende Annahme erklärt worden iſt [10]);

β. beim Eigenthum, das ein servus fructuarius gekauft, ſo lange noch unentſchieden iſt, aus weſſen Geld er zahlt, ob aus dem des Proprietars oder Fructuars; des einen oder des anderen aber muß es ſein, und zwar von Anfang an [11]);

8) l. 9 vers. fin. D. castr. pec. 49, 17 cit. l. 33 pr. D. a. r. d. 41, 1. l. 1 §. 22 D. coll. 37, 6 cit.

9) Gai. II, 195 cf. 200. — [An der entſprechenden Stelle der vorigen Aufl. S. 1455 iſt die Anſicht des Proculus als recipirt bezeichnet, im Widerſpruch mit S. 954 al. Dieſer Widerſpruch iſt vom Verf. in einem Handexemplar notirt worden; daſelbſt wird auf die Behandlung der alten, unter uns erneuerten Streitfrage durch Arndts in Glücks Commentar Bd. 48 S. 266 fg. verwieſen (worüber Brinz, M. Vierteljahresſchr. Bd. 21 S. 8).] Desgleichen iſt die Controverſe über das Recht an der bedingt per vind. vermachten Sache pendente cond. in ſabinianiſchem Sinn entſchieden: Arndts l. c. S. 334 [und aus neuerer Zeit Ryck, Schuldverhältniſſe S. 167—170. — In Bd. III S. 414—416 tritt der Verf. für die ſabinianiſche Anſicht als die recipirte ein und weicht auch in der Auffaſſung der proculianiſchen von der erſten Auflage ab. Gegenüber der dortigen Erörterung hat ſich der ganze unter b, α ſtehende Paſſus der vorigen Aufl. nicht beibehalten laſſen und iſt an der Hand wie im Sinn jener Erörterung vom Herausgeber erſetzt worden.]

10) [Hiegegen Wächter a. a. O. §. 9 und Pand. I S. 341/2. — Czyhlarz, Reſolutivbedingung S. 99. 100 ſieht in der Repudiation eines Vermächtniſſes die Erfüllung einer reſolutiven condicio iuris.]

11) l. 43 §. 2 D. a. r. d. 41, 1. l. 25 §. 1. l. 12 §. 5 D. usufr. 7, 1. l. 43 §. 10 D. aed. ed. 21, 1. l. 18 §. 3 D. stip. serv. 45, 3. [Jhering in ſ. Jahrb. X S. 474. 475. Wächter, Schwebendes Eigenthum §. 4, wo jedoch der Ausdruck „die Sache gehöre weder dem Herrn des Sklaven noch dem Nießbraucher" nicht der obigen Auffaſſung und nicht gut der der Quellen entſpricht. Gleiches gilt von Bekker, Syſt. I §. 35 Beil. I. d („das fragliche Eigenthum ſteht alſo in der That Niemand zu") vgl. §. 114 Beil. II B. S. auch noch Kuntze, der servus fructuarius S. 36. 37 u. S. 65 fg. (Vergleichung mit der Bedingung), Enneccerus,

γ. beim Eigenthum an den Jungen der Heerde, so lange noch ungewiß ist, ob sie fructus oder Ersatz sind [12]);

δ. beim Eigenthum der Nießbrauchssache, das der Usufructuar durch ein Vindicationslegat empfängt, während über dem Testament eine querela inofficiosi schwebt; es ist ungewiß, ob er noch Usufructuar oder Eigenthümer sei [13]);

ε. allem Anschein nach auch bei der dominii impetratio [14]), binnen der Einlösungsfrist [15]);

η. ein incertum ist wohl auch beim statuliber vorhanden, wenn er es vi ipsa (nicht condicione expressa) ist [16]).

In allen diesen Fällen beruht die äußere Unfertigkeit oder Unentschiedenheit des Zustandes auf Recht und Gesetz, in den bedingten Geschäften dagegen auf dem autonomen Willen des Handelnden.

§. 538.

Fortsetzung.

2. Bedingt in einem weiteren Sinne des Wortes darf man Geschäfte nennen, deren Existenz gleichfalls von einem künftigen,

---

Rechtsgeschäft S. 251—257 und vornehmlich Salkowski, Sclavenerwerb S. 199—214.]

12) l. 70 §. 1 — pendere eorum dominium — §. 2. l. 12 §. 5 D. usufr. 7, 1. [Bd. I §. 145 Anm. 46. Brinz, M. Vierteljahresschr. Bd. 15 S. 273: „die Pendenz ist hier ... lediglich ein incertum, ob dieser oder jener Zustand sei; vor seinem Entscheide läßt sich nur sagen, daß entweder der dominus, oder der Usufructuar das Eigenthum habe; nach seinem Entscheide läßt sich nur sagen, daß es der eine oder andere niemals oder von Anfang und zwar ganz und gar nicht hatte oder hatte". Wächter a. a. O. §. 5 vgl. §. 6 und mit aller Ausführlichkeit Czyhlarz in Glücks Commentar Bücher 41 u. 42 Bd. I S. 442—450.]

13) [und wenn Testament und Legat dahin fallen:] mansisse fructus ius integrum ex post facto apparuit — l. 57 pr. D. usufr. 7, 1. [S. jedoch Adickes, Bedingungen S. 118.

14) Bd. II §. 353 Anm. 22. 24. Bd. I §. 152 Anm. 13.

15) l. 63 §. 4 D. a. r. d. 41, 1: — intra constitutum luendi tempus pignoris causa vertitur —. [S. dagegen Wächter, Schwebendes Eigenthum S. 24—34, Adickes, Bedingungen S. 118.]

16) l. 1 §. 1 D. statulib. 40, 7 [das Wort vi ipsa auch in l. 1 pr. D. h. t. 35, 1]. Allein ist es incertum auch mit der Wirkung ex tunc? l. 3 §. 1 eod. — si paruit (conditioni), statim liber est, etiam invito herede. [Vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 409. 410. Weitere Fälle von Pendenz s. Bd. II §. 233 Anm. 27. §. 235 Anm. 25.] Bd. III §. 471 Anm. 39. [Vgl. auch Bd. III §. 400 Anm. 8. Bd. I §. 143 Anm. 38. Bd. II §. 300 Anm. 9. §. 321 Anm. 28.]

ungewiſſen Ereigniß abhängt, welche aber dieſe ihre Eventualität nicht erſt aus dem Willen oder ausdrücklichen Wollen des Handelnden ableiten [1]), ſondern ſtillſchweigend, und auf Grund des Rechtes, deſſen das Geſchäft iſt (§. 522 Anm. 8), in ſich tragen. Die hier vorkommende Bedingung heißt darum einmal conditio tacita [2]), pflegt nicht ausgedrückt zu werden, und

1) [Für dieſes negative Merkmal auch Eiſele, Ueber die condiciones iuris (Arch. f. civ. Pr. Bd. 54 S. 112 Anm. 6). Vgl. unten §. 550 Anm. 1. Allein es darf gefragt werden, ob ausdrückliches Wollen und Wille hier dermaßen gleichbedeutend ſind, daß Bedingtheit im e. und eigentlichen S. aus dem ſtillſchweigenden Wollen des Handelnden nicht herkommen könne. Zwar äußert Brinz, M. Vierteljahresſchr. Bd. 15 S. 274: „ſo möchten wir die Möglichkeit, conditiones facti ſtillſchweigend zu ſetzen, nicht gerne ... zugeben", und zählt §. 550 die conditio zu den „Nebenbeſtimmungen", von welchen es §. 548 bei Anm. 1 heißt, daß ſie gegen den naturalen Geſchäftsinhalt „ausdrücklich" gerichtet ſeien. Immerhin läßt die Definition in §. 536 (S. 97. 112 „kraft eigener Beſtimmung des Handelnden") auch der ſtillſchweigenden Beſtimmung Raum, ferner ſcheint was nach §. 564 Nr. 2 beim ganzen Geſchäft möglich iſt, die Wortloſigkeit und Erſchließung, auch vom zuſätzlichen Stück gelten zu können, und endlich hat ſich der Verf. ſelber in einem Handexemplar bei einer andern Stelle gefragt: „kann cond. facti ſtillſchweigend da ſein? cf. l. 10 §. 4. §. 5 D. j. d. 23, 3 (conditionalis venditio)". Nur ſcheint uns gerade in l. 10 §. 4. §. 5 cit. das bedingte Geſchäft die Eventualität „auf Grund des Rechtes in ſich zu tragen", die Bedingung „si matrimonium fuerit secutum" bei der vorehelichen Aeſtimation „von genereller Nothwendigkeit" (ſ. Text nach Anm. 6), daher auch nicht derogirbar und vielmehr iuris als facti condicio zu ſein. Solche ſtillſchweigende facti condicio haben wir dafür in Bd. III §. 427 S. 406 in med., ſowie in Anm. 13 vgl. 17 und unten §. 553 Anm. 6—10; daß das Recht die Bedingung als vorhanden vermuthet, macht allein ſie nicht zur cond. iuris. S. ferner Bd. III §. 429 Anm. 27—29 und z. B. noch l. 54 §. 1 D. loc. 19, 2. l. 4 §. 3 D. pact. 2, 14. l. 126 §. 2 in f. D. v. o. 45, 1. Die Bedingung „si debetur" bei Forderungs-, Befreiungs- und Schuldvermächtniß gehört zwar inſofern hierher als ſie „nur rechtliche Vermuthung" iſt (Bd. III §. 415 Anm. 61. 63), jedoch fällt ſie als in praesens relata unter die uneigentlichen Bedingungen. Allgemein wird die „ſtillſchweigend erklärte Bed." (cond. tacite adiecta) anerkannt und belegt z. B. von Arndts §. 66 Anm. 9, Ennecceruſ, Suspenſivbed. S. 130 Anm. 198 vgl. Ryck, Schuldverhältniſſe S. 185 Anm. 2, Vetter, Syſt. §. 115 Not. g, Wächter I S. 368. Ausgedehnter Gebrauch von der ſtillſchweigend geſetzten Bedingung (allerdings der in praesens relata) wird durch manche Neuere in der Lehre vom Irrthum gemacht, ſ. namentlich Zitelmann, Irrtum S. 451. 500, Leonhard, Irrthum §. 13 (vgl. Lotmar, M. Vierteljahresſchr. Bd. 25 S. 426 fg.), und gewiſſermaßen Bechmann, Kauf II S. 450 fg. 397, Pferſche, Irrthumslehre S. 250. Näheres oben §. 527 Anm. 29 u. 18.]

2) — quae tacite inest — l. 99 D. h. t. 35, 1. l. 21. l. 68 D. j. d. 23, 3: [Bd. III §. 472 Anm. 7 vgl. §. 490 Anm. 30. S. ferner Bd. II S. 16. §. 255 zu Anm. 21. §. 243 Anm. 6. 10. §. 325a Anm. 29. §. 331 Anm. 7. §. 296 Anm. 28. §. 298 Anm. 12. 13. §. 308 nach

wird dadurch allein, daß sie ausgedrückt wird, noch nicht zur eigentlichen Bedingung[3]); kann aber in der Absicht, um zugleich als eigentliche Bedingung zu gelten und zu wirken, (den dies cedens hinauszuschieben) ausgesprochen sein[4]); darf nicht ausgesprochen werden bei Geschäften, die keine eigentliche Bedingung zulassen (§. 536 Anm. 53), gleichviel ob sie zugleich eigentliche Bedingung oder eben nur zum Ueberfluß ausgesprochen sein wollte, und vernichtet demnach, wenn ausgesprochen, ein solches Geschäft, während sie doch unausgesprochen in und mit demselben besteht[5]); — ein andermal juris con-

---

Anm. 1. §. 307 Anm. 7 u. S. 556 al. 1 u. 2. §. 313 S. 585 unten. S. 587 al. 1. §. 314 Anm. 10 S. 590. §. 317 Anm. 18. §. 354 S. 873 Z. 4, vgl. auch noch §. 282a Anm. 16 und l. 116 D. v. o. 45, 1.]

3) l. 3 D. leg. I. [l. 7 §. 5 D. quando dies 36, 2. cf. l. 21 §. 1. l. 22 §. 1 eod. l. 1 §. 20 D. ut legatorum 36, 3. Brinz, M. Vierteljahresschr. Bd. 15 S. 274 „— so möchten wir die Möglichkeit conditiones juris, die sich als wesentliche Bestandtheile des Geschäfts darstellen ... zu conditiones facti zu erheben, gar nicht zugeben"; ebenso in einem Falle unten §. 583 am Anf. Ein Handexemplar bietet die Marginalnote: „Ist es überhaupt möglich, conditionem juris in conditionem facti zu verwandeln? man möchte u. a. l. 8 pr. D. c. e. 18, 1 citiren; aber das ist nicht facti cond. — (Anm. 9); s. aber die Bedingung „si (res) facta debitoris fuerit" bei der Verpfändung": Bd. II §. 354 Anm. 7. 19. §. 352 Anm. 6. S. auch die folg. Anm. 5 und l. 65 §. 1 D. leg. I. l. 69 D. h. t. 35, 1. l. 12 D. cond. inst. 28, 7 und dazu Sintenis, Civilr. I §. 20 Anm. 6, auch Cohen, Schenkung v. Todesw. §. 17 a. E.]

4) Fitting, Arch. f. civ. Pr. Bd. 39 S. 312: l. 19 §. 1 D. h. t. 35, 1. Mühlenbruch in Glücks Comment. Bd. 41 S. 69, b, [Eisele, Arch. f. civ. Pr. Bd. 54 S. 128. 129. Gegen Fitting s. Windscheid §. 87 Anm. 8 a. E. und dort Agff.]

5) l. 77 D. r. j. 50, 17 (oben §. 536 Anm. 53). l. 195 eod.: expressa nocent, non expressa non nocent. l. 52. [l. 47] D. h. t. 35, 1. l. 69 (68) D. her. inst. 28, 5. [Wie die acceptilatio einer bedingten Schuld (l. 77 cit. l. 16 D. sol. 46, 3. l. 12 D. acc. 46, 4), so sind auch die Novirung und die Constituirung einer bedingten Schuld (l. 8 §. 1. l. 14 §. 1 D. nov. 46, 2. l. 19 pr. D. pec. const. 13, 5, nicht auch die Fidejubirung: l. 8 §. 7. l. 16 §. 2 D. fidej. 46, 1) stillschweigend (besser: folgeweise) bedingt (Bd. II §. 257 Anm. 28. §. 282 Anm. 10). Nur trägt man Bedenken von iuris condicio zu reden, da es an der „generellen Nothwendigkeit" (hinter Anm. 6) fehlt; denn si navis ex Asia venerit (vgl. l. 19 pr. cit. „eadem condicione suspenditur" und l. 77 cit.) ist keine Bedingung dieser Geschäftsarten. S. jedoch unten §. 587, I 2a. Eisele, Arch. f. civ. Pr. Bd. 54 S. 122—24 sieht, anders als l. 19 cit., die (factisch bedingte) Entstehung der Obligatio als cond. iuris der acceptilatio, Pfandbestellung und Novation an. Vgl. unten Anm. 11. Ennecerus, Rechtsgeschäft S. 565 fg. stellt gegen die gemeine Meinung in Abrede, daß „die Novationsstipulation für eine bedingte Schuld stillschweigend die Bedingung der alten Schuld in sich aufnehme, also selbst bedingt sei".]

ditio etc.[6]), iſt als ſolche von genereller Nothwendigkeit, und auch dadurch im Gegenſatze zu der eigentlichen Bedingung, welche, weil dem jeweiligen Willen des Einzelnen entſtammend, von faktiſcher Zufälligkeit, und darum auch als facti conditio der juris conditio entgegengeſetzt iſt[7]). Zu wiſſen, daß erfüllt ſei, wie mitunter bei der eigentlichen conditio (Bd. III §. 394 Anm. 22), iſt hier für den Erwerber niemals nothwendig.

Die juris conditio fällt ſelbſt wieder unter den allgemeineren Begriff der weſentlichen Erforderniſſe eines Geſchäftes. Allein während dieſe zum Theil von Anfang an da ſein müſſen (§. 587), wenn das Geſchäft nicht nichtig, oder ein anderes als das gewollte da ſein ſoll[8]), ſind andere von der Art, daß ſie noch nachträglich (wie z. B. die Ehe bei der dotis constitutio), oder nur nachträglich (wie z. B. Tod des Teſtators, Ueberleben und Antritt des Honorirten bei Teſtament und Vermächtniß) in Erfüllung gehen dürfen oder können, um eben deswillen den Namen und das Ausſehen von Bedingungen haben, und das Geſchäft bis zur Entſcheidung in Schwebe erhalten[9]).

So liegt denn auch bei dieſem uneigentlich bedingten Ge-

6) l. 21 D. h. t. 35, 1: [Bd. III §. 394 Anm. 22 und zur Kritik der l. 21 cit. Enneccerus, Suspenſivbed. S. 123. 124. Das Beiſpiel der Stelle entſpricht nicht der obigen Definition der cond. iuris, da es nicht die Exiſtenz der hered. aditio von einem künftigen, ungewiſſen Ereigniß abhängig zeigt.] — l. 43 §. 10 D. aedil. ed. 21, 1. [In der letzteren Stelle iſt nicht die „Exiſtenz" des Kaufs abhängig, ſondern nur die Entſcheidung, Wer den Erwerb aus der Kaufſtradition macht (§. 537 Anm. 11). Auch der Definition von Eiſele a. a. O. S. 113 entſpricht „cond. iuris" in l. 43 cit. nicht. Enneccerus a. a. O. condiciones iuris im w. S. und im e. S. unterſcheidend rechnet zu jenen die Erforderniſſe eines Rechtsgeſchäfts überhaupt, zu dieſen nur die beim Abſchluß ungewiſſen, künftigen, Pendenz bewirkenden und identificirt nur dieſe mit den condd. quae tacite insunt. Andere Unterſcheidung bei Ryck, Schuldverhältniſſe S. 185.]

7) l. 21 cit. Vgl. oben S. 104 I. [Die von Adickes, Bedingungen S. 11. 12. 15 betonte „engſte Weſensverwandtſchaft", ja Weſensgleichheit von geſetzlichen und gewillkürten Bedingungen beſteht darin, daß beide rechtliche Wirkungen erzeugende Thatſachen ſind.]

8) [z. B. l. 19 D. qui testam. 28, 1. S. Köppen, Iher. Jahrb. XI S. 148 fg.]

9) z. B. l. 9 §. 1 D. j. d. 23, 3 — pendet donatio in diem nuptiarum —; [Bd. I §. 52 bei Anm. 7;] hieher auch l. 8 pr. D. c. e. 18, 1 über emtio rei speratae, wo wir doch wohl juris nicht facti conditionem haben, vgl. [Bd. II §. 325 Anm. 18. §. 245 Anm. 35. 36. — Ueberhaupt vgl. noch unten §. 587, 2, a.]

schäfte eine zuweilen objective Unentschiedenheit vor. Allein zum großen Unterschiede von den eigentlich bedingten ist hier nirgends im ungewissen, ob das Geschäft sei, sondern nur ob es sein werde; da kommt keine Retrotraction vor[10]); es concurrirt mit der vorläufigen Ungewißheit keine rückläufige Gewißheit; das Geschäft wird niemals so behandelt, als ob seine rechtlichen Erfordernisse von allem Anfang an erfüllt gewesen wären; jene Willensbestimmung, welche bei den eigentlich bedingten Geschäften platzgreift — daß nicht nur jetzt, sondern auch für jetzt gewollt ist — liegt hier weder nach dem Willen des Handelnden, noch nach dem des Rechtes vor. Das ist denn auch die gemeine Lehre[11]). Was aber die Bestätigung der gemeinen Ansicht anlangt, so bedarf das Gesagte

---

10) Zwar heißt es in l. 8 pr. cit. — ut ... iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur —: aber damit will keine Retrotraction, sondern nur Ueberflüssigkeit eines neuen Geschäfts ausgesprochen sein. (Vielleicht von hier aus in l. 9 §. 1 D. j. d. 23, 3 zu operiren). Vgl. unten §. 542 Anm. 17.

11) wie Fitting, Arch. f. civ. Pr. Bd. 39 S. 313 Anm. 22 bezeugt; daß Fitting selbst hierin nichts Besonderes finden will, hängt mit seiner Abneigung gegen die Uneigentlichkeit der uneigentlichen Bedingungen (a. a. O. S. 310 fg.) zusammen. — [Gerade im Gegentheil nehmen Eisele, Arch. f. civ. Pr. Bd. 50 S. 280. 281. 296—312. Bd. 54 S. 126 ff. und Wendt, bedingtes Forderungsrecht S. 22 für die condicio iuris „declarative, nicht constitutive Wirkung", also Rückwirkung oder Rückziehung in Anspruch, welche sie hingegen der facti cond. absprechen. Zu seinem abweichenden Ergebniß gelangt Eisele hauptsächlich daher daß er cond. iuris in einem viel weiteren und von der eigentlichen Bedingung weit abführenden Sinn nimmt. Denn erstens läßt er von seiner cond. iur. nicht blos die Existenz von Rechtsgeschäften abhängen, sondern z. B. auch den Status eines filiusf., die Fortdauer der p. p., den Erwerb der aquil. Klage und der furti actio, den Untergang der Servitut durch confusio u. s. w. Zweitens rechnet er zum „Dasein eines Rechtsverhältnisses", welches er von der cond. iur. abhängen läßt, auch die Entscheidung der Frage, für oder gegen welche Person das Rechtsverhältniß eintritt, wo dessen Dasein selbst keineswegs ungewiß ist — von Ryck, Schuldverhältnisse S. 133 f. g. subjective Pendenz. (Aus beiden Gründen findet man mehrere der in §. 537 angeführten Pendenzen unter seinen condiciones iuris; s. aber auch die obige Anm. 6). Drittens abstrahirt er von der „generellen Nothwendigkeit" der cond. iur. (oben nach Anm. 6 vgl. Anm. 5). Der größte Theil seiner Quellen enthält danach nicht condd. iur. im S. unseres Textes; auch l. 11 §. 1 D. qui pot. 20, 4 argumentirt augenscheinlich nicht mit Rückziehung der angeblich in ihr enthaltenen cond. iuris. Gegen Eisele auch Cohen, Schenkung v. Todesw. S. 62 und vornehmlich die Distinctionen bei Ryck, Schuldverhältnisse S. 185. — Dahingegen Enneccerus, Suspensivbed. S. 126—129 sucht darzuthun, daß die condd. iur. „je nach ihrem Inhalt bei dem-

a. für letztwillige Geſchäfte, in denen die juris conditiones ihren Hauptfundort haben, keines Beweiſes; denn eine Zurückdatirung ihrer Wirkung auf den Zeitpunkt ihrer Errichtung iſt undenkbar[12]). Rückbeziehungen, die hier ſonſt noch vorkommen, wie die der Erbeinſetzungen und des Vermächtniſſes auf die Zeit des Todes, ſind ſchon dadurch, daß ſie nicht auf den Zeitpunkt des Geſchäftes zurückgehen, von der Retrotraction der facti conditio weſentlich verſchieden. Ueberdies iſt ihr Grund ein ganz anderer, ſpecifiſch erbrechtlicher[13]). Aus derartigen eigenthümlichen Zurückziehungen auf eine Retrotraction, wie ſie bei der facti conditio vorkommt, zu ſchließen[14]), geht nicht an.

b. Kein ernſtliches Bedenken macht auch die dotis constitutio, trotzdem hier das Eigenthum und anderes Recht nicht ſelten ſofort, noch vor der Ehe, bewirkt wird[15]), das Geſchäft alſo, wenngleich die Ehe juris conditio iſt, nicht nur jetzt, ſondern auch für jetzt errichtet zu ſein ſcheint. Denn ſicher erfolgt hier nicht die dotis constitutio, ſondern (anticipando wie bei Reſolutivbedingungen §. 540. §. 545) nur die Vergabung ſchon für jetzt; dos ſelbſt iſt das Gegebene nicht vor der Ehe (Bd. III §. 472 Anm. 4. 5), vorher ſein fructus nicht fructus dotalis (Bd. III §. 481 Anm. 3. §. 484 Anm. 19), vorher keine res uxoria, keine rei uxoriae actio u. ſ. f. da; und auch über der

---

ſelben Rechtsgeſchäfte ſehr verſchiedene Wirkungen üben", im Gegenſatz zu den eigentlichen Bedingungen, und daß es „verkehrt" ſei beide Bedingungsarten nach der Retrotraction zu unterſcheiden. Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 171 läßt die Retrotraction bei beiden Arten eintreten.]

12) [„— weil ihr Inhalt nur als ultima voluntas gelten will": Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 162. Näher §. 544 bei Anm. 36.] — Hiezu die Frage, ob ein Teſtament vor dem Tode Rechtsgeſchäft ſei, was Lotmar, Cauſa S. 11 verneint: [oben §. 522 Anm. 3, inſonderheit Zitelmann, Rechtsgeſchäft S. 295 und Schloßmann, Zwang S. 77 („ein juriſtiſches Nichts"). Nach Bruns, kl. Schriften II S. 455 (ebenſo S. 457) begründet das Teſtament „rechtliche Wirkung nicht erſt für den Erben, ſondern auch ſofort für den Teſtirer ſelber. Dieſer erlangt damit ſofort das Recht, eventuell aus ſeinem Teſtamente beerbt zu werden ..." Iſt dies ein dingliches Recht? ein obligatoriſches? überhaupt ein Vermögensrecht?]

13) Unmittelbarkeit der Succeſſion: S. 771 Nr. 2 der vorigen Aufl. und oben Bd. III §. 364 Anm. 7 vgl. §. 412 Anm. 1 — Unmittelbarkeit der Gabe: §. 537, 1, b, α.

14) Fitting a. a. O.

15) l. 7 §. 3 D. j. d. 23, 3; Bd. III §. 472 Anm. 4. 5. §. 482 Anm. 25. 26.

Gabe schwebt zwar weil auch sie nicht absolut, sondern ehehalber erfolgt, eine objective Ungewißheit: ob sie dem Empfänger zu verbleiben habe, oder nicht; allein diese Ungewißheit ist eine ganz andere als die bei der eigentlichen Bedingung und den mit dieser gleichbedeutenden vom Recht gesetzten und gefolgerten Eventualitäten (§. 537. 1); der Umstand, daß nicht geheiratet wird, stellt nicht heraus, daß von Anfang nichts gegeben sei; gegenüber der Gabe ist die Ehe weder facti, noch juris conditio, sondern causa ob quam, ihr Nichterfolg causa non secuta, und Grund nur für die entsprechende condictio (Bd. II §. 303, 1, a bes. Anm. 7 fg. Bd. III §. 482 Anm. 25). — Im anderen Falle dagegen, wenn die Uebergabe mit der ausdrücklichen Bestimmung geschieht, daß das Eigenthum erst nach erfolgter Ehe auf den Empfänger übergehen solle[16]), ist die Ehe wiederum juris conditio für den Dotalcharakter des Gegebenen; für das Gegebene selbst, oder den Eigenthumsübergang facti conditio (Bd. III §. 472 Anm. 6). Da könnte denn, dem gemeinen Wesen der Bedingungen zufolge, Retrotraction platzgreifen; allein offenbar will hier der Geber zwischen dos und Gabe nicht unterschieden wissen, diese so sehr wie jene erst von dann an gegeben wissen, neben der Bedingung einen dies; juris conditio zieht hier facti conditionem nach sich, und schließt Retrotraction selbst für diese aus[17]). Dies Letztere ist denn im allgemeinen auch nicht verkannt worden; um so mehr hat man daraus gegen die Retrotraction der Bedingungen überhaupt Capital geschlagen (§. 544. 1. 2).

c. Mehr als bedenklich wird es erscheinen, wenn auch die mortis causa donatio als ein stillschweigend oder rechtlich bedingtes Geschäft hingestellt wird; denn allenthalben behandelt man sie als ein eigentlich bedingtes. In der That liegt, wenn man die Quellen beiseite läßt, nichts näher, als sie für ein Geschäft zu erachten, bei welchem zu der sonstigen, einfachen Schenkung eine Bedingung hinzukommt. Auch läßt sich denken, daß selbst dann, wenn unter dem Namen mortis c. donatio,

16) l. 7 §. 3 — l. 9 §. 1 eod.

17) §. 544 vorletzter Absatz. Scheurl a. a. O. §. 8, Köppen, Iher. Jahrb. XI S. 160. 161.

auf Grund vielleicht eines alten Herkommens, etwas ganz anderes herangereift ſein ſollte, als eine bloße donatio conditionalis, gleichwohl eine einfache Schenkung möglich blieb, bei welcher der Tod, vielmehr das Ueberleben, lediglich als conditio (facti) figurirte[18]). In den Quellen nun aber iſt der Tod, wie Papinians eben (Anm. 18) citirte Worte ſagen, aber auch ſchon der Name des Geſchäftes ausdrückt, für die mortis c. d. keine bloße (facti) conditio, d. h. nichts was zu dem im übrigen fertigen Entſchluſſe, gleichviel in was immer für einem inneren Zuſammenhange mit dem Willen des Handelnden, blos hinzukommen müßte, um ihn als exiſtent erſcheinen zu laſſen, ſondern etwas von dem das Ganze, Gedanke, Titel und Grund des Geſchäftes, ausgeht (Bd. II §. 303, 1, a). Schon ſo kommt m. c. donatio neben Erbeinſetzung und Vermächtniſſe zu ſtehen; denn auch dieſen iſt (als Unterarten der mortis causa capio — Bd. III §. 412), der Tod Grund und Urſache, nicht blos Bedingung. Nun iſt unſere Schenkung aber auch außerdem, und zwar ſchon im claſſiſchen Recht, als Vermächtniß behandelt[19]); wie bei Vermächtniſſen kommt Capacität in Frage[20]); gleich dem Vermächtniß ſteht ſie den Gläubigern nach[21]), und unterliegt ſie der Quart[22]). Eine weitere Folge

18) — utrum ergo certae conditionis donatio fuit, an quae mortis consilium ac titulum haberet? — l. 42 pr. D. m. c. don. 39, 6.

19) l. 2 D. Publ. 6, 2. §. 1 J. donat. 2, 7. [Cohen, Schenkung von Todeswegen Cap. 5.] Auch in dem Fall, wo man propter alterius mortem ſchenkt? l. 18 pr. D. m. c. don. 39, 6 [nein: Cohen a. a. O. S. 4/5] und in dem, da man ſelbſt für den Fall des Nichtüberlebens des Beſchenkten (wenn man nur ex ea valetudine ſtirbt) geſchenkt haben will? l. 13 §. 1 eod. [S. Anm. 28.]

20) l. 35 pr. l. 22 D. m. c. don. 39, 6.

21) l. 17 eod. cf. l. 42 §. 1 eod. — morte insecuta quodammodo bonis auferrentur. [l. 66 §. 1 D. leg. Falc. 35, 2. Brinz, M. Vierteljahresſchr. Bd. 14 S. 110 u. hier oben Bd. III §. 412 Anm. 5.] Danach geht ſie doch wohl nicht aus dem Vermögen des Lebenden, wie immer noch Windſcheid §. 675 Anm. 2 annimmt. Heißt es in l. 38 D. m. c. don. 39, 6 „praesens praesenti dat“ (und bei Theoph. ad §. 1 J. don. 2, 7 „ἀπὸ ζῶντος εἰς ζῶντα“), ſo mag dieſes Wort einem älteren Stand der Auffaſſung entſprechen; von dem Augenblick da die Schulden vorgehen, kann es nur auf das Acceptationserforderniß bezogen werden. Muß doch auch die Capacität ex mortis tempore bemeſſen werden (Anm. 20); wird erſt mortis tempore empfangen, ſo wird auch jetzt erſt gegeben.

22) l. 42 §. 1. l. 27 D. m. c. don. 39, 6. Bd. III §. 416 Anm. 6, [vgl. §. 412 Anm. 2 und ferner §. 421 Anm. 12. 13. §. 423 Anm. 9.]

dieser Transposition aus dem Gebiete der Schenkung in das des Vermächtnisses ist, daß Tod und Ueberleben ebensosehr wie causa nun auch tacita oder juris conditio sind[23]). Kein Wunder also, wenn diese Schenkung vor dem Tode nicht nur niemals perfect wird[24]), sondern auch erst von jetzt an besteht, so daß z. B. die Capacität sich erst nach diesem Zeitpunkt bemißt[25]), nach ihm die Frage, ob für den Gewalthaber oder den beschenkten Unterthan erworben sei[26]), beantwortet, und darum mortis causa donatio auch inter virum et uxorem möglich ist[27]). In all dem liegt nur ein Beleg, daß der Tod hier wie bei Vermächtnissen juris conditio, kein Beweis, daß das eigentlich bedingte Geschäft, wenn die Bedingung eintritt, nicht von Anfang giltig sei[28]).

---

23) — propter mortis causae tacitam conditionem — l. 15 D. manum. 40, 1. [Zustimmung bei Mandry, M. Vierteljahresschr. Bd. 14 S. 385.]

24) l. 32 D. m. c. don. 39, 6. [Bd. III §. 412 Anm. 5. Cohen, Schenkung v. Todeswegen S. 45 fg. u. S. 75 fg. S. 92 und zahlreiche dort genannte Gewährsmänner.]

25) l. 22 eod.

26) l. 11 §. 2 — §. 6 D. don. i. v. et u. 24, 1.

27) — quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt. l. 10 eod. Hiezu Bd. III §. 494 nach Anm. 4.

28) So sehr hiernach m. c. d. nach Zweck, Voraussetzung, Wirksamkeit, Vermächtniß ist, unterscheidet sie sich allen anderen letztwilligen Dispositionen gegenüber doch 1) durch die Zweiseitigkeit des Zustandekommens, indem wir keinen Fall der m. c. d. denken können, in welchem Donatar nicht (wie dies ja zur Donatio überhaupt gefordert wird) acceptiren müßte; s. aber l. 28. l. 18 §. 1 D. m. c. don. 39, 6 [und hinwieder unten §. 560 Anm. 30 fg., oben Bd. III §. 412 Anm. 5 und Cohen, Schenkung v. Todeswegen §. 13. §. 14.] 2) dadurch, daß dieses Uebereinkommen überdies unwiderruflich sein kann (Bd. II §. 303 Anm. 34) — l. 18 §. 1 D. m. c. don. 39, 6 (cf. l. 35 §. 4 eod.) „— ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur — oder (sic quoque potest donari) „ut non aliter reddatur, quam si prior ille, qui acceperit, decesserit", wobei fraglich ist, ob nach der ersteren Fassung die Schenkung nicht selbst dann unwiderruflich sein soll, wenn der Schenker überlebt: genug daß er ex ea valetudine stirbt (Anm. 19); kann ja doch Unwiderruflichkeit verfügt werden selbst für den Genesungsfall (ibid. in f.: „ut nullo casu sit eius repetitio i. e. nec si convaluerit quidem donator"). Um so mehr Unwiderruflichkeit möglich für den Ueberlebungsfall: „ut non aliter reddatur, quam si prior ille qui acceperit, decesserit" ibid. [Hiegegen Cohen a. a. O. S. 66 „Fällt denn etwa mit dem Verzicht auf das Reurecht zugleich der Vereitelungsgrund des Vorversterbens des Beschenkten weg?"]. Wo schlechterdings nicht widerrufen sein soll, handelt es sich um keine Verfügung post mortem mehr: causa donandi ma-

Aber wie bei der dotis constitutio kommt auch bei der m. c. donatio eine Spaltung des Gebens und Schenkens, und ſo denn ebenſowohl die Möglichkeit einer ſofortigen, der Exiſtenz der Schenkung vorgreifenden Eigenthumsübertragung, als einer Hingabe mit der Beſtimmung vor „ut si mors contigisset tunc haberet“[29]). Sicher iſt, daß letzterenfalls das Eigenthum wie die Schenkung erſt vom Tode an datirt[30]); denn mag die Bedingung unter der hier tradirt wird, als eine Bedingung ſpeciell der Eigenthumsübertragung wiederum eigentliche Bedingung ſein, ſo findet auch hier wieder eine Attraction der Gabe durch die Schenkung, der facti conditio durch die juris conditio ſtatt; der Schenker will ausdrücklich, daß es ſich mit der Gabe nicht anders als wie mit der Schenkung verhalte, und fügt darum unwillkürlich der conditio einen dies bei (si — tunc)[31]). — Eine Verlegenheit entſteht für den anderen Fall. Denn entgegen den Fällen, in welchen das Eigenthum erſt mit dem Eintritt der Bedingung übergehen ſoll, werden die anderen dadurch ausgezeichnet, daß in ihnen Retrotraction ſtattfinden ſoll[32]). Das können nur die Fälle ſein, in denen der Empfänger ſofort Eigenthümer wird[33]). Hier alſo ſoll Retrotraction ſtattfinden, d. h. wie das Eigenthum auch die Schenkung von allem Anfang an da ſein, wenn die Bedingung eintritt! — ein Satz, der allem zu widerſprechen ſcheint, was oben über die Natur der m. c. donatio bemerkt werden mußte.

Indeſſen findet ſich dieſer Satz 1. theils innerhalb der mortis c. donationes unter Ehegatten[34]), theils unter dem allgemeinen Titel über m. c. donationes, allein hier mit aus-

gis est, quam mortis causa donatio, alſo weder inter virum et uxorem möglich, noch legis Falcidiae ratio: l. 27 eod. cf. l. 35 §. 2 eod. [Cohen a. a. O. §. 27. S. ferner unten §. 565 am Ende.]

29) l. 29. l. 2 D. m. c. don. 39, 6. [Vgl. Dernburg III §. 117 Anm. 4.]

30) l. 11 §. 2 — §. 9 D. don. i. v. et u. 24. 1. [Einläßlich von l. 11 cit. handelt Enneccerus, Rechtsgeſchäft S. 459—467.]

31) [Nachfolge bei Cohen a. a. O. S. 110.]

32) l. 11 §. 2. §. 9 cf. §. 1 cit.; [ſ. jedoch auch Cohen a. a. O. S. 87.]

33) Fitting, Rückziehung §. 75 Anm. 157.

34) ll. citt. in Anm. 32. [Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 161 Anm. 53 fg. Cohen a. a. O. S. 89.]

drücklicher Beschränkung auf m. c. d. unter Ehegatten[35]). Daraus ist 2. zu schließen, daß er auch nur für diesen Fall aufgestellt worden sei. Ein Grund hiezu kann in der constitutio D. Severi über die Convalescenz der Schenkungen unter Ehegatten gelegen sein. Denn da nach dieser Constitution die (einfache) Schenkung giltig wurde, wenn der Schenker ohne Widerruf vor dem Beschenkten starb (Bd. III §. 493 Nr. 5 S. 790 fg.), ward der einfachen bisher schlechthin nichtigen Schenkung das Recht einer mortis causa donatio zugewendet, trotzdem der Schenker sofort geschenkt haben wollte; da mochte der mortis causa donatio für den Fall, daß der Schenker gleichfalls sofort gegeben haben wollte, nun umgekehrt auch der nunmehrige Vorzug der simplex donatio, d. i. Retrotraction der Schenkung auf den Tag der Gabe[36]) und damit namentlich Befreiung von den Gläubigern und von der Falcidischen Quart mitgetheilt worden sein. Hatte ja doch Julian eine m. c. donatio unter Ehegatten, wenn sie mit sofortiger Eigenthumsübertragung verbunden sein sollte, einst für so nichtig erklärt, wie die einfache Schenkung[37]), und mußte nach dieser Auffassung eine derartige m. c. donatio der nunmehrigen Convalescenz und Retrotraction sogar direct theilhaftig werden. Papinian, der die constitutio Severi vielleicht selbst concipirt hat[38]), ist der erste Jurist, der über Retrotraction unserer m. c. donatio redet[39]); von demselben Severus oder Papinianus rührt auch die Constitution über Ausdehnung der Falcidischen Quart auf die m. c. donationes her[40]).

Von den Ehegatten abgesehen findet hiernach innerhalb

35) l. 40 D. m. c. don. 39, 6.

36) Bd. III §. 494 Anm. 24 und l. 32 §. 1 in fin. D. don. i. v. et u. 24, 1. [Nur in der Begründung von Obigem abweichend Cohen a. a. O. S. 89.]

37) l. 11 §. 1 eod. Bd. III §. 494 Anm. 6.

38) [Beweis die Wendung vita decesserit in l. 32 §. 14 eod.: Kalb, Roms Juristen S. 109/10 und Leipold, die Sprache des Papin. (1891) S. 51/52, Schulze, Zeitschr. f. Rechtsgesch. N. F. XII S. 124/25.]

39) l. 40 D. m. c. don. 39, 6.

40) l. 5 C. ad l. Falc. 6, 50. l. 42 §. 1 D. m. c. don. 39, 6. Bd. III §. 416 Anm. 6 a. E.; [dortselbst wie in dem zugehörigen Text sollte Septimius statt Alexander stehen.]

der m. c. donatio niemals Retrotraction, wohl aber wie bei der dotis constitutio ein vorgreifendes Geben ſtatt, beſonders wo wegen gegenwärtiger Todesgefahr und nur auf dieſen Fall hin geſchenkt wird[41]). Tritt hier Geneſung oder vorgängiger Tod des Beſchenkten ein, ſo greift folgerecht nur condictio causa data causa non secuta platz (Bd. II §. 303 Anm. 4—6); denn der Gabe war eine causa ob quam, keine condicio, der Schenkung die nicht rückwirkende tacita oder juris condicio des Ueberlebens geſetzt[42]). — Aber auch hier taucht eine Schwierigkeit auf, indem Ulpian in l. 29 D. m. c. don. 39, 6, allerdings „zögernd"[43]), in rem actionem gewährt. Natürlich benützt man ſie zum Beleg für die retrotractive Behandlung der m. c. donatio überhaupt[44]). Vermuthlich ſteht aber Ulpians Meinung mit der beſonderen Faſſung des von ihm gegebenen Falles, d. h. mit dem Umſtande in Verbindung, daß die Rückgabe für den Fall der Geneſung ꝛc. ausdrücklich bedungen war[45]); wozu dieſes ausdrückliche Geding? denkt Ulpian; condictio ſtund ohnedies zu; wahrſcheinlich wollte der Schenker anſtatt der bloßen Rückforderung unmittelbaren Rückfall, d. h. ſpeciell für die Eigenthumsübertragung eine Reſolutivbedingung (§. 540. §. 545) aufgeſtellt haben[46]).

41) l. 2 D. m. c. don. 39, 6 — cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis —. l. 29. l. 42 pr. cf. l. 24 eod. l. 11 pr. §. 1 D. don. i. v. et u. 24, 1.

42) Von ſofortiger Hingabe und condictio iſt namentlich auch in l. 44 D. m. c. don. 39, 6 die Rede, wo Fitting, Rückziehung §. 77 mit Unrecht conditioni und bedingte Hingabe ſetzt, und mortem donatoris ſtatt domini denkt, während die Schenkung erſt jetzt, da der Herr geſtorben, ſein Teſtament (und die Freilaſſung) aber noch nicht eröffnet iſt, erfolgt; vgl. l. 33 pr. D. a. r. d. 41, 1. [Einverſtanden, nur nicht mit der Suppliſirung domini (ſtatt donatoris) Cohen a. a. O. S. 87. 88. Abweichend (bedingte Tradition annehmend und ſonſt) Ennecceruſ, Rechtsgeſchäft S. 468 Anm. 1.]

43) Fitting a. a. O. S. 110 Anm. 157 — potest defendi, in rem actionem competere donatori —. [Vgl. Cohen a. a. O. S. 118 oben.]

44) Vangerow §. 96 Anm. 2, e.

45) — si vero sic „ut iam nunc haberet, redderet, si convaluisset —".

46) Vgl. Bd. II §. 303 Anm. 4. §. 216 S. 29 u. Anm. 12. Antonius Faber [wie neuerdings Czyhlarz, Reſolutivbedingung S. 95 und Schulin, Anwendungsfälle der Publiciana S. 79. 80] denkt an eine

§. 539.

Schluß.

3. Uneigentliche sind

a. die auf etwas Gegenwärtiges oder Vergangenes gestellten Bedingungen, gleichviel ob dieses dem Handelnden bekannt ist oder nicht[1]); denn eine (objective) Ungewißheit über Existenz oder Nichtexistenz und darum Unfertigkeit des Geschäftes liegt hier nicht vor. Auch bedarf es nicht erst eines künftigen Ereignisses (postfactum), um die Ungewißheit zu heben, oder würde, wenn dieses der Fall wäre (si quod in utero est filius est), wohl dieses künftige Ereigniß (partus) die Bedingung sein[2]). Dasselbe gilt aber auch in dem Falle, wo die Bedingung auf etwas Gegenwärtiges oder Vergangenes als auf etwas Künftiges gestellt wird[3]).

---

utilis actio neben condictio (l. 30 eod.), Cujacius an eine Transaction zwischen Cassianern und Proculejanern durch Annahme beider Klagen (in rem actio und condictio — l. 35 §. 3 eod. Schulting — Small. Not. ad Dig. ad l. 30 eod.), Zimmern, Arch. f. civ. Pr. V S. 249, gleich uns an besondere Verabredung; allein in Consequenz seiner übrigen Ausführungen müßte das Geding „ut redderet" im Gegensatze der Ulpian'schen Meinung lediglich obligatorische Wirkung haben. [Gründliche Besprechung der Stelle und der vielen über sie geäußerten Ansichten bei Cohen a. a. O. S. 121—137, insonderheit zu der oben ausgesprochenen Vermuthung S. 135. Im Anschluß an Schulin (gegen dessen Grundansicht oben Bd. I §. 178 Anm. 12) ist wiederum Appleton, propriété prétorienne II p. 143—176. p. 217—225 dafür eingetreten, daß mit der in rem actio die Publiciana gemeint, hingegen Eigenthumsrückfall ausgeschlossen sei.]

1) §. 6 J. v. o. 3, 15. l. 37—39 D. r. cr. 12, 1 — tunc potestatem condicionis optinet, cum in futurum confertur. l. 100. l. 120 D. v. o. 45, 1. [l. 3 §. 13 D. bon. libert. 38, 2. l. 16 D. inj. rupto test. 28, 3.]

2) Arndts §. 66 Anm. 6. 7 u. 11 [und vornehmlich Enneccerus, Suspensivbedingung S. 100—107, Rechtsgeschäft S. 172—75, andrerseits auch Windscheid I §. 87 Anm. 2. S. ferner Hölder, Pand. S. 248 Anm. 1.]

3) Gegen Fitting, Arch. f. civ. Pr. Bd. 39 S. 314 Nr. 9 fg. s. Arndts §. 66 Anm. 5 u. 11, Windscheid §. 87 Anm. 6 und bes. Scheurl, Beiträge II, 2, §. 26 [und Enneccerus, Suspensivbedingung S. 108—121; wiederum gegen die Uneigentlichkeit der cond. in praes. oder in praet., weil auch bei ihr ein an sich gleichgültiger Umstand zu einem Theil des juristischen Thatbestandes erhoben und damit Bedingung werde: Adickes, Bedingungen S. 54. 55. S. ferner oben §. 536 Anm. 52. — Gewissermaßen der umgekehrte Fall (Bedingung auf Künftiges als auf Gegenwärtiges oder Vergangenes): vorige Anm.]

b. die auf etwas Künftiges, aber nothwendig oder unmöglich Eintretendes geſtellten Bedingungen (ſ. g. nothwendige und unmögliche Bedingungen): conditio omnimodo exstatura, mag ſie nun affirmativ (auf den Eintritt deſſen, was nothwendig eintritt), oder negativ (auf den Nichteintritt deſſen, was unmöglich eintritt) geſtellt ſein[4]): conditio omnimodo non exstatura; impossibilis, mag ſie nun affirmativ (auf den Eintritt deſſen, was unmöglich), oder negativ (auf den Nichteintritt deſſen, was nothwendig eintritt) gefaßt ſein[5]). Auch hier fehlt es an der erforderlichen Ungewißheit, und iſt im erſteren Falle die Exiſtenz, im letzteren die Nichtexiſtenz ſofort gewiß; auch hier kommt es auf Wiſſen oder Nichtwiſſen des Handelnden nicht an[6]).

Was inſonderheit die unmöglichen Bedingungen anlangt, ſo gilt das, was der Natur des Rechtes nach nicht ſein kann (Bd. I §. 65), dem was der phyſiſchen Natur nach nicht möglich iſt, gleich[7]); der Umſtand, daß das Unmögliche noch einmal möglich werden kann, hält die Entſcheidung nicht auf[8]).

---

4) l. 9 §. 1 D. nov. 46, 2. l. 79 pr. D. h. t. 35, 1. l. 8 i. f. D. v. o. 45, 1. l. 18 D. cond. ind. 12, 6. l. 8 §. 1 D. peric. et com. 18, 6.

5) §. 11 J. inut. stip. 3, 19. l. 7. l. 137 §. 6 D. v. o. 45, 1. [l. 5 §. 4 D. quando dies 36, 2. l. 72 §. 7 D. h. t. 35, 1. l. 20 pr. D. cond. inst. 28, 7. Enneccerus, Suspenſivbedingung S. 107. 108 ſtellt der unmöglichen Bedingung die dauernd unerforſchliche (z. B. „wenn es auf dem Sirius lebende Weſen gibt") gleich.]

6) wogegen Fitting a. a. O., ſ. aber oben Anm. 3 und Scheurl a. a. O. §. 27. [In Oppoſition zum Text auch Adickes a. a. O. S. 56. 57 in Conſequenz ſeines voluminöſen Bedingungsbegriffs, welcher nicht Ungewißheit verlangt. Die demſelben weſentliche „Abhängigmachung" zeige ſich gerade bei der unmöglichen Bedingung, nämlich darin, „daß die ganze bedingte Verfügung, weil ſie von etwas Unmöglichem abhängig gemacht iſt, vollſtändig rechtlich bedeutungslos d. h. nichtig wird. Nicht die Bedingung alſo, ſondern die bedingte Verfügung hat nur eine Scheinexiſtenz".]

7) l. 137 §. 6 cit. z. B. l. 101 §. 1 D. leg. I. l. 20 pr. D. cond. inst. 28, 7. S. auch Bd. II §. 245 Anm. 4—13.

8) l. 137 §. 6 D. v. o. 45, 1: — nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest, et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri; non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio. §. 2 J. inut. stip. 3, 19 — nec in pendenti erit stipulatio ob id, quod publica res in privatum deduci et ex libero servus fieri potest —. cf. l. 35 §. 1 D. v. o. 45, 1: — etiamsi non sit perpetua causa [und Bd. II §. 245 Anm. 27—29.] Die Bedingung „cum nupsisset (ancilla)" in l. 58 D. h. t. 35, 1 iſt ausge-

Schwieriger ist die Frage, ob und wie weit dasjenige, was rechtlich oder sittlich, nicht sein darf, zum Inhalt einer Bedingung gemacht werden könne, oder ob derartige Bedingungen selbst unerlaubte und den unmöglichen gleich zu erachten seien. Sie ist aber eben so wichtig als schwierig; denn stünden diese Bedingungen den unmöglichen gleich, so würden auch sie, wenn letztwilligen Anordnungen beigefügt, pro non scripto zu erachten sein[9]). Da wird man nun aber (mehr als es zu geschehen scheint)[10]) unterscheiden müssen

1. zwischen der Bedingung (im passiven Sinne des Wortes — dem bedingenden Umstand) und der Stellung und der Annahme der Bedingung. Denn es kann sein, daß die Bedingung selbst nichts Unerlaubtes enthält, während es unerlaubt ist, die Bedingung zu stellen, oder sich stellen zu lassen. So waren die poenae nomine relicta bis auf Justinian ungiltig, nicht als ob es etwas Unerlaubtes gewesen wäre, wenn der Erbe dem Titius seine Tochter verheirathete oder nicht verheirathete ꝛc., sondern weil es unanständig schien, sich eine Bedingung stellen zu lassen, durch welche das Vermächtniß aus einer Honorirung des Empfängers zur Strafe des Erben wurde[11]). Die s. g. captatorische Bedingung enthält keine unerlaubte Handlung; allein ihre Stellung ist unerlaubt (Bd. III

legt als „cum manumissa esset et nupsisset", und darum gegen l. 137 §. 6 cit. und die verwandte l. 83 §. 5 D. v. o. 45, 1 nicht zu verwerthen; die abweichende Darstellung Savignys (Syst. III S. 167 fg.), die entgegengesetzte Wächters (w. Privatr. II S. 722 und Pand. I S. 371 sub 3), Ungers (österr. Privatr. II §. 82 Anm. 88. 89), Windscheids (§. 94 Anm. 4) entspricht den Quellen nicht, vgl. Vangerow §. 93 Anm. 3, IV, 1. Sell, Versuche im Gebiete des Civilr. II S. 47 fg.

9) Bd. III §. 371 Nr. 3. §. 372 Anm. 54. §. 425 Anm. 23 fg. §. 430 Anm. 43. 44. [Hofmann, Krit. Studien S. 144—68.]

10) [„Gegenüber der herrschenden enthält diese neue Lehre unleugbar einen bedeutenden Fortschritt. Eine volle Befriedigung aber vermag auch sie noch nicht zu gewähren", sagt vom Folgenden Fitting, Arch. f. civ. Prax. Bd. 56 S. 404, ohne wesentlich andere Rechtssätze aufzustellen als die im Folgenden vorkommenden. Unberücksichtigt läßt dasselbe Seeler, Conventionalstrafe S. 28 fg.]

11) — nec principem quidem agnoscere quod ei poenae nomine legatum est — §. 36 J. leg. 2, 20. l. un. C. de his quae poenae nom. 6, 41. [Nach Fitting a. a. O. S. 407 war der Grund: „der Mißbrauch einer für die Bethätigung wohlwollender Gesinnung bestimmten Rechtsform zum Zwangsmittel für die Durchsetzung ganz anderer Zwecke".]

S. 71), weil ſie den letzten Willen des Anderen beſticht, den eigenen zur Erwerbsquelle erniedrigt. Dieſe beiden Arten von Bedingungen ſind niemals wie die unmöglichen, oder gar als unmögliche (pro non scripto) erachtet worden, ſondern zogen die Nichtigkeit von Erbeinſetzung und Vermächtniß ſelbſt nach ſich; von den captatoriſchen gilt dies noch heute, während die in dem poenae nomine relictum nunmehr eigentliche Bedingungen ſind[12]). Ferner iſt die Bedingung, welche in Unterlaſſung einer unerlaubten Handlung geſetzt wird, nichts Unerlaubtes, und kann man unter einer ſolchen Bedingung denn auch aus Teſtamenten und Codicillen erwerben; allein unter einer ſolchen Bedingung ſelbſt zu handeln (zu ſtipulieren, ſich verſprechen zu laſſen) geht nicht an[13]); — eine gewiſſe Ehe nicht einzugehen, iſt nicht unſittlich; allein für unſtatthaft gilt es, ſich durch eine Pönalconvention dazu zu verpflichten[14]); eine gewiſſe Ehe einzugehen, iſt nichts Unſittliches, und kann dafür ſogar giltig vermacht werden[15]); allein ſich dafür etwas verſprechen zu laſſen, kann unſtatthaft ſein[16]); Scheidung kann erlaubt ſein, aber unter ihrer Bedingung etwas anzunehmen unerlaubt[17]). Stellung und Annahme ſolcher Bedingungen[18]) ſind etwas Unerlaubtes, und ſcheinen dieſelben inſofern, als ſie das Daſein des Geſchäftes ausſchließen, den unmöglichen gleich; allein wo dieſe Gleichheit ſich erproben ſoll, im Erbrecht, hört ſie auf; oder es ſind ſinguläre Gründe, wo ſie „nachgelaſſen“ werden[19]).

12) [jedoch §. 36 i. fin. J. leg. 2, 20. l. un. i. fin. C. de his quae poen. 6, 41 und dazu Fitting a. a. O. 12 und 14 wie den daſelbſt angeführten Keller.]

13) l. 7 §. 3 D. pact. 2, 14. [Vgl. Bd. II §. 302 Anm. 11, jedoch auch Wächter I S. 376 Z. 17 fg. und zur Erklärung der l. 7 §. 3 cit. Ravit, Arch. f. civ. Prax. Bd. 58 S. 49 Anm. 75.]

14) l. 71 §. 1 D. h. t. 35, 1, cf. l. 134 pr. D. v. o. 45, 1 [und dazu Ravit a. a. O. S. 56. 57. Vgl. oben §. 531 a. E. und Bd. I §. 45 Anm. 3 u. 4. Ferner Bd. III §. 380 Anm. 2 a. E.]

15) l. 71 §. 1 cit.

16) l. 97 §. 2 D. v. o. 45, 1.

17) l. 5 C. inst. sub cond. 6, 25 cf. l. 8 §. 1 D. usu 7, 8. [Ravit, Arch. f. civ. Prax. Bd. 58 S. 16 al.]

18) [Hölder, Pand. §. 51 möchte ſie alle als captatoriſche bezeichnet ſehen, nicht nur die herkömmlich ſo genannten.]

19) ſ. jedoch unten Anm. 34.]

2. Angenommen aber, der bedingende Umstand bestehe wirklich in einer unerlaubten Handlung, so macht es noch einen Unterschied, ob dies die Handlung des Erwerbers selbst, oder eines Dritten sein soll. Ersterenfalls konnte man unter einer solchen Bedingung unmöglich erwerben lassen; es blieb nur die Wahl, entweder den Erwerb selbst für unmöglich zu erklären, oder aber von der Bedingung, wie wenn sie nicht beigefügt wäre, Umgang zu nehmen. Beides geschah wie bei den unmöglichen Bedingungen; ersteres bei den Geschäften unter Lebenden[20]) und zwar so, daß über die Frage der Unerlaubtheit gerade so wie über die der Unmöglichkeit die Zeit des Geschäftes entscheidet[21]); — letzteres bei den Erbeinsetzungen und Vermächtnissen[22]); sie werden wie die impossibiles conditiones „erlassen", „pro non scriptis" erachtet[23]), und als „turpes" bezeichnet[24]); daß sie geradezu impossibiles genannt werden, kommt nicht vor. Allerdings sagt Papinian „quae contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est" (l. 15 D. cond. inst. 28, 7); allein dieser Canon ist veranlaßt durch den Fall, da ein suus heres unter unerlaubter Bedingung eingesetzt wird: da eine bedingte Einsetzung dem Notherbrecht nur genügt, wenn die Bedingung in potestate des Eingesetzten liegt[25]), lag hier ein besonderer Grund vor, den Glauben an ein non posse vorzuschreiben, wo in Wahrheit ein bloßes non licere vorliegt. Denn eine Glaubensvorschrift, ein Canon (credendum est) ist es, was Papinian aufstellt, keine moralische Sentenz[26]). — Anderenfalls (wenn Jemand unter der Bedingung erwerben soll, daß ein Dritter etwas Uner-

20) l. 35 §. 1 cf. pr. cf. l. 123 D. v. o. 45, 1, [dazu aber Ravit a. a. O. S. 48 Anm. 66 und S. 44.]

21) l. 35 §. 1 cf. l. 137 §. 6 D. v. o. 45, 1, oben Anm. 8, [s. jedoch auch Ravit a. a. O. S. 42 fg.]

22) l. 14 D. cond. inst. 28, 7. l. 20 D. h. t. 35, 1. Bd. III §. 371 Anm. 24 und oben Anm. 9.

23) l. 20 cit. l. 14 cit. vgl. auch l. 35 §. 1 neben l. 35 pr. D. v. o. 45, 1. [Ravit a. a. O. S. 5—11 (der geschichtliche Hergang).]

24) l. 20 cit.

25) l. 4 pr. D. her. inst. 28, 5. Bd. III §. 378 Anm. 16 S. 107.

26) [Bd. II §. 245 Anm. 19 vgl. 17 u. 18, sowie Ravit a. a. O. S. 12 Anm. und Dirksen, hinterlassene Schriften ed. Saniv II S. 451.]

laubtes thut) wird die Stellung der Bedingung häufiger eine erlaubte ſein. Denn wie die Bedingung an ſich erlaubt, ihre Stellung aber unerlaubt ſein kann (oben 1), ſo kann umgekehrt die Bedingung auf etwas Unerlaubtes gehen, ihre Stellung aber erlaubt ſein. Nur wenn die Bedingung dahin lautet, daß der Erwerber ſelbſt etwas Unerlaubtes thue, iſt auch die Stellung der Bedingung nothwendig unerlaubt; ſie gleicht einem Verſprechen oder Geben für eine unerlaubte Handlung; lautet ſie dahin, daß ein Dritter etwas Unerlaubtes thue, ſo kann es, durch eine beſondere Verbindung zwiſchen den Perſonen des Promiſſars und des Dritten, zwar auch hier noch dazu kommen, daß für eine unerlaubte Handlung (z. B. für eine parteiliche Rechtſprechung des Gemahls) verſprochen, die Stellung der Bedingung alſo unerlaubt iſt[27]); außerdem iſt nur wegen einer unerlaubten Handlung, und wenn die Bedingung auf eine unerlaubte Handlung des Promittenten, Tradenten ſelbſt geſtellt iſt, ſogar zur Strafe für eine unerlaubte Handlung verſprochen ꝛc.; da iſt kein Grund die Stellung der Bedingung für unerlaubt zu erachten[28]). — Iſt aber, wegen jener beſonderen Verbindung der Perſonen, die Stellung unerlaubt, ſo ſind wir noch nicht berechtigt, auch dieſen Fall der Unerlaubtheit wie den der unmöglichen Bedingung zu behandeln, d. h. letztwillige Geſchäfte unter Nachlaß der Bedingung aufrecht zu erhalten. Vielmehr müſſen wir dieſe Gleichſtellung, wie ſich ſofort zeigen wird, verwerfen.

Denn in Würdigung all des Geſagten ergibt ſich ſchließlich

1. daß man in der Hälfte der Fälle, wo man[29]) von unerlaubter Bedingung, ja von turpis conditio ſpricht, beſſer gar nicht von ſolcher ſpräche[30]). Impossibilis conditio iſt nur die, bei welcher der bedingende Umſtand unmöglich iſt; ſo ſollte

27) vgl. Arndts, Beiträge S. 175—77 (civil. Schriften I S. 34 fg. [und zuſtimmend Fitting a. a. O. S. 415.]

28) l. 121 §. 1 D. v. o. 45, 1 — nihil causae esse respondi etc. [Wegen des Unterſchiedes von Strafbeſtimmung und bedingter Verfügung ſ. Fitting a. a. O. S. 404—12. Seeler, Conventionalſtrafe S. 18.]

29) wie z. B. Puchta §. 60, n, Wächter, w. Privatrecht §. 96 III, Windſcheid §. 94 2ter Abſatz.

30) [Einverſtändniß bei Ravit a. a. O. S. 59—63.]

schon der Gleichmäßigkeit wegen in all jenen Fällen, wo der bedingende Umstand an und für sich erlaubt ist, von unerlaubter Bedingung nicht die Rede sein. Die Quellen sprechen hier nirgends von turpis conditio, oder sonstwie von unerlaubter Bedingung, sondern blos von Unerlaubtheit des Vermächtnisses, der Stipulation, des Geschäftes[31]); „captatorisch", und darum verwerflich, heißen ihnen nicht die Bedingungen, sondern die Erbeinsetzungen[32]). Folgerecht sollte man auch da, wo die Bedingung auf ein unerlaubtes Thun, aber nicht des Erwerbers selbst gestellt ist, niemals von unerlaubter Bedingung, sondern kommenden Falles nur von unerlaubtem Versprechen, Geben Vermachen ꝛc. sprechen.

2. Nur Potestativbedingungen, auf ein unerlaubtes Thun gestellt, sind parallel den impossibiles conditiones unerlaubte Bedingungen. Theilen ausdrücklich sie das Privileg der impossibiles conditiones im Erbrechte[33]), so darf nach gemeiner Interpretationsregel eben dieses Privileg auf Fälle der unechten unerlaubten Bedingung nicht erstreckt werden[34]).

---

31) z. B. §. 36 J. leg. 2, 20 — inutiliter legabatur —. l. 134 D. v. o. 45, 1 — cum (stipulatio) non secundum bonos mores interposita sit —. l. 19 eod. — nulla stipulatio est — [l. 61 eod.] cf. l. 2 C. inut. stip. 8, 38 (39) — pacta ... non valere et stipulationes ... ratas non haberi —.

32) l. 71 (70). l. 72 (71) D. her. inst. 28, 5.

33) l. 14 D. cond. inst. 28, 7, Anm. 22—24.

34) l. 14 D. legibus 1, 3 [oben Bd. I §. 25 Anm. 6 fg.], wogegen Windscheid §. 94 bei Anm. 9. [Im Text der 1. Aufl. folgen die Worte: „dem scheint l. 71 §. 1 D. cond. (35, 1) zu widersprechen, wo von einem Nachlaß auch auf dem Gebiete der letzteren die Rede ist. Allein näher besehen spricht l. 71 §. 1 cit. von einer der Bedingungen, welche beneficio legis Juliae (et Pap. Pop.) erlassen sind (l. 63 §. 1 cf. l. 60 — l. 62. l. 64 eod. l. 5 C. inst. sub cond. 6, 25. l. 8 §. 1 D. usu 7, 8); dieses Privileg ist abermals der Ausdehnung auf anderweite Fälle nicht fähig". Hierzu ist am Anfang in einem Handexemplar vom Verf. bemerkt: „nicht genau: kein Nachlaß der Bedingung, sondern Unstatthaftigkeit des ganzen Geschäfts". Vgl. Anm. 14 und 19. Indessen gilt diese Unstatthaftigkeit nur von dem zweiten der beiden in l. 71 §. 1 cit. behandelten Fälle, während die vorher angeführten Worte der ersten Aufl. sich auf den ersten Fall zu beziehen scheinen. Die diesem ersten Fall angehörige Bedingung (eigentlich Modus) ist aber keine von denen, „welche beneficio legis Juliae erlassen sind", wie sie denn auch in der Stelle nicht erlassen ist: s. die Quellensammlung bei Ravit a. a. O. S. 25 Anm. 43 nebst der Erörterung S. 25—41. Uebrigens bleibt aufrecht, daß l. 71 §. 1 cit. dem obigen Text nicht widerspricht.] — Im Allgemeinen vgl. Wächter a. a. O. und die vorsichtige Fassung von Arndts §. 72.

Uneigentliche Bedingungen ſind auch die ſ. g. perplexen Bedingungen[35]), ſowie die auf den bloßen Willen des zu Belaſtenden geſtellten Bedingungen[36]); hier und dort iſt die Nichtexiſtenz des Geſchäftes, des letztwilligen wie des unter Lebenden errichteten ſofort entſchieden[37]). Daß gleichwohl ein Kauf „auf Probe" und „nach Belieben" möglich iſt[38]), erklärt man (wo nicht als Ausnahme[39]) bald aus einem Unterſchiede der Probe (als eines boni viri arbitrium) von reiner Willkür[40]), zum Theil daraus, daß der „in das Belieben" des Käufers geſtellte Kauf zunächſt noch gar kein (gegenſeitiger) Kaufvertrag, ſondern ein einſeitiges Verſprechen verkaufen zu

35) z. B. l. 39 D. manum. test. 40, 4. l. 16 D. cond. inst. 28, 7. [E. A. Seuffert, Arch. f. civ. Praxis Bd. 68 S. 254—56 weiſt nach, daß in l. 16 cit. weder eine perplexe, noch (wie ſie ſelbſt aufſtellt) eine unmögliche Bedingung vorliegt, vielmehr Sejus und Titius „als unter der Bedingung des gemeinſchaftlichen Erbſchaftsantritts eingeſetzt zu betrachten" ſind. Dies beſtreitet Hölder, Pand. S. 268 Anm. 3. Gegen die Annahme von Eiſele, Jher. Jahrb. Bd. 23 S. 134/35 (auch Jhering, Geiſt II Anm. 861d gegen Puchta), daß die Erbeinſetzung „unter der Bedingung des Antritts binnen einer beſtimmten Friſt" — welche Bedingung Manche in l. 72 D. a. vel o. h. 29, 2 gefunden haben — ein „juriſtiſcher Widerſinn", jene Bedingung cond. perplexa ſei, ſ. Seuffert l. c. S. 255 unten und zu l. 4 pr. D. cond. inst. 28, 7 ſ. Leiſt, zur Geſch. d. röm. societas Anm. 22, Pernice, Zeitſchr. f. RG. Bd. 16 S. 73. Hingegen ſollte zu den perplexen zählen die Bedingung si volam; Bechmann, Kauf II S. 222: „Die Erklärung „ich will, wenn ich will" iſt in ſich ſinnlos". Unger, Jher. Jahrb. Bd. 25 S. 344. Ueberhaupt vgl. noch Fitting a. a. O. S. 424.]

36) z. B. l. 8 D. o. et a. 44, 7, vgl. oben Bd. III §. 371 Anm. 3 fg. §. 425 Anm. 4. 5.

37) l. 39 cit. l. 16 D. cond. inst. 28, 7, oben Bd. III a. a. O. l. 8 cit. l. 46 §. 3 D. v. o. 45, 1 [dazu Hölder, Pand. S. 260.] l. 108 §. 1 D. v. o. 45, 1. l. 7 pr. D. c. e. 18, 1. [Windſcheid §. 93 Anm. 3a.]

38) [§. 4 J. de emt. 3, 23. Wegen ſeiner Bedeutung und Geſchichte ſ. Bechmann, Kauf II S. 232—39. Kritiſcher Literaturbericht bei Enneccerus, Rechtsgeſchäft S. 279—85.]

39) wie die von Unger, Zeitſchr. f. Handelsr. III S. 387 Anm. 1 Agſſ., [außerdem Bekker, Syſt. §. 117 Beil. II, b (ſ. jedoch auch hier unten Anm. 45) und Bechmann, Kauf II S. 226. 231 fg., womit vgl. Ryck, Schuldverhältniſſe S. 179—83. Gegen die Singularität Unger, Jher. Jahrb. Bd. 25 S. 325 fg. und beſ. S. 352—54, auch Enneccerus, Rechtsgeſchäft S. 279.]

40) Goldſchmidt, Zeitſchr. f. Handelsr. I S. 85 fg. bezüglich der emtio ad gustum. [Wegen der obigen Unterſcheidung ſ. Bechmann, Kauf II S. 225 und gegen dieſelbe S. 227. 228.]

wollen ꝛc. sei[41]), bald aus der Zweiseitigkeit des Geschäftes, bei welcher wenigstens Ein Theil (der Verkäufer) obligirt werde[42]), bald aus einem Formalismus des römischen Rechts, bei welchem alles auf die Fassung (auf das Wort „si volet", „si volueris") angekommen sei[43]), endlich daraus, daß der Kauf „auf Belieben" (si placuisset) Kauf „auf Gefallen" heißen sollte, daß das Gefallen und Erproben von dem bloßen Wollen verschieden, daß bei der Bedingung „si volueris" ꝛc. das Wollen selbst, bei dem Kauf nach Gefallen oder auf Probe etwas von außen, aus der Sache Kommendes und Aufzunehmendes ausständig, das Wollen aber bereits da sei; denn das Gefallen der Sache, nicht überhaupt des Kaufs stehe in Frage[44]). Diese letzte Erklärung scheint die richtige zu sein. Bei der Bedingung si volueris fehlt es an der für das bedingte Geschäft wesentlichen inneren Willensvollendung (S. 101 unten. S. 110 Nr. 2); daß die Sache sich erprobe, gefalle, erfolgt zwar nicht ohne das Innere, wohl aber ohne den Willen, ja vielleicht gegen

---

41) Goldschmidt a. a. O. S. 270 §. 24 bezüglich der emtio si placuisset. Gegen das pactum de contrahendo: Unger ebenda Bd. III S. 388 [und Bechmann a. a. O. S. 221 Nr. 2 und S. 277, Ryck a. a. O. S. 178 al.]

42) Windscheid §. 93 Anm. 1 und die dort Agff., [auch Wendt, Pand. S. 134 Anm. 2]; wie Windscheid scheint auch Arndts die Sache zu fassen in Glücks Commentar Bd. 46 S. 352 Anm. 72. Gegen das negotium claudicans l. 13 C. contr. e. 4, 38 — quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est — [und Bechmann a. a. O. S. 221 Nr. 3 — S. 224. Ryck a. a. O. S. 178.]

43) Fitting, Zeitschr. f. Handelsr. II S. 238 §. 15. [Dagegen Windscheid §. 93 Anm. 4 und die dort Genannten, namentlich Bechmann, Kauf II §. 176, nebst S. 232 Anm. 1 und früher Unger a. a. O. S. 391 II; hinwider Fitting, Zeitschr. f. Handelsr. V S. 85 fg. und Dernburg I §. 108 Anm. 5, wogegen Unger, Jher. Jahrb. Bd. 25 S. 328.]

44) Unger, Z. f. Handelsr. III S. 395 unten u. fg., besonders S. 398. 399, dann S. 407 III und wieder besonders S. 411 fg.; vgl. Regelsberger, Altersvorzug der Pfandrechte §. 17 und die weiter von Unger S. 399 Anm. 9 Agff., wie Wächter, Vangerow und oben Bd. III §. 371 Anm. 3 fg. §. 425 Anm. 4, ferner Scheurl a. a. O. §. 24, [Ryck a. a. O. S. 177. Wider Unger: Fitting, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. V. III S. 85 fg., ferner Bechmann, Kauf II S. 229. 230, wohl auch Windscheid §. 93 Anm. 6 und Hölder, Pand. S. 261. Hinwider neuerdings Unger, Jher. Jahrb. Bd. 25 S. 348. 349; hievon unterscheidet sich auch nicht Enneccerus a. a. O. S. 277, wenn er „nicht die innere Thatsache des Gefallens", „sondern die dem Verkäufer abzugebende Erklärung des Käufers, daß ihm die Waare gefalle", als die Bedingung ansieht.]

den Willen des Käufers[45]). Dieſe Objectivität des Gefallens hier, beſtehend in dem Eindruck, den etwas Aeußeres (die Sache) auf den Käufer gemacht hat, und die Objectivität des boni viri arbitrium, beſtehend in dem Eindruck, den die Sache auf den Käufer machen ſollte, ſind leicht zu verwechſeln[46]), allein für den Begriff um nichts weniger verſchieden, als für den Beweis.

§. 540.

Form.

Suspenſiv- und Reſolutivbedingung.

Das bedingte Geſchäft iſt in den meiſten Fällen dergeſtalt bedingt, daß wenn die Bedingung eintritt, das Geſchäft exiſtent ſein ſoll (oder: daß auf einen gewiſſen Fall hin gewollt, außerdem nicht gewollt iſt). Der bedingende Nebenſatz lautet da auf ein „Wenn" oder „Wenn nicht", je nachdem irgend ein Sein, Werden, Geſchehen, oder aber ein Nichtſein ꝛc. den Fall bildet, mit welchem das Geſchäft exiſtent ſein ſoll[1]) — affirmative, negative Bedingung (§. 541 Nr. 3).

Ein Geſchäft kann aber auch dergeſtalt bedingt ſein, daß wenn die Bedingung eintritt, das Geſchäft nicht exiſtent ſein ſoll (oder: daß auf einen gewiſſen Fall hin nicht gewollt,

---

45) Mit Recht hält Unger, Z. f. Handelsr. III S. 412 eine Eideszuſchiebung ſowie ſonſtigen Beweis, daß dem Käufer die Sache (im Widerſpruche mit ſeiner gegenwärtigen Erklärung) gefallen, für möglich. [Dawider Bechmann a. a. O., dafür Ryck a. a. O. In Iher. Jahrb. Bd. 25 S. 323. 351. 352 hat Unger dieſe Meinung aufgegeben; die fragliche Bedingung ſei nicht caſuell, ſondern rein poteſtativ, nicht auf das wirkliche Gefallen der Sache, ſondern auf die beliebige Erklärung der Genehmigung geſtellt. Hiergegen Enneccerus a. a. O. S. 285, hierüber Bekker, Syſt. II §. 106 Beil. II, wo die „den Nagel auf den Kopf treffende" Anſchauung vertreten wird, daß der Kauf auf Probe kein bedingter Kauf ſei, ſondern nur das vertragsmäßig fixirte Angebot eines ſolchen: einer Verkaufsofferte werde vertragsmäßig eine die normale Friſt überragende Dauer der Wirkungen verliehen. Anbahnung dazu ſchon bei Köppen, Iher. Jahrb. XI S. 337 unten.]

46) vielleicht in l. 11 §. 7 D. leg. III verwechſelt.

1) Titius, si statuam in municipio posuerit, heres esto — l. 14 D. h. t. 35, 1; si in Capitolium non ascenderit (heres esto) — l. 7 pr. eod.

außerdem gewollt ist). Dies ist nicht denkbar, ohne daß das Geschäft zugleich als eines hingestellt wird, das, wenn die Bedingung nicht eintritt, existent sein soll. Ja wo wir derartige Bedingungen formelmäßig ausgedrückt finden, steht die Willenserklärung, kraft deren das Geschäft existent sein soll, überall imperativisch voran, und ist die Bestimmung, kraft deren es in einem gewissen Falle nicht existent sein soll, entweder in einem bloßen Nebensatze als Exceptio, enthalten[2]); oder sie gestaltet sich zu einem zweiten Satze, welcher die Nichtexistenz für den gewissen Fall in der üblichen hypothetischen Form und abermals imperativisch ausspricht[3]). Im letzteren Fall steht aber keiner der beiden Sätze ohne den anderen; der zweite von ihnen ist nur die Ausführung des Nisi oder der Exceptio jener ersten kürzeren Formel.

Besonders die letztere, weitere Formel führt leicht zu dem Gedanken, daß da, wo mit dem Eintritt der Bedingung das Geschäft nicht existent sein soll, vorderhand ein existentes oder perfectes Geschäft da sei oder sein soll[4]); daß es sich mithin nicht blos um eine gewisse Form, sondern auch um eine ge-

2) z. B. l. 1 D. in diem add. 18, 2: Ille fundus centum esto tibi emtus, nisi (extra quam — vgl. Keller, Röm. Civilpr. §. 37, 6te Ausg. S. 185 fg. und Gai. IV, 119: — exceptio ... ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem —) si quis intra Kal. Jan. proximas meliorem condicionem fecerit (oder: nisi si intra diem pecunia soluta non sit).

3) z. B. Ille fundus centum esto tibi emtus; si quis i. K. J. p. meliorem conditionem fecerit (oder: si ad diem pecunia soluta non sit), fundus inemtus esto: vgl. l. 2 D. lege com. 18, 3. [Wegen des sprachlichen, insbesondere des deutschen Ausdrucks für Resolutivbedingungen s. Schulin, Resolutivbedingungen S. 39 fg., aber auch die Ablehnung bei Hölder, M. Vierteljahresschr. Bd. 18 S. 190. 191 (Z. 14 v. o. l. Bedingung st. Bedeutung).]

4) [Dieser Gedanke soll für Stipulationen Ausdruck finden in l. 44 §. 2 D. o. et a. 44, 7: Condicio vero efficax est, quae in constituenda obligatione inseritur, non quae post perfectam eam ponitur, veluti „centum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit"? sed hoc casu existente condicione locus erit exceptioni pacti conventi vel doli mali. S. die Discussion bei Schulin, Resolutivbedingungen S. 76—79, Karlowa, Rechtsgeschäft S. 98, Cohen, Schenkung v. Todeswegen S. 118. Nach Bechmann, Kauf II S. 488 Anm. kann l. 44 §. 2 cit. nicht von einer resolutiven, „sondern nur von einer nachgeschleppten suspensiven Bedingung verstanden werden". Anders Hölder, Pand. S. 254 oben.]

wiſſe Art der Bedingungen handle, und zwar um jene Art, welche von den Unſrigen durch den Namen „Reſolutivbedingung“ im Gegenſatz zur Suspenſivbedingung ausgedrückt zu werden pflegt, indem hier nicht wie dort der Anfang oder das Exiſtentwerden, ſondern nur das Ende, oder die Fortdauer, oder das Exiſtentbleiben ins Ungewiſſe verſtellt ſei[5]). Nicht fernab liegt, wiederum vornehmlich bei der zweiten Formel, auch der Gedanke, daß hier zwei Geſchäfte da ſeien, nicht eines: ein erſtes, unbedingtes, auf Errichtung, ein zweites, bedingtes, auf Wiederaufhebung[6]).

Indeſſen, wenn mit dem Eintritt einer Bedingung ein Geſchäft als nichtexiſtent gilt, dann iſt bis zum Entſcheid auch im Ungewiſſen, ob es exiſtent ſei, mithin in der auf Nichtexiſtenz gerichteten Bedingung ſtillſchweigend eine auf Exiſtenz

---

5) vgl. neben Savigny, Syſtem III §. 120 Sell, bedingte Traditionen S. 183, Zimmern, Arch. f. civ. Pr. V S. 234, ſämmtliche Compendien, z. B. Puchta, Vorleſungen §. 61, Böcking, §. 111, d, Arndts §. 67, Keller §. 51, Vangerow §. 96, Wächter, w. Privatr. II §. 92, Unger, öſterr. Privatr. §. 82, II, 3, Sintenis, pract. gem. Civilr. §. 20 II und Inhaltsüberſicht, [Ihering in ſ. Jahrb. X S. 544 („nicht das Geben der Sache, ſondern das Entziehen iſt an die Bedingung geknüpft“; „dieſe Geſtalt der Sache“ ſei „die allein römiſche“: wogegen unten nach Anm. 7) S. 569 fg., Köppen ebendaſelbſt XI S. 190, Puntſchart, Fundam. Rechtsverhältniſſe S. 340, Hölder, Pand. S. 255 für dieſe und gegen die folgende Conſtruction.]

6) Windſcheid §. 86 letzter Abſ.: „Die Willenserklärung, welcher die Bedingung hinzugefügt wird ... kann namentlich auch gerichtet ſein auf Wiederaufhebung des durch eine andere gleichzeitige Willenserklärung erzeugten Rechtsverhältniſſes“; und ähnlich Thibaut, civ. Abhh. S. 361, welcher die auflöſende Bedingung ebenſo zu einer Bedingung des Nebengeſchäftes wie die aufſchiebende zu einer des Hauptgeſchäftes macht. Desgleichen [Ihering, Geiſt des römiſchen Rechts III Anm. 210,] Scheurl a. a. O. S. 110 erſter Abſatz, [ähnlich Köppen, Ihering. Jahrb. XI S. 269. 270, Schulin, Reſolutivbedingungen S. 38. 43 fg. vgl. oben Anm. 3, Czyhlarz, Reſolutivbedingung S. 27—31 anerkennend, „daß man nach dieſer Auffaſſung eigentlich von einer Reſolutivbedingung nicht ſprechen kann“, und (S. 31. 35 fg.) nach dem Vorgang von Römer, Bedingte Novation S. 337 in der Reſolutivbedingung einen (bedingten) contrarius consensus erblickend; faſt ebenſo und mit conſequenter Weiterentwicklung Adickes, Bedingungen S. 40 fg. (die ſ. g. Reſolutivbedingung iſt mit dem Begründungsgeſchäft untrennbar verbundenes bedingtes Aufhebungsgeſchäft), Karlowa, Rechtsgeſchäft S. 95 fg., Bechmann, Kauf II S. 488 fg. S. 498 Anm. 1. Dagegen aber Unger a. a. O. §. 82 Anm. 30a und Wendt, d. Lehre v. bed. Rechtsgeſchäft S. 2. 3. 84. Mehrere Literatur und Dogmengeſchichte bei Schulin a. a. O. S. 51—57, principielle Kritik bei Hölder, M. Vierteljahresſchr. Bd. 18 S. 189—93.]

für den entgegengesetzten Fall enthalten; gleichwie umgekehrt in der auf Existenz gerichteten Bedingung eine auf Nichtexistenz für den entgegengesetzten Fall verborgen ist. Statt zu sagen: „es soll gekauft sein, außer wenn ein besseres Gebot erfolgt", konnte man setzen: „wenn kein besseres Gebot erfolgt, soll gekauft sein"; — die Ungewißheit, das Wesen der Bedingung, ist dieselbe; nur die Form der Fragestellung ist eine andere[7]).

Sabinus hat darum von unserer heutigen Unterscheidung in Suspensiv- und Resolutivbedingungen nichts wissen wollen, und in der in diem addictio und lex commissoria, sie mochten gefaßt sein wie sie wollten, schlechthin nichts anderes als die eine, gemeine Bedingung erblickt (l. 2 §. 3. §. 4 D. pro emt. 41, 4 „alii et hanc sub conditione esse contractam" —)[8]). Julianus dagegen meinte, „non (sub conditione) contrahi, sed resolvi", emtio sei „pura" (§. 4. §. 5 eod.)[9]); nach ihm Ulpian: „erit pura emtio, quae sub conditione resolvitur" (l. 2 pr. D. in d. add. 18, 2, cf. l. 2 §. 1. l. 4 pr. eod.). Ob noch eine dritte Meinung bestund, nach welcher jene Gedinge überhaupt keine Bedingungen, sondern nurmehr pacta conventa waren, ist zweifelhaft[10]). Jedenfalls erscheint die Julianische Meinung

7) Bd. III §. 427 Anm. 48a am Anfang. Hiemit berühren sich, jedoch ohne von Sabinus und Julian Notiz zu nehmen, Salkowski, Novation S. 442 [und Wendt a. a. O. S. 2, entfernter Reurecht II S. 46—57, Pand. §. 52 g. E.]

8) [Bechmann, Kauf II S. 507 Anm. 4 zu l. 11 pr. D. in d. add. 18, 2 (prioris emtoris statim fit): „Sabinus hat hier offenbar das bedingt construirte Geschäft im Auge".]

9) [Vgl. auch die quaestio inter Cassium et Julianum l. 11 §. 12 in f. D. quod vi aut cl. 43, 24.] Ein anderer Fall, in dem Julianus, ein Sabinianer, gegen Sabinus auftrat: Gai. II, 218 vgl. Arndts in Glücks Commentar Bd. 16 S. 39 [und des Weiteren Buhl, Salvius Julianus I S. 36. 37. Zu Ulpians Referat über Julian in l. 2 §. 1 cit. s. Kipp, M. Vierteljahrsschr. Bd. 35 S. 490. Zur Geschichte der Resolutivbedingung bei den Römern s. Czyhlarz a. a. O. S. 37 Anm. 5—8. Mit Letzterem S. 46 in l. 4 C. aedil. act. 4, 58 die Worte sub condicione mit resolvi (statt mit venditum) zu verbinden, ist unmöglich.]

10) — sed videamus, utrum condicio sit hoc, an conventio: Paulus in l. 2 §. 3 D. pro empt. 41, 4 cit. cf. l. 8 D. lege com. 18, 3 (Scaevola): — pactus est ut arrham perderet et inemtae villae essent; und l. 5 C. pact. inter emt. 4, 54. S. dagegen denselben Paulus in l. 2 §. 4 D. pro empt. 41, 4 cit. in f.: ille (Julianus) non (sub condicione) contrahi, sed resolvi dicebat; quae sententia vera est. S. auch Bd. II §. 325a Anm. 53. — [In „utrum condicio sit hoc an conventio" (l. 2 §. 3 cit.) erblickt hingegen Schulin, Resolutiv-

im Corpus Juris recipirt, und iſt dann wie ſchon gezeigt ganz überwiegend die der Unſrigen[11]).

Weiter unten (§. 545) wird ſich aber zeigen, daß ein Geſchäft, welches mit dem Eintritt ſeiner Bedingung nichtexiſtent ſein ſoll (reſolutiv bedingtes Geſchäft), eintretenden Falles von Anfang an nicht exiſtirt; daß alſo bei dem ſ. g. reſolutiv bedingten Geſchäft im Ungewiſſen iſt, nicht blos ob es ſein wird, ſondern auch ob es iſt oder war[12]). Angeſichts der Möglichkeit, daß es nicht ſei, und in ſo lange als dieſe Möglichkeit währt, iſt aber ein Geſchäft unmöglich perfect. Mithin iſt die recipirte Meinung, daß das reſolutiv bedingte Geſchäft perfect ſei, entweder unrichtig[13]), oder die Perfection hat hier nicht die Bedeutung einer über alle Ungewißheit erhabenen Exiſtenz des Geſchäftes.

Indeſſen, wie dem immer ſei, ſo war die Controverſe kein bloßer Wortſtreit, ſondern von erheblich praktiſchem Belang[14]). Aus gemein bedingtem Kauf wurde der Käufer trotz Tradition nicht Eigenthümer[15]); denn die für den Eigenthumsübergang

---

bedingungen S. 49 die Frage, ob Suspenſiv- oder Reſolutivbedingung anzunehmen ſei. Das Nämliche ſcheint die Auffaſſung von Hölder, Pand. S. 254 zu ſein.]

11) Bd. II §. 325a Anm. 47. Bei Windſcheid kommt jene Conventionaltheorie zum Vorſchein a. a. O. und §. 91, 3. Abſ. [Nach Schulin a. a. O. S. 57 waren die römiſchen Juriſten vollſtändig einig über den Begriff der Reſolutivbedingung, und ihre erwähnten Meinungsverſchiedenheiten bezogen ſich nicht auf dieſen Begriff, ſondern auf durch die Zweideutigkeit der Faſſung gegebener Geſchäfte hervorgerufene Zweifel darüber, ob Suspenſiv- oder Reſolutivbedingung intendirt ſei. Dieſe Annahme iſt unvereinbar mit l. 2 §. 3. §. 4 D. pro emt. 41, 4 citt., vgl. Anm. 27. Näher den Quellen iſt Bechmanns (Kauf II S. 503) Auffaſſung der römiſchen Controverſe über die in diem addictio, inſofern er ſchlechthin eine ältere und eine jüngere Conſtruction (Suspenſivbedingung — Vorbehalt) unterſcheidet.]

12) Bd. II a. a. O., vgl. Scheurl a. a. O. S. 232 und S. 110 Abſ. 2.

13) Bd. II §. 327a Anm. 3.

14) [Nach Eiſele, Jher. Jahrb. Bd. 23 S. 143. 144 führt die Verneinung der Perfection zur Verneinung der Frage, „ob der unter einer Reſolutivbedingung eingeſetzte Erbe pendente condicione mit rechtlicher Wirkung antreten könne"; auch bei Annahme vorläufiger Perfection (unten S. 145 al. 2) ſei das Erbewerdenkönnen fraglich. Nach der recipirten Anſicht von der Reſolutivbedingung hingegen ſei der Antritt unbehindert.]

15) arg. l. 4 §. 3 in f. D. in diem add. 18, 2 — quod emtor medio tempore dominus est —.

unentbehrliche causa (oben §. 534 Anm. 14) war in Schwebe; eben darum ward er denn auch nicht Frucht- und Accessions-Erwerber, nicht Usucapient, wenn der Verkäufer selbst nicht Eigenthümer gewesen[16]), nicht dinglich[17]), vielleicht nicht einmal possessorisch klagberechtigt[18]), aber auch nicht für den casus haftbar[19]); das Umgekehrte von all dem war die Folge, wenn der Kauf perfect schien[20]). Endlich konnte, wenn ein derartig bedingtes Geschäft jemals ohne sofortige Tradition vorkam (Anm. 23), letzterenfalls auf Vollzug geklagt werden, ersterenfalls nicht.

Wer also lehrte, daß bei resolutiv bedingtem Kaufe das Geschäft perfect sei, der wollte Eigenthum und Usucapion, aber auch alle Gefahr beim Käufer[21]); es ist wohl denkbar, daß diese practischen Motive zur Aufstellung der Perfection, nicht umgekehrt die Perfectionstheorie zu dieser Praxis führte. Ferner läßt sich auch denken, warum man überall da, wo die Bedingung resolutiv (auf Nichtexistenz) lautete, die Sache gewissermaßen lieber auf den Conto des Käufers als den des Verkäufers schrieb. Denn schon die Form, in der hier gehan-

16) l. 4 pr. D. in d. add. 18, 2. l. 2 §. 2 — §. 4 D. pro empt. 41, 4. l. 8 pr. D. per. et com. 18, 6, [vgl. unten §. 544 Anm. 19. Bechmann, Kauf II S. 401/2, Appleton, Propriété prétorienne I p. 147—51.]

17) l. 41 pr. D. r. v. 6, 1. [Schirmer, M. Vierteljahresschr. Bd. 32 S. 492. 493.]

18) l. 38 §. 1 D. a. vel a. p. 41, 2. Scheurl a. a. O. §. 35 (S. 141 fg.), [hiegegen Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 266. 267.]

19) arg. l. 2 §. 1 D. in d. add. 18, 2.

20) ll. citt. [Hingegen sucht Schulin, Resolutivbedingungen S. 144—56, 164—79, 180—82 darzuthun, daß der Verkäufer pendente condicione resolutiva mangels Zahlung oder Creditirung des Preises das Eigenthum der tradirten Sache behalte, vgl. unten §. 545 Anm. 32. Zustimmung bei Höider, M. Vierteljahresschr. Bd. 18 S. 197, ebenso und mit einigen neuen Argumenten bei Appleton, Propriété prétorienne II p. 233 — 303. Widerspruch bei Karlowa, Rechtsgeschäft S. 101—7, s. auch Bechmann, Kauf II S. 505 Anm. 3. 4. S. 521. 529 Anm. 3 a. E.]

21) s. Julian in l. 11 §. 10 D. quod vi aut cl. 43, 24 — fundo enim in diem addicto et commodum et incommodum omne ad emptorem, inquit, pertinet, antequam venditio transferatur. Vgl. §. 545 bei Anm. 43.

delt wurde, ließ die Nichtexiſtenz als bloße Ausnahme, oder die Exiſtenz als das Nächſtliegende erſcheinen (oben bei Anm. 2). Ferner kommen die vier Reſolutivbedingungen, deren die Quellen (ſämmtlich beim Kaufe) ſpeciell Erwähnung thun[22]) zumeiſt in Verbindung mit Hingabe der Sache vor[23]). Bei der lex commissoria iſt das Gegentheil nicht „ſehr wohl"[24]) denkbar: denn wie ſoll ein Käufer dazu kommen, ſeine Anzahlung aufs Spiel zu ſetzen, ohne daß er vom Verkäufer irgend etwas bekommt[25])? Die in diem addictio iſt ohne Ausantwortung der Sache denkbar: allein der Schluß der Formel[26]) und der Name addictio ſelbſt verweiſen auf einen Vorgang, der die Grenzen der Obligatio überſchreitet. Während die lex commissoria den Vertretern der Perfectionstheorie ſchlechthin Reſolutivbedingung, den Anderen ſchlechthin die gemeine Eine Bedingung zu ſein ſchien[27]), war die in diem addictio auch jenen zuweilen die gemeine ſuspenſive Bedingung: je nach der

22) Bd. II §. 325a Anm. 49; zur in diem add. ſ. auch Bd. III §. 453 Anm. 17 (nebſt dem hübſchen Fall der l. 50 D. j. f. 49, 14). Bd. II §. 331 bei Anm. 13. §. 333 bei Anm. 12. Auf die Möglichkeit weiterer Fälle verweiſen l. 11 §. 13 D. quod vi aut cl. 43, 24 — ut si aliquid evenisset, inemtum esset praedium —. l. 19 D. usurp. 41, 3: Si hominem emisti, ut, si aliqua condicio extitisset, inemptus fierit —. [l. 7 C. pactis inter emptorem 4, 54 (Bd. II §. 325a Anm. 55 a. E.. wo data ſtatt certa zu leſen iſt); vielleicht l. 13 pr. D. pign. act. 13, 7 (Bd. II §. 318 Anm. 30 und beſonders Appleton l. c. II p. 263—66). S. auch Bd. I §. 134 bei Anm. 13.]

23) vgl. Thibaut, civ. Abhh. S. 361. 380, Sell a. a. O. S. 182, Zimmern a. a. O. S. 247, Goldſchmidt, Zeitſchr. f. Handelsrecht I S. 115 fg. Bei der in d. addictio einmal precariſtiſche Hingabe: l. 11 §. 12 D. quod vi aut cl. 43, 24. [Cohen, Schenkung v. Todesw. S. 118 findet die Reſolutivbedingung auf die Verbindung mit datio beſchränkt „wie ſie auch bei dieſer nur Bedürfniß iſt".]

24) Goldſchmidt a. a. O. S. 116.

25) S. 483/84 der 1. Aufl. und oben Bd. II §. 325a Anm. 44—46 (vgl. §. 307a Anm. 7), [nebſt l. 10 §. 1 D. resc. vend. 18, 5 (omnis pecunia).]

26) — quo res a domino abeat — l. 1 D. in d. add. 18. 2. [Jedoch ſ. wegen des Sinnes dieſer Worte Schulin a. a. O. S. 160—63.]

27) l. 2 §. 3 D. pro empt. 41, 4: Sabinus, si sic empta sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia. [Dieſer Stelle entnimmt Schulin, Reſolutivbedingungen S. 141 — im Gegenſatz zu ſeiner in Anm. 11 berichteten Meinung — „daß Sabinus in jeder lex com. wirklich eine Suspenſivbedingung erblickte".]

Absicht des Geschäftes[28]). Ohne Zweifel kam dabei vor allem die Fassung des Geschäftes in Betracht[29]); allein wenn diese unentscheidend war, dürfte man auf die Tendenz einer bloßen Suspensivbedingung vornehmlich dann geschlossen haben, wenn die Uebergabe weder sofort erfolgt, noch eigens bedungen war[30]). Allerdings kann die Bedingung trotz Uebergabe suspensiv sein[31]); allein daraus folgt nicht, daß Geschäfte, deren Vollzug vor dem Entscheid nicht gewollt ist, eben so leicht resolutiv sein können. Dotis promissio war an und für sich so perfect wie dotis datio; allein während diese als Gabe noch vor der Ehe perfect sein konnte (S. 121, b. Bd. III §. 472 Anm. 4), ja sogar als das präsumirt wurde[32]), war jene vor Eintritt der Ehe als Versprechen so unperfect wie als dotis constitutio (Bd. III §. 482 Nr. IV. S. 733), kaum aus einem anderen Grunde, als weil man die Tendenz einer Resolutivbedingung bei Geschäften, welche nicht sofort zum Vollzuge kommen sollten, nicht zu denken gewohnt war. — Der Kauf „nach Gefallen" kann suspensiv und resolutiv bedingt (auf si placuisset und nisi displicuisset gefaßt) sein[33]), die Sache dann auch bei suspensiver Fassung hingegeben werden[34]); eines Falles dagegen, wo die Bedingung resolutiv gefaßt, die Sache aber gleichwohl beim Verkäufer wäre, scheint nirgends gedacht zu sein; wofern das Besitzverhältniß überhaupt in Frage kommt, ist die Sache beim Käufer[35]). Nur beim Kauf ad gustum (Weinkauf — Kauf auf Probe) behält der Verkäufer vorerst auf Lager[36]), wenn

28) l. 2 pr. D. in diem add. 18, 2.

29) vgl. l. 3 D. c. e. 18, 1: Si res ita distracta sit, ut si displicuisset, inemta esset, constat non esse sub condicione distractam —.

30) vgl. die bei Goldschmidt a. a. O. S. 117 Anm. 15 Agff. — dagegen Goldschmidt S. 115 und a. a. O.

31) z. B. l. 2 §. 5 D. don. 39, 5. Goldschmidt S. 115 Anm. 8. 9.

32) l. 8 D. j. d. 23, 3. l. 1 §. 2 D. pro dote 41, 9. Goldschmidt a. a. O. S. 116 Anm. 13.

33) Goldschmidt a. a. O. §. 4 J. emt. 3, 23; l. 3 D. c. e. 18, 1.

34) l. 20 §. 1 D. praescr. verb. 19, 5.

35) l. 2 §. 5 D. pro emt. 41, 4. l. 3 D. quib. mod. pign. solv. 20, 6. l. 11 §. 13 D. quod vi aut cl. 43, 24. l. 4 C. aedil. act. 4, 58.

36) arg. l. 4 pr. D. peric. et com. 18, 6: Si ... per venditorem

die Bedingung gleich vorwiegend reſolutiv iſt[37]). Allein das geſchieht nicht etwa retentionshalber, als ob der Verkäufer nicht lieber ſofort abgäbe, ſondern dem Käufer zu Gefallen[38]); unmöglich kann dieſer zuerſt abführen, und dann erſt koſten wollen.

Außer der Faſſung des Geſchäftes kann alſo der Anblick vorgreifenden Vollzugs die Aufſtellung der Perfection nach ſich gezogen haben. Hätte ſich eine Trennung zwiſchen der Eigenthumshingabe und ihrer causa beim Kaufe ebenſo durchführen laſſen, wie bei der dotis constitutio und der mortis causa donatio, dann würde ſich die Behauptung einer ſofortigen Perfection vielleicht auch hier auf die Eigenthumsübertragung beſchränkt haben[39]). Allein ſolch eine Trennung war hier nicht möglich; im Kaufe lag nichts was ſich als causa ob quam (futura) der gegenwärtigen Leiſtung entgegenſetzen ließ.

Mit all dem wird nun aber blos klarer, wie man zur Aufſtellung der Perfections- oder Reſolutionstheorie kam; die Sache ſelbſt, daß ein Geſchäft, von welchem ungewiß iſt, ob es exiſtire oder nicht, dennoch ein pures, perfectes, oder unbedingtes ſein ſoll, iſt noch nicht gerechtfertiget. Allem Anſchein nach iſt ihre Rechtfertigung auch nicht möglich. Denkbar iſt nur, daß ein ſolches Geſchäft *vorläufig wie ein perfectes behandelt werde*. In Fällen, wo die Parteien die Nichtexiſtenz des Geſchäftes als bloßen Ausnahmsfall hinſtellten, oder die Exiſtenz voranſtellten, und trotz der möglichen Nichtexiſtenz auf ſofortigen Vollzug handelten, da mochte das Geſchäft trotzdem ſein Daſein noch im Ungewiſſen war, vor-

---

steterit, quominus degustarentur — §. 1: Si aversione vinum venit, custodia tantum praestanda est. Ex hoc apparet, si non ita vinum venit, ut degustaretur etc. l. 16 (15) eod. — antequam ab emtore tollerentur — . Cato r. r. cap. 148 — quot dies per dominum mora fuerit. — Vinum accipito ante K. Jan. — si non acceperit — ad metietur. — Si ante non deportaverit —. Goldſchmidt a. a. O. S. 107 Anm. 65.

37) Goldſchmidt a. a. O. §§. 6 — 8 und beſonders arg. l. 4 pr. cit.: „quasi sub condicione venierint“.

38) Cato l. c.: — Locus vinis ad K. Octobres primas dabitur. Si ante non deportaverit, dominus vino quid volet faciet.

39) [ſ. jedoch auch l. 139 §. 1 D. r. j. 50, 17: Non videtur perfecte cuiusque id esse, quod ex casu auferri potest.]

läufig, mit allen Consequenzen der Perfection, als ein perfectes gelten, oder was eins ist, als unbedingtes behandelt werden. Ein blos vorläufiger Vollzug statt eines definitiven, eine blos provisorische Perfection statt einer definitiven ist uns also der wahre Charakter des resolutivbedingten Geschäftes[40]). Jene praktischen Consequenzen, welche das resolutivbedingte Geschäft nach dem recipirten Rechte hat, lassen sich gleichmäßig denken, ob die Perfection eine blos provisorische oder definitive sei; daß aber das Geschäft im Falle der eintretenden Bedingung nicht und nie gewesen (§. 545), ein Satz, der ursprünglichen, volksthümlichen und so positiven Rechtes ist als die Perfection, das läßt sich, wenn die Perfection eine definitive sein soll, nicht mehr denken[41]).

§. 541.

Arten.

1. Verschiedene Arten der Bedingung sind die s. g. Suspensiv- und Resolutivbedingungen, insoferne sie der Form nach, und wenn man der recipirten Ansicht folgt, auch der Perfection nach auseinandergehen (§. 540).

2. Die Bedingung ist casualis, potestativa, oder mixta, je nachdem sie ganz, oder theilweise, oder gar nicht in der Macht desjenigen gelegen ist, der durch ihren Eintritt oder Nichteintritt berechtiget werden soll[1]). Blos logisch betrachtet ist kein Grund ersichtlich, warum man denselben Unterschied nicht auch vom Standpunkt desjenigen, der durch den Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung belastet wird, sollte machen können[2]); zum Ueberfluß wird durch l. 3 D. leg. II. bestätiget,

---

40) [wegen des Provisoriums s. auch Bechmann, Kauf II S. 490 Nr. 3.]

41) vgl. Bd. II §. 327a Anm. 3.

1) l. un. §. 7 C. cad. toll. 6, 51. Wächter, w. Privatr. II §. 92 Anm. 10. Arndts §. 67. Unger, österr. Privatr. §. 82 II, 2. Sintenis, pract. gem. Civilr. §. 20, III, 2 Anm. 45. Böcking §. 111 h. [Bekker, Syst. §. 115 Note y, nebst Hölder, Pand. S. 260 Nr. 2. Vgl. auch oben Bd. II §. 276 Anm. 2.]

2) Windscheid §. 89 Anm. 14. [Gegen denselben Dernburg I §. 106 Anm. 4.]

daß eine Bedingung auch in der Macht (in potestate) des Onerirten gelegen ſein kann. Allein in eben dieſer Stelle ſteht die Poteſtativität nicht der Caſualität, ſondern der bloßen Willkür gegenüber (Bd. III §. 371 Anm. 3—6. §. 425 Anm. 2—4); wo ſie der Caſualität gegenüberſteht, wird allenthalben, beſonders im Notherbrecht (Bd. III §. 378 Anm. 16, II) von dem zu Berechtigenden ausgegangen.

Eine eigenthümliche Verwendung der Bedingung liegt in der Poenalſtipulation, indem ſie ein Thun oder Laſſen, das man unmittelbar nicht ſtipuliren kann[3]) oder will[4]), in conditionem ſtatt in obligationem deducirt, hier ein Thun und dort ein Laſſen zur Bedingung einer Schuld (poena) macht, und ſo vom Standpunkte des Belaſteten aus das Anſehen eines poteſtativ-, von dem des Erwerbers aus das eines caſualbedingten Geſchäftes erhält. Aber im Gegenſatze zu ſonſtigen bedingten Geſchäften iſt dieſes darauf angelegt, den Eintritt der Bedingung wo möglich zu verhindern[5]). Letztwillige Geſchäfte, derart bedingt (poenae nomine relicta, ademta, in alium translata, heredis adjectio), ſollten gar nicht gelten, wurden aber durch Juſtinian giltig[6]).

3. Iſt der Fall, auf den die Bedingung geſtellt wird, etwas poſitives: ein ſein oder geſchehen werden, ſo ſpricht man von affirmativen, — iſt er etwas negatives: ein nicht ſein oder nicht geſchehen werden, ſo ſpricht man von negativen Bedingungen[7]). Ob von dem Eintritt der Bedingung die Exi-

3) §§. 19. 21 J. inut. stip. 3, 19. [Dawider Seeler, Conventionalſtrafe S. 23—70.]

4) z. B. l. 71. l. 137 §. 7 cf. l. 85 §. 3 cf. l. 75 §. 7. l. 38 §. 1. §. 2 D. v. o. 45, 1. — [Seeler a. a. O. S. 7—22 weiſt nach, daß eine Poenalſtipulation vorhanden war nur als Nebenvertrag eines Hauptvertrags, der jenes Thun oder Laſſen in obligationem deducirte.]

5) vgl. unten §. 543 Anm. 10.

6) §. 36 J. legat. 2, 20 cf. D. de his quae poenae causa rel. 34, 6. l. un. C. eod. 6, 41. [Bd. III §. 412 Anm. 3 und S. 429. Fitting, Arch. f. civ. Prax. Bd. 56 S. 404—412 und hier oben §. 539 Anm. 11. 12.]

7) z. B. l. 3 D. leg. I. l. 7 pr. l. 67 D. h. t. 35 1. [Vgl. Bd. III S. 409. 410. Scrupel wegen der Unterſcheidung von affirmativer (poſitiver) und negativer Bedingung bei Bekker, Syſt. §. 115 Beil. IV, Beſchwichtigung und Discuſſion bei Hölder, Pand. S. 259.]

stenz oder Nichtexistenz des Geschäftes abhängt, darauf kommt hier nichts an: die Nichtexistenz kann ebensowohl von einer affirmativen (§. 540 Anm. 3: „si melior conditio allata fuerit, res inemta esto"), als die Existenz von einer negativen Bedingung abhängen.

Die nothwendigen (omnimodo extaturae), die unmöglichen, die auf Gegenwart oder Vergangenheit gestellten, und die kraft Rechtens gesetzten Bedingungen bilden gegenüber den nicht nothwendigen ꝛc. keine Arten der Bedingung; sie fallen nicht unter, sondern außer unsere Bedingung (§. 538. §. 539)[8]).

§. 542.

Pendenz.

So lange der Fall, auf dessen Eintritt oder Nichteintritt hin die Existenz oder Nichtexistenz des Geschäftes gewollt ist (gehandelt oder nicht gehandelt sein soll), noch nicht entschieden ist, kann von einer Perfection des Geschäftes entweder schlechthin nicht[1]), oder (bei den s. g. Resolutivbedingungen) nur im Sinne einer vorläufigen oder provisorischen Perfection die Rede sein[2]). So unperfect aber das Geschäft bei schwebender Bedingung auch ist, so wenig ist es währenddem nichts oder nichtig[3]). Denn ein Geschäft, aus dem noch etwas werden kann, insonderheit ein Geschäft, das nurmehr eines äußeren Ereignisses bedarf, um in Kraft zu treten[4]), ist nicht nichts. Es

8) vgl. Scheurl a. a. O. §§. 25—27 „Scheinbedingungen" und oben §. 536 Anm. 52 a. E.

1) [vgl. Bekker, System §. 96 f und Beil. II A, a.]

2) Oben §. 540 a. E. [Vgl. auch l. 169 §. 1 D. r. j. 50, 17: Quod pendet non est pro eo quasi sit.]

3) [vgl. Bd. II §. 282 Anm. 12 am Anf. und andererseits die „lediglich in der Luft hängenden Forderungen": §. 352 Anm. 4. Sehr entschieden und ausführlich gegen das „Nichts" Wendt, bed. Rechtsgeschäft S. 7—95, der aber so weit geht zu behaupten (S. 5), „daß, sobald nur alle Wirkungen der pendens cond. gehörig erkannt sind, für eine Rückwirkung der erfüllten Bedingung kein Raum mehr bleibt". (Vgl. unten bei Anm. 21). Indem er jedoch durch die deficiens cond. alle eingetretenen Wirkungen, wie es scheint, ex tunc annullirt werden läßt, überträgt er blos die Retrotraction von der erfüllten auf die vereitelte Bedingung. Zur Kritik von Wendt s. auch Ryck, Schuldverhältnisse S. 138.]

4) Nach einer Andeutung am Rande eines Handexemplars würde der Verf. den Worten „aus dem noch ... in Kraft zu treten" vielleicht vorge-

ist namentlich gegenüber demjenigen, der es errichtet und die Bedingung gestellt hat, nicht nichts; denn unabhängig von ihm und seinem Willen, ja gegen seinen Willen, kann es erstehen und wirksam werden. Von einer Widerrufbarkeit durch ihn kann keine Rede sein[5]); sonst würde das Geschäft von ihm, nicht dem äußeren Ereigniß (ex postfacto) abhängen. Zwar gibt es bedingte Geschäfte, die pendente conditione widerrufen werden können; allein diese sind von der Art, daß sie, wenn unbedingt errichtet, nicht minder widerrufen werden können, die Widerruflichkeit also aus etwas anderem als der Bedingtheit herleiten[6]).

In dem Begriffe der Pendenz liegt darnach nicht blos das Negative der Ungewißheit, ob der Fall eintreten ꝛc. und das Geschäft existent oder nichtexistent sein werde, sondern auch das Positive einer Gebundenheit[7]). An diese schließen sich dann weitere Folgen an:

zogen haben die Fassung: „das vielleicht schon ist, von dem kann man nicht sagen, daß es nichts sei".

5) Ein Widerruf läge in der Vindication bei der bedingten Tradition, gegen welche Vindication exc. doli s. in factum: l. 7 §. ult. in f. D. j. d. 23, 3 cf. l. 2 §. 1 D. v. o. 45, 1. [S. Bd. I §. 169 Anm. 17 und Brinz, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 343 Anm. 25.]

6) letztwillige einseitige Verfügungen: Bd. III §. 376 Anm. 13. §. 377 B, I, 3. §. 380 Anm. 15. §. 429 Anm. 20 fg., absonderlich Anm. 39. Mandat und Societät: Bd. II §. 334 Anm. 50. 51 vgl. 33. §. 335 Anm. 46 fg.

7) [Ueber dieselbe in weiterem Zusammenhang, aber mit anderer Auffassung der Bedingung Ihering in seinen Jahrb. X S. 458 fg., gegen die Gebundenheit Köppen ebenda XI S. 265. An die Stelle der Willensgebundenheit setzt — nach dem Vorgang von Fitting, Rückziehung S. 67 fg. — Wendt a. a. O. S. 114 die Sachgebundenheit, während nach Ihering a. a. O. S. 529 fg. die römische Jurisprudenz bei der bedingten Tradition (im Gegensatz zum bedingten Vindicationslegat) über eine persönliche Gebundenheit des Tradenten nicht hinausgekommen ist. Die Gleichstellung mit dem Legat sei Werk der modernen Jurisprudenz. „Diese rechtliche Gebundenheit der Parteien bezüglich des Eintritts der (zunächst oder eventuell) beabsichtigten Rechtswirkungen" nennt Karlowa, Rechtsgeschäft S. 6. 7 „die Existenz oder den Bestand des Rechtsgeschäfts" (vgl. oben §. 522 Anm. 18), wie Windscheid §. 89 Anm. 3 vgl. Anm. 4 betonend, daß diese rechtliche nicht blos eine obligatorische Gebundenheit sei; jedoch s. auch Karlowa S. 93 Anm. und Eisele, Arch. f. civ. Prax. Bd. 50 S. 321. Wegen der „Gebundenheit" überhaupt s. noch Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse §. 8 und S. 98 fg. 103 fg. und Siméon, befristetes Rechtsgeschäft S. 78—90, gegen die „Gebundenheit" Ryck, Schuldverhält-

I. Für denjenigen, der aus dem Geschäft erwerben soll. Für diesen hat das bedingte Geschäft dadurch, daß es nurmehr von einem gewissen Falle abhängt, einen schon näher gegründeten Hoffnungswerth[8]). Darum sind Cautionen auch für bedingte Forderungen möglich[9]), und für bedingte Vermächtnisse so gut wie für unbedingte nothwendig (Bd. III §. 428 Nr. 1); nicht für unbedingte Forderungen überhaupt, sondern nur für unbedingte Vermächtnisse sind[10]) Cautionen nothwendig; darum hat es keinen Grund, für bedingte Forderungen überhaupt Cautionsnothwendigkeit zu postuliren[11]). Selbst der Satz, daß „bei Willenserklärungen unter Lebenden in dieser Beziehung alles mehr in das Ermessen des Richters gestellt ist“[12]), scheint bedenklich; denn l. 38 pr. D. pro soc. 17, 2 und l. 41 D. jud. 5, 1 dürften beide von Contracten gemeint sein, welche bedingungslos abgeschlossen und schon jetzt klagbar, allein immer noch nicht völlig abgewickelt sind[13]). Aber nur

nisse S. 135—37, Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 162 fg. S. 385 fg. S. 413 fg. Pendenz ohne Gebundenheit z. B. in l. 3 §. 5 D. statul. 40, 7.]

8) vgl. §. 4 J. v. o. 3, 15. l. 54 D. v. s. 50, 16. [l. 8 §. 1 D. quaest. 48, 18. l. 17. l. 19 D. her. vel act. vend. 18, 4. l. 43 §. 2 D. j. d. 23, 3 (eine condicionalis obligatio, quae in dotem conversa est). l. 3 C. don. 8, 53 cf. l. 14 pr. in f. D. cond. furt. 13, 1. Bd. III §. 417 Anm. 4. 14. 48. Bd. II §. 281 c Anm. 12. Wendt a. a. O. S. 31 fg. Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 167 Anm. 67 fg.]

9) l. 5 pr. D. pign. 20, 1 (Bd. II §. 352 Anm. 7). l. 8 §. 7. [l. 70 pr. D. fidej. 46, 1 (oben §. 538 Anm. 5). Jhering in s. Jahrb. X S. 486 Anm. 104. Wendt a. a. O. S. 38 fg. — Die Bd. III S. 197 sub 3 behandelte bon. poss. sec. tab. des bedingt Eingesetzten ist nach Wendt, bedingtes Forderungsrecht S. 25 (S. 36. 39) „das Institut, durch welches dessen Anspruch auf Caution realisirt wird“. S. ferner l. 12 D. qui sat. cog. 2, 8, endlich Bd. II §. 257 Anm. 21 a. E.]

10) aus dem in l. 1 §. 2 D. ut legat. serv. 36, 3 genannten Grunde.

11) vgl. Arndts §. 70 Anm. 4, b. Scheurl a. a. O. S. 132 gegen Schönemann, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. 19 S. 15. [Wendt, das bedingte Forderungsrecht S. 11. 17/18. 20. 24, sogar für die cond. iuris: „der Inhalt des bedingten Rechts ist der Anspruch auf Sicherstellung“; hiegegen Adickes, Bedingungen S. 127 bei Anm. 5 und Höfder, Pand. S. 262 Anm. 1.]

12) Windscheid §. 89 Anm. 13. — [S. ferner oben Bd. II §. 335 Anm. 60. Wächter I S. 390 sub b nebst Konkursordnung §. 60 und Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 579—91 Beil. I „das Recht bedingter Gläubiger zur missio in bona und zur Theilnahme am heutigen Konkurse“.]

13) vgl. Bd. II §. 217 Nr. 1 (S. 36. 37); wegen l. 13 §. 5 D. pign. 20, 1 s. Windscheid a. a. O. [und oben Bd. II §. 351 Anm. 28 u. 34, §. 354 Anm. 7, vgl. unten §. 551 Anm. 32. 33.]

Cautionen ſind zu Gunſten des bedingt Berechtigten möglich; Actionen auf Erfüllung ſelbſt ſind ſelbſtverſtändlich und grundſätzlich nicht möglich[14]).

II. Der Gebundene ſelbſt darf ſeine Gebundenheit nicht vereiteln dadurch, daß er die Erfüllung der Bedingung, durch deren Eintritt das Geſchäft exiſtent werden ſoll, verhindert[15]). Aber die Gebundenheit hier kann ihm Freiheit anderwärts verſchaffen: dann nämlich, wenn er eine unbedingt eingegangene Schuld auf Geheiß des Gläubigers einem Andern bedingt promittirt hat; pendente conditione kann er aus der unbedingten Forderung nicht belangt werden[16]).

---

14) §. 4 J. v. o. 3, 15. l. 13 §. 5 D. pign. 20, 1 cit. [l. 4 pr. D. sep. 42, 6. Bd. I §. 114 Anm. 28 (l. 7 §. 4 C. praeser. 30 ann. 7, 39). Bd. II §. 304 Anm. 14. 31. §. 305 Anm. 6a. Bd. III §. 430 Anm. 41. 38. 39 vgl. Anm. 43 fg., aus der Literatur Ennecerus, Suspenſivbedingung S. 34, Rechtsgeſchäft §. 41. §. 42, Wendt, bedingtes Rechtsgeſchäft S. 43 - 49, bedingtes Forderungsrecht S. 26 fg., und überhaupt den „präventiven Privatrechtsſchutz" bei Hölder, M. Vierteljahresſchr. Bd. 32 S. 359/60.] — Daß mit hereditatis petitio und wohl auch rei vindicatio geklagt werden kann, noch bevor dies und conditio gekommen, daß ferner der dies und die conditio nach dem tempus rei judicatae zu bemeſſen, und wenn dann dies oder conditio noch nicht gekommen, anſtatt condemnatio zu caviren iſt (arg. l. 16 pr. D. her. pet. 5, 3 vgl. Francke, Commentar über den Pandektentitel de her. pet. S. 187 fg. [und oben Bd. III §. 400 Anm. 15. §. 402 Anm. 37)]: gilt nur für dieſe in rem actiones und hat ſeinen Grund in der hier obwaltenden Diatheſe zwiſchen Erkenntniß und arbitrium (Reſtitutionsbefehl). [Vgl. Bd. II §. 281 c Anm. 13.]

15) l. 161 D. r. j. 50, 17 und §. 543 Anm. 8. 9. [Jhering in ſ. Jahrb. X S. 463. 464. 498.] S. jedoch Scheurl a. a. O. S. 132 unten, [ferner Wächter I §. 78 Beil. I Nr. 3 vgl. 4a. Dernburg I §. 109 Anm. 10.]

16) l. 36 D. r. cr. 12, 1 cf. l. 80. l. 83 D. j. d. 23, 3 [über deren Verhältniß Schulin, Reſolutivbedingungen S. 47 Anm. 78], Römer, bedingte Novation S. 113 fg., [oben Bd. II §. 282 Anm. 12. 13. Warum dieſe Unbelangbarkeit?] Daß die unbedingte Schuld durch bedingte Novirung nicht ſelbſt bedingt werde, wie man vordem glaubte, daß ſie alſo an ſich klagbar ſei, iſt das Ergebniß von Römers eindringlicher Erörterung (a. a. O. §. 8). Sie wird zwar nicht „bedingt", aber zu der Dinge einem, von denen ungewiß iſt, ob ſie ſeien, und von denen dies erſt ex postfacto gewiß wird: l. 36 cit.: cum incertum sit an ex ea stipulatione deberi possit —: es kann pendente cond. nicht geklagt werden, weil in ſo lange incertum iſt, aus welcher causa die Schuld beſteht. Gerade dieſe Ungewißheit erſcheint als Grund der Unbelangbarkeit. Was hier Ungewißheit, heißt bei Scheurl a. a. O. §. 33 (S. 135) Gebundenheit. [Zu l. 36 cit. ſ. auch Wendt, bedingtes Rechtsgeſchäft S. 49, Ryck, Schuldverhältniſſe S. 156 Anm., Ennecerus, Rechtsgeſchäft S. 356 fg. S. 537 fg. und

III. Durch die Gebundenheit ist beiderseits Uebergang auf die Erben ermöglicht und begründet [17]).

Aus der Gebundenheit des bedingt Oncirten wird neuerlich auch noch die Thatsache hergeleitet, „daß alle von ihm in der Zwischenzeit getroffenen rechtlichen Verfügungen, welche mit dem in Aussicht gestellten Rechte in Widerspruch stehen, mit Eintritt der Bedingung hinfällig werden (z. B. l. 4 §. 3 D. in d. add. 18, 2), oder sich doch dem neu entstehenden Rechte unterordnen (l. 11 §. 1 D. qui pot. 20, 4)" [18]). Was nun aber zunächst die Hinfälligkeit der Zwischenverfügungen anlangt, so mag zwar sie selbst aus dem Umstande, daß des bedingt Berechtigten Recht mit dem Eintritt der Bedingung „so existent wird, wie es nach Inhalt der bedingten Willenserklärung existent werden sollte", vielleicht erklärbar sein [19]), wiewohl sonst daraus, daß Jemand einem künftigen Rechte nicht vorgreifen soll, noch nicht folgt, daß er ihm nicht vorgreifen kann, und so denn später auf die Veräußerung der bedingt vermachten Sache noch ein ausdrückliches Veräußerungs-

---

überhaupt über den in der bedingten Novirung der unbedingten Obligation „liegenden Verzicht auf einstweilige Geltendmachung dieser Obligation": daselbst S. 552–57. Wegen der durch bedingte Novirung bewirkten purgatio morae s. oben Bd. II §. 274 Anm. 19. 15. — Vgl. auch unten Anm. 23.]

17) l. 2 §. 5 D. don. 39, 5; §. 4 J. v. o. 3, 15. [l. 8 pr. D. per. et com. 18, 6 (vv. quodsi pendente condicione etc.). l. 65 D. h. t. 35, 1 (heredem suum obligatum relinquit). l. 57 D. v. o. 45, 1. l. 34 §. 1 D. mand. 17. 1 (nam si quidem sub condicione emptio facta videtur, potest agi, quemadmodum si quaevis alia condicio post mortem exstitisset). S. auch unten §. 544 sub 4, b. — Eine große Literatur hat die Frage, ob mit l. 2 §. 5 cit. die l. 9 §. 1 D. j. d. 23, 3 (oben §. 538 Anm. 10) im Einklang sei. Beide Stellen auch unten §. 551 Anm. 8 für die betagte Eigenthumsübertragung. Die Ansichten bis 1874 bei Grueber, Versuch einer Erklärung der l. 9 §. 1 D. j. d. 23, 3, seitdem Cohen, Schenkung von Todeswegen S. 61 Anm. 1. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 89. Wendt, Neurecht I S. 85 fg. Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 468–79 fg. Salomon, Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts S. 46. 47. Siméon, Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts S. 71 fg. Hölder, Pand. S. 266; s. auch Windscheid §. 89 Anm. 6. Mit Hinweis auf l. 9 §. 1 cit. hat der Verf. in einer Randnote die obige Ableitung der Vererbung aus der Gebundenheit in Frage gestellt.]

18) Windscheid §. 89 Anm. 4. [Hierbei zu beachten Wächter I S. 392.]

19) vgl. l. 69 §. 1 D. leg. I — potest nihilo minus a legatario vindicari, nec extinguitur legatum —.

verbot geſetzt wird [20]); allein wo ſich kein dies einmiſcht, ſoll der bedingt Berechtigte mit dem Eintritt der Bedingung nicht blos ein Recht unverkümmert erhalten, ſondern es auch von Anfang an gehabt haben (§. 536 S. 101 fgg. §§. 544. 545); und das iſt aus der Gebundenheit allein keinesfalls erklärbar. Was aber die Unterordnung (der inzwiſchen pure beſtellten Hypothek unter ein vorher bedingt beſtelltes Pfandrecht) anlangt, ſo läßt ſich aus der Gebundenheit mehr nicht erklären, als daß das bedingt beſtellte Pfandrecht mit Eintritt der Bedingung die Sache belaſte, bei wem immer ſie ſei; die Behauptung, daß es nicht exiſtent würde, wie es exiſtent werden ſollte, wenn es dem nachher pure beſtellten nicht vorgehe, involvirt den Satz, daß es für jetzt (als vom Momente der Beſtellung an) beſtellt ſei, und der liegt in der Gebundenheit noch nicht. Das Beſtreben, die Pendenz zur Urſache jener Hinfälligkeit und Unterordnung der Zwiſchenverfügungen zu machen, ſteht in Zuſammenhang mit der Oppoſition gegen die Retrotraction, aus der allein ſie ſich von ſelbſt und vollſtändig ergeben [21]).

Die ſoeben erwähnten Zwiſchenverfügungen werden regelmäßig erſt mit dem Eintritt der Bedingung hinfällig; das Recht kraft deſſen ſie getroffen werden, ſteht annoch aufrecht, wenngleich das entgegengeſetzte bedingte Recht vielleicht zu Stande kommt und dann ex tunc iſt [22]). Allein es gibt Zwiſchenverfügungen, welche wenn einmal getroffen nicht mehr rückgängig werden, das bedingte Recht alſo im voraus vereiteln könnten; dieſe ſind vornherein unmöglich [23]).

---

20) l. 3 §. 3 C. com. leg. 6, 43, [dazu Jhering a. a. O. S. 501 Anm. 128 und Eiſele, Arch. f. civ. Pr. Bd. 50 S. 322. 323. Oben Bd. III §. 428 Nr. 4. Bd. I §. 134 nach Anm. 23.]

21) [Aehnlich Ryck, Schuldverhältniſſe S. 157 oben, das Gegentheil bei Jhering in ſ. Jahrb. X S. 534 al. 1. Vgl. unten §. 544 Anm. 36.]

22) Scheurl a. a. O. S. 124. [Vgl. auch Jhering a. a. O. S. 500 fg.]

23) l. 34 D. relig. 11, 7; l. 11 D. manum. 40, 1. [l. 29 §. 1 D. qui et a quib. 40, 9, cf. l. 105 D. h. t. 35, 1 und Eiſele, Arch. f. civ. Pr. Bd. 50 S. 322, ſowie Ennecerus, Rechtsgeſchäft S. 421. 422. Der dem obigen Text in der 1. Aufl. folgende Abſatz iſt, des Zuſammenhanges wegen, mit einiger Aenderung in die Anm. 16 aufgenommen worden. In den Bereich derſelben gehört wohl auch l. 13 §. 2 D. sc. Vell. 16, 1; Bd. II §. 262 Anm. 27.]

Daß ein späteres Testament, trotzdem es nur bedingte Erbeinsetzungen enthält, ein früheres rumpirt, ist allerdings ein weiterer Beleg für die rechtliche Bedeutsamkeit bedingter Geschäfte[24]). Nur folgt dies nicht mehr aus der Gebundenheit des Disponenten, der auch Testamente mit unbedingter Einsetzung widerrufen kann, sondern aus der Möglichkeit, daß auch aus diesem Testamente succedirt werden kann (Bd. III §. 377 Anm. 28. §. 382 Anm. 5. §. 386 Anm. 4. 5). Aehnlich verhält es sich mit der Acceptilation bedingter Obligationen[25]).

§. 543.

Entscheid.

Die Entscheidung, ob das Geschäft existent oder nicht existent sei, richtet sich nach dem Eintritt oder dem Ausfall der Bedingung (existit, deficit conditio)[1]), dieser je nach dem Inhalt oder Sinn der Bedingung und nach dem Gang der Begebenheiten. Vieles beruht darum auf Auslegung (voluntatis quaestio)[2]); so z. B. die Frage nach der Zeit, binnen welcher die Potestativbedingung (si dederit, si non dederit) erfüllt oder erfüllbar sei[3]). Gerade für diesen letzteren Fall ist es bereits zur Aufstellung einer Regel gekommen: daß baldthunlichst zu erfüllen sei[4]).

---

24) Arndts §. 70 Anm. 3. [S. ferner l. 1 §. 12 D. bon. poss. contra t. 37, 4.]

25) l. 12 D. accept. 46, 4. l. 16 D. solut. 46, 3 (§. 536 Anm. 21. 49. §. 538 Anm. 5).

1) hieher die Consequenz und die Ausnahme für impossibiles conditiones: oben §. 539 Anm. 5–8.

2) l. 19 pr. l. 101 pr. D. h. t. 35, 1. [§. 11 J. her. inst. 2, 14. l. 8 §. 5 D. cond. inst. 28, 7. S. auch Bd. II S. 69 al. S. 76 Nr. 2. §. 307 bei Anm. 9.]

3) l. 115 §. 2 D. v. o. 45, 1 [cf. l. 9 eod.] l. 1 §. 8 D. ad l. Falc. 35, 2. §. 4 J. v. o. 3, 15. [l. 2. l. 91 D. h. t. 35, 1. l. 20 §. 5 D. statul. 40, 7.] Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. I S. 95. Wichtig hiebei der Unterschied von Bedingungen, welche morte eius, dem die Bedingung gestellt ist, noch erfüllt werden können, und welche nicht: l. 5 D. her. inst. 28, 5. l. 28 D. cond. inst. 28, 7. l. 16 D. lib. et post. 28, 2.

4) l. 29 D. h. t. 35, 1. l. 174 pr. D. r. j. 50, 17. Puchta, Vorlesungen §. 60 Nr. 2. Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Comm. Bd. 41 S. 236 fg., [jedoch auch Bekker, Syst. §. 116 Note f., andererseits Hölder, Pand. S. 257 Anm. 2. Ueber die Zeit der Genehmigung

Mit dem muthmaßlichen Willen des Disponenten zwar immer noch zuſammenhängend, aber keine bloße Auslegung ſeiner Dispoſition, und auch keine bloße Auslegungsregel mehr[5]), ſondern ein gemeiner Rechtsſatz iſt es, daß Bedingungen, welche nach dem Sinne wie nach dem Buchſtaben der Dispoſition ausgefallen ſind, mitunter für erfüllt erachtet werden[6]). Dies iſt der Fall

1) wenn derjenige, welcher durch den Eintritt der Bedingung berechtiget werden ſoll, thut, was ſeinerſeits zur Erfüllung der Bedingung gethan werden kann[7]), der Andere dagegen, welcher durch den Eintritt der Bedingung belaſtet werden ſoll, in der Abſicht, ſich zu befreien[8]), die Erfüllung verhindert oder hintertreibt[9]); „jedoch nur dann, wenn er auf eine dem Sinne des Geſchäfts zuwiderlaufende Weiſe in den Gang der Bedingung einſeitig eingriff, alſo namentlich dann nicht, wenn die Bedingung eine ſolche iſt, deren Erfüllung ganz oder theilweiſe in ſeine willkührliche Thätigkeit geſetzt iſt . . .“[10]).

---

beim Kauf auf Probe (oben §. 539 Anm. 38 fg.) ſ. Bechmann, Kauf II S. 245 fg. — S. ferner auch oben Bd. III §. 430 Anm. 45. 46 nebſt l. 65 (63) §. 7 D. sc. Trebell. 36, 1 (iubendus est parere condicioni).]

5) [dawider Hölder, Pand. S. 258 Anm. 5.]

6) [Auch daß gewiſſe negative Poteſtativbedingungen mit Stellung der cautio Muciana als erfüllt gelten — Bd. III §. 395 Anm. 49 — 51. §. 427 Anm. 22—36 — iſt Satzung, nicht Auslegung.]

7) Windſcheid §. 92.

8) l. 38 D. statul. 40, 7. [Ennecceruſ, Rechtsgeſchäft S. 201 Anm. 1.]

9) l. 161 D. r. j. 50, 17 — quotiens per eum cuius interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset —. l. 81 §. 1 D. h. t. 35, 1. l. 85 §. 7 D. v. o. 45, 1. l. 50 D. c. e. 18, 1 [cf. l. 57. l. 66 D. h. t. 35, 1, vgl. §. 542 Anm. 15 und Bd. II §. 246 Anm. 16 zu l. 8 pr. D. c. e. 18, 1 und l. 1 §. 8 D. si quis om. causa 29, 4 (Bd. III §. 429 Anm. 16). Wohl im Hinblick auf die mit l. 161 cit. gleichlautende, aber kein non vor impleri bietende l. 24 D. h. t. 35, 1 (Anm. 20) hat der Verf. hier am Rand bemerkt] l. 3 §. 1 D. statul. 40, 7: Sedsi in heredis persona iussus sit parere condicioni . . . si non patitur heres pareri (puta offert 10, quae dare iussus erat), procul dubio liber est, quia per heredem stare videtur. quo minus condicionem impleat. Hier kann der heres ebenſowohl als einer betrachtet werden, cuius interest non impleri (weil die 10 weniger ſind, als der Sklave, der nun verloren werden ſoll): wie als einer cuius interest impleri. Erſterer Standpunkt beſteht dann, wann der Erbe ascendere Capitolium iussum ascendere vetet, allein: intelligendus est impedire magis velle libertatem quam operis servi uti. l. 3 §. 3 eod.

10) Wächter, w. Privatr. II S. 694 fg. Probſt, würt. Archiv

2) wenn die Bedingung auf eine Handlung des bedingt Berechtigten gestellt ist, die Handlung zum Vortheil eines Dritten gereichen soll, aber dieser sie unmöglich macht, indem er die zur Handlung nothwendige Mitwirkung (des Empfanges, der Zustimmung zur Ehe, Adoption, Geschäftsführung ꝛc.) versagt[11]). Daß hier die Bedingung für erfüllt zu erachten sei, wird allgemein angenommen; daß sie für erfüllt zu erachten sei nur, wenn die bedungene Handlung zum Vortheil des Dritten gereichen solle und seiner Mitwirkung bedürfe, wird bestritten. Maaßen (civil. Erört. 1. Heft, S. 5)[12]) verlangt nur, daß der Dritte seine Mitwirkung versage; Windscheid (§. 92 Anm. 6) nicht einmal das; ihm ist im Zweifel genügend, daß der bedingt Berechtigte „das Seinige gethan hat, um die Handlung" zu Stande zu bringen; die bedungene Handlung kann ihm mithin auch eine sein, die der Mitwirkung eines Dritten nicht bedarf. Windscheid stellt es mithin als Präsumtion auf, daß wenn eine Handlung des bedingt Berechtigten als Bedingung gesetzt ist, damit nur der gute Wille zur Handlung[13]), nicht die Handlung selbst gefordert sei. Hierin erscheint als Präsumtion, was in c. 66 r. j. in VI. als Regel[14]). Allein auch als Präsumtion ist der Satz bedenklich. In l. 20 §. 3 D. statul. (40, 7) steht zwar ein Fall, in welchem man sich anstatt der (durch den Tod eines Dritten) unmöglich gewordenen Handlung selbst mit der bloßen Bereitschaft zu derselben begnügt; allein ausdrücklich nicht im Sinne des Disponenten, sondern kraft singu-

Bd. 7 S. 75. [Wächter, Pand. I §. 77 Beil. sub 2. §. 78 Beil. III sub 2. Vgl. auch Bekker, Syst. §. 116 Noten l u. s a. E. und hier oben §. 541 Anm. 5.]

11) l. 23 in f. D. cond. inst. 28, 7; l. 3 eod. l. 5 §. 5 D. quando dies 36, 2. l. 14 D. h. t. 35, 1; l. 31 eod. l. 11 D. cond. inst. 28, 7. l. 13 pr. cf. §. 1 D. ann. 33, 1. l. 1 C. inst. sub cond. 6, 25; — l. 84 D. h. t. 35, 1. l. 30 §. 5 D. leg. III; l. 101 §. 4 D. h. t. 35, 1. Wächter a. a. O. §. 93. 3a [und Pand. I §. 77 Beil. sub 1.]

12) [ebenso Wendt, bedingtes Rechtsgeschäft S. 147.]

13) [„daß der bedingt Berechtigte das Seinige gethan hat", ist bei Windscheid von der „bloßen Bereitwilligkeit zur Handlung" verschieden.]

14) cum non stat per eum, ad quem pertinet, quominus condicio impleatur, haberi debet perinde, ac si impleta fuisset. Diese Regel wird allgemein und auch von Windscheid (§. 92 Anm. 5) verworfen.

lären Rechtes und libertatis favore[15]); — in l. 54 §. 2 D. leg. I. genügt es gleichfalls, daß der bedingt Berechtigte nur nicht ſelber an der Nichterfüllung ſchuld war; allein der Fall iſt hier greifbar von der Art, daß dies im Sinne des Disponenten lag[16]). Außerdem wird allenthalben nicht nur gefordert, daß der Berechtigte nicht ſelbſt an der Nichterfüllung ſchuld, oder daß er ſeinerſeits zur Erfüllung bereit, ſondern auch daß die Mitwirkung eines Dritten zur Erfüllung nothwendig, und das Nichtwollen dieſes Dritten an dem Ausfall der Bedingung ſchuldig war[17]); iſt nur der Tod des Dritten an dem Ausfall ſchuldig, ſo gilt die Bedingung für nicht erfüllt[18]), gleichviel ob der bedingt Berechtigte zur Erfüllung bereit geweſen war, z. B. ſich mit der zu heirathenden Titia bereits verlobt hatte, oder nicht[19]). Daß nun aber gerade das Nichtwollen des Dritten verlangt wird, iſt begreiflich, wenn es bei der Aufſtellung der Bedingung auf ſeinen Vortheil abgeſehen iſt; in allen anderen Fällen macht es, ſollte man denken, keinen Unterſchied, ob die Bedingung durch Nichtwollen, Tod, oder ein anderes Hinderniß in der Perſon des Dritten unerfüllbar wird; ja in allen anderen Fällen muß entweder nichts, oder die Bereitſchaft im Windſcheid'ſchen Sinne genügen. Allerdings ſprechen es die Quellen nicht ausdrücklich oder allgemein

15) — constituto potius iure quam ex testamento — l. cit. cf. l. 94 pr. D. h. t. 35, 1.

16) Puchta §. 60, h und Vorleſungen §. 60 Nr. 3. [S. auch Schulin, Reſolutivbedingungen S. 26.]

17) ll. citt. (Anm. 11) z. B. l. 31 in f. D. h. t. 35, 1 — muliere autem nolente nubere, cum ipse paratus esset — und beſonders auch in l. 23 D. cond. inst. 28, 7 — quia illa nubere noluerit — vgl. Arndts §. 69 Anm. 3. Maaſſen a. a. O. [Wendt a. a. O. S. 149 fg. Band. §. 53 Anm. Dernburg I §. 110 Anm. 5. Baron §. 54 Anm. 6—9.]

18) l. 31. l. 94 pr. in f. l. 112 §. 1 D. h. t. 35, 1. l. 4 C. h. t. 6, 46. l. 23 §. 2 D. ad l. Aqu. 9, 2. [S. auch die Stellen bei Windſcheid §. 92 Anm. 8.]

19) l. 4 C. cit. — mortuo filio, priusquam matrimonium cum eo contraheres —. arg. l. 112 §. 1 cit., wo ſich Titius durch Nichtverzug blos benignam interpretationem. und dadurch die Hälfte des Vermächtniſſes, nicht auch den dem verſtorbenen Symphorus entſprechenden Antheil ſichert — ſ. dagegen Windſcheid a. a. O.: „Anders wenn die betreffende Perſon vorher ſtirbt, ſo daß mit der Handlung gar nicht begonnen werden kann —".

aus, daß die Bedingung den Vortheil des Dritten bezwecken müsse[20]; auch sind die beispielsweise vorkommenden Handlungen nicht alle nothwendig zum Vortheil des Dritten (— si Maevio nupserit — si Titium adoptaverit); allein alle können sie zum Vortheil des Dritten oder doch in seinem Interesse gefordert sein[21]. Heißt es in l. 23 in f. D. cond. inst. 28, 7, daß die Bedingung si nupserit, si dederit, si fecerit, nur „meistens" für erfüllt zu erachten sei, wenn der bedingt Berechtigte will, der Dritte nicht will (quia illa nubere noluit), so mag damit der Möglichkeit Raum gelassen sein, daß die Bedingung einmal den Vortheil des Dritten nicht bezwecke, mithin selbst durch sein Nichtwollen nicht erfüllbar sei[22].

Die Quellen reden von diesem zweiten Falle einer fingirten Erfüllung nur auf dem Gebiete letztwilliger Verfügungen, mithin nur von dem Falle, wo die Bedingung zugleich eine Honorirung, zum Theil eine mortis c. capio enthält. Allerdings ist es bedenklich, Sätze, welche die Quellen Verstorbenen in den Mund legen, auch Lebendigen zuzuschreiben[23].

§. 544.

Retrotraction.

Ist bei dem bedingten Geschäfte für den gewissen Fall nicht nur jetzt, sondern der Natur der Sache nach auch für jetzt gewollt (§. 536 S. 104 II.), so fragt sich noch nachträglich, ob dem auch das Recht entspreche. Ist dieses der Fall, dann wird beim Eintritte des Falles, auf den hin gewollt, gehandelt ist, alles so zu halten sein, wie wenn von vornherein

20) Maassen a. a. O. S. 5; denn l. 24 D. h. t. 35, 1 (Anm. 9) ist zweifelsohne mit eingeschaltetem non zu lesen (cum per promissorem factum esset — Maassen S. 7, vgl. übrigens Vangerow §. 94, 2, Scheurl a. a. O. §. 43).

21) vgl. Scheurl a. a. O. S. 164 fg.

22) anders Windscheid §. 92 Anm. 7. — Die Meinung, daß die Handlung im Interesse des Dritten gefordert sein müsse, ist denn auch nicht erst von Savigny, System III §. 119 aufgestellt: vgl. Leibnitii, doctr. cond. l. l. (oben §. 536 Anm. 24) c. 4 (16) p. 107; Schwierigkeit macht aber immerhin noch l. 84 D. h. t. 35, 1: — sed si testator propter filii utilitatem —.

23) vgl. Windscheid §. 92 Anm. 9. [Wächter I S. 380 unten und die Motivirung bei Hölder, Pand. S. 258 Anm. 4.]

ohne Bedingung (pure) gewollt, gehandelt wäre. Und umgekehrt: iſt nach Maßgabe der Quellen existente conditione alles ſo zu halten, wie wenn ohne Bedingung gewollt, gehandelt worden, ſo berechtigt das zu dem Schluſſe, daß ſie den bedingt Wollenden als einen für jetzt Wollenden erachten. Bei ſolcher Behandlung des bedingt Wollenden würde nach herrſchendem Sprachgebrauche mit Eintritt der Bedingung „Retrotraction" platzgreifen („conditio existens ad initium negotii retrotrahitur"). Betrachtet man nun

I. die gemeine, oder ſog. Suspenſiv-Bedingung, ſo tritt eine beträchtliche Zahl von allgemeinen Ausſprüchen und von Einzelentſcheidungen der Quellen für die Retrotraction ſo ſchlagend ein[1]), daß wenigſtens von ihnen aus kein Zweifel möglich ſcheint, und Retrotraction, vordem allgemein angenommen, auch heute noch den Meiſten wenigſtens als Regel gilt[2]).

---

1) Cum enim semel condicio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset — das für eine bedingte Forderung, aber früher beſtellte Pfandrecht geht dem ſpäter für eine unbedingte Forderung beſtellten condicione existente vor: l. 11 §. 1 D. qui pot. 20, 4 (vgl. oben §. 536 Anm. 44. §. 542 bei Anm. 21 u. Bd. II §. 336 Anm. 1. §. 352 Anm. 4. 7); — ein servus hereditarius kann keinen ususfructus ſtipuliren, nicht einmal bedingt, denn auch die bedingte stipulatio ex praesenti vires accipit, wenn einmal die Bedingung eintritt: l. 26 D. stip. serv. 45, 3; — der Erwerb aus einer bedingten Stipulation des Hausſohnes fiel darum dem Vater zu, ſelbſt wenn der Sohn condicione existente bereits emancipirt war: l. 78 pr. D. v. o. 45, 1, denn in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus: l. 144 §. 1 D. r. j. 50, 17; — wer eine bedingte Schuld ſchon jetzt zahlt, oder dem ſie acceptilirt wird, der iſt condicione existente iam olim liberatus: l. 16 D. solut. 46, 3. l. 12 D. accept. 46, 4. [l. 77 D. de r. j. 50, 17.] arg. l. 72 D. fidej. 46, 1, [cf. l. 21 D. accept. 46, 4 und vgl. auch Bd. II §. 304 Anm. 14 und Ennecceruſ, Rechtsgeſchäft §. 40;] — obwohl obligationes nicht a persona heredis ihren Anfang nehmen ſollten (Gai. III, 100), gingen bedingte Contracte doch auf die Erben über (oben §. 542 Anm. 17), quasi iam contracta emtione in praeteritum etc.: l. 8 pr. D. peric. et com. 18, 6; — der durch den Erben geſchehene Verkauf einer bedingt vermachten Sache iſt, wenn die Bedingung eintritt, von Anfang an nichtig: l. 3 §. 3 C. comm. leg. 6, 43 cf. l. 12 §. 2 D. fam. erc. 10, 2. l. 69 §. 1 D. leg. I. l. 13 §. 1 D. pign. 20, 1. l. 8 D. r. cr. 12, 1 (ſ. jedoch auch unten bei Anm. 36). — [Nach Bechmann, Kauf II S. 400 formuliren die Römer die Bedingung regelmäßig mittelſt des ſ. g. zweiten Futurums, was der „adäquate Ausdruck für die Rückziehung" ſei.]

2) vgl. darüber Sell, bedingte Traditionen S. 6 fg. Vangerow §§. 95. 96. Savigny, Syſt. III S. 151. b. Unger, öſterr. Privatrecht §. 82 Anm. 59. Windſcheid §. 91 Anm. 1. Fitting, Rückziehung

Nichtsdestoweniger hat diese Lehre in neuerer Zeit starke Anfechtungen[3]) oder Modificationen[4]) erlitten.

Allein betrachtet man die Argumente, mit welchen namentlich Windscheid die Retrotraction (wenigstens daß sie die regelmäßige Folge des Eintritts der Bedingung sei) in Abrede stellt, so beruhen diese

1. zum Theil in der Annahme, daß die mortis causa do-

S. 52 Anm. 84 [jedoch s. hier unten Anm. 4]. Rudorff zu Puchta §. 61 t. Römer, bedingte Novation §. 24. [Wächter I S. 385 Anm. 13. Köppen, Iher. Jahrb. XI S. 170 fg. (mit der Unterscheidung, daß die Rückziehung „nicht für das Rechtsgeschäft, sondern für das Rechtsverhältniß eintritt"). Schulin, Resolutivbedingungen S. 34 fg. Girtanner bei Zimmermann, Stellvertretende neg. gestio Anm. 252. Dernburg I §. 111. Kuntze, Servus fructuarius S. 68 fg. (die Bedingung hat anfänglich Retrotractivkraft, auf einer späteren Entwicklungsstufe mischt sie sich mit dies, büßt damit die Reinheit und Retrotractivkraft ein). Baron, Iher. Jahrb. Bd. 29 S. 198. S. auch oben Bd. II §. 325a Anm. 48. Dogmengeschichtliche Berichte bei Adickes, Bedingungen (1876) S. 92—104 und weiterreichend bei Windscheid a. a. O. S. ferner unten Anm. 4.]

3) Nach Schweppe und Kritz vorzüglich durch Windscheid, Wirkung der erfüllten Bedingung (Basel 1851, dann Schönemann, Zeitschr. für Civilrecht u. Prozeß N. F. Bd. 19, Eisele, das Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Suspensivbedingung (Arch. f. civ. Pr. Bd. 50 Nr. 14 u. 15). [Wendt, bedingtes Rechtsgeschäft: oben §. 542 Anm. 3, jedoch soll nach S. 27 durch Erfüllung der Bedingung „Purification" der bisher bedingten Rechte eintreten. Adickes, Bedingungen S. 121—69. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 83 fg., indem er nur bei bedingten Contracten die Existenz der obligatio vom Zeitpunkt der Vertragschließung datirt (vgl. oben §. 536 Anm. 22. 46). Baron §. 55, wie es scheint auch Hölder, Pand. §. 50 bes. S. 265 fg.]

4) durch Fitting, Zeitschr. f. Handelsr. II S. 255, [der jedoch nunmehr (Castrense peculium S. 265 Anm. 2) die Ueberzeugung gewonnen hat, daß die unter den römischen Juristen „herrschende und in dem justinianischen Rechte anerkannte Ansicht keine Rückwirkung der erfüllten Bedingung eintreten ließ".] Arndts §. 71, 1 und Anm. 4. Vangerow §. 95 II (7. Aufl.). [Ihering in s. Jahrb. X S. 528. 534 und Geist des römischen Rechts III Anm. 216. Hartmann, M. Vierteljahresschr. Bd. 13 S. 528. 529. Ryck, Schuldverhältnisse S. 164: „die Rückziehung als ein künstliches Auskunftsmittel: für das bedingte Recht die Succession, Vorausverfügung und accessorische Rechtsbestellung zu ermöglichen, muß auf diesen Zweck beschränkt bleiben ..." Bekker, Syst. II S. 309: „daß die Bedingung bald mit Rückwirkung bald ohne dieselbe auftritt"; indessen erkennt §. 116 Beil. II wichtige „Rückziehungserscheinungen" an. — Ennecerus, Rechtsgeschäft S. 336. 343. 380 fg. (bei obligatorischen Verträgen Modification der Rückwirkung durch die Annahme eines mit der condicio verbundenen dies adiectus pro creditore). S. 442 fg. (Verneinung der Rückwirkung für die bedingte Tradition). S. 533—36 (keine Rückziehung der Liberation bei bedingter Novation). S. auch den Schluß des vorliegenden §.]

nationes bedingte Geſchäfte im techniſchen Sinn des Wortes ſeien; viele der allegirten Stellen[5]) gehen nur auf mortis c. donationes[6]); nun iſt aber bereits oben §. 538, c nachgewieſen, daß die m. c. donationes an und für ſich keine conditionalia negotia ſind, und daß, wenn der Eigenthumsübergang auf den Tod als eigentliche Bedingung verſchoben wird, dann mit der Bedingung auch ausdrücklich ein dies verknüpft iſt[7]).

2. Andere der allegirten Stellen[8]) betreffen die dotis constitutio, von welcher dasſelbe gilt, was von der mortis c. donatio (§. 538, b. S. 121. 122)[9]).

3. l. 22 pr. D. quando dies leg. 36, 2[10]) gibt einen Fall, in welchem die Bedingung gar nicht eintritt[11]); da kann auch von Retrotraction keine Rede ſein.

4. In anderen Stellen und Fällen liegen allerdings bedingte Geſchäfte vor, und doch keine Rückwirkung; allein es fehlt an der Rückwirkung nur, weil es an jeder Wirkung fehlt, auch wenn die Bedingung eintritt[12]). Es ſind das Stellen und Fälle, in denen das Geſchäft noch vor Eintritt der Bedingung erſtickt oder erloſchen iſt, und erſtickt oder erloſchen wäre, oder doch erſtickt oder erloſchen ſein konnte, wenn es gleich unbedingt abgeſchloſſen worden wäre. Dergeſtalt rückwirkungs- weil wirkungslos ſind

a. bedingte Stipulationen und Vermächtniſſe, wenn pendente conditione ihr Gegenſtand untergeht[13]); denn auch das

---

5) Windſcheid a. a. O. S. 5 Nr. 1; [hier gegen denſelben auch Eiſele, Arch. f. civ. Pr. Bd. 50 S. 294.]

6) l. 2. l. 40 D. m. c. don. 39, 6. l. 11 §. 2. l. 20 D. don. i. v. et u. 24, 1.

7) [ebenſo Schulin, Reſolutivbedingungen S. 34/35.]

8) z. B. l. 9 §. 1 D. j. d. 23, 3. Windſcheid a. a. O. S. 6; [hier gegen denſelben auch Eiſele a. a. O.]

9) vgl. Rudorff zu Puchtas Vorl. §. 61 Anm. 1 a. E.

10) Windſcheid a. a. O. S. 7 Nr. 2.

11) vgl. Rudorff a. a. O.

12) vgl. Scheurl a. a. O. S. 181. [Andere Begründung bei Ennecceruſ, Rechtsgeſchäft S. 373 fg., wo die bisherigen Erklärungen als unzureichend verworfen werden, der oben folgenden nicht gedacht wird.]

13) — stipulationes et legata condicionalia peremuntur, si pendente condicione res extincta fuerit — l. 8 pr. D. per. et com. 18, 6. l. 14 pr. D. nov. 46, 2 — quia non subest res eo tempore, quo condicio impletur. [cf. l. 31 pr. eod. l. 56 §. 8 D. v. o. 45, 1.]

unbedingte Vermächtniß und Versprechen geht mit seinem Gegenstande unter[14]).

Bedenklicher ist, daß dasselbe auch vom bedingten Kaufe gelten soll[15]); denn dieser geht, wenn pure contrahirt, durch nachträglichen Untergang der Sache nicht unter[16]), müßte mithin auch nicht untergehen, wenn er, bedingt contrahirt, existente conditione wie pure contrahirt zu behandeln wäre. Indessen hat ihn ein Theil der römischen Juristen in der That auch so behandelt, dem Käufer mithin das periculum auch des bedingten Kaufes für den Fall, daß die Bedingung einträte, aufgebürdet[17]); ja noch mehr: Alle haben sie den bedingten Kauf so gut wie die bedingte stipulatio und andere bedingte Geschäfte für den Fall der eintretenden Bedingung als pure contrahirt betrachtet, und nur wenn die Sache inzwischen untergegangen war, nicht Alle die Consequenz des pure contrahirten Geschäftes gezogen[18]); wenn die Parteien in der Zwischenzeit sterben, tritt Allen die Consequenz ein[19]); nur für den Fall des Unterganges der Sache gingen die Ansichten aus-

14) l. 23 D. v. o. 45, 1. — [Beifall zu dem, was oben über „die Einwirkung des Casus auf bedingte Verträge" gesagt ist, bei Mandry, M. Vierteljahresschr. Bd. 14 S. 385.] Hiemit vielleicht vergleichbar l. 14 §. 1 D. nov. 46, 2 (Bd. II §. 282 Anm. 10. §. 336 Anm. 4), wo Promittent (der novam obligationem anstatt einer praecedens conditionalis obligatio promittirt hat) pendente conditione deportirt wird, und nun cum extitit conditio, non est persona, quae obligetur. — [Nach dem sub 4 Gesagten können auch l. 13 §. 6 D. accept. 46, 4 und l. 72 D. fidej. 46, 1 nicht mit Wendt, bedingtes Rechtsgeschäft S. 55. 56 gegen die Rückziehung aufgeboten werden. Vgl. Hölder, M. Vierteljahresschr. Bd. 16 S. 244.]

15) l. 10 §. 5 D. j. d. 23, 3. l. 5 C. per. et com. rei vend. 4, 48. arg. l. 10 D. eod. 18, 6. l. 2 §. 1 — l. 4 pr. D. in diem add. 18, 2.

16) l. 8 pr. ab init. D. per. et com. 18, 6.

17) l. 8 pr. cit. — Quodsi sub condicione res venierit, si quidem ... condicio ... extiterit, Proculus et Octavenus emtoris periculum esse aiunt; idem Pomponius ... probat.

18) l. 8 pr. cit. Vulg.: „Plane si pendente conditione res interierit, peremitur emtio" sicuti stipulationes et legata conditionalia peremuntur, si pendente conditione res extincta fuerit — (Anm. 13). [Ueber die Lesart und zu Gunsten der Vulgata: Eisele, Arch. f. civ. Pr. Bd. 50 S. 314 Anm. 31. Schulin, Resolutivbedingungen S. 15, 16.]

19) quasi iam contracta emtione in praeteritum: l. cit. (Anm. 1), [vgl. Eisele, Arch. f. civ. Pr. Bd. 50 S. 289. Bechmann, Kauf II S. 399. 401.]

einander. Alſo nicht die Retrotraction überhaupt, ſondern nur ihre Anwendung auf dieſen einen Fall ſchien nach der im Corpus Juris recipirten Anſicht verwerflich. Ueber den Grund dieſer Abweichung läßt ſich Verſchiedenes denken. Vielleicht erblickten Einige in dem Umſtand, daß nur bedingt contrahirt wurde, zugleich die ſtillſchweigende Verabredung, daß die Gefahr bis zur Perfection beim Verkäufer bleiben ſolle; blieb doch das Eigenthum an der Haupt- und Nebenſache hier vorderhand ſchlechthin beim Verkäufer[20]), und kam es vor, daß man durch ausdrückliches Geding das Gegentheil pactirte[21]). Aber nachweisbarer ging man weder vom periculum, noch von der Retrotraction, ſondern von der Frage aus, ob ein bedingter Kauf (ſo weit als er beſteht) beim Untergang der Sache überhaupt noch fortbeſtehen könne? Die das verneinten, ließen es gar nicht bis zum Eintritt der Bedingung kommen; wird der bedingte Kauf zerſtört, ſo wird auch die Bedingung zerſtört, wie der Eintritt der Bedingung ſo auch Retrotraction und periculum abgeſchnitten. In der That ſagten die Gegner des Proculus, Octavenus und Pomponius nicht: „die Gefahr iſt beim Verkäufer", ſondern: „der Untergang der Sache hebt den Kauf ſelbſt auf." Ließe l. 8 pr. cit. wegen Unſicherheit des Textes hierüber noch einen Zweifel übrig, ſo verſchwindet er vor l. 10 §. 5 D. j. d. 23, 3[22]). Nun bekommen auch die Worte der l. 10 D. per. et com. 18, 6 (puto pactum valere) ihren Sinn. Ulpian beſchränkt ſich nicht darauf zu ſagen, daß der Käufer bei bedingtem Kauf die Gefahr trage, wenn dies ausgemacht ſei, ſondern fragt, ob ein ſolches Geding hier überhaupt noch möglich ſei? denn dies wird allerdings fraglich, wenn der Untergang den Kauf ſelbſt aufhebt. — Zur äußeren Stütze dieſer Anſicht diente[23]) die Vergleichung mit Stipula-

20) l. 8 pr. cit. — et fructus medii temporis venditoris sunt —. §. 540 nach Anm. 14 und hier unten Anm. 30.

21) l. 10 D. per. et com. 18, 6.

22) — cum sit condicionalis venditio, pendente autem condicione mors (mancipiorum) contingens extinguat venditionem, consequens est dicere mulieri perisse, quia nondum erat impleta venditio —.

23) wenn die Worte „sicuti stipulationes et legata condicionalia

tionen und Vermächtnissen; allein innere Rechtfertigung lag bei der schon oben erwähnten Ungleichheit zwischen Kauf und Stipulation ꝛc. in diesem Vergleiche nicht. Ob und worin man sie fand, kann hier nicht weiter verfolgt werden[24]); genug, daß auch die Gegner von Proculus ꝛc. den Conflict mit der Rückziehung vermieden. — Rückwirkungslos weil wirkungslos sind aber weiter

b. bedingte Erbeinsetzungen und Vermächtnisse, wenn der Honorirte noch vor Eintritt der Bedingung stirbt[25]). Der Honorirte stirbt hier vor dem dies cedens (Bd. III §. 427 Nr. 1); durch den Tod des Legatars vor dem dies cedens geht aber jedes Vermächtniß unter, auch das unbedingte.

5. Weiter wird darauf verwiesen, daß Geschäfte, welche, wenn unbedingt vorgenommen, nichtig wären, nachträglich convalesciren können, wenn sie bedingt errichtet sind, und das Hinderniß noch pendente conditione hinwegfällt[26]). Solche Geschäfte können nun allerdings nicht als von Anfang an giltig gedacht werden. Allein es ist eine Singularität, daß sie überhaupt noch giltig werden (später wird nicht mehr gehandelt und jetzt kann nicht gehandelt werden); aus dieser Singularität ist kein Schluß zu ziehen[27]), weder für noch gegen die Regel der Retrotraction[28]).

---

peremuntur" in l. 8 pr. cit. kein bloßes Glossem sein sollten; von Mommsen werden sie nicht angefochten.

24) vgl. darüber Fitting, Rückziehung S. 19 fg. Böcking, Pand. §. 113 Anm. 1, [Scheurl, Nebenbestimmungen S. 203, Hartmann, M. Vierteljahresschr. Bd. 13 S. 526, anders Schulin, Resolutivbedingungen S. 18, Bechmann, Kauf II S. 401. 402, Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse S. 334 Anm.]

25) Windscheid a. a. O. S. 11 Nr. 5. [Eisele, Arch. f. civ. Pr. Bd. 50 S. 286 fg.]

26) l. 41 §. 2 D. leg. I [cf. l. 61 D. c. e. 18, 1]; §. 32. §. 33 J. leg. 2, 20. Ulp. fr. 24, 23 cf. Gai. II, 245; l. 31. l. 98 pr. D. v. o. 45, 1. [Vgl. l. 16 §. 7 D. pign. 20, 1.] Windscheid a. a. O. S. 9 Nr. 4. Diese Erscheinung geht doch wohl von den Legatis aus und ist in der regula Catoniana enthalten: Bd. III §. 429 Anm. 3—10. §. 414 Anm. 7. 8. 14. Auf Stipulationen erscheint sie nach ll. citt. allerdings ausgedehnt; allein l. 26 D. stip. serv. 45, 3 steht ihr generell und kasuistisch entgegen, und l. 41 §. 2 cit. läßt es ausdrücklich als eine bloße Schulmeinung erscheinen, daß sub condicione res mea gekauft und stipulirt werden könne. S. auch Anm. 28.

27) l. 14 D. legib. 1, 3.

28) Anders Vangerow §. 95 Anm. II, 1, d. [Indessen hat der

6. Bei bedingter Tradition bleibe der Erwerb aus der Zeit der Pendenz beim Tradenten, während er im Falle der Retrotraction dem Empfänger zufallen müßte. Allein zum Beleg können nur Stellen über bedingte Vermächtniſſe beigebracht werden[29]); l. 8 pr. D. per. et com. 18, 6 cit. — fructus medii temporis venditoris sunt — iſt nicht entgegen; „denn es kann einer Perſon vorläufig etwas pleno jure gehören, was ſie doch nachher unter gewiſſen Umſtänden wieder einbüßt“[30]). Desgleichen geht

7. auch der Satz, daß bedingte Zuwendungen an Hauskinder dieſen ſelbſt erworben ſind, wenn die Bedingung erſt nach Endigung der Gewalt eintritt[31]) lediglich auf Vermächt-

---

Verf. in einem Handexemplar beim vorſtehenden Abſatz die Randbemerkung gemacht: „Beſſeres hierüber S. 1640“ (der 1ten Aufl., d. i. §. 587, 2a g. E. der 2ten). An der letzteren Stelle verwirft der Verf. die Convalescenz: „vielmehr kommt das Daſein dieſer nachſichtiger behandelten Erforderniſſe überhaupt erſt conditionis existentis tempore in Frage, ſo daß um ihretwillen keine anfängliche Nichtigkeit und demgemäß auch keine Convalescenz denkbar iſt“. S. nunmehr Bd. II §. 245 Anm. 27—29. Dies nähert ſich wiederum Vangerow a. a. O.: „daß die objektiven Erforderniſſe des Geſchäfts nicht nach dem Augenblicke des Geſchäftsabſchluſſes, ſondern vielmehr lediglich nach dem Zeitpunkt der erfüllten Bedingung beurtheilt werden müſſen ...“, nur daß nach Vangerow „inſofern“ keine Rückziehung angenommen wird. Vgl. auch Karlowa, Rechtsgeſchäft S. 87—89. Ryck, Schuldverhältniſſe S. 165. Wächter I §. 78 Beil. II. Enneccerus, Rechtsgeſchäft S. 226—31. 371—73. 597—99 mit dem Schluß: „Es iſt erſichtlich, daß die ganze Lehre mit der Rückwirkung oder Nichtrückwirkung der Bedingung nicht im geringſten Zuſammenhang ſteht“.]

29) l. 15 §. 6. l. 24 §. 1 D. ad l. Falc. 35, 2 (Bd. III §. 417 Anm. 38). Windſcheid a. a. O. S. 12 Anm. 1, vgl. Vangerow §. 95 Anm. II, 1, c. [Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 171 Anm. 77. S. 181 und Adickes, Bedingungen S. 107. 108, welche Beiden den Fruchterwerber nach dem Inhalt des Veräußerungsgeſchäfts beſtimmen, ohne Rückſicht auf die Kraft der Bedingung.]

30) Thibaut, Arch. f. civ. Pr. Bd. 16 S. 389 oben. Sell a. a. O. S. 151 Anm. 2 vgl. l. 6 pr. D. in diem add. 18, 2 etc. [Ueber die „Rückwirkung in Betreff der Früchte“ Wächter I §. 78 Beil. IV. Schulin, Reſolutivbedingungen S. 17 findet den Satz, daß die Früchte dem Verkäufer gehören, wenn pend. cond. die Sache untergeht, ſo „ſelbſtverſtändlich, daß er nur des Gegenſatzes halber ausgeſprochen werden konnte: wenn während die Sache noch exiſtirt, die Bedingung eintritt, ſo gehören die Früchte dem Käufer“. Vgl. Hölder, M. Vierteljahresſchr. Bd. 18 S. 184. Dernburg I §. 111 Anm. 10.]

31) Windſcheid a. a. O. S. 11 Nr. 6.

nisse[32]); l. 18 D. r. j. 50, 17 sagt ausdrücklich, daß bei bedingten Stipulationen das Gegentheil gelte[33]).

8. Außerdem sollen noch alle Potestativbedingungen ohne Retrotraction eintreten[34]); allein die l. 9 §. 1 D. qui pot. 20, 4 enthält keine Potestativbedingung[35]).

Bei den Vermächtnissen nun ist, wie sich soeben (aus 6 u. 7) ergab, die Retrotraction allerdings ausgeschlossen[36]). Allein hieraus läßt sich gegen die Retrotraction bei Geschäften inter vivos — ganz abgesehen davon, daß so bestimmte Aussprüche und Entscheidungen für sie vorliegen — nichts folgern. Denn auf bedingte Vermächtnisse ist die Retrotraction zum mindesten in dem Sinn, in welchem sie für bedingte Geschäfte unter Lebenden gedacht und concipirt ist, nach dem Begriffe des Vermächtnisses selbst unanwendbar. Bei Geschäften unter Lebenden ist die Retrotraction gedacht und concipirt als eine

32) l. 28 D. pign. 20, 1. l. 14 §. 3 D. quando dies 36, 2. [l. 1 §. 20 D. ut leg. seu fid. com. serv. 36, 3.] l. 5 C. h. t. 6, 46.

33) [S. auch l. 78 pr. D. v. o. 45, 1 (Anm. 1) und] vgl. Scheurl a. a. O. §. 36. [Eisele, Arch. f. civ. Pr. Bd. 50 S. 290. 291.]

34) Vangerow §. 95 Anm. II, 1, e, vgl. unten §. 545 a. E. [Ausführlich gegen diese Ansicht Wächter I §. 78 Beil. III, s. auch Windscheid I §. 89 Anm. 15.]

35) vgl. oben §. 541 Nr. 2 und Wächter a. a. O. II, 2; wegen l. 3 in fin. D. quib. mod. pign. solv. 20, 6. l. 108 §. 1 D. v. o. 45, 1 vgl. Bd. III §. 371 Anm. 3 und §. 425 Anm. 4 und zur Erklärung der l. 3 in f. cit. unten §. 545 Anm. 53.

36) vgl. Fitting, Rückziehung S. 99. [Schulin a. a. O. S. 25. Ihering in s. Jahrb. X S. 501. 502. Dernburg I §. 111 Anm. 6. Den „Irrthum" daß bei bedingten Vermächtnissen keine Rückziehung Statt finde, bekämpft Köppen ebenda XI S. 196—218. Dem Folgenden beistimmend Mandry, M. Vierteljahresschr. Bd. 14 S. 385. S. auch oben Bd. III §. 427 Anm. 42 fg. bes. 44 a. E., ferner oben §. 538 bei und nach Anm. 12. Daß in l. 11 §. 1 D. qui potiores 20, 4 (Anm. 1 im Anf.) die Priorität des für eine bedingte Stipulationsschuld bestellten Pfandrechts mit der Retrotraction begründet wird (oben §. 542 bei Anm. 21) scheint nach l. 9 §. 2 cf. §. 1 eod. auch für Rückziehung bei bedingten Vermächtnissen zu sprechen: verschiedene Ansichten bei Wendt, bedingtes Rechtsgeschäft S. 69 fg., dazu Köppen a. a. O. S. 203 und vornehmlich Ryck, Schuldverhältnisse S. 166. Die Retrotraction in l. 11 §. 1 cit. könnte wahr und doch nicht der wahre Grund der Pfandpriorität sein, vgl. Bd. II S. 860 und oben §. 538 Anm. 11. Damit daß man, wie im oben Folgenden, nach Maßgabe des Princips die Retrotraction bei Legaten verneint, stellt man nicht, wie Adickes a. a. O. S. 105 sagt „das Princip selbst in Frage". S. auch Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 393—409. S. 423 Anm. 2.]

Zurückbeziehung auf den Tag des Geſchäftes (id tempus spectamus, quo contrahimus etc., tempus interpositae stipulationis etc. Anm. 1); das wäre bei Vermächtniſſen der Tag des Teſtamentes oder Codizilles, mithin ein undenkbarer Tag; denn zuoberſt iſt das Vermächtniß ein Geſchäft von Todeswegen, das ſeine Funktion unmöglich vor dem Tode des Disponenten beginnt, und dieſes Geſetzes nicht etwa dadurch ledig wird, daß es an eine Bedingung geknüpft wird. Alſo müßte der Tag, auf den zurückzubeziehen wäre, irgend ein ſpäterer, etwa der des Todes oder Erbſchaftsantrittes ſein. Allein damit verlöre die Retrotraction ihren Grund und Boden, ohne einen neuen zu gewinnen. Denn ſo viel man ermeſſen kann, beruht ſie bei bedingten Geſchäften darauf, daß der Handelnde nicht nur jetzt, ſondern auch für jetzt will; wenn das bei bedingten Vermächtniſſen undenkbar iſt, was berechtiget zu ſagen, daß hier der Erblaſſer für den Moment des Erbſchaftsantrittes, oder überhaupt für einen anderen Tag will, als den da die Bedingung eintritt? Um eben deswillen weil kein anderer Tag gedacht werden kann oder will, iſt hier der Tag der eintretenden Bedingung der dies cedens[37]) — der Tag den der Honorirte erleben muß, wenn etwas vererben — der Tag, vor dem kein Erwerb, weder der Sache ſelbſt, noch der Früchte für ihn platzgreifen — der Tag, an dem aber auch er ſelbſt erwerben ſoll, wenn er nunmehr sui juris iſt.

Die bedingte Erbeinſetzung erleidet allerdings eine Retrotraction, auf die Zeit des Todes. Allein dieſe erleidet auch die unbedingte. Der Grund liegt darum hier in etwas anderem als der Bedingung[38]).

37) [oben Bd. III S. 403 §. 427 Anm. 4. 5. Vielleicht daher: l. 42 pr. D. o. et a. 44. 7 cf. l. 27 pr. D. qui et a quib. 40, 9. l. 41 D. h. t. 35, 1 und Eiſele, Arch. f. civ. Pr. Bd. 50 S. 282 fg. Windſcheid I §. 89 Anm. 10. 11. Adickes, Bedingungen S. 166/67. Ryck a. a. O. S. 165. 166. Vgl. oben sub 4b und §. 536 Anm. 39.]

38) vgl. Windſcheid a. a. O. S. 23 Nr. 9. [Arndts §. 521 Anm. 1, oben Bd. III §. 364 Anm. 7. Der Rückwirkung der Einſetzungsbedingung hält Wendt a. a. O. S. 101 die Frage entgegen: „weshalb der Antritt des Erben, den dieſer pendente condicione erklärt hat, ungültig ſei und bleibe trotz nachher erfüllter Bedingung?“ Allein dieſe Ungültigkeit beruht auf dem eigenen Weſen der her. aditio: Bd. III §. 394 Anm. 17 fg.

Außer den bedingten Vermächtnissen tritt die Bedingung auch noch bei der m. c. donatio und der dotis constitutio ohne Retrotraction der Wirkung dann ein, wenn bei sofortiger Hingabe der Eigenthumsübergang ausdrücklich auf die Zeit (und damit auf die Bedingung) oder auf die Bedingung (und damit auf die Zeit) des Todes (Ueberlebens) resp. der Eheschließung verschoben ist (§. 538 b u. c). Ueberall sonst liegt, woferne nur die Bedingung eintritt, oder das Geschäft nicht zuvor erlischt, oder nur nachträglich convalescirt, Retrotraction vor; nicht nach Willkür des positiven Rechtes[39]), sondern aus innerem Grunde (S. 101 fgg.)[40]).

Aus diesen Erörterungen erhellt nebenher, was es mit den angeblichen Modificationen der Retrotraction (Anm. 4) für eine Bewandtniß habe.

§. 545.

Fortsetzung und Schluß.

II. Ist ein Geschäft resolutiv, d. i. derart bedingt, daß es mit Eintritt der Bedingung nichtexistent sein soll (§. 540), so greift mit Eintritt der Bedingung abermals Retrotraction platz, erweist sich das Geschäft als von Anfang an nichtexistent.

Dies ergibt sich zunächst in natürlicher Folgerung. Denn auch bei der Resolutivbedingung ist das Geschäft selbst (z. B. ein Kauf), nicht eine bloße Folge desselben (z. B. das auf den Kauf gegründete Eigenthum) bedingt. Nach der recipirten Ansicht wird zwar geläugnet, daß das Geschäft in der gemeinen Weise bedingt (conditionale) sei, und aufgestellt, daß sein Dasein unbedingt und nur seine Resolvirung bedingt sei (S. 139); allein die Resolvirung, welche hiernach allein bedingt sein soll,

---

Ferner opponirt Wendt a. a. O. S. 102—4 mit l. 20 D. lib. et post. 28, 2. l. 7 §. 18 D. pact. 2, 14. l. 20 §. 1 D. cond. inst. 28, 7. Gegen Wendt: Schulin, Resolutivbedingungen S. 29 fg. S. 36 Nr. 5.]

39) wie Thibauts gelehrter Freund meinte — civ. Abhandlungen S. 364. S. 366.

40) wie Fitting, Arch. f. civ. Pr. Bd. 39 S. 331 oben, unter Anführung von Leibniz mit Recht behauptet.

iſt die des Geſchäftes (Kaufes) ſelbſt, nicht etwa blos die ſeiner Folgen oder Wirkungen[1]). Erfaßt alſo die Reſolvirung das Geſchäft ſelbſt, ſo hebt ſie es nothwendig rückwärts auf[2]). Denn nicht wie ihre Wirkungen ſind die Geſchäfte ſelbſt von zeitlicher Dauer. Die Wirkungen des Kaufs ſind von zeitlicher Dauer, nicht der Kauf ſelbſt. Nur von den Wirkungen eines beſtimmten Kaufes ließe ſich alſo denken und ſagen, daß ſie erſt von jetzt an aufhören, bis jetzt dagegen unentwegt beſtanden haben ſollen; von dem Kaufe ſelbſt, der mit ſeiner Perfection in einen beſtimmten untheilbaren Zeitpunkt fällt, läßt ſich ſo wenig denken als ſagen, daß er von jetzt aufhören, bis jetzt geweſen ſein ſoll; ſoll er ſelbſt wieder aufgelöſt werden, ſo kann das nur heißen, daß er niemals da geweſen ſein ſoll[3]); eine Scheidung ex nunc und tunc iſt in ihm ſelbſt gar nicht möglich. Mit ihm ſelbſt ſind aber nothwendig ſeine Folgen oder Wirkungen aufgehoben.

Was ſodann das poſitive Recht anlangt, ſo verſtund ſich die retrotractive Behandlung der Reſolutivbedingung bei den Sabinianern, da ſie dieſelbe lediglich für die gemeine Bedingung hielten (S. 140), von ſelbſt. Allein auch diejenigen, welche die Reſolutivbedingung zu einer eigenen Bedingung

---

1) z. B. l. 19 D. usurp. 41, 3: Si ... postea condicio emtionem resolvit —. l. 2 §. 4 D. pro emt. 41, 4 — hanc (emtionem) sub condicione ... resolvi dicebat —. l. 1 D. leg. com. 18, 3 — ut ... emtio resolvi ... videatur. — [S. auch Bd. II S. 438 oben.]

2) [Aehnlich Enneccerus, Rechtsgeſchäft S. 204 sub c. — „— das Rechtsgeſchäft ergreift und dieſes rückgängig macht": Czyhlarz, Reſolutivbedingung S. 5 und S. 23. Jedoch ſoll dieſe Rückgängigkeit eine Folge „des in der Reſolutivbedingung enthaltenen contrarius consensus ſelbſt" ſein (oben §. 540 Anm. 6) und mit der Rückziehung der Bedingung nichts zu thun haben, da die gleiche Wirkung auch beim unbedingten ſelbſtändigen contr. cons. eintrete (a. a. O. S. 38).] — In l. 12 §. 1 C. usufr. 3, 33 haben wir in dem bis auf einen dies incertus vermachten ususfructus zwar etwas von einer Reſolutivbedingung („conditio"), aber auch nur etwas; hier iſt an eine Reſolution allerdings nicht zu denken. Hier iſt zwar „eventus in incerto" in Betreff des dies, aber nicht in Betreff der Exiſtenz des Vermächtniſſes, Geſchäftes. — [Vgl. auch Bd. III §. 414 Anm. 11.]

3) [Da das Rechtsgeſchäft „durch den Eintritt der Bedingung faktiſch nicht ungeſchehen gemacht werden kann", ſo hat das Rückgängigwerden nach Czyhlarz a. a. O. S. 23 „nur den Sinn, daß es jetzt nach Eintritt der Bedingung ſo gehalten wird, als wenn das Rechtsgeſchäft niemals geſchloſſen worden wäre". Vgl. unten Anm. 34.]

machten, entgingen der inneren Nothwendigkeit nicht. An der für den Effect der eintretenden Bedingung hergebrachten Formel „inemtus esto“ [4]) wollte oder konnte man nichts ändern [5]); damit war aber gleich durch die Parteien selbst ausgesprochen, daß kommenden Falles nicht, also auch niemals, gehandelt sein solle. Dieser Intention entsprach man denn auch sofort in dem Ausdrucke, indem beim Eintritt der Bedingung der Contract mit dem ganzen Gewebe seiner Wirkungen nicht etwa blos „aufhören“, sondern „wiederaufgelöst“ oder in sein anfängliches Nichts zurückgeführt werden sollte [6]). Desgleichen ist das Geschäft in der That, d. i. allen seinen materiellen und rechtlichen Folgen, dem Eigenthum und seinen Accessionen, der Usucapion, den Dispositionen und Deteriorationen der Zwischenzeit und dem periculum nach [7]) mit Eintritt der Bedingung als von Anfang an nichtexistent betrachtet und behandelt worden [8]).

Wie bei der Suspensivbedingung ist die Doctrin denn auch hier noch immer überwiegend für Retrotraction [9]). Allein an abweichenden Ansichten fehlt es auch hier nicht, und sind

4) l. 4 pr. cf. l. 5. l. 8 D. leg. com. 18, 3. l. 38 pr. D. min. 4, 4. l. 6 §. 1 D. div. temp. praescr. 44, 3. fr. Vat. §. 14. [l. 7 C. pactis inter vend. 4, 54.] §. 540 Anm. 3.

5) [Daß man an der Formel nichts ändern wollte, erklärt Bechmann, Kauf II S. 497 Anm. 2 a. E. für „unrichtig“; jedoch ergibt sich die behauptete Unrichtigkeit nicht schon daraus, daß jene Formel sehr frei interpretirt und daß sie verschieden aufgefaßt wurde.]

6) l. 2 pr. D. in diem add. 18, 2: — emtio ... sub condicione resolvitur —. l. 1 D. leg. com. 18, 3. l. 19 D. usurp. 41, 3. l. 2 §. 4 D. pro emt. 41, 4. [S. auch Czyhlarz a. a. O. S. 24 Anm. 1 u. 2.]

7) [Die Wörter „dem periculum nach“ hat der Verf. mit einem Fragezeichen versehen und dabei auf die jetzige S. 177 verwiesen.]

8) vgl. einstweilen l. 41 pr. D. r. v. 6, 1. l. 4. l. 1 C. pact. inter emt. 4, 54. l. 8 D. leg. com. 18. 3; l. 4 pr. D. eod. l. 6 pr. D. in diem add. 18, 2. l. 4 §. 4 eod. l. 11 §. 10 D. quod vi aut cl. 43, 24. cf. l. 9 pr. D. a. pl. arc. 39, 3; l. 19 D. usurp. 41, 3. l. 6 §. 1 D. div. temp. praescr. 44, 3. cf. l. 13 §. 2 D. a. v. a. p. 41, 2 (Bd. I §. 162 Anm. 24). l. 4 §. 3 D. in diem add. 18, 2. l. 3 D. quib. mod. p. solv. 20, 6 (Bd. II §. 351 Anm. 30). arg. l. 9 pr. §. 1. §. 2 D. a. pl. arc. 39, 3. In klarer Antithese gegen diese Retrotraction steht der Fall der bloßen redhibitio: — non est in ea causa (der zu redhibirende Sklave), ut perinde habeatur atque si meus nunquam fuisset, sed et fuit et desiit ... l. 17 §. 2 D. furtis 47, 2 [jedoch s. l. 19 cit.].

9) [Nach Windscheid §. 91 Anm. 3 g. E. kann dieses „jetzt nicht mehr gesagt werden“.]

ſolche namentlich in unſeren Tagen aufgeſtellt worden[10]). Ihre Beleuchtung wird zugleich zur näheren Begründung der herrſchenden Lehre dienen.

1. Die Retrotraction komme, ſagt Windſcheid (Pand. §. 91), zwar vor, aber nicht nothwendig, ſondern nur kraft autonomer Beliebung der Disponenten; freilich ſpreche für dieſe eine Vermuthung; denn bei auflöſender Bedingung ſei für den Fall des Eintritts wahrſcheinlich dasſelbe gewollt, was bei der aufſchiebenden für den Fall der Deficienz; da ſei denn gar keine rechtliche Wirkung gewollt. Die Quellen nun aber ſtellen die Retrotraction nirgends als bloße Präſumtion hin; ihnen iſt mitunter fraglich, ob eine Reſolutiv- oder eine Suspenſivbedingung vorliege[11]); daß aber, wenn eine Reſolutivbedingung gewollt iſt, weiter gefragt würde, ob auch Reſolvirung (Retrotraction) gewollt ſei, oder nicht, kann nicht belegt werden. Allem Anſchein nach iſt eine ſolche Frage auch aus inneren Gründen unſtatthaft. Denn wer das Geſchäft erſt von dann an aufgehoben haben wollte, würde in Wahrheit nicht das Geſchäft ſelbſt aufgehoben, ſondern nur ſeine Wirkung ſiſtirt haben wollen, mithin keine Reſolutivbedingung geſtellt, ſondern einen bedingten Pakt geſchloſſen haben[12]).

2. Mit dem Eintritt der Reſolutivbedingung trete die Rückwirkung keinesfalls von ſelbſt und unmittelbar, ſondern nur unter Vermittlung einer Obligation auf Wiederherſtellung des vorigen Standes und durch Erfüllung dieſer Obligation ein; daß das römiſche Recht dem auf Rückwirkung der Be-

10) [in Betreff der Legate — vgl. oben §. 544 Anm. 36 — von Jhering in ſ. Jahrb. X S. 504. 505, in Betreff vertragsmäßiger Dispoſitionen von demſelben l. c. S. 537 fg., überhaupt von Köppen ebendaſelbſt XI S. 191 fg. beſ. Anm. 118, Schulin, Reſolutivbedingungen S. 75 unten (vgl. hier Anm. 32), Karlowa, Rechtsgeſchäft S. 100 Anm., Bechmann, Kauf II S. 495 fg. 514 fg. 525 fg. 547 III., welcher in den Schlußworten der l. 6 §. 1 D. c. e. 18, 1 „eine unzweideutige Verneinung" der Rückwirkung findet: hiegegen Anm. 24—30. Baron §. 56 Anm. 7. Wendt S. 148/49. Jhre Bejahung vertritt wiederum Dernburg I §. 112 Anm. 10.]

11) l. 2 pr. D. in diem add. 18, 2. l. 4 pr. D. peric. et com. 18, 6.

12) wie z. B. l. 3 C. pact. int. emt. 4, 54, vgl. Anm. 22.

dingung gerichteten Willen des Disponenten eine andere als obligatorische Wirkung gegeben habe, lasse sich nicht nachweisen[13]). Ob darnach die Resolutivbedingung noch Resolutivbedingung, und nicht vielmehr ein suspensiv-bedingtes obligatorisches Geding[14]), und ob sie dergestalt anstatt einer Bedingung des Hauptgeschäftes nicht vielmehr die Bedingung eines Nebengeschäftes, oder anstatt der Bedingung eines ersten nicht gar die Bedingung eines zweiten selbständigen Geschäftes wäre, soll hier blos gefragt werden. Dagegen ist des näheren auszuführen, daß[15]) die Quellen überall, wo nur entschieden eine Resolutivbedingung gemeint oder gewollt ist[16]), unmittelbare und von selbst eintretende Rückwirkung enthalten.

Denn wäre mit Eintritt der Bedingung erst eine obligatio zur Auflösung des Geschäftes, z. B. des Kaufes da, so würde nicht geschrieben stehen, was allenthalben geschrieben steht: daß die Auflösung selbst eingetreten, daß der Kauf aufgelöst, daß res inemta sei[17]). Daß das Wort resolvere nicht blos für die mit dem Eintritt einer Bedingung von selbst erfolgende Auflösung, sondern auch für die „Realisirung eines obligatorischen Anspruches auf Beseitigung der Folgen" (d. i. Auflösung) „eines Rechtsgeschäftes" vorkommt[18]), ist richtig[19]); daß aber dieser obligatorische Anspruch selbst resolutio heiße,

13) Windscheid §. 91 nach Anm. 2 — [wogegen die Aufhebung der durch das resolutivbedingte Geschäft hervorgebrachten Rechtswirkung allerdings direkt eintritt: a. a. O. §. 90 Anm. 1—4 vgl. hier unten Anm. 32.]

14) vgl. Zimmern, Arch. f. civ. Pr. V S. 234 unten [und oben §. 540 Anm. 6, z. B. Bechmann: „Resolutivvertrag", Dernburg: „Resolutivklausel".]

15) von den ohnehin unsicheren Spuren einer Conventionaltheorie auch unter den römischen Juristen abgesehen: oben §. 540 Anm. 10.

16) Zimmern a. a. O. S. 241 II in f. III S. 241 fg.

17) oben §. 540 Anm. 2 u. 3. Arndts §. 71 Anm. 5. [Nicht dieses Gewicht auf „res inemta" legt Czyhlarz a. a. O. S. 43—50, findet die Abreden „ut, si displicuisset, inemta esset" und „ut, nisi placuerit, redhibeatur" gleichbedeutend und läßt bei jedem resolutivbedingten Kauf auf Probe (pactum displicentiae vgl. oben §. 540 Anm. 29 u. 33) „die Zurückführung der bereits eingetretenen Wirkungen, nach den Grundsätzen der Redhibition mit der actio redhibitoria erfolgen". Ebenso Bechmann, Kauf II S. 544—46. S. 553 Anm. 2.]

18) Fitting, Zeitschr. f. Handelsrecht II S. 245. §. 18.

19) z. B. l. 13 §. 2 D. a. v. a. p. 41, 2.

iſt nicht nachgewieſen[20]). Zum Beweiſe aber, daß der Ausdruck res inemta u. dgl. keine bloße Redensart iſt, verliert der Käufer ohne weiteres ſein interimiſtiſches, auf der emtio als unzertrennlicher causa beſtandenes Eigenthum[21]); bis zum Eintritt der Bedingung hat der Käufer, nachher der Verkäufer rei vindicationem[22]). Hieraus iſt zu ſchließen, daß wie das Eigenthum an der Sache ſelbſt auch das an den fructus extantes unmittelbar an den Verkäufer zurückfalle[23]). Freilich, gewiſſe Dinge können ihrer Natur nach nicht von ſelbſt ſich beheben oder zurückfallen: unmöglich die tradirte Sache ſelbſt oder ihr Beſitz; unmöglich die kraft des interimiſtiſchen Eigenthums erworbenen actiones; unmöglich die verſäumten oder die verzehrten Früchte; unmöglich die vom Zwiſcheneigenthümer an der Sache geſtifteten Schäden. Hier beſteht mit Eintritt der Bedingung allerdings eine obligatio auf Reſtitution oder Rückvergütung[24]), und zwar eine bloße obligatio, wo (wie bei den actiones und Schäden) nichts anderes möglich iſt; oder eine obligatio (in personam actio) neben in rem actio in An-

20) [auch nicht von Bechmann, Kauf II S. 497 Anm. 2.]

21) vgl. oben §. 534 Anm. 13 u. 14. Vangerow §. 96 Anm. Nr. 1 (Bd. I S. 151 der 7. Aufl.), [Kindel, Recht an der Sache S. 343. 346, Hölder, Pand. S. 254 für die in diem add., während er ſonſt die Frage, ob ſich die Reſolutivbedingung auf den Contract beſchränkt, oder auch auf die Veräußerung erſtreckt, für eine Auslegungsfrage erklärt, welche im Zweifel im erſteren Sinn zu entſcheiden ſei. Oppoſition ferner bei Czyhlarz a. a. O. S. 52. 53, Bechmann, Kauf II S. 498/99, vgl. Schulin, Reſolutivbedingungen S. 86—92, und auch S. 171 unten.]

22) l. 41 pr. D. r. v. 6, 1 [hiezu Schulin a. a. O. S. 168—72, Bechmann, Kauf II S. 518 Anm. 3 und Appleton, Propriété prétorienne I p. 154—58]; l. 4 C. pact. inter emt. 4, 54. l. 8 D. leg. com. 18, 3. cf. l. 9 pr. D. aq. pl. arc. 39, 3. arg. l. 1 C. pact. int. emt. 4, 54 und dazu Vangerow a. a. O. Nr. 2 lit. b (S. 153). Thibaut, civ. Abhandlungen S. 368—78. [Jhering in ſ. Jahrb. X S. 571 fg., zu ll. 4 u. 8 citt. Czyhlarz a. a. O. S. 54—56;] l. 3 C. eod. enthält aber gar keine lex commissoria, ſondern ein obligatoriſches pactum: vgl. l. 4 eod. und Zimmern a. a. O. S. 241 und unten bei Anm. 32; [andere, an der lex com. feſthaltende Erklärungen der l. 3 cit. bei Kindel a. a. O. S. 344. 345.]

23) Zimmern a. a. O. S. 250.

24) l. 4 pr. D. leg. com. 18, 3. fr. Vat. §. 14. l. 6 pr. l. 16 D. in diem add. 18, 2; l. 4 §. 4 eod. l. 11 §. 10 D. quod vi aut cl. 43, 24. cf. l. 9 pr. D. a. pl. a. 39, 3. [S. auch Czyhlarz a. a. O. S. 41. 42.]

betracht der Sache selbst und der fructus extantes; auch in Anbetracht der versäumten und verzehrten Früchte, insofern diese accessorisch auch mit der Vindication verfolgbar waren[25]). Allein offenbar ist diese obligatio kein Beweis gegen die Unmittelbarkeit des Rückfalls. Ersterenfalls ist sie nur Ersatz oder Form desselben — etwa so wie die cautio an die Stelle materieller Collation tritt (Bd. III §. 411); letzterenfalls ist sie Mehrung der dem Verkäufer gebotenen Executionsmittel[26]). Leicht kann es besser sein, in personam statt in rem actionem, oder (auf die Früchte) noch eine principale statt einer blos accessorischen Klage zu haben (wenn Verkäufer die Sache selbst bereits hat). Im einen wie im anderen Falle ist diese Obligation keine Contractsobligation, nicht durch den Kauf, sondern trotz des nunmehrigen Nichtkaufs da[27]); und trotz des Nichtkaufs ist actio venditi gewährt. Denn eben daher, daß mit Eintritt der Resolutivbedingung der Kauf nicht existent ist, rührten die Bedenken, welche man gegen die Gewährung der actio venditi hatte[28]); daß man sie hier wie anderwärts überwand[29]), ist kein Beweis gegen, daß man sie erst überwinden mußte, ein Beweis für die von selbst eintretende Retrotraction[30]).

In der Einschränkung auf die resolutivbedingte Eigenthumshingabe kommt übrigens Windscheids Ansicht schon in der Glosse vor; nur daß diese unterscheidet, und je nach der

25) Bd. I §. 145 Anm. 27 fg. §. 170 Anm. 9, vgl. Zimmern a. a. O. S. 244.

26) wie z. B. dem Legatar neben in rem actio auch in personam actio ex testamento (Bd. III §. 426 Anm. 4—7), [jedoch auch Salkowski in Glücks Commentar Bd. 49 §. 1526], dem Gezwungenen neben in rem actio die quod metus zusteht (oben §. 532 Anm. 4. 5); [s. auch l. 1 C. donat. quae sub modo 8, 54: Kindel a. a. O. S. 353 ff.]

27) [a. M. Czyhlarz a. a. O. S. 41, welcher seiner Auffassung der Resolutivbedingung entsprechend (oben §. 540 Anm. 6) die Klage aus dem die Auflösung betreffenden pactum adiectum entspringen läßt; doch s. auch daselbst S. 97 unten.]

28) l. 4 pr. D. leg. com. 18, 3: — et quidem finita est emtio, sed iam decisa quaestio est —. l. 6 §. 1 D. c. e. 18. 1.

29) Thibaut a. a. O. S. 373. Zimmern a. a. O. S. 245, vgl. oben Bd. II §. 329 Anm. 16.

30) Zimmern a. a. O. S. 235 Z. 9.

(directen oder indirecten) Faſſung der Bedingung entweder Auflöſung ſelbſt oder bloße Obligation auf Auflöſung annimmt[31]). Schlechthin blos obligatoriſchen Effect in Bezug auf Eigenthumshingabe behauptete, jedoch auch nicht ohne Vorgänger, Rieſſer[32]). Etwas ganz Anderes als Reſolutivbedingungen mit blos obligatoriſcher Wirkung ſind obligatoriſche auf Wiederauflöſung gerichtete pacta; erſtere ſind eine contradictio in adjecto[33]), letztere natürlicherweiſe möglich und den Reſolutivbedingungen oft bis zum Verwechſeln ähnlich[34]). Endlich ſoll

31) hingegen vgl. Thibaut a. a. O. S. 369.

32) in der Zeitſchr. f. Civilr. u. Proz. Bd. 2 Nr. I u. VIII, gegen denſelben Vangerow §. 96, wegen ſeiner Vorgänger ſ. Thibaut a. a. O. S. 368 Anm. 17. 18. [Nachfolge u. A. bei Czyhlarz a. a. O. S. 51 fg. 63 fg., welcher dingliche Wirkung nur bei der in diem add. und auch hier nur fürs juſtinianiſche Recht annimmt; ſ. auch daſelbſt S. 95. 98. Schulin, Reſolutivbedingungen S. 81—110, der für blos obligatoriſchen Effect eintritt, macht Anm. 129. 130 die zahlreiche Anhängerſchaft dieſer Meinung namhaft. Wegen der „ganz klar und unwiderleglich redenden" l. 42 D. m. c. don. 39, 6. l. 2 C. cond. ob cau. 4, 6 und l. 15 D. cond. cau. data 12, 4 ſ. oben §. 538 Anm. 41—46, §. 544 sub 1, vorliegenden §. Anm. 22. 23. 25. 34 und Bd. II §. 303 sub b. Die meiſten in Anm. 22 citt. ll. erklärt Schulin S. 151. 165—79 durch die Annahme, daß der Verkäufer, welcher mit lex com. oder in diem add. verkauft und tradirt hat, pendente condicione Eigenthümer bleibe: oben §. 540 Anm. 20. Gegen direkten Rückfall des Eigenthums ſeitdem ferner Adickes, Bedingungen S. 45—51, hinwiederum für ſolchen Rückfall, mit Berufung auf l. 29 D. m. c. don. 39, 6 (oben §. 538 Anm. 46) Cohen, Schenkung von Todeswegen S. 119 vgl. S. 131 fg. und Wendt S. 149. 150. 200/1, ebenſo für in diem add. und lex commiss., nicht pactum displ. Dernburg I §. 112, für in diem add. Bechmann, Kauf II S. 511—13, anders für lex com. S. 528—32 und pactum displ. S. 547. 551 fg. vgl. auch S. 491 Anm. 2 und S. 497 fg., unterſcheidend auch Puntſchart, Fundamentale Rechtsverhältniſſe S. 341; unterſchiedlos bejahend, aber nur Auflöſung ex nunc annehmend Ryck, Schuldverhältniſſe S. 173 fg., verneinend, aus Schulins Standpunkt, Appleton, Propriété prétorienne II p. 113 et s., jedoch mit der Maßgabe, daß er bei Eintritt der Reſolutivbedingung den Veräußerer die a. Publiciana wiedererlangen läßt. Eine von ihm (p. 128 et s.) mitgetheilte, in Frankreich verbreitete Meinung ſucht dem Quellenbefund durch dogmengeſchichtliche Diſtinctionen gerecht zu werden. Ueberſicht der von ihm ſelbſt angenommenen Entwicklung p. 229 31. S. auch noch oben Anm. 13.]

33) Scheurl a. a. O. §. 2 S. 11. [Wiederum Leonhard, Irrthum S. 267 Anm. 3 („obligatoriſch wirkende Reſolutivbedingung"), Dernburg I §. 112 Anm. 3, andererſeits Windſcheid §. 90 Anm. 3, Bekker §. 115, f. §. 116, w. x („echte" und „unechte" Reſolutivbedingung, vgl. §. 37, l. m).]

34) hierüber Zimmern a. a. O. und z. B. l. 3 C. pact. int. emt. 4, 54. [S. auch oben Anm. 17. 22. Bd. II §. 325a Anm. 55 und be-

3. bei Resolutivbedingungen überhaupt keine Rückwirkung, sondern, wie Fitting gesagt hat, nur Vorwirkung platzgreifen — der Kauf, das Eigenthum nur aufhören, bis jetzt da, nicht nicht gewesen sein, wie denn auch das kraft des Zwischeneigenthums bestellte Pfand- und Servitutenrecht nur aufhöre[35]), und nirgends gesagt sei, daß es „von Anfang an ungiltig erschien“[36]). Allein wenn das Zwischeneigenthum blos aufhört und an den Verkäufer nur ex nunc zurückfällt, dann liegt mit dem Eintritt der Bedingung ein bloßer Wechsel im Eigenthum vor; bei solchem hören Pfand- und Servitutenrecht nicht auf[37]), selbst im Usucapionsfall nicht[38]); der Umstand, daß sie beim Eintritt der Resolutivbedingung aufhören, zeigt an, daß dieser keinen bloßen Wechsel, sondern einen Rückfall des Eigenthums im engsten, den Zwischenzustand negirenden Sinne des Wortes mit sich führt. Wie beim Legatar, der das Legat ablehnt (§. 537, 1. b. α), ist das Zwischeneigenthum und so dann auch das darauf gebaute Pfand- und Servitutenrecht niemals dagewesen; letzteres ausdrücklich zu sagen, lag kein practisches Interesse vor.

Wäre mit dem Eintritt der Bedingung ein bloßer Wechsel im Eigenthum eingetreten, so würde für den Fall, da der Verkäufer blos Usucapionsbesitzer gewesen war, und die Bedingung vor Vollendung der durch den Käufer fortgesetzten Usucapion eintrat, vonwegen der accessio possessionis zu Gunsten des

---

sonders Kindel a. a. O. S. 359 fg. Zu l. 3 C. cit. s. aber auch Schulin S. 154. 155. — Unter Hinweis auf l. 2 §. 7. l. 3 D. don. 39, 5 nimmt Adickes a. a. O. S. 83 - 90 auch da eine Bedingung an, wo eine Vermögenszuwendung mit einer causa erfolgt ist, und die Condicirbarkeit der Zuwendung wegen Grundlosigkeit auf durch Privatwillen geschaffener Abhängigkeit der Rechtswirkung jener Zuwendung von der causa beruht. Nicht weit davon Leonhard a. a. O. und S. 270.]

35) l. 4 §. 3 D. in diem add. 18, 2. l. 3 D. quib. mod. pign. 20, 6. [dazu jedoch Schulin a. a. O. S. 173—75. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 99. Appleton l. c. II p. 278—90.]

36) Fitting, Zeitschr. f. Handelsr. II S. 288; [Schulin a. a. O. S. 184 (also auch nicht gegen Rückziehung).]

37) l. 20 §. 1 D. a. r. d. 41, 1. l. 12 D. quemadm. serv. am. 8, 6. [l. 43 §. 8 D. aed. edicto 21, 1 (cf. l. 21 §. 1 eod.). l. 3 D. quib. mod. pign. 20, 6: Bd. II §. 351 Anm. 30.]

38) l. 44 §. 5 D. usurp. 41, 3.

Verkäufers kaum die Schwierigkeit entſtanden ſein, welche hier wie bei der ädiliciſchen Redhibition entſtund. Dieſe Schwierigkeit lag darin, daß die Reſolutivbedingung wie die Redhibition das Recht des Vormannes (Käufers), anſtatt es fortzuleiten[39]), wieder auflöſten[40]). Unter den mehreren Auswegen[41]) war aber einer der, daß man ſagte: retro acta venditio iſt gar keine venditio mehr; man muß den Verkäufer behandeln, als ob er die Sache nie weggegeben hätte[42]). Wäre bloßes Aufhören des käuferiſchen Rechtes mit dem Worte retroactio und resolutio venditionis vereinbar: mit den ſich hieran anknüpfenden Gedanken, Bedenken und Zweifeln iſt es unvereinbar.

Die Gefahr beim reſolutiv-bedingten Kaufe, ſpeciell der lex commissoria und in diem addictio, ſteht beim Käufer[43]). Zum Theil darum, daß ſie beim Käufer ſei, ſein könne, wurde ja gegen Sabinus die gemeine Bedingtheit des reſolutiv-bedingten Kaufes geläugnet und Perfection des Kaufes angenommen (pure contrahi, sed sub conditione resolvi) (S. 142). Nichts ſcheint alſo gerechter, als wenn es Goldſchmidt zweimal unerklärlich findet[44]), wenn wir S. 482 der erſten Auflage beim Kauf auf Probe einerſeits eine Reſolutivbedingung angenommen, anderſeits aber alle Gefahr dem Verkäufer zugewieſen haben. Indeſſen erſcheint bei der in diem addictio wie bei der

39) l. 14 §. 1 D. div. temp. praescr. 44, 3.

40) l. 13 §. 2 D. a. v. a. p. 41, 2 — an accessione uti possit ex persona eius? et sunt, qui putent, non posse, quia venditionis est resolutio, redhibitio — cf. l. 19 D. usurp. 41, 3 — quoniam eo genere retroacta venditio esset redhibitioni similis — l. 6 §. 1 D. div. temp. praescr. 44, 3: — convenit, ut nisi certa die pecunia soluta esset, inemtus esset; quod cum evenerit, quaesitum est, quid de accessione tui temporis putares. Respondit id quod servetur, cum redhibitio sit facta. Bd. I §. 162 Anm. 24. [S. auch Schulin a. a. O. S. 184.]

41) vgl. l. 19 cit. mit l. 6 §. 1 cit.

42) l. 19 cit. in fin. — quoniam ea venditio proprie dici non potest. [S. jedoch auch Bechmann, Kauf II S. 515.]

43) [fürs Einzelne ſ. Puntſchart, Fundamentale Rechtsverhältniſſe S. 343—52. — Die im Folgenden vorgetragene Meinung von der Tragung der Gefahr beim Kauf mit in diem addictio, lex commissoria und pactum displicentiae hat der Verf. auch in einer Randnote zu Bd. II S. 710 Z. 2 v. o. (ſomit nach dem J. 1882) zum Ausdruck gebracht.]

44) Zeitſchrift f. Handelsrecht Bd. I S. 83 Anm. 16. S. 120 Anm. 24.

lex commissoria die supponirte Perfection des Geschäftes nicht als der einzige Grund, weshalb die Gefahr den Käufer trifft; mit dem Untergang der Sache ist zugleich der Eintritt der Bedingung, und also die Resolvirung des Kaufes unmöglich geworden und zwar bei der in diem addictio deswegen quoniam post interitum rei jam nec afferri possit melior conditio[45]); bei der lex commissoria deswegen, weil der Verkäufer sie nun nimmermehr exerciren will[46]). Wäre demnach die Bedingung von der Art, daß sie auch noch nach dem Untergang der Sache eintreten könnte, dann wäre trotz der (ja doch blos supponirten) Perfection des Kaufes die Gefahr nicht schlechthin beim Käufer; vielmehr käme noch darauf an, ob die Bedingung eintritt oder deficirt; letzterenfalls hätte es beim Kauf, mithin auch bei der Gefahr des Käufers sein Verbleiben; ersterenfalls würde klar, nach unserer Ansicht (S. 145/46), daß der Kauf in Wahrheit niemals perfect geworden, nach der recipirten Aufstellung, daß er trotz anfänglicher Perfection nun nachträglich zunichte geworden, nach beiden Aufstellungen, daß die Sache dem Verkäufer untergegangen sei. Auf diesem Wege wird der Satz, daß die Gefahr auch bei Resolutivbedingungen den Verkäufer treffen könne, wenigstens an und für sich denkbar; braucht blos der bedingende Umstand von der Art zu sein, daß er auch nach dem Untergang der Sache eintreten kann[47]). Was aber den Kauf auf Gefallen und die emtio ad gustum anlangt, so scheint nach Untergang der Sache allerdings weder Gefallen noch Mißfallen mehr platzgreifen zu können; eine degustatio des ausgeflossenen Weines ist keinesfalls mehr möglich; periculum des Käufers also, scheint es, hier und dort unausbleibliche Folge, wenn die Sache pendente conditione untergeht. Allein

45) l. 3 D. in diem add. 18, 2. [Jedoch s. auch l. 4 §. 2 eod. mit Puntschart a. a. O. S. 351.]

46) l. 2. l. 3 D. leg. comm. 18, 3. [So auch Czyhlarz, Resolutivbedingung S. 42, Einschränkung bei Puntschart a. a. O. S. 352.]

47) [Windscheid §. 387 zu Anm. 10 läßt „die Mißbilligung" mit resolutiver Wirkung auch nach Eintritt des casuellen Unterganges der Sache zu und weist folgeweise dem Verkäufer die Tragung der Gefahr zu. Ausführliche Behandlung der Frage nach der Gefahr beim pactum displic. bei Bechmann a. a. O. S. 548—51.]

wie wenn, wie gebräuchlich[48]), der Erklärung des Mißfallens und der Deguſtatio eine Friſt geſteckt iſt? wie der dies überhaupt, ſo wird auch dieſer pro reo, d. i. für den Käufer ſein; er wird es nicht büßen müſſen, wenn er vor Ablauf der Friſt nicht koſtet, ſich nicht erklärt; vielmehr hat er ein Recht, ſo lange nicht zu proben. Beides, daß er es nicht zu büßen brauche, und daß er ein Recht habe, zuzuwarten, wäre aber unwahr, wenn den inzwiſchen eintretenden Unfall er zu tragen hätte; er müßte es büßen, daß jetzt nicht mehr gekoſtet ꝛc., und alſo nicht mehr reſolvirt werden kann. Darum muß das periculum, wenn eine Friſt geſteckt iſt, und ſo lange die Friſt währt, beim Verkäufer ſein. So wird das Wort der l. 4 §. 1 D. peric. 18, 6, daß ein dies degustationi praestitutus meliorem conditionem emtoris facit, ohne das Cujaziſche „non“, und ohne Goldſchmidts künſtliches quandoque klar[49]). Ohne den dies iſt bei der reſolutiv bedingten emtio ad gustum der Käufer bis zum Entſcheid blos von der Gefahr des acor et mucor frei; er kann ihn koſten und zurückſchlagen ſo ſpät er will, nur nicht mehr wenn er gänzlich zu Grunde gegangen iſt[50]); mit einem dies iſt er bis zu dieſem nicht blos von der Gefahr des acor et mucor, ſondern der Sache ſelbſt frei[51]).

---

48) l. 31 §. 22 D. aed. ed. 21, 1.

49) wegen der „violenten Criſis“ des Cujaz ſ. Glück, Commentar Bd. 17 S. 164 fg. — Goldſchmidt a. a. O. S. 95. 96. [Mit der obigen Auslegung des Schluſſes der l. 4 §. 1 cit. übereinſtimmend Bechmann, Kauf II S. 539, während Puntſchart, Fundamentale Rechtsverhältniſſe S. 252 die Annahme einer Reſolutivbedingung jenem Schluß widerſprechend findet.]

50) [a. M. Bechmann a. a. O. S. 542 Anm. 2.]

51) Nebenbei bemerkt iſt übrigens noch nicht aller Zweifel gehoben, ob der gustus, ſo wie Goldſchmidt meint, wirklich blos auf acor und mucor gehe. Der acor iſt gleich anderen Krankheiten des Weines eine Species des casus (l. 1 pr. D. per. et com. 18, 6); iſt der Wein ſauer ꝛc., dann hört, möchte man denken, das Koſten auf — wie wenn er ausgelaufen iſt; er muß nicht ſauer ꝛc. ſein, damit es anfangen könne; neque acere neque mucere ſind vielleicht (wie das non effusum esse) Vorbedingungen, nicht Gegenſtand des Koſtens. [Für Goldſchmidt Bechmann a. a. O. S. 543 Anm. 5 und S. 538 III, dagegen Puntſchart, Fundamentale Rechtsverhältniſſe S. 246. 247.]

Daß die Zwischenverfügungen des Käufers mit Eintritt der Bedingung hinfällig werden, scheint durch l. 3 in f. D. quib. mod. pign. solv. 20, 6 widersprochen zu werden[52]). Bedenkt man aber, daß in der Verpfändung der Sache ein Ausdruck des Gefallens oder der Genehmhaltung des Kaufes liegt[53]), so wird eben diese Stelle zum Beweise der Hinfälligkeit, per argumentum a contrario. Aus eben dieser Stelle zu folgern, daß überhaupt Potestativbedingungen ohne Rückwirkung platzgreifen[54]), oder sie umgekehrt aus dem anticipirten Satze, daß Potestativbedingungen nicht zurückwirken, zu erklären[55]), geht u. E. gleichmäßig zu weit.

5. dem Inhalte nach.

Essentialia.

§. 546.

Was man wollen muß, damit ein Rechtsgeschäft zu Stande komme, bestimmt sich

1. nach dem Begriffe des Geschäftes, das man vorhat. Denn die Gattungen und Arten der Geschäfte sind im Voraus bestimmt[1]), dem Privatwillen ist, wenigstens in der historischen Zeit, anheimgestellt, durch Combination der vorhandenen Arten vielleicht neue Species zu gestalten[2]); neue Arten vermag er

52) — ubi sic res distracta est, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet.

53) vgl. Zimmern a. a. O. S. 252, [anders Dernburg, Pfandrecht I S. 216, anders Czyhlarz a. a. O. S. 61, anders Schulin a. a. O. S. 181. 182 und Kindel, Recht an der Sache S. 353, wieder anders Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 253; s. ferner Karlowa, Rechtsgeschäft S. 99, Windscheid §. 93 Anm. 3. Gegenüber der obigen Erklärung monirt Bechmann, Kauf II S. 554/55 die Inconsequenz, daß „der Käufer seine Willkür nicht zum Nachtheil der Pfandgläubiger und Servitutberechtigten ausüben darf, wohl aber zum Nachtheil des Nachfolgers im Eigenthum" (wenn man nämlich hier Rückfall desselben annimmt: Anm. 32).]

54) Zimmern a. a. O. S. 251. Vgl. oben §. 544 Anm. 34. 35.

55) Goldschmidt a. a. O. S. 122.

1) [Oben §. 522 Anm. 8—10. 15.] Vgl. Jhering, Geist des römischen Rechts III §. 53 bes. nach Anm. 226. [Schall, Parteiwille S. 29.]

2) vgl. oben §. 522 Anm. 12. Bd. II §. 319 Nr. 1 u. 4. §. 337.

ebenſowenig einzuführen, als neue gerichtliche Actionen. Zwar hat es, was das römiſche Recht anlangt, niemals ein Edict gegeben, in welchem die friedlichen gleich den ſtreitigen Actionen proponirt worden wären; wenn irgendwo ſo iſt hier dem Wort, daß es ſo ſein müſſe, die That, in der man thut was man für geboten hält, gewohnheitſchaffend vorausgegangen[3]). Allein an geſetzlicher Gewähr, wie z. B. der Geſchäfte per aes et libram, hat es doch auch hier, und gleich in den XII Tafeln nicht gefehlt; die Conſtituirung des Details erfolgte im Jus (Juriſtenrecht — Rechtsanwendung)[4]). Die alten Rechtsbücher hatten unter dem Titel der actiones auch unſere Rechtsgeſchäfte zum Gegenſtand[5]); das Syſtem und die Darſtellung des jus civile iſt auf die Rechtsgeſchäfte (Teſtament, Legat, rerum singularum mancipatio, traditio etc.) gegründet[6]); von den in den Pandekten excerpirten Büchern handelten nicht wenige über einzelne Rechtsgeſchäfte; wahrſcheinlich aus Büchertiteln rühren viele Titel oder Rubriken über Rechtsgeſchäfte in den Pandekten und im Codex ſelbſt her[7]). Nicht minder haben ſich unſere Praktiker dieſem Gegenſtande zugewendet; Schriften wie J. G. Meyers „Unterricht von allen im gemeinen Leben vorkommenden bürgerlichen Handlungen, als Pacten, Teſtamenten, Con-

3) [Bd. I §. 26 letzter Abſatz und oben §. 522 Anm. 13.]

4) [Ueber ſein Weſen und ſein Verhältniß zum Geſetz ſ. Brinz, Rechtswiſſenſchaft und Rechtsgeſetzgebung, Rectoratsrede 1877 S. 6—8 des Separatabdruckes, worauf reflectirt Stammler in der Feſtgabe für Windſcheid S. 5. Vgl. unten §. 548 bei Anm. 6 und oben Bd. I §. 19.]

5) Varro, r. r. II, 5, 11. [Vgl. oben §. 522 Anm. 9 und den letzten Abſatz §. cit.; „den Zuſammenhang aber beweiſen immer noch die Scheinvindicationen, die äußerlich einen Streitakt darſtellen, innerlich aber friedliche Geſchäfte der Adoption, Eigenthumsübertragung u. ſ. f. ſind" (aus dem Collegheft eines Zuhörers). Des Weiteren ſ. Voigt, XII Taf. 2tes Cap. „die actio" und Jörs, Röm. Rechtswiſſenſchaft zur Zeit der Republik I S. 21 fg. Die l. 65 pr. D. pro soc. 17, 2 ſcheint nicht zweierlei „Aktion" (freiwillige und gerichtliche: Bd. II §. 335 Anm. 56), ſondern zwei Arten der Tilgung der actio (Klagrecht) zu unterſcheiden, arg. l. 63 §. 10 eod. „sive actio interierit". Actione durch novatione zu erſetzen (Wlaſſak, Litisconteſtation S. 50 Note 2. Proceßgeſetze II, S. 41 Note 38), wird durch l. 63 §. 10 cit. ausgeſchloſſen.]

6) Leiſt, Geſch. der röm. Rechtsſyſteme S. 55. [S. auch Voigt, Ueber das Aelius- und Sabinus-Syſtem (1875) und Lenel, Palingenesia II p. 1257 sqq. „Ad Sab. librorum rubricarum index."]

7) [Vgl. Voigt, Aelius- und Sabinus-Syſtem S. 51, aber auch Bekker, Syſt. §. 97 Beil. I, C.]

tracten und dergleichen, wie solche Rechtsbeständig zu errichten und was dabei anzuerkennen und zu beobachten ist" (Altona 1762), vielleicht wesentlich nichts anderes als die Manilii actiones, sind nur die letzten Ausläufer eines Literaturzweiges, der in den „Notariatsbüchern", in den Lehrbüchern „der außergerichtlichen praktischen Privatrechtsgelehrsamkeit"[8]), in Schriften wie Strycks Tractaten de cautelis contractuum, testamentorum, juramentorum seine Vertretung findet, und bis vielleicht vor die Glossatoren zurückgeht[9]).

Das Wesen und den Begriff der einzelnen, schon anläßlich der Rechte dargestellten Geschäfte zu wiederholen wäre überflüssig. (Vgl. S. 2 al.) Uebersichtshalber muß aber erwähnt werden, daß sie sämmtlich in den Rechten — deren Gründung und Aufhebung, Fortpflanzung und Erneuerung, Befestigung und Sicherung — ihre Bestimmung haben. Wesentlich auf Fortpflanzung derselben geht der „letzte Wille", eine voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit[10]), und zwar wesentlich auf heredis institutio, wenn er sich bis zum Testament erhebt (Bd. III §. 372 Anm. 1), überdies ausdrückliche, gesetzlich motivirte Enterbung, wenn Notherben da sind und das Testament nicht ohne weiteres inofficios sein soll (Bd. III §. 378. §. 404 Anm. 27); nurmehr auf Belassung und Belastung der gesetzlichen Erbfolge, wenn er sich auf Codicille beschränkt (Bd. III §. 424 Nr. 2); — auf das Vermögen nicht nur und die in ihm gelegenen Kräfte (facultates), sondern auch auf die Familie und deren Gewalten (manus, potestas) gehen die Geschäfte unter Lebenden; dort ist es der Erwerb um den sich alles dreht (Gai. II, 97), res (corporalis, incorporalis) und possessio das Doppelding, welches den Gegenstand der Erwerbsakte wie der Actionen und

8) Königs, Lehrb. der allgemeinen juristischen Literatur §§. 798. 799. [Oben Bd. I §. 2 Anm. 17 zweite Hälfte und §. 15 Anm. 27.]

9) vgl. das formularium tabellionum von Irnerius und die Notariatsschule zu Bologna bei Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter III S. 551 fg. IV S. 62 fg. [S. auch oben Bd. I §. 15 Anm. 23—26.]

10) l. 1 D. qui test. 28, 1.

Interdikte[11]) bildet, und im friedlichen wie ſtreitigen Wege bald per universitatem, bald im Einzelnen angeſtrebt wird[12]). Hier bildet das „Haus", d. h. die „Hausherrſchaft" (dominium in domo) den Punkt, in dem alle Geſchäfte zuſammenlaufen: Ehe und Adoption als Begründung, Scheidung, Emancipation und in adoptionem datio als Auflöſung derſelben, überhaupt oder in einzelnen Zweigen (Bd. I §. 42 — §. 48. Bd. III §. 456).

Daß der Wille der Handelnden von dieſen Zwecken und Wirkungen der Rechtsgeſchäfte je das begrifflich nothwendige zum Inhalt haben müſſe, iſt ſo ſelbſtverſtändlich, daß es die Quellen nicht eigens oder allgemein vorſchreiben. Aber concret iſt es gefordert

a) in den Formeln der ſolennen Geſchäfte, welche wie die formulae actionum den weſentlichen Belang der Handlung in beſtimmte Worte faßten, und als das hinſtellten, was die Parteien intendiren mußten, wenn das Geſchäft zu Stande kommen ſollte[13]).

b) in dem ausdrücklichen Erforderniſſe eines gewiſſen animus bei ſolchen theils ſolennen, theils formloſen Handlungen, welche nicht ſchon an ſich Rechtsgeſchäft, oder doch nicht das beſtimmte Rechtsgeſchäft waren, das ſie für den gegebenen Fall ſein ſollten, ſondern dieſes erſt durch den gewiſſen animus wurden — wie z. B. in dem Erforderniſſe des animus novandi, possidendi, pro herede gerendi, der maritalis affectio, wenn die Handlungen der Stipulation, Apprehenſion, Tradition, eines Erbſchaftsgeſchäftes oder eines Bündniſſes zwiſchen Mann

---

11) Rudorff, Edictum perpet. p. 4, [dagegen Lenel, das Edictum perpet. S. 17 fg.]

12) D. de adquirenda vel omittenda hereditate 29, 2; de bonorum possessionibus 37, 1 sqq. nebſt übrigen Univerſalſucceſſionen: Bd. III §. 431; — D. de adquirendo rerum dominio 41, 1; de adquirenda vel amittenda possessione etc. Gai. l. c.

13) z. B. Gai. I, 119. II, 24. 104. 117. 166. 193. 201. 209. 216. III, 92. Oben Bd. III §. 468 Nr. 2 vgl. Jhering, Geiſt des römiſchen Rechts Bd. II §. 47b Ziff. 3. §. 47c vorzüglich Anm. 873/74. Bd. III §. 53 S. 135 (der 2. Aufl.) und Anm. 181. [Voigt, Jus nat. III S. 28 fg. Bekker, Syſt. II §. 97 Note l.]

und Frau die Bedeutung einer Novation, Besitzergreifung, Erbschaftsantretung, oder Ehe haben sollten[14]).

Was man wollen muß und was man nicht wollen darf, bestimmt sich weiter

2. durch den Charakter der das Detail der einzelnen Rechtsgeschäfte nach Form und Wirkung betreffenden rechtlichen Bestimmungen. Viele von diesen sind, wie Savigny, System I §. 16 sie nennt, blos „vermittelnde", das will heißen blos eventuelle, für den Fall, da die Handelnden selbst nicht anders oder ausdrücklich verfügen, getroffene, eben darum derogirbare Bestimmungen (juris privati — §. 547); andere dagegen sind „absolute", d. i. definitive oder unabänderlich getroffene Bestimmungen, denen sich die Parteien also unterwerfen müssen, woferne sie dieses Geschäft wollen (juris publici)[15]). Beide diese Gattungen von Bestimmungen, die eventuellen und die definitiven, bewegen sich innerhalb des begrifflich Nothwendigen, könnten also unbeschadet des Begriffes fehlen, oder anders sein. Allein während die der ersteren Art

14) Bd. II §. 282 Anm. 2 und S. 387. Bd. I §. 135 S. 495. Bd. III §. 394 Anm. 5—13. §. 469 Anm. 18—21. [S. ferner z. B. l. 7 §. 12 D. pact. 2, 14. l. 1 §. 4 D. pec. const. 13, 5. Bd. II §. 295 Anm. 8 a. E. §. 335 Anm. 42.]

15) [Bd. I §. 24 Nr. 2 nebst l. 45 §. 1 D. r. j. 50, 17. l. 1 §. 9 D. mag. conv. 27, 8. l. 5 §. 7 D. adm. tut. 26, 7. l. 3 D. qui testam. 28, 1. l. 15 §. 1 D. leg. Falc. 35, 2 (Bd. III §. 416 Anm. 8). l. 13 C. testam. 6, 23, vgl. l. 7 §. 15 D. pactis 2, 14 (contra iuris formam) und l. 16 D. de suis et leg. 38, 16 (privatorum enim cautiones legum auctoritate non censeri) sowie anderseits l. 31 D. pact. 2, 14 (Pacisci contra edictum aedilium omnimodo licet). Gegen die obige herkömmliche Gleichsetzung von ius publicum und absolutem Recht und gegen die bisherige Deutung des Satzes „ius publicum privatorum pactis mutari non potest": Bülow, Arch. f. civ. Prax. Bd. 64 S. 101—8. Dortselbst S. 9. 43 fg., vornehmlich S. 71—93 wird gegen die „Derogirbarkeit" von Satzungen Front gemacht und zwischen dispositivem und ergänzendem Recht unterschieden, von denen keines „abänderlich" sei, jenes der Privatdisposition freie Bahn mache; solche Privatdisposition finde kraft, nicht unter Wegräumung objectiven Rechts Statt; wo sie unterblieben, geschehe Nichts, oder es trete etwa vorhandenes ergänzendes Recht ein. — Die Bülow'sche Auffassung des Gegensatzes von zwingendem und dispositivem Recht acceptirt und vertheidigt Stammler, Arch. f. civ. Prax. Bd. 69 S. 14—16, welcher jedoch S. 20 (gegen B.'s zuletzt erwähnte Alternative) für „die faktische Nothwendigkeit ergänzender Rechtssätze" eintritt und weiterhin bei Bestimmung des Verhältnisses des subsidiären zum absoluten und zum dispositiven Recht seinen eigenen Weg geht. Abweichend auch Hölder, Pand. §. 12 Anm.]

nicht nur ihrer Exiſtenz und Geltung, ſondern auch ihrem Inhalte nach mit dem Willen oder Belieben der Einzelnen als Einzelner (privati) in Verbindung ſtehen und den Kreis der dieſen gewährten Autonomie beſchreiben (§. 547—§. 556), iſt in den anderen der Wille man möchte ſagen des Publikums, das Intereſſe und der Antheil der ganzen dem Handelnden gegenüberſtehenden Volksmaſſe vertreten[16]), und dieſer gemeine Wille für den Einzelnen ſo unüberſteiglich, als der gemeine Begriff. Zuerſt aus dem gemeinen Denken alſo, dann aus dem gemeinen Wollen fließt der nothwendige Inhalt der Geſchäfte[17]).

Im Einzelnen betrachtet ſcheint dieſe Betheiligung des gemeinen Willens an den Geſchäften der Einzelnen zum Theil auf ein blos ſociales, zum Theil aber auf ein wahrhaft publiciſtiſches Element zurückgeführt werden zu müſſen. Von erſterer Art iſt z. B. das jus publicum im Dotalrecht, im Pfandrecht, im Zinsrecht, überhaupt im Creditweſen[18]); überall hier wird, mitten im Privatrecht, ungefähr das was wir Wohlfahrtspolizei nennen, gehandhabt. Eine ähnliche Bewandtniß hat es mit den Formvorſchriften, denen ſo wenig derogirt werden kann, wie jenen ſachlichen[19]), nur daß ſie ſtatt der Beſchränkung die Sicherung des freien Willens, ſo die Sicherung des Rechtes, und ſpeciell durch dieſe das gemeine Beſte anſtreben[20]). Daß den älteſten namentlich den gewohnheits-

16) [vgl. Bd. I §. 34 nach Anm. 17 und im Einzelnen Jherings Erklärung des nemo pro parte testatus etc.: Geiſt des römiſchen Rechts III §. 53 bei Anm. 182a — doch ſ. oben Bd. III §. 372 Anm. 11.]

17) [vgl. Puntſchart, Fundam. Rechtsverhältniſſe S. 94.]

18) Bd. III S. 719 unten, §. 478 Anm. 2. §. 487. — Bd. II §. 210 Anm. 17. §. 349 Anm. 4. §. 353 Anm. 7. 33. 28. Bd. II §. 308 Anm. 8—10. — Gai. III, 123—27. [S. ferner Bd. III §. 500 Anm. 1. Bd. I §. 45 Anm. 4. §. 193 Anm. 11. §. 202 Anm. 30 fg. Bd. III §. 416 Anm. 8. Bd. II §. 286 Anm. 45 und hier oben Anm. 15 ſowie §. 522 Anm. 10.]

19) — nec ex sollemni iure privatorum conventione quicquam immutandum est — l. 27 D. r. j. 50, 17 cf. l. 3 D. qui test. 28, 1. l. 9. l. 13 C. test. 6, 23. [S. auch Bd. II §. 248 Anm. 27 u. 28. Abweichende Deutung der l. 27 D. r. j. cit. bei Bülow a. a. O. S. 104 unten; vgl. zu d. St. Wlaſſak, Litiskonteſtation S. 68.]

20) [vgl. Bd. I §. 101 Anm. 7 u. 8 und Brinz in der Münchner Feſtgabe für Planck S. 172: „denn je ſolenner die Begründung der Rechte zu jener Zeit (sc. der XII Tafeln) noch war, deſto bekannter ihr Daſein".]

mäßigen Formen nicht noch andere Motive zu Grunde liegen[21]), will hiemit nicht abgesprochen werden. Von publicistischer Art im heutigen Sinne des Wortes dagegen ist jenes jus publicum, welches in l. 27 cit. als jus praetorium bezeichnet wird, und den modus actionum, damit die actionenrechtliche Wirkung der Geschäfte bestimmt[22]); denn das Actionenrecht ist gleich dem Civilprozesse bereits etwas, das seiner Gattung und Art nach verfassungsmäßig der Privatwillkür entrückt, und der Magistratur, wo nicht den Gesetzen vorbehalten war[23]).

Uebrigens ist die Nothwendigkeit, welche das jus publicum der Rechtsgeschäfte für den Willensinhalt mit sich bringt, von der begrifflichen Nothwendigkeit in einigen Punkten verschieden. So enthält die begriffliche Nothwendigkeit nichts, was der Handelnde nicht positiv wollen müßte; die des jus publicum vieles, was er blos nicht wollen kann; denn vieles von ihm ist nur verbietend (Verbot der lex commissoria etc.)[24]). Die Formvorschriften sind positiv, wirken aber, was den Inhalt des Willens anlangt, nur negativ, die Unmöglichkeit nämlich, eine andere Form zu belieben.

Willküren.

Ueberhaupt.

§. 547.

Inmitten der Vorausbestimmtheit dessen, was man bei jedem Geschäfte wollen muß, besteht die Freiheit des Handelnden vor allem darin, daß ohne seinen Einfluß kein einziges Geschäft zur Existenz kommt, und also selbst das Nothwendige zur freien That wird[1]); so wie darin, daß alles, was nach Art

21) Ihering, Geist des römischen Rechts II §§. 45 u. 45a („Wesen und praktische Bedeutung", und „die historischen Gründe des Formalismus"). [S. auch Voigt, Jus naturale III §. 44.]

22) vgl. meine Bemerkungen zu Rudorffs Edictum perpetuum in der M. Vierteljahresschr. Bd. 11 S. 481 Nr. 2.

23) vgl. l. 7 §. 14 D. pact. 2, 14.

24) [Bd. II §. 353 Anm. 28. Mit Bd. III §. 426 Anm. 7 vgl. Dernburg III §. 99 Anm. 4 a. E.]

1) [Vgl. Bülow, Arch. f. civ. Pr. Bd. 64 S. 78—81, welchem das Privat-

und Gattung des Geſchäftes deſſen Gegenſtand oder Grund zu bilden hat, erſt durch ſein Wollen und Wählen zu der für das wirkliche Daſein unerläßlichen concreten Beſtimmtheit gelangt[2]). Allein dieſe Freiheit beruht auf höheren, über das Recht erhabenen Geſetzen; mit ihr haben wir uns hier nicht weiter zu befaſſen.

Neben dieſer nothwendigen Freiheit kommt noch eine andere vor, welche weder in Natur- noch Vernunftnothwendigkeit beruht, wohl aber in dem individuellen Bedürfniſſe der Handelnden poſtulirt, und vom Rechte innerhalb der Schranken des Begriffsnothwendigen und des jus publicum[3]) gewährt iſt. Dieſe Freiheit iſt es, welche hier des näheren betrachtet und in ihren verſchiedenen Richtungen ausgeführt werden muß.

Sie äußert ſich aber entweder

A. in bloßen Nebenbeſtimmungen, wenn ihre Beliebungen innerhalb des Geſchäftes in dem man begriffen iſt bewendend, an deſſen naturalem Inhalte ändern[4]); —

B. in Nebengeſchäften, wenn mit einem Geſchäft, welches als das nächſtgewollte bezeichnet werden kann, ein anderes zu Einem verbunden wird, ohne daß erſteres dadurch ſeinen Namen und Charakter aufgibt, oder ſeine Selbſtändigkeit verliert[5]).

---

recht großentheils dispoſitiv iſt inſofern es den Privaten anheimſtellt ihre Rechtsverhältniſſe durch Geſchäfte zu regeln oder nicht. Herkömmlich bezieht man die Dispoſitivität auf das Wie, nicht auch auf das Ob der Regelung. S. auch Stammler a. a. O. S. 20 Anm. 36 (und doch wieder das Beiſpiel S. 22 al. 2). Vgl. ferner Schall, Parteiwille S. 22 Anm. 11.]

2) [Vgl. Bekker, Syſtem §. 97 A u. B, hier oben §. 522 Anm. 9 gegen Ende sub 2 und Bd. II §. 248 Anm. 3, ferner Bechmann, Kauf II S. 20 und Hölder, Pand. S. 273 oben.]

3) vgl. §. 546 Anm. 15.

4) [Ueber Name und Sache Hartmann, M. Vierteljahresſchr. Bd. 13 S. 517; ſ. auch Bechmann, Kauf I S. 275 fg. und Enneccerus, Rechtsgeſchäft S. 212 fg. Mit der obigen Anſicht übereinſtimmend Bekker, Syſtem II §. 97, C (S. 120), §. 115 Note n und mit großer Ausführlichkeit §. 113.]

5) [z. B. Bd. II §. 325a nach Anm. 54. Abweichend von obiger Definition Bekker, Syſtem II §. 97 D und die eingehende Darſtellung in §. 113.]

A. Nebenbestimmungen.

Ueberhaupt.

§. 548.

Der Begriff der Nebenbestimmungen ist mit dem des naturalen Geschäftsinhaltes unzertrennlich verbunden. Unter letzterem versteht man denjenigen Inhalt eines Geschäftes, welchen dieses ohne, nicht gegen den ausdrücklichen Willen des Handelnden hat. Der gegen diesen Inhalt ausdrücklich gerichtete, ihm also derogirende Wille, und unsere Nebenbestimmungen, sind identisch [1]).

Daß der naturale Geschäftsinhalt nicht durch jedesmalige Bestimmung der Handelnden, sondern durch das objective Recht bestimmt sei, unterliegt keinem Zweifel [2]). Insofern ist er als ein Drittes inmitte der essentialia und jener ihm derogirenden Nebenbestimmungen (accidentalia) allerdings nicht einzureihen (essentialia, naturalia, accidentalia negotii); denn diese sind Bestimmungen des Handelnden [3]). Allein es fragt sich, ob nicht auch er vom Handelnden gewollt, und in jenen rechtlichen Bestimmungen nicht blos dem Willen des Handelnden Ausdruck gegeben sei [4])? Und in der That hat es mehr den Anschein, und dürfte es sich durch künftige Detailuntersuchungen erhärten lassen, daß diese rechtlichen Bestimmungen bloße Willensauslegung und von sonstiger Auslegung der Geschäfte nur dadurch

---

1) oben §. 547 Anm. 4.

2) [vgl. Stammler, Arch. f. civ. Prax. Bd. 69 S. 32 und z. B. l. 11 §. 1 D. a. e. v. 19, 1: — quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate. l. 60 D. evict. 21, 2: Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praeter simplam evictionis nomine et ex natura ex empto actionis hoc quod interest.] — Bechmann, Kauf I §. 94 gibt eine eingehende Erörterung der naturalia negotii, namentlich, ob sie mit der bona fides zusammenhängen (unten Anm. 15 fg.); Hinweis auf vorliegenden §. dortselbst S. 668 Anm. 2.

3) vgl Windscheid §. 85 Anm. 1 [und dort Genannte und vorzüglich Bekker, Syst. §. 97 Note u mit Beil. III.]

4) [Dies bejahend spricht Voigt, Jus naturale III §. 15 hier von „inactiver Willenserklärung".]

unterſchieden ſeien, daß ſie den Sinn nicht blos eines einzelnen concreten Wortes und Geſchäftes, ſondern der ganzen Geſchäftsgattung und typiſch wiederkehrender Wörter, Formeln und Ausdrucksweiſen, und dieſen auch nicht blos für den einzelnen Fall, wie das Reſponſum und Judicat, ſondern, nach der Natur rechtlicher Beſtimmungen, allgemein, für die Gattung, feſtſtellen[5]). Dieſe Vermuthung beruht einmal darauf, daß die große Maſſe jener Beſtimmungen nicht etwa in Geſetzen, ſondern in dem der Rechtsanwendung entſpringenden, der Geſchäftsauslegung zunächſt liegenden Jus enthalten iſt[6]); — dann in dem Umſtand, daß ſie ſämmtlich derogirbar ſind; entſprängen ſie aus irgend einem anderen von dem Willen der Parteien abſtrahirenden Geſetze, ſo wären ſie kaum willkürlich veränderlich; — endlich in einer Reihe von Beiſpielen, in welchen unſere Beſtimmungen nachweislich Willens- oder Geſchäftsauslegung ſind. Und zwar ſind manche von ihnen direkte, lediglich aus dem was unmittelbar vorliegt, — andere dagegen mittelbare, aus dem was einſt ausdrücklich ausgeſprochen zu werden pflegte, allmälig aber als überflüſſig unter-

5) Hierin dürfte auch das Nöthige gegen Ihering, Abhandlungen S. 12 enthalten ſein, der da ſagt: „das Unrichtige ... liegt darin, daß man das Subſidiar-Recht auf den Willen der Parteien zurückzuführen ſucht und nicht bedenkt, daß jenes Recht zwar durch den in concreto entgegenſtehenden Willen der Contrahenten oder Disponenten ausgeſchloſſen werden kann, nicht aber zu ſeiner Anwendbarkeit die Uebereinſtimmung mit der muthmaßlichen Abſicht der Parteien erfordert.“ [Aehnlich ſchon Kierulff, Civilrecht S. 79 Anm.]. Uebrigens fährt Ihering ſelbſt fort: „An den Geſetzgeber kann man die Anforderung ſtellen, daß er das Subſidiar-Geſetz der Sitte des rechtlichen Verkehrs oder der muthmaßlichen Autonomie der Privaten anpaſſe, allein dem Juriſten dieſe Norm aufzulegen, hieße ihm das einzige Mittel, durch das er über den Buchſtaben oder über die Lücken des Geſetzes hinauskommen kann ... rauben“ u. ſ. w. — NB. Iſt das Subſidiarrecht vom Geſetzgeber gemacht? [Die Antwort im oben folgenden Text; ſ. auch die folg. Anm. Einklang mit Obigem bei Bülow, Arch. f. civ. Pr. Bd. 62 S. 82 Anm. 65.]

6) [ſ. oben §. 546 bei Anm. 4. Unter Hinweis darauf, daß durch geſetzgeberiſchen Eingriff die lex Falcidia „aus zwingendem zu ſubſidiärem Rechte geworden iſt“ (oben Bd. III §. 416 Anm. 11) will Dernburg I §. 32 im ſubſidiären Recht unterſchieden wiſſen: theils biete es die Auslegung des Privatwillens, theils das, „was der Geſetzgeber für das dem Verhältniß entſprechende und dem öffentlichen Nutzen förderliche hält“. Noch mehr opponirend als diſtinguirend, aber nicht auf die obige Erörterung reflectirend Stammler a. a. O. S. 21—28.]

blieb, geſchöpfte Auslegungen[7]). So enthält z. B. der Satz, daß Stipulationen, Darlehen ſofort nach ihrem Abſchluſſe klagbar ſind[8]), daß die sine parte eingeſetzten mehreren Erben zu gleichen Theilen erben[9]), daß casus a nullo praestantur[10]), daß bei hypothekariſcher Verpfändung eines Waarenlagers die nachgeſchafften Waaren in die Pfandhaft ein-, die kaufmänniſch veräußerten aus ihr austreten[11]), eine unmittelbare Willensauslegung; es iſt nicht erſichtlich, daß die Kontrahenten etwas anderes gewollt, ſie können natürlicherweiſe nur das gewollt haben[12]). Daß dagegen emtio venditio an und für ſich und kaufrechtlich zur Präſtation der Eviction und Mängel obligire, pignoris obligatio ohne weiteres das jus distrahendi gewähre, und auf die Früchte der verpfändeten Sache ſich erſtrecke, ließ ſich aus dem was hier gegenwärtig geſprochen und gehandelt wird, nicht folgern; wohl aber aus dem, was hier vordem geſprochen und gehandelt zu werden pflegte[13]).

---

7) [Hiermit iſt nicht geſagt, wie Hölder, Pand. S. 273 Z. 12 v. u. annimmt, daß „die accidentalia nichts anderes als wegbedungene naturalia“ ſeien. Und wenn Hölder betont, daß die Nebenbeſtimmungen zweierlei Art ſind, nämlich den naturalen Inhalt nur ausſchließen (einſchränken), oder aber erweitern (ihm zuſetzen), ſo iſt daran zu erinnern, daß der Sprachgebrauch in beiden Fällen von „derogirenden“ Nebenbeſtimmungen zu reden geſtattet. In §. 547 bei Anm. 4 iſt der Ausdruck „ändern“ gebraucht. Daß der von Hölder betonte Umfang der Nebenbeſtimmungen dem vorliegenden Text nicht fremd iſt, wird von Hölder ſelbſt anerkannt.] — Vgl. Wlaſſak, zur Geſchichte der negotiorum gestio S. 157, der ſeinerſeits auf Ihering, Geiſt II, 1 §. 36 S. 301. 302 (3. Aufl.) verweiſt, [wo die Formulare als „die Vorläufer, Surrogate und Fundgruben des dispoſitiven Rechts“ hingeſtellt werden. Wiederum (ſ. vor. Anm.) läßt daſelbſt Ihering „in ſpäterer Zeit“ die „Legislation (namentlich das prätoriſche Recht)“ ſich der Ausbildung des dispoſitiven Rechts zuwenden. S. auch Ihering §. 47a bei Anm. 785, wo der „Uebergang conventioneller Beſtimmungen in geſetzliche“ erwähnt wird.]

8) ll. citt. in Bd. I §. 114 Anm. 31. 32, [vgl. Bd. II §. 272 Anm. 40.]

9) §. 6 J. her. inst. 2, 14. l. 9 §. 12 D. her. inst. 28, 5. [Vgl. Bd. II §. 335 Anm. 33—36.]

10) Bd. II §. 276 Anm. 22 vgl. 24.

11) l. 34 pr. D. pign. 20, 1. [Bd. II §. 354 Anm. 11.]

12) [ſ. z. B. auch Bd. II §. 356 Anm. 6.]

13) l. 6 C. evict. 8, 44. l. 19 pr. D. eod. 21, 2: Bd. II §. 328 Anm. 12—14; — l. 11 §. 4 D. a. e. et v. 19, 1 — qui iumenta vendidit, solet ita promittere: „esse. bibere, ut oportet“ — cf. l. 6 §. 4 eod. Varro, r. r. II, 2. [Bd. II §. 327a Anm. 13 u. 22a]; — Gai. II, 64 — quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui

Was inſonderheit die Contracte betrifft, ſo beruht ein Hauptunterſchied darin, daß die einen stricti juris, die anderen bonae fidei ſind, dieſer Unterſchied ſelbſt aber vornehmlich darin, daß dort das bloße Wort, aber auch nur das ausdrücklich geſprochene Wort obligirt[14]), während hier vieles, was in str. j. negotio ausdrücklich bedungen ſein müßte, unausgeſprochen gilt[15]). Da läßt ſich nun wohl denken, daß alles, was hier unausgeſprochen gilt, nicht als nichtgewolltes, ſondern als ſtillſchweigend gewolltes gilt, daß der Gegenſatz, welcher dieſe beiden Geſchäftsgruppen beherrſcht, nicht etwa in dem des Willens zu irgend einem anderen Principe, ſondern (ähnlich dem verbum und der mens legis) nur in dem des förmlichen zu dem unförmlichen

olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur — l. 4 C. pign. act. 4, 24 — pactum vulgare, ut vendere liceret [vgl. unten §. 555 Anm. 1]; l. 3 C. in quib. cau. pign. tac. 8, 14 (15). l. 29 §. 1 D. pign. 20, 1: Bd. II §. 353 Anm. 33. §. 354 Anm. 8. l. 28 C. fidej. 8, 40 (41) von Juſtinian: die vormaligen pactiones, daß die mehreren fideiussores und duo rei debendi nur solutione liberirt werden ſollen, gelten jetzt ipso iure (Bd. II §. 253 nach Anm. 38 und bei Anm. 48). — Hierher gehört wohl auch der Satz, daß Aeſtimation bei Societät weder casus noch periculi praestationem nach ſich zieht: l. 52 §. 3 D. pro soc. 17, 2, bei Commodat und locatio periculum casus: l. 5 §. 3 D. commod. 13, 6 (Bd. II §. 316 Anm. 32). l. 54 §. 2 D. loc. 19, 2, bei dos und fundus instructus der Pachtung venditionem: l. 10 §. 4. 5 D. j. d. 23, 3. l. 3 D. loc. 19, 2, Bd. II §. 276 Anm. 24.— [S. außerdem Bd. II §. 269 bei Anm. 42 und dieſelbe im zweiten Theil.] — Vgl. Ribbentrop, Correalobl. S. 109: „Die Veranlaſſung dazu (sc. daß die mehreren fideiussores in solidum haſteten, wenn ſie nur nicht ausdrücklich pro parte promittirt hatten) mag indeſſen eben der Umſtand gegeben haben, daß es ſo ſehr gewöhnlich war, ſich ausdrücklich in solidum zu verbürgen".

14) arg. l. 91 pr. l. 23 D. v. o. 45, 1. Paul. r. s. V, 7, 4 wozu Cic. pro Caec. III, 7 „qua in re verbo uno" und de off. III, 16 „cum ex XII tab. satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata", ibid. c. 14, 69 „— nondum Aquilius ... protulerat de dolo malo formulas" — Keller, Civilproceß §. 88 Anm. 1105. [Oben Bd. II §. 327a Anm. 22a. §. 281 Anm. 18.]

15) l. 6 (7) D. neg. gest. 3, 5 — tantundem in bonae fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio. l. 24 D. depos. 16, 3. §. 3 J. cons. obl. 3, 22. [vgl. Bülow, Arch. f. civ. Prax. Bd. 64 S. 16 unten.] l. 11 §. 16 D. a. e. e. v. 19, 1 — denique etiam repromittit de dolo: sed et si non repromiserit, sciens tamen sibi non obligatam vel non esse eius qui sibi obligavit vendiderit, tenebitur ex empto, quia dolum eum praestare debere ostendimus. [l. 48 in f. D. a. e. v. 19, 1. — Bd. II §. 223 Anm. 1. §. 225 S. 59 oben. §. 243 Anm. 7. §. 244 Anm. 20. §. 249 Anm. 16. §. 273 Anm. 3. §. 278 bei und in Anm. 14. Vgl. auch §. 248 Anm. 22. §. 275 Anm. 8. 10. §. 333 Anm. 46.]

Wollen besteht, daß also der Gesichtspunkt, nach welchem hier ursprünglich der Richter sprach, doch nur der Wille der Parteien war[16]), und daß später, nachdem zwischen die Parteien und den Richter allmälig eine Reihe von Rechtssätzen über den Inhalt dieser Geschäfte, im Ganzen und im Einzelnen, getreten waren, diese Rechtssätze nun doch nichts anderes als allmälig generalisirte Willensauslegungen waren. Sichere, und zwar unmittelbare Willensauslegung ist der Satz, daß in allen b. f. negotiis die Haftung für dolus und culpa lata begründet sei; denn dies ward unmittelbar aus dem Wort und Begriff der fides abgeleitet[17]), so daß hier eine essentielle, wenn gleich stillschweigende Willensbestimmung vorliegt und ein jener Haftung entgegengesetztes Geding, weil mit dem Begriffe des Geschäftes (§. 546, 1) in Widerspruch, unmöglich ist[18]). Die Prästation der culpa levis oder von omnis culpa dagegen ist bereits nicht mehr Auslegung der „fides“[19]), was nicht nur aus dem Wesen der Sache und daraus erhellt, daß diese culpa,

16) [S. auch Brinz, M. Vierteljahresschr. Bd. 25 S. 60. 71 gegen] die neuere (z. B. G. Hartmann) Ablenkung von dem Willen des Handelnden auf den des Rechts (auf das was Jemand von Rechtswegen hätte wollen müssen). — [In ausgesprochenem Gegensatz zum obigen wie zum folgenden Text sucht Birkmeyer, Exceptionen im bonae fidei judicium S. 149—92 zu zeigen, „daß das aequum et bonum nicht kraft zu präsumirenden Willens der Parteien, sondern kraft absoluten Rechtsprincips, also über dem Willen, ja gegen den Willen der Parteien, Entscheidungsnorm im b. f. judicium bildete“. Allein wie vermag z. B. die von B. gründlich gezeigte Thatsache, daß eine Aequitätsklausel, wie die doli clausula, einem stricti juris negotium inserirt, dasselbe nicht gänzlich zum bonae fidei negotium machte, die Annahme des Textes zu widerlegen, daß die Postulate der bona fides für die b. f. negotia aus den Ansichten und Absichten ihrer Contrahenten erwachsen und abstrahirt sind, „allmälig generalisirte Willensauslegungen waren“. Daß in jedem gegebenen b. f. iudicium die aequitas „kraft des Willens der Parteien herrsche“, ist im Text nicht aufgestellt. Vgl. auch Bd. I §. 107 Anm. 12. 13 und weiterhin den Hergang in Bd. II §. 300 bei Anm. 15. Gegen Birkmeyer auch Ryck, Schuldverhältnisse S. 369. 370.]

17) l. 23 D. r. j. 50, 17. l. 1 §. 7. l. 32 D. dep. 16, 3. l. 57 §. ult. D. c. e. 18, 1. cf. l. 5 §. 7 D. adm. tut. 26, 7. l. 1 pr. D. auct. tut. 27, 3. [Bd. II §. 267 Anm. 6. 7. §. 327a Anm. 21. Voigt, Jus naturale III S. 887. IV S. 410 Anm. 47.]

18) [Bd. II §. 267 Anm. 8—10 vgl. 14. 18. §. 225 Anm. 7. §. 315 Anm. 10. §. 316 Anm. 33. S. auch oben §. 522 bei Anm. 10.]

19) [Eine Berufung auf die „bonae fidei interpretatio“ in l. 58 D. pact. 2, 14. — Zur Sache Voigt, Jus nat. III Anm. 1333 g. E.]

woferne ſie nicht in faciendo beſteht, nicht in allen b. f. judiciis präſtirt wird[20]), ſondern auch in l. 68 pr. D. c. e. 18, 1 ſeinen ausdrücklichen Beleg findet: die diligentia oder das culpam abesse iſt in der b. fides nicht zugeſichert. Allein in b. f. negotiis iſt überall nicht blos eine bona fides, das Gegentheil von fraus, ſondern allgemeiner ein quantum aequius et melius, oder ein ut inter bonos bene agier oportet zugeſichert[21]), kurz alles zugeſichert, was einer dem anderen ex aequo et bono zu gewähren hat. Denn unbedenklich darf, was dieſfalls von den Conſenſualcontracten im Gegenſatz zu den verborum obligationes geſagt iſt[22]), auf alle b. f. contractus ausgedehnt werden. Da kann nun Verſtoß gegen aequum et bonum ſein, was nicht mehr Treubruch iſt; je nach der Beſonderheit des Contractus die Präſtation von omnis culpa, das Aufgebot der diligentia diligentis gut und billig, oder aber mit ihnen mehr als gut und billig gefordert ſein; ſo daß z. B. in Societät und Depoſitum dieſe ſtrengeren Haftungen über das Maß des verſprochenen bonum et aequum hinausgehen, aus Gründen, wie ſie beiſpielsweiſe in l. 72 D. pro soc. 17, 2. l. 25 §. 16 D. fam. herc. 10, 2 angegeben ſind; daß dagegen der Mandatar, Commodatar, Verkäufer, Pächter ꝛc. omnem culpam präſtiren mußte, weil es nicht mehr wie verſprochen gut oder billig war, wenn ſie, der Eine dem beſonderen Vertrauensverhältniß[23]), die Anderen dem Gleichgewicht von commodum und incommodum gemäß, diligentiam diligentis aufboten. So dürfte die ganze Lehre über contractliche Präſtation von dolus und culpa, alſo namentlich auch der naturale, derogirbare Contractsinhalt über Präſtation der culpa[24]) auf unmittelbare Willensauslegung zurückführen. Das ſelbſt aber, daß in den b. f. contractus bona fides und aequum et bonum als ſtillſchweigend zugeſichert gilt, könnte durch mittelbare

20) Bd. II §. 267 Anm. 19 fg. und S. 254, vgl. §. 335 Anm. 10 (daſelbſt iſt l. 52 ſtatt l. 51 zu leſen).

21) Cic. pro Rosc. com. 4. 12. de off. III, 15, 61; 17, 70.

22) Gai. III, 137. §. 3 J. cons. obl. 3, 22. l. 2 §. 3 D. o. e. a. 44, 7.

23) l. 1 §. 4 D. mand. 17, 1. Jedoch ſ. auch Kniep, Praescriptio und Pactum S. 81. 82.

24) l. 23 D. r. j. 50, 17.

Willensauslegung erfolgt sein. Denn daß gerade sie als b. f. contractus erachtet wurden, erklärt sich am ehesten[25]), wenn ihnen in Anbetracht ihrer Formlosigkeit gewisse Vertrauensclauseln, wie unser „sonder Gefährde" oder das ciceronische „salva fide"[26]), das „uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim"[27]) oder jenes „uti inter bonos bene agier oportet" einst ebenso ausdrücklich und regelmäßig beigefügt wurden[28]), als derartige Clauseln durch die ganze classische Zeit hinab in der Intention ihrer Actionen figurirten[29]). — Wie die Prästation von dolus und culpa knüpft auch die der Mängel aus dem Verkaufe, soweit es sich blos um die dem Verkäufer bekannten Mängel handelt, unmittelbar an die bona fides an[30]).

So mag aller naturale Rechtsinhalt im Willen der Parteien, in mittelbarer und unmittelbarer Auslegung desselben seinen Ursprung haben, wenn er in den Quellen gleich vielfältig von demselben losgelöst erscheint, und nur in der Derogirbarkeit überall den Stempel seiner Herkunft an sich trägt. Man kann einwenden, daß er im concreten Falle nicht immer positiv, oder wirklich, oder bewußt gewollt ist[31]); allein das ist

25) [so auch Ryck, Schuldverhältnisse S. 364.]

26) Cic. off. III. 10, 44.

27) Cic. off. III. 17, 70. [Ueber diese Formel Pernice, Labeo II S. 82, über die doli mali clausula in den Stipulationen Voigt, Jus naturale IV S. 413—21 und Pernice a. a. O. S. 77—79.]

28) [Fere aliqui solent haec verba adicere: „dolus malus a venditore aberit", qui etiam si adiectum non est, abesse debet: l. 68 §. 1 D. c. e. 18, 1. Wegen der Formeln sine dolo und sine dolo malo s. Pernice, Labeo II S. 74. 75.]

29) [Nach H. Krüger, Zeitschr. der Savignystiftung f. Rechtsgeschichte XI S. 165—98 gibt die Clausel ex fide bona in der Klagformel ursprünglich die Quelle der Klagbarkeit gewisser Contracte an, ist soviel als ex iure gentium; erst die Interpretatio unter Führung von Q. Mucius hat die classische Bonaefideinatur gewisser Geschäfte und Judicien aus jener Clausel entwickelt, ihr damit einen anderen Sinn beimessend als sie im Anhang der Intentio von vornherein hatte. — „Darüber, daß verschiedene b. f. actiones früher als Nichtbonaefidei-Actionen bestanden" s. die oben Bd. II §. 319 Anm. 22 a. E. agff. Autoren, sowie daselbst Anm. 23. 25 a. E. 26.]

30) Cic. off. III, 17, 67 — ad fidem bonam statuit pertinere, notum esse emtori vitium, quod nosset venditor. [Bd. II §. 327a Anm. 10 und 21. Ueberhaupt s. noch Pernice, Labeo II S. 81—95.]

31) — illis et ignorantibus et nescientibus — l. unic. §. 1c C. rei ux. 5, 13.

ein Einwand, der ſich gegen jede Auslegung erheben läßt; mehr als den wahrſcheinlichen Sinn oder Willen vermag keine Auslegung herauszuſtellen; wo der Sinn oder Wille unzweideutig, die Möglichkeit eines anderen Sinnes oder Willens alſo nicht gegeben iſt, iſt Auslegung weder nöthig, noch möglich[32]). Aber der wahrſcheinliche Sinn oder Wille muß, wenn Recht und Gericht nicht im Zweifel verharren ſollen, als der wirkliche erachtet werden; die Auslegung enthält gleich dem auf ſie bauenden Urtheil formelle Wahrheit; wie der formellen Wahrheit des Urtheils nur durch Anfechtung, ſo kann der der Uſualinterpretation oder des naturalen Geſchäftsinhalts nur durch ausdrückliche Derogation vorgebeugt werden[33]). Immerhin alſo würden wir den naturalen Geſchäftsinhalt ſo gut wie den eſſentiellen als einen gewollten zu betrachten haben[34]), und auch hier ergäbe ſich wieder eine Trichotomie, indem alle Beſtimmungen der Geſchäfte theils nothwendige, theils frei gewollte, letztere „ſich von ſelbſt verſtehende" oder aber ausdrücklich auszuſprechende wären.

Für die Rechtsgeſchäfte überhaupt aber ergäbe ſich hieraus der Satz, daß ſie keinen anderen Inhalt und keine anderen Wirkungen haben, als gewollte[35]). Anders als bei den Delicten, deren obligirende Wirkung ohne den Willen des Handelnden eintritt, ja gegen denſelben einzutreten pflegt[36]), wirkte das Recht hier nichts ohne den Willen des Einzelnen. So leicht und oft es im Gebiete der Geſchäftsobligationen den Anſchein gewinnt, als ob auch hier blos auf Grund einer Ver-

32) l. 25 §. 1 D. leg. III. Vgl. Bd. I §. 28. Anm. 7 und hier unten §. 568.

33) vgl. hiezu S. 901 der 1. Aufl. (oben Bd. III §. 415 Anm. 33).

34) Arndts, Pand. §. 95 Anm. 1.

35) [Vgl. Bd. I S. 362. Bd. II §. 354 Anm. 26. 27 und Bd. III §. 426 Anm. 7. — Wegen der Wirkungen der ſ. g. Quaſicontracte ſ. Bd. II §. 249 Anm. 10. 11 und S. 507/8 (§. 300 Anm. 17). — Mit Obigem iſt ſicherlich nicht negirt, daß die Wirkungen vermöge des Rechts eintreten; vgl. auch oben nach Anm. 16, bei Anm. 2 und §. 524 Anm. 1 (S. 19 unten). Es iſt daher nicht abzuſehen, warum Bekker, Syſt. §. 97 Note k, indem er die Rechtsfolgen als Miſchprodukte des Wollens des Handelnden und der Rechtsvorſchriften hinſtellt, obigen Satz für einen „verhängnisvollen Irrtum" erklärt. Auch kann man eine Auffaſſung, die wie die obige aus hiſtoriſchen Daten abgeleitet worden iſt, nicht als „naturrechtliche Theorie" preisgeben.]

36) vgl. oben §. 522 Anm. 4. §. 524 Anm. 1.

schuldung geschuldet und gebüßt werde, so führten sie schließlich doch auf ein, ausdrückliches oder stillschweigendes, Versprechen zurück. Den Unterschied zwischen der kaufsrechtlichen und der ädilicischen Prästation der Mängel glaubten wir schon früher, wenigstens theilweise, auf den delictartigen Grund und den pönalen Charakter der ädilicischen Klagen zurückführen zu müssen[37]). Die Mandatsobligationen haben sämmtlich eine contractlich-consensuale Grundlage, wiewohl sie sich zumeist auch ohne diese, aus dem bloßen gestum, herleiten ließen[38]). Ob das unbetagte Darlehen, Commodat, Depositum sofort, oder erst nach fruchtloser Anforderung actionem natam habe[39]), beantwortet man verschieden, je nachdem man (bewußt oder unbewußt) den Grund der Klage in dem Versprechen (auf Erfüllung), oder in der Verschuldung (wegen Nichterfüllung) erblickt[40]). Die alte voti damnatio tritt zwar nach Macrobius Sat. lib. III. c. 2 erst gegen den ein, qui promissa non solvit; allein nach anderen Anschauungen und in unseren Quellen ist sie bedingt sofort mit Ablegung des Gelübdes, unbedingt sofort mit Eintritt dessen, um wessentwillen man gelobt, benignitate nicht ira deorum, als obligatio zur Erfüllung, nicht wegen Nichterfüllung da[41]); von der generellsten aller profanen Versprechungen, der stipulatio, gilt dasselbe[42]); u. E. dasselbe von allen Contracten[43]). Nicht ohne Grund führt darum Windscheid §. 307 Anm. 5 das s. g. negative Vertrags-

37) in der 1. Aufl. S. 490 unten vgl. mit S. 491 Z. 5 und S. 492 oben. Nunmehr s. oben Bd. II S. 715, §. 327a Anm. 21—22a und §. 327b Anm. 27 fg.

38) vgl. Bd. II §. 321 Anm. 2—4 und §. 334 Anm. 34 fg.

39) Bd. I §. 114 S. 402 vgl. S. 315 und Bd. II S. 17 al. §. 272 Anm. 3. 8. §. 314 Anm. 5. 6. §. 316 Anm. 14.

40) [vgl. unten §. 551 bei Anm. 31. S. auch Bd. III §. 500 Nr. 2 und 3. §. 501 Anm. 9 fg.]

41) Liv. 39, 9, 2. Briss. de form. l. 1 c. 168 und oben Bd. II §. 307 Anm. 7. Bd. III §. 445 Anm. 21. [Nach Lud. Jahn in seiner ed. Macrob. tom. II p. 266 vertritt Macrobius die nämliche Anschauung, indem solvit (ohne non) zu lesen und dieses für Präsens zu nehmen sei: es erfüllt der durch die Gewährung des Erbetenen zum damnatus Gewordene.]

42) Vgl. Bd. I §. 114 Anm. 31 und dazu l. 22 pr. cf. l. 24 D. operis lib. 38, 1.

43) Vgl. Bd. I §. 114 Anm. 31. 32.

intereſſe oder die Präſtation der culpa in contrahendo auf eine „ſtillſchweigende Garantieübernahme" zurück[44]).

So beruht noch mancher Gegenſatz der Meinungen in dieſem oft unbewußten Gegenſatze des Ausgangspunktes[45]). — Möglich war es, daß man das ganze Obligationsweſen, das contractliche wie das delictmäßige auf Verſchuldung baute, letzteres auf ein böſes Thun (maleficium), jenes auf ein böſes Nichtthun, auf Nichterfüllung des Verſprochenen, Wortbruch, Treubruch[46]); darf doch zugegeben werden, nicht nur, daß die Strafe einſt alle Theile des Civilrechts durchdrang[47]), ſondern auch, daß viele Obligationen, die wir jetzt als Contractsobligationen vor uns haben, vor Alters lediglich Delictsobligationen geweſen ſein mögen[48]). Allein einmal als Contractsobligationen gefaßt fanden ſie im Vertrag und Verſprechen ihr Geſetz; dolus und culpa kam in ihnen nur „ſecundär", d. h. nur inſofern ihre Präſtation zugeſagt war oder zugeſagt ſchien, in Betracht; wo das Wort herrſcht, herrſcht es allein und ungetheilt. Selbſtverſtändlich konnte die im Contractsverhältniß gewirkte Verſchuldung den Thatbeſtand eines eigenen Delictes

44) [Vgl. oben Bd. II §. 246 Anm. 9. In der 6. Aufl. erklärt Windſcheid, daß er „für dieſe Conſtruction nicht mehr eintreten möchte". „Die Entſchädigungspflicht des Urhebers der Willenserklärung beruht nicht auf ſeinem Willen, ſondern das Recht legt ſie ihm ohne ſeinen Willen auf". So auch andere dort Citirte nebſt Eiſele, Jher. Jahrb. XXV S. 473. 474. Vgl. hier oben §. 524 Anm. 10.]

45) vgl. dazu Jherings Bemerkungen in ſeinem „Schuldmoment im römiſchen Privatrecht" Anm. 72a. 73.

46) Cic. pro Rosc. com. c. 6 — aeque enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere — für den Fiduciar, Tutor, Socius; l. 1 §. 4 D. depos. 16, 3 — perfidiae crimen — l. 5 pr. eod. — non enim de fide rupta agitur —. [l. 16 D. transact. 2, 15: qui fidem licitae transactionis rupit —. Bd. II §. 317 Anm. 69. §. 326 Anm. 10 und den dort folgenden Text.]

47) Jhering a. a. O. S. 158 der „Vermiſchten Schriften".

48) Jhering a. a. O. S. 177—98 der „Verm. Schriften". [Zur rechtsvergleichenden Beſtätigung ſ. Hartmann, Arch. f. civ. Pr. Bd. 77 S. 191 Anm. 35. Schloßmann, der Vertrag S. 288. 289. 306. 325 fg. 334 fg. — anders in der Schrift „z. Lehre v. d. causa oblig. Verträge" S. 36 al. 3 — ſucht für das geltende Recht zu begründen, „daß das Ausbleiben der Erfüllung eines ausdrücklichen oder „ſtillſchweigenden" Verſprechens für den Promiſſar eine Vermögensbeſchädigung ſei", und findet „den Grund der verpflichtenden Kraft des Verſprechens in einem Verſchulden des Verſprechenden". Vgl. auch Seeler, Conventionalſtrafe S. 31 Anm. 1.]

bilden[49]); allein mit der Contractsklage verfolgt bedeutete ihre Prästation stets nur die Erfüllung eines Versprechens, nicht eine Strafe für das zugefügte Uebel. Auch muß man unterscheiden, was dem Contracte und was erst der actio zugehört. In letzterer war nicht mehr der Wille der Parteien, sondern die Jurisdiction und das Gesetz maßgebend (§. 546 Anm. 22. 23); kommen gegen die binnen der actio und ihrer Entfaltung, d. i. des Prozesses, eintretenden Verschuldungen, Strafen, überhaupt ungewollte Büßungen vor, so darf daraus nichts gegen unser Contractsgesetz gefolgert werden. So liegt bereits die mora mit ihren Folgen im Gebiete der actio (Anforderung)[50]; um so mehr das jusjurandum in litem[51]; die Litiscrescenz[52], die vermehrten Haftungen nach der Litiscontestation[53], die Infamie der actiones famosae[54]. Endlich hat sich in manche Verschuldungen, die schon ihr contractliches Gesetz hatten, der Prätor eingemengt und dem Beschädigten besondere delictartige Klagen zur Verfügung gestellt (z. B. depositum miserabile, receptum nautarum etc.)[55]; allein da wird aus der Verschuldung eben ein eigenes Delict formirt.

Sucht man schließlich das Gebiet des naturalen Geschäftsinhaltes, und damit auch der derogatorischen Nebenbestimmungen abzustecken, so ergeben sich als Grenz- und Richtpunkte

1. der Gegenstand
2. die Existenz
3. die Wirkung
4. die Absicht

} des Geschäftes.

In Anbetracht der Form vgl. §. 563 Abs. 5 und §. 566.

49) Bd. I §. 105 Anm. 10 fg. [§. 98 Anm. 18 fg. Bd. II S. 249 fg. und z. B. §. 317 Anm. 54.]

50) Bd. II §. 272 beſ. Anm. 6.

51) Bd. I §. 170 Anm. 28. Bd. II §. 281d. §. 316 Anm. 35 (a. E. lies Bd. 1 statt Bd. 2). §. 317 Anm. 48. 70. §. 324 Anm. 50.

52) §. 26 J. act. 4, 6. [Bd. II §. 210 Anm. 10.]

53) Bd. I §. 100 Anm. 6—11. Bd. II §. 281 c, z. B. §. 317 Anm. 51.

54) Bd. I §. 54, II, 4 beſ. Anm. 33 und z. B. Bd. II §. 317 Anm. 72.

55) Bd. II §. 210 Anm. 9. §. 269. §. 270. §. 317 Anm. 71.

§. 549.

1. Gegenſtand: Pertinenzen ꝛc.

a. Nebſtdem, daß ein Gegenſtand in jedem Geſchäfte gewollt und demonſtrirt werden muß[1]), gilt manchmal neben dem genannten Gegenſtand ein ungenannter als ſtillſchweigend mitgewollt und muß er ausdrücklich ausgenommen werden, wenn er nicht mit zur Sache gehören ſoll[2]). Derart mit zum Gegenſtande des Geſchäftes gehören

α. die ſ. g. Pertinenzen, d. h. Sachen, welche keinen körperlichen[3]) Theil der demonſtirten Sache bilden, aber wie ein Theil derſelben angeſehen werden, weil ſie zum bleibenden Gebrauche derſelben beſtimmt, hergeſtellt, eingerichtet wurden[4]), und ſo gewiſſermaßen eine Zueignung gerade an dieſe Sache erfahren haben[5]). Nur ſolche Sachen werden mit einer ande-

1) [z. B. l. 8 pr. D. c. e. 18, 1, vgl. Bd. II §. 325 Anm. 17 und §. 240 Anm. 1—3, vgl. §. 325a vor Anm. 1a und §. 331 vor Anm. 1, außerdem Voigt, XII Tafeln I §. 17, A.]

2) [vgl. l. 20 §. 1 D. si serv. vind. 8, 5 und Bd. I §. 200 Anm. 8. Bd. II §. 354 Anm. 10. 11.]

3) l. 17 pr. D. a. e. v. 19, 1 — aedium autem multa esse, quae aedibus adfixa non sunt. — Funke, die Lehre von den Pertinenzen: 1827. Unger, öſterr. Privatrecht I S. 435 fg. [In uneigentlichem, wenigſtens vom obigen verſchiedenem Sinn erſcheinen die Codicille als „Pertinenzen" eines Teſtaments oder der geſetzlichen Erbfolge: Bd. III §. 424 Anm. 13.]

4) [Nach Kohler in Iher. Jahrb. Bd. 26 S. 74 iſt „die Pertinenzirung ein Rechtsgeſchäft, ſie beruht auf einem Beſtimmungsakte des Hauptſacheneigenthümers". Die Polemik gegen die „ſtillſchweigende" Einbeziehung der Pertinenzen in die Verfügung (S. 5. 9. 83 u. Anm. 170, vgl. S. 6) trifft etwa das einzelne oder concrete Geſchäft, nicht die Herkunft des Pertinenzrechts. Vgl. l. 3 §. 1 D. de tritico 33, 6 ſowie oben §. 548 Anm. 2 fg. und Bechmann, Kauf II S. 369 oben. Nach Hölder, Pand. S. 164 u. 170 greift das Pertinenzrecht (das Mitverfügtſein) nicht Platz wegen der factiſchen Zugehörigkeit, ſondern „weil nach der Vermuthung des Rechtes der Abſicht des Verfügenden dieſe Behandlung entſpricht". Aber warum wird das vom Recht vermuthet? Aus wirthſchaftlichem Geſichtspunkt: Oertmann, Volkswirthſchaftslehre des C. J. C. S. 29. In l. 3 §. 1 D. tritico 33, 6, auf welche ſich Hölder S. 165 beruft, wird das Daſein von pars, nicht von quasi pars negirt.]

5) l. 13 §. 31 D. a. e. v. 19, 1 — ea esse aedium ... quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur —. l. 17 pr. eod. Fundi nihil est ... aedium autem multa esse — (Anm. 3). §. 2 eod. — ligna autem venditoris vel heredis, quia non sunt fundi —. §. 7 eod.: Labeo generaliter scribit ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse aedificii —. l. 242 §. 2 D. v. s. 50, 16 — aedificii

ren stillschweigend mitverkauft, vermacht, versprochen, tradirt ꝛc.[6]), während andere, welche den Gebrauch einer Sache nur vorübergehend oder den Gebrauch nicht blos dieser Sache ermöglichen[7]) oder überhaupt den Gebrauch nicht erst ermöglichen, sondern ausführen sollen[8]), von dem Disponenten in den Gegenstand des Geschäftes so ausdrücklich einbezogen werden müssen wie Sachen, die mit diesem in gar keiner Beziehung mehr stehen[9]). Fälschlich nennt man Sachen dieser letzteren Art noch Pertinenz, wenngleich „willkürliche" Pertinenz; denn es fehlt die Zueignung; überflüssiger und irreführender Weise jene wahren Pertinenzen „gesetzliche" oder „präsumtive" Pertinenzen[10]). Nicht minder aber müssen von den Pertinenzen unterschieden werden Sachen, welche in einem Collectivausdrucke[11]) mitbegriffen, also nur nicht speciell, immerhin aber ausdrücklich genannt sind.

---

esse —. §. 4 eod.: Straturam loci alicuius ex tabulis factis, quae aestate tollerentur et hieme ponerentur, aedium esse ait Labeo, quoniam perpetui usus paratae essent —. Beispiele in ll. citt. und l. 14. l. 15 D. a. e. v. 19, 1. [l. 49 D. contr. e. 18, 1. l. 91 §. 5 D. leg. III., mehrere bei Bechmann a. a. O. S. 370 fg. und Voigt, technische Produktion (Leipzig 1890) S. 9. 10.] — Die wahren Pertinenzen sind auch nach Göppert, organische Erzeugnisse, 1. Abschn. §. 2 bes. S. 70 „Quasi-Theile", allein nicht um der Zueignung, sondern um ihrer Werthlosigkeit willen. [Wegen des römischen Sprachgebrauchs s. Wächter I §. 65 Anm. 1. „Die Mannigfaltigkeit der klassischen Ausdrücke . . . läßt vermuthen, daß der Begriff auch bei den Römern one festen Abschluß geblieben": Bekker, Syst. §. 74, b.]

6) [Bd. II §. 325a Anm. 10. 11 sowie §. 354 Anm. 13. §. 285 Anm. 25. §. 317 Anm. 20. 57. §. 316 Anm. 16. §. 327b Anm. 13. 56. S. auch Bechmann a. a. O. S. 374 Nr. 1—4.]

7) z. B. ornamentum iumenti: l. 38 pr. §. 11 D. aed. ed. 21, 1. l. 1 §. 5 D. depos. 16, 3. [Bd. II §. 327b Anm. 56.]

8) z. B. instrumentum fundi, tabernae, domus: l. 14 D. supp. leg. 33, 10. Windscheid §. 143 Anm. 3. [Kohler a. a. O. S. 23/24. 117 fg. 147 fg.]

9) ll. citt. und überhaupt Unger a. a. O. S. 445, 6—461. [S. jedoch auch l. 15 §. 6 D. usufr. 7, 1. l. 19 §. 2 D. locati 19, 2 mit Bd. I §. 148 Anm. 31, Bd. II §. 331 Anm. 3 und Kohler a. a. O. S. 12, andererseits Wendt in Jher. Jahrb. Bd. 19 S. 392 fg.]

10) Unger a. a. O. S. 447. [Gegen derartige Distinction auch Kohler a. a. O. S. 41.]

11) wie triticum, vinum, oleum (D. 33, 6), instructum oder instrumentum (D. 33, 7), peculium (D. 33, 8), penus (D. 33, 9), suppellex (D. 33, 10). [Neuere Explication und Discussion bei Kohler a. a. O. S. 12—23 vgl. 117 fg. — Der oben angegebene wesentliche Unterschied wird von Kohler nicht beachtet; angesichts desselben bedeutet „den

β. unter Umſtänden auch Früchte, naturale und civile[12]).

b. An und für ſich iſt von mehreren ausdrücklich genannten Gegenſtänden ſtillſchweigend jeder gleichmäßig dem Geſchäft unterworfen, verkauft, vermacht ꝛc., wenn ſie gleich an und für ſich im Verhältniß der Ueber- und Unterordnung ſtehen ſollten[13]). Dieſer naturalen Gleichmäßigkeit kann aber durch die ausdrückliche Beſtimmung, daß dies oder das nur „dareingehen" ſoll, derogirt werden[14]). In dieſer Willkür gewährt das Recht die Möglichkeit, 1. mit dem Objecte des Geſchäftes Gegenſtände zu verbinden, welche für ſich allein gar nicht zum Gegenſtand desſelben werden könnten[15]); 2. da wo die Mehrheit der Gegenſtände ſonſt etwa zur Mehrheit von Geſchäften führen würde, die Einheit des Geſchäftes zu wahren[16]); 3. zu verhindern, daß das Geſchäft um eines gewiſſen nicht vorzugsweiſe gewollten Gegenſtandes willen nichtig ſei[17]); 4. zu bewirken, daß umgekehrt das Geſchäft um bloßer Acceſſionen willen nicht aufrecht bleibt[18]). Bei Kauf und Verkauf hat die

Pertinenzbegriff auf das instrumentum fundi ausdehnen" dieſen Begriff aufgeben und durch einen andern erſetzen.]

12) [l. 13 §. 10 D. act. empti 19, 1. l. 13 C. eod. 4, 49. cf. l. 205 D. v. s. 50, 16. l. 40 §. 3. §. 4 D. contr. empt. 18, 1.] Bd. II §. 244 beſ. S. 117. [§. 281 Anm. 19 fg. §. 285 Anm. 3 a. E. §. 354 Anm. 8 und 9.]

13) z. B. „fundum et instrumentum" l. 5 D. instruct. 33, 7.

14) — quod in venditione accessurum esse dictum est und quod principaliter veniit — l. 33 pr. D. aed. ed. 21, 1. Bd. II §. 325a Anm. 5. 12—17, vgl. S. 39 oben, S. 115 fg. §. 317 Anm. 57. §. 327b Anm. 13. [Wegen der Form dieſer Beſtimmung beim Kauf ſ. Bauer (Anm. 19) S. 29 fg.]

15) arg. l. 6 §. 1. l. 28 D. a. e. v. 19, 1. l. 68 pr. cf. l. 79 D. c. e. 18, 1.

16) l. 6 §. 6 D. a. e. v. 19, 1 — utriusque rei quasi unus venditor —. l. 31 §. ult. D. aed. ed. 21, 1 — partem esse venditionis —. [Bd. II §. 325a Anm. 17. Bauer (Anm. 19) S. 47—52.]

17) l. 34 pr. D. c. e. 18, 1. [Bd. II §. 325a Anm. 16 g. E. Zuſtimmend Bauer (Anm. 19) S. 58. S. 72—90 (hauptſächlich über die Frage, warum in l. 34 cit. der vom Verkäufer gemeinte Sklave geſchuldet wird). Hölder §. 45 Anm. 11.]

18) l. 1. l. 2 D. pec. leg. 33, 8 (nam quae accessionum locum optinent, exstinguuntur, cum principales res peremptae fuerint). So Paulus in Betreff des fundus „cum" instrumento legatus, jedoch in dem Falle, da der Teſtator den fundus noch bei Lebzeiten veräußert, ſo daß alſo vielleicht nur die Willensänderung in der Hauptſache, nicht jedwedes Schickſal in dieſer auch für die Nebenſache gilt: l. 5 D. instr. 33, 7. cf. §. 17 J. leg. 2, 20. [Bd. II §. 245 Anm. 32. §. 325a Anm. 16. Bechmann, Kauf II S. 366, a. Bauer (Anm. 19) S. 57. 58.]

Dareingabe[19]) so selbständiges Recht als die Hauptsache[20]); ädilicisch ist sie durchaus wie diese garantirt[21]), nach gemeinem Verkaufsrecht aber auch gegen Eviction nur einfach[22]).

c. über Ort und Zeit der Leistung (und damit des Gegenstandes) aus Contracten und Testamenten gibt es gewisse Regeln[23]), welchen ausdrücklich derogirt werden kann und muß, wenn sie außer Kraft treten sollen, welche also den naturalen Bestimmungen beizählen.

§. 550.

2. Existenz.

Conditio. Dies.

Die Existenz des Geschäftes gehört sowohl

a. in Betreff des Ob, oder seiner Eventualität, als auch

b. in Betreff des Wann, oder seiner Zeit in das Gebiet des naturalen Geschäftsinhaltes und der Willküren:

ad a. in Betreff des Ob, indem das Geschäft, soviel auf den Willen des Handelnden ankommt, entweder stillschweigend gewiß und auf alle Fälle hin gilt, oder aber kraft ausdrücklicher[1]) Bestimmung des Handelnden auf einen gewissen Fall hin beschränkt und ins Ungewisse verstellt werden kann. Diese Nebenbestimmung heißt Bedingung, conditio, facti conditio,

---

19) [Ausführlich handelt von derselben Bauer, die Dareingabe beim Kauf, München, 1887. (Inaug. Abh.)]

20) Bd. II §. 325a Anm. 15 und 16. l. 40 §. 1 D. c. e. 18, 1. l. 11 §. 17 D. a. e. v. 19, 1. l. 6 §. 1 D. lege com. 18, 3. [Für selbständige Klagbarkeit Bauer a. a. O. S. 39, vgl. auch Bd. II §. 317 Anm. 57 nebst Bauer a. a. O. S. 47 Anm. 25.]

21) l. 45 D. aed. ed. 21, 1 — dupli pretii et accessionis condemnari — cf. l. 44 pr. [l. 32 eod. Bd. II §. 325a Anm. 16. Die l. 45 cit. betrifft eine vom Käufer gemachte accessio (Bauer a. a. O. S. 46 Anm.) und nicht deren ädilicische Garantirung. Von dieser handelt näher Bauer a. a. O. S. 62 fg.]

22) l. 11 §. 17 D. a. e. v. 19, 1. [l. 16 pr. D. evict. 21, 2. Bd. II §. 325a Anm. 16. Bauer a. a. O. S. 53 Nr. 1, mehr noch S. 59—61.]

23) s. beş. l. 39 D. solut. 46, 3. l. 47 pr. D. leg. I. l. 38 D. jud. 5, 1. [Bd. II §. 279. §. 290 S. 451 fg. §. 317 Anm. 25 fg. und Brinz, M. Vierteljahresschr. Bd. 22 S. 204 („Nebengeding eines locus certus").]

1) [Wegen dieser Ausdrücklichkeit s. oben §. 538 Anm. 1.]

und iſt bereits oben §§. 536 — 545 zur Darſtellung gekommen.

Es iſt geläugnet worden, daß die Bedingung eine Nebenbeſtimmung[2]) ſei: weil ihre Erfüllung ja weſentlich mit zur Exiſtenz des Geſchäftes gehöre[3]). Allein es kommt nicht darauf an, ob ihre Erfüllung, ſondern ob ihre Stellung, Aufſtellung weſentlich oder nothwendig ſei. Ihrer Aufſtellung nach aber mag ſie vom Standpunkte des individuellen Bedürfniſſes aus oft nothwendig ſein[4]); vom Standpunkte des Begriffes oder der Gattung des Geſchäftes aus iſt ſie es niemals[5]). Ueber das was eſſentiell ſei und was nicht, entſcheidet aber nicht das individuelle Bedürfniß, ſondern (vom jus publicum abgeſehen) die Gattung oder der Begriff (§. 546).

Nach Savigny führt man die Bedingung neben dies und modus noch als Willensbeſchränkung auf. Aber hier wendet Fitting a. a. O. S. 307 mit Recht ein[6]), daß wer bedingt handelt, von Anfang an nicht anders als ſo wolle, mithin genau ſo handle wie er wolle, alſo frei, nicht beſchränkt handle. Man kann hinzufügen, daß die Bedingung ein Drittes bilde zwiſchen dem Thun und dem Laſſen, alſo vielmehr eine Erweiterung der Macht und Freiheit, als eine Beſchränkung

---

2) oben §. 547 Anm. 4.

3) Fitting, Arch. f. civ. Pr. Bd. 39 S. 308 Nr. 4. [Mit anderer Begründung erklärt ſich gegen die „Nebenbeſtimmung" Adickes, Bedingungen S. 21 al. 2. Weitere Stimmen bei Windſcheid §. 86 Anm. 3, dazu Hölder, Pand. S. 251 unten ſowie Enneccerus, Rechtsgeſchäft S. 176/77 und S. 184; aber trotz aller Einheitlichkeit der bedingten Willenserklärung ſehen wir z. B. bei der bedingten Erbeinſetzung die (unmögliche) Bedingung geſtrichen werden und die Erbeinſetzung fortbeſtehen, ebenſo auch unten §. 567 am Ende und die „Ademtion der Bedingung": Bd. III §. 429 Anm. 34.]

4) vgl. Jhering, Geiſt des römiſchen Rechts III bei Anm. 208, [nebſt Eiſele, Arch. f. civ. Pr. Bd. 50 S. 261 Anm. 14. Dernburg I §. 105 Anm. 4. 5. S. ferner l. 9 §. 5. §. 6 D. her. inst. 28, 5.]

5) [oben §. 536 sub I. Demgemäß l. 7 D. duob. reis 45, 2: Bd. II §. 253 Anm. 10. 58. Vgl. auch hier oben Anm. 3 a. E. — Gleichwohl verlangen manche Geſchäfte, als obligatio alienae rei und emtio suae rei, eine Bedingung um gültig zu ſein: Bd. II §. 354 Anm. 19. l. 61 D. c. e. 18, 1. l. 41 §. 2 D. leg. I cf. l. 98 D. cond. 35, 1.]

6) [aber doch wohl wieder nicht „vom Standpunkte des Begriffes oder der Gattung des Geſchäftes aus". Andere Einwände machen Eiſele a. a. O. S. 262. 263. Adickes a. a. O. S. 21; ſ. auch die bei Windſcheid §. 85 Anm. 2 Agff.]

des Willens sei[7]). Allerdings will, wer bedingt handelt, anstatt schlechthin und auf alle Fälle, nur auf den einen oder anderen Fall hin gehandelt haben[8]); allein damit dürfte doch wohl mehr das Sein des Geschäftes, als das eigene Wollen, mehr das Product als der Producent beschränkt sein. Dem Product allerdings wird mit der Bedingung ein Si oder Nisi und damit wie durch dies, locus, modus eine Schranke angehängt[9]); für den Producenten selbst wäre sie nur dann eine solche, wenn er lieber unbedingt, aber aus irgendwelchen Mäßigungsgründen doch blos bedingt gehandelt hätte.

Stillschweigend greift auch juris conditio (§. 538) platz, so daß sie auch tacita heißt. Allein sie stammt nicht aus dem Willen des Handelnden, sondern aus dem Begriffe des Geschäfts, ist ein stillschweigendes Essentiale, kein Naturale, mithin auch nicht derogirbar.

Die Gewährung der Bedingungswillkür ist übrigens wie schon §. 536 Anm. 57 vermuthet wurde, vielleicht nichts ursprüngliches[10]); sie gilt noch heute nicht für alle Geschäfte[11]).

ad b. in Betreff des Wann, oder der Zeit: indem das Geschäft, so viel auf den Willen des Handelnden ankommt, stillschweigend sofort zur Existenz kommt, durch ausdrückliche[12]) Beliebung aber (dies — ex quo) Aufschub erleidet; — oder

7) vgl. Scheurl, Beiträge II S. 4.

8) Scheurl a. a. O. S. 3.

9) vgl. l. 44 pr. D. o. e. a. 44, 7. l. 2 C. his quae sub modo 6, 45. [Ueber den Inhalt der Schranke Hölder, Pand. §. 47 Anm. 2.]

10) vgl. dazu noch Jhering, Geist des römischen Rechts III vor und nach Anm. 208, [Jahrbücher X S. 497. 498. Zur Geschichte der Bedingung | ferner Voigt, XII Taf. I §. 17 Anm. 15. Dernburg I §. 105 Anm. 9— 11, Hofmann, Krit. Studien S. 135. 143, Cuneceerus, Rechtsgeschäft S. 334, Pernice, Grünhuts Zeitschr. VII S. 466 (zu allgemein).] Vgl. auch oben Bd. II §. 331 Anm. 12 nebst Gai. III, 146 i. f. l. 1 §. 3 D. mand. 17, 1 und denke an die Bedingungen der Klagformel (Bd. I §. 106 Anm. 21. 22) und an die Conventionalstrafe.] In l. 18 pr. D. bon. poss. contra t. 37, 4 schließt die Bedingtheit das certum iudicium aus.

11) und auch dazu noch Jhering a. a. O. Anm. 211, ebenso oben §. 536 Anm. 53.

12) [Es gibt auch tacite getroffene Zeitbestimmungen: l. 2 §. 6 D. de eo quod certo loco 13, 4. l. 41 §. 1. l. 73 pr. D. v. o. 45, 1. l. 126 §. 2 i. f. eod. („inesse tempus"); l. 24 D. operis lib. 38, 1 und Bd. II §. 333 Anm. 7, vgl. Bd. II §. 279 Anm. 4 und hier oben Anm. 1. — Ueber „Rechtsbefristungen" Scheurl, Beiträge II S. 26 fg. und Siméon, das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts S. 6 (zu wenig Unterscheidung).]

indem es, wenn überhaupt, blos auf Zeit möglich, und durch Privatwillen befriſtbar, ſtillſchweigend bis zur Kündigung oder einem anderen natürlichen Endpunkt (z. B. Tod) gilt, durch ausdrückliche Beliebung aber (dies — ad quem) vornherein auf eine gewiſſe Dauer beſchränkt werden kann[13]). Näheres §§. 551—554

Ein dies kann auch in der conditio liegen (oben §. 536 nach Anm. 29)[13a]), und zwar ein eigentlicher, gewillkürter dies, wenn die conditio die eigentliche, oder facti conditio iſt; in der juris conditio liegt ſtets auch ein dies (S. 120), allein kein eigentlicher, gewillkürter, ſondern einer der ſo nothwendig iſt wie juris conditio ſelbſt[14]).

§. 551.

Fortſetzung.

Dies ex quo.

Bedeutung.

Die Parteien können dem Geſchäfte zugleich mit deſſen Errichtung I. regelmäßig anſtatt des rechtlich beſtimmten (ſofortigen oder ſeinerzeitigen) Anfanges einen gewillkürten ſpäteren Anfang (dies ex quo), oder II. nicht ſelten anſtatt ſeines ſonſtigen Ablaufes ein gewillkürtes Ende (dies ad quem) ſetzen. Was

13) [Bekker, Syſt. §. 114 Beil. I unterſcheidet die Zeitbeſtimmungen der Parteien in „individualiſirende Beſtimmungen“ (ſo bei Pacht und Miethe) und wirkliche „Nebenbeſtimmungen“. Dieſe ſind da gegeben, wo „die Naturalien Zeitſchranken überhaupt ausſchließen“, oder „dieſelben anders ordnen als die fragliche Nebenbeſtimmung“. Vgl. auch oben Bd. II §. 279 bei Anm. 2, andererſeits Hölder, Pand. §. 53 Anm. 1. Gewiſſermaßen gegen den Nebenbeſtimmungscharakter des dies auch Cuneccerus, Rechtsgeſchäft S. 213. 214.]

13a) [z. B. l. 8 D. v. o. 45, 1.]

14) [Nach Adickes, Bedingungen S. 60 ſind die Bedingungen und die Befriſtungen „Unterarten des richtig gefaßten Begriffs der Bedingung“ — wogegen proteſtirt Windſcheid §. 96 Anm. 1. Umgekehrt Bekker oben §. 536 Anm. 31. — In den Quellen iſt „pure“ dem „bedingt“ wie dem „befriſtet“ entgegengeſetzt, und es gibt wie eine condicio pendens auch einen dies pendens, z. B. Gai. I, 186. — S. auch unten §. 553.]

ad. I

den Anfangstermin anlangt, so kommen darin, daß er die Wirksamkeit des Geschäftes aufschiebt, Alle überein. Allein wo das Geschäft Rechte verschaffen soll, denken die Meisten unter der Wirksamkeit des Geschäftes noch immer die Wirkung oder Wirksamkeit des aus dem Geschäfte entspringenden Rechtes, und befinden demnach, daß durch den Anfangstermin nur die Wirksamkeit (Ausübung, Realisirbarkeit und Geltendmachung) des Rechtes, nicht das Recht selbst einen Aufschub erleide[1]). Indessen mehren sich die Stimmen, wonach das Recht selbst einen Aufschub erleidet, — sowohl solche, die dies unterschiedslos annehmen[2]), als solche, die nach Art des Rechtes unterscheiden, und nur bei obligatorischen Geschäften[3]) und Vermächtnissen[4]) das sofortige Dasein des Rechtes selbst zulassen. Darüber aber, daß wenigstens das Geschäft selbst sofort existent sei, scheint auch zur Stunde Niemand zu zweifeln[5]).

1) Puchta §. 62. Wächter, w. Privatrecht II §. 97, Pand. §. 79. Böcking, Pand. des röm. Privatrechts §. 114 §. a. Savigny, System III §. 125. Mühlenbruch, Pand. §. 110. Göschen, Vorll. §. 104, II, 1. Keller, Pand. §. 52 vorl. Abs. Seuffert, pract. Pandektenr. §. 80, 2. Lenz, G. F., zur Lehre vom dies (Inaug. Diss. Tüb. 1858) S. 33. [Dernburg I §. 114 vor Anm. 5. (Aufschub des Rechts selbst nur beim Eigenthum: Anm. 11).]

2) Unger, österr. Privatrecht II. 3. Aufl. §. 83 Anm. 6. Arndts §. 73 Anm. 6. Windscheid §. 96 Anm. 5; u. E. nicht schon Thibaut, System des Pandektenrechts 8. Aufl. §. 95. [Gegen diese wie auch gegen die vorige Ansicht Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 179 Anm. 88. Nach Adickes, Bedingungen S. 63 ist es quaestio voluntatis, ob Existenz oder Ausübung des Rechts hinausgeschoben ist. — Zur neueren Dogmengeschichte s. Siméon, Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts S. 7—10.]

3) so schon Wening-Ingenheim selbst, Lehrb. des gem. Civilrechts 5. Aufl. §. 89 ab init. und Nr. 3, dann Fritz, Erll. S. 197. Vangerow I S. 146 fg. [Wie Fritz nach eigener Aussage Siméon, Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts S. 76 zu den „obligatorischen Geschäften" auch die obligationserzeugenden Vermächtnisse rechnend.]

4) Sintenis, pract. Civilrecht I §. 21 Anm. 14 und Scheurl, Beiträge Bd. II §. 8. — [Keine der bei Anm. 1—4 angegebenen Formulirungen acceptirt Bekker, Syst. II §. 114 Beil. III A.]

5) „das betagte Rechtsgeschäft besteht sofort zurecht, aber das Dasein des Rechtsverhältnisses, welches es erzeugt, ist bis zu einem spätern Moment hinausgeschoben": Unger a. a. O. S. 89 unten. [Aehnlich Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 164/65 parallel seiner oben §. 536 Anm. 4 referirten Ansicht. Für Karlowa, Rechtsgeschäft S. 109 ist zwischen der Errichtungshandlung und dem Eintritt der Wirkung „Gebundenheit" oder „Bestand des Geschäfts".]

In der That nun scheint da, wo keine Wirksamkeit ist, auch kein Recht sein zu können; „daß es existirt, äußert es dadurch, daß es wirkt“ [6]). Zwar kann ein Recht ipso jure da, und gleichwohl wirkungslos sein; allein ist es gänzlich und für immer wirkungslos, wie das Forderungsrecht im Falle peremtorischer Exceptionen, dann ist auch seine Existenz eine nurmehr nominelle [7]). Anderseits scheint da, wo nur jetzt keine Wirksamkeit ist, eine solche dagegen für die Zukunft in sicherer Aussicht steht, nicht keine Wirksamkeit, vielmehr schon jetzt etwas da zu sein, das diese Sicherheit gewährt. Darnach wäre das Dasein eines Rechtes und Rechtsgeschäftes mit erst künftiger Wirksamkeit oder einem dies ex quo nicht unvereinbar [8]). Hinwieder könnte es wohl der Fall sein, daß der dies von Rechtswegen, nicht aus logischer Nothwendigkeit, sondern aus irgendwelchen andern Gründen nicht blos diese oder jene Wirksamkeit, sondern das Recht selbst aufschöbe. Das Rechtsgeschäft aber könnte man allerdings auch hier als existent betrachten; denn wenn man gleich sagen möchte, daß es zur Zeit noch keine rechtliche Wirksamkeit habe, vorderhand also null sei, so muß man doch anderseits zugeben, daß die Sicherheit der künftigen Wirksamkeit schon jetzt vorhanden, und eben in dieser Sicherheit eine rechtliche Wirkung gelegen sei. Während also bei der Bedingung Alles: Geschäft, Recht und Wirkung gleichmäßig in incerto ist (§. 536 bei Anm. 11. 12. 16), wäre beim betagten Geschäfte möglicherweise blos eine gewisse Wirksamkeit, möglicherweise auch das zu beschaffende Recht, niemals aber das Geschäft selbst aufgeschoben. —

Um nun aber nach den Meinungen und Problemen die Quellen zu befragen, so treffen sie

1. darin, daß bei dinglichen Geschäften das Recht selbst aufgeschoben ist, alle zusammen: so bei der betagten

6) [sagt vom Rechtsgeschäft] Jhering, Geist des römischen Rechts III §. 53 Nr. 3 im Anf.

7) Bd. I §. 106. §. 108, vgl. Lenel, Ursprung und Wirkung der Exceptionen S. 104: „die Jdee eines existirenden und doch rechtlich unwirksamen Rechts enthält eine contradictio in adiecto und ist daher durchaus und überall zu verwerfen“.

8) [Bekker, Syst. II §. 96 Beil. II, A, d.]

Eigenthumsübertragung[9]), bei der betagten Constituirung des Ususfructus[10]). Die Constituirung von Prädialservituten erträgt keinen dies[11]); allein diei adjectio macht das Geschäft hier nicht nichtig wie bei der emancipatio etc. (§. 536 Anm. 53), sondern wird, nach des Sabinus Vorgang, anstatt einer bloßen Nebenbestimmung als Nebengeschäft, und zwar als ein pactum, ohne Zweifel als ein zeitliches pactum de non petendo behandelt, aus welchem für den Besteller gegen den sofort klagenden Erwerber eine exceptio pacti oder doli (generalis) erwächst[12]). Das ist eines der Vorkommnisse, die da den Schein verbreiten, als ob der dies ex quo nicht das Recht selbst, sondern nur dessen Geltendmachung aufschiebe; denn die Servitut selbst ist trotz der diei adjectio sofort vorhanden. In Wahrheit aber greift hier die Servitut sofort platz, nicht weil der dies blos die Geltendmachung des Rechtes aufschiebt, sondern weil kein dies vorliegt. Gälte diei adjectio als dies, so müßte entweder nach alter Regel das ganze Geschäft nichtig sein (in totum vitiatur); und das war vor der Wendung, welche Sabinus der Sache gab, nothwendig der Fall, oder es träte nach moderner Anschauung ein, was bei der betagten Constituirung des Usufructus: ein Aufschub des Rechtes selbst. Nun aber ist diei adjectio in ein zeitliches pactum de non petendo verwandelt (vgl. §. 552 letzter Abs.), und um eben

9) l. 2 §. 5 D. donat. 39, 5. l. 7 §. 3. l. 9 §. 1 D. j. d. 23, 3 [über diese und die erstgenannte Stelle oben §. 542 Anm. 17]. l. 9 §. 2 D. usufr. quemadm. 7, 9. Vgl. unten Anm. 41. — [Die Frage, ob vom einstweilen noch Berechtigten dritten Personen mit dem ex die verliehenen Rechte unvereinbare oder dasselbe schmälernde, den dies überdauernde Rechte eingeräumt werden können, verneinen Windscheid §. 96 Anm. 5 a. E. und Siméon a. a. O. S. 47. 48. 99—112. Anders Wächter, Pand. §. 79 Anm. 9. Vgl. oben §. 542 Anm. 18 fg., und gegen Siméons Construction Hölder, Pand. S. 278.]

10) l. 4 D. usufr. 7, 1. [l. 1 §. 4 D. quando dies usufr. 7, 3. Zu l. 4 cit. s. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 110 Anm.]

11) l. 4 pr. D. serv. 8, 1. [Zur Begründung s. Ennecceru s, Rechtsgeschäft S. 485 fg. Nach Jhering in s. Jahrb. X S. 536 ist „diese mit der früheren Form des Aktes (mancipatio und in iure cessio) zusammenhängende Beschränkung im Sinne des justinianischen Rechts — als aufgegeben zu betrachten". — Obiger Text betrifft nicht die Constituirung durch Vermächtniß; von dieser unten Anm. 42.]

12) l. 4 pr. cit. — sed tamen si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti.

deswillen ſofortiges Daſein des Rechtes ſelbſt nicht nur möglich, ſondern nothwendig. — Die Pfandbeſtellung kommt unter den Obligationen (Nr. 2 a. E.) in Betracht. Viel weniger übereinſtimmend äußern ſich die Quellen nun aber eben

2. bezüglich der obligatoriſchen Verträge. Zwar ſind der Zeugniſſe, daß auch hier das Recht erſt mit dem dies entſteht, nicht wenige[13]); allein ebenſo viele ſprechen für das Gegentheil[14]). Dazu kommt, daß eine Obligation noch vor dem dies zahlbar[15]), und acceptilirbar[16]), ſo denn auch für Pfandbeſtellung[17]), Cautionsrecht[18]), Separation[19]),

13) Gai. III, 124 — l. 1 §. 1 D. cond. 35, 1 — certum est ea debitu iri —. l. 44 §. 1 D. o. e. a. 44, 7 — ex die incipit obligatio —. l. 41 §. 1 D. v. o. 45, 1 — dies adiectus efficit, ne praesenti die debeatur. l. 14 D. r. j. 50, 17: In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur. arg. l. 12 in f. D. accept. 46, 4. cf. l. 28 D. pro soc. 17, 2. — [Bd. II §. 212 Anm. 3. §. 217 Anm. 17a.]

14) [Bd. II §. 212 Anm. 4. §. 217 Anm. 18. 19.] §. 2 J. v. o. 3, 15 — statim quidem debetur, sed peti prius ... non potest. l. 46 pr. D. v. o. 45, 1 — praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio —. l. 10 D. cond. ind. 12, 6 — in diem debitor — debitor est — cf. l. 27 pr. D. qui et a quib. 40, 9; l. 7 pr. D. comp. 16, 2 — quamquam dari oporteat —. l. 8. l. 9 D. ut legat. cav. 36, 3 — deberi enim dicimus et quod die certa praestari oportet, licet dies nondum venerit. l. 213 D. v. s. 50, 16: „Cedere diem“ significat incipere deberi pecuniam: „venire diem“ significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Zu beachten auch fr. Vat. §. 55 — stipulatio autem pura (im Gegenſatze zu dem legatum usufructus, deſſen dies non cedit statim) suspendi non potest. Quid ergo, si sub condicione stipuletur? videamus ne nec hoc casu valeat, quia ex praesenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit. Wie würde ſich Paulus darnach für den Fall des dies ausgeſprochen haben?

15) l. 10 D. cond. ind. 12, 6. [Bd. II §. 304 Anm. 9. 11. Köppen in Jher. Jahrb. XI S. 180. Enneccerus, Rechtsgeſchäft S. 320. 326. S. auch l. 70 D. sol. 46, 3. l. 38 §. 16 D. v. o. 45, 1. l. 31 §. 6 D. don. i. v. e. u. 24, 1.]

16) l. 12 D. accept. 46, 4. [cf. l. 43 §. 2 D. j. d. 23, 3. l. 10 §. 23 D. quae in fr. cr. 42, 8. Enneccerus a. a. O. S. 322. Novirbarkeit: Bd. II §. 282 bei Anm. 14.]

17) [l. 5 pr. l. 14 pr. D. pign. 20, 1.] l. 9 pr. D. qui pot. 20, 4. [Vgl. Bd. II §. 352 Anm. 4. 5. — Wegen des constitutum debiti auf den dies und auf einen dies citerior ſ. Siméon a. a. O. S. 15 und vgl. Bd. II §. 257 Anm. 19. 21. 35. 36.]

18) l. 28 D. pro soc. 17. 2. l. 41 D. jud. 5, 1. [Zu l. 28 cit. ſ. Bd. II §. 335 Anm. 60 und Siméon a. a. O. S. 24.]

19) l. 4 pr. D. sep. 42, 6. — S. ferner Bd. III §. 430 Anm. 40.

Pauliana [20]), Kauf und Verkauf [21]) und Vererbung da ist [22]).

Dieser Stand der Quellen erheischt irgend eine Vermittlung. Ihnen werden weder diejenigen gerecht, welche wie Sintenis und Scheurl die Präsenz der Obligation durchweg als Nothwendigkeit hinstellen, noch diejenigen, welche sie wie Unger, Arndts und Windscheid schlechthin verwerfen. Das Recht konnte Gründe haben, die Obligation selbst zu vertagen (S. 207); darum ist sofortige Präsenz keine Nothwendigkeit; — denkbar aber wäre sofortige Präsenz des Rechtes, der Obligation selbst dann, wenn anfänglich nichts anderes da wäre als die Sicherheit späterer Wirksamkeit (S. 207); darum sind die Stellen, welche von präsenter Obligation reden, nicht so schlechthin verwerflich. Auch gegen die Gründe für und wider läßt sich manches aussetzen. Die Zahlung selbst ist allerdings Endzweck der obligatio und von der obligatio zeitlich trennbar (praesens obligatio, in diem dilata solutio) [23]): allein das Zahlensollen ist von ihr untrennbar und muß präsent sein, wenn die obligatio präsent ist. Anderseits ist richtig, daß wir das Darlehen nicht ohne sofortige Obligation zu denken vermögen [24]), und bieten die Quellen keinen Beleg, wenn Windscheid (§. 96 Anm. 5) behauptet, daß der dies beim Darlehen (wie bei der Bestellung von Prädialservituten) die Bedeutung eines pactum de non petendo habe [25]). Die Quellen nehmen diese Verwandlung nur da vor, wo der dies unmöglich ist (S. 208 unten); daß er beim Darlehen unmöglich sei, wird nicht be-

20) l. 27 pr. D. qui et a quib. 40, 9 [bezieht sich auf die von der lex Aelia Sentia verbotene manumissio in fraudem creditorum].

21) l. 17 D. her. vend. 18, 4. cf. l. 8 pr. D. c. e. 18, 1.

22) [Wegen dieses Wirkungskreises bestimmt Siméon a. a. O. S. 19 „die Natur der betagten Obligation dahin: Sie ist ante diem eine den Naturalobligationen verwandte Erscheinung eines klaglosen Forderungsrechts". Ueber „das Recht des Gläubigers auf Sicherstellung" pendente die s. Siméon a. a. O. S. 125—29. — Vgl. auch die Wirkungen der bedingten Obligation: §. 542 Anm. 8—14.]

23) Scheurl a. a. O. S. 31 unten. [Gegen die obige Charakterisirung der Zahlung s. Bd. II §. 292 bei Anm. 31 und §. 209.]

24) Scheurl a. a. O. S. 30.

25) [sich dieser Opposition anschließend Adickes, Bedingungen S. 63, Siméon a. a. O. S. 26. 27 u. dort Agff., anderseits Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 215 Anm. 1.]

zeugt[26]). Vermittelnder ist die Meinung, daß die Gewißheit der künftigen Entstehung der Obligation letztere wie gegenwärtig habe erscheinen und behandeln lassen und darnach Manche von einer präsenten Obligation gesprochen hätten, wo Andere (und bei genauerer Sprachweise sie selbst) von futura obligatio sprachen[27]). Allein mißlich bleibt dabei doch, daß den Quellen die Obligation nicht gegenwärtig „scheint", sondern „ist".

Allem Anscheine nach lag es in der Obligation selbst, daß die römischen Juristen bald sagten, sie sei präsent, bald, sie sei aufgeschoben[28]). Bei den Obligationen aus den „ungewissen Contracten" (Bd. II §. 217 Nr. 1 vgl. S. 469. 470)[29]) ist diese Zweifältigkeit der Zeit auch ohne dies da. Pomponius konnte von dem Depositar, der getreulich restituirt, sagen, daß er (von seiner Obligation) „liberirt" werde, also der herrschenden Darstellung gemäß voraussetzen, daß er von Anfang an obligirt war; er konnte aber auch fortfahren: aut quod verius est non incidit in obligationem[30]), mithin befinden, daß er noch gar nicht obligirt war, sondern erst hätte obligirt werden können oder müssen; letzteres nicht deswegen, als ob depositi actio in Nachwirkung alter Zeiten noch immer als Delictsklage gedacht worden sei[31]), sondern deswegen, weil aus dem Depositum wie aus allen übrigen „ungewissen Contracten" nicht von vornherein und nothwendig, sondern erst von einem möglichen späteren Momente an eine „Schuld" (debitum, aes

26) l. 77 D. r. j. 50. 17, oben §. 536 Anm. 53.

27) Unger, Arndts, Windscheid a. a. O. [Aehnlich Köppen a. a. O. S. 179 oben und Schulin, Resolutivbedingungen S. 189 Anm. 255 („Ausdrucksweise nur von der äußeren Erscheinung hergenommen").]

28) [Wegen der „Differenz der Anschauung in Datirung der Obligationen je nachdem (bewußt oder unbewußt) von der bloßen Haftung oder Schuld ausgegangen wird" s. auch Bd. II §. 321 Anm. 94. Beistimmend Adickes, Bedingungen S. 64 al. 3, Karlowa, Rechtsgeschäft S. 111. Aehnliches bei Siméon a. a. O. S. 116—23.]

29) vgl. jetzt Bekker, Zeitschr. f. Rechtsgesch. IX S. 379 und die vorausgehenden Erörterungen; auch Bekker vergleicht den dies mit dem Verhältniß in den ungewissen Contracten, nur daß er diese nicht so nennt.

30) l. 81 §. 1 D. solut. 46, 3. [Bd. II §. 314 Anm. 1. §. 317 Anm. 73. Vgl. auch §. 334 Anm. 34 und desselben Pomponius Bedenken im Anfang von l. 8 (9) D. neg. gest. 3. 5.]

31) Jhering, Schuldmoment S. 31 (Vermischte Schriften S. 189), [vgl. oben §. 548 Anm. 48. Wieder anders stellt sich zu l. 81 §. 1 cit. Schloßmann, der Vertrag S. 349 Anm. 1.]

alienum), d. i. eine nunmehr exigible, überdies condicirbare obligatio entspringt[32]), während anfangs nur eine nichtexigible Haftung vorliegt. Aus dem Depositum entspringt ohne weiteres die Haftung für Aufbewahrung und getreuliche Restitution der Sache (ein facere oportere); allein nicht darauf geht depositi actio, noch eine condictio; wohl kann dieses facere oportere sich in ein praestare oportere verwandeln: dadurch daß Depositar was er hätte thun sollen nicht thut, daß er namentlich dolo malo nicht restituirt[33]); diese spätere Phase des Contractverhältnisses ist exigibel, condemnationsmäßig, debitum, Schuld, je nach Wahl ex fide bona und streng einseitig verfolgbar; nur sie betrachtet Pomponius so recht eigentlich als obligatio, nicht ebenso die anfängliche noch unverfolgbare Haftung. Es leuchtet aber ein, daß man, das Schwanken des Pomponius theilend, angesichts der incerti contractus bald von einer sofortigen, bald von einer erst möglichen künftigen Obligation reden konnte. — Der Unterschied zwischen Haftung und Schuld, bei den ungewissen Contracten zu deren essentiellem Inhalt gehörig, kommt bei den gewissen Contracten, die sonst lediglich Schulden erzeugen, accidentell, kraft Nebenbestimmung, durch eben unseren dies ex quo vor[34]). Sofort mit dem Abschluß des Contractes ist z. B. bei der betagten Stipulation eine Haftung dafür, daß die versprochene Leistung binnen des dies erfolge, vorhanden, eine Haftung, welche zwar nicht exigibel, aber nicht ohne Realität ist, indem sie die Nöthigung enthält, bei Vermeidung einer sonst eintretenden exigiblen Haftung (Schuld) rechtzeitig zu leisten; denn mit dem dies wird der Contract forderungsmäßig: jetzt kann angefordert[35]), jetzt geklagt werden; jetzt ist obligatio in einem engeren

32) Bd. II §. 217 Nr. 1. — S. 57. S. 63. — [§. 314 Anm. 5–8. §. 317 Anm. 7, vor Anm. 18, S. 607 Nr. 3 und Anm. 43. 53, vgl. §. 293 Anm. 3. Im Text ist noch nicht auf die von vornherein vorhandene und exigible „Verbindlichkeit" zur Restitution Rücksicht genommen: s. außer den angeführten Stellen Bd. II §. 217 Anm. 7.]

33) [Bd. II §. 317, 4, a, s. auch vorige Anm. und] Bd. II §. 238 Anm. 4. [§. 316 sub 4, a und b.]

34) [Bd. II §. 217 Nr. 2 vgl. §. 308 Anm. 6.]

35) Bd. II S. 292 vgl. S. 17 al. Bd. I S. 402, vgl. Bd. II §. 272 Anm. 40.

und ſtrengeren Sinne da. Wort und Begriff obligatio auf die exigible Haftung verengend konnte man ſagen: ex die incipit obligatio (l. 44 §. 1 D. o. e. a. 44, 7), das debitum von der obligatio weiteren Sinnes trennend, im Futurum ſprechen: debitum iri (Gai. III, 124. l. 1 §. 1 D. cond. 35, 1), oder die Schuld hinausſchieben: ne praesenti die pecunia debeatur (l. 41 §. 1 D. v. o. 45, 1 cf. l. 14 D. r. j. 50, 17); fand man dagegen ſchon in der Thatſache, daß Promittent, vom Zufall abgeſehen, auch beim dies der Alternative, entweder leiſten oder einſtehen zu müſſen, nicht mehr entrinne, eine obligatio, ſo war, trotz des dies, obligatio ſofort da. Oberflächlicher mochte man dann ſagen, obligatio ſei präſent, petitio, executio, solutio verſchoben; näher betrachtet war das Aufgeſchobene nicht blos der Klage- und Executionsact, ſondern das Klage- und Executionsrecht, das klagbare Forderungsrecht, oder die obligatio im engeren und ſtrengeren Sinn[36]).

Der gewiſſe Contract iſt der Hauptſitz des contractlichen dies; doch kann er auch bei ungewiſſen Contracten vorkommen[36a]), entweder um das ganze Contractsverhältniß (z. B. eine Pachtung) hinauszuſchieben, oder um die eine oder andere der beiderſeitigen Leiſtungen (Lieferung der Waaren, Zahlung des Preiſes oder Zinſes) zu befriſten. Ein Termin für Zahlung des Preiſes iſt meiſtens mit Creditirung verknüpft, mithin in dem Falle üblich, wo durch Leiſtung auf der einen Seite be-

36) [Bd. II §. 212 Anm. 3 u. 4 vgl. S. 17 und ſ. auch §. 217 Anm. 17a—22, und zur verſchobenen Exigibilität noch §. 287 Anm. 27. 28. §. 351 Anm. 28 nebſt l. 4 D. distract. pign. 20, 5; ferner Bd. I §. 114 Anm. 28. Ohne der „Vermittlung" (S. 210 Z. 3) des Textes zu widerſprechen findet doch Mandry, M. Vierteljahresſchr. Bd. 14 S. 387, „daß Brinz mit dieſer Aufſtellung in Wirklichkeit denen beitritt, die bei der Obligation anders als beim dinglichen Rechte das Recht ante diem existentem exiſtiren und nur die Realiſirung verſchoben ſein laſſen". Etwas Oppoſition bei Scheurl, M. Vierteljahresſchr. Bd. 18 S. 511. Im Weſentlichen übereinſtimmend Ennecerus, Rechtsgeſchäft S. 307—33; hiernach „ſchiebt der Anfangstermin nicht das Daſein der Obligation hinaus, ſondern modificirt ihren Inhalt", „indem die befriſtete Obligation nicht auf ſofortige Zahlung, ſondern auf Zahlung bei Eintritt des dies gerichtet ſei —". Bei der Beweisführung ſind die „Haftung" und ihre „Phaſen" ſowie die zugehörige Quellenterminologie nicht berückſichtigt.

36a) [vgl. Bd. II §. 316 Anm. 12. Anfangstermin für die „Verbindlichkeit" zur Rückgabe des Commodatum.]

reits eine Schuld auf der anderen entwickelt ist[37]). Hier hat der dies dann dieselbe Natur wie bei Darlehen und Stipulation. Als Aufschub des ganzen Contractsverhältnisses ist er Aufschub derjenigen Obligation oder Obligationen, welche ohne ihn von vornherein da wären: hier scheint die Obligation schlechthin erst mit dem dies veniens zu beginnen. — Die Pfandhaft ist trotz betagter Contrahirung sofort da der Priorität nach[38]); sogar die Persequirbarkeit ist ihr nicht durchweg abzusprechen[39]); nur an Exequirbarkeit ist nicht zu denken.

3. Bei betagten Vermächtnissen tritt der dies cedens möglicherweise vor dem gesetzten Termin, und zwar schon mit dem Tode des Erblassers ein; allein damit ist nicht gesagt, daß das Vermächtniß schon vor dem gesetzten Termin (der zum dies veniens wird, wenn bei seinem Eintritt die Erbschaft schon angetreten ist) erworben sei (Bd. III §. 427 Anm. 1—10)[40]). Ja wenn man bedenkt, daß der Antritt der onerirten Erbschaft unterbleiben, und so das Vermächtniß trotzdem dies cessit ausfallen kann, ist an einen Erwerb, und damit an ein Recht des Vermächtnisses sofort mit dem dies cedens nicht zu denken[41]). Besteht das Vermächtniß in einem dinglichen Rechte, so kann auch nach dem, was über die betagte Gewährung von Eigenthum und jura in re schon oben (1) vorgekommen ist, das Vermächtniß nicht vor dem dies (veniens) erworben sein[42]). —

37) vgl. Bd. II S. 585 und besonders S. 712 und S. 713 Anm. 12.

38) l. 12 §. 2 D. qui pot. 20, 4, vgl. Bd. II §. 352 Anm. 7 a. E.

39) arg. l. 5 pr. D. pign. 20, 1. Huschke, vom bedingten und dem mit einem dies behafteten Pfandrecht, Zeitschr. f. Civilrecht u. Prozeß XX S. 172. S. 167, vgl. Dernburg, Pfandrecht I S. 191 „regelmäßig". [S. auch oben Bd. II §. 351 Anm. 34 und §. 346 Anm. 2.]

40) [vgl. auch Bd. III §. 425 Anm. 26. §. 415 Anm. 16. Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 423 fg. und vornehmlich Siméon a. a. O. S. 27—36.]

41) l. 21 pr. D. quando dies 36, 2 [vgl. l. 73 §. 4 D. leg. Falc. 35, 2. Dagegen Enneccerus a. a. O. §. 55 „der Anfall des Legates bewirkt einen Rechtserwerb", §. 56, §. 57: der des dinglichen Legats den Erwerb eines Rechts „auf Erwerb des Eigenthums"; über solche „Erwerbsberechtigungen" Beilage III. Schon Wächter, Pand. I S. 400 läßt aus der Zusage eines dinglichen Rechts ex die „sofort ein festes Recht auf Erwerb des Rechts" entstehen; ähnlich Dernburg I §. 114.]

42) vgl. zu den oben ad Nr. 1 citt. Stellen auch noch l. 1 §. 1 D.

Allerdings wurde, wenn einem homo alieni juris ex die vermacht ward (vom usus fructus legatus abgeſehen), nicht er, ſondern ſein Gewalthaber berechtiget, wenn er nur noch die cedente in deſſen Gewalt geſtanden[43]); allein daraus darf man nicht ſchließen, daß das Vermächtniß noch vor dem dies veniens entſtehe; denn ſonſt müßte auch aus der Vererbung des erſt cedirenden Vermächtniſſes auf deſſen Daſein oder Erwerb geſchloſſen werden; der Uebergang auf den Gewalthaber richtet ſich aber nach dem Uebergang auf den Erben[44]).

4. Bei teſtamentariſcher Vormundsbeſtellung ſchiebt der dies ex quo die Delation ſelbſt auf[45]);

5. nicht minder ſchob er bei teſtamentariſcher Manumiſſion die Freiheit ſelbſt auf[46]);

6. desgleichen die Delation ſelbſt, wofern heredis institutio ex die erfolgt und erfolgen kann; in testamento pagano gilt er für nichts[47]). Emancipation, Acceptilation, Erbſchaftsantritt, obrigkeitliche Vormundsbeſtellung laſſen ſo wenig einen dies als conditio zu[48]); über die Beſtellung von Prädialſervituten ſ. oben 1. —

---

quib. mod. usfr. 7, 4. l. 45 §. 1 D. leg. II. und l. 26 pr. D. usu et usfr. leg. 33, 2, und in weiterer Linie l. 13 §. 3 — l. 15 pr. D. leg. Aq. 9, 2. l. 7 §. 5 D. dolo m. 4, 3. l. 38 D. leg. II. [und l. 3 D. serv. leg. 33, 3 citirt bei Enneccerus a. a. O. S. 484]. Das confestim admitti in l. 72 §. 5 D. cond. 35, 1 iſt etwas Außerordentliches (admitti) und beruht in der Qualität gerade dieſes dies (cum morietur); denn non idem probatur, si certus dies incertusve alius legato fuerit adscriptus.

43) Scheurl, Beitr. II §. 13. l. 5 §. 7 D. quando dies 36, 2.

44) l. 18 D. r. j. 50, 17. [Vgl. oben §. 544 bei Anm. 32. Durch Obiges wird nach Mandry, M. Vierteljahresſchr. Bd. 14 S. 389 das bei Anm. 43 vorgetragene Argument für Entſtehung des Vermächtnißrechts ante diem venientem nicht beſeitigt.]

45) vgl. l. 8 §. 2. [l. 11 pr.] D. test. tut. 26, 2 mit §. 1 J. de Atil. tut. 1, 20 und Bd. III §. 506 Anm. 5 u. 20.

46) l. 1 pr. D. statul. 40, 7. [l. 17 §. 2 D. manum. test. 40, 4; vgl. Ihering in ſ. Jahrb. X S. 507.]

47) Bd. III §. 372 Anm. 5 vgl. bei Anm. 53. §. 425 Anm. 25 [und l. 63 (62) pr. D. her. inst. 28, 5. l. 23 pr. eod. §. 9 J. eod. 2, 14. Vgl. Salomon, Weſen des befriſteten Rechtsgeſchäfts S. 40 fg.]

48) oben §. 536 Anm. 53 [nebſt l. 5 D. accept. 46, 4. Für die heutige Geltung „eines befriſteten Erlaßvertrages" Siméon a. a. O. S. 67. 68.]

Nach alle dem schiebt unser dies, wenn überhaupt zulässig[48a]), nirgends eine bloße sonstige Wirksamkeit, sondern allenthalben ein Recht auf. Allein während er sonst das ganze zu beschaffende Recht hinausschiebt, schiebt er in Contracten häufiger nur die Schuld[49]) oder das exigible Forderungsrecht auf, nicht alle und jede Haftung; möglich ist aber auch dieses (oben Nr. 2 gegen Ende). Der Grund des Unterschiedes wurzelt allerdings in der verschiedenen Anlage der Rechte (Scheurl), allein u. E. nicht in dem Verhältniß des Rechtes zu seinem Zwecke, sondern in einer gewissen Zersetzbarkeit gerade der Obligationen (in eine engere und weitere Haft). Die Idee der „Concentration", ein ursprüngliches Bedürfniß, die Totalität des Rechtsgeschäftes, den Act, das Recht, und dessen Wirksamkeit in Einem beisammenzubehalten, mag einst dem dies überhaupt widerstrebt, und verlangt haben, daß die Schuld so simultan mit dem Contracte, als das Eigenthum mit der Mancipation da sei[50]); allein so alt als der contractus incertus oder das b. f. negotium ist auch die diesem eingeborene, durch Zeit und Umstände bedingte Entwicklungsfähigkeit; das Zeitliche an dieser Entwicklungsfähigkeit ist in den gewissen Contracten, so weit die Quellen zurückreichen, durch den dies ex quo reproducirbar.

§. 552.

Fortsetzung.

Dies ad quem.

Wie der dies ex quo den Anfang, so soll

ad II.

der dies ad quem das Ende des Geschäftes, d. i. seiner rechtlichen Wirksamkeit, nach Willkür der Handelnden bestimmen;

48a) [das ist er auch nicht beim depositum: Bd. II §. 317 zu Anm. 45 und beim precarium: Bd. I §. 184 zu Anm. 21, s. ferner die vorige Anm. 48.]

49) [bezw. schon die Verbindlichkeit: vgl. Anm. 32.]

50) Ihering, Geist des röm. Rechts III §. 53 bes. nach Anm. 208 und Anm. 221 fg. [Wegen des von Ihering sogenannten „Princips der Simultanität" s. auch Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 159. 160. 219 fg.]

und gleichwie jener (von den Unterſchieden der obligatio abgeſehen) in und mit der Wirkſamkeit alles, namentlich die durch das Geſchäft bezweckten Rechte ſelber aufſchiebt, ſo ſetzt auch der Endtermin, wenn er angeht, allem, namentlich den aus dem Geſchäfte entſprungenen Rechten ſelbſt ein Ende[1]). Wenn es vorkommt, daß das Recht ipso jure fortdauert, und ope exceptionis ſeine Realiſirbarkeit verliert, ſo iſt das keine Folge des dies; noch unzweideutiger als der dies ex quo gilt der dies ad quem dem ganzen Belang des Geſchäftes, ſeiner totalen Wirkſamkeit, dem Rechte ſelbſt[2]).

Bei der Mehrzahl der Geſchäfte geht nun aber ein ſolcher Endtermin natürlicherweiſe nicht an. Während ein ſpäterer Anfang bei allen denkbar, und nur vonwegen beſonderer Rechtsanſchauung bei manchen poſitiv unmöglich iſt, widerſtreitet ein Ende durch Zeit den meiſten begrifflich. Wie urſprünglich die in den Rechten ſelbſt gelegenen actiones perpetuae ſind, und nur die von oben verliehenen zeitlich begrenzt werden[3]), ſo läßt ſich bei den Rechten ſelbſt gewöhnlich kein Ende durch Zeitablauf denken. So liegt

1. in dem Begriffe des Eigenthums der einer zeitlichen Unbegrenztheit[4]). Es mag mit der Sache vergehen, von Perſon auf Perſon übergehen; daß es mit Abſtraction von Perſon und Sache lediglich in ſich und durch Zeit erlöſche, wäre zweck- und ſinnlos. Darum finden wir ſo wenig Traditionen als Mancipationen mit Endterminen. Es gibt Traditionen mit Nebenverträgen, wornach das Eigenthum an den Tradenten nach gewiſſer Zeit zurückkehren[5]), keine mit der Nebenbeſtimmung, daß das tradirte Eigenthum mit einem gewiſſen Tag erlöſchen ſoll. Nach der urſprünglichen Faſſung obiger Con-

1) aber dieſe Endigung erfolgt ex nunc, nicht wie bei Reſolutivbedingungen ex tunc. (Aus einem Zuhörercollegienheft).

2) vgl. Scheurl, Beiträge II S. 68 in med.

3) Bd. I §. 112 u. §. 113 im Anf. ſowie S. 401 vgl. S. 160 §. 47 der 1. Aufl.

4) [wie in dem der libertas: Libertas ad tempus dari non potest. l. 33. l. 34 D. manum. test. 40, 4. Zur Ewigkeit des Eigenthums Pflüger, Arch. f. civ. Pr. Bd. 78 S. 397. 398.] Vgl. die „perpetuitas dominii“ in fr. Vat. §. 35, 5.

5) l. 2 C. donat. quae sub mod. 8, 54 (55).

stitution gab es überhaupt keine zeitliche Uebertragung des Eigenthums (temporalis traditio)[6], so wenig als eine temporalis donatio und ein temporale legatum[7], gleichviel ob das Eigenthum nach Ablauf derselben an den Tradenten zurückkommen sollte oder nicht[8]; wenn zeitliche Traditionen, Schenkungen, Legate nachmals zugelassen wurden, so war damit vielmehr die Möglichkeit eines betagten Rückforderungsrechtes oder ein betagtes Fideicommiß an den Erben als ein zeitliches Ende des übertragenen Eigenthums eingeführt[9]. — Was die Servituten anlangt, so kommt ein zeitliches Ende der Personalservituten dem Eigenthum zu statten; ja dessenthalben können sie nicht von ewiger Dauer sein[10]; darum hier denn auch ein gewillkürter Endtermin möglich[11]. Eine blos zeitliche Bestellung von Prädialservituten scheint mit der Perpetuität des Grundeigenthums und seiner Bedürfnisse[12] unvereinbar gewesen zu sein; im Sinne eines pactum de non petendo auf die Zeit von dem gesetzten dies an ließ man sie gleichwohl zu[13]. — Superficies und Emphyteuse unter-

6) — cum ad te(mpus) proprietas transferri nequiverit: fr. Vat. §. 283. Bd. I §. 74 Anm. 4. Vgl. Ihering in s. Jahrb. X S. 505 Anm. 134 u. S. 577 Anm. 231. S. 508 fg. S. 523 fg. Schulin, Resolutivbedingungen S. 92 Anm. 139. S. 196. Bechmann, Kauf II S. 500 Anm. 1. Pflüger a. a. O. S. 400 fg.

7) l. 26 C. legat. 6, 37.

8) fr. Vat. §. 283.

9) vgl. Scheurl a. a. O. S. 65 fg. [Appleton, Propriété prétorienne II p. 114 Not. 6. p. 122. 166 sqq. 176—217. Nach Pflüger a. a. O. S. 407 fg. sind diese Fälle „thatsächlich nichts anderes als Fälle des Nießbrauchs". Hingegen vertritt Ihering a. a. O. S. 577 fg. (Vorgänger in Anm. 252) „die dingliche Wirksamkeit des dies ad quem bei Eigenthumsübertragungen" fürs just. Recht. Hinwiederum im Sinn des Textes Czyhlarz, Resolutivbedingung S. 17 fg. 20 al. 1 und Schulin, Resolutivbedingungen S. 199. 202 oben. Auf Iherings Seite Hölder, Pand. S. 277. S. auch diesen §. a. E.]

10) l. 3 §. 2 D. usufr. 7, 1. [Bd. I §. 74 Anm. 1 vgl. §. 198 Anm. 38. Jedoch s. auch §. 191 Anm. 8 fg.]

11) l. 16 §. 2 D. fam. erc. 10, 2. l. 6 D. usu et usfr. leg. 33, 2. l. 12 C. usfr. 3, 33. fr. Vat. §§. 48. 52, doch s. auch §. 50. [Bd. I §. 198 Anm. 32. 33. Näheres bei Czyhlarz, Resolutivbedingung S. 10 Anm. 1. 1a. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 114 al. 1.]

12) vgl. Bd. I §. 188, 2, b. §. 112 Anm. 4, ferner Pflüger a. a. O. S. 415 fg.]

13) d. h. daß von dann an exceptio pacti de non petendo platzgreifen solle. l. 4 pr. D. serv. 8, 1. [Bd. I §. 74 Anm. 4. Oben §. 536 Anm. 53.

ſcheiden ſich von bloßer Pacht und Miethe namentlich dadurch, daß ſie nicht auf Zeit ſind[14]), ſo daß z. B. Wächter in ſeinem Platzrecht §. 14 einen Endtermin unter den Erlöſchungsgründen nicht aufführt. Nichtsdeſtoweniger ſcheint, nachdem ſich dieſe Miethen und Pachtungen auf Grund der Perpetuität einmal zu dinglichen Rechten entwickelt hatten, deren Beſtellung auch in tempus möglich geworden zu ſein[15]), durch Attraction vielleicht mehr der locatio conductio, als des Uſusfructus. — Vom Pfandrecht sub 2 a. E.

2. Innerhalb der Obligationen muß zwiſchen denen, die blos Haftungen, und denen, welche, vornherein oder nachträglich, auch Schulden ſind, auch hier unterſchieden werden. Die Schulden ertragen ſämmtlich keinen Endtermin. Dieſelbe Perſon zum Schuldner machen und von einem gewiſſen Tage an entlaſtet haben wollen, hieße die Obligirung mit Liberirung, den animus credendi mit dem animus donandi vermengen; wer ſchenken will, mag dies thun, nachdem er die Schuld begründet hat; man kann der Schuld nicht beliebige modi tollendi octroyiren, ohne gegen ihren Begriff zu verſtoßen[16]). Nicht einmal mittelbar, dadurch, daß man anſtatt der Einen Schuld eine Rentenſchuld abſchließt, ſoll man die Schuld aufhören machen können[17]). Indeſſen was als dies nicht angeht, wird auch hier wieder als anticipirtes pactum de non petendo (ex die) zur Geltung gebracht: ſowohl da wo nur die Leiſtung,

Bd. I §. 198 Anm. 34. Für directe Wirkung nach juſt. Recht Schulin a. a. O. S. 208 al. 1. Erſtreckung auf die verſchiedenen Succeſſoren: Czyhlarz a. a. O. S. 15.]

14) Gai. III, 145 — si qua res in perpetuum locata sit —. §. 3 J. loc. cond. 3, 24. l. 1 pr. D. si ager vect. 6, 3 und die perpetuarii conductores in l. 3 C. de loc. praed. 11, 71 (70). [Bd. I §. 74 Anm. 5. 6. §. 202 Anm. 15.]

15) l. 3 D. si ager vect. 6, 3. l. 1 §. 3 D. superf. 43, 18. Schmid, Handbuch des gem. d. b. Rechts §. 21 Note 4. §. 28 Note 3. Windſcheid §. 222 Anm. 2. §. 223 Anm. 16. [S. auch oben Bd. I §. 202 Anm. 21—33. §. 205 Anm. 12.]

16) l. 44 §. 1 D. o. e. a. 44, 7 — Placet autem ad tempus obligationem constitui non posse; ... nam quod alii deberi coepit, certis modis desinit deberi —. §. 3 J. v. o. 3, 15 — ad tempus deberi non potest. [Bd. II §. 273 Anm. 8 a. E. §. 308 Anm. 4. 5. In l. 10 §. 23 D. quae in fr. cr. 42, 8 (zweiter Satz) könnte geſetzlicher Endtermin gemeint ſein.]

17) §. 3 J. cit.

als da wo die Schuld selbst terminirt werden will[18]). — Von bloßen Haftungen gilt nicht dasselbe. Wenigstens diejenigen, welche einseitig gekündigt werden können (locatio conductio rerum und operarum — Mandat — Societät), lassen sich vornherein auf Zeit abschließen[19]). Wie mit der Kündigung nicht die bereits entwickelten Pacht- und Mieth-, Mandats- und Societätsschulden, wohl aber die Haftungen für fernere Leistungen (die bloßen Schuldeventualitäten) aufhören, so macht auch der dies nur diese letzteren, diese aber ipso jure temporär. Nichtkündbare Haftungen, wie die aus dem Kaufcontracte, scheinen keinen dies ad quem zu ertragen; entweder lägen, wo dieser gleichwohl vorkäme, bloße Offerte[19a]), oder versteckte Resolutivbedingungen vor. — Als eine bloße Haftung kann auch pignoris obligatio auf Zeit begründet werden[20]).

3. Bei Vermächtnissen gilt dasselbe, was bei den sonstigen dinglichen oder obligatorischen Geschäften, je nachdem nur Schulden, oder auch dingliche Rechte aus ihnen entspringen sollen[21]).

4. Soweit das semel heres semper heres gilt, ist unser dies auch mit Erbeinsetzungen unvereinbar[22]).

5. Undenkbar ist er auch bei Schulderlässen[23]) und unmöglich überall, wo Bedingung und dies durch positives Recht ausgeschlossen sind[24]).

---

18) §. 3 cit. — l. 44 §. 1 cit. [Des Weiteren Czyhlarz, Resolutivbedingung S. 13 Anm. 11 fg.]

19) Bd. II §. 331 Anm. 9. 34. §. 332 Anm. 2 u. S. 764 oben. §. 334 Anm. 50. 51. §. 335 Anm. 55 vgl. 50 u. [§. 316 Anm. 12. — S. 437 Abs. 2. §. 217 Nr. 3, ferner Bd. I S. 390 oben.]

19a) vgl. oben §. 539 Anm. 45 a. E.

20) l. 6 pr. D. quib. mod. pign. solv. 20, 6. Bd. II §. 351 bei Anm. 33. — [Wohl auch die Haftung des Bürgen: l. 72 D. fidej. 46, 1 (sub hoc modo etc.) cf. l. 29 C. fidej. 8, 40 (41).]

21) l. 55 D. leg. I. l. 44 §. 1 D. o. e. a. 44, 7. l. 26 C. leg. 6, 37. [Bd. III §. 425 Anm. 26. §. 429, III. Näheres bei Czyhlarz a. a. O. S. 18—20, Schulin, Resolutivbedingungen S. 199—202. 208 al. 1 und Salkowski in Glücks Commentar Bd. 49 S. 579—83.]

22) Bd. III §. 372 Anm. 8 vgl. bei Anm. 53, [ferner Czyhlarz, Resolutivbedingung S. 12 Anm. 7 u. 8 sowie S. 21 Anm. 31a. Wohl aber „Befristung der Delation": Bd. III §. 387 Anm. 1. 2; — vgl. Eisele in Jher. Jahrb. Bd. 23 S. 140.]

23) [wegen des auf Zeit abgeschlossenen pactum de non petendo s. Bd. I §. 111 Anm. 2, Bd. II §. 291 Anm. 10.]

24) oben §. 536 Anm. 53 und §. 551 Nr. 6. [S. bes. l. 34 D. adopt.

Daß der dies ad quem nach heutigem Rechte da wo er nach römiſchem Rechte nur durch Converſion[25]) (in ein pactum de n. p. oder in ein Rückforderungsrecht oder in ein Fideicommiß), alſo nur indirect wirkt, überall direct ſtatthaft ſei[26]), kann nicht eingeräumt werden. Der Eigenthums- und Schuldbegriff iſt nach wie vor derſelbe.

§. 553.

Forſetzung.

Dies.

Arten.

Außer dem Unterſchiede des Anfangs- und Endtermins beſteht noch der des dies certus und incertus. Certus heißt derjenige, welcher entweder lediglich nach dem Kalender[1]), oder nach einem kalendermäßig beſtimmten oder beſtimmbaren, überdies ſicher kommenden Dinge (z. B. nach der Leipziger Meſſe) beſtimmt iſt; incertus derjenige, welcher kalendermäßig unbeſtimmbar, wenngleich der Exiſtenz nach ſicher iſt[2]) (ſ. g. dies certus an, incertus quando). Demnach richtet ſich der Unterſchied nicht blos nach der Zeit: ein dies, der dem Kalender nach beſtimmt oder beſtimmbar, ſeiner Exiſtenz nach aber ungewiß iſt[3]) (ſ. g. incertus an, certus quando), heißt auch incertus[4]), wonach denn eine Zeitbeſtimmung, welche beides, die Zeit und die Exiſtenz, im ungewiſſen läßt[5]) um ſo ſicherer dies incertus iſt. Incertus kann ſonach ein dies heißen, der ſeiner Natur nach (wegen Gewißheit des Ob) noch immer bloße

1, 7 (nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere) mit Enneccerus, Suspenſivbedingung S. 52. Vgl. auch noch Bd. I §. 74 Anm. 7—10. §. 184 Anm. 22. Bd. III §. 506 Anm. 5. §. 509 Anm. 4.]

25) [Bd. II §. 283 Anm. 4.]

26) Scheurl a. a. O. S. 69. Windſcheid §. 96 Anm. 6.

1) „veluti Kal. Jan." — l. 21 pr. D. quando dies 36, 2.

2) z. B. „cum moriar" — l. 16 l. 17 D. cond. ind. 12, 6.

3) z. B. „cum pubes erit" — l. 21 pr. l. 22 pr. D. quando dies 36, 2. l. 49 §. 2. §. 1 D. leg. I.

4) l. 21 pr. cit.

5) „donec Titius consul fiat" — l. 56 D. cond. ind. 12, 6.

Zeitbestimmung ist, und einer, der nur der Form (cum) nach Zeitbestimmung, dagegen der Sache nach (wegen Ungewißheit des Ob) Bedingung ist, mag er daneben der Zeit nach sicher oder unsicher sein. Mitunter ist unter dies incertus lediglich diese letztere bedingungsartige Zeitbestimmung gemeint[6]), so daß dann der blos zeitlich unsichere Termin unter dem dies certus mitbegriffen wird.

Der dies, welcher nur seiner Form nach bloße Zeitbestimmung ist (dies incertus an), hat denn auch den Namen conditio[7]), und wird gewöhnlich als Bedingung behandelt[8]). Allein nothwendig ist diese Behandlung nicht; ein dies, welcher incertus an, aber certus quando, kann von dem Disponenten als bloßer dies gemeint und gewollt sein[9]). Und umgekehrt geben uns die Quellen den Fall eines dies certus an, in welchen eine Bedingung hineingelegt wird. Es ist dies der Fall eines Vermächtnisses mit dem Tage, da der Erbe stirbt. Nicht dieser dies selbst, sondern nur was hineingelegt wird: „wenn dann der Legatar noch am Leben ist", macht die Bestimmung zur Bedingung. Noch immer glauben wir, daß diese Bedingung nicht in jeden anderen dies incertus quando, oder in jedes andere Geschäft stillschweigend gelegt werden könne[10]).

6) z. B. l. 38 §. 16 D. v. o. 45, 1. l. 30 §. 4 D. leg. I; Folgen: Bd. III §. 427 Anm. 11 u. 12.

7) l. 30 §. 4 cit. [Vgl. auch Bd. I §. 198 Anm. 36 (wo C. vor usfr. einzuschalten ist) nebst Schulin, Resolutivbedingungen S. 49 Anm. 84 fg. und Czyhlarz, Resolutivbedingung S. 5 u. Anm. 15. — S. ferner hier oben §. 536 Anm. 31—37.]

8) l. 21 pr. l. 22 pr. D. quando dies 36, 2. l. 49 §. 1. §. 2 D. leg. I.

9) Bd. III §. 427 Anm. 17. [S. auch Bekker, Syst. II §. 114 Noten g und p. Beispiel bei Dernburg I §. 113 Anm. 2.]

10) S. 950 fg. der 1. Aufl. und oben Bd. III §. 427 Anm. 13—16 — wogegen nun auch Windscheid §. 96a Anm. 7. [Ebenso meint nach dem Vorgang von Unger, österr. Privatrecht VI §. 17 Anm. 2 neuerdings Salomon, Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts S. 22 die l. 104 §. 6 D. leg. I gegen die im Text angenommene Beschränkung auf das Vermächtniß cum heres morietur verwerthen zu können. Allein in jener Stelle wird keineswegs eine Bedingung in einen dies certus an hinein gelegt. Die heredis institutio nimmt keinen dies an, und das Sterben der Mutter konnte nicht als Bedingung gelten. Sollte die Nebenbestimmung aufrecht bleiben, so mußte sie als Bedingung des Vorversterbens der Mutter gedeutet werden.]

§. 554.

Fortſetzung.

Dies.

Berechnung.

Für Berechnung von Friſten, geſetzlichen wie gewillkürten, gilt als Regel,

1. daß civiliter, d. i. blos nach dem Tage (ad dies), nicht naturaliter, d. i. nach der Stunde, Minute, Sekunde (a momento ad momentum) zu rechnen iſt[1]). Unter Tag iſt der die beiden Nachthälften mitbegreifende, oder der Kalendertag gemeint[2]). Eine Ausnahme von der Zählung ad dies kommt zu Gunſten der Minorennen vonwegen der i. i. restitutio vor[3]); —

1) l. 134 in f. D. v. s. 50, 16. l. 6. l. 7 D. usurp. 41, 3. [„Es liegt aber hierin", ſagt Hölder, Theorie der Zeitberechnung nach römiſchem Recht 1873 S. 41 „... daß nämlich einmal das Recht auf Zeitunterſchiede innerhalb des Kalendertages ſich nicht einläßt ..." Demgemäß oben Bd. II §. 352 Anm. 8 u. 9. Hölder, Pand. S. 194. Anders Dernburg I §. 88 Anm. 6. — Nach Hölder, Zeitberechnung S. 74 fg. negirt l. 134 cit. nicht die Naturalcomputation, gedenkt ihrer gar nicht, da der Gegenſatz der Stelle nicht die Begrenzung, ſondern nur die Eintheilung des Jahres betrifft, welches nämlich nicht ad momenta temporum reducirt werden dürfe. Auch l. 6 cit. ſpricht nach Hölder a. a. O. S. 106—9 nicht Verwerfung der Naturalcomputation aus.]

2) l. 8 D. fer. 2, 12. [„Desgleichen lag es außer ihrem (der Aſtronomen) Bereiche, aus Tag und Nacht ein *Νυχθήμερον* d. h. einen einheitlichen Zeitabſchnitt zu machen, und dieſem Dualis den Einen Namen „Tag" und die Eine Dauer von 24 Stunden zu geben": Brinz, Ueber die Zeit im Rechte. S. 8 (Rectoratsrede, 1882). Daß „die mitternächtliche Tagesepoche" des „Volltages" nicht eine Beſonderheit der römiſchen Juriſten, ſondern des römiſchen Lebens geweſen, verficht gegen Bilfinger, der bürgerliche Tag (1888) Hölder im Referat über dieſes Buch: M. Vierteljahresſchr. Bd. 33 S. 325—328. S. auch Hölder, Pand. S. 187—89. 194. 195.]

3) l. 3 §. 3 D. min. 4, 4. Vgl. Bd. I §. 118, ſowie S. 36 und S. 116 der 1. Auflage. [In l. 3 §. 3 cit. wird Berechnung „a momento in momentum" angenommen, obwohl nur die Stunde maßgebend iſt und deren Unterabtheilungen ignorirt werden. Dieſe Naturalcomputation findet blos Statt, wo ſie der Gewährung der i. i. r. wegen minor aetas zu Gute kommt. (Vorſtehender Satz nach dem Schülercollegienheft). Hölder, Zeitberechnung S. 135 nimmt auch für l. 3 §. 3 cit. nicht Naturalcomputation an. Es werde auch hier nach Kalendertagen (ad dies) gerechnet, und nur damit Niemand dadurch daß er nicht bei Beginn des Kalendertages geboren worden, zurückgeſetzt ſei, werde auf die Differenz vom Moment des Tagesanbruchs bis zum Moment der Geburtsſtunde Rückſicht genommen.

2. daß der Tag, von welchem die Frist datirt, mitzuzählen ist; der letzte Tag aber, jenachdem es sich um Erwerb oder nur um Verlust handelt, blos begonnen, oder aber abgelaufen sein muß[4]). Dem entgegen erachtet es Bachofen[5]) als eine Besonderheit gewisser Fristordnungen, wenn der letzte Tag nur begonnen zu sein braucht[6]); — Unger läßt überhaupt keine Regel, sondern nur Auslegung der einzelnen Fristsetzungen zu, von denen die einen die Frist blos „erreicht", die anderen „abgelaufen" haben wollen[7]). — Die Einrechnung des Tages, von dem die Frist datirt, erscheint uns fremdartig[8]); daß er bei Prozeßfristen nach gemeiner Praxis nicht eingerechnet wird[9]), ist nicht sowohl eine Besonderheit, als ein Beleg für eine entgegengesetzte deutsche Anschauung[10]); —

3. daß der Monat, als Fristbezeichnung, zu 30 Tagen zu

---

4) l. 5 D. qui test. f. p. 28, 1. l. 1 D. manum. 40, 1. l. 134 cf. l. 132 pr. D. v. s. 50, 16. l. 15 pr. D. div. temp. praescr. 44, 3. l. 6. l. 7 D. usuc. 41, 3. l. 49 D. cond. 35, 1; — l. 6 D. o. e. a. 44, 7. l. 31 (30) §. 1 D. ad l. Jul. ad. 48, 5. l. 1 §. 9 D. succ. ed. 38, 9. [Oben Bd. I §. 114 Anm. 41. 42. Bd. III §. 415 Anm. 16 (2ter Thl.). Bd. I §. 121 Anm. 16. 17.] — Vangerow §. 196 und Puchta §. 75, d. Arndts §. 89 Anm. 4. 5. Seuffert §. 116. Böcking §. 122 §. c. Huschke, Zeitschrift für Civilrecht u. Prozeß. N. F. Bd. 2 S. 170 fg. [Kritische Uebersicht über „die litterarische Bewegung, als deren Resultat der heutige Stand unserer Lehre erscheint", bei Hölder, Zeitberechnung S. 4—40 vgl. S. 60, über die II. citt. ebenda S. 77—131. Hölder, M. Vierteljahresschr. Bd. 33 S. 329. 330.]

5) Zeitschr. f. Civilrecht u. Proceß Bd. 18 S. 53 c.

6) so auch Wächter, württ. Privatrecht §. 121 Anm. 20, Pand. I S. 484/85 und Windscheid §. 103 Anm. 15 u. 16.

7) Oesterr. Privatrecht §. 106, II, 2. Weitere Distinctionen s. bei Vangerow a. a. O. [Auch Hölder, Pand. S. 191. 194 oben läßt die Auslegung entscheiden, welche sich danach richten soll, ob der letzte Tag Anfangs- oder Endtermin eines Rechtsverhältnisses ist. Wendt S. 215 will Fristen zur Vornahme einer Handlung und Fristen zur Bestimmung der Dauer von Zuständen unterschieden wissen.]

8) [Erklärung bei Hölder, Zeitberechnung S. 57 fg.]

9) [vgl. Civilproceßordnung §. 199; s. jedoch wegen Theorie u. Praxis des geltenden deutschen Proceßrechts auch Th. Loewenfeld in der Jurist. Wochenschrift a. 1886 S. 223 rechte Spalte. S. ferner Windscheid I §. 103 Anm. 13. Bekker, Syst. II §. 88 Beil. I B.]

10) welche denn auch von Wächter a. a. O. S. 828, 2 und Unger a. a. O. S. 289 nicht blos für den Prozeß und für Institute des deutschen Rechtes, sondern für Privatgeschäfte überhaupt geltend gemacht wird. [S. ferner Windscheid §. 103 Anm. 14 und Hölder, Pand. S. 193 Anm. 15.]

rechnen sei[11]). Im heutigen Verkehr denkt man — angezogen wahrscheinlich von dem was sich bei der Fristsetzung nach Wochen und Jahren von selbst und nothwendig ergibt — auch bei der Fristsetzung nach Monaten gewöhnlich denselben Tag, der den Anfang bildet, auch als den Schlußtag, besonders wenn es heißt „heute über drei Monate"[12]); —

4. daß bei gesetzlichen Fristen der Schalttag nicht mitzuzählen sei[13]). Das Gegentheil gilt bei Privatfristen[14]), es wäre denn, daß unserem heutigen, oben sub 3 erwähnten Gebrauch zufolge von Tag zu Tag gerechnet, und dadurch der Schalttag übersprungen würde. Nur mit dieser Modification ist zuzugeben, daß bei unseren heutigen gesetzlichen Fristen der Schalttag mitzähle[15]).

Nicht mehr zur Berechnung, sondern zu den Arten der Fristen gehört der Unterschied des tempus continuum und utile[16]).

11) vgl. l. 40 D. r. cr. 12, 1; l. 12 (11) §. 6. l. 30 (29) §. 5 D. ad l. Jul. adult. 48, 5; l. 28 cf. l. 31 §. 22 D. aed. ed. 21, 1; l. 22 §. 1. §. 2 C. jure delib. 6, 30; Nov. 115 c. 2. Reinfelder, der annus civilis des römischen Rechts 1829 S. 123 fg. Savigny, Syst. IV S. 337. [Brinz, Ueber die Zeit im Rechte S. 11 Z. 12 v. u. fg.] Eine Nachgiebigkeit zu Gunsten dessen, der in kurzer (längstens zweimonatlicher) Frist verlieren soll, scheint in l. 101 D. r. j. 50, 17 enthalten (vgl. Wächter a. a. O. §. 121 Anm. 6); andere, theils mathematische, theils philologische, theils naturale Lösungsversuche s. bei Schrader, civ. Abhandlungen Nr. III §. 4; Huschke a. a. O. S. 169. Bachofen a. a. O. S. 355. [Dernburg I §. 89 Anm. 3.] Wegen l. 5 §. 1a C. temp. et rep. 7, 63 vgl. l. 2 pr. — §. 4 eod. und Savigny a. a. O. S. 339 fg.

12) vgl. D. W. O. Art. 32. Savigny a. a. O. S. 342 fg. Wächter a. a. O. S. 824 Anm. 4 und Pand. I S. 479. Windscheid §. 103 Anm. 23.

13) l. 98 pr. D. v. s. 50, 16. l. 3 §. 3 D. min. 4, 4. [Vgl. Hölder, Zeitberechnung S. 139—41.]

14) l. 2 in f. D. div. temp. praescr. 44, 3. Im Schülercollegienheft heißt es, es könne „die Intention dahingehen, daß der Schalttag mit einzurechnen sei. Es ist dies aber dann quaestio facti".

15) Windscheid §. 103 bei Anm. 19. [Wächter, Pand. I S. 481 Nr. 2 zählt den Schalttag stets mit, wenn die Frist nach Tagen oder Wochen bestimmt ist. Kritisches bei Bekker, System II §. 87 Beil. I.]

16) Bd. I §. 113 Anm. 16. §. 114 Anm. 35. 37. §. 121 Anm. 15. 20. 22. Vgl. Wächter I §. 95.

§. 555.

3. Wirkung.

Daß die Wirkung familien- oder vermögensrechtlich, dinglich oder obligatorisch, ob Eigenthum, jus in re, und was für eines, ob eine einseitige, gegenseitige Obligation die Folge des Geschäftes sei u. dgl. m. gehört zu den Essentialien des Geschäftes (§. 546. 1). Innerhalb der familienrechtlichen, und der dinglich-vermögensrechtlichen Geschäfte scheint, was diese ihre Wirkung anlangt, überhaupt keiner Willkür Raum gegeben zu sein. In den obligatorischen Geschäften dagegen ist die Prästation des casus und der culpa, die der Eviction und der Mängel nur naturaliter bestimmt, und also derogatorischer Beliebung ausgesetzt (S. 190—92); und auch in pignoris obligatio hat die Willkür noch einigen Spielraum; das jus distrahendi ist zum naturale geworden, dem freilich nicht mehr gänzlich derogirt werden kann[1]); die natürliche Einlösbarkeit dagegen zum jus publicum (Verbot der lex commissoria)[2]); das pactum antichreticum[3]) greift über die Verpfändung bereits hinaus, und ist darum nicht mehr bloße Nebenbestimmung.

Was hier und dort der Beliebung offen steht, ist die obligatio an sich; bei der personae obligatio die passive Seite, und zwar jenes eventuelle praestare oportere[4]), von welchem der obligatus bald leichter, bald schwerer loskommen soll, je nachdem die Bedingungen desselben unter das Naturale herab vermindert, oder darüber hinaus vermehrt werden; Lockerung oder Festigung der Haft sind hier Gegenstand der Beliebung, die blos im dolus ihre Grenze findet[5]); — bei der pignoris obligatio die Activseite, das Exactionsrecht, welches auf bloßer

1) Gai. II, 64. Oben §. 548 Anm. 13 und Bd. II §. 353 Anm. 7. 33. §. 354 nach Anm. 3. §. 210 Anm. 17.

2) Bd. II §. 353 Anm. 28. §. 210 Anm. 15. 17 a. E. vgl. oben §. 546 Anm. 18.

3) Bd. II §. 354 Anm. 6 vgl. 2 und unten §. 558 Anm. 5.

4) Bd. II §§. 212. 217. 238 Anm. 3, 4. §§. 264 Nr. 2. 265 fg. 280. 281. 281a.

5) s. die Verweisungen in §. 548 Anm. 18 nebst Bd. II §. 280 Anm. 25. §. 327a Anm. 10. 15.

Retention, Pfändung, Vindication bewenden könnte, einſt mehrfache Steigerung und Minderung zuließ[6]), nunmehr aber nothwendig Distractionsrecht iſt, und durch entgegengeſetzte Beliebung nur noch eine gewiſſe Erſchwerung erleidet.

§. 556.

4. Abſicht.

Der Abſichten, welche mit einem Geſchäft verbunden ſein können, gibt es zweierlei: ſolche die (wie der animus donandi etc.) dem Geſchäfte weſentlich ſind (S. 183, b. S. 184 Anm. 14), und in ihm ſelbſt ihre Erfüllung haben; und ſolche, die (wie z. B. eine gewiſſe Verwendung des Geſchenkten) über das Geſchäft hinausgehen, und eine von deſſen Wirkung getrennte Erfüllung haben[1]). Letztere laſſen ſich als Nebenabſichten bezeichnen[2]). Von ihnen nehmen Recht und Gericht an und für ſich keine Notiz; durch ausdrückliche Beſtimmung der Handelnden können aber auch ſie zu einer gewiſſen Geltung gebracht werden[3]). Die Formen, in denen dies geſchieht, ſind gewiſſe Nebenbeſtimmungen (Bedingung — die Vorausſetzung als Statuirung einer causa ob quam), und ein gewiſſes Nebengeſchäft (die Vorausſetzung als Modus); die Wirkung iſt

6) ut distrahatur, ne distrahatur, ut sibi habere liceat — oben Anm. 1 und 2.

1) vgl. Bd. II §. 303 sub 1. a am Anf. u. am Ende („nicht ſofort durch den Empfang ſelbſt erreichbaren Zweck" — „Zweck ... nicht ſchon mit der Gabe oder Vermögenszuwendung ſelbſt erreicht, ſondern über dieſe hinausgreifend" —). [Nur ſind die dortſelbſt genannten Fälle der mortis causa donatio und der dotis datio (vor der Eheſchließung) ſolche, bei welchen zwar die Abſichten (der poſthumen Liberalität und der Erleichterung der Ehelaſten) über die Gabe hinausgreifen, aber den Geſchäften der m. c. donatio und der dotis datio weſentlich ſind. S. dortſelbſt S. 535 Z. 2 „ſo weſentlich iſt der Zweck ..." und hier unten S. 229 oben. Vgl. Lotmar, über Cauſa S. 71 al. 1. 75. 79. 81 al. 2. 82—84.]

2) [Bd. II §. 248 bei Anm. 32. §. 259 nach Anm. 46—48. §. 296 Anm. 22b. §. 298 nach Anm. 24. §. 352 Anm. 29. Bd. I §. 134 Anm. 15 fg. Bd. III §. 378 Anm. 42. 43. §. 420 Anm. 20. Irrelevante und relevante und in verſchiedener Weiſe relevante Nebenabſichten oder Nebenzwecke bei Lotmar, Cauſa S. 69—75.]

3) vgl. Bd. II S. 538 al. 1 (wo Z. 2 conditio ſtatt condictio zu leſen iſt) und Anm. 33. S. 533 sub a („mit dem Geber ausdrücklich oder ſtillſchweigend vereinbarten").

entweder eine indirecte (bei der Bedingung, gewissen causis ob quas), oder eine directe (beim Modus).

1. Der Disponent kann seiner Nebenabsicht indirect Geltung verschaffen, indem er sie

a. zur Bedingung erhebt, also will und macht, daß das Geschäft selbst ohne ihre Erfüllung gar nicht existiren soll[4]);

b. indem er, ihre künftige Erfüllung „voraussetzend" (anticipirend), das Geschäft selbst unbedingt abschließt, seine Nebenabsicht aber offen und ausdrücklich als den Grund seiner Handlung (causa ob quam) hinstellt. Auch in dieser Gestalt heißt die Nebenabsicht noch mitunter conditio[5]). Das von Windscheid eingebürgerte Wort „Voraussetzung" ist, auf jenes anticipirende Handeln eingeschränkt[6]), völlig zutreffend[7]). In

---

4) [vgl. oben §. 527 Anm. 29. §. 536 Anm. 5. S. ferner l. 80 D. cond. 35, 1 mit Pernice, Labeo III S. 13 Anm. 3 und S. 40 fg.]

5) l. 2 §. 7 D. donat. 39, 5. Bd. II §. 298 Anm. 27. [Lotmar, Causa S. 86. 87.]

6) [und, wie oben geschehen, aber im Gegensatz zu Windscheids „erster Absicht", auf die Nebenabsicht. S. auch Lotmar, Causa S. 88. Pernice a. a. O. S. 199.]

7) [vgl. Bd. II §. 303 Anm. 3. 10.] — Gegen die „Voraussetzung" s. Wendt, Reurecht, Heft 1 S. 19—27. Witte, Bereicherungsklagen S. 65 fg. (sehr bemerkenswerth). — Voraussetzung, dem Worte nach mit Vorstellung verwandt, nur daß man sich unter diesem etwas bei der Handlung denkt, hier etwas vor derselben. So möchte Voraussetzung eine Vorstellung sein, von der der Handelnde ausgeht. Die Vorstellung, von der der Handelnde ausgeht, kann alles betreffen, was die Vorstellung bei der Handlung, dagegen nur insofern Voraussetzung heißen, als sie das Motiv zur Handlung geworden ist; das Vorgestellte wird dadurch zur Voraussetzung, daß es für den Handelnden die Bedeutung einer conditio sine qua non (Motiv im ausgezeichneten Sinn des Wortes) erlangt. Wie jede Vorstellung kann auch die Voraussetzung eine wahre oder falsche sein (wenn sie auf schon vorhandene, oder vergangene Dinge geht), zutreffen oder nicht zutreffen (wenn sie auf Erfolg, Sein oder Nichtsein, Leistung in der Zukunft gerichtet ist). Was ist nun die Folge, wenn die Voraussetzung a) falsch ist, oder b) nicht eintrifft? ad a) Geht in der Lehre vom Einfluß des Irrthums auf; vgl. oben §. 528 Anm. 7. 8. ad b) muß unterschieden werden, ob die Voraussetzung zugleich juris conditio ist oder nicht — ersterenfalls das Geschäft nichtig z. B. Erbeinsetzung, Vermächtniß, mortis causa donatio unter der Voraussetzung des Ueberlebens; — letzterenfalls muß weiter unterschieden werden, ob die Voraussetzung blos gedacht, oder ob sie auch ausgesprochen: zur lex contractus, testamenti etc. erhoben ist. Die blos gedachte ist gleichgültig, bei der anderen kommts darauf an, in welcher Form sie ausgesprochen ist, nämlich ob in der Form einer Bedingung oder nicht. Nur ersterenfalls ist das Geschäft selbst von dem Zutreffen der Voraussetzung abhängig, sonst existent. Ob und was für Folgen die Deficienz der Voraussetzung nun außerdem habe, hängt von ihrem Inhalt ab: ob sie modus

der m. c. donatio und dotis constitutio iſt die Nebenabſicht der Vermögenszuwendung, mortis und matrimonii causa, zum Beſtandtheil eines eigenen Geſchäftes geworden; für die Schenkungs- und die Dotalqualität des Gegebenen iſt die Erfüllung dieſer Abſicht Bedingung, aber juris conditio; für die Vergabung an ſich aber, wenn ſie den Empfänger ſofort zum Eigenthümer ꝛc. machen ſoll, Vorausſetzung, causa ob quam[8]). Die indirekte Wirkung der Nebenbeſtimmung beſteht hier in der condictio causa data causa non secuta für den Fall der Nichterfüllung; nur daß auch dieſe indirecte Wirkung nicht blos die Nebenbeſtimmung, ſondern wie die condictio sine causa überhaupt auch eine Bereicherung zum Grund hat[9]).

2. Soll die Nebenabſicht direkt, durch Klage auf Erfüllung, realiſirbar ſein, ſo muß ſie auf eine Leiſtung der anderen Partei gehen. Iſt eine Leiſtung der anderen Partei nur Nebenabſicht, ſo wird eine Leiſtung an ſie oder eine Vermögenszuwendung Hauptabſicht ſein müſſen. Die Nebenabſicht drückt ſich dann in einer Auflage (modus) auf die Vermögenszuwendung aus. Weil von obligatoriſcher Wirkung iſt die Auflage nicht mehr von derſelben Art wie die Vermögenszuwendung (datio, traditio, delegatio etc.), alſo keine bloße Näher-

---

ſei unter welchem, causa d. i. Zweck wegen welches (res ob quam). Da beurtheilt ſich ihr Einfluß nach dem, was wir aus der condictio sine causa (Bd. II §§. 300–305) und dem modus (§. 557) erfahren: kurz die Lehre von der Vorausſetzung löſt ſich in die vom Irrthum, der Bedingung, dem modus und der condictio sine causa auf. — [Wegen ihrer neueren Anhänger und Gegner ſ. Windſcheid §. 97. §. 98 und Windſcheid, Arch. f. civ. Pr. Bd. 78 S. 161 Anm. 2 nebſt Pfaff und Hofmann in Arndts, Pand. (13. A.) §. 74, II, Hölder, Pand. S. 226 und §. 43 Anm. 2, Crome, Arch. f. civ. Pr. Bd. 78 S. 122 fg., Bolze ebenda S. 457 fg., Pferſche, Irrthumslehre S. 224. 225, Kindel, Rechtsgeſchäft u. ſ. Rechtsgrund S. 17 und (eben erſchienen) Pernice, Labeo III, 1. Lenel, Arch. f. civ. Pr. Bd. 79 S. 49 fg.]

8) oben §. 538 b und c. [Bd. II §. 303 S. 534. 535. Bd. III S. 690. Entſchiedener als am vorletzt angef. Orte und unter Hinweis auf die vorliegende Stelle hat ſich der Verf. in ſeinem Pandektencolleg von der obigen Anwendung der „Vorausſetzung" auf die mortis causa donatio losgeſagt. Im Fall der Donatar ſchon jetzt Eigenthümer iſt, hat er, wie es im Schülercollegienheft heißt, „das Gegebene in der That sub modo, nicht nur sub modo, ſondern, wie ich meine, mit einer Auflage, nämlich mit der Auflage, das Empfangene, wenn er vor dem Schenker ſtirbt, zu reſtituiren, nämlich mittelſt ſeiner Erben zurückgelangen zu laſſen ..." Vgl. die folgende Nr. 2.]

9) [Bd. II §. 303 sub 1, a und S. 504—6.]

bestimmung mehr (§. 547 A), sondern selbst Geschäft neben dem Hauptgeschäft, mithin Nebengeschäft (§. 557. I. 1.)[10].

B. Nebengeschäfte.

§. 557.

Modus. Exceptionen.

Nebengeschäfte kommen theils zur Einschränkung, theils zur Erweiterung und Unterstützung des Hauptgeschäftes vor.

I. Als einschränkendes Nebengeschäft ist

1. der Modus zu betrachten[1]). Sein Wesen besteht darin, daß irgend eine Gabe, Vermögenszuwendung, nicht schlechthin, sondern mit irgend einer[2]) Auflage an den Empfänger geschieht. Das Nebengeschäft ist hier also stets von obligatorischer Natur, während das Hauptgeschäft an sich nicht obligatorisch, vielmehr datio, traditio, heredis institutio etc. wäre[3]). Daß dieses an sich nicht obligatorisch, sondern blos gebend, zuwendend, liberirend, bereichernd ist, nun aber mit einer Obligation versetzt wird: darin liegt die Beschränkung, der modus. Weder daß er Zweckbestimmung, noch daß er Verwendungsbestimmung[4]), charakterisirt den modus; möglicherweise ist er weder dies noch jenes; Auflage, obligatorisches Nebengeschäft ist

---

10) [Hiermit war der systematischen Forderung von Wendt, Reurecht I S. 63/64 schon in der vorigen Auflage entsprochen. Wiederum für Nebenbestimmung Hölder, Pand. §. 54 bes. S. 281 oben, gegen solche Bekker, Syst. II §. 118, c.]

1) [Gegen jeden Modusbegriff Hartmann, Begriff u. Natur der Vermächtnisse S. 42 fg. („reine Willkür, einen beliebig abgegrenzten Begriff als eigenes Rechtsinstitut zu prädiciren"). S. jedoch auch Bekker, Syst. II S. 364. Zur neueren Dogmengeschichte Pernice, Labeo III S. 3 fg. und zur klassischen Terminologie daselbst S. 12 fg., mit dem Ergebniß (S. 32): „der Begriff des Modus, wie ihn unsere Dogmatik aufstellt, ist höchstens im just. Recht scharf herausgebildet."]

2) [wegen Unmöglichkeit, Rechtswidrigkeit und Unsittlichkeit der Auflage s. Bekker, Syst. II §. 118, h. Pernice a. a. O. S. 292 fg. S. 300 fg.]

3) [Nach Adickes, Bedingungen S. 66 Anm. 2 scheint hiermit der Vers. „einem unrichtigen Generalisiren verfallen zu sein". „Denn dann wären ja alle pacta fiduciae und viele stipulationes, z. B. auch die cautio usufructuaria — Arten des modus!" Da abgesehen von dieser cautio, welche vom Recht, nicht vom Besteller auferlegt wird, jene Consequenzen schon mit dem unten zu Anm. 10 fg. Gesagten acceptirt waren, so wäre, namentlich angesichts von S. 233 al. 1, zu zeigen gewesen, warum dieses Generalisiren „unrichtig" sei.]

4) vgl. Savigny, Syst. III S. 229/30.

er überall[5]); und eben in der obligirenden Wirkung, nicht erſt in der Minderung des Geldwerths[6]) liegt die Beſchränkung. Auch eine über das Hauptgeſchäft ſelbſt hinausgehende, gewöhnlich durch „ut“, „ita ut“ ausgedrückte Abſicht (Nebenabſicht) iſt in dem Modus ſtets enthalten[7]), und zwar Abſicht als Vorausſetzung; denn überall wo nur modus, gilt das Geſchäft unbedingt, wenn gleich auch er wie die causa ob quam mitunter condicio heißt[8]), und eben weil das Hauptgeſchäft unbedingt gelten ſoll, die Erfüllung der Abſicht zur Pflicht gemacht wird. —

Als eine Vorausſetzung unterſcheidet ſich der Modus von anderen Vorausſetzungen dadurch[9]), daß die Abſicht des Gebers auf eine Leiſtung des Empfängers, und zwar regelmäßig an den Geber ſelbſt gerichtet iſt, die Erfüllung der Vorausſetzung alſo vom Empfänger ſelbſt abhängt. Hiemit ſteht die

5) meine krit. Blätter Nr. 1 S. 29—34. [Scheurl, Nebenbeſtimmungen S. 245 hält „Maßgabe“ für die beſte Verdeutſchung; ebenſo Rudorff, Schuldverhältniſſe S. 227. — Im Gegenſatz zu Savigny und zum Verf. liegt für Hölder, Pand. §. 54 „die ſelbſtändige Obligirung des Empfängers einer Zuwendung“ gegenüber ihrem Urheber oder einem Dritten außerhalb des Weſens des modus, welches vielmehr in der Beſchränkung des Beſtandes oder des Maßes der Zuwendung aufgehe. Daß die Quellen dieſe Begrenzung fordern, iſt nicht erſichtlich.]

6) Savigny a. a. O. S. 230. [Wendt S. 157 vermag auch in der obligirenden Wirkung nur „im wirthſchaftlichen Sinne“ eine Beſchränkung zu erblicken und hält den „Geſichtspunkt einer Beſchränkung rechtlich für unzutreffend“. Andererſeits Hölder, Pand. S. 280.]

7) „ut ex eo aliquid faceret“ l. 17 §. 4 D. cond. 35, 1; „ut Maeviam uxorem ... ducat“ l. 71 §. 1 eod.; „ut liberos suos emanciparet“ l. 92 eod.; „ut filiis meis rationem reddat“ l. 17 §. 1 D. manum. test. 40, 4; ſpeziell über „ut“ im Vergleich mit „si“ ſ. l. 80 D. cond. 35, 1 [und dazu Pernice a. a. O. S. 13 Anm. 3.]

8) l. 1 C. de his quae sub modo 6, 45. [l. 21 §. 3 D. ann. leg. 33, 1. l. 9 §. 1 D. sc. Mac. 14, 6. cf. l. 2 §. 7. l. 3 D. don. 39. 5.] Savigny a. a. O. S. 231 Anm. g. h. Windſcheid §. 97 Anm. 2. [S. auch oben Bd. II §. 262 Anm. 13 zu l. 32 §. 2 D. Vell. 16, 1 und Pernice a. a. O. S. 26—31. — Lehrreiches über den „Uebergang der Bedingung in den Modus“ bei Scheurl, Nebenbeſtimmungen S. 257—62. S. ferner Pernice a. a. O. S. 40 fg.]

9) [Nach Ausweis des Zuhörercollegienheftes hat ſich der Verf. in ſeiner Vorleſung gegen die hier von ihm in der erſten Aufl. befolgte „Windſcheid'ſche Nomenclatur“ erklärt, weil das Wort Vorausſetzung leicht zu der Annahme verführe, daß das Geſchäft nicht gelten ſoll, wenn die Vorausſetzung nicht zutrifft. Wer unter Vorausſetzung gebe ſcheine ſagen zu wollen: Wenn das nicht geſchieht, ſoll nicht geſchenkt ſein. In der That aber beſteht das Geſchäft fort u. ſ. w.

obligatorische Natur, oder was eins ist, die directe Erzwingbarkeit des Modus in Verbindung. Denn während diejenige Voraussetzung, welche sich in bloßer Nebenbestimmung bewegt, nur indirect, durch Zurückforderung des in getäuschter Voraussetzung Gegebenen (condictio causa data c. n. s.), zu rechtlicher Wirksamkeit gelangt, finden wir den Modus direct, durch irgend ein auf Erfüllung der Voraussetzung selbst gerichtetes Rechtsmittel realisirbar. Allein in dieser directen Realisirbarkeit, kurz Klagbarkeit des Modus ist ein Prinzip verwirklichet, in dessen Verwirklichung er selbst zum größten Theile unter- oder aufgegangen ist. Der Modus ist klagbar geworden, weil alles, was man auf Grund einer res, d. i. einer datio, traditio, kurz eines reellen Empfangens, Bekommens dem Geber, wenngleich formlos, aber zugleich mit dem Empfange zugesagt, — weil jede Auflage, welche man mit der Gabe angenommen, klagbar sein sollte[10]); in diesem Prinzipe ist der Modus großentheils untergegangen, weil gewisse Hingaben mit gewissen Auflagen tagtäglich wiederkehrend zu eigenen Contracten mit eigenen Namen und Klagen (genannten Realcontracten) und so zu einem Ganzen geworden sind, in welchem man Haupt- und Nebengeschäft nicht mehr zu unterscheiden pflegt, und in denen das allgemeine Wesen des Modus in einen specifischen und essentiellen Geschäftstheil übergegangen ist[11]); oder weil sie, wenngleich durch das typische ut, ita ut die Absicht, die Voraussetzung, kurz den Modus verrathend, zu ungenannten Contracten nach dem Schema do ut des etc. zusammengefaßt worden sind[12]). Aber nur der Name, nicht der Gedanke des Modus ist in diesen Bildungen untergegangen — worin es nebenbei bemerkt auch seinen Grund hat, daß die Realcontracte sämmtlich, die ungenannten nicht minder als die genannten, allen Ausrottungsversuchen, auch den neueren[13]) widerstehen. Auch bei Vergabungen von Todeswegen

10) l. 7 §. 2 D. pact. 2, 14.

11) [Bd. II S. 134. S. 477 sub b. S. 591 sub 1.]

12) Bd. II S. 134. 135 unten. §. 303 sub 1, b (S. 535/36). S. 504 Nr. 2. S. 624 vgl. S. 625 Anm. 3. Meine krit. Blätter Nr. 1 S. 30 unten u. fg.

13) von Demelius in Iher. Jahrb. III Nr. 5. Unger ebendaselbst

iſt der Modus concreteren Namen und Begriffen gewichen; denn die Vermächtniſſe ſind häufig nichts anderes als obligatoriſche Auflagen, mit denen die Zuwendung des ganzen Vermögens durch Erbeinſetzung oder Belaſſung der Inteſtaterbfolge, oder die Zuwendung von Vermächtniſſen oder anderen letztwilligen Gaben ſelbſt wieder verknüpft iſt[14]); häufig ſind ſie freilich zugleich Gaben an den Honorirten.

So bleibt nur mehr ein ſchmaler Bereich übrig, innerhalb deſſen ſich der Modus offen als ſolcher bewegt, wo demnach weder das Hauptgeſchäft um deswillen, daß ein Modus hinzutritt, ſeinen Charakter und Namen als Gabe, noch der Modus ſeinen allgemeinen Begriff als obligatoriſches Nebengeſchäft an den Begriff und Namen eines Contractes oder Vermächtniſſes aufgibt, ſondern beide, das Haupt- und das Nebengeſchäft, lediglich als das, was ſie in ihrer Allgemeinheit ſind, erſcheinen[15]). In dieſen Bereich gehört

a. die Schenkung: C. de donationibus quae sub modo 8, 54 (55)[15a]). Möglich, daß dieſe durch den Werth oder die Größe der Auflage in einen Realcontract (do ut des etc.) übergeht; an und für ſich hört eine donandi animo gemachte Gabe dadurch, daß ſie mit einer Auflage für den Empfänger verknüpft wird, noch nicht auf, Schenkung zu ſein[16]). Wohl aber ſteht dem Schenker (abgeſehen von den Klagen wegen Nichterfüll-

VIII Nr. 1. Habietinck in Haimerls Vierteljahrsſchr. V Nr. 1. [S. dagegen oben Bd. II S. 138. 135. 800. 801, Brinz, M. Vierteljahresſchr. Bd. 25 S. 190/91 und nunmehr Bekker, Syſt. II §. 95 Beil. I.]

14) Bd. III §. 376 Anm. 2 vgl. §. 412 Anm. 1. 2. §. 424 Nr. 1 („Nebengeſchäft"). Nr. 2 („nebengeſchäftlich"). §. 426 Anm. 5.

15) [Einen größeren Bereich meſſen Neuere dem modus bei, namentlich Ryck, Schuldverhältniſſe S. 218—21. Unter dieſer Größe leidet die Sicherheit der Grenzen, wie bei der Vorausſetzung. Vgl. auch Anm. 1 u. 3.]

15a) [Nach Pernice a. a. O. S. 150 ſind die in der Kaiſerzeit vorkommenden Stiftungen unter Lebenden (abzüglich der kaiſerlichen Alimentenſtiftungen) „von der donatio sub modo lediglich durch die Eigenſchaft des Empfängers als juriſtiſcher Perſon verſchieden". Jedoch iſt nach S. 156 ſolche Stiftung „ganz und gar in die Hände der Genoſſenſchaft gegeben ... ein Kläger iſt nicht vorhanden". — Beiläufig bemerkt ſind Pernice' Angaben (S. 164. 167. 171) über Brinz' Auffaſſung jener Alimentenſtiftungen (Berichte der bayer. Akademie 1887 S. 209—28) theils ungenau, theils unrichtig.]

16) [negotium mixtum cum donatione nimmt an Ryck a. a. O. S. 226.]

ung)[17]) eine Klage auf Erfüllung zu, und zwar dieselbe praescriptis v. actio, mit welcher auch bei ungenannten Realcontracten auf Erfüllung geklagt wird[18]). Wäre die Auflage zu Gunsten eines Dritten erfolgt, so steht eine Klage auf Erfüllung diesem Dritten, utiliter, als ob er selbst pactirt hätte, zu[19]). Hätte der Schenker dies oder das zwar in Form einer Auflage (ut inde Stichum sibi emeret), aber nicht im Sinne einer Voraussetzung (aliter non daturus), sondern als bloße Wohlmeinung (alias quoque donaturus), oder als den vermeintlich eigenen Wunsch des Empfängers ausgesprochen, so läge kein wahrer Modus, auch keine Klage, weder wegen Nichterfüllung noch auf Erfüllung vor[20]);

b. die Vergabung von Todeswegen: D. de condicionibus et dem. et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur (35, 1), und zwar

α. die Erbeinsetzung. Die dem Erben gemachten Auflagen müssen nicht immer Vermögenszuwendungen an Dritte, also nicht nothwendig Vermächtnisse enthalten, z. B. Auflage der Monumenterrichtung, der Kindererziehung an den einzigen Erben[21]). Eine Obligation, bei welcher der Haftung des obligatus die actio, exactio eines Gläubigers gegenüberstünde,

---

17) condictio c. d. c. n. s.: l. 1. l. 3 C. h. t. 8, 54 (55). l. 8 C. cond. ob caus. dat. 4, 6. [l. 5 §. 9 D. jure dot. 23, 3] — utilis in rem actio: l. 1. l. 3 C. citt. [Bd. II §. 303 Anm. 12—19. 37. 38. Zu l. 1 cit. s. auch Bd. II §. 216 Anm. 12. — Die Nichterfüllung eine Form des zur Rückforderung berechtigenden Undanks: l. 10 C. revoc. don. 8, 55 (56), Wendt S. 156 Anm. 5. S. auch noch Pernice a. a. O. S. 200. 201.]

18) l. 9. l. 22 C. don. 8, 53 (54). l. 3 in fin. C. contr. emt. 4, 38. [Bd. II §. 319 bes. Anm. 8. Kniep, Präscriptio und Pactum S. 85. Pernice a. a. O. S. 88 fg. Aus der l. 28 D. don. 39, 5, welche den Empfänger einer Vermögensschenkung mit der a. pr. verbis gut Befriedigung der Gläubiger verhält, darf man nach Scheurl, Nebenbestimmungen S. 257 nicht schließen, „daß die Schenkung eines Vermögensganzen den stillschweigenden Modus enthalte: ut is, cui donatur, creditoribus satisfaciat, oder daß überhaupt ein stillschweigender Modus denkbar sei". Dagegen Windscheid §. 98 Anm. 3 a. E.]

19) l. 3 C. h. t. 8, 54 (55). [Unten §. 585 Nr. 4.]

20) l. 2 §. 7 D. don. 39, 5. [Vgl. §. 556 Anm. 5 und l. 13 §. 2 D. don. i. v. e. u. 24, 1. Pernice a. a. O. S. 4. 5. 198.]

21) l. 7 D. ann. leg. 33, 1 — haec autem talia sunt etc. l. 1 §. 3 D. ubi pup. 27, 2. [Vgl. Pernice S. 68/69, ferner auch oben Bd. I §. 134 Anm. 15 fg. und wegen dieses letztwilligen Veräußerungsverbotes noch Pernice S. 61 Anm. 5.]

iſt hier nicht denkbar; allein um deswillen ſoll der letzte Wille nicht unerfüllt, die Erbſchaft nicht unbeſchwert beim Erben bleiben[22]); an die Stelle des Gläubigers tritt die Gerichtsobrigkeit mit ihrer Execution zu directer Erzwingung der Auflage[23]), oder aber jeder Dritte, den der Erbe mit Erbſchaftsklagen belangen will, indem jenem aus der Nichterfüllung der Auflage eine dilatoriſche Einrede erwächſt[24]) — überall vorausgeſetzt, daß ein wirklicher Modus gemeint iſt[25]).

β. Auch die auf ein Vermächtniß gelegte Auflage (Cod. de his quae sub modo leg. vel fidc. relinq. 6, 45) braucht nicht abermals Vermächtniß[26]), braucht auch nicht immer ernſtlich als ſolche gemeint zu ſein[27]). Iſt ſie wahrer Modus, ohne Vermächtniß zu ſein, ſo gibt es wiederum keinen Gläubiger; ſtatt deſſen tritt hier als Executor des letzten Willens vornehmlich der Erbe ein, der nicht nur wegen Nichterfüllung condiciren kann[28]), ſondern anders als gegen Caution für Er-

---

22) — neque enim debet circumveniri testantium voluntas — l. 92 D. h. t. 35, 1, alſo extraordinärer Emancipationszwang: [Bd. I §. 48 Anm. 8. S. Hartmann-Ubbelohde, Röm. Gerichtsverfaſſung §. 41 Anm. 43 cf. 41.]

23) l. 7 cit. cf. l. 50 §. 1 D. her. pet. 5, 3. [Bd. III §. 376 Anm. 6—10,] ferner S. 1106 fg. der 1. Aufl. [und oben Bd. III §. 450 II Nr. 2. §. 451 Anm. 14 a. E.]

24) l. 1 §. 3 cit. vgl. Savigny, Syſt. III §. 129, b. — [Oder der Miterbe im familiae erciscundae iudicium: l. 18 §. 2 D. fam. erc. 10, 2. l. 7 cit. vv. „aliter atque si coherede tibi dato etc.“ Hiegegen Pernice a. a. O. S. 39 Anm. 2.]

25) l. 1 §. 3 cit. — quod ita demum placuit, si idcirco sit relictum: ceterum si esset relicturus, etiamsi educationem recusaturum sciret —. [Vgl. Anm. 20. Auch darf der modus nicht den Pflichttheil beſchränken: Bd. III §. 405 Anm. 18. 36. 37. Wegen der Collation als geſetzlichen Modus ſ. Bd. III S. 205/6. §. 410 Anm. 1. 6. 7.]

26) z. B. l. 71 pr. §. 1. l. 92 D. condit. 35, 1. l. 21 §. 3 D. ann. leg. 33, 1. [l. 6 eod. Bd. III §. 415 Anm. 20. §. 446 S. 546—50. Hierin iſt keineswegs, wie Pernice a. a. O. S. 56 Anm. 4 meint, ein „Angriff“ gegen Labeo I S. 254 fg. enthalten.]

27) l. 71 pr. cit.

28) l. 21 §. 3 D. ann. leg. 33, 1. l. 17 D. usu 33, 2. [In Bd. II §. 303 sub 1, b wird dieſer Condictionsfall nicht eigens angeführt. Rück a. a. O. S. 223 fg. ſtellt die condictio für das Vermächtniß sub modo in Abrede; in den ll. citt. ſoll die Entſcheidung „auf einer eventuellen Anordnung der Rückgabe oder eventuellen Entziehung des Vermächtniſſes“ beruhen. Aehnlich Pernice a. a. O. S. 35. 47. 291. Ausführlich über dieſe Condictionsfrage Hartmann, Vermächtniſſe S. 51—54.]

füllung des Modus gar nicht zu zahlen braucht[29]), und so denn auch wegen cautionslosen Ueberganges condiciren kann[30]). Aber auch unmittelbarer Gerichtszwang ist möglich, nicht blos als Aufforderung zur Erfüllung mit dem Präjudize der Klagengewährung[31]), sondern auch als directer Erfüllungszwang, wenn von einer Erfüllung anders als in natura keine Rede sein kann[32]). Endlich gibt die Nichterfüllung des Modus noch einen Indignitätsgrund ab im Falle der l. 25 in fin. C. legat. 6, 37[33]).

2. Weitere einschränkende Nebengeschäfte sind die Exceptionen, Receptionen, Deductionen, insoferne sie nicht etwa bloße Bestandtheile der demonstratio des Gegenstandes sind, beigefügt zur Einschränkung namentlich von Collectivbezeichnungen[34]), sondern die Bestellung von jura in re in Verbindung mit Eigenthumsübertragungen enthalten[35]).

§. 558.

Erweiternde, unterstützende Nebengeschäfte.

II. Erweiternde Nebengeschäfte bei Geschäften unter Lebenden sind

---

29) l. 40 §. 5. l. 71 pr. §. 1 cf. §. 2. l. 80 D. cond. 35, 1. [Zu l. 71 pr. cit. s. Scheurl, Nebenbestimmungen S. 250. 251. Pernice S. 37. 38.]

30) l. 17 D. usu 33, 2 — invitis heredibus possessione adprehensa — cf. Bd. I §. 193 Anm. 11. 12. [Bd. II §. 300 Anm. 21.]

31) l. 21 §. 3 cit. [S. auch Bd. III §. 436 Anm. 3—5.]

32) si cui legatum fuerit relictum, isque rogatus sit liberos suos emancipare — l. 92 D. cond. 35, 1 (Anm. 22) cf. l. 44 D. manum. test. 40, 4. [Vgl. auch nochmals Bd. III §. 376 Anm. 6—10 sowie Bd. II §. 321a Anm. 17. 18.]

33) si legatarius, cui propter tutelam gerendam aliquid derelictum sit, non subierit tutelam, ei quidem legatum aufertur, pupillo autem adsignatur —. [Vgl. Bd. III §. 396 Anm. 26. Pernice S. 65 fg. S. 70 fg.] — Bei dem Modus, der testamentarischen Freilassungen beigefügt war, ging nur obrigkeitlicher Erfüllungszwang an, vgl. l. 17 §. 1. l. 44 D. manum. test. 40, 4. [Pernice S. 42 Anm. 3. 4.]

34) z. B. l. 36 pr. D. leg. I. l. 41 §. ult. D. leg. III. l. 4 §. 6 D. penu leg. 33, 9. Bd. II §. 325a bei Anm. 2. S. 703 Z. 7 v. o. und bei Anm. 18. [l. 43 D. pact. 2, 14. l. 29. l. 76 pr. D. c. e. 18, 1.]

35) Bd. I §. 197 Anm. 4. 6. 7. [§. 195 Anm. 12. 15. Bd. II §. 325 Anm. 25. §. 325a Anm. 19—21. Voigt, XII Tafeln I S. 148—51. („Deduktive" und „exceptive" Uebertragung: Bekker, Syst. I §. 34 p). — S. ferner oben §. 551 vor Anm. 12 und §. 552 Anm. 13. 18. Bd. II §. 296 Anm. 29. §. 325a Anm. 50 fg. Pactum ne distrahatur pignus: Bd. II S. 872.]

das Zinsgeding bei Contracten, wo das Zinsverſprechen nicht etwa wie bei Pacht und Miethe, oder beim alten foenus mit zu den Eſſentialien des Geſchäftes gehört, ſondern nur zur beſonderen Vergütung für gewährten Credit oder Geldnutzungen dient, wie z. B. beim Darlehen nach heutigem Recht[1]), beim depositum irregulare[2]), beim Kauf für den geſtundeten Kaufſchilling[3]), und überhaupt l. 7 §. 5 D. pact. 2, 14[4]); —

das pactum antichreticum bei der Verpfändung[5]); —

das pactum dotale bei der dotis constitutio, inſofern durch dasſelbe dem Mann für gewiſſe Fälle auch noch der Erwerb der dos nach der Ehe (lucrum dotis) zugeſichert wird[6]). Freilich pflegt man den Heimfall an die Frau als naturalen aus alten, ausdrücklichen Gedingen hervorgegangenen Geſchäftsinhalt zu erklären[7]); allein einerſeits reichen alle jene angeblichen Gedinge (fiducia, cautiones uxoriae, stipulationes) nicht aus, dieſen Heimfall in ſeiner Eigenthümlichkeit zu erklären[8]); anderſeits bedarf gerade dieſe Wirkung dieſer Herleitung nicht, da ſie die bloße Conſequenz des vom Augenblick der dotis constitutio beſtehenden Dotaleigenthums der Frau iſt[9]); —

bei letztwilligen Geſchäften und zwar bei Teſtamenten iſt jedenfalls die Erbeinſetzung als Hauptgeſchäft[10]) und

1) Bd. II §. 296 Anm. 21 fg.

2) Bd. II §. 317 Anm. 13 g. E. l. 24 in f. D. dep. 16, 3 („lex contractus"); [neue Bewältigung dieſer Stelle bei Riemeyer, Depoſitum irregulare S. 30–40.]

3) Bd. II S. 711 unten [und §. 244 Anm. 19 a. E.]

4) ſ. auch Bd. II §. 308 Anm. 1 fg. [§. 325a Anm. 50–58 (und S. 712 oben). §. 298 Anm. 16. 33. §. 352 Anm. 25 und S. 180 Z. 4 v. o.]

5) Bd. II §. 354 Anm. 6 — zu unterſcheiden von der Antichreſe, die „nicht bloßes Nebengeding, ſondern ſelbſtändiger Vertrag" iſt: ebenda Anm. 2.

6) vgl. Bd. III §. 487, 1, c. §. 483 S. 741 oben [cf. §. 476 Anm. 4–6.]

7) J. Chr. Haſſe, das Güterrecht der Ehegatten §§. 59. 62. Bechmann, Dotalrecht §. 19 (I S. 70 fg.).

8) Czyhlarz, Dotalrecht §. 8 (S. 38 fg.).

9) Bd. III §. 476 (S. 707). §. 478. — [Eine dieſer und der folgenden Gruppe angehörige, die Schenkung oder die letztwillige Dispoſition begleitende Nebenverfügung ſ. in Bd. III S. 653 sub b: ſie beſeitigt das adventiciſche Recht des Gewalthabers und iſt daher „erweiternd" in Anſehung des vom Hauptgeſchäft Bedachten.]

10) Bd. III §. 372 Anm. 1.

das Vermächtniß als Nebengeschäft zu denken[11]). Insofern in diesem die weitere Ausführung dessen, quod quis post mortem suam fieri velit, enthalten ist, kann man es auch als erweiterndes Nebengeschäft bezeichnen; insofern es dagegen seinem allgemeinen Wesen nach ein Modus der Erbeinsetzung ist (§. 557 Anm. 14), hat es die Bedeutung eines einschränkenden Nebengeschäftes; in Intestatcodicillen beschränkt es die Belassung der Intestaterbfolge; — die Substitutionen sind selbst Hauptgeschäfte, wenngleich bedingte[12]), enthalten also eine Geschäftscumulirung, keine Geschäftserweiterung; — auch die Exheredation, weil sie sein muß, ist kein bloßes Nebengeschäft, sondern ein unter Umständen gebotener, unterstützender Bestandtheil des Hauptgeschäftes selbst[13]); — dagegen ist tutoris datio ein Nebengeschäft[14]), in welchem die letzte testamentarische Willensordnung über die Grenzen ihres nothwendigen Inhaltes hinaus erweitert wird; — ähnlich die Ernennung der (den Vormündern ohnedies verwandten) Testamentsexecutoren[15]); — die clausula codicillaris endlich wird man auch als ein Nebengeschäft, aber als ein unterstützendes (cautelarisches) bezeichnen müssen[16]). Alle diese vielfältigen, im Testament zusammengefaßten Geschäfte sind mortis causa, und ist es bemerkenswerth, wie demnach für die letztwilligen Geschäfte, und nur für sie, ein „Universalgeschäft", eben im Testament, besteht, und wie, wenn die Codicille (und m. c. donatio) nicht wären, alle letztwilligen Geschäfte stets in diesem Einen beisammen sein müßten[17]).

Wie die Nebenbestimmungen sind auch alle bisher erwähnten Nebengeschäfte die Bestandtheile Eines Geschäftes, ein Abbruch nur an der Einfachheit, nicht an der Einheit der Handlung. Erst die Möglichkeit von Nebengeschäften, welche sich

11) Bd. III §. 429, I, 1. II, 1.
12) Bd. III §§. 373. 374.
13) Bd. III §. 376 Nr. 1.
14) Bd. III §. 506 Anm. 7. §. 376 Nr. 3.
15) Bd. III §. 376 Anm. 12. §. 448 Anm. 20.
16) Bd. III S. 96. §. 379.
17) Ihering, Geist des röm. Rechts III §. 53 al. nach Anm. 182 (2te Aufl. S. 145 fg. 154).

als spätere Nachträge, Zusätze eines früheren Geschäftes darstellen (testamentarische Codicille, pacta ex intervallo subsecuta[18]), bricht auch mit der Einheit des Geschäftes[19]).

Die causa. Bewegliche und unbewegliche Geschäfte.

§. 559.

Wenn es gleich Geschäfte gibt, und besonders im römischen Rechte Geschäfte gab, deren rechtliches Dasein lediglich auf der Thatsache des Willens beruhte, mithin von dem Grunde des Wollens unabhängig war (Formalgeschäfte)[1]), so ist doch für den Gedanken keines ohne einen Grund da, deswegen weil kein Wollen ohne Grund denkbar ist[2]). Was namentlich die Vermögensgeschäfte anlangt, so ist keines ohne einen der Gründe denkbar, ohne welche keine absichtliche Vermögensänderung gedacht werden kann. Diese Gründe sind die causa credendi, solvendi, donandi[3]); ihnen ordnet sich jeder scheinbar neue Grund, die dotis causa als eine donandi[4]), die transactionis und conditionis implendae causa als eine credendi causa unter; hier gibt man im Vertrauen, damit des Streites ledig, oder der letztwilligen Zuwendung habhaft zu werden. Freilich wird dadurch der Begriff des credere weit; allein er ist auch weit;

18) l. 7 §. 5. §. 6 D. pact. 2, 14. l. 72 pr. D. c. e. 18, 1. l. 44 §. 2 D. o. e. a. 44, 7. cf. l. 21 §. 1 D. qui test. 28, 1. — [Bd. II §. 248 Anm. 21. 22. Bechmann, Kauf II S. 656 fg.]

19) vgl. Jhering a. a. O. III §. 53 al. nach Anm. 186a (S. 153 der 2. Aufl.) und bei Anm. 187a fg. (S. 155 daselbst).

1) §. 534 Nr. 2. Bd. II §. 224 bei Anm. 6. §. 226. §. 248 Nr. 3. §. 310 im Anf. und S. 568/69; vgl. §. 295.

2) [vgl. Bd. I §. 150 Anm. 15. Bd. II §. 226 Anm. 2. Bekker, Syst. II §. 100, t.]

3) [Bd. I §. 150 Anm. 16. 17 und nach Anm. 24. Bd. II §. 282 Anm. 49, vgl. Bd. III §. 443 bei Anm. 4.]

4) Bd. III §. 476 Anm. 9—13. [§. 478 sub a. §. 482 Anm. 54. 55, sowie oben §. 534 Anm. 6 fg. Gleichwohl: die dotis causa gehört zur dotis constitutio und die dotis constitutio ist ein mit dem Mann abgeschlossenes Geschäft. Die diesem damit gemachte Leistung (datio, promissio dotis causa) ist nicht unentgeltlich: l. 19 D. o. e. a. 44. 7. l. 8 §. 13 D. quib. mod. pign. 20, 6 l. 25 §. 1 in f. D. quae in fr. cred. 42, 8 (wegen der onera matrimonii). Die Frage nach Lucrirung und Liberalität, also Schenkung wird im Hinblick auf die Frau gestellt. Die donandi causa kann daher nur außerhalb der dotis constitutio stehen und nicht die dotis causa umfassen. Hiermit ist l. 33 D. jur. dot. 23 wohl vereinbar.]

von dem engen und strengen der pecunia credita[5]) wird ein sehr weiter unterschieden[6]).

Was für einen Grund ein jegliches Geschäft habe, das tritt, von weiteren Absichten und äußeren Anlässen abgesehen, bei vielen schon in deren wesentlichem Inhalte zu Tage[7]). So enthalten sämmtliche Familiengeschäfte, z. B. Ehe, Adoption, Emancipation in ihrem Inhalte zugleich ihre causa. Von einem Theil der Vermögensgeschäfte, nämlich von den Consensual- und Realcontracten gilt dasselbe[8]). Ein einseitiges oder gegenseitiges Vertrauen (credere) auf eine Rückgabe oder Gegenleistung liegt ihnen allen zu Grunde, ist in ihren Begriff und Inhalt selbst mit aufgenommen. Dagegen lassen die Formalgeschäfte (heutigen Tages also noch der Wechsel, der Schuldschein und die Quittung)[9]) und die noch übrigen Causalgeschäfte (der Tradition, des einseitigen Versprechens, der Cession, heutigen Tages auch der Delegation und Expromission, ferner des Schulderlasses und sonstiger Verzichte) nicht schon aus ihrem Inhalte auf ihren Grund schließen. Daraus z. B. daß Je-

---

5) Gai. III, 124. Isid. Etym. V, 25, 14.

6) l. 1 D. r. cr. 12, 1. Gai. IV, 70. §. 41 J. rer. div. 2, 1. l. 24 §. 2 D. reb. auct. 42, 5. S. dagegen Windscheid §. 98 Anm. 1. Arndts §. 80 Anm. 2. Unger, österr. Privatrecht §. 95 Anm. 25. [Anderweitige Opposition bei Lotmar, Causa S. 75. 76. 79—81 vgl. S. 54—56. 61 fg., hauptsächlich auf Grund der Annahme, daß es unrömisch ist „die Vermögensgeschäfte", also alle zu einem der obgenannten „Gründe" in Bezug zu setzen; vgl. Anm. 21 g. E. — S. auch die Entwicklung des Novationszweckes (novandi causa) in Bd. II §. 282 Anm. 18—24, welcher danach in der obigen Dreitheilung keine Unterkunft findet; ferner daselbst Anm. 37—39 („schenkungs-, kreditirungs- oder auch nur vertretungshalber stipuliren ließ"). — Gegen die Dreitheilung, als unvollständig, neuerdings auch Ryck, Schuldverhältnisse S. 305 fg. Dernburg I §. 95 Anm. 3. Wendt S. 89. 90. Für dieselbe gewissermaßen Bekker, Syst. II §. 100 p. Zweitheilung (Schenkungs- und Aequivalenterwerbungszweck) bei Schloßmann, Causa obl. Verträge S. 37. 38 und Lenel, Arch. f. civ. Prax. Bd. 74 S. 230—34.]

7) Zu der obigen Distinction s. auch §. 534 S. 88. 89 und Bd. II §. 248 Nr. 3 u. 6. — Mit diesem Absatz übereinstimmend Karlowa, Rechtsgeschäft S. 164. 165 oben. 279 al. 3. Wendt S. 94.]

8) aber auch von den speciell nach ihrer causa genannten Geschäften der Zahlung ꝛc. (S. 243 Z. 6 v. o.); [vgl. Bd. II §. 248 Anm. 49 am Ende.]

9) Bd. II §. 224 nach Anm. 6. §. 248 Anm. 33. §. 311. — §. 291 Anm. 9.

mand Eigenthum überträgt, erhellt noch nicht, warum er es thut[10]).

Merkwürdigerweiſe trifft es ſich, daß diejenigen Geſchäfte, welche ihren Grund nicht in ihrem Inhalte — nicht in, ſondern außer ſich haben[11]), alle die Gründe haben können, aus deren je einem jede geſchäftliche Vermögensveränderung erfolgen muß (causam donandi, credendi, solvendi)[12]). Jede Tradition, Stipulatio ꝛc. kann ſchenkungs-, oder zahlungs- oder credithalber erfolgen[13]). Genauer betrachtet iſt dieſe Erſcheinung nur natürlich. Denn da von dieſen Geſchäften ein jedes eine Vermögenszuwendung enthält (Addition eines Plus oder Subtraction eines Minus)[14]), und auch die Creditirung, Zahlung und Schenkung ohne Vermögenszuwendung nicht gedacht werden kann, ſo läßt es ſich wohl denken, daß zwiſchen jener Geſchäftsgruppe einer-, und dieſen causae[15]) anderſeits eine Wahlverwandtſchaft beſtehen muß, daß jedes dieſer Geſchäfte jeder dieſer causae zugänglich iſt[16]).

10) [Man kann auch ſagen: daraus, daß Jemand kauft, erhellt noch nicht, warum er es thut. Das Vertrauen nämlich auf die Gegenleiſtung (credere) iſt, wie oben geſagt, im Kaufen enthalten, kann daher nicht der Grund dieſer Handlung („Kontraktsgrund" Bd. II §. 226. §. 248 nach Anm. 31) ſein.]

11) Ueber dieſen Unterſchied ſcheint ſich wie über etwas neues Trendelenburg in der von Thibaut, Verſuche S. 222 Anm. 1 excerpirten Schrift geäußert zu haben.

12) [vgl. oben §. 534 nach Anm. 1.]

13) [vgl. Bd. I S. 582 („Zahlungs-, Creditirungs-, Schenkungszweck") und Bd. II S. 534. 535 („datio zu dem Zwecke"). Man kann oder muß daher wohl jene Tradition, Stipulation Mittel zum Zwecke (nämlich der Schenkung u. ſ. w.) nennen. S. aber Bd. II §. 248 bei Anm. 5 und dazu andererſeits Lotmar, Cauſa S. 26—43, wo das Zweckverhältniß als quellenmäßig erwieſen werden ſoll. In der Literatur wird bei den fraglichen Thatbeſtänden oft mit dieſem Verhältniß operirt, z. B. Schloßmann, zur Lehre von der causa oblig. Verträge S. 31 fg., Eiſele, M. Vierteljahresſchr. Bd. 20 S. 22 unten, Karlowa, Rechtsgeſchäft S. 172. 173 u. a., Cohen, Schenkung von Todeswegen §§. 36. 37, Zitelmann, Irrtum S. 275, Nyck, Schuldverhältniſſe S. 349, Schey, Obligationsverhältniſſe des öſterr. Privatrechts I S. 9 Anm. 33.]

14) [Ausführlich über „die Zuwendungen" Bekker, Syſtem II §§. 100. 101, insbeſondere über den Umfang des Begriffs S. 145. 146. 150, B.]

15) d. h. nach causa (nicht nach Effect) genannten Vermögensgeſchäften.

16) [Wenn man dann die Eigenthumstradition credendi causa (mutuum) als „zuſammengeſetztes Geſchäft" gelten läßt, ſo ſollte man das auch der Eigenthumstradition donandi causa nicht verſagen (vgl. die „Spaltung des Gebens und Schenkens" oben S. 125 Z. 2 und das „Stück des Ge-

Indessen nimmt die causa nicht in allen diesen Geschäften dieselbe Stellung ein. In der einen Hälfte derselben, nämlich in den Formalgeschäften, dient sie blos zur wirthschaftlichen Charakterisirung des jeweiligen Geschäftes. Es hängt von seiner causa ab, ob ein Wechsel eine Schenkung, oder eine Zahlung, oder einen Credit bedeute; sein rechtliches Dasein aber, und damit auch seine rechtliche Individualität ist von ihr unabhängig[17]). Bei der anderen Hälfte dagegen gehört die causa mit zur rechtlichen Existenz, nicht blos zur wirthschaftlichen Charakterisirung. Die Tradition ist ohne causa auch rechtlich unmöglich[18]); es gibt kein Geschäft, das blos Tradi-

schäftes" Bd. II S. 535 Z. 3), und ferner, wegen der obigen Gleichstellung der Stipulation mit der Tradition, auch nicht der stipulatio donandi causa — im Gegensatz zu Bd. II §. 248 Anm. 10 und (was die Tradition anlangt) zu dem unten nach Anm. 18 Folgenden (vv. „Verbindung" und „Geschäft, in welchem sowohl sie als die causa bloßer Bestandtheil ist"). S. auch die Stipulation als „eingelegtes Stück des Einen Geschäftes (der Delegation)" in Bd. II §. 282 Anm. 45 sowie überhaupt unten §. 578 sub 3. Weiter gehende Adoption des „zusammengesetzten Rechtsgeschäfts" bei Zitelmann a. a. O. und bei Karlowa a. a. O. S. 165 Z. 7 fg. S. 167 Anm. Z. 10. 11. S. 172. 173, obwohl hier das Wesen jenes Geschäfts nach der Kritik S. 171 nicht ganz verstanden zu sein scheint. Was Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 506—10 gegen das „zusammengesetzte Geschäft" vorbringt, besteht theils (S. 506) nur aus Skrupeln, die sich von selbst legen, wenn die „Thatsache" recht gewürdigt wird, welche nach S. 506/7 „nicht zu bezweifeln" ist; theils aus Einwänden (S. 509. 510), die gehoben werden können. Denn gegenüber einer nicht erdachten, sondern den römischen Quellen entnommenen Construction verwickelter Vorgänge kann man doch nicht von Unwahrscheinlichkeit reden. Sodann sei es „keineswegs nöthig, wie Lotmar voraussetzt, daß die reale Wirkung, mit der zusammen der Wille die Endwirkung hervorruft, durch Rechtsgeschäft begründet werde". Allein bei der Aufstellung der Kategorie des zusammengesetzten Geschäfts mußten natürlich die Fälle bei Seite gelassen werden, welche das Phänomen nicht darbieten. Daß z. B. bei solutio oder mutuum auch ohne Tradition etwa durch Usucapion der Eigenthumserwerb des Gläubigers oder Schuldners zu Stande kommen kann, thut jener Kategorie keinerlei Abbruch; handelt sichs doch bei derselben nicht um Unterbringung aller als mutuum oder solutio wirkenden Thatbestände, da für die Classification nicht die Wirkung, sondern der Bau des Thatbestandes entscheidend ist, s. z. B. Causa S. 20. Außerdem daß die einwandweise angeführten Fälle für die Classification nicht in Betracht kommen, sind sie auch nicht Normalfälle von mutuum und solutio; vgl. Bd. II §. 303 Anm. 41 und Brinz, M. Vierteljahresschr. Bd. 25 S. 196/97 („im Nothfall").]

17) [Gewisse Abhängigkeit des rechtlichen Daseins der stipulatio Bd. II §. 226 Anm. 6—7. §. 303 Anm. 40 (und danach der ganze §.). Bd. III §. 472 Anm. 7. Vgl. auch Lotmar a. a. O. S. 49 und Kindel, das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund S. 24—38.]

18) oben §. 534 Anm. 13 fg. [Bd. I §. 150 Anm. 15 fg. Aber die

tion wäre; erſt in Verbindung mit einer causa wird die Tradition zum Geſchäft, zu einem Geſchäft, in welchem ſowohl ſie als die causa bloßer Beſtandtheil iſt, das von der causa zwar ſeinen Namen (Schenkung, Zahlung, Darlehen oder überhaupt Creditgebung), aber nur von beidem zuſammen ſein concretes Daſein hat. Und wie mit der Tradition verhält es ſich u. E. mit allen übrigen nicht formalen[19]), jedweder causa zugänglichen Vermögenszuwendungen. Es iſt kein Grund, unſer formloſes Verſprechen, Erlaſſen, Verzichten, Cediren, vor der Tradition zu bevorzugen und von der causa zu dispenſiren, wenn ſie rechtlich exiſtente Geſchäfte ſein wollen. Dasſelbe gilt aber auch von Delegationen und Expromiſſionen, wenn ſie, was heute möglich iſt, durch formloſe Verſprechungen vermittelt werden. Inſofern zählen auch ſie zu den Cauſalgeſchäften.

Die Schenkung, Zahlung, Creditgebung[20]) ſind nach all dem zwar Geſchäfte, concrete Geſchäfte, allein ſie ſind *bewegliche* Geſchäfte, indem ſie nicht auf eine gewiſſe Species von Vermögenszuwendungen fixirt ſind, ſondern in allen möglichen formalen und formloſen Arten der Vermögenszuwendung erfolgen können[21]).

Rechtswirkung der Tradition (Uebereignung) iſt möglich, auch ohne daß ihre causa (z. B. solvendi oder donandi) erreicht wird: Bd. I S. 583/84. Bd. II S. 541/42. S. 534. 535, unten §. 560 Anm. 37. 39.]

19) [Allein auch von der Stipulation iſt zu ſagen: „es gibt kein Geſchäft, das blos Stipulation wäre" — und das Nämliche gilt von den andern „Formalgeſchäften" der Anm. 1. Lotmar, Cauſa S. 45 (zweite Hälfte), 46.]

20) [vgl. Brinz, M. Vierteljahresſchr. Bd. 25 S. 197 in med. Oben Bd. III §. 446 Anm. 2 kommt auch die Stiftung im activen Sinne des Wortes, als bei Lebzeiten des Stifters perficirte Zweckvermögensbegründung zu den beweglichen Geſchäften. Vgl. ferner Bd. II §. 283 Anm. 3: „der Begriff der Transaktion war unabhängig von den Mitteln, durch welche ſie realiſirt wurde". Bd. I §. 111 nach Anm. 33 und dieſe ſelbſt.]

21) [Die hier bezeichnete „Beweglichkeit" von Geſchäften iſt — trotz des Hinweiſes auf die vorliegende Stelle in Bd. II §. 248 Anm. 51 im Eingang — verſchieden von der in §. 248 Nr. 6 geſchilderten „Beweglichkeit" mancher Kontrakte. Denn die vorliegende iſt eine Eigenſchaft von Zahlung, Schenkung und Creditgebung und ſagt von denſelben, daß ſie ſich in verſchiedenen Vermögenszuwendungen bewegen können. Die dortige iſt eine Eigenſchaft der Formalkontrakte und ſagt von ihnen, daß ſie ſich in verſchiedenen causis (der Zahlung, Schenkung, Creditirung) bewegen können. (Die Eigenſchaft verſchiedenen causis zugänglich zu ſein führt oben §. 534

Dies gilt namentlich auch von der Zahlung, wenn man sie nur nicht in dem engeren Sinne der solutio, sondern in dem weitern der Befriedigung (Satisfaction) faßt[22]).

Daß der Schulderlaß nicht nur Schenkung[23]), sondern auch Zahlung und Creditgebung sein könne, erhellt aus l. 4 D. qui pot. 20, 4 cf. l. 76 D. v. s. 50, 16[24]), und aus l. 15 D. reb. cred. 12, 1[25]).

---

zu „General- oder Gattungsgeschäften" z. B. promissio). Mehr der dortigen Auffassung entspricht wiederum der Schlußsatz des vorliegenden §., insofern er seine Aussage nicht von der Schenkung u. s. w., sondern vom Schulderlaß macht. — Was dort (§. 248 Anm. 51) gegen Lotmars Unterscheidung selbständiger und unselbständiger Geschäfte (Causa S. 44 fg. 52. 75) eingewandt ist, betrifft theils das Zweckverhältniß: hierüber oben Anm. 13; theils die Verwendung der Ausdrücke „selbständig" und „unselbständig". Allein wenn z. B. die stipulatio fürs Recht nie allein steht, sondern immer als Stück eines Ganzen vorkommt, und gewissermaßen ohne causa nicht bestehen kann (oben Anm. 17. 19), so darf sie doch wohl „unselbständig" genannt werden. Vgl. Schloßmann a. a. O. S. 76 (mit Bezug auf die Stipulation): „eines in Wirklichkeit unselbständigen Theils eines Vertrages". — Zu den „Geschäften dagegen, welche nur mit und in ihrer causa stehen", würden die Römer „emtio venditio" nicht rechnen (vgl. oben Anm. 6. 10); denn nirgends messen sie derselben eine und eine bleibende „causa" bei (wie die Neueren in der causa credendi). Von den mancherlei causis, aus oder zu welchen emtio venditio abgeschlossen wird, nimmt das Recht regelmäßig keine Notiz (vgl. oben §. 556 Anm. 2. 3), so daß dieses Geschäft, weil für das Recht nicht nur als Stück vorkommend und in Ansehung seiner causae, als „selbständig" bezeichnet werden darf, im Gegensatz z. B. zu traditio und stipulatio.]

22) Bd. II §. 289 Absatz 1 u. 2. §. 351 bei Anm. 21. §. 355 Anm. 2 fg.

23) Bd. II §. 291 Anm. 1.

24) vgl. Römer, Leistung an Zahlungsstatt S. 34.

25) vgl. l. 34 pr. D. mand. 17, 1 und zu beiden Stellen Bd. II §. 296 Anm. 14 [und Brinz, M. Vierteljahresschr. Bd. 25 S. 199—201. — Reine und unreine Anklänge an die obige Unterscheidung der Geschäfte in bewegliche und unbewegliche und die obige Auffassung des Verhältnisses von Geschäft und causa bei Ihering, Geist des römischen Rechts III §. 55 al. nach Anm. 262 und al. vor Anm. 265a; Fitting, Arch. f. civ. Prax. Bd. 52 S. 389—406 („specifisch juristischer" und „wirthschaftlicher Charakter" der Geschäfte); Hofmann, Titulus und Modus S. 81—90 (wo jedoch die Quellen hinter der Denknothwendigkeit verschwinden); Buhl, Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrage S. 1—10; Karlowa, Rechtsgeschäft S. 175. 177; Pfaff und Hofmann bei Arndts §. 74 Nr. I (seit der 13. Aufl.).]

§. 560.

Die Schenkung.

D. de donationibus 39, 5.
J. eod. 2, 7.
C. eod. 8, 53 (54).

Die Schenkung iſt keine bloße Charakteriſirung irgend welcher anderer Geſchäfte[1]), ſondern ſelbſt Geſchäft, und zwar ſtets ein concretes Geſchäft, ſo gut wie Kauf, Miethe, Commodat u. ſ. f.[2]). Es gibt nur concrete Geſchäfte[3]). Wir haben zwar die Mancipation, Tradition, Stipulation ꝛc. einmal General- oder Gattungsgeſchäfte genannt[4]), aber nur inſofern, als ſie aus verſchiedenen causis platzgreifen, nicht als ob ſie anders denn als Individuen exiſtiren könnten. Als ein beweglicheſ Geſchäft aber läßt ſich die Schenkung immerhin bezeichnen, deswegen weil ſie (gleich der von ihr abgezweigten dotis constitutio)[5]) in allen Arten und Formen der Vermögenszuwendung erfolgen kann[6]). — Anderſeits ſind die ſonſt mannigfaltigſten Geſchäftsformen, inſofern ihnen causa donandi innewohnt, um der gemeinen causa willen Ein und dasſelbe Geſchäft, darum gemeinſamen Regeln, und zwar weil ſie Schenkung, alſo wirthſchaftlich betrachtet ein unwirthſchaftliches Geſchäft ſind[7]), der Ungunſt des Rechtes ausgeſetzt; nämlich

1) Savigny, Syſtem IV S. 3. [Vgl. Wächter II S. 432: donatio im weitern Sinne nicht ein beſonderes Rechtsgeſchäft, ſondern allgemeiner Charakter der Liberalität.]

2) Windſcheid II §. 365 Anm. 18, [vgl. auch Lotmar, Cauſa S. 144. 145 und Hölder, Pand. §. 55 Anm. 1.]

3) [Damit ſind nicht (wie Hofmann, Titulus und Modus S. 81 glaubt) die Geſchäftstypen oder abſtracten Geſchäfte (oben §. 522 Anm. 8 und 9) beſtritten, da es ſonſt nicht ſofort von Geſchäften, z. B. der Tradition, heißen könnte, daß ſie aus verſchiedenen causis Platz greifen können. Denn Solches kann doch nicht vom concreten oder realiſirten Exemplar ausgeſagt werden. Concret iſt alſo hier wie unten (letzter Abſatz) mit „einzeln“ gleichbedeutend.]

4) oben S. 88. 90 unten. Vgl. §. 559 Anm. 21.

5) oben §. 559 Anm. 4 und Bd. III §. 482, I.

6) §. 559 bei Anm. 21. — Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen nach römiſchem Recht Bd. I. 1835. §. 2 Nr. 7—11. Savigny, Syſtem IV §§. 155—58. — [S. auch oben Bd. I §. 205 Anm. 3. Bd. II §. 261 Anm. 9—11 vgl. S. 231 oben. §. 291 Anm. 1.]

7) [vgl. Bd. III §. 498 Anm. 7 u. 33, ſowie §. 461 Anm. 23.]

der Widerruflichkeit (wegen Undanks)[8]; wegen Fraudation der Gläubiger auch ohne fraus des Erwerbers (Bd. II §. 345 Anm. 19. 22); zwischen Ehegatten (Bd. III §. 493 Nr. 5. §. 494)[9], und dem Erforderniß der Publicität bei gewisser Größe (unten §. 565).

Diese Maßregelung alles dessen, was Schenkung ist, führte (wie das SC. Vellejanum bei der Intercession Bd. II §§. 261—63) zur Einengung des Schenkungsbegriffes; die Vermögenszuwendung muß nicht nur den Einen reicher, sondern auch den Andern ärmer machen[10], wiewohl der Volksmund auch da, wo nicht beides zusammentrifft, noch von Schenkung spricht[11]. Daß ich in Folge fremder Liberalität keinen Aufwand mache, macht mich das eine Mal reicher[12], das andere Mal nicht[13]. Zu sagen, daß das Eine Mal Ausgaben gemeint seien, die ich ohne die Freigebigkeit des Dritten selbst hätte machen müssen, das andere Mal das Gegentheil, geht nicht an[14]. Wo ich nicht nur nichts bekomme, sondern auch nichts erspare, kann an Schenkung gar nicht gedacht werden. Wo ich zwar nichts bekomme, mir aber etwas erspart wird, mag an Schenkung gedacht werden[15]; aber nur an Schenkung weiteren Sinnes. Erst wo mir nebstdem daß ich bekomme (habitationem) erspart wird (pensio), ist donatio engeren S. da[16]. In l. 18 D. don.

8) l. 10 C. revoc. don. 8, 55 (56), [vgl. Bd. III §. 471 Anm. 62, überhaupt: Bothmer, Arch. f. civ. Prax. Bd. 61 S. 335—70. Pollack, der Schenkungswiderruf S. 17—83 (röm. und gem. Recht).— Wegen der Rescission inofficioser Schenkungen s. Bd. III §. 405 Anm. 41 fg.]

9) s. auch Bd. III §. 465 Anm. 10—16.

10) l. 5 §§. 8 — 17. l. 31 §. 6 D. don. i. v. e. u. 24, 1. l. 6 §. 2 D. his quae in fraud. 42, 8.

11) z. B. l. 5 §§. 13 — 16 citt. Savigny, System IV §. 143 Note l.

12) l. 9 pr. D. h. t. 39, 5. l. 47 §. 1 D. solut. 46, 3 — hoc ipso quo non est pauperior factus, locupletior est.

13) — non idcirco fit locupletior, quod non expendit — l. 5 §. 8. §§. 12—17 cf. l. 18. l. 31 §. 1 D. don. i. v. e. u. 24, 1.

14) l. 5 §. 8 cit. — nam etsi pauperior ea fieret, nisi maritus dedisset, non tamen idcirco fit locupletior, quod non expendit — §. 17 eod. ... nec videri locupletiorem mulierem factam, quamvis mutuam pecuniam esset acceptura et pro affine erogatura. Vgl. Windscheid II §. 365 Anm. 14 gegen Savigny a. a. O. §. 151, g.

15) Windscheid a. a. O.

16) l. 9 pr. D. h. t. 39, 5 cit.

i. v. e. u. 24, 1 iſt zwar keine Schenkung engeren Sinnes vorhanden, trotzdem die Frau neben der Erſparniß auch etwas bekommt, und zwar gleichfalls eine Wohnung und ähnliche Nutzungen[17]); allein zwiſchen Eheleuten erſcheint die Einräumung gewiſſer Nutzungen (von Häuſern, Sclaven, Garderoben ꝛc.) noch als Lebensgemeinſchaft[18]), unter Anderen iſt ſie bereits datio und wenn unentgeltlich, donatio. Ebenſo ſteht es mit dem Aufwand, den Andere ſchenkungsweiſe auf unſere Sachen machen[19]). Von dem Erforderniſſe der Bereicherung zum Daſein oder Begriff der Schenkung muß übrigens das Erforderniß des locupletiorem esse zur Begründung des Widerrufs[20]) allenthalben unterſchieden werden.

Weſentlich zum Begriffe der Schenkung weiteren wie engeren Sinnes gehört, daß die Vermögenszuwendung aus der causa donandi und im animus donandi erfolge. Die causa donandi iſt ein negativer Begriff, eine Freiheit, die Abweſenheit jeglichen Vergeltungszwanges, ſowohl für den Geber (causa solvendi) als für den Empfänger (causa credendi). In dieſer Negation beruht auch der animus donandi. Er iſt (was auch ſeine ſonſtigen Motive und ferneren Abſichten ſein mögen)[21]) ſtets eine liberalitas, d. i. der Geiſt des freien, von keinem Müſſen bedrängten und durch kein Empfangen bedingten Gebens[22]). Darin ſteckt ein Zug der Aufopferung[23]), mag

17) vgl. auch l. 31 §. 1 D. don. i. v. e. u. 24, 1 und l. 27. l. 32 D. h. t. 39, 5.

18) Bd. III §. 469 nach Anm. 41, §. 491 nach Anm. 7, [§. 494 Anm. 2. 3 und zu den dort citt. ll. noch l. 32 (33) D. neg. gest. 3, 5 (uxorem, quae res viri tempore nuptiarum in sua potestate habuit).]

19) l. 2 in f. C. r. v. 3, 32. l. 14 D. h. t. 39, 5 vgl. mit l. 31 §. 9 D. don. i. v. e. u. 24, 1.

20) z. B. l. 50 §. 1. l. 55 D. don. i. v. e. u. 24, 1.

21) Windſcheid II §. 365 Anm. 4. [Vgl. Bekker, Syſtem II §. 102 Beil. IV. Lenel, Arch. f. civ. Prax. Bd. 74 S. 231. 232, ferner oben Bd. III §. 494 Anm. 8. 11 und oben §. 556 Anm. 2.]

22) l. 1 pr. D. h. t. 39, 5: Dat aliquis ... propter nullam aliam causam etc. und mit Rückſicht blos auf die Freiheit von der Vergeltungspflicht: l. 29 pr. eod.: Donari videtur quod nullo iure cogente conceditur. [Zu l. 1 pr. cit. und wider den „Selbſtzweck" ſ. Hofmann, Titulus und Modus S. 85. 86, Lotmar, Cauſa S. 36. 37. 76, Loewenfeld, zur Lehre von den ſog. entgeltlichen und unentgeltlichen Rechtsgeſchäften (1877) S. 48, Zitelmann, Irrtum S. 158, Lenel, Arch. f. civ. Prax. Bd. 74 S. 231.]

23) [demzufolge wohl auch Bd. I §. 193 Anm. 11 a. E. Bd. II

man nun blos im weiteren Sinne, unter bloßer Preisgebung eines möglichen Gewinns[24]), oder unter Entäußerung dessen, was man schon hat, schenken. Vergabungen von Todeswegen sind darum in Wahrheit niemals Schenkung: weder die durch Erbeinsetzung, noch das Vermächtniß und die m. c. donatio[25]), wiewohl diese direct, und jenes vergleichungsweise Schenkung heißt[26]); denn überall hier handelt es sich um eine Vergabung dessen was man selbst nicht mehr haben kann[27]). Die bloße Thatsache, daß man mit der Schenkung etwas vergilt, oder daß man durch sie das Anrecht auf einige Vergeltung erwirbt[28]), schließt diesen Zug der Aufopferung noch nicht aus; es kommt darauf an, dort ob man (jure cogente) vergelten mußte, hier ob man lediglich unter der Voraussetzung des Entgelts gab. Ersteres ist bei den s. g. remuneratorischen Schenkungen noch nicht der Fall; doch sind die für Rettung aus Lebensgefahr von jeglichem Widerruf (auch wegen Nichtinsinuation §. 565) befreit[29]). Remunerationen für den Unterricht in der Rhetorik konnten extra ordinem gefordert werden[30]), nicht etwa wenn und weil sie versprochen wurden, sondern weil und wenn sie gleich anderen ähnlichen Dienst-

§. 273 Anm. 3 gegen Ende (zu l. 22 D. h. t.); §. 280 Anm. 14 und S. 406 oben; §. 286 Anm. 39. 40, endlich l. 62 D. aed. ed. 21, 1. Vgl. auch oben Anm. 7 fg.]

24) l. 5 §. 13. §. 14 D. don. i. v. e. u. 24, 1 citt.

25) oben §. 538, c, [vgl. auch Hartmann, Begriff der Vermächtnisse S. 12.]

26) „donatio quaedam“: §. 1 J. legat. 2, 20. [Bd. III §. 412 Anm. 3.]

27) §. 1 in f. J. m. c. don. 2, 7.

28) [Bd. II §. 223 Anm. 10], nebst Francke, Comment. über den Titel de her. pet. S. 293 Anm. 3. [S. jedoch auch Loewenfeld, M. Vierteljahresschr. Bd. 21 S. 116. 117. Bekker, Syst. II §. 104, I und Hölder, Pand. §. 55 Anm. 3.]

29) l. 34 §. 1 D. h. t. 39, 5. [Bd. II §. 223 Anm. 11.] — Eine andere Wirkung der remuneratorischen Schenkung s. l. 10 §. 13. l. 12 pr. D. mand. 17, 1, wo der fideiussor noch actio mandati hat, wenn ihm vom Gläubiger remunerandi animo die Schuld geschenkt (erlassen) ist. [Vgl. Harburger, Remuneratorische Schenkung S. 31—35.] — Nach Bd. III §. 410 Anm. 13 bilden die remuneratorischen Schenkungen Collationsobjecte.

30) l. 1 pr. cf. §. 4. §. 5 D. extrao. cogn. 50, 13. [Bd. II §. 334 Anm. 10. 14. Loewenfeld in der Münchner Festgabe für Planck S. 400. 418.]

leiſtungen anſtändigerweiſe nicht bedungen wurden[31]); hierin, weil er an die extraordinaria cognitio „de mercedibus“[32]) denkt, liegt der Grund, weshalb Papinian in l. 27 D. don. (39, 5) die Einräumung der Wohnung als „merces quaedam“, und trotzdem ſie freiwillig geſchieht, als keine „reine Schenkung“ bezeichnet[33]). Die donatio sub modo (§ 557, I, 1, a) iſt zwar keine unentgeltliche Gabe mehr, wenn der Modus auf eine Gegenleiſtung an den Geber geht, allein immer noch Schenkung, inſofern immer noch ein Ueberſchuß der Gabe über die Gegenleiſtung vorliegt[34]).

Schenken läßt man ſich nicht von Jedem — ein Gefühl dem auch das Recht entſpricht[35]). Ohne Zuſtimmung des Empfängers kommt es daher zu keiner Schenkung, nicht etwa blos da, wo ſchon die Vermögenszuwendung ohne Zuſtimmung des Empfängers unmöglich iſt[36]), ſondern auch da, wo die Vermögenszuwendung wider Willen des Empfängers möglich iſt (Zahlung, Expromiſſion, Nonuſus ꝛc.). Darum iſt eine Vermögenszuwendung, welche zwar mit dem Willen des Empfän-

---

31) l. 1 §. 12 eod.

32) l. 1 pr. cit.

33) [Bd. II §. 223 Anm. 11 am Ende.] Die verſchiedenen anderen Auslegungen ſ. überſichtlich bei Windſcheid II §. 368 Anm. 11, der ſelber in der l. 27 cit. „nichts ſieht als den Ausſpruch, daß in dem bezeichneten Fall in der That die Verleihung eines Rechts, und nicht eines bloßen precarium (wovon ich l. 32 D. h. t. verſtehe — in Betreff des „quamdiu volueris“ ſ. l. 12 pr. D. de prec. 43, 26) vorliege“. Woher dann keine „mera“ donatio, wenn nichts vorliegt, als daß ein „Recht“ geſchenkt wird? In l. 9 pr. und l. 32 D. h. t. ſind die unentgeltlichen Einräumungen von Wohnungen reine Schenkungen; denn dort liegt keine in solutum datio vor wie hier. Einigermaßen donatio liegt aber hier vor, weil zu dieſer Art von Belohnung keinerlei Verpflichtung beſteht, ſondern nur Verpflichtung zu irgend einer merces. [Ganz anders Loewenfeld, M. Vierteljahresſchr. Bd. 21 S. 112—14: Danach enthält l. 27 cit. eine Schenkung, aber eine remuneratoriſche. In der That würde die Schenkungserklärung des Regulus ſchlecht zu einer Honorarſchuld auf ſeiner Seite d. h. zu einer solutio oder auch nur datio in solutum paſſen. Mit quaedam werde die Uebertragung des von der eigentlichen merces geltenden Rechts auf die vorliegende Leiſtung befürwortet. Vgl. auch Loewenfeld in der M. Feſtgabe für Planck S. 461 und Bekker, Syſtem II S. 204.]

34) oben §. 557 vor Anm. 16; vgl. l. 38 D. c. e. 18, 1.

35) l. 19 §. 2 D. h. t. 39, 5: Non potest liberalitas nolenti adquiri. l. 69 D. r. j. 50, 17: Invito beneficium non datur.

36) Meyerfeld, Schenkungen §. 6 beſ. Nr. 6. Savigny, Syſt. IV §. 160.

gers, aber nur seitens des Gebers als Schenkung erfolgt, keine Schenkung[37]). Zwar ist von Zahlungen, Expromissionen, Unterlassungen u. dgl. als Schenkungen die Rede, ohne daß einer Annahme gedacht wird[38]); allein dies überall in Fällen, in denen ganz andere Dinge, als das Erforderniß der Annahme in Frage stehen. In l. 8 in f. D. novat. 46, 2. [l. 23.] l. 91 D. solut. 46, 3 [l. 38 (39) D. neg. gest. 3, 5] wird nur bestätiget, daß man den Schuldner wider Willen befreien, nicht daß man ihn also beschenken kann. Nach l. 10 D. h. t. 39, 5 kann man, vermittelst Sclaven, zwar unwillkürlich donatae rei dominus werden; ob und inwieferne man damit aber auch beschenkt sei, wird auch hier nicht ausgesprochen. In allen diesen Fällen, wo die Zustimmung zur Schenkung nicht vorliegt, ist trotz der bereits eingetretenen Bereicherung Ablehnung der Schenkung möglich, mit dieser dann aber festgestellt, daß sine causa gegeben und condictio statthaft sei[39]).

Die Schenkung ist hiernach ein zweiseitiges[40]), allein um deswillen kein obligatorisches Rechtsgeschäft. Das ist sie nur, wenn promittendo geschenkt wird[41]). Ist das Bemühen Windscheids, die Schenkung zu einem wesentlich obligatorischen Geschäft zu machen (Pand. §. 365 Anm. 18 und §. 366) nicht erfolglos, dann sind alle Geschäfte obligatorisch[42]).

37) l. 18 pr. D. r. cr. 12, 1.

38) l. 7 §. 7. l. 50 pr. l. 5 §. 6. §. 7 D. don. i. v. e. u. 24, 1.

39) vgl. l. 18 pr. D. r. cr. 12, 1 cit. — Außer wo geflissentlich oder mit Abstraction davon, ob der zu Bereichernde will oder nicht will, gegeben wird. So kann auch durch Vermächtniß jemand bereichert werden, ohne daß er honorirt (Legatar ist); vgl. Arndts in Glücks Commentar Bd. 46 S. 472—77.

40) [s. auch oben §. 538 Anm. 28 eingangs und Cohen, Schenkung von Todeswegen §. 12. Neuerdings gegen die Vertragsnatur der Schenkung im römischen (nicht auch heutigen) Recht Pernice, Zeitschr. f. Rechtsgeschichte Neue Folge IX S. 215—17. Andererseits Hölder, Pand. §. 55 Anm. 2, kritisch Bekker, Syst. II §. 102 Beil. V.]

41) „— cum res donationis causa traditur, nullum proprie contractum esse videri, cum obligationem non pariat ... Conventionem tamen tali donationi inesse non immerito quis dixerit, propterea quod donatarii eam accipientis consensus accedit". Duarenus in tit. de pact. und zwar zu l. 7 pr. §. 1 D. pact. 2, 14 verba: „et ceteri similes contractus". — [Wegen des Schenkungsversprechens s. Bd. II §. 248 Anm. 13. §. 307 Anm. 2.]

42) vgl. Scheurl, Beiträge II, 2 S. 149.

Die Schwierigkeit, der Schenkung den systematisch richtigen Platz anzuweisen, beruht darin, daß sie als einzelnes oder concretes Geschäft unter den allgemeinen Lehren keinen Platz hat, wegen gewisser Gemeinsamkeiten in allen ihren wechselnden Erscheinungen aber einen solchen Platz braucht[43]). Das ist jedoch eine Schwierigkeit, welche für die Zahlung und Creditgebung nicht weniger besteht, nur daß wir weniger gewohnt sind, auch sie als bewegliche Geschäfte zu denken, und daß für sie weniger gemeinsame Singularitäten bestehen als für die Schenkungen[44]). Würden die einzelnen Geschäfte nicht blos im Gefolge der einzelnen Rechte, sondern für sich behandelt werden, dann ließen sie sich u. a. nach ihren causis, und so dann auch Schenkung, Zahlung und Creditirung am rechten Orte vorbringen.

Einseitige, zwei- und mehrseitige Geschäfte.

§. 561.

Daß die Rechtsgeschäfte bald in dem Willen eines Einzigen, bald in einem Uebereinkommen bestehen, gehört nicht mehr zu ihrem Inhalt[1]), steht aber mit diesem in einem causalen Zusammenhang.

Rechtsgeschäfte, deren Inhalt in einem *Verbote* besteht, wie die prohibitio mit nachfolgendem interdictum quod vi aut clam, und die operis novi nuntiatio[2]), sind nothwendig einseitige, von dem Willen des Gegners unabhängige Handlungen. Auch die *Vollmachtsertheilung* wie sie mit und ohne Mandat vorkommt, und die *Genehmigung* in ihren verschiedenen Gestalten, als tutoris auctoritas, consensus und

43) Wegen ihrer systematischen Stellung s. auch noch *Bekker*, System II §. 102 Beil. I, E.

44) doch s. Gai. III, 124.

1) wie z. B. bei *Böcking*, Pand. des röm. Privatrechts, Uebersicht p. XVI. — [Das „Uebereinkommen" enthält möglicherweise die Empfangnahme einer Erklärung als Erforderniß; diese Empfangnahme kann aber auch zu einem einseitigen Geschäft gehören, indem dieses damit nicht aufhört „in dem Willen eines Einzigen zu bestehen". S. ferner Bd. III §. 394 Anm. 3.]

2) Bd. I §. 174. §. 175. [S. ferner *Kipp*, Litisdenuntiation S. 45.]

ratihabitio[3]) können nur Ausfluß des Einen Willens sein, auf den es bei dem vollmachts- oder genehmigungsbedürftigen Geschäfte noch ankommt. Ebenso steht es mit der Vollmacht als jussus, praepositio, als concessio und permissio[4]). Auch die Kündigung (renuntiatio), mag sie nun dem Mandat, der Societät, der locatio conductio[5]), oder aber der Ehe gelten[6]), trägt den Gedanken des einseitigen, dem Renunciaten vielleicht zuwideren Willens wesentlich in sich[7]).

Nicht minder scheint beim Verzicht, der für andere ja nur vortheilhaft sein kann, alles auf dem Willen lediglich des Verzichtenden beruhen zu müssen[8]); und das ist dann beim Verzicht als Ausschlagung (repudiatio) von Erbschaften und Vermächtnissen[9]), als Dereliction von Besitz und Eigenthum[10]), als Dereliction von Servituten[11]) entschieden, und beim Verzicht als Dereliction der Emphyteuse und der Superficies so sicher der Fall, als auch diese beiden Rechte derelinquirt werden können[12]). Allein ebenso sicher ist, daß der Verzicht auf Forderungen auf Uebereinkunft (pactum de

3) unten §. 582. §. 583. [Bd. I §. 55 Anm. 7. 10. 18. 27. Bd. III §. 457 Anm. 16—18. §. 497. §. 499, 1, a. Vgl. auch Bd. II §. 321 Anm. 20—29. §. 333 Anm. 9—11.]

4) Bd. II §. 259 Anm. 23 fg. 37 fg. 54 fg. Bd. III §. 498 Anm. 18 fg. §. 461 Anm. 5—7. Bd. I §. 184. Vgl. Bd. II §. 334 Anm. 32. Wegen des iussus s. auch noch Mandry, Familiengüterrecht I S. 104 fg. bes. 107, d. [Ueberhaupt Bekker, System II §. 106: „die Ermächtigungsgeschäfte". S. 213: „Ausgeführt werden die Ermächtigungsgeschäfte gewönlich durch einseitige Willenserklärungen; aber auch die Vertragsform ist bei den meisten zulässig, bei einzelnen unentbehrlich".]

5) Bd. II §. 334 Anm. 50. 51. §. 335 Anm. 46—51. §. 331 Anm. 35. 36. §. 332 am Ende.

6) Bd. I §. 45 Anm. 2. l. 6 C. repud. 5, 17, cf. l. 4. l. 7 D. div. et rep. 24, 2.

7) [hierher auch der Widerruf von Schenkungen und von mortis causa donationes, sowie die Anforderung oder Mahnung: Bd. II §. 272 Anm. 5 fg.]

8) [s. Windscheid §. 69 Anm. 13. 14 und dort Genannte, namentlich Wächter I §. 69 Beil. III. Bekker, Syst. II §. 108.]

9) Bd. III §. 388. §. 427 Anm. 46 fg.

10) Bd. I §. 141 Anm. 2. 3. §. 165, II, 6. [Vgl. Adf. Schmidt, zur Lehre von der Wirkung der Rechtsgeschäfte (Progr. 1888) S. 3—12.]

11) Bd. I §. 198 Anm. 15, [vgl. hier unten Anm. 17. S. auch l. 5 §. 6 D. don. i. v. e. u. 24, 1.]

12) Bd. I §. 205 Anm. 17 und Wächter, Superficiar- oder Platzrecht §. 14 S. 120, IV.

non petendo, acceptilatio) beruht[13]); eine Probe dafür liegt in den Umwegen (remediis), welche nothwendig werden, wenn der Schuldner, dem man erlaſſen möchte, abweſend, oder mit dem Erlaſſen nicht einverſtanden iſt[14]). Weniger leuchtet der Grund ein, warum gerade Forderungen ſchwerer aufzugeben ſind, als andere Rechte, und iſt ebendarum die Sache ſelbſt nicht unbeſtritten geblieben[15]). U. E. aber liegt der Grund in dem Umſtande, daß der Verzicht auf Forderungen eine Vermögenszuwendung an den Schuldner iſt, mithin causam credendi, solvendi oder donandi haben muß (§. 559), von eben dieſen causis aber jede, wo nicht die Perſon des Schuldners ſelbſt (wie das donare und credere)[16]), ſo doch wenigſtens einen Dritten vorausſetzt mit dem man handelt (die Zahlung oder Expromiſſion vornimmt). Das Eigenthum kann man ohne Vermögenszuwendung d. i. ohne Uebertragung auf einen Anderen (alienatio), und darum ohne jeden die Mitwirkung eines Dritten bedingenden Grund aufgeben. Zur Aufgebung von Servituten würde, inſofern ſie den Belaſteten bereichert, ein Uebereinkommen nöthig ſein; allein weil ſie durch bloßen Nichtgebrauch untergeht, vielleicht auch weil ſie wie das Eigenthum eine res (quasi) possessionis iſt, und wenigſtens das naturale Recht der Servitut wie das des Eigenthums im Beſitze wurzelt, der durch einſeitigen wenn nur conträren Willen untergeht, iſt hier wie dort Dereliction möglich[17]). — Der Verzicht auf das Pfandrecht (pig-

13) [Bd. II §. 291 Anm. 2. §. 318 Anm. 20 gegen Ende, vgl. Fritz, Ueber nicht acceptirte Renunciationen, Arch. f. civ. Prax. Bd. 8 S. 391 §. 3 und beſonders Meyerfeld, Schenkungen I §. 13 Nr. 15—17. Ein anderes gelte bezüglich der Schulden der subjecta persona an den Gewalthaber: l. 4 §. 1 D. pec. 15, 1 — ut, etiamsi nuda voluntate remiserit dominus quod debuerit, desinat servus debitor esse — Mandry, Familiengüterrecht I S. 383, wozu anderſeits das die Regel enthaltende quomodo, cum semel coeperit (sc. actio) nuda voluntate tolletur: l. 8 (9) D. neg. gest. 3, 5.

14) l. 13 §. 10 D. accept. 46, 4. l. 91 D. solut. 46, 3; das tacite des remissum in l. 26 D. probat. 22, 3 iſt eine tacita conventio.

15) vgl. Meyerfeld a. a. O. Savigny, Syſtem IV S. 544 fg.

16) oben §. 560 Anm. 35—40. l. 32 D. r. cr. 12, 1.

17) Dagegen daß auf Servituten einſeitig auch durch bloße Willenserklärung verzichtet werden könne, iſt nach Obigem nun doch weniger

noris remissio)[18]) beruht, der Natur des Pfandrechtes als einer obligatio entsprechend, auf Uebereinkunft[19]), mag sich dieselbe zum pactum de non petendo[20]), oder als Consens zum Verkauf oder anderweitiger Verpfändung gestalten[21]).

Gewisse Gelobungen an die Gottheit (votum) und an Gemeinden (pollicitatio)[22]) sind anerkanntermaßen einseitige Geschäfte; nicht so die Gelobungen an das Publicum überhaupt, oder an einen gewissen Kreis des Publicums — unsere Auslobungen nämlich (von Finderlohn, Prämien auf die erste Kanone, auf Einbringung eines Verbrechers, Preisausschreibungen). Diese werden neuerdings als bloße Offerte betrachtet, sollen also der Acceptation bedürfen, um bindend zu werden, und eben durch Vornahme der Handlung, auf welche der Lohn oder Preis gesetzt ist, acceptirt werden[23]). Allein wer das Gefundene heimgibt, die erste Kanone wegnimmt, ohne von der Auslobung zu wissen, hat unmöglich acceptirt, weder in Worten noch in Werken, und ist doch forderungsberechtigt; unmöglich also bedarf die Auslobung erst der Acceptation, unmöglich ist sie bloß Offert[24]). Wer von der Auslobung weiß und darauf hin handelt, hat nur den Gedanken,

---

Grund vorhanden, als es auf S. 278 (unten) der ersten Auflage der Fall zu sein schien. [S. nun oben Bd. I §. 198 Anm. 16.]

18) Bd. II §. 351 Anm. 33. §. 353 nach Anm. 16a — 18 und §. 355, II.

19) l. 2 C. rem pign. 8, 25 (26) — nam obligatio pignoris consensu et contrahitur et dissolvitur — cf. l. 1. l. 4. l. 10. l. 11 eod. [Vgl. Lotmar, Causa S. 54 al. 1.]

20) l. 5 pr. D. quib. mod. pign. solv. 20, 6.

21) l. 4 §. 1. §. 2. l. 8 §§. 6 — 16. l. 11. l. 12 eod. — [Verzicht auf Pfandpriorität: Bd. II §. 261 Anm. 17, §. 262 Anm. 12. 13. S. ferner Verzicht auf Exceptionen und Excusationen: Bd. II §. 256 Anm. 32. §. 263 Anm. 2 sub 1, §. 297 Anm. 44—46, Bd. III §. 507 Anm. 46; auf die lex Falcidia: Bd. III §. 420 Anm 19 fg.; auf die querela inoff. §. 404 Anm. 24 vgl. §. 380 am Ende: auf die Evictionshaft: Bd. II §. 280 Anm. 24 fg. §. 328 Anm. 47; auf die lex commissoria beim Kauf: Bd. II S. 709, Bechmann, Kauf II S. 524.]

22) Bd. II §. 248 Anm. 1. 36. 37. 49 [zu Anm. 36. 37 s. auch noch Schloßmann, Vertrag §§. 19. 20.] §. 307 (S. 555. 556), [vgl. §. 247 Anm. 9. §. 312 Anm. 2. Bd. III §. 443 Anm. 54 und §. 445 Nr. 2, vgl. auch Nr. 1.]

23) s. die Bd. II §. 307 Anm. 8 Genannten, woselbst Windscheid §. 308 zu lesen ist.

24) [Bd. II §. 307 Anm. 9.]

die Bedingung seines Forderungsrechtes zu erfüllen[25]), nicht erst einen Contract einzugehen. Das Offert, das die Auslobung sein soll, wäre von der Art, daß es in bloßen Worten gar nicht acceptirt werden kann: ein solches Offert ist kein Offert[26]). Ganz aus denselben Gründen, aus denen der „ehrliche Finder" erst soll acceptiren müssen, müßten es auch die Götter, beim Gelübde. Ob und inwieferne Zurücknahme von Auslobungen möglich sei, ist fraglich[27]); allein daraus daß sie, wenigstens unter Umständen, noch möglich ist, folgt nichts gegen ihren bindenden Charakter; auch das Mandat kann zurückgenommen werden. — Alle diese Gelöbnisse könnten bloße Offerte sein, welche von Priestern, Magistraten, Erwerbslustigen erst zu acceptiren wären. Theils die Heiligkeit der Handlung aber, welche sich gegen derartigen Handel sträubt, theils die Unsichtbarkeit der Person, der das Gelöbniß gilt, führten natürlicherweise zur Einseitigkeit.

Unwürdig erscheint dem Römer auch aller Handel um Erbschaften, sowohl der mit dem Erblasser (um Erbeinsetzung und Vermächtniß)[28]), als der mit dem etwaigen künftigen Erben (um dessen Erbschaft)[29]); darum Erbeinsetzung und Vermächtniß nur einseitig, in Testamenten und Codicillen[30]). Kraft innerer Nothwendigkeit dagegen beruht wieder die Occupation (die zwar keine Willenserklärung aber doch Rechtsgeschäft ist) auf dem Einen Willen des Occupanten[31]).

Auch die Zweiseitigkeit hängt großentheils mit dem Inhalt

25) Jhering a. a. O. S. 97 unten.

26) [Sollte man nicht von Traditionsoffert reden können, obwohl ein solches nicht in bloßen Worten acceptirt werden kann. Und die Realcontracte? Bd. II §. 248 Nr. 1. Und die Oblation als Offert zur solutio? §. 274. S. auch den Realkauf in Bd. II S. 690—92 und Hölder, Pand. S. 220: „die Annahme kann sowohl durch Willenserklärung als auch durch reale Willensäußerung erfolgen".]

27) Jhering a. a. O. S. 101—106. [Mommsen, Haftung der Contrahenten S. 136 – 140.]

28) l. 61 D. v. o. 45, 1. [Hiezu wie zum Folgenden Bd. III §. 380 Anm. 1—8.]

29) l. 4 C. inut. stip. 8, 38 (39). l. 29 §. 2 D. donat. 39, 5 und grundsätzlich auch noch Justinian in l. ult. C. pact. 2, 3.

30) l. 5 C. pact. conv. tam sup. dote 5, 14. l. 19 C. pact. 2, 3. [Vgl. oben §. 538 Anm. 28 sub 1.]

31) Bd. I §. 148. Vgl. oben §. 522 Anm. 14.

der Geschäfte zusammen; Contracte mit gegenseitiger Verhaftung sind ohne sie nicht denkbar. Ueberdies aber beruht vornehmlich in Contracten und Traditionen (Mancipationen und in jure cessiones) unser Handel und Wandel (Vermögensverkehr unter Lebenden); in diesem tritt der Erwerber zugleich als Bewerber auf, und gestaltet so selbst einseitige Versprechungen (Stipulationen) und Vergabungen zu zweiseitigen Handlungen. Wohl nach diesem Vorgang selbst in einseitigen Contracten und bei den Traditionen Zweiseitigkeit[32]). (Vgl. übrigens auch S. 253).

Dieser Handel geht zumeist auf Austausch von Leistungen, trennt also die Personen in zwei Parteien, die leistende und empfangende, wobei auf jeder der zwei Seiten beliebig Viele stehen können; möglicherweise geht er aber anstatt auf Austausch auf Verbindung von Leistungen, wo dann der Parteien selbst beliebig viele sein können (Societät).

Von den familienrechtlichen Geschäften wird Emancipation erst im neuesten Rechte zum gesetzgeberischen Act und durch einseitige Willenserklärung des Hausvaters möglich; das Kind ist dabei nicht Paciscent, sondern Consentient[33]). Von der Ehescheidung (Anm. 6) und der letztwilligen tutoris datio abgesehen sind alle anderen zweiseitig, und zwar nothwendig, ihrem Inhalte nach[34]).

32) [vgl. Bd. I §. 137 Anm. 9—12. §. 138 Anm. 26 fg. 57. §. 141 Anm. 4—8. §. 150 nach Anm. 14. Bd. III §. 482 Anm. 3. Nach Pernice, Zeitschr. für Rechtsgeschichte N. F. IX S. 200—205 ist bei der Tradition zwar „die Gegenseitigkeit" des Rechtsgeschäfts nicht zweifelhaft, aber den römischen Juristen erscheint sie als „naturaler Akt", durch den der Wille des Tradenten dem einverstandenen Erwerber Besitz und Eigenthum verschafft, und doch nicht als „Vertrag" wie den Juristen der Gegenwart. — Fälle, in welchen Occupation die Tradition ersetzt, wo insofern einseitiger Besitzerwerb dem zweiseitigen gleichwerthig ist, bei Bechmann, Arch. f. civ. Pr. Bd. 77 S. 1—10.]

33) Bd. I §. 48 Anm. 6. 9—13.

34) [Ueber die Verwendung des Contracts im Gebiete des römischen Familienrechts Pernice a. a. O. S. 210. 211.]

11490

26/80

II. In Ansehung des Willensausdruckes.

Nothwendigkeit des Ausdruckes.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

§. 562.

Daß der Wille zum Ausdruck gelange, damit ein Rechtsgeschäft entstehe, ist nothwendig [1]), nicht etwa als ob das Dasein des Willens sonst unerweislich wäre [2]), sondern weil das Rechtsgeschäft kein bloßes Wollen, sondern ein Handeln ist, und zur Handlung, dieser freien Bewegung des Menschen, ein Leib so nothwendig ist als die Seele [3]). Zwar wirkt mitunter ein bloßes Vorhaben (propositum) wie die vollendete That [4]),

1) [Oben §. 523, II. §. 535 Absatz 3. Dieses Postulat findet Hölder, Pand. §. 41 Anm. 1 a. E. im Widerspruch mit der Lehre — unten §. 563 al. 3 —, daß nicht alle Rechtsgeschäfte Willenserklärungen und bloße Willenserklärungen sind. Mit Unrecht, da das von der Willenserklärung sich abhebende Werk nach §. 563 „gleich dem Wort eine Aeußerung des Inneren" ist. Indem sich der Vers. gegen das ausschließliche Walten der Willenserklärung wandte, gab er nicht das Erforderniß eines Willensausdrucks auf. Wenn nach Hölder die Ergreifung einer Sache Occupation ist oder nicht, je nachdem zum Behalten oder zum Besichtigen ergriffen wird, „ohne daß es darauf ankäme, ob der Zweck der Ergreifung durch ihre Vollziehung zum Ausdruck gelangt": so wird damit nicht bewiesen, daß der Ausdruck des Occupationswillens überflüssig, sondern nur, daß die Apprehension ein zweideutiger Ausdruck desselben (Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 348 oben) und diese Zweideutigkeit, wie sonst, zulässig ist. S. auch die beiden ersten Sätze des §. 41 bei Hölder und oben Bd. I S. 502. 503. — Rein „innerliche Handlungen" bei Bekker, System II S. 8. 11 und §. 92, d: „Die innerliche Thatsache ohne äußerliche Bekundung liegt außerhalb unseres Rechtsgebiets."]

2) Dahn, Zeitschr. f. Handelsr. IX S. 508. [Vgl. Cic. pro Caec. 18 i. f. bei Voigt, Jus nat. III S. 274. Gegen Dahn z. B. auch Sohm, Zeitschr f. Handelsr. XVII S. 83. Gegen die Annahme, daß „die Thatsachen des menschlichen Geistes- und Seelenlebens nicht direkt bewiesen werden könnten": Röver, Bedeutung des Willens S. 53. 54, jedoch auch Schloßmann, Zwang Anm. 107.]

3) vgl. Regelsberger, Vorverhandlungen bei Verträgen S. 3 Nr. 2 [und die anderen oben §. 523 Anm. 3 Genannten nebst Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 369—80, Zitelmann, Irrtum S. 245—50, Ryck, Festgabe für Beseler S. 133/4, Eisele, Arch. f. civ. Pr. Bd. 69 S. 281, Jher. Jahrb. Bd. 25 S. 468 u. Bd. 26 S. 223. — Da oben fürs Rechtsgeschäft die Nothwendigkeit des Ausdrucks aus dem Wesen der Handlung abgeleitet worden ist, so bilden auch Belege die Stellen, welche fürs Delict — gleichfalls eine Handlung — und seine Rechtsfolge die cogitatio für ungenügend erklären und actus erheischen, als l. 1 §. 2 D. furtis 47, 2 — sola cogitatio furti faciendi non facit furem. l. 18 D. poen. 48, 19: Cogitationis poenam nemo patitur. l. 225 D. v. s. 50, 16. l. 3 §. 18 D. a. v. a. p. 41, 2.]

4) l. 6 §. 2 in fin. D. inoff. 5, 2. l. 5 C. eod. 3, 28. [„Propositum in C. 5 de inoff. test. 32, 8 ist nicht das im Innern gebliebene, sondern das nicht vollkommen ausgeführte Vorhaben": Regelsberger, Pand. I §. 129 Anm. 2; s. auch daselbst §. 136 I.]

allein nur wenn es selbst aus dem bloßen Denken und Wollen ins Thun übergegangen ist (quum venit ad movendam „inofficiosi querellam“ — „causam coeptam“); da stehen nicht Wollen und Thun, sondern ein fertiges und unfertiges Thun (§. 535) im Gegensatze; ein gar nicht zum Ausdruck gelangtes Wollen ist nirgends Geschäft [5]).

Dagegen ist nicht zu verkennen, daß das römische Recht dem Willen einen gewissen Vorrang vor dem Ausdruck einräumt [6]). Leicht prägt sich das was man will in dem Material, in welchem es überhaupt zum Ausdruck gelangen soll, nicht vollkommen aus. Da wird nicht etwa das Rechtsgeschäft verworfen, weil es am Ausdruck fehlt, sondern dem Willen, trotzdem er nicht vollkommen ausgedrückt ist, zur Geltung verholfen [7]). Das findet nicht nur in Gestalt der Auslegung (§. 568), wenn das Rechtsgeschäft eine Willenserklärung, und die Erklärung dunkel oder zweideutig ist, sondern auch dann statt, wenn das Wort an sich klar oder unzweideutig ist, also nicht mehr von einer „verborum interpretatio“ [8]), sondern nurmehr von voluntatis quaestio im weiteren Sinne die Rede sein kann. Denn nicht nur „in emtis et venditis“, „in conditionibus testamentorum“ und in letztwilligen Erklärungen überhaupt, sondern in allen Verträgen [9]), wir dürfen heute wohl

5) [Ueber den Besitzverlust solo animo des Besitzers oder seines Detentors s. l. 1 §. 4. l. 3 §. 6. l. 17 §. 1. l. 30 §. 4. l. 47 (init.) cf. l. 3 §. 18 D. a. v. a. p. 41, 2. Bd. I §. 141 Anm. 3, ferner S. 529 und §. 142 Anm. 5—8. 18. 19. §. 165 Anm. 5, Adf. Schmidt, Z. Lehre v. d. Wirkung der Rechtsgeschäfte (Lpz. 1888) S. 1, Czyhlarz in Glücks Commentar, Bücher 41. 42 Bd. I S. 90 fg. Anm. 39, Zitelmann, Irrtum Anm. 217 und wegen der Dereliction oben §. 522 Anm. 14. Ueber und gegen den Besitzerwerb solo animo Bd. I S. 506/507, überhaupt noch Hirsch, Sachbesitzerwerb u. -Verlust S. 574. 575. 703 4. Vgl. außerdem Bd. III §. 368 Anm. 45. §. 394 Anm. 13. Auch bei der stillschweigenden Willenserklärung (§§. 563. 564) kommt ein Wollen zum Ausdruck, anders wie es scheint Schloßmann, Vertrag S. 60. 61. Wegen nuda voluntas u. ä. (z. B. Bd. III §. 394 Anm. 3, §. 429 Anm. 22, oben §. 561 Anm. 13) s. Voigt, Jus naturale III Anm. 134. 140. XII Tafeln I §. 38 Anm 13. Jhering, Geist d. R. R. II Anm. 654.]

6) — prior atque potentior est quam vox mens dicentis — l. 7 §. 2 D. supp. leg. 33, 10.

7) [„Nicht der mangelnde, wohl aber der unvollkommene Willensausdruck ist unschädlich, wenn andere Momente erläuternd eingreifen.“ Regelsberger in Endemanns Hdb. d. Handelsr. II S. 388.]

8) l. 3 C. lib. praet. 6, 28.

9) l. 6 §. 1 D. c. e. 18, 1. — l. 101 pr. l. 19 pr. D. cond. 35, 1.

ſagen in allen Geſchäften, iſt potius id quod actum quam quod dictum est sequendum, oder voluntatem potius quam verba considerari oportet [10]), alſo eine Entſcheidung zu Gunſten des Willens ſelbſt gegen den Ausdruck möglich.

Allein näher betrachtet ſteht doch ſelbſt hier, wo buchſtäblich die Intention über den Ausdruck geſetzt ward, nicht Wille gegen Ausdruck, ſondern nur Wille gegen Wille, oder Ausdruck gegen Ausdruck im Gegenſatz [11]), und iſt in jenen Sprüchen nicht die Nothwendigkeit des Ausdrucks aufgegeben, oder die Wirkſamkeit eines bloßen (unausgedrückten) Wollens [12]) eingeräumt, ſondern nur einem gewiſſen Stadium des Ausdrucks die Alleinherrſchaft abgeſprochen, und gewiſſen anderen Willensoffenbarungen geſchäftliche Bedeutung beigelegt. Denn das id quod actum ſelbſt iſt kein unausgedrücktes, ſondern nur ein vor der endlichen Willensfaſſung ausgedrücktes Wollen; die

— l. 69 cf. l. 30 §. 2 D. leg. III. l. 3 C. lib. praet. 3, 28. — l. 219 D. v. s. 50, 16.

10) ll. citt., ferner die Stellen bei Voigt, Jus naturale III S. 11 Anm. g. E. S. 99 fg. 113 fg. und die Erörterung in den §§. 48. 57. 64 daſelbſt. Außerdem oben Bd. I §. 30 Anm. 10 und die Beiſpiele in Bd. II §. 327 Anm. 1 a. E., Bd. III §. 391 Anm. 19, oben §. 539 Anm. 8 (l. 58 D. cond. 35,), §. 543 Anm. 2. 3.]

11) [Gewiſſermaßen übereinſtimmend Röver, Bedeutung des Willens S. 28: „Der Gegenſatz, um den es ſich hier handelt, iſt nicht der von Wille und Erklärung, ſondern vielmehr der von Erklärung und Erklärung.“ Uebereinſtimmend auch Leonhard, Irrthum bei nichtigen Verträgen S. 172 fg., inſofern er im Gegenſatz von dictum und actum unter dieſem „nicht die einzelne Abſicht, ſondern die gemeinſame Abrede“ verſtanden wiſſen will. Seine Unterſcheidung von Sinn der Erklärung und innerer Abſicht ihres Urhebers und ſeine Zurückſetzung der Letzteren zu Gunſten des Erſteren bekämpft als nicht quellenmäßig Lotmar, M. Vierteljahresſchr. Bd. 25 S. 383—387. Zur Unterſtützung der Argumentation auf S. 386 daſelbſt ſ. oben Bd. I S. 239 („da der Wille nur in der Handlung, und die Handlung nur etwas Momentanes iſt, gibt es ſo wenig einen ſtabilen Willen als eine ſtabile Handlung“); Einwurf bei Pininski, Sachbeſitzerwerb II S. 339 Anm. 2.]

12) [Obgleich nicht ſelten ſowohl die Quellen als die Neueren in Fällen wo die Interpretation weiterer Bedeutung (unten §. 568 Anm. 13) bei Beantwortung der voluntatis quaestio einen durch den Wortlaut der Willenserklärung nicht gedeckten Sinn ermittelt, von ſtillſchweigender Erklärung reden. S. die Hinweiſe auf Quellen, Literatur und Judicatur bei Ehrlich, Stillſchw. Willenserklärung S. 12—20. 26. 27 und die ſtillſchweigende Setzung von Bedingungen und Terminen oben §. 538 Anm. 1. §. 550 Anm. 12 („weiße Raben“ nach Lenel, Arch. f. civ. Pr. Bd. 79 S. 59), die ſtillſchweigende Ortsbeſtimmung: Bd. II §. 290 Anm. 67, den ſtillſchw. Modus oben §. 557 Anm. 18, ſtillſchw. Nebenbeſtimmungen bei der locatio conductio operis: Bd. II §. 333 S. 765 Nr. 1. 2. 5. Anm. 46. Vgl. unten §. 564 Anm. 5 g. E. — Mit dem obigen Text übereinſtimmend Regelsberger, Pand. I S. 493 al. 1 g. E.]

Absicht, wie sie sich in den Stadien der Vorverhandlung oder in der sonstigen Vorbereitung des Geschäftes kundgegeben hat; eine Intention, welche vor deren schließlicher Abfassung zu Tage trat, in dieser schließlichen Abfassung selbst aber zu kurz kam [13]). Der Wille wie er in seiner Schlußredaction auftritt, der Ausdruck wie er im Momente des Abschlusses dasteht, sollen über den Inhalt und die Bedeutung des Geschäftes nicht allein entscheiden; es muß der Wille, welcher dem Abschluß vorausging, mit in's Auge gefaßt, und es müssen alle seine Offenbarungen, von den ersten Anfängen des Geschäftes an, im Zusammenhange gewürdiget werden; da kann sich zeigen, daß die Schlußfassung hinter dem wahren Willen zurückblieb und soll dann eine Correctur dieses letzten Wortes (dictum) stattfinden — nicht aus Ungesprochenem, Unausgedrücktem, sondern aus dem Vorausgegangenen, Vorausverhandelten, Vorausgesprochenen (actum) [14]).

Endlich muß hervorgehoben werden, daß der Wille zunächst doch stets aus dem Geschäfte selbst, welches mit seiner Schlußfassung oder Schlußredaction zusammenfällt, entnommen werden muß. Es muß aus dem Vorausgegangenen unzweifelhaft erhellen, daß der Handelnde etwas anderes gewollt, als er schließlich gesagt hat: sonst bleibt es bei dem was er gesagt hat [15]).

§. 563.

Arten.

In „Worten und Werken" sind alle unsere Handlungen begriffen [1]). Das Wort ist Offenbarung unseres Innern, unseres

13) [vgl. Bd. I §. 29 Anm. 1 und unten §. 568 Anm. 13 fg. Volle Zustimmung bei Schall, Parteiwille S. 32. 49. Vgl. auch Ehrlich, Stillschweigende Willenserklärung S. 25. Opposition bei Leonhard a. a. O. S. 174 Anm. 1, dessen Darstellung den Irrthum erwecken kann, daß nach der obigen Ansicht die Vorverhandlungen mit dem id quod actum est „für identisch zu halten" seien.]

14) [Vgl. Hartmann, Jher. Jahrb. XX S. 12 Anm. al. 2.]

15) l. 69 pr. D. leg. III: Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem. [Vgl. unten §. 568 Anm. 6.]

1) [Auch die Rechtserzeugung: Bd. I. § 20 (vorletzter Absatz), §. 26 und S. 110 oben (der 3. Aufl.). S. ferner z. B. den in Worten, oder in Werken

Denkens und Wollens, bestimmt um aus dem Innern ins Innere, aus unserem Innern in das Anderer überzugehen, um unser Denken und Wollen Anderen mitzutheilen, — ein Verkehr der Geister [2]). Auch das Werk kommt wie jede Handlung aus unserem Innern, und ist also gleich dem Wort eine Aeußerung des Innern; allein sein Ziel liegt nicht in den Seelen, sondern in der äußeren Welt: die Behandlung der Körperwelt [3]), deren Unterwerfung und Nutzbarmachung, deren Betretung, Bepflügung, Durchgrabung und Bepflanzung, deren Erbeutung, Bezähmung, Gewinnung, Gestaltung, deren Genuß und Verzehrung, kurz ein uti frui an unzählbaren Sachen in unendlicher Mannigfaltigkeit der Handlung ist Werk. Sie, die Behandlung der Körperwelt, vornehmlich durch die Hand vermittelt, heißt gerne allein Handlung [4]), That, insonderheit da wo sie zu dem bloßen Worte in Gegensatz tritt, d. i. zu einem Worte, welches wie das Versprechen ein Werk in Aussicht stellt, und um eben deswillen der Erfüllung harrt [5]). Ein Wort da-

---

geschehenden Erwerb einer Erbschaft: Bd. III S. 184 und die verschiedenen Ausdrücke des ehelichen Consenses: Bd. I §. 42 Anm. 2—4.]

2) [zu diesem Hergang j. Ihering, Geist des R. R. II §. 44 nach Anm. 610a, Zitelmann, Iher. Jahrb. XVI S. 367, Hartmann ebenda XX S. 12 Anm. al. 1. — „Dann geht die Seelenkraft dir auf, Wie spricht ein Geist zum andern Geist": Faust.]

3) [Auf diese Stelle bezieht sich wohl die Kritik von Hölder, Pand. S. 216: „Unrichtig läßt er aber die reale Willensäußerung in einem Werke, oder einer Behandlung der Körperwelt aufgehen: denn ein Rechtsact ist diese nicht als solche, sondern als Aeußerung eines über ihre reale Wirkung hinausgehenden Willens." Allein einmal sagt obige Stelle nichts von der realen Willensäußerung und von dem Rechtsact aus, sondern vom Werk. Und ferner deutet sie nicht an, daß der Verf. die reale Willensäußerung in einem Werk „aufgehen" läßt. Vielmehr zeigt der Text nach Anm. 17, daß der Verf. den über die reale Wirkung hinausgehenden Willen in Anschlag gebracht hat.]

4) [vgl. oben §. 521 Anm. 6 S. 2 und die „Handlung" im Gegensatz zur „bloßen Willenserklärung": Bd. II §. 243 bei Anm. 15 und die Handlung im Gegensatz zur Unterlassung, z. B. l. 44 D. don. i. v. e. u. 24, 1 (si vir rescierit suam rem esse . . . vindicareque poterit nec volet et hoc et mulier noverit, interrumpetur possessio, quia transiit in causam ab eo factae donationis).]

5) [S. die Arten der Oblation: Bd. II S. 303, den „sich unmittelbar in Werken oder in der That kundgebenden" Kaufconsens: Bd. II S. 691.2. 698, den in der Annexionshandlung zum Ausdruck kommenden Aneignungswillen: Bd. I S. 502 vgl. Czyhlarz in Glücks Commentar Bücher 41. 42 Bd. I S. 174 Anm. 100. — Den Gegensatz von „Worten und Werken" finden wir in den Quellen durch verba und res, auch factum oder actus vertreten: l. 95 D. a. v. o. h. 29, 2. l. 4 §. 1 D. pecul. 15, 1. l. 1 §. 1 D. injur. 47, 10, cf. l. 38 pr. D. sc. Trebell. 36, 1 (Bd. III §. 430

gegen, welches nicht blos verheißt, sondern seine Erfüllung in sich trägt, wie die Erzählung, die Predigt u. s. f. nehmen wir weniger Anstand als eine Handlung oder That zu bezeichnen [6]).

Zwischen beiden, dem Wort und dem Werke, finden Annäherungen und Uebergänge statt [7]). Weil auch das Werk aus unserem Innern kommt, ist jedes, wenn auch nicht der Absicht, so doch der Wirkung nach zugleich eine Mittheilung der in ihm niedergelegten Gedanken, Absichten, Ideen auch an Andere. So können „Steine redend zeugen" [8]). Aus dem Gebiete der Rechtsgeschäfte gehören die stillschweigenden Willenserklärungen hieher; denn diese sind unwillkürliche, mitunter in anderweitigen ausdrücklichen Willenserklärungen [9]), nicht selten wortlos in Werken enthaltene Willenserklärungen. — Eine derartige Wirkung kann überdies gewollt sein. Nächstdem daß es eine Bewältigung der Materie ist, kann das Werk eine Mittheilung sein sollen. Dies ist bei Kunstwerken der Plastik und der Musik [10]) der Fall. Seltener als daß er auf Andere wirken, oder ein Denkmal seiner Kunst setzen will, schafft ein Künstler für sich allein oder ist die Bemeisterung des Instruments, oder die bloße Uebertragung seiner inneren Gebilde in Stein und Farbe seine einzige Freude. Noch mehr: Was an sich Werk ist, kann ganz und gar zum Worte werden, indem die Bethätigung in der Körperwelt weder sein nächstes, noch überhaupt

---

Anm. 29). l. 32 §. 1 D. leg. 1, 3. l. 20 D. ad municip. 50, 1. l. 4 pr. D. pro soc. 17, 2. l. 5 D. ratam rem 46, 8. Vgl. Voigt, Jus nat. III S. 90. 91 nebst Lotmar, Münchner Festgabe f. Planck S. 81 fg.]

6) [Nach Schopenhauer, Aphorismen zur Lebensweisheit (Kap. IV) „ist es ein schlechtes Kompliment, wenn man, wie heut zu Tage Mode ist, Werke dadurch zu ehren vermeint, daß man sie Thaten titulirt." Folgt die Begründung. Vgl. unten S. 263 vor al.]

7) [vgl. Knapp, Rechtsphilosophie §. 42: „Jede geistige Mittheilung und Bethätigung ist . . . an die Muskelfaser geknüpft, ohne deren Zusammenziehung es keinen Blick der Liebe, kein Bruderwort der Freundschaft, kein Werk der Kunst und Wissenschaft gibt."]

8) [Nach Schiller, An die Freunde s. auch Kleinpaul, Sprache ohne Worte (1888) S. 16/7.]

9) Burckhard, die civilistischen Präsumtionen S. 271, [und früher Schliemann, Lehre vom Zwang S. 107. 108, des Weiteren unten §. 564 Anm. 14 fg. S. auch Leonhard, Irrthum S. 200 Anm. 1, S. 202 Anm. 2. Die Angabe von Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 440 Anm. 1, daß Brinz hier und in §. 564 in stillschweigenden Erklärungen „einfach" unwillkürliche sehe, ist ungenau.]

10) [z. B. Ständchen und Serenade.]

sein wahres Ziel ist, sondern Mittheilung an Andere seine ausschließliche Bestimmung bildet. So wurden nach dem gesprochenen Worte an zweiter Stelle Bildwerke, als Hieroglyphen, zum Worte. Auch unsere Schrift ist nichts als ein zum Wort gewordenes Werk[11]), hinter welchem, als eine zweite Formation, die Schnellschrift (notae) steht[12]). Dasselbe gilt von den Symbolen[13]), nur daß diejenigen, welche in den Rechtsgeschäften vorkommen, nicht monumental werden, wie die Schrift. Endlich gehören auch die Zeichen und Geberden hieher, deren man sich anstatt der Worte im schriftlichen oder mündlichen Verkehre bedient[14]). — Umgekehrt kann auch im Reden und Schreiben die Bethätigung der Zunge oder der Feder am Gaumen oder auf dem Papier zur Hauptsache werden (wie bei Demosthenes am Strome, und in der Schreibstunde). Mitunter aber nennt man auch Dinge, die bloß mündliches oder geschriebenes Wort sind, Werke, wie namentlich Bücher; allein u. E. nicht als ob hier wirklich ein Uebergang der Begriffe stattgefunden, sondern nur wegen der äußeren Aehnlichkeit, welche das Wort hier mit dem Werke durch den größeren Kraftaufwand und die größere Beleibtheit der Mittheilung gewinnt. —

Ein großer Theil der Rechtsgeschäfte besteht in Worten, und zwar, nach einer üblichen und zutreffenden Bezeichnung, in Willenserklärungen[15]). Denn daß und was der Handelnde will, nicht etwa blos was er denkt oder meint, muß

11) nämlich Malerei, denke an die Bilderschrift. Aber allmählich hat diese Werkthätigkeit des Schreibens, in der der Handelnde seinen Willen malend darstellte, ganz und gar die Bedeutung des Wortes, die Aequivalenz der mündlichen Rede bekommen. Was ursprünglich That, Handlung, Arbeit ist und insofern Werk, das steht heute ganz und gar der mündlichen Rede zur Seite. [S. auch Kleinpaul a. a. O. „Die alte Bilderschrift": S. 389—98 und „Uebergang der Bilderschrift zur Buchstabenschrift": S. 398—409. „Körper und Stimme leiht die Schrift dem stummen Gedanken": Schiller, der Spaziergang.]

12) [hierüber unten §. 564 Anm. 4.]

13) z. B. das Berühren der Sache mit der Hand bei der Mancipation, mit der festuca bei der ältesten Vindication und unten Anm. 29. 30.

14) [unten §. 564 Anm. 4. Wegen der Zeichen (Signale) s. Kleinpaul a. a. O. 2. Buch, 1. Kapitel. Ueber die Geberdensprache Henle, Anthropologische Vorträge, erstes Heft S. 14. 15 und Kleinpaul a. a. O. 2. Kapitel, sowie S. 362—369. 377—388.]

15) Ueber dieselben und damit auch zur folgenden Polemik oben §. 522 Anm. 3 g. E. und die dort Genannten, außerdem Pininski, Sachbesitz-

offenbar werden, damit eine Handlung Rechtsgeschäft sei, und anderseits verlangen viele Rechtsgeschäfte nichts anderes, als daß dieses Wollen des Einen dem Anderen, oder das beiderseitige Wollen gegenseitig oder überhaupt bekannt werde. Lehrt man dagegen, daß alle Rechtsgeschäfte Willenserklärungen und bloße Willenserklärungen seien[16]), so widerspricht dies dem wirklichen Thatbestande. Denn unmöglich kann man die Occupation, Tradition, Zahlung, die Realcontracte für bloße Willenserklärungen oder auch nur für Handlungen ausgeben, in denen das Wort die Hauptsache, das Werk oder die That Nebensache, oder in denen das Wort oder die Willenserklärung überall nothwendig sei[17]). Ein Wille ist in ihnen allen nothwendig, eine Willenserklärung nicht in allen. Eine Willenserklärung ist nothwendig zur Tradition, wenn sie den Uebergang von Besitz oder Eigenthum enthalten soll[18]); nothwendig zu der res oder dem factum des Realcontractes, wenn daraus ein Contract werden soll[19]); allein zur Occupation ist außer dem Werke (der Apprehension) nurmehr ein gewisser Wille (animus rem sibi habendi), keine Willenserklärung, kein zur Mittheilung an Dritte bestimmtes Wort nothwendig[20]). Zur Lösung von

erwerb II S. 334 fg. 539 fg. Bekker, Syst. II §. 90, h. r. und S. 73 sub 1. S. 92. 93. Hölder, Pand. S. 213 (die Willensäußerung ist eine Erklärung, oder eine reale Aeußerung). Hirsch, Sachbesitzerwerb S. 579—587. Kühn, Jher. Jahrb. XVI S. 6—8. 20 Anm. 1; Unterscheidung von Willensäußerung und Willenserklärung bei Schott, der oblig. Vertrag unter Abwesenden S. 40. Vgl. auch noch Lassalle, Syst. der erworbenen Rechte 2. Aufl. II S. 98 Anm. 4.]

16) z. B. Puchta §. 64, Windscheid §§. 70. 72, Unger, österr. Privr. §. 78, Arndts §. 63. — [Auf Seiten der Opposition des Vers. Hölder, M. Vierteljahresschr. Bd. 18 S. 178 und Pand. S. 216, Schall, Parteiwille S. 26, Regelsberger, Pand. I §. 129 Anm. 3. §. 135. VII.]

17) vgl. S. 32/3. 36 oben. Wollte man die Specification als ein Rechtsgeschäft betrachten, so müßte man auch sie als bloße That, Handlung, Werk, nicht zugleich als eine Rede, als für mündliche oder schriftliche Rede fungirend denken. Aus des Verfassers Collegheft.

18) [Bd. I §. 141 nach Anm. 4. §. 137 Anm. 7 fg., vgl. daselbst S. 508 und oben §. 561 Anm. 32. Ja beim „Realkauf" geschieht es, daß „das Uebereinkommen einzig in der That, des Gebens und Nehmens, enthalten ist": Bd. II §. 325 bei Anm. 4.]

19) [Bd. II §. 248 Anm. 3.]

20) [Bd. I S. 502: bei der Occupation „der Besitzerwerb eine einfache Handlung". Vgl. auch oben §. 561 Anm. 31. Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 17 Anm. beanstandet es einigermaßen, bei der Occupation von Erklärung zu reden. S. auch daselbst S. 55 Anm. S. 57 al. 1. S. 61 al. 2: Die Occupation verlangt keine eigentliche Erklärung, sondern nur eine Bethätigung

Obligationen, welche nur auf operae oder opera gehen, gehört nurmehr die Vollbringung des Werkes, nicht einmal mehr der auf Lösung der Obligation gerichtete Wille; allein derlei Werke sind gar keine Rechtsgeschäfte mehr. Ohne den auf den rechtlichen Effect der Handlung gerichteten Willen ist kein Rechtsgeschäft denkbar (§. 524 Anm. 1 S. 18); aber ohne Willenserklärung ist es denkbar.

Schon eingangs (S. 10, 11) wurde geltend gemacht, daß nicht alle Rechtsgeschäfte gleichmäßig Bildungen des Rechts, daß nur ein Theil derselben vom Rechte geschaffen, die andern dagegen aus dem Gebiete der gemeinen Handlungen blos adoptirt oder recipirt worden seien. Letzteres gilt an erster Stelle von denjenigen Rechtsgeschäften, welche in Werken bestehen. Von der traditio und solutio heißt es ausdrücklich, daß sie facti magis quam juris seien[21]). Dasselbe gilt aber auch von den zu Rechtsgeschäften erhobenen formlosen Willenserklärungen, wie z. B. den conventiones juris gentium. Erst in den solennen Rechtsgeschäften, welche sämmtlich Wort, Willenserklärungen, aber Willenserklärungen in gebundener Form sind[22]), haben wir eigene Rechtsbildungen vor uns.

Denkbar, und historisch nicht unwahrscheinlich ist es, daß in einer früheren Periode die Rechtsgeschäfte sämmtlich solenn waren, daß also vom Recht kein Wille der Privaten geachtet und gewährt war, der sich nicht den vom Rechte selbst geschaffenen Geschäften[23]) fügte, und in deren Formeln und Symbolen offenbarte[24]). In unseren Quellen aber sind jene

---

des Willens. Nach Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 145 Anm. 7 ist die Besitzergreifung bei der Occupation nur die Form, in welcher der erforderliche Wille erklärt werden muß. Hiergegen Karlowa, Rechtsgeschäft S. 181.]

21) l. 7 §. 3 D. cur. fur. 27, 10.

22) [vgl. oben §. 546 Anm. 13. Es „beziehen sich die Formvorschriften immer nur auf Willenserklärungen": Regelsberger, Pand. I §. 137.]

23) [vgl. oben §. 522 Anm. 13.]

24) vgl. Jhering, Geist des R. R. II, 2 S. 504 der 2. Aufl. „absolute, exclusive Herrschaft der Form" [und hier oben Bd. II §. 248 Anm. 11. 18.] Es geht mit den Rechtsgeschäften wie mit der Rede, und so ist das Rechtsgeschäft von ältester Zeit her durchweg gebunden, durchweg rythmisch. (Aus dem Zuhörercollegheft.) [Voigt, Jus naturale III S. 170 fg. („bis zur Mitte des 6. Jahrhunderts d. St. greift bezüglich des rigor die historische Ordnung Platz, daß derselbe, von vereinzelten Ausnahmen abgesehen, das Recht ausschließlich beherrscht, somit aber nur der solenne Act Rechtsact ist"). Voigt, XII Tafeln I S. 372. Jörs, Röm. Rechtswissenschaft I S. 24. 25. 80. —

anderen Geschäfte, in denen sich umgekehrt das Recht dem Privatwillen und seiner beliebigen Offenbarung fügt, nicht nur längst eingebürgert: das justinianische Recht hat die alten Rechtsschöpfungen der mancipatio und in jure cessio, den alten Literalcontract, und mehrerlei solenne Bürgschaftsformen ausgebürgert, und von ihnen nur die vereinfachte Stipulation und das modernisirte Testament nebst Codicillen übrig gelassen[25]). Im heutigen römischen Rechte vollends ist zwar der Kreis der Geschäfte nach Gattungen und Arten noch immer geschlossen (§. 546 Anm. 2); allein von solennen Geschäften besteht wenig mehr als das Testament nebst Codicillen, und im Contractsrechte ist die Möglichkeit, sich durch beliebigen Willensausdruck (consensu) zu obligiren, von der Ausnahme zur Regel geworden[26]). Die Solennität[27]), einst in den gewissen Worten und in Symbolen, dann in der Publicität (vor testes rogati oder den Magistraten) gelegen[28]), kommt, selbst beim Testament, nur mehr als Publicität und Schriftlichkeit (§. 565) vor. Symbole, im Corpus Juris nur mehr spurweise vorhanden[29]), im alten deutschen Rechtsbrauche so heimisch,

Zu §. 546 Anm. 19—21 s. auch noch Lassalle, Syst. der erworb. Rechte (2. Aufl.) II S. 128. 129 (die „Productivkraft der Formel"). Bekker, Syst. II S. 70.]

25) [vgl. Voigt, Jus naturale III §. 63 und wegen des neuen Literalcontractes auch oben Bd. II §. 311.]

26) [Bd. II S. 138. S. 566 zu Anm. 2. S. 800. Bd. III §. 372 Anm. 41. 42. §. 377 Anm. 8. §. 425 Anm. 10. §. 469 Anm. 19. 20. §. 482 Anm. 2. Wegen der Formalcontracte s. Bd. II §. 226. §. 248 Nr. 3.]

27) Zuhörercollegheft: Die Solennität ist nicht identisch mit der Rechtsförmlichkeit oder Gebundenheit, sondern innerhalb derselben ausgezeichnet. Die stipulatio war ein rechtsförmliches Geschäft (Mündlichkeit, Frage und Antwort), aber nicht solenn; sonst hätte nicht der Pupille sine tutore stipuliren können. Denn zu solennen Handlungen, mögen sie oneros sein oder nicht, bedarf er der tutoris auctoritas: Bd. I §. 55 Anm. 27. In ähnlicher Weise ist unser Wechselversprechen zwar ein rechtsförmliches, aber kein solennes Geschäft. Unter Solennität ist eine gewisse Feierlichkeit zu verstehen, und diese wieder nicht ohne eine gewisse Oeffentlichkeit zu denken. [Wegen dieser Publicität s. auch §. 565. In einer, wie es scheint, älteren Niederschrift des Verf. selber heißt es hingegen: „Die Solennität theils Publicität theils Formalität."]

28) Dirksen, Versuche, Nr. 1. Beitrag zur Geschichte des röm. Formelwesens. Vgl. auch z. B. Bd. I §. 42 nach Anm. 4.

29) Oben Anm. 13 und z. B. l. 1 §. 6 D. quod vi aut clam 43, 24 [vgl. Ubbelohde, Interdicte I S. 213/4), ferner Bd. II §. 325a Anm. 40. Definition des Symbols und Beispiele römischer Symbole bei Jhering, Geist des R. R. II §. 45a vor und nach) Anm. 672. §. 47

sind auch im heutigen Rechtsleben nicht ausgestorben [30]), allein rechtliches Erforderniß sind sie nirgends.

§. 564.

Zeichensprache. Stillschweigende Willenserklärungen.

Seitdem zur Willenserklärung nirgends mehr bestimmte Worte nothwendig sind, ist — mit Ausnahme vielleicht der Erbeinsetzung [1]), zum Theil der Novation [2]), und wo sonst das Gegentheil ausdrücklich verordnet wäre [3]) — Willenserklärung sogar ohne Worte möglich. Denn überall wo keine certa ac solennia verba nothwendig waren, waren von jeher anstatt des Wortes

1. Werke möglich, welche, verabredeter- oder herkömmlicherweise, nicht etwa blos im Recht wie die Symbole, sondern im Umgange überhaupt lediglich die Bestimmung haben, anstatt eines Wortes zu dienen — gewisse Zeichen, Geberden [4]), oder

Anm. 752 fg. S. ferner Voigt, XII Tafeln I §. 18: „der gestus". Bechmann, Kauf I S. 170—74.]

30) wie z. B. die Pfandstöcke, symbolische Besitzergreifungen, wie deren zwei notariell und ausführlich in den gräflich Metsch'schen Verlassenschaftsacten des Amtes Dresden 1765, lit. M. Nr. 170 beschrieben sind. — [Wegen des alten deutschen Rechtsbrauchs s. Amira in Pauls Grundriß der German. Philologie, XI. Abschnitt („Recht") S. 168.]

1) Bd. III §. 372 Anm. 43. 44 vgl. 41. 42. [Wegen der Enterbung §. 378 Anm. 8. 9. 12.]

2) Bd. II §. 282 a Anm. 15. [Zu den Gegnern auch Regelsberger, Pand. I §. 20 Anm. 8. §. 137 Anm. 5. §. 138 Anm. 6.]

3) z. B. Bd. III §. 416 Anm. 10, [vgl. §. 410 Anm. 7. §. 379 Anm. 8—11. S. auch die Stelle aus Cic. de or. I, 40 oben Bd. I §. 43 Anm. 28.]

4) §. 563 Anm. 14. — et nutu solo pleraque consistunt: l. 52 §. ult. D. o. et a. 44, 7. l. 17 D. nov. 46, 2. l. 21 pr. D. leg. III l. 1 §. 3 D. assign. lib. 38, 4 cf. l. 1 §. 2 D. v. o. 45, 1 (contra si sine verbis adnuisset); Nemo dubitat recte ita heredem nuncupari posse „hic mihi heres esto," cum sit coram, qui ostenditur: l. 59 (58) pr. D. her. inst. 28, 5; — nihil referre . . . proprio nomine res appelletur an digito ostendatur — l. 6 D. reb. cr. 12, 1; Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod paene nihil a nomine distat: l. 9 §. 8 D. her. inst. 28, 5. Savigny, Syst. III S. 243 not. c. d. [l. 29 D. adopt. 1, 7. Zitelmann, Iher. Jahrb. XVI S. 368. Ehrlich, Stillschw. Willenserkl. S. 52. 53. Oben Bd. III §. 425 Anm. 11 (wo pr. statt §. 3 zu lesen ist). Bd. II §. 327 b Anm. 8. Ueber den nutus und die juristische Mimik Voigt, Jus naturale III S. 91. 92.] — Hierher die Frage nach den notae, welche den litteris bewußt entgegengesetzt werden und

2. Handlungen, welche nächst der Bestimmung, die sie als Rechtsgeschäfte oder gemeine Handlungen, Worte oder Werke, schon an und für sich haben, die Function eines Wortes noch außerdem erfüllen (s. g. facta concludentia mit tacita voluntas oder stillschweigender Willenserklärung)[5]. Denn viele von unseren Handlungen lassen sich nicht, oder nicht leicht denken,

zwar für das testamentum militis (l. 40 pr. D. test. mil. 29, 1), nicht aber für die bonorum possessio secundum tabulas genügend sind: quia notas litteras non esse Pedius l. 25. ad edictum scribit: l. 6 §. 2 D. bon. poss. 37, 1, vgl. oben §. 563 Anm. 12. — [Hierher ferner die verschiedenen Weisen der direkten Vernichtung einer fixirten Willenserklärung, z. B. das incidere, inducere und cancellare: Bd. III §. 377 Anm. 19—24. §. 429 Anm. 21 (l. 16 D. adim. leg. 34, 4) sowie l. 24 D. prob. 22, 3. Endlich auch der Handschlag in Bd. II §. 325a Anm. 34. Vgl. Ehrlich, Stillschw. Willenserkl. S. 107. 108.]

5) [Die Kritik der stillschweigenden Willenserklärung bei Schall, Parteiwille S. 24 Anm. 14 enthält eine Identifizirung der facta concludentia mit den stillschweigenden Willenserklärungen. Zur Terminologie s. auch Eisele, M. Vierteljahresschr. XX S. 18 (gegen Schloßmann, Vertrag S. 48 fg.), Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 335 und Bekker, System §. 93 Beil. I. — Schliemann, Lehre vom Zwang S. 103 fg. und ähnlich Zitelmann, Irrtum S. 261 fg. unterscheiden ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung nicht nach der Operation, durch die der Wille erkannt wird (Association beim direct, Conclusion beim indirect erklärten), sondern durch die Beschaffenheit des Erklärungsmittels (das, sei es durch die Regel des Lebens, sei es durch besondere Satzung ein für alle Mal zum Mittel bestimmt ist, oder nicht). Diese Differenz führt aber nicht zu verschiedener Gruppenbildung, da eben da, wo eine Handlung nicht regelrechtes Erklärungsmittel ist, zugesehen werden muß, „ob sich nach den concreten Umständen aus ihr eine bestimmte Absicht folgern läßt". Gegen die Schliemann'sche Unterscheidung Arndts §. 64 Anm. 3 und Leonhard, Irrthum S. 198 Anm. 4, der jedoch selber S. 201 (s. auch 205) als stillschweigende Erklärung eines Gedankens (wohl auch Willens) schon jede Klarlegung desselben in einer andern Form definirt „als in den nach dem Sprachgesetze für ihn bestimmten Worten". Vgl. Lotmar, M. Vierteljahresschr. Bd. 25 S. 416. 417 und Pininski a. a. O. S. 439 Anm. 1. Kritische, doch nicht einwandfreie Berichterstattung über die neuere Lehre von der stillschweigenden Willenserklärung bis 1888 bei Hartmann, Arch. f. civ. Pr. Bd. 72 S. 164—174. Nach Wendt S. 106 liegt hier „nicht eigentlich eine Willenserklärung vor, sondern mehr Vollzug und thatsächliche Ausführung des Willens" — was den Fällen der Anm. 14 fg. nicht gerecht wird. Aehnlich mit geflissentlicher Beschränkung auf die „Realisirung des internen Beschlusses" Kohler, Arch. f. bürgerl. Recht I S. 318. Fortschritt bei Bekker a. a. O. durch die Kritik der Vorgänger und durch den Nachdruck, mit dem er Dasein und Fehlen des „Erklärungswillens" (vgl. oben §. 523 Anm. 4) unterscheidet, während sein Vorschlag stillschw. Willenserkl. anzunehmen, wo die Kundgebung des „Geschäftswillens" „mittelst negativer Zeichen, Nichtsthun, Schweigen geschieht," gegen sich hat, daß das Nichtsthun für sich allein nicht kundgibt. Fortschritt ferner bei Hölder §. 41 Anm. 2, indem er den „Gegensatz der unmittelbaren und der mittelbaren Willensäußerung vom Gegensatze der realen Willensäußerung und der Willenserklärung" unterscheidet und der möglichen Combinationen gedenkt. S. auch schon oben Bd. III §. 394 Anm. 7 a. E.

ohne daß außer dem Wollen, welches in ihnen schon an und für sich verwirklichet oder ausgedrückt ist, noch ein anderes stattfindet[6]). Solche Handlungen werden, was immer sonst

---

Ehrlich, Stillschw. Willenserkl. (1893) stellt (unter Ausschluß der Erbrechtsgeschäfte und der Ermächtigung) eine sehr große Zahl von Fällen zusammen, in welchen die röm. Quellen, die Literatur und die Praxis von stillschw. Willenserkl. reden, während, wie er zeigt, die Vorgänge nicht gleichartig sind, sondern in verschiedene Gruppen auseinanderfallen. Indem er nicht auf bloße Wiedergabe und Aufrechterhaltung der röm. Anschauung, sondern auf freie Dogmatik ausgeht, kann er das Resultat aufstellen, daß die stillschw. Willenserkl. „nichts ist als ein Irrthum", „ein verschwommener Begriff": wo eine dem Partner gegenüber und behufs Kundgebung des Geschäftswillens vorgenommene positive Handlung vorliegt, soll, ohne Unterschied der Handlung, ausdrückliche Willenserkl. gegeben sein, mögen gleich die Römer von tacite gesprochen haben (z. B. oben §. 562 Anm. 12). In allen anderen Fällen soll keine Willenserklärung gegeben sein, mögen gleich die Römer die eintretende Rechtswirkung auf stillschw. Willenserkl. zurückführen (z. B. die relocatio tacita, ferner unten §. 572 Anm. 11g. E. Anm. 17, vgl. auch die hier folg. Anm. 6). Dem implicirten unbewußten Willen (vgl. Hölder S. 217) wird dabei nicht immer (z. B. S. 172 Z. 6 fg.) Rechnung getragen. Endlich nach Regelsberger, Pand. I §. 138 handelt es sich bei dem Gegensatz von ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung „nur um die größere oder geringere Unzweideutigkeit des Willensausdrucks". Allein wenn „die Gesetze zuweilen die erstere fordern, häufig auch die zweite zulassen," so scheint ein Unterscheidungsmerkmal erforderlich zu sein.]

6) [Auch ohne solches, daher uneigentlich spricht man von stillschweigender Vereinbarung (oder ähnlich), wo man eine vom Recht ohne Nachfrage nach dem Willen, somit auch ohne Conclusion auf denselben, statuirte Rechtsfolge, als solche angeben (vgl. tacito iure in l. 67 D. a. v. o. h. 29, 2), oder erklären, d. h. historisch, nämlich aus Privatdisposition ableiten möchte. S. z. B. außer dem pignus tacitum in tit. D. 20, 2 (Bd. II §. 354 Anm 26. 27. Bd. I S. 362), der traditio tacita: l. 2 D. pro soc. 17, 2, tutorem datum tacite: §. 1 J. qui dari tut. 1, 14, besonders l. un. §. 13b C. rei ux. act. 5, 13: neque volumus videri extraneum tacitam stipulationem fecisse, §. 29 J. act. 4, 6: tacitam ei dedimus hypothecam, l. 6 §. 4 C. bonis quae lib. 6, 61: tacitas hypothecas veteres leges introduxerunt. Ferner z. B. oben Bd. I §. 76 Anm. 2. 3. §. 175 Anm. 28. §. 188 Anm. 10. §. 190 Anm. 11. Bd. II §. 225 Anm. 5. §. 233 II, 1. §. 239 Anm. 13. §. 244 zu Anm. 20. §. 246 Anm. 16 a. E. §. 249 Anm. 10. §. 250 Anm. 23. S. 168. §. 257 S. 194. Anm. 13. §. 268 Anm. 14. §. 269 S. 267. §. 270 Anm. 19. §. 276 Anm. 24 (vgl. Bd. III §. 479 Anm. 9). §. 278 zu Anm. 14. §. 279 Anm. 8. §. 280 Anm. 28—31. §. 300 Anm. 17. §. 306 Anm. 1. §. 318 Anm. 7. §. 327b Anm. 78. 81. §. 333 Anm. 10. §. 335 nach Anm. 33. §. 336 S. 795 Anm. 10. §. 352 Anm. 6. §. 354 Anm. 8. S. 873 unten. S. 874. Bd. III §. 391 zu Anm. 24. §. 405 Anm. 25. §. 415 zu Anm. 43. S. 325. S. 387. §. 424 Anm. 13. § 426 Anm. 5. S. 738 oben. §. 487 Anm. 11. Bd. IV §. 538 Anm. 2. §. 548 Anm. 7 fg. S. 191—193. §. 549 nach Anm. 1. Anm. 4. S. 201. §. 570 Abs. 1. Zur Kritik solcher stillschweigender, vielmehr fingirter Willenserklärung s. Windscheid §. 72 Anm. 12 und dort Genannte, sowie Lotmar, M. Vierteljschr. Bd. 25 S. 417, Bekker, Syst. II S. 69. 73. 80. 101, Regelsberger, Pand. I S. 506 und vorzüglich Ehrlich, Stillschw. Willenserkl., der sich an vielen Stellen mit Nachdruck, aber nicht immer mit Nachsicht gegenüber der

ihr Inhalt und ihre Bedeutung sei, noch nebenher zum Wort, zur Willenserklärung, indem sie einen sonst unausgesprochenen Willen verrathen, von ihm Kunde geben oder Zeugniß ablegen [7]; allein zur stummen Sprache, zur unsichtbaren Schrift, zur „stillschweigenden" Willenserklärung, indem sie, was diesen ihren mitunterlaufenden Sinn betrifft, nicht durch Aug und Ohr, sondern nur durch den Verstand, mittelst Folgerung, erfaßt werden [8] (facta concludentia) [9]. Solche stillschweigende

historischen Entwicklung wider die fragliche Annahme eines rechtsgeschäftlichen Willens wendet, die ihm nur „eine für die juristische Construction unbrauchbare Fiction" ist: z. B. S. VII. 21—23. 41 fg. 234. 235. 249. 271/2. 276. 283. 289.]

7) [Dies wird getroffen von der Polemik bei Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 442 fg., besonders im Satz: „Beim sog. concludenten Verhalten wird der Schluß nicht darauf gezogen, daß die Person nur innerlich eine Rechtsfolge wollte oder wünschte, sondern daß sie dieses Vorhaben gerade durch dieses Thun oder Nichtthun zum Ausdruck hat bringen wollen." Aber bei dieser letzteren Schlußfolgerung muß ich des Daseins jenes Vorhabens gewiß sein (da Niemand ein Vorhaben zum Ausdruck bringen wollen kann, das er nicht hat), und wie soll ich zu dieser Gewißheit gelangen, wenn nicht durch die ersterwähnte Schlußfolgerung. (Vgl. Bekker, Syst. II S. 79 unten.) Dazu kommt nach demselben Autor (S. 445), „daß bei stillschweigenden Willenserklärungen thatsächlich sehr oft der innere Wille, eine Erklärung abzugeben fehlt, und daß es dem Erklärenden nicht erlaubt ist, sich darauf zu berufen, daß er im Irrthum über die Normen des Rechts oder der Lebenssitte befangen, nicht wußte, sein Verhalten sei ein „concludentes"! Vgl. Anm. 9.]

8) [Die Schärfe oder die Haltbarkeit dieser Definition scheint Regelsberger, Pand. I §. 138 Anm. 5 durch den Hinweis („indeß") auf den unten S. 277 Z. 12. 13. stehenden Satz in Frage stellen zu wollen. Allein die von Brinz definirte Thatsache, daß Worte oder Werke neben dem in ihnen ausgedrückten oder verwirklichten Willen einen unausgedrückten verrathen, wird von dem Vorkommniß der Zweideutigkeit von Worten, d. h. der Ungewißheit des durch dieselben ausgedrückten Willens nicht berührt. — Die oben genannte Erfassung „durch den Verstand, mittelst Folgerung" ist weit entfernt von dem was Hartmann, Arch. f. civ. Pr. Bd. 72 wiederholt, z. B. S. 272 „eine nach formaler Logik zu machende Folgerung auf den wirklichen inneren Willen" nennt und herabsetzt.]

9) [Vgl. oben Bd. III §. 394 zu Anm. 7. Ebenso Voigt, Jus naturale III S. 93, Bechmann, Kauf I S. 173, Leonhard, Irrthum S. 198 Anm. 1, ähnlich Hölder S. 213 al. 2.] — Dabei kann ein gewisses scire oder nescire des Handelnden als Argument für oder gegen die Annahme eines solchen unausgesprochenen Willens dienen, was mit der Causalität des Irrthums in Verbindung steht: oben S. 30 §. 527 Anm. 26, unten Anm. 27, [oben Bd. III §. 420 Anm. 19 („im Gegensatze zu dem der aus Irrthum ganz zahlt") nebst l. 6 C. fideicom. 6, 42 (Bd. III §. 415 Anm. 37). l. 23 C. loc. 4, 65. l. 17 D. a. v. o. h. 29, 2. l. 19 D. inoff. test. 5, 2 (Bd. III §. 379a Anm. 4). Mit dieser strengeren Anforderung an die scientia hängt die beifallswürdige Bemerkung von Bekker, Syst. II S. 74 zusammen: „Es scheint unabweislich, daß die absichtliche (ausdr. = dolose) WE. den Erklärenden fester binde als die unabsichtliche (stillschw. = kulpose) WE. und daß

Willenserklärungen nun wurden, wenn sie ihrem Inhalte nach zu denjenigen Geschäften zählten, die der certa ac solennia verba nicht bedurften, so gut wie die ausdrücklichen Willenserklärungen zu Rechtsgeschäften; wo kein bestimmtes Wort, ward das Wort überhaupt nicht mehr nothwendig, gab es „Rechtsgeschäfte ohne Worte“ [10]).

Fälle, die zur Aufstellung solcher tacitae conventiones, überhaupt stillschweigender Willenserklärungen führten, sind die Zurückgabe des Schuldscheins, und die Vorauseinnahme von Zinsen, in denen beiden ein tacitum pactum de non petendo [11]), — Annahme des Kaufschillingsrestes nach der Zahlfrist, worin ein stillschweigender Verzicht auf die lex commissoria [12]), oder der Erlösantheile aus Erbschaftsstücken, worin stillschweigende Zustimmung zur Veräußerung durch den Miterben gelegen ist u. s. f. [13]). Ueberall hier besteht das schlüssige Faktum nicht in bloßer Willenserklärung, aber immerhin in Rechtsgeschäften. Eben so leicht aber besteht es in Rechtsgeschäften, welche bloße Willenserklärungen sind [14]), indem z. B. in dem Vermächtniß

ihm die Ablehnung der normalen Erklär.folgen bei jener schwerer gemacht werde als bei dieser.“ S. auch Röver, Bedeutung des Willens S. 36. Ueber den Irrthum bei stillschweigenden Willenserklärungen ausführlich, doch nicht unanfechtbar, Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 445—53.]

10) l. 2 pr. D. pact. 2, 14: Labeo ait — etiam tacite consensu convenire intellegitur — l. 4 pr. eod. — conventiones etiam tacite valent —.

11) l. 2 §. 1. l. 57 pr. eod. [l. 2 §. 6 D. doli mali 44, 4. l. 7 C. rem pign. 8, 25 (26). l. 2 C. pact. 2, 3. Bd. II §. 291 Anm. 3. Jedoch s. auch l. 14 C. solut. 8, 42. Insofern l. 57 cit. einen dies enthält oder in einem solchen Falle ein dies vorkommen kann, ist nicht zuzugeben, daß Befristungen nur zu ausdrücklichen Willenserklärungen passen, wie Bekker, Syst. II S. 74 sagt; s. auch l. 13 §. 11 D. loc. 19, 2. In l. 57 cit. sieht Zitelmann, Irrtum S. 266 ausdrückliche Willenserklärung, s. unten Anm. 35.]

12) l. 6 §. 2. l. 7 D. leg. com. 18, 3. [l. 38 pr. D. min. 4, 4. Hierher die Annahme eines „auf den ursprünglichen Stand reducirten statt des durch mora erweiterten Gegenstandes“ als stillschweigende Verzeihung der mora: Bd. II S. 305 fg. Fernere ähnliche Fälle stillschweigenden Verzichtes oben §. 561 Anm. 21, sodann noch l. 5. l. 8 C. usur. 4, 32. l. 10 in f. D. de eo quod c. l. 13, 4. l. 13 pr. l. 17 §. 1 D. usur. 22, 1. l. 31 §. 17 D. aed. ed. 21, 1. Bd. II §. 280 Anm. 28. Ehrlich, Stillschw. Willenserkl. S. 95—97.]

13) l. 12 D. evict. 21, 2. [Bd. II §. 328 Anm. 33 vgl. unten Anm. 34.]

14) [vgl. oben §. 563 Anm. 9 und die „concludenten Worte, Anordnungen“ in Bd. III §. 429 Anm. 21, nebst der daselbst genannten eine tacita ademtio legati enthaltenden translatio. „Concludente Aeußerungen“: Bd. III §. 425 Anm. 12 und der dort citirte Arndts. Bd. III §. 421 Anm. 9. §. 423 Anm. 3. Bd. II §. 272 Anm. 32 („indirecte Redeweise“). Ursprünglich (d. h.

einer ohne Servitut unbrauchbaren Sache stillschweigend auch das einer Servitut liegt, wenn sie der Erblasser bestellen konnte[15]), — in der Gestattung einer mit der Ausübung meiner Servitut unvereinbaren Vorrichtung ein Verzicht auf die Servitut[16]), — in einem Gesuch um Zahlfrist der Verzicht auf Appellation[17]), — in der Einlassung vor einem bewußt incompetenten Forum eine Prorogatio[18]) u. s. f. Seltener ist das schlüssige Faktum gar kein Rechtsgeschäft mehr; doch kann man manche Handlungen der pro herede gestio[19]), ferner die factische Fortsetzung von Pacht und Miethe[20]), dafür anführen.

bevor die substitutio duplex präsumirt wurde) gehörte auch die substitutio tacita hierher: Bd. III §. 374 Anm. 32 fg. Wegen der Erbeinsetzung durch stillschweigende Erklärung s. Bd. III §. 372 Anm. 44. Vgl. auch Bd. I §. 20: „unsere Strafgesetze sind durchweg das Verbot der unerlaubten Handlung stillschweigend in sich fassende Strafandrohungen." Ebenso Bd. I S. 211 al. 1. S. ferner l. 11 §. 2 D. divort. 24, 2. l. 17 §. 1 D. a. v. o. h. 29, 2. l. 1 §. 1 D. lib. leg. 34, 3. l. 5 §. 2 D. in quib. caus. 20, 2. Stillschweigende Einsetzung der Intestaterben durch in Testamentsform gekleideten Widerruf eines Testaments: Dernburg III §. 94 Anm. 8 vgl. §. 86 sub 2, a. Promissorischer Eid als pro herede gestio: l. 62 pr. D. a. v. o. h. 29, 2 (Pernice, Labeo III S. 51, vgl. Lotmar, Canis § 55). Regelsberger, Vorverhandlungen S. 9 sub a. Windscheid, Arch. f. civ. Pr. Bd. 78 S. 168. Voigt, Jus naturale III Anm. 506.]

15) l. 15 §. 1 D. usufr. leg. 33, 2. [S. auch Bd. I §. 200 Anm 8. Bd. III §. 415 Anm. 54.]

16) l. 8. D. quemadm. serv. 8, 6, [cf. l. 4 §. 12 D. doli m. exc. 44, 4.]

17) l. 5 C. re iud. 7, 52. [Vgl. Bd. III §. 398 Anm. 14. 17 und Gai. IV, 163 (arbitrum postulaverit, quasi hoc ipso confessus videatur etc.).]

18) arg. l. 2 pr. D. iud. 5, 1. [l. 15 D. iurisd. 2, 1.]

19) z. B. iumenta pavit, aedes fulsit etc. l. 20 §. 1 D. a. v. o. h. 29, 2. [Bd. III §. 393 Anm. 7. §. 394 Anm. 2. 5. §. 431 Anm. 6. 7. Vgl. auch Bd. I §. 149 Anm. 49. 50. Bd. III §. 429 Anm. 21.]

20) l. 13 §. 11. l. 14 D. loc. 19. 2. [l. 16 C. eod. 4, 65. Bd. II §. 331 Anm. 41, vgl. l. 4 §. 4 D. prec. 43, 26 und Regelsberger, Vorverhandlungen S. 10/11, Ehrlich, Stillschw. Willenserkl. S. 79. 120. 121. 133/4. — Außer allen obigen Fällen s. noch Bd. III §. 482 nach Anm. 2 und Anm. 20. 22—24 (dos tacita?) und Anm. 21 mit l. 38 pr. D. j. d. 23, 3 (tacita dotis redintegratio) §. 491 nach Anm. 7. §. 379a Anm. 8 g. E. (Anerkennung eines Testaments durch facta concl.). §. 429 Anm. 21 (Zurücknahme des Legats durch Veräußerung des Vermachten), dazu l. 32 §. 5 D. don. i. v. et u. 24, 1. l. 12 C. eod. 5, 16 und oben §. 545 zu Anm. 53 nebst Bechmann, Kauf II S. 243 fg. (In l. 12 cit. sieht Zitelmann, Irrtum S. 267 ausdrückliche Willenserkl. vgl. unten Anm. 35). Ferner Bd. II §. 272 Anm. 32. §. 297 Anm. 46. §. 307 bei Anm. 15 (das „Setzen" beim Spielen als Ausdruck des Versprechens). §. 248 Anm. 3. §. 335 Anm. 58 („eine Kündigung in sich schließt"). Bd. I §. 181 nach Anm. 4 (Besitzprätension durch Apprehension). Ueber stillschw. Ratihabition (non tantum verbis sed etiam actu: l. 5 D. rem r. h. 46, 8):

Aber auch das Stillschweigen, das in einer gewissen Gruppe von Fällen auf einen gewissen Willen schließen läßt, ist an sich gemeines Faktum, und wird erst folgerungsweise zur Zustimmung oder Entsagung, und damit zum Rechtsgeschäft [21]).

Diese Folgerungen aus dem Stillschweigen sind — das muß gegen Savigny, System III §. 132 eigens hervorgehoben werden — nichts anderes als eine Species der stillschweigenden Willenserklärungen [22]), mithin wie diese nicht nur in den von den Quellen aufgeführten Fällen, sondern allenthalben statthaft und geboten, wo nach allgemeinem Gesetze eine stillschweigende Willenserklärung anzunehmen ist, also mit nichten Ausnahmen von der Regel, daß Stillschweigen nichts als Stillschweigen, mit nichten Ausnahmen, die von ganz positiver Natur und durch weitere Fälle nicht zu vermehren seien [23]). Wo das Stillschweigen, nebstdem daß ein Nichtredenwollen aus ihm erhellt, noch auf ein anderes Wollen schließen läßt, ist es gerade so gut ein concludentes Faktum, als unter derselben Voraussetzung die positive That oder die ausdrückliche Willenserklärung [24]). Allerdings läßt sich aus dem Stillschweigen dessen,

L. Seuffert, Ratihabition S. 140, Mitteis, Stellvertretung Anm. 272. Schluß auf Consens aus Unterschreibung oder Besiegelung des Zeugen: Bruns, Unterschriften in den r. Rechtsurkunden S. 119 fg. (Kl. Schriften II S. 103. 104).]

21) [vgl. oben §. 522 Anm. 5. — Statt von Stillschweigen spricht Hölder, Pand. S. 214 umfassender von Unterlassung, nämlich von durch eine Unterlassung sich vollziehenden mittelbaren Willensäußerungen. Vgl. auch Regelsberger, Vorverhandlungen S. 11 sub d. Schloßmann, Vertrag S. 64. Bekker, Syst. II §. 83, a: um Rechtsgeschäft zu sein, muß das Schweigen Willenserklärung, Handlung, also die Nichtbewegung gewollt sein.]

22) [Genau so Baron §. 62; so schon Schliemann, Zwang S. 106. 109 fg., während nach Zitelmann, Irrtum S. 262 das Schweigen „eine ausdrückliche Willenserklärung sein kann, dann nämlich, wenn es ganz allgemein nach Verkehrsbegriffen als übliches Erklärungsmittel erscheint". Vgl. oben Anm. 5. Schweigen als Mittel ausdrücklicher Willenserklärung bei Bekker, Syst. II §. 83, a. g. und S. 20 a. E. Anders Ehrlich, Stillschw. Willenserkl. S. 57, der betont, daß nicht im Stillschweigen, sondern im ganzen Verhalten der Partei die Willenserklärung liege. „Dieses Verhalten hat aber als Willenserklärung ganz denselben Character, den das Wort oder das Zeichen als Willenserklärung haben —". Jedoch hat hierbei Ehrlich das Stillschweigen unter Anwesenden im Auge, s. S. 173.]

23) Savigny a. a. O. S. 249, [dagegen z. B. Dernburg I §. 98 Anm. 15. Bekker, Syst. II S. 19. 20.]

24) [Daher „beredtes Schweigen". Vgl. auch z. B. Don Quixote ed. Tieck II S. 490: „das Schweigen war das, wodurch sich die beiden Liebenden

der auf an ihn gerichtete Anfragen, Offerte, keine Antwort gibt, selbst wenn man ihm Präjudize setzt, nichts folgern, weder Ja noch Nein, weder Annahme, noch Ausschlagung [25]), es läge denn irgend eine rechtliche Verpflichtung zur Antwort vor [26]), wie bei den interrogationes in jure (D. 11, 1), oder zufolge des edictum de agnoscendis et alendis liberis (l. 1 §. 4 D. h. t. 25, 3). Dagegen aus dem Stillschweigen dessen, der, was er zu wehren berechtiget oder gar berufen ist, stillschweigend geschehen läßt, muß man — vorausgesetzt nur daß er bewußt geschwiegen [27]) — auf Zustimmung schließen [28]); auf diese muß

hier besprachen, und die Augen waren ihre Zungen, womit sie ihre fröhlichen und keuschen Empfindungen entdeckten."]

25) Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare: l. 142 D. r. j. 50, 17. [Nimmt man utique für „unter allen Umständen", so paßt die Stelle auch auf das oben Folgende und Anm. 26. Daß sich der Ausspruch ursprünglich auf die confessio in iure bezogen hat, bewirkt nicht, wie Dernburg I §. 98 Anm. 14 meint, daß ihm im Pandektenrecht „nicht eine allgemeine Bedeutung" zukommt. — Auf das Präjudiz, daß Schweigen als Acceptation gelten solle, bezieht Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 368 die l. 74 D. r. j. 50, 17: Non debet alteri per alterum iniqua condicio inferri.]

26) [Ehrlich, Stillschw. Willenserkl. S. 174. 220 mit Hinweis auf Degenkolb, Einlassungszwang S. 20. — Auch ohne rechtliche Verpflichtung „kann das Schweigen als Einwilligung gelten, wenn es unter den gegebenen Umständen nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht anders sich auffassen läßt, als daß man dadurch den Consens habe erklären wollen": Wächter, Pand. I S. 363. Regelsberger in Endemanns Handbuch II S. 451. Die entsprechende Praxis bezeugt und befürwortet auch Hartmann, Arch. f. civ. Pr. Bd. 72 S. 224—30. Gleichen Sinnes Baron §. 62 nach Anm. 9, Bekker, Syst. II S. 20 und Hölder, Pand. S. 214. Regelsberger, Pand. I §. 138 IV. Schon in unserm Text scheint denselben zu finden Hartmann, Jher. Jahrb. XX S. 32 Anm. 21. Ein Beispiel unten §. 572 sub c.]

27) denn errantis voluntas nulla est: l. 19. l. 20 D. a. pl. a. a. 39, 3 oben §. 525 Anm. 8. 18 und S. 30, [ferner z. B. l. 1 §. 5 D. exerc. act. 14, 1 cit. in Anm. 29 (si scit). l. 69 pr. D. iure d. 23, 3 (viro sciente). l 38 §. 1 D. don. i. v. e. u. 24, 1 (si id scissent). l. 60 §. 6 D. locati 19, 2 (cum sciret). Röver, Bedeutung des Willens S. 36—39. Nach Regelsberger, Pand. I §. 138 IV steht dem Bewußtsein gleich, daß der Mangel desselben „zur Nachlässigkeit gereicht".]

28) [Vielleicht die älteste, jedenfalls eine sehr ausgedehnte Anwendung bei der in iure cessio (als manumissio vindicta u. s. w.) Gai. II, 24 — quo negante aut tacente — Bethmann-Hollweg, R. Civilproc. I § 36 Anm. 3. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 203 Anm. 2. S. auch oben Bd. I §. 80 Anm. 9. Ehrlich, Stillschw. Willenserkl. S. 241. 246. 247 entnimmt den Quellen (l. 5 §. 2 D. de do. ma. exc. 44, 4. l. 3 pr. D. mort. inf. 11, 8. l. 28 D. com. div. 10, 3. l. 19. l. 20 D. aqua et aq. pl. 39, 3. l. 13 §. 7 D. damn. inf. 39, 2) das „Princip, daß derjenige, der zusieht, wie durch einen Bau in seine Rechtssphäre eingegriffen wird, das Recht verwirkt,

man schließen, wenn man seinem Stillschweigen nicht den Vorbehalt oder die Absicht nachträglicher, arglistiger Vereitlung des Geschehenen unterstellen soll[29]).

Auf diese naturgemäße Folgerung aus dem Faktum des Stillschweigens führt fast alles zurück, was Savigny a. a. O. als positive Ausnahme von der angeblichen Regel hinstellt, daß aus dem Stillschweigen nichts zu folgern sei. So der Satz in l. 4 §. 3 D. fidej. (27, 7) [Bd. III §. 502 Anm. 15]; in l. 2 pr. D. ad munic. (50, 1); l. 1 C. filiof. et quemadm. pater pro his ten. (10, 60); l. 38 (37) pr. D. ad SC. Treb. (36, 1); l. 12. l. 16 D. ad SC. Mac. (14, 6); l. 1 §. 3 D. tribut. act. (14, 4); l. 13 §. 11 D. loc. (19, 2); l. 6 §. 2 D. mand. (17, 1); l. 60 D. r. j. (50, 17) [Bd. II §. 334 Anm. 15. §. 321 Anm. 32]; l. 19 D. a. pl. arc. (39. 3)[30]). Wären diese Sätze

die Wiederherstellung des früheren Zustandes zu fordern, falls er sich gegen den Bau nicht rechtzeitig verwahrt". Er verwirft die Berufung auf stillschweigende Willenserklärung, welche Berufung auch den Quellen fremd sei. Immerhin recurrirt doch l. 20 cit. auf voluntas. Vgl. auch Regelsberger, Pand. I §. 129 nach Anm. 7.]

29) [l. 8 §. 15 D. quib. mod. pign. 20, 6: Non videtur autem consensisse creditor, si sciente eo debitor rem vendiderit, cum ideo passus est veniri quod sciebat ubique pignus durare — steht darum nicht entgegen weil man vom Pfandgläubiger nicht sagen kann, daß er den Verkauf der Pfandsache durch den Schuldner „zu wehren berechtiget oder gar berufen ist". Vgl. Dernburg, Pfandrecht II S. 6. 12 fg. 20 fg. 550 fg. (dortselbst auch Fälle der Berechtigung und Berufung). Hartmann a. a. O. S. 203 hat den angeführten Theil der l. 8 §. 15 cit. nicht berücksichtigt, hingegen in Jher. Jahrb. XX S. 45 Anm. 29 mit l. 2 C. si aliena res 8. 15 (16) einen weiteren Beleg zum Text beigebracht. Dieser Beleg auch oben Bd. II §. 318 Anm. 52 am E. §. 354 Anm. 21. Für die Möglichkeit „stillschweigender" auctoritatis interpositio des Vormundes (der „zu wehren berechtiget oder gar berufen ist" nach Bd. III §. 496 Anm. 13 und Brinz, Münchner Festgabe f. Planck S. 155), wegen l. 1 § 1 u. l. 9 §. 6 D. auct. et cons. 26, 8 Schliemann, Zwang S. 112, Voigt, Jus nat. III Anm. 492 und Hartmann a. a. O. S. 191/2 gegen Leonhard, Irrthum S. 191 Anm. 2. — l. 1 §. 5 D. exerc. act. 14, 1 — ceterum si scit et passus est eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur. l. 53 D. mand. 17, 1: qui fide alterius pro alio fideiussit praesente et non recusante, utrosque obligatos habet iure mandati. — Paul. r. s. V. 6, 11: Precario possidere videtur. . . et is qui nullo voluntatis indicio, patiente tamen domino possidet: Bd. I §. 184 Anm. 30.]

30) [S. ferner Regelsberger, Vorverhandlungen S. 11 sub c: l. 18 D. mand. 17, 1 (Mitteis, Stellvertretung Anm. 377). l. 60 §. 6 D. loc. 19, 2. l. 12 D. evict. 21, 2. l. 38 §. 1 D. don. i. v. e. u. 24, 1 und der (von Schloßmann, Vertrag S. 63. 64 angefochtene, von Hartmann, Arch. f. civ. Pr. Bd. 72 S. 222 gebilligte) Satz, „daß das Schweigen in

„positive Ausnahmen" (jus singulare), so würden sie in Gesetzen, Senatusconsulten, Constitutionen aufgestellt sein; nun aber zeigen sie sich als das bloße Product der Jurisprudenz, der Rechtsanwendung, der Willensauslegung [31]). Was erst durch Gesetz zur Folge des Stillschweigens wird [32]), ist allerdings keine stillschweigende Willenserklärung. Auch dasjenige Stillschweigen gehört nicht hieher, was als solches, nämlich als ein bloßes non contradicere, nicht erst um seiner etwaigen Concludenz willen zu gewissen Rechtsgeschäften ausreicht [33]).

Nur da, wo es sich um Zustimmung zu fremden Handlungen oder Geschäften handelt, nicht überall wo es sich um Einwilligung handelt, ist aus dem Stillschweigen zu folgern: denkt man sich unter dem consentire nicht jedwede Willensübereinstimmung, sondern eine Consensertheilung (zu fremder Handlung), dann hat das canonische Recht in seinem qui tacet consentire videtur (c. 43 de reg. jur. in 6to) das Gebiet

---

Vertragsverhältnissen eine schlüssige Handlung nur dann bildet, wenn es gerade dem Vertragsgegner gegenüber beobachtet wird". Ehrlich, Stillschw. Willenserkl. S. 53 al. 2 — S. 57.]

31) [Dies acceptiren Hartmann, Arch. f. civ. Pr. Bd. 72 S. 211 und Bekker, Syst. II S. 19 α.]

32) wie z. B. die Alimentationspflicht des Mannes durch das edictum de liberis agnoscendis: l. 1 §. 4 D. h. t. 25, 3, oder die Verbindlichkeit des Schiedsspruches durch die Constitution l. 5 pr. C. rec. 2, 56, bei Savigny a. a. O. mit den echten Fällen vermengt. Ehrlich (s. z. B. Anm. 28 und 33) führt in mehreren Fällen, als bisher üblich die Rechtsfolgen des Stillschweigens auf Gesetz oder Gewohnheitsrecht zurück.

33) wie das Stillschweigen des Kindes zur Adoption: l. 5 D. adopt. 1, 7, Bd. I §. 46, I, 2 und S. 189 (2. Aufl., S. 217 3. Aufl.). Ferner Bd. I §. 42 Anm. 11. Bd. III §. 457 Anm. 20. Bd. I §. 55 Anm. 39 (wo freilich „Fiction der Zustimmung" wie in l. 12 pr. D. spons. 23, 1 „consentire intellegitur"), ähnlich Bd. III §. 497 Anm. 17. 18. Regelsberger, Pand. I §. 129 Anm. 6. 7. Hierher rechnet Bülow, Arch. f. civ. Pr. Bd. 62 S. 82 Anm. 66 noch viele andere und die Mehrzahl der oben bei Anm. 30 citirten Stellen, wo überall statt des „Consensprincips" das „Abwehr- oder Ablehnungsprincip" in Geltung sein soll. Vgl. Schloßmann, Grünh. Zeitschr. VII S. 563 Anm. — Stillschweigen als Ausdruck des Verzichtwillens: in Verbindung mit andern Umständen oben Anm. 12. und §. 561 Anm. 14, ohne solche in l. 17 §. 1 D. usur. 22, 1 (jedoch nimmt in diesem und in ähnlichen Fällen Ehrlich, Stillschw. Willenserkl. S. 250—59 nicht Verzicht, sondern Verjährung an); als Ausdruck des Enterbungswillens (beim Notherben, unter Angabe des Enterbungsgrundes): Bd. III §. 378 Anm. 8 und silentio exheredare in l. 12 pr. cf. l. 47 §. 4 D. bon. lib. 38, 2. S. weiterhin Bd. I §. 23 Anm. 19. Bd. III §. 421 Anm. 16. §. 424 Anm. 13, jedoch auch oben §. 522 Anm. 14 (S. 12 unten).]

des concludenten Stillschweigens kurz und treffend gekennzeichnet [34]).

Fraglich ist, ob der Schluß, auf dem die stillschweigende Willenserklärung beruht, ein nothwendiger sein müsse, oder ob auch ein bloßer Wahrscheinlichkeitsschluß zu derselben genüge, praesumta voluntas also nicht minder als tacita voluntas eine stillschweigende Willenserklärung sei. Burckhard, civilistische Präsumtionen S. 271 unten u. fgg. will diese von der praesumta voluntas unterschieden wissen, weil die ausdrückliche Willenserklärung keine bloße Vermuthung begründe, und die stillschweigende ihr gleichberechtigt gegenüberstehe (S. 273). Allein auch die gesprochenen und geschriebenen Worte sind nicht selten zweideutig, begründen also nicht selten bloße Vermuthungen, von denen die eine oder andere durch außer dem Wort gelegene Umstände zur höheren Wahrscheinlichkeit erbracht werden muß [35]). Wie dann zweideutige Worte noch immer Worte, so sind, scheint es, auch die mehrdeutigen Facta noch immer stillschweigende Willenserklärungen [36]). Hier ist es denn Sache des Handelnden, einer ihm mißliebigen Deutung durch Protestationen oder Reservationen zu steuern [37]).

34) [Gutheißung bei Leonhard, Irrthum S. 200 Anm.] Ein Beispiel für diese Regel aus unseren Quellen: l. 12 D. evict. 21, 2 (Anm. 13 und 30): ein coheres verkauft Erbschaftssachen, die anderen sehen zu und dissentiren nicht; sie erscheinen als Mitverkäufer.

35) [Zitelmann, Irrtum S. 265 sagt, „daß an sich die Schlußfolgerung aus dem äußeren Verhalten selbst auf die juristische Absicht in keinem einzigen Fall eine nothwendige sein kann". Von Nothwendigkeit der Schlußfolgerung sei nur da zu reden, wo aus der, sei es ausdrücklichen, sei es stillschweigenden Erklärung einer Absicht eine andre sich analytisch entwickeln lasse. Letztere würde mit jener (implicite) erklärt sein, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend. Allein die Erforderlichkeit der Anwendung der Analyse zur Ermittelung einer Absicht kann wohl bestimmen, dieselbe als stillschweigend erklärt anzusehen. Leonhard, Irrthum S. 192 Anm. 2. S. 204 Anm. 1. S. 213. Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 319. S. 415 Anm. 2. S. 441 Anm. 1, Bekker, System II §. 93 Beil. III.]

36) [Gegen die bekämpfte Unterscheidung auch Scheiff, Divergenz zw. Wille u. Erklärung S. 6, Dernburg, I §. 98 Anm. 7 fg. Etwas anders Hölder, S. 213 unten.]

37) z. B. l. 20 §. 1 D. a. v. o. h. 29, 2 [mit Bd. III §. 394 Anm. 16,] vgl. Windscheid §. 72 Anm. 11, [Dernburg I §. 98 Anm. 12. 13 und vorzüglich Wächter I §. 82, Bekker, Syst. II §. 111. S. außerdem oben Bd. I §. 101 Anm. 40—43, insbesondere das remedium protestationis in §. 163 bei Anm. 5, §. 114 Anm. 22 a. E., §. 119 Anm. 55—57, §. 132 Anm. 28, die Reservation des Pfandrechts: Bd. II §. 353 Anm. 17. Daß

§. 565.

Publicität und Schriftlichkeit. Insinuation der Schenkung.

Das Erforderniß der Publicität, d. i. der öffentlichen Beurkundung, besteht noch für familienrechtliche Geschäfte[1]), dann der Regel nach für Testament und Codicill[2]), für Intercession der Frauen[3]) und theilweise für Schenkungen[4]). Soll die Publicität eine gerichtliche oder notarielle sein, dann ist überall Schriftlichkeit (Protocollirung) mitverlangt[5]). Schriftlichkeit ohne Publicität scheint mit Ausnahme der etwaigen Literalcontracte nirgends mehr gefordert zu sein[6]).

Was insonderheit die Schenkungen anlangt, so bestund nach älterem Rechte selbst für die immodica donatio keinerlei Formvorschrift; die gegentheilige[7]) Meinung war nur aus dem Umstand hervorgegangen, daß bloße Promission und Tradition zur Perfection einer übermäßigen Schenkung noch nicht genügten, vielmehr der Anfechtung (durch exceptio legis Cinciae

solche Protestationen und Reservationen nicht blos „mental" sein dürfen (oben §. 524 Anm. 5 und 10), entspricht dem oben zu Anm. 29 Gesagten und scheint allgemein angenommen zu werden. Ueber den Adressaten dieser Willenserklärungen s. noch Kipp, Litisdenuntiation S. 65 Anm. 41 und S. 68 Anm. 14. Endlich Kühn, Jher. Jahrb. XVI S. 23 erklärt jede (die vorgängige, die gleichzeitige und die nachträgliche) Protestation für nichtig. „Wo man also von Protestation spricht, liegt für das Recht nur vor eine Belehrung des Gegners über die Tragweite der vom Protestirenden ausgegangenen Handlung; diese Belehrung hat rechtlichen Werth nur soweit sie richtig ist." Vgl. auch noch unten §. 568 Anm. 40.]

1) Bd. I §. 42 Anm. 13—19. §. 45. Bd. III S. 680. Bd. I §. 46, I, 1. §. 47. §. 48.

2) Bd. III §§. 367. 369. 424. [Ausdrücklicher Widerruf des Testaments: §. 377 Anm. 27.]

3) Bd. II §. 263 Anm. 5 fg. [S. auch das Privileg des pignus publicum und quasi publicum: Bd. II §. 352 Anm. 14, sowie Bd. III §. 443 Anm. 3 und Bd. I §. 111 Anm. 44.]

4) [S. die Uebersicht bei Voigt, Jus naturale III S. 386 fg. nebst der Kritik S. 394 fg.]

5) vgl. Oesterley, das deutsche Notariat Bd. 2 §. 49 und die an den angeführten Stellen citt. ll. [Wegen Publicität und Formalität s. auch oben Bd. III S. 517 Anm. 3. Wegen der „Beurkundung" auch oben Bd. I S. 358 und Regelsberger, Pand. I S. 497—9.]

6) [Jedoch i. Windscheid I §. 221 Anm. 1. 2, ferner oben Bd. II §. 291 Anm. 9, vgl. Bd. I §. 101 Anm. 8. §. 204 Anm. 3. Zum „Literalcontract" Bd. II §. 311 Anm. 3.]

7) — von Rudorff (de lege Cincia, diss. 1825) widerlegte —

und int. utrubi) ausgesetzt waren. Allein das war die Folge des Cinciſchen (imperfecten) Verbotes, nicht einer Formvorſchrift. Formvorſchriften erfolgen erſt ſeit Conſtantius Chlorus (insinuatio apud acta [8]) — ſchriftliche Abfaſſung) [9]). Von hier ab verlieren ſich aber die Spuren der lex Cincia: Das Schenkungsverbot, ohnedies nur gegen größere Schenkungen und mit einem Nachlaß für exceptae personae eingeführt, wich der nunmehrigen Formerſchwerung; alle, auch die größten Schenkungen ſollten erlaubt ſein, allein alle nur unter Beobachtung obiger Formen. Außer dieſen Formen aber ward — noch in Zuſammenhang mit dem Cinciſchen Rechte — Vollzug (corporalis traditio) gefordert. Allmälig trat nun aber ein Nachlaß auch in den Formvorſchriften ein: mäßige Schenkungen wurden zuerſt in einzelnen Fällen [10]), dann überhaupt von der Inſinuation frei [11]); Schenkungen des Landesherren und an denſelben, Schenkungen zum Loskauf von Gefangenen, Schenkungen zum Wiederaufbau zerſtörter Gebäude, Schenkungen für Lebensrettung, ſowie diejenigen, welche in der Beſtellung einer Dos liegen, ſind maßlos frei [12]); nicht ſo ganz die donatio propter nuptias [13]); — das Erforderniß der corporalis traditio ward aufgegeben, das Schenkungsverſprechen bindend [14]) endlich ſogar ohne Stipulation, und wie die Schenkungen überhaupt ohne Schrift möglich [15]).

Alſo wieder die Maßloſigkeit (immodicum) Urſache des Sonderrechts für Schenkungsgeſchäfte [16]); allein Urſache nun

8) l. 1 C. Th. sponsal. 3, 5 a. 319 cf. l. 3 C. Th. don. 8, 12 a. 312. fr. Vat. §. 249.

9) l. 1 C. Th. don. 8, 12.

10) l. 34 C. h. t. 8, 53 (54).

11) l. 36 §. 3 eod.

12) l. 34 pr. eod. Nov. 52 c. 2; l. 36 §. 2. l. 36 pr. C. eod.: Bd. III §. 453 Anm. 9; l. 34 §. 1 D. don. 39, 5 cf. Paul. R. S. V, 11 §. 6: oben §. 560 Anm. 29. Savigny, Syſtem IV S. 96 fg.: l. 31 pr. C. j. d. 5, 12: oben Bd. III §. 476 Anm. 9—13. [Wegen der Ausnahmen von der „Inſinuationspflichtigkeit" ſ. auch noch Beſſer, Syſtem II S. 193. 194.]

13) Bd. III §. 490 Anm. 32.

14) l. 35 §. 5 C. don. 8, 53 (54). [Vgl. Voigt, Jus naturale II S. 925—931.]

15) §. 2 J. don. 2, 7 und Bd. II §. 248 Anm. 13 und S. 555.

16) [Dabei hält Regelsberger, Streifzüge im Gebiet des Zivilrechts (Göttinger Feſtgabe für Ihering) S. 29. 30 die Bereicherung des Empfängers nicht für erforderlich.]

nicht mehr eines Verbots wie in der lex Cincia, sondern nur mehr der Formerschwerung (Publicität, Insinuation). Als maßlos erscheint neuestens ein Betrag oder Werth von mehr als 500 solidi[17]). In Anschlag kommt natürlich nur der Capitalwerth[18]); nur jede Schenkung für sich, wenn ihrer mehrere nacheinander, wiewohl an dieselbe Person, erfolgen[19]); nur jede Rate für sich, wenn eine bloße Leibrente, oder eine, welche mit dem Tode des Schenkers aufhört, geschenkt wird[20]); dagegen der Betrag aller Termine zusammen, wenn diese blos Zahlfristen bedeuten[21]). Competent zur Insinuation ist jedes Gericht[22]). Das Gesetz ist (anders als die lex Cincia) perfect: eine Schenkung über 500 ist in Betreff des Ueberschusses wegen fehlender Insinuation nichtig[23]).

Schenkungen von Todeswegen sind den Vermächtnissen gleichgestellt (oben §. 538 Anm. 19—28), darum einerseits den Formen der Vermächtnisse unterworfen, anderseits gleich diesen von der Insinuation frei[24]).

17) l. 36 §. 3 C. h. t. 8, 53 (54), nach der Praxis von 500 Dukaten zu 4 fl. im 18 Guldenfuß = 2722$^2/_9$ fl. im 24$^1/_2$ Guldenfuß (Francke, Arch. f. civ. Pr. Bd. 47 S. 337—47) [= 4666$^2/_3$ Mark. Windscheid §. 367 Anm. 2, Hölder S. 285 Anm. 3.]

18) l. 9 §. 1. l. 11 D. h. t. 39. 5.

19) l. 34 §. 3 C. h. t. 8, 53 (54). [Ueber den Fall da Einer Schenkungen an Mehrere gleichzeitig macht: Regelsberger, Pand. I §. 169 Anm. 9 und dort Genannte.]

20) l. 34 §. 4 eod. und gegen abweichende Meinungen Windscheid §. 367 Anm. 6. [Anders wiederum Regelsberger a. a. O. Anm. 10.]

21) vgl. Bd. III §. 417 Anm. 54—59.

22) Buchka und Budde, Entscheidungen IV S. 74. [Wächter, Pand. II S. 435 Nr. 3.]

23) l. 34 pr. C. h. t. 8, 53 (54). Ueber die Realisirung der Nichtigkeit vgl. l. cit. §. 2; über die Beschränkung der condictio auf die vorhandene Bereicherung s. Bd. II §. 300 Anm. 43. 44 fg. [vgl. §. 302 Anm. 3. Windscheid §. 367 Anm. 8. 9. Regelsberger a. a. O. Anm. 12.]

24) l. 4 C. m. c. don. 8, 56 (57). Vgl. übrigens Rudorffs Noteb zu Puchta, Pand. §. 552. [Cohen, Schenkung von Todeswegen §§. 8. 9. In einer Randbemerkung des Verf. zu §. 538 Anm. 38 heißt es: Was die Form anlangt, so wird l. 4 C. cit. dahin aufzufassen sein, daß m. c. d. der gerichtlichen Insinuation nie bedürfe (weil sie keine simplex donatio ist), daß aber, um bei der Divergenz der Ansichten über die Natur der m. c. d. (ob legatum, ob don. inter vivos) sicher zu gehen, Schenker wohl thue sie in die Form des Vermächtnisses zu kleiden (fünf Zeugen zuzuziehen); s. übrigens Windscheid §. 676 Anm. 3.]

§. 566.

Formbeliebung.

Sind für ein Geschäft gewisse Formen vorgeschrieben, so kann dem durch keine Beliebung derogirt werden [1]). Umgekehrt scheint der Formfreiheit beliebig derogirt werden zu können. Denn sicher ist, daß Käufe, Schenkungen, Vergleiche, kurz Verträge, die sonst in beliebigem Ausdrucke perfect werden, je nach Absicht der Parteien nur in dieser oder jener Form, so namentlich nur in der Schrift zu Stande kommen [2]). In Wahrheit ist aber die Formfreiheit nicht minder als die Formgebundenheit juris publici [3]). Die Verabredung der Schriftlichkeit, wo man auch mündlich, oder stillschweigend contrahiren kann, ist keine Derogation, sondern Ausübung des Rechtes der Formfreiheit. Dies ist klar, wo die Parteien in stillschweigendem Einverständniß schriftlich und nur schriftlich gehandelt oder abgeschlossen, sich eben durch Hinsetzung ihres Namens anstatt Handschlag oder Jawort verbunden haben wollen; der Schein einer Derogation entsteht nur da, wo die Schrift ausdrücklich beliebt wird; denn das Faktum der Beliebung pflegt sonst derogatorischer Natur zu sein (§. 547), und scheint namentlich hier bedeuten zu sollen, daß im Gegensatze zum naturalen Rechte die Perfection nicht nach der in was immer für einer Form zu Tage tretenden Willenseinigung, sondern erst nach schriftlicher Fertigung platz greifen solle. Allein näher betrachtet sagt die Beliebung nicht, daß die Willenseinigung vor der Schrift nicht gelten, sondern daß sie ohne Schrift gar nicht da, daß alle blos mündlichen Abmachungen noch nicht die Willenseinigung selbst, sondern ihre bloße Vorbereitung sein sollen; die Be-

1) oben §. 546 Anm. 19 [und Bekker, System II §. 93, gg.]

2) — emtiones et venditiones quae scriptura conficiuntur — contractus, quos in scriptis fieri placuit — pr. J. emt. 3, 23. l. 17 C. fide instr. 4, 21. [Oben Bd. II §. 248 Anm. 23. „Gekürte Formen": Bekker, System II S. 70. Einseitige Anordnung der Förmlichkeit: Regelsberger, Pand. I §. 137 Anm. 4. Zur „Schriftform der Verträge" in der späteren römischen Kaiserzeit: Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 514 bis 17.]

3) [vgl. auch Bd. II §. 248 Anm. 27. 28. §. 295 Anm. 4.]

liebung ändert nichts an dem Gesetze, daß jedweder Ausdruck zur Willenseinigung genüge, denn daran läßt sich nichts ändern; aber sie enthält eine Verwahrung dagegen, daß vor der schriftlichen Fertigung schon eine Willenseinigung da sei.

Daß wenn eine Beliebung diesen Sinn hat, vor der schriftlichen Fertigung von Perfection des Geschäftes keine Rede sein könne, versteht sich von selbst[4]; denn vor dieser ist die zum Geschäfte nöthige Willenseinigung nicht da. Das ist innere Nothwendigkeit, keine bloße Vermuthung[5]. Zweifelhaft dagegen kann sein,

1. ob im concreten Falle die Schrift als Willensausdruck (Form) beliebt, ob sie nicht etwa blos urkunds- (beweises-) halber bedungen sei[6], wie dieses namentlich dann gerne der Fall ist, wenn mit Vorbehalt gerichtlicher oder notarieller Verlautbarung gehandelt wird[7]; eine Rechtsvermuthung darüber, ob die Beliebung im Zweifel der Form oder dem Beweis gelte, findet sich nicht vor[8];

2. wann, wenn die Schrift als Willensausdruck oder Form beliebt wird, diese Form vollzogen sei: und dieses zu bestimmen sei eigentliche Aufgabe von pr. J. und l. 17 C. citt.[9]; und in der That verlangen sie Reinschrift des Vertrages und Unterschrift der Parteien, oder die gewisse notarielle Form,

4) [oben §. 535 Anm. 5. Wegen Mangels des Hauptvertrags könne „schlechthin von einer Pönalstipulation nicht geredet werden": Seeler, Conventionalstrafe S. 46. Vgl. unten Anm. 7.]

5) und so denn in pr. J. und l. 17 C. citt. nicht erst constituirt, sondern wie Setzer (Abhh. aus dem Civilr. I. Ueber die Verabredung der Schrift, insbes. von l. 17 C. de fide instr. 1860) annimmt, als selbstverständlich vorausgesetzt — wogegen Regelsberger, Vorverhandlungen §. 28 [und Pand. I S. 501.]

6) [— fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari possit: et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem — l. 4 D. de fide instr. 22, 4.]

7) [Seeler a. a. O. ist geneigt anzunehmen, „daß aus der Beifügung der Pönalstipulation sich die Absicht ergebe, die Schriftform solle nur die Bedeutung eines Beweismittels haben."]

8) pr. J. und l. 17 C. citt. setzen eine Formbeliebung ausdrücklich voraus (quos in scriptis fieri placuit — quae scriptura conficiuntur —), enthalten also keine Vermuthung derselben — s. dagegen Regelsberger, Vorverhandlungen §. 28 und die Literatur bei demselben §. 29, [neuerdings vornehmlich Bekker, System II §. 93 Beil. V.]

9) Setzer a. a. O.

wenn diese beliebt ist[10]). Bis dahin steht Rücktritt offen, und zwar straflos, wenn keine arrha gegeben ist; ist eine solche gegegeben, so soll sie schlechthin poenitentialis (super emtione etc. facienda) sein, beim Empfänger bleiben, wenn der Geber zurücktritt, dem Geber in duplo zurückerstattet werden, wenn der Empfänger zurücktritt[11]). Nichtsdestoweniger waren auch diese Formvorschriften nicht der eigentliche Zweck des Gesetzes[12]);

3. von altersher war fraglich ob nicht trotz der Beliebung schriftlicher Form doch schon auf gewissen üblichen Zwischenstadien (scheda etc.) irgend eine Bindung eintrete; dagegen einzuschreiten war Hauptaufgabe der Constitution (§. 573. 2).

III. Verbindung von Wille und Ausdruck.

§. 567.

Falsa demonstratio.

Damit daß Wort und Werk ein Ausdruck des zum Rechtsgeschäfte nothwendigen Willens sind oder sein müssen, scheint das Erforderniß der innigsten Verbindung und der vollsten Uebereinstimmung zwischen dem Willen und seinem Ausdruck ausgesprochen. In der That besteht dieses Erforderniß aber nicht so ganz unbeschränkt.

Ist der Ausdruck von dem zum Geschäfte nothwendigen und wesentlichen Willen oder Wollen gänzlich verlassen, dann ist kein Rechtsgeschäft da. So wenig als der Wille für sich, macht der Ausdruck für sich das Geschäft aus. Diese gänzliche Entzweiung zwischen Wille und Ausdruck liegt vor

10) [Bd. II §. 325a Anm. 37. Bruns, Unterschriften in den röm. Rechtsurkunden, Kleine Schriften II S. 107. 110/111.] Ueber die notarielle Form, namentlich über den Unterschied von Notariatsprotokollen und Notariatsinstrumenten s. C. F. Göriz in der Zeitschr. f. freiwill. Gerichtsbarkeit, herausg. v. Bolscher 12. Jahrg. Nr. 9; überhaupt Oesterley, das deutsche Notariat I. § 6. II §§. 49 fg.

11) [Bd. II §. 325a Anm. 38,] vgl. Windscheid §. 312 a. E. [Bruns, Syr. röm. Rechtsbuch zu §. 51 L. S. 220 meint in l. 17 cit. gelte das was von der arrha gesagt ist blos für den Fall solcher Vorverhandlung, in §. 2 J. cit. dagegen von jeder arrha; doch hätten schon die justinianischen Juristen (argg. Prochiron und Basiliken) den Ausspruch in l. 17 allgemein verstanden.]

12) Regelsberger a. a. O.

1. im Falle der Simulation, sowie des bloß unterrichts-, schauspiel- oder scherzhalber vorgenommenen Geschäftes; denn überall hier steht der Leib des Geschäftes ohne den zum Rechtsgeschäfte nothwendigen ernstlichen Willen da[1];

2. im Falle desjenigen error, der nicht blos Irrthum (falsa opinio), sondern ein bewußtloses, überdies verfehltes Reden, Schreiben, oder Thun ist; ergibt er sich in dem, was für das Geschäft wesentlich ist, d. i. in dem was man will oder thut (error in corpore), dann ist das Geschäft wiederum nichtig; denn der bewußtlose Ausdruck ist ein willenloser, vom Willen ganz und überhaupt verlassener Ausdruck[2]. Wo der error blos Irrthum ist, fehlt es weder an dem ernstlichen noch wirklichen, oder wahren Willen, sondern nur an der richtigen Vorstellung; weshalb denn das Geschäft hier niemals schlechthin nichtig, häufig blos anfechtbar, nicht selten sogar vollkommen giltig ist[3].

In diesen beiden Gruppen von Fällen (der Simulation ꝛc. und der Verirrung in Bewußtlosigkeit) kann man von Nichtübereinstimmung zwischen Willen und Ausdruck reden, indem sich der Ausdruck dort mit dem ernstlichen, hier mit dem wirklichen Willen in Widerspruch setzt; in beiden kann man aber auch von willenslosen, und also von mangels des Willens nichtigen Geschäften reden, indem der Ausdruck vom Willen überhaupt oder doch vom ernstlichen Willen verlassen ist. Nun gibt es aber noch eine Gruppe von Fällen, in welcher Ausdruck und Wille von einander abweichen, ohne daß man sagen kann, der Ausdruck sei willenslos. Das sind die Fälle der falsa demonstratio (S. 49 Abs. 1), als irrthümliche Benennung, Beschreibung, Bezeichnung des Gegenstandes[4]. Sie bilden

1) §. 524 Anm. 2—7. [Dazu nun noch Regelsberger, Pand. I §§. 139—141 und zu Anm. 6 a. E. noch Hirsch, Sachbesitzerwerb S. 606.]

2) Oben §. 525 bes. S. 31. § 526; [dazu noch Bekker, Syst. II § 92, k—m und Regelsberger, Pand. I § 139 (bes. II B 1). §. 140. §. 142.]

3) Oben §§. 525. 527. 529. Regelsberger a. a. O.

4) [s. auch Bd. II §. 255 Anm. 24 a. E. Bd. III §. 488 zu Anm. 1 und l. 22 pr. D. usu et hab. 7, 8. l. 6 D. praescr. verb. 19, 5. — Dagegen daß auch die „irrthümliche Benennung" zur falsa demonstratio der Quellen gehöre, s. Lotmar, M. Vierteljahresschr. Bd. 26 S. 228; mit den dortigen Stellen vgl. noch l. 9 §. 8 D. her. inst. 28, 5. l. 106 D. v. o. 45, 1. Auch Eisele, Jher. Jahrb. Bd. 23 S. 19 bemerkt, daß in den Quellen die falsche Benennung von der falschen Bezeichnung unterschieden werde.]

das eigentliche Gebiet der Nichtübereinstimmung zwischen Willen und Ausdruck; sie zeigen, daß zwischen diesen eine Differenz bestehen kann, ohne daß das Geschäft nichtig ist (denn gänzlich verlassen ist hier weder der Wille vom Ausdruck, noch der Ausdruck vom Willen), daß das Geschäft wegen der Nichtübereinstimmung aber auch nichtig sein kann (weil der Wille nicht zum genügenden Ausdruck gekommen ist).

Ist die falsa demonstratio nämlich 1. falsche Benennung, so liegt zwar eine Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Ausdruck vor; allein nicht nur ist der Ausdruck nicht willenlos, insofern mit diesem Namen diese Sache bezeichnet werden wollte: die Nichtübereinstimmung findet nur vom Standpunkte des Sprachgebrauches, also derer, welche das Ding anders zu bezeichnen pflegen, nicht nach dem Standpunkte des Handelnden selbst statt, der das Ding, das er benennen wollte, benannt, und ihm auch denjenigen Namen gegeben hat, den es seiner Vorstellung nach hatte; nur im Sinne Anderer weicht sein Ausdruck von seinem Willen ab, nicht in seinem eigenen. Darum wollte Tubero die falsche Benennung, vorausgesetzt nur, daß von anderwärts sicher ist, was mit derselben gemeint sei, durchweg gelten lassen; die Namen stünden ja doch nur im Dienste des Willens, und habe sich der Handelnde gleich eines falschen Namens bedient, so habe er damit doch nur ausgedrückt, was er damit ausgedrückt haben wollte[5]). Allein recipirt ist diese Ansicht nur in Betreff von Namen, welche dem Dinge nicht durch den gemeinen Sprachgebrauch, sondern wie die Eigennamen der Menschen, Grundstücke, Thiere nur von bestimmten Einzelnen (Voreltern, Eltern, Herren, Eigenthümern) gegeben sind; hier schadet error nominis nicht[6]); diese Namen, ohnehin veränderlich („mutabilia"), sind nicht derart bindend,

5) l. 7 §. 2 D. supp. leg. 33, 10 — nam quorsum nomina, inquit, nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis? — non arbitror quemquam dicere quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari (non: ins. Hal.) solet —.

6) l. 7 §. 1 C. legat. 6, 37. l. 4 pr. D. leg. I. l. 32 D. v. o. 45, 1. l. 9 §. 1 D. c. e. 18, 1. l. 34 pr. D. a. v. a. p. 41, 2. l. 80 D. jud. 5, 1. [l. 28 (29) in fin. D. reb. dub. 34, 5. Eisele, Jher. Jahrb. Bd. 23 S. 35 Nr. 2 und S. 37–39. Wider die Opposition von Leonhard, Irrthum S. 333 geht Lotmar, M. Vierteljahresschr. Bd. 26 S. 227. — Vgl. auch oben §. 527 nach Anm. 22.]

daß wer sich eines anderen bedient, die Sache gar nicht demonstrirt. Die Gattungsnamen der Sachen dagegen („vocabula rerum"), vom gemeinen Sprachgebrauche dictirt, sind für den Sprechenden Gesetz; wer statt ihrer andere gebraucht, hat nach der recipirten Ansicht gar nicht gesprochen, was er will gar nicht zum Ausdruck gebracht[7]). Angewendet findet sich dieser Satz allerdings nur auf Vermächtnisse; allein anwendbar ist er darnach auf Geschäfte unter Lebenden nur um so mehr[8]).

Besteht falsa demonstratio 2. in falscher Beschreibung oder Charakterisirung des Gegenstandes[9]), so ist das Geschäft um ihretwillen nirgends nichtig; denn was der Handelnde will, kann trotz derselben zum Ausdruck gelangt sein, oder es gilt auch mit der falschen Beschreibung als ausgedrückt, wenn es anderweitig erhärtet werden kann[10]). Die dem Gegenstande irrthümlich beigelegte Eigenschaft kann zugleich Grund der Verfügung sein; dann kann um deswillen das Geschäft nichtig oder anfechtbar sein (§. 528 Nr. 1 a. E.).

Besteht falsa demonstratio 3. in einer irrthümlichen

7) l. 4 pr. cit. l. 7 §. 2 cit. — Non tamen a Servio dissentio, non videri quemquam dixisse, cuius non suo nomine usus sit; nam etsi prior atque potentior est quam vox mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur, nisi forte et eos, qui loqui non possunt, conato ipso et sono quodam . . . dicere existimamus. [l. 10 eod. Bd. III §. 425 Anm. 19. Hölder S. 291 unten, S. 292 unten. Anders Ennecerus, Rechtsgeschäft S. 123 Anm. 2, indem er in l. 7 §. 2 cit. „lediglich die Auslegungsfrage" behandelt findet, ob der Testator dem allgemeinen Sprachgebrauch, oder seinen eigenen Sonderbarkeiten gefolgt sei. Vgl. noch Voigt, Jus naturale III Anm. 186a.]

8) s. dagegen Savigny, System III S. 306, k. [und Leonhard, Irrthum S. 337, sowie „aus inneren Gründen" Eisele a. a. O. S. 41. 42, wonach nur auf das Zustandekommen des Consenses zu sehen ist.]

9) [nach l. 33 pr. cit. in Anm. 10 gehören dazu auch die Person des Erben und die des Vermächtnißnehmers, was dem Sprachgebrauch der §§. 526 bis 528 gemäß ist.]

10) l. 28 (29) D. reb. dub. 34, 5. l. 17 pr. §. 1. l. 33 pr. l. 34 pr. l. 40 §. 4. arg. l. 72 §. ult. D. cond. 35, 1. l. 35 §. 1. §. 2. l. 102 §. 1 D. leg. III. l. 49 (48) §. 3 D. her. inst. 28, 5. l. 5 C. eod. 6, 24. Ulp. fr. 24 §. 19; §. 30 J. legat. 2, 20. l. 76 §. 3 D. leg. II. l. 10 D. auro argento 34, 2. l. 75 §. 1 D. legatis I. l. 25 D. liber. leg. 34, 3. l. 2. l. 5 C. falsa causa adj. 6, 44. l. 5 C. iur. et facti ign. 1, 18. Oben Bd. III §. 415 Anm. 62. §. 425 Anm. 19. An die Möglichkeit bewußt falscher Demonstration erinnert l. 21 D. leg. II, welche freilich den gebrauchten Ausdruck als richtig hinstellt; vgl. Voigt, Jus. naturale III Anm. 161 zu l. 21 cit., „wo eine Simulation in Form einer falsa demonstratio vorliegt" (oben §. 524 Anm. 6, B 1a). Bewußt falsche Demonstration (des Eigenthums)

Bezeichnung des Gegenstandes, indem z. B. mit dem Zeigefinger, oder durch Zeichnung etwas anderes bezeichnet wird als man zuvor wollte (vgl. §. 526 Nr. 1 a. E. S. 36 unten), so fehlt es abermals nicht an Uebereinstimmung zwischen Wille und Ausdruck: denn das, was man zeichnet oder bezeichnet, war in dem Augenblicke, da man dies that, in corpore gewollt; allein seine Substanz ist eine andere als die vermeinte, und darum dann relative Nichtigkeit (§. 527).

Verschieden von der Demonstration, welche wegen Irrthums falsch ausfällt, ist diejenige, welche wegen Zerstreutheit, Bewußtlosigkeit fehlgeht. Letztere ist vom Willen wieder gänzlich verlassen. Mit dem falschen Namen ꝛc. ist hier nicht wie beim irrthümlichen dasjenige bezeichnet, was man in corpore bezeichnet haben wollte, sondern etwas das man weder zuvor gewollt, noch im Augenblicke der Benennung selbst mit der Kraft des Willens erfaßt hat (S. 35 Abs. 1, überhaupt §§. 525, 526)[11]).

Geht man derart im Gegenstande selbst (in re, corpore) fehl, dann ist das Geschäft nichtig, nicht wegen Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Ausdruck, sondern wegen Willenslosigkeit[12]);

betrifft die Verirrung nur die Quantität des Gegenstandes (§. 526, 2, a.), so greift bei Erbeinsetzungen und Vermächtnissen eine gewisse Nachsicht platz: es gilt das wirklich gewollte Quantum, gleichviel ob es in dem verfehlt genannten inbegriffen, d. i. kleiner ist als dieses, oder ob es darüber hinausgeht[13]);

betrifft sie die Bedingung des Geschäftes, als Weglassung

---

nach Brinz, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 346 in l. 10 §. 1 D. curat. fur. 27, 10. S. ferner Voigt, Arch. f. civ. Pr. Bd. 53 S. 417—21. Lenel, Exceptionen S. 129. Eisele, Jher. Jahrb. Bd. 23 S. 25—32 zeigt, daß für die Regel „falsa demonstratio non nocet" nicht genügt, daß der Wille des Handelnden „anderweitig erhärtet werden kann" (obiger Text), sondern daß dieser Wille „neben der falsa demonstratio noch zu einem anderweitigen und zwar richtigen Ausdruck gekommen" sein müsse. Zu S. 32 daselbst s. auch noch l. 59 (58) §. 1 D. her. inst. 28, 5. Vgl. Pfersche, Irrthumslehre S. 76. 77.]

11) [Einwände gegen diese Unterscheidung bei Eisele a. a. O. S. 23, 24 vgl. 27 unten. S. 36 Nr. 3: was S. 23 bekämpft wird, hat Brinz nicht gesagt.]

12) l. 9 pr. §. 1 D. her. inst. 28, 5. Oben §. 526.

13) l. 9 §§. 2—4. §. 7 eod.

der gewollten, Beifügung der nicht gewollten, so tritt auch in Erbeinsetzung und Vermächtniß wieder die strenge Consequenz ein, insofern das fälschlich unbedingt Hinterlassene gar nicht hinterlassen, weil unbedingt nicht gewollt, bedingt nicht geschrieben ist; das fälschlich bedingt Hinterlassene dagegen gilt als unbedingt hinterlassen, wiewohl es als solches nicht zum Ausdruck gekommen ist; man streicht die nichtgewollte Bedingung, und gelangt so mechanisch (chirurgisch) zur Unbedingtheit [14]).

§. 568.

Auslegung.

Der Ausdruck des Willens kann zweideutig, welche von seinen mehreren Bedeutungen mit dem Willen übereinstimme, kann zweifelhaft sein. Diese Zweifelhaftigkeit führt so weit wir zurücksehen zu keiner Verwerfung oder Nichtigkeit des Gesprochenen, bei den Rechtsgeschäften [1]) so wenig als bei den Gesetzen, sondern hier wie dort zur Auslegung (voluntatis quaestio, verborum interpretatio) [2]); die Bedeutung, welche mit dem Willen übereinstimmt zu suchen und festzustellen, ist Amtspflicht des Richters [3]); mit der Jurisprudenz ist die Grammatik [4]), mit den regulae juris — tit. D. 50, 17 — die verborum significatio — tit. D. 50, 16 — [5]) verbunden.

14) Detracta condicione — l. 9 §. 5. §. 6 eod. [Vgl. oben § 550 Anm. 3.]

1) [Anders, wenn die Zweifelhaftigkeit durch Auslegung nicht beseitigt werden kann: Anm. 34.]

2) [Auslegung der Gesetze: Bd. I §. 28. Die verborum interpretatio ist ein Stück der facti interpretatio, von welcher l. 2 D. iur. et facti ign. 22, 6 sagt, daß sie plerumque etiam prudentissimos fallat. „Den summus circa verborum proprietatem labor der Juristen hebt rühmend hervor Quint. J. O. V, 14, 34": Voigt, Jus naturale III Anm. 414. Viele Beispiele daselbst S. 281 fg.]

3) l. 69 §. 1 D. leg. III. l. 28 §. 3 D. lib. leg. 34, 3 — eum cuius notio est, aestimaturum —. l. 7 C. fideic. 6, 42 — voluntatis . . . quaestio in aestimatione iudicis est.

4) Sueton., de grammaticis c. 4 g. E. und c. 22. Burchardi, Die Wissenschaft und Kunst der Rechtsfindung, oder die jur. Hermeneutik, Kiel 1869 S. 5 Anm. 3. [Ueber „die Theorie der Rhetorik von der Interpretation der Gesetze und der Rechtsgeschäfte": Voigt, Jus naturale IV Beilage XVII und dazu Bd. III §. 50. §. 58 und S. 391.]

5) [Vgl. Voigt a. a. O. III Anm. 118 und oben Bd. I §. 12 Anm. 3. 4. Bd. III §. 413 Anm. 12.]

Nur bei zweideutigem Ausdruck ist Auslegung geboten; bei unzweideutigem Ausdruck ist sie verboten [6]). Denn nur zu leicht wird andernfalls die Auslegung zur Hineinlegung [7]), oder zur Correctur des Gesagten, das vielleicht wirklich fehlerhaft, aber weil klar, kein Object der Auslegung, vielleicht verbesserlich ist (z. B. falsa demonstratio, S. 285), vielleicht auch nicht (S. 288 oben).

Der l. 25 §. 1 cit. ungeachtet behauptet Savigny, daß „die Römer die Sache anders ansahen", Auslegung also auch bei unzweideutiger Rede zugelassen haben [8]). Allein jene „edelste und fruchtbarste Anwendung der Auslegung, welche darauf ausgeht, bei nicht mangelhaften, also nicht dunklen Stellen den ganzen Reichthum ihres Inhalts und ihrer Beziehungen zu enthüllen", ist nurmehr Erklärung, nicht Auslegung (voluntatis quaestio); verwandt jener anderen Auslegung, welche bei „klaren Reden für dunkle Köpfe" [9]) nothwendig wird; Schularbeit, keine richterliche oder responsorische Thätigkeit; und auch die „interpretatio", welche nothwendig wird, quamvis sit manifestissimum edictum Praetoris [10]), bedeutet nicht Auslegung, sondern Rechtsanwendung [11]). Die Rechtsanwendung, beruhend in dem Ausspruch und in der Entscheidung, was im einzelnen vorkommenden Falle Rechtens sei, setzt Auslegung voraus, und

6) l. 25 §. 1 D. leg. III: Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. Val. Guil. Forsteri de juris interpret. lib. I c. 6 Nro. 4 in Otto, thes. II p. 985, [Ennecerus, Rechtsgeschäft S. 126—9, oben §. 548 Anm. 32, §. 533 Anm. 5 und Bd. I §. 28 Anm. 7. Bd. III §. 413 Anm. 13. Indessen s. wegen der Zulässigkeit der voluntatis quaestio auch gegenüber dem klaren Worte Anm. 11 vgl. 13 und oben §. 562 Anm. 8.]

7) z. B. S. 43 Z. 8 v. u. der vorigen Aufl., vgl. oben Bd. I §. 55 Anm. 5, [s. ferner Bd. I §. 28 Anm. 7 fg. (zu Anm. 8 nunmehr auch Savignys Brief bei Kühnast, Kritik moderner Rechtsphilosophie 1887 S. 95) und hier oben §. 533 Anm. 5. Vgl. unten Anm. 13.]

8) System, Bd. I § 50 S. 318. b, und ihm ist ausdrücklich Lang, Beiträge zur Hermeneutik des r. Rechts (1857) S. 75 gefolgt. [Dagegen oben Bd. I §. 28 Anm. 10. 11, vgl. auch §. 9 bei Anm. 1.]

9) Thibaut, Lehrb. d. Gesch. u. Institutionen ed. Guyet 1842 S. 366. [Oben Bd. I §. 28 Anm. 4.]

10) l. 1 §. 11 D. insp. ventre 25, 4. Savigny a. a. O.

11) vgl. dazu z. B. l. 37 D. leg. 1, 3, wo interpretatio legis aus dem usus legis zu entnehmen ist: Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpres consuetudo. [S. auch Bd. I §. 28 Anm. 1 und zu der folgenden „Rechtsanwendung" oben §. 546 Anm. 4 und Bd. I §. 19. §. 31. §. 32. Bd. II §. 281 Anm. 3. Zu vergleichen noch l. 20 §. 6 in f. D. her. pet. 5, 3.]

zwar Auslegung einerseits des Gesetzes, anderseits eines Rechtsgeschäftes, wenn ein Rechtsgeschäft den besonderen Fall bildet, und sowohl dieses als das einschlägige Gesetz von zweideutiger Sprache ist. Allein beides, die Sprache des Gesetzes und die des Geschäftes können klar sein; dann geht die Rechtsanwendung, so complicirt und schwierig sie im übrigen auch sein mag, ohne Auslegung vor sich. Jede Rechtsanwendung bildet aber ein Stück Commentar zu dem einschlägigen Rechte, Gesetze, Edicte, zeigt das Abstracte concret, das Generelle speciell, das Mehrere im Minderen, das Verwandte (simile) im Verwandten, überhaupt das reine Recht als angewandtes Recht, und muß dem einschlägigen Gesetze, Rechte, Edicte beigefügt werden, wenn die in seiner Anwendung enthaltene Arbeit nicht verloren gehen, und das reine Recht der Bereicherung, welche das angewandte mit sich führt, nicht entbehren soll. Sie (nicht Auslegung) müsse selbst dem klarsten Gesetze beigefügt werden, sagt Ulpian.

Was wir „Auslegung" nennen, ist specieller verborum interpretatio (l. 3 C. lib. praet. 6, 28); nur wo der Willensausdruck in Worten besteht, kann von „Auslegung" die Rede sein [12]). Voluntatis quaestio, Erhebung des wahren Sinnes oder wirklichen Sinnes ist ein weiterer Begriff, und findet auch bei stillschweigenden Willenserklärungen statt, wenn das concludente Factum anstatt der Einen Folgerung verschiedenen Vermuthungen Raum läßt (S. 277). Nur wo die Willenserklärung zweideutig ist, findet „Auslegung" statt; wo sie selbst (das dictum) klar, unzweideutig, und das dictum nur im Vergleich mit dem actum Bedenken erregt, ist wiederum voluntatis quaestio, und zwar die Frage geboten, ob die Erklärung selbst den wahren Willen enthalte, mit nichten aber auszulegen, eine von mehreren Wortbedeutungen auszuwählen [13]).

12) [In Consequenz dieser Ansicht kann nicht von Auslegung stillschweigender Willenserklärungen die Rede sein. Diese Folgerung scheint Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 441 Anm. 2 hier zu vermissen. Willenserklärungen als facta concludentia (§. 564 Anm. 14) können der Auslegung unterfallen.]

13) Vgl. oben §. 562 nach Anm. 6 - 14. [Weiterer Umfang der römischen interpretatio nach Voigt, Jus naturale III §§. 7. 9—12. 19. 21—25. 49—51. 57. 58. Die Neueren (selbst oben Bd. II §. 268 nach Anm. 15 und die Willensauslegung in Bd. IV §. 548) gebrauchen den Ausdruck „Auslegung" überall, wo die voluntatis quaestio zu beantworten, das id quod

Was die Mittel zur Auslegung anlangt, so gibt es nur eines, das untrüglich zum wahren Wortsinne führt: Erhebung des id quod actum est[14]). Muß diesem sogar das klare Wort (dictum) weichen[15]), so müssen es um so mehr alle Wortbedeutungen, welche mit ihm nicht übereinstimmen, und kann nur diejenige Bedeutung anzunehmen sein, welche mit ihm übereinstimmt. Darum empfehlen die Quellen dieses Mittel zunächst[16]).

Alle die Mittel, welche an zweiter Stelle zur Anwendung kommen sollen, beruhen in Vermuthungen oder gar nur in Nothbehelfen[17]).

Eine Vermuthung begründet der Sprachgebrauch des Sprechers, dann der der Gegend, dem die Handelnden angehören[18]). So lange sich das id quod actum verfolgen läßt, soll man die Vermuthung aus dem Sprachgebrauch zurück-

---

actum est zu erheben gesucht wird, also nicht blos wo die Willenserklärung zweideutig, sondern auch da, wo sie klar ist. S. außer den Compendien z. B. Röver, Bedeutung des Willens S. 24 fg., Schall, Parteiwille S. 33, Schloßmann, Vertrag S. 117. 122, Regelsberger in Endemanns Handb. d. Handelsr. II S. 386. 387, Leonhard, Irrthum S. 172 fg., Kohler, Iher. Jahrb. Bd. 28 S. 208 Anm. 1, Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 352.]

14) Oben §. 562 Anm. 13 [Bd. I §. 29 Abs. 4.]

15) Oben §. 562 Abs. 2 am Ende [und Bd. I §. 29 Abs. 2 und §. 30 besonders Anm. 10.]

16) z. B. l. 33. l. 41 pr. l. 77 D. c. e. 18, 1. l. 10 pr. D. lege Rhod. 14, 2. l. 34 D. r. j. 50, 17. l. 18 §. 3 D. instr. 33, 7 cf. l. 63 (62) §. 1 in fine D. her. inst. 28, 5. l. 33 §. 1 D. cond. 35, 1. l. 11 in fin. D. jure delib. 28. 8. l. 96. l. 168 §. 1 D. r. j. 50, 17. [l. 28 §. 1. l. 125. l. 240 D. v. s. 50, 16. l. 41 pr. l. 99 §. 1 D. v. o. 45, 1. l 25 D. hered. vend. 18, 4. l. 21 (22) pr. D. reb. dub. 34, 5. Vgl. auch Bd. I §. 29 Abs. 4 und das Beispiel in Bd. III §. 391 Anm. 19. Wegen der Interpretation der Testamente s. noch Dernburg III §. 78 und überhaupt die Stellen bei Voigt, Jus naturale III S. 347—9.]

17) [Vgl. Bd. I §. 29 Abs. 5 und 6. Bd. III §. 424 zu Anm. 15. §. 425 Anm. 17 nebst l. 114 D. r. j. 50, 17, überhaupt Voigt, Jus naturale III §. 27. §. 28.]

18) — in qua praesumtione sunt qui in quaque regione commorantur — l. 18 §. 3 D. instr. leg. 33, 7. — coniectionem fieri eius quod reliquit vel ex vicinis scripturis vel ex consuetudine patrisfamilias vel regionis. l. 21 §. 1 D. qui test. 28, 1. l. 50 §. ult. D. leg. I [(Bd. III §. 415 Anm. 12). l. 75 D. leg. III. l. 34 D. r. j. 50, 17 (Bd. II §. 290 Anm. 6). l. 65 §. 7 D. leg. III. Befindet sich der „Sprecher nicht in seiner Heimath", so ist bei Verträgen nach Wächter, Arch. f. civ. Pr. Bd. 19 S. 117 wegen l. 34 cit. (id sequamur, quod in regione, in qua actum est frequentatur) anzunehmen, „die Parthieen haben den Ausdruck in der Bedeutung genommen, die an dem Orte, wo das Geschäft vor sich ging, wo die Parthieen handelten („in quo actum est") die gesetzliche oder die herkömmliche ist".]

ſtellen (ll. citt.); kommt er aber einmal in Betracht, ſo ſoll man nicht zunächſt nach der juriſtiſch-terminologiſchen Bedeutung, ſondern zuvor nach dem Sprachgebrauch der Sprecher und ihrer Heimat greifen [19]). Was den eigenen Sprachgebrauch des Sprechers anlangt, macht man übrigens billig einen Unterſchied zwiſchen einſeitigen Willenserklärungen und Verträgen; denn kein Paciscent braucht die Abſonderlichkeiten des anderen Paciscenten zu kennen und die Unkenntniß derſelben zu büßen [20]).

Eine weitere Vermuthung ergibt ſich aus den Conſequenzen der einen oder anderen Bedeutung, wenn die Dispoſition nach der einen oder anderen unerwartete Dimenſionen annimmt; die für den Disponenten oder Onerirten minder verfängliche Bedeutung iſt die wahrſcheinlichere [21]).

---

19) — non enim in causa testamentorum ad definitionem utique descendendum — l. 69 §. 1 D. leg. III — non propriam verborum significationem scrutari — l. 18 §. 3 cit. [Leonhard, Irrthum S. 177—9. Pininski, Sachbeſitzerwerb II S. 353 Anm. Ueber den gemeinen und über particuläre, namentlich berufliche, vorzüglich durch den Handel ausgebildete („Handelsüſance"), für die Auslegung maßgebende Sprachgebräuche: Ehrlich, Stillſchw. Willenserkl. S. 28—40.]

20) Regelsberger, Vorverh. bei Vertr. §. 4 beſ. S. 21 [und in Endemanns Hdb. des Handelsr. II S. 390] arg. l. 80 D. v. o. 45, 1. [Vgl. ferner Schloßmann, Vertrag S. 118 fg., Windſcheid, Arch. f. civ. Prax. Bd. 63 S. 106. 107, Mommſen, Haftung der Contrahenten S. 96, Leonhard, Irrthum S. 172 fg. und dazu Lotmar, M. Vierteljahresſchr. Bd. 25 S. 410 oben, ferner Pferſche, Irrthumslehre S. 16 Nr. 4. S. 103. 104 und dort Genannte, ſowie Hölder S. 294/5, Dolinski, Haftung des Contrahenten S. 137: „Als rechtsgeſchäftlicher Wille gilt nicht dasjenige, was der Erklärende will, ſondern was einem durchſchnittlichen Menſchen als von ihm gewollt erſcheint". S. ferner daſelbſt S. 191. Wegen des Uebergewichts des gemeinen Sprachgebrauchs ſ. auch oben §. 567 Anm. 5–8. S. beſonders „über die Auslegung der unter Abweſenden geſchloſſenen Verträge" Wächter, Arch. f. civ. Pr. Bd. 19 S. 114—25. — Hiermit zuſammenhängend die Abweiſung einer Deutung, welche den Paciscenten, der ſie prätendirt, als doloſen Paciscenten erſcheinen laſſen würde: Regelsberger, Handbuch S. 391, a und Pand. I §. 138 Anm. 9.]

21) Beiſpiele: l. 77 D. c. e. 18, 1. [l. 29 §. 1.] l. 30 §. 4 D. leg. III. [l. 39 §. 6 D. leg. I.] Regeln: Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res qua de agitur in tuto est: l. 80 D. v. o. 45, 1. Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est: l. 67 D. r. j. 50, 17. [S. auch l. 114. l. 200 eod. l. 34 §. 1 D. leg. II l. 94 §. 3 D. sol. 46, 3 (vv. „crediti appellatio etc.")] l. 31 D. evict. 21, 2 [und vgl. l. 2 in f. D. de his quae in testam. 28, 4. l. 5 D. transact. 2, 15. l. 22 pr. D. usu et hab. 7, 8. l. 47 D. o. et a. 44, 7. l. 21 (22) §. 1. l. 24 (25) D. reb. dub. 34, 5. l. 57 D. j. d. 23, 3. l. 2 D. lib. et post. 28, 2. S. ferner Ehrlich, Stillſchw. Willenserklärung S. 9—11. Auch der Zweck der „Conſervirung" (Lotmar, M. Vierteljſchr. Bd. 25 S. 412) ſpielt eine Rolle bei l. 80 cit.

Was außerdem, je nach Art des Geschäftes und Lage der Sache noch Anhaltspunkte bietet, wie z. B. zur Feststellung der zweideutigen Vermächtnißsumme [22]), läßt sich weder in ein allgemeines Wort fassen, noch erschöpfend im Einzelnen anführen: es ist der Würdigung (aestimatio) des Richters überlassen [23]). Eine Rangordnung in den Vermuthungen führt l. 50 §. ult. cit. mit sich.

Nothbehelfe, zu denen zweifelsohne erst nach den Vermuthungen zu greifen ist, liegen in der Regel, daß im Zweifel gegen den Stipulator [24]), so wie gegen den Verkäufer, Verpächter und Vermiether auszulegen sei [25]); denn sie vornehmlich sind die Sprecher im Geschäft [26]), in ihrer Hand lag es, vornherein den Wortlaut bestimmter zu fassen [27]). Hiemit verwandt ist die Vorschrift, daß zu wählen sei, was den Schuldner weniger

wie in l. 12 (13) D. reb. dub. 34, 5. l. 17 pr. D. sc. Trebell. 36, 1. l. 172 §. 1 D. r. j. 50, 17 und bei der Gesetzesauslegung: l. 18 D. leg. 1, 3. S. auch die bei der heredis institutio ex re certa eintretende „Remedur": Bd. III §. 372 Anm. 13 fg.]

22) mens testatoris, legatarii dignitas, caritas, necessitudo, quae praecedunt, quae sequuntur: l. 50 §. ult. D. leg. I. [Bd. III §. 415 Anm. 12—14.]

23) s. oben in Anm. 3 citt. ll.

24) l. 38 §. 18. l. 99 pr. D. v. o. 45, 1. l. 26 (27) D. reb. dub. 34, 5. l. 99 cit.: Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intellegendum est: ac fere secundum promissorem interpretamur —. [cf. l. 106 D. v. o. 45, 1 („eum fundum stipulatur, quem promissor dare voluerit"). Vgl. auch Bd. II §. 243 Anm. 2.]

25) l. 39 D. pact. 2, 14. l. 21. l. 33 D. c. e. 18, 1. l. 172 pr. D. r. j. 50, 17. [Daß nicht auch in l. 29 D. locati 19, 2 und l. 77 D. c. e. 18, 1 (Anm. 21) gegen den locator resp. venditor entschieden wird, ist nicht, wie Leonhard, Irrthum S. 180 Anm. 1 meint, begründete Ausnahme, sondern kommt daher, daß man in den betreffenden Fällen des „Nothbehelfs" nicht bedarf.]

26) Die Frager, die legem dicentes — cf. l. 21 cit., arg. l. 34 pr. D. c. e. 18, 1. Windscheid §. 84 Anm. 7.

27) l. 99 pr. D. v. o. 45, 1. l. 39 D. pact. 2, 14. l. 21 D. c. e. 18, 1, cf. l. 47 D. o. e. a. 44, 7 — multum interesse quaeras, utrum aliquis obligetur, an aliquis liberetur. [Lotmar, M. Vierteljahresschrift Bd. 25 S. 411 fg., anders wiederum Kohler, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 213. 214. Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 420. 421, und andererseits Hirsch, Sachbesitzerwerb u. -Verlust S. 599. 602. — Nach Wächter I S. 405 Nr. 5, vgl. Nr. 6, ist die Regel bei Anm. 24. 25 nicht gegen den Proponenten oder Redactor, sondern gegen denjenigen gerichtet, der sich etwas zu seinem Vortheil ausbedingt, als Consequenz des Satzes, daß im Zweifel die geringere Last anzunehmen ist. Anders Hölder S. 293 zu Anm. 4, Dernburg I §. 124 Abs. 2.]

drückt[28]); denn das geht gegen den Stipulator, ſowie gegen den als Gläubiger zu denkenden Verkäufer, Verpächter und Vermiether. Aber freilich geht es weiterhin gegen jeden, der ſich im ſtreitigen Fall als der Gläubiger darſtellt, ſo daß die Regel noch allgemeiner lautet: Semper in obscuris quod minimum est sequimur (l. 9 eod.); semper in dubiis benigniora praeferenda sunt (l. 56. l. 192 §. 1 eod.), und ſich über das Verhältniß von Gläubiger und Schuldner hinaus auf alle die etwas gegen einander anzuſprechen haben erſtreckt[29]). — Dasſelbe Wohlwollen, welches für die Perſon des Schuldners und ſonſtiger Bedrängten den Ausſchlag geben ſoll, ſpricht auch für gewiſſe Sachen[30]): dos[31]), libertas[32]), letzten Willen[33]).

Möglicherweiſe iſt für all dieſe Auslegungsmittel kein Raum: dann fehlt es an genügendem Ausdrucke des Willens, und iſt alſo die Willenserklärung nichtig[34]).

Wenn überhaupt, ſo kann man auch hier zwiſchen logiſcher und grammatiſcher Auslegung unterſcheiden. Allein es iſt vor allem fraglich, ob da wo man mit Grammatik, Syntax, Logik zum Ziele kommt[35]), überhaupt eine Zweideutigkeit, und ſtatt der Auslegung nicht eine bloße Erklärung vorliegt. Für alle Fälle aber iſt ſchon von Eckhard, hermeneutica juris 1750. ed. Walch. 1802. I. c. 1. §. 17 bemerkt worden, daß man weder grammatiſch verfahren könne ohne die Logik, noch

28) l. 34 in fin. D. r. j. 50, 17. [l. 75 D. leg. III. l. 39 §. 6 D. leg. I. Bd. II §. 290 Anm. 7.]

29) l. 32 §. 4 D. don. i. v. et u. 24, 1. [Vgl. noch l. 168 pr. D. r. j. 50, 17.]

30) [causae favorabiles : Bd. I §. 29 Anm. 14.]

31) l. 70 D. j. d. 23, 3. l. 85 pr. D. r. j. 50, 17, [cf. l 11 D. pact. dot. 23, 4.]

32) [l. 20.] l. 179 D. r. j. 50. 17. [l. 32 §. 5 D. leg. Falc. 35, 2. cf. l. 20 §. 3 D. statul. 40, 7: oben §. 543 Anm. 15.]

33) l. 24 D. reb. dub. 34, 5 (Bd. III §. 425 Anm. 19), cf. l. 12 §. 2 D. usu 7, 8. l. 12 D. r. j. 50, 17 [Bd. III §. 377 Anm. 4 a. E. Wegen des favor testamentorum ſ. Bd. III §. 372 Anm. 47 fg., vgl. 44. 55. §. 377 Anm. 4 a. E. und Hofmann, Krit. Studien S. 103 fg. — Wegen des in dubiis contra fiscum ſ. Bd. III §. 453 Anm. 21. 22 und wegen der Abgunſt gegenüber Enterbungen (exheredationes non essent adiuvandae: l. 19 D. lib. et post. 28, 2) Voigt, Jus naturale III §. 28 unter e.]

34) l. 62 §. 1 D. her. inst. 28, 5, [vgl. Anm. 1 und Bd. III §. 425 Anm. 16. §. 429 Anm. 41. l. 30 D. test. tut. 26, 2 (Zitelmann, Irrtum S. 252/3). Ueberhaupt Voigt, Jus nat. III S. 148. 149.]

35) wie z. B. in den Fällen der l. 30 pr. und §. 5 D. leg. III.

logiſch ohne die Grammatik; und darnach iſt man denn auch zu der Einſicht gekommen, daß mit jenen Prädicaten nicht verſchiedene Arten, ſondern nur verſchiedene Elemente oder Mittel der Auslegung ausgedrückt, und daß deren nicht blos zweie ſeien [36]). Dagegen iſt ſicher auch die Auslegung der Rechtsgeſchäfte nach der Auctorität der Auslegung verſchieden [37]). Gegenüber von ſtändigen Ausdrücken und Redeweiſen iſt es auch hier zu Uſualinterpretationen gekommen; kein kleiner Theil des Rechts, ja ganze Inſtitute beruhen auf ſolchen [38]). Von authentiſcher Auslegung kann man inſoferne reden, als dem Teſtator das Recht zu nachträglichen Declarationen zuſteht, und er dieſes Recht (ohne Aufhebung des alten und Errichtung eines neuen Teſtamentes) gerade deswegen und nur inſoferne hat, als er nur auslegt, nicht verordnet [39]). Dagegen kann, was nach Abſchluß eines Vertrages von dem Contrahenten einer über den Sinn ſeiner Worte ſagt, nicht entſcheidend ſein [40]).

IV. Verbindung von Willen mit Willen.

§. 569.

Ueberſicht.

Wo das Geſchäft nicht auf dem Willen eines Einzelnen (§. 561), ſondern wie der Contract (Vertrag e. S.) [1]), der

36) So fügt Savigny, Syſt. I S. 320 fg. 213 fg. ein hiſtoriſches und ein ſyſtematiſches bei, Lang, Hermeneutik S. 66 fg. aber bringt es auf ſechſe, indem er das grammatiſche in ein lexikales, ſyntaktiſches und ſtiliſtiſches auflöſt. [Vgl. oben Bd. I §. 28 Anm. 12. 13.]

37) [Dieſe Verſchiedenheit bei der Auslegung der Geſetze in Bd. I §. 28 letzter Abſatz.]

38) z. B. Bd. III §. 413—§. 415. §. 421–§. 423a. [Bd. I §. 195. S. auch oben §. 548.]

39) — nihil enim nunc dat, sed datum significat — l. 21 §. 1 D. qui test. 28, 1. [„Declarationen zur Klarſtellung des Textes": Bd. III S. 96 und §. 425 Anm. 15 und 17. Hölder S. 294 Anm. 7.]

40) z. B. l. 12 D. transact. 2, 15. [Dagegen läßt ſich denken, daß von vornherein ein Teſtator oder ein Paciscent einer gewiſſen Mißdeutung ſeiner Worte bei etwaiger Auslegung zuvorkomme und vorbeuge durch Declaration, Proteſtation oder Reſervation; vgl. oben §. 564 Anm. 37 und Bd. III §. 376, Schlußſatz. Ferner: „Spätere Vereinbarung über den Sinn eines früheren Gedings iſt nach Vertragsgrundſätzen bindend": Regelsberger in Endemanns Hdb. d. Handelsr. II S. 390.]

1) [Bd. II §. 247 Anm. 6, vgl. Anm. 5. 8—10. §. 248 Anm. 1 und

Schulderlaß, Eheschließung und Adoption, Tradition, überhaupt der Vertrag im weiteren Sinn auf mehreren Willen beruht [2]), da muß, damit das Geschäft zur Existenz komme, der beider- oder mehrseitige Wille I. innerlich übereinstimmen (consentire) [3]), II. äußerlich zusammentreffen (convenire) [4]). Was

ad I. die innere Uebereinstimmung anlangt, so ist bereits anläßlich des error auseinandergesetzt, inwiefern es durch diesen bei scheinbarem Consense zu wirklichem Dissense kommt, und wie auch dieser error (dissensus) einer in corpore, oder in

bei Anm. 34. 35: weiterer, auch einseitige obligirende Willenserklärungen umfassender Sinn von Contract. Ueber contrahere in der classischen Sprache s. Pernice, Zur Vertragslehre der röm. Juristen, in Zeitschr. für Rechtsgesch. Neue Folge IX S. 195—7. 219.]

2) Sind hier zweierlei Willen schlechthin nothwendig? vgl. gegen das „non ... nobiscum ipsi agere possumus“ (l. 16 D. furt. 47, 2, oben Bd. III S. 600) das „tradere te tibi possessionem ... posse“ in l. 78 §. 1 D. c. e. 18, 1 und was Bd. III §. 498 Anm. 36. 40. 41, § 519 Anm. 3, Selbstdarlehen, Selbstzahlung, Selbstcontrahiren des Vormundes] bezüglich der tutelarischen Geschäftsführung überhaupt vorkommt (denn auch l. 78 §. 1 cit. spricht vom tutor). S. auch l. 69 D. fidej. 46, 1 (Bd I S. 395) [und überhaupt M. Rümelin, Selbstcontrahiren des Stellvertreters (1888), wo eine eingehende Behandlung der römischen Fälle von Selbstcontrahirung gegeben und dieser Thatbestand aus triftigen Gründen als Vornahme eines einseitigen Geschäfts (mit Vertragswirkung) bestimmt wird. — Wegen der Erforderlichkeit von mehr als zwei Willen s. z. B. Bd. II §. 335 bei Anm. 43. §. 282 Anm. 44. pr. J. de duob. reis stip. et prom. 3, 16. l. 18 D. commun. praed. 8, 4. — S. ferner Bekker, Syst. II §. 94, a und Beil. 1 und Kuntze, der Gesammtakt, in der Festgabe für O. Müller (1892) S. 32. 33. 40—42, Definition S. 47. Gegen Bekker a. a. O. Regelsberger, Pand. I §. 148 Anm. 2 und über das Erforderniß von mindestens zwei einander gegenüberstehenden Personen: §. 149. I, 3.]

3) [oben §. 526 Anm. 15. vgl. Schloßmann, Vertrag S. 56 fg. Regelsberger Pand. I §. 149 I. 1 und 2.]

4) [Uebereinkommen, Uebereinkunft, Verkommniß. Vgl. Bd. II §. 248 Anm. 3. l. 1 §. 3 D. pact. 2, 14: Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt —. l. 3 pr. D. pollicit. 50, 12: Pactum est duorum consensus atque conventio —. l. 55 D. o. et a. 44, 7 — concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: — nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest. — Der obigen Unterscheidung von consentire und convenire widerspricht Leonhard, Irrthum S. 12 Anm. 3. S. 24 und erklärt beide für gleichbedeutend. Da aber l. 3 pr. cit. zur Erklärung von pactum beide zusammen anwendet und l. 1 §. 3 cit. das convenire als etwas zunächst von Aeußerem Geltendes, auf Inneres erst Uebertragenes zeigt, dagegen consentire mit den inneren animi motus in ursprüngliche Verbindung setzt (ähnlich l. 55 cit.), so ist es keinenfalls quellenwidrig den äußeren und den inneren Thatbestand des Vertrags mit den obigen Quellenausdrücken aus-

substantia, sein muß, damit seinethalben Nichtigkeit platzgreife (§. 526 Nr. 3)[5]. Was aber

ad II. das äußere Zusammentreffen oder die äußere Willenseinigung anlangt, so muß das nähere hier verhandelt werden. Es bewegt sich das aber hauptsächlich 1. um Form und Gestalt der Willenseinigung — 2. um die Natur des Offertes — 3. um den Zeitpunkt der Willenseinigung — 4. um die Vorverhandlung.

1. Form und Gestalt der Willenseinigung.

§. 570.

Ist der Vertrag

I. ein obligatorischer[1], so bestehen die beiderseitigen Willensäußerungen in der Erklärung etwas leisten und etwas geleistet haben zu wollen. Diese Erklärung gestaltet sich entweder als Versprechen[2]: wenn der Zusage etwas leisten zu wollen die Annahme (in Gestalt einer Bitte, Aufforderung, Frage) vorausgeht; oder als Anerbieten (Offert): wenn die Annahme erst erwartet wird[3]. Versprechen ohne vorgängige Rogation sind die Gelobungen des votum, der pollicitatio und

einander zu halten. Vgl. auch Lotmar, M. Vierteljschr. Bd. 25 S. 372 bis 376 und Fritsche, Consensus und Consentire in den Digesten S. 99 u. S. 10, vornehmlich S. 60—72, wo vom Verhältniß von consensus und conventio gehandelt und die Annahme ihrer Synonymie widerlegt ist. Gegen dieselbe für l. 3 pr. cit. schon Puntschart, Fund. Rechtsverhältnisse S. 90.]

5) [Nach Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 283. 284 ist der Consens „kein Requisit für den Abschluß des Vertrages, sondern nur für die Existenz oder für den Bestand des Rechtsverhältnisses, welches in dem fertigen Vertrage als gewollt erklärt ist". „Die Erfordernisse für den vollendeten Abschluß des Vertrages, die Zeit und der Ort, wann und wo er zur Perfection gelangt (s. oben ad. II), können aus dem Consens auf keine Weise festgestellt werden."]

1) [d. h. ein obligirender oder auf Obligirung gerichteter, da auch die auf Aufhebung einer Obligation gerichteten (die liberatorischen: Nr. II) als obligatorische bezeichnet werden können; insbesondere das pactum de non petendo obligirt — falls es überhaupt obligirt? Bd. II §. 291 Anm. 11. 12 und hier unten Anm. 21 — zum non petere. Die „Contrahirung der rei obligatio" (Bd. II §. 354) ist im obigen obligatorischen Vertrag nicht einbegriffen.]

2) S. hierher Girtanner, Stipulation, über das Warum mündlich: S. 95 fg., warum Frage und Antwort S. 102—108. [S. auch, auch zum nächst Folgenden, Bd. II §. 248 Anm. 39—41.]

3) [Vgl. Bd. II S. 701/2. Gegen die obige Unterscheidung nachdrücklich Marsson, Natur der Vertragsofferte (1879) S. 17, insbesondere auch gegen

der Auslobung[4]); sie erfolgen ohne Rogation, weil sie ohne den Willen des Promissars bindend, keine Verträge, sondern einseitige Geschäfte sind (§. 561). Ist der Vertrag ein gegenseitiger, so erfolgt das Versprechen wie das Anerbieten *um etwas*, also die dem Versprechen vorausgehende Rogation, und die dem Anerbieten nachfolgende Annahme nicht ohne selbst ein stillschweigendes Versprechen — das Versprechen nach der Rogation und das Anerbieten vor der Annahme nicht ohne selbst eine stillschweigende Annahme, dort des vorausgegangenen, hier des etwa folgenden stillschweigenden Versprechens zu enthalten. „Gibst du mir den Stichus um 10" enthält ein stillschweigendes Versprechen von 10 auf Seite des Rogators, und die stillschweigende Annahme von 10 auf Seite des Versprechers u. s. f. — eine Verkettung von Willenserklärungen, welche vorzugsweise zu dem Ausdruck *συνάλλαγμα* geführt haben dürfte[5]).

die Beschränkung der Offerte auf den obligatorischen Vertrag und nach dem Vorgang von Sohm und Stobbe für die Ansicht, daß Offerent jeder Paciscent sein könne und gegebnen Falls der sei, welcher in einer Initiativerklärung so bestimmt einen Vertrag anbietet, daß dieser mit der bloßen Annahme abgeschlossen ist (vgl. unten §. 571 Anm. 41). Danach können Bitte, Frage, Zusage Offerten sein. Zur Geschichte ihres Namens und ihrer Definition s. Marsson S. 15 fg. Hingegen zu Gunsten der im Text dem Offert gegebnen Deutung — Regelsberger in Endemanns Handbuch II S. 423 Anm. 3 sagt davon „Verrenkung des Antragsbegriffs" — s. Schott, oblig. Vertrag unter Abwesenden S. 107 Anm. 178 und Krückmann, Vertragschluß (1892) S. 4. 5. Die entgegengesetzte Auffassung vertheidigt ausführlich Degenkolb, Arch. f. civ. Pr. Bd. 71 S. 10—17 (dazu jedoch auch Regelsberger bei Endemann S. 429 Anm. 24) und vertritt Regelsberger, Pand. I §. 150 Anm. 3. 4. Bekker, Syst. II S. 88 weist der Acceptation die erste Stelle, der Offerte die Bedeutung eines Vorbereitungsaktes zu. „Werthlosigkeit" und „Herkunft" der Begriffe von Offerte und Acceptation bespricht Schloßmann, Vertrag S. 140 fg. Unanwendbar sind sie bei Gleichzeitigkeit der beiderseitigen Aeußerungen, worüber Schloßmann S. 77, Dernburg II §. 11 Anm. 2, Hölder S. 220 Anm. 2, Windscheid II §. 305 Anm. 2, Rümelin, Selbstcontrahiren S. 252/3, Regelsberger, Pand. I §. 150 Anm. 19.]

4) Oben §. 561 Anm. 22 fg. [und die dortigen Verweisungen nebst Bd. II §. 248 Anm. 45 und Regelsberger, Streifzüge im Gebiete des Zivilrechts S. 17—27.] — „Pollicemur sponte, rogati promittimus": Servius in Aeneid. 1, 237.]

5) Vgl. l. 7 §. 2 D. pact. 2, 14 und das geritur negotium invicem in l. 17 §. 3 D. commod. 13, 6. [Oben Bd. II §. 224 Anm. 4. 5 und S. 143. 144. Pernice, Zeitschr. f. Rechtsgesch. N. F. IX S. 249. — In der obigen „Verkettung von Willenserklärungen" ist nach Schloßmann, Vertrag S. 86. 87 „ein dem Verstande faßbarer Gedanke nicht enthalten", man habe es dabei „nur mit juristischer Mystik zu thun". Dieses Urtheil wird nicht begründet. Der Ausdruck Verkettung gibt ein mehr oder

Bei diesen beiderlei Formen der obligatorischen Willenseinigung ist eine gewisse Differenz zwischen der Willenserklärung und ihrem Zweck bemerkbar. Während der Zweck oder die Wirkung der Willenseinigung eine obligatio (Haftung, Verbindlichkeit[6]) und Schuld) ist, lautet die Willenserklärung blos auf ein Leistungs-Versprechen, Erbieten und Annehmen[7]).

Außer diesen zweierlei Gestaltungen der obligatorischen Willenseinigung scheint noch eine dritte vorzukommen, indem oft von „Bestellungen" die Rede ist, wo sich unzweifelhaft Obligationen, auf der einen wie der anderen Seite, entspinnen, und ihren Grund doch wohl nicht blos in dem Einen Willen des Bestellers haben, vielmehr ein Kauf, eine Miethe, oder ein Innominatcontract im Werk ist. Die Bestellung als solche bedeutet aber weder eine Anfrage noch ein Versprechen, kein Offert und keine Annahme, scheint also auf irgend eine dritte Gestalt von Willenseinigungen hinzuweisen. Indessen ist in der „Bestellung" anerkanntermassen eine Ermächtigung, Aufforderung, oder ein Auftrag enthalten[8]), in den Handel, der durch Bestellung eingeleitet wird, also (was immer sonst sein Charakter sein möge), ein Mandat eingestreut[9]). Wie depositum[10]) kann

---

minder treffendes oder anschauliches Bild vom Zusammenhang der Willenserklärungen.]

6) [Dieses Wort ist auf Grund von Bd. II §. 217 eingefügt worden.]

7) Das ist anders bei der rerum obligatio, wo die Willenserklärung direct auf den Zweck geht („ut res hypothecae (vel pignoris) nomine sit obligata": Bd. II §. 354 Anm. 2. §. 351 Anm. 9a), kann aber ursprünglich auch bei der personae obligatio anders gewesen sein; wie die pignoris obligatio auf eine Rectirung der Sache, kann das nexum auf eine Rectirung der Person (anstatt der Huschkeschen damnatio) gelautet haben. [Vgl. Bd. I §. 67 Anm. 13. Bd. II §. 211 Anm. 2.]

8) Scheurl, Beiträge I S. 311, Jhering, Jahrb. IV S. 89, Regelsberger, Vorverhandlungen S. 74; vgl. deutsches Handelsgesetzb. Art. 323. Urtheil bei Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. IX S. 180. [Mommsen, Haftung der Contrahenten S. 134. 135.]

9) [Dagegen Karlowa, Rechtsgeschäft S. 21, dem „die Annahme eines Mandats zu künstlich und nicht nothwendig scheint", der aber selbst ein Verlangen des Offerenten einmengt. — Verschieden vom Problem des Textes ist der Zweifel, ob ein „Auftrag" Mandat nämlich Commission, oder Offerte zu einem Propregeschäft ist: „nicht selten wird in die Form eines Auftrages der Antrag zum Abschluß eines eigentlichen Propregeschäftes gehüllt". Grünhut, Recht des Commissionshandels S. 100.]

10) l. 1 §. 9. §. 12. §. 13 D. depos. 16, 3.

auch mandatum in anderweiten Geschäften unterlaufen[11]). Mit dem Kaufsoffert an einen abwesenden Verkäufer z. B. läßt sich das Mandat verbinden, an den Offerenten anstatt der Acceptation lieber gleich die Sache selbst zu schicken; die Bestellung beim Kauf ist nichts als ein derartiges in das Kaufsoffert eingefügtes Mandat; die Bestellung überhaupt nichts anderes, als die dem Vertragsoffert beigefügte Ermächtigung an den Adressaten, ohne Mittheilung der Acceptation zur Vertragserfüllung zu schreiten[12]). Das Mandat selbst nun enthält keine neue Form der Willenseinigung; vielmehr löst es sich auf in einen Auftrag, der gar keine Willenseinigung ist oder braucht, sondern als einseitiges Geschäft dasteht[13]), und in eine cautio, welche zwar auf Willenseinigung beruht, aber ausdrücklich oder stillschweigend bald als Versprechen, bald als Anerbieten und Annahme (der Deckung) erfolgt[14]).

II. Die liberatorischen Verträge sind Schulderlässe, also Verzichte[15]), und stellen sich bald wahrhaft als solche, bald im Gewande der natürlichen Lösung (durch solutio) oder eines Empfangsbekenntnisses dar. Nichts als ein Verzicht auf die Forderung in Gestalt des Zahlungsempfanges war die imaginaria solutio per aes et libram[16]), nichts als ein Verzicht in

11) l. 34 §. 1 D. mand. 17, 1. [l. 22 §. 4 eod.] Bekker, Jahrbuch d. gem. R. II S. 366.

12) vgl. Scheurl a. a. O. [und unten §. 571 Anm. 23. — Man könnte mit Bd. II S. 692 sagen, daß hier der zur emtio venditio nothwendige Consens sich theils in Worten oder einer Versprechung, theils unmittelbar in Werken oder in der That kund gebe, daß somit ein halber Realkauf vorliege. Gewöhnlich nimmt man in den Fällen des Textes an, daß „die Annahme durch die Erfüllungshandlung bethätigt" werde, z. B. Regelsberger in Endemanns Hdb. II S. 447. Ehrlich, Stillschw. Willenserkl. S. 98/9. Vgl. unten §. 572 Anm. 9. 11. Uebrigens ist nicht zu vergessen, daß auch die Offerte statt Willenserklärung (oben §. 563 Anm. 15 fg.) eine Realofferte sein kann. Unten §. 571 Anm. 41.]

13) oben §. 561 Anm. 4, unten §. 582, §. 571 Nr. 1 — [aber „durch Annahme zum Kontrakt wird": Bd. II §. 334 Anm. 32 vgl. 33.]

14) Bd. II §. 334 Anm. 22 fg.

15) [Oben §. 561 Anm. 13 fg. und Bd. II §. 291 Anm. 13—16. §. 329 Anm. 2—6 (mutuus dissensus oder contrarius consensus.) Zu den liberatorischen Verträgen rechnet man herkömmlich und sprachgebräuchlich nicht die anderen zweiseitigen liberationes als datio in solutum, Novation (Bd. II S. 435). Die solutio als Zahlung gehört unter III; schon Kohler, Gesammelte Abhandlungen S. 3 hat seinen „Erfüllungsvertrag" für „meist dinglichen Vertrag" erklärt. — Auch der Pfandverzicht als vertragsmäßige Lösung der rei obligatio (oben §. 561 Anm. 18 fg.), eine Art der liberatio pignoris, ist unter den obigen liberatorischen Verträgen nicht einbegriffen. Vgl. auch oben Anm. 1.]

16) Gai. III, 173—175.

Gestalt eines frageweisen mündlichen Empfangsbekenntnisses die acceptilatio [17]); ob dagegen auch unsere Quittung, vielmehr die Ausstellung unserer Quittung ein Verzicht in Gestalt schriftlichen Empfangsbekenntnisses, oder ein bloßes Beweismittel sei, ist noch nicht ausgetragen [18]). Wahrhaft einen Verzicht auf die Forderung stellte das pactum de non petendo vor, wenn es anders in rem war [19]); allein die Form der Willenseinigung scheint hier, abgesehen davon, daß sie beliebigen Stoffes war [20]), auch in der Fügung und Folge der beiderseitigen Willenserklärungen so frei gewesen zu sein, als unsere heutigen Schulderlässe [21]).

III. Bei dinglichen Verträgen [22]), wie der Eigenthumsübertragung [23]), der Bestellung von Personal- und affirmativen Prädialservituten [24]) kommt die Willenserklärung oder das Wort, daß das jeweilige dingliche Recht übertragen, erworben, bestellt sein soll, nicht für sich, sondern nur in Verbindung mit einem Werke, d. i. mit dem Faktum der Tradition oder Quasitradition vor [25]). Die Willenserklärung selbst denkt man nun freilich

17) Bd. II §. 291 Anm. 3. 5. [Pernice, Zeitschr. f. RG. Neue Folge IX S. 212/3.]

18) [Bd. II §. 291 Anm. 5—9.

19) Bd. I §. 111 Nr. 1. Bd. II §. 291 Anm. 10—12.

20) l. 2 pr. sqq. D. pact. 2, 14.

21) Wie der obligatorische Vertrag nur auf den Inhalt der Obligirung und nicht auf diese selbst zu lauten pflegt — oben zu Anm. 7 — so sind Stellen, wie l. 34 (33) C. transact. 2, 4 (Ptolemaidi) und l. 5 C. remiss. pign. 8, 25, in denen das pactum d. n. p. auf den Verzicht selbst, oder wie l. 40 pr. D. h. t. 2, 14, in denen es auf Nichtexistenz der Obligation lautet (debitum . . . per pacti conventionem remisisti . . . Bd. II §. 291 Anm. 11; — profiteor te non teneri —) selten; meistens geht die Erklärung nur auf den aufzugebenden Inhalt der Obligation (de non petendo, agendo — vgl. Brisson. de formul. lib. 6 No. 196. 198). Hier wird dann auch wie bei den obligatorischen Verträgen bald versprechens-, bald anbietungsweise pactirt worden sein. Wie gerne das pactum die Form der Frage, damit des Versprechens annahm, zeigt l. 7 §. 12 D. h. t. 2, 14 (vgl. auch obiges „profiteor"). [S. auch Pernice a. a. O. S. 213/4.]

22) [Nach Kohler, der dingliche Vertrag, Gesammelte Abhandlungen S. 2. 3. ist der dingliche Vertrag ein Successionsvertrag (auch als Servitutbestellung) und damit dem obligatorischen Vertrag entgegengesetzt. Der „dingliche Vertrag" gehört nach Pernice a. a. O. S. 201—210 nicht in die Vertragslehre der römischen Juristen. Vgl. oben §. 561 Anm. 32.]

23) Bd. I §. 150.

24) Bd. I §. 197 Anm. 3—11.

25) Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur: l. 20 C. pact. 2, 3. [Bd. I §. 150 Anm. 4. §. 197 Anm. 8—11. Für das Erforderniß der Quasitradition bei Servituten auch

z. B. bei der dominii traditio als Erklärung, Eigenthum übergeben und empfangen zu wollen[26]), oder, weil „Uebergabe" von Eigenthum doch nur eine Metapher ist, als Verzicht auf der einen, Erklärung zu wollen auf der anderen Seite[27]). Nun ist eine dominii traditio zwar allerdings undenkbar ohne den darauf gerichteten Willen wenigstens des Tradenten[28]); allein nach einer auf die Eigenthumsübertragung eigens concipirten Willenserklärung dürfte man in den Quellen vergebens suchen[29]). Wahrscheinlich taucht eine solche aber um deswillen nicht auf, weil sie nicht für sich, oder abstract, sondern in der zur dominii traditio wenigstens putativ nothwendigen causa[30]), d. i. in der die Tradition begleitenden Erklärung geschenkt, gezahlt, creditirt haben zu wollen[31]), oder in dem derselben vorausgegangenen Verkauf, Vergleich, Dotalversprechen ꝛc. zum Vorschein kam. Ist eine derartige causa vorausgegangen, so bedarf es gar keiner Erklärung mehr[32]); auf sie gestützt kann man sogar Eigenthum empfangen, ohne es zu wollen[33]).

Aehnlich verhält es sich mit der Quasitraditio. Ihre eigenen Formen (legem dicere — excipere, deducere) hatte die

---

Karlowa, Rechtsgeschäft §. 35 und Lenel, Jher. Jahrb. XIX S. 183 bis 186. Keineswegs war also, wie Kohler a. a. O. S. 10. 18 äußerte, die „vereinzelte Stimme Vangerows machtlos verhallt" und „bald nur noch im Andenken seiner Schüler fortlebend". Gegen jenes Erforderniß wiederum Dernburg I §. 251 Nr. 4.]

26) Puchta §. 148 Abs. 2 Nr. 3. Arndts §. 145 Nr. 3. Windscheid §. 171. §. 172 Nr. 6. Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 53, B.

27) S. 200. 201 der ersten Aufl. [Eigenthum als Gegenstand der Tradition oder Uebertragung bei bildlicher Verwendung der ‚traditio', ‚Uebertragung', ‚dominii traditio': Bd. I §. 138 bei und nach Anm. 38. §. 150 Anm. 3. §. 151 Anm. 4—6; „dominium transferre" und „transire" den Quellen geläufig. Vgl. Pernice a. a. O. S. 201. 202.]

28) §. 40 J. rer. div. 2, 1, Theophil. paraphr. ad h. l., vgl. l. 9 §. 4 D. iuris et facti ign. 22, 6; [s. auch noch Lenel, Jher. Jahrb. Bd. 19 S. 173—180.]

29) [Strohal, Jher. Jahrb. Bd. 27 S. 341 sagt, „daß bei der Eigenthumstradition eine ausdrückliche Erklärung des Eigenthumsübertragungswillens fast niemals stattfindet".]

30) Oben §. 534 Nr. 2 (S. 90. 91), [nebst Bd. II §. 326 Anm. 5 und Strohal a. a. O. S. 359.]

31) §. 41 J. rer. div. 2, 1. l. 55 D. o. e. a. 44. 7. l. 10 D. donat. 39, 5 etc. [Vgl. Bd. I S. 586 und oben §. 559 Anm. 16.]

32) l. 31 pr. D. a. r. d. 41, 1. [Vgl. Bd. II §. 326 zu und in Anm. 5.]

33) l. 9 §. 4 D. iur. e. facti ign. 22, 6, [vgl. Bd. I §. 151 Anm. 9. 10, sowie Lenel, Jher. Jahrb. B. 19 S. 181. 182 und Lotmar in der Münchener Festgabe für Planck S. 88. 103. 108. 110.]

nebengeschäftlich mit der Tradition verknüpfte Bestellung von Servituten [34]).

2. Das Offert.

§. 571.

Dieses ist essentiell

A. widerruflich [1]). Wäre es unwiderruflich, so müßte schon es Vertrag, oder doch einseitiges Geschäft sein; allein einseitiges Geschäft ist es nicht, weil es die Bestimmung hat, Vertrag zu werden [2]); Vertrag nicht, weil es nur einseitigen Willens ist [3]). Die Vollmachtsertheilung ist mehr als ein

34) Bd. I §. 197 Anm. 4—7 [sowie oben §. 557 Anm. 35 nebst Bd. I §. 77 Anm. 3.]

1) [Zustimmend Karlowa, Rechtsgeschäft S. 27 (gegen dessen Argumentation Kohler, Arch. f. bürgerl. Recht I S. 299 Anm. 19), Bechmann, Kauf II S. 279 Anm. 3 „eine an sich widerrufliche Erklärung". Hölder S. 221 Abs. Unwiderruflichkeit der Offerte läßt Leonhard, Irrthum S. 124 fg. von ihrem Empfang an eintreten, wogegen Lotmar, M. Vierteljschr. Bd. 25 S. 395. 396. Für Widerruflichkeit: Rümelin, Selbstcontrahiren S. 38, Regelsberger, Pand. I §. 150 Anm. 10. 11.]

2) [S. auch Bd. II §. 248 Anm. 45 (wogegen Bekker, Syst. II §. 94 Beil. II). Neben und wegen dieser „Bestimmung" könnte es schon vor ihrer Erreichung (statt bloße res facti zu sein) eine Rechtswirkung haben, nämlich die rechtliche Möglichkeit acceptirt zu werden (unten zu Anm. 28), die Annehmbarkeit („Annahmefähigkeit" Regelsberger, Pand. I S. 549), die nur durch gewisse Thatsachen, wie Widerruf, Zeitablauf, aufgehoben werden kann. Demgemäß kann, wie von Erlöschen (unten zu Anm. 27) auch von Ungültigkeit der Offerte z. B. wegen Zwangs oder Irrthums die Rede sein, während res facti infirmari iure civili non potest (l. 1 §. 4 D. a. v. a. p. 41, 2): Lotmar, M. Vierteljahresschrift Bd. 26 S. 221. 222. Karlowa a. a. O. S. 18: „Die vollendete Offerte . . . bewirkt eine Gebundenheit des Offerenten bezüglich des Zustandekommens des Geschäfts durch die Acception des Oblaten"; vgl. oben §. 522 Anm. 18. Andere Vorgänger bei Krückmann, Vertragsschluß S. 6 fg. und vornehmlich diesen selbst, der wiederholt fragt: „Woher schneidet man dem Antragsteller die Einrede ab: Ich war nicht verpflichtet, mich durch die Annahme verpflichten zu lassen?" und die „Verpflichtung aus der Thatsache des Offerirens in Gegensatz zu der Verpflichtung aus dem Inhalt der Offerte, dem jur. Resultat des Vertragsschlusses" stellt, die erstere der Brinz'schen Haftung gewissermaßen gleichsetzend. Mit solcher Gebundenheit ist die obige Widerruflichkeit logisch und praktisch verträglich; ersteres, weil ohne jene von dieser nicht die Rede sein könnte. Krückmann S. 96. 97, der selbst dies betont, erklärt dennoch S. 100, jene Gebundenheit „wäre keine, wenn der Antragende sich durch einfaches Machtwort ihrer entledigen könnte": wobei die Gradation der Gebundenheit verkannt, und z. B. an den Widerruf von praepositio und mandatum nicht gedacht ist. Schon bei den älteren, von Hofmann, Entstehungsgründe der Obligationen S. 19 fg. angeführten Autoren erscheint die Gebundenheit des Offerenten fälschlich als Unwiderruflichkeit der Offerte. Auch manche neuere gründen jene auf diese.]

[3] Zustimmend Marsson, Natur der Vertragsofferte S. 93. Zur

bloßes Offert und dennoch einseitig widerrufbar [4]). So fehlt es denn in unseren Quellen nicht an Belegen, daß Offerent

---

Frage, ob die Offerte ein Rechtsgeschäft, s. auch oben S. 12. 13 und bedenke dabei (neben der vorigen Anm.), daß es befristete (unten bei Anm. 28) und bedingte Offerten gibt (verschieden von Offerten zu bedingten Verträgen, nicht acceptabel vor Eintritt der Bedingung); so auch Kohler, Arch. f. bürgerl. Recht I S. 307/8. Für die Verneinung Bechmann, Kauf II S. 39, Marsson S. 47/8 und S. 93. 94. 96 die Consequenzen der Bejahung. Nach Schott, Obl. Vertr. u. Abwesenden S. 169. 196 ist die Offerte nicht Rechtsgeschäft, sondern Rechtshandlung oder Rechtsact. — Wenn das röm. R. den Vertrag „aus zwei Willenserklärungen zusammensetzt, von denen jede für sich kein Rechtsgeschäft ist", so muß es den successiven Abschluß eines obligatorischen Vertrags nach der Theorie beurtheilen, welche es „auf in der Bildung begriffene Geschäfte zur Anwendung bringt": Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 142. Diese Theorie wird danach S. 144—278 entwickelt. Da sie aber auf die Vertragschließung unter Abwesenden angewandt sich als praktisch unbrauchbar erweise, so müsse die vorhin angegebene, aus der mündlichen Contrahirung abstrahirte Vertragsconstruction als falsch verworfen werden: S. 278—81. Daher gibt K., nachdem er S. 281—334 die Unzulänglichkeit der heutigen Theorien der Vertragsvollendung darzuthun gesucht hat, S. 334 bis 393 einen neuen Entwurf der römischen Vertragstheorie. Nach derselben gehöre der successive Abschluß des obligatorischen Vertrags zur successiven Entstehung der Rechtsverhältnisse, nicht der Rechtsgeschäfte. Er geschehe durch Vereinigung von zwei Rechtsgeschäften, nicht von zwei der Rechtswirkung entbehrenden Willenserklärungen. Diese Rechtsgeschäftsnatur der Offerte (beim obligatorischen, nicht beim liberatorischen und beim dinglichen Vertrage) nimmt K. an, obwohl für den Oblaten mit der „deferirten Forderung" „ein Vermögenserwerb noch nicht gemacht, sondern blos erst ermöglicht wird" (S. 335), indem er von der Potestativbedingung der Acceptation abhängig ist. Und „die verpflichtende Kraft der Offerte" ergibt sich ihm aus §. 4 J. emt. 3, 23, wo nicht pure offerirt wird, und die Acceptation selbstverständlich sein kann. Uebrigens hat K. eine eigene Ansicht vom Kauf auf Probe, ist dieses Geschäft problematisch (oben §. 539 Anm. 38—45) und als singulär nicht geeignet, die Natur der gemeinen Offerte zu erweisen. Auch das negotium claudicans erweist nicht ihre obligirende Kraft, da es nicht ohne Acceptation des Pupillen ist. S. oben Bd. II §. 248 Anm. 45, wogegen wiederum hinsichtlich des Kaufs auf Probe und des neg. claudicans Krückmann S. 35—42. Ausführlichere Kritik Köppens bei Sohm, Zeitschr. f. Handelsr. XVII S. 372—75, Schott a. a. O. S. 210—225 und Drechsler, Schadenersatz bei nichtigen Verträgen S. 30—40; s. auch noch Kühn, Jher. Jahrb. XVI S. 62—64 und Marsson a. a. O. S. 48. 49. Nach Krückmann a. a. O. S. 16 „irrte Köppen darin, daß er die Verpflichtung aus der Thatsache des Offerirens mit der Verpflichtung aus dem Inhalt der Offerte identifizirte," was auch oben Bd. II §. 248 Anm. 45 vorzuliegen scheint. Auf Köppens Seite Gardeike, Verträge u. Abwesenden S. VI—VIII und an anderen Stellen, z. B. S. 150: „Die Offerte, welche ein vollgiltiges Rechtsgeschäft ist, begründet das einseitige Rechtsverhältniß der Delation, aus welcher durch den vollendeten Abschluß des Contracts das subjective Recht hervorgeht." Vgl. auch daselbst S. 293. Etwas verwandt J. Maag, Vertragsschluß u. Abwesenden (Zürich 1891) S. 50. 28. 29. Nachdrücklich, ausführlich und mit neuen Argumenten für die Rechtsgeschäftsnatur der Offerte Krückmann a. a. O. S. 12—56 und S. 89 al. 3. 4.]

4) Bd. II §. 334 Anm. 17. 33. 50 und unten §. 582 Anm. 25. Vgl. Bekker, Jahrb. d. gem. R. II S. 355 unten.

bis zur Acceptation widerrufen könne[5]), dagegen in Wahrheit an einem Fall, da das Offert bindend, d. h. bis zur Annahme, Ablehnung oder sonstigen Endigung unwiderruflich wäre. Daraus, daß ein Mandatar so lange als ihm die Contreordre unbekannt bleibt, mandatmäßig forthandeln kann[6]), folgt das Gegentheil in keiner Weise; das Mandat ist kein bloßes Offert; trotzdem es kein bloßes Offert, ist es widerruflich; nur daß der Widerruf den Mandanten nicht stets sofort von seiner ferneren Haftung befreie, bestimmt l. 15 cit.; nichts anderes l. 11 §. 5 D. inst. act. (14, 3)[7]).

Andere Ansichten machen sich in der heutigen Doctrin geltend.

Nach einer, und zwar der ausgeführtesten von ihnen ist die Widerruflichkeit ein bloßes Naturale, durch entgegengesetzte Bestimmung der Parteien also derogirbar, entweder schlechthin, oder auf Zeit. Diese Derogation erfolge bald durch ausdrückliche Erklärung des Offerenten (sein Offert so und so lange halten zu wollen), bald stillschweigend: bei Verträgen unter Abwesenden, wenn mit dem Offert die Ermächtigung zu sofortiger Ausführung des Vertrages (Bestellung) verbunden ist, oder wenn das Offert den Charakter eines kaufmännischen (handelsrechtlichen) Angebotes hat. Beim kaufmännischen Angebot sei der Widerruf (wenn er nicht noch vor oder mit dem Offert einlange) so lange ausgeschlossen als das Offert daure (bis die Annahme ordentlicherweise da sein kann); bei Offerten dagegen, welche die Ermächtigung zur Vertragsausführung ent-

5) z. B. pr. J. emt. vend. 3, 23. [Wegen der Form des Widerrufs s. Schott, obl. Vertr. unter Abwesenden S. 185 Nr. 4 und vgl. unten Anm. 19.]

6) l. 15 D. mand. 17, 1, [welche Stelle nach Regelsberger von Sohm, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 17 S. 97 citirt wird. Mit Bezug auf die Erforderlichkeit der Kenntniß des Widerrufs beim Oblaten wird die Stelle besprochen von Kühn a. a. O. S. 53—55.]

7) [Hierzu bemerkt Schott a. a. O. S. 172 Anm. 309: „Die Behauptung von Brinz S. 1579, daß dieses Fragment nur den Satz enthalte, „daß der Widerruf den Mandanten nicht stets sofort von der Haftung befreie", kann nach dem ganzen Zusammenhange und der Stellung desselben sicherlich nicht aufrecht erhalten werden." Allein „die Behauptung von Brinz" bezieht sich nur auf den Schlußsatz von l. 11 §. 5 cit. (vv. sed si alias etc.) und kann danach aufrecht erhalten werden. Uebrigens entsteht nicht, wie Schott sagt, nach l. 11 §. 5 „unzweifelhaft eine actio quod jussu" sondern eine actio institoria.]

halten, entfalle von dem Augenblicke an, da zur Ausführung geschritten werde, das Recht zum Widerruf überhaupt. Jene bald ausdrücklich bald stillschweigend abgegebenen Erklärungen würden entweder ausdrücklich acceptirt, oder seien als stillschweigend acceptirt zu erachten; ein mit dem Offert verbundener Vertrag bilde also stets den Grund der Gebundenheit, ein Widerrufsverzicht sei der Inhalt dieses Vertrages [8]).

Andere halten eine Gebundenheit der Offerte auch für möglich, allein erst auf Grund der neueren Gesetzgebungen und als ein Product dieser letzteren; die Einen mit Widerstreben und unter Bedenken gegen die innere Richtigkeit [9]), die Anderen nicht ohne Befriedigung darüber, daß dem römischen Rechte, welches den „Wankelmuth" zulasse, derogirt sei [10]).

In der That hat es unser Handelsgesetzbuch [11]) zuwege gebracht, daß ein Widerruf, welcher bei dem Adressaten noch vor dessen Entschlußfassung eintrifft, das Zustandekommen des Vertrages nicht aufhält, vorausgesetzt nur, daß der Widerruf erst nach dem Offerte eingetroffen ist, und der Adressat seine Annahme noch in ordnungsmäßiger Frist an den Offerenten bringt; denn so lange als Offerent bei ordnungsmäßiger recht-

8) So im Wesentlichen Regelsberger, Vorverhandlungen §. 13 [vgl. denselben in Endemanns Hdb. II S. 433 Anm. 8 und Pand. I §. 150 Anm. 14. Gegen den Widerrufsverzicht Windscheid II §. 307 Anm. 7. Köppen a. a. O. S. 306. 307. Sohm a. a. O. S. 96. Schott, Oblig. Vertrag unter Abwesenden S. 100. 162. Bechmann, Kauf II S. 279. Ueber den unwiderruflichen Antrag: Krückmann a. a. O. S. 110—115, Dernburg II §. 9 Anm. 3. §. 11 Anm. 12 (dafür, ohne Construction). — Vgl. auch oben §. 539 Anm. 45 gegen Ende. — Ausdrückliche Annahme des (von Regelsberger statuirten) Angebots eines Widerrufsverzichts erblickt Gareis, Verträge zu Gunsten Dritter S. 73 in der sog. Collectivofferte.]

9) z. B. Arndts, M. Vierteljahresschr. Bd. 5 S. 164.

10) z. B. Ihering, Jahrbb. Bd. 4 S. 87. [Andere Auffassung des röm. Rechts bei Köppen (oben Anm. 3), wonach die Offerte schlechthin widerruflich nur wenn sie an eine incerta persona gerichtet ist (unten Anm. 35 fg.), sonst nur wenn die Widerruflichkeit vorbehalten worden ist; auch der der Offerte gleichzeitige Widerruf wirkt vernichtend.] — Uebrigens sucht Arndts a. a. O. die Erklärung [der Unwiderruflichkeit] nicht in einem Vertrage, wie Regelsberger, sondern in einer bedingten pollicitatio. — Daß auch auf Regelsberger die Gesetzgebungen, der Art. 319 des deutschen Handelsgb. obenan, von Einfluß waren, liegt zu Tage, s. bes. S. 75 seiner „Vorverhandlungen".

11) nach dem Muster des Oesterr. bürg. Gesetzb. §. 862 a. E. und des Sächsischen §. 816.

zeitiger Absendung der Antwort noch auf Eingang der letzteren warten kann, ist er (wenn sein etwaiger Widerruf nur nicht noch mit dem Offerte angekommen ist) gebunden, widerrufsohnmächtig[12]). Indessen ist nicht zu verkennen, daß diese gesetzlichen Bestimmungen gerade so wie die ihnen folgende Doctrin die Bindung des Offertes blos als Mittel zum Zweck verwenden; der Zweck ist, den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses unter Abwesenden in einer allen Bedürfnissen entsprechenden Weise zu regeln; namentlich soll der Adressat auf eine gewisse Beständigkeit des Offertes bauen können, und nicht fürchten müssen, daß das Geschäft sich bereits zerschlagen habe, oder noch zerschlagen werde, währenddem er darnach bereits seine Dispositionen treffe[13]); das erreicht man weder mit der Aeußerungs-, noch mit der Vernehmungstheorie[14]); dazu muß zu

12) vgl. Handelsgesetzb. Art. 319 mit 320. Arndts a. a. O. S. 165 Abs. 1.

13) Jhering a. a. O. S. 87. Regelsberger, Vorverhandlungen S. 71 oben. — [Wegen der von Vielen (nicht z. B. von Wächter II §. 185 Anm. 23, Dernburg II §. 10 Anm. 10 a. E., Regelsberger, Pand. I §. 150 Anm. 13) „dem durch Widerruf benachtheiligten Acceptanten gewährten Schadensersatzklage auf das negative Vertragsinteresse" s. den übersichtlichen Bericht von Schott a. a. O. S. 159—162 nebst Sohm a. a. O. S. 35. S. 98, Marsson a. a. O. S. 60. Wenn man, wie auch diese Autoren thun, dem Offerenten Widerrufsfreiheit beimißt, und nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur (l. 55 D. r. j. 50, 17), so begeht der Offerent, der widerruft, damit keinen dolus, auch wenn er hierdurch den Oblaten schädigt, und diesen Erfolg voraussieht, vorbehaltlich der Chicane (l. 1 §. 12 in f. D. a. et a. pl. 39, 3. Bd. II §. 344 Anm. 10). Diese, oder aber Vertragswidrigkeit, nicht bloßen Offertwiderruf müßten danach l. 16 §. 1 D. praescr. v. 19, 5. l. 34 D. dolo m. 4, 3 bei ihrer Annahme von dolus voraussetzen; der betreffende Vertrag würde von herkömmlicher Klage entblößt sein. Vgl. auch Köppen a. a. O. S. 301. 302, Mommsen, Haftung der Contrahenten S. 133 Anm. 3, Hölder §. 42 Anm. 6, Krückmann a. a. O. S. 100. 105 fg. Die l. 11 §. 5 i. f. D. inst. act. 14, 3 beruht auf der Undeutlichkeit des Widerrufs und ist daher nicht beweisend. Kritik der früheren Constructionen der Haftung des Offerenten, welcher widerrufen hat, und Aufstellung einer neuen (Offerent haftet aus der negotiorum gestio des Oblaten) bei Thon, Arch. f. civ. Pr. Bd. 80 S. 63—102. — Charakteristisch für die römische Denkweise, obwohl nicht den Widerruf betreffend, ist die bisher nicht angezogne l. 9 §. 1 D. locati 19, 2, wo mit Bezug auf den Pächter des Usufructuars, der als Usufructuar verpachtet hat, und vor Ablauf der Pacht stirbt, gesagt wird: si sumptus fecit in fundum quasi quinquennio fruiturus, an recipiat? et ait non recepturum, quia hoc evenire posse prospicere debuit. — In Ansehung der Haftung fürs negative Vertragsinteresse stellt dem Widerruf gleich die culpose Vernichtung des Vertragsgegenstandes durch den Offerenten (vor der Annahme) Adler, Jher. Jahrb. Bd. 31 S. 273.]

14) Regelsberger, Vorverhandlungen S. 75 Abs. 1.

einem außer der Theorie gelegenen Mittel gegriffen werden: man bindet das Offert, oder, was eins ist, man seit es gegen den Widerruf [15]).

U. E. darf dem Handelsgesetzbuch auf diesem Wege nicht gefolgt werden. Wo die Aufrechthaltung des Offertes durch eine gewisse Zeit hindurch

1. ausdrücklich verabredet wird, liegt nur ein Versprechen vor, das Geschäft abschließen zu wollen, wenn dies dem anderen Theile binnen der gesetzten Zeit beliebt (pactum de contrahendo [16]) — §. 574); der Widerruf selbst ist nicht ausgeschlossen [17]); wenn der andere Theil zwar binnen der gesetzten Zeit, aber nach dem Widerruf acceptirt, so ist das, weil das Offert erloschen, keine Acceptation mehr; der durch das Offert eingeleitete Vertrag ist unmöglich geworden, und an seine Stelle nur eine Interesseforderung aus dem pactum de contrahendo da [18]).

2. Ist das Offert in eine Bestellung (der Antrag in einen Auftrag) eingekleidet, so kann Adressat innerhalb der auch für derlei Offerte geltenden Zeit (unten lit. B) die Bestellung getrost ausführen, unbekümmert, ob eine Contreordre unterwegs ist oder nicht. Allein dies nicht etwa um deswillen, als ob Bestellungen eine Zeit lang unwiderruflich wären, sondern trotzdem daß sie widerruflich sind, widerruflicher selbst als gemeine Offerte. Das gemeine Offert ist nicht vor der Mittheilung des Widerrufs widerrufen (§. 572) [19]); die Bestellung ist in so

---

15) [Das Handelsgesetzbuch „macht durch diese Bestimmung die Offerte zu einem Rechtsgeschäft": Köppen a. a. O. S. 151 Anm. Hiergegen oben Anm. 2 und 3. Kühn a. a. O. S. 64—67 sucht darzuthun, daß „die Nothwendigkeit eines Rechtsschutzes der Offerte qua Offerte an die Römer praktisch nicht herangetreten ist."]

16) [Dawider Göppert, M. Vierteljschr. Bd. 14 S. 406, Schott a. a. O. S. 99, Karlowa, Rechtsgeschäft S. 28, Bechmann, Kauf II S. 280, dafür Marsson a. a. O. S. 61/2 und Adler, Jher. Jahrb. Bd. 31 S. 272; eigenthümlich Bekker, Syst. II § 106, Note u, vgl. n und oben §. 539 Anm. 45 g. E.].

17) [Zustimmend Schott S. 191 Anm. 359a, Bechmann a. a. O. S. 279/80, Karlowa a. a. O. S. 27, vgl. Windscheid II §. 307 Anm. 6. Nach Regelsberger in Endemanns Handbuch II S. 433 Anm. 8 liegt der Meinung des Textes „eine petitio principii" zu Grunde.]

18) [Hierüber unten §. 574 Anm. 9 fg.]

19) [Zur Controverse über diesen Punkt (welche nicht wie der Text nach den Arten der Offerte zu unterscheiden pflegt) s. Schott a. a. O. S. 158. 159 und dessen eigene Ansicht S. 167 oben, 169 al. 2. Quellenbelege für

weit, als sie ein Mandat enthält, gleich diesem sofort mit dem Ausdruck des geänderten Willens widerrufen [20]). Der Grund liegt vielmehr darin, daß trotz erloschenen Mandates (d. i. des im Mandate liegenden Auftrags) mandati obligatio noch fortbestehen kann [21]); der Mandant und seine Erben haften fort für alles was der Mandatar mandatmäßig bis zur Benachrichtigung von der Mandatserlöschung thut [22]). Mindestens also besteht auch bei der Bestellung eine Haftung des Bestellers für das was der Adressat bestellungsmäßig noch vor dem Widerruf, oder vor Kenntniß des Widerrufs gethan hat; fraglich ist nur, ob und inwiefern der Vertrag selbst, zu dem sich der Besteller erboten, trotz Widerrufs perfect werde. Dies scheint aber (vom Standpunkt der Vernehmungstheorie) nur möglich — a. dadurch, daß der Adressat den Besteller von der Annahme der Bestellung eigens benachrichtigt, und diese Nachricht der von dem Widerruf zuvorkommt; denn in der Bestellung liegt auch ein Offert, und dieses ist einerseits nicht bald genug zurückgenommen, anderseits noch rechtzeitig acceptirt; — b. dadurch, daß Adressat noch vor der Willensänderung des Bestellers die Bestellung ausführt; so lang

das Erforderniß der Mittheilung des Widerrufs daselbst S. 170—174. Daß zur Vollendung des Widerrufs seine Kenntniß beim Oblaten nicht erforderlich: Kühn a. a. O. S. 46. 47; dortselbst die Möglichkeit absichtlicher aber verantwortungsfreier Fernhaltung der Kenntnißnahme durch den Oblaten selber. Nach Marsson a. a. O. S. 50—59 „braucht das Wegfallen des Offertwillens dem Oblaten gar nicht erklärt zu werden; damit fällt auch die Folgerung: Das Wegfallen des Offertwillens braucht dem Oblaten nicht bekannt zu werden. Es ist überhaupt kein Widerruf nöthig. Die Offerte geht durch bloße mutatio voluntatis unter." Nach Gardeike a. a. O. S. 115 muß dem Oblaten der Widerruf durch die Widerrufserklärung, nicht auf anderem Weg mitgetheilt sein, wenn er wirken soll. Des Oblaten Hintertreibung dieser Mittheilung unterfalle der l. 161 D. r. j. 50, 17 (oben §. 543 Anm. 9), besser wäre l. 39 eod. (unten §. 572 Anm. 22). Gegen das Erforderniß der Vernehmung des Widerrufs Krückmann a. a. O. S. 143. 144. Rechnet man zum Widerruf auch die den Empfang der zu widerrufenden Erklärung vereitelnde Thätigkeit, dann kann Empfang oder Vernehmung (Mittheilung) nicht für jeden Widerruf erforderlich sein: vgl. Hölder, Pand. S. 214/215.]

20) — extinctum est mandatum finita voluntate: l. 12 §. 16 D. mand. 17, 1.

21) — solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare: l. 26 pr. eod., vgl. oben Bd. II §. 334 Anm. 55. 56 und unten §. 582.

22) l. 15 eod.: Si mandassem tibi, ut fundum emeres, postea scripsissem, ne emeres, tu, antequam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno adficiatur is qui suscipit mandatum.

hat er zur Ausführung der Bestellung die Vollmacht; die Ausführung der Bestellung ist Ausführung des Vertrags, die Ausführung des Vertrages aber eine Perficirung des in und mit der Bestellung offerirten Vertrages, welche die Acceptation in ähnlicher Weise überspringt, wie die Spezification die Occupation [23]). Nach der Willensänderung fehlt es an der Vollmacht zur Vertragsausführung, gleichviel ob Adressat von derselben weiß oder nicht; jetzt kann er durch Ausführung der Bestellung nurmehr eine actio aus jener noch etwa fortdauernden obligatio mandati, mit nichten aber eine Klage aus dem zwar angestrebten aber nicht mehr möglich gewesenen Contracte haben.

Ist das Offert an den Abwesenden endlich 3. lediglich Offert, so mag Adressat mit seinen Dispositionen warten, bis er der Perfection nach den Regeln des Vertragsabschlusses sicher sein kann. Gegen Nachläßigkeiten auf Seite der anderen Partei ist er nicht ungeschützt (§. 572 g. E.) [24]).

Eben so wesenhaft ist das Offert

B. zeitlich; es widerstrebt der Natur der Dinge, daß es auf immer gemacht sei. Nicht weil es stillschweigend abgelehnt [25]), sondern weil es nicht auf immer gemacht ist [26]), kann es nicht beliebig spät noch acceptirt werden, muß es, auch ohne Widerruf oder sonstige Gründe, mit der Zeit erlöschen [27]). Möglicherweise setzt der Offerent seinem Offert selbst eine Frist — mit der noch nicht gesagt ist, daß das Offert so lange aufrecht erhalten werden wolle, sondern nur daß es nicht länger acceptirt werden könne [28]); außerdem muß nach den Um-

23) [s. oben §. 570 Anm. 12.]

24) [Vgl. oben Anm. 13.]

25) Puchta, Vorlesungen §. 251 Abs. 11.

26) Regelsberger, Vorverhandlungen S. 65—67 [und in Endemanns Handb. II S. 430, Karlowa, Rechtsgeschäft S. 26. 27, Schott a. a. O. S. 189 fg., Marsson a. a. O. S. 62; ähnlich Sohm a. a. O. S. 103.]

27) [Im Gegentheil behauptet Gardeike, Verträge unter Abwes. S. 72 u. sonst: „wenn der Oblat in angemessener Frist nach seiner Kenntnißnahme von der Erklärung des Offerenten eine ablehnende Erklärung unterläßt, so ist auch der ablehnende Geschäftswille in ihm ausgeschlossen und dadurch wird der Consens des Oblaten als stillschweigende Willenserklärung giltig . . ." Vgl. unten §. 572 Anm. 18.]

28) Regelsberger, Vorverhandlungen S. 73 Nr. 1 [und im Handb. S. 432, Schott S. 190 Anm. 358, Windscheid II §. 307 Anm. 7. Vgl. oben §. 552 zu Anm. 19a und in diesem §. bei Anm. 16. — „Die

ständen ermessen werden, auf wie lange dasselbe gemeint sei[29]).

C. persönlich. Niemals bindend ist das Offert noch kein Recht für den anderen Theil; deswegen noch kein von dem Handelnden geschiedenes Ding, sondern lediglich in seinem Willen, seiner Fähigkeit, seiner Person beruhend[30]). Darum erlischt es auch mit dem Tod, mit der Rechts- und Handlungsfähigkeit der Person[31]). Erst dadurch, daß sie bindende Offerte schufen, gelangten unsere Gesetzgeber auch zu vererblichen Offerten[32]). Aus dem was das römische Recht über gewisse den Tod des Mandanten überdauernde Fortwirkungen des Mandates, der praepositio u. dgl. aufstellt[33]), ist auf das bloße Offert nichts zu folgern; die Bestellung oder der Auftrag participiren ohnedies am Rechte des Mandates; eine Aus-

---

Acceptation nach Ablauf der ausdrücklichen oder stillschweigenden Offertfrist ist eine neue Offerte": Schott S. 194, ähnlich Gardeike S. 154, dagegen Degenkolb, Arch. f. civ. Pr. Bd. 71 S. 16 Anm. 28 und wiederum Regelsberger im Handb. S. 453 Anm. 30.]

29) Thöl, Handelsr. I §. 237 bei Anm. 7. Genauer ist dies im deutschen HGB. Art. 318, 319, noch mehr nach der Uhr in einigen Particularrechten bestimmt: Regelsberger, Vorverhandlungen S. 67 fg., [dazu im Handbuch S. 433—39. S. auch Köppen a. a. O. S. 371. 372, Schott S. 192 Nr. 3, Kühn, Jher. Jahrb. XVI S. 4: „wer mündlich anbietet fragt, und wer fragt, will, wenn er keine Frist für Beantwortung setzt, sofortige entsprechende Antwort"; Kohler, Arch. f. bürg. Recht I S. 301—4. 309.]

30) [Dagegen sucht Schott S. 163 fg. darzuthun, daß „die Existenz der Offerte als eines selbständigen Willensprodukts von der Willenspotenz, ihrem Erzeuger, unabhängig ist". Dem entgegen Marsson S. 72 und Krückmann S. 99. Wiederum Regelsberger im Handbuch S. 442 Anm. 34.]

31) vgl. Bekker, Jahrbuch Bd. 2 S. 370 Nr. III. S. 380 Abs. 1, Regelsberger, Vorverh. §. 19 vgl. §. 24 [und Pand. I §. 150. I. 5, Wächter II §. 185 Anm. 14, Windscheid II §. 307 Anm. 9. 10; dazu noch Sohm S. 42 Anm. 19 a. Köppen S. 357—59. 366, wonach die Offerte durch den Eintritt des Todes oder der Handlungsunfähigkeit des Offerenten regelmäßig nicht berührt wird. Ebenso Schott S. 201—6 gemäß obiger Anm. 30, Gardeike S. 117, Krückmann S. 102 und Kohler, Arch. f. bürg. R. I S. 312—5. Dagegen mit dem Texte Karlowa, Rechtsgeschäft S. 29. 30, Kühn S. 55—7 („mag der Oblat den Umstand kennen oder nicht" und „während der Dauer der Geistesstörung ruht die Acceptationsfähigkeit der Offerte — dormit") und Marsson S. 63 bis 71. 79.]

32) Deutsches HGB. Art. 297: sächs. bürg. Gesetzb. §. 818; preuß. Landr. Th. I Tit. 5 §§. 106 u. 108, wogegen österr. bürg. G. §. 918, vgl. Arndts, M. Vierteljschr. V S. 166.

33) Regelsberger, Vorverhandl. §§. 19—21. Bekker a. a. O. S. 373. Köppen S. 308—14. [Gegen die beiden Ersteren mit dem Text Marsson S. 73—77.]

dehnung des Mandatrechtes auf das reine Offert ist auch de lege ferenda nicht geboten [34]).

D. Daß das Offert an eine certa persona gerichtet sein müsse [35]), hat u. E. keine innere Nothwendigkeit, und auch keinen äußeren Beleg für sich. Daß Verträge nur zwischen concreten Personen zu Stande kommen, das ist Nothwendigkeit; allein aus dem Vertrag geht kein Schluß auf das Offert [36]); — daß Vermächtnisse nur an bestimmte Personen gerichtet werden konnten, war positiven Rechtes, keine Nothwendigkeit, und ist

34) wogegen Regelsberger, Vorverh. S. 111 unten und §. 21; Ihering, Jahrb. Bd. 4 S. 91 Anm. 93; Unger, Oest. Privr. Bd. 6 §. 1 Anm. 4. — [Wegen des Einflusses von Tod oder Handlungsunfähigkeit des Oblaten s. Schott S. 207. 208, Marsson S. 78—79, Leonhard, Irrthum bei nichtigen Verträgen S. 127 Anm. 2.]

35) Bekker a. a. O. S. 356; Ihering, Jahrb. Bd. 7 S. 173. [Vgl. Bekker, Syst. II §. 93 Beil. II „Anerklärungen", denen aber „eigenthümlich, daß sie bestimmten Personen zukommen sollen". Anders Windscheid II §. 309 Nr. 3, wonach „der Vertragswille gültig auch einem Dritten gegenüber erklärt werden kann", wogegen Rümelin, Selbstcontrahiren S. 43 und Regelsberger, Pand. I §. 150 Anm. 5a. — Sohm, Zeitschr. f. Handelsr. XVII S. 47: „Im techn. S. wird mit einer incerta persona nur dann paciscirt, wenn die Vertragsofferte einer erst in der Zukunft sich bestimmenden Person gemacht wird, d. h. wenn die Person des Oblaten im Moment der Vertragsofferte noch objectiv ungewiß ist"; nicht wenn sie für den Offerenten nur unbekannt ist. Weiterhin läßt Sohm die Offerte nicht einer Mehrheit gemacht sein und den Oblaten durch dessen eigene Annahmehandlung bestimmt werden; die Art der letzteren werde durch die Offerte vorgezeichnet. Kühn, Jher. Jahrb. XVI S. 9 betont dabei noch, daß diese Vorzeichnung für die Offerte ad incertam pers. nothwendig sei. Marsson S. 34—39 im Wesentlichen Sohm beitretend gelangt zum Schlusse: „Eine Offerte ad incertam pers. giebt es also gar nicht, und was man so nennt ist entweder gar keine Offerte oder eine Offerte ad certam pers." Gegen die Sohm'sche Construction Krückmann S. 71 fg., dem die Offerte ad incertam pers. „ein an jedermann aus einem bestimmten Personenkreise oder an jedermann schlechthin gerichteter Antrag" ist. Ebenso Biermann, Jher. Jahrb. Bd. 32 S. 296/7 mit der Bemerkung: „Praktisch kommt freilich beides auf dasselbe hinaus."]

36) [Für die Möglichkeit von Offerten an incertae personae unter Verwendung der von der praepositio institoris geltenden Rechtssätze Köppen S. 359—61, s. jedoch Marsson S. 75 Anm. 27. Allgemeiner, principieller und die opponirten Scheingründe widerlegend für jene Möglichkeit Sohm S. 56—81. Den Quellenbeleg findet er im iactus missilium. Vgl. jedoch oben Bd. I §. 165 Anm. 11 (§. 151 Anm. 19) nebst Pernice, Zeitschr. f. Rechtsgesch. N. F. V S. 108 fg. und wiederum Sohm S. 52, Hölder S. 221 Anm. 4. Für die Möglichkeit, Anerkanntheit, Häufigkeit von „Offerten an das Publicum" Biermann a. a. O. S. 292—320. Dabei sind oft Realofferten (unten Anm. 41) anzunehmen. Unterschiede der Wirksamkeit zwischen der Offerte ans Publicum und der gewöhnlichen Offerte stellt Biermann S. 310—314 auf, namentlich den, „daß die Acceptation der ersteren ex justa causa zurückgewiesen werden kann."]

aufgehoben[37]); — daß insonderheit auch jene Versprechungen, welche auf einseitigem Willen beruhen, an die gewisse Person des Gottes oder der Gemeinde gerichtet sein müssen, und nur unsere Auslobungen ins Ungewisse gehen (S. 254. 255), entscheidet nichts; denn diese Versprechungen sind Geschäfte, keine bloßen Offerte. Wohl zeigen die Auslobungen, daß selbst Geschäfte an eine incerta persona zu Stande kommen können[38]); und ist das Versteigern (§. 575) mehr als eine bloße Einladung zu Offerten, dann ist es Offerirung an eine incerta persona[39]). Nur so viel ist richtig, daß nicht jedwedes Ausgebot, Ausschreiben, Anzeigen ꝛc. an das Publikum als ein Offert an Jeden, der da kommen und annehmen wolle gemeint sei, vielmehr häufiger die Bedeutung einer bloßen Einladung zu Bestellungen oder Angeboten habe[40]).

E. Daß das Offert so vollständig sein müsse, um durch ein bloßes Ja zum Vertrage zu werden[41]), hat nur die Versteigerung (§. 575) gegen sich, also nur ein Ding von problematischer Natur. Ist nach heutigem Rechte ein Vertrag möglich, bei welchem die Bestimmung des Preises in das billige Ermessen des Abnehmers gestellt wird[42]), so offerirt der Ver-

37) Bd. III §. 425 Anm. 8. [S. auch Sohm S. 59/60.]

38) Windscheid §. 308 bei Anm. 19.

39) Windscheid §. 308 Nr. 2. [S. auch Krückmann S. 72. 73.]

40) Regelsberger, Vorverh. §. 9, [Handbuch S. 427. 428, Pand. §. 150 Anm. 7. 8.] Diese Bedeutung wird den Verkaufsanerbietungen an unbestimmte Personen im deutschen HGB. Art. 337 allgemein beigelegt; daß das Offert nach römischem Rechte noch überall an bestimmte Personen erfolgen mußte, und erst nach heutigem gemeinen Rechte das Gegentheil gelte (Kindervater, Jher. Jahrb. VII S. 10), ermangelt des Beweises. [Gegen Kindervater s. auch Sohm S. 50 Anm. 26a. Zur Unterscheidung von Offerten und Aufforderungen zur Stellung von Offerten Biermann S. 298 bis 310, mit Casuistik.]

41) Thöl, Handelsrecht I §. 237 Nr. 4, [Schott S. 107 Anm. 178, Kühn S. 3, Marsson S. 33. „Durch ein bloßes Ja" wird das Offert wohl nur da zu einem Vertrag, wo dieses selbst mit Worten oder solche vertenden Zeichen gemacht worden ist. Wegen der Möglichkeit anderweitiger Offerirung s. oben Anm. 36, §. 561 Anm. 26, §. 563 zu Anm. 17, §. 570 Anm. 12 und Kohler, Jher. Jahrb. XVII S. 322—5. Außerdem Regelsberger im Handbuch S. 424 Anm. 6, S. 425 oben, S. 427, c. — Wo in Worten und selbst in Frageform zwei Offerten alternativ gestellt sind (nicht eine Offerte zu einem Vertrag auf Alternativobligation), da kann „ein bloßes Ja" den Vertrag nicht perficiren, weil es nicht erkennen läßt, welche von beiden vollständigen Offerten damit acceptirt wird. Vgl. Bernstein, Zeitschr. f. Rechtsgesch. N. F. I S. 157/8.]

42) Arndts §. 300 Anm. 3 a. E. [Vgl. unten §. 575 Anm. 17

äußerer die Sache eben zu billigem Ermessen; die Acceptation besteht dann nicht erst in der Feststellung des Preises, sondern schon in der Zustimmung zu diesem Offert. Zu bemerken wäre nur, daß unser Ja buchstäblich nur bei der Versprechensform (§. 570, I) zutrifft, wogegen das Anerbieten ein „Angenommen" u. dgl. nach sich zieht.

3. Zeitpunkt der Willenseinigung.

§. 572.

Daß von einem äußeren Zusammentreffen der Willen noch vor der Aeußerung oder Erklärung derselben keine Rede sein könne, versteht sich von selbst. Um so fraglicher und namentlich für Verträge unter Abwesenden [1]) bedeutsam ist es,

ob, die materielle Uebereinstimmung vorausgesetzt, schon die Willensäußerungen an sich genügend seien, eine Willensübereinkunft zu begründen („Aeußerungstheorie"), oder ob sie erst von dem Einen an den Anderen gelangen müssen, wenn die Uebereinkunft da sein solle („Vernehmungstheorie") [2]).

Es hat nun aber allen Anschein, daß die Willensäußerung nicht an sich, sondern erst beim Anderen zum Vertrage werden könne, und auch hier nicht schon durch körperliches Eintreffen

und oben Bd. II S. 702: „Jedenfalls gehört die Erklärung, zu welchem Preise verkauft werden wolle, mit zum Offerte."]

1) [Denn inter praesentes muß die Offerte, wenn sie nichts Anderes bestimmt, sofort angenommen werden und diese Annahme kann dem Bewußtsein des Offerenten nicht entgehen: Kühn, Jher. Jahrb. XVI S. 4 Anm. 1. Jedoch hat Schott, der obligator. Vertrag unter Abwesenden S. 22 auf andere Möglichkeiten hingewiesen.]

2) [Außer terminologischen Varianten (nämlich „Declarations-" oder „Agnitions-" statt „Aeußerungs-", und „Rescissions-" oder „Recognitions-" statt „Vernehmungstheorie" haben wir zwischen beiden stehend die von Schott S. 3 (vgl. S. 158 Anm. 268) sog. Empfangstheorie und über beiden stehend die von Sohm (s. unten Anm. 8) sog. Realisirungstheorie. Diese Theorien werden meist nur im Hinblick auf die Acceptation und zum Theil mit Beschränkung auf gewisse obligatorische Verträge aufgestellt oder erörtert. Ausführliche Angabe, aber nicht unbefangene Kritik der „bisherigen Theorien über die Verträge unter Abwesenden" bei Gardeike, Verträge u. Abwesenden S. 289 bis 331. Radikal abweichende Fragestellung bei Schloßmann, Vertrag S. 343 fg.]

(als Brief im Schalter ꝛc.)[3]), sondern erst durch geistige Wahrnehmung (Lesen, Hören)[4]). Denn dazu drängt die Natur des Wortes, welches zum Unterschiede von anderen Handlungen nicht bloß Aeußerung, kein bloßes Heraustreten des Willens und Gedankens, sondern dessen Uebertragung aus dem Innern ins Innere, kurz Mittheilung ist (§. 563 Anm. 2); der Vertrag besteht aber wesentlich in Worten (Willenserklärung)[5]). Zu demselben Ergebniß führt die Natur des Vertrages, der ein Geschäft der Parteien miteinander (contractus, conventio)[6]), nicht nebeneinander ist, was der Fall wäre, wenn die Parteien blos materiell übereinzustimmen, und ihr Wollen nur in irgend eine der vier Windrichtungen aus-

3) [„Empfangstheorie". Für sie z. B. Baron §. 212, weil die Erklärung nur binde, wenn sie an die richtige Person geschieht, daher erst wann sie an diese gelangt ist, wogegen Post und Bote Vertreter des Absenders seien. Nach Schott S. 89. 107 (vgl. 119 al. 1. 155) muß „die eine Verpflichtung enthaltende acceptierende Willensäußerung in den Machtbereich des Offerenten kommen." Eingehende Verfechtung dieser Theorie bei Maag, Vertragsschl. u. Abwesenden (Zürich 1891) S. 31 fg., für dieselbe auch Kohler, Arch. f. bürgerl. Recht I S. 293—296. Nahestehend die Ansicht von Kühn: Anm. 6, von Ryck: Anm. 8 (S. 317), von Schall, Parteiwille S. 37 und Krückmann, S. 131, („Wahrnehmbarkeitstheorie").]

4) [Vgl. Bd. II §. 290 Anm. 74. — Nur als praktische Modifikation oder Ausbildung der Vernehmungstheorie betrachten die Empfangstheorie Dernburg II §. 11 Anm. 9, Wendt §. 199 am Ende, Regelsberger, Pand. I §. 150 Anm. 22. S. aber auch Köppen unten Anm. 20.]

5) Jede Willenserklärung ist kein bloßes Aussprechen, sondern Erklärung an Jemand, hier an den anderen Paciscenten (vgl. §. 561 Anm. 1). Danach ist von selbst klar, daß eine Proposition u. s. w. nicht geschehen ist, bevor der Brief, Bote u. s. w. angelangt und gelesen, gehört ist. [Oertmann, Vertragsschluß unter Abwesenden S. 40. 41, vgl. auch Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 141 u. 267: „Eine Antwort setzt aber ihrem Begriff nach eine Erklärung voraus, die nicht blos an eine andere Person gerichtet, sondern auch von ihr entgegengenommen ist." Hiegegen Schott S. 153, Kühn, Jher. Jahrb. XVI S. 75, Krückmann, Vertragsschluß S. 121—125. 132 fg. Gegen das Argument des obigen Textes Schott, S. 151 Anm. 264: „Das Testament besteht auch wesentlich in Worten und doch ist seine Perfection und Existenz von Nichts weniger als von der Kenntnißnahme des eingesetzten Erben abhängig."]

6) [Vgl. §. 569 Anm. 2. 4. Diesem hier und dort erwähnten Moment wird von Schloßmann, Vertrag S. 67—70 nicht Rechnung getragen. Schott, S. 8. 9 erblickt im obigen Argument eine Verwechselung des bewußten Zusammentreffens als gegenwärtiger Handlung mit dem Bewußtsein vom Zusammengetroffensein als vollendeter Thatsache; nur jenes gehöre zur conventio. Nach Zitelmann, Irrtum S. 271 läßt sich „aus dem Begriff des Vertrages" eine Entscheidung der Frage nicht ableiten. Sohm Zeitschr. für Handelsr. XVII. S. 86—90 gewinnt aus l. 38 pr. D. a. v. a. p. 41, 2 den Satz, daß die Willenserklärung eine Willensmittheilung ist, so daß nach „allgemeinen Rechtssätzen" wie die Offerte so auch die Annahme

zusprechen brauchten[7]). Eben dazu führen endlich die Quellen, indem sie Tauben die Möglichkeit einer mündlichen Uebereinkunft ab-, die jeder anderen zusprechen, und zwar ausdrücklich deswegen weil sie wenngleich reden doch einander nicht vernehmen können[8]). Die Consequenzen dieser s. g. „Vernehmungstheorie" treten namentlich im Widerruf hervor, indem so lange als sie nicht an den Anderen gelangt ist, jede Er-

---

vernommen sein müßte, um fertig zu sein. Aber die positiven Rechtssätze des gem. Rechts (nämlich die vom Traditionsvertrag geltenden) sollen für die Annahme ein anderes, auch im modernen Verkehrsrecht zur Geltung gelangtes Princip ergeben. Vgl. Anm. 8. Gegen Sohms Erforderniß des Vernommenseins und seine Begründung Schott S. 152 und Kühn S. 33—39, welcher S. 8. 11—32 und 77 nach der „Natur der Willenserklärung" oder „allgemeinen Rechtsgrundsätzen" die Offerterklärung für vollendet erklärt, „wenn und von wann ab sie als Aeußerung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann und in der ihr vom Offerenten gegebenen Richtung auf den Oblaten vom Willen des Offerenten unabhängig geworden ist." Außerdem verlangt Kühn S. 42 nach dem „Wesen der Willenseinigung" Bewußtsein des Oblaten von der Offerte, nicht auch des Offerenten von der Willensübereinstimmung. Gegen Kühn nimmt Marsson, Vertragsofferte S. 26—32 (für die Regel, denn S. 85. 86) Perfektion der Offerte erst mit dem Eintritt des Bewußtseins von derselben beim Oblaten an, welches Bewußtsein dieser durch die Offerte erlangen müsse. Diesem letzten, schon von Sohm aufgestellten, auch von Gardeike S. 70 und Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 58 angenommnen Erforderniß setzt Schott S. 152 einen Rechtsfall entgegen, der darum nicht widerlegt, weil der darin erzählende Offerent hiemit seine Offerte mündlich stellt; so schon Oemler, Vertragsschluß unter Abwesenden S. 30.]

7) Vgl. den Fall von Merlin bei Regelsberger, Vorverhandlungen S. 12 unten [(bei Windscheid II §. 306 Anm. 8); dazu jedoch Kühn S. 85.] Vgl. ferner Girtanner, Stipulation S. 342 und Hofmann, Entstehungsgründe der Obligationen S. 71. 75 Anm. 141 gegen Windscheid, M. Vierteljschr. I. S. 428. 429. — [Kritisches über das Vertragserforderniß, daß die Willenserklärung in einer gewissen Richtung oder gegenüber einer gewissen Person abgegeben sei, bei Schloßmann, Vertrag S. 61—7 vgl. S. 145 Anm. 1, dazu Marsson S. 23—6, Krückmann S. 132. 137/8. Vgl. auch oben §. 571 Anm. 35 eingangs.]

8) l. 1 pr. D. v. o. 45, 1. l. 1 §. 15. l. 48 D. o. et a. 44, 7, nach Hasse, Wächter, Seuffert. Ein Argument wohl auch darin, daß die Braut, welche praesenti sponso sofort aufsagen kann, dies gegenüber dem peregrinirenden erst nach drei Jahren kann: l. 2 C. repud. 5, 17. — Derselben Ansicht neuerdings Bekker, Jahrb. d. gem. R. Bd. 2 Nr. 11 [sowie System II §. 94, o. §. 96 Beil. III] und Regelsberger, Vorverhandlungen S. 14 fg. S. 23 fg. [sowie Pand. I S. 553], das Handelsgesetzbuch von Buenos-Ayres in Zeitschr. f. Handelsr. VI S. 127 und im Wesentlichen Arndts §. 231 Anm. 2, d, [Marsson S. 81. 82, Gardeike S. 246, doch s. auch S. 301 fg. Darstellung und Kritik der Vernehmungstheorie z. B. bei Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 285—9. 295—8. 314/5, Schott S. 5—35, Krückmann S. 134 fg. und die Einwürfe von Kühn S. 74. 75. 83—8, Hölder S. 223/4; anderseits wiederum Schloßmann, Vertrag S. 351 Anm. 2. S. 355/6.] — Der entgegengesetzten Ansicht (Aeußerungstheorie)

klärung widerrufen werden kann, der Widerruf insonderheit eines Offertes aber (wenn dieses nicht zugleich Bestellung, und der Widerruf von der Ausführung überholt ist — S. 310 oben) bis zur Vernehmung der Annahme möglich ist, dann aber wenn Widerrufs- und Annahmeerklärung sich kreuzen, die Priorität der Vernehmung für Annahme oder Widerruf entscheidet [9]).

Als Abweichungen von der Regel bei den Einen [10]), als Belege für die entgegengesetzte („Aeußerungs"-) Theorie bei den Anderen werden angeführt:

a. die Thatsache, daß auf gewisse voraufgehende Willenserklärungen des Einen hin der Andere sofort, ohne Mittheilung seiner Zustimmung, handeln darf, der Vertrag also schon mit

Puchta §. 231 Note d, Thöl, Handelsrecht I §. 237 Anm. 21—23, Sintenis, Civilr. Bd. II §. 96 Anm. 14, Dahn, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 9 Nr. 6 u. a. bei Thöl a. a. O. Anm. 21 und Windscheid §. 306 Anm.* und 2—4 angef. neuere und ältere Autoren. [Für „eine Art qualificirter Aeußerungstheorie" Ryck, Schuldverhältnisse S. 461. Darstellung und Kritik der Aeußerungstheorie bei Köppen S. 315—8, s. auch Schott S. 82 fg.] — Getheilter Ansicht Scheurl, Beiträge I S. 301 fg., Jher. Jahrb. II Nr. 5 und Windscheid II §. 306, [auch Köppen S. 373—5; gegen Windscheid z. B. Dernburg II §. 11 Anm. 8. — Eisele, M. Vierteljschr. Bd. 20 S. 20 sagt, wie schon früher Einzelne, die Frage, wann der Consens erklärt ist, sei quaestio facti und eine überall zutreffende Antwort sei unmöglich. Gewissermaßen so schon Sohm, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 17, indem er an der Hand der von der Perfection des Traditionsvertrags redenden Quellen (vgl. unten Anm. 14) Vernehmungs- und Aeußerungstheorie in der höheren Einheit der von ihm sog. Realisirungstheorie aufgehen, nämlich den Willen des Offerenten darüber entscheiden läßt, welche den Annahmewillen ausdrückende Handlung des Oblaten die den Vertrag perficirende Annahmeerklärung bildet, so daß es z. B. der Annahmemittheilung nicht bei Traditionen und Realcontracten, und bei anderen Contracten nur dann bedarf, wenn Annahme mittheilung die vom Offerenten gesetzte Annahmeerklärung ist, d. h. wenn der Offerent Annahme erwartet, indem „die Realisirung des offerentischen Willens die den Vertrag perficirende Annahmeerklärung darstellt" (S. 107). Eine anticipirte Anwendung dieser Realisirungstheorie bei der Bestellung oben §. 570 zu Anm. 12, §. 571 zu Anm. 23. Stillschweigender Anschluß an Sohm bei Karlowa, Rechtsgeschäft S. 21 fg. Selbständiger, unter Anerkennung des Vorgängers, aber mit mancher Einschränkung: Kühn S. 69 bis 72. 76—82, Marsson S. 49 Anm. 22 und bes. S. 84, Krückmann S. 63. 145, ferner Thon, Arch. f. civ. Pr. Bd. 80 S. 64. 65, Hölder §. 42 Abs. 3. Mehr oder weniger gegen Sohm: Schott S. 154—7 Anm., Schloßmann, Vertrag S. 100 Anm. 1, Regelsberger in Endemanns Handb. II S. 446 Nr. 2 und Pand. I S. 552 oben, Oemler, Vertragschl. unter Abwesenden S. 21—27.]

9) Regelsberger, Vorverhandlungen §. 5, [im Handbuch S. 453. 454, Pand. I S. 552 b, andere Autoren in der Widerrufsfrage bei Schott S. 185—89. 159 Anm. 272, sowie Kühn S. 45—55. 79—81.]

10) [Zur Kritik siehe auch Köppen S. 290—94.]

der Zustimmung selbst, nicht erst mit ihrer Mittheilung perfect sei[11]). Allein soweit Willenserklärungen diese Folge haben, sind sie „Aufträge", „Bestellungen", also gleich der in l. 15 cit. ein Mandat, dadurch Vollmacht, und insoweit ein einseitiges den Auftraggeber nicht erst auf Grund einer anderseitigen Willenserklärung bindendes, den Auftragempfänger zunächst ermächtigendes und erst hinterher obligirendes Geschäft[12]);

b. der Satz, daß Schenkungsversprechungen[13]) ohne vorgängige Bitte oder nachträgliche Annahmserklärung bindend werden. Allein das römische Recht enthält diesen Satz nirgends[14]).

---

11) l. 15 D. mand. 17, 1. — Zu Bd. I §. 18 Anm. 2 hat der Verf. in seinem Handexemplar der 3. Auflage bemerkt: „Das permittere spielt nicht nur in der Gesetzgebung, sondern auch in den Geschäften der Privaten seine Rolle; so gestaltet sich denn auch die donatio zuweilen zu einem Permesso (z. B. eximere lapidem), wo dann in seiner Ausnützung der Accept liegt (wie beim Mandat im Vollzug): l. 6 D. don. 39, 5 — was man für die „Aeußerungstheorie" mißbraucht hat." [Vgl. auch l. 16 §. 1 D. praescr. verb. 19, 5. l. 8 D. quemadm. serv. 8, 6. l. 34 D. dolo m. 4, 3. Zu diesen Fällen s. Sohm S. 31—35, Kühn S. 67 Anm. 2, Marsson, S. 60, Regelsberger, Pand. I §. 163 Anm 3 und vgl. oben §. 571 Anm. 13. — Ueber stillschweigende, nämlich werkthätige Acceptation, den „Realabschluß der Verträge durch Erfüllungshandlungen" und durch „Aneignungshandlungen" (z. B. Annahme der Kaufofferte durch Verbrauch der Waare), mit einigem Anschluß an Sohms Realisirungstheorie (Anm. 8): Kohler, Arch. f. bürg. Recht I S. 319—24, beiläufig schon Schall, Parteiwille S. 38 Anm. 16 („aktueller Rechtsgeschäftsabschluß"), ferner Bekker, Syst. II S. 102, Regelsberger, Pand. I S. 554 und sehr ausführlich Ehrlich, Stillschw. Willenserklärung S. 112—173 mit vielen Hinweisen auf die Praxis. In diesen Fällen soll nicht nur keine Annahme gegenüber dem Offerenten, sondern überhaupt keine Annahme Statt finden. Die reale Aneignung der real angebotnen Leistung bringe die quasicontractliche Rechtswirkung hervor. Nur auf den Aneignungs-, nicht auf den Annahmewillen komme es an. Diese mögliche, nicht ausschließlich mögliche (s. besonders Hölder S. 217 vv. „So ist meine Consumtion u. s. w.") Construction ist nicht auf die römischen Quellen zu gründen. Vgl. auch oben §. 564 Anm. 5 S. 269, §. 561 Anm. 26 und vorzüglich was §. 570 zu und in Anm. 12, §. 571 zu Anm. 23 von der bei der „Bestellung" als Acceptation wirkenden Ausführung des Vertrags gesagt ist.]

12) [Von Vollmacht im Sinne des §. 582 kann nicht die Rede sein. Oben §. 570 Anm. 8–13 mit den dortigen Verweisungen.] — Auch l. 4 pr. D. manum. vind. 40, 2 erklärt sich — gegen Scheurl, Iher. Jahrb. II S. 262 — aus der Besonderheit des Mandates. Wenn die Freilassung, welche der vom Vater bevollmächtigte Sohn, nicht wissend daß inzwischen Contreordre erfolgt ist, vornimmt, ungiltig ist, so liegt der Grund nicht darin, daß man einen Widerruf überhaupt nicht erst zu erfahren braucht, sondern darin, daß es zur Manumission an der gehörigen voluntas gebricht.

13) Bd. II §. 248 Anm. 13. §. 307 Anm. 2.

14) l. 2 §. 6 D. donat. 39, 5 bestätiget zwar, daß eine Schenkung durch Empfang und vor dessen Rückmeldung an den Schenker perfect werde, redet aber von keinem Schenkungsversprechen, sondern von einer rei donatio und dem Fall, wo ein Stellvertreter für den Schenker tradirt, mithin auch die An-

Wenn aber derselbe wenigstens nach heutigem Rechte gelten sollte, dann ist doch wohl nur aus besonderem Grunde von der Nothwendigkeit der Mittheilung Umgang genommen: etwa deswegen weil sich der Schenker die Annahme selber denken kann, ihre Mittheilung also nicht braucht oder stillschweigend auf sie verzichtet[15]). Wie das Schenkungsversprechen ist auch das Dotalversprechen[16]) zu beurtheilen; —

c. Art. 323 des deutschen Handelsgesetzbuches, wornach Bestellungen und Aufträge an Einen, der sich allgemein zu deren Besorgung erboten hat, oder mit dem Besteller schon in Geschäftsverbindung steht, als angenommen gelten, wenn sie nicht sofort abgelehnt werden[17]). Allein hier ist von der Annahme und ihrer Mittheilung nicht Umgang genommen, sondern die Geschäftsverbindung oder das Anerbieten zur Besorgung von Aufträgen in Verbindung mit der Nichtablehnung als ein Faktum betrachtet, aus welchem die Annahme, statt ausdrücklich erklärt werden zu müssen, stillschweigend zu folgern sei[18]).

Inconvenienzen können daraus, daß eines Jeden Willenserklärung bei dem Anderen nicht nur eintreffen, sondern auch von ihm erfahren (gelesen, gehört) werden muß, allerdings erwachsen[19]); allein die Schwierigkeiten, welche sich bei der

nahme für den Prinzipal erfährt. Aehnlich l. 10 eod. [S. auch oben §. 560 Anm. 35—41 nebst Burckhard, Ueber Schenkungsannahme (1892) und l. 77 D. r. v. 6, 1. Nach Köppen a. a. O. S. 297 beweisen diese Stellen, „daß das R. R. wenigstens für den dinglichen Vertrag die Vernehmungstheorie nicht adoptirt hat". Ebenso für den Traditionsvertrag Sohm, Zeitschr. f. Handelsr. XVII S. 30—45: die dortigen Auslegungen sind nicht unanfechtbar. Vgl. auch Oemler a. a. O. 24 fg. und Regelsberger, Pand. I S. 553/4.]

15) Verschiedene andere Rechtfertigungen s. bei Regelsberger, Vorverhandlungen S. 27 fg. S. 94. [Karlowa, Rechtsgeschäft S. 24 al. Ehrlich, Stillschw. Willenserkl. S. 232 fg. sucht darzuthun, „daß einseitige Willenserklärungen, welche nur den Erklärenden allein belasten . . . zu ihrer Wirksamkeit einer Annahme nicht bedürfen". S. auch Hartmann, Arch. f. civ. Pr. Bd. 72 S. 208.

16) Bd. III §. 482 Anm. 2. 3.

17) vgl. Regelsberger, Vorverhandlungen S. 95 Nr. 2 u. 3. S. 27 oben, [in Endemanns Hdb. II S. 449—51, Pand. I S. 554. 3. Ehrlich, Stillschw. Willenserkl. S. 180—189.]

18) [Diesem Satz scheint, nach einer Notiz im einen Handexemplar, der Verf. den folgenden vorgezogen zu haben: Allein hier handelt es sich nicht darum, ob eine Willenserklärung durch bloße Aeußerung perfekt sei — sondern ob sie nicht ohne alle oder jede Aeußerung anzunehmen sei. Vgl. auch Schott a. a. O. S. 90—94 und oben §. 564 Anm. 26.]

19) Puchta, Vorlesungen §. 251 (4. Aufl. S. 75 oben). [Köppen S. 297. 298. Schott S. 28. Nach Schall, Parteiwille S. 37 braucht

Aeußerungstheorie ergeben, sind noch größer: so gleich die Bestimmung der Frage, wann der Wille geäußert sei (mit der Unterzeichnung, mit dem Streusand, mit der Siegelung, mit der Abgabe des Briefes ꝛc.[20])? Auch bietet die Ihering'sche culpa in contrahendo, vielmehr die stillschweigende Windscheid'sche Prästationsübernahme[21]), allerdings ein Mittel, den einen Contrahenten für Nachlässigkeit oder Absichtlichkeit des andern in Nichtvorlassung des Boten, Nichteröffnung von Briefen ꝛc. zu entschädigen[22]). — Wenn oberstrichterliche Erkenntnisse das was ein bloßer Bote vernimmt, auch als schon vom Absender vernommen erachten, und Arndts a. a. O.[23]) dieses befürwortet, so geschieht das doch wohl mehr zur Abschwächung der Consequenzen als nach dem Begriffe des Boten[24]).

4. Die Vorverhandlung.

§. 573.

Wird ein Offert nicht einfach angenommen, ein Versprechen nicht so wie gefragt versprochen, einfach abgegeben, so liegt hierin eine Ablehnung des gemachten Offertes, eine Verneinung der ergangenen Rogation, zugleich aber auch ein Gegenoffert

---

der Oblat den Offertbrief nicht gelesen zu haben, er kann auch die darin nach seiner Meinung enthaltene Offerte acceptiren. Dafür auch Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 60/1. Oemler, Vertragschluß S. 48. 49, der sich zu den Anhängern der Vernehmungs-Theorie zählt, hält es für hinreichend, daß der Offerent die Ankunft der Annahmeerklärung vernommen habe, so daß er nicht von ihr Kenntniß zu nehmen brauche. Vgl. auch Betker, Syst. II S. 110, b. c. S. 114.]

20) Hasse, Rhein. Mus. f. Jurispr. II S. 376. [Danach verschiedene Unterarten der Aeußerungstheorie, worüber Köppen S. 315—328, der aber auch die s. g. Empfangstheorie dazu rechnet.]

21) [S. jedoch oben §. 548 Anm. 44 und Köppen S. 300—305, vgl. Thon, Arch. f. civ. Pr. Bd. 80 S. 73. 74.]

22) Regelsberger, Vorverhandlungen S. 33. [Die Schwäche dieser Mittel betont Schott, oblig. Vertrag S. 27. Nicht unverwerthbar erscheint die regula juris der l. 39 D. r. j. 50, 17: In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit, quo minus fiat. — Nach Karlowa, Rechtsgeschäft S. 24 gilt die Acceptation als vernommen und damit der Vertrag als perfekt, wenn ihre Vernehmung vom Offerenten absichtlich oder durch Nachlässigkeit gehindert worden ist.]

23) [S. auch Windscheid II §. 306 Anm. 4 g. E., jedoch auch Leonhard, Irrthum S. 164. 165. Curtius, Arch. f. civ. Pr. Bd. 58 S. 71 fg.]

24) Vgl. unten §. 578 Anm. 19 fg.

von der anderen Seite, oder ein Anstoß zur Umgestaltung der Rogation und zu einem anderen Versprechen [1]). Wie dem Offert kann es dem Gegenoffert, wie der ersten Rogation der neuen Versprechensproposition ergehen u. s. f. So kommt es bei zweiseitigen Geschäften anstatt des einfachen Verlaufes einer zur Verneinung oder Bejahung führenden Rogation, oder eines zur Annahme oder Ablehnung führenden Offertes häufig zu Verhandlungen, welche juristisch betrachtet nichts als ein Wechsel von Offerten und Gegenofferten, Einwendungen und Amendements zu den ursprünglichen Rogationen (Tractate) sind [2]), mit ihren Motivirungen und Affecten, Haupt- und Nebenpersonen aber ein Gegenstand nicht blos für juristische Darstellung werden [3]).

Aber auch der Uebergang der Verhandlung in den endlichen Abschluß ist kein überall unmittelbarer, sondern findet häufig in gewissen Abstufungen statt, wobei dann fraglich wird, ob nicht schon auf den Zwischenstufen ein gewisse Bindung vorliege.

1. Wegen Umfänglichkeit und Mannigfaltigkeit der zu vereinbarenden Leistungen und Gegenleistungen tritt eine Willenseinigung nicht selten in den Hauptpunkten ein, während eine solche in den untergeordneten Fragen noch aussteht. Dies liegt besonders dann nahe, wenn das den Handel beginnende Offert selbst noch kein vollständiges, die sämmtlichen Seiten der Leistung und Gegenleistung umfassendes Anerbieten ist [4]). Daß eine solche Willenseinigung in den Hauptpunkten bereits Vertrag sei, wird nicht präsumirt werden dürfen; näher liegt, daß sie nur eine vorläufige, d. i. je nach dem Gang der noch übrigen Verhandlung veränderliche, überhaupt also noch nicht bindende

1) Vgl. Regelsberger, Vorverhandlungen S. 93. 94 [und in Endemanns Hdb. d. Handelsr. II S. 417.]

2) [Bd. II S. 691. 701. 702 und §. 325a Anm. 34, vorzüglich l. 8 C. resc. vend. 4, 44 — post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant pretium —. Zu tractatu habito societas coita est: l. 32 D. pro soc. 17, 2 s. Bd. II §. 335 Anm. 40.]

3) Plaut. Persa IV, 4.

4) [Vgl. oben §. 571 Anm. 41.]

sein solle[5]). Wollen aber dem entgegen die Parteien erweislich schon jetzt abgeschlossen haben, so liegt nicht etwa ein bloßes pactum de contrahendo[6]), sondern, wenngleich mehr oder minder mangelhaft, der Vertrag selbst vor; was von den annoch unerledigten Punkten nachher nicht gütlich festgestellt wird, ist nach den Naturalien des Geschäftes zu ermessen[7]).

2. In Fällen wo die Uebereinkunft vertragsmäßig eine schriftliche sein soll, findet zwischen dem mündlichen Uebereinkommen und der schriftlichen Fertigung, es sei nun, daß das mündliche Uebereinkommen vollständig oder nur im wesentlichen erzielt ist, leicht eine schriftliche Fixirung der Vertragspunkte (Punctation[8]), Entwurf, minuta, minuta originalis) statt. Nichts anderes als diese kann unter der in l. 17 C. fide instr. 4, 21 erwähnten, dem mundum entgegengesetzten scheda verstanden sein[9]). Darnach muß es denn aber vor der l. 17 cit. zum mindesten fraglich gewesen sein, ob nicht die Punctation schon den Vertragsabschluß enthalte[10]). Konnte man doch anführen, daß hiemit der Vertrag „in scriptis sei", und also die Beliebung der Schriftlichkeit (quos in scriptis fieri placuit), ihre Erfüllung gefunden habe. Daß die Unterschrift der Parteien bei schriftlichen Contracten von altersher nothwendig ge-

5) [Oben §. 535 bei und nach Anm. 7. Regelsberger im Handbuch l. c. al. 2.]

6) Regelsberger, Vorverhandlungen S. 129.

7) Vgl. Keller, Pand. §. 222 (ed. 1861 S. 437), Thöl, Handelsr. I (5. Aufl.) §. 247, vgl. Windscheid §. 310 Nr. 2 lit. a. [Leonhard, Irrthum S. 158 Anm. 1 im Anf., Regelsberger im Handb. l. c. al. 4 und Pand. I S. 546 vor al. 1.]

8) [„Diejenige Schöpfung, welche die geschichtliche Eigenart der ganzen Entwicklung jenes Uebergangs von Beweis- zu Dispositivkraft am deutlichsten wiederspiegelt . . . ist das zwar vielgenannte, in seiner Geschichte aber wenig gekannte, weil — soweit ich sehe — bis jetzt geschichtlich so gut wie nicht untersuchte Gebild der Punktation." Degenkolb (unten Anm. 21) S. 222.]

9) Vgl. Brisson s. v. scheda und Spangenberg, jur. rom. tab. neg. sol. cap. II sect. II, dazu den Gegensatz von authenticum in c. 3 C. Th. de litorum et itinerum custodia 7, 16 und auch noch l. 2 D. fide instr. 22, 4. [S. ferner oben §. 566 a. E. (Nr. 3).]

10) arg. verba: exceptis emtionalibus tantum instrumentis, iam vel in scheda vel in mundo conscriptis, ad quae praesentem sanctionem non extendimus, sed prisca iura in his tenere concedimus. — [„Was ist, bei Licht besehen, die in verbindlicher Absicht geschlossene Punktation gegenüber der Vollziehung anders als eben der Erstvertrag, zu welchem sich je nach dem Einzelfall die Vollziehung als reine oder spezialisirende Vertragsreproduktion verhalten soll?" Degenkolb (Anm. 21) S. 223.]

wesen sei[11]), scheint doch nicht so sicher[12]); aber wenn auch, so könnten wenigstens unterschriebene Punctationen bindend gewesen sein[13]). Was von der scheda konnte man auch von dem „mundum" sagen, wenn es zwar den ganzen Vertrag enthielt, aber nicht unterschrieben war, so wie von einem Notariatsprotocoll, wenn ihm nur die Solennität fehlte. Die l. 17 cit. (cf. pr. J. emt. 3, 23) bestimmt nun aber, daß bei bedungener Schriftlichkeit in Hinkunft keine bloße Punctation (scheda), auch wenn sie die Schrift (Unterschrift) beider Theile enthielte, — ferner keine Reinschrift ohne beiderseitige Unterschrift, und endlich keine Notariatsurkunde ohne die gewisse Fertigung und Absolvirung, — sondern daß erst die Reinschrift mit Unterschrift, oder die fertige Notariatsurkunde, als die bedungene Schriftlichkeit oder Vertragsabschluß gelten solle. Je mannigfaltiger die Meinungen über dieses Gesetz sind[14]), desto weniger ist ihm derogirt. Ein Vorvertrag (§. 574) liegt in der Punctation selbst niemals; daß ein solcher jemals nebenhergehe, ist (wenn einmal schriftlich contrahirt werden will) kaum denkbar[15]).

3. Ist schriftliche Form gesetzliches Erforderniß[16]), so gilt von der Punctation dasselbe was vorher; nur wird sich hier leichter ein pactum de contrahendo mit ihr verbinden. Wäre

11) Spangenberg l. cit. cap. I sect. II §. 2, p. 36. [Hiegegen schon Salmasius a. 1639 nach Bruns (folg. Anm.) S. 47.]

12) vgl. Gai. II, 147. [Vielmehr kann nach der Erörterung und Erklärung von Bruns, Die Unterschriften in den röm. Rechtsurkunden, Kleine Schriften II S. 37—49. 90—118 als sicher gelten, daß „die Römer das Prinzip der Namensunterschrift in der alten Zeit gar nicht gehabt, es erst spät und langsam ausgebildet, und selbst zuletzt nie vollständig in der Weise angenommen haben, wie es bei uns schon früher bestanden hat."]

13) wie nach preußischem Landrecht (Th. I Tit. 5 §§. 116—126), dem österreichischen, sächsischen und zürcher Gesetzbuch (§. 885; §. 827; §§. 913 915), vgl. l. 17 cit: „licet literas unius partis vel ambarum habeat."

14) oben §. 566 Anm. 5—12. Regelsberger, Vorverhandlungen §. 29.

15) s. dagegen Windscheid §. 310 Nr. 2 lit. b, [Regelsberger in Endemanns Handb. II S. 422 oben, 464. 465, Bekker, System II §. 93 Beil. V. 3, b. Schon früher hat, wie es scheint, Ubbelohde, die Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 61 Anm. 3 in der Punktation von l. 17 und pr. J. citt. ein pactum de contrahendo erblickt.]

16) Vgl. oben §. 565 Anm. 2—6 und Bd. I S. 358.

Schriftlichkeit nur beweiseshalber erforderlich[17]), so stünde es mit der Punctation gerade so wie

4. da wo eine solche vorkommt, ohne daß schriftliche Abfassung des Vertrages irgendwie nothwendig oder vorausgesetzt ist[18]). Hier kann die Punctation den Abschluß selbst bedeuten[19]), aber auch bloße Vorbereitung desselben sein sollen[20]). Die gemeinschaftliche schriftliche Redaction eines schon abgeschlossenen Vertrages scheint man nirgends mehr Punctation zu nennen[21]).

§. 574.

Vorvertrag.

Dem Abschluß eines Vertrages kann nicht blos eine Verhandlung, sondern ein auf diesen Abschluß gerichteter Vertrag selbst vorausgehen (pactum de contrahendo) — „Vorvertrag"[1]).

17) Vgl. damit Regelsberger, Vorverhandlungen §. 27.

18) [oben §. 566 nach Anm. 3.]

19) Puchta §. 251, f.

20) Thöl, Handelsrecht §. 247 Nr. 2.

21) [wohl aber Vertragsreproduktion: Degenkolb, Die Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion (Arch. f. civ. Pr. Bd. 71 S. 159—226 und dort Genannte). Diese ist danach Vertragsschluß, nicht blos „Redaction" und die auf diese Vollziehung gerichtete Abrede ein pactum de contrahendo (§. 574). „Die Urkundsvollziehung ist Vertrag und ihre dispositive Kraft wird weder durch die Uebereinstimmung mit der mündlichen Beredung schlechthin hergestellt noch durch Nichtübereinstimmung aufgehoben." Wegen letzterer anomalen Divergenz s. auch Pfersche, Irrthumslehre S. 246. 247 und Regelsberger, Pand. I §. 137 Anm. 34. 35.]

1) Thöl, Handelsrecht I §. 246 Anm. 4. [Der weite Name „Vorvertrag" bezeichnet das Zeit-, nicht auch das Rechtsverhältniß des vorbereitenden Vertrags zum vorbereiteten (künftigen) oder Hauptvertrag, gibt auch nicht an, ob die Parteien des Letzteren die des Ersteren sein müssen, was z. B. nicht vorliegt, wenn B auf Grund eines mit A geschlossenen Mandats einen Kauf mit C abschließt. Vgl. Wendt, Pand. §. 201 Anm. 1. S. jedoch auch die beiden letzten Absätze dieses §. Der Name „Vorvertrag" bezeichnet ferner den Vorvertrag zu irgend einem Vertrag, nämlich auch zu einem Erlaß (l. 41 D. pactis 2, 14), oder zu einer Tradition (z. B. den Kauf), oder zu einer Eheschließung (das Verlöbniß: Bd. I §. 42 Anm. 20—27). Vgl. Degenkolb, Arch. f. civ. Pr. Bd. 71 S. 20. 33. 34 Anm. 50 und Göppert, M. Viertelsschr. Bd. 14 S. 403—5. Im Text bedeutet (im Einklang mit dem wohlbegründeten Herkommen) Vorvertrag nur den zu einem Contract, das pactum de contrahendo. Da das Wort Hauptvertrag den Gegensatz zum Nebenvertrag bezeichnet, so nennt Adler, Jher. Jahrb. Bd. 31 S. 22 den Gegensatz des Vorvertrags Erfüllungs-, Ausführungs- oder Solutionsvertrag. Als solchen betrachtet er z. B. auch die Kauftradition, im Gegensatz zum Kaufcontract als ihrem Vorvertrag. Das ist unrömisch (denke z. B. an den Titel

Noch nach justinianischem Rechte ist solch ein Vertrag nur vermittelst Stipulation [2]) oder als pactum adjectum denkbar [3]); heutzutage bedarf auch er keiner bestimmten Form [4]); an sich auf bloßer Beredung beruhend ist er Consensualcontract, und zwar ungenannter (Bd. II §. 337) [5]), wenn gleich man in einem

---

pro emtore, nicht pro soluto) und unzweckmäßig. Man sollte, was wohl alle, wenn auch nicht ausdrücklich angenommen haben, nun aber Adler völlig verlassen hat, nur das als Vorvertrag gelten lassen, was auch fehlen kann, d. h. der sog. Hauptvertrag muß auch ohne Vorvertrag zu Stande kommen können, während eine Tradition ohne (wenigstens tacite) begleitende oder vorausgehende conventio (z. B. Kauf-, Leih-, Darlehens-, Zahlungs- u. s. w. -Abrede) nicht vorkommen kann. Nach Thöl, Handelsrecht I §. 246, IV geht dem Darlehenscontract, überhaupt dem benannten Realcontract immer ein Vorvertrag voraus. Das Corpus juris sagt davon nichts. Bedeutet das „immer" rechtliche Nothwendigkeit, so liegt kein Vorvertrag im recipirten Sinne vor. Gegen die Thöl'sche Meinung Schey, Obligationsverhältnisse I S. 37 Anm. 6, S. 174 und dort Genannte. — Schott, obl. Vertrag unter Abwesenden S. 98 gebraucht Vorvertrag im Sinn von pactum antecedens zur Bezeichnung einer Stufe in seiner Construction der Abschließung synallagmatischer Verträge. Vgl. unten Anm. 16. Kuntze, Festgabe für C. Müller S. 66 nennt Vorvertrag auch einen Vertrag, der nicht einen Vertrag, sondern einen „Gesammtact" vorbereitet.]

2) l. 68 D. v. o. 45, 1. [cf. l. 67 §. 1 eod. l. 13 pr. D. re iud. 42, 1 (satisdari stipulatus est). — Zu Stipulation und pactum adiectum kommt noch der unbekannte Realcontract ut facias z. B. vendas: Ubbelohde, Untheilbare Obligationen S. 61 Anm. 3, Lotmar, Causa S. 57, Degenkolb S. 62 Anm. 18, Adler S. 275.]

3) l. 75 [l. 79] D. c. e. 18, 1. l. 21 §. 5 D. a. e. v. 19, 1. [cf. l. 122 §. 3 D. v. o. 45, 1. l. 12 D. praescr. verb. 19, 5. Bd. II §. 325 a Anm. 55—58.] „Das pactum de retroemendo vel retrovendendo ist nichts Anderes als ein Vorvertrag gewesen". (Zuhörercollegheft). Vgl. Ubbelohde, Untheilb. Obligationen S. 61. [Wegen der pacta de contrahendo über Consensualverträge, inwiefern sie als selbständige anzuerkennen seien: Degenkolb S. 21 bis 33, mit neuem Anlauf und vielen Hinweisen auf die Praxis S. 69—92. Wegen l. 21 §. 5 cit. s. daselbst S. 43 Anm. 63. Nach Göppert S. 400 enthalten die ll. citt. nicht pacta de contr., sondern vertragsmäßige Veräußerungsverbote. Daselbst S. 407 wird den pactis de retroem. und de retrovend. die Vorvertragsnatur abgesprochen. S. auch Thöl, Handelsr. I §. 246, II. Bechmann, Kauf II S. 283 kommt zu dem (auf den Kauf zu beziehenden) Resultat: „Der einseitige Vorvertrag fällt niemals, der zweiseitige immer mit dem Hauptvertrag zusammen". Wieder anders Leonhard, Irrthum S. 158 Anm. Adler S. 253 fg., 257 fg.]

4) [Wegen des Einflusses der Formbedürftigkeit des Hauptvertrages auf die des Vorvertrages s. Degenkolb S. 34 fg. Kritik und Verneinung solchen Einflusses bei Göppert S. 414—416, wiederum Degenkolb S. 79. Nach Adler S. 222—235 besteht „volle Unabhängigkeit von Vor- und Ausführungsvertrag rücksichtlich der Erfordernisse". Daß das Versprechen, für Jemanden zu intercediren selbst Intercession sei, daher in der Regel männliches Geschlecht des Versprechenden erfordere, ist nicht zuzugeben.]

5) [Zustimmend Degenkolb S. 50. S. auch oben Bd. II §. 315 Nr. 1. — Ueber Ein- oder Zweiseitigkeit des Vorvertrags Göppert S. 418

Falle desselben stereotyp von einem pactum de mutuo contrahendo oder de mutuando spricht[6]).

Im übrigen ist hier noch manches unausgetragen[7]). So fragt sich, ob der Vorvertrag wirklich auf den Abschluß eines Vertrages (dieses eigenthümliche facere)[8]), und nicht vielmehr vornherein blos auf das Interesse daran gehe. Im Falle der l. 68 cit. ist letzteres angenommen[9]). Es dürfte dies aber allgemein anzunehmen sein[10]). Denn einmal ist das facere des

bis 420 und Adler S. 235—59, bei dessen Eintheilung ein neuer, absonderlicher Begriff von Leistung gebraucht ist.]

6) [Vertheidigung desselben bei Degenkolb S. 55—63 und Schey a. a. O. S. 38. 39. 172—7, zur Construction auch Adler S. 242–52. 258. 259. Wegen l. 20 D. r. cr. 12, 1 s. auch Lotmar, Causa S. 60/61 und Adler S. 226 Anm. 47.]

7) [Im Folgenden findet Degenkolb S. 4 (s. auch S. 42) „den wundesten Punkt treffend hervorgehoben: Das Verhältniß zwischen dem Schulbegriff des sog. Vorvertrages und der ihm zugeschriebenen rechtlichen Wirkung."]

8) [Auf den Abschluß eines Contracts gehende testamentarische (s. auch l. 5 pr. D. a. e. v. 19, 1. l. 32 §. 1 D. fid. lib. 40, 5) und gesetzliche Bestimmungen macht geltend Göppert S. 408. 409. S. auch Bd. I §. 172 Anm. 31 fg. Bd. II §. 328 Anm. 15. 16, ferner Dernburg II §. 10 Anm. 9 und Biermann, Rechtszwang zum Kontrahiren (Iher. Jahrb. Bd. 32 S. 267–92).]

9) „Pecuniam te mihi crediturum spondes?" incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem quod mea interest. [Bd. II §. 240 Anm. 1. §. 281 Anm. 17. Nach Degenkolb S. 43 sagt l. 68 cit. „nichts darüber, ob das quod interest von Haus aus den Anspruch darstelle, oder den Gegenstand der Condemnation." Zustimmend Göppert S. 410. Hiegegen Lotmar, Causa S. 57. 58 und neuerdings (1887) auch Degenkolb S. 64, der die l. 68 cit. aus der Natur der stipulatio erklärt. Höchstens, meinte (1871) Degenkolb S. 44, enthalte die Stelle „die Bestätigung der allgemeinen Bedenken gegen die Anerkennung wahrer obligationes faciendi", welche in Deutschland überwunden seien, wo das facere Obligations-, Condemnations- und Executionsobject geworden sei. Aehnlich und ausführlicher Kohler, Gesammelte Abhandlungen S. 52—55, ferner Bechmann, Kauf II S. 271/2, jedoch auch Dernburg II §. 10 Anm. 8 und nunmehr Degenkolb S. 63—67, unterscheidend Ubbelohde, Untheilb. Obligg. S. 61. 62 (direkte Zwangsvollstreckung, „wo der Inhalt des abzuschließenden Hauptvertrags einer weiteren Einigung der Parteien nicht mehr bedarf", in den übrigen Fällen Execution auf's Klägerinteresse).]

10) [„Natürlich muß im Vorvertrag selbst ein Anhalt für die Höhe des Interesses gegeben sein": Zuhörercollegheft. — Gegen die obigen Gründe Degenkolb S. 44. 45. Wider den letzten Grund s. z. B. l. 44 D. sol. 46, 3 — evenit, ut una numeratione et liberetur heres ex testamento et obliget sibi legatarium. Tantumdem est et si damnatus fuerit alicui vendere vel locare: nam vendendo vel locando et liberatur ex testamento heres et obligat sibi legatarium. Kauf, Miethe, Darlehen solvendi causa: Lotmar, Causa S. 56. 60. Vom Vertrag, der auf Grund eines Vorvertrages geschlossen wird, sagt Bechmann, Kauf II S. 270, er habe „eine Wirkung nach zwei Richtungen; er wirkt zugleich aufhebend (befreiend) und

Vertragsabschlusses selbst ein weder naturaliter erzwingbarer [11]) noch schätzbarer [12]) Gegenstand; dann aber würden, wenn z. B. das credere, vendere selbst der Gegenstand des Vorvertrages wäre, dieselben Handlungen zugleich Aufhebung und Gründung einer obligatio sein [13]).

Der Umstand, daß nach heutigem Rechte formlos versprochen werden kann, bringt es mit sich, daß man ein pactum de contrahendo in manche Vorgänge legt, die dieses nicht enthalten [14]), während mitunter eines vorliegen mag, wo man es

schaffend". Vgl. hiernach daselbst S. 275 Anm. 1 und Huschke, Darlehen S. 26 unten.]

11) [„kommt darauf an"? hat sich der Verf. am Rande seines Exemplars bei diesem Worte gefragt, vielleicht im Hinblick auf Bd. II §. 216 Nr. 1, wonach das contrahere, auch wenn es nicht naturaliter erzwingbar, doch derart ist, daß dafür eine Haftung übernommen werden kann. An magistratischen und richterlichen Geboten zur Vornahme von Rechtsgeschäften fehlt es bei den Römern nicht, und der an solche Gebote geknüpfte Rechtszwang ist denkbarerweise oder erweislich nicht selten statt eines indirekten der direkte, die Naturalexecution. S. z. B. Bd. I §. 121 Anm. 12. 13. §. 172 Anm. 31 fg. Bd. II §. 328 Anm. 15. 16. Bd. III S. 281. 282. 444, oben §. 532 Anm. 20—22. §. 557 Anm. 23. 32. 33. Die exceptio in l. 41 D. pact. 2, 14 ist nicht Surrogat des Interesses, eher naturale Durchsetzung der im Vorvertrag versprochenen Leistung. Es reden zwar z. B. l. 7 pr. i. f. D. cond. causa d. 12, 4. l. 74 D. pro soc. 17, 2. l. 2 pr. D. her. vend. 18, 4. l. 60 §. 2 D. loc. 19, 2. l. 15 D. quib. mod. pign. 20, 6. l. 26 D. evict. 21, 2. l. 19 D. ritu n. 23, 2. l. 2 pr. D. sol. matr. 24, 3. l. 8 §. 7 D. cond. inst. 28, 7 von Zwang zu Rechtsgeschäften, meinen aber wohl nicht Naturalvollstreckung. Mehreres bei Kipp, Verurtheilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen (Kieler Festgabe für Ihering) S. 46 fg. Wegen des geltenden Rechts s. Bd. II §. 216 Anm. 6. 7, Kipp in der angeführten Abhandlung und Kohler, Arch. f. civ. Pr. Bd. 80 bes. S. 267 fg. („Rechtszwang zur Erzielung des Effectes einer Willenserklärung").]

12) [Vgl. Bd. II §. 239.]

13) [Hierüber oben Anm. 10.] — Gleichwohl unterscheidet Regelsberger, Vorverhandlungen S. 131 unten [und in Endemanns Handb. S. 419 Anm. 15,] ob der künftige Contract ein Real- oder Consensualcontract sei; letzterenfalls soll dieser selbst Gegenstand des Vorvertrages sein, deswegen weil hier in contumaciam auf den Abschluß des schuldigen Contracts erkannt werden könne. [Hiegegen Göppert S. 412 al. 3, Schott S. 99 Anm. 157, anderseits Kohler, Ges. Abhandl. S. 55—58 mit Hinweis auf CPO. §. 779 (vgl. oben Anm. 11) und unter Gleichstellung der Real- und der Consensualcontracte; s. jedoch auch Anm. 14. — Nach Degenkolb S. 17 (S. 41 § 6 vgl. S. 46) ist die aus dem Vorvertrag „hervorgehende Verpflichtung überhaupt zu bestimmen als gerichtet auf das dem betreffenden Vertrag entsprechende Mitwirken zum Vertragsschluß". Zustimmend Göppert S. 410, Kohler, Ges. Abh. S. 54, Lotmar, Causa S. 58, Regelsberger im Handbuch S. 418 Nr. 2, s. auch oben Anm. 9 a. E.]

14) [Vgl. §. 573 Anm. 6. — Nach Lenel, Iher. Jahrb. Bd. 19 S. 211 (vgl. S. 217) ist in der Erklärung „ich verspreche Ihnen mein Pferd für 1000 M. zu geben" nichts Anderes als ein pactum de emendo zu

nicht annimmt. So schien uns da, wo man Aufrechthaltung eines Offertes binnen einer gewissen Zeit verspricht, statt eines gebundenen Offertes ein pactum de contrahendo vorzuliegen [15]; ein Gebiet aber, auf dem man gerne von pactis de contrahendo spricht, auch wo diese nicht da sind, ist das der Punctationen [16].

Das Wort Vorvertrag erweckt die Vorstellung, als ob in ihm die Potenz des künftig zu schließenden Vertrages enthalten sei. Das ist aber nicht der Fall, wo er blos das Interesse wegen Nichtabschluß sichern soll; es wäre nie der Fall, wenn er stets nur auf das Interesse ginge; dann hätten wir ihn überall vielmehr als eine Caution [17], denn als einen Vorvertrag zu denken [18].

Als die Potenz eines künftigen Vertrages müßte er diesen in allen seinen Essentialien vorausbestimmen [19]; nicht so als Caution. Vorvertrag im rechten Sinne des Wortes (pactum praeparatorium) wäre so recht eigentlich die Punctation (§. 573), wo sie die wesentlichen Punkte eines erst nachher zu fertigenden

---

sehen. Dagegen Kohler, Arch. f. bürg. R. II S. 214. 216, der des Weiteren für Commodat, Depositum und vorzüglich für das Darlehen zu zeigen sucht, daß die einseitig oder zweiseitig bindende Abrede zu leihen, zu deponiren, in Verwahrung zu nehmen, verzinslich oder unverzinslich darzuleihen oder Darlehen zu nehmen in der Regel (S. 238) zweckmäßiger nicht als Vorvertrag, sondern als definitiver Consensualvertrag behandelt wird, aus welchem auf Erfüllung, nicht erst auf Contrahirung zu klagen ist.]

15) oben §. 571 Anm. 16. [Vgl. auch oben §. 539 Anm. 45 a. E. mit Anm. 41 und zu den dortigen Gegnern des Vorvertrags noch Schott S. 105. 106, Degenkolb S. 27, Göppert S. 406.]

16) Oben §. 573 Nr. 2. 3. 4. Puchta §. 251 a. E. Arndts §. 231 a. E. Windscheid §. 310 Nr. 2 lit. b. [Degenkolb S. 27/8.]

17) [vgl. Bd. I §. 101. Den Vorvertrag lassen eine obligatio contrahendi begründen und messen ihm doch den Sicherungszweck bei Göppert S. 420. VII und Eisele a. a. O. S. 24. S. auch Degenkolb S. 92. 182.]

18) [Anerkannt von Degenkolb S. 77: „der angebliche Vorvertrag wäre keiner . . ."]

19) [Dagegen Göppert S. 417. 418, welcher befürwortet: „der Inhalt des künftigen Vertrages müsse soweit bestimmt sein, daß die Höhe der in dem contrahere enthaltenen Belastung des Promittenten nicht lediglich von der unbeschränkten Willkür des Promissars abhängt" Etwas anders Bechmann a. a. O. S. 273. 281 und Degenkolb S. 80—88. — Göppert, S. 424 bis 26 erklärt sich für die Uncedirbarkeit und die active Unvererblichkeit der Vorvertragsobligation. Anders Bechmann S. 275, Eisele, Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F. III S. 39. 40, Degenkolb S. 78 Anm. 44, am ausführlichsten Adler S. 262—66. Vgl. auch Kohler, Arch. f. bürg. R. II S. 236. Nach Bechmann (S. 274) ist dem Vorvertrag „sowohl ein zeitlicher Aufschub als eine zeitliche Beschränkung immanent."]

Vertrages aufsetzt; allein gerade hier ist sie oder sie selbst niemals bindend.

§. 575.

Die Versteigerung.

Versteigerung im gemeinen Sinne des Wortes ist das an eine Mehrheit [1]) anwesender Personen gerichtete, auf Steigerung (auctio) der Einnahme, oder aber Minderung der Ausgabe abzielende, sich bis zu der möglichst günstigen Bedingung wiederholende Ausbieten von Gegenständen des Kaufes, der Pacht, Miethe und Verdingung [2]).

So bestritten als der Charakter des Ausbietens: ob es bloße Demonstratio der Waaren, verbunden mit der Aufforderung zur Gebotslegung [3]), oder bereits selbst Offert sei [4]), ist der des Gebotes: ob es nämlich erst Offert, oder bereits Annahme, Abschluß, Kauf, Miethe, Dingung ꝛc. sei. Vielen scheint beides möglich, je nach der Intention des Geschäftes; aber während es z. B. Regelsberger als Regel hinstellt, daß

1) im communi dividundo iudicio jedoch möglicherweise an eine kleine, jedenfalls beschränkte Zahl gerichtete: [Bd. I §. 176 Anm. 11. 12. §. 152 Anm. 7 (Zulassung eines Dritten zur Steigerung). S. auch das familiae herciscundae iudicium in Bd. III §. 407, insbesondere l. 22 §. 1 D. fam. erc. 10, 2 (licitatione admissa uni rem adiudicare) und die fructus licitatio genannte licendi contentio (Gai. IV, 166) im Besitzproceß: Bd. I §. 181 Anm. 24. Jedoch hat die nur unter Gemeinschaftern vor sich gehende licitatio nicht Kauf oder Miethe, sondern adjudicatio und condemnatio zum Ziel, wodurch sie sich von der Versteigerung wesentlich unterscheidet.]

2) vgl. S 483 in med. der 1. Aufl. [und oben Bd. II §. 325a Anm. 34. §. 331 Anm. 13. §. 333 Anm. 12 (Submission, bei welcher das Ausbieten an abwesende Personen, ebenso das Bieten derselben schriftlich zu geschehen pflegt). Nach Schott, oblig. Vertrag unter Abwesenden S. 148 Anm 256 besteht „der einzige Zusammenhang" von Versteigerung und Submission „in dem durch sie zu erreichenden Zwecke" (Erregung der Concurrenz). Aehnlich Wendt S. 496.] — Ueber die römischen Auktionen nunmehr Th. Mommsen, die pompejanischen Quittungstafeln des C. Cäcilius Secundus im Hermes Bd. 12 S. 91—96.

3) Ihering, Jahrb. Bd. 7 S. 175 fg., [zustimmend Dernburg II §. 11 Anm. 16, Wendt S. 496 neben den bei Windscheid §. 308 Anm. 16 Genannten.]

4) Puchta §. 252 (Pand. und Vorlesungen). Kindervater, Jher. Jahrb. VII S. 10 fg.

das Ausgebot bloß Einladung zu Offerten sei[5]), scheint nach Windscheid[6]) zwischen beiden Möglichkeiten kein Unterschied zu bestehen; Unger aber stellt auf, daß wenn mit einem Aufwurfpreis versteigert werde, das Ausgebot bereits Offert, das Gebot Acceptation sei[7]).

Auch sonst ist noch vieles streitig; unbestritten dagegen ist, daß die Steigerung den Steigerer binde; denn höchstens darüber ist man uneinig, ob er durch ein nachher erfolgendes Mehr- oder Bessergebot wieder frei werde, wie man gemeiniglich annimmt, und wohl auch Brauch ist[8]), oder ob nicht[9]).

Wenn es nun aber wahr ist, daß kein Offert bindend sei (§. 571. A), dann kann die Steigerung, da sie den Steigerer bindet, kein bloßes Offert, dann muß sie selbst Geschäft, und wenn nicht etwa einseitig bindendes Versprechen (pollicitatio), ein Vertragsabschluß oder der Kauf, die Miethe, Dingung oder Verdingung selbst, der Steigerer also nicht blos Offerent, sondern Käufer, Miether ꝛc. selbst sein. Füglicher als die sonst auf bestimmte einzelne Fälle beschränkte Pollicitation ist sie Vertragsabschluß, hiernach denn aber das Ausgebot bereits Offert. Dem widerspricht nicht, daß dann ein Offert an eine incerta persona vorliegt (§. 571. D)[10]); nicht, daß der Steigerer

5) Vorverhandlungen S. 170 unten, S. 175 unten.

6) Pandektenrecht §. 308 Nr. 2 und den daselbst Anm. 16 Angeführten.

7) Iherings Jahrb. VIII S. 135. [Vgl. oben Bd. II §. 248 Anm. 45. Gegen Ungers Ansicht: Reuling, Jher. Jahrb. X S. 356. 357, für dieselbe: Baron §. 212, II, in Anlehnung an Regelsberger unterscheidend (der Preis soll genügen, oder nur es sollen geringere Angebote ausgeschlossen sein): Lungstraß, Zustandekommen des Rechtsgeschäfts bei der Versteigerung (1885) S. 35.]

8) Regelsberger a. a. O. S. 177. [Wächter II §. 204 Beil. III.]

9) Ihering, Jahrb. VII S. 178 Nr. 3 und die bei Regelsberger a. a. O. S. 178 oben citt. Autoren. [Gegen die Annahme einer Suspensivbedingung („daß nicht von anderer Seite ein höheres Gebot eingelegt wird") wie gegen Iherings Annahme, „daß sämmtliche Bieter bis zum Schlusse der Versteigerung an ihre Gebote gebunden bleiben", s. Reuling a. a. O. S. 359–363. Dieser, dem das Steigerungsgebot Offerte ist, läßt S. 365 bis 376 das Mehrgebot nicht für sich das frühere aufheben, sondern erst „sobald der Versteigerer auf Grund des Mehrgebots nach dieser anderen Seite hin in Verhandlungen eingetreten ist und damit zugleich das frühere Gebot abgelehnt hat." Dagegen Thöl, Handelsrecht I §. 245 Anm. 16 a. E.]

10) [Hier kann man nicht einwenden (Krückmann, Vertragsschluß S. 74), daß die Offerte durch den einmal geschehenen Vertragsschluß consumirt sei, der nachfolgende Bieter also nichts zu acceptiren vorfinde: indem die Fortsetzung der Auction (statt Zuschlags) neue Offerirung ist.]

durch ein folgendes probables Mehrgebot frei wird[11]): darin liegt nur, daß der Verkauf ꝛc. an den Steigerer resolutiv bedingt ist, ähnlich wie der Kauf mit in diem addictio (nur daß die Resolvirung bei der in diem addictio nicht blos von der melior conditio, sondern auch von dem Belieben des Verkäufers abhängt)[12]). Auch der Umstand, daß das Geschäft erst durch Zuschlag von Seite des Versteigerers perfect zu werden pflegt[13]), hindert nicht. Dieser Zuschlag braucht nicht als Acceptation gefaßt zu werden, vor welcher die Steigerung bloßes Offert wäre; er kann die Erfüllung einer zweiten Bedingung, der Bedingung si placuerit, oder nisi displicuerit venditori etc. sein[14]); denn häufig, wo nicht präsumtivermaßen, behält sich der Versteigerer die Genehmigung bevor[15]). Aber auch da wo ohne Genehmigungsvorbehalt versteigert und gleichwohl „zugeschlagen" wird, braucht der Zuschlag nicht Acceptation zu sein; in Verbindung mit dem üblichen Eins, Zwei, Drei, und dem Hammerschlag, bedeutet er den Ablauf der Wartefrist: daß ein Mehrgebot ausgeschlossen und der letzte Bieter nunmehr definitiv gebunden sei[16]). — Schwierigkeit macht erst der Umstand, daß im Mehrgebot keine einfache Annahme, so wie im Ausgebot noch kein vollständiges Offert (§. 571. E) vorzuliegen scheint. Allein beginnt das Ausgebot, wie gewöhnlich, um eine Taxe oder einen Aufwurfspreis, so bietet der Versteigerer um jede wenn auch nur um einen Heller höhere (oder niedrigere) Summe aus; und das ist ein vollständiges Offert; der Stei-

11) vgl. Regelsberger a. a. O. §. 36 Nr. 2.

12) [l. 7. l. 9 D. in diem add. 18, 2 cf.] l. 2. l. 3 D. lege com. 18, 3. [Vgl. Bechmann, Kauf II S. 503 oben.]

13) Regelsberger a. a. O. S. 171 unten.

14) vgl. Regelsberger a. a. O. S. 174, Zürcher bürg. Gesetzb. §. 1470.

15) Allein: Denken wir den Zuschlag als Hammerschlag, so ist die Ratihabition ein von ihr getrennter, nachfolgender Act, also vom Zuschlag zu unterscheiden. Ferner ist hervorzuheben, daß die Ratihabition (in Folge unserer Ansicht, daß das Gebot, nicht der Zuschlag Acceptation sei) nicht als Genehmigung der Acceptation zu denken ist; denn genehmigen kann man nur was auf eigener Seite geschehen ist. Dagegen kann die Ratihabition sehr wohl als Genehmigung des Zuschlags d. h. daß nicht länger gewartet wurde, gedacht werden.

16) Windscheid §. 308 Anm. 14.

gerer acceptirt, indem er — ähnlich dem Käufer, in dessen eigenes Ermessen die Bestimmung des Preises gesetzt ist —[17] irgend eine höhere (oder niedrigere) Summe nennt[18].

V. Stellvertretung.

§. 576.

Vorbemerkung.

Bei den unstreitigen Geschäften kommen nicht minder als bei den streitigen (Actionen) außer den Hauptpersonen oder Parteien selbst noch Nebenpersonen in verschiedenen Functionen als helfend, theilnehmend, oder mitwirkend vor (Handlanger, Boten, Schreiber, Dolmetscher — Unterhändler — Mittelspersonen — Beistände — Auctoritäts- und Urkundspersonen). Eine den betreffenden Abschnitten in civilprozessualischen Compendien parallele Darstellung dieser Personen[1] wäre darum

17) [oben §. 571 Anm. 42 nebst Rümelin, Selbstcontrahiren S. 51. 52. 238. Nur liegt bei solcher Preisbestimmung nach Bd. II §. 325a Anm. 26—28 kein Kauf, sondern ein Innominatcontract vor. — Die im Text gemachte Analogie auch bei Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 362.]

18) [In einem Handexemplar ist hier am Rand bemerkt: „sonst (wo kein Aufwurfpreis) mir der erste Act eine bloße Einladung." Damit scheint die Unger'sche Meinung (Anm. 7) angenommen zu sein. Andererseits heißt es im Zuhörercollegienheft allgemein: „Der entscheidende Grund dafür, daß die Gebotslegung oder Steigerung bereits Accept sei, freilich resolutiv bedingtes, nur eingelegt unter der Bedingung, daß nicht ein Anderer Mehr bietet, liegt in der anerkannten Thatsache, daß der Steigerer nicht mehr zurück kann, so lange nicht Mehr geboten wird. Er ist also bereits gebunden. Wäre die Steigerung ein bloßes Offert, so wäre sie, nach der Natur des Offerts, widerruflich." Vgl. auch Bd. II §. 248 Anm. 45.]

1) wie sie z. B. von Böcking, Pand. des röm. Privatrechts §. 104 und Wächter, Württ. Privatr. §§. 88. 89 compendiarisch, von Jhering aber unter dem Titel der „Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte" (Jahrbücher I Nr. 7 und II Nr. 3) in detaillirter Untersuchung, wenn auch noch nicht vollendet gegeben ist. [S. auch die etwas bunte Zusammenstellung bei Gareis, Verträge zu Gunsten Dritter S. 3—13, mit nützlicher Unterscheidung von unwesentlicher (zufälliger) und wesentlicher Mitwirkung. Genauere Bestimmungen in der Uebersicht bei Zimmermann, Stellvertretende negotiorum gestio S. 15—31 und S. 86. 87, Anm. 105. Vgl. auch Bekker, Syst. II §. 82 Beil. III g. E. Aufzählung und Gruppirung der bei der Vertragschließung vorkommenden Hülfspersonen bei Dolinski, Haftung des Contrahenten für seine Gehülfen ꝛc. (1893) S. 16 fg.]

auch hier am Platz. Statt dessen ist im folgenden die factisch eingreifendste, und juristisch schwierigste Betheiligung an fremden Rechtsgeschäften in den Vordergrund gestellt, und der übrigen Hilfen und Vermittlungen nur so weit als es zur Distinction (§. 578) oder selbst zur Definition der Stellvertretung nothwendig schien, gedacht.

§. 577.

Definition.

Stellvertretung ist diejenige Intervention[1]) in fremden Rechtsgeschäften, bei welcher der Intervenient das Geschäft erklärtermassen anstatt eines Anderen, und nur für oder wider diesen verrichtet haben will[2]), und so denn auch mit der Wirkung verrichtet, als ob dieser selbst gehandelt hätte.[3])

Der Stellvertreter bleibt also dem Geschäfte, was dessen Wirkung anlangt, fremd; nur die Verrichtung desselben ist sein; was aus ihm entspringt, Recht oder Pflicht, Erwerb oder Verlust, ist des Geschäftsherrn, und zwar unmittelbar, vollständig, ausschließlich. Blos menschlich betrachtet also leistet der Stellvertreter weniger, als ein Vertreter, der für den Anderen nicht blos seine vorübergehende Thätigkeit[4]), sondern allenfalls seine Person selbst interponirt, indem er sich

1) [Ueber Intervention überhaupt und über andere als die des modernen Stellvertreters s. Bd. II §. 252 Anm. 1 und 2.]

2) [Nach einer von Schliemann, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 16 S. 26—29 gegebenen Anregung nimmt Zimmermann S. 47. 48 Stellvertretung auch nur in der „Entgegennahme gegnerischer Willensäußerungen an." Solches receptives Verhalten ist nicht Verrichtung eines fremden Geschäfts und wird daher von der obigen Definition nicht eingeschlossen. Wegen Stellvertretung in einem Theil der Geschäftsverrichtung s. §. 578 Anm. 48.]

3) [Mit diesen Worten ist augenscheinlich nur die Richtung der Wirkung bestimmt (daß diese den Prinzipal trifft). Es ist daher nicht, wie Dolinsk a. a. O. S. 38 vorwirft, „ein offenbarer Widerspruch", daß nach §. 581 Nr. 2 Ernstlichkeit und Freiheit der Handlung, Bewußtlosigkeit und Irrthum sich nach dem Stellvertreter bemessen, da wenn der Prinzipal „selbst gehandelt hätte", es bloß auf sein Wissen, Nichtwissen u. s. w. ankommen würde. Der Text sagt nicht, die Action des Stellvertreters werde so beurtheilt, als ob der Prinzipal „selbst gehandelt hätte".]

4) „operam dumtaxat suam": l. 1 §. 20 D. a. v. a. p. 41, 2.

für ihn obligirt (als Intercedent)[5]), oder das Geschäft mit seinen obligatorischen und sonstigen onerosen Wirkungen überhaupt auf sich nimmt[6]). Dagegen juristisch betrachtet leistet er das Höchste: eine Zersetzung des Einen Geschäfts in Thun und That, in Ursache und Wirkung, ein Abspringen der That von dem Thun, vom Thäter auf einen Nichtthäter[7]).

Das scheint Ausfluß nur einer besonderen Macht sein zu können. Statt dessen kommt es im reinen römischen Rechte als Ausfluß einer Ohnmacht, vielleicht nur einer Ohnmacht vor (§. 579). Sclaven und Hauskinder konnten nicht anders als mit der Wirkung erwerben, daß ihr Herr und Vater Besitzer, Eigenthümer, Gläubiger wurde[8]); auf dieser Grundlage ward es möglich, daß sie dann auch absichtlich und ausdrücklich nicht nur Besitz und Eigenthum[9]), sondern auch Forderungen für ihren Gewalthaber erwerben und stipuliren konnten[10]).

5) [Vgl. Bd. II S. 182. 184 und S. 162. 163. 230 den Bürgen und den Correalschuldner, die „in fremdem Namen" obligirt werden, contrahiren. Das suo nomine und das alieno nomine haben dabei einen anderen Sinn als bei unserer Stellvertretung. Vgl. unten §. 581 Anm. 26 a. E.]

6) als negotiorum gestor, procurator mit oder ohne Mandat, Vormünder ꝛc.: §. 578 Nr. 2. [Damit soll nicht negirt sein — was überdies im folgenden §. nach Anm. 26 ausgesprochen ist — daß negotiorum gestor und Vormund auch „als Stellvertreter handeln und wirken können." S. die von Zimmermann S. 135. 136 sog. stellvertretende negotiorum gestio; jedoch wegen des Terminus s. auch Bd. II §. 321 Anm. 1. — Das Wort procurator ist jetzt eingeschaltet worden wegen Bd. II § 321 Anm. 2 und 5 und Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 328. Vgl. auch Schloßmann, Besitzerwerb durch Stellvertreter S. 101. 102, 118—125 und Hirsch, Sachbesitzerwerb und -Verlust S. 564 Anm. 2. 3.]

7) [Ganz ähnlich Ihering, Geist d. r. R. III §. 53 nach Anm. 224, mit Vorbehalt acceptirt und empfohlen von Zimmermann S. 42—44, acceptirt und gerechtfertigt von Regelsberger, Pand. I §. 159, VI, beanstandet gemäß seiner Unterscheidung von „Bestand" des Geschäfts und Rechtswirkung (oben §. 522 Anm. 18) von Karlowa, Rechtsgeschäft S. 55, verworfen von Windscheid §. 73 Anm. 16b Nr. 2 und von Hellmann, Stellvertretung in Rechtsgeschäften S. 18 al. 2. Verwerfung ergibt sich auch aus Mitteis' Construction, nach welcher Stellvertreter und Prinzipal handeln: unten §. 581 Anm. 9. Hingegen eine „Zersetzung" wie die im Texte scheint im Auge zu haben Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 146, wenn er sagt, „durch Stellvertreter als Träger eines fremden Willens und unter Abwesenden könnten keine Geschäfte geschlossen werden, wenn nicht neben der simultanen ihre successive Entstehung zulässig wäre."]

8) Gai. II §§. 86—96. Bd. III §§. 460. 461, vgl. §. 465 Nr. 5. Detail bei Mandry, Familiengüterrecht I S. 73 fg. [Voigt, XII Tafeln §. 31 Anm. 9. 10.]

9) Bd. I §. 140 Anm. 2.

10) l. 38 §. 17 D. v. o. 45, 1: Alteri stipulari nemo potest, prae-

Bei uns dagegen erscheint sie durchweg als Ausfluß einer positiven Macht (§. 582).

Daß ein Geschäft ein fremdes, d. i. eines Anderen als des Handelnden sei, bestimmt sich „re ipsa", oder voluntate.[11]) Unter dem Willen ist zunächst an Mandat, Vollmacht und Ratihabition, mithin an den Willen desjenigen zu denken, anstatt dessen gehandelt werden soll; unter der res ipsa an den Gegenstand des Geschäftes; denn dieser kann ein Geschäft vornherein als Recht, Aufgabe, Pflicht, Vortheil einer bestimmten Person, mithin auch einer anderen als der handelnden erscheinen lassen[12]). Hiemit ist schon gesagt, daß ein Geschäft weder durch den bloßen Willen des Handelnden, noch erst durch den Erfolg zum Geschäfte eines Anderen als dessen der da handelt, werden kann. Wäre es möglich, daß Jemand dadurch und lediglich dadurch, daß er für einen Anderen stipulirt, contrahirt, diesem die Forderung erwärbe, so wäre zwar der Erfolg dieses Geschäftes des Ersteren, und eben dieser Erfolg durch den Willen des Anderen bei ihm; das Geschäft selbst aber müßte als das des Handelnden gedacht werden. Die s. g. Verträge zu Gunsten Dritter (§§. 584. 585) unterscheiden sich also, insofern sie überhaupt Rechtens sind, hauptsächlich dadurch von der Stellvertretung, daß sie Geschäfte des Handelnden selbst sind[13]).

terquam si servus domino, filius patri stipuletur. l. 126 §. 2. l. 130 eod. l. 1 pr. l. 4. l. 5. l. 15 D. stip. serv. 45, 3, cf. l. 38 eod. l. 38 §§. 6—9. [l. 45 pr.] D. v. o. 45, 1. Dies jetzt in's Detail und mit Urgierung und Erhärtung des Gedankens, daß die persona subiecta auch stellvertretend fungiren sollte, bei Mandry a. a. O. S. 134—42. [Zimmermann, S. 32 Anm. 40a, Dolinski a. a. O. S. 44—47.]

11) Bd. II §. 321 Anm. 17—27. [Leonhard, Anfechtbarkeit der Verträge f. d. Vermögen eines Dritten S. 9 unterscheidet blos Fremdheit hinsichtlich des Abschlusses und hinsichtlich der Wirkung des Geschäfts und erhebt daraufhin den Vorwurf: „Wer somit das Geschäft des Vertreters ein fremdes nennt, redet nicht genau." Allein der Text dieses §. wie des §. 584 hat deutlich eine dritte anerkannte Fremdheit im Auge. Man kann ferner als (freiwilliger oder beauftragter) Ersatzmann ein fremdes Geschäft schließen, obwohl die Fremdheit weder den Abschluß noch die Wirkung betrifft.]

12) z. B. l. 5 §. 13 (6 §. 11). l. 30 (31) §. 2 D. neg. gest. 3, 5.

13) vgl. Unger, Verträge zu Gunsten Dritter (Jher. Jahrb. X, auch separat) S. 61. [Bedenken gegen dieses Unterscheidungsmerkmal bei Zimmermann S. 68, Annahme und Erklärung des Merkmals: S. 85. S. auch unten §. 584 nach Anm. 3.]

§. 578.

Distinction.

Der Stellvertreter intervenirt (vertritt) 1. in fremden Rechtsgeschäften[1]). Für die Hilfe, welche man uns in sonstigen Geschäften, als Knecht, Taglöhner, Geselle ꝛc., auch als negotiorum gestor und Mandatar[2]) leistet, ist das Wort Stellvertretung nicht beliebt, trotzdem auch hier anstatt Anderer und mit der Wirkung gehandelt wird, als ob sie selbst gehandelt hätten[3]). Fehler aber war es keiner, wenn ein „neuerer Schriftsteller" einst auch in der Verrichtung gemeiner Geschäfte Stellvertretung fand[4]); negotiorum gestor kann man in solcher sein[5]), und wenigstens Laien durften unlängst noch von Stellvertretung im Militärdienst sprechen.

Schränkt man nun aber das Wort einer allerdings überwiegenden Neigung des Sprachgebrauchs nach auf Rechtsgeschäfte ein, so entsteht schon von hier aus die Frage, ob was

1) [Vgl. oben S. 12 in med. Nach Zitelmann, Irrtum S. 311 hat die Stellvertretung „eine Bedeutung weit über den Kreis der Rechtsgeschäfte hinaus auf dem ganzen Gebiete der juristischen Handlungen."]

2) Bd. II §. 321 Anm. 19. §. 334 Anm. 5, [dazu Ihering, Jahrb. I S. 289 und Loewenfeld, Dienst-, Werk- und Auftragsvertrag nach d. Entw. d. bürg. Gesetzb., in Gutachten aus dem Anwaltstand X S. 884.] — Von demjenigen, der ruralia obsequia für den zum Priester ordinirten Colonen besorgt, heißt es in l. 16 C. episc. 1, 3, er sei an dessen Stelle subrogirt [„Stellvertreter" in Schillings Uebersetzung], der Colone fungirt ruralibus obsequiis quo maluerit subrogato.

3) Scheurl, Stellvertretung, insbes. bei Begründung von OO., Münchener krit. Ueberschau I S. 317. Ihering, Jahrb. I S. 277 Anm. 4. Unger, Oesterr. Privatr. II §. 90 Anm. 18, Verträge z. G. Dritter S. 7 Anm. 9. Lothar Seuffert, Die Lehre v. d. Ratihabition S. 9. Laband, Stellvertretung nach dem HGB., Zeitschr. f. Handelsr. X S. 188. [Zimmermann, Stellvertr. neg. gestio S. 14 und S. 15 („Bei Delikten ist eine Stellvertr. von rechtlicher Bedeutung zwar logisch sehr wohl denkbar, positiv aber nicht anerkannt"). Regelsberger, Pand. I §. 159, I.]

4) meine krit. Blätter Nr. 2 S. 3 Abs. 2 S. 5 Z. 7.

5) Bd. II §. 321 Anm. 19. — [Wohnen, Gehen u. dgl. sind gemeine Handlungen, aber als Ausübung von Servituten (zur servitutis retentio oder gegen Untergang durch nonusus) können sie statt vom Berechtigten vertretungsweise vorgenommen werden: Bd. I §. 198 Anm. 26, nebst l. 1 §. 7. l. 3 §. 4 D. de itin. actuque 43, 19. S. ferner §. 183 Anm. 37. Bd. II §. 317 Anm. 5. 33. Ueber „Vertretung bei Ausübung" der Rechte Bekker,

man Stellvertretung im Besitzerwerb nennt, nicht aus der Stellvertretung auszuscheiden sei[6]). Denn ist, was hier der angebliche Stellvertreter thut, etwas Anderes als eine gemeine Dienstleistung?[7]) ist nicht „in der Apprehension hier so wenig als in jedem andern Fall etwas juristisches enthalten" und das juristische, welches dagegen in dem „Verhältniß zwischen dem Repräsentanten und Besitzer" gefunden wird[8]), auch in dem Verhältniß jedes Arbeitgebers zum Arbeiter da? ist es nicht blos corpus nostrum, nicht der animus, geschweige denn die causa des Besitzerwerbs, worin die Repräsentation stattfindet?[9]) ist der angebliche Stellvertreter im Besitz also nicht vielmehr bloßer Handlanger, und Ihering nicht im Unrecht, wenn er ihn vor dem Ladendiener, der die Waaren wiegt, vor dem Diener, der die erworbenen Sachen „holt" ꝛc. auszeichnet?[10])

Indessen ist doch nicht zu verkennen, daß es sich beim Besitzerwerb für Andere um kein bloßes „Apportiren", sondern um einen Erwerb handelt, der ohne die gemeine Apprehensionshandlung nicht möglich, aber mit ihr nicht identisch ist, um den Erwerb der possessio nämlich[11]), welche von dem Mittelsmann so sehr gewollt und erstrebt werden muß, wie vom Erwerber selbst, wenn gleich jener nur für diesen will; darin daß ein Erwerb den Zweck der Apprehensionshandlung und den

---

System I §. 23. Hospes und amicus als Besitzerhalter in l. 9 D. a. v. a. p. 41, 2: Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 250.]

6) [Bejahung dieser Frage unten S. 345 fg. Gleichwohl stellt Schloßmann, Besitzerwerb durch Dritte S. 1 den Satz, daß beim Besitzerwerb die directe Stellvertretung möglich sei, als einen hin, an den „noch nie ein Zweifel sich gewagt hat". Hierdurch verleitet Mitteis, Stellvertr. S. 51/2.]

7) „opera dumtaxat: l. 1 §. 20 D. a. v. a. p. 41, 2 cf. l. 25 §. 7 D. locati 19, 2; ministerium: l. 18 pr. D. a. v. a. p. 41, 2. l. 15 D. const. 13, 5; opera und ministerium: l. 1 §. 1 D. ad sc. Vell. 16, 1, [und von den proxenetae (Maklern) l. 3 D. proxen. 50, 3 — in quo operula ista defuncti sunt et ministerium qualequale accommodaverunt. S. auch unten zu Anm. 18.]

8) Savigny, Besitz, 7. Aufl. S. 305.

9) l. 3 §. 12 D. a. v. a. p. 41, 2. Kuntze, Obligation und Singularsuccession S. 271.

10) Jahrbücher I S. 278. 287. [S. auch Besitzwille S. 135.]

11) §. 5 J. per quas pers. 2, 9.

Gegenstand des Willens bildet, liegt das Juristische, Rechtsgeschäftliche des Besitzerwerbes [12]); darum ist er durch keinen Menschen möglich, der den intellectus possidendi nicht hat [13]), geschweige durch ein Thier; darum regelmäßig durch keinen fremden Sclaven [14]). Man könnte noch einwenden, daß der Besitz res facti, mithin auch sein Erwerb etwas blos Factisches ist [15]); allein bekanntermaßen ist er auch res juris [16]), wenngleich kein Recht; überdies häufig zugleich Eigenthumserwerb [17]). Von hier aus also ist die Ausscheidung des Besitzerwerbs durch Dritte nicht begründet. Daß dieser operam suam dumtaxat hergibt, steht denn auch, näher betrachtet, nicht im Gegensatze zu juristischer Thätigkeit, sondern in dem zu eigenem Erwerb [18]).

Was dagegen der Bote thut, ist gemeine Dienstleistung und also von Stellvertretung verschieden [19]): es sei nun, daß

12) [Zur Frage, ob die einseitige und ob die zweiseitige Besitzerwerbshandlung den Rechtsgeschäften angehöre, s. oben S. 11/12.]

13) l. 1 §§. 9—11 D. a. v. a. p. 41, 2.

14) der zum Erwerb nur für seinen Herrn da ist — l. 31 §. 2 D. usurp. 41, 3. l. 34 §. 2 D. a. v. a. p. 41, 2. [Bekker, Recht des Besitzes S. 204. 211. Ueber Besitzerwerb durch den servus fructuarius und den bona fide serviens Salkowski, Sklavenerwerb §. 7.]

15) vgl. auch l. 7 §. 3 D. cur. fur. 27, 10. [Sein Verhältniß zum Vermögen und seine Schätzung: Bd. I S. 446 fg. Bd. II §. 300 Anm. 22. Vgl. Regelsberger, Pand. I §. 95 Anm. 4.]

16) Bd. I §. 135 Anm. 4—11. [Brinz, M. Vierteljschr. Bd. 23 S. 388 fg.]

17) §. 5 J. cit. l. 20 pr. D. a. r. d. 41, 1. [l. 11 §. 2 D. a. e. v. 19, 1.]

18) [Zustimmend Zimmermann S. 91 Anm. 112, s. auch Schloßmann, Besitzerwerb durch Dritte S. 154 Anm. 1. Für das oben im Text Negirte Wendt, Pand. §. 47 al. 3, wie es scheint im Widerspruch mit S. 121 al. 1.]

19) [Zur Rechtsstellung und zum Begriff des Boten s. Bd. II §. 272 Anm. 18 a. E. und oben §. 572 a. E., unten §. 581 nach Anm. 13 u. Anm. 19 a. E. Zimmermann, Stellvertr. neg. gestio S. 16—24 und Regelsberger in Endemanns Handb. II S. 396—8, S. 401 Anm. 6. Gegen Ersteren Hellmann, M. Vierteljschr. Bd. 19 S. 351—355 mit dem Schluß: „Uebrigens steht quellenmäßig nicht fest, wie der Botenbegriff zu definiren sei. Der deutsche Sprachgebrauch kann nicht als maßgebend für die Bedeutung des Nuntius erachtet werden. Die Quellenstellen, in denen das Wort vorkommt, lassen eine Einschränkung der Bedeutung auf das mechanische Melden nicht ersehen." Ferner Kritik bisheriger Distinctionen von Bote und Stellvertreter bei Hellmann, Stellvertretung S. 5—13, der sodann S. 20 betont, daß keine Definition des nuntius „eine gesetzliche Grundlage habe." Jedoch sei die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, „daß der in den Quellen vor-

er Nachrichten oder Sachen überbringt oder holt[20]), die Botschaft mündlich oder mittelst eines Briefes ausrichtet[21]). Frei-

kommende nuntius als Stellvertreter habe auftreten können" (S. 80), so daß der Bote, der „lediglich Worte mittheilt" (S. 20), Bote „im engern Sinne" (S. 19) wäre. Windscheid §. 73 Anm. 2 und Baron §. 65 nennen auch den Boten Stellvertreter, nämlich Stellvertreter in der Erklärung, und den obigen Stellvertreter (§. 577) nennen sie Stellvertreter im Willen (nach Baron §. 219 besser „in der Bildung des Willens"). Hiegegen Zimmermann, Stellvertretende neg. gestio S. 17 fg. und Hölder S. 298. Für Canstein in Grünh. Zeitschr. III S. 678. 679 ist der Bote, dessen Handlung juristische Handlung ist, eine Art der Gattung Stellvertreter. So wohl auch Gardeike, Verträge unter Abwesenden S. 51 Anm. 59. Nach Mitteis, Stellvertretung S. 128—136 gehört der Bote zur Gattung der Stellvertreter, ist bewußter Mitschöpfer des Rechtsgeschäfts, will das Rechtsgeschäft durch seine Erklärung vermitteln, entbehrt nur in Bezug auf den Inhalt des Vertrags des concreten Willens, da er nur zur Ausrichtung eines Auftrags, zu sonst Nichts bestellt ist. S. auch daselbst Anm. 184. Hiegegen mit Kritik der bisherigen Theorien und Distinctionen Dolinski, Haftung des Kontrahenten S. 82—94, der mit Pfersche, Irrthumslehre S. 241 Anm. 16 a. E. der Unterscheidung nicht allgemein, sondern nur in manchen Fragen (nicht bei §. 581 Nr. 2: Wissen als Hinderniß) Relevanz zuerkennt. Solche Unterschiede oben §. 572 Anm. 23. 24, unten §. 581 Anm. 19 a. E.]

20) [Bd. II §. 321 Anm. 83, Bd. III §. 430 Anm. 29. §. 424 Anm. 21. In l. 2 §. 6 D. don. 39, 5 ist nach Schott, D. obl. Vertrag u. Abwesenden S. 17 Anm. 26 das perferre als blos factische Thätigkeit ein Kennzeichen des Boten. Doch s. Hellmann, Stellvertr. S. 58. 59. Nach Leonhard, Anfechtbarkeit der Verträge S. 17 soll es Botendienst nur für Uebermittlung geäußerter Gedanken, nicht für andere Handlungen oder Arbeiten geben. Manche, namentlich Regelsberger, Pand. I S. 586 unterscheiden mit praktischer Folge den Boten als Transportwerkzeug und den Boten als Erklärungswerkzeug.]

21) — sicuti ne is quidem qui rem perferendam vel epistulam vel nuntium perferendum suscepit, proprie procurator appellatur: l. 1 §. 1 D. procur. 3, 3, [dazu Curtius, Arch. f. civ. Pr. Bd. 58 S. 70/71. — Die Rechtsstellung des Boten kann bei schriftlicher Willenserklärung dem Schreiber zukommen: dem testamentarius, sowie (nach Rudorff zu Puchta §. 52 Note b) dem octavus subscriptor (oben Bd. III §. 369 Anm. 31) und dem, der in Urkunden als rogatu, mandatu alicuius schreibend auftritt (vgl. Mommsen, Hermes XII S. 104/5). Hölder S. 298 Z. 14 fg. würde wenigstens in den beiden ersten Fällen Stellvertretung annehmen; Windscheid §. 73 nach Anm. 1 läßt beim Testament auch Botschaft nicht zu. Dem Schreiber eines Testaments steht als Gehülfe gleich Wer es auf Geheiß des Testators ausstreicht oder zerstört, vgl. Bd. III §. 377 Anm. 21.] — Zu den Nunciationen und Prohibitionen, welche vollkommen durch Dritte geschehen können [Bd. I §. 175 Anm. 10. 35], gehört auch die (precarii) rogatio: l. 6 §. 1 D. prec. 43, 26 (Si procurator meus me mandante vel ratum habente precario rogaverit, ego precario habere proprie dicor). [Bd. I §. 184 Anm. 38. Hellmann, Stellvertr. S. 55. Jedoch gehören operis novi nunciatio und die prohibitio des Interd. quod vi aut clam nach §. 561 Anm. 2 zu den Rechtsgeschäften. Auch die renuntiatio societatis läßt activ und passiv Stellvertretung zu: l. 65 §. 7. §. 8 D. pro soc. 17, 2. Vgl. unten §. 580 Anm. 1. Ueber Vertretung bei den vielerlei Denuntiationen (ihrer Abgabe, oder Annahme) s. Kipp,

lich muß von dem, was ein Bote als solcher thut, unterschieden werden, was einem gewerbsmäßigen Boten außerdem aufgetragen wird [22]).

2. Vorzugsweise in Rechtsgeschäften handeln anstatt Anderer, oder für etwas Unpersönliches negotiorum gestores, Mandatare, Vormünder, Güterpfleger, Actores und Syndici. Allein möglicherweise bringen sie dieses gegenüber dem Dritten, mit dem sie handeln, nicht zum Ausdruck, handeln zwar anstatt eines Anderen, allein „in eigenem Namen"; oder sie lassen den Dritten zwar wissen, daß sie in fremder Sache (anstatt eines Anderen) handeln, und erklären dennoch im eigenen Namen zu handeln [23]); da sind sie denn zwar Vertreter, aber keine Stellvertreter; erklärtermaßen für sich selbst handelnd, und nicht blos in die Gestion, sondern in die Wirkung des Geschäftes eintretend, machen sie das fremde Geschäft zum eigenen [24]). Nur in den Haftungen, die daneben zwischen ihnen und dem Geschäftsherrn, indirect etwa auch über sie hinweg zwischen diesem und dem Dritten, bestehen oder entstehen, bewährt es sich, daß der Gestor, gewissermaßen unter eigener Firma, ein fremdes Geschäft geführt hat. So nicht nur nach römischem Recht, wenn man als Freier nicht anders konnte (§. 581 eingangs) [25]), sondern auch heute, wo die Mög-

Litisdenuntiation S. 94 fg. S. 105. Regelsberger, Pand. I §. 159 Anm. 3 bemerkt, „daß die römischen Juristen zuweilen den Begriff der thatsächlichen Dienstleistung gestreckt haben, um die Gültigkeit der Handlung gegenüber dem Ausschluß der Stellvertretung zu retten."]

22) [Vgl. Bd. II §. 268 Anm. 14. — Ueber den Fall daß der Bote etwas Anderes ausrichtet, als ihm vom Absender aufgetragen ist, s. oben §. 525 Anm. 16 nebst l. 9 §. 1 in f. §. 3. §. 5. §. 6 D. her. inst. 28, 5, Bekker, Syst. II §. 92, l. m., Schott, Obl. Vertrag S. 239. 240, Regelsberger in Endemanns Handb. II S. 400 Anm. 3, Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 534—39, Mitteis S. 173 Anm., Dolinski, Haftung des Kontrahenten S. 156—63.]

23) vgl. Ruhstrat, Jher. Jahrb. X S. 208. [Mitteis S. 146 bis 51: Erörterung der „Anhaltspunkte, nach welchen in jedem einzelnen Falle die Frage, ob der Vertreter als technischer Stellvertreter, oder als Commissionär gehandelt habe, zu beantworten sein wird".]

24) „Diese Procuratoren und diese Curatoren sind bloße mittelbare Stellvertreter, die allerdings auch für einen Andern die Hand in's Feuer stecken, aber sich selbst verbrennen lassen müssen." Aus dem Zuhörercollegheft.

25) [Grünhut, Recht des Commissionshandels S. 3. Daselbst S. 35

lichkeit Geschäfte auf fremden Namen zu führen und zu ziehen, vollauf besteht[26]), und wo namentlich alle jene Gestoren als Stellvertreter handeln und wirken können, woferne sie nur wollen, und auch überall die Vollmacht dazu haben oder noch nachträglich bekommen (§. 582. 5. §. 583)[27]). Eine derartige Intervention ist also keine Stellvertretung; man handelt hier nicht erklärtermaßen anstatt eines Anderen, sowie nur für oder gegen diesen, und in Verbindung hiemit nicht mit der Wirkung, als ob dieser selbst handelte. So mag es denn auch besser sein, hier von keiner Stellvertretung, auch von keiner „unvollkommenen" oder „mittelbaren" zu reden[28]). Allein passender sind auch die seither vorgeschlagenen Ausdrücke nicht; denn der Ihering'sche „Ersatzmann" zielt viel mehr auf einen Stellvertreter, als auf einen offen für sich selbst handelnden Vertreter[29]), und die Scheurl-Unger'sche „Zwischenperson"[30]) umfaßt, wie sich sofort zeigen wird, noch mehreres als diesen. Auf dem richtigen Weg scheint uns Siegels „stiller Stellvertreter", nur daß statt dessen „stiller Vertreter" passender

bis 39 „die ökonomischen Vortheile" des Umstandes, „daß der Commissionär in eigenem Namen und nicht als Stellvertreter handelt," nämlich ein fremdes Handelsgeschäft abschließt. Weiterhin die „Unterscheidung des Commissionärs von dem Mäkler, dem Agenten und dem Handlungsbevollmächtigten": S. 61 bis 67.

26) vgl. Ihering a. a. O. S. 316 unten — 319 unten [und Besitzwille S. 380. 381.] Laband a. a. O. S. 204. Ruhstrat a. a. O. S. 209/10.

27) [Inwiefern das auch vom heutigen Commissionär gilt, ist zu entnehmen aus Grünhut a. a. O. S. 67—72. — Vermöge einer willkürlichen Unterscheidung von Beihülfe und Vertretung gelangt Leonhard, Anfechtbarkeit der Verträge S. 19 dazu, die stellvertretende negotiorum gestio (oben §. 577 Anm. 6) nur als „eine Beihülfe zum Vertragsabschlusse", nicht als „eine darüber hinaus gehende Vertretung" gelten zu lassen.]

28) Unger, Oest. Privatr. II §. 90 Anm. 22, wogegen noch meine Krit. Blätter Nr. 2 S. 7, Arndts §. 76 Anm. 2. 3 [und Rudorff zu Puchta §. 52 Note a. — Amann, Ueber den Begriff des procurator und des mandatarius nach r. R. S. 2 und sonst behauptet, procurator bezeichne den im Namen des Dritten, mandatarius den im eigenen Namen handelnden Vertreter. Dawider Brinz, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 328 bis 331, Schloßmann, Besitzerwerb durch Dritte S. 16 fg.]

29) vgl. Ihering selbst a. a. O. S. 350 Anm., [und zur Rechtsstellung des „Ersatzmannes" Ihering, Besitzwille S. 380. 381.]

30) [acceptirt von Zimmermann S. 27 Anm. 33.]

sein dürfte[31]). Im „Stellvertreter" scheint gerade das wesentlich, daß er offen als bloßer Vertreter dasteht; ist das richtig, so dürfen wir denjenigen Vertreter, dessen Vertreterschaft dem Dritten gegenüber verdeckt, versteckt, oder nicht urgirt wird, nicht mehr „Stellvertreter" nennen, wohl aber einen „stillen Vertreter". Indessen, wie bemerkt, kann man offen auch in fremder Sache (anstatt eines Anderen) und doch in eigenem Namen handeln; da paßt auch der „stille Vertreter" nicht mehr[32]). Immerhin aber wird im Folgenden der Name Stellvertreter für denjenigen Vertreter vorbehalten, welcher erklärtermaßen in fremdem Namen handelt. Allumfassend könnte man jene anderen Gestoren vielleicht Vertreter in eigenem Namen nennen.

3. Scheurl entnimmt die „Zwischenperson" der mehrfach auftauchenden „interposita persona" des römischen Rechts. Allein gerade mit diesem Ausdruck verweisen uns die Quellen auf eine Interventionsart, welche zwar jenen Vertretungen im eigenen Namen (Nr. 2) viel näher steht, als den Vertretungen in fremdem Namen oder den Stellvertretungen, aber auch von jenen sich merklich unterscheidet[33]). Bei jenen Vertretungen im eigenen Namen findet ein Geschäft zwischen dem Dritten und dem Geschäftsherrn nicht statt; die Handlung des Geschäftes und dessen directe Wirkungen bewegen sich einzig zwischen dem Dritten und dem Vertreter. Eine interposita persona dagegen kommt in Geschäften vor, welche zwischen einem Dritten und dem Geschäftsherrn (Interponenten) selbst stattfinden, so daß nicht der interpositus es ist, welcher das Geschäft „verrichtet", wie das bei dem Stellvertreter und bei dem Vertreter im eigenen

31) [Ofner, [Stille Rechtsverhältnisse, Grünhuts Zeitschr. XX S. 241 fg.: „Still oder geheim ist ein Rechtsverhältniß, welches im Gegensatz zu seiner Anlage (Natur) gegenüber Dritten rechtlich unwirksam ist" (fiducia, stille Vollmacht, stille Gesellschaft). Von Rechtswegen bestehende stille Vertretung mit äußerer Eigenberechtigung oben Bd. I §. 62 Anm. 3, Bd. III S. 705 nebst den dortigen Verweisungen, vgl. §. 524 Anm. 7 g. E.]

32) [Zur Kritik der bisherigen Terminologie s. auch Gareis, Verträge z. G. Dritter S. 14 (der sich S. 17 mit der obigen Ausscheidung des stillen Vertreters aus der Stellvertretung einverstanden erklärt) und Zimmermann a. a. O.]

33) [Diesen Unterschied berücksichtigt nicht Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 461.]

Namen der Fall ist; vielmehr ist der interpositus dann nur in irgend einem Zweige des Geschäftes thätig, nicht Geschäftsträger, sondern in das Geschäft blos eingefügt. So bei der Schenkung[34]). Interpositus heißt hier derjenige, welcher, vom Schenker oder Beschenkten interponirt, die Sache empfängt und gibt, und zwar nicht blos als Bote oder s. g. „Stellvertreter" in der Tradition[35]), sondern so, daß er interimistisch selbst Besitzer und Eigenthümer wird[36]). Hier liegt denn allerdings eine Vertretung im eigenen Namen vor, ähnlich der, da ein Mandatar ohne Bezug auf den Mandanten kauft und das Eigenthum auf sich selbst übertragen läßt[37]). Allein die Zwischenperson vertritt nur in Ansehung der datio, traditio, nicht überhaupt der Schenkung; diese findet in all den allegirten Stellen zwischen Braut und Bräutigam, Mann und Frau selbst statt; nicht die Schenkung, sondern nur die Vergabung wird gebrochen und zum Doppelgeschäft[38]); der interpositus ist Empfänger und Geber, aber nicht Beschenkter und Schenker[39]); die Vertretung bewegt sich, wie bemerkt, nur in einem Zweige des Geschäftes; die Schenkungserklärung und die Schenkung überhaupt geht zwischen dem Interponenten und dem Dritten selbst, nur die Vergabung geht vermittelst des interpositus vor sich. Es ist das ein Vorkommen, welches wir nicht auf die Schenkung beschränkt, sondern in der Natur der beweglichen Geschäfte (§. 559) begründet und darum in ihnen allen möglich denken. Alle die Vermögenszuwendungen, welche erst durch die causa zum concreten Geschäfte[40]), und aber je nach

34) l. 4 D. don. 39, 5. l. 5 pr. §. 2. l. 11 §§. 2—8. [l. 49 (solo eius ministerio usa est)] D. don. i. v. e. u. 24, 1. l. 12 D. si quid in fraud. patr. 38, 5. l. 14 D. si quid in fraud. cred. 42, 8 cf. l. 57 D. ad leg. Falc. 35, 2.

35) [Vgl. l. 2 §. 6 D. don. 39, 5 und oben Anm. 20.]

36) — quia debeat aliquo momento interposito(i?) fieri et sic ad mulierem transire — l. 11 §. 7 cit.

37) z. B. l. 1 §. 20 D. a. v. a. p. 41, 2. Jhering, Jahrbb. I S. 324—35.

38) [Anschluß bei Cohen, Schenkung von Todeswegen S. 43. 44.]

39) l. 5 pr. cit. Si sponsus sponsae donaturus tradiderit Titio etc. l. 12 cit. — in eum cui donatio quaesita est — vgl. Scheurl, Jher. Jahrb. II S. 22.

40) [Wegen dieses Ausdrucks s. oben §. 560 Anm. 3 mit den dortigen Verweisungen.]

der causa zu den verschiedensten Geschäften (Schenkung, Zahlung, Creditgebung) werden: sie sämmtlich können durch eine dritte Person erfolgen, während das Geschäft überhaupt nicht zwischen ihr und dem Empfänger, sondern zwischen diesem und einem Andern vor sich geht[41]). So kann bei der Creditgebung die Auszahlung und selbst die Contrahirung durch einen Dritten und aus den eigenen Mitteln des Dritten erfolgen, und das Creditgeschäft selbst doch zwischen mir und dem Empfänger erfolgen[42]); ich constituire die dos, während mein dazu delegirter Schuldner promittirt, zahlt[43]); ich bin der Zahler oder Zahlungsempfänger, trotzdem auf mein Geheiß ein Dritter gibt, empfängt, promittirt[44]).

Uebrigens will nicht behauptet werden, daß der Ausdruck interposita persona terminologisch abgegrenzt und ausschließlich für diese Zwischen- oder Nebenvertretung im Gebrauch sei, oder überall für diese vorkomme[45]). Vielmehr kommt „interponere" auch da vor, wo der Interponent ganz im Hintergrunde bleibt, und der Vertreter allein handelt[46]), mitunter vielleicht mit dem Nebengedanken, daß der Interponent absichtlich versteckt sein soll, die Person des Interponirten also vorgeschoben ist[47]). Auf was es hier allein ankommt, ist, daß

41) [Bd. II §. 282 Anm. 37. 38. 42—60, bes. 46. §. 282a Anm. 9. §. 290 Anm. 55. §. 300 Anm. 28—42 („Durchgangs- oder Mittelsperson"). §. 304 Anm. 16 a. E. Anm. 44. Bd. III §. 494 Anm. 22. Lotmar, Causa S. 97—151 und S. VII. Windscheid in der Festgabe für O. Müller (1892) spricht hier von „indirekter Vermögensleistung".]

42) l. 126 §. 2 D. v. o. 45, 1. l. 9 §. 8 D. r. cr. 12, 1. l. 3 (2) C. per quas pers. 4, 27. Bd. II §. 296 Anm. 10. 11. 13a; s. auch Anm. 9 [und §. 297 Anm. 36 a. E. Bd. III §. 443 Anm. 57—59. Brinz, M. Vierteljahresschr. Bd. 25 S. 193. 194. 201. Vgl. unten §. 580 Anm. 13.]

43) z. B. l. 5 §. 11 D. j. d. 23, 3. Bd. III §. 482, I, 2, [sowie daselbst Anm. 11. 12. S. ferner §. 473 Anm. 18—20.]

44) l. 6 pr. §. 3. l. 47. l. 53 — sin autem etc. D. cond. ind. 12, 6. l. 3 D. rem rat. hab. 46, 8. Bd. II [§. 290 Anm. 49—59.] §. 304 Anm. 16. 44.

45) Vgl. die Wörterbücher von Brissonius Nr. 4, Dirksen §. 2, z. B. l. ult. D. spons. 23, 1, [auch Bd. II §. 252.]

46) z. B. l. 32 §. 2 D. ad sc. Vell. 16, 1. l. 32 §. 4 D. administr. tut. 26, 7.

47) z. B. l. 26 in f. C. usur. 4, 32 und Fälle bei Laband a. a. O. S. 205 Anm. 42. Ferner l. 2 C. qui manum. non poss. 7, 11, l. 1 §. 3 C. de contractibus judicum 1, 53 (auch per interpositam personam

es eine Vertretung gibt, welche nur in einem Theile des Geschäftes stattfindet, während die Stellvertretung (wie jene Vertretung im eigenen Namen) eine Verrichtung des ganzen fremden Geschäftes enthält [48]).

Hier ist nun aber die Stelle, an welcher die Frage, ob es eine Stellvertretung im Besitzerwerbe gibt, abermals [49]) aufgeworfen werden muß; denn es hat viel für sich, daß was man so nennt, eine bloße Zwischenvertretung, wenngleich wieder von besonderer Art, sein könnte. Sieht man nämlich von demjenigen Besitzerwerb, bei welchem der Erwerber selbst zum Erwerbe lediglich nichts hinzuthut [50]), fürs nächste ab, so scheint derjenige, welcher „durch" Andere Besitz erwirbt, überall nicht nur überhaupt handeln, sondern namentlich die Besitzerwerbshandlung selbst zum Theil in eigener Person vornehmen zu müssen [51]). Denn den zur Besitzerwerbshandlung nothwendigen animus rem sibi habendi muß er selbst hinzuthun [52]). Durch einen Anderen würden wir sonach den Besitz nicht ganz und überhaupt, sondern nur zum Theil, quoad corpus, erwerben; er würde nicht das ganze Erwerbsgeschäft verrichten, wie wir

dürfen diese in ihrem Amtsbezirke nichts kaufen ꝛc.). l. 1 §. 2 C. de natur. liberis 5, 27. l. 24 §. 8 C. ss. eccl. 1, 2. [Oben S. 25 in der Mitte.]

48) [Danach wäre es termini motio, wenn Wendt, Pand. S. 185 den Delegaten „Stellvertretungsdienste" leisten läßt. Im Gegensatz zum Obigen läßt Zimmermann S. 45—48 Stellvertretung auch nur in einem Theile eines Rechtsgeschäfts Platz greifen, insbesondere Stellvertretung blos in der Offerirung, oder der Acceptation. Wenn man die Stellung der Offerte für ein Rechtsgeschäft ansieht — oben §. 571 Anm. 2. 3 — so würde die hier vorkommende Stellvertretung nicht nur Stellvertretung „in einem Theile" des Geschäftes sein. S. auch oben §. 577 Anm. 2. Mit dem Text geht Schliemann, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 16 S. 28: „Entweder vertritt der zum Stellvertreter Bestellte den Mandanten beim Abschluß des Vertrags ganz oder gar nicht."]

49) S. oben Anm. 6—18 und unten §. 579 ad 2.

50) l. 3 §. 12. l. 1 §. ult. l. 2 D. a. v. a. p. 41, 2. l. 13 §. 1 D. a. r. d. 41, 1. [Bd. III §. 443 Anm. 9 fg.]

51) wie dies schon Windscheid I §. 73 Anm. 11 ausführt und aber ganz richtig nur insoweit festhält, als nicht Besitzerwerb durch Generalmandat Platz greift; Letzteres läßt er aber zu, s. auch unten Anm. 66.

52) Paul. R. S. V, 2 §. 1: Possessionem adquirimus animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. Vgl. l. 3 §. 12 D. a. v. a. p. 41, 2. [Bd. I §. 140 Anm. 1. Bd. III §. 498 Anm. 14. Mandry, Familiengüterrecht I S. 138 zu Anm. 1. Zimmermann S. 97 fg. sucht darzuthun, daß Paulus l. c. „sein animo utique

vom Stellvertreter verlangen[53]), wir würden von ihm nur unterstützt, nicht ersetzt[54]). Und das wäre nicht nur beim Besitzerwerb durch Gewaltfreie, sondern auch bei dem durch unterthänige Personen der Fall. Denn entweder liegt hier schon um deswillen keine Stellvertretung vor, weil der Sclave, Hayssohn für sich (peculiariter) erworben haben will; oder aber es will zwar für den Gewalthaber erworben werden, ist aber auch hier nicht ohne den animus auf Seite des letzteren möglich[55]).

Wer dieser Consequenz, daß es im Besitzerwerb (etwa von dem der furiosi etc. abgesehen) keine Stellvertretung gibt und gab, ausweichen will, muß den animus des Erwerbers überall da, wo er durch Dritte erwerben soll, aus einem *in* das Geschäft gehörigen Willen in einen nur *zu* demselben erforderlichen Willen verwandeln. Sein animus wird dann zu einer voluntas, wie

---

nostro nur auf den Fall des Erwerbs durch eigene Handlung des Prinzipals beschränkt wissen will".]

53) [oben zu Anm. 48.]

54) [Bd. III §. 394 Anm. 25 (S. 188) mit Erstreckung auf den Erwerb der bonorum possessio. Im Grunde gleich Mitteis, Stellvertr. S. 135: „Der speciell beauftragte Stellvertreter im Besitzerwerb ist eben nichts als Gehilfe". Umgekehrt negirt Hellmann, Stellvertretung S. 99. 100 beim Besitzerwerb durch Andere die Stellvertretung darum, weil hier der Andere „nicht blos Willensorgan des Erwerbers sei, sondern zugleich die körperliche Herrschaft über das Besitzobjekt erlange". Ferner auch darum, weil derselbe dabei auf den Principal nicht Bezug zu nehmen brauche, indem es genüge, „daß die Mittelsperson in Uebereinstimmung mit dem Principal diesem zu erwerben den Willen hat". Nach Schloßmann, Besitzerwerb durch Dritte, z. B. S. 164, hat das röm. Recht nicht Stellvertretung beim Besitzerwerb, läßt diesen nur durch gewisse Vertreter zu (als tutor, curator und procurator omnium bonorum), aber auch ohne stellvertreterisches Benehmen derselben, falls sie nur nicht in eigenem Interesse handeln, und (seit a. 196 nach l. 1 C. poss. 7, 32) selbst ohne den animus des erwerbenden Principals. Vgl. unten §. 579 Anm. 5. Einige gewichtige Einwände gegen die Schloßmann'schen Neuerungen bei Mitteis, Stellvertr. S. 52—67, Kniep, Vacua possessio I S. 217, 219—233 mit Hinweis auf fernere Opponenten; er selbst läßt die Stellvertretung im Besitzerwerb durch libera persona (statt nur durch procurator und andere Generalvertreter) erst im justinianischen Recht aufkommen, womit die Annahme vieler Interpolationen verbunden ist. Ueber die Stellvertretung im Besitzerwerb handelt auch Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 215—37. Die oben gestellte Frage nach der Möglichkeit solcher Stellvertretung gegenüber dem Erforderniß des animus beim Principal wird von diesen Autoren nicht erörtert. Auch die von Hirsch, Sachbesitzerwerb S. 563—73 erstrebte Vermittlung zwischen dem per liberam personam etiam ignoranti possessionem adquiri und der paulinischen Construction des mittelbaren Besitzerwerbs geht nicht auf das Problem des Textes ein.]

55) l. 44 §. 1 cf. l. 1 §. 5. l. 24 D. a. v. a. p. 41, 2.

sie bei der Veräußerung von Besitz und Eigenthum durch Dritte[56]), bei der Zulassung des Peculiums oder Peculiarerwerbs[57]), oder einer fremden Geschäftsführung durch Sclaven und Söhne vorkommt[58]) — d. i. zu einer Vollmacht, oder zu einem Consense[59]). Hier ist denn[60]) kein begehrender, sondern nur mehr ein zulassender Wille da. Und wie der animus des Principals aus dem Geschäfte heraus- und nur mehr neben diesem auftritt, so muß dann der Dritte das Ganze des Besitzerwerbungsgeschäftes, nicht blos eine Seite desselben verrichten[61]). Wie der Vormünder für den furiosus und der Syndicus für sein Gemeinwesen, so erwirbt dann der Procurator allein, wiewohl hier der Principal mithandeln könnte, was er dort nicht kann; gleich den peculiariter erwerbenden Sclaven und Kindern erwirbt er allein, wiewohl er kein peculium hat, für welches ein eigener Erwerb möglich ist; durch ihn, den Freien, erwirbt sein Principal unmittelbar, ohne die Sache mit seinem eigenen Willen begehren, fassen zu müssen, während der Herr durch seinen Sclaven allein (wenn dieser für ihn, nicht peculiariter, erwerben soll) fort und fort blos die Körperseite des Besitzes, nicht den Besitz selbst erwirbt[62]). Man sieht, daß auf diese Weise der Besitzerwerb durch Dritte seiner Natur nach ein anderer wird, als er an sich ist. An sich eine res facti, welche zwar ohne jegliches Recht[63]), dagegen nicht ohne die volle Natur des Wollens und Ergreifens erworben werden soll, nicht ohne das eigene Wollen

56) l. 9 §. 4 D. a. r. d. 41, 1. l. 60 §. 4 D. mand. 17, 1. [Brinz, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 355. 356.]

57) — quia nostra voluntate intellegantur possidere — l. 1 §. 5 D. a. v. a. p. 41, 2.

58) l. 1 §. 22. l. 4 §. 3. l. 6 D. exerc. 14, 1.

59) l. 160 pr. D. r. j. 50, 17: Aliud est vendere, aliud vendenti consentire.

60) was Windscheid I § 73 Anm. 11 anerkennt.

61) [Demgemäß Karlowa, R. Rechtsgeschichte II S. 338: „Der Erwerb des Besitzes durch einen bevollmächtigten procurator ist kein bloßes alieno corpore possidere, sondern ein alieno animo et corpore possidere."]

62) l. 44 §. 1 in f. D. a. v. a. p. 41, 2. Vgl. hiezu die gute Bemerkung von Mandry, Familiengüterrecht I S. 79 zu Anm. 6.

63) l. 3 §. 5 eod.

des Erwerbers zu Stande kommt[64]), wird er wie der Erwerb von Forderungen zu einer res juris, welche entweder (wie beim Erwerb durch Sclaven ꝛc.) ohne jegliche Zuthat des Erwerbers (dominus) in dessen Vermögen kommt, oder (wie bei unserer Stellvertretung) auf eine bloße Vollmacht hin d. h. dergestalt erworben wird, daß der Principal zwar zum Wollen ermächtiget, hingegen aber bei dem vorzunehmenden Geschäfte nicht selbst will[65]).

Diese Verwandlung des Besitzerwerbs in einen Rechtserwerb nehmen nun in der That diejenigen vor, welche[66]) einen Besitzerwerb kraft Generalmandats zulassen. Denn daß derjenige, welcher z. B. einen procurator omnium rerum aufstellt, und diesem Alles was zu thun ist zu thun etwa „concedirt"[67]), in dieser „Concession" auch schon das Begehren nach all den einzelnen Sachen (affectionem tenendi) entfaltet, welche der Procurator auf Grund der Concession für ihn apprehendirt, dünkt uns nicht möglich; was man nicht kennt, kann man nicht begehren[68]). Bremer sucht zwar das Gegentheil darzuthun[69]), verfällt aber unwillkürlich in unsere Auffassung, indem er schließlich bemerkt[70]), daß der Principal „hinsichtlich des Besitzbewußtseins und des besonderen auf die einzelne Sache gerichteten Besitzwillens durch den Procurator vertreten werde", womit nichts Anderes gesagt sein dürfte, als daß beim Generalmandat der Mandant vom Procurator nicht blos corpore, sondern auch animo vertreten werde, das Generalmandat

64) l. 1 §. 3 eod. [Bd. I §. 137 Anm. 7.]

65) [Diese Auffassung verficht gegen den Verf. Zimmermann S. 92 bis 94. 97.]

66) wie zum Theil schon die Glossatoren und Commentatoren (Rudorff zu Savigny, Besitz, 7. Aufl. Anhang Nr. 93), dann namentlich Donellus und unter uns Bremer, danach auch die vorige Aufl. S. 69 [und andere oben Bd. I §. 140 Anm. 6 direkt und indirekt durch Verweisung auf Windscheid I §. 155 Anm. 9 Genannte nebst Hirsch, Sachbesitzerwerb S. 565] gegen Schirmer (Bd. I §. 140 Anm. 8), [Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 223. 224 und Karlowa, R. Rechtsgeschichte II S. 337. 338] annehmen.

67) l. 60 §. 4 D. mand. 17, 1.

68) [vgl. Bd. I §. 42 Anm. 12. S. auch Schloßmann, Besitzerwerb durch Stellvertreter S. 128 Anm. 3 a. E. S. 129. S. 170.]

69) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. 17 S. 201—3.

70) S. 203 unten u. fg.

also noch nicht den animus possidendi selbst, sondern blos die Vollmacht, ihn für den Mandanten zu fassen, enthalte. Was von dem Falle, da der Mandant die Administration concedirt, gilt aus dem gleichen Grunde auch von dem anderen, da sie „aufgetragen" wird. — Der Besitzerwerb durch Generalmandat bringt also das animo nostro, corpore alieno aus den Fugen. Bei speciellem Mandat oder Ratihabition ist es noch gewahrt [71]); beim Besitzerwerb durch bloßes Generalmandat dagegen wird es verwandelt in ein voluntate nostra, sed animo et corpore alieno [72]).

Von hier aus verlangen die Quellen erneute Prüfung; und endlich dürften sie sich doch im Sinne Savigny's und Schirmer's bewähren [73]).

Wir sind darum der [74]) Meinung, daß Generalmandat zum

---

71) [Nach Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II S. 338 „ist noch weiter zu gehen und zu behaupten, daß in einem bloßen Mandat zum Erwerb auch einer speziell bezeichneten Sache nie der zum Besitzerwerb erforderliche animus possidendi liegt".]

72) [Ebenso Karlowa a. a. O. S. 338 Anm. 1. Diesem Argument mißt Bekker, Recht des Besitzes S. 208 Anm. 1 a. E. kein Gewicht bei, vgl. S. 217. 218.]

73) Savigny, Besitz §. 26, B, Schirmer, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. 14 Nr. 3. So z. B. ist es exegetisch nicht gerechtfertigt, in Paul. R. S. V, 2 §. 2 das handelnde Subject zu wechseln, und denjenigen, der absente domino comparat, einen anderen sein zu lassen, als den vorhergehenden procurator (cf. l. 1 §. 21 D. a. v. a. p. 41, 2). Ein procurator, der mandante domino kauft (l. 42 §. 1 eod.), darf nicht identificirt werden mit einem, der im Uebrigen kein procurator ist, und sonst nichts thut als daß er mandante domino kauft; s. jedoch l. 17 D. lib. caus. 40, 12. Er wird, nach der geläufigeren Bedeutung des Wortes (l. 1 §. 1 D. procur. 3, 3. Cic. pro Caec. c. 20 §. 57) omnium rerum procurator sein und kann als solcher immer noch spezielle Aufträge (l. 23 D. min. 4, 4) und als ein „sua sponte" Handelnder Ratificationen erlangen — Ratifikationen nicht blos zu Geschäften, welche die Grenze seiner Concession überschreiten, sondern zur Constatirung, daß sie mandat- (vgl. l. 8 (9) D. neg. gest. 3, 5. l. 65 §. 8 D. pro soc. 17, 2) oder sonstwie regreßmäßig sind, auch zu mandatmäßigen Geschäften. L. 13 §. 1 D. a. r. d. 41, 1 stellt, für sich betrachtet, den Procurator dem Tutor gleich; allein l. 13 pr. enthält die Corrective. Auch l. 1 §. 20 D. a. v. a. p. 41, 2 scheint ihn in diese Parallele zu stellen; allein die Vergleichung mit l. 1 §. 5 eod. zeigt, daß hier nur die „freien" Vertreter zusammengestellt werden; Detail ist vorbehalten (arg. l. 1 §. 21 eod.): auch ist der „procurator" hier alles was man nur unter diesem Worte denken darf, omnium rerum und unius rei procurator, bestellter und freiwilliger (voluntarius) procurator (d. i. negotiorum gestor): Bd. II §. 321 Anm. 2. 5. [Wider die vorstehenden Argumentationen ist gerichtet Zimmermann S. 96 Anm. 118. S. 99—101. S. auch Hirsch, Sachbesitzerwerb S. 566. 567.]

74) [— auch schon Bd. I §. 140 Anm. 7—15 begründeten —. Wegen

Besitzerwerb nicht ausreichend, daß (von dem Erwerb durch Tutoren ꝛc. und vermittelst eines Peculium abgesehen) stets ein in den Erwerbsact selbst gehöriger animus possidendi nothwendig, um eben deswillen aber gerade beim Besitzerwerb (von dem durch Tutoren ꝛc. vielleicht abgesehen)[75] unsere Stellvertretung nicht möglich sei. Aber selbst für den Besitzerwerb durch Tutoren, Curatoren, Syndici dürfte dasselbe gelten; denn hier ist der animus possidendi auf Seite des Erwerbers vielmehr nachgelassen, als durch den Vertreter ersetzt[76].

4. Daß sich die Contrahirung „zu Gunsten Dritter" von der Stellvertretung vor allem durch den Abgang des fremden Geschäftes unterscheide, ist schon in der Definition (S. 335) bemerkt worden. Treffend führt Unger den Unterschied des weiteren dahin aus, daß der Stellvertreter im Namen, der Primus (Promissar bei den Verträgen in favorem tertii) zu Gunsten des Anderen, jener anstatt, dieser für den Anderen handle; daß jener ein fremdes, dieser ein eigenes Geschäft führe; der Vertretene verdanke dem Vertreter den Vertrag, der Tertius dem Primus das Recht; der Stellvertreter sei Willensorgan und Contractsinstrument, der Vermittler Zubringer und Wohlthäter, er spiele inter vivos die Rolle des Erblassers[77]. Aber eben weil der Primus inter vivos können soll, was man sonst nur letztwillig vermag,

---

dieser früheren Begründung ist der Anfang des Satzes geändert worden. Vgl. auch Bd. III §. 394 Anm. 25 (S. 188) mit Bezug auf den Erwerb der bonorum possessio.]

75) [Bd. III §. 498 Anm. 12—15. §. 364 Anm. 22. 23. §. 443. Anm. 7.]

76) [Bd. III §. 364 Anm. 22 g. E. 23. §. 394 Anm. 25 (S. 188) „Anomalie". §. 443 S. 519. 520. Nach Zimmermann S. 91 „bedarf das zuletzt Erwähnte, wenn man es scharf in's Auge faßt, wohl keiner ernstlichen Widerlegung". Die seinige gipfelt in den Worten: „nachgelassen" ist das Wollen des Bevormundeten ꝛc. eben deßhalb, weil das Wollen des Vormunds ꝛc. jenes Wollen ersetzt." Brinz war aber augenscheinlich der Ansicht, daß was nachgelassen d. h. für entbehrlich erklärt sei, nicht ersetzt zu werden brauche. Für diese Entbehrlichkeit beim procurator omnium bonorum Schloßmann, Besitzerwerb durch Dritte S. 130—134. Zu Gunsten allgemeineren Nachlasses (da jener procurator heute fehlt) ebenda S. 171. 172.]

77) Verträge z. G. Dritter S. 61 Nr. 1. [Dazu die Kritik von Zimmermann S. 67—69 vgl. S. 85.]

scheint er uns noch immer bei weitem nicht all das ausrichten zu können, was ihm Unger zutraut (§§. 584. 585).

Geschichtliches.

§. 579.

Selbst nach Ansicht derjenigen, welche der Stellvertretung am wenigsten einräumen, sie namentlich in Contracten noch heute nicht zulassen [1]), kam sie doch schon im römischen Rechte [2]), und zwar 1. von altersher innerhalb der patria und dominica potestas — später 2. auch zwischen freien Personen in der Tradition von Besitz und Eigenthum und 3. im Prozeß vor [3]). Nun ist aber

ad 1 schon bemerkt worden, daß hier die Stellvertretung nur secundär, nicht als eigenes Institut vorkam [4]). Nicht minder muß

ad 2 zurückerinnert werden, daß uns der Besitzerwerb durch Dritte (vom Peculiarerwerb abgesehen, wo er gar keine Vertretung enthält) als eine blos theilweise Vertretung, nicht als volle Stellvertretung erschienen ist (§. 578, 3). Zu bemerken ist aber noch, daß die Zulassung von freien Mittelspersonen hier auch so nicht von jeher stattfand, und irgendwelche Schwierigkeiten hatte [5]). Das mahnt an die vorher (§ 578, 3)

---

1) [Unten §. 581 Anm. 6.] — Berücksichtige, lautet hier eine Randnote des Verfassers, l. 55 (54) §. 5 D. furt. 47, 2, wo der tutor qui gerit über actio furti transigirt und dies mit der Wirkung thut, daß actio furti evanescit — und l. 57 (56) §. 4 eod., wo solcher Transaction zufolge die Sache furtiv zu sein aufhört, und all das, namentlich das transigere posse, darauf zurückgeführt wird, daß tutor domini loco habetur; dasselbe gelte vom curator furiosi, der adeo domini personam sustinet, ut etiam tradendo rem furiosi alienare existimetur. Condicere rem furtivam aber können sie eorum (der Bevormundeten) nomine.

2) [Zur geschichtlichen Entwicklung der Stellvertretung s. Voigt, Röm. Rechtsgeschichte I §. 25. §. 26 (hierbei Stellvertretung in weiterem Sinn als oben §. 577, nämlich auch Fälle umfassend, wo die Rechtswirkung den Vertreter trifft).]

3) Puchta, Cursus der Institutionen §. 203.

4) Oben §. 577 Absatz 3. [Windscheid I §. 73 zu Anm. 7.]

5) „utilitatis causa receptum est“: Paul. R. S. V, 2 §. 2. l. 1. l. 8 C. adq. et ret. p. 7, 32. Bd. I §. 141 Anm. 14. Vgl. Gai. II, 95 mit §. 5 J. per quas pers. 2, 9. Puchta a. a. O. §. 203 Not. f—n. [Nach

aufgeworfene Frage, ob der Besitzerwerb durch Dritte nicht etwa ohne den bisher erforderlichen eigentlichen Besitzeswillen in der Person des Erwerbers zugelassen worden sei; denn ein solches Problem würde die Schwierigkeit sehr begreiflich machen. Es läßt sich aber auch noch ein anderer Grund der Zögerung denken. Für den Fall nämlich, da der Besitzerwerb durch Dritte in Anwesenheit des Erwerbers vor sich ging, scheint man niemals Schwierigkeiten gehabt zu haben [6]). Sollte dagegen für einen Abwesenden Besitz erworben werden, so tauchten, dünkt uns, aus der Besitzerwerbshandlung an sich Schwierigkeiten auf. Denn um mit Ihering zu sprechen: es lag in dem Instinct der „Concentration" der Geschäfte, daß der animus possidendi und die That der Apprehension zusammentrafen: sie trafen zusammen, wenn der Erwerber bei der Apprehension zugegen war, gleichviel ob diese durch einen Dritten mit seinem Willen oder durch ihn selbst von statten ging; sie fielen auseinander, wenn er abwesend war, den Moment der Apprehension also „ignorirte", und den animus possidendi vorher oder nachher, durch Mandat oder Ratihabition, hinzuthat. Das war eine Schwierigkeit, welche um so mehr empfunden werden mußte, je mehr man in dem Besitzerwerb eine Naturhandlung erblickte. Nur den Erwerb für Abwesende haben die Quellen im Auge, wenn sie die Intervention im Besitzerwerb als etwas hinstellen, was erst recipirt werden mußte, und was nur utilitatis causa recipirt wurde [7]). Der procurator in Paul. R. S. l. cit. handelt für einen dominus, der entweder abwesend, oder daheim, aber für keinen,

Schloßmann, Besitzerwerb durch Dritte S. 47. 79—82 stand der römischen Anerkennung directer Stellvertretung beim Besitzerwerb die Satzung im Wege: per liberam personam adquiri non potest. Vgl. Ihering, Besitzwille S. 115 Anm. 2. S. auch Schloßmann S. 86. 135—150. 156—162 und die hier oben §. 578 Anm. 54 g. E. angeführte Literatur.]

6) Aus l. 51 D. a. v. a. p. 41, 2 folgt nicht, daß (wie z. B. Savigny), Besitz 7. Aufl. S. 314 und Puchta a. a. O. zu Note i meinen) bereits Labeo den Besitz überall durch Dritte erwerben ließ, sondern nur, daß der anwesende Erwerber zu keiner Zeit selbst Hand anlegen mußte, daß er durch beliebige Dritte apprehendiren konnte (cf. l. 1 §. 21 eod.). [Aehnlich gegen Savigny auch Schloßmann, Besitzerwerb durch Dritte S. 137 Anm. 1.]

7) l. 41 D. usurp. 41, 3. l. 1. l. 8 C. citt. [Zur Geschichte dieser Reception Schloßmann a. a. O. S. 137—143. 145.]

der beim Erwerb selbst zugegen ist; wo der dominus selbst zugegen ist, wird er als (oculis et affectu) selbst zugreifend betrachtet [8]); und sichtlich war es der Umstand, daß dort der animus des Erwerbers nicht in ipso actu zutraf, dieser vielmehr ignorans erwerben sollte, was den Gegenstand der Erörterung und Vereinbarung unter den Juristen, sowie der kaiserlichen Constituirung bildete [9]). Seine besondere Schwierigkeit hatte der Besitzerwerb für furiosi, infantes, municipes etc.; dieser dürfte aber auch seine besondere Geschichte haben [10]).

ad 3. Es steht außer Frage, daß auch im späteren römischen Rechte für jede Gattung von Vertretern im Prozeß durch Litiscontestation dominium litis begründet wurde [11]). Das will aber bekanntlich nichts anderes besagen, als daß der Vertreter das durch die LC. begründete condemnari oportere activ oder passiv auf seine eigene Person zog, also zwar anstatt des Geschäftsherrn, jedoch nicht mit der Wirkung handelte, als ob dieser selbst für sich eingetreten wäre, vielmehr „die Sache aus einer fremden gleichsam zu einer eignen" mache [12]). An den Folgen dieses Verhältnisses, namentlich für die prozessualische Consumtion und die actio judicati, wurde mit der Zeit vieles modificirt [13]), das Verhältniß selbst und viele Folgen

8) l. 1 §. 21 D. a. v. a. p. 41, 2.

9) §. 5 J. per quas pers. 2, 9. l. 1 C. cit. l. 13 pr. D. a. r. d. 41, 1 cf. l. 42 §. 1 D. a. v. a. p. 41, 2. [Bd. I §. 140 Anm. 13—15.]

10) Vgl. S. 1080—84 der vorigen Aufl. [und oben Bd. III S. 517—21,] ferner §. 578 Nr. 3 am Ende [und Bd. I §. 140 Anm. 3. 4.]

11) Bayer, Vortr. über Civilproz. §§. 116. 117. Wetzell, Civilprozeß §. 9 Anm. 4. 24. 25. [Wach, Hdb. des deutschen Civilpr. I §. 49 Anm. 3—5.] Rudorff, R. Rechtsgesch. II §. 72 a. E. [„Dominus litis" in den Stellen bei Voigt, XII Tafeln §. 55 Anm 30. Eingehende Erörterung des dominium litis für die Zeit des Formularverfahrens unter Darlegung der Grenzen solcher Vertretung und Hinweis auf „ein ziemlich weites Gebiet" von Vertretung ohne dominium litis bei M. Rümelin, Zur Geschichte der Stellvertretung im röm. Civilprozeß S. 93—146. — Ad 3 hat der Verf. am Rande citirt Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm S. 38 Anm. 1: „Es ist nicht hier der Ort, den Gedanken auszuführen, daß in dem System der römischen Prozeßvertretung: d. h. in ihrer anfangs absoluten, dann relativen Negation ein für alle Zeit giltiges Element der Wahrheit liegt." S. auch Eisele, M. Vierteljahrschr. Bd. 28 S. 537.]

12) Keller, R. Civilproz. §. 52 Anm. 713.

13) Wetzell, Civilproz. §. 9 Nr. 1 u. 2. Bethmann-Hollweg, Civilproz. II S. 436. 439—45. Rudorff, R. Rechtsgesch. II S. 236 bis

desselben blieben bis zuletzt aufrecht. In Wahrheit also hat uns das römische Recht die „Stellvertretung" im Prozeß nicht überliefert [14]); diese kommt erst seit dem canonischen Rechte auf — erst seitdem der Vertretene auch nach der Litiscontestation dominus litis. Subject des Prozesses bleibt, und das Urtheil auf ihn gestellt wird [15]). Sprechen dieselben Schriftsteller, welche das dominium litis in der Person der Procuratoren ꝛc. bis auf Justinian festhalten, gleichwohl von „Stellvertretung" noch im römischen Prozesse, so können sie dieses Wort nur in einem weiteren Sinne genommen, freilich auch nicht vorsichtig genug gesprochen haben, wenn sie das Wesen eines Prozeßvertreters auch mit Rücksicht auf das römische Recht dahin fassen, daß er „ihre (der Partei) Geschäfte vor Gericht mit derselben juristischen Wirkung zu besorgen vermag, wie wenn sie selbst handelte" [16]). Dem entgegen leitet Rudorff die „Vertretung im Judicium" §. 72 sachgemäß mit folgenden Worten ein: „Die contractliche Natur der Licisconte„station schließt jede directe Vertretung (Stellvertretung) im „Judicium aus: man kann für einen Anderen so wenig den „Streit contestiren, wie man ihm stipuliren ꝛc. kann: der Stell„vertreter muß also . . . in das Judicium als Partei eintreten, „gerade wie er für sich selbst stipuliren und promittiren und „Behufs gültiger Acceptilation zuvor noviren muß. Bleibt er „jedoch materiell unbetheiligt (in rem alienam), so müssen die „materiellen Folgen seiner Prozeßführung auf den Dominus „zurück übertragen werden." Also nur was wir einst „mittelbare Stellvertretung," oben (§. 578 Nr. 2) Vertretung im

39. [Keller, Civilproz. §. 61, bes. Wach in Note 716a. Rümelin a. a. O. S. 109. 110. 118 oben. Oben Bd. I §. 98 S. 346 und Anm. 33. Bd. II §. 253 Anm. 43. Bd. III §. 498 Anm. 21—24 und Brinz, M. Vierteljahresschr. Bd. 16 S. 11 oben.]

14) [Vgl. Bd. I §. 100 Anm. 14. 15. Anderer Meinung Zimmermann S. 162 Anm. 198, auf Seiten des Textes Baron, M. Vierteljschr. Bd. 24 S. 48/9, Hölder ebenda S. 17. Wach, Hdb. des deutschen Civilpr. §. 49 Anm. 5: „Nie hat es (das R. R.) sich unumwunden zum Grundsatz der unmittelbaren Vertretung erhoben — wie sehr auch immer man sich dem Princip näherte".]

15) Wetzell a. a. O. 3. Aufl. S. 74 unten u. fg.

16) Wetzell a. a. O. Anm. 1, vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 426 Abs. 2.

eigenen Namen nannten, nicht Stellvertretung gab es (von etwaigen Ausnahmen in der legis actio abgesehen)[17] im römischen Prozeß[18].

Das Ergebniß dieser Bemerkungen wäre demnach, daß es eine Stellvertretung als Verrichtung fremder, lediglich den dominus negotii treffender Rechtsgeschäfte nach römischem Rechte grundsätzlich überhaupt nicht gab[19], daß dieselbe dort nur secundär als Folge von etwas anderem (einem gewissen Muß) vorkommt, daß im Besitz und Eigenthumserwerb eine blos partielle Vertretung (Unterstützung), und im Prozeß eine bloße Vertretung auf eigenen Namen vorkam[20].

---

17) [Ueber dieselben und über die Stellvertretung im Legisaktionenprozeß im Allgemeinen Rümelin a. a. O. S. 18–92. 147. 148, mit dem Ergebniß, daß die ausnahmsweis zulässige Stellvertr., außer im Fall der lex Hostilia, die directe gewesen sei. Anfechtungen bei Eisele, M. Vierteljschr. Bd. 28 S. 531 fg., der besonders daran Anstoß nimmt, daß der altrömische Prozeß directe, der Formularprozeß in der Regel nur indirecte Stellvertretung gehabt haben soll. Speciell vom lege agere pro tutela seitdem Hruza, Ueber das l. a. pro tutela (1887), besprochen von Lotmar, M. Vierteljahresschr. Bd. 30 S. 183—8.]

18) Vgl. auch Puchta, Cursus der Institutionen §. 156 nach Note m.

19) [Zur Erklärung dieses Grundsatzes s. die von Mitteis, Stellvertretung S. 9—13 registrirten Ansichten und seine eigene historische Erklärung S. 13—25. S. auch die Bemerkungen von Mandry in seiner Recension der vorigen Auflage: M. Vierteljschr. XIV S. 394/5, Bechmann, Kauf II S. 18 Anm. 2, Goldschmidt, Hdb. des Handelsr. I³ S. 80, Hirsch Sachbesitzerwerb S. 567. 568, Regelsberger, Pand. I S. 162 Anm. 1. Gegen das Vorhandensein des Grundsatzes Hellmann, M. Vierteljschr. Bd. 19 S. 359. 360 und Stellvertretung S. 63—80, sowie S. 49. Auch Schloßmann, Besitzerwerb S. 78 dagegen, „daß die Römer jemals die directe Stellvertretung principiell ausgeschlossen hätten"; ferner Schloßmann, Vertrag S. 125 und in Grünh. Zeitschr. IX S. 549. Wiederum für solchen Ausschluß, aber nur im ius civile (vgl. §. 580 Anm. 1), Mitteis a. a. O. S. 32—34 und gegen Hellmanns Opposition S. 34—51, sowie Hölder S. 300, mehrere Concessionen an Hellmann bei Baron, M. Vierteljschr. Bd. 24 S. 42—47.]

20) Gegen den obigen römischen Grundsatz vom Ausschuß der Stellvertretung spricht nicht l. 53 D. a. r. d. 41, 1. Diese Stelle redet nicht blos von Stellvertretung, sondern per quas personas nobis adquiritur: J. 2, 9 Sie unterscheidet nach den Personen, eigene und fremde. Fremde können nur im Naturalerwerb vertreten, namentlich nicht im contractlichen: l. 38 §. 17 D. v. o. 45, 1. Gai. III, 103, aber deßwegen ist nicht aller Erwerb, den die Eigenen machen, auch Stellvertretung. Sie redet ferner nur vom Erwerb, entschieden nicht von Obligirung, nicht von Veräußerung. Innerhalb dieses Erwerbes unterscheidet sie civilen und naturalen. Savigny schließt aus ihr die Zulässigkeit der unmittelbaren Stellvertretung in Consensual- und Realcontracten schon nach röm. Recht. Allein dagegen ist l. 11 D. o. et a. 44, 7 [unten §. 584 Anm. 1], cf. l. 38 §. 17 cit. Was sie vom naturalen

§. 580.

Fortsetzung.

Bald als Uebergänge des römischen Rechtes zur Stellvertretung, bald als Erscheinungen der Stellvertretung selbst werden hier und dort noch dargestellt[1])

1. die Gewährung adjecticischer Klagen gegen den Gewalthaber, den exercitor navis, den Geschäftsherrn aus Contracten von Sclaven und Hauskindern, von Schiffsmeistern, Institoren und Mandataren[2]). Allein diese Vertreter werden zu-

---

Erwerb sagt, gilt auch vom dominium: §. 5 J. per quas pers. 2, 9. l. 1 C. eod. 4, 27, und gilt auch von naturaler Veräußerung: volentibus nobis. [Aus Brinz' Papieren. Gegen Savignys Deutung ferner: Mühlenbruch, Cession S. 44, N. 71, Wächter, WPrR. II. 677, Ruhstrat, Savignys Lehre v. d. Stv. S. 66, Windscheid, §. 73 Anm. 14, Zimmermann, S. 121—3, Hellmann, S. 78—80. Vgl. Schloßmann, Besitzerwerb S. 146/7, Mitteis S. 32 Anm. 49.]

1) [Außer den Fällen in § 578 Anm. 21 und dem Folgenden s. Bd. II § 258 Anm. 47 (S. 214 „stellvertretende Geldaufnahme") nebst § 296 Anm. 13, § 259 bei Anm. 54 (iussus und praepositio), §. 272 Anm. 5. 15. 18—20 (interpellatio), § 282a Anm. 7 (novatio), § 290 Anm. 49. 52—56 (Zahlung, s. jedoch auch oben § 578 Anm. 41), § 328 Anm. 35 (Evictionshaftung des Principals), Bd. III § 394 Anm. 25 (Erbschaftserwerb), § 430 Anm. 30 (Restitution des Universalfideicommisses durch und an Stellvertreter). Mehrere Fälle von Stv. im röm. R. bei Hellmann S. 43—63. Ueber die mittelbare und die unmittelbare Stellvertretung sog. juristischer Personen im Erwerb von Forderungen und Erbschaften und in der Obligirung: Bd. III S. 527—31. §. 444 Anm. 12. S. 553. 554. 572. 576. Ueber die mittelbare und die unmittelbare Stellvertretung bevormundeter Personen: Bd. III S. 809 und §. 498 vgl. § 514 Anm. 16. §. 520 Anm. 10. Wegen der sog. gesetzlichen Stellvertretung und gegen ihre Coordination mit der Stellvertretung handlungsfähiger Personen: Hellmann S. 96—99. S. ferner Mitteis S. 69—77, nach welchem die Fälle der Stellvertretung überwiegend dem prätorischen Recht angehören, abgesehen von der einfachsten Stellvertretungsform, nämlich der Botschaft (S. 135). — Rechnet man zum Begriff der Stellvertretung (der privaten, freiwilligen), daß es „am Vertreter liegt sich von den Wirkungen seiner Handlung freizuhalten" (unten §. 581 zu Anm. 46), daß also der Stellvertreter als solcher eine Ablenkung der Rechtswirkung von seiner Person vornimmt, so hätten einige von den eingangs angeführten Fällen auszuscheiden. Denn z. B. in der Person dessen, der statt des Gläubigers interpellirt, oder statt des Berufenen die Erbschaft antritt, vermöchte die Rechtswirkung dieser Handlung gar nicht einzutreten, so daß sie von seiner Person nicht abgelenkt werden kann. Vgl. Eisele, M. Vierteljschr. Bd. 28 S. 532, nach welchem „der Gegensatz von directer und indirecter Stellvertretung die Möglichkeit voraussetzt, daß die Rechtswirkung, welche Folge eines Geschäfts, eines Processes ist, auch in der Person des Vertreters existent werden könne".]

2) Bd. II §. 258. Nr. I. §. 259. Buchka, die Lehre von der Stellvertretung

nächst selbst obligirt, sind also keinesfalls Stellvertreter in unserm Sinn; aber auch die Nebenwirkung [3]) — auf ihre Gewalthaber und Principale — beruht nicht darauf, daß diese von ihnen vertreten worden sind (denn dieselbe Nebenwirkung ergibt sich auch aus Delicten der Sclaven und Hauskinder), sondern darauf, daß umgekehrt sie (die Sclaven, Kinder, Geschäftsführer) von jenen bis auf ein gewisses (peculiotenus, de in rem verso), oder unter gewissen Voraussetzungen (jussus, praepositio, mandatum) ganz (in solidum) vertreten werden müssen [4]);

2. utiles actiones der Geschäftsherren aus Contracten der Schiffer, Institoren, Procuratoren, Vormünder und Actoren wider den anderen Contrahenten. Allein auch hier ist der Vertreter selbst Gläubiger, der Vertretene nur neben, vielmehr nach ihm berechtigt [5]); nicht aus der Vertretung, sondern aus der Noth entspringt diese Nebenwirkung [6]);

---

§§. 3—5. [Pernice, Labeo I S. 496, Baron, Adjecticische Klagen S. 192 bis 6, Voigt, Röm. Rechtsgeschichte I S. 304—308.]

3) [Zur „Nebenwirkung" Bd. II §. 237 nach Anm. 4 und Anm. 8—10. §. 258 Anm. 22. Hingegen betrachtet Ruhstrat, Jher. Jahrb. Bd. 26 S. 464 fg. und Bd. 27 S. 129 fg. im Fall der „vereinbarten contemplatio domini" die Wirkung auf den Principal als Hauptwirkung, indem der Dritte durch jene Vereinbarung auf die Verklagung des Vertreters verzichte und gegen den Principal eine actio negotiorum gestorum contraria erwerbe, mit welcher er seinen Contractsanspruch geltend mache. Diese aus l. 30 (31) pr. D. neg. gest. 3, 5 geschöpfte Klage sei überall gegeben, wo eine actio quasi institoria oder ähnlich vorkommt. Die Unterscheidung von contemplatione domini und im Namen des Herrn wird nicht klar. Fernere Einwürfe bei Schloßmann, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 287 fg., gegen welche wiederum Ruhstrat, Zeitschr. f. Rechtsgeschichte, N. F. X S. 338 fg.]

4) S. meine krit. Blätter Nr. 2 S. 10—20. Nr. 4 S. 15 Anm. 30. S. 24; oben Bd. II §. 258 Nr. 2, bes. Anm. 26. 27. [Bd. III §. 461 Anm. 41.] Vgl. Scheurl, krit. Ueberschau I S. 318. Windscheid I § 73 Anm. 8. 9. Laband, Zeitschr. f. Handelsr. S. 196 Anm. 28. [Mandry, Familiengüterrecht II S. 210 Anm. 1. S. 215 Anm. 3. S. 276 fg. Gegen den Text, insonderheit gegen „Defensionspflicht" des Gewalthabers Zimmermann S. 114—116.]

5) —si aliter rem suam servare non potest: l. 2 D. inst. 14, 3. l. 5 D. stip. praet. 46, 5: [zu dieser Stelle Keller, r. Civilproc. Anm. 893. G. Marcus, per procuratorem quomodo . . . obligg. contrahantur p. 21, und denselben p. 24. 25 zu l. 68 D. proc. 3, 3. Vgl. auch oben Bd. III §. 452 Anm. 5. Wegen l. 13 §. 25 D. a. e. v. 19, 1 s. Jhering, Jahrb. XII S. 378—389.]

6) Vgl. meine krit. Blätter Nr. 2 S. 19 gegen Buchka §. 6; [zustimmend Jhering, Jahrb. XII S. 382 Anm. 79. Ferner oben Bd. II §. 284 Anm. 16 (S. 397), Anm. 20. §. 328 Anm. 39. Zimmermann S. 117;

3. ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes [7]); allein hier fehlt es am negotium alienum;

4. daß actio judicati von der Person eines Prozeßvertreters utiliter auf oder gegen den Geschäftsherrn übertragen werden kann [8]). Das war ein Schritt zur Stellvertretung; aber immer noch war der Vertreter selbst dominus litis, ipso jure selbst obligirt oder berechtigt;

5. daß man für einen Anderen Darlehen (gleichviel ob aus eigenem oder mit seinem Geld) mit der Wirkung geben und abschließen kann, als ob dieser selbst gegeben hätte [9]). Hier bleibt der Intervenient, was die Wirkung des Geschäftes anlangt, gänzlich außer Spiel; hier wenn irgendwo wird eine Stellvertretung in Contracten bereits nach römischem Rechte gefunden [10]). Indessen muß nicht blos ausdrücklich im Namen des Dritten contrahirt werden, sondern dieser auch seinen Willen, durch Mandat oder Ratihabition hinzuthun [11]), so daß der zur Creditgebung (pecunia credita) nöthige Consens [12]) zwischen ihm und dem Empfänger nicht fehlt, mithin er selbst als Hauptperson, und der Geber als eine blos zur Realisirung des

---

Wächter, Pand. I S. 417 Nr. 2 sieht den Notfall darin, daß „der Procurator die Abtretung verweigert oder wegen Abwesenheit und dergl. nicht zu ihr angehalten werden kann".]

7) l. unic. C. ut actiones et ab herede 4, 11 gegen Gai. III, 100. Buchka a. a. O. § 8. [Jhering, Geist d. R. R. III §. 53 Anm. 226. 365. Puchta §. 274 Not. a und Lotmar, Krit. Studien in Sachen der Contravindicaton S. 15. Vgl. unten § 585 Anm. 6.]

8) S. oben § 579 ad 3, z. B. l. 2 pr. D. adm. tut, 26, 7. l. 5 § 1 D. quando fact. tut. 26, 9. Buchka a. a. O. § 7.

9) l. 126 § 2 D. v. o. 45, 1. l. 3 (2) C. per quas pers. 4, 27. Buchka a. a. O. § 9.

10) Jhering, Jahrb. I S. 283 fg. [und II S. 87—120, sowie Schloßmann in Grünhuts Zeitschr. IX S. 505—52. Ersterer erkennt die Stellvertretung „überall wo auf Grund eines dare eine Verpflichtung zur Zurückgabe entsteht", Letzterer für das Darlehen an. S. auch Windscheid §. 313 Anm. 3 und 6, sowie dort Genannte und Ubbelohde, Interdicte I S. 437. 438.]

11) l. 9 §. 8 D. r. cr. 12, 1, wozu meine krit. Blätter Nr. 2 S. 24, b [und oben Bd. II §. 296 Anm. 11,] arg. l. 4 pr. und §. 1 C. de cert. pet. 4, 2. l. 15 D. r. cr. 12, 1. [Brinz, M. Vierteljahresschr. Bd. 25 S. 191. 192.]

12) l. 32 D. r. cr. 12, 1. [Bd. II §. 296 Anm. 12 und oben §. 528 S. 56 nebst den dort in Anm. 14 Citirten.]

zwischen diesem und jenem beabsichtigten Credits interponirte Person erscheint[13]). — Im Empfang eines Pfandes ist eine solche Interposition an sich nicht möglich[14]); erwirbt aber ein Mittelsmann die Schuldforderung selbst für einen Andern, dann soll, attractionsweise, bezüglich des Pfanderwerbes dasselbe gelten[15]);

6. utilis actio des Eigenthümers, wenn ein Dritter dessen Sache mit dem Gedinge hergeliehen oder deponirt hat, daß sie ihm, dem Eigenthümer, restituirt werden sollen[16]). Allein dieses Geding ist zu Gunsten, nicht anstatt des Eigenthümers abgeschlossen, nicht alienum negotium; auch wirkt es nur utiliter, schließt den Commodator und Deponenten selbst nicht

13) Oben §. 578 Nr. 3; anders noch in den Krit. Blättern Nr. 2 S. 24, b und S. 392 der vorigen Aufl. gleich Ihering a. a. O. I S. 283 fg., [anders II S. 87—120. Oben Bd. II §. 296 Anm. 10 und 11, wird unterschieden der Fall, „daß der Dritte blos zur Auszahlung interponirt ist", und der Fall, „daß er für Titius auch kontrahirt". Ausführlicher Brinz, M. Vierteljahresschr. Bd. 25 S. 192—4 (vgl. S. 201. 202) mit dem Ergebniß: „Theils also dadurch, daß derjenige, welcher aus dem Darlehen Gläubiger wird, in der That selbst contrahirt und einen Dritten nur interponirt hat (l. 126 §. 2 cit.), theils dadurch, daß vermittelst seiner voluntas die an sich fremde res und der an sich fremde Credit und Contract zu seinem Credit und Contract geworden ist, läßt sich die röm. Darlehenscontrahirung mittelst freier Mittelspersonen ohne fremde Beihülfe d. h. ohne unsere moderne (ohne res, aus der bloßen Vollmacht wirksame) Stellvertretung erklären". Vgl. auch Bd. III §. 443 Anm. 50. Gegen den obigen Text und gegen die in Anm. 11 citirte Conjectur: Zimmermann S. 303 Anm., Schloßmann in Grünhuts Zeitschr. IX S. 507. 508. 545. 546, Regelsberger, Arch. für civ. Pr. Bd. 67 S. 13 Anm. 3, Pernice, Labeo III S. 222—4 (der wegen l. 9 §. 8 und l. 126 §. 2 citt. demjenigen, in dessen Namen dargeliehen worden ist, auch ohne seine Genehmigung die „Rückforderungsklage", nicht die Darlehnsklage gibt, somit auch seinerseits nicht Stellvertretung annimmt).]

14) l. 11 §. 6 D. pign. act. 13, 7. [Bd. II §. 318 Anm. 1 a. E.] Nach l. 21 pr. D. pign. 20, 1 soll aber das pactum, das inter colonum et procuratorem de pignore in meinem Auftrag geschlossen oder von mir ratihabirt wird, quasi inter me et colonum geschlossen betrachtet werden. (Das mag der bloße Pfändungsvertrag sein.) [Näheres über Verpfändung an und durch Mittelspersonen Bd. II §. 318 Anm. 52. § 354 Anm. 23—25. Bd. III §. 498 Anm. 16. S. auch Hellmann, M. Vierteljschr. Bd. 19 S. 370. 371 und Stellvertr. S. 53. 54.]

15) l. 2 C. per quas pers. 4, 27 a. 530. cf. l. 21 pr. D. pign. 20, 1 und das „plerumque" und noch mehr das „non semper" in l. 11 §. 6 cit. [cf. l. 72 D. proc. 3, 3]. Windscheid I §. 73 Anm. 12 und die dort Agff. [nebst Hellmann, Stellvertr. S. 75—77, Kniep, Vacua possessio I S. 225—31. — Vertretung im Empfang eines Depositums: oben Bd. II §. 317 Anm. 5. 33. Ubbelohde, Interdicte I S. 438.]

16) l. 8 C. ad exh. 3, 42. Buchka a. a. O. §. 13. [Unten §. 585 Anm. 4.]

aus; desgleichen verhält es sich mit l. 13 D. pign. act. 13, 7; — desgleichen mit l. 3 C. donatt. sub modo 8, 54 (55). Vgl. unten §. 585.

Heutiges Recht.

§. 581.

In vollem Gegensatze zum römischen Rechte ist im heutigen die Möglichkeit der Stellvertretung unter Freien und als etwas durchweg Freies grundsätzlich anerkannt [1]). Nur bis zum letzten Willen [2]) und den familienrechtlichen Geschäften der Eheschließung, Adoption und Emancipation ist sie, wenigstens gemeinrechtlich, nicht vorgedrungen [3]); beim Besitzerwerb muß der Erwerber nach wie vor den animus possidendi regelmäßig selbst haben; und auch außerdem kann es mitunter noch auf den eigenen Willen dessen, der durch das Geschäft onerirt

1) Buchka a. a. O. 2. Abschnitt: Dogmengeschichtliche Darstellung und Entwickelung der Resultate für das heutige gemeine Recht. S. 121—252. Savigny, System III §. 113. Wächter, W. Privatr. II §. 88. Scheurl, Krit. Uebersichau I S. 337. Dernburg, Heidelb. krit. Zeitschr. I S. 1—21. Arndts §. 76 a. E. Jhering, Jahrb. I S. 312. Windscheid I §. 73 und II §. 313. Unger, Oest. Privatr. II S. 90, II. Laband, Zeitschr. f. Handelsr. X S. 184 Z. 5. Deutsches Handelsgesetzb. Art. 52 Abs. 3. [Zimmermann, S. 123. S. ferner oben Bd. III §. 443 nach Anm. 55 und nach Anm. 63.]

2) [Bd. III §. 371 Anm. 2. §. 425 eingangs. Ueber Botschaft beim sog. Oralfideicommiß s. §. 424 Anm. 21. Die Pupillarsubstitution ist „nicht stellvertretende Erbeinsetzung" (Bd. III S. 84), da hier der Vater „sich noch im Bereiche seines eigenen Testaments bewegt, nicht stellvertretend, sondern für sich selbst handelt" (l. c. S. 89). Zimmermann S. 121. 126 sieht in der Pupillar- und in der Quasipupillarsubstitution Stellvertretung. — Ist das in §. 580 Anm. 1 g. E. angeführte Merkmal der Stellvertretung maßgebend, dann kann man nicht sagen, sie sei „nur bis zum letzten Willen nicht vorgedrungen"; denn wie könnte man vom etwaigen Stellvertreter (der über einen fremden Nachlaß verfügt) aussprechen, daß er „sich von den Wirkungen seiner Handlung freihalte", sie von sich ablenke, und welche Wirkungen würde er in der Person des Vertretenen hervorbringen? Vgl. §. 538 Anm. 12.]

3) [Wegen des Verlöbnisses s. Hellmann, Stellvertretung S. 54. 55. Nach Mitteis, Stellvertr. S. 269 ist Stellvertretung bei Rechtsgeschäften ausgeschlossen, für welche Formen gelten, die vor Uebereilung zu behüten und die Wichtigkeit des Entschlusses zu vergegenwärtigen bezwecken. Aehnlich schon Wächter, Pand. I S. 412 sub 4, b, ebenso Regelsberger, Pand. I §. 137 Anm. 23. §. 169 Anm. 5.]

werden soll, ankommen[4]); namentlich der Stellvertretung in Contracten aber steht heute nichts mehr entgegen[5]). Zwar halten hier Mehrere[6]) begriffliche Unmöglichkeit entgegen, allein aus Gründen, nach denen auch die Stipulation des Sclaven und Hauskindes für den Gewalthaber hätte unmöglich sein müssen[7]). Daß ein Anderer contrahiren, ein Anderer die Wirkung des Contractes erfahren könne, war schon im römischen Rechte da; nur daß dies auch passiv, und nicht blos aus Unterthänigkeit, sondern in Freiheit möglich sei, ist neu. Diese Fortbewegung hat nichts unlogisches.

Wie verschieden man sich übrigens noch immer den juristischen Hergang der Stellvertretung denkt, und wie dieser Unterschied in der Auffassung auch praktisch bedeutsam wird[8]), wird aus folgendem von selbst erhellen.

Erforderlich zur Stellvertretung ist nämlich

1. Handlungsfähigkeit in der Person des Stellvertreters. Denn er ist es, der da handelt, contrahirt, nicht der Vertretene[9]). Vorausgesetzt nur, daß kein bloßer

4) Wächter W. Pr. R. II S. 680 Anm. 12, vgl. Savigny, Syst. III S. 91, z. B. l. 23 §. 2 C. ad sc. Vell. 4, 29.

5) [z. B. Bd. II S. 328 Anm. 42. §. 334 Anm. 20. §. 335 Anm. 31. Bd. III S. 529 vor al. S. 531 vor al. S. 572. Eine interessante Consequenz bei Brinz, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 342 g. E., vgl. Hölder S. 299/300. — „Stellvertretung" im Antritt der Erbschaft: Bd. III S. 189; vgl. jedoch auch §. 580 Anm. 1 g. E.]

6) Puchta, Thöl, Vangerow, Sintenis, Kuntze, Obligation und Singularsuccession §§. 65—74. [Vgl. dagegen Ihering, Geist des R. R. III bei Anm. 427.]

7) [Zur Begründung s. auch Mandry, Familiengüterr. I S. 137 letzter Abs. Gegen die begriffliche Unmöglichkeit Zimmermann S. 43 unter Berufung auf Brinz, Krit. Blätter 2 S. 33. 34. S. auch Mitteis, Stellvertr. S. 85. 86.]

8) namentlich von Laband a. a. O. S. 224—29 verfolgt, [auch von Zimmermann, Hellmann Mitteis, Dolinski.]

9) [Aus dieser Auffassung haben Manche, z. B. Curtius, Arch. f. civ. Pr. Bd. 58 S. 78, den Satz abgeleitet, daß „die Behauptung, es sei in fremdem Namen contrahirt, nicht negative Litiscontestation, sondern wirkliche Einrede ist". So auch Regelsberger in Endemanns Handb. II S. 398 Anm. 12 und Pand. I S. 696 Anm. 9. Dawider Mitteis, Stellvertr. S. 152. 154, wo auch die Annahme einer Präsumtion für Contrahiren in eignem Namen bekämpft, und der Einwand der Stellvertretung als Sache des eigentlichen Gegenbeweises erklärt wird. Ueber Geltendmachung von Stellvertretung durch Einen, der sich als suo nomine handelnd gerirt hat s. unten Anm. 28. — Die Vertreter der im Text verfochtenen sog. Repräsentations-

Advocat (neben dem Principal), sondern ein wahrer Stellvertreter (Anwalt, Procurator) anstatt der Partei handelt, so procesſirt (im actuellen Sinne des Wortes) der Vertreter, und vom Principal kann man dasſelbe nur in Anſehung der Wirkungen des Prozeſſes ſagen[10]). Der Stellvertreter iſt darum kein bloßes „Organ (Werkzeug)", durch welches der Vertretene handelt[11]), nicht eine Miſchung von Botſchaft und Stellvertretung[12]), ſondern ſelbſt und allein handelnd an Stelle des nicht handelnden Principals. Zwar kann er ſagen: „mein Mandant will", oder[13]) „die Zuſtimmung ſeines Mandanten" erklären, kurz, wie ein Bote, ſtatt wie ein Stellvertreter

---

theorie bei Mitteis S. 97—99, Kritik derſelben ebenda S. 101—109. Mitteis ſelbſt lehrt (S. 110), daß der Stellvertreter und der Principal handeln, daß das Rechtsgeſchäft durch ihr Zuſammenwirken entſteht. Soweit übereinſtimmend Pfersche, Irrthumslehre des öſterr. Privatr. S. 241 Anm. 16 und Dernburg, Pand. I §. 117 Anm. 9. Ablehnend Hölder S. 298. Zur Kritik der bisherigen „Stellvertretungsconſtructionen" ſ. auch Dolinski, Haftung des Kontrahenten für ſeine Gehilfen (1893) S. 33—43, was ſelber kritiſchen Bedenken unterliegt, und Regelsberger, Pand. I S. 584—586.]

10) [Hingegen erklärt wegen der erforderlichen, vom Principal ausgehenden Bevollmächtigung Hellmann, Stellvertretung S. 13—19 die Willenserklärung des Prinzipals für die allein entſcheidende, des Stellvertreters Handlung nur für das Mittel, „wodurch die juriſtiſche Handlung des Principals Dritten gegenüber hergeſtellt wird". Jedoch ſei es „Sache der Terminologie, ob man den Vertreter oder den Vertretenen als handelnd oder als den Kontrahenten bezeichnen will" (S. 26/7.); ähnlich Leonhard, Irrthum S. 295 Anm. 2. Wiederum z. B. S. 32. 33. 38 erklärt Hellmann die Auffaſſung des Principals als Handelnden für eine Konſtruktion und für die vorzuziehende, die richtige, verwendet ſie mitunter zur Argumentation und läßt doch S. 50 fg. den Stellvertreter als handelndes Subject auftreten, während er den Principal nur als Dritten einführt. Vgl. M. Rümelin, Selbſtcontrahiren S. 22. Regelsberger, Pand. I S. 582 für Vermeidung des Ausdruckes Kontrahent bei ſtellvertretungsweis geſchloſſenen Geſchäften, wegen Zweideutigkeit dieſes Ausdrucks.]

11) Dernburg a. a. O. S. 19, [Pand. I §. 117 Anm. 8 vgl. 9,] Scheurl a. a. O. S. 336. [S. dagegen auch Zimmermann S. 18 Anm. 22 und S. 37 fg. S. 42. Wiederum Hellmann, M. Vierteljſchr. Bd. 19 S. 357. 358 und Stellvertretung S. 21—26. Canſtein in Grünhuts Zeitſchr. III S. 684: „Die Stv. beſteht weſentlich darin, daß der Stellvertreter nicht — anſtatt des Vertretenen will, ſondern daß er den Willen des Vertretenen anſtatt deſſen erklärt". Gegen dieſe ganze Theorie Mitteis, Stellvertr. S. 89—97 und Muskat, Zeitſchr. f. Handelsrecht Bd. 33 S. 513—517.]

12) — wie ſie Kuntze a. a. O. S. 273 und §. 70 den beiden in Anm. 11 anfangs Genannten mit Recht vorwirft. — Wegen des Verhältniſſes der Botſchaft zur Stellvertretung ſ. oben §. 578 Anm. 19.]

13) wie Dernburg und Scheurl ſich ausdrücken.

sprechen[14]); allein das ist Redeweise; in Wirklichkeit ist er es, der (wie der Führer einer fremden Stimme in Herrenhäusern) verhandelt, überlegt, beschließt, will, und „ich offerire", „ich acceptire" das ihm zuständige Wort. Es wird auch nicht fingirt, daß der Vertretene gehandelt habe[15]); allerdings ist es so, als ob er selbst gehandelt hätte der Wirkung nach; aber diese Wirkung ist nicht zugleich Ursache. — Folgerecht bemißt sich die zum Geschäfte nothwendige Handlungsfähigkeit nach der Person des Stellvertreters[16]). Wäre der Vertretene selbst „Paciscent" (Dernburg), oder als Paciscent fingirt (Unger), dann käme es auf seine Handlungsfähigkeit an; dann wäre aber für den furiosus und infans, die sie vorzugsweise brauchen, keine Stellvertretung möglich[17]). Uebrigens müssen nicht nur Minorenne[18]), sondern auch Pupillen zur Stellvertretung zugelassen werden[19]);

2. richtiger Wille in der Person des Stellver-

14) [Dagegen macht Mitteis, Stellvertretung S. 114—122 geltend, daß auch der Principal gewollt haben kann, „daß Jeder insoweit handelt, als sein concreter Wille es ist, welcher die Erklärung als ihr juristischer Bestimmungsgrund veranlaßt, und in derselben zum Ausdruck gelangt". Oben Anm. 9 g. E.

15) wie namentlich Unger, Oest. Privatr. II S. 136 und S. 137 Anm. 29 will. [Ueber und gegen die „Fiction" Zimmermann S. 41.]

16) vgl. Laband a. a. O. S. 226. Jhering, Jahrb. I S. 289. Exner, Tradition S. 135, b. [Curtius, Arch. f. civ. Pr. Bd. 58 S. 87. 88. Regelsberger, Pand. I §. 159, IV, 1. Anders gewissermaßen Windscheid I § 73 Anm. 19. Den Einwänden von Hellmann, Stellvertr. S. 146—8 war schon durch das bei Anm. 18 und 19 Gesagte begegnet. Nach Mitteis S. 266. 267 muß die Handlungsfähigkeit „beim dominus und beim Stellvertreter insoweit vorhanden sein, als ihr Wille Rechtswirkungen erzeugen soll".]

17) Bd. I S. 176 al. 1 Nr. 2. Darum reden Dernburg a. a. O. S. 18, d und Unger a. a. O. Anm. 28 von der Handlungsfähigkeit gar nicht, sondern nur von der „Fähigkeit", und näher besehen nur von der Rechtsfähigkeit. [Gegen das Argument des Textes Hellmann, Stellvertr. S. 146.]

18) vgl. Laband a. a. O. S. 228 Anm. 65. [„Dagegen kommt für die causa restitutionis im Allgemeinen die Person des Vertreters in Betracht": Curtius, Arch. f. civ. Pr. Bd. 58 S. 97.]

19) nach dem Vorgang von l. 7 §. 2 l. 8 D. inst. 14, 3. l. 1 §. 4 D. exerc. 14, 1. [l. 3 §. 11 D. minor. 4, 4 (si per impuberem contraxerit). Bd. I §. 55 Anm. 41. Bd. III §. 497 Anm. 5. 7. Bd. II §. 258 Anm. 19. Mitteis S. 268 oben. In l. 7 §. 2. l. 8 citt. erblickt Baron, M. Vierteljahresschr. Bd. 24 S. 52 eine singuläre „handels- und gewerberechtliche Bestimmung des Edicts". Hiergegen Regelsberger,

treters; Ernstlichkeit und Freiheit der Handlung, Bewußtlosigkeit und Irrthum bemessen sich nach ihm[20]);

3. die für das Geschäft nöthige Rechtsfähigkeit in der Person des Vertretenen; denn sein sind die Wirkungen des Geschäftes, die demselben entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten[21]), nicht etwa wiederum durch

Pand. I §. 159 Anm. 8. — „Als Bote kann auch ein rechtlich Handlungsunfähiger (z. B. ein Kind) verwendet werden": Regelsberger in Endemanns Handb. II S. 397. Noch weiter geht, wenigstens im Ausdruck, Windscheid §. 73 Anm. 19.]

20) vgl. l. 51 pr. §. 1 D. aed. ed. 21, 1. [(Bd. II §. 327 b Anm. 36). l. 5 pr. D. trib. act. 14, 3. l. 2 D. litig. 44, 6.] l. 12. l. 13 D. c. e. 18, 1. l. 30 §. 7 D. a. v. o. h. 29, 2. l. 16 §. 3. l. 17 D. lib. cau. 40, 12. l. 22 §. 5 eod. und überhaupt Mandry, Familiengüterrecht I S. 120 fg. betreffs des Erwerbs durch personae alieno iuri subiectae. Wegen der Stellvertretung s. Wächter a. a. O. [und Pand. I S. 417, VI.] Windscheid I §. 73 Anm. 17. 18. Exner a. a. O. S. 140. Ihering a. a. O. S. 290 Anm. 23. [Marcus, Quomodo per procuratores etc. obligationes contrahantur p. 48, 49. Curtius, Arch. f. civ. Pr. Bd. 58 S. 88—95. Leonhard, Irrthum S. 493—509.] Hier ziehen Dernburg und Unger ihre Consequenzen. [Hellmann, Stellvertr. S. 157—163 macht geltend, „daß es zugleich auf den Zustand des Innern des Vertretenen . . . ankomme, wo der Vertretene zum Abschluß des Rechtsgeschäftes einen speciellen Auftrag gegeben hat". Nach Mitteis, Stellvertr. S. 104. 105 bemißt sich der Irrthum nicht nach dem Stellvertreter, ist vielmehr desselben Irrthum unschädlich, falls er versehentlich „den richtigen Willen" des nicht irrenden dominus erklärt, gemäß l. 34 §. 1 D. a. v. a. p. 41, 2, worüber Windscheid §. 73 Anm. 21. S. auch Mitteis S. 125. 126 sowie die eingehende und selbständige Erörterung des Einflusses von Irrthum, Zwang, Betrug, scientia und mala fides S. 272—288 nach dem Grundsatz, daß es auf den Stellvertreter und auf den Principal ankommt, wenn und soweit das concrete Geschäft wirklich und in den Augen des etwaigen Mitpaciscenten auf dem Willen des Stellvertreters, bezw. des Principals beruht, Einhaltung der Vollmacht vorausgesetzt: S. 296—299. Ebenso Dernburg I §. 117 Anm. 9, annähernd Hölder S. 297. Mit Beschränkung auf den Irrthum im Wesentlichen ebenso Dunkhase, Arch. f. civ. Pr. Bd. 77 S. 111—139, mit eingehender Exegese. Undeutliche Distinction bei Pfersche, Irrthumslehre S. 241. Kritischer Bericht bei Dolinski, Haftung des Contrahenten S. 55—61, Behandlung der Quellen S. 65—81 mit dem Resultat, daß es sowohl auf des Principals als des Stellvertreters Wissen ankomme. Was den „Irrthum" des Stellvertreters anlangt (S. 164—176), so geht auch D. davon aus, daß „es sich um ein gemeinschaftliches Auftreten des Principals und Vertreters handelt", unterscheidet ebenfalls generelle und specielle Vollmacht, hinsichtlich jener die Meinung des Textes theilend, auch für die Punkte, deren Bestimmung dem Vertreter anheimgestellt ist. Ebenso anerkennt er den auf l. 34 §. 1 cit. gestützten Satz: „Das Bestreitungsrecht steht nur dem Principal zu" (S. 185). — Wegen der bona fides zur Ersitzung der mittelbar erworbenen Sache s. Bd. I §. 161 Anm. 29—32, vermeintlich anderer Ansicht Mitteis S. 279 Anm. 362 vgl. Anm. 364. Wegen des error in dominio beim tradirenden Stellvertreter s. Brinz, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 342, oben Bd. I §. 151 Anm. 4 fg., Pfersche, Irrthumslehre S. 321—3 und dort Citirte.]

21) Laband a. a. O. S. 227. [Mitteis S. 307. Vgl. oben Bd. II

Fiction[22]), sondern kraft unserer gewohnheitsrechtlich erweiterten Vollmacht (unten 5 und §. 582). Darum[23]) muß sich auch die Form des Geschäftes nach der Person des Vertretenen richten, wenn einmal eine solche je nach den Personen verschieden sein sollte; denn die Form ist um der rechtlichen Wirkung willen da[24]). Ebenso beurtheilt sich die Frage, ob ein Geschäft Handelsgeschäft sei, nach der Person des Principals[25]); denn das ist eine Frage der Wirksamkeit;

4. der erklärte Wille, daß auf der einen oder anderen Seite Namens eines bestimmten Dritten gehandelt sein solle[26]). An ein bestimmtes Wort, oder überhaupt an ein Wort ist diese Willenserklärung nicht gebunden[27]); namentlich macht es keinen Unterschied, ob in Contracten verba obligativa und executiva (das Wort des Versprechens und das der Leistung)[28]), oder etwa blos executiva auf den Principal gestellt werden; möglich ist, daß beide auf den Vertreter gestellt werden; doch könnte dies unter Umständen die Intention in fremdem Namen zu handeln selbst zweifelhaft machen. — Ueberhaupt besteht diese große Freiheit für den Ausdruck der stellvertreterischen Intention nur da, wo die Vollmacht zur Stellvertretung (Nr. 5) vor den Par-

---

§. 297 Anm. 33 den als institor aufgestellten fremden Hausjohn, aus dessen Darlehensaufnahme der Principal obligirt wird.]

22) Buchka, Stellvertretung S. 206 — wogegen besonders Kuntze a. a. O. S. 276 Abs. 2.

23) — nicht aus den von Dernburg S. 18c und Unger S. 137 Anm. 28 angegebenen Gründen —

24) [— cum de acquirendi facultate contractus pro eius persona iudicetur, cuius gratia inibatur, i. e. repraesentati: Marcus l. c. p. 50. Zustimmend ferner Curtius a. a. O. S. 88 mit Hinweis auf l. 23 C. sc. Vell. 4, 29, dagegen mit Unterscheidung Mitteis S. 271. 300—302. 305/6. Vgl. oben Anm. 3.]

25) Laband a. a. O. S. 227 Anm. 64.

26) [Zustimmend Zimmermann S. 29: „Stellvertreter nur dann, wenn Jemand sich äußerlich als solcher zu erkennen gegeben hat". Und über den Willen zur Stellvertretung daselbst S. 31 fg. — Ueber den Sinn des Handelns „im Namen Jemandes" und „nomine alicuius" s. Schloßmann, Besitzerwerb durch Stellvertreter S. 23—40 und in Grünhuts Zeitschr. IX S. 512—16.]

27) vgl. Ruhstrat, über Savignys Lehre von der Stellvertr. S. 46. Laband a. a. O. S. 216. [Hölder S. 296 al. 1.]

28) Buchka a. a. O. S. 130.

teien aufliegt; denn da erhellt die Intention eben aus der Production oder Mittheilung der Vollmacht. Außerdem muß unterschieden werden zwischen Ausdrücken, welche nur besagen, daß in fremder Sache, in fremdem Interesse, überhaupt in fremdem Geschäfte gehandelt wird, — und solchen, die darauf hinweisen, daß man in eigener Person vom Geschäfte nicht befangen sein wolle; wie wenn es heißt, daß man im Namen des X, oder als dessen Stellvertreter handle, oder wenn man das Offert, Accept, Versprechen geradezu auf den Namen des Dritten stellt (X verspricht dir ꝛc.). Nur Ausdrücke dieser letzteren Art bekunden den animus der Stellvertretung [29]); die der ersteren sind beim Vertreter im eigenen Namen (§. 578, 2) so möglich wie beim Stellvertreter [30]);

5. eine Vollmacht, Namens des Dritten zu handeln, in der Person des Stellvertreters (§. 582. §. 583). — Daß eine Stellvertretung, die lediglich zum Vortheile des Dritten dienen soll, ohne Vollmacht (oder Ratihabition) möglich sei, kann nicht mehr aufrecht gehalten werden [31]).

In Ermangelung der Vollmacht [32]) wäre das Geschäft nichtig, für den Vertreter weil in fremdem Namen, für den

29) [Zur Unterscheidung des Stellvertreters vom Boten verlangt Zimmermann S. 23. 24. 38. 39 überdies, daß Jener „sich nach Außen hin als selbstwollend darstellt", „bei Verträgen dem dritten Mitpaciscenten gegenüber als selbstwollend aufgetreten ist". S. oben bei Anm. 14. Dagegen Mitteis, Stellvertr. S. 130, vgl. oben §. 578 Anm. 19, und Hölder S. 297 oben S. 298.]

30) Vgl. Ruhstrat, Jher. Jahrb. X S. 208 fg. [S. auch oben §. 578 Anm. 23 und Brinz, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 330.]

31) arg. §. 560 Anm. 35—40; dagegen noch meine Krit. Blätter Nr. 2 S. 24. Hinwider L. Seuffert, Ratihabition S. 61. [S. auch oben Bd. II §. 290 Anm. 49 und S. 450. §. 253 Anm. 17. Zimmermann S. 301—325: „Stellvertretende negotiorum gestio ohne das Bedürfniß der Ratihabition", sowie oben §. 570 Anm. 10—13 (namentlich Jhering und Schloßmann).]

32) [Wegen ihrer Ueberschreitung s. auch oben §. 524 Anm. 5 a. E. und zu den da Genannten Windscheid, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 93 oben, Pernice, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 25 S. 124—7, Hellmann, Stellvertr. S. 149—51, Mitteis, Stellvertr. S. 176 Nr. 4. 189. 190. 194. 195. Wächter, Pand. I S. 419 Beilage II. Mommsen, Haftung der Contrahenten S. 117. 118. Dolinski, Haftung des Kontrahenten S. 176—180. 183, ferner oben Bd. II §. 334 Anm. 27—31. §. 300 Anm. 32 zu l. 57 §. 1

Vertretenen, weil für ihn ohnmächtig gehandelt ist[33]). Weil aber der Mangel einer vorausgehenden Vollmacht durch (nachfolgende) Ratihabition ersetzt werden kann (§. 583), so fragt sich, ob das Geschäft nicht gleich einem bedingten vorderhand „in dem Zustand der Schwebe" sei?[34])

Für den Fall nun als im Bewußtsein der mangelnden Vollmacht und in Erwartung künftiger Ratihabition gehandelt wird, scheint uns dies[35]) unzweifelhaft der Fall zu sein[36]). Wer es leugnet, leugnet überhaupt die Möglichkeit einer „echten Ratihabition" bei Stellvertretungen; die sogenannte Ratihabition wäre dann Abschluß des Geschäftes durch den dominus selbst, Abschluß eines noch gar nicht vorhandenen, nicht Genehmigung eines geschlossenen Geschäftes; von Rück-

---

D. cond. ind. 12, 6 und l. 13 pr. D. rem rat. 46, 8. Vgl. auch noch Brinz, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 357.]

33) Ob und inwiefern hier gegen den Vertreter eine Schadensersatzklage (wegen culpa in contrahendo) für die andere Partei begründet sei, s. Laband a. a. O. Nr. VIII bes. S. 235 fg. [und im Resultat übereinstimmend („der falsus procurator haftet für den Mangel der Vollmacht, wenn er dolos oder culpos die fehlende Legitimation behauptet hatte") Mitteis, Stellvertr. S. 170—176; daselbst S. 164—169 Anführung und Kritik der früheren Literatur — beizufügen Mommsen, Haftung der Contrahenten S. 114—124. Desgleichen bei Zimmermann, Stellvertr. neg. gestio S. 287—293. Dieser läßt S. 293—299 den Stellvertreter, dessen Vollmacht der Dritte unterstellt hatte, diesem in gleichem Maß haften, wie der Principal gehaftet haben würde unter analogischem Hinweis auf l. 1 §. 9 D. quod jussu 15, 4 und auf Grund der bona fides: solle der Dritte, der dem Ratihabitionsrecht des Principals ausgesetzt ist, nicht schlechter gehalten werden als dieser, so müsse ihm sein Contrahent haften. Dieses Postulat der bona fides wird dem vermeintlichen Stellvertreter nicht einleuchten. Für Z. Wendt, Pand. S. 127, gegen Z. s. Hellmann, Stellvertr. S. 143—5 und Mitteis S. 168. 169. Unger, Jher. Jahrb. Bd. 30 S. 383 läßt dem Dritten den falsus procurator schlechthin haften, wie es scheint für Erfüllung. Wegen solutio an einen falsus procurator s. Bd. II §. 303 Anm. 21—23. §. 300 Anm. 32. — Ueber actio neg. gestorum contraria des Dritten gegen den nicht ratihabirenden Principal s. Zimmermann S. 317—325.]

34) Windscheid I §. 74 Anm. 4. Laband a. a. O. S. 231. L. Seuffert a. a. O. S. 41 mit Bezug auf l. 24 §. 1 D. rat. 46, 8. [Mitteis, Stellvertr. S. 226: „Der Principal hat also durch die Thätigkeit des Gestor ein pendentes Rechtsverhältniß erworben". S. auch unten § 583 Anm. 1 fg.]

35) gegen Buchka und Ruhstrat, Ueber Stellvertretung ohne Vollmacht, Jher. Jahrb. X S. 211. 212. [Gegen Letzteren auch Curtius a. a. O. S. 105. 106.]

36) l. 23 (24) D. neg. gest. 3, 5. [Dazu Zimmermann S. 285 und unten §. 583 Anm. 4. Hinweis auf eine andere Construction bei Bekker, Syst. II §. 107, k.]

wirkung der Ratihabition könnte hier keine Rede sein[37]). Fußt Ruhstrat darauf, daß der Vertrag in „der Vereinigung zweier Willenserklärungen bestehe", „bis zur Genehmigung der zweite Vertragswille fehle", bis dahin also noch gar kein Vertrag da sei, so muß eingewendet werden, daß bis zur Genehmigung nur die Genehmigung oder Vollmacht fehle, der zweite Vertragswille dagegen in der Handlung des Vertreters vorliege[38]). Ein eigenes oder besonders ausdrückliches oder stillschweigendes Versprechen des Dritten an den Vertreter, bis zum Entscheid der Ratihabition gebunden sein zu wollen[39]), ist nicht notwendig: die Pendenz entspringt daraus, daß beide wollen, wenn Ratihabition erfolgt[40]); es wäre aber auch nicht ausreichend: weil es nur den Dritten bände, der Vertreter dagegen auch ohne den dominus absagen könnte.

Schwieriger wird die Frage, wenn anstatt in Erwartung einer Ratihabition im irrthümlichen Glauben an eine Vollmacht gehandelt wird. Denn hier könnte ein nichtiges Geschäft vorliegen, und Nichtigkeit schließt Ratificirbarkeit aus[41]).

37) [Vgl. Zimmermann S. 266 fg.]

38) [Nach Mitteis, Stellvertr. S. 206 — gemäß seiner oben in Anm. 9 g. E. berichteten Auffassung — „fehlt beim ratihabitionsbedürftigen Rechtsgeschäft noch der Wille des zu berechtigenden oder zu verpflichtenden Principals, dasselbe ist demnach kein ganzes, sondern nur ein halbes Rechtsgeschäft". S. auch daselbst S. 207—209.]

39) Ruhstrat a. a. O. S. 215. Regelsberger, Vorverhandlungen S. 89. [Hiergegen Curtius a. a. O.]

40) [Mit Buchka S. 211 und Regelsberger a. a. O. nimmt Curtius a. a. O. an, daß der Vertreter und der Dritte (vor der Ratihabition) auch contrarium consensum fassen, d. h. die Aufhebung des schwebenden Geschäftes beschließen können (l. 23 (24) cit. spreche nur dem einseitigen Willen des Dritten die Wirkung ab). Ebenso Hölder S. 295/6. Für jene Möglichkeit auch Monroy, Vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte S. 44—48, gegen Mißbrauch schütze den dominus die obligatio negotii gesti. Dagegen Zimmermann S. 282 und zur ganzen Frage nach der Möglichkeit der Vereitelung der Ratihabition durch Rücktritt des Stellvertreters und des Dritten daselbst S. 276—285; zu l. 23 (24) cit. s. auch daselbst S. 135 unten. Hiergegen Hellmann, M. Vierteljahresschrift Bd. 19 S. 368. Ferner s. Hellmann, Stellvertr. S. 117—124, und vornehmlich Mitteis, Stellvertret. S. 218—226, der den Dritten für unbedingt gebunden, dagegen diesem gegenüber den Gestor kraft der Gestio für bevollmächtigt hält das dem dominus verschaffte Recht wieder aufzuheben. Vgl. auch unten §. 583 Anm. 3. 4.]

41) Wächter Württ. Privatr. II §. 100, II. Ihering, Jahrb. I S. 296. Unten §. 583 Anm. 9. §. 584 Anm. 25. L. Seuffert, Ratihabition §. 22. [Karlowa, Rechtsgeschäft S. 59 Anm. 2. Jedoch soll nach Windscheid §. 73 Anm. 19 der Vertretene die Erklärung eines Kindes oder eines Wahnsinnigen

Indessen pflegen diejenigen, welche mangels Vollmacht ein pendentes Geschäft annehmen, nicht weiter zu unterscheiden, also stillschweigend die Pendenz anzunehmen sowohl dann, wenn im Vertrauen auf eine vorhandene, als wenn in Erwartung einer erst kommenden Vollmacht gehandelt wird, und wohl mit Recht (§. 583)[42]).

Etwas ganz anderes aber als der Fall, wo (es sei im Vertrauen auf eine vorhandene oder in Erwartung einer kommenden Vollmacht) ein fremdes Geschäft im fremden Namen geführt wird, ist der Fall, da ein fremdes Geschäft gar nicht im fremden Namen, also gar nicht stellvertretend geführt wird. Hier ist Ratihabition im Sinne einer die Stellvertretung entscheidenden Genehmigung gar nicht denkbar[43]). Wer zwar seiner Absicht nach für einen Anderen handelt, allein dies nicht bekündet, handelt für sich, obligirt sich ꝛc.[44]); denn auch im umgekehrten Falle gilt das was gesprochen, nicht das was gedacht wird[45]). Trotz Kundgebung, daß im eigenen oder fremden Namen gehandelt werden wolle, ist aber eben hierüber dissensus (Mißverständniß, Ueberhören ꝛc.) möglich und dann Nichtigkeit die nothwendige Folge.

„sich als die Erklärung seines Willens durch Genehmigung aneignen könne". Hiegegen Hölder S. 299 und Bekker, Syst. II §. 107 Note q.]

42) [Nach Mitteis, Stellvertr. S. 168 Anm. 175 und S. 216 oben kann der Dritte, der um den Mangel der Vollmacht nicht wußte, wenn er davon erfährt, „selbstverständlich" vom Vertrag zurücktreten, so daß der Glaube des Dritten nicht indifferent wäre. Ueber den Fall „irrthümlich angenommener Vollmacht" — der Getäuschte kann Ersatz seines Interesses am Unterbleiben der Handlung vom „Handelnden" fordern und der „Gegner" kann bis zur Bestätigung zurücktreten: Hölder S. 295. Regelsberger, Pand. I §. 164 Anm. 9. 10.]

43) unten §. 583 Anm. 7. Vielleicht zu allgemein darum Wächter a. a. O. §. 100, IV, gefaßter Windscheid I §. 74 Anm. 3. Anders L. Seuffert a. a. O. S. 113. Vgl. unten §. 583 Nr. 2.

44) [„Es ist aber möglich, daß der Mandatar weder ausdrücklich noch innerlich für den Mandanten tradirt haben wollte und dessen Eigentum gleichwohl übergehe; genug, daß diese Tradition nach dem Willen des Eigenthümers war". Brinz, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 356. Anderseits sieht Wendt, Pand. S. 126 Anm. 3, „die Pandektisten über den Satz einig, daß bei der Tradition der Empfänger von seiner Eigenschaft als Vertreter eines Dritten keine Rechenschaft zu geben braucht, ohne den unmittelbaren Erwerb seines Vollmachtgebers zu gefährden" — was der daselbst angerufene Windscheid §. 155 Anm. 7. §. 172 Anm 13 nicht gelten läßt.]

45) l. 13 D. donat. 39, 5. l. 37 §. 6 D. a. r. d. 41, 1. Bd I §.

Trotzdem in fremden Rechtsgeschäften nun regelmäßig Stellvertretung möglich ist, kann in denselben gleichwohl heute so gut wie nach römischem Rechte ein Dritter in eigenem Namen handeln (§. 578, 2). In diesem Falle treten die Wirkungen des Geschäftes nothwendig denn auch heute in der Person des Gerenten ein, gleichviel ob er seiner Absicht nach nur anstatt des Geschäftsherren und auf Rechnung desselben, oder für sich (in rem suam) handelt, und ob sein Mitcontrahent weiß, daß er für einen Dritten handelt, oder nicht; nur daß heute, wo Stellvertretung möglich ist, ein Zweifel, ob Stellvertretung, oder Vertretung in eigenem Namen vorliege, dann leicht möglich wird, wenn der Mitcontrahent weiß, daß anderseits ein fremdes Geschäft geführt wird. Es wird aber im Zweifel am Vertreter liegen zu sagen, daß er blos stellvertretend gehandelt haben wolle; denn an ihm liegt es, sich von den Wirkungen seiner Handlung freizuhalten [46]).

Eine ganz andere Frage aber als die, ob den Vertreter im eigenen Namen die dem Geschäfte eigenen Wirkungen treffen, ist die, ob neben diesen ihn selbst treffenden Wirkungen auch noch jene Nebenwirkungen in der Person des Vertretenen, wie sie in Gestalt der actio exercitoria, institoria, quasi institoria gegen den dominus negotii [47]) und in einer utilis actio zu Gunsten desselben zu Tage liegen, noch immer möglich seien [48]).

140 Anm. 18–22. Vgl. Arndts §. 140 Anm. 4. Regelsberger, Vorverhandlungen S. 18. [Hartmann, Jher. Jahrb. XX S. 64. Monroy, Vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte S. 41 und vornehmlich Mitteis, Stellvertr. S. 139. 140.]

46) vgl. Laband a. a. O. V, beſ. S. 217 Abſ. 1, [Mitteis, Stellvertr. S. 138] und z. B. Handelsgeſetzb. Art. 167 Abſ. 3. [Man ſollte daher in den Fällen, wo es nicht „am Vertreter liegt, ſich von den Wirkungen ſeiner Handlung freizuhalten", wo vielmehr dieſe Freihaltung ſelbſtverſtändlich iſt, oder von Rechtswegen eintritt, nicht von Stellvertretung, auch nicht von ihrer Unſtatthaftigkeit reden. S. oben §. 580 Anm. 1 g. E. und §. 581 Anm. 2 a. E.]

47) „Zweigobligationen" Kuntze, Obligation S. 268 fg., „Defenſionspflichten" wir. [Vgl. oben §. 580 Anm. 4.]

48) [Dazu kommen noch die auf Juſſus, Präpoſition, oder Verſion gegründeten Nebenwirkungen, welche in der Schuldklage (generellen condictio), in der actio negotiorum gestorum oder mandati contraria und in der condictio sine causa des Dritten gegen den Principal bezw. Bereicherten zum Ausdruck kommen: Bd. II §. 258 Anm. 47—50.]

Was nun die Nebenklagen gegen den dominus anlangt, so kommt vor allem darauf an, ob exercitoria und institoria actio nur platzgriff, wenn das Geschäft absichtlich und ausdrücklich in Sachen der praepositio [49]) abgeschlossen war [50]), oder auch dann, wenn es nur thatsächlich die in der praepositio enthaltene Vollmacht für sich hatte [51]). Denn wenn letzteres der Fall wäre, so würden beide Klagen, nebst der utilis institoria, auch heute noch ein sicheres und ergiebiges Anwendungsgebiet haben. So wenig direkt sich nun aber auch die Quellen über diesen Punkt aussprechen [52]), so neigen sie doch mehr jener strengeren Anforderung zu [53]). Ejus rei „gratia", cui quis praepositus est, läßt sich kaum sagen von demjenigen, der blos thatsächlich innerhalb der Vollmacht creditirt; man muß

49) — eius rei gratia, cui praepositus fuerit — l. 5 §§. 11—14. l. 13 pr. D. inst. 14, 3.

50) Gensler, Arch. f. civ. Pr. Bd. I S. 393. Thöl, Handelsr. I (4. Aufl.) §. 29 Anm. 8 (vgl. 5. Aufl. §. 62). Jhering, Jahrb. I S. 338 oben. Windscheid II §. 482 Anm. 9 [(vgl. 14), wo noch andere Vertreter des Erfordernisses „offener Vollmacht" für die obige adjecticische Haftung genannt sind. Dazu auch Marcus p. 8. 10—14, Curtius S. 76, Ruhstrat, Jher. Jahrb. Bd. 26 S. 460. 461 (hält die stillschweigende Beziehung auf den Principal für genügend).]

51) vgl. Savigny, Obligationenrecht II S. 61, h. [Für den obigen Text (d. h. gegen das Erforderniß offner Vollmacht): Hellmann, Stellvertretung S. 80—96. Ausführlich und mit neuer Begründung verficht Schloßmann in der Kieler Festgabe für Jhering S. 217—255, „daß allein der objective Zusammenhang zwischen dem Geschäft des institor und der ihm übertragenen Geschäftssphäre des Herrn zur Begründung der a. institoria genüge". Vorgänger daselbst S. 217.]

52) denn aus l. 1 §. 9. l. 7 pr. §. 1 D. exerc. 14, 1 erhellt mit Gewißheit nur so viel, daß wenn das creditirte Geld vom Schiffer nicht vollmachtmäßig verwendet wird, die Creditirung ausdrücklich zu vollmachtmäßigem Zweck erfolgt sein mußte. [Bd. II §. 259 Anm. 43.]

53) [Diese Meinung hat der Verf. Bd. II §. 259 Anm. 43 ausdrücklich aufgegeben und für den Fall, daß das Geschäft seinem Erfolg nach präpositionsmäßig ist, das Wissen und Wollen der Präposition auf Seiten des Gläubigers wie die Beziehung auf die Vollmacht für überflüssig erklärt. Damit ist den oben folgenden drei Argumenten für die frühere Ansicht das Gewicht entzogen, und die darauf gebaute Consequenz (Anm. 56) fallen gelassen. Vielmehr ist damit, im Einklang mit Bd. II S. 226, den in Rede stehenden Klagen „auch heute noch ein sicheres und ergiebiges Anwendungsgebiet" (oben nach Anm. 51) zugewiesen. S. auch Bd. II §. 259 Anm. 52. 53. 34—36. Dieses ergiebige Anwendungsgebiet ergiebt namentlich auch die Solidarhaftung mehrerer Präponenten: Bd. II §. 258 Nr. 3. Vgl. §. 331 Anm. 31 und Windscheid II §. 407 Anm. 7. Nach Mitteis, Stellvertretung S. 310 „widerstrebt eine adjecticische Doppelverpflichtung heutzutage gewiß dem Parteiwillen".]

aber ejus rei „gratia" creditirt haben, um klagen zu können [54]). Besonders aus l. 13 pr. cit. läßt sich mit großer Wahrscheinlichkeit folgern, daß die Bezeichnung eines präpositionsmäßigen Geschäftszweckes ein Stück der Klagformel bildet [55]). Auch hätte sich außerdem institoria und exercitoria actio zum Theil in eine de in rem verso actio verloren, trotzdem sie überall in solidum geht u. dgl. m. Da bleibt uns denn für diese Klagen auch heute denkbarerweise nur der Fall übrig, da der Schiffer, Factor, Procurator zwar im eigenen Namen, und aber doch mit Hinweis auf seine Vollmacht handelt [56]). Würde er in fremdem Namen handeln, so läge ja Stellvertretung vor, in seiner Person gar keine, in der des Principals directe Haftung [57]). Die Versuchung liegt aber nahe, die Statthaftigkeit adjecticischer Klagen [58]) selbst dann zu verwerfen, wenn der Vertreter im eigenen Namen handelt. Denn einerseits in fremder Sache, und anderseits doch in eigenem Namen handeln, scheint heute, wo Stellvertretung möglich ist, gleichbedeutend mit der Erklärung, daß der Principal außer Risiko bleiben solle. Verlangt aber der Gläubiger, daß der Vertreter in eigenem Namen contrahire, so liegt darin eine Anklammerung an die Person des Vertreters und eine Abstraction von der Sache, während unsere adjecticischen Klagen umgekehrt auf Abstraction von der (juris necessitate octroyirten und oft unbekannten) Person des Geschäftsführers und auf Voranstellung der ihm anvertrauten Sache gebaut sind [59]). Will der Gläubiger den Doppelcredit

54) l. 5 §. 11 cit. (Anm. 49.)

55) vgl. Rudorff, Edict. perpet. §§. 101. 102. [Lenel, Edictum S. 206 Anm. 1, S. 209 oben.]

56) [An die Stelle dieser Consequenz tritt die Bd. II S. 226 gezogene; s. oben Anm. 53.]

57) [Bd. II §. 259 Anm. 49. Hellmann, Arch. f. civ. Pr. Bd. 78 S. 375 al. 2.]

58) mit Laband a. a. O. S. 197 Anm. 30 und dessen Autoritäten (Savigny, Wächter, Beseler), [ferner Zimmermann S 124. 125, Marcus p. 40, VI, Dernburg II §. 13 Nr. 3, Regelsberger, Pand. I §. 161 Anm. 7 und Ruhstrat, Jher. Jahrb. Bd. 26 S. 497, nur daß dieser die von ihm construirte actio negotiorum gestorum quasi institoria (oben §. 580 Anm. 3) für „noch jetzt unentbehrlich" erklärt.]

59) l. 1 pr. D. exerc. 14, 1. [S. dazu Bd. II §. 259 Anm. 43 am E.]

des Vertreters und des Principals, so mag er den Vertreter nach einander im Namen des Principals und dann im eigenen Namen (als Bürgen oder correus) versprechen lassen [60]). Allein denkbar ist noch, daß der Principal selbst keine Stellvertretung will, und darum ein Mandat nur zur Geschäftsführung im eigenen Namen des Vertreters ausstellt — also spontan hervorbringt, was nach römischem Rechte nothwendig der Fall war und zur Aufstellung unserer Klage führte: da könnte letztere denn doch noch immer, innerlich wie äußerlich, begründet sein.

Der utilis actio des Geschäftsherrn (§. 580, 2) steht aus dem heutigen Rechte nichts entgegen [61]).

Vollmacht und Ratihabition.

§. 582.

Vollmacht.

„Vollmacht" ist — woferne man beim Worte bleibt, und nicht jedwedes Mandat, Amt, Geheiß darunter begreift oder damit identificirt — eine rechtliche Macht [1]), darum kein bloßes Dürfen im Gegensatz zum Müssen [2]), sondern ein Können im Gegensatze zum Nichtkönnen, ein Können, das zwar wie jedes andere rechtliche Können gewöhnlich das Dürfen (die Befugniß) in sich schließt, allein möglicherweise doch auch von diesem abfällt. Wie z. B. der Eigenthümer trotz Insolvenz bis zur Konkurseröffnung die Veräußerungsmacht behält, allein die Veräußerungsbefugniß insofern verliert, als er in fraudem creditorum von ihr Gebrauch machen wollte, und eine resciss-

60) vgl. Savigny a. a. O.

61) [a. M. Zimmermann S. 126.]

1) [Bd. II §. 312 Anm. 9 am Ende.]

2) Windscheid I §. 74 Anm. 1a. [S. ferner oben Bd. I §. 76 Anm. 8. 26. §. 138 Anm. 18. 19. §. 161 Anm. 1 (ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse). §. 162 Anm. 22. Vgl. auch Schloßmann, Besitzerwerb durch Stellvertreter S. 109 Anm. 7. — Ob und inwiefern die Vollmacht als Vorgang d. i. ihre Ertheilung oder die Bevollmächtigung ein Rechtsgeschäft sei, s. oben §. 522 Anm. 14 g. E., Zitelmann, Rechtsgeschäft S. 297. 298; wegen der Einseitigkeit s. unten Anm. 23.]

sorische Klage den Conflict zwischen Können und Nichtdürfen oder Nichtsollen lösen muß [3]), so fällt umgekehrt mit dem Tode des Mandanten die Vollmacht, und damit z. B. die bis dahin dagewesene Veräußerungsmacht für den Vollmachtträger hinweg; allein die Veräußerungsbefugnis kann, wegen Unbekanntschaft des Todes, noch fortdauern und Ansprüche namentlich des Mandatars zur Folge haben [4]).

Vollmacht ist die rechtliche Macht, fremde Rechtsgeschäfte mit der Wirkung zu verrichten, als ob der Geschäftsherr selbst gehandelt hätte, und damit das Handeln des letztern selbst zu ersetzen [5]). Der Bereich der Stellvertretung und der der Vollzumacht fallen, nach dem engeren Sinne des Wortes Vollmacht, sammen [6]). Zur Ausrichtung gemeiner Geschäfte bedarf es lediglich physischer Macht und natürlicher Geschicklichkeit; darin gibt es keine Stellvertretung (§. 578, 1), dazu keine Vollmacht [7]); da kommt der Befehl, der Auftrag, die Erlaubniß, da das ohne Befehl, Auftrag oder Erlaubniß wirksame Eingreifen des negotiorum gestor vor.

Stellvertretung ist nur in fremden Rechtsgeschäften denkbar, wogegen etwas der Vollmacht ähnliches im Bereich der eigenen Geschäfte vorkommt [8]); der Consens nämlich, welchen der Minor zu Veräußerungen ꝛc. von seinem Curator [9]),

---

3) Bd. II §. 345 Anm. 9 fg.

4) Bd. II §. 334 S. 779 al. und Anm. 55. 56. 58 [dazu Lotmar, Krit. Studien in Sachen der Contravindication S. 16—18], nebst l. 15 D. mand. 17, 1. [Bd. I §. 138 Anm. 20.]

5) [Entsprechend seiner Construction der Stellvertretung (oben §. 581 Anm. 9 g. E.) erblickt Mitteis, Stellvertr. S. 182. 183 in der Bevollmächtigung nicht blos die Verleihung der rechtlichen Macht, den Geschäftsherrn zu ersetzen, sondern des Principals Mitwirkung zum Geschäftsabschluß, so daß der Vollmachtswille nicht blos das Dasein der Stellvertretung, sondern auch das Wie der Wirksamkeit des Geschäfts bestimmen kann.]

6) [Bd. III §. 372 Anm. 3 und S. 811. Zimmermann S. 87. 88 Anm. 106: „Vollmacht ist also die rechtliche Macht zu wirksamer Stellvertretung". Wendt, Pand. S. 118.]

7) [Gegen Vollmacht beim Boten auch Zimmermann S. 22 und Regelsberger in Endemanns Handb. II S. 397, während Schliemann, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 16 S. 17. 18. 21 auch beim Boten (als welchem er juristische Thätigkeit beimißt) von Vollmacht spricht. Vgl. oben §. 578 Anm. 19 fg.]

8) [Wieder etwas Anderes ist die „Bevollmächtigung im Gewande des Eigenrechts": oben §. 578 Anm. 31. Vgl. auch die hier folgende Anm. 18.]

9) Bd. I § 55 Anm. 10. §. 57 sub 1, b. [Bd. III §. 511 Anm. 6.

der Verpfänder einer fremden Sache vom Eigenthümer[10]) u. s. f. erhält; desgleichen die voluntas, permissio des Vaters, deren der Hausſohn zu mortis causa donatio bedarf[11]); der jussus des Gewalthabers an den Dritten, der mit dem Sclaven oder Sohn contrahiren ſoll[12]), ſowie der des Delegaten an den Delegaten[13]); ferner die Conceſſion zu einem Pekulium, und damit zum Pekuliarerwerb[14]); die auctoritas, welche der Tutor zu ſolennen oder oneroſen Geſchäften des Pupillen interponirte[15]); nicht minder die zu manchen Geſchäften erforderliche obrigkeitliche Genehmigung[16]). Es dürfte ſich aber eben empfehlen, das Wort Vollmacht auf Ermächtigung zu fremden Geſchäften einzuſchränken[17]).

§. 512 Anm. 13. Vgl. auch §. 457 Anm. 16, ferner Bd. II §. 318 Anm. 48.]

10) Bd. II §. 351 Anm. 18. 19. §. 354 Anm. 21. l. 160 pr. D. r. j. 50, 17. Puchta §. 51, c. Jhering, Jahrb. I S. 303. [Vgl. auch oben Bd. II §. 353 Anm. 16 und unten Anm. 18.]

11) l. 7 §. 4 D. don. 39, 5. l. 25 §. 1 D. m. c. don. 39, 6 cf. l. 9 §. 2 D. don. 39, 5: Quod ff. patris iussu aut voluntate donavit, perinde est, ac si pater ipse donaverit aut si mea voluntate rem meam tu nomine tuo Titio dones. Mandry, Familiengüterrecht I S. 193, der auch nachdrücklich davor warnt, dieſe Schenkung als Geſchäft des Vaters anzuſehen, da eine ſolche Schenkung des Sohnes nur ihrem Effekte nach ſo gut ſei, als ob der Vater geſchenkt habe, und der zwiſchen Stellvertretung und dem eigenen Geſchäft mit fremder Sache und fremdem Willen auch allgemein und richtig unterſcheidet, in Anm. 5 auf Jhering verweiſend. [Des Weiteren ſ. oben Bd. III §. 461 Anm. 15. 16. 20—24.]

12) Meine Krit. Blätter Nr. 2 S. 12. [Zu Begriff und Theorie des iussus ſ. Mandry, Familiengüterrecht I S. 105 fg. II S. 554 fg. Voigt, XII Tafeln I S. 306. 307. Oben Bd. II §. 259 Anm. 24 fg. und dort Genannte nebſt Marſſon, Natur der Vertragsofferte S. 57—59. Zimmermann S. 35. Ferner Bd. II §. 297 Anm. 4.]

13) Salpius, Novation und Delegation S. 49—54. [Oben Bd. II §. 282 Anm. 31. 42. §. 290 Anm. 55. Voigt, Röm. Rechtsgeſchichte I §. 26 Anm. 5 fg.]

14) Bd. III §. 461 Nr. 1. l. 1 §. 5 D. a. v. a. p. 41, 2.

15) Bd. I §. 55 Anm. 27, [Bd. III §. 497 S. 807.]

16) Bd. I §. 46 Anm. 2 fg. §. 47 Anm. 8 fg. §. 48 Anm. 11 fg. §. 111 Anm. 44. Bd. III §. 499, 1, a. Jhering a. a. O. S. 299.

17) [d. h. zu dem Gerenten fremden Geſchäften.] Vgl. Laband, Zeitſchr. f. Handelsr. X S. 209, Nr. III a. E. — [S. jedoch auch Bd. II §. 311 Nr. 2 die die „Obligationen" vor anderen Schuldſcheinen auszeichnende „Vollmacht zur Einhebung und Beitreibung der Forderung für Jeden, der in den Beſitz des Papieres gelangt"; beſ. Anm. 9 g. E. — Die im Text empfohlene Einſchränkung des Wortes Vollmacht entſpricht dem von Jhering,

Nur das Selbsthandeln des Principals soll durch die Vollmacht ersetzt werden; wäre zu dem Geschäfte (wie z. B. zu einer Veräußerung) überdies ein besonderes Recht nothwendig, so ginge das u. E. bereits über die Stellvertretung und den strengeren Begriff von Vollmacht hinaus, und in den des Consenses über [18]).

„Stellvertretung" wird übrigens auch an Stelle desjenigen angenommen, der selbst gar nicht handeln kann (§. 581 zu Anm. 17). Darnach wird eine Ausdehnung der „Vollmacht" über ihren gewöhnlichen Sinn, als einer Ermächtigung, welche man von auswärts, und zwar vom Geschäftsherrn selbst hat, auf Ermächtigungen nothwendig, welche man zum Teil kraft eigenen Rechtes (jure suo, als gesetzlicher oder testamentarischer Vormünder), oder doch nicht vom Geschäftsherrn, sondern in einem obrigkeitlich, oder statutarisch verliehenen Amte (als obrigkeitlich bestellter Vormund, oder Güterpfleger, als Staats-, Gemeinde-, Corporationsbeamter, Stiftungspfleger u. dgl.) hat [19]).

Die vom Geschäftsherrn selbst ertheilte Vollmacht kann in einem Auftrag (Mandat), aber auch ohne solchen ertheilt sein. So viel, daß innerhalb des Mandates die Vollmacht zu unterscheiden, und ein Mandat ohne Vollmacht möglich sei [20]), ist schon früher und vor dem deutschen Handelsgesetzbuch bemerkt worden [21]); daß aber auch

Jahrb. II S. 131 gemachten, von Regelsberger, Pand. I §. 163, I erörterten Unterschied von Vollmacht und Ermächtigung. Die Ertheilung der Vollmacht gehört zu der von Bekker, Syst. II §. 106 gebildeten Gruppe der „Ermächtigungsgeschäfte".]

18) [Vgl. §. 583 zu Anm. 19. Das eine Handexemplar hat bei dem obigen Satz ein Fragezeichen und die Worte: „wo ich eines Anderen Sache für diesen veräußere, ist Vollmacht; wo ich eines Anderen Sache für mich veräußere, verpfände, ist Consens". Demgemäß auch die in Anm. 2 stehenden früheren Stellen und Bd. II §. 282a Anm. 7—9. §. 290 Anm. 50. 52. §. 324 Anm. 19. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 64—69: „Rechtsgeschäfte in eigenem Namen, die in eine fremde Rechtssphäre eingreifen".]

19) Bd. III §. 498. §. 447. §. 448. §. 450 Nr. 2 a. E. [Vgl. Hellmann, Stellvertretung S. 96. 97 und hiegegen Mitteis, Stellvertr. Anm. 102 und 199.]

20) [s. oben bei Anm. 7 den Auftrag zur Ausrichtung gemeiner Geschäfte, wozu es Vollmacht nicht gibt.]

21) z. B. S. 467 in med. der 1. Aufl., [nunmehr Bd. II S. 775. 776;]

eine Vollmacht ohne Auftrag möglich sei, wird von Laband mit Recht aufgestellt, wenn man gleich zweifeln kann, daß das deutsche Handelsgesetzbuch diesen Satz enthalte. Immerhin ist denkbar, daß mit der „Ertheilung einer Vollmacht" nichts anderes bezweckt und bewirkt sei, als lediglich die rechtliche Macht der Stellvertretung in der Person des Vollmachtträgers. Daß aber ein derartiger bloßer Ermächtigungsakt Vertrag („Bevollmächtigungsvertrag") „Consensualvertrag" sei[22]), muß widersprochen werden. Was ihm am ähnlichsten ist: auctoritatis interpositio, Consensertheilung, ratihabitio beruht auf einseitigem Willen[23]) (S. 251/2); der Ermächtigte kann ohne Annahmeerklärung handeln; die Vollmachtsertheilung ist ein einseitiges Geschäft. Daraus folgt zwar noch nicht (S. 254. 255), daß es einseitig kündbar sei und durch den Tod (Wahnsinn?) des Vollmachtgebers oder Vollmachtträgers erlösche[24]);

dagegen Laband a. a. O. III und IV bes. S. 208 Abs. 1 [und Schloßmann, Vertrag S. 124 („nach Labands wichtiger Entdeckung der Unabhängigkeit von Auftrag und Vollmacht"). Etwas eigenmächtige Unterscheidung bei Canstein in Grünhuts Zeitschr. III S. 671. 682—684, Stützen im Handelsgesetzbuch S. 688 fg. Gegen die Art, wie Laband unterscheidet, Mitteis, Stellvertr. S. 183/184.]

22) Laband a. a. O. S. 208. [Dagegen auch oben Bd. II §. 334 Anm. 24, sowie Curtius, Arch. f. civ. Pr. Bd. 58 S. 79, Zimmermann S. 88/9, Karlowa, Rechtsgeschäft S. 59, Hellmann, Stellvertr. S. 110—112, Mitteis, Stellvertr. S. 186, Wach, Hdb. des deutschen Civilproc. I §. 50 Anm. 3—10.]

23) Oben §. 561 al. 2 und Anm. 4. [Zimmermann a. a. O. verlangt, daß die einseitige Erklärung der Bevollmächtigung „dem Bevollmächtigten zugekommen ist, derselbe also im Hinblicke auf die Bevollmächtigung handelt". Es kann aber auch im Hinblick auf die künftige, noch nicht zugekommene gehandelt werden. Hier findet dann die (regelmäßige) „stellvertretende neg. gestio" statt. Und S. 161 Nr. 2 ist Z. der Ansicht, daß die Bevollmächtigung auch nur dem „Mitcontrahenten" des Stellvertreters zugehen könne. Gegen Z. s. Hellmann a. a. O. S. 112/113, ferner Bechmann, Kauf II S. 26 zu Anm. 1. Wiederum für Kenntniß der Vollmacht beim Stellvertreter Mitteis, Stellvertr. S. 187. 188, vornehmlich weil die gegentheilige Ansicht den dominus „an Entschlüsse des Stellvertreters fesselt, welchen dieser selbst noch keine verbindende Kraft beilegen wollte".

24) [Oben Anm. 4 und §. 571 Anm. 4. Mitteis, Stellvertr. S. 199 bis 201 vertritt als Folge einer „weiteren Rechtsentwicklung" den Satz: „Das Erlöschen der Vollmacht kann bei zweiseitigen Rechtsgeschäften inter vivos dritten Personen, welche die Vollmacht im guten Glauben als fortbestehend annahmen, nicht entgegengesetzt werden." So auch Windscheid §. 74 zu Anm. 2d. Kohler, Arch. f. civ. Prax. Bd. 69 S. 180. 181 hält, anders als Mitteis, daran fest, daß „die conservatorische Fortgeltung des Ermächtigungs- oder Vollmachtsaktes" auf „dingliche Verlustakte" nicht Anwendung

allein da selbst das Mandat durch Kündigung und Tod erlischt, überdies schon nach römischem Rechte in gewissen Fällen und bis auf ein gewisses etwas vollmachtähnliches mit sich führt [25]), so wird von unserer Vollmacht dasselbe gelten müssen; etwas das mehr als sie blos im Interesse der einen Partei, und blos in der Person des anderen beruhte, läßt sich auch nicht denken. Darnach muß denn aber auch noch widersprochen werden, daß die vom Geschäftsherrn ertheilte Vollmacht gegen dessen Auftrag bestehen und fortwirken könne [26]); denn stets wird ein gegen die Vollmacht ertheilter Auftrag als ganze oder theilweise Kündigung (Widerruf) der Vollmacht zu verstehen sein. Wenigstens gemeinrechtlich ist dem Gedanken, als ob die Vollmacht im Papier beruhe, und trotz Kündigung und Tod fortbestehe, so lange sie zu Handen des Vollmachtträgers ist [27]), nicht Raum zu geben.

§. 583.

Ratihabition.

Keine Stellvertretung ohne, manche vor der Vollmacht. Die zu der Stellvertretung erst nachträglich hinzutretende Vollmacht (ratihabitio) ist nämlich gleich den in §. 537 angeführten Fällen ex his quae postfactis declarant quid actum sit [1]).

---

findet. Nach Regelsberger, Pand. I §. 163 zu Anm. 3 und 11 (vgl. §. 147 Anm. 6) macht sich hier der Unterschied von Vollmacht und Ermächtigung geltend. Hinweis auf die clausula heredum (Erstreckung der Vollmacht auf die Erben) bei Wendt S. 124.]

25) nämlich als Auftrag zu Veräußerungen (oben nach Anm. 17) und hierüber Mandry, Familiengüterrecht I S. 141 und Jhering, Jahrb. II S. 121 fg. — l. 9 §. 4 D. a. r. d. 41, 1. cf. l. 35 eod. l. 60 §. 4 D. mand 17, 1. arg. l. 15 §. 2 D. c. e. 18, 1. l. 49 D. mand. 17, 1.

26) Laband a. a. O. S. 230 Abs. 1. [Vgl. oben Bd. II §. 312. Anm. 9 a. E.]

27) vgl. Laband a. a. O. S. 240.

1) — ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt — l. 25 §. 2 C. don. i. v. e. u. 5, 16. l. 7 pr. C. ad sc. Maced. 4, 28. l. 24 §. 1 D. rat. rem. hab. 46. 8. J. Costa an dem oben §. 536 Anm. 43 a. O. [Vgl. auch Lassalle, Syst. der erworb. Rechte (2. Aufl.) II S. 277 fg. Ausführlich über die ll. citt. und „die Rückwirkung der Ratihabition" Zimmermann S. 211—230, wo

Denn das Geschäft selbst, das nur in der Zeit denkbar ist, da es vor sich ging, soll gefestiget werden[2]). Bedingt im technischen Sinne des Wortes ist das in fremdem Namen, aber vor der Vollmacht vorgenommene Geschäft nicht: selbst dann nicht, wenn Ratihabition ausdrücklich vorbehalten oder gesagt wird, daß das Geschäft geschlossen sein solle, „wenn" ratificirt wird; ein Essentiale des stellvertretungsweise geschlossenen Geschäftes, wie die Vollmacht eines ist (§. 582), kann nicht zur Bedingung gemacht werden (§. 538). Es ist darum nur „in ähnlicher Lage wie das bedingte Geschäft"[3]). Eine Folge davon, daß die Ratihabition keine eigentliche Bedingung des zu ratificirenden Geschäftes ist[4]), besteht darin, daß die Ratificirbar-

auch die praktische Bedeutung der Rückwirkung anschaulich gemacht wird. Nach Karlowa, Rechtsgeschäft S. 60 ist die R. „nicht der zweite Vertragswille, sondern soll entscheiden, daß das früher errichtete Geschäft eines des Ratihabenten sei." Jedoch soll nicht blos die R. sondern auch die Vollmacht „nicht auf Hervorbringung einer Wirkung, sondern auf Entscheidung, Feststellung gerichtet" sein. Man denke aber an jussus. Gegen Karlowas und Zimmermanns Auffassung der Ratihabition s. Mitteis, Stellvertr. S. 108. 109. 208. Derselbe erklärt die Rückwirkung der Ratih. einerseits für begrifflich nothwendig (S. 239 „nothwendiges Corrolar zur Gebundenheit des Gestor und des Tertius", S. 244 „wesentliches Element aller Ratih.") und für praktisch nothwendig (S. 239 al. 2), andererseits aber (S. 244 vgl. Anm. 328) für „lediglich auf dem Willen der Parteien bei Vornahme der stellvertretenden neg. gestio beruhend", so daß „es immer quaestio facti sei, ob sie eintreten soll", nur des Principals Wille sei dabei ohne Einfluß. Wegen der Rückziehung der einzelnen Geschäftswirkungen s. S. 250—264, mit dem Ergebniß, „daß die Rückwirkung der Ratih. von einem Zustande der Pendenz im techn. S. nirgends begleitet ist", was aber dem S. 226 Gesagten (oben §. 581 Anm. 34) zu widersprechen scheint.]

2) vgl. Wächter, W. Privatr. II §. 100 Anm. 2.

3) Windscheid I §. 74 Anm. 4 — was aber m. E. nicht so weit führt, daß der Dritte vor der Ratihabition nicht revociren kann — wie Windscheid Anm. 4a annimmt, [mit Bezug auf l. 23 cit. in der folgenden Anm.; ebenso Jhering in s. Jahrb. X S. 465 und Zimmermann, oben §. 581 Anm. 40; dagegen auch Hellmann daselbst. Vergleichung des zu ratihabirenden mit dem bedingten Geschäft auch bei Zimmermann S. 151—154, vgl. Mitteis, Stellvertr. S. 107.]

4) [Einen wesentlichen Unterschied der Ratih. vom Eintritt einer Parteibedingung erblickt Zimmermann S. 231 darin, daß dieser „die von ihm abhängige Wirkung bewußtlos hervorbringt, die Ratih. aber ein bewußter, seinem Wesen nach auf die Wirkung gerichteter Vorgang ist". Die letztwillig gesetzte Bedingung muß unter Umständen mit Bewußtsein vom Bedachten erfüllt werden: l. 2. D. cond. 35, 1 (scire debet hanc condicionem insertam). Großer Unterschied zwischen bedingtem und ratihabitionsbedürftigem Geschäft nach Mitteis, Stellvertr. S. 107. 210/211, der danach die Parallelisirung gänzlich verwirft; s. jedoch auch S. 213 unten, S. 233 bei Anm. 295, S. 250 Anm. 314, S. 255 unten. Hierher ferner Bekker, Syst. II §. 107 Beil. IV.]

keit eines Geschäftes denkbar ist ohne den ausdrücklichen Vorbehalt der Ratihabition [5]). Und eben darum ist diese selbst da denkbar, wo im irrthümlichen Glauben an eine bereits vorhandene Vollmacht in fremdem Namen gehandelt ist (S. 368/9). Sie ist hier aber auch von Rechtswegen möglich. Wenigstens wird in anderen Ratihabitionsfällen nicht unterschieden, ob in Erwartung der Ratihabition, oder im Glauben an vorhandenes Recht gehandelt ist [6]). Nur daß das Geschäft nicht im eigenen Namen geführt sei, ist nothwendig, damit die Ratihabition als Ratification einer Stellvertretung erscheine und wirke [7]).

Eine Folge dagegen davon, daß das von Ratification abhängige Geschäft in fremdem Namen von der Art eines bedingten ist, besteht darin, daß es, von der Ratihabition abgesehen, in allem übrigen fertig sein muß [8]). Darum sind nichtige Geschäfte auch unserer Ratihabition unzugänglich [9]); der bloße Umstand aber, daß ein Geschäft auf fremden Namen vor der Vollmacht, oder vor der wirklichen Vollmacht geschlossen ist, begründet noch keine Nichtigkeit, sondern die bloße Ungewißheit, ob es rechtsbeständig oder nichtig sei.

Die Ratification eines Besitzerwerbes ist keine bloße Ratihabition (Genehmigung), sondern zugleich animus possidendi [10]), darum Vollendung eines an sich unfertigen, nicht blos Geneh-

5) [S. jedoch wegen der Möglichkeit stillschweigender Setzung einer eigentlichen Bedingung oben §. 538 Anm. 1.]

6) l. 16 §. 1 D. pign. 20, 1. l. 23 (24) D. neg. gest. 3, 5 (wo „invito me" zu „pecuniam suam facere", nicht zu „ratihabendo" gehört). [Zu l. 23 (24) cit. s. auch Schloßmann, Besitzerwerb S. 149. 150. Eine Unterscheidung nach dem Glauben des dritten Contrahenten oben §. 581 Anm. 42.]

7) c. 9 in 6to r. j. 5, 13: Ratum quis habere non potest, quod ipsius nomine non est gestum. l. 5 §. 8 (6 §. 6) D. neg. gest. 3, 5. L. Seuffert, Ratihabition S. 65. Oben §. 581 Anm. 43.

8) vgl. oben S. 101 nach Anm. 15 und S. 110 Nr. 2. [Durchaus gegen die Annahme von Perfection des noch ratihabitionsbedürftigen Geschäfts Mitteis S. 107. 206. 207, da er „das Rechtsgeschäft des Stellvertreters und die Ratihabition nicht als zwei selbständige und getrennte Rechtsakte, sondern als zwei innerlich zusammengehörige Stücke eines und desselben Rechtsgeschäfts ansieht".]

9) §. 581 zu Anm. 41.

10) §. 578 Anm. 52. 55. [Vgl. Zimmermann S. 222 Anm. 291. — Bis zur Genehmigung hat nach Ihering, Besitzwille S. 427. 428 der Geschäftsführer Besitz, nicht nur Detention.]

migung eines an sich fertigen Geschäftes. Ist das richtig, dann tritt hier auch keine Rückwirkung ein [11]).

Unsere Ratihabition ratificirt zwar ex tunc, aber deswegen ist sie selbst nicht ex tunc, vielmehr so nothwendig wie das Geschäft, welches ratificirt wird, ein Kind der Zeit, in welcher sie vor sich geht. Nach dieser richtet sich denn auch ihre Möglichkeit. Einen Erwerb, den man jetzt nicht mehr machen, Einräumungen, die man jetzt nicht mehr gewähren kann, kann man jetzt auch nicht mehr ratihabiren [12]); fälschlich macht man hieraus Einschränkungen der Retrotraction [13]). Mit dem Tode des ursprünglichen dominus negotii erlischt die Ratificirbarkeit nicht: es stünde denn ein unvererbliches Recht in Frage [14]). Auf Leben und Sterben des Gestor kommt natürlich nichts an [15]).

---

11) Savigny, Besitz, 7. Aufl. S. 316 Anm. 1 [und Baron §. 66 a. E.] — Dagegen L. Seuffert a. a. O. S. 75, [Zimmermann S. 220 bis 225, Mandry, Arch. f. civ. Prax. Bd. 63 S. 11 Anm. 9, Regelsberger, Pand. I §. 164 Anm. 16 und mit Unterscheidung Mitteis S. 256—259.]

12) l. 24 pr. D. rem rat. hab. 46, 8. l. 5 pr. D. quis ordo 38, 15; l. 25 §. 1 D. rem rat. 46, 8 (wird ein temporale debitum durch den Procurator eingetrieben, so muß die Ratihabition noch binnen des tempus erfolgen, wenn nicht indebitum einkassirt sein soll), cf. l. 71 §. 1 D. solut. 46, 3, wo die Hauptschuld noch besteht; anders L. Seuffert S. 35. [S. auch Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 234 Anm. 207. Eingehende und soweit möglich quellenmäßige Erörterung der durch „Difficilität" ausgezeichneten Frage nach dem Einfluß, den der Verlust der „konkreten Dispositionsbefugniß" des Principals hat, welcher durch dessen eigene Zwischenverfügungen oder durch Verjährung herbeigeführt worden ist, bei Zimmermann S. 247 bis 276; l. 25 §. 1 und l. 71 §. 1 citt. sucht er historisch zu vereinigen. Nach Zimmermann Karlowa, Rechtsgeschäft S. 61—63, selbständiger Hellmann, Stellvertr. S. 137—142, wo auch die weiter oben angedeutete systematische Vereinigung der zwei Stellen festgehalten und unterstützt ist. In Einigem von Zimmermann abweichend auch Mitteis, Stellvertr. S. 236—239, bei der Verjährung unterscheidet er S. 261—264, indem „wenn der Schuldner bei der Zahlung an einen Gestor nicht den Willen hatte, auf die Verjährung zu verzichten, die Ratihabition nach Eintritt der Verjährung nicht mehr erfolgen kann", im anderen Fall allerdings. Das Verhältniß der ll. 25 §. 1 und 71 §. 1 citt. erklärt M. in der obigen Weise; ebenso Regelsberger, Pand. I S. 597 Anm. 7. Vgl. Tuhr, Zeitschr. f. Rechtsgesch. N. F. X S. 405. Windscheid §. 74 Anm. 6 nimmt eine Controverse römischer Juristen an. Anders Bekker, Syst. II §. 107, Beil. II, B.]

13) z. B. L. Seuffert S. 71—73.

14) l. 25 pr. D. ratam rem 46, 8; [a. M. Curtius, Arch. f. civ. Pr. Bd. 58 S. 107 und Marcus, Quomodo per procuratorem p. 52 (der Erbe könne nicht ratihabiren, weil nicht in seinem Namen contrahirt

Ratihabition in unserem Sinne ist diejenige, welche wie die Vollmacht an dem in unserem Namen geführten Geschäfte nichts anderes gut machen soll, als daß nicht von uns selbst gehandelt ist. Dadurch unterscheidet sie sich nicht nur von den Ratihabitionen, mit welchen man eigene Handlungen nachträglich gut macht (§. 589), sondern auch von all den[16]) übrigen Gutheißungen fremder Handlungen[17]). Namentlich ist sie verschieden

1. von den Ratihabitionen, welche in D. de negotiis gestis (3, 5) vorkommen; hier handelt es sich nicht darum, die Gestion (Geschäftsführung) als eine andere denn die des Gerenten wirksam zu machen, sondern das Geschäft selbst als etwas hinzustellen, das es an sich nicht ist: als eine Sache des Ratihabenten, während es re ipsa nicht sein negotium ist; oder als ein utile negotium, während es das vielleicht nicht ist[18]). Möglicherweise geht hier die Ratihabition aber auch schon

2. in die Bedeutung derjenigen Ratihabition über, welche zwar zu fremden Handlungen erfolgt, allein zu Handlungen, welche vom Gerenten selbst gar nicht als fremde Geschäfte geführt sind, oder geführt zu sein brauchen, allein der Ratihabition um deswillen bedürfen, weil sie (z. B. als Veräuße-

---

worden sei und der Erbgang nur erworbene Rechte betreffe — was aber nicht beim bedingten Vertrag gilt). Fernere Autoren bei Windscheid I §. 74 Anm. 4c, insbesondere Mitteis, Stellvertr. S. 228—232, welcher die Erben des dominus ratihabiren läßt, nur wenn das Geschäft „objectiv ein Negotium des dominus ist." Andere Unterscheidung bei Bekker, Syst. II §. 107 Beil. II, A.]

15) l. 24 §. 1 eod. [Windscheid II §. 313 Anm. 7. Nach Curtius a. a. O. macht der Tod des Stellvertreters vor der Ratihabition den Vertrag nichtig. In l. 24 cit. sei eine besondere Begünstigung der bon. poss. enthalten. Dagegen betrachtet Zimmermann S. 232/3 die Ansicht des Textes als „feststehend", ebenso Mitteis S. 227.]

16) bei Wächter, W. Privatr. II §. 100, Sintenis, Prakt. Civilr. §. 18 Anm. 45 fg., L. Seuffert S. 9 unterschiedenen — [s. auch die Verweisungen bei Zimmermann S. 157 Anm. 187 und S. 195 Anm. 250 den Hinweis auf eine fast vergessene Schrift Girtanners von 1848; ferner Bekker, Syst. II §. 107. Theilweise hierher (s. Anm. 19)] der Ratihabitions-(Defensions-)zwang in Nov. 115 c. 3 §. 13 in f.

17) [z. B. Bd. I § 35 Anm. 9. §. 46 Anm. 2. §. 183 Anm. 37. Bd. II §. 297 Anm. 4. Bd. III §. 503 Anm. 11. Regelsberger, Pand. I S. 539.]

18) Bd. II §. 321 Anm. 20. 26. 28. [§. 301 Anm. 9 gegen E. §. 304 Anm. 33.]

rungen, Einkassirungen) zufällig über fremde Sachen oder Rechte verfügen [19]). Eine Ratihabition dieses letzteren Falles ist von der unsrigen auch dann verschieden, wenn im Namen des Ratihabenten, also stellvertretungsweise gehandelt ist; denn hier kommt es vor allem darauf an, daß der Mangel der dem Gerenten fehlenden Dispositionsbefugnis (Dispositionsmacht) [20]) gut gemacht werde; daß die soweit geheilte Handlung als eine des Berechtigten gelte, ist von secundärer Bedeutung. Von dieser Ratihabition gilt die Regel des canonischen Rechtes: ratum quis habere non potest, quod ipsius nomine gestum non est — nicht. Um eben deswillen, weil sie von der Stellvertretung unabhängig ist, kommt diese Ratihabition schon in unseren Quellen vor, als nachträglicher Consensus des Berechtigten; aus dem umgekehrten Grunde kommt unsere Ratihabition in den Quellen nicht vor; sie steht, als nachträgliche Vollmacht, und wie die Vollmacht e. S., mit der Stellvertretung im ausschließlichen Bunde; die Stellvertretung selbst kommt, als etwas, das aus einer eigenthümlichen Macht statt Ohnmacht des Gerenten hervorginge, in den Quellen nicht vor [21]).

Diese unsere Ratihabirung ist nur denkbar in der Person desjenigen, in dessen Namen gehandelt ist, oder seines Erben (Anm. 14), für sie gilt jene canonische Regel [22]). Selbst die

19) Bd. II §. 321 Anm. 27, z. B. l. 16 §. 1 D. pign. 20, 1 und theilweise (soweit sie auf Verpfändung der Sachen des Gefangnen geht) Nov. 115 c. 3 §. 13 in f. (Anm. 16). [S. auch Bd. II §. 290 Anm. 56. 57. §. 303 Anm. 21. 22. §. 336 Anm. 13. §. 353 Anm. 15 und oben §. 582 Anm. 10. 18.]

20) Bd. I §. 52 vorletzter Absatz.

21) Anders L. Seuffert S. 113.

22) [Ueber die persönliche Richtung oder Adresse der Ratihabition — die nach §. 561 bei Anm. 3 und Bd. II §. 229 nach Anm. 7 ein einseitiges Rechtsgeschäft ist — handelt Zimmermann S. 159—166, wonach die Ratihabition „an Jedermann" erfolgen kann. Anschluß bei Karlowa, Rechtsgeschäft S. 60, Opposition bei Hellmann, M. Vierteljschr. Bd. 19 S. 365 und Stellvertr. S. 124 unten, S. 125—128. Nach Mitteis, Stellvertr. S. 212—215, dem die Genehmigung „ein Stück des zu dem zu genehmigenden Rechtsgeschäft erforderlichen Parteiwillens ist", muß dieselbe „in jedem einzelnen Falle in der Weise erklärt werden, in welcher der Parteiwille nach Maßgabe der Natur des zu ratihabirenden Rechtsgeschäftes erklärt werden muß". Vgl. auch Ehrlich, Stillschw. Willenserklärung S. 230. Regelsberger, Pand. I §. 147 Anm. 5. Wegen der Theilbarkeit der Ratihabition — Bd. II §. 229 nach Anm. 7 und §. 231 Anm. 4 — s. Zimmermann S. 167—187, wo die Discussion von l. 17. l. 18 D. ratam rem

ratihabitio, welche wir oben im Hinblick auf negotiorum gestio als Aneignung des an sich fremden, oder als Gutheißung des vielleicht unvortheilhaften Geschäftes bezeichnet haben, setzt u. E. voraus, daß (zwar nicht im Namen, aber) für oder im Hinblick auf den Ratihabenten gehandelt sei [23]); nur als nachträgliche Consens-(Dispositionsmachts-)Ertheilung [24]) ist die Ratihabition von solcher Rücksicht frei.

Daß unsere Ratihabirung nicht beliebig spät erfolgen könne, leuchtet ein; daß sie sofort, wenngleich mit dem Nachlasse einigen Zeitraumes (quod magis intellectu percipi, quam elocutione exprimi possit) erfolgen müsse, sagt l. 12 §. 2 D. h. t. 46, 8 zwar ohne Zweifel im Hinblick auf die stipulatio rem ratam haberi, und deren Verwirkung; allein es ist das ein Satz, der sich aus inneren Gründen auch für unsere Ratihabition empfiehlt [25]).

Verträge zu Gunsten Dritter.

§. 584.

Grundsatz des römischen Rechtes ist es, daß Niemand sich zu einer anderen als seiner eigenen Leistung obligiren, und daß Niemand eine Leistung an jemand Anderen stipuliren kann als an sich selbst [1]). Von Stellvertretung ist ein solches Ver-

46, 8. l. 4 §. 1 D. v. o. 45, 1 und praktische Erwägungen zum Ergebniß führen, daß die partielle Genehmigung versagt, wo das Rechtsgeschäft inhaltlich nicht theilbar ist, und auch sonst nicht angeht, es sei denn, „daß sie weder ein berechtigtes Interesse des gestor noch des Dritten verletzt". Einverstanden Mitteis S. 216, s. auch Bekker, Syst. II §. 107 Note o.]

23) vgl. besonders l. 5 §. 8 (6 §. 6). §§. 11—13 (9—11). l. 23 (24) D. neg. gest. 3, 5; [oben Bd. II §. 321 Anm. 21.] — Dagegen L. Seuffert S. 22—26.

24) und auf einen solchen Fall sieht sich L. Seuffert S. 25 geführt.

25) vgl. oben §. 571 sub B. [Zu l. 12 §. 2 cit. s. Zimmermann Anm. 375. Die Genehmigung muß innerhalb der für die Vornahme der Haupthandlung vorgeschriebenen Frist erfolgen: Mitteis S. 260, VI nebst S. 263 Anm. 344, was für die Beitreibung eines temporale debitum oben Anm. 12 zu l. 25 §. 1 D. rem. rat. 46, 8 ausgesprochen ist.]

1) §. 3 §. 4. §. 21 J. inut. stip. 3, 19. l. 38 pr. — §. 2. §. 17 l. 83 pr. l. 126 §. 2 D. v. o. 45, 1 [dazu Schloßmann, Besitzerwerb

sprechen oder eine solche Stipulation in der Wortfassung sehr verschieden. Wer ein factum alienum promittirt, will dem Wortlaute nach sich selbst obligirt haben, er will eine eigene Obligation, ein eigenes Geschäft [2]), und nur in dem Inhalt seiner Obligation ein fremdes Ding, während der Stellvertreter sich selbst nicht obligirt haben will; — nicht minder intendirt, wer ein factum an Dritte „sich" versprechen läßt, das Forderungsrecht für sich, und nur den Inhalt des letzteren für Dritte, während der Stellvertreter auf Gläubigers Seite sich selbst nicht berechtiget haben will [3]). Was insonderheit diesen letzteren Fall (das alteri stipulari) anlangt, so zeigt er äußerlich noch einen anderen Unterschied von der Stellvertretung (§. 577 Abs. 4). Denn während in dieser der Gedanke des fremden Geschäftes wesentlich ist, dem Vertretenen also durch den Vertreter nur bewirkt wird, was an sich des Vertretenen ist, liegt in dem alteri stipulari mit nichten ausgesprochen, daß die Stipulation, das Geschäft, in dem stipulirt wird, dem Anderen gehöre; vielmehr kann diesem erst durch den Stipulator, und dessen Fürsorge für ihn, der Gegenstand der Stipulation zugewendet werden sollen. So könnten die stipulirten X zuvor in das Haben des Stipulators gehört haben; da wäre das alteri stipulari innerlich wie äußerlich eine Zuwendung an den Anderen.

durch Stellvertreter S. 58–60]. l. 73 §. 4 D. r. j. 50, 17. [l. 3 pr. C. inut. stipulationibus 8, 38 (39)]. Anwendung: l. 3 C. contr. et com. stip. 8, 37 (38). [l. 110 pr. D. v. o. 45, 1.] l. 9 §. 4 D. r. cr. 12, 1. [l. 22 pr. C. don. 8, 53 (54). Oben Bd. II §. 214 Anm. 1 und Bd. III §. 443 Anm. 60. Hingegen l. 11 D. o. e. a. 44, 7 bildet nicht, wie von Manchen angenommen wird, einen Beleg. Da nämlich die in der Stelle genannte erste Person Pluralis nur auf den Promissar, nicht auf den Dritten gehen kann (der ja nicht gerirt, nicht contrahirt), so kann die Stelle nicht die Ungültigkeit der Verträge z. G. Dritter statuiren, als bei welchen das ex nostra persona obligationis initium sumere auf den Promissar bezogen allerdings stattfindet. Die Stelle betrifft daher eher die Stellvertretung. Bedenken hiegegen wegen des die Darleihung umfassenden oder bezeichnenden contrahere der Stelle (s. oben §. 580 Nr. 5) bei Hellmann, Stellvertr. S. 71. Zum suo nomine agere der Stelle s. Wlassak, Z. Gesch. d. Cognitur (1892) S. 33. — Nach Schloßmann a. a. O. S. 57 Anm. 1 „beruhen allein auf dem Grundsatz „per liberam personam adquiri non potest" die zahlreichen Entscheidungen, nach welchen das „alteri stipulari" wirkungslos ist".]

2) [Vgl. Bd. II §. 336 Anm. 5. Anm. 13 a. E.]

3) vgl. Wächter, Württ. Privatr. II §. 88, IV. 2. Windscheid, II §. 314. §. 316. Laband, Zeitschr. f. Handelsr. X S. 194 unten; dagegen Buchka, Stellvertretung S. 6 und Unger, Verträge zu Gunsten Dritter (Jher. Jahrb. X) S. 77.

Nicht mit Unrecht haben also die Unsrigen das alteri stipulari als einen Vertrag „zu Gunsten Dritter" von einer stellvertretenden Stipulirung, Contrahirung unterschieden[4]). Daneben muß nun aber mit Nachdruck betont werden, daß dasselbe nur seiner Wortfassung nach stets, dagegen seinem Sinn und Ursprung nach nicht immer von der Stellvertretung verschieden ist. Daß „zu Gunsten" Dritter stipuliren etwas anderes sei, als „anstatt" derselben stipuliren (S. 350), ist richtig; dagegen die Vorstellung, als ob die Römer in jener Form („alteri") überall nur „zu Gunsten", und nicht ebenso oft „anstatt" des Anderen („nomine alterius") zu handeln getrachtet hätten, ist unrichtig[5]). In jener Form stipuliren, kaufen nicht nur Ehemänner für ihre Frauen, Eltern für

4) Oben §. 578 Nr. 4. [Angabe und Kritik solcher Unterscheidungen bei Zimmermann, Stellvertretende neg. gestio S. 66—77; seine eigene S. 84. 85: Bei der Stellvertretung keine wirthschaftliche Zuwendung des Promittenten an den Stellvertreter und nicht nothwendig eine des Letzteren an den Principal; hingegen beim Vertrag z. G. Dr. eine Zuwendung des Promittenten an den Promissar und eine solche von diesem an den Dritten. In diesem Sinn schon der Schluß des vorigen Textabsatzes, ferner Regelsberger, Arch. f. civ. Pr. Bd. 67 S. 3, Bähr ebenda S. 160—162, Regelsberger, Pand. I §. 160, 4. S. jedoch auch Karlowa, Rechtsgeschäft S. 75 und Gömöry, Vertr. z. G. Dr. (Diss. Zürich 1890) S. 33—36. Wenn, wie Leonhard, Anfechtbarkeit S. 28, S. 48 postulirt, der Rechtserwerb des Dritten auf Kosten des Promissars erfolgen muß, so können einige von den in §. 585 genannten röm. Fällen nicht zu den Verträgen z. G. Dr. zählen. — Wegen des Verhältnisses von Begriff und Name des „Vertrags zu Gunsten Dritter" s. Knaus, Vertr. z. G. Dr. S. 2. 6; über den Namen auch Leonhard, Anfechtbarkeit S. 24. 25. Der Name umfaßt nicht blos Contracte und er drückt nicht aus, daß die Begünstigung durch Leistung realisirt werden soll. Der Name paßt auch auf das pactum de non petendo ab alio (l. 17 §. 4. l. 21 §. 2 D. pact. 2, 14), den Erbverzicht, die Zahlung pro alio, die expromissio, überhaupt intercessio und die Bestellung einer dos (non recepticia) für eine Frau. Vgl. Bd. III S. 703. 719. 720. Mitteis, Stellvertr. S. 68 nimmt bei dieser Dosbestellung und bei jener Zahlung sowie im Fall von §. 580 Anm. 9—13 Verträge zu Gunsten Dritter an. S. auch M. Rümelin, Selbstcontrahiren S. 40 Anm. 2 und Wendt, Pand. S. 503 g. E. Adickes, Lehre v. d. Bedingungen S. 143 Anm. 25 klagt über stiefmütterliche Behandlung der liberatorischen Verträge zu Gunsten Dritter. „Daß sie die Kraft haben, den Dritten von der Schuld zu befreien, ist nicht in ihrer Eigenart begründet, sondern in der Eigenart der Schuld selbst" (die auch ohne den Willen des Schuldners durch einen Dritten aufgehoben werden kann), daher sie von den Verträgen z. G. Dr. auszuscheiden seien: Cohen, Vertr. z. G. Dr. (1891) S. 14. 15. Wegen des pactum de non petendo z. G. Dr. s. H. Krüger, Beitr. z. L. v. d. exc. doli I S. 107—10. S. 120—3, vgl. S. 129—33.]

5) [Beifallend Gareis, Vertr. z. G. Dritter S. 18 Anm. 1, Knaus, Vertr. z. G. Dr. S. 4.]

ihre Kinder, allem Anscheine nach im Sinne einer Vermögenszuwendung oder des Dativus commodi, also allerdings „zu Gunsten" Anderer[6]), sondern auch Procuratoren anstatt oder Namens ihrer Herren, im Geiste der Stellvertretung[7]). Unter der Titelrubrik C. si quis alteri . . emerit 4, 50 sind zumeist Fälle registrirt, in denen „Namens" eines Anderen gekauft wird; da wo Sclaven und Haussöhne „dem Herrn", „dem Vater" stipuliren, muß dieses mindestens ebenso oft in stellvertretender, als in liberal-fürsorglicher oder vergünstigender Absicht geschehen sein; wenn ihm res domini, patris zu Grunde lag[8]), läßt sich nur stellvertretende Absicht denken; auch ein jussus des Gewalthabers[9]) ist zu Stipulationen, welche nur zu „Gunsten" desselben contrahirt werden sollten, kaum denkbar. Und wie bei den Römern kann auch unter uns „einem Anderen" in stellvertretender Absicht stipulirt werden; das „versprichst du mir, dem Titius X zu geben", kann bei uns wie bei den Römern besagen sollen: „versprichst du mir anstatt des Titius, diesem X zu geben" oder „versprichst du mir Namens des Titius, diesem X zu geben". Der Unterschied zwischen heute und damals ist nur der, daß das alteri stipulari heute nicht nur den Sinn der Stellvertretung, sondern überall auch die entsprechende Wirkung haben kann; es braucht zu der Intention nur Vollmacht oder Ratification hinzukommen[10]); nach römischem Recht gibt es diese Vollmacht oder Ratification nicht[11]); nur wer nicht anders als für einen Anderen erwerben kann, kann für diesen auch stellvertretend stipuliren, nicht vollmachts-, sondern consequenzhalber[12]). Nach römischem Rechte ist demgemäß das

6) cf. l. 6 C. inut. stip. 8, 38 (39). [l. 130 D. v. o. 45, 1.]

7) l. 1 C. per quas pers. 4, 27. l. 126 §. 2 D. v. o. 45, 1 und wohl auch l. 6 C. si quis alteri emerit 4, 50, vgl. Anm. 11.

8) vgl. l. 1 §. 1. §. 2. §. 5 D. stip. serv. 45, 3.

9) z. B. l. 5 eod.

10) vgl. Buchka, Stellvertretung S. 168. S. 210.

11) l. 6 C. si quis alteri 4, 50 — si . . . comparasti nomine ipsius . . . actionem nec illi nec tibi adquisisti, dum tibi non vis, nec illi potes —. [S. dazu Hellmann, Stellvertr. S. 67—70, wogegen Mitteis, Stellvert. S. 37—41.]

12) Oben §. 577 Abs. 3. Hierauf bezieht sich die Randnote: „ohnmachtshalber" (statt consequenzhalber).

alteri stipulari (von dem für die Gewalthaber abgesehen) nichtig [13]), mag in dieser Form „zu Gunsten" oder „im Namen" eines Anderen contrahirt sein; nach heutigem Rechte ist es wirksam möglich, wenn man „sich" nur als dem Statthalter des Anderen, wenn man also stellvertretend stipulirt haben will, und dazu die nöthige Vollmacht oder Ratification vorliegt oder eintrifft.

Verschieden von der Thatsache, daß das alteri stipulari in stellvertretender Absicht erfolgen, und nach heutigem Recht als Stellvertretung wirksam werden kann, ist die Frage, ob nicht auch ein vornherein „zu Gunsten" eines Anderen geschlossener Vertrag heutigen Tages durch Ratification wirksam werden kann [14]). Allein eine noch radicalere, und vor der vorigen zu entscheidende Frage ist die, ob Verträge zu Gunsten Dritter heutigen Tages nicht als solche, mithin ohne Ratification giltig sein sollen? so giltig wie die Namens und in Vollmacht Dritter abgeschlossenen Verträge, und so direct für den Dritten wirksam wie jene [15])?

Hält man sich nun aber an das positive Recht, so muß selbst Unger anführen, daß „bis auf den heutigen Tag weder die Theorie den Muth, noch die Praxis die Kraft gehabt hat, die principielle Gültigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter durchzusetzen" [16]). Die Praxis, der es nicht an Kraft gebrach,

13) [Verneint von Knaus S. 8/9, der nur „Wirkungslosigkeit" gelten lassen will, aus unzureichenden Gründen.]

14) wie dies z. B. Savigny, Obligationenrecht II S. 84, Sintenis, Prakt. gem. Civilr. II §. 102 Anm. 4 und 19 (jedoch ohne merkliche Distinction von der gleich anfänglich stellvertretenden Absicht) annehmen. [Dagegen Unger a. a. O. S. 70, Knaus S. 24. Zur Antwort auf die obige Frage s. Anm. 25.]

15) wie dies jetzt am principiellsten und beredtesten Unger, Verträge zu Gunsten Dritter, fordert. [Vgl. auch oben Bd. II §. 312 Anm. 10 a. E. („die pacta in favorem tertii, wo sie ausnahmsweise gelten, dem Dritten die Forderung selbst beschaffen").]

16) Unger, S. 56. [Zur Dogmengeschichte s. Gareis S. 54—149, Particulargesetzgebung und Praxis: Gareis S. 150—203. Derselbe erklärt S. 210: „Gedrängt vom Bedürfnisse des Verkehrs hat Doctrin und Praxis das die Giltigkeit der Verträge z. G. Dritter negirende Princip umgestoßen und ein entgegengesetztes Gewohnheitsrecht sich gebildet." S. z. B. auch Leonhard, Anfechtbarkeit S. 49, mit Einschränkung Windscheid, II §. 316 Anm. 13—15. Jedoch s. auch oben Anm. 1 a. E. Nach Kuntze, Festgabe für O. Müller S. 45 ist der Vertrag z. G. Dritter „eine Abnormität auf dem Vertragsgebiet," weil sonst der Vertrag nicht über den Rechtskreis

die Stellvertretung durchzusetzen, ist vor den Verträgen zu Gunsten Dritter stehen geblieben, und hat diese bis jetzt noch immer nur ausnahmsweise und in zum Theil beschränkter Weise zugelassen. Dieses Bedenken von Theorie und Praxis hat aber seine logische Rechtfertigung[17]). Dem Stipulator, Contrahenten selbst ist zwar versprochen, offerirt, acceptirt, allein etwas das ihn nicht angeht, mithin nicht Gegenstand seiner Forderung sein kann[18]); dem Dritten aber ist nicht versprochen, offerirt, acceptirt, eben darum der Promittent, Acceptant, Offerent auch nicht obligirt[19]) — man müßte denn an-

der Betheiligten hinauswirkt. S. aber auch Bekker, System II S. 97, β. Nach Leonhard, Anfechtbarkeit S. 39 soll das röm. Verbot „weder auf logischen, noch auf ethischen, sondern auf überaus verständlichen praktischen Gesichtspunkten beruhen", nämlich (S. 37. 38) den Promissar verhindern, zum Nachtheil seiner Gläubiger auf seine Kosten dem Dritten von einem Anderen eine Gabe zuzuwenden. Allein die Unzulässigkeit der Verträge z. G. Dr., welche hiernach hätte ius singulare für Schuldner sein müssen, präsentirt sich als ius commune, und es ist mindestens fraglich, ob nicht die Gläubiger benachtheiligende Verträge z. G. Dr. dem gemeinen Anfechtungsrecht unterlagen, auch wenn der Dritte Klagerecht gegen den Promittenten erhalten hätte.]

17) s. besonders l. 26 C. j. d. 5, 12: Si genero dotem dando pro filia pater communis eam reddi tibi extraneo constituto stipulatus est, nec sibi cessante voluntate nec tibi prohibente iure quaerere potuit actionem.

18) — inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unus quisque sibi adquirat quod sua interest — l. 38 §. 17 D. v. o. 45, 1. [Daher auch das Bedenken „propemodum nullius momenti est ea stipulatio, quia procuratoris, quod ad ipsius utilitatem pertinet, nihil interest sisti" in l. 14 D. si quis cautionibus 2, 11 und seine Hebung durch den Hinweis auf alienum negotium; cf. l. 81 §. 1 D. v. o. 45, 1 und Bd. II §. 270 Anm. 39 gegen Ende.] Vgl. ferner l. 97 §. 1 eod. [und Bd. II §. 239 Anm. 2. 3. Bd. III §. 423 Anm. 1 am E. S. aber auch unten §. 585 Anm. 21 und 22 und Gareis S. 143—146. — Die obige Begründung Ulpians in l. 38 §. 17 cit. gehört nach Schloßmann, Besitzerwerb durch Stellvertreter S. 57 Anm. 1 zu den „bei römischen Juristen bekanntlich nicht seltenen theoretischen Betrachtungen, auf die nicht viel zu geben ist. Die Stipulation ist überhaupt niemals ‚erfunden' worden." Wenn nicht Erfindung, müßte sie Offenbarung sein. Erfindung wäre auch die Reception. Die Erfindung könnte auch allmählich vollbracht worden sein. Vgl. §. 522 Anm. 13. Im obigen Zusammenhang erscheint die ulpianische Begründung nicht als eine Betrachtung, „auf die nicht viel zu geben ist". Pernice, Labeo III S. 189. 190 sucht darzuthun, daß l. 38 §. 17 von den citirten Worten ab justinianischen Ursprungs sei. Vgl. unten §. 585 Anm. 23. Was Pernice an Stil und Inhalt ausfetzt, kann sehr wohl auf Ulpians Rechnung kommen. Andernfalls müßte man auch die §§. 20—23 für interpolirt halten. Beachtenswerth Gömöry a. a. O. S. 42.]

19) — inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur — l. 83 pr. eod.

nehmen, daß dem Stipulator ꝛc. anstatt seiner promittirt ꝛc. worden sei; allein dann wäre stellvertretend, nicht blos zu Gunsten seiner gehandelt. Behauptet Unger, daß die Unwirksamkeit der Verträge zu Gunsten Dritter im römischen Recht keine „Consequenz der juristischen Logik, sondern ein Product der nationalen Ethik und zwar des Egoismus war“ [20]), so wird damit nicht nur der Satz, daß der Gegenstand unserer Stipulationen ein Gegenstand unseres eigenen Interesse sein müsse, sondern auch der, daß man, um aus Verträgen zu erwerben, etwas dazu thun müsse, als nationale Ethik erklärt. Denn die Verträge zu Gunsten Dritter sind seitens des Dritten nichtig, weil seinerseits gar nicht gehandelt ist, weder von ihm selbst, noch anstatt seiner. Entschiedene Rechtssätze werden so zu problematischen Principien verwandelt [21]).

Zu der logischen Rechtfertigung gesellt sich aber eine juristisch-constructive [22]). Ist der Vertrag zu Gunsten des Dritten wirksam, und zwar derart wirksam, daß unmittelbar dem Dritten erworben ist, dann enthält das alteri stipulari eine Vermögenszuwendung an den Driten, und zwar keine blos promissorische, sondern eine dative; der Stipulator hat dem Dritten im Momente des Contractes eine Forderung zugewendet, gegeben; was an sich von blos promissorischer Natur ist, wird in Einem zum dare [23]); überdies zu einem dare, bei dem der Empfänger in keiner Weise mitwirkt. Diese Verwendung des Contrahirens zum Geben erweitert zwar, aber vermengt auch die Urformen der Vermögenszuwendung: dieses Geben ohne Mitwirkung des Empfängers, sonst nur in Gestalt des Vermächtnisses möglich, überträgt was mortis causa zulässig weil notwendig ist, in die Geschäfte unter Lebenden, wo dies nicht nothwendig ist [24]).

---

20) Unger S. 4. S. 56. [Vgl. jedoch Bähr, Arch. f. civ. Pr. Bd. 67 S. 159.]

21) [Dieser Kritik zustimmend Gareis S. 139.]

22) [a. M. Gareis S. 226 Anm. 2. Wiederum Ryck, Schuldverhältnisse S. 466: „Eine solche Wirkung des Vertrages (nämlich Klagerecht des Dritten) ist unconstruirbar und juristisch unmöglich.“ In den Fällen 1—4 des §. 585 nimmt Ryck gesetzliche Cession an: unten §. 585 Anm. 7). Zur Construction s. Windscheid II §. 316a.]

23) [Dieser Satz ist mit sinnstörendem Druckfehler (provisorischer statt promissorischer) angeführt bei Leonhard, Anfechtbarkeit S. 47 Anm.]

Läßt man es hiernach dabei bewenden, daß Verträge zu Gunsten Dritter regelmäßig nichtig sind, dann dürften sie auch durch Ratihabition nicht giltig werden[25]). Denn was man vornherein zwar für einen Dritten, aber lediglich kraft eigenen Willens, im eigenen Namen stipulirt haben wollte, scheint nicht zugleich auf fremden Willen gestellt sein zu können — aus einem nicht stellvertretenden Akt scheint nicht nachträglich ein stellvertretender (— „nicht Wasser in Wein verwandelt" —) werden zu können[26]). Aber freilich ist die entgegengesetzte Annahme sehr verbreitet, was seinerseits nicht nur damit zusammenhängt, daß das alteri und das alieno nomine stipulari von der Jurisprudenz, sondern auch damit, daß es im Verkehre selbst gewiß häufig nicht auseinander gehalten wird. Wo eine solche factische Unentschiedenheit vorliegt, dürfte die Absicht der Stellvertretung zu präsumiren, Ratihabition also zulässig sein[27]).

§. 585.

Fortsetzung.

Was schließlich noch die Fälle anlangt, in denen eine Pactirung zu Gunsten Dritter diesen ausnahmsweise ein Klagrecht verschafft[1]), so stammen ihrer einige noch aus dem römischen Recht. So

---

24) vgl. Unger S. 23 fg. S. 35. S. 57. S. 34 unten. [Oben Bd. III §. 426 Anm. 3. Nach Ihering, Jahrb. Bd. 24 S. 138 „hat unsere moderne Theorie in der Lehre von den Verträgen z. G. Dr. denselben Schritt für das Verkehrsrecht gethan, den die römische für das Erbrecht bereits gemacht hatte". Mit dem Text für Fortdauer des röm. Princips von der Ungültigkeit der Verträge z. G. Dr. z. B. Cohen S. 63.]

25) Vgl. §. 581 Anm. 41. §. 583 Anm. 9 und S. 383 unten.

26) Unger S. 70.

27) [Bedenken gegen diese Präsumtion äußert Gareis S. 101/2.]

1) [Unterscheidung der gültigen Verträge z. G. Dritter von mehr oder weniger benachbarten Thatbeständen bei Gareis S. 33—48 vgl. S. 76 und aus neuerer Zeit z. B. Cohen, Vertr. z. G. Dr. (1891) S. 14—24. Vgl. oben §. 584 Anm. 4. — Den folgenden Fällen wäre noch anzureihen der in Bd. III §. 502 Anm. 11 erwähnte (utilis actio des Pupillen aus der zu seinen Gunsten einem Anderen gegebenen satisdatio rem pupilli sal-

1) der Einlösungsvorbehalt zu Gunsten des Schuldners bei der pignoris distractio [2]);

2) Restitutionsgedinge zu Gunsten der Frau oder ihrer Kinder bei Bestellung der Dos [3]);

3) die bei der Ausleihung oder Deponirung fremder Sachen getroffene Verabredung, daß an den Eigenthümer selbst restituirt werde [4]);

4) die Auflage der Weiterbegebung an Dritte bei der Schenkung [5]);

5) Verträge zu Gunsten der Erben [6]).

In allen diesen Fällen liegen besondere Gründe für die

---

vam fore). Nach den folgenden römischen Fällen s. noch die von Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 523–36 behandelten problematischen Contracts- insbesondere Fiscalmulten; diese sich über das alteri stipulari nemo potest hinwegsetzenden Leistungen sind im Vertrag dem schuldigen Theil zu Gunsten eines nicht contrahirenden Dritten, namentlich des Staats, auferlegt.]

2) l. 13 pr. D. pign. act. 13, 7. Unger S. 30—32. [Oben Bd. II §. 318 Anm. 30. §. 353 Anm. 25 — mit dem Erfolge, daß der Schuldner actionem pignoraticiam auf Cession der actio venditi gegen den Pfandgläubiger, oder aber rei vindicatio gegen den Käufer, oder in factum actio wider diesen (hier Vertrag in favorem tertii) hat, cf. l. 7 §. 1 D. distr. pign. 20, 5. Bedingt der Gläubiger sich die Einlösung, so steht dem Schuldner nichtsdestoweniger der Anspruch auf Cession der Klage zu: l. 7 pr. eod. S. auch Bd. II §. 284 Anm. 23. Knaus S. 29. Nach Bähr, Arch. f. civ. Pr. Bd. 67 S. 161 Anm. enthält l. 13 pr. cit. „nicht den Fall eines Vertrags zu G. Dr., sondern den Fall einer in Vertretung gestellten Vertragsbedingung."]

3) l. 45 D. sol. matr. 24, 3. l. 7 C. pact. conv. tam sup. dote 5, 14. [An die Stelle dieses Falles setzt dagegen Knaus S. 27. 28 die Ausbedingung einer Leistung an den Descendenten nach dem Tode des stipulirenden Ascendenten: Die ll. citt. „lassen sich nur im Zusammenhange mit l. 45 §. 2 D. v. o. 45, 1. l. 26 pr. D. depos. 16, 3. l. 9. l. 23 pr. D. pact. dot. 23, 4 und l. 4 C. pact. conv. 5, 14 richtig verstehen. Nicht der Umstand, daß der Vertr. z. G. des Dr. sich auf eine Dos bezieht, ist das Maßgebende, sondern der Umstand, daß der Dritte ein Descendent des Promissars ist". Oben Bd. III §. 482 Anm. 57. 58. §. 488 Anm. 12—15.]

4) l. 8 D. de exh. 3, 42 [Bd. II §. 284 Anm. 23 und oben §. 580 Anm. 16]; doch s. Unger S. 49. [Das quellenmäßige Merkmal der Fremdheit der Sache wird von Gareis S. 213 stillschweigend fallen gelassen. S. auch noch Ihering in s. Jahrb. II S. 116—120 und Dernburg, II §. 61 Anm. 9 zu l. 19 C. usur. 4, 32.]

5) l. 3 C. donat. quae sub modo 8, 54 (55). [Bd. II §. 284 Anm. 23 a. E., §. 303 Anm. 17 und oben §. 557 Anm. 19, vgl. Anm. 21. Zimmermann, Stellvertr. neg. gest. S. 63.]

6) l. 33 D. pact. 2, 14 [cf. l. 56 §. 1 in f. D. v. o. 45, 1.] l. 38 §. 12. §. 14. l. 137 §. 8 D. v. o. 45, 1. l. 5 pr. D. quib. mod. usfr. 7, 4 und l. un. C. ut act. ab her. 4, 11 gegen Gai. III, 100. 158 und l. 137 §. 8 D. v. o. 45, 1. [Vgl. oben §. 580 Anm. 7 und Bd. I §. 172 Anm. 69, ferner Windscheid II §. 316 Anm. 9. 10 und Knaus S. 27

Gewährung des pactum in favorem tertii vor [7]). In den ersten dreien handelt es sich um Sachen, die dem Dritten gehören, und um derentwillen diesem auch ohne Pactirung entweder schlechthin (3), theils unter Umständen (2), oder aber bis zur Pactirung Klagen zustehen (1) [8]). Durch die Pactirung des verkaufenden Gläubigers soll dem Schuldner nur was er bisher hatte noch eine Zeit lang gewahrt, durch die des Heirathgutstifters das Dotaleigenthum der Frau gegen gewisse Hinfälligkeiten gewahrt [9]), durch die des Deponenten am Ende dem Paciscenten selbst noch mehr gedient werden als dem Dritten [10]). Was insonderheit die Dotalfälle anlangt, so begreift sich wohl, daß „eine Mutter, die ihrer Tochter eine Dos bestellt, dieser die Rückgabe derselben wirksam ausbedingen kann", aber „nicht umgekehrt auch die das Heirathsgut selbst bestellende Tochter die Restitution der Dos an die Mutter"; der Jurist braucht hier dem Laien nicht mit dem Corpus juris [11]), sondern einzig mit der Bemerkung zu dienen, daß das Heirathsgut überhaupt für die Tochter (res

oben. Verträge zu Gunsten der Erben sind nicht für den Erblasser klagbar. Hierin ist dieser Fall von den vorigen verschieden; vgl. unten nach Anm. 14, jedoch auch Regelsberger, Arch. f. civ. Pr. Bd. 67 S. 16. Daß der Stipulant hier „das Forderungsrecht für sich intendirt" (oben §. 584 vor Anm. 3), möchte weniger zutreffen, als daß der Promittent ihm haftbar wird.]

7) [Zur Ableitung der in mehreren dem Tertius zustehenden utilis actio s. Bd. II §. 284 Anm. 23; die dort bekämpfte wiederum vertheidigt u. A. von Bähr, Arch. f. civ. Pr. Bd. 67 S. 158. 169, andrerseits Karlowa, Rechtsgeschäft S. 69—71. Die von den Neueren viel behandelte Frage, ob und wieweit der Klage des Dritten vom Promittenten Einreden entgegengesetzt werden können, welche dem Promittenten wider den Promissar zustehen, wird von den röm. Quellen nicht erörtert.]

8) [ad 1 nimmt Unger S. 30 (nach Fitting) auch einen Rückfall des Eigenthums durch Resolutivbedingung an (ut res inemta fieret). Vgl. oben §. 540 Anm. 22. — Auf die oben angegebenen „besonderen Gründe für die Gewährung des pactum in favorem tertii" scheint das in §. 584 nach Anm. 3 über das alteri stipulari Gesagte nicht zu passen. Daher auch der unten zu Anm. 15 betonte „weite Abstand".]

9) — ne commodo dotis defrudetur — l. 45 D. sol. matrimonio 24, 3 cit.

10) vgl. dazu Unger S. 49 und das zwar für einen anderen Fall gesprochene, aber auch hierher passende Wort: non sic enim illi per liberam personam adquiri, quam ipsi qui pactus sit consuli videmur — l. 27 §. 1 D. pact. 2, 14.

11) weder mit l. 7 C. pact. conv. 5, 14 noch mit l. 26 §. 4 D. pact. dot. 23, 4. [Oben Bd. III §. 488 Nr. 5, namentlich l. 61 (59) §. 1 D. sc. Trebell. 36, 1, nebst l. 19 pr. C. iure dot. 5, 12.]

uxoria), nicht für die Mutter ist[12]). — Der vierte Fall zeichnet sich dadurch aus, daß derjenige, welcher hier zu Gunsten des Dritten pactirt, nicht blos pactirt, sondern auch gibt, und zwar dasselbe gibt und schenkt, was der Dritte bekommen soll; — der letzte dadurch, daß zu Gunsten von Personen pactirt wird, welche das Forderungsrecht auch ohne Pactirung, ja dann von jeher unbestritten gehabt hätten[13]). — Abgesehen von diesen materiellen Unterlagen für die Herbeiziehung des Dritten geschieht diese fast allenthalben nur nebenher, durch pactum adjectum[14]); nur in dem letzten Fall, und auch hier nur da, wo nicht sibi heredique, sondern nur wo schlechthin heredi stipulirt wird, geht das ganze Geschäft im Vertrag zu Gunsten des Dritten auf, während es sonst überall an erster Stelle dem Handelnden selbst gilt. Von solch nebensächlicher, auf ein schon vorhandenes Recht des Dritten fußender Vergünstigung bis zu principaler und unterlagsloser Contrahirung zu Gunsten eines jeden Dritten ist ein weiter Abstand[15]).

12) s. dagegen Unger S. 56/57.

13) [Hiegegen Gareis S. 102 al. 2. S. obigen Text nach Anm. 14.]

14) [z. B. l. 13 §. 30 D. a. e. v. 19, 1 cf. l. 25 §. 1 D. loc. 19, 2 nebst Bd. II §. 331 Anm. 44: Der Pakt zwischen Verkäufer und Käufer gibt dem Miether keine Klage gegen den Käufer; für solche Klage Gareis S. 223. — Das obige „pactum adiectum" erscheint Gareis S. 225 Anm. 2 „nicht ganz unbedenklich; die Bestimmung (condicio) zu Gunsten des Dritten soll gar nicht losgelöst vom Gesammtvertrage gedacht werden". Das soll sie auch nicht nach der Meinung des Textes, wohl aber können Pfandverkauf, Dosbestellung, Ausleihung, Deponirung und Schenkung ohne einen Pakt z. G. des Dritten stattfinden. S. auch das oben Folgende und Gareis S. 248: „Es ist davon auszugehen, daß die lex contractus, welche dem Dritten das Recht zuwendet, nur im Gefolge eines anderweiten Vertrags auftritt und nur in dieser Verbindung gültig ist . . ." Das „pactum adiectum" unterscheidet auch die Fälle sub 2—4 wesentlich von dem durch Windscheid II §. 316 Anm. 7a aus l. 5 §. 4 (l. 6 §. 2) D. neg. gest. 3, 5 entnommenen, wo die a. neg. des Dritten nicht einem Vertrag, also auch nicht einem Vertrag z. G. Dr. entspringt, daher auch nach Windscheid „dieser Fall eigentlich nicht hierher gehört". Freilich betrachten Manche (namentlich Siegel) den Rechtserwerb des „Dritten" in keinem der Fälle als vertragsmäßigen. S. Gömöry, Der Vertr. z. G. Dr. (Dissert. Zürich 1890) S. 15—18. Dem gegenüber spricht Amira, Nordgerm. Obl.R. I S. 363 von einer „aprioristischen Vertragsdefinition, wonach Promissar allemal nur der Gläubiger sein kann".]

15) [Nach Gareis S. 103 ist „die Erforschung der Motive der röm. Ausnahmefälle unzweifelhaft von eminentem Werthe für Theorie und Praxis. Brinz hat in der Aufsuchung derselben entschieden den richtigen Weg betreten, und es ist zu bedauern, daß er auf demselben nicht noch zwei weitere

Von den neueren Fällen haben die meisten, sichersten und bedeutsamsten entschieden den Charakter von Geschäften, die mortis causa erfolgen, und können darum nicht für einen Fortschritt der Verträge zu Gunsten Dritter inter vivos angeführt werden. So der Einkauf der Ehefrau in eine Wittwenkasse, und die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter[16]). Aber auch die bäuerlichen Gutsabtretungen sind der heredis institutio vergleichbar, und darum die hier zu Gunsten Dritter unterlaufenden Gedinge den Vermächtnissen.[17]) Daß in Ehestiftungen den Kindern erster Ehe, oder außerehelichen Kindern ohne deren Vertretung etwas „ausgemacht" werden könne, ist nicht unbestritten[18]); „Halfter-" und „Handgelder"[19]) dürften eher als eigenes Interesse des Verkäufers und blos für diesen klagbar sein[20]).

In dem alteri stipulari kann ein eigenes Interesse des Stipulators enthalten sein[21]); da ist der Vertrag in der Person des Stipulators giltig und klagbar, von einer Ausnahme keine Rede[22]). Eine Giltigkeit aus diesem

---

Schritte gethan hat." Diese „Schritte" (nämlich die „Präcisirung des Gemeinsamen" in den römischen und den modernen Fällen, sowie die „Anerkennung eines modernen, demnach vielleicht schon im röm. R. fundirten Princips" sind von Brinz nicht blos nicht „gethan", sondern als unthunlich angesehen worden. S. den oben folgenden Text. G. selbst erblickt jenes „Gemeinsame" in der „gewollten Reflexwirkung auf Grund einer darauf gerichteten Bestimmung des Vertrags" (S. 214. 269). Hierüber Zimmermann S. 75—77 Anm. 91.]

16) Unger S. 83. 84. [Oben Bd. II §. 307a Anm. 8. 9.]

17) Unger S. 82.

18) Unger S. 81 Nr. 3.

19) Unger S. 82 Nr. 4.

20) [a. M. wohl Bähr, Arch. f. civ. Pr. Bd. 67 S. 166 und Danz Forderungsüberweisung S. 119 Anm. 1, zustimmend z. B. Cohen, Vertr. z. G. Dr. S. 48. S. ferner Brinz, M. Vierteljschr. Bd. 27 S. 432/3 gegen die Annahme eines Vertrags z. G. Dr. bei der Hypothekenschuldübernahme durch den Grundstücksverkäufer. Vgl. Bähr, Jher. Jahrb. XI S. 396. Regelsberger, Arch. f. civ. Pr. Bd. 67 S. 5—9. 24—31. Bähr, ebenda S. 176 fg. Danz, a. a. O. S. 126—132. 142—152 sieht in der sog. privativen Schuldübernahme einen Vertrag z. G. Dr. und „gerade den häufigsten Fall". Dagegen Lotmar, Lit. Centralblatt 1886 Sp. 1529 und Regelsberger, M. Vierteljschr. Bd. 28 S. 298. Im Fall sog. cumulativer Schuldübernahme erblickt Vertrag z. G. Dr. Gareis S. 43. 258. 272. 289—291.]

21) z. B. §. 20 J. inut. stip. 3, 19. l. 38 §. 23 D. v. o. 45, 1. [Vgl. oben §. 584 Anm. 18 und Windscheid II §. 316 Nr. 1.]

22) §. 20 J. cit. l. 38 §§. 20—23. l. 118 §. 2 D. v. o. 45, 1. l. 3

Grunde läßt sich durch Pönalstipulationen künstlich herstellen [23]).

VI. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

Begriff.

§. 586.

Beide, die nichtigen wie die blos anfechtbaren Geschäfte, setzen irgend ein Dasein des Geschäftes voraus [1]). Allein während

C. inut. stip. 8, 38 (39). [l. 9 C. loc. 4, 65 (Knaus S. 12). Unger a. a. O. S. 16/7. Gareis a. a. O. S. 27. 53. 143—146. Ueber und gegen Klagrecht des Promissars auf die Leistung an den Dritten s. daselbst S. 250—254, womit das Problem nicht erledigt ist. Ueber die „Rechte des Promissars" Knaus S. 12—23 mit dem Ergebniß: „Die Ausdehnung des Begriffes „Interesse" auf das Affectionsinteresse und die Hingabe eines Aequivalentes brachte es mit sich, daß man praktisch ganz allgemein dem Promissar eine Klage aus Verträgen z. G. Dr. zu geben in der Lage war": argg.: l. 37 §. 3 D. leg. III, l. 13 pr. D. pign. act. 13, 7 und das mandatum aliena gratia. Aehnliche Entscheidung, aber ohne triftigen Grund, bei Seeler, Conventionalstrafe S. 59 oben. — Unger S. 62 läßt aus dem echten Vertr. z. G. Dr. dem Promissar keine actio entstehen. Die l. 26 C. j. d. 5, 12, die er dabei anruft, gibt keinen Beleg, da die Worte nec sibi cessante voluntate sagen wollen: Der Vater könne nicht auf Rückgabe an sich selber klagen, weil er das nicht gewollt habe. Daß er auch die Rückgabe an den extraneus nicht gewollt habe, ist unrichtig. Wenn er nicht auf Rückgabe an den extraneus klagen kann, so muß dies einen anderen Grund als den Mangel des Willens haben. S. auch Bd. II §. 284 Anm. 23 („Allein mehrfach steht . . . auch dem Paciscenten eine directa actio aus seinem „Gedinge zu" ꝛc.) und oben Anm. 6 a. E.]

23) §. 19 J. inut. stip. 3, 19. l. 38 §. 17 D. v. o. 45, 1. [Vgl. Bd. II §. 239 Anm. 5. Pernice, Labeo III S. 193 hält das für justinianisches, nicht classisches Recht. S. oben §. 584 Anm. 18 gegen Ende.]

1) [Nichtigkeit und Anfechtbarkeit sind nur bei Rechtsgeschäften, nicht bei gemeinen Handlungen möglich: vgl. Bd. III §. 494 Anm. 23. Bd. II §. 245 Anm. 14, hier oben S. 12 und l. 1 §. 4 D. a. v. a. p. 41, 2: res facti infirmari iure civili non potest. — Da es ein Dasein für das Recht und ein Dasein für die Welt des Factischen gibt (vgl. Exner, Tradition S. 285 Anm. 105), so ist es keineswegs, wie Bülow, Arch. f. civ. Pr. Bd. 62 S. 77 sagt, „eine entsetzliche Rechtsvorstellung", die die Römer „empört" hätte, daß man das Nichtsein (im ersten Sinne) oder die Nichtigkeit als „eine Eigenschaft von etwas Existirendem" hinstellt; z. B. nuda et imaginaria venditio pro non facta est: l. 55 D. c. e. 18, 1. Schon nach Schloßmann, Lehre vom Zwange S. 14, 17 gibt es „in einem wissenschaftlichen Sinne weder gültige noch nichtige Geschäfte", und ist es unmöglich „die Nichtigkeit als eine Eigenschaft von Rechtsgeschäften anzusehen". Allein damit daß man eine gewisse Widersinnigkeit solcher Anschauungs- und Sprechweise aufzeigt, ist keineswegs „die Unmöglichkeit dargethan", die Nich-

das nichtige nach der herrschenden Auffassung blos zur äußeren Erscheinung gelangt, rechtlich betrachtet also nicht vorhanden ist [2]) und nur mißbräuchlich noch Geschäft heißt [3]), hat das anfechtbare rechtliches Dasein. Ein rechtliches Dasein haben aber (nach der Eigenthümlichkeit der römischen Rechtsentwicklung) manche Geschäfte, denen zwar jede rechtliche Wirksamkeit, allein denen sie nicht ipso jure, sondern ope exceptionis abgeht; solche Geschäfte zählt man insgemein zu den anfechtbaren [4]). Damit geräth man jedoch in einen Widerspruch. Denn fast

---

tigkeit „als einen Rechtsbegriff eigenthümlichen Inhalts zu behandeln" (Schloßmann S. 17). Für die Zweckmäßigkeit des herkömmlichen Sprachgebrauchs Thon, Rechtsnorm S. 352/3, ähnlich Zitelmann, Irrtum S. 287. 299. 300, längere Rechtfertigung bei Leonhard, Irrthum S. 295—301, s. ferner Endemann, Civilrechtl. Wirkung der Verbotsgesetze S. 77 und Hölder S. 305. Vgl. auch die Controverse oben §. 522 Anm. 3 im ersten Theil.]

2) [s. z. B. Bruns, Pandektenfragmente, Kleine Schriften II S. 456. Eine „Fiction", wie Gradenwitz, Ungültigkeit obligator. Rechtsgeschäfte S. 199, kann man dies nennen nur in dem Sinne, in dem die ganze Rechtswelt eine „Fiction" ist, dieweil die sog. Rechtswirkungen nicht sinnlich wahrnehmbar sind. Ueber das Wesen der Nichtigkeit und gegen die Annahme einer Fiction Endemann, Verbotsgesetze S. 78. 79.]

3) l. 2 §. 1 D. test. quemadm. ap. 29, 3, cf. l. 70 D. fidej. 46, 1. [l. 4 §. 6 D. re iud. 42, 1. l. 1 §. 2 D. quod quisque iuris 2, 2 (aus Schloßmann, Zwang S. 16, 17). Diese „mißbräuchliche" Benennung kommt so häufig vor, daß man von Sprachgebrauch reden muß. Zurückführung desselben auf die animi destinatio bei Lotmar, Causa S. 13 vgl. S. 11, 12 und s. auch Zitelmann, Irrtum S. 287/8 und Wetzell, Vindicationsproceß S. 22. — Wenn die Cession einer Forderung gegen den Mündel an den gegenwärtigen oder den ehemaligen Vormund nichtig ist und als Strafe den Verlust der Forderung nach sich zieht (Bd. II §. 285 Anm. 29, Bd. III §. 498 Anm. 42), so hat hier nicht ein nichtiges Geschäft Rechtswirkung, sondern der als Rechtsgeschäft nichtige Thatbestand ist ein rechtswirksames Delict. Ferner oben §. 524 Anm. 9. S. auch l. 9 pr. D. lege Corn. 48, 10 (Si quis legatum sibi adscripserit, tenetur poena legis Corneliae, quamvis inutile legatum sit) und Bd. III S. 866 fg. Vgl. oben §. 522 Anm. 4 gegen E. nebst Thon, Arch. f. civ. Pr. Bd. 80 S. 71, Regelsberger, Pand. I §. 129, VI. — Hierher würde auch die seit Jhering von Vielen an den Thatbestand eines nichtigen Geschäfts geknüpfte Verbindlichkeit zum Schadensersatz gehören. Wegen dieser problematischen Rechtsfolge s außer (unten) §. 588 Anm. 16 fg. 21 und (oben) §. 524 Anm. 10 nebst den dort Citirten noch Zitelmann, Irrtum S. 301, Gardeike, Verträge, unter Abwesenden S. 133—142, Bechmann, Kauf II S. 38 oben, S. 430—39, 442, 443, Ennecceruś, Rechtsgeschäft S. 141—43, Krückmann, Vertragsschluß S. 108—110. Weitere Beispiele bei Adolf Schmidt, Zur Lehre von der Wirkung der Rechtsgeschäfte S. 22.]

4) Savigny, System IV S. 537, b. S. 539 Abs. 2. Puchta §. 67, b. Wächter, Württ. Privatr. II §. 69. S. 509 vgl. §. 86, I. Arndts §. 79. Windscheid §. 82. I. Unger, Oest. Privatr. §. 91. Z. 3 und B S. 159. [Vgl. oben Bd. I §. 106 Anm. 4, ferner Baron §. 64 zu Anm. 8, Wendt, Pand. S. 165/6, S. 259.]

mit derselben Einstimmigkeit, mit welcher man die exceptionsmäßigen Geschäfte sämmtlich zu den blos anfechtbaren rechnet [5]), bezeichnet man die anfechtbaren als solche, welche nicht blos rechtliches Dasein, sondern auch rechtliche Wirksamkeit, und zwar beides bis zur gelungenen Anfechtung haben [6]); ein Theil der exceptionsmäßigen Geschäfte [7]) hat aber wie bemerkt nur nominelles Dasein, entbehrt der rechtlichen Wirksamkeit, und entbehrt ihrer von vornherein, nicht erst von der Excipirung an [8]).

5) [Dawider z. B. Thon, Rechtsnorm S. 263 Anm. 79, Gradenwitz, Ungültigkeit S. 12. S. 311. 312, Hölder S. 306 a. E. und für die obligatorischen Geschäfte Mitteis, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 132 (obwohl er hier auch nicht Nichtigkeit annimmt: unten Anm. 9).]

6) Die in Anm. 2 angeführten Autoren außer Windscheid.

7) [Die übrigen sind diejenigen, welche mit einer dilatorischen, oder mit einer zur Anfechtung dienenden (vgl. Anm. 38) Einrede behaftet sind. Diese Einreden sind „gegen rechtsbeständige Ansprüche gerichtet": Bd. I S. 379 vor al. §. 108 Anm. 2. S. ferner Bd. II §. 255 Anm. 33—37. Ferner dürften diejenigen hierher gehören, welche mit exceptio in personam oder mit exceptio personae cohaerens behaftet sind: Bd. I S. 372 al. 2, Bd. II §. 297 Anm. 33—55. Thon, Rechtsnorm S. 267—79 würde hierher die von ihm sog. rechtsverfolgenden Einreden rechnen, denen er die Anfechtungseinreden zuzählt. Ausführlich von diesen rechtsverfolgenden handelt er in Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 37—84; dabei betont er S. 62—64, daß auch der mit einer dilatorischen Einrede behaftete Anspruch einstweilen für keinen zu gelten hat (so schon Lenel, Exceptionen S. 111. 112) und nur dann nicht, wenn die dilatorische eine rechtsverfolgende (d. h. einen Gegenanspruch erhebende) Einrede ist. Für Thons Unterscheidung rechtsverneinender und rechtsverfolgender Einreden Regelsberger I S. 685.]

8) Oben Bd. I §. 106 (besonders die Stellen in Anm. 1 u. 2 [und bei Lenel, Exceptionen S. 108] nebst l. 8 D. cond. ob turp. cau. 12, 5 — causa stipulationis, quae propter exceptionem inanis esset —. [l. 16 §. 1 D. sc. Vell. 16, 1. l. 14 pr. D. quod metus 4, 2; gegen die Beweiskraft solcher Stellen Bekker, Syst. I S. 92 u. II S. 237/8). Oben Bd. I §. 108. Bd. II §. 255 Anm. 25. 26. 31. 39. §. 262 Anm. 19. §. 291 Anm. 11.] Bd. IV §. 551 zu Anm. 6. 7. [Wegen der neueren Litteratur dieser Frage s. Windscheid (6. Aufl.) §. 47 Anm. 1 u. §. 82 Anm. 3. Seitdem Gradenwitz, Ungültigkeit S. 307—313: gegen den Fortbestand des Unterschiedes von Nullität und Inanität (Exceptionsmäßigkeit), aber für Unterscheidung „zwischen dem was der Richter ex officio und dem was er nur auf Antrag der Partei berücksichtigen soll". Aber die nöthigen Unterscheidungsmerkmale können wir nicht dem Corpus juris entnehmen: Gradenwitz S. 325/6 und Bekker, Syst. I S. 91. Endemann, Verbotsgesetze, S. 18. 19, anerkennend, daß die prätorischen Exceptionen „auch Nichtigkeit bewirken können". Im Ergebniß mit Gradenwitz zusammentreffend Mitteis, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 139, S. 133: „Vor unterlassener Bestreitung übt die exceptivische Forderung gar keine Wirkung". S. jedoch auch Anm. 9. Für Fortbestand der alten exceptio Wendt §. 96. Nach Ubbelohde, Interdicte I S. 487 nimmt sie dem Interdicte „die verbindliche Kraft, obgleich deren positive Voraussetzungen vorliegen". Für praktische Gleichgültigkeit des Liberirtseins ipso iure und des Liberirtseins ope exceptionis Koschembahr-Lyskowski, Theorie der

U. E. ist das blos nominell-rechtliche Dasein dem blos factischen gleichzustellen, mithin jedes Rechtsgeschäft (Contract), aus welchem blos eine peremtorisch exceptionsmäßige Forderung entspringt, den nichtigen Geschäften beizuzählen[9]), und zwar den total nichtigen, wenn ihm jede Wirksamkeit abgeht, den theilweise nichtigen, wenn ihm blos die Offensive der actio abgeht, die Defensive der naturalis obligatio zusteht[10]). Als blos anfechtbare Geschäfte sind nur die vorderhand vollkommen wirksamen Geschäfte festzuhalten.

Vielleicht wendet man ein, daß die hier gemeinten peremtorisch exceptionsmäßigen Forderungen immer noch von gewisser reeller Bedeutung sind: Forderungen, welche man durch ein pactum de non petendo aufgegeben, können durch ein pactum ut petatur wieder klagbar[11]), exceptionsmäßige Forderungen jeder Art können durch ein legatum debiti rechtsbeständig werden[12]). Von diesen zwei Bedeutsamkeiten gehört nun aber

Exceptionen I S. 24 Anm. 36. S. 42/3. Nachdrücklich und oft (z. B. S. 71. 72. 75–7. 79. 81. 83–5. 98. 115. 147/8. 164) macht er überhaupt und an Beispielen geltend, daß die exceptio in der Regel eine „Abänderung des objectiven Rechts" darstellt. Nach Regelsberger I S. 635 Nr. 4 war die exceptio „zuweilen Ausdruck einer Nichtigkeit, die wegen ihres prätorischen Ursprungs in das Gewand der exceptio gekleidet werden mußte". Die heutige Geltung und die Beibehaltung des Namens der exceptio verwirft er §. 192 — insofern mit Brinz übereinstimmend. Indem er dafür nach Thon rechtsverfolgende und rechtsverneinende Einreden unterscheidet unabhängig vom römischen Gegensatz der exceptivischen und der direkten Verneinung, entscheidet er auch die Frage, ob z. B. das erzwungene Geschäft und das antimacedonianische Darlehen nichtig, oder anfechtbar sei, nicht nach der römischen exceptio — insofern von Brinz abweichend.]

9) [Brinz, M. Vierteljschr. Bd. 14 „Gibt es noch Exceptionen?" S. 222 Nr. 6. S. 223 Anm. 23. Vgl. auch Czyhlarz, Jher. Jahrb. Bd. 13 S. 33–36 sowie S. 48 und oben §. 533 Anm. 13 g. E. Gegen „Nichtigkeit" des mit exceptio behafteten obligatorischen Geschäfts Mitteis a. a. O. S. 133, 139, s. unten Anm. 18.]

10) vgl. unten §. 587. I. 3. Influenz der naturalis obligatio: Wenn es in l. 40 pr. D. cond. ind. 12, 6 heißt: qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest: sed hoc non est perpetuum, so ist mit diesen letzten Worten nicht gesagt, daß der Grundsatz Ausnahmen habe, sondern nur daß die exceptio nicht durch eine naturalis obligatio aufgewogen werden darf.

11) Ebenso mit Bezug auf die exceptio metus l. 4 C. his quae vi 2, 19 (20): — si . . non postea eam (scil. venditionem) consensu corroborastis — Lenel, Exceptionen S. 133, woselbst auch Einschränkung: unten Anm. 18.

12) l. 28 pr. D. leg. I. l. 13 D. lib. leg. 34, 3. Oben Bd. I §. 106

die erste nicht hierher; denn wenn z. B. eine Darlehensforderung durch pactum d. n. p. aufgegeben wurde, ward dadurch zwar das Forderungsrecht, aber nicht mehr das Darlehensgeschäft, das seine Aufgabe längst erfüllt hatte, berührt; von der Aufhebung, Vernichtung des Geschäftes muß man die seiner Wirkungen überhaupt und wohl unterscheiden [13]). Die andere gehört zwar allerdings hierher. Denn ohne Zweifel kann ein Schuldner auch Schulden, die sofort bei ihrer Entstehung exceptionsmäßig sind, vermachen; hier läßt sich zwischen Exceptionsmäßigkeit des Rechtes und des Geschäftes nicht mehr unterscheiden; in und mit der Schuld erlangt auch das Geschäft durch das legatum debiti seine Bedeutung. Allein diese Bedeutsamkeit ist zuvörderst keinesfalls von der Art, daß man das Geschäft ein blos anfechtbares, d. i. bis zur Rescission rechtsbeständiges nennen darf. Umgekehrt ist es an sich nichts, und wird erst durch den späteren Willen, durch ein weiteres Geschäft des Schuldners (legatum) etwas; im Gegensatze zur Rescindirbarkeit haben wir hier eine Reactivirbarkeit vor uns [14]). Wer aber ein Geschäft um seiner bloßen Reactivirbarkeit willen als ein nichtiges zu bezeichnen Anstand nehmen wollte, müßte

---

Anm. 9 fg., [vgl. §. 111 Anm. 6 fg. — Dem im Text vom pactum Gesagten ist in einem Handexemplar ein Fragezeichen beigesetzt. Auch ist die im obigen Text gegebene Erklärung von der in Bd. I l. c. etwas verschieden. Mit Bezug auf die daselbst in Anm. 9 cit. angeführten drei Erscheinungen heißt es am Rande des Handexemplars: Alle laufen auf Effecte hinaus, die nur mit dem Willen des Schuldners selbst da sind; die peremtorisch exceptionsmäßigen Schulden sind etwas, wenn der Schuldner will; so kann sich auch der ipso jure befreite Schuldner delegiren lassen. Eine Schuld aber, die nur etwas bedeutet, wenn Schuldner will, kann keine wahre Schuld mehr sein; denn mit diesem Willen kann man Schulden neu gründen, neue Vermächtnisse hinterlassen. Der Unterschied jenes pactum ut petatur, des legatum debiti und auch der Delegaiton des ope exceptionis befreiten Schuldners von neuer Schuldcreirung, originärem Vermächtniß und Delegation eines non debitor ist nur der, daß jene an ein nominelles Dasein anknüpfen. Wegen der Novation s. auch noch Bd. II §. 282 Anm. 11 und 13.]

13) vgl. Windscheid §. 82 Anm. 1 [und l. 31 D. r. j. 50, 17: Verum est neque pacta neque stipulationes factum posse tollere. — Im Einklang mit dem oben und Bd. I §. 106 nach Anm. 11 vom pactum Gesagten Lyskowski a. a. O. S. 94—96. 101.]

14) Anders Lenel, Exceptionen S. 128 Anm. 2. 130; er faßt „den Nachlaß der exceptio" (unten Anm. 17) in dem legatum debiti als Ersatz der exceptionsmäßigen Schuld durch eine exceptionsfreie. (?) [Vgl. oben Bd. III §. 415 Anm. 62.]

vor allem aufhören, von „heilbarer Nichtigkeit" (§. 589) zu reden [15]). Ueberdies ist zu bedenken, daß der exceptionsweise nichtige Contract nur durch Vermächtniß reactivirbar ist, daß, gewiß mehr damit das Vermächtniß als damit die Schuld etwas sei, reactivirt wird.

Aller Wahrscheinlichkeit nach ist übrigens die Thatsache, daß eine exceptionsmäßige Forderung in Ansehung der indebiti condictio, compensatio, novatio [16]), kurz mit Ausnahme jener zwei Reactivirbarkeiten, in allen reellen Beziehungen gerade so sehr Nichtforderung ist wie die ipso jure nichtige Forderung, zeitlich wie logisch erst eine Folgerung aus der anderen Thatsache gewesen, daß solchen Forderungen prozessualisch mit einer exceptio begegnet werden konnte — die materielle Exceptionsmäßigkeit oder Vitiosität eine Folge der prozessualen. Es klingt wie eine Reminiscenz an diese Genesis, wenn die römischen Juristen die Legirbarkeit der exceptionsmäßigen Schuld auf einen Erlaß der exceptio stützen [17]). Allein mehr als eine Reminiscenz oder vielmehr als eine vereinzelte Verwerthung eines historischen Grundes für einen praktischen Zweck ist diese Berufung auf einen Verzicht nicht. Daß man überhaupt durch Verzicht auf die Exception die peremtorisch exceptionsmäßige Forderung zahlbar, compensirbar, novirbar, constituirbar, daß der Schuldner durch seinen Eigenwillen allgemein rechtsbeständig machen könne, was von Magistrats-, Senats-, von Gesetzes- oder sonst von Rechtswegen exceptionsmäßig, vitios ist, kommt

15) Von einem Geschäft, Recht, das im übrigen nichtig, aber durch ein neues Geschäft activirbar ist, läßt sich nicht sagen, daß es „blos anfechtbar" sei, sondern nur daß es heilbar sei, so daß in derartiger Erscheinung nur ein Grund zur Unterscheidung innerhalb der Nichtigkeit liegt: in eine heilbare und unheilbare — besser (weil Heilung an die Wiederherstellung aller Effecte mahnt) in verwerthbare und nicht verwerthbare. [Vgl. unten Anm. 27, jedoch auch §. 589 eingangs.]

16) [Bd. I §. 106 Anm. 11. Bd. II §. 282 Anm. 11. §. 297 Anm. 45. 46 vgl. 40.]

17) — intellegendum erit exceptionem eum remitti creditori voluisse. l. 13 D. lib. leg. 34, 3 vgl. l. 12 D. nov. 46, 2: Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur — cf. l. 19 eod. l. 28 pr. D. leg. I. l. 95 §. 2 D. solut. 46, 3. Hier ist die prozessuale Exceptionsmäßigkeit als Grund der materiellen, und in dem Verzicht auf jene der Verzicht auf diese gedacht.

nicht vor[18]). Die Beseitigung der exceptio SC. Vellejani[19]) ist eine Erneuerung der Intercession selbst[20]), die der exceptio SC. Macedoniani eine Anerkennung der ohnedies fortdauernden naturalis obligatio[21]). Im Prozesse freilich kann der Schuldner auf die zuständige Exceptio verzichten; allein da kann er auf alle Defension, auch die Negation verzichten[22]); materiell anders als es an sich oder zuvor war, wird dadurch das klägerische Recht nicht[23]).

18) [S. auch Lenel, Exceptionen S. 133. Dagegen Karlowa, Rechtsgeschäft S. 136 und mit Bezug auf die exceptionsmäßige Forderung Mitteis a. a. O. S. 133—135: „Alle ihre Wirkungen treten erst dann ein, wenn der Schuldner im Prozeß die Excipirung unterlassen oder sonst auf die Einrede verzichtet hat. . . . Der Verzicht auf die Exceptio erscheint demnach als eine suspensive Bedingung, welche die bis dahin in suspenso befindliche und unwirksame Obligation erst zur Existenz bringt." Die Obligirung wäre demnach in das Belieben des Schuldners gestellt, von der Bedingung si volam abhängig (oben §. 539 Anm. 36. 37). Gegen diese Construction s. Bd. I §. 106 Anm. 9—12 vgl. §. 111 Anm. 6 fg. (worauf Mitteis nicht reflectirt hat) und die oben in Anm. 12 angeführte Randnote des Verfassers. Vgl. unten Anm. 27. — Bekkers „Verzicht auf negative Rechte" (System II §. 108) gehört insofern nicht hierher, als dieser auch den Verzicht auf Anfechtungsrechte umfaßt, und als für ihn das mit exceptio behaftete Recht nicht ein Nichtrecht, auch kein Nochnichtrecht, sondern ein „gehemmtes" Recht ist (Bd. I §. 28 Note b). Lyskowski a. a. O. S. 111 führt aus, daß die Verzichtbarkeit mit der Natur der exceptio nichts zu thun hat. Nach Regelsberger I §. 192 S. 686 kann nur auf die rechtsverfolgenden, nicht auf die rechtsverneinenden Einreden verzichtet werden.]

19) Bd. II §. 263 Anm. 2 Nr. 1. [Daß diese exc. Vellejani (im vorjustinianischen Recht) Nichtigkeit geltend macht, nicht zu den rechtsverfolgenden Einreden gehört, legt ausführlich dar Thon, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 78 bis 84, mit Hinweis auf Gradenwitz, Nachfolge bei Mitteis, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 95.]

20) — videtur . . . in secunda cautione sese obnoxiam facere — l. 22 C. h. t. 4, 29; — oportet . . rursus aliam professionem scribendam esse — Nov. 61 c. 1 §. 1 in f.

21) l. 7 §. 16 — l. 9 pr. D. h. t. 14, 6. l. 2 C. h. t. 4, 28. [Bd. II §. 297 Anm. 44, und die dort weiter erörterte und bejahte Frage, ob nicht auch abgesehen von der Anerkennung der naturalis obligatio ein Verzicht auf das Beneficium des Senatsschlusses möglich sei (unten §. 589 Anm. 6).]

22) Vgl. Bd. I §. 106 Anm. 8.

23) [Beistimmend Lenel, Exceptionen S. 131 Anm. 2, Birkmeyer, Exceptionen S. 57. — Durch obigen Satz dürfte der von Mitteis a. a. O. S. 135 gegen den vorigen erhobene Vorwurf „einer offenbaren Verwechslung" gegenstandslos gemacht sein. Bei der von Brinz bestrittenen Argumentation sei selbstverständlich vorausgesetzt, „daß der Schuldner eben nicht auf die Defension im Allgemeinen, sondern gerade nur auf die Exceptio verzichtet hat; unter dieser Voraussetzung wird es nun von Bedeutung, daß dieselbe nicht wie andere Vertheidigungsmittel ex officio berücksichtigt werden darf". Nach Brinz wird der Schuldner, der nicht excipirt (mag er gleich defendiren, nämlich die Schuld verneinen), ebenso materiell zu Unrecht verurtheilt,

Daß Ungiltigkeit als ein die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit umfassendes Wort gebraucht werde[24]), sollte nicht erlaubt sein. Denn anfechtbar ist was ungiltig werden kann, um eben deswillen nicht ungiltig ist[25]). Windscheid[26]) wendet zwar ein, daß das anfechtbare Rechtsgeschäft um eben deswillen, weil es anfechtbar ist, in seiner Kraft gehemmt sei, und zwar so gehemmt wie das nichtige; allein das trifft nur bei jenen peremtorisch exceptionsmäßigen Contracten zu, welche wir um eben ihrer materiellen Nichtigkeit willen aus dem Kreise der blos anfechtbaren Geschäfte ausweisen zu müssen glaubten[27]); daß ein in Wahrheit der bloßen Anfechtung ausgesetztes Geschäft gleich einem nichtigen wirkungslos („in seiner Kraft gehemmt"), daß z. B. ein testamentum inofficiosum gleich einem

wie z. B. der Schuldner, der gezahlt, oder unter einer deficirten Bedingung versprochen hat, mag er sich auf die Zahlung oder die Deficienz der Bedingung berufen haben, oder nicht, mag diese Berufung für die Freisprechung erforderlich, oder die Berücksichtigung jener beiden Thatsachen ex officio geboten sein. Führt die exceptio nur auf beklagtisches Vorbringen, jede andere Einredethatsache auch ohnedies zur Absolution (vgl. Gradenwitz oben in Anm. 8), so würde (im Sinne des Textes) davon der Ausgang des Prozesses, nicht der materielle Bestand des klägerischen Rechts betroffen sein. Nach Lyskowski, a. a. O. S. 113. 79. 81 hat „die Unterscheidung zwischen Einreden, welche nur auf Antrag, und solchen, welche ex officio berücksichtigt werden, mit der exceptio nichts zu thun". S. auch Regelsberger I §. 174 Anm. 20.]

24) Windscheid §. 82 Nr. 1. vgl. Unger, öst. Privr. §. 91 Anm. 3a, [Leonhard, Irrthum S. 313 al. 1, Schey, Obligationsverhältnisse I S. 154 Anm. 101. Dernburg I §. 120 spricht statt von ungültigen, von „fehlerhaften" Geschäften (die entweder nichtig oder anfechtbar sind), Regelsberger, Pand. I §. 174 ebenso von „mangelhaften".]

25) vgl. Wächter, württ. Privr. § 86. 5 [und Pand. Bd. I S. 422, II. S. 423, 1 und besonders nachdrücklich S. 424 Anm 14.] Unger a. a. O., [sowie oben Bd. I §. 115 S. 408. Schloßmann, Zwang S. 20. Zimmermann, Stellvertretende neg. gestio Anm. 183. Thon, Rechtsnorm S. 274 zu Anm. 113. Anderseits Gradenwitz, Ungültigkeit S. 322: „weil unbedingte Wirkung beabsichtigt war, während blos resolutiv bedingte eintritt, weil weniger erreicht als gewollt wird, darum gehören die anfechtbaren Rechtsgeschäfte unter die ungültigen".]

26) §. 82 Anm. 7 [und dagegen auch Lange, Wirkung des rechtsgeschäftlichen Zwanges S. 5 Anm. 2.]

27) [Nach Mitteis, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 139 begründen die Exceptionen, die nur auf Antrag inserirt wurden, „auch heut eine auf Antrag zu berücksichtigende, daher resolutiv bedingte und heilbare Ungültigkeit, welche jedoch weder mit Nichtigkeit noch mit Anfechtbarkeit zu identificiren ist". Angesichts des bei und in Anm. 15 Gesagten ist es nur Sache der Terminologie, die durch exceptio bewirkte Ungültigkeit obligatorischer Geschäfte als eigene Art der Ungültigkeit anzuführen, oder als heilbare Nichtigkeit zu bezeichnen. Vgl. Schey, Obligationsverhältnisse I S. 156 Anm. 116. S. 157 Anm. 121.]

testamentum nullum von jedem Interessenten (z. B. auch einem pflichtmäßig Exheredirten) als nicht vorhanden zu behandeln sei, ist nicht der Fall. — Wohl aber ist Ungiltigkeit ein Wort, welches eben so sehr für die peremtorische Exceptionsmäßigkeit wie für die civile Nichtigkeit passen würde, wenn man sich scheuen sollte, die ope exceptionis ungiltigen Geschäfte ebenso nichtige Geschäfte zu nennen, wie die ipso jure ungiltigen [28]).

Dagegen möchten auch wir nicht jedwedes Geschäft, das aus irgend einem Grunde nicht zu rechtlich wirksamer Existenz gelangt, ein nichtiges Geschäft nennen. Denn allerdings steckt in der Nichtigkeit der Gedanke einer über den Willen der Handelnden erhabenen und gegen denselben wirkenden Verwerflichkeit, Ohnmacht des Subjects, Herrschaft des Rechts [29]) Geschäfte, welche wegen Unfertigkeit der Willenserklärung (§. 535), oder wegen Eintritts oder Nichteintritts einer Bedingung nicht zu Stande gekommen sind, entbehren der Existenz, weil sie nicht fertig oder auf diesen Fall hin gar nicht gewollt sind, dürfen also nicht als nichtige Geschäfte bezeichnet werden [30]). Das unfertige Geschäft ist freilich auch schon um deswillen kein nichtiges Geschäft, weil es selbst factisch noch nicht zum Dasein gelangt ist.

Daneben aber s. g. relative Nullitäten, welche „von dem Willen einer bestimmten Person", und zwar von der „Willenserklärung einer beim Rechtsgeschäfte betheiligten Person"

28) [Wegen des römischen Sprachgebrauchs s. oben §. 531 Anm. 21, §. 532 Anm. 28, Windscheid §. 82 Anm. 2 a. E., Gradenwitz, Ungültigkeit obligator. Rechtsgeschäfte S. 1/2.] Nach dem Vorgang von Fitting Distinction von nullum und inutile bei Bernhöft, Besitztitel S. 31 fg. [Gegen Leonhards (Irrthum bei nichtigen Verträgen S. 388—90) Bemerkungen über nullus s. z. B. Lotmar, M. Vierteljschr. Bd. 26 S. 249. Wegen rescindere s. die Stellen bei Endemann, Civilrechtl. Wirkung der Verbotsgesetze S. 15 Anm. 1. S. 32 u. 33 Anm. 3 u. 1. Wegen injustum Voigt, Jus naturale Beil. X, wegen verwandter Ausdrücke daselbst Bd. III Anm. 1224.]

29) Windscheid §. 82 Anm. 1. Keller, Pand. §. 60 S. 116 unten.

30) [Oben §. 536 Anm. 13, s. jedoch Bd. III §. 382 Anm. 1. Schott, Obl. Vertrag unter Abwesenden S. 104 Anm. 167a. Leonhard, Irrthum bei nichtigen Verträgen S. 294 Anm. 2. Gegen die im Text abgelehnte Terminologie Cohen, Schenkung von Todeswegen S. 54.]

abhängig sind, noch festzuhalten[31]), will uns nicht folgerichtig scheinen, und dürfte wenigstens für die meisten und geläufigsten Fälle auch aus anderen Gründen nicht gerechtfertiget sein (§. 587. I. 2. b). —

Die Nichtigkeit eines Geschäftes ist nicht anders denkbar, als daß es von Anfang an nichtig sei: gleichviel ob die Nichtigkeit sofort bei der Errichtung da sei, oder erst nachträglich, während der Pendenz des Geschäftes, eintrete (§. 587 I. 2. a)[32]). Von der Anfechtung dagegen sagen die Einen, daß sie ex nunc[33]), die Anderen, daß sie ex tunc aufhebe[34]). U. E. muß ein Unterschied zwischen unmittelbarer und blos mittelbarer Anfechtung gemacht werden (§. 587. II. 3)[35]); dort wird das Geschäft selbst rescindirt, was wieder nicht anders denkbar ist, als daß es überhaupt, also von Anfang an rescindirt sei; hier dagegen wird es selbst so wenig als die ihm eigene Wirkung rescindirt, weshalb hier überhaupt keine Aufhebung des Geschäftes eintritt, weder ex nunc noch ex tunc (S. 422—4).

Die Nichtigkeit ist etwas in dem Geschäfte, wenngleich etwas blos Negatives und in Negativem (Mängeln, Zerstörtheit §. 588. I. 1 u. 2) beruhend[36]); die Anfechtbarkeit ist

31) Windscheid §. 82 Nr. 2. [Exner, Tradition S. 285 Anm. 105, Dernburg I §. 120 sub 1, b. Dagegen Mitteis, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 108. 112. 113. 116, wobei er aber die Fälle der Anfechtbarkeit, wo die beantragte Aufhebung absolut und ex tunc wirkt, ferner als Fälle „relativer Nichtigkeit" bezeichnet werden läßt, falls der Antrag auf Aufhebung zwar nur von einer bestimmten Person kommen, aber formlos sein kann (S. 117 bis 131).]

32) [S. auch die zwar erst mit Eintritt der Bedingung sich entscheidende, aber ex tunc geltende Nichtigkeit der Veräußerung von bedingt Vermachtem durch den Onerirten: Bd. III §. 428 nach Anm. 36, und diese selbst am Ende, mit der Frage, ob die Veräußerung des sub die Vermachten sofortiger Nichtigkeit unterliege. (S. ferner den Fall in Bd. III §. 471 Anm. 39.)]

33) Wächter, W. Privr. II S. 656, 2. Unger §. 91 Nr. 5. [Dagegen Mitteis, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 109.]

34) Puchta, Vorlesungen §. 67 („Irrtümer": Nr. 1). Windscheid, §. 82 Anm. 7. [Hölder S. 303 g. E., vgl. S. 305 sub 1.]

35) [Zustimmend Mitteis, a. a. O. S. 91, Schey, Obligationsverhältnisse I S. 155 Anm. 110. S. 157 Anm. 124 und Regelsberger, Pand. I S. 634. Wendt, Pand. S. 164. 165 und Bekker, Syst. II S. 238 nennen eigentliche und uneigentliche Anfechtung, was oben als unmittelbare und mittelbare unterschieden ist.]

36) [Hingegen wird die auf einem perfecten Verbotsgesetze beruhende Nichtigkeit (unten §. 588, I, 2) von Endemann, Civilrechtliche Wirkung der

etwas in und außer dem Geschäfte, eine Beeinträchtigung in dem Geschäfte, ein Recht der Aufhebung außer dem Geschäfte[37]). Allerdings ist dieses Recht auch ein Exceptionsrecht[38]), allein ein Exceptionsrecht, das blos auf dem Schlusse ex potiore ad minus beruhend nach l. 156 §. 1 D. r. j. (50, 17) aus einem primär vorhandenen Angriffsrechte hervorgeht[39]). Wo das

Verbotsgesetze S. 90 1 als „dem Rechtsgeschäfte selbst nicht innewohnendes, sondern erst von außen an dieses herangetragenes Moment" dargelegt, die Vernichtung erfolge „nicht aus einem inneren Mangel der Rechtshandlung".]

37) [Mit Hinweis auf vorstehende Sätze findet Schloßmann, Zwang S. 11, daß Nichtigkeit und Anfechtbarkeit „gleichsam als Charaktereigenthümlichkeiten der von ihnen betroffenen Geschäfte behandelt" werden, und daß „dieser Auffassung eine unklare Vorstellung von den Rechtsgeschäften zum Grunde liegt". Dabei sind seine Definitionen der nichtigen und der anfechtbaren Geschäfte (S. 10 Z. 10—17), abgesehen von obiger „Beeinträchtigung in dem Geschäfte" (für welche Endemann a. a. O. S. 94 al. 2), von den hiesigen nicht wesentlich verschieden. Hat das anfechtbare Geschäft zwei Thatbestände, von denen der eine rechtliche Wirkung hervorbringt, der andere die Möglichkeit ihrer Wiederbeseitigung bewirkt (Zustimmung bei Zitelmann, Irrtum S. 346 Anm. 320, nicht stichhaltiger Einwand bei Windscheid §. 82 Anm. 7 a. E.), so stimmt das mit dem obigen „Recht der Aufhebung außer dem Geschäfte" überein. Daß wie Schloßmann betont, die Römer einen Begriff der Anfechtbarkeit im materiellen Sinne der heutigen Doctrin als Gegensatz der Nichtigkeit nicht gekannt haben, ist irrelevant, denn „(über fremden Eiern brütend) haben wir eine Theorie des römischen Rechtes, welche die römischen Juristen selbst nicht hatten": Brinz in Schletters Jahrbüchern I S. 9. Vgl. Leonhard, Irrtum S. 302 („neue Begriffsbildung") und Gradenwitz, Ungültigkeit S. 1—4. Leonhard bekämpft S. 303 die Bestimmung „außer dem Geschäfte" als unbegreiflich, S. 314 Nr. 2 und S. 319 Anm. 3 a. E. läßt er sie „ausnahmsweis" und „allenfalls" gelten. Auf S. 313—21 stellt er sieben Bedeutungen zusammen, in denen man den Ausdruck Anfechtbarkeit gebraucht habe. Gradenwitz a. a. O. S. 319. 321. 322 erklärt für anfechtbar diejenigen Rechtsgeschäfte, „welche insofern ungültig sind, als eine unbedingte Wirkung beabsichtigt war, zur Existenz jedoch blos eine resolutiv bedingte gelangte". Die wie die eintretende Resolutivbedingung wirkende Anfechtung trete „im geraden Gegensatz zur Verabredung" ein. Zu Gunsten solcher Charakterisirung und gegen solche Bezeichnung Endemann, Verbotsgesetze S. 95. 96, mit dem Schluß S. 97: „Die durch dispositive Rechtsvorschrift angeordnete Ungültigkeit ist Anfechtbarkeit". Dabei ist aber nicht gedacht an die Möglichkeit die Anfechtung auszuschließen durch Privatdisposition, sondern an die Abhängigkeit der Vernichtung „von dem Entschlusse und dem Handeln eines bestimmten Privaten". Anschluß bei Thon, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 42 und (die populare Anfechtung ausgenommen) bei Mitteis ebenda S. 112 Anm. 2 (jedoch hätte er dann nicht S. 162 das Wesen der heutigen Exceptio als dispositive Ungültigkeit bezeichnen sollen, da ihm die Exceptio nicht Anfechtbarkeit bedeutet). Aehnlich Hölder S. 303, jedoch S. 307 g. E.]

38) Savigny, System IV §. 202 not. b. Wächter, W. Privr. §. 86. I 2 u. f. f. [Oben Bd. I § 108 Anm. 2 und S. 379 vor al. sowie Bd. II §. 327b Anm. 72 und hier oben Anm. 7. Dagegen Lenel, Exceptionen S. 135 unten fg., dafür wiederum Thon, Rechtsnorm S. 274.]

39) [Vgl. Bd. I §. 32 Anm. 4. Bd. III §. 404 Anm. 2. Bd. II §. 311

Exceptionsrecht primär und dann meist auch als das einzige Rettungsmittel dasteht, wie bei den peremtorisch exceptionsmäßigen einseitigen Forderungen, da ist die bloße Anfechtbarkeit des Geschäftes unserer oben S. 399, 400 begründeten Meinung zufolge thatsächlich in Nichtigkeit übergegangen [40]), in totale, wenn keine naturalis obligatio übrig bleibt, in theilweise, wo diese übrig ist. Es scheint, daß da wo dem jure Geschädigten schon nach Lage des Falles (Promissio) die Defensive geboten war, einerseits von der Verleihung eines Aggressivmittels Umgang genommen, anderseits aber aus denselben Gründen, aus welchen die zeitlich unbegrenzte Elidirbarkeit der actio verliehen wurde, die Forderung und das Geschäft überhaupt „eitel", d. i. factisch und practisch nichtig sein sollte. Indessen ist denkbar, daß ein Aggressivrecht auch neben einem die Nichtigkeit des Geschäftes enthaltenden Exceptionsrecht vorkomme; denn so nichtig ein solches Geschäft auch materiellrechtlich ist, so bietet es, weil ipso jure bestehend, doch das Fundament einer actio, und nach den Regeln des Beweisrechtes [41]) selbst die Möglichkeit eines Sieges, insonderheit nach längerem Aufschub der Klage. So ist ein Angriff auf das exceptionsweise nichtige Geschäft um seiner prozessualischen Bedeutung willen möglich, und in Gestalt der querela non numeratae pecuniae [42]) im späteren, der condictio gegen ein sine causa promissum, sowie der i. i. restitutio gegen ein negotium imperfectum (promissio, pollicitatio) im classischen Rechte begründet [43]).

Nr. 1 und 2 bes. Anm. 22. S. jedoch auch Lenel a. a. O. S. 137 und hinwieder Thon, Rechtsnorm S. 274 Anm. 110 und in Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 42—45.]

40) [Damit hat sich nach Schloßmann, Zwang Anm. 31 der Verfasser „der einzigen scheinbaren Rechtfertigung für die Anerkennung des Begriffs ‚Anfechtbarkeit' begeben". Das wäre nur der Fall, wenn der obige Anfechtbarkeitsbegriff blos aus den exceptionsmäßigen Geschäften zu abstrahiren und hier abstrahirt worden wäre. Der große Unterschied dieser Geschäfte „von den übrigen Fällen der sog. Anfechtbarkeit" wird von Schloßmann S. 24 hervorgehoben.]

41) l. 2. l. 21. l. 19 pr. D. prob. 22, 3. l. 1 D. except. 44, 1.

42) [Die querela non numeratae pecuniae erscheint Bd. II §. 311 Nr. 2, sowie Anm. 10. 11 als Mittel der Anfechtung eines (nicht nichtigen) Geschäfts. Dem entspricht unter Anderem, daß die Klage aus dem Schuldschein, der zugleich Empfangsbekenntniß, nicht von „zeitlich unbegrenzter Elidirbarkeit", vielmehr die correlate exceptio n. n. p. eine dilatorische ist (vgl. oben Anm. 7.)]

43) l. 14 §. 4 C. de non num. pec. 4, 30 (Bd. II S. 570—72).

Die verschiedenen Formen der klageweisen Anfechtung erhellen aus ihren verschiedenen Gründen (§. 588. II.) und Arten (§. 587. II.); daß sie auch in einer bloßen Willenserklärung bestehen könne[44]), beruht auf wenigstens gemeinrechtlich problematischen[45]), oder aber nicht hierher gehörigen Fällen[46]). Umgekehrt kann die Nichtigkeit, damit sie da sei, keiner Erklärung[47]), geschweige denn einer Klage (Nullitätsklage, querela nullitatis)[48]) und richterlichen Urtheils bedürfen[49]); ein richterlicher Ausspruch dagegen, daß sie da sei, ist nicht nur möglich, sondern in allen die Nichtigkeit eines Geschäftes voraussetzenden Klagen und Einreden so oft nothwendig, als diese Voraussetzung von der Gegenpartei bestritten ist[50]). Ob aber

l. 1 pr. D. cond. s. c. 12. 7. l. 9 §. 3. §. 7 erga fin. D. quod met. 4, 2. [Vgl. ferner l. 24 D. cond. ind. 12, 6. Lenel, Exceptionen S. 112—117 („Feststellung des materiellen Rechtsverhältnisses"). Gradenwitz, Ungültigkeit S. 14 (declarative Bedeutung der a. quod metus bei erpreßter und darum exceptionsmäßiger promissio); vgl. oben §. 532 Anm. 2. Ferner Gradenwitz a. a. O. S. 84/5. S. 304—7, überhaupt Voigt, Condictiones ob causam §. 48. — Wegen in integrum restitutio bei nichtigen Geschäften s. Bd. I S. 409—411. S. 434 Nr. 4 und oben §. 532 Anm. 24 fg.]

44) Puchta §. 67 d. Wächter, W. Privr. II S. 656. 2. Unger, Oester. Privr. §. 91. B. 3. Windscheid §. 82 Anm. 5a. Arndts §. 79. [Thon, Rechtsnorm S. 274 Anm. 112. Mitteis, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 115 fg. für diejenigen Fälle der Anfechtbarkeit, welche er mit „relativer Nichtigkeit" bezeichnet (oben Anm. 31). Hölder S. 303 unten, S. 305/6.]

45) Nov. 115 c. 3. c. 4. Bd. III S. 107—110, vgl. Windscheid § 591. c. [und Anm. 13. — Nicht problematisch dagegen sind die Anfechtungen, welchen der Schuldschein, der auf ein bloßes Schuldbekenntniß ohne Grundangabe lautet (cautio indiscreta), und der Schuldschein als Empfangsbekenntniß unterliegen: Bd. II §. 311 Nr. 1 u. 2. Denn hier kann sich der Anfechtende (ohne die einem Kläger obliegende Beweislast) auf eine gerichtliche, bisweilen (daselbst Anm. 22, wo zu lesen „abwesend") sogar außergerichtliche Erklärung beschränken.]

46) z. B. l. 6 D. resc. vend. 18, 5.

47) Vgl. oben S. 404 Abs. 1 und unten S. 416 fg.

48) [Für die praktische Bedeutung der „querela nullitatis auf Rückgabe einer nichtigerweise veräußerten Sache" (statt der rei vindicatio): Pflüger, Arch. f. civ. Pr. Bd. 79 S. 434 Anm. 70. Gegen Windscheids §. 82 Anm. 6 Hinweis auf die Hülfe der condictio possessionis s. den oben Bd. II §. 300 Anm. 23 erhärteten „Satz, daß wo rei vindicatio zusteht, possessionis condictio ausgeschlossen sei".]

49) Wächter, W. Privr. II §. 86 II [und Pand. I §. 84 Anm. 6.] Puchta, Vorlesungen, 4. Aufl. I S. 152.

50) [Eine „Nichtigkeit eines Geschäfts voraussetzende Klage", nämlich condictio des aus nichtigem Kauf gezahlten Preises enthält l. 37 D. cond. ind. 12, 6; den „Anspruch auf Rückgabe aus einem nichtigen Geschäft" behandelt Bolze, Arch. f. civ. Pr. Bd. 76 S. 233 fg. Bd. 82 S. 11 fg. — S. auch oben Anm. 43.]

dieser richterliche Ausspruch überall blos in den Entscheidungsgründen, oder als declaratorische Sentenz vorkommen und so dann etwa auch durch eine eigene Präjudicialklage erwirkt werden könne[51]), ist wieder eine andere Frage, u. E. aber richtiger zu verneinen. Keinesfalls dürfte die Anstellung einer solchen Präjudicialklage als die nothwendige Voraussetzung einer anderen die Nichtigkeit eines Geschäftes involvirenden Klage betrachtet werden. Nur auf den Bestand oder Nichtbestand der Ehe kann man sich nach heutigem wie canonischem Rechte nicht ohne richterliches Erkenntniß berufen[52]). Das ist aber auch ein Verhältniß, welches dem der alten Statusklagen am nächsten steht.

Arten.

§. 587.

I. Arten der Nichtigkeit ergeben sich[1]):

1. aus dem Unterschiede der Rechtsquellen, je nachdem sie ipso jure, oder aber gegen dieses jus honorarisch[2]), oder in leges, Senatusconsulten und Constitutionen begründet und im

51) Vgl. Windscheid §. 82 Anm. 6. Unger, Oest. Privr. II §. 91 A. IV. [Degenkolb, Einlassungszwang S. 209. 210. Gradenwitz, Ungültigkeit S. 305.]

52) [Vgl. Bd. I §. 44 S. 158, Wendt, Pand. S. 698, Schey, Obligationsverhältnisse I S. 156/7.]

1) [Nach Schloßmann, Zwang S. 18 ist es „selbstverständlich", „daß die sog. Nichtigkeit, als die völlige Negation des Vorhandenseins eines rechtlich erheblichen Thatbestandes und Eintritts einer rechtlichen Wirkung eine Eintheilung in Arten nicht zulassen kann". Die dabei vorausgesetzte „völlige" Negation läßt der sub 3 gegebenen Distinction keinen Raum, wohl aber noch der sub 1 gegebenen (vgl. Schloßmann S. 6 sub 1. S. 28 9). — Arten der Nichtigkeit nach den Gründen der Nichtigkeit (§. 588) zu unterscheiden, könnte Einen der Umstand verführen, daß die Römer die nach den Gründen verschiedenen Ungültigkeiten einigermaßen verschieden prädiciren. S. z. B. was Kretschmar, Natur des Prälegats S. 211—17 über das legatum non datum und inutiliter datum beibringt. Vgl. oben §. 586 Anm. 28. Wenn nach Eck, M. Vierteljschr. Bd. 30 S. 77 „man im röm. R. fast ebensoviel Arten der Ungültigkeit als Fälle derselben unterscheiden könnte", so nimmt er dabei „Arten" wohl in anderem Sinne als die obige Rubrik thut. Vgl. noch im Allgemeinen Schey, Obligationsverhältnisse I S. 157. 158.]

2) [Honorarisch kann die Nichtigkeit begründet sein auch nicht „gegen dieses jus" d. h. civile, sondern gegen ius honorarium und doch in Form der

Falle der auf das jus gestützten Einklagung nur ope exceptionis zu behaupten ist[3]) — reguläre und exceptionelle Nichtigkeit (Ungiltigkeit); —

2. aus dem Unterschied der Geschäfte, je nachdem

a. deren Perfection sofort mit ihrer Errichtung entschieden ist, oder aber wegen der ihnen innewohnenden juris conditiones oder wegen einer ihnen beigefügten facti conditio erst später entschieden wird. Unter der einen oder anderen Art von Bedingtheit stehen alle die Geschäfte, welche[4]) kein „punktuelles Dasein", keine „simultane", sondern „successive Entstehung" haben, mithin alle die Geschäfte, in denen Ihering einen Nachlaß von der ursprünglich überall erforderlichen „Präsenz des Thatbestandes" erblickt. So zählen unter die rechtlich bedingten Geschäfte nicht nur die letztwilligen mit m. c. donatio, und die dotis constitutio vor der Ehe (§. 538), sondern auch Bürgschaften und Pfandbestellungen zu Gunsten künftiger Forderungen oder an künftigen Sachen[5]), Cessionen, Novationen, Delegationen, Acceptilationen und Constituirung bedingter Forderungen — Veräußerungen, Verpfändungen, kurz Dispositionen, welche geltungshalber einer Ratihabition bedürftig und fähig sind (§. 583. §. 581, 5). Innerhalb der also rechtlich oder factisch bedingten Geschäfte ist sowohl eine nachträgliche als anfängliche Nichtigkeit möglich[6]) (z. B. bei den Testamenten Bd. III §. 377[7]) — bei factisch be-

---

exceptio geltend gemacht werden: Czyhlarz, Jher. Jahrb. XIII S. 32—36. Und ferner kann die gegen das ius honorarium, z. B. das constitutum, begründete Nichtigkeit auch in Quellen des ius civile z. B. im senatus consultum Velleianum begründet sein, vgl. Gradenwitz, Ungültigkeit S. 156. 284. 289. 290. Wenn derselbe S. 257 die „Ungültigkeit durch actio unter den Begriff der prätorischen Ungültigkeit fallen" läßt, so trifft das für die querela inofficiosi test. nicht zu.]

3) Vgl. Bd. I §. 104, §. 106 und oben §. 586.

4) nach Ihering, Geist des röm. Rechts §. 53, II, 2. [Vgl. oben §. 551 Anm. 50. Wegen successiver Entstehung von Geschäften s. auch Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 145 fg.]

5) z. B. l. 35 D. jud. 5, 1. [S. jedoch, auch gegenüber dem Folgenden, oben §. 538 Anm. 5.]

6) [Besprechung damit zusammenhängender Fragen bei Karlowa, Rechtsgeschäft §. 21.]

7) [Nach der Bd. III §. 423a Anm. 4 vertretenen Auffassung des Prälegats „hängt es vom Erfolge ab, ob ein Theil des Vermächtnisses in sich

dingtem Geschäft der pendente conditione eintretende Untergang der Sache §. 544. 4. a).

Nur bei rechtlich oder factisch bedingten (suspensen) Geschäften ist nachträgliche Nichtigkeit möglich. Hat es manchmal den Anschein, als ob auch unverzügliche Geschäfte noch hinterher nichtig werden können [8]), so zeigt sich bei näherem Betracht, daß nicht das Geschäft, sondern nur dessen seit längerem bestandene Wirkung nachträglich aufgehoben wird [9]).

Die bei den verzüglichen Geschäften mögliche nachträgliche Nichtigkeit besteht nicht blos darin, daß die Bedingung deficirt, unter der das Geschäft existent sein oder werden sollte; — bei den eigentlich bedingten Geschäften wird um der bloßen Deficienz der Bedingung willen besser gar nicht von Nichtigkeit gesprochen (S. 404); eben so bei den Cessionen ꝛc. bedingter Forderungen; — während des Verzugs kann irgend etwas von dem, was bei der Errichtung des Geschäftes vorhanden und unentbehrlich war, hinwegfallen, und also nachträgliche Nichtigkeit ganz abgesehen von dem Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung begründet sein. Allein daß hier stets Nichtigkeit eintrete, läßt sich nicht aufstellen [10]). Es gibt einiges,

zusammenfällt (evanescit) oder aufrecht bleibt", also daß die Nichtigkeit erst mit dem Erbschaftserwerb des Prälegatars eintritt.]

8) z. B. l. 11 D. servv. 8, 1 — corrumpit stipulationem in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit — l. 83 §. 6. l. 136 §. 1 D. v. o. 45, 1 — evanescit stipulatio —.

9) l. 140 §. 2 D. v. o. 45, 1 — extingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest —. So auch „legatum evanescit" in Fällen wie §. 33 J. leg. 2, 20. Gai. II, 245 — „actio evanescit" in l. 31 §. 1 D. r. cr. 12, 1. Hierher außer der stipulatio die noxa servi, der nachher in potestatem des Geschädigten kommt: quia in eum casum deducta sit (sc. noxalis actio), in quo consistere non potuit. §. 6 J. nox. act. 4, 8. Gai. IV, 78 — si alienus servus filiusve noxam commiserit mihi, et is postea in mea esse coeperit potestate, utrum intercidat actio, an quiescat. Nostri praeceptores intercidere putant, quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuerit, ideoque, licet exierit de mea potestate, agere me non posse. Die Anderen quiescere putant und resuscitari — woran sich auch noch ein Capitel über Wiederauferstehung anschlösse. [S. ferner unten §. 588 Anm. 60.]

10) [Die in l. 3 §. 2 D. de his quae pro non scr. 34, 8: quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur; l. 98 pr. D. v. o. 45, 1: etiam ea, quae recte constiterunt, resolvi, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere; l. 140 §. 2 eod. §. 14 J. leg. 2, 20 ausgesprochene Regel „ist bekanntlich eine sehr problematische und jedenfalls nicht als durchgreifender Grundsatz an-

ohne das wir nur das Geschäft in seiner Activität, nicht aber auch seine nachherige Wirkung nicht denken können, — wie Vernunft, Aeußerungsvermögen, Handlungsfähigkeit; das braucht nur während der Handlung selbst da zu sein[11]); es gibt manches, was nicht blos zur Vornahme, sondern auch zur Wirkung des Geschäftes gehört (z. B. daß die von mir stipulirte Sache nicht mein, daß sie existent und verkehrsfähig, daß ich nicht alieni juris, nicht rechtsunfähig sei); das muß auch zu der Zeit, da das Geschäft in Wirksamkeit treten soll, da sein[12]).

Erfordernisse, welche erst zur Zeit der Perfection da zu sein brauchen, gibt es grundsätzlich nicht[13]); auch dasjenige, was an sich nur zur Wirkung des Geschäftes gehört, muß schon in dem Momente da sein, da der Grund zu dieser Wirksamkeit gelegt wird, d. h. im Augenblicke der Handlung[14]). Allein

---

zuerkennen": Arndts in Glücks Commentar Bd. 46 S. 282 (wo Begründung) und S. 441 Anm. 14]. Aus l. 140 §. 2 D. cit. einer- und §. 14 J. cit. l. 98 pr. D. cit. anderseits folgt, daß die römischen Juristen über die Regel selbst uneinig waren: daß einige sie ganz verwarfen, andere blos Ausnahmen zuließen. [Zu l. 140 §. 2 cit. s. auch Bd. II §. 292 Anm. 28.]

11) §. 1 J. quib. non est perm. test. 2, 12. l. 6. §. 1. l. 18 pr. D. qui test. 28, 1. l. 1 §. 9 D. bon. poss. sec. tab. 37, 11: — vel quod ei bonis interdictum est —. [Bd. I §. 52 Anm. 7. Bd. III §. 368 zu Anm. 50. S. auch l. 8 §. 2 D. opt. leg. 33, 5 nebst Jhering, Jahrb. X S. 466 bis 468. Köppen ebenda XI S. 221 fg.]

12) §. 6. §. 16 J. legat. 2, 20: Bd. III §. 429 Anm. 18. 19. Bd. II §. 292; arg. l. 83 §. 5 D. v. o. 45, 1 — Nam et cum quis etc.; Bd. III §. 377 sub B. I. 1. 2.; §. 414 Nr. 1 u. 2, oben §. 544 4, a. — Beim obigen Text hat der Verf. die Frage hingeworfen: „ist das die Zeit der Perfection oder der Klage ꝛc.?"

13) Aber ex testamento militis „si mortis tempore in civitate inveniatur (scil. institutus), institutio incipit convalescere quasi nunc data hereditate". l. 13 §. 2 D. test. mil. 29, 1: Arndts in Glücks Commentar Bd. 46 S. 384. [S. auch oben §. 538 Anm. 8. 9.]

14) l. 26 D. stip. serv. 45, 3 — ex praesenti vires accipit stipulatio —. l. 78 pr. D. v. o. 45, 1 — id tempus spectatur, quo contrahimus. — l. 137 §. 6 eod. — nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest, et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri; non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio; arg. die regula Catoniana: Bd. III §. 414 Anm. 7, 13 und S. 429 bis 431; ferner arg. l. 83 §. 5 D. v. o. 45, 1 [nebst Bd. II §. 245 Anm. 27 bis 29; §. 242 Anm. 8;] Jhering, Geist des R. R. §. 53, II, 2: „Präsenz des Thatbestandes". [Vgl. auch oben Bd. II §. 321 Anm. 93. 94. Gegen „ein besonderes Princip der Präsenz des Thatbestandes" und wider seine Begründung mit der regula Catoniana: Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 222—32.]

ohne Modification ist dieser Grundsatz nicht geblieben: bei den eigentlich bedingten Geschäften, namentlich bedingten Vermächtnissen, Stipulationen, Käufen brauchen gewisse Erfordernisse nicht sofort, sondern erst zur Zeit der Perfection[15]) erfüllt zu sein (§. 544, 5). Es scheinen das aber lediglich Erfordernisse in Ansehung des Gegenstandes, nämlich der zu vermachenden, stipulirenden, kaufenden res zu sein, und auch hier nur das Erforderniß, daß die in das Eigenthum des Honorirten ꝛc. zu bringende Sache nicht schon in diesem sei; oder daß sie nicht nur durch Verstoß gegen das SC. über die mit Bauwerken verbundenen Sachen (aedibus juncta) in dasselbe zu bringen[16]), sowie das Erforderniß, daß der fundus, zu welchem eine Servitut vermacht ꝛc. werden soll, im Eigenthum des Erwerbers sei[17]). Vielleicht ist überall hier mehr Abwesenheit eines Hindernisses, als Dasein eines Erfordernisses in Frage. Auf res extra commercium erstreckt sich die Modification schon nicht mehr[18]). Aber selbst in dieser Beschränktheit dürfte sie nicht unbestritten gewesen, z. B. von Paulus nur für die Vermächtnisse zugelassen worden sein, da deren Existenz, sie mögen bedingt oder unbedingt hinterlassen werden, in das Futurum fällt[19]), während die der Stipulationen ꝛc., gleichfalls so wie so, dem Präsens angehört[20]).

15) conditionis existentis tempore, im antiquirten Falle des §. 32 J. leg. 2, 20 zur Zeit des dies legati cedens. [S. auch l. 1 §. 1 D. leg. III (bei Lassalle, System der erworb. Rechte, 2. Aufl. I S. 267).]

16) l. 41 §. 2 D. legat. I; — l. 31. l. 98 pr. D. v. o. 45, 1. l. 98 pr. D. dem. 35, 1. [Bd. III §. 414 Anm. 14.]

17) l. 98 pr. cit.; der für uns antiquirte Fall in §. 32 J. legat. 2, 20 ist nur eine besondere Gestaltung des Vermächtnisses an der dem Honorirten gehörigen Sache. — [Ueber die Frage, ob falls ein Gewaltunterthan stipulirt oder ein Vermächtniß erhalten hat, in Ansehung der erwähnten Erfordernisse des Rechtserwerbs auf den Gewaltunterthanen, oder auf den Gewalthaber zu sehen ist, s. Mandry, Familiengüterrecht I S. 67—72: für die Stipulation kommt es (nach dem Princip in l. 144 §. 1 D. r. j. 50, 17. l. 26 D. stip. serv. 45, 3) auf Jenen, für das Vermächtniß auf Diesen an (gemäß l. 82 §. 2 D. leg. II. l. 5 D. serv. leg. 33, 3).]

18) arg. l. 34 §. 2 D. c. e. 18, 1. l. 83 §. 5 D. v. o. 45, 1. [S. dazu Lassalle a. a. O. S. 251 Anm.]

19) oben S. 120. 121, a.

20) l. 26 D. stip. serv. 45, 3 Paulus: — quia ex praesenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea (condicione) suspensa sit. l. 98 D. dem. 35, 1 Paulus: Mea res sub condicione legari mihi potest, quia . . . non testamenti facti tempus, sed condicionis expletae

Den Zeitpunkt der Existenz, nicht der Handlung ins Auge gefaßt, mußte man sich bei Vermächtnissen mit dem nachträglichen Eintritt der nicht zweifellos von Anfang an nothwendigen Erfordernisse begnügen, selbst wenn das Vermächtniß unbedingt war [21]). Nur dadurch, daß man anstatt des Momentes der Handlung den der Existenz zur Richtschnur nahm, und also die Modification auf jure bedingte Geschäfte beschränkte, wird die Modification juristisch gerechtfertigt; in der von Justinian recipirten Ausdehnung ist sie eine Singularität (§. 544, 5), vielleicht auf bloßen Billigkeitsrücksichten beruhend [22]). — In was immer für Fällen und aus was immer für Gründen nun aber bei dem eigentlich bedingten Geschäft ein Nachlaß von der sonst erforderlichen „Präsenz des Thatbestandes" im Augenblick der Geschäftserrichtung stattfand, so dürfen wir dieses Vorkommen doch nicht dahin fassen, als ob das Geschäft hier wegen des anfänglichen Mangels oder Hindernisses nichtig sei, und nur nachträglich, durch rechtzeitigen Wegfall des Hindernisses oder Mangels, „convalescire" (§. 544, 5); vielmehr kommt das Dasein dieser nachsichtiger behandelten Erfordernisse überhaupt erst conditionis existentis tempore in Frage, so daß um ihretwillen keine anfängliche Nichtigkeit und demgemäß auch keine Convalescenz denkbar ist [23]).

Wo ein Erforderniß nicht schon anfänglich da zu sein braucht, braucht es auch in der Zwischenzeit, vor der Perfection, nicht zuzutreffen; ja die Billigkeit, daß es in der Zwischenzeit ausfallen dürfe, erscheint nach l. 98 pr. cit. als der Grund, weshalb in den oben erwähnten Fällen von seinem anfänglichen Dasein Umgang genommen wird. Ist das Erforderniß

---

spectari oportet. l. 26 cit. — quia dies eius (pure legati) non cedit statim —, und dazu l. 41 §. 2 D. leg. I Ulp.: — secundum eos, qui et emi rem meam sub condicione et promitti mihi stipulanti et legari aiunt.

21) Vielleicht einen Ueberrest dieser Ansicht enthält l. 26 cit. in Ansehung des ususfructus servo hereditario legatus.

22) l. 98 pr. D. v. o. 45, 1 — aut si hoc verum non est . . . statim fundo alienato evanescit stipulatio etc.

23) §. 32 J. leg. 2. 20 cit. — ut requiramus, an quo tempore dies legati cedit in potestate heredis non sit. l. 98 pr. cit. — existimo posse id quod meum est sub condicione stipulari —. [Bd. II §. 245 Anm. 29 eingangs.]

dagegen kein blos schließliches, dann ist es grundsätzlich für die ganze Zeit des Geschäftes, nicht blos für die beiden Zeitpunkte, der Errichtung und der Perfection, da[24]).

b. Mit dem Unterschied der einseitigen und zweiseitigen Contracte hängt der einer blos einseitigen oder allseitigen Nichtigkeit zusammen. Beim zweiseitigen Contract kann die Obligatio der Einen Seite ohne die der anderen nicht nur fortbestehen[25]), sondern auch entstehen[26]). Buchstäblich gibt es demnach in zweiseitigen Contracten eine einseitige gegenüber der beiderseitigen oder allseitigen Nichtigkeit, oder ein einseitiges (gleichsam auf Einem Fuße) stehendes Geschäft (s. g. negotium claudicans)[27]). Der Ausdruck „theilweise" und „totale" Nichtigkeit[28]) ist weniger unzweideutig (vgl. unten Nr. 3); der Ausdruck „relative und absolute" Nichtigkeit aber bedeutet nach üblichem Sprachgebrauch etwas ganz anderes, nämlich keine blos einseitige, sondern eine beiderseitige oder allseitige, jedoch vom Willen Einer Partei abhängige Nichtigkeit[29]) — oder (was so ziemlich auf dasselbe

24) Zu den Modificationen dieses Satzes im Testamentsrecht war der Gegensatz eines neuen Erbsystems entgegen dem alten nothwendig: Bd. III §. 377, B, I, 1 (S. 100) und dazu noch Gai. II, 147—49.

25) So im Fall der l. 32 D. loc. 19, 2, da der locator die auf bestimmte Zeit verpachtete Sache vermacht und stirbt: der Verpächter (Erbe) haftet fort, der Pächter nur wenn er will. [Vgl. Bd. II §. 331 Anm. 43.]

26) pr. J. auct. tut. 1, 21 — ipsi quidem qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur. l. 13 §. 29 D. a. e. v. 19, 1 — ex uno latere constat contractus; nam qui emit obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat — [dazu Bd. II §. 248 Anm. 45 in med.;] vgl. Brandis, absolute und relative Nichtigkeit: Zeitschr. f. Civilrecht u. Proz. VII S. 137 unten u. fg., [der jedoch — M. Vierteljschr. Bd. 28 S. 562 Anm. 1 — „bekennt, daß er in seiner vor mehr als 50 Jahren erschienenen Abhandlung über absolute und relative Nichtigkeit bei Besprechung der Pupillenobligationen der Möglichkeit eines Auseinanderfallens der beiderseitigen Obligationen eine zu weite Ausdehnung gegeben hat". Oben Bd. I §. 55 Anm. 32.]

27) [Demnach kann man nicht, wie Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse S. 183 thut, den Verfasser zu denen zählen, welche „den Rechtsbestand des Vertrages ohne Einschränkung anerkennen". Vgl. auch daselbst S. 186 al. 3.]

28) dessen sich Brandis S. 134 und S. 149 (und neuerdings a. a. O.) nach dem Vorgang der Aelteren bedient; [dawider Wächter, Pand. I S. 434.]

29) [Indem der Verf. hier „einseitige und relative Nichtigkeit einander gegenüber stellt" und damit unterscheidet, „übersieht" er keineswegs, wie Czyhlarz, Jher. Jahrb. Bd. 13 S. 50 Anm. 91 sagt, daß einseitige Ungültigkeit

hinausläuft)[30]) eine durch den Willen Einer Partei heilbare Nichtigkeit[31]); und in der That als eine solche relative Nichtigkeit fassen neuerdings Manche die einseitige Nichtigkeit[32]), während Andere dieselbe nur als logisch möglich, oder blos im heutigen Rechte vorkommend hinstellen[33]), wieder Andere aber, besonders seit Brandis, sie ganz in Abrede stellen[34]).

Was nun aber den Musterfall unserer einseitigen oder der angeblich relativen Nichtigkeit, nämlich den sine tutoris auctoritate contrahirenden Pupillen anlangt, so ist nur so viel wahr, daß die einseitig stehende Obligation von dem Berechtigten nicht rücksichtslos geltend gemacht werden, daß er „occasionem juris nicht ad iniquitatem trahere" darf[35]); er begegnet darum einer exceptio (retentio), wenn er ohne seinerseitige Leistung auf Erfüllung[36]), oder auf Rückgabe des Geleisteten

---

und relative Nichtigkeit in einem Fall zusammentreffen können (unten Anm. 53). Wären sie eines, nicht unterschieden, so würde solches Zusammentreffen nicht blos in diesem oder jenem Fall vorkommen.] — Eine relative Nullität, welche von dem Interessenten gar nicht geltend gemacht werden dürfte, wäre beim legatum rei alienae gegeben, wenn die von Arndts in Glücks Commentar Bd. 46 S. 182 Abs. 1 vertheidigte Ansicht richtig wäre. [Vgl. oben § 527 zu Anm. 21. — „Absolute" Nichtigkeit heißt nach Wächter, Pand. I S. 422 die nicht heilbare im Gegensatz zur heilbaren.]

30) [Diese Gleichstellung würde Wächter, Pand. I S. 434 nicht gelten lassen, indem er sich ebenso sehr für einseitig heilbare, als gegen relative (d. h. nicht für alle Betheiligten geltende) Nichtigkeit erklärt; indessen findet auch er die eine Partie „insoweit gebunden", als sie sich die rückwirkende Heilung der Nichtigkeit durch die Erklärung der anderen „gefallen lassen muß".]

31) Brandis S. 122, z. B. Wächter, W. Privr. II S. 666, 6 [und Pand. I §. 84 S. 425 oben sowie Beil. II A. Czyhlarz, a. a. O. S. 46. 47.]

32) Savigny, System IV S. 541. Wächter, W. Privr. §. 86. 6. S. 666. Windscheid, §. 82. 2. [Vgl. oben §. 586 Anm. 31. Gegen Annahme solcher Nichtigkeit bei den hinkenden Geschäften Windscheid §. 321 Anm. 23 und Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 345 Anm. 391.]

33) Arndts im Rechtslexikon Bd. 8 S. 113. Unger, Oest. Privr. §. 91 Anm. 42.

34) Puchta, Vorlesungen §. 67 Nr. 4, der jedoch zum Theil in eine durch den Willen der Partei „bedingte" Nullität ausweicht. Böcking, Pand. § 119 §§. d. e. Sintenis, Civilrecht §. 24 Anm. 17, vgl. Vangerow I §. 99. [Lange, Wirkung des rechtsgeschäftl. Zwanges S. 38—41. Schloßmann, Zwang S. 9 („in Wahrheit hieß dies nichts Anderes als die sog. Anfechtbarkeit in diesem besonderen Falle mit dem Namen Nichtigkeit belegen"). Eigenthümlicher Sinn von relativer Nichtigkeit bei Lenel, Exceptionen S. 138 (ein Geschäft ist mangels einer Voraussetzung unfähig diesen, aber fähig jenen Anspruch zu erzeugen oder zu vernichten).]

35) l. 9. C. usuc. pro empt. 7, 26.

36) l. 7 §. 1 D. resc. vend. 18, 5.

klagt, nachdem er selbst empfangen[37]). Und zwar muß er diesfalls, wo die Klage von ihm ausgeht, alles leisten, was seinerseits versprochen worden[38]). Daraus darf man nicht folgern[39]), daß seine eigene Obligation auflebe, und also der ganze Contract rechtsbeständig werde, sobald er nur wolle — d. h. klage[40]); jene Exceptionen stützen sich auf keine gegnerische Obligation, überhaupt auf kein Recht, sondern wie die meisten Exceptionen auf bloße Thatsachen oder factische Umstände[41]), hier namentlich darauf, daß Kläger sich einseitig und auf Kosten des Anderen bereichern würde, wenn man seiner Klage freien Lauf ließe[42]). Aus dem Gesichtspunkte der unbilligen Bereicherung ist sogar eine Klage wider ihn möglich: wenn an ihn unvergolten geleistet ist[43]); allein diese Klage ist nicht die Contractsklage, sondern eine sine causa condictio, oder doch nur utilis actio aus dem Contracte[44]): res, nicht consensus ihr

37) l. 9 C. cit.

38) nicht blos den wahren Werth, wie Brandis u. E. ohne genügenden Anhalt annimmt: a. a. O. S. 178—180, [nunmehr aber zurücknimmt: M. Vierteljschr. Bd. 28 S. 562 Anm.]

39) — wie die Anhänger der relativen Nullität meinen — [und Wächter, Pand. I §. 84 Beil. II A und D (oben Anm. 30). Oben Bd. II §. 220 nach Anm. 18 („infolge freien Willens") und Anm. 19 sub 3 findet wenigstens eine Annäherung an die im Text abgelehnte Folgerung statt. Gegen ihren Inhalt auch Bechmann S. 202 Anm. 4, S. 210, II.]

40) [Nach Bechmann, Kauf II S. 189 Anm. 2 ist aber daraus zu folgern, daß die Retention nicht nur die Aufgabe habe, „der Billigkeit zur Geltung zu verhelfen", da dann ihr Umfang sich nach der Bereicherung, nicht nach dem Vertrag richten würde.]

41) Bd. I §. 107.

42) Diese meine Theorie ist, was die Einseitigkeit anlangt [oben alin.], richtig, was dagegen deren Versöhnung mit der aequitas anlangt [s. auch nach Anm. 50], der Keller'schen, namentlich auf l. 13 §. 8 D. a. e. v. 19, 1. l. 34 §. 3 D. c. e. 18, 1 gebauten, in der Forderung des Preises ipso iure einen Preis gegen die Sache, in der Sache ipso iure eine der Sache gegen den Preis erblickenden und also die Gegenseitigkeit der gegenseitigen Contracte wahrenden Theorie zu weichen bestimmt (Keller, Jahrb. des gem. R. IV bes. S. 352). Mit der hiesigen Darstellung [und gegen Keller] Windscheid §. 321 Anm. 23, [wo Litteraturbericht. Bechmann, Kauf II S. 183—211 läßt aus dem neg. claudicans die zwei Obligationen als vertragsmäßige, aber die eine nur als naturalis hervorgehen; nach der Terminologie unseres Textes wäre das einseitige, nur nicht totale, sondern partielle Nichtigkeit (unten Anm. 65).]

43) arg. l. 5 §. 1 D. auct. tut. 26, 8; vgl. l. 3 §. 4 D. neg. gest. 3, 5 und Bd. II §. 220 Anm. 14.

44) l. 3 pr. D. comm. 13, 6.

Grund. Von einer Klage auf Erfüllung wider ihn ist nirgends die Rede[45]); das sicherste Zeichen, daß eine obligatio auf seiner Seite unter keinerlei Umständen angenommen wird. Streng einseitige Obligationen konnten exceptionsmäßig werden, wenn der Stipulator mit der Leistung, um derentwillen ihm promittirt wurde, ausblieb[46]); Niemand denkt hier an eine obligatio des Stipulators; eben so wenig sollte man an eine des einseitig Berechtigten in den einseitig nichtigen Contracten denken; durch irgend einen Fehler ist hier die eine Contractseite weggefallen, aus einem zweiseitigen Contracte ein einseitiger geworden, dieser aber Exceptionen natürlicherweise nicht minder ausgesetzt, als der generisch einseitige Contract.

Einseitige Nichtigkeit liegt weiterhin vor[47]) beim Verkauf einer res furtiva, woferne dem Käufer und nur ihm die Furtivität bekannt ist[48]), aber auch hier keine Klage ohne Gegenleistung[49]), nicht einer naturalis obligatio[50]), sondern Billigkeits halber; darum ist für den Verkauf von nichtexistirenden Sachen, so wie von res extra commercium und des liber homo keine einseitige Nichtigkeit bezeugt[51]): denn hier wäre die Gegenleistung unmöglich, die Consequenz des einseitigen Bestandes zu hart; — auch die Nichtigkeit wegen error in substantia[52]) (§. 527) könnte, so weit sie in zweiseitigen Contracten vorkommt, einseitige Nichtigkeit sein[53]), wiewohl gerade sie mit dem Willen des Handelnden in einem besonderen Causalitätsverhältnisse steht.

---

45) Brandis a. a. O. S. 163 — wogegen S. 177 Abs. 1 Z. 11 und 12.

46) Gai. IV, 116a. — Vgl. auch l. 7 §. 3 i. f. D. j. d. 23, 3 — non debebunt vindicari.

47) nicht beim Verkauf ad gustum u. dgl.: oben §. 539 g. E.

48) l. 34 §. 3 D. c. e. 18, 1 — non obligatur venditor —. [Dazu Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse S. 179.]

49) — nisi ultro quod convenerit praestet —.

50) Brandis a. a. O. S. 143 [und Bechmann oben Anm. 42.]

51) Vgl. unten §. 588 I. b. α — z. B. l. 70 D. c. e. 18, 1.

52) oben §. 527, 2 besonders Anm. 27 und 35, [nebst Baron §. 286 Anm. 32 und Regelsberger, Pand. I §. 142, IV, sowie für Zwang, Betrug und Irrthum bei der Tradition: Exner, Tradition S. 285/6 Dolinski, Haftung des Contrahenten S. 140 al. 2.]

53) [Eine solche und relative Nichtigkeit nimmt Czyhlarz, Jher. Jahrb. Bd. 13 S. 49/50 für den metus causa geschlossenen zweiseitigen Vertrag an, falls der Zwang vom einen Contrahenten geübt worden ist.]

Was man sonst noch als relative Nullität anführt, ist, nebenbei bemerkt, bald gar keine Nullität[54]), sondern eine in der Intention des Geschäftes selbst gelegene Hemmung oder Auflösung seiner Wirkungen[55]); oder eine Nichtentwicklung seiner nur möglichen, nicht nothwendigen Wirkungen, d. i. von Schulden aus Haftungen, actiones contrariae neben directae[56]), bald absolute Nullität (wie die gegen perfectes Veräußerungsverbot erfolgte Veräußerung oder Verpfändung[57]); bald bloße Anfechtbarkeit (wie u. E. jedes gegen Nov. 115 c. 3—5 verstoßende Testament[58]). Nur das impedimentum privatum des heutigen Eherechts (vis ac metus — Impotenz) wird freilich häufig in seinem Begriffe selbst auf den unserer relativen Nullität gebaut[59]); allein Manche[60]) fassen dasselbe bereits dahin, daß die (auf dem Gebiet der Ehe stets öffentlich anzuerkennende) Nichtigkeit hier nur von den Eheleuten selbst, nicht wie beim impedimentum publicum auch ex officio zur Anerkennung[60a]) zu bringen sei; davon daß die Existenz der Ehe selbst in pendenti und von dem Willen des Einen Gatten oder gewisser Dritter abhängig sei, ist in der Begriffsbestimmung dieser Autoren keine Rede[61]).

54) [Solche dürften wir aber darin haben, daß „Forderungen in Ansehung gewisser Personen peremtorisch ungiltig, in Ansehung anderer dagegen rechtsbeständig sein können": Bd. II §. 297 Anm. 33—35. Bd. I S. 372 Abs. 2.]

55) l. 20 §. 2. l. 22 pr. D. loc. 19, 2 — l. 6 §. 1 D. c. e. 18, 1.

56) l. 41 cf. l. 3 §. 2. l. 4. l. 33 D. mand. 17, 1. §. 8 J. mand. 3, 26. Brandis a. a. O. S. 144 Anm. 2.

57) Bd. III §. 473 Anm. 21—36. §. 499. 1. a. Bd. I S. 488—492. Brandis a. a. O. §§. 10. 11.

58) Bd. III §. 378 bes. bei Anm. 24.

59) z. B. von Eichhorn, Kirchenrecht Bd. 2 S. 333. Walter, Kirchenrecht §. 305. [S. oben Bd. I §. 44 S. 158; entschieden nur für Anfechtbarkeit Wendt, Pand. S. 166 und S. 698, Mitteis, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 115—7, Schey, Obligationsverhältnisse I S. 157 Anm. 119.]

60) namentlich Richter, Kirchenrecht (6. Aufl.) §. 265 und Schulte, Handb. des kath. Eherechts §. 6 S. 32.

60a) vgl. Schulte, Lehrb. d. kath. Kirchenrechts S. 397: Die Annullation enthält nichts als den Ausspruch, daß eine Ehe niemals bestanden habe, deklariert also nur die vorhandene Nichtigkeit, Nichtexistenz."

61) Schulte führt überdies aus, daß Nichtigkeiten, welche in einem Mangel des Consensus beruhen (wie die wegen vis ac metus) lediglich durch Consensus (d. i. eine neue Ehe) gehoben werden können (Hdb. §. 41), und daß die wegen Impotenz zu den indispensablen gehöre, auch durch keinen Willen der Parteien beseitigt werden könne, mithin auch dadurch, daß sie zufällig nicht geltend gemacht wird, nicht hinwegfalle (§. 44. I. b und §. 8 S. 93 fg.). Allein in

3. Theils nach dem Inhalte des Geschäftes, theils nach ihrem eigenen Grunde kann die Nichtigkeit eine blos theilweise oder eine totale sein[62]), nämlich: einen bloßen Theil des Gegenstandes treffen, z. B. wegen error, dissensus, oder wegen Uebermaßes an Schenkungen, Zinsen[63]) — bloße Nebenbestimmungen oder Nebengeschäfte[64]) — die bloße Klagbarkeit ohne die Defensive der naturalis obligatio bei Contracten[65]).

---

der Detailausführung des imp. vis ac metus fällt Schulte in die relative Nullität zurück (§. 20 S. 131); bei Richter ist dies hinsichtlich beider Ehehindernisse der Fall (§. 266. II. §. 270. II). Immerhin scheint die Sache im Kirchenrechte selbst nicht derart ausgemacht, daß Brandis, gestützt auf eine Dissertation A. Gyets de matrim. invalide contracti renovatione, Heidelb. 1830 §§. 1. 2 und was die Quellen anlangt, namentlich auf cap. 26 X. de spons. 4, 1, nicht auch für den Fall des impedimentum privatum die Behauptung absoluter Nichtigkeit hätte wagen dürfen (§. 13). Dagegen Windscheid §. 82 Anm. 8 in med. Savigny, System IV S. 541, k.

62) [Eine totale kann sie sein, auch wo „der Nichtigkeitsgrund sich blos auf einen Theil des Geschäftes bezieht, falls nämlich dieser Theil das Wesen oder die Grundlage des Ganzen bildet": Wächter, Pand. I S. 425, 1 unter Citation von l. 178 D. r. j. 50, 17. l. 27 D. fam. erc. 10, 2. S. ferner l. 44 D. c. e. 18, 1 mit Bechmann, Kauf II S. 359. Windscheid §. 82 Anm. 12.]

63) oben §. 526. 2, a. §. 567 zu Anm. 13, [sowie l. 1 §. 4 D. v. o. 45, 1. l. 52 D. loc. 19, 2 (Pfersche, Irrthumslehre S. 194. 195 und H. Krüger, Beitr. z. L. v. d. exc. doli I S. 104 Anm. 20).] Oben §. 565 Anm. 23. Bd. II §. 308 Anm. 9 fg. [l. 9 pr.] l. 29 D. usur. 22, 1. [l. 13 §. 26 D. a. e. v. 19, 1.] l. 26 §. 1. [§. 4.] l. 28 C. eod. 4, 32. [S. ferner l. 18 pr. D. c. e. 18, 1. l. 11 §. 1 D. pec. const. 13, 5 und das partiell nichtige Prälegat: Bd. III §. 423a Anm. 2, sowie Bd. II S. 125: „Theilweise Unmöglichkeit zieht als solche nur theilweise Nichtigkeit nach sich" vgl. daselbst Anm. 30—32. Die über das aus der Erbschaft Empfangene hinausgehende Onerirung ist soweit (partiell) nichtig:] Bd. III §. 416 Anm. 1 und 3. [Drei Viertel der Erbportion überschreitende Vermächtnisse sind in Ansehung des Ueberschusses d. h. partiell nichtig: ipso iure minuuntur (l. 73 §. 5 D. leg. Falc. 35, 2):] Bd. III §. 420 Anm. 4 fg. [(Mitteis S. 120. 121 — für relative Nichtigkeit). Partielle Nichtigkeit der Cession nach der lex Anastasiana: Bd. II S. 408. 409, des Kaufs mit einer Dareingabe: oben §. 549 Anm. 17 nebst Bd. II §. 325a Anm. 16. — Solutio, creditum, dotis constitutio, wo sie „zusammengesetzte" Rechtsgeschäfte sind (oben §. 559 Anm. 16 nebst Bd. I S. 586 und Wendt, Pand. S. 94), können als Eigenthumstradition gültig, d. h. nicht nichtig (wohl aber anfechtbar), im Uebrigen nichtig sein; s. auch Wendt S. 159. Wegen partieller Ratihabition s. oben §. 583 Anm. 22 g. E.]

64) oben §. 549. b. 3. Bd. III §. 372 Anm. 5. 8. 9. 52. 53. §. 371 Anm. 23. 24. Oben §. 551 Anm. 47. Bd. III §. 429. I. 2. Bd. II §. 353 Anm. 28. [Oben §. 567 Anm. 14. Vielleicht gehört hierher auch noch Bd. III §. 405 Anm. 36. 37 — oder nach dem Inofficiositätssystem unter II, 2 des Textes? — S. auch unten §. 588 Anm. 49.]

65) [oben §. 586 Anm. 10 wogegen Mitteis, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 160. 161.] Bd. II §§. 219. 220. 221. §. 255 Anm. 39—43. Vgl.

II. Auch innerhalb der Anfechtbarkeit unterscheidet man

1. eine ursprüngliche und nachfolgende (— gleichzeitige, ungleichzeitige[66]). Allein der Fall, da die dem Geschäft entsprungenen Rechte beglichen werden, z. B. durch pactum d. n. p.[67] gehört nicht unter die nachfolgende Anfechtbarkeit[68]. Auch die Anfechtbarkeit ist nachfolgend nur in denselben verzüglichen Geschäften denkbar, in denen die Nichtigkeit nachträglich vorkommen kann (oben I. 2. a.). Außer der (nach dem Inofficiositätssystem möglichen) nachträglichen Inofficiosität eines Testamentes[69] ist eine nachträgliche Anfechtbarkeit nicht leicht zu finden[70];

Wächter, W. Privr. II §. 86. 8; Unger, Oest. Privr. §. 91. VI. [Hölder S. 303 al. 1. — Einen Fall partieller Nichtigkeit kann auch die antivellejanische Intercession abgeben, wo sie nämlich die Frau nicht bindet (ope exceptionis) und dabei den Schuldner befreit. Vgl. Gradenwitz, Ungültigkeit S. 174: „in diesem Sinne charakterisirt sich die actio restitutoria als Ergänzung der prätorischen Ungültigkeit zur civilen". Im Hinblick auf die obligirende und die liberirende Seite solcher Intercession könnte man sagen, dieselbe sei theils nichtig, theils anfechtbar. Auch der Novationsvertrag konnte einmal theilweise nichtig, nämlich nur liberirend, nicht auch obligirend sein: Gai. III, 166, vgl. Adolf Schmidt, Zur Lehre v. d. Wirkung d. Rechtsgeschäfte (1888) S. 13—17.]

66) Savigny, System IV S. 542/3. Wächter, W. Privr. §. 86 S. 657 unten. Unger, Oest. Privr. §. 91 S. 159/60.

67) Savigny S. 543.

68) Vgl. Unger Anm. 77a und hier oben § 586 nach Anm. 12.

69) Bd. III §. 377 B. II. 2. §. 378. [Vgl. auch §. 405 Anm. 49. 50.]

70) [Eine solche scheint vorzuliegen in den Fällen von Bd. II §. 305 Anm. 2. 3 (s. jedoch §. 588 Anm. 60); ferner bei der alienatio in fraudem creditorum, die anfechtbar ist nur si eventum fraus habuit, welcher Erfolg sich erst hinterher, namentlich nach dem Verkauf der Masse, herausstellen kann: Bd. II §. 345 Anm. 6—8. 22. 25. Ferner kann nachträglich angefochten werden die Schenkung wegen Undanks des Beschenkten (oben §. 560 Anm. 8) und vielleicht wegen nachgeborner Kinder (Arndts §. 82 Anm. 3). Nach Regelsberger, Pand. I S. 636 Anm. 1 „macht der Undank des Beschenkten so wenig den Schenkungsvertrag anfechtbar als die Zahlung der Schuld den Darlehnsvertrag nichtig. Beide Ereignisse richten sich gegen das Rechtsverhältniß". Allein einmal ist Letzteres überhaupt bei der mittelbaren Anfechtung der Fall (S. 423), und ferner ist die Anfechtungswirkung des Undanks von der Aufhebungswirkung der Zahlung darin wesentlich verschieden, daß diese nach dem Willen der Parteien, jene wider den Willen des Beschenkten eintritt: vgl. S. 404 u. 406. — Weiter kann nach Bd. III §. Anm. 35 (mit dem folgenden Text) die Uebertretung der Mucianischen Caution die rescissorische Vindication des Vermachten herbeiführen.] Wegen der clausula rebus sic stantibus vgl. Wächter, W. Privr. II S. 658 [und Pand. I §. 84 Beil. III sub. III, 2.] Unger, Oest. Privr. II. S. 160 Anm. 78.

2. auch eine blos theilweise und totale Anfechtung läßt sich unterscheiden [71]);

3. Der Anfechtbarkeit eigen ist die [72]) Unterscheidung in eine mittelbare und unmittelbare Anfechtung des Geschäftes. Unmittelbar nennen wir diejenige, in welcher das Geschäft selbst, und mit diesem die dem Geschäft eigene Rechtswirkung aufgehoben wird. Sie findet sich nur da vor, wo es auf Beseitigung gerade dieser dem Geschäfte eigenen Rechtswirkung ankommt. In der querela inofficiosi testamenti muß die dem Testament entsprungene Erbfolge, in der actio Pauliana der durch die fraudulente Veräußerung bewirkte Eigenthumsübergang selbst beseitiget werden, wenn dort Intestaterbfolge, hier die größtmögliche Sicherheit der Gläubiger erreicht werden soll. Die Beseitigung dieser dem Geschäft eigenen Wirkungen schien nicht möglich ohne Beseitigung der Ursache. Ein einmal in die Wirklichkeit eingetretenes Geschäft aber war nur ficticisch, nicht in Wirklichkeit wieder aufzuheben. So trifft die unmittelbare Anfechtung der Geschäfte mit den auf Fiction gebauten rescissorischen Klagen zusammen [73]). Die querela inofficiosi nimmt den color insaniae [74]), die actio Pauliana die Fiction, daß gar

71) z. B. Nov. 115c. 3 in fine, [sowie Bd. III §. 378 Anm. 25. §. 379 Anm. 14. 15. §. 404 Anm. 11. 33. 37—39. 54.:] actio quanti minoris und redhibitoria: Bd. II §. 327b Anm. 60 fg. — [In einem Handexemplar hat hier der Verf. als Beispiel noch l. 8 C. si certum pet. 4, 2 angeführt, „wo ultra centesimam stipulirt ist und legitima tantum petitur". Allein hier dürfte eher partielle Nichtigkeit gegeben und danach dieser Fall in die Anm. 63 zu verweisen sein.]

72) vielleicht von Unger a. a. O. S. 161 Anm. 83 berührte, [von Karlowa, Rechtsgeschäft S. 160, aus ungenügender Würdigung des im Folgenden über das Ficticische der Wiederaufhebung Gesagten, angefochtene, von Mitteis, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 90/1 gelobte, nur für obligatorische Geschäfte verworfene —]

73) [Unzutreffend ist es, wenn Hölder S. 320 hier die bei der Wiedereinsetzung Statt findende Verneinung des Eintritts der Rechtsfolge als „Fiction" bezeichnet findet, was „auf einer Verwechselung rechtlicher und realer Existenz" beruhe. Denn hier wird, wie das Folgende zeigt, nicht das Wesen der Restitution, sondern gewisser Mittel derselben, überhaupt gewisser rescissorischer Klagen bestimmt. Und die „Fiction", auf welche dieselben gebaut sind, ist nicht eine vom Verfasser gelegte und so bezeichnete Basis, sondern nach Ausweis der in Anm. 74—77, einschließlich Bd. I §. 122 Anm. 21 fg. gegebenen Belege eine den Quellen entnommene.]

74) quasi furiosus vel demens testamentum fecit: Bd. III §. 403 Anm. 10—13, [Bd. I §. 98 Anm. 19. 21; desgleichen querela inofficiosae donationis und dotis: §. 405 Anm. 41—58.]

nicht tradirt ꝛc. worden sei, zur Hilfe [75]), nicht so die auf Revocation dessen was in fraudem patroni factum ist, gerichtete Faviana und Calvisiana [76]). Nur daß der Kreis der ficticisch-rescissorischen Klagen noch weiter ist und die Anfechtung noch von anderen rechtswirkenden Thatsachen als der Rechtsgeschäfte mitbegreift [77]). Aus dem Gesagten erhellt, daß die unmittelbare Anfechtung eine künstlich-juristische sei.

Mittelbar ist die Anfechtung dann, wenn sie das Geschäft bestehen läßt, allein den Gegner zu Handlungen zwingt, mit welchen man auf natürlichem friedlichem Wege die Folgen früherer juristischer Handlungen und Thatsachen rückgängig macht, als da sind: Restitutionen (der durch das Geschäft eingebüßten res und ihrer causa, Liberationen, Wiederherstellung von Servituten, Forderungen ꝛc.) [78]) und Prästationen (von all dem, was den Parteien werden muß, wenn das Geschäft so gut wie nicht geschehen sein soll). Restitutionen sind durch keine richterliche Sentenz, sondern blos durch das Machtwort der Gerichtsobrigkeit (decretum), darum nach classischem Prozeß

75) §. 6 J. act. 4, 6 — permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere id est dicere, eam rem traditam non esse, z. B. l. 43 §. 8 D. de aed. ed. 21, 1. l. 4 pr. D. quib. mod. pign. 20, 6. l. 38 §. 4 D. usur. 22, 1 — ut perinde sint omnia atque si nihil alienatum esset —: [Bd. I §. 90 Anm. 17.] Bd. II §. 345 Anm. 12. 15. 33. [S. ferner „ein rescissorisches (auf die Fiction als ob nicht vermacht sei gebautes) Vindicationsrecht" im Fall der Verwirkung der mucianischen Caution durch den Legatar: Bd. III §. 427 Anm. 35. Auch die actio restitutoria „ist nicht nur fictitia, sondern auch rescissoria actio" (Bd. II §. 262 Anm. 27), und es ist anzunehmen, „daß die regelmäßige Form die Hinwegfingirung der Intercession gewesen ist" (Gradenwitz, Ungültigkeit S. 165).]

76) arg. l. 5 §. 1 D. si quid in fr. patr. 38, 5. [Beim obigen Text hat der Verf. in einem Handexemplar ein Fragezeichen angebracht. S. auch l. 38 §. 4 D. usur. 22, 1 cit. — Auch die Anfechtung gewisser Schuldscheine (Bd. II §. 311 Nr. 1 u. 2), namentlich durch querela non numeratae pecuniae, ist im obigen Sinn eine unmittelbare, indem sie (falls sie nicht vom Gläubiger durch Beweis überwunden wird) den Schuldschein entkräftet, ihm die Bedeutung eines Literalcontractes oder Schuldgrundes benimmt. Nur trifft diese unmittelbare Anfechtung nicht „mit den auf Fiction gebauten Klagen zusammen", zumal der Anfechtende Nichts zu beweisen braucht, also nicht actor ist.]

77) Usucapion: §. 5 J. act. 4, 6; capitis diminutio: Gai. III, 84. IV, 38. [Bd. I §. 122 Anm. 21—31.]

78) [S. auch die restitutoriae actiones: Bd. I §. 122 Anm. 34. Bd. II §. 262 Anm. 26. 27, sowie auch §. 345 Anm. 11a. 34. Gradenwitz, Ungültigkeit S. 13—30. S. ferner die rescissoria actio in l. 21 §. 1 D. don. 39, 5.]

nicht im ordentlichen Rechtsweg (actio), sondern nur extra ordinem, durch den Magistrat zu erzwingen [79]), erscheinen darum zwangsweise nur in der i. i. restitutio, und auch hier nur insoweit als dieselbe in einen Restitutionsbefehl ausgeht; statt dessen kann sie ja auch mit der Gewährung rescissorischer Klagen abschließen (rescisso quod gestum est dare judicium) und also zur unmittelbaren Geschäftsanfechtung werden [80]). Prästationen sind es, womit die Anfechtung der Geschäfte auf dem ordentlichen Rechtsweg und ohne Rescission durchgesetzt wird; so z. B. die des Kaufes mit der redhibitoria actio [81]); die Prästation des Verkäufers, nicht [82]) die blos als Voraussetzung genannte, möglicherweise ausfallende Redhibition der Waare, ist das unverrückbare Ziel dieses Rechtsmittels; der Kauf wird rückgängig [83]), allein ohne Fiction, ohne Rescission, in blos factischer, natürlicher Weise [84]).

Aus obigem erhellt übrigens, daß die unmittelbare Geschäftsanfechtung selbst wieder eine unmittelbar oder eine blos mittelbar zuständige ist. Denn diese rescissorischen Klagen stehen zum Theil erst vermittelst vorgängiger i. i. restitutio, etwelche unmittelbar aus dem Edict, Gesetz oder der Gewohnheit zu.

---

79) vgl. Bd. I S. 428 und oben §. 532 bes. S. 79 fg.

80) Bd. I §. 122 Anm. 21 fg. [und z. B. unten §. 588 Anm. 90. — Neben vorstehendem Text ist in einem Handexemplar gefragt: „Warum ist hier nirgends auf die repetitiones [Bd. II §. 300 Anm. 1] reflectirt? Vgl. S. 1665" (d. i. §. 589. II). Zur Beantwortung s. §. 586 Anm. 43. §. 588. I. 1. c. aber auch §. 588. II (zweiter Satz). Ferner erwähnt ein für seine Vorlesungen bestimmtes Manuscript des Verfassers bei Besprechung der Heilung anfechtbarer Geschäfte (§. 589. II) die „Fälle, wo die Anfechtung nicht de jure communi ist wie bei der condictio sine causa."]

81) l. 1 §. 1 D. aed. ed. 21, 1 — quod eius praestari oportere dicetur, emtori omnibusque ad quos ea res pertinet, iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. l. 1 §. 2 eod. — quae aediles praestari iubent —.

82) wie nach der Mommsen'schen Interpunction scheint —

83) l. 38 pr. eod. „inemtis faciendis". l. 43 §. 9 eod. „perfecta emtio . . . imperfecta fieri —".

84) — cum autem servus quem emi traditusque mihi est, a me redhibeatur, non est in ea causa, ut perinde habeatur atque si meus nunquam fuisset — l. 17 §. 2 D. furt. 47, 2. — utrumque i. e. venditorem et emptorem quodammodo in integrum restituere debere: l. 23 §. 7. D. aed. ed. 21, 1. l. 60 eod. Bd. II §. 327b Anm. 10 fg.

Gründe.

§. 588.

I. Die Nichtigkeit beruht

1. in einem Mangel an dem, ohne was das Geschäft nicht oder nicht im ganzen Umfange sein kann[1]). Alle die Mängel, welche die Nichtigkeit entweder eines jeden Geschäftes, oder ganzer Gruppen von Geschäften, schlechthin oder nur bedingt mit sich führen, lassen sich vielleicht zusammenfassen als Willenslosigkeit, Gegenstandlosigkeit, Grundlosigkeit, Rechtlosigkeit[2]).

a. Wegen Willenslosigkeit sind alle Geschäfte nichtig, wenn wir sie

als gänzliche Handlungsunfähigkeit (Bd. I §. 55, 2. §. 56, 1) —

als den dem Handelnden gerade in diesem Geschäfte (wegen

---

1) vgl. Savigny, System IV S. 549.

2) Ueber den, wie es scheint, in keine dieser vier Classen und auch nicht unter Nr. 2 passenden Grund der partiellen Nichtigkeit des Prälegats s. Bd. III §. 423a Anm. 2. Wegen des Grundes der Nichtigkeit eines Vergleichs, der „über eine bewußtermaßen rechtskräftig entschiedene Sache" abgeschlossen worden ist, s. Bd. I §. 111 Anm. 29—31, nebst Anm. 17; s. ferner Anm. 32. Gründe gewisser nichtiger Adoptionen: Bd. I §. 46 Anm. 13—15. Einen eigenen Grund dürfte auch die Nichtigkeit des Testamentscodicills haben, welche sich an die Nichtigkeit des Testaments knüpft, auf welches jener sich bezieht: Bd. III §. 424 Anm. 15. 16. (vgl. oben §. 587 Anm. 62). Auf dem gleichen Grunde beruht wohl die Nichtigkeit der Pupillarsubstitution oder des pupillarischen Testaments, die sich an die Nichtigkeit des väterlichen knüpft: Bd. III §. 374 Anm. 7. 8. — Nach Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 389 „gibt es überhaupt blos drei Gründe", welche ein Geschäft zu einem nichtigen machen: Handlungsunfähigkeit, Mangel der vorgeschriebenen Form und Gesetzwidrigkeit. Und wenn auch der Formmangel eine Gesetzwidrigkeit wäre? Zimmermann, Stellvertretende negotiorum gestio S. 140 tadelt, daß die „herrschende Ansicht" zur Nichtigkeit „ununterschieden die Fälle rechnet, wo ein Requisit der Existenz des Rechtsgeschäfts (z. B. die Handlungsfähigkeit), und die Fälle, wo ein Requisit seiner rechtlichen Wirkung (z. B. die concrete Dispositionsbefugniß) mangelt". Der Text dieses §. hat diese Fälle unter a und d getrennt aufgeführt. Der Z.'schen ähnliche Distinction bei Karlowa, Rechtsgeschäft S. 118—20. Gradenwitz, Ungültigkeit S. 302 empfiehlt „aus der Ungültigkeitslehre die Fälle des Wahnsinnes, Irrthums ꝛc., wo schon nach allgemeinen Grundsätzen ein Rechtserfolg nicht eintritt, auszuscheiden" und „eine Ungültigkeit i. e. und techn. S. festzustellen, welche blos diejenigen Fälle begreift, in denen eben im Widespruch mit den allgemeinen Regeln ein Rechtserfolg gar nicht oder doch nur verkümmert eintritt". Einwände und Ablehnung bei Mitteis, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 97—99].

Simulation, Spiel und Scherz §. 524[3]). §. 567 Abs. 2. 3. 5) fehlenden, oder (wegen error §§. 525. 526. §. 567)[4]) versagenden Willen denken.

Dagegen sind wegen Willenslosigkeit nicht alle, sondern nur die solennen und onerosen Geschäfte nichtig, wenn unter derselben

nur der Mangel der vollen Willensreife (Bd. I §. 55, 2. b.[5]) — oder

der auf dem Willen des prodigus liegende Bann (Bd. I §. 56, 3. §. 54 Anm. 10[6]) —

gedacht ist. Ein ähnlicher Bann liegt auf dem bevormundeten Minor (Bd. I §. 55, 1. §. 57. b.); ein ähnlicher, allein auf die Testamentserrichtung beschränkt, auf den Taubstummgeborenen (Bd. III §. 368 Anm. 13).

Denkt man unter Willenslosigkeit gar nur den Mangel männlichen Wollens, so sind ihrethalben den Frauen nicht sowohl einzelne bestimmte Geschäfte, als einzelne Aemter, gewisse Rechte, und Interventionen in fremden Geschäften: testimonium, das pro alio obligare, obligari, (postulare) versagt und nichtig[7]).

Unfreiheit des Willens (Gezwungenheit) erscheint mitunter selbst in der Sprache der Quellen[8]) als Willenslosigkeit. Wir haben in §. 534 eine von den früheren etwas abweichende Demarcationslinie zu ziehen gesucht zwischen den Geschäften, in welchen sie Nichtigkeit bedeutet, und denen worin nicht.

3) [Ferner oben §. 569 bei und in Anm. 5 (im dortigen Text ist beim Druck der Hinweis auf Anm. 25 des §. 526 ausgefallen), sowie §. 581 nach Anm. 45. — Auch bloßer Irrthum kann der Willenslosigkeit gleich geachtet sein: oben §. 527, bes. Anm. 21. 25. 32 und am Ende, vgl. §. 587 Anm. 52.]

4) [In den Fällen von Simulation, Spiel und Scherz (oben §. 524 Anm. 2—6) tritt die Nichtigkeit nicht entgegen dem Willen des Handelnden ein: §. 586 Anm. 29, Wendt, Pand. S. 158.]

5) [s. auch Bd. III §. 505 Nr. 1 nebst §. 506 Anm. 60.]

6) [s. auch Bd. III §. 505 Nr. 2 nebst §. 506 Anm. 60.]

7) Bd. I §. 54. III. 1. 2 §. 1 D. S.C. Vellej. 16, 1. 1. 1 §. 5 D. postul. 3, 1. [Bd. III §. 505 Anm. 5—8 (Vormundschaft); zu Anm. 6 s. noch Bd. I §. 71 Anm. 13. Bd. II §. 262 Anm. 5. 19. 25. §. 263 Anm. 9—19.]

8) oben §. 530 Anm. 9 [vgl. Bd. I S. 421 „eine Art Entwilligung oder Willenslosigkeit".]

Willenslosigkeit ist im Sinne des Rechtes endlich auch da vorhanden, wo der Wille entweder in sich selbst noch unfertig [9]), oder aber zwar innerlich fertig, aber äußerlich gar nicht, oder nicht zu fertigem Ausdruck gebracht wird; der unausgedrückte Wille ist dem Rechte kein Wille [10]). Allein das Geschäft, welches in diesem Sinne an Willenslosigkeit leidet, ist selbst äußerlich oder factisch noch nicht da, und schon nach dem eigenen Willen des Handelnden noch nicht existent, mithin aus doppeltem Grunde nicht nichtig im eigentlichen Sinne des Wortes (S. 404). Das gilt ebensowohl vom zweiseitigen, nicht bis zum letzten Abschluß gebrachten (§§. 569—573), wie vom einseitigen Geschäfte. Formlosigkeit dagegen, als die Thatsache, daß der Wille nur nicht zu dem gerade für dieses Geschäft nothwendigen Ausdruck gebracht ist, begründet Nichtigkeit in den wenigen Fällen, wo eine gewisse Form noch gesetzlich verlangt, so wie da wo sie beliebt ist [11]); allein auch die Formlosigkeit ist Willenslosigkeit, indem es für das Recht keine „voluntas" ohne Ausdruck, und in solennen Geschäften keinen Willensausdruck außer in der solennen Weise gibt (§. 562).

b. Die Gegenstandlosigkeit besteht darin, daß der im Geschäft gewollte Gegenstand entweder nicht existent [12]), oder außer Verkehr, oder daß er ein unmöglicher ist. Allenthalben muß, damit wir von Gegenstandlosigkeit reden, ein Gegenstand gewollt sein. Freilich ist ein Geschäft, in dem gar kein Gegenstand gewollt ist, auch gegenstandlos; allein da geht die Gegenstandlosigkeit in der Willenslosigkeit auf, und ist das

9) [Bd. III §. 371 Nr. 2. §. 425 Anm. 7. 8. §. 506 Anm. 4 a. E. 60. Bd. II §. 240 Anm. 2.]

10) oben §. 562 Anm. 1—5. §. 535, Abs. 3 und 4. §. 568 Anm. 1 u. 34.

11) oben S. 266 in med.; [§. 565 Anm. 1—6;] Bd. III §. 377 Anm. 6 fg.; §. 424 Anm. 6—12; §. 429. I; oben §. 565 Anm. 22. 23; §. 566 a. E. §. 573 Nr. 2. [§. 564 Anm. 1—3. Bd. II §. 263 Anm. 5—8 mit dem folgenden Text.]

12) [Verbürgung für eine nichtexistente Schuld: Bd. II §. 255 Anm. 22—24. 27. 31. Vielleicht hierher — da doch der fideiussor für idem und nicht aliam rem haften soll wie der Schuldner (Bd. II §. 255 Anm. 3) — daß „pure Fidejussio für eine bedingte Schuld nichtig ist" (Bd. II §. 257 Anm. 28) wie jede für duriorem causam oder condicionem.

Geschäft schon wegen Willenslosigkeit nichtig [13]). Im Einzelnen muß unterschieden werden

α. der Fall da eine Person oder Sache (res, res corporalis oder incorporalis) gewollt, und aber nichtexistent oder außer Verkehr ist [14]). Daß ein Geschäft, welches nichts Existentes oder Verkehrbares zum Gegenstande hat, nichtig sein müsse, liegt in der Natur der Sache [15]). Allein es gibt Geschäfte, in denen hinter der gewollten Sache (bei den Römern auch Person) eventuell eine andere (Geld) gewollt ist; da kann das erstgewollte nicht existent oder außer Verkehr, allein die Eventualität, unter welcher das andere gewollt ist, da sein. Hier ist dann (weil es Geld in genere stets gibt, und Geld dem Verkehr nicht nur nicht entzogen, sondern seinethalben da ist) das Geschäft in Wahrheit nicht gegenstandlos. Diese Geschäfte sind die obligatorischen; in ihnen steht hinter dem dare, facere oportere ein eventuelles praestare oportere [16]): die Sache (Person), welche geleistet werden soll, kann nichtexistent oder außer Verkehr, die Eventualität aber, unter welcher jenes Geld gegeben werden soll, da sein.

In den streng einseitigen Contracten (in denen nur galt, was ausdrücklich gesprochen war [17]), finden wir diese Eventualität auf den Fall beschränkt, da der Promittent selbst daran schuld ist, daß er den ausdrücklich versprochenen Gegenstand nicht geben kann [18]); in dem dabo schien das Versprechen, zu machen, daß man geben kann, mit ausgesprochen [19]). Hier erscheint der Contract bei nicht existenter oder nicht versprech-

13) z. B. l. 9 pr. D. her. inst. 28, 5 — voluntate deficitur —. [S. auch oben §. 549 Anm. 1.]

14) Bd. I §. 125. §. 126. Bd. II §. 245 Anm. 7—9. Bd. III §. 414 Nr. 1; S. 476; §. 438 und liber homo: Gai. III, 97. l. 103 D. v. o. 45, 1.

15) z. B. l. 1 §. 9 D. o. e. a. 44, 7 — naturali ratione inutilem esse stipulationem —. [Bd. II §. 245 Anm. 10.]

16) §§. 135—138 der ersten Aufl. Oben Bd. II. §. 238. §. 265—§. 281 d. [Vgl. Bähr, Jher. Jahrb. Bd. 14 S. 398 al. 1.]

17) oben §. 548 Anm. 14.

18) — si per te steterit quominus vivo eo dares — perpetuatio obligationis durch die doppelte culpa: der positiven That wie Tödtung oder Veräußerung im Gegensatze zu bloßem non facere —, sowie durch mora: l. 23. l. 91 pr. — §. 3. l. 96 D. v. o. 45, 1.

19) l. 91 pr. cit.

barer Sache (Person) denn auch ohne weiteres nichtig[20]). Anders in den b. f. contractus, wie z. B. bei Kauf und Verkauf, wo die Nichtexistenz und Verkehrsunfähigkeit der Waare hauptsächlich zur Sprache kommt. Hier ist die Prästation jedweder culpa so wie die der Eviction (des habere non licere) stillschweigend zugesagt (SS. 191—194), darnach an und für sich denkbar, daß an die Stelle der unmöglichen Waare, es sei nun unter der Eventualität einer gewissen Verschuldung, oder unter der eines habere non licere eine Geld- oder Interesseleistung als Gegenstand des Contractes oder der Haftung einrücken konnte. Nur setzt das Versprechen oder das Interesse des habere licere eine wenigstens existente Sache voraus; an dem was gar nicht existirt, kann man kein Haben denken, keines wollen, geschweige denn es zu haben oder nicht zu haben interessirt sein. Werden nichtexistente Sachen verkauft, so läßt sich also nur an die Prästation einer Verschuldung denken, aber lediglich an die Prästation der Ihering'schen culpa in contrahendo: daß Verkäufer etwas derartiges zum Verkauf und so den Käufer in Schaden gebracht hat; werden Sachen verkauft, welche nur nicht verkehrsfähig sind, oder freie Menschen als Sclaven, so läßt sich wie das Versprechen auch ein Interesse des habere licere, non licere, mithin ein Bestand des Kaufes als Evictionshaft denken; denkbar wäre freilich auch hier die Prästation einer culpa in contrahendo. So weit die Denkbarkeit. In den Quellen aber ist letztere bis dahin verwirklichet, daß sie

(1) beim Verkaufe freier Menschen und extra commercium stehender Sachen eine Evictionshaft annehmen[21]). Hiermit stimmt überein, daß überall Unkenntniß des wahren Sachverhalts in der Person des Käufers voraus-

20) Gai. III, 97. l. 1 §. 9 D. o. e. a. 44, 7. l. 103. l. 45 pr. D. v. o. 45, 1. §§. 1. 2 J. inut. stip. 3, 19. l. 69. l. 97 pr. D. v. o. 45, 1. F. Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung S. 114; dazu meine Besprechung in der Krit. Ueberschau Bd. 5 S. 290 und oben Bd. II §. 246 Anm. 1. [Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse S. 171 Anm. 2.]

21) l. 39 §. 3 D. evict. 21, 2. §. 5 J. emt. 3, 23 „quod non habere ei liceat". l. 20 §. 4 in f. D. lib. caus. 40, 12. l. 25 C. evict. 8, 44 (45). l. 2 C. assert. toll. 7, 17. Römer, Die Leistung an Zahlungsstatt S. 86 Anm. 1. [Oben Bd. II §. 246 Anm. 2—8 (in Anm. 5 ist mit l. 4

gesetzt wird, während auf Kenntniß oder Unkenntniß in der des Verkäufers nichts ankommt[22]). Daß die Quellen in eben diesen Fällen die Prästation einer culpa in contrahendo annehmen[23]), scheint uns so wenig sicher, als das Verhältniß, in welchem diese beiderlei Haftungen bei Ihering neben einander stehen[24]). Daß der Kauf überall hier[25]) oder regelmäßig nichtig sei[26]), steht mit der angeblichen culpa in contrahendo im innigsten Zusammenhang; denn diese Art von Verschuldung ist eigens aufgestellt, um einen Ersatzanspruch wegen Schäden aus nichtigen Contracten zu begründen[27]). Allein aus den Quellen läßt sich die Nichtigkeit u. E. nicht rechtfertigen[28]).

(2) Beim Verkaufe nicht existirender Sachen findet sich, unserer obigen Vermuthung entsprechend, keine Evictionshaft. Doch besteht ein Unterschied, je nachdem es sich um eigentliche Sachen (corpora), oder um Forderungen und Erbschaften (res incorporales) handelt. Ersterenfalls erscheint das Geschäft, wenn die verkaufte

---

cit. gemeint l. 4 D. quib. ad. lib. 40, 13) und Regelsberger in Endemanns Hdb. II S. 416 Anm. 12.]

22) ll. citt. besonders l. 39 §. 3 cit: qui . . . sciens vel ignorans . . . vendat, evictionis nomine tenetur —. l. 70. l. 4 D. c. e. 18, 1 „si ab ignorante emitur" — cf. l. 1 C. sepulcr. viol. 9, 19. Bd. II §. 246 zu Anm. 8 vgl. 10. 13. 14. §. 280 Anm. 28.

23) Ihering, Schadensersatz bei nichtigen Verträgen, in dessen Jahrbb. IV S. 8, nach ihm Vangerow, 7. Aufl. §. 109 Anm. 1, Windscheid §. 315 bes. Anm. 7. [Hiergegen oben Bd. II §. 246 Anm. 9 vgl. 11. 14.]

24) a. a. O. S. 63 unten und S. 65 unten. Die l. 62 §. 1 D. c. e. 18, 1, welche noch am ehesten zu Gunsten der culpa in contrahendo spricht, wird von Ihering selbst (S. 9) mit §. 5 J. cit. in Verbindung gebracht; nach §. 5 J. cit. aber gründet sich die actio ex emto der l. 62 §. 1 auf keine culpa in contrahendo, sondern auf die Evictionskraft (quod non habere ei liceat —), vgl. Römer, Leistung an Zahlungsstatt S. 90.

25) Ihering a. a. O. S. 10, 2, [Mitteis, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 100/1.]

26) Windscheid §. 315 Anm. 4. 5.

27) Ihering a. a. O. S. 1–8; S. 10, 2. [Vgl. oben §. 586 Anm. 3 g. E.]

28) l. 22 — l. 24 D. c. e. 18, 1 gehört nicht hierher (vgl. Römer a. a. O. S. 88 Anm.); l. 34 §. 1 eod. (Paulus) stellt allerdings den Satz auf, daß was man nicht habere, possidere, persequi kann, unkäuflich sei (earum rerum nulla venditio est); aber im Sinne der Compilation wenigstens, namentlich im Zusammenhalt mit den voraus geschickten Sätzen der l. 4 — l. 6 pr. eod., dann mit jenen vielen Stellen, welche das Regreßrecht im Evictionsfalle bezeugen, muß man hier venditio als Veräußerung, d. i. als

Sache nicht existirt, als schlechthin nichtig [29]), zwischen Wissen und Nichtwissen auf der einen oder anderen Seite wird erst unterschieden, wenn die Sache zur Zeit des Geschäftes nicht gänzlich zerstört war [30]); aber auch irgend einer neben der Nichtigkeit herlaufenden Haftung, nament-

das Ding denken, durch welches wir zu jenem habere, possidere, persequi gelangen sollen; in diesem Sinne ist venditio hier allerdings unmöglich (vgl. Brandis, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. VII S. 182); daß sie im Sinne eines Contractes überhaupt, namentlich als ein wegen des habere non licere verpflichtendes Geschäft unmöglich sei, widerspricht ausdrücklichen Zeugnissen, ja den anderweitigen Bemerkungen des Paulus selbst (l. 5 eod.). Der Grund weßhalb in l. 8 §. 1 D. relig. 11, 7 in factum actio gegeben wird, kann ein ganz anderer sein, als die angebliche Unverbindlichkeit oder Nichtigkeit des Kaufs; z. B. das Bedürfniß, je nach Umständen (wenn geflissentlich pro puro verkauft ist) auch in diesem Falle mit einer poena pecuniaria gegen den Verkäufer vorzugehen (vgl. die in factum actio in l. 2 §. 2 eod.). In l. 62 §. 1 D. c. e. 18, 1 ist „emtio" nicht bindend, buchstäblich nur emtio, nicht venditio, und der Gedanke an eine blos einseitige Nichtigkeit (oben §. 587. I. 2. b) um so zulässiger, als die Klage gegen den Verkäufer (ex emto) besteht. Endlich lauten l. 62 §. 1 cit. und §. 5 J. cit. zwar auf Prästation eines s. g. negativen Interesses (interest, deceptum non esse); allein prästirt wird auch evictionshalber das Interesse, welches eben besteht, sei es nun negativ oder positiv. — [S. nunmehr, außer Bd. I §. 126 Anm. 13—15, Bd. II §. 246 Anm. 3, welche letztere Erörterung in der Argumentation, nicht im Resultat von der vorstehenden verschieden ist. Für dieses Resultat auch Köppen, Jher. Jahrb. XI. S. 303 zu Anm. 325 und Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse S. 160—172 Anm. 1, gegen dasselbe, nämlich Widerspruch der Quellen annehmend und mehreren Argumenten des Verfassers opponirend Bechmann, Kauf II S. 439—46. — Wegen Art und Umfang des vom Verkäufer einer res extra commercium zu prästirenden Interesses s. oben Bd. II l. c. Anm. 17 u. 19. — Gegen die ebenda S. 128 gegebene Begründung der Evictionshaft — nämlich daß „nur die dem Kauf nicht innewohnende Haftung für ein liberum hominem, rem sacram dare eine Unmöglichkeit, dagegen die Haftung für ein factisches Behalten dieser Personen und Sachen (habere licere in diesem Sinne) eine Möglichkeit war" — ließe sich einwenden, daß S. 121 von der Unmöglichkeit nicht der Haftung, sondern der Leistung ausgeht, indem dort die Haftung negirt wird, wenn und weil die Leistung unmöglich ist, daß aber das habere licere von liberi homines und res sacrae ebenso unmöglich (haberi non potest: l. 4 D. c. e. 18, 1 cf. l. 34 §. 1 eod.), seine Gewährung eine ebenso unmögliche Leistung ist als das dare liberum hominem, rem sacram, was dann auch die Haftung für jene unmögliche Leistung ausschließen würde. Man möchte danach fragen, ob nicht die obligatio blos als Verbindlichkeit, nicht schon als Haftung von der Möglichkeit der Leistung abhänge. Daß Evictionshaft nicht bei dandi obligatio s. Bd. II §. 280 bei S. 335. Bei l. 62 §. 1 cit. hat schon Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse S. 163 Haftung und Verbindlichkeit unterschieden.]

29) l. 15 pr. l. 8 pr. l. 57 pr. — §. 3 D. c. e. 18, 1. Windscheid §. 315 Anm. 4 u. 5. §. 389 Anm. 9. [Oben Bd. II §. 245 Anm. 36. §. 246 Anm. 15. §. 325 Anm. 17. 18. §. 325a Anm. 16, sowie in diesem Bd. §. 527 Anm. 18.]

30) l. 57 cit. [Oben §. 527 Anm. 18.]

lich für eine culpa in contrahendo, geschieht keine Erwähnung [31]). — Beim Verkauf von nichtexistirenden Forderungen und Erbschaften dagegen taucht eine Haftung des Verkäufers allerdings auf [32]). Allein was die beim Forderungsverkauf anlangt, so läßt sich mit Bestimmtheit sagen, daß sie der Evictionshaft verwandt, auf ein esse nomen, statt auf ein habere licere gerichtet sei [33]). Darum dürfte auch die in l. 8. l. 9 D. her. vend. 18, 4 statuirte Haftung aus dem Verkaufe einer nichtexistirenden Erbschaft von derselben Art sein; wird eine Erbschaft verkauft, die nur dem Verkäufer nicht gehört, möchte man sogar von einem habere non licere gesprochen haben [34]).

Schlechthin gegenstandlos und deshalb nichtig wäre demnach ein zweiseitig obligatorisches Geschäft nur dann, wenn in ihm eine res corporalis intendirt ist, und diese nicht existirt. Außerdem kann die Prästation eines habere non licere (hominem liberum, rem cujus commercium non est, hereditatem ad venditorem non pertinentem), oder eines non esse (nomen, hereditatem) begründet sein. Bei theilweiser Nichtexistenz einer res corporalis kommt Wissen und Nichtwissen, sowie der Belang des Ueberrestes in Betracht (l. 57 cit.). Einer mit der

31) In l. 21 pr. D. a. e. v. 19, 1 haftet der Verkäufer wegen der im Verkaufe des partus (futurus) nothwendig enthaltenen Zusicherung der Conceptionsfähigkeit; auch erscheint der Kauf nicht als nichtig. [Bd. II §. 246 Anm. 16; die an letzterer Stelle vertretene Deutung bekämpft Bechmann, Kauf II S. 430, s. auch S. 435/6. Dieser tritt S. 432—438 für die oben negirte neben der Nichtigkeit herlaufende Haftung des Verkäufers ein, welche er gründet „einfach auf die dem Kaufcontracte immanente bona fides, deren Wirksamkeit von dem Vorhandensein der Giltigkeit ganz unabhängig" sein soll; vgl. unten Anm. 35. Vgl. auch oben §. 586 Anm. 3 g. E.]

32) l. 74 §. 3 D. evict. 21, 2. l. 4. l. 5 D. hered. vend. 18, 4; l. 8. l. 9 eod.

33) l. 74 §. 3 cit. D. evict. 21, 2; vgl. Müller, Eviction 1. Theil S. 312. [Oben Bd. II §. 246 Anm. 17 g. E. §. 285 Anm. 15. 17: „Wegen Nichtexistenz der Forderung ist er (der Verkauf) niemals nichtig, sine re".]

34) l. 1 und l. 7 D. her. vend. 18, 4 sprechen von nichtexistenten Erbschaften; geschieht dies in einer Art, als ob hier der Verkauf schlechthin nichtig sei, so rührt es vielleicht daher, daß ein Theil der Juristen die nichtexistente Erbschaft wie eine nichtexistente res corporalis behandelten; im Sinne der Compilation müssen beide Stellen als leges generales den specielleren l. 8 und l. 9 eod. weichen und auf den Fall bezogen werden, da die wahre Sachlage (Nichtexistenz der Erbschaft) vor beiden Parteien auflag. [Zustimmend Puntschart a. a. O. S. 174 Anm. 1. S. ferner oben Bd. II §. 246 Anm. 16. 17. 19 und hiergegen Bechmann, Kauf II S. 431.]

Nichtigkeit concurrirenden culpa in contrahendo geschieht, so sehr es unter Umständen nach ihr drängt, keine sichere Erwähnung [35]).

β. Weiterhin kommt der Fall in Betracht, da eine unmögliche Leistung den Gegenstand eines Geschäftes bildet [36]). Das ist ein den obligatorischen Geschäften ausschließlich zugehöriger Gegenstand. Nur sie gehen auf Leistungen (dare, facere, praestare); und nur die Leistungen sind Handlungen — Dinge, bei denen es, vonwegen ihrer Dauerlosigkeit [37]), kein Sein oder Nichtsein wie bei den Sachen und Personen, sondern nur den Gegensatz des Möglichen und Unmöglichen (Geschehens oder Nichtgeschehens) gibt. Leistungen bilden aber nicht minder den Gegenstand obligatorischer Geschäfte, als Personen den Gegenstand etwa der Erbeinsetzung (S. 37, c), Adoption, Emancipation, oder Sachen den Gegenstand von Traditionen und Occupationen; Contracte auf unmögliche Leistungen sind darum so gegenstandlos, wie Erbeinsetzungen ohne Erben und Traditionen ohne Sachen. Ja die Gegenstandlosigkeit des Contracts auf unmögliche Leistung trifft zum Theile mit der Gegenstandlosigkeit wegen Nichtexistenz oder Unverkehrbarkeit (Unkäuflichkeit) von Sachen (und Personen) zusammen. Denn die eine Gruppe der den Gegenstand von Contracten bildenden Leistungen, das dare, hat selbst wieder in einer Sache (oder Person) ihren weiteren Gegenstand; ist dieser nichtexistent oder außer Verkehr, dann ist wenigstens seine Leistung unmöglich, und der Contract insoweit gegenstandlos [38]). Allein der Contract kann auf ein bloßes facere, oder er kann auf ein dare gehen, zu welchem es nicht an der Sache, sondern z. B. an der in dem dare postulirten Fremdheit der Sache ꝛc. fehlt [39]);

35) [gegen diese culpa Bechmann, Kauf II S. 433/4, obwohl er doch (S. 438) eine nicht rechtsgeschäftliche Pflicht des Verkäufers zur Entschädigung dafür statuirt, „daß der Verkäufer ein Geschäft abschließt, dessen Nichtvollziehbarkeit er kennen sollte". Das darf man wohl culpa in contrahendo nennen.]

36) [eine nicht nur dem Obligirten unmögliche Leistung: Bd. II §. 245 Anm. 20—23.]

37) wie kein „woran" vgl. meine Krit. Blätter Nr. 3 S. 4.

38) l. 1 §. 9 D. o. e. a. 44, 7, [vgl. Anm. 15.]

39) l. 1 §. 10 D. o. e. a. 44, 7. Gai. IV, 4, cf. l. 98 pr. l. 34. l. 66 D. v. o. 45, 1. l. 41 §. 2 D. leg. I. [Bd. II §. 245 Anm. 11.]

da ist nur mehr Gegenstandlosigkeit wegen Unmöglichkeit der Leistung, — und zwar eine bald natura, bald jure, bald moribus unmögliche Leistung da[40]). Beruht nun die Unmöglichkeit der Leistung in der Nichtexistenz oder Unkäuflichkeit der zu leistenden Sache (oder Person), dann gilt in Betreff der Nichtigkeit oder Existenz des Geschäftes dasselbe, was oben zu α gesagt ist. Anderen Falles liegt allenthalben Nichtigkeit vor[41]).

γ. Eine Art Gegenstandlosigkeit ist auch der Mangel des zu dem vorhabenden Geschäfte essentiell erforderlichen Inhalts[42]), z. B. der heredis institutio in einem als Testament, der Eigenthumsüberlassung in einem als Darlehen, der Gemeinschaft an Gewinn und Verlust in einem als Societät intendirten Geschäfte[43]). Sicher kommt hier das intendirte Geschäft nicht auf; allein ob anstatt dessen nicht ein anderes aufkommt, jenes andere nämlich, zu welchem der essentiell erforderliche Inhalt vielleicht vorliegt, — ein Codicill anstatt des Testamentes, ein Depositum oder Commodat anstatt des Darlehens, ein Innominat-, etwa Trödelcontract anstatt der Societät, muß gefragt werden. Ohne Zweifel gilt nun zwar auch hier kein anderes Geschäft als dasjenige, welches gewollt ist, so daß in unserem Fall das Testament nicht ohne weiteres Codicill ꝛc. ist[44]); allein auch hier kann außer dem nichtigen eventuell jenes andere intendirt sein (wiewohl das außer dem Testament und der Codicillarclausel nicht leicht vorkommt)[45]), oder es ist das erste unmögliche nur dem Namen, das andere mögliche aber der Sache nach intendirt (was wegen Rechtsunkenntniß leicht vorkommt)[46]); oder es ist in dem einen zugleich das

40) vgl. oben §. 539 zu Anm. 7. Bd. II §. 245 Anm. 4—19.

41) l. 35 pr. §. 1. l. 26. l. 27. pr. l. 123. l. 38 pr. l. 83 pr. D. v. o. 45, 1. l. 8 C. c. st. 8, 37 (38). l. 4 C. inut. stip. 8, 38 (39). §. 24 J. eod. 3, 19.

42) oben §. 546. [§. 549 Anm. 1.]

43) [z. B. l. 29 §. 2 D. pro soc. 17, 2 (Bd. II §. 335 Anm. 20a.)]

44) l. 1 D. jure cod. 29, 7. Bd. III §. 379. §. 424 Anm. 14 a. E.; arg. l. 9 D. spons. 23, 1; l. 1 §. 4 D. pec. const. 13, 5. Römer, Zur Lehre v. d. Conversion der Rechtsgeschäfte, Arch. f. civ. Pr. Bd. 36 Nr. IV. §. 1. §. 2.

45) [Vgl. Bd. II §. 283 Anm. 4. Bechmann, Kauf II S. 45.]

46) hierher die gegenseitige Acceptilation zwischen Käufer und Verkäufer:

andere intendirt, indem das zweite wesentlich nichts anderes bezweckt als das erste[47]); überall hier steht dann anstatt oder innerhalb des vergeblich oder nur dem Namen nach gewollten ein anderes rechtsbeständiges Geschäft da[48]).

Von dem Mangel des essentiellen Inhaltes muß die Beifügung von dem essentiellen Inhalt widerstreitenden Nebenbestimmungen und Nebengeschäften unterschieden werden. Gehen diese wider den jure publico nothwendigen Inhalt des Geschäftes (S. 184, S. 185), wie z. B. die lex commissoria bei der Verpfändung, ein pactum dotale daß die dos schlechthin nicht zu restituiren sei, so sind sie, diese Nebenberedungen, nicht etwa das Geschäft selbst oder das Hauptgeschäft, nichtig[49]). Daß dem ebenso sei, wo die Nebenberedung gegen den Begriff des Geschäftes (§. 546, 1) geht, ist bei früherem Anlaß in Abrede gestellt[50]). Die Nebenbestimmung in Con-

l. 5 pr. D. resc. vend. 18, 5 [und die Beispiele zu Bd. III §. 488 Anm. 1, nebst l. 6 D. praescr. verb. 19, 5. l. 1 §. 4 D. mand. 17, 1. — Einwand (convertirt werde der Name, nicht das Geschäft) bei Dernburg I §. 124 Anm. 5, dagegen Regelsberger I §. 175 Anm. 7.]

47) vgl. Römer a. a. O. §. 3 arg. l. 5 pr. D. resc. vend. 18, 5 cit. l. 8 pr. l. 19 pr. [l. 23] D. acc. 46, 4. [l. 27 §. 9 D. pact. 2, 14; s. dazu H. Krüger, Beitr. z. L. v. d. exc. doli S. 148—52 (oben §. 564 Nr. 2 wäre auf Krüger a. a. O. S. 133—47 zu verweisen gewesen). Conversion wohl auch in l. 78 (76) D. ad Sc. Treb. 36, 1 (Bd. III §. 374 Anm. 2). Nach Hellmann, Z. f. Rechtsgesch. N. F. XII S. 359 gibt l. 28 §. 7 D. don. i. v. et u. 24, 1 einen Fall von Conversion einer ungültigen stipulatio usurarum in ein pactum annui. — Nur als ähnlich kann man bezeichnen, daß die nichtige Novationsstipulation so gut als die gültige zur „Quasipurgatio" der mora führen kann: Bd. II §. 274 Anm. 17. 18.]

48) [Nicht erst zur Lösung, sondern schon zur Vermeidung des Conflicts trägt bei die Ansicht: „Der handelnde Nichtjurist wird sich das zu erzeugende Rechtsverhältniß nicht in seiner juristischen Eigenart vorstellen, er will die zur Verwirklichung seines praktischen Zwecks bestmöglichen Mittel des betreffenden Rechts": Regelsberger, Pand. I §. 135 Anm. 5. Dazu die Erörterung über das Erforderniß der Absicht auf Rechtswirkung beim Rechtsgeschäft oben §. 524 Anm. 1 nebst Bähr, Arch. f. civ. Pr. Bd. 67 S. 162 Anm. 5, Dolinski, Haftung des Kontrahenten S. 116 Anm. 1 und Ehrlich, Stillschw. Willenserklärung S. 2 fg. Dem handelnden Nichtjuristen, der auf den „rechtsgeschäftlichen Schleichwegen" (Regelsberger a. a. O. S. 519) erfahren ist, kann man die von der erwähnten Ansicht negirte Vorstellung nicht absprechen.]

49) l. 3 C. pact. pign. 8, 34 (35). Bd. II §. 353 Anm. 28. Bd. III §. 487 Nr. 1. — [l. 2 §. 44 D. ad Sc. Tertull. 38, 17: — nisi forte quis putet condicionem hanc (sc. si tutores non habuerit) quasi utilitati publicae obpugnantem remittendam ut alias plerasque. — S. ferner Bd. I §. 176 Anm. 18 und oben §. 587 Anm. 64.]

50) Bd. III §. 488 Nr. 1. — [Hingegen finden wir so behandelt die Nebenbestimmung, welche gegen den Begriff des Geschäftes geht, wo bei

tracten, daß dolus nicht zu prästiren sei, geht zwar wider den Begriff des Contractes, wenn dieser bonae fidei ist, und ist, unbeschadet des Geschäftes selbst, nichtig [51]); allein eine solche Bestimmung geht auch contra bonos mores [52]); das nichtige pactum, daß die dos ohne fructus beim Manne bleiben solle, geht wider den Begriff, aber auch wider das jus publicum im Dotalrecht [53]). Ist die Nebenberedung an sich statthaft, so muß mit Beiseitesetzung des Namens das Geschäft wo möglich mit dieser Modification gelten; denn auch die Nebenbestimmung ist gewollt [54]); ergibt sich aber aus der Combination von Haupt- und Nebenbestimmung kein logisch oder rechtlich mögliches Geschäft, so dürfte eher das ganze Beginnen als die bloße Nebenberedung nichtig sein [55]).

c. Grundlosigkeit d. i. der Mangel einer jener ökonomischen Gründe, ohne welche kein Vermögensgeschäft denkbar ist (causa credendi etc.), oder der Hinzutritt einer injusta causa (dolus, metus etc.) wirkt verschieden, jenachdem das Geschäft seiner Art und Gattung nach nur auf das Daß, oder aber auch auf das Warum des Wollens gebaut ist. (Formal-, Causalgeschäft.) [56]) Ersterenfalls greift (abgesehen von perfect verbietenden Gesetzen — s. u. 2.) Nichtigkeit niemals

der heredis institutio ex re certa „Umgangnahme von der certarum rerum mentio und dadurch Aufrechterhaltung der h. institutio" stattfindet: Bd. III §. 372 Anm. 14. 18. vgl. 39, und wo aus favor testamentorum „die Aufrechterhaltung mehrerer Arten von an sich unmöglichen Einsetzungen" erfolgt: l. c. Anm. 50—53. S. ferner die Nebenberedungen in Bd. I §. 134 Anm. 10. Bd. II §. 353 Anm. 33.]

51) l. 1 §. 7 D. depos. 16, 3. Oben §. 548 Anm. 18, [sowie Bd. III §. 488 Anm. 3.]

52) [Hierher auch die captatorischen letztwilligen Verfügungen: Bd. III §. 370 Anm. 1—5. §. 371 Anm. 17—19. §. 372 Anm. 54.]

53) [Bd. III §. 487 Anm. 21.]

54) z. B. Bd. III §. 488 Nr. 1.

55) [Hierher die perplexe und die auf den bloßen Willen des zu Belastenden gestellte Bedingung: §. 539 Anm. 35—37; ebenso die condicio impossibilis und die condicio turpis, falls sie einem negotium inter vivos beigefügt sind: §. 539 sub b, besonders Anm. 9 sowie Anm. 20—23. 29—34. Ueber den Grund der Nichtigkeit gewisser unter Bedingung vorgenommener actus legitimi (oben §. 536 Anm. 53) s. l. c. Anm. 54—57; danach würde sich diese Nichtigkeit auf eine Art der Willenslosigkeit gründen: oben §. 588 bei Anm. 9. 10.]

56) [oben §. 559. Bd. II §. 300 §§. 302—305.] Vgl. Wendt, Recht I §. 2 besonders S. 23 unten.

ipso jure platz; allein sine causa contrahirte Stipulationen sind nicht blos anfechtbar, d. h. bis zur Vorschützung der Exceptio oder bis zur Anstellung der condictio [57]) wirksam, sondern sofort wirkungslos [58]); also „eitle" [59]), ungiltige, wie wir sagen ope exceptionis nichtige Stipulationen [59a]). Wenn die Grundlosigkeit erst später eintritt, ist die Stipulatio nicht sofort wirkungslos, sondern erzeugt eine Obligatio; allein was später eintritt, ist abermals keine bloße Anfechtbarkeit, sondern eine Ungiltigkeit, Nichtigkeit, jetzt nicht mehr der Stipulation, sondern der Obligation [60]). Was von der sine causa, dürfte aber auch von der ex injusta causa contrahirten, namentlich aber von der durch dolus und metus ermöglichten Stipulation und was von den Stipulationen, von unseren heutigen Formalcontracten gelten. — Letzterenfalls ist mit der Grundlosigkeit ipso jure Nichtigkeit da (vgl. §. 534); allein die größere Zahl dieser (Causal-) Geschäfte, wie namentlich sämmtliche Real- und Consensualcontracte haben ihren Grund in ihrem wesentlichen Inhalte, können also nur durch den Hinzutritt einer injusta causa nichtig werden, und werden es, insoweit sie bonae fidei sind, wie durch Zwang [61]) auch durch dolus [62]). Handlungen dagegen, welche wie die Tradition, Cession, heutzutage das Versprechen, die Novation, Delegation, Expromission erst durch eine gewisse causa zum concreten Geschäfte werden (§. 559), können sowohl mangels einer justa causa, als durch den Hinzutritt einer injusta causa grundlos sein, und sind dann ipso jure nichtig: sie sind mangels einer justa causa nichtig, wenn die zum Dasein einer Zahlung, Creditirung, Schenkung nothwendige causa solvendi, credendi nicht einmal putativ

57) l. 1 pr. l. 3 D. cond. s. c. 12, 7. l. 31 D. cond. ind. 12, 6. l. 3 C. eod. 4, 5. l. 7 C. non num. pec. 4, 30. l. 1. l. 5 C. ob turp. c. 4, 7 cf. l. 156 §. 1 D. r. j. 50, 17.

58) arg. l. 47 D. cond. ind. 12, 6.

59) inanis: Stellen in Bd. I §. 106 Anm. 1, [s. auch Bd. II §. 282 Anm. 52 und hier oben S. 407 in med.]

59 a) [S. 399 oben, S. 410, S. 424 Anm. 80.]

60) l. 1 §§. 1—3 D. cond. s. c. 12, 7.

61) oben §. 534. §. 531 Anm. 18 fg.; so nach l. 3 §. 3 D. pro soc. 17, 2. l. 16 §. 1 D. minor. 4, 4.

62) trotz l. 5 C. resc. vend. 4, 44. So die Aelteren; jetzt aber s. Vangerow §. 605 Anm. 1 [und Regelsberger I §. 146 Anm. 2.]

vorliegt[63]); wegen Hinzutritts einer injusta causa: wenn die causa eine verbotene (s. unten 2.), oder erzwungene (§. 534) oder wegen dolus nichtige ist.

d. Rechtlosigkeit kann man nennen

den Mangel der zum Geschäft etwa nothwendigen Rechtsfähigkeit —

den Mangel des zum Geschäft etwa nothwendigen Rechtes[64]) oder einer das Recht ersetzenden Vollmacht[65]).

Die der ersteren Art ist selbst wieder eine zweifache, indem eine gewisse Rechtsfähigkeit (commercium) entweder für das Geschäft als solches, oder aber für das Geschäft nur in Ansehung seines Objectes (commercium rei) gefordert sein kann. Beim Mangel des zur sponsio, mancipatio, in jure cessio als solchen nöthigen commercium (juris civilis) war das Geschäft ipso jure nichtig[66]); — nicht dasselbe gilt für den (auch heute noch möglichen) Mangel des commercium rei; bloße Contracte sind seinethalben nicht nichtig[67]); Alienationen und Obligirungen der Sache müssen insofern, als sie aus dem eigenen Rechte oder in das eigene Recht dessen, dem ihr commercium gebricht, erfolgen sollen, nichtig sein[68]); kraft Vollmacht oder Ratihabition eines dritten Berechtigten oder Erwerbers sind sie denkbar.

Die der anderen Art (bei der eine fremde Sache ver-

63) es sei nun daß man mit Ulpian (l. 18 pr. D. r. cr. 12, 1) und so viel uns dünkt innerlich richtiger auch den übereinstimmenden Glauben beider Contrahenten an dieselbe causa, oder mit Julian (l. 36 D. a. r. d. 41, 1) nur den Glauben an irgend eine jener causae auf jedweder Seite fordert: oben §. 534 Anm. 12.

64) [Vielleicht darf man hierher stellen die von Manchen angenommene Wirkungslosigkeit der vom Usufructuar ausgehenden „Cedirung des ususfructus an einen Extraneus": Bd. I §. 191 Anm. 4. Hierüber Schmidt, Zur Lehre von der Wirkung der Rechtsgeschäfte S. 23—25. S. ferner Bd. I S. 112: „Rechtsgeschäfte ohne rechtliche Macht sind null und nichtig."]

65) [Die Auctorirung wie die Administrirung durch falsi tutores führt „zu nichtigen Veräußerungen, hinkenden Contracten": Bd. III §. 510 nach Anm. 17. Vgl. auch §. 488 Nr. 5. §. 450 Anm. 15. 16.]

66) z. B. Gai. III, 93 — inter cives Romanos valent —. [S. auch Bd. I §. 52. §. 53. §. 54 Anm. 6.]

67) arg. l. 34 D. v. o. 45, 1. cf. l. 40 D. leg. I. l. 49 §. 3 D. leg. II. F. Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung S. 13 Abs. 2. [Oben Bd. I §. 126 Anm. 3.] Wegen der Vermächtnisse s. Bd. III §. 414 Anm. 1. 2 vgl. 3.

68) cf. l. 34 D. v. o. 45. 1. [Bd. II §. 245 Anm. 24.]

sprochen, verkauft, veräußert wird) hält den Bestand des Geschäftes, insoweit es sich blos um Erzeugung von Obligationen handelt, abermals nicht auf [69]). Auch bei Vermächtnissen kommt es nicht darauf an, ob die vermachte Sache des Erblassers oder eine fremde sei, wenn der Honorirte ein bloßes Forderungsrecht bekommen soll [70]). Die Veräußerung, Obligirung, dingliche Belastung einer fremden Sache dagegen ist mit der Wirkung, daß Empfänger Eigenthümer, oder entgegen dem dominus selbst und direct pfand-, servituten- oder sonst dinglich berechtiget werde, ohne Vollmacht, Consens, Ratihabition von Seite des Eigenthümers nicht möglich. Allein ohne weiteres nichtig kann man das Geschäft auch so nicht nennen [71]). Denn einmal ist zwischen der vollen Rechtlosigkeit und dem Eigenthum der Zwischenzustand einer b. f. possessio möglich, kraft deren man innerhalb der Publicianischen Schranken rechtswirksam vindiciren, verfügen, sowie percipiren kann [72]); andererseits kommt es, wo der Trident, Verpfänder, Besteller selbst gar kein Recht hat, vielleicht zur Ratihabition (Consens) von Seite des Berechtigten, oder zur indirecten Convalescenz durch nachträglichen Eigenthumserwerb des Besitzers selbst. (Näheres hierüber §. 589.)

2. Die Nichtigkeit eines Geschäftes kann auch in einem dasselbe perfect verbietenden Gesetze beruhen [73]), mag es diesem

69) l. 15 §. 3 D. usurp. 41, 3; l. 28 D. c. e. 18, 1. l. 11 §. 8 D. a. e. v. 19, 1 cf. l. 1 §. 1 D. permut. 19, 4. l. 9 pr. l. 15 §. 8 D. loc. 19, 2. F. Mommsen a. a. O. §. 1 Anm. 12—16.

70) Bd. III §. 415 Anm. 1—5. §. 426 Anm. 1—7.

71) [Zustimmung bei Mitteis, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 99—101, vgl. S. 104. 105 und Bekker, Syst. II §. 107, c. gegen E. Anders die zweckwidrige Verwendung, nämlich Veräußerung von Bestandtheilen eines Zweckvermögens: Bd. III §. 450. I und Anm. 15. 16. — Die Bd. I §. 186 Anm. 8 ausgesprochene Nichtigkeit wird wohl mit den oben folgenden Maßgaben gelten; a. a. O. ist im Text nach „bestellt" einzuschalten „kein Eigenthum an der Sache hätten".]

72) Bd. I §. 178. §. 197 (S. 792 fg.). Bd. II §. 351 Anm. 20. Bd. I §. 143.

73) Ulp. fr. I §. 1, [Bd. I §. 20 zu Anm. 4 und über das Verhältniß des civilen Verbotsgesetzes zur Nichtigkeit Endemann, Civilrechtl. Wirkung der Verbotsgesetze S. 80—92;] z. B. Bd. I S. 490—92. Bd. III §. 473 Anm. 21—36. §. 495 Anm. 30 fg. (Bd. I §. 138 Anm. 59. Bd. II §. 282 Anm. 51). §. 499. 1. a. Oben §. 565 zu Anm. 23. [Bd. II §. 308 Anm. 8—10.] l. 9 pr. l. 29 D. usur. 22, 1. [Ferner Bd. III §. 416 Anm. 7 am E., vgl. 8—11. Bd. I §. 43 Anm. 25—27. Bd. II §. 285 Anm. 29,

offen, oder versteckt zuwiderhandeln [74]). Als ein perfect verbietendes Gesetz gilt seit l. 5 C. leg. 1, 14 das überhaupt verbietende [75]). Nur ausnahmsweise wurden Rechtsgeschäfte kraft Gewohnheitsrechtes nichtig [76]); Senatusconsulten kam man zu demselben Ende durch Exceptionen zu Hilfe. — Bei den Veräußerungsverboten [77]) entsteht die, namentlich in Betreff der Eviction, exceptio rei venditae et traditae, und Usucapion wichtige Frage, ob durch dieselbe blos die alienatio mit Abstraction der causa (des contractus emtionis venditionis etc.), oder aber die Veräußerung mit Inbegriff der causa betroffen sei [78]) — eine Frage, die nur nach der Intention jedes einzelnen Gesetzes, im Zweifel aber gegen die vollere Wirkung zu entscheiden sein dürfte.

II. Die Anfechtbarkeit der Geschäfte beruht auf der An-

Bd. III §. 498 Anm. 42, Bd. II S. 408. 409 (lex Anastasiana). Bd. III § 370 Anm. 1—5 (Sc. Libonianum). Auch das Sc. Velleianum gehört hierher: Gradenwitz, Ungültigkeit S. 75 Anm., S. 132/3 und Thon, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 79 (vgl. oben Anm. 7). Nach Endemann a. a. O. S. 15. 16. 21 al. (s. jedoch auch S. 13 al. 3) umfaßt die als überliefert anzunehmende Definition der lex perfecta, nämlich ihr „rescindit" sowohl Anfechtbarkeit als Nichtigkeit. Jedenfalls geht bei der Ersteren dies rescindere nicht allein von der lex aus.]

74) l. 29. l. 30 D. leg. 1, 3. Puchta §. 67. b. [Oben §. 524 Anm. 8 (nebst Bd. II §. 262 Anm. 18, §. 297 Anm. 23) und 9. Ivo Pfaff, Zur Lehre vom sog. in fraudem legis agere. (Wien 1892.) Regelsberger, Pand. I S. 519. 520.]

75) [Bd. I §. 20 Anm. 5 und z. B. Bd. II §. 307 nach Anm. 17 (verbotenes Spiel). Vgl. auch Brinz, M. Vierteljschr. Bd. 23 S. 405. 406. Ausführlich über l. 5 cit. Endemann a. a. O. S. 25—63 unter neuer, theils auf das Corpus juris, theils auf die für seine Geltung maßgebende ältere Doctrin gegründeter Erhärtung des Satzes, daß der l. 5 cit. nicht unbedingte Herrschaft zukomme, indem vielmehr jedes Verbotsgesetz auf seine civilrechtliche Wirkung zu prüfen sei, nicht absolut die Nichtigkeit eintrete. Im Resultat gleich Hölder S. 271 Anm. 1.]

76) Bd. III §. 493 Anm. 44. [Indessen könnte die Nichtigkeit der Geschäfte, welche contra bonos mores verstoßen und darum nichtig sind — wie „aller Handel um Erbschaften": oben §. 561 Anm. 28. 29 — gerade moribus introducirt sein.]

77) [„Dieses extra commercium esse ist das denkbar stärkste Veräußerungsverbot": Bd. III §. 450 S. 566, vgl. S. 564. 565. Bd. II §. 245 Anm. 9. Ueber Veräußerungsverbote überhaupt: Bd. I §. 134 Anm. 9—39, einzelne: Bd. I §. 156 Anm. 39—41, Bd. III §. 423 Anm. 18. 21. §. 428 Nr. 4. §. 463 Anm. 13. 14. §. 464 Anm. 5. §. 471 Anm. 47 fg. §. 490 Anm. 35. Vgl. auch oben Anm. 73.]

78) Vgl. Brandis, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. VII S. 180 fg. (§. 10. §. 11). [Oben Bd. III §. 499 Anm. 11.]

erkennung, welche das innerhalb gewisser Personenkreise waltende altväterische Pflichtverhältniß (officium) [79]), welche Gerechtigkeit und Billigkeit (aequitas) und das gemeine Wohl (utilitas) entgegen dem Rechte (jus) in der Gewohnheit, den magistratischen Edicten, Senatusconsulten und Gesetzen gefunden haben. Sie haben Anerkennung gefunden entgegen dem Testamente und der Schenkung, woferne sie zwar beide rechtmäßig, aber inofficios sind [80]), entgegen den Geschäften wie anderen Thatsachen, durch welche rechtmäßig aber „ohne Grund" (sine causa) des Einen Geld, Gut oder Wort an den Anderen gekommen ist [81]), — entgegen von Geschäften wie anderen Thatsachen, durch welche rechtmäßig und nicht ohne Grund, aber derart an den Anderen gekommen ist, daß ohne des Geschädigten Jugend, oder nothgedrungene Abwesenheit, oder ohne des Anderen Abwesenheit (Unzugänglichkeit), Trug, Zwang, capitis deminutio, oder einen gewissen falschen Thatbestand auf seiner Seite (error), kurz ohne eine dieser wahren Nothlagen es zu dem Grunde des Schadens (Geschäft, Verjährung, Ersitzung, nonusus) gar nie gekommen, oder daß außerdem (ohne capitis deminutio) gar kein Grund für seinen Verlust da wäre [82]), — entgegen dem Schuldner, der eine nichtige obligatio statt der seinigen constituirt hat [83]), — entgegen von Verkäufen und verkaufsartigen Verkehrsgeschäften in Anbetracht der nicht marktgerechten Waaren [84]), — entgegen der Ehe aus gesetzlichen hierorts nicht zu verfolgenden Gründen, freilich erst seitdem es keine in der potestas der Gatten gelegene Macht der Ehelösung mehr gibt [85]).

---

79) Bd. III §. 455 Anm. 15—18.
80) Bd. III §. 403—§. 405.
81) Bd. II §. 300—§. 305. [S. auch Bd. II §. 282 Anm. 59. 60. §. 282a Anm. 20. §. 311 bes. Anm. 5. 8.]
82) Bd. I §. 115—§. 122. [Dazu die anderweitige, nämlich nicht durch in integrum restitutio erfolgende, Anfechtung wegen Irrthums, Betrugs und wegen Zwanges, z. B. Bd. I §. 111 Anm. 22—28. 74, Bd. II §. 303 Anm. 26. §. 344. §. 345, oben S. 59—61, S. 77—79. Ferner die Anfechtung wegen laesio enormis, die durch „Usualinterpretation die allgemeinere Grundlage einer in integrum restitutio" erhalten hat: Bd. II S. 750. 751, vgl. unten zu Anm. 92.]
83) Bd. II §. 262 Anm. 27.
84) Bd. II §. 327. §. 327b.
85) Bd. I §. 45.

In diesen Fällen laufen als Gegenstand der Anfechtung neben Rechtsgeschäften auch andere Thatsachen mit unter; das Gebiet der Anfechtung greift über das der Geschäfte hinaus. Namentlich auch bei der Ehescheidung wird nicht das Geschäft der Eheschließung, sondern die Thatsache des Ehebundes angefochten.

Wären alle diejenigen Geschäfte, welche wir wegen peremtorischer Exceptionsmäßigkeit den nichtigen beizählen (S. 399), blos anfechtbar, so würden sich die Fälle der Anfechtbarkeit nicht unerheblich vermehren. Dann gäbe es auch Anfechtbarkeiten, deren Durchsetzung auf bloßer Vorschützung einer Exceptio beruht; so nun aber greifen die Exceptionen, vermittelst deren Geschäfte erst angefochten werden (nicht vornherein ohnmächtig sind), nur secundär, in Folge davon platz, daß der Excipient, wenn er anstatt in der Defensive in der Offensive stünde, klagend auftreten könnte (S. 406).

Die Rechtsmittel, in deren Gewährung die gewohnheitsrechtliche, edictale, gesetzliche Anerkennung jener gegen das Recht sich auflehnenden Potenzen gelegen ist, sind durchweg Klagen, nur secundär Exceptionen [86]). Form und Gestalt dieser Klagen hängt zum Theil mit ihrem Zweck (§. 587. II. 3), zum Theil aber auch mit ihrem Grund zusammen. In der rechtmäßigen aber „grundlosen" Bereicherung erblickte man den Grund einer „condictio", mithin einer obligatio, und zwar einer „Schuld" (debitum), so daß man fragen kann, ob hier überhaupt die Anfechtung, und nicht vielmehr die Schuldfrage der leitende Gedanke war. Immerhin wäre das eine Schuld, deren Bezahlung die mittelbare Rückgängigmachung eines vorausgegangenen Geschäftes oder sonstigen juristischen Ereignisses zugleich enthielte. Ein Indicium dafür aber, daß die Statuirung der obligatio umgekehrt um der Anfechtung willen erfolgte, liegt in dem Verhältniß der indebiti condictio zu den Litiscrescenzfällen; daß das auf Grund einer nur vermeintlichen Damnation Gezahlte nicht condicirt werden kann, wenn die

86) [Dazu noch die Anfechtungen gewisser Schuldscheine durch Mittel, die weniger als Klagen und Exceptionen sind (namentlich querela non numeratae pecuniae): oben §. 586 Anm. 44. 45.]

condictio auf einer obligatio beruht, ist unbegreiflich; warum keine obligatio bei Bezahlung gerade dieser Nichtschuld? es wird begreiflich, wenn die condictio Anfechtung ist; denn es begreift sich, daß wenn alles andere anfechtbar ist, doch gerade Damnationen — und um die rechtskräftigen zu schützen selbst die nichtigen — ausgenommen seien; von der richterlichen Damnation gilt das noch heute [87]).

Dieselbe Frage besteht überall, wo eine actio, und zwar eine directe (keine ficticisch-rescissorische), überdies in jus (dare, facere oportere) concipirte actio besteht; also namentlich auch für die ädilicischen Klagen, selbst für die redhibitoria. Allein sichtlich ist das praestare oportere erst durch die Aedilen geschaffen [88]) als ein Mittel zum Zweck der Anfechtung, der mittelbaren Aufhebung des Geschäfts (§. 587. II. 3). — Actio quod metus ließ zwar von jeher die natürliche Wiederauflösung des erzwungenen Geschäftes (restitutio) durch retraditio, abermalige Promission der acceptilirten Verbalschuld u. s. f. noch vor und anstatt der condemnatio nach [89]); allein das war eben gütliche, nicht erzwungene Aufhebung; was actio q. metus erzwang, das quadruplum, Schadenersatz und Strafe, ist Delictsbuße, nicht Anfechtung; nur i. i. restitutio propter metum ist und war stets, mochte sie in einen Restitutionsbefehl, oder in Gewährung einer rescissoria actio auslaufen [90]), Geschäftsanfechtung. Erst seit der Zeit, da der magistratische Restitutionszwang dem judex beigelegt, und also in das officium judicis anstatt des bloßen Restitutionsnachlasses der Restitutionsbefehl und der Restitutionszwang aufgenommen wurde (oben S. 81), ward auch actio quod metus zur Anfechtung [91]). Die Klage propter laesionem enormem haben

87) Bd. II §. 304 Anm. 28. — Höchst interessant, daß in l. 8 §. 8 D. ad SC. Vell. 16, 1 eine condictio zusteht, und darum utilis actio „überflüssig" ist.

88) l. 1 §. 1. §. 2 D. aed. ed. 21, 1.

89) l. 9 §. 7 D. quod metus 4, 2. Bd. II §. 342 Anm. 22 [und oben §. 532 Abs. 2 u. 3.]

90) vgl. l. 9 §. 4 eod. [Die rescissoria actio dieser Stelle scheint Gradenwitz, Ungültigkeit S. 62 bei Anm. 2 anzuerkennen; dann kann man aber nicht sagen, daß „die actio quod metus causa das einzige Mittel war, wodurch die Ungültigkeit einer erpreßten Acceptilation zum Ausdrucke gebracht werden konnte" (S. 61).]

91) In diesem Sinne scheint, durch Interpolation, in integrum restitutio

wir schon früher nach Art einer i. i. r. zu begründen gesucht [92]); damit würde es aber mehr übereinstimmen, wenn sie rescissorische (auf die Fiction des Nichtabschlusses gebaute), als wenn sie Contractsklage wäre: sie wäre dann eine unmittelbare rescissorische, ohne vorgängige i. i. restitutio ertheilte Klage (§. 587 a. E.). Von dieser Art scheint uns auch die Pauliana actio zu sein; nach dem Grund, aus welchem sie ertheilt wird, schließt auch sie sich den i. i. restitutiones (etwa der i. i. r. propter dolum) an [93]); allein anstatt jedesmal erst nach vorgängiger causae cognitio und mittelst Decret (d. h. durch i. i. restitutio), ertheilt zu werden, steht sie unmittelbar aus dem Edicte zu.

Heilung.

§. 589.

I. Daß ein *nichtiges* Geschäft nachträglich noch soll zu Kräften kommen (convalesciren) können, geht wider den Begriff einerseits der Nichtigkeit, welche die Negation der Existenz, anderseits der Heilung, welche die Position einer Existenz in sich trägt. In den Quellen ist die Unheilbarkeit nichtiger Geschäfte denn auch grundsätzlich ausgesprochen [1]) und im Einzelnen ausgeführt [2]). Sogar wo das Geschäft seiner Natur

dem officium iudicis auferlegt bereits in l. 9 §. 7 eod. In derselben Weise dürfte sich das Verhältniß der actio de dolo zu der in integrum restitutio propter dolum gestaltet haben (vgl. besonders l. 18 pr. D. de dolo 4, 3. Bd. II §. 344 Anm. 19. §. 280. §. 327. Bd. I §. 120. 4. 5); und ähnlich die actio Faviana und Calvisiana (l. 5 §. 1 D. quae in fr. patr. 38, 5). „Revocation" des Abhandengekommenen ist freilich überall das Ziel auch dieser Klagen.

92) §. 114 der ersten Auflage und oben Bd. II §. 329 Anm. 7—18.

93) [Bd. II S. 828—831. — Zur Frage, ob „die Anfechtung der Rechtshandlungen von in Concurs verfallenen Schuldnern eine Erscheinung der Ungiltigkeit" ist, s. Mitteis, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 102—5, vgl. Endemann, Verbotsgesetze S. 99. 100.]

1) l. 29 D. r. j. 50, 17: Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. [Eigentlich spricht die Stelle nur dem Zeitablauf die Heilkraft ab. „Erörterungen über den Satz quod initio vitiosum est etc." liefert die Dissertation von P. Lütteken (1890) S. 16 fg. Die Regel „daß nichtige oder vernichtete Rechte auf keine Weise zur Gültigkeit erweckt werden können", findet Lenel, Exceptionen S. 119 Anm. 3 in l. 98 §. 8 D. sol. 46, 3 durch in perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest „etwas ungeschickt wiedergegeben"; denn daß „eine in perpetuum beseitigte Obligation nicht wieder aufleben kann", sei selbstverständlich. Allein in perpetuum wird mit restitui non potest zu verbinden sein und dann so viel bedeuten wie „absolut"; vgl. die Stellen bei Dirksen s. h. v. §. 2.]

2) z. B. l. 83 §. 5. l. 137 §. 6 in f. D. v. o. 45, 1. l. 17 §. 4 D.

nach nicht schon im Moment seiner Errichtung perfect werden kann, sondern einen Verzug erleidet, hilft es nichts, daß der anfängliche Nichtigkeitsgrund in der Zwischenzeit wegfällt [3]). Die regula Catoniana [4]) ist nichts anderes als die Unheilbarkeit der anfänglichen Nichtigkeit in den verzögerlichen Geschäften [5]). Nichtsdestoweniger wird die Unheilbarkeit nichtiger Geschäfte als bloße Regel hingestellt [6]). Indessen ist man, besonders nachdem Savigny die große Masse der angeblichen Ausnahmen abgewiesen [7]), bereits so weit einig, daß der Ausnahmen nur sehr wenige seien [8]). Gewöhnlich erblickt man sie

---

pact. 2, 14. l. 1 §. 2 D. commod. 13, 6. [l. 2 §. 2 D. quod iussu 15, 4. Ferner Bd. II §. 242 Anm. 8. Kohler, Gesammelte Abhandlungen S. 285. — Über und gegen die Möglichkeit nichtige Testamente durch Anerkennung zu heilen: Bd. III §. 379 a. S. auch oben §. 586 zu Anm. 15. 19—21. §. 587 zu Anm. 31.]

3) l. 201 D. r. j. 50, 17: Omnia quae ex testamento proficiscuntur ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint. l. 210 eod. l. 41 §. 2 D. leg. I — ex postfacto non convalescet —.

4) Bd. III §. 429 Anm. 3—10.

5) [Einwände gegen diese von Anderen getheilte Ansicht bei Karlowa, Rechtsgeschäft S. 130.]

6) Savigny, System IV §. 203 S. 555—559. Göschen, Vorlesungen §. 108. Puchta §. 67, g. Wächter, W. Privr. II §. 86. II 5. Windscheid §. 83, 1. Arndts §. 79 Anm. 5. Unger, Oest. Privr. II §. 91 Anm. 63. Keller, Pand. §. 60 II. 2. [Entschiedener, nämlich Heilung nicht durch Privatwillenserklärung zulassend, Mitteis, Jher. Jahrb. Bd. 28 S. 110. — Als heilbare Nichtigkeit gilt Manchen die relative: oben §. 587 Anm. 31, vgl. 39, namentlich wegen Heilung der auf metus beruhenden (prätorischen) Nichtigkeit s. Czyhlarz, Jher. Jahrb. XIII S. 46—50 und wegen Convalescenz obligirender und weil metus causa vorgenommen nach §. 586 Anm. 9 nichtiger Geschäfte s. Grabenwitz, Ungültigkeit S. 52—58.]

7) System IV S. 556—559. [Keine Ausnahme bildet die Aufrechterhaltung einer ungültigen testamentarischen Berufung zur Tutel durch obrigkeitliche Confirmation, jedenfalls nicht wenn diese ex inquisitione erfolgt: Bd. III §. 506 Anm. 62. 64. — Gegen die s. g. Convalescenztheorie beim Prälegat s. Bd. III §. 423 a Anm. 4. — Hingegen kann die ipso iure eingetretene Minderung d. i. partielle Nichtigkeit der in die Quarta Falcidia eingreifenden Vermächtnisse aufgehoben werden durch Verzicht des belasteten Erben: Bd. III §. 420 Anm. 17—23. Ebenso die partielle Nichtigkeit des contra senatusconsultum Macedonianum gehenden Darlehens (oben §. 586 Anm. 10. §. 587 Anm. 65) durch Verzicht des paterfamilias gewordenen Darlehensnehmers: Bd. II §. 297 Anm. 45. 46. In Uebereinstimmung mit dem Folgenden läßt Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 268/9 Ausnahmen vom Grundsatz der Anm. 1 überhaupt nicht zu.]

8) [Nach Zimmermann, Stellvertretende negotiorum gestio S. 141 hat die Regel „eine stattliche Reihe von Ausnahmen"; indessen scheint er nur die folgenden im Auge zu haben. Die von Ehrlich, Stillschweigende Willenserklärung S. 90 fg. S. 113. S. 123 fg. angeführten Heilungsfälle betreffen nichtige und anfechtbare Geschäfte.]

noch in den Fällen, wo Veräußerungen oder Verpfändungen, zu denen es an der erforderlichen alienandi, obligandi potestas fehlte, durch nachträgliche Behebung dieses Mangels, Consens des Berechtigten, oder eigenen Rechtserwerb, zu Kraft kommen.

Unseres Erachtens muß nun aber unterschieden werden zwischen directer und indirecter Convalescenz der Geschäfte [9]).

Indirect kann ein nichtiges Geschäft allerdings convalesciren, allein nicht so als ob es selbst ein anderes würde als es anfangs war, und als ob die mit der Convalescenz gegebene Wirksamkeit von ihm ausginge; vielmehr beruht diese auf Exceptionen und utiles actiones, welche gegen die Consequenzen der Nichtigkeit gewährt sind. Eine derart indirecte Convalescenz kommt bei Veräußerungen und Verpfändungen vor, welche wegen mangelnden Eigenthums nichtig oder doch nicht das sind, was sie sein sollten (dominii traditiones, pignoris obligationes mit der Wirkung eines über dem Eigenthum stehenden jus in re), allein durch nachträglichen Eigenthumserwerb zu Kräften kommen. Trotz Convalescenz wird hier der Erwerber nicht Eigenthümer, die Tradition nicht dominii traditio — der Pfandgläubiger nicht zum Inhaber eines jus in re, die Verpfändung keine vollgiltige pignoris obligatio; allein es wäre unbillig, wenn der Veräußerer und Verpfänder gegen sein eigenes factum sollte aufkommen dürfen [10]); darum beugen exceptio rei venditae et traditae und utilis pignoratitia actio den Consequenzen der Nichtigkeit vor [11]). Was vom Nacherwerb des Eigenthums, gilt von der Lucrirung der dos [12]).

---

9) arg. l. 22 D. pign. 20, 1. [Der oben angegebene Unterschied ist nach Hölder S. 304 Anm. 2 für uns gleichgültig, indirecte und directe Convalescenz gleichartig.]

10) vgl. Bd. III §. 473 Anm. 32 und zu den dort citirten ll. noch l. 12 §. 2 D. rem rat. 46, 8. [Einen anderen als den obigen Grund s. bei Lassalle, System der erworbenen Rechte (2. Aufl.) I S. 279 Anm., der mit Hinweis auf l. 4 §. 32 D. doli mali exc. 44, 4 (rursum vendidisse) die Sache so gedacht findet „als wäre im Moment der Eigenthumserwerbung seitens des Verkäufers ein zweiter ideeller Verkauf vor sich gegangen" — was aber exegetisch bedenklich ist.]

11) l. 22 D. pign. 20, 1 cit. l. 41 D. pign. act. 13, 7. l. 5 C. si aliena res pign. 8, 15 (16). Bd. II §. 351 Anm. 17a [nebst §. 318 Anm. 39.]

Directe Convalescenz ist vorhanden, wo das anfänglich nichtige Geschäft ex postfacto zu der ihm nach Art und Gattung eigenen Kraft gelangt, somit ein anderes wird als es anfangs war. Das ist der Fall bei denjenigen Veräußerungen und Verpfändungen, welche wiederum mangels Eigenthums nichtig, oder doch nicht das sind, was sie sein sollten, nun aber durch Ratihabition (nachträglichen Consens) von Seite des Berechtigten gekräftiget werden [13]). Hier werden dominii traditio und pignoris obligatio nicht erst durch die Stütze der exceptio und utilis actio, und nicht blos dem practischen Erfolg, sondern auch dem Begriff und Namen nach ex postfacto zu dem, was sie von Anfang sein sollten; der Empfänger ist jetzt Eigenthümer, vollgiltiger Pfandgläubiger [14]). Nichtsdestoweniger liegt doch selbst in dieser directen Convalescenz kein Bruch mit dem Satze, daß aus dem, was nichts ist, auch nichts werden könne; denn die Ratihabition gilt einem anfänglichen Mandat oder Consense gleich, wirkt zurück [15]), läßt also das Geschäft insolange als Ratihabition möglich ist, vielmehr als ein schwebendes denn als ein nichtiges erscheinen [16]). Mehrfach reden die Quellen von „Convalescenz" entschieden

l. 58 (56) D. SC. Trebell. 36, l. l. 42 D. usurp. 41, 3. [Bd. I §. 169 Anm. 2 fg. Vgl. Brinz, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 320 fg. Kohler a. a. O. S. 292. 293. Bekker, Syst. II §. 107 Note t.]

12) l. 42 cit. Bd. III §. 473 Anm. 34—36. S. auch die Convalescenz der vom parens binubus vorgenommenen Veräußerung von lucra nuptialia, die in der Proprietät der Kinder stehen, welche Convalescenz mit der Beerbung der Kinder durch den parens eintritt: Bd. III §. 471 Anm. 49.

13) [Vgl. Bekker, Syst. II §. 107 Not. c. q nebst Beil. IV.]

14) l. 16 §. 1 D. pign. 20, l. l. 20. pr. D. pign. act. 13, 7. l. 38 §. 1 D. don. i. v. e. u. 24, 1, cf. l. 7 pr. C. ad SC. Maced. 4, 28. [l. 12 §. 4 D. sol. 46, 3. l. 56 D. iud. 5, 1. Bd. II §. 318 Anm. 39.]

15) l. 7 cit. und ll. citt. [Zimmermann, Stellvertretende negotiorum gestio Anm. 282. 484. Wächter, Pand. I §. 84 Beil. I. Bekker, Syst. II §. 107 Beil. III. Regelsberger I §. 176 Anm. 7.]

16) [S. oben §. 581 bei Anm. 34 sowie §. 583 Anm. 1—5 und bei Anm. 9. So auch mit Bezug auf die bei Anm. 19 u. 20 folgenden Fälle Köppen, Jher. Jahrb. XI S. 153 fg. S. 219 S. 264—72 (Text). S. 390 bis 93, und für den Fall in Anm. 19 Marsson, Vertragsofferte S. 44 und Gradenwitz, Ungültigkeit S. 194 vorletzter Absatz, vgl. jedoch auch S. 197 al. 2—S. 199 oben, S. 324. In allen Fällen der Convalescenz erblickt Gradenwitz S. 319, 320 die Purificirung von Rechtswegen suspensiv bedingter Geschäfte. Die Ungültigkeit derselben würde darin bestehen, daß sie wider die Absicht des Urhebers nicht unbedingt, sondern bedingt ausgefallen sind. Aehnlich Hölder S. 304. Gegen die Pendenz wendet sich Lütteken a. a. O.

ſchwebender (ſuſpenſer) Verhältniſſe[17]). — Dieſen Convalescenzen aus ausdrücklicher Ratihabition reihen ſich unmittelbar an die Confirmationen oder Convalescenzen, welche von den Geſetzen auf eine ſtillſchweigende Ratihabition geſtützt werden[18]): wie die Convalescenz der Schenkungen zwiſchen Ehegatten nach der oratio Severi[19]) und der des Hausvaters an ſein Kind[20]); das „Schweigen" bis zum Tod iſt für beide Fälle der ausdrücklichen teſtamentariſchen Ratihabition gleichgeſtellt[21]), wie ferner die Convalescenz der verbotswidrigen Waiſengutsveräußerungen durch fünfjähriges Schweigen[22]) und der Veräußerung des fundus dotalis durch eidliche Bekräftigung der Frau[23]).

II. Umgekehrt iſt die Anfechtbarkeit ihrer Natur nach heilbar[24]). Denn das Klagerecht, auf welches ſie geſtellt iſt, und mit welchem ſie ſteht und fällt, iſt ſo gut als ein anderes

---

S. 59—64 und ſtellt die Conſtruction „auf neue Baſis", nämlich den „Willen des Genehmigenden".]

17) l. 6 §. 12 D. inj. test. 28, 3; c. 23 C. Th. decurion. 12, 1; l. 7 §. 1 D. comm. praed. 8, 4; cf. Nov. 22 c. 26 pr. „manet causa in suspenso (ἐν μετεώρῳ)." [Bd. III §. 471 Anm. 13.]

18) [Den bisweilen auf l. 25 C. don. i. v. et u. 5, 16 und l. 7 C. ad Sc. Mac. 4, 28 cit. geſtützten Satz, daß jedes nichtige Geſchäft durch Ratihabition convaleſciren könne, bekämpft Lütteken a. a. O. S. 42—52.]

19) Bd. III §. 493 S. 790. 791. §. 494. III.

20) Bd. III §. 465 Anm. 12—15.

21) l. 25 C. don. i. v. e. u. 5, 16, vgl. Paul. r. s. V. 11 §. 3, — „in eodem iudicio perseverans — nec mutata voluntate . . . liberalitatem . . . probari": fr. Vat. §. 281. [Vgl. oben §. 564 zu Anm. 21.]

22) Bd. III §. 499 Anm. 13.

23) Bd. III §. 473 Anm. 29. [Hierher gewiſſermaßen auch die nicht vor Ablauf von zwei Jahren geſchehende Wiederholung der weiblichen Interceſſion: Bd. II §. 263 Anm. 2 und dazu oben §. 586 Anm. 20.] Immer auf eine Art Ratihabition führen auch noch zurück die Convalescenz des rumpirten Soldatenteſtaments in l. 33 §. 2 D. test. mil. 29, 1 und die der libertas (manumissio) in l. 20 §. 1 D. cond. inst. 28, 7. [Hingegen ohne jegliche Ratihabition convaleſcirt die wegen Mangels der Uebereignung nichtige solutio, durch Conſumtion, Vermengung oder Uſucapion des Empfangenen: Bd. II §. 290 Anm. 24—26. 28. Dieſe drei Vorgänge kommen auch noch anderen Nichtigkeiten zu Gute, „verwandeln die blos gewollte aber verfehlte Zahlung nachträglich in wirkliche Zahlung": l. c. Anm. 50, ebenſo das Darlehen: §. 296 Anm. 6. Wieder von anderer Art iſt die confirmatio des princeps in l. 38 D. adopt. 1, 7, cf. l. 29 eod., des senatusconsultum Neronianum (z. B. Gai. II, 197. 198), der lex Cornelia z. B. l. 15 D. inj. test. 28, 3).]

24) [d. h. ſie kann wegfallen, „denn hier konvaleſcirt gar Nichts da das Geſchäft von Anfang an gültig war": Wächter, Pand. I S. 427.]

der Verjährung und dem Verzichte ausgesetzt [25]). Was die Verjährung anlangt, so sind die entschiedensten Anfechtungsklagen von Haus aus zeitlich, und so denn noch immer einer kurzen Frist unterworfen [26]). In denselben Fällen geht auch der Verzicht leichter von statten, als da wo der Anfechtungsgrund (wie bei den sine causa condictiones) in Einem als obligatio und zwar als eine nicht blos honorarische Obligation erscheint: nämlich einseitig, durch jedwede Willenserklärung des Berechtigten. Dies tritt namentlich bei der querela inofficiosi t. hervor [27]). Hier mag man, im Gedanken an die Einseitigkeit (§. 561) den Verzicht auf die Anfechtung als Ratihabition des Geschäftes, und zum Unterschiede von anderen Ratihabitionen als Bestätigung bezeichnen [28]). Die Anfechtbarkeit durch i. i. r. propter aetatem wird gleich vornherein, durch einen Eid, ausgeschlossen [29]).

25) [Die Anfechtbarkei kann auch aus anderen Gründen hinterher wegfallen oder geheilt werden, z. B. Bd. II §. 304 Anm. 31 und l. 38 §. 3 D. sol. 46, 3 (si quis pendente condicione solvit per errorem et antequam conditio exiteret, condicio extiterit); die Anfechtung wegen laesio enormis wird inhibirt durch „Nachzahlung bis zum justum pretium": Bd. II §. 329 Anm. 17. — Kein Fall von Heilung: Bd. III §. 405 Anm. 49. 50.]

26) querela inofficiosi: Bd. III §. 404 Anm. 26; in integrum restitutio: Bd. I §. 121 II. 3; ädilicische Klagen: Bd. II §. 327 b bes. Anm. 70—72; actio Pauliana: Bd. II S. 832. 833; [querela non numeratae pecuniae: Bd. II §. 311 Anm. 21. 30.]

27) z. B. l. 15 §. 1. l. 21 pr. l. 23 §. 2. l. 31 §. 4. l. 17 pr. D. inoff. test. 5, 2 und die weiteren Bd. III §. 404 Anm. 25 citt. ll.; [vgl. auch §. 405 Anm. 53. Anerkennung eines anfechtbaren Testaments: Bd. III §. 379 a S. 117 oben und Anm. 7. 8. 10.]

28) L. Seuffert, Ratihabition S. 142 Abs. 4. Windscheid §. 83 Nr. 2 und vgl. das „probare" in l. 31 §. 4 D. inoff. 5, 2.

29) Auth. Frid. I zu l. 1 C. si adv. vend. 2, 28 und Burchardi, die Lehre v. d. Wiedereinsetzung S. 246. II. [Oben Bd. I §. 101 Anm. 16. 17 vgl. 18. 19. Bd. II §. 310 Anm. 3. Gegen die Geltung des obigen Satzes Dernburg I §. 121 Anm. 5, für dieselbe Windscheid §. 83 a Anm. 4, Bekker, System II §. 108 Beil. II, 1, Regelsberger I §. 176 Anm. 9.]

Sachregister.

(Die römische Ziffer gibt den Band, die arabische die Seite an.)

A.

Abductio: I, 254, 255.
Abhängigkeit s. alieni juris homines.
Abhandlung (juristische): I, 67—73.
Ablation (Reat): IV, 78. III, 825.
Ableugnen s. Leugnen.
Abortus s. Fehlgeburt.
Abrogatio: I, 129, 130.
Abschichtung (zwischen Vater u. Kind): III, 663.
Absicht (beim Rechtsgeschäft)
— auf Rechtswirkung: IV, 17—26, 435.
— wesentliche und Nebenabsicht: IV, 227—229.
Absoluta donatio: III, 790.
Abstinendi facultas (s. auch beneficium abstinendi): I, 439.
Abstinenz s. beneficium abstinendi.
Abtretung
— von Forderungen s. Cession.
— von Klagen s. Klagencession und beneficium cedendarum actionum.
Abwesende (Vertrag unter A.): IV, 314—320.
Abwesenheit als Restitutionsgrund: I, 420—423.
Acceptation (Annahme beim Vertrag): IV, 297—300, 314—320.
— als Erforderniß der Schenkung: IV, 249, 250, 314, 315.
Acceptilatio: II, 79, 174, 458. IV, 111, 301.
Accessio
— als Dareingabe: II, 117, 704, 705. IV, 201.
— als Pfandobjekt: II, 874.
Accessio
— als Sachverbindung: I, 554—560.
— der dos: III, 725.
— des Eigenthums (Servitut): I, 762.
— der Obligation: II, 39, 90, 91, 208, 402.
— der obligator. Leistung: II, 115 bis 120, 126.
— possessionis: I, 603, 634—637.
— temporis: I, 404, 635.
Accidentalia negotii: IV, 188.
Accrescenzrecht
— bei der Erbfolge: III, 167—179.
— — verglichen mit der Substitution: III, 87.
— bei Legaten: III, 384, 385, 388, 389, 417, 418.
— bei der querela inoff. test.: IV, 255, 256.
— bei Ususfructus: I, 798.
— beim Universalfideicommiß: III, 441.
Accursius: I, 18.
Acor (Weinkrankheit): IV, 179.
Actie s. Aktie.
Actio
— als Klage, Klagrecht (s. auch dort): I, 76, 216, 247, 251, 252, 315. II, 466; auch für in integr. restitutio: I, 405.
— als Handlung, oder Rechtsgeschäft: I, 88, 89. IV, 8, 14, 181.
— nata (für die Verjährung): I, 401—403. II, 16, 17, 608.
Einzelne:
— ad exemplum institoriae: II, 224, 397.

Actio, Einzelne:
— ad exhibendum: I, 276, 288, 557, 577, 580. II, 150, 679—689. III, 790.
— aestimatoria: II, 714—733.
— aquae pluviae arcendae: I, 276, 480, 486, 685—691.
— arborum furtim caesarum: I, 700. II, 813.
— Calvisiana: IV, 423.
— commodati: II, 594—601.
— communi dividundo: I, 398, 706—709. II, 670—676, 793; — auf iura in re: II, 676.
— conducti: II, 770, 771.
— confessoria: I, 801, 802.
— curationis causa utilis: III, 831.
— damni hominibus coactis oder in turba dati: II, 813.
— de aestimato: II, 626, 630.
— de albo corrupto: I, 281.
— de dolo: I, 88, 429. II, 817, 823—825, 867, 868.
— de dote ſiehe a. ex stipulatu und a. rei uxoriae.
— de effusis et dejectis: I, 281. II, 815.
— de eo quod certo loco: I, 288, 289. II, 120, 121, 332, 333.
— de in rem verso: II, 203—215, 218—221.
— de patria potestate: III, 610.
— de pauperie: II, 814.
— de peculio: II, 203—215, 217, 218. III, 629—631, 661.
— depensi: II, 89.
— depositi: II, 610—613, 434, 418.
— de positis et suspensis: I, 281. II, 160, 815.
— de recepto ſ. receptum.
— de tigno juncto ſ. tignum junctum.
— de universitate: III, 2—4.
— emti: II, 711—719.
— emphyteuticaria (in rem): I, 820, 821.
— exercitoria: II, 203—215, 224 bis 229.
— ex stipulatu (auf Dosrückgabe): III, 741, 742, 739.
— ex testamento: II, 554. III, 401.
— familiae erciscundae: I, 398, 592. II, 677. III, 273—285.
— Faviana: IV, 423.
Actio, Einzelne:
— finium regundorum: I, 398, 709—713. II, 678.
— funeraria: II, 656—658, 414, 418.
— furti: I, 577, 578, 580. II, 267, 805.
— furti non exhibiti: II, 681.
— hypothecaria: II, 850—858.
— institoria: II, 203—215, 224 bis 229. — utilis: II, 221. IV, 371.
— institutoria: II, 239.
— iudicati: I, 327.
— legati ſ. a. ex testamento.
— legis Aquiliae: I, 647, 700. II, 806—812.
— locati: II, 770, 771.
— mandati: II, 779.
— momenti: I, 749.
— negatoria: I, 664—670.
— negotiorum gestorum: II, 634 bis 637, 644—647, 650—652, 655. IV, 367 (ſ. auch negotiorum gestio).
— Pauliana: I, 288, 300. II, 825 bis 834. IV, 422.
— pecuniae constitutae: II, 197 200.
— pignoraticia (in rem) ſ. a. hypothecaria.
— pignoraticia (in personam): II, 614, 618—624.
— praescriptis verbis: II, 139, 502, 628—631, 774. III, 739.
— pro socio: II, 791—793.
— protutelae: II, 666, 667. III, 863—866.
— Publiciana: I, 300, 301, 534, 713—726.
— — aus Quaſibeſitz: I, 789, 790.
— — des Emphyteuta und des Superficiars: I, 821.
— quanti minoris: II, 714—733.
— quasi Calvisiana: I, 162. III, 145.
— quasi Fabiana: I, 162. III, 145.
— quasi institoria: II, 224. IV, 370, 372.
— quasi Serviana ſ. actio hypothecaria.
— quod iussu: II, 203—215, 222, 223.
— quod metus causa: I, 288, 429. II, 817—820. IV, 77—79, 443.
— rationibus distrahendis: II, 659, 660. III, 824—826, 880.

Actio, Einzelne:
— redhibitoria: I, 288. II, 714 bis 733. IV, 424.
— rei uxoriae: III, 741, 742, 753 bis 756. II, 534.
— rerum amotarum: II, 525, 805, 806. III, 788—790.
— sepulchri violati: I, 280, 281, 700. II, 813.
— Serviana und quasi Serviana: II, 852, 853.
— servi corrupti: II, 813.
— si certum petetur: II, 480.
— si is qui testamento liber esse iussus erit etc.: III, 34.
— spolii: I, 751.
— subsidiaria (des Pupillen gegen die Magiſtrate): III, 829—832.
— superficiaria (in rem): I, 820, 821.
— suppletoria (ad supplendam legitimam): III, 110, 111, 254, 263, 264, 268.
— tributoria: II, 217, 218.
— tutelae: II, 669, 670. III, 824.
— — utilis: II, 659. III, 822.
— venditi: II, 711—719.
— vi bonorum raptorum: I, 264, 265. II, 805.
Actionen des Eigenthums: I, 646 bis 648.
— des Servitutenrechts: I, 801, 802.
— des Vaters gegen das Kind: I, 252. III, 599—602.
Actiones (actionum divisio):
— adiecticiae qualitatis: II, 203 bis 229. IV, 356, 357. Ihre heutige Geltung: IV, 370—373.
— arbitrariae: I, 259, 272, 285 bis 292. II, 333, 366.
— bonae fidei (ſ. auch bonae fidei negotia): I, 272, 288, 291. II, 55, 58, 59, 60, 62, 94—96, 137, 138, 254, 255, 300, 324, 325, 332, 342, 343, 360, 429. III, 249, 755. IV, 194. Heutige Geltung: II, 64.
— certi, incerti: I, 268—273 (ſ. auch contractus certus).
— civiles: I, 297, 298.
— contrariae: II, 593.
— directae: I, 298, 302. II, 593.
— duplices ſ. simplices.
— extraordinariae, ordinariae: I, 304—310, 442, 740. II, 774.
— famosae: III, 787, 788. IV, 198.
Actiones ficticiae: I, 298—303, 441, 714. IV, 422, 423.
— honorariae: I, 215, 297, 298. II, 213.
— in factum, in ius conceptae: I, 215, 276, 297, 301, 303. Einzelne in factum actiones: I, 557, 681, 682, 750. II, 128, 393, 394, 824, 828. IV, 431.
— in factum civiles: II, 502, 628.
— in personam: I, 273—277, 281, 712. II, 4, 24, 25.
— in rem: I, 273—277, 281, 288. II, 14. III, 248. — utilis: I, 723—726. II, 29.
— in rem scriptae: I, 276, 429. II, 819.
— mixtae: I, 277, 280, 281, 712.
— noxales: II, 215—217.
— perpetuae: I, 390. II, 562.
— pecuniariae: I, 280.
— personales: I, 276.
— poenales: I, 277—281, 281 bis 285. II, 9, 157, 158, 527, 723, 724, 802.
— populares: I, 236, 281—285.
— praeiudiciales: I, 275, 292—294, 339. III, 609. IV, 409.
— rem persequentes (reipersecutoriae): I, 277—281. II, 10, 527.
— rescissoriae: I, 441, 725, 726. II, 239, 828. IV, 422—424.
— restitutoriae: I, 442. II, 239. IV, 421, 423.
— simplices, duplices: I, 294—297, 707, 710, 735, 742.
— stricti iuris: II, 53, 62, 63, 324, 332, 360, 432. Heutige Geltung: II, 64.
— temporales: I, 390, 392—396. II, 562.
— utiles: I, 302—304, 441, 442, 723—726, 740. II, 391—401 (des Ceſſionars). II, 659. III, 822, 824 (utilis tutelae actio). II, 634, 668 (aus cura). III, 440 (des Univerſalfideicommiſſars). IV, 359, 393 (des Dritten aus Vertrag zu G. Dr.). IV, 417 (gegen den Pupillen, der aus neg. claud. erhalten hat). IV, 446 (aus convalescirtem Pfandrecht). IV, 357, 373 (des Geſchäftsherrn aus Contracten gewiſſer Vertreter).
— vindictam spirantes: I, 235, 236, 279, 280. II, 407. III, 30.

Actor der Gemeinde: III, 532, 553, 559.
— des Vormunds: III, 894—896. IV, 340.
Actum ſ. Id quod actum est.
Actus (als Servitut): I, 768, 769.
— aratri, circumactus aratri (Pflugrecht): I, 485.
— legitimus: IV, 111.
— rerum: I, 306.
Addictio: I, 255, 257.
— des Pfandes: I, 592, 593. II, 870.
— in diem ſ. in diem addictio.
Ad dies (eine Friſt berechnen): IV, 223.
Additionalſyſtem: III, 104.
Ademptio
— legati: III, 433—436.
— peculii: III, 630.
Aditio (hereditatis) ſ. Erbſchaft (Erwerb, freiwilliger).
Adjudication (in Theilungsklagen): I, 295, 296, 591. 592, 707—712. III, 278, 279.
Adjutor: III, 894—896.
Admetiri, adpendere, adnumerare (bei einem Genuskauf): II, 110 bis 112.
Adminiſtration
— beim Adventizgut: III, 650.
— beim Peculium: III, 625—629.
— der Curatoren: III, 869, 885.
— des Vormundes: III, 810—816, 880, 881.
— des Zweckvermögens: III, 556 bis 577.
Adoptio: I, 146, 147, 159—163, 166, 168, 170. III, 129, 596.
— durch Frauen: I, 163, 222, 229. III, 129.
Adoptiv-
— kind: I, 167.
— ſohn: I, 145.
— vater: I, 145, 162.
Adquiſitivverjährung (ſ. Erſitzung): I, 597.
Adſtipulator: II, 161, 162, 449.
Adventizgut: I, 603, 609. III, 642 bis 654.
Adversarius ſ. Gegner.
Advocaten: II, 773. III, 641, 661.
Aedibus juncta (vermachte): III, 313, 314. IV, 413.
Aediliciſche Klagen: II, 714, 715, 719—730.
Aequitas: II, 59, 120. IV. 441.
Aequitas: als Grund der exceptio: I, 373—376.
— compensationis: II, 422.
— collationis: III, 285, 293.
— exhibitionis: II, 147, 687, 688.
— als Grund der in integrum restitutio: I, 415.
Aequum et bonum: I, 67, 374. II, 507. IV, 193.
Aerarium: III, 481.
— militare: III, 482.
Aes alienum: II, 33, 34.
Aeſtimabilität (der obligatoriſchen Leiſtung): II, 92—97.
Aeſtimation: II, 299, 300, 789. III, 310, 722. IV, 191, 293.
Affectio
— maritalis: III, 671, 672. IV, 183.
— societatis: II, 790.
Affectionsintereſſe (affectus): I, 659. II, 93—97, 345, 368.
Affinität, Affinen: I, 144—146, 153, 154, 168. III, 595.
Affirmatoren: III, 829.
Afterbürge: II, 189, 190.
Aftermiethe, -pacht: II, 755, 766.
Afterpfandrecht: II, 838, 854.
Afteruniverſalfideicommiß: III, 438.
Agendi facultas: III, 837.
Ager
— vectigalis: I, 807, 809—811. 821.
— coloniae und colonorum: I, 477, 709. III, 486, 489, 493.
Agere non valenti non currit praescriptio: I, 404, 610.
Agnation, Agnaten, Agnatſchaft: I, 138, 146, 147, 168—170. III, 588; ſ. auch Verwandtſchaft.
Agnation eines Notherben: III, 107.
Agrimensor: I, 11. II, 258, 773.
Aktie: II, 584. III, 494.
— geſellſchaft: III, 495, 496. II, 793.
Alea: II, 557; ſ. auch Vertrag, aleatoriſcher.
Alienatio
— in fraudem creditorum: II, 825—834.
— iudicii mutandi causa: I, 415.
Alieni juris homines: I, 192, 193, 217. III, 599.
Alimentation
— der Frau durch den Mann: III, 678.

Alimentation:
— Spflicht der Verwandten: I, 211, 235. III, 591, 604, 777—784.
Alimente: III, 437.
— Stiftung: III, 514, 547—550.
— vermachte: III, 318; Vergleich über solche: I, 386.
Alleinberechtigung und Alleinherrschaft des Vaters: III, 622.
Alluvio: I, 558.
Almende: III, 485, 492, 558.
Alteri stipulari: IV, 385—388, 390, 391.
Alternatives Vermächtniß: III, 308, 320, 321.
Alternativobligation: II, 99, 103, 104, 109, 110, 113, 114. III, 328.
— Concentration derselben s. Concentration.
Altersstufen: I, 185—190.
Alveus (derelictus, alvei mutatio): I, 559.
A momento ad momentum: IV, 223.
Amortisation (von Inhaberpapieren): II, 584.
Amortisationsgesetze: III, 580.
Analogie: I, 127—129, 230, 303, 304, 422. II, 193, 194.
Anatocismus: II, 563.
Aneignungswille s. animus possidendi.
Anerbieten s. Offert.
Anerkennung
— der Vaterschaft: I, 142, 293.
— der väterlichen Gewalt: I, 293.
— des Testaments: III, 116—120, 249.
— der Schuldschein als A. obligirend? II, 567.
— klagen: I, 293.
Anfechtbarkeit (s. auch Anfechtung):
— Begriff: IV, 396—409.
— Arten: IV, 421—424.
— ursprüngliche, nachfolgende oder nachträgliche: IV, 421.
— Gründe: IV, 440—444.
— des Vergleichs: I, 383, 384.
— wegen Irrthums: IV, 61.
— wegen Zwangs: IV, 69—77.
— Verhältniß zur Exceptionsmäßigkeit: IV, 397—402.
Anfechtung
— unmittelbare, mittelbare: IV, 405. 422—424.
Anfechtung
— theilweise und totale: IV, 422.
— durch exceptio: IV, 406, 407, 442.
— durch bloße Willenserklärung: IV, 408.
— des Kaufs: II, 750, 751.
Anfechtungseinreden: IV, 398.
Anforderung (gegenüber dem Schuldner): I, 251. II, 17, 292—297, 453, 454. III, 813.
Angebot s. Offert.
Animus: IV, 183, 184.
— dominii transferendi et accipiendi: II, 712. IV, 91, 302.
— dotis constituendae: III, 732.
— possidendi (domini, Besitzwille, Aneignungswille): I, 495, 502, 503, 517.
— novandi: II, 387. IV, 183.
— societatis contrahendae: II, 790.
— donandi: II, 642. IV, 247, 248.
— negotii alieni gerendi: II, 656.
Annahme (s. Acceptation):
— an Kindesstatt s. Adoption.
Anrüchigkeit s. Infamie.
Annuum legatum s. legatum annuum.
Anspruch, Ansprüche: I, 251—3, 273, 292, 294, 315, 316.
— Durchsetzung: I, 253—260.
— Gegenstand der Aufhebung durch exceptio: I, 371.
— Identität (für die exceptio rei iudicatae): I, 337—339, 339—347.
Anstalten
— religiöse: I, 608.
Antheil (im Miteigenthum): I, 478.
Antichresis: II, 872.
Antidos: III, 767.
Antinomie: I, 56, 129.
Antipherna: III, 767.
Antiquirung: I, 4, 9. III, 91.
Antrag s. Offert.
Anvertrauter Besitz s. Besitz, anvertrauter.
Anweisung: II, 781.
Apostaten (testirunfähig): III, 48.
Apparatus: I, 19, 50, 52.
Apprehension: I, 504.
Aqua
— aestiva, quotidiana I, 804.
— pluvia s. actio aq. pluv. arcendae.
— profluens s. Wasser, fließendes.
Aquaeductus: I, 770. 771.

Arbitrium (ſ. auch Compromiß):
— iudicis ſ. actiones arbitrariae.
— als Ermeſſen einer Partei oder eines Dritten beim Kauf: II, 706. IV, 313, 314, 332; bei der Societät: II, 793.
— bei letztwilligen Verfügungen: III, 69, 395.
— eigenes Ermeſſen als Bedingung: IV, 135—137.
Argliſt: II, 617, 821—825.
Argumentum a contrario: I, 125, 128. III, 647. IV, 180.
Arme, Zuwendung an dieſelben: III, 498, 500, 511, 512, 579.
Armenvermögen: III, 498, 499.
Arra (arrha): I, 358, 359, 361. II, 551, 708, 709. IV, 283.
— sponsalicia: I, 153. III, 766, 774.
Arrogation (ſ. auch Adoption):
— des Teſtators: III, 100.
— eines Impubes ſ. Quarta Divi Pii.
Ärzte: II, 773.
Aſſignation
— als obligator. Anweiſung: II, 781.
— als Eigenthumszutheilung: I, 564.
Auction ſ. Verſteigerung.
Auctor: I, 347, 562, 611. II, 334.
— auctoris laudatio, nominatio s. Laudatio auctoris.
Auctoritas
— rei iudicatae: I, 384. II, 547.
— tutoris: I, 187, 188. III, 807 bis 809.
— beim Eigenthum: I, 595.
— auctoritatis obligatio, actio: II, 334—336.
Aufenthalt: der Kinder, des Pupillen III, 612. 614.
Aufhebung der Obligation (überhaupt) II, 434—439.
Auflage (modus): II, 134. III, 547—549. IV, 229—236, 392.
Aufwurfspreis ſ. Verſteigerung.
Auguſtinus, Ant.: I, 13, 15, 33, 34, 38.
Ausgaben des Corpus iur. civilis und ſeiner Theile: I, 38—48, ſ. auch 11—13, 33, 51.
Ausgebot (an das Publikum): IV, 255.
Ausland, Ausländer, Ausländiſch ſ. Privatrecht, heutiges internationales.
Auslaſſung der Erbſchaft: III, 152, 153.
Auslegung (ſ. auch Interpretation)
— des Privilegs: I, 230.
— des Rechts: I, 117—122.
— — authentiſche: I, 119.
— — doctrinelle: I, 119.
— — extenſive: I, 119.
— — legale: I, 119.
— — reſtrictive: I, 119.
— — uſuelle: I, 119.
— des Vermächtniſſes: III, 398.
— der Willenserklärungen (Geſchäfte): IV, 288—295.
Auslobung: II, 143, 556. IV, 254. 255, 298.
Ausſchlagung
— der Erbſchaft: III, 152—155.
— des Vermächtniſſes: III, 414—418.
Ausſcheidung (der Waare bei einem Genuskauf): II, 110—113.
Außereheliche Kinder: III, 130—132; ſ. auch Liberi.
Außerehelicher Vater
— Alimentationspflicht: III, 778 bis 780.
— Erbrecht: III, 130.
Äußerungstheorie: IV, 314—320.
Ausübung
— des Rechts ſ. Recht im ſubj. S., Ausübung.
Authenticae (Authentiken): I, 17, 60.
— extraordinariae: I, 17.
— extravagantes: I, 17.
— „Sacramenta puberum“: I, 360.
— „Si qua mulier“: II, 241—244.
Authenticum: I, 16—20, 43—45, 46.
— Ausgaben des — ſ. Ausgaben
Autonomie: I, 5, 116, 131, 134. III, 46.
Aversionalkauf: II, 102.
Aversionalmiethe: II, 754, 768.
Avulsio: I, 558.
Auxilium divisionis ſ. Beneficium d.

B.

Baarkauf: II, 690—700.
Bach: I, 453.
Bankdepoſiten (Concursprivileg): II, 418, 419.

Basilica: I, 15, 26, 27, 33, 34.
Bauen ſ. Inaedificatio.
Bauern ſ. Rustici und Testamentum ruri confectum.
Baufall, großer, als Kündigungsgrund: II, 759.
Baum,
— überhangender (Fällung, Wegnahme, Kappung): I, 485.
— -früchte ſ. Fructus.
— -pflanzung ſ. Plantatio.
Baurecht: I, 807.
Bauſch und Bogen ſ. Averſionalkauf.
Beamte: II, 773, 774. III, 661.
Bearbeitung
— im Gegenſatz zur Specification: I, 573.
— der Quellen des Pandectenrechts: kritiſche: I, 30–48; exegetiſche: I, 48–57.
Bedienung (als operae): I, 786.
Bedingung (ſ. auch conditio): I, 189, IV, 97–180, 202–204.
— affirmative, negative: IV, 137, 147, 148.
— Arten: IV, 146–148.
— Begriff: IV, 97–112.
— bei der Novation: IV, 151, 152.
— beim Kauf: II, 709, 710. Gefahr beim reſolutiv bedingten Kauf: IV, 177, 178.
— beim Vermächtniß: III, 406.
— captatoriſche: III, 71, 400. IV, 130, 131.
— caſuelle: IV, 146.
— Eintritt und Ausfall: IV, 154 bis 158.
— irrthümliche Beifügung, Weglaſſung: IV, 288.
— nothwendige: IV, 129, 148.
— Pendenz: IV, 148–154.
— perplexe: IV, 135.
— Rückziehung: IV, 106–108.
— — der ſuſpenſiven: IV, 158 bis 168; der reſolutiven: IV, 168 bis 180.
— Suſpenſiv- und Reſolutiv- —: IV, 137–146.
— ſtillſchweigende: IV, 116–127.
— ſtillſchweigend geſetzte: IV, 117.
— Theilbarkeit, Untheilbarkeit: I, 372. II, 69, 76.
— uneigentliche: IV, 128–137.
— unerlaubte: IV, 130–134.
— unmögliche: III, 71, 400. IV, 129.
Bedingung
— Unterſcheidung von anderen Pendenzen: IV, 112–116.
— Verhältniß zum dies: IV, 105.
— Zuläſſigkeit: IV, 111.
Beerdigung ſ. Leichenbeſtattung.
Befugniß: I, 211, 212, 471, 472. IV, 374.
Benediction: III, 544.
Beneficien der Cleriker: III, 505.
Beneficium: I, 111, 752, 753, 755.
— abstinendi: III, 155, 156, 181 bis 183.
— cedendarum actionum: II, 87 bis 89, 178, 179, 192, 193, 196, 662, 663.
— cessionis bonorum ſ. cessio b.
— competentiae: II, 54, 186, 411–415, 793. III, 737, 787, 788.
— dationis in solutum: II, 411.
— divisionis: II, 84–86, 177, 178, 189–191, 196, 199, 209, 662 bis 666.
— excussionis sive ordinis: II, 179, 193, 194, 196, 199, 857.
— in integrum restitutionis: ſ. in int. r. und III, 578.
— inventarii: III, 205, 209–214, 335.
— legis Falcidiae: III, 335.
— ordinis ſ. benef. excussionis.
— separationis: II, 417. III, 205, 206–209.
Benennung, falſche: IV, 285, 286.
Berechnung
— der Zeit ſ. Zeitberechnung.
— der Verwandtſchaft: I, 139, 140.
Bereicherung I, 434. II, 451, 505, 506.
Berufung
— zur Erbfolge: III, 45–47.
— zur Tutel: III, 846, 847.
Beſchlußfähigkeit der Collegien: III, 557.
Beſchränkung des Eigenthums: I, 479–488.
Beſchreibung, falſche: IV, 286.
Beſitz (ſ. auch possessio): I, 115, 216, 217.
— abgeleiteter: I, 495, 517.
— anvertrauter: I, 313, 495, 500, 518, 612.
— Arten: I, 499–501.
— Begriff: I, 492–499.
— beim Zweckvermögen (B. juriſt. Perſonen): III, 517–522.

Besitz
— der Servituten: I, 786—790.
— Erwerb s. Besitzerwerb.
— gutgläubiger s. bonae fidei possessio.
— juristischer: I, 499.
— Literatur: I, 73.
— Mehrerer s. Mitbesitz.
— Namen: I, 499—501.
— -recht s. ius possidendi.
— -schutz s. Besitzschutz.
— Veräußerung und Verlust: I, 522—528; — des durch Mittelspersonen bestehenden: I, 528—533.
— Verhältniß zum Eigenthum: I, 473, 474, 496, 497.
— Verhältniß zur Herrschaft: III, 518, 519.
— Verhältniß zum Vermögen: I, 446.
— Vernachlässigung: I, 525, 531, 532.
— Werth: I, 447—449.
Besitzeinweisung s. missio in possessionem.
Besitzerwerb,
— derivativer: I, 514—517.
— des Kindes: I, 187, 188.
— des Zweckvermögens (der jur. Person): I, 501—507. III, 517 bis 222.
— durch Dritte: I, 518—522, s. auch Stellvertretung im Besitzerwerb.
Besitzschutz: I, 728—756.
— Grund: I, 730.
Besitzwille s. animus possidendi.
Bestätigung (Bestättigung): IV, 449.
— der Schuld im Constitutum: II, 197—202.
Bestattung s. Leichenbestattung.
Bestechlichkeit des Richters: II, 160.
Bestellung
— als Kauf: IV, 299, 300, 308 bis 310, 318, 319.
— der Dos: III, 730—739.
— der Emphyteusis: I, 823—825.
— des Pfandrechts: II, 872—875.
— der Servitut: I, 791, 792.
— der Superficies: I, 823—825.
— der Vormundschaft: III, 847 bis 853, 871—873, 876, 881, 882, 884—887.
Betrug: II, 804, 821—825.
— als Restitutionsgrund: I, 429, 433.
Beurkundung (s. auch Notariatsprotokolle): I, 151, 160, 358. IV, 278, 281—283.
— gemeinschaftliche, beim gemeinschaftlichen Testament: III, 64. 65.
Beweggrund: II, 131. Irrthum im B. s. Irrthum im Motiv.
Beweis (s. auch Vermuthung und Praesumtio Muciana)
— bei actio negatoria: I, 667 bis 669.
— bei condictio causa data causa non secuta: II, 540.
— bei actio spolii: I, 751.
— bei condictio indebiti: II, 549.
— bei culpa: II, 260.
— bei hereditatis petitio: III, 231.
— bei Interdictum quorum bonorum: III, 270, 271.
— bei mora: II, 289, 290.
— beim Schuldschein: II, 572, 573.
— bei rei vindicatio: I, 652, 653.
— der bona fides bei Ersitzung: I, 631.
— der Verwandtschaft: I, 140—143.
— des Contractgrundes: II, 62.
— des error facti: VI, 66.
— der Verheimlichung durch den Inventarerben: III, 210.
— des Interesses: II, 364, 365.
— von Testamentsgebrechen: III, 231.
Beweisdokument (Inhaberpapier): II, 575, 576.
Beweisurkunde: IV, 282, 324.
Bewußtlosigkeit (s. auch error in corpore)
— aus Krankheit: I, 190.
Bezeichnung, falsche: IV, 287.
Biener: I, 14—20.
Bigamie: I, 156.
Billigkeit s. aequitas.
Binubus s. parens b.
Bis de eadem re ne sit actio: I, 317, 332, 336.
Blinde,
— cura: III, 885.
— Testament: III, 61, 62.
Blödsinn s. Wahnsinn.
Blutsverwandtschaft s. Verwandtschaft.
Bona: I, 445. III, 6.
— adventicia s. Adventizgut.
— adventicia irregularia: III, 652, 653.
— erepticia: III, 52, 449, 450.

Bona
— materna, materni generis: III, 642—648.
— vacantia: III, 128, 450, 451, 581.
Bonae fidei judicia ſ. actiones bonae fidei.
Bonae fidei negotia u. contractus: I, 291, 374. II, 59, 60, 120, 255, 585, 586. IV, 191—194, 429.
Bonae fidei obligationes ſ. actiones bonae fidei.
Bonae fidei possessio: I, 217, 533—541, 548—551, 594—596, 611—613, 628. II, 529. IV, 439.
— Geltendmachung und Schutz: I, 713—728.
Bona fides ſ. Fides.
Bona materna ſ. Muttergut.
Bona paterna ſ. Vatergut.
Bonitariſches Eigenthum ſ. Eigenthum, bonitariſches.
Bonnonienses I, 12.
Bonorum possessio: III, 6—29.
— decretalis: III, 194—197.
— des bedingt Eingeſetzten: III, 197, 198.
— ex edicto Carboniano: III, 195, 196.
— für den furiosus: III, 196, 197.
— unde cognati: I, 140.
— unde vir et uxor: III, 133.
— urſprünglicher Zweck: III, 11, 12.
Bonorum publicatio (ſ. auch Confiscation): III, 710.
Bonorum venditio: I, 254, 255, 257, 258.
Bote: IV, 338—340, 315, 320. II, 281, 283.
Brautgeſchenk: III, 766, 774, 777.
Brautkinder: I, 153. III, 132.
Breukmann: I, 12.
Breſthafte ſ. Krankheit.
Breviarium Alaricianum: I, 34.
Brocardon: I, 55, 56, 58, ſ. auch Quellen, ihre Erklärung.
Bücher,
— verbotene: I, 458.
Bürgerliche Ehre ſ. Infamie.
Bürgſchaft, Bürge: II, 182—202.
— Verbürgungsakt (Begründung der B.): II, 194—196.
— Schadlosbürge: II, 565, 566.
Burgundio: I, 12.
Buße (ſ. auch Poena): II, 802.
— Ausſchluß ihrer Rückforderung: II, 546, 547.

C.

Caducität: III, 53, 422, 423, 431.
Calumnia: III, 118.
— Eid: I, 704. III, 394.
Canon
— redintegranda: I, 751.
— als Zins des Emphyteuta: I, 821.
Canones: I, 27—29.
Canoniſches Recht: I, 3, 7, 8.
Capacität
— zu letztwilligem Erwerb ſ. Incapacität.
— zu Delicten: I, 189.
Capitän ſ. actio exercitoria.
Capitis deminutio: I, 146, 166, 167, 178, 179, 181. II, 23, 24, 174, 437. III, 862.
Captatoriſche Erbeinſetzung ſ. Bedingung, captatoriſche.
Captio: I, 408, 679.
Caput: I, 175, 177, 179.
Casum sentit dominus: II, 317 bis 320, 757.
Casus
— als Rechtsfall ſ. dort.
— als Zufall: II, 272, 273, 312—315, 316—320. IV, 226.
— fortuitus: II, 322.
— mixtus: II, 273, 314.
— Präſtation bei bedingtem Geſchäft: IV, 142, 161—164, 177—179; bei depositum irregulare: II, 602 bis 604; bei der Dos: III, 710; bei den Condictionen: II, 518, 540; bei der in integrum restitutio: I, 434; bei der rei vindicatio: I, 662, 663; bei der locatio conductio operarum: II, 763; bei der locatio conductio operis: II, 767, 768; bei der locatio conductio rei: II, 756—758; nach Eintritt der Mora: II, 300, 301.
Casus a nullo praestantur: II, 315, 318. IV, 190.
Caupo (ſ. auch receptum cauponum) II, 277, 814.

Causa
— adiecta: I, 218, 341, 365. III, 605, 606.
— als Vorausſetzung: IV, 227 bis 229.
— bei den Conditiones: II, 504 bis 506, 528.
— beim Zweckvermögen: I, 202.
— civilis: I, 297. II, 43.
— credendi, donandi, solvendi: IV, 88, 239—244, 436, 437.
— der Incapacität: III, 51.
— donandi: IV, 245.
— der Contracte, der Rechtsgeſchäfte: II, 144. IV, 239—244, 436 bis 438.
— des letztwilligen Veräußerungsverbotes: I, 489.
— expressa ſ. adiecta.
— falsa ſ. Irrthum im Motiv.
— favorabilis: IV, 294.
— formelle (Obligationsgrund): II, 56, 61, 139.
— impositicia: I, 703.
— iusta exhibitionis: II, 679; in integrum restitutionis: I, 415; pollicitationis: IV, 91, 92; possessionis: I, 613, 614; traditionis: I, 582—587. IV, 90, 91.
— injusta: I, 583, 585, 586, 614. IV, 436—438 (ſ. auch Condictio ob inj. causam).
— legitima: I, 297.
— liberalis: I, 292.
— lucrativa: II, 461—466.
— materielle (Contractsgrund): II, 56, 61, 62, 131, 139, 140.
— naturalis: II, 43.
— obligationis: II, 131.
— omnis: I, 355, 661 ſ. auch causa rei.
— petendi: I, 338.
— pia ſ. piae causae.
— possessionis: I, 530, 613, 614.
— praecedens: II, 573.
— praeterita: IV, 54, 55, 59.
— proxima actionis: I, 340, 341.
— rei: I, 273. II, 344—347, ſ. auch causa omnis.
— stipulationis: II, 380, 389.
— usucapionis ſ. Titel.
Causae cognitio: I, 160, 162, 386.
Causae mutatio: III, 85.
Cauſalcontract, -geſchäft: II, 139, 140, 144. IV, 89—94.
Cauſalnexus (beim Intereſſe) II, 350 bis 358.
Cautel: I, 80, 81.
Cautela Socini: III, 265.
Cautelar
— -praxis: I, 8, 115.
— -bücher: I, 8, 79—81.
Cautio (Caution): I, 361—363. II, 565, 566, 794—800.
— als Beſtandtheil des Mandats: II, 776. IV, 300.
— als Weſen des Vorvertrags: IV, 328.
— als Collationsmittel: III, 301 bis 306.
— als Erſatz der Reſtitution: I, 663. III, 248, 758.
— als Schutz gegen die proceſſuale Conſumtion: II, 186.
— aus operis novi nuntiatio: II, 796, 797.
— damni infecti: I, 363, 670—685. II, 797; heutige Geltung: I, 683 bis 685.
— de non amplius turbando: I, 670, 741, 742.
— de rato: III, 777, ſ. c. ratam rem.
— indiscreta: II, 569, 570, 594.
— legatorum servandorum causa: III, 418—421.
— Muciana: III, 198, 409—411. IV, 421, 423.
— rem pupilli salvam fore: II, 661, 662, 797. III, 827, 828.
— ratam rem haberi: II, 798, ſ. auch cautio de rato.
— usufructuaria: I, 777.
— Verhältniß zur actio: I, 362, 363.
— Verhältniß zur Haftung: II, 589, 590.
Cavere (als Rechtsanwendung): I, 92.
Cedent; ſeine Haftung: II, 404 bis 407.
Cedirbarkeit (von Forderungen): II, 407, 408. IV, 328.
Certioration an den debitor cessus: II, 394.
Certum, incertum
— des Anſpruchs ſ. actiones certi.
— des Contracts ſ. contractus certus, incertus.
— der Exiſtenz juriſtiſcher Thatſachen: IV, 101—109, 112—116.
— der Leiſtung: II, 97—114.

Cessante ratione legis non cessat lex ipsa: I, 168.
Cessio bonorum: I, 192. II, 186, 256, 410, 412. III, 628.
Cession: I, 73, 242, 243. II, 391 bis 409.
— Anspruch darauf: II, 395, 396. IV, 392.
— Constituirung eines Nießbrauchs an Forderungen, eine C.: I, 779.
— der in integrum restitutio: I, 430.
— des Ususfructus: I, 773, 776.
— fingirte: II, 397, 398, 843.
— gesetzliche: II, 397, 398.
— Haftung des Cedenten s. Cedent.
— Macht zur C.: I, 241.
— von Klagen s. Klagencession und beneficium cedendarum actionum.
Chirographum s. Schuldschein.
Christenthum: I, 67.
Circumactus aratri: I, 485.
Civilexceptionen: I, 376, 377.
Civilgesetzbücher: I, 5.
Civilproceß s. Proceß und: I, 108.
Civilis s. die zugehörigen Hauptwörter.
Clam facere, Clandestinität (s. auch exceptio vitiosae possessionis): I, 695—697, 756.
Clandestinum matrimonium: I, 152.
Clausel, Clausula: I, 81.
— codicillaris: II, 390. III, 113 bis 116. IV, 238, 434.
— derogatoria: III, 96.
— generalis: I, 419, 420, 422.
— heredum: IV, 378.
— rebus sic stantibus: IV, 421.
Clementinen: I, 7.
Cleriker, Clerus: III, 451, 502 bis 504, 640, 641, 845.
Clienten: III, 590.
Cloake: I, 693, 805.
Code civil: I, 5.
Codex (constitutionum
— Justinianeus): I, 6, 14, 15.
— Handschriften: I, 14, 15.
— Ausgaben s. Ausgaben.
Codex iuris (für Digesten): I, 6.
Codex Theodosianus: I, 11, 34, 35, 37.
Codicill: III, 114, 116, 390—393.
Codicillarclausel s. Clausula codicillaris.
Coemtio: I, 151. III, 666—8.
Coërcitio: II, 154. III, 595, 596, 788.
Cognatio, Cognatschaft s. Verwandtschaft.
— civilis s. Agnation.
— naturalis s. Verwandtschaft.
Cognitio
— extraordinaria s. extraordinarius.
— causae bei der in integrum restitutio: I. 406.
Cognitor: I, 346, 347.
Collation
— der socii: II, 787, 788.
— erbrechtliche: III, 285—306.
— dotis: III, 287—289, 304 bis 306, 710.
— Gegenstand: III, 296—299.
— Realisirung: III, 301—306.
Collationes iuris civilis et can.: I, 8.
Collationen: I, 18, 46, 61.
Collectiones s. Sammlungen, kirchenrechtliche.
Collegatar: III, 417.
Collegium: III, 54, 489.
Collision
— der Rechte, Gesetze, Statuten s. Privatrecht, heutiges internationales.
Collusion: IV, 25.
Colonus partiarius: II, 753.
Color insaniae: III, 250. IV, 422.
Commentar: I, 3, 51, 52, 56, 75.
— s. auch Quellen, Bearbeitung.
Commentatoren: I, 3, 52.
Commercium: I, 155, 175, 176, 177, 180, 191. III, 310, 311. IV, 438; res extra c. s. res.
Commissionär: IV, 340—342.
Commissum (Verwirkung): I, 593.
Commixtio: I, 560, 561.
Commodat: II, 591, 593—601.
Communicatio: I, 560. II, 787.
Communio s. auch Miteigenthum: II, 670—678, 786.
— incidens: I, 477.
— des Vaters und der filiafamilias bez. der dos: III, 715, 718.
Compendien s. Systeme.
Compensation: II, 419—434, 586, 587.
— Ausschluß: II, 434.
— des Onerirten: III, 427—429.

Compensation: dinglicher Ansprüche: II, 431.
— gegenüber dem Fiscus: III, 483, 484.
— vertrag: II, 423.
Competenz
— der Vormundschaftsbehörden: III, 850, 851.
— zur in integrum restitutio: I, 407.
— s. auch beneficium competentiae.
Compossessio s. Mitbesitz.
Compromiß: I, 388, 389. II, 175.
Computatio s. Zeitberechnung.
Concentration (der incerta obligatio): II, 109—114.
Concessio peculii s. peculium.
Concession:
— als Privilegverleihung: I, 227.
— sog. juristischer Personen: III, 508–511.
Concludente Handlungen: IV, 268 bis 272; s. auch Stillschweigen.
Concludentes Stillschweigen s. Stillschweigen und Tacitus.
Concubinat: I, 155, 163. III, 130, 665.
Concubinenfinder s. Liberi naturales.
Concurrenz
— der Rechte s. Privatrecht, heutiges internationales.
— der Klagen s. Klagenconcurrenz.
Concurs, -us: I, 258. II, 415 bis 419, 428, 759.
— -privilegien: II, 417—419.
— duarum causarum lucrativarum: II, 460—466.
Condemnatio: I, 290, 326, 327.
— in id quod facere potest: II, 411, 412.
— pecuniaria: I, 235, 291. II, 33.
— auf die Bereicherung, z. B. II, 823.
Condicio s. Conditio.
Condictio (stricti iuris actio, Schuldklage): I, 290. II, 62, 63, 213 bis 215.
— causa data causa non secuta: II, 139, 533—541, 631, 692, 693. III, 690, 733. IV, 122, 127.
— ex lege: III, 237.
— furtiva: I, 577, 578, 580. II, 522—528, 805. III, 788, 789.
— incerti: II, 630.
— indebiti: II, 541—551. IV, 65, 58; Verhältniß zur Litiscrescenz: IV, 442, 443.
Condictio
— Iuvenciana: II, 472, 476, 552.
— ob causam datorum: II, 533 bis 541.
— ob turpem vel iniustam causam: II, 528—533, 552. II, 789.
— possessionis: II, 508—510, 522, 525, 527. IV, 408.
— sine causa (überhaupt) II, 503 bis 522; specialis: II, 551—553.
— triticaria: II, 480.
Conditio für modus und causa: IV, 228, 231.
Conditio s. auch Bedingung.
— juris: II, 16, 17. III, 690, 733. IV, 116—127.
— derisoria: IV, 21.
— tacita: IV, 116—127.
— casualis, potestativa, mixta: IV, 146, 147.
— impossibilis: IV, 129.
— turpis: IV, 130—134.
— si volet: III, 68, 69. IV, 135 bis 137.
— non impleta pro impleta: IV, 155.
— in praesens, in praeteritum relata: IV, 128.
Conditionis implendae causa datum: III, 307. IV, 239.
Condominium s. Miteigenthum.
Conducere: I, 752.
Conductio suae rei: II, 757.
Confarreatio: I, 150. III, 666.
Conferendum: III, 301.
Confideiussor: II, 190.
Confines, confinium: I, 709. II, 678.
Confirmatio:
— eine Art Ratihabition (Bestätigung): I, 491. 492. IV, 448.
— des Vormunds: III, 853—855; germanica: III, 880, 882, 886.
— der Codicille: III, 390, 391.
— der Schenkung unter Ehegatten: III, 791, 798.
Confiscation: III, 216, 448, 449, 710.
Confusio:
— partium bei Berechnung der Quarta Falcidia: III, 349—366.
— von Obligationen: II, 49, 174, 183, 436, 438, 741, 879. III, 338.
— von Sachen: I, 560.
— von Servituten: I, 795. III, 52.
Conjectur: I, 24, 30, 37, 38.

Conjuncti, re, verbis: III, 417.
Connexum (συνημμένον) I, 475, 542—544.
Connubium: I, 145, 153—156, 163, 175, 176, 177, 181.
Conoſſement: I, 581.
Conſanguinität ſ. Verwandtſchaft.
Conſecration: I, 207. III, 538—543.
Conſenſualcontract: II, 136, 137, 390, 700. IV, 327, 328.
Conſenſualkauf: II, 690—700, 711 bis 713.
Conſenſus
— als Willensübereinſtimmung: IV, 39—42, 296, 297; beim Darlehen: IV, 358; bei Eheſchließung: I, 150, 151.
— als Zuſtimmung: des Curators: I, 191; des Sohnes zu gewiſſer Adoption: I, 162; des Vaters zu Verlobung und Heirath: I, 151. III, 597; des Vormundes: I, 180, 186; überhaupt zu fremden Geſchäften, als eine Art Ratihabition oder Vollmacht (Einwilligung): IV, 276, 374, 375, 382, 383, 439, 447.
— contrarius: II, 459, 460, 749. IV, 92, 139.
Conſilia: I, 8.
Conſilien I, 77, 78.
Conſolidation: I, 795, 825.
Conſtitutio Zenoniana: II, 366.
Conſtitutiones: I, 18, 34.
— personales ſ. Privilegien, Begriff, Regeln.
Conſtitutum
— debiti: II, 197—202; heutige Geltung II, 202.
— possessorium: I, 507, 581. II, 761, 786.
Conſuetudo: I, 113.
Conſumtibel, Conſumtibilien ſ. Res quae usu consumuntur.
Conſumtion
— als Vermögenszugang und Schuldengründung: II, 475, 519, 541.
— des Geſchenkten bei Schenkung unter Ehegatten: III, 797.
— proceſſualiſche: I, 318, 319 bis 323, 332—335, 344.
Continuatio dominii: III, 44, 615, 616.
Continuität
— der Corporation: I, 131, 134.
Continuität
— zwiſchen Erblaſſer und Erben: III, 127, 128.
Contractsculpa: II, 251, 252.
Contractsmulta: IV, 392.
Contractus: II, 18, 19, 132, 133 bis 145.
— aestimatorius: II, 626, 630.
— bewegliche, unbewegliche: II, 144, 145.
— bonae fidei ſ. bonae fidei negotia u. c.
— certus, incertus: II, 36, 37, 58.
— einfach, zuſammengeſetzt: II, 133 bis 136.
— einſeitig, gegenſeitig: II, 143, 144. IV, 428.
— formal, cauſal: II, 139 (ſ. auch Formalcontract).
— formell, formlos: II, 136—139.
— mohatrae: II, 477.
Contrahere: II, 18, 19, 131, 132.
— pignus: II, 872—875.
— iudicio: I, 324, 356.
Contrarius consensus ſ. Consensus c.
Contravindicatio: III, 10, 223, 224.
Controordre: IV, 305.
Contributio legatorum: III, 349 bis 351.
Controverſe: I, 56.
Controversia
— de fine, de loco: I, 711.
— hereditatis: III, 217—227; als Anlaß und Grund der bonorum possessio: III, 9—12, 15, 18.
— possessionis: I, 732.
— proprietatis: I, 650.
Contubernium: I, 153. III, 665.
Contumacia: III, 595.
— non restituentis: I, 290, 661, 664. II, 596, 599, 609, 621.
— des Fiduciarerben: III, 443. 444.
Convalescenz
— ungültiger Geſchäfte: IV, 439, 444—449; (ſ. auch Nichtigkeit, heilbare).
— indirecte: IV, 446.
— directe: IV, 447, 448.
— -theorie (beim Prälegat) III, 387.
Conventio: II, 134, 137, 141, 296, 297. IV, 296, 297, 315.
— in manum ſ. manus.
Conventionalſtrafe
ſ. Pönalſtipulation.

Conversion, Convertirung
— der Dosfrüchte auf das Capital: III, 725.
— von Rechtsgeschäften: II, 390, 391. IV, 208, 221, 434, 435.
— von Zweckvermögen: III, 585, 586.
Corpora pia s. Pia corpora.
Corporation: I, 109, 116, 131—137, 149.
— Delicte: III, 531, 532.
— Recht: I, 136.
— Vermögen: I, 135, 207. III, 488 bis 496.
Corpus iuris
— canonici: I, 7.
— Bonnense (antejustinianei): I, 25.
— civilis: I, 1—6, 9, 20, 60; Ausgaben des ganzen und der Teile s. Ausgaben.
Corpus licitum: I, 135. III, 510.
Correalität s. Correalobligation.
Correalobligation: I, 73, 347. II, 79 bis 84, 163—181.
— Begründung: II, 179—181.
— — durch Contract oder Quasicontract eines Hausunterthanen oder eines Geschäftsführers mehrerer Gewalthaber oder Principale: II, 209—211, 228.
— — durch Delict eines Hausunterthanen mehrerer Gewalthaber: II, 216, 217.
Correctionssystem: III, 104.
Correctur
— des Textes: I, 11.
— des Gesetzes: I, 117, 122, 123, 128.
— der Erklärung: III, 399.
Correspectivität
— der Testamente: III, 66, 67.
Corruption (des Textes): I, 5, 24.
Courantgeld: II, 442.
Courswerth: II, 442, 444.
Cramer: I, 13, 14.
Credere, Creditirung, Creditgebung: II, 473, 474, 485, 692—694. IV, 239, 240, 251, 344, 358.
Creditkauf: II, 692, 693.
Creditmandat: II, 194—196, 781.
Cridar (s. auch actio Pauliana): I, 191. II, 413, 415—418.
— Erwerb einer dem C. deferirten Erbschaft: III, 191, 192.
Crimen
— expilatae hereditatis: II, 806. III, 33.
— suspecti tutoris: II, 821, 880.
Cujacius: I, 15, 33—35, 37.
Culpa
— aquilische: II, 251, 259.
— des Beklagten bei rei vindicatio: I, 662.
— des Schuldners: II, 248—261.
— dolo proxima: II, 156.
— im Gegensatz zu dolus: II, 156, 157.
— im weitesten Sinn: II, 248.
— in contrahendo: II, 128, 129, 248. IV, 197, 320, 367, 429, 430, 432, 433.
— in der societas: II, 784.
— in eligendo: II, 278, 279, 282, 283.
— in faciendo, in non faciendo: I, 662. II, 250.
— lata: II, 156, 255, 259, 260.
— lata in concreto: II, 255, 259, 260.
— levis: II, 156.
— levissima: II, 258.
— Prästation: II, 253—261.
Cultusvermögen: III, 497—506.
Cura, Curatel: I, 191. III, 800 bis 802, 868—874.
— bonorum: III, 888—894.
— bonorum absentis: III, 191, 890, 891.
— bonorum im Concurse: III, 891.
— ex edicto Carboniano: III, 892.
— furiosi: III, 868—874, 883 bis 885.
— Haftung: II, 668—670.
— hereditatis: III, 891, 892.
— minorum: III, 874—876.
— prodigi: III, 868—874, 883 bis 885.
— pupillorum: III, 876—878.
— Specialcuratelen: III, 893, 894.
— Generalcuratel: III, 874.
— ventris et bonorum: III, 889 bis 891.
Curationis iudicium: II, 634.
Curator: I, 191.
— bonorum: I, 192, 423.
— Klage gegen den C.: II, 634.
Curatorium: III, 880.
Curialen: III, 128, 449.
Curswerth: II, 442, 444

Custodia:
— beim Besitz: I, 494, 495, 506, 526, 527.
— in Obligationen: II, 261—276, 283, 597, 606, 616, 621, 711, 758, 767, 778.
— — Verhältniß zur diligentia: II, 262—266.
— als Erhaltung des Vermögens: III, 37, 558, 626.

D.

Damnatio: I, 93, 239, 255, 281, 282, 284, 326. II, 339, 546. III, 375. IV, 299, 442, 443.
— voti: IV, 196.
Damnationslegat s. legatum per damnationem.
Damnum
— corpore corpori datum: II, 807, 825.
— emergens: II, 341. IV, 65.
— fatale: II, 261—263, 272, 783.
— infectum: Schutz gegen — s. cautio damni infecti.
— injuria datum: II, 808, 809. III, 33.
— circa rem: II, 757.
— verübt durch Schiffer, Wirthe, Stallhalter, ihre Leute und Miether: II, 277, 814, 815.
Dankbarkeit, Pflicht zur: II, 54.
Darangabe s. arrha.
Dare, datio (s. auch traditio): II, 35, 65, 92, 235, 444, 474, 501, 624—627. IV, 343.
— in adoptionem s. adoptio.
— bonorum possessionem: III, 21.
— dotem: III, 730, 731.
— in solutum s. datio in s.
— tutorem: III, 846, 847—853. IV, 111.
Dareingabe: II, 117, 704. IV, 201, 202.
Darlehen: II, 443, 473—481.
— für einen Dritten: IV, 358, 359; für ein Gemeinwesen oder eine pia causa: III, 529, 530, 576. II, 476.
Datio s. dare.
Datio in solutum: II, 336, 411, 435, 444.
Datirung des Pfandrechts: II, 859 bis 863.
Debitum (s. auch Schuld und Haftung): II, 33, 34, 83, 372. IV, 211—213.
Decisiones: I, 8, 78, 79.
Declaration (im Urtheil): I, 592, 661, 669, 802.
Decretalen: I, 3.
— sammlung: I, 7.
Decretum s. Machtspruch, magistratischer.
Decretum Divi Marci: I, 262, 263, 264, 266.
Decretum Gratiani: I, 7.
Dedicatio: I, 207. III, 538—544.
Deducere, deductio
— usumfructum: I, 246. IV, 236.
— de peculio: II, 50.
— als Abzug von einer Forderung oder Schuld: II, 422. III, 233; des Fiduciars von der zu restituirenden Erbschaft: III, 440.
— in stipulationem, in iudicium: II, 369, 374; s. auch exceptio rei in iudicium deductae.
Defension
— durch cautio damni infecti: I, 680.
— des Mündels durch den Tutor: III, 812, 813.
Defensionspflicht: III, 631. IV, 357.
Defensionsrecht: III, 724.
Defensores
— von Städten und Corporationen: III, 559, 569.
Definirung, Definition (als theoretische Verarbeitung der Quellen): I, 58, 61.
Degustatio: IV, 179.
Dejection s. Besitz, Verlust.
Delation
— der Erbschaft: III, 42, 147, 148; successive: III, 136—142, 165 bis 167.
— der Tutel: III 846—855.
Delegation: II, 229, 230, 375—384. IV, 243, 344, 437.
Deliberationsfrist: III, 148—152, 183, 213, 335.
Delicte, s. auch Handlungen, unerlaubte:
— I, 211, 239, 280. II, 132, 133, 151—159. IV, 5, 13, 14.
— der Gewaltuntergebenen: II, 215 bis 217.
— der Unmündigen: I, 189.
— klagen: II, 802, 803.

Delicte
— ſchulden: II, 801—834.
— von Corporationen: III, 531, 532.
— an der hereditas jacens: III, 33, 34.
Delictsobligation: II, 158.
Deminutio capitis ſ. caput.
Demonstratio: II, 695, 701, 753. IV, 95, 199, 236.
— falsa: IV, 283—288.
Denunciation
— an den debitor cessus: II, 394, 395.
— an den Verpfänder: II, 867.
— an den Verkäufer (litis) ſ. Litis denuntiatio.
Depositum: II, 591, 601—613.
— miserabile: II, 10, 613.
— iudiciale, zur Abwendung der pignoris distractio: II, 867, 868; zur Zahlung überhaupt: II, 311, 446.
— irregulare: II, 486, 487, 602 bis 604.
— apud sequestrem: ſ. Sequester.
Dereliction: I, 313, 618—620, 645, 646. IV, 252, 253, 759.
— von Servituten: I, 795.
— von Superficies und Emphyteuſe: I, 826.
— als Rechtsgeſchäft: IV, 11, 12.
Derivativer Erwerb: I, 240, 244, 245.
— des Eigenthums: I, 561—564.
Derogation: I, 5, 129, 130.
— ſyſtem (im Notherbenrecht): III, 105.
Descendentencollation: III, 290.
Detention, Detentor: I, 495, 496, 500, 651.
Deutſches Privatrecht: I, 5.
Diebſtahl (ſ. auch Furtum): II, 804.
Diei adjectio pro reo est, non pro stipulatore: II, 299.
Dienſt des Mandatars: II, 771, 774.
Dienſtbarkeit ſ. Servituten.
Dienſte liberaler Berufe: II, 772 bis 774. IV, 248, 249.
Dienſtmiethe ſ. Locatio, conductio operarum.
Dies, ſ. auch Termin, Zeitbeſtimmung: IV, 204—225.
Dies
— ex quo: IV, 204, 205—216.
Dies
— ad quem: IV, 205, 216—221.
— legati cedens und veniens: III, 403—408.
— incertus: III, 406. IV, 221, 222.
— certus: IV, 221, 222.
— bei dinglichen Geſchäften: IV, 207—209, 217—219.
— bei letztwilligen Geſchäften: IV, 214, 216, 220.
— bei der obligatio: II, 16, 17, 37, 38, 328—330. IV, 209—214, 219, 220.
— degustationi praestitutus: IV, 179.
Dies interpellat pro homine: II, 299.
Differentiae iuris civilis et canon.: I, 8.
Digeſten: I, 6, 10.
Handſchriften derſelben ſ. Handſchriften.
Ausgaben derſelben ſ. Ausgaben.
Digestum
— infortiatum: I, 11, 12, 46.
— novum: I, 11, 12, 46.
— vetus: I, 11, 12, 45.
Diligentia: II, 251, 259, 260.
— in custodiendo: II, 262—266.
— quam suis rebus: II, 259—261, 660. III, 744.
Dilucida intervalla: I, 190. III, 55, 884.
Dinglichkeit (ſ. auch Rechte, dingliche): I, 468, 469.
Dispoſition
— -befugniß: I, 177, 180, 191, 192, 314. II, 856. III, 596. IV, 383.
— -beſchränkung: I, 186.
Dissensus: I, 503. IV, 39—42, 56, 296.
— mutuus: II, 749. IV, 92, ſ. auch consensus contrarius.
Diſſertationen: I, 70.
Diſſimulation: II, 821, 822.
— diſſimulirtes Geſchäft: IV, 26.
Distractio
— der Perſon, der Sachen des Schuldners: I, 254. II, 11, 15, 846.
— des Pfandes: II, 846, 866—871.
Divisio (ſ. auch Theilungsklagen)
— parentum inter liberos: III, 282, 283, 295.
— actionum ſ. Actiones.

Divisio
— personarum: I, 172, 196. III, 456.
— rerum: I, 196.
— administrationis (tutelae): II, 664, 665. III, 832—840.
— fructuum dotis: III, 745—752.
— bei theoretiſcher Verarbeitung der Quellen: I, 61, 63, 64.
Divortium ſ. Eheſcheidung.
Doctoren: I, 2. 31.
Dolus
— als causa in integrum restitutionis: I, 429.
— als Nichtigkeitsgrund: IV, 437.
— commmunis: II, 665.
— exceptio gewährend ſ. exceptio doli.
— innerhalb der Obligation: II, 248—261. IV, 192, 197.
— Obligation aus dolus: II, 821 bis 825.
— praesens: I, 368. II, 309. III, 221.
— praeteritus: I, 368. III, 222.
Domicilium, Domicil ſ. Privatrecht, internationales.
— wechſel ſ. ebenda.
— matrimonii: III, 670.
— des Mündels, des Vormunds: III, 850.
Dominium (ſ. auch Eigenthum)
— als Hausherrſchaft: III, 593. I, 241.
— dominii impetratio ſ. impetratio d.
— duplex, divisum: I, 539.
— litis: I, 355, 356. IV, 353 bis 355.
— naturale: III, 700.
— possessionis: III, 646.
— utile: I, 554, 820.
Dominus: III, 615, 616.
Donatio ſ. Schenkung.
— immodica: II, 528. IV, 278 bis 280.
— mortis causa ſ. mortis causa donatio.
— simplex: IV, 126.
— propter nuptias: III, 766 bis 775, 787.
— sub modo: IV, 249.
Dos: III, 689—766.
— adventicia III, 718, 732.
— als Frauengut, res uxoria: III, 676, 677, 691, 698—721.
— aestimata: III, 722, 745.
— Begriff: III, 689—721.
Dos
— Beſtellung: III, 730—739. IV, 121, 122, 239.
— des gewaltunterthanen Ehemannes: III, 692—695 (ſ. auch Präception der Dos).
— der Haustochter: III, 714—719.
— Eviction: III, 711, 734, 737, 738.
— Früchte (Theilung u. Reſtitution): III, 745—752.
— Gegenſtand: III, 721—723.
— Minderung (Impenſen) III, 725 bis 729.
— Präception ſ. Präception der Dos.
— profecticia: III, 718, 731.
— recepticia: III, 720, 721, 738, 739.
— Reſtitution während der Ehe: III, 743, 744; nach der Ehe: III, 756 bis 758; als Gegenſtand eines Vertrags z. Gunſten Dritter: IV, 392.
— Verhältniß zur Schenkung: III, 708, 709, 720, 738. IV, 89, 259.
— tacita: III, 732, 733.
— Zuwachs: III, 725.
Dotaleigenthum (der Frau) ſ. Dos als Frauengut, res uxoria.
Dotalinſtrument: I, 152.
Dotalklage: III, 753—756.
Dotalſachen (auch Grundſtücke) I, 594, 608, 609. III, 695—698.
Dotation
— pflicht: I, 211, 235. II, 52. III. 591, 603, 604, 784—786.
— vermächtniß: III, 710.
Dotis
— aestimatio: III, 722.
— causa: III, 713. IV, 239.
— collatio ſ. Collation.
— constitutio: III, 730—739. IV, 121, 122, 239.
— datio: III, 730, 731. IV, 144.
— dictio: II, 141. III, 730.
— permutatio: III, 723.
— promissio: III, 730. IV, 74, 89, 90, 144.
— obligatio: III, 739—756;
— — Grund: III, 739—742;
— — Inhalt: III, 742—752.
— — Perſonen: III, 752, 753.
— —Klage: III, 753—756.
— — Sicherung: III, 756.
— relegatio: III, 331.
— redintegratio tacita: III, 732.
— restitutio ſ. Restitutio dotis.
Drohung: II, 816—821.

Duldung (dem Eigenthümer obliegende): I, 485, 486, 763.
Duo rei s. Correalobligation.
Duplae stipulatio: II, 337, 717 bis 719, 734—739, 798, 799.
Duplex
— actio s. actiones simplices.
— dominium: I, 473, 539.
— ius sustinere: I, 171. III, 633.
— duplicis iuris peculium: III, 711.
— iudicium s. actiones simplices.
— interpretatio: I, 57, 120.
— substitutio: III, 92, 93.
Dupli poena (s. Litiscrescenz): II, 815. III, 210.
Duplum
— als Grenze der Interesseprästation: II, 357.
— als Maximum rückständiger Zinsen: II, 563.
Dupondium: III, 81, 82.
Durchsetzung von Ansprüchen s. Execution und persecutio.
Dürfen I, 211—213, 312. IV, 373.

E.

Eadem res für die exceptio rei iudicatae s. Identität.
Ecclesia: III, 499—501, 502.
Echte Noth (als Grund der in integrum restitutio): I, 419.
— im Excusationsverfahren: III, 861.
Edict, Edictum,
— ädilizisches: II, 719—732.
— Carbonianum: III, 195, 196.
— si quis omissa causa testamenti: III, 432, 433.
— de coniungendis cum emancipato liberis: III, 19.
— successorium: III, 14, 20, 21, 136.
Ehe (s. auch manus): I, 144, 145, 150—159. III, 664, 665.
— Auflösung: I, 159.
— bruch: I, 157.
— frau (Intercession) s. authentica Si qua mulier.
— freie Ehe: III, 668—676.
— Berufung auf Bestand oder Nichtbestand: IV, 409.
Ehe
— hinderniß: I, 156—158, 226. IV, 419.
— scheidung s. Scheidung.
— schenkung s. Donatio propter nuptias.
— schließung (Verehelichung): I, 150 bis 152. III, 665: Fähigkeit dazu: I, 153—157.
— stiftung: IV, 395.
— verbot: I, 155.
— versprechen s. Verlöbniß.
Eheherrliche Gewalt: I, 106, 148, 167. III, 664—776; in der freien Ehe: III, 668—677.
Ehelichkeit (der Kinder): I, 140—143.
Ehre s. Infamie.
Ei confertur cui aufertur: III, 293, 294.
Eid (s. auch iuramentum und iusiurandum).
— promissorischer: I, 359, 360. III, 828.
— zur Bekräftigung des Vergleichs: I, 385.
— assertorischer, freiwilliger, außergerichtlicher: I, 386, 387.
— die Anfechtung ausschließend: I, 360. III, 696. IV, 449.
— beim Oralfideicommiß: III, 394, 395.
Eigenes Recht als Erbgrund: III, 42—44, 126.
Eigenthum: I, 94, 115, 205, 209, 210, 216, 217, 236.
— Begriff: I, 470—475.
— Bestandtheile: I, 471—473.
— bonitarisches: I, 534, 538—541, 549.
— des Zweckvermögens: III, 522, 523.
— Erwerb: I, 561—564.
— Geltendmachung und Schutz: I, 646—713.
— Uebertragung, als Tradition: I, 580—591, s. auch animus dominii transferendi und Traditio.
— Verhältniß zum Besitz: I, 473, 474.
— Verlust: I, 645, 646.
Eigenthumsbeschränkung: I, 479 bis 484, 487.
Eigenthumserweiterung: I, 542, 546 bis 561, 762.
Eigenthumsfreiheit: I, 665, 667, 693, 759, 762.

Eigenthumsvorbehalt, gesetzlicher: II, 698.
Einheit (s. auch Unitas)
— des Eigenthums dem Object nach: I, 475, 476; der Art nach: I, 340.
— des Besitzes: I, 497, 541.
— der Vindication: I, 653.
— der Tutel: III, 804, 832.
— des Kaufs (bei Mehrheit der Sachen): II, 702, 703.
Einkünfte (aus einer Sache, vermachte): III, 324.
Einlösungsvorbehalt: IV, 392.
Einmischung (der sui ac necessarii heredes in die Erbschaft): III, 182, 183.
Einrede s. exceptio.
Einseitigkeit, Zweiseitigkeit, Gegenseitigkeit
— der Geschäfte: IV, 251—256, 296—298.
— der Actionen s. actiones simplices.
— der Versprechung: II, 141—143.
— der Obligirung: II, 39, 55—58, 143, 144.
Einweisung s. missio.
Einwilligung (in fremde Geschäfte) s. Consensus als Zustimmung.
Emancipation: I, 167—171. III, 661, 662, 663. IV, 111 (s. auch Praemium emancipationis).
— durch Verheirathung der Tochter: III, 719.
Emblemata Triboniani s. Interpolation.
Embryo: I, 172, 173.
Emendationes: I, 38.
Empfangsbekenntniß: II, 570, 572, 573.
Emphyteuse: I, 237, 807—826.
— als ius in re: I, 756, 757.
— als Pfandobject: II, 838. — Besitz und Recht des Emphyteuta und des Grundherrn: I, 816—821. — Verpflichtungen aus Emphyteuse: I, 821—823. — Begründung: I, 823 bis 825; ad diem: IV, 219. — Endigung: I, 825, 826.
Emtio (s. auch Kauf)
— ad gustum: IV, 135, 144, 178, 179.
— si placuisset, nisi displicuisset: IV, 136, 144.
— spei und rei speratae: II, 339, 559.
Entschuldbarkeit des Irrthums s. Irrthum, Entschuldbarkeit.
Endtermin s. Termin.
Enterbung (s. auch Exheredatio:) III, 103—107.
— Gründe: III, 111—113.
Entwährung, Entwehrung s. Evictionshaftung.
Entwendung: II, 522—525, 804.
— unter Ehegatten: III, 788—790.
Entwurf (des Vertrags): IV, 322.
Entscheidungen (gerichtliche): I, 8.
Epitomati (sc. codices) s. Handschriften des Codex.
Epitome Iuliani: I, 16, 18, 19.
Erbeinsetzung: III, 72—83. IV, 255.
— bedingte: IV, 167.
— ex re certa: III, 74—79.
— excepta re certa: III, 79, 80.
— juristischer Personen: III, 534 bis 536.
— verschiedener Grade: III, 85.
Erbfolge: I, 204.
— Begriff und Arten: III, 1—29.
— Theilung bei der Intestaterbf.: III, 134, 135, 142, 143.
Erbgrund: III, 45—47.
Erbrecht
— im objectiven Sinn: III, 5.
— im subjectiven Sinn: III, 1—3; vor dem Erwerb: III, 41—45. I, 450; nach dem Erwerb: III, 203—206; des suus ac necessarius heres: III, 42—44, 615—621; der Adoptirten: III, 129.
Erbschaft (s. auch hereditas):
— als Erbrecht vor dem Erwerb: III, 41—45.
— als Erbrecht nach dem Erwerb: III, 203—206.
— als Nachlaß: III, 29, 30.
— ruhende, liegende s. hereditas iacens.
— nichtexistirende als Kaufobject: IV, 432.
Erbschaftsantritt (s. Erbschaftserwerb)
— Zwang (gegen den Fiduciarerben) III, 444—447.
Erbschaftsausschlagung und -Auslassung: III, 152—156.
Erbschaftserkenntniß (Wirkung): I, 351 bis 353.
Erbschaftserwerb III, 179—203; freiwilliger (Antretung): III, 184 bis 92; nothwendiger: III, 180—183; provisorischer: III, 194—198.

Erbschaftskauf (s. auch hereditatis venditio) gegenüber der Accrescenz: III, 171, 172; gegenüber der hereditatis petitio: III, 216, 217 228; gegenüber der Eviction: IV, 432.
Erbsgemeinschaft: II, 677. III, 273 bis 276.
Erbtheilung (s. auch Theilung der Erbschaft): III, 273—285.
Erbvertrag: III, 121—123.
Erbverzicht: III, 123.
Ereption s. bona erepticia.
Erfüllung: II, 25, 435, 436, 454.
— interesse: II, 349.
— ort: II, 454, 455 (s. auch Ort der Leistung, der Zahlung).
Erlaß, Erlaßvertrag (der Schuld, s. auch pactum de non petendo u. sonst s. Remissio): I, 381, 382. II, 457—460. IV, 244, 253, 254, 300, 301.
Errantis voluntas nulla est: IV, 29—31, 40, 274.
Error (s. auch Irrthum, Ignorantia und Demonstratio falsa): III, 82, 399. IV, 27, 28, 284, 426.
— causam dans: III, 83, 400. IV, 55.
— condicionis: IV, 55.
— facti: III, 52. IV, 61—66.
— in corpore: I, 503. III, 82, 399. IV, 29, 34—43, 287.
— in dominio: I, 589. IV, 48, 49.
— in materia: IV, 45, 46.
— in negotio: IV, 37.
— in parte: IV, 37.
— in qualitate: IV, 34.
— in quantitate: III, 82. IV, 37, 287.
— in re: IV, 287.
— in substantia: III, 82, 399. IV, 27, 44—52, 418.
— juris: IV, 61—66.
— nominis: IV, 49, 285.
— probabilis s. Irrthum, Entschuldbarkeit.
Erroris causae probatio: IV, 58, 59.
Erroris fideiussio: II, 184. IV, 57.
Ersatzklagen s. actiones rem persequentes.
Ersatzmann: IV, 340—342.
Ersitzung (s. auch Usucapio).
— des Eigenthums: I, 244, 396, 594—640.
Ersitzung
- Aufhebung, Unterbrechung: I, 637 bis 640.
— außerordentliche: I, 601, 611 bis 613.
— Begriff: I, 594—597.
— Charakter (und Geschichte): I, 597 bis 603.
— Grundlage: I, 611—613.
— Object (res habilis, Ersitzbarkeit): I, 604—610.
— Subject (Fähigkeit): I, 603, 604.
— Zeit: I, 633—637.
— der Servituten: I, 792—794.
— der Servitutfreiheit: I, 796.
— der Superficies und der Emphyteuse: I, 824.
— der Eigenthumsfreiheit gegen Emphyteuse und Superficies: I, 825.
Erwerb,
— originärer: I, 238, 595.
— derivativer: I, 238—245.
— ex re sive substantia patris: III, 262, 655, 657.
Erwerbsgesellschaft: II, 782.
Erziehungsrecht, -pflicht: III, 595, 603, 613, 614.
Essentialia: IV, 180—186, 188, 434.
Eventualschulden: II, 585—587.
Evictionshaftung: II, 334—339, 479.
— des Cedenten: II, 404—407.
— des Verkäufers: II, 732—749.
— des Dosbestellers: III, 734—737, 738.
— für extra commercium befindliche Sachen, für Forderungen, für Erbschaften: IV, 429, 430, 432.
Ewigrente: III, 347.
Exceptio (Einrede):
— Begriff und Name: I, 367—369.
— Grund: I, 373—377.
— Wirkung: I, 369—373. II, 185. IV, 398, 399.
— heutige Geltung: I, 377—380. IV, 398, 399.
— Verjährbarkeit: I, 398. II, 730.
— Verzichtbarkeit: I, 371. 381. II, 185. IV, 399—402.
— Arten: peremtoria (perpetua): I, 367, 369, 372, 378; — dilatoria (temporalis): I, 367, 372, 378, 379. IV, 398; — rei, personae cohaerens: I, 372. II, 186, 403, 413. IV, 398; — zur Anfechtung dienende: I, 377, 379. IV, 398, 406; — rechtsverfolgende und

rechtsverneinende: IV, 398, 399; in factum: I, 368, 369. IV, 117; — utilis: I, 441.
Einzelne:
exceptio doli: praeteriti (specialis): I, 368; praesentis (generalis): I, 368, 369, 373; zur Erlangung der Compensation: II, 422, 433; wegen Auslagen: I, 658 bis 660. II, 309. III, 231 bis 233; wegen ius in re: I, 660.
exceptio compensationis: II, 424, 426—428.
exceptio (justi) dominii: I, 722.
exceptio jurisjurandi: I, 387.
exceptio (praescriptio) **moratoria:** II, 410.
exceptio ne praejudicium hereditati fiat: III, 204, 233—238.
exceptio non adimpleti contractus: II, 430, 711.
exceptio non numeratae dotis: I, 434.
exceptio non numeratae pecuniae: II, 480, 570.
exceptio pacti de non petendo: I, 381, 382; aus dem dies einer Servitutbestellung: IV, 208, 218.
exceptio plurium concumbentium: I, 140. III, 779.
exceptio quod quis facere potest: I, 373. II, 54, 186, 412.
exceptio quod metus: IV, 77, 78.
exceptio rei in judicium deductae: I, 320—323, 334—336. II, 167—171, 213.
exceptio rei judicatae: I, 319 bis 323. II, 167—171, 213; Verhältniß zur Consumtion: I, 327 bis 336; Identität (eadem res): I, 336—347. II, 167; Verhältniß zur formellen Wahrheit: I, 348 bis 353
exceptio rei venditae et traditae: I, 657—658. II, 749. IV, 446.
exceptio senatusconsulti Macedoniani: II, 488, 489. VI, 402.
exceptio senatusconsulti Trebelliani: III, 440.
exceptio senatusconsulti Velleiani: II, 237. IV, 402.
exceptio rei transactae: I, 382.
exceptio si bonis cesserit (aus cessio bonorum): II, 186, 410.
exceptio si non et illi solvendo sint: II, 191.
exceptio temporis: I, 390.
exceptio veluti pacti (compromissi): I, 388, 389. II, 175.
exceptio vitiosae possessionis: I, 742—744.
exceptio zur Erhaltung im Besitz der Kinder gegen die Vindicationen des Mannes und Vaters: III, 610.
exceptio wider das Interdictum quod vi aut clam: I, 700.
exceptio doli bonae fidei judiciis inest: I, 374. II, 60, 431.
Exceptionsmäßigkeit von Forderungen als Nichtigkeit: IV, 398—402, 403, 404, 407.
Excerpirung, Excerpte (als Quellenverarbeitung): I, 58, 60.
Excusatio (tutoris): III, 855 bis 861.
— ad tempus: III, 858.
— a tutela suscepta, suscipienda: III, 856, 857.
— necessaria: III, 859.
Excusationsfatalien: III, 861, 880.
Excusationsgründe: III, 856—859.
Execution, Exsecutio: I, 253, 256 bis 260, 263—267, 307. III, 609.
— obligationis: Verhältniß zur obligatio: II, 26—33, 846, 847.
— Real- oder Naturalexecution: I, 291. II, 26—28. III. 606. IV, 235, 236, 327.
Exemplare eines Testaments: III, 64.
Exemtionen
— von der Verjährung: I, 395, 403.
— s. auch Immunitäten.
Exercitor (navis) s. actio exercitoria.
Exheredatio: III, 42—44, 103 bis 107, 621.
— bona mente facta: III, 113, 257, 258.
— Gründe: III, 111—113.
Exhibition (s. auch Actio ad exhibendum und Interdictum de liberis exhibendis): II, 679—689.
Expressa nocent, non expressa non nocent: III, 69.
Expromissio: II, 229, 230, 374, 377
Expropriation: I, 487.
Extinctivverjährung (s. Klagverjährung): I, 597.

Extraordinaria, — um:
— actio: I, 304–310.
— cognitio: I, 304—310.
— judicium: I, 304, 307.
— jus: I, 111, 307.
Extravagantes (Decretalen): I, 8.

F.

Fabrica ecclesiae: III, 503—506.
Facere (als Obligationsgegenſtand): II, 35, 66, 92, 134, 501, 624 bis 627.
Facta concludentia: IV, 268 bis 272.
Facultas
— alternativa: II, 103.
— restituendi: I, 651.
Facultäten: I, 8.
Falcidiſche Quart:
— überhaupt: III, 332—336.
— Berechnung (ratio legis Falcidiae): III, 336—349.
— innerhalb mehrerer Erbportionen eines Erben: III, 349—366.
— Abzug: III, 366—370.
Fall ſ. Rechtsfall.
Falsa
— causa: IV, 54.
— demonstratio: IV, 283—288.
— opinio: III, 82, 399. IV, 27, 29.
Falſche Benennung, Beſchreibung, Bezeichnung: IV, 285—287.
Falsi accusatio (eines Teſtaments): III, 238, 249.
Falsus
— tutor: III, 866—868.
— procurator: I, 521. II, 536, 537.
Familia, Familie: I, 131, 133, 137 bis 171.
— des heutigen Rechts: I, 168—171.
— im ſachlichen Sinn (Hausgut): III, 598, 599.
Familiae erciscundae judicium ſ. actio fam. erciscundae.
Familienfideicommiß: I, 240. III, 380, 383.
Familiengewalten: I, 115, 444, 587, 593.
Familienrechte: III, 587—589.
Familienſtiftung: III, 551, 552.
Fatui: III, 883.
Fauſtpfand: II, 591, 848, 872.
— contract: II, 614, 615.
Fauſtpfand
— gläubiger: I, 517. II, 592.
Fauſtrecht: I, 261.
Favor testamentorum: III, 81, 82.
Fehler der Kaufſache: II, 714—732.
Fehlgeburt: I, 173.
Feingehalt: III, 440.
Feingewicht: III, 440, 443.
Feldmeſſer: II, 258, 282, 772, 773.
Ferruminatio: I, 555.
Feuchtigkeit: I, 485, 486.
Feudum
— ecclesiasticum: III, 505.
— parochiale: III, 505.
Ficta possessio ſ. possessio ficta.
Fictio, Fiction
— bei der actio Publiciana: I, 714.
— bei der ſogenannten juriſtiſchen Perſon: I, 395. III, 459—461, 509—511.
— retrotractiva: I, 166.
— als Grund der Rückziehung der Bedingung: IV, 107.
— bei der querela inofficiosi: III, 250. IV, 422.
— der Suität: III, 286.
— legis Corneliae: IV, 114.
— bei der actio Pauliana: IV, 422.
Fideicommiſſariſche Subſtitution: III, 380.
Fideicommissum: III, 333, 371, 372, 375.
— heredi praesenti iniunctum ſ. Oralfideicommiß.
Fideiussio ſ. Bürgſchaft, Verhältniß zum Creditmandat: II, 194—196.
Fideiussor: II, 84.
— fideiussoris ſ. Afterbürge.
— indemnitatis: II, 565, 566.
Fides: I, 272. II, 120, 142.
— bona:
— — bei der actio Publiciana: I, 721.
— — bei der Specification: I, 576 bis 578.
— — bei der Erſitzung: I, 615—617, 627—633.
— — in b. f. negotiis zu präſtierende: ſ. bonae fidei negotia.
— — bei der Zahlung: II, 445, 449.
— — bei der Conſumtion: II, 475.
— — des Tutor: III, 814, 815.
— mala, superveniens: I, 536, 537, 549, 632, 639.
Fiducia: I, 218. II, 12, 848, 872.

Fiduciar (Erbe) ſ. Univerſalfideicommiß.
Filiafamilias (ſ. auch Filiusfamilias)
— in Anſehung der Dos: III, 714 bis 718.
Filiusfamilias
— als Object der väterlichen Gewalt: III, 594—602.
— als Vermögensſubject: III, 614 bis 623.
— miles: III, 633—636.
Fingirte Perſonen: III, 459—461.
— Ceſſion: II, 397, 398, 843; ſ. auch possessio ficta.
Finis
— als Grenze: I, 609, ſ. auch Grenze und actio finium regundorum.
— litis: I, 328, 382.
— tutelae: III, 862, 863.
Firma: III, 492.
Fiscalmulten: IV, 392.
Fiscus: I, 194, 607. II, 119. III, 128, 464, 483, 533, 537, 580 bis 582.
Florentinus ſ. Handſchriften der Digeſten.
Flurzwang: I, 221, 484.
Fluß (flumen): I, 453, 455—457, 463 467. II, 820.
— ſein Bett: I, 463.
Foenus nauticum: II, 493—500, 563.
Forderung, Forderungsrecht (ſ. auch Compenſation): I, 248, 468. II, 33, 35.
— als Object des Quasiususfructus: I, 778—780.
— Uebertragung: I, 242, 243, 374, 384; ſ. Ceſſion.
— Geltendmachung durch Inhaberpapier: II, 576—582.
— als Gegenſtand der Pfandhaftung: II, 837.
— nichtexiſtirende als Kaufobject: IV, 432.
Formel ſ. Formula.
— bücher: I, 79, 80.
Form
— geſetzlich erforderliche: IV, 427.
— der obligatoriſchen Verträge: II, 136—39 (Formloſigkeit); 139—141 (Formalcontracte).
— des Geſchäfts bei ſtellvertreteriſchem Abſchluß: IV, 365.
— beliebung: IV, 281—283.
Formal-
— act: I, 588.
— contract: II, 56, 61, 62, 64, 139—141, 384, 471, 567, 568, 573, 575.
— geſchäft: II, 458. IV, 88—95, 239.
Formelle Wahrheit (des Urtheils): I, 348—353.
Formula
— in factum, in ius concepta: I, 253, 274, 277.
— hypothecaria: II, 852, 853.
— der actio rei uxoriae: III, 757.
— der exceptio rei iudicatae: I, 328, 337, 338.
— der ſolennen Geſchäfte: IV, 183.
Formulirung (von Geſchäften, Literatur): I, 80.
Frachtführer (Haftung): II, 279, 280, 281.
Fragmenta
— Neapolitana: I, 12.
— Pommersfeldensia: I, 12.
— Vaticana: I, 35.
Fraudation: II, 825—834.
Frauen: I, 184.
— gut: ſ. dos als Frauengut.
Fraus: II, 828.
— in fraudem legis: II, 486. IV, 26, 440.
Freie Ehe: III, 668.
Freie Sachen: I, 565.
Freier Menſch: Verhältniß zum Vermögen: I, 458; als Kaufobject: IV, 429, 430.
Freiere Obligationen: II, 55, 59.
Freigelaſſene ſ. Patronus u. Libertus.
Freiheit des Eigenthums ſ. Eigenthumsfreiheit.
— des Willens ſ. Wille.
Fremde Sache ſ. Res aliena.
Fremder: I, 177, 178, 372. III, 48, 371, 372; ſ. auch Privatrecht, heutiges internationales.
Friſt ſ. Dies und Kündigungsfriſt.
— berechnung ſ. Zeitberechnung.
Fruchterwerb
— des Eigenthümers: I, 546.
— des Precariſten: I, 547.
— des Pächters: I, 547. II, 757.
— des Uſufructuars: I, 547, 776.
— des bonae fidei possessor: I, 535, 536, 548—551. II, 529.
— des Emphyteuta: I, 553, 554.

Fruchterwerb
— des Pfandgläubigers: II, 619.
Fructus (s. auch Fruchterwerb und causa omnis): I, 546, 605, 776, 784. III, 321.
— als Accession: II, 117, 345.
— aus grundlos erworbenen und aus fremden Sachen gewonnene: II, 520—522, 528, 529.
— industriales, mere naturales: I, 552.
— aus Erbschaftssachen: III, 220.
— civiles, naturales: I, 535. II, 520, 529.
— der Pfandsache: II, 860, 861, 873.
— der Dos: III, 691, 702, 725, 745—752, 761.
— extantes: I, 549, 550, 551. II, 529. IV, 173, 174.
— consumti: I, 549, 551. II, 528.
— pendentes, stantes: I, 546.
— percepti: II, 120. III, 240.
— separati: I, 547.
— percipiendi: II, 118, 120. III, 242.
— Zugehörigkeit der Jagd: I, 567, 568.
Fructus licitatio: I, 737, 743.
Frustratio: II, 288.
Function (positive, negative der exc. rei jud.): I, 328—336, 338, 344.
Fundus
— dotalis: III, 696—698.
— liber, serviens: I 759, 762.
Fungibilität (Quantität, res quae pondere, numero, mensura constant): II, 102, 110, 443, 517, 594. III, 308, 316—318, 721, 722, 744, 745.
Furcht (metus) s. auch Zwang: II, 817.
— als Restitutionsgrund: I, 421, 427, 428, 432.
Furiosus (s. auch Wahnsinn, cura furiosi und dilucida intervalla): I, 180, 190.
— bonorum possessio für den F.: III, 196, 197.
Furtivität: I, 580, 605, 606. IV, 418.
Furtum: II, 522—528, 546, 803 bis 806.
— unter Ehegatten: III, 788—790.
— possessionis: II, 525, 804.
— usus: II, 804.
Furtum
— der Schiffer, Wirthe, Stallhalter, ihrer Leute u. Miether: II, 277, 814, 815.
Fußweg (iter): I, 768.
Futura obligatio: II, 860.

G.

Gantirer s. Cridar.
Garantie: II, 129.
— stillschweigende: IV, 197.
— versprechen: II, 270, 271, 276.
Gebäuderecht: I, 807—809, 815.
Geberde: IV, 263.
Gebot
— als Satzung: I, 90, 93, 94.
— bei der Versteigerung s. d.
Gebrauch, Gebrauchsbefugniß (s. auch Usus, Ususfructus, Commodatum, Locatio rei, Adventizgut): I, 213, 214, 471—475, 764, 766. III, 675, 795.
— Beschränkung seiner Ausschließlichkeit und Freiheit beim Eigenthum: I, 485—487.
— an Kindern: III, 595, 613, 614.
— öffentlicher s. res publicae.
Gebrauchsservituten: I, 766, 772.
Gebrechen
— körperliche: I, 190, 191. III, 51.
— geistige s. Wahnsinn.
Gebrechlichkeit des Testaments infolge Notherb- und Pflichttheilsrechts: III, 102—112.
Gebundenheit
— aus Bedingung: IV, 149—154.
Geburt: I, 173, 174.
Geding (s. auch pactum): II, 165, 168, 276, 315, 596, 794, 850.
Gefahr (s. Periculum)
— als Uebel, Delict: II, 153.
— der Dejection als Voraussetzung des Interd. uti poss.: I, 734.
Gefangene, Loskauf von — s. Loskauf von G.
Gefangenschaft s. Kriegsgefangenschaft.
Gegenseitige
— Geschäfte, Verträge, Obligationen s. Einseitigkeit.
— Erbeinsetzung: III, 65, 66.
Gegenstand des Geschäftes: IV, 199; Nichtexistenz und Verkehrsunfähigkeit desselben: IV, 428—433.

Gegenstandlosigkeit als Nichtigkeitsgrund: IV, 427—436.
Gegner, Gegnerschaft
— bei der Geltendmachung d. Rechte: I, 247—251, 252, 253, 275, 276.
— beim Anspruch auf in integrum restitutio: I, 435—437.
Gehilfe (Haftung für Schuld desselben): II, 277—284, 766.
Gehören (s. auch pertinere) I, 201, 202.
Gehörpunkt (des Zweckvermögens): I, 200, 204. III, 32, 470, 475.
Geisel: II, 2, 20, 36.
Geisteskrankheit: I, 190.
Geistliche (s. Cleriker und Gerichte d. geistl. Herren).
Geld (s. auch condemnatio pecuniaria): I, 445, 446. II, 439—444, 520. III, 816.
— gesammeltes: III, 407, 477, 508, 584.
— als Gegenstand grundlosen Erwerbs: II, 517, 518.
— als Prästationsmittel oder Object der Interesseforderung: II, 92, 367, 452. IV, 428.
— als Satisfactionsmittel oder Gegenstand der pönalen und reipersecutorischen Obligationen: II, 9 bis 12, 93—97.
Geldanlegung (vormundschaftliche): III, 818, 819.
Geldcondemnation s. condemnatio pecuniaria.
Geldinteresse: II, 93—97.
Gelobung s. Auslobung, Pollicitatio, Votum.
Gelübde s. Votum.
Gemeinde: I, 131, 137, 220; Berechtigung und Obligirung durch Vertreter: III, 528—531, 575 bis 577.
— land: III, 486.
— vermögen: III, 484—87; nicht concessionsbedürftig: III, 510; Oberaufsicht des Staates: III, 569; Ususfructus: I, 774; Forderungen: II, 434.
Gemeine Nutzung: I, 464—467.
Gemeines Recht: I, 5.
Gemeingebrauch (Sachen im) s. res publicae.
Gemeinheitsvermögen (für Gemeinwesen gehöriges): III, 480, 481 bis 496.
Gemeinland: III, 486.
Gemeinnützige Zwecke: III, 54, 479.
Gemeinschaft s. Miteigenthum, communio, Gütergemeinschaft und societas.
— der Gläubiger nach der Concurseröffnung: II, 415, 416, 419, 826.
Gemeinschuldner s. Cridar.
Gemeinwesen (s. auch Gemeinde): I, 202. III, 478, 479.
— Delikte derselben: III, 531.
— Haftung aus den Handlungen ihrer Vertreter: III, 575—577.
— Haftung ihrer Verwalter gegenüber dem G.: III, 571—575.
Genehmigung s. Ratihabition.
Generalcuratel: III, 874.
Generalhypothek: II, 838; gesetzliche: II, 876, 877. III, 756, 775, 829.
Generalia (aus den Quellen abstrahirte Regeln): I, 55.
Generalis clausula s. clausula generalis.
Generalisirung (als eine Verarbeitung der Quellen): I, 58.
Generalmandat: II, 776.
— zum Besitzerwerb: I, 519, 520. IV, 348, 349.
Generelle Bestimmtheit der Leistung: II, 97—114.
Generi per speciem derogatur: I, 130.
Genossenschaft: I, 135. III, 489 bis 495.
Gens, Gentes: I, 100, 132.
— jus gentium s. jus.
Genus perire non censetur: I, 780. II, 106.
Genuskauf: II, 105—108, 110—113, 696, 730—732.
Geometer: II, 772, 773.
Gerichte,
— weltliche: I, 3.
— der geistlichen Herren: I, 7.
Gerichtsbarkeit, freiwillige: III, 62.
Gerichtshöfe: I, 8, 78.
— der geistlichen Herren: I, 3.
Gesammteigenthum: I, 476, 484, 760.
— am alten Hausgut s. Hausgut.
Geschäft (s. Rechtsgeschäft)
— zwischen Vater und Kind: III, 599—602, 657—659.
Geschäftsführer s. actio institoria und actio quasi institoria.
Geschäftsführung s. negotiorum gestio, Mandat, Vormundschaft,

Güterpflege, Vertretung des Zweckvermögens.
Geschlecht: I, 184. II, 235. III, 50. IV, 426.
Geschlechter s. gens, gentes.
Geschlechtsvormundschaft: III, 800.
Gesellschaft s. societas.
Gesetz (s. auch Lex): I, 90, 91, 94, 113—116.
— als Erbgrund: III, 45, 46.
— rückwirkende Kraft: I, 95—99.
— Strafgesetz: I, 93.
Gesetzgebung: I, 214.
Gesetzliche
— Cession: II, 397, 398.
— Erbfolge, Berufung: III, 45 bis 47, 123—146.
— Pfandrechte: II, 875—877.
— Eigenthumsbeschränkungen, Servituten: I, 482, 483—487. III, 645.
— Nießbrauch am Adventizgut: III, 649, 650.
— Vermuthung s. Praesumtio.
— Zinsen: II, 115—120, 300.
Geständniß: I, 255, 260. II, 567.
Gestion: III, 821. IV, 340.
Gestor: II, 632. IV, 340, 341.
Gestum: I, 418.
Gesundheit, leibliche, geistige: I, 190. III, 55.
Gewährung (Permission): I, 90, 91, 93, 94, 115, 238.
Gewährschaft:
— der Eviction s. Evictionshaftung.
— der Mängel: II, 714—732. IV, 190, 196.
Gewagte Geschäfte s. Vertrag, aleatorischer.
Gewalt (s. auch Vis, Furcht, Zwang): I, 92, 262, 266.
— eheherrliche G. s. Eheherrliche G.
— Haus-G. s. dort.
— hausherrliche G. s. Hausherrliche G.
— väterliche G. s. Väterliche G.
Gewohnheit: I, 9, 21, 130.
Gewohnheitsrecht: I, 4, 113—117, 231. III, 794, 795. IV, 440.
Gift: I, 456.
Glaube, guter s. fides bona.
Gleichartigkeit der zu compensirenden Forderungen: II, 425, 426.
Glossa, Glossen, Glossirung: I, 3, 11, 12, 38, 50, 51, 54. II, 558. s. auch Turinergl.
Glossatoren: I, 2, 3, 12, 14, 15, 17 bis 21, 30, 31, 50, 52, 57, 59, 64, 76, 77, 79, 82, 84.
Glücksspiel s. Spiel.
Glücksvertrag s. Vertrag, aleatorischer.
Gothofredus, Jak.: I, 35, 37.
Grade, Gradus
— der Verwandtschaft: I, 139, 140.
— der Affinität: I, 145.
— der culpa: II, 251, 258.
— der Zugehörigkeit des Zweckvermögens: III, 475, 476.
— der Obligation: II, 244.
Graeca non leguntur: I, 15.
Grammatiker: II, 772—773.
Gratification (durch Schuldenzahlung): II, 826.
Grenz-
— Abstand: I, 486.
— Streitigkeiten: I, 609, 709—713.
— Gemeinschaft: II, 678.
Grund (s. auch causa)
— des Gesetzes: I, 121, 122.
Grunddienstbarkeiten s. Prädialservituten.
Grundlose Bereicherung, grundloser Erwerb: II, 504—506.
Grundlosigkeit der Geschäfte als Nichtigkeitsgrund: IV, 436—438.
Gutachten s. Consilien.
Güterabtretung s. cessio bonorum.
Gütergemeinschaft zwischen Mann und Frau: III, 675.
Güterpflege: III, 800, 888—894.
Güterrecht, eheliches: III, 674 bis 677.
Gutsabtretung: IV, 395.

H.

Habe (Rechtsseite des Vermögens): I, 445, 451.
Haben, habere: I, 446, 449—451, 492.
Habere licere: II, 712, 736, 743, 798, 799.
Habitatio: I, 786.
Häretiker s. Apostaten, Manichäer.
Haftung, (s. auch Obligatio).
— Name: II, 1, 2.
— Begriff: II, 2, 3, 587—590.
— Gegenstand: II, 3—7.
— das Wofür: II, 7—9.
— Form: II, 12—15.

Haftung
— Phasen: II, 16—18, 467, 732, 733. IV, 211—214.
— Personenhaftung:
— — Begriff: II, 20—38.
— — ein Müssen: II, 21—33.
— — Kritik der herrschenden Lehre: II, 25—33.
— — Arten: II, 38—91.
— — Inhalt: II, 91—130.
— — Entstehung: II, 131—161.
— — Veränderung: II, 244—409; überhaupt (Gegenstände, Mittel, Wirkungen): II, 240—247.
— — Aufhebung: II, 203—229.
— — für die Verschuldungen Dritter: II, 277—286.
— Sachenhaftung, II, 835—882.
Halfter- und **Handgelder:** IV, 395.
Halsander: I, 15, 17, 33, 37.
Handelsgesellschaft: III, 492, 495.
Handexemplar (der Dig. Justinians): I, 9.
Handlungen: I, 87—89, 175, 184 211. IV, 1—3, 14, 261.
— als Erforderniß der Entstehung von Rechten: I, 238, 239, 240.
— concludente: IV, 268—272.
— gemeine: I, 211, 212. IV, 6, 13, 14.
— juristische: IV, 3—6, 13, 14.
— unerlaubte (s. auch Delicte): I, 213.
Handlungsfähigkeit: I, 175, 176.
— natürliche: I, 184—191. III, 844.
— bei der Stellvertretung: IV, 361 bis 363.
Handlungsunfähigkeit: IV, 425.
Handschriften des Corp. iur. civ.: I, 9—20.
— der Digesten: I, 9—14, 30—32, 35, 36, 40, 41.
— des Codex: I, 14—15, 31.
— der Institutionen: I, 16.
— der Novellen: I, 16—20.
Haupt-
— und Nebensache: bei sachenrechtlicher Verbindung: I, 554—560; im Verhältniß mehrerer Obligationen zu einander: II, 90, 91; im Inhalt einer Obligation: II, 39, 115—121; im Inhalt eines Geschäfts: IV, 199—202; im Urtheil: I, 355.
— und Nebenverträge (Nebengedinge) s. pactum, bes. p. adjectum.
Haus: I, 146, 148—150, 162, 168 bis 170; Austritt aus dem H.: I, 167; Auflösung des H.: I, 166.
— communion s. Hausgut.
— gewalt: I, 146, 148, 167, 241.
— gut: III, 43, 288, 598, 599, 614 bis 623.
Haus-
— herrliche Gewalt: I, 106, 148, 193.
— herrschaft: III, 592, 593. IV, 183.
— kind s. Haussohn, -tochter.
— sohn s. filiusfamilias und Väterl. Gewalt.
— tochter s. filiafamilias und Väterliche Gewalt.
— unterthanen (ihre Contracte und Delicte): II, 203—229.
Havarei II, 769.
Hazardspiel s. Spiel.
Hebammen: II, 773.
Heerde (Vindication): I, 653—655; s. auch Sacheinheit und Universitas rerum.
Heilbarkeit s. Convalescenz (s. auch Nichtigkeit, heilbare).
Heilung (der Rechtsgeschäfte): IV, 58.
— nichtiger Geschäfte: IV, 444—448.
— anfechtbarer Geschäfte: IV, 448, 449.
Heimath des Vormunds, des Mündels: III, 850.
Heimbach, G. E.: I, 17, 19, 20.
Heimfall
— des Gebrauchsrechts: I, 475, 778. II, 874.
— jure peculii: des alten peculium castrense: III, 636—638; des quasicastrense: III, 640; der Adventizien: III, 647, 648; der den Kindern verwirften lucra nuptialia: III, 686.
Heimführen der Braut, der Frau: III, 672.
Heirath s. Eheschließung.
Heredes sui ac necessarii: I, 150, 161, 163. III, 42—45, 180, 181, 615—619.
Heredes sine partibus: III, 82.
Heredis institutio (s. Erbeinsetzung).
— ex re certa: III, 74—79, 440.
— excepta re certa: III, 79, 80.
Hereditas (s. auch Erbschaft): III, 5, 6.
— jacens: I, 204. III, 30—41, 477, 508.

— fideicommissa ſ. Univerſalfideicommiß.
— in iure cessio der h. legitima: III, 157, 158.
— legatum hereditatis: III, 439.
— aditio, repudiatio, omissio hereditatis ſ. Erbſchafts-Erwerb, -Antritt, -Ausſchlagung, -Auslaſſung.
Hereditatis petitio: I, 622—624. III, 204, 205, 214—249.
— Beſitztitel oder Paſſivlegitimation: III, 223—230.
— Gegenſtand des Petitums, der Reſtitution, der Aeſtimation: III, 239—249.
— fideicommissaria: III, 216, 440.
— partiaria: III, 215, 216.
— possessoria: III, 17, 216.
— utilis: III, 228—230.
Hereditatis venditio (ſ. auch Erbſchaftskauf): II, 392.
Heres fiduciarius ſ. Univerſalfideicommiß.
Herkommen: I, 116.
Hermaphroditen: I, 184.
Herrenloſigkeit
— von Sachen: I, 565, 566.
— des Nachlaſſes im Gegenſatz zur Rechtloſigkeit: III, 31.
Hinterlegung ſ. depositum.
— gerichtliche ſ. depositum judiciale.
Hoffnungskauf ſ. emtio spei.
Hoffnungswerth: III, 337, 338, 346 bis 348.
Honorar: II, 772—774.
Honorirter, Honorirung (durch Vermächtniß): III, 371—374, 377 bis 385, 396.
Hoſpitium: II, 52.
Humaniſten: I, 3, 18, 36, 37, 52, 64.
Hyperocha: II, 870.
Hypothek: II, 848, 872.
— geſetzliche: I, 362. III, 829.
— Special-: II, 838.
— General-: II, 838. III, 829.
Hypothekariſche Succeſſion ſ. Succeſſion, hypothekariſche.

J.

Ideelle Theile (ſ. auch Theil): I, 477—479.
Identität
— für die exceptio rei judicatae vel in jud. deductae: I, 336 bis 347. Insbeſondere des Gegenſtandes des Anſpruchs: I, 339, 340; der proxima causa actionis: I, 340—345; der Perſonen: I, 345—347. II, 167.
— der Obligation, des Gegenſtandes, der Schuld bei Solidarobligationen: II, 79, 163, 167—172.
— von Recht und Pflicht (in der väterlichen Gewalt): III, 603.
Id quod actum est: I, 120. VI, 259, 260.
Ignorantia (ſ. auch error und Irrthum): IV, 34; — facti u. juris: II, 239, 244, 395. IV, 62—66.
— des Käufers als Vorausſetzung der Evictionshaftung: IV, 429, 430.
Illegitime Kinder ſ. Liberi.
Immemorialverjährung ſ. Zeit, unvordenkliche.
Immiscere se hereditati (immixtio) ſ. Einmiſchung.
Immunität: I, 224, 225, 226.
— auf Verwandtſchaft beruhende: III, 787—799.
— von der Vormundſchaft: III, 855.
Impedimenta ſ. Ehehinderniß.
Impensae
— gegenüber der rei vindicatio: I, 658—660.
— gegenüber der hereditatis petitio: III, 231—233.
— auf die Dos: III, 726—729.
Imperfecta lex ſ. Lex imperfecta.
Imperfectum: IV, 95—97.
Imperium: I, 237, 238. III, 849.
— mixtum: I, 214, 215, 304, 367, 406.
— Romanum: I, 2.
Imperator: I, 3.
Impetratio dominii: I, 592. II, 870. IV, 116.
Impossibilium nulla obligatio est: II, 121, 318.
Impuberes, Impubertät ſ. Pubertas und Pupille.
Inaedificatio: I, 557, 558.
In bonis habere und **esse** (ſ. auch Eigenthum, bonitariſches): I, 217, 533. III, 700.
Incapacität: I, 105, 106, 181. III, 51, 198, 199.
Incerta persona
— bei Tradition: I, 521, 591, 646.

Incerta persona
— bei letztwilliger Honorirung: III, 70, 397.
— beim Offert: IV, 312, 313.
Incertae partis
— vindicatio: I, 656.
— hereditatis petitio: III, 216.
Incertum ſ. Certum.
Inceſt (ſ. auch liberi incestuosi): III, 132, 133.
Incolat: III, 850.
Incrementum dotis: III, 725.
Indebitum: II, 541—544.
Index: I, 11, 48.
— reginae: I, 48.
In diem addictio: II, 710. III, 581. IV, 143, 144.
— bei locatio operis: II, 765.
— Gefahr bei i. d. a.: IV, 177, 178.
Indignität: I, 181. III, 52, 53, 101, 422, 423, 432, 449, 450, 579.
— für den Erbſchaftserwerb: III, 199—203.
Individualiſirungstheorie: II, 107.
Indult (zu einem Moratorium): II, 409, 410.
Infamie, infamis: I, 181—183. II, 158, 159. III, 682.
— iuris: I, 182. II, 158, 159.
— facti: I, 183.
Infans, Infantia: I, 185—188.
— Beſitzerwerb des: I, 187, 188, 604.
Infantiae proximus: I, 187.
Infitiari ſ. Leugnen.
In fraudem legis ſ. Fraus.
Ingenui: I, 179.
Inhaberpapier: II, 143, 574—584.
In integrum restitutio: I, 309, 405—442. II, 187, 744. IV, 441 bis 444.
— Begriff: I, 405—408.
— Vorausſetzung: I, 408—414.
— Anſpruch auf: I, 406, 407.
— gegen nichtige Geſchäfte: I, 410, 434. IV, 82—84.
— gegen widerrechtliche, lediglich factiſche Geſchäfte: I, 410.
— Ausnahmen (Ausſchluß der): I, 413, 414.
— Gründe: I, 415—429; Minderjährigkeit: I, 416—418; (erſtreckt auf juriſtiſche Perſonen: III, 578); Verhinderung (i. i. rest. majorum): I, 418—426. III, 164. IV, 60; Irrthum, Furcht, Betrug: I, 426 bis 429. III, 867, 868. IV, 60, 79—84, 443.
— Recht auf —: I, 429—437; Vererblichkeit, Uebertragbarkeit: I, 429, 430. III, 163; Aufhebung: I, 430—434.
— Die Reſtitution ſelbſt, der Hergang: I, 437—442.
In jure cessio: I, 245, 358. III, 157, 158. IV, 88, 266.
Injuria im w. S.: II, 152, 153, 808.
— an der hereditas jacens: III, 34.
— gegen den Beſitzer: I, 665, 733.
Injurienklage: II, 802.
Inland, Inländer, Inländiſch ſ. Privatrecht, heutiges internationales.
In manum conventio: I, 146, 147, 149, 150. III, 666, 667; ſ. auch manus.
Innominatcontracte: II, 501, 502, 624—631, 800, 801.
Inofficioſität: I, 167. III, 103, 605.
— des Teſtaments: III, 102—113. 604; ſ. auch Querela inofficiosi testamenti.
— der Schenkung ſ. Querela inofficiosae donationis.
— der Dotation ſ. Querela inofficiosae dotis.
— ſyſtem: III, 108—110, 148.
In personam: I, 435—437 (ſ. auch actiones in pers.).
In possessione esse: I, 495.
Inquisitio: III, 851, 852, 854, 855.
In rem actio: I, 381, 435—437, 468, 702; ſ. auch actiones in rem und in rem scriptae.
In rem versum ſ. actio de in rem verso.
In rerum natura esse: II, 122. III, 127, 147, 148, 889; ſ. auch Embryo.
Insani: III, 883.
Inſcriptionen (in Dig. und Cod.): I, 11, 12, 14, 15.
Inſinuation der Schenkung: IV, 279, 280; Befreiung der piae causae: III, 580; der dos: III, 708; der donatio propter nuptias: III, 771.
In solutum datio ſ. **datio in solutum.**

Inſolvenz: II, 825—827.
Inſtitor ſ. actio institoria.
Inſtitut ſ. Rechtsinſtitut.
Inſtitutionen: I, 6; Handſchriften ſ. Handſchriften; Ausgaben ſ. Ausgaben.
— Paraphraſe: I, 26, 33.
Instrumentum publicum, quasi-publicum: I, 358. II, 240, 244, 862. IV, 282, 283, 322, 323.
Insula in flumine nata: I, 559.
Intellectueller Theil ſ. Theil.
Intentio: I, 253, 274.
— in iure fundata: I, 2.
Intention
— der Rechtsgeſchäfte: IV, 180 bis 186.
— der Stellvertretung: IV, 365, 366.
Interceſſion: II, 230—244.
— privative: II, 236.
— cumulative: II, 236.
— Ausnahmen von der Unzuläſſigkeit weiblicher: II, 239, 240.
— Form der weiblichen: II, 240, 241, 244.
Interdicirung
— des Verſchwenders ſ. Verſchwender.
Interdicte: I, 262, 277, 305.
— poſſeſſoriſche: I, 728—756; Eintheilung: I, 731.
— quaſipoſſeſſoriſche (für Servituten): I, 802—806.
— retinendae possessionis: I, 295, 732—745.
recuperandae possessionis: I, 731, 745—756.
— adipiscendae possessionis: I, 731, 732.
— prohibitoria: I, 257. II, 851, 858. III, 607.
— restitutoria: I, 288, 701. II, 858. III, 270, 607.
proprietatis causam continentia: I, 728. III, 607.
— popularia: I, 284, 467.
— gegen gewaltthätige Störung im Gebrauch öffentlicher Plätze, Wege, Flüſſe: II, 820.
Interdictum
— de aqua: I, 804.
— de rivis: I, 804, 805.
— de clandestina possessione: I, 756.
— de cloacis: I, 805.
Interdictum
— de fonte: I, 805.
— de glande legenda: I, 485.
— de itinere actuque privato: I, 803.
— de itinere actuque reficiendo: I, 804.
— de liberis ducendis: III, 607, 608.
— de liberis exhibendis: I, 279. III, 607, 608.
— de libero homine exhibendo: I, 210, 267. III, 590.
— de opere restituendo ſ. Interd. demolitorium.
— de precario: I, 752—756.
— de superficiebus: I, 812, 813.
— de uxore exhibenda und ducenda: III, 672.
— de vi (unde vi): I, 264, 745 bis 752.
— demolitorium: I, 701, 703, 706. II, 820.
— fraudatorium: II, 828.
— quam hereditatem: III, 230.
— quem fundum: I, 649.
— quod legatorum: III, 427, 388 (Druckfehler).
— quod vi aut clam: I, 267, 648, 691, 692—702. II, 820.
— quorum bonorum: I, 623, 624. III, 7—9, 226, 269—271.
— Salvianum: I, 257. II, 851, 853, 858.
— unde vi ſ. de vi.
— uti possidetis: I, 268, 732—745; recuperatoriſcher Effect: I, 742 bis 744, 747; — secundarium: I, 737, 744; — utile: I, 738, 739, 806.
— utrubi: I, 745.
Intereſſe: II, 93, 339—368.
— Unterſchied von ſeiner Präſtation: II, 347—350.
— negatives (Vertrags-): II, 131, 349. IV, 26, 27, 196, 197, 307, 320, 429—432.
— poſitives: II, 349.
— Erfüllungs-: II, 349.
— Beweis und Schätzung: II, 364 bis 368.
— Zeit beim J.: II, 358—364, beſonders Zeitintereſſe: II, 329, 330, 362.
— Ortsintereſſe: II, 331—333.

Interesse
— eignes, als Voraussetzung der Obligation: IV, 389, 395, 396.
— als Ziel des Vorvertrags: IV, 326.
Interitus rei (Untergang der Sache): I, 364, 794. II, 438, 741, 855.
Interpellare, Interpellation s. Anforderung.
Interpolation (Interpolirung): I, 21, 22, 57. III, 639.
Interposita persona: IV, 342 bis 345, 359.
Interpretation (s. auch Auslegung):
— als Rechtsanwendung: I, 92, 124, 127. II, 340, 667. III, 634. IV, 62, 289, 290.
— als verborum interpretatio: II, 340. IV, 288, 290.
— authentische: I, 95, 96, 119.
— der Quellen: I, 49, 56.
— duplex: I, 57, 120.
— regel: I, 98.
Interrogatio in jure: III, 230, 865. IV, 274.
Interusurium (Zwischennutzung): III, 343, 346.
Intervalla s. Dilucida intervalla.
Intervention
— obrigkeitliche, bei letztwilligen Anordnungen: I, 489. III, 96, 570. IV, 235, 236; und bei Stiftungen: III, 550, 556, 570; in der Erziehung: III, 612.
— private, in Rechtsgeschäften: I, 184. II, 161—163, 230. IV, 333. 336.
Intestabilität: III, 50.
Intestatcodicill s. Codicill.
Intestaterbrecht: I, 163. III, 123, 124.
— der Adoptirten: III, 129.
— der außerehelichen Kinder: III, 130—132.
Inventar
— des Erben s. beneficium inventarii.
— des Vormunds: III, 827.
Invecta et illata: II, 851, 877.
Ipso jure: I, 371, 377, 379, 381, 382. II, 458, IV, 397, 401, 409, 410.
Ipso jure compensari: II, 419 bis 421.
Irnerius: I, 14, 16, 18, 19, 30.
Irrthum (s. auch Error, Ignorantia und Falsa demonstratio)
— im Gegensatze zu Verirrung (aus Bewußtlosigkeit), eine Species von error: IV, 27—34, 284.
— im Motiv: III, 83, 399, 847. IV, 54, 55.
— über die Eigenschaft von Personen: III, 847. IV, 49, 50, 63; deren Verwandtschaft: IV, 55; von Sachen: IV, 45—49.
— über die Substanz: IV, 45—48.
— in den Personen: IV, 48, 55, 56,
— über die eigene Person: IV, 57, 58, 63.
— über das Geschlecht: IV, 47.
— über das Pertinenzverhältniß: IV, 48, 49.
— über die Form des Gegenstandes: IV, 48.
— in den Umständen: IV, 55.
— in der Subsumtion: IV, 61—63.
— über Sein oder Nichtsein des Gegenstandes: IV, 48.
— als Restitutionsgrund: I, 427, 428, 433. III, 866.
— bei Anerkennung eines Testaments: III, 118, 120.
— bei der Erbeinsetzung: III, 82, 83, 200.
— bei der Ersitzung: I, 626—633, 616, 617.
— bei der Intercession: II, 232.
— bei der Occupation: I, 748, 749.
— bei der Stellvertretung: I, 589. IV, 364, 368.
— bei der Tradition: I, 510, 589.
— beim Vermächtniß: III, 314, 322, 399, 400. IV, 48, 49.
— bei der Zahlung (condictio indebiti): II, 545, 546, 549, 550.
— beim Vergleich: I, 383, 384.
— des Gesetzgebers: I, 122, 123.
— des Schatzfinders: I, 572.
— in Zufügung oder Weglassung einer Bedingung: IV, 287, 288.
— Causalität: IV, 50, 51.
— Entschuldbarkeit, Unentschuldbarkeit: I, 427, 630, 631. II, 191. IV, 43, 58—66.
— Nützlichkeit: IV, 58, 59.
— Schädlichkeit, Unschädlichkeit: IV, 58—66.
— Wesentlichkeit: IV, 47.
— Rechtsirrthum s. error iuris.

Iter: I, 768.
— aquae: I, 770.

J.

Jactus
— missilium: I, 521, 591, 646. IV, 312.
— Seewurf ſ. Lex Rhodia de jactu.
Jagd, Jagdrecht: I, 566—570.
Juden: I, 154. II, 408. III, 585.
Index pedaneus: I, 260.
Judicat (ſ. auch exceptio rei iudicatae) I, 255, 260, 326, 327.
Judicium (ſ. auch actio)
— accipere: I, 324.
— divisorium ſ. Theilungsklagen.
— rescindens: I, 441.
— rescissorium: I, 441.
Julian ſ. Epitome.
Jura in re: I, 243, 249, 756 bis 826, 775.
— Begriff: I, 756—758.
— aliena: I, 756, 757.
Jura praediorum: I, 762.
Juramentum ſ. Eid und jusjurandum in litem.
— Zenonianum: II, 366.
Jurisdictio: I, 214—216. III, 840, 849, 862.
Jurisprudenz, romaniſtiſche, ſ. Literatur.
Juris quasipossessio: I, 758, 787.
Juriſtenrecht: I, 92, 93. IV, 181.
Juriſtiſche Perſon: I, 172, 196 bis 201, 208. III, 453—474. Fiction: I, 195. Conceſſion, Subſtrat: III, 508—513. S. Zweckvermögen.
Jus (ſ. auch Recht, actio)
— abstinendi ſ. beneficium abstinendi.
— aequum: I, 112.
— altius tollendi, aquam ducendi, eundi etc. ſ. Servitus.
— antejustinianeum: I, 21—26, 57, 120.
— annuli: I, 226.
— civile: I, 99, 100. III, 5.
— civitatis: I, 466, 467.
— clarum in thesi: I, 118.
— coërcendi II, 154 (ſ. auch coërcitio).
— cogendi ſ. Zwangsrecht.

Jus
— commune: I, 110—112, 128, 181, 223. II, 47.
— constitutum: I, 112.
— dandi (tutorem): III, 849, 862.
— deliberandi: III, 149.
— distrahendi (pignoris): II, 845, 846, 867, 871. IV, 226.
— divinum, humanum: I, 457. III, 476, 667.
— dominii impetrandi ſ. impetratio dominii.
— extraordinarium: I, 111, 307.
— fraternitatis: II, 414. III, 787.
— gentium: I, 99, 100, 454. II, 42, 43. IV, 65.
— graeco-romanum: I, 24—27, 57, 120.
— hereditatis: I, 452.
— honorarium: I, 215, 229. III, 6.
— in re ſ. jura in re.
— Italicum: I, 223, 226, 603.
— inter partes, inter omnes: I, 116, 119, 214, 352, 353.
— liberorum: I, 226.
— liberorum quaerendorum: III, 677.
— militare: III, 59, 65.
— minorum: I, 418. III, 567.
— moribus constitutum: I, 113.
— nundinarum: I, 225.
— naturale: I, 66, 99, 100. IV, 65.
— novandi: II, 384, 385.
— offerendi: II, 863, 864.
— ordinarium: I, 111.
— perpetuarium: I, 237.
— poenitendi: II, 139, 539, 540. III, 792.
— possessionis: I, 499.
— possidendi: I, 313, 472—474. 481, 500, 729. III, 594, 605 bis 611. — des Vaters am Kind: III, 605—612.
— postjustinianeum ſ. jus graeco-romanum.
— postliminii: IV, 113.
— praetorium: I, 215.
— privatum: I, 108—110. IV, 184.
— prohibendi: I, 482, 667, 691 bis 703.
— publicum: I, 108—110, 135. III, 333, 334. IV, 184—186.
— quaesitum ſ. Recht (i. ſubj. S.), erworbenes.
— Quiritium: I, 535, 603. IV, 70.
— respondendi: I, 214, 216, 225.

Jus
— singulare: I, 111, 112, 128, 222, 223, 229. II, 48, 193, 194. III, 832; s. auch Privilegia.
— strictum (s. auch negotium stricti juris): I, 112.
— superficiarum: I, 814.
— successionis: III, 1—3.
— testandi: I, 242. III, 640, 641; s. auch Testamenti factio.
— tollendi: I, 659. II, 682. III, 232, 755.
— utendi fruendi s. Ususfructus.
— variandi: II, 103, 109, 112, 114.
— vindicandi s. Vindicationsrecht.
— vitae ac necis s. Tödtungsrecht des Vaters.
Jusjurandum s. Eid und Juramentum.
— in litem: I, 289, 664. II, 365. III, 244, 246, 827.
Jussum
— des Richters in Theilungsklagen (neben adjudicatio und condemnatio): III, 281, 282; und sonst in Urtheilen: II, 396.
— des Magistrates: I, 438.
Jussus, s. auch actio quod iussu: IV, 252, 375, 387.
— Verhältniß zum mandatum: II, 375—377, 378.
Justa causa s. causa j. und Titel.
Justae nuptiae: I, 154, 155.

K.

(Hier Vermißtes suche unter C.)

Kaiser I, 2, 3, 7.
— recht: I, 2, 5.
Kalendertag: IV, 223.
Kammergut: III, 483.
Kauf und Verkauf (s. auch emtio): II, 690—751.
— als Geschäft: II, 690—711.
— preis: II, 700, 705—707; Bestimmung nach Ermessen: II, 706. IV, 313, 332.
— sache: II, 702—705; Mängel: II, 714—732; Verkauf von nichtexistirenden Sachen, Erbschaften, Forderungen, res extra commercium, liber homo: II, 127—130, 404 bis 407. IV, 418, 427—434; einer res furtiva: IV, 418.
Kauf und Verkauf: Tradition (Zahlung oder Satisfacirung des Preises für Uebereignung erfordernd): I, 589, 590. II, 692—694, 698.
— Gefahr: II, 696, 697; s. auch Periculum.
— Eviction: II, 732—749.
— in Bausch und Bogen (Aversionalkauf): II, 102.
— nach Maß, Zahl, Gewicht: II, 106, 107, 110—113.
— auf Probe (nach Gefallen): IV, 135—137, 144, 178—180.
— Real-, Consensual-, Credit-Kauf: II, 690—699.
— Genuskauf: II, 105—108, 110 bis 113, 696, 730—732.
— Lieferungskauf s. Genuskauf.
Kauf bricht Miethe: I, 479. II, 760 bis 762.
Kinder s. liberi und infans.
Kindesaussetzung: I, 167. III, 594.
Kindestödtung: III, 594.
Kirche (s. auch ecclesia): I, 131, 133, 137.
— ihr Recht am Nachlaß eines Clerikers: III, 451.
— als Ereptor hereditatis: III, 200, 201, 449.
— als vorjustinianische Kirchengemeinde (ecclesia): III, 466, 499.
— als Inbegriff aller kirchlichen Zwecke eines Sprengels: III, 500, 501.
Kirchenfabrik s. Fabrica ecclesiae.
Kirchenpfründe (Präbende): III, 504.
Kirchenvermögen: III, 497—506; Unveräußerlichkeit: III, 564 bis 566; vierzigjährige Ersitzung: I, 608.
Klage, Klagen (s. auch actio und actiones): I, 261.
— gemischte s. actiones mixtae.
— Vererblichkeit: I, 354.
— Mittheilung: I, 356, 357.
— Erhebung: Verhältniß zur mora: II, 297.
— Abtretung s. Klagencession.
Klagencession
— Anspruch darauf s. benef. cedendarum actionum.

Klagenceſſion
— (als ſchuldige Leiſtung): II, 284 bis 286, 778.
Klagenconcurrenz: I, 343, 344. II, 213, 729. III, 826, beſonders von in rem mit in personam actiones: IV, 173, 174.
Klagenconſumtion ſ. Conſumtion, proceſſualiſche.
Klagrecht: I, 216, 310—317.
— ſein Verhältniß zum Recht: I, 311 bis 314.
— ſein Verhältniß zum Anſpruch: I, 315—317.
— als Gegenſtand der Aufhebung durch exceptio: I, 371.
Klagverjährung: I, 392—405.
— Unterſchied von urſprünglicher Zeitlichkeit der Klagen: I, 391, 392.
— Verhältniß zur Erſitzung: I, 597 bis 602.
— Theodoſianiſche: I, 396—405; Friſten I, 397, 401—404; Ausnahmen: I, 397, 398; Geſchichte: 398, 399; Grund: I, 399, 400, 401.
— Unterbrechung: I, 354, 400.
— Wirkung: I, 395, 396.
— der Anfechtungsklagen: IV, 449.
— der actio hypothecaria: II, 856.
Klaſſen der Inteſtaterbfolge: III, 134.
Können, rechtliches: I, 213—215. IV, 373, 374.
Krankheit: I, 190, 191.
Kriegsgefangenſchaft
— als Reſtitutionsgrund: I, 420, 423.
— als Grund einer Pendenz: III, 32. IV, 113, 114.
Kritik
— niedere: I, 9—20.
— höhere: I, 20—30.
— Ziel: I, 20—22.
— Grundſätze: I, 22—24.
— Hilfsmittel: I, 24—30.
— Conjecturalkritik: I, 24.
Kritiſche Zeit (der Geburt): I, 141. III, 779.
Kündigung
— überhaupt: II, 38, 437. IV, 220, 252.
— von Pacht und Miethe: II, 758, 759.
— des Mandats: II, 780.
Kündigung
— der Societät: II, 790, 791.
Kündigungsfriſt: II, 758, 764.
Kuxe: III, 495.

L.

Laesio (für i. i. r.): I, 408—414.
— enormis: II, 750, 751. IV, 443, 444.
Laſten, eheliche, ſ. Onera matrimonii.
Latinus Junianus: III, 636.
Landrecht, badiſches: I, 5.
Laudatio auctoris: I, 651, 652.
Laudemium: I, 817.
Lebensfähigkeit: I, 141, 173.
Lebensverſicherung: IV, 395.
Lebſucht ſ. beneficium competentiae.
Lectio ſ. Vulgata und Litera.
Legalordnung: I, 62; ſ. auch Syſtem.
Legalſervituten: I, 482, 760.
Legatum (ſ. auch Vermächtniß)
— ad pias causas: III, 426, 507, 508, 535—537, 555, 578, 579.
— annuum: III, 317, 318, 406.
— debiti: III, 326—332. IV, 399 bis 401.
— generis: III, 308, 316—320.
— hereditatis ſ. — partitionis.
— liberationis: II, 554. III, 308, 326—330, 332.
— nominis: III, 326, 328, 329.
— optionis sive electionis: III, 319—321.
— instructum vel instrumentum, penus, suppellex, aurum, argentum, mundum, ornamenta, unguenta, vasa, vestimenta legata: III, 309, 316, 317.
— usus, ususfructus, reditus, habitatio, operae leg.: III, 308, 321, 324, 325.
— partitionis: III, 309, 437, 439.
— per damnationem: II, 554. III, 320, 375, 376, 401, 733.
— per praeceptionem: III, 386.
— per vindicationem: I, 245. III, 315, 320, 375, 376. IV, 115.
Legis actio: I, 93.
— sacramento: I, 269, 292. II, 346. III, 10, 11.
— per condictionem: I, 269.
— per judicis postulationem: I, 269, 270, 272.

Legis actio
— per pignoris capionem: I, 299.
— per manus injectionem: I, 255.
Legislation: I, 214.
Legitima
— causa: I, 297.
— portio s. Pflichttheil.
— suboles: III, 665.
— usura: III, 563.
Legitimatio: I, 142, 143, 163 bis 166, 223.
— zur Klage: I, 712.
Legitimität (der Kinder) s. Ehelichkeit.
Lehenartige Natur
— des Precarium: II, 752—755.
— des Peculium: III, 624.
Lehenswaare: I, 817.
Lehenträger (Provasall): I, 206. III, 622.
Leibrente: III, 318, 347. IV, 280.
Leichenbestattung: II, 655—658. III, 544, 545.
Leihe s. Commodat und Precarium.
Leistung
— als das Wofür der Haftung: II, 7—9.
— des Obligirten: II, 20, 21, 92.
— Theilbarkeit (Untheilbarkeit): II, 65—69, 71, 86.
— Aestimabilität, Geldwerth: II, 92 bis 97.
— Bestimmtheit (certum, incertum, Alternativ-, generische Obl.): II, 97—114.
— Unmöglichkeit: II, 113, 114, 121 bis 130, 321—327. IV, 433, 434; beim Kauf: II, 127—130.
— Haupt- und Nebensache: II, 115 bis 120.
— Zeit: II, 328—330.
— Ort: II, 330—333.
Lenocinium (infamirend): I, 182.
Lesart (der Handschriften) s. Litera.
Letztwillige Geschäfte
— Essenz: IV, 182.
— einseitig: IV, 255.
— rechtlich bedingt: IV, 121, 122.
— rechtlich favorisirt: III, 81. IV, 294.
— obrigkeitliche Intervention, s. Intervention, obrigkeitliche, bei letztwilligen Anordnungen.
Leugnen, Leugnung (s. auch Litiscrescenz und Lis infitiando ꝛc.)
— des Delicts: II, 801, 812.
Leugnen, Leugnung
— des Besitzes (gegen den Vindicanten): I, 649.
— der Schuld durch den Solidarschuldner (benef. divis. verwirkend): II, 85.
— der Schuld durch den Bürgen (benef. excussionis verwirkend): II, 194.
— der Unterschrift oder des Empfangs (beim Schuldschein): II, 568, 570, 571.
— des Zahlungsempfanges: II, 549.
— eines Vermächtnisses ad pias causas: III, 578.
Levis notae macula s. Infamie.
Lex (s. auch Gesetz)
— als Auflage im Realcontract: II, 134, 135.
— als Gemeindestatut: III, 532, 569.
— als Nebenvertrag beim Kauf: II, 697, 710.
— commissoria (zur Verwirkung geschmuggelter Waaren an den Zollberechtigten): I, 593.
— commissoria beim Pfand: II, 11, 12, 870—872. IV, 226.
— commissoria beim Kauf: II, 709, 710. IV, 143; Gefahrtragung: IV, 177, 178.
— dedicationis: III, 541, 542.
— divina, sacrosancta (orthodoxer Glaube): I, 109.
— imperfecta: I, 94, 212, 376.
— imperialis: I, 2.
— minus quam perfecta: I, 94.
— municipalis: III, 532, 569.
— perfecta: II, 241—243. III, 791. IV, 439, 440.
— restituta: I, 4.
— traditioni dicta: I, 246, 791. II, 697, 705.
Lex
— Aelia Sentia: I, 154.
— Anastasiana: II, 408, 409.
— Apuleia: II, 192.
— Aquilia: II, 803, 806—812.
— Atilia: III, 849.
— Atinia: I, 605.
— Cincia: IV, 278, 279.
— Cornelia de falsis: III, 64.
— Cornelia (fictio legis C.): IV, 114.
— Fabia de plagiariis: I, 263, 267.
— Falcidia: III, 332—370.

Lex
— Julia de adulteriis: III, 674.
— Julia de fundo dotali: III, 696.
— Julia repetundarum: I, 607.
— Julia de vi: I, 262—267.
— Julia et Papia Poppaea: I, 154, 156, 181. III, 51.
— Julia et Plautia: I, 606.
— Julia et Titia: III, 849.
— Junia Norbana: III, 51.
— Papiria: III, 541.
— Poetelia: I, 218.
— Rhodia de jactu: II, 769.
— Romana canonice compta: I, 28.
— Scribonia: I, 793.
— Ursonensis: III, 560, 563, 569.
Liber authenticorum ſ. Authenticum.
— (libri) feudorum: I, 46.
— sextus: I, 7.
— homo ſ. Freier Menſch.
— ordinarius: I, 18.
Liberatio: II, 18, 19.
— legata ſ. legatum liberationis.
Liberalitas (Liberalität): IV, 247, 249.
Liberi
— naturales: I, 142, 164, 165, 166. III, 51, 130, 778.
— incestuosi: I, 166. III, 132.
— adulterini: I, 166.
Liberorum quaerendorum causa: III, 670, 673.
Libertus, Liberta: I, 349. III, 852, 853.
— Stiftungen für dieſelben: III, 547.
Libertus Latinus Junianus: III, 636.
Licere: I, 211, 213.
Licht: I, 464—467.
Licitation ſ. Verſteigerung.
Lichte Zwiſchenräume ſ. Dilucida Intervalla.
Lieferungstheorie: II, 107.
Linie, linea
— der Affinität: I, 145.
— der Verwandtſchaft: I, 138.
Liquidität
— der Forderung (für den Pfandverkauf): II, 868.
— der Gegenforderung (für Compenſation): II, 425, 430.
Lis incerta (für den Vergleich): II, 382, 383.
Lis infitiando crescit in duplum (ſ. auch Litiscreſcenz): II, 10. III, 426.
Litem suam facere: II, 160, 161.
Litera
— antiqua: I, 31, 32.
— Bononiensis: I, 31.
— communis: I, 31, 32.
— Norica: I, 40.
— Pisana: I, 10, 32, 37, 45.
— vetus: I, 31, 32.
Literalcontract: II, 567—574, 575.
Literatur (des Pandektenrechts): I, 30 bis 81, 86; ſ. auch Quellen.
Abhandlungen: I, 67—73.
Bibliographie: I, 85, 86.
Biographie: I, 85.
Diſſertationen: I, 70.
Geſchichte: I, 72, 81—86.
Zeitſchriften: I, 70, 71.
Litigioſität
— der Sache: I, 354, 490.
— der Pfandforderung: II, 868.
Litiscontestation: I, 73, 319—326, 354—357, 638. II, 81, 82, 360. IV, 198.
— und Urtheil in Correalobligationen: II, 165—171.
Litiscreſcenz (ſ. auch Leugnen): III, 426, 537. IV, 198, 442, 443.
Litis denuntiatio: II, 338, 736, 746—748. III, 533.
Liti se offerre: I, 356, 650. III, 222.
Litora maris ſ. Meeresküſte.
Locare: II, 752.
Locatio conductio: II, 751—771.
— irregularis: II, 758, 765, 768.
— operarum: II, 762—764.
— operis: II, 278—280, 764—770.
Locus
— rei sitae ſ. Privatrecht, heutiges internationales.
— in finium regundorum judicium: I, 711. II, 678.
— sacer, religiosus: I, 570.
Locus regit actum: I, 102, 104.
Lohn ſ. Merces, Locatio operarum und Locatio operis.
Longa manu traditio: I, 505.
Longa possessio: I, 598.
Longi temporis praescriptio: I, 597—601.
— — **possessio:** I, 602.
Longissimi temporis praescriptio: I, 601.
Longo tempore capio: I, 602.

Loskauf von Gefangenen: I, 203. III, 423, 498, 580. IV, 279.
Lücken
— im Quellentext: I, 10.
— im Recht: I, 129.
Lucra nuptialia
— als Adventizgut: III, 642, 648.
— deren Verlust zur Strafe: III, 683, 685.
— deren Anfall an die Kinder, Geschichte: I, 594. III, 684, 687.
Lucrativa causa: II, 461, 462.
Lucrativa pro herede usucapio: I, 621, 622—625. III, 13.
Lucrirung
— der Dos: III, 680, 707, 708, 744, 753, 754, 769.
— der donatio propter nuptias: III, 769.
Lucrum
— societatis: II, 782, 783, 785.
— cessans: II, 341, 355, 356. IV, 65.
— — bei der in integrum restitutio: I, 412, 414.
— dotis s. Lucrirung der Dos.
Luft: I, 453, 461, 464—466.
— zug: I, 486.

M.

Macht, rechtliche, (s. auch potestas):
— überhaupt: I, 211—213, 214 bis 216, 240—245. IV, 373, 374.
— des Eigenthums: I, 471—472.
— der nuda proprietas: I, 777, 778.
— zur auctoritatis interpositio: III, 837.
— der Vollmacht: IV, 173, 174.
— zur Verwaltung: III, 560.
Machtspruch, magistratischer (decretum): I, 254, 406, 407, 437, 592, 704. IV, 79—81, 423, 424.
Magister
— bonorum vendendorum: III, 891.
— navis s. actio exercitoria.
Magistratus (s. auch Machtspruch, magistratischer): I, 215, 238, 304, 305. III, 560, 571, 573, 844. IV, 424, 443.
Mahnung als Voraussetzung der mora debitoris s. Anforderung.
Majores, Majorenn s. Volljährig.
Majoritätsbeschlüsse
— der Gläubiger: II, 186, 410.
— der Gemeinden und Corporationen: III, 532, 557.
— der Vormünder: III, 835.
Mala fides s. Fides mala.
Malae fidei possessio: I, 606, 607.
Malerei: I, 554.
Mancipatio: I, 581. II, 335, 336. III, 522. IV, 88, 90, 266.
— erzwungene: IV, 70, 71, 93.
Mandatum: II, 771—781.
— actionis: II, 391—395.
— qualificatum: II, 781.
— in der Bestellung: IV, 299, 300, 318, 319.
— mit, ohne Vollmacht, Vollmacht ohne Mandat: IV, 376—378.
Mängel
— der Kaufsache: II, 714—32.
Manichäer (testirunfähig): III, 48.
Manumissio (erzwungen): IV, 74, 89, 90.
Manus: I, 210, 237. III, 592, 593, 665—668; s. auch in manum conventio.
Manus injectio: I, 254, 255. III 602.
Maritalis affectio s. affectio m.
Mark, gemeine: III, 486, 487.
Markgenossenschaft: I, 477.
Marken (Grenzzeichen): I, 709.
Marktrecht: I, 225.
Maß
— der Alimentationspflicht: III, 783.
— der Dotationspflicht: III, 786.
— der Schenkungen: IV, 279, 280.
— der Vermächtnisse: III, 332—370.
Massacurator: III, 891.
Massagläubiger: II, 416.
Masse (Concursmasse): II, 416, 417.
Materfamilias: I, 148. III, 670.
Matrimonium s. Ehe.
— clandestinum: I, 152.
Mediziner: II, 773.
Meer: I, 453, 454, 462, 467.
Meeresgrund: I, 453, 454.
Meeresküste: I, 453, 454. III, 482.
Mehrfache Verwandtschaft: I, 138. III, 133.
Mensa (episcopalis): III, 504, 506.
Mensch
— freier, außerhalb des Vermögens: I, 458; extra commercium: I, 460.

Menſch, freier
— als Gegenſtand des Verkaufs: IV, 429—431.
Mensor ſ. Feldmeſſer.
Mensura aquae: I, 770, 771.
Mentalreſervation: IV, 22—24, 27, 87.
Mente capti: III, 883.
Merces: II, 55, 752, 772, 774. IV, 249.
Merum jus: I, 411. IV, 82.
Merx ſ. Waare und Kaufſache.
Metellus, Joh.: I, 15.
Metus ſ. auch Furcht, Zwang: I, 427, 428. II, 816—820. IV, 66 bis 95.
— reverentialis: IV, 75.
— praesens: II, 817.
Miethe (ſ. auch locatio): II, 753 bis 762.
Militia
— im ſpäteren Sinne: III, 639, 640, 641.
— in der Collation: III, 296.
Minderung
— der Dos: III, 725—729, 755.
— des Peculiums: III, 631.
Minderjährig, — keit: I, 185, 191.
— gegen Verjährung ſchützend: I, 395, gegen Erſitzung ſchützend: I, 607.
— eidliche Bekräftigung von Geſchäften der M.: I, 360.
— als Reſtitutionsgrund: I, 416 bis 418.
Mineralien: I, 565.
Minor, — es, Minorenn ſ. Minderjährig.
Minuta, originalis: IV, 322.
Minutio condemnationis:
— durch exceptio: I, 372, 373. II, 54, 412. III, 232.
— durch Compenſation: II, 423.
Missio in possessionem
— rei: I, 361, 362, 592.
— wegen verweigerter cautio damni infecti: I, 593, 674, 680—683.
— wegen verweigerter cautio bei Carboniana bon. possessio: III, 196.
— der Erbſchaft: III, 192—194, 889, 892.
— legatorum servandorum causa: III, 419—421.
— Antoniana: III, 421, 422.
Missio in possessionem rei servandae causa: I, 254, 258, 260.
— ventris nomine: III, 193, 194, 889.
— des Vermögens eines Verſchollenen: III, 891.
Missio in rem
— zu Gunſten des Fideicommiſſars: III, 423, 424.
Mißverſtändniß: IV, 42.
Mitbeſitz: I, 497—499.
Miteigenthum: I, 476—479, 656, 706. II, 786.
Modificationen (des röm. Rechts): I, 1, 3.
Modus: IV, 229—236.
— im Realcontract: II, 134, 135, 477, 535, 536. IV, 232.
— in letztwilligen Geſchäften: IV, 234—236.
— in Schenkungen: IV, 233, 234.
— als Uebergang zur Stiftung: III, 485.
— administrationis: III, 840.
— der Collation: III, 294.
— der Servitut: I, 797.
— donationum, legatorum ſ. Maß.
— tollendi obligationem: II, 424.
Mommſen, Theodor (ſ. auch Ausgaben): I, 12, 13, 14.
Monat: IV, 224, 225.
Monſtrum: I, 174.
Mora: II, 287—312.
— creditoris (accipiendi): II, 106, 304, 305, 308—312.
— debitoris (debendi, solvendi): II, 117, 118, 176, 287—307. IV, 198.
— Begriff: II, 287—291.
— Vorausſetzung: II, 292—299.
— Wirkung: II, 299—301.
— Endigung, Aufhebung: II, 302 bis 307. (Purgatio, emendatio morae.)
— ex re: II, 297, 298. III, 579.
— inculpata: II, 289—291.
— bei Vermächtniſſen ad pias causas: III, 579.
— durch Litisconteſtation (Klagemittheilung): II, 297.
— in Correalobligationen: II, 164, 176, 296.
— von Schuldnern und Bürgen: II, 189, 295, 296.
Moraliſche Perſon: I, 196.
Moratorium: II, 409, 410.

Mores (als Rechtsquelle, s. auch Gewohnheit und Gewohnheitsrecht): I, 113, III, 849. IV, 434.
— leviores, graviores: III, 673, 677.
— judicium de moribus: III, 679.
Mors s. Tod.
Mortis causa capio: II, 536. III, 307, 373.
Mortis causa donatio: II, 539. III, 307, 308, 374. IV, 122 bis 125, 280.
— unter Ehegatten: III, 795, 796. IV, 125, 126.
— Retrotraction: IV, 127, 161, 168.
Motive (s. auch Beweggrund):
— zum Gesetzentwurf: I, 120.
— des animus donandi: IV, 247.
— irriges s. Irrthum im Motiv.
Motivirung (als Quellenverarbeitung, Literatur): I, 58, 64—67.
Muciana cautio, — praesumtio s. Cautio M., Praesumtio M.
Mündig, Mündigkeit s. Pubertas.
Münze, Münzfuß, Münzsorte: II, 440—443. III, 316.
Mundum: IV, 282, 322, 323.
Municipalmagistrate
— mit Corporationsrechten beliehen: I, 136.
— Haftung: III, 571—577.
— in Vormundschaftssachen: III, 827, 828—832, 840, 850, 851, 853 bis 855, 871—873.
Municipien, Municipes (s. auch Gemeinde und Gemeinwesen): III, 519, 520, 523—536, 557, 559.
Munus: III, 516, 560, 571, 573, 575, 822, 855.
— tutelae: III, 822, 855.
Mutatio rei: I, 794. II, 855.
Muttergut: III, 642, 684.
Muttergutsauszeigung: III, 663.
Mutuum (s. auch Darlehen): II, 477, 478.
Mutuus dissensus s. consensus contrarius.

N.

Nachbarrechte: I, 483, 484—487, 760.
Nachlaß als Erbschaft: III, 29, 30, 203—206, s. auch hereditas jacens.
Nachlaß als remissio s. Remissio.
Nationales Recht: I, 99.
Naturale dominium (der Frau an der Dos): III, 700.
Naturales praestationes: I, 235.
Naturales liberi s. Liberi naturales.
Naturalexecution s. Execution.
Naturalia negotii: IV, 188, 194, 195.
Naturalis possessio: I, 500.
Naturalis obligatio s. Naturalobligation.
Naturalis ratio: z. B. III, 617 bis 619. IV, 428.
Naturalobligation: II, 15, 40—52. III, 337. IV, 399, 407, 420.
— Voraussetzungen: II, 44, 45.
— Wirkung: II, 50—52, 187, 188.
— der Hausunterthanen: II, 45, 46.
— der Pupillen: II, 47, 48, 417, 418.
— aus Darlehen wider das Macedonianum: II, 48, 49, 489—491. IV, 402.
— übrig bleibende: II, 49, 50, 438, 439.
— aus nudum pactum: II, 44.
Naturalrestitution s. Restitution.
Nauta (s. auch receptum nautarum): II, 277, 279, 814.
Nebenabsicht: IV, 227, 231.
Nebenbestimmungen: IV, 188—198, 420, 435.
— Bedingung als N.: IV, 203.
Nebengeschäft (s. auch Pactum): IV, 230—239, 420, 435.
Nebensache s. Haupt- und Nebensache, sowie Accessio.
Nebenvertrag (s. auch Geding und Pactum): II, 710.
Nebenzweck: II, 140. IV, 227 bis 229.
Necessarii heredes s. Heredes sui ac necessarii.
Negative Function der exc. rei jud. s. Function.
Negatoria actio s. actio negatoria.
Negotia claudicantia: I, 188. II, 48, 143. IV, 414—418.
Negotiorum gestio: II, 632—655. IV, 307, 334, 336, 340, 382, 394.
Negotium: IV, 8.
— alienum: II, 637, 648. III, 810. IV, 335. (Z. 17 f. Anderen st.

Ersteren, 3. 18 f. Ersteren st. Anderen.)
Negotium
— essentialia, naturalia, accidentalia negotii: IV, 198; f. auch Essentialia.
— stricti iuris und bonae fidei: IV, 191—194.
— claudicans f. negotia claudicantia.
Neminem laedit qui suo jure utitur: I, 480.
Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest: III, 73—75, 78, 79, 82, 109, 124, 125, 171, 253, 259.
Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest: I, 530, 625, 626.
Nexum: I, 218. II, 12. IV, 88, 299.
Nichtexistente Sachen, Forderungen, Erbschaften in Contracten: IV, 427—433.
— Schuld verbürgt: IV, 427.
Nichtigkeit
— der Rechtsgeschäfte: I, 212. IV, 396—449.
— Begriff: IV, 396—409.
— Arten: IV, 409—420.
— Gründe: IV, 425—440.
— absolute, relative: I, 158. IV, 52, 53, 404, 405, 415—419, 445.
— totale, theilweise (partielle): IV, 399, 420, 421.
— heilbare, unheilbare: IV, 401, 416, 444—448.
— nachfolgende, anfängliche: IV, 410—415.
— reguläre, exceptionelle: IV, 410.
— der exceptionsmäßigen Geschäfte: IV, 398—402.
— einseitige, allseitige: IV, 415 bis 418.
— der Nebenbestimmungen und Nebengeschäfte: IV, 420, 435, 436.
— der Schenkungen, überhaupt Geschäfte zwischen Vater und Kind: III, 599—602, 658, 662—664.
— des Vermächtnisses: III, 428 bis 431.
— des Erkenntnisses: I, 118.
— Angriff auf nichtige Geschäfte: IV, 407.
— Schadenersatz aus nichtigem Geschäft: IV, 26, 27, 397, 430—432.
Nichtigkeitserklärung: I, 93, 94, 158. IV, 408, 409.
Nichtigkeitsgründe: IV, 425—440.
Nichtigkeitsklage: IV, 408, 409.
Nießbrauch f. Ususfructus.
Nomen: II, 33, 34.
— legatum f. legatum nominis.
— transcripticium: II, 383.
— pignus nominis: II, 11, 392, 847.
— nominis emtio, in solutum oder in dotem datio, donatio: II, 392.
— error nominis: IV, 49.
Nominatio
— auctoris f. Laudatio auctoris.
— potioris: III, 855.
Nominatoren: III, 829.
Nomocanones: I, 28.
Nonusus: I, 4, 5, 233. II, 812.
— von Servituten: I, 390, 795 bis 797.
— von Emphyteusis und Superficies: I, 826.
Norm, strafrechtliche: II, 151.
Notae: I, 11. IV, 263, 267, 268.
Notariat
— Literatur und Schule: I, 79, 80. IV, 182.
— Protocolle und Instrumente: IV. 278, 282, 323. III, 61, 210.
Nothbehelf (der Auslegung): I, 121. IV, 293, 294.
Nothrecht
— civiles der sui heredes: III, 42 bis 44, 104, 105, 615—621.
— der Adoptivkinder: I, 161.
— der Emancipirten: III, 18—20, 102.
— der Descendenten und Ascendenten: III, 102—110, 111—113.
— der Geschwister (Pflichterbrecht): III, 111.
Nothstand: II, 808.
Nothweg: I, 309, 487, 802.
Nothwehr: II, 808.
Nothwendiger Erwerb der Erbschaft: III, 180—183, 615—621, 660.
Notio praetoris zur Einbringung von Kindern: III, 609.
Nova species f. Specification.
Novatio: II, 368—389. IV, 267, 421, 435, 437.
— ius novandi: II, 384, 385.
— animus novandi: II, 387. IV 183.
— cumulative: II, 390.

Novatio
— necessaria: I, 323—7, 357.
Novellen: I, 6, 16—20. Handschriften derselben s. Handschriften; Ausgaben derselben s. Ausgaben.
Novem libri: I, 15.
Noxa: I, 276.
— noxae deditio: II, 216, 217.
— noxalis actio s. actiones noxales.
Noxa caput sequitur: II, 814.
Noxalhaftung: III, 629.
Nuda
— conventio: II, 614.
— proprietas: I, 777, 778.
— possessio: I, 449.
— traditio: I, 586, 587.
— repromissio: I, 361. II, 415.
Nudum
— pactum: II, 44, 53.
— praeceptum: I, 489. III, 95.
— jus Quiritium: I, 535.
Nulli res sua servit: I, 761, 763.
Nullität s. Nichtigkeit.
— relative: IV, 404, 405.
— Nullitätsklage: IV, 408.
Nuntius s. Bote.
Nuptiae s. Eheschließung.
Nutzungen
— gemeine: I, 464—467, 701.

O.

Oberaufsicht des Staates beim Zweckvermögen: III, 567—570.
Obervormundschaft: III, 819, 820, 879, 880, 881.
— behörden: III, 850.
— des Staates beim Zweckvermögen: III, 567—570; Distinktion von Oberaufsicht: III, 568.
Oblation
— zur Endigung der Mora: II, 302 bis 305.
Obligatio (s. auch Haftung und Forderung): I, 205, 209, 210, 218, 248, 360. II, 1, 2.
— personae: II, 20—33. IV, 209 bis 214.
— pignoris s. obligatio rei.
— rei: II, 1, 2, 5, 6, 835—882; als Wirkung der Naturalobligation: II, 50.
— des Hauskindes: II, 28. III, 631.
Obligatio
— des Zweckvermögens: I, 205. III, 525—533.
— dotis s. Dotis obligatio.
— als Inhaberpapier: II, 574 bis 584.
— alternative s. Alternativobligation.
— bonae fidei und stricti iuris s. actiones bonae fidei und stricti juris.
— strengere und freiere: II, 55 bis 64.
— sog. einseitige: II, 52.
— naturalis und civilis s. Naturalobligation.
— quasicontractliche: I, 239.
— generelle, generische: II, 99, 104 bis 108, 109—114.
— principale und accessorische: II, 90, 91.
— System der einzelnen Obligationen: II, 467, 468.
— certa, incerta: II, 97, 98.
— dandi, faciendi: II, 66, 92.
— theilbare, untheilbare, getheilte, ungetheilte: II, 65—90.
Obrogatio: I, 130.
Obsequium: III, 592.
Observanz: I, 116.
Obstlese: I, 485, 487.
Occupation
— zum Besitzerwerb: I, 504, 505. IV, 257.
— als Eigenthumsgründung: I, 565 bis 572. IV, 257.
— als Rechtsgeschäft: IV, 11, 12, 255, 264.
Offert
— als Vertragsform: IV, 297, 298, 329.
— ohne obligirende Wirkung: II, 142, 143. IV, 303, 328, 330.
— Widerruflichkeit: IV, 303—310.
— Zeitlichkeit: IV, 310, 311.
— Vollständigkeit: IV 313, 314, 331.
— an eine incerta persona: IV 312, 313, 330.
Officialaussprüche: II, 52, 53.
Officium, Officia
— alte Bedeutung: I, 209—211. II, 42, 131. III, 589—591, 604, 605. IV, 441.
— Unterschied von munus und obligatio: III, 806, 822, 833.

Officium, Officia
— des Tutors: III, 806, 820—823, 825.
— des curator minorum: III, 870.
— des paterfamilias: I, 170, 221, 235. III, 602—605.
— des Kindes: I, 235.
— unter Ehegatten: III, 673, 679, 796.
— unter Verwandten: III, 776 bis 795.
— neuere Bedeutung: III, 823.
Officium judicis: I, 271. II, 396; im Gegensatz zu dem, was in obligatione: II, 118.
Officium jus dicentis: I, 215.
Offiziere: III, 661.
Omnis causa: I, 355, 661 (s. auch causa rei).
— culpa: II, 253, 254. III, 645, 744, 758 (s. auch culpa).
Onera matrimonii: III, 691, 693 bis 695.
Onerirter beim Vermächtniß: III, 375—377, 396.
Ope exceptionis s. ipso jure.
Operae: I, 234, 235, 786. II, 697.
— in der locatio conductio: II, 752, 753, 762—764, 772.
— officiales: Naturalobligation: II, 52; Verwandlung durch Verheirathung der Liberta: III, 673.
— untheilbar, theilbar: II, 66.
Operis novi nunciatio: I, 668, 701 bis 706.
— nicht gegen den Condominus: I, 701.
Operis restitutio: I, 687, 706.
Opinio necessitatis: I, 114.
Optio legata: II, 682. III, 319, 320.
Opus: II, 752, 764—770.
— solo conjunctum: I, 692, 701.
— manu factum: I, 685—687.
— in publico factum: I, 687.
Oralfideicommiß: III, 394, 395, 438.
Oratio D. Marci über — den Alimentenvergleich: I, 386.
— die Schadloshaltung des Miteigenthümers am Hause: I, 245, 594.
Oratio Severi de rebus minorum non alienandis: I, 479. III, 816, 817.
Oratio Antonini de confirmandis donationibus inter virum et uxorem: III, 790—792, 798, 799.
Orden, Ordensvermögen: III, 499.
Ordinariae actiones s. actiones ordinariae.
Ordinarium: I, 745.
Ordo als Senat, Decurie: III, 572.
Ordo (Ordnung)
— der Intestaterbfolge: III, 133 bis 143.
— der Quasipupillarsubstitution: III, 94.
— der Alimentationspflichtigen: III, 784.
— conventionis in der vormundschaftlichen Haftung: II, 89. III, 841—844, 873; in der magistratischen Haftung: II, 90. III, 574, 575; in der gesell- oder genossenschaftlichen Haftung: III, 492.
Ordo dierum: I, 306.
Originärer Eigenthumserwerb: I, 244, 245, 561—563.
Origo petitionis: I, 341.
Ornamentum (verkaufter Thiere): II, 727. IV, 200.
Ort
— der Leistung: II, 330—333.
— der Zahlung: II, 451—457.
Ortsbürger s. Privatrecht, heutiges internationales.
Ortsinteresse: II, 331—333.
Osenbrüggen: I, 19.

P.

Pacht: II, 753—762.
— zins, Remission: II, 757.
Pacisci: I, 382, 488. II, 872.
Pactio: I, 386; bei der Servitutbestellung: I, 792.
Pactum (s. auch Geding)
— adjectum: II, 137, 138, 383, 384. IV, 325, 394; ex continenti subsecutum: II, 137; ex intervallo subsecutum: II, 383. IV, 239.
— antichreticum: I, 547. II, 619, 872, 873. IV, 237.
— conventum: I, 381. IV, 140.
— de contrahendo: IV, 324—329.
— de evictione praestanda: III, 736. IV, 190.

Pactum (s. auch Geding)
— de evictione non praestanda: II, 338, 741.
— de mutuo contrahendo (de mutuando): IV, 326.
— de non alienando: I, 488.
— de non petendo: I, 381, 382, 797. II, 186, 307, 457, 459. IV. 92, 271, 301, 386, 400; in der Correalobligation: II, 174, 175.
— de non vendendo pignore: II, 11, 12, 867; de vendendo pignore: IV, 190, 191.
— de postponendo: II, 234, 235, 240.
— de retro emendo: II, 710. IV, 325.
— de retro vendendo: II, 710. IV, 175, 325.
— displicentiae: II, 710, 726. IV, 144, 175, 180.
— dotale: III, 758—766. IV, 237.
— ex continenti subsecutum: II, 137.
— ex intervallo subsecutum: II, 383. IV, 239.
— im Gegensatz zu Lex: II, 710.
— in favorem tertii s. Vertrag zu Gunsten Dritter.
— legitimum: II, 136.
— nudum: I, 580; Naturalobligation daraus: II, 44, 53.
— orbitatis (in casum non existentium liberorum): III, 686, 687.
— praeparatorium: IV, 328.
— praetorium: II, 136, 137.
— protimeseos: II, 711.
— reservati dominii: I, 590.
— successorium renunciativum: III, 123.
— ut petatur: I, 371. IV, 399.
Palingenesia: I, 63.
Pandekten (= Dig.) s. Digesten.
Pandektenrecht: I, 1.
Parallelisirung (als exegetische Bearbeitung): I, 55—57.
Parapherna: III, 775, 776.
Paratitla: I, 56.
Parens binubus: III, 684—689.
Pars s. Theil.
Partialobligation: II, 77, 78.
Partis certae, incertae vindicatio, petitio: I, 656. III, 215, 216, 368.
Partitio legata: III, 439.
Partus ancillae: I, 553, 605. III, 220.
Pater est quem nuptiae demonstrant: I, 140, 161.
Paterfamilias: I, 148, 166, 167. III, 593.
— Haftung aus Contracten und Delikten seiner Unterthanen s. actiones adiecticiae und noxales.
Paternitätsklage: III, 778.
Patria potestas s. Väterliche Gewalt.
Patrimonium (s. auch res extra patrimonium nostrum): I, 279, 445, 464. III, 30, 491, 624.
— Caesaris: I, 459. III, 482.
— der Ehefrau, ihre Dos: III, 698.
Patronat, kirchliches: III, 540.
Patronatsrecht: I, 168.
Patronus: I, 210. II, 52. III, 590, 673.
Pauperies: II, 814.
Peculienheimfall s. Heimfall jure peculii.
Peculium (s. auch actio de peculio): II, 46, 50, 51. III, 623—631; ob in Uebung: III, 661, 662.
— peculii concessio: I, 188. III. 630, 812.
— castrense und quasicastrense: III, 632—642, 655—657. IV, 114, 115; daß noch „peculium": III, 642, 660, 661.
— duplicis juris: III, 711.
— triplex peculii causa: paganum, castrense, quasicastrense: III, 638, 643.
— seit wann das peculium profecticisch: III, 655, 656.
— Erwerb ex re sive substantia patris gleichbedeutend mit Erwerb ex peculio: III, 655, 657.
Pecunia (s. auch Geld)
— für Vermögen: I, 445.
— compromissa: I, 388.
— populi: I, 455. III, 481.
— trajecticia: II, 493—500.
Pendenz, pendent: I, 98. II, 487. IV, 112—116, 367—369, 378, 379, 447, 448.
— durch Bedingung: IV, 148—154.
Perception der Früchte s. Fruchterwerb und Fructus.
Peregrine s. Fremder.
Perfecta lex s. Lex perfecta.
Perfection, Perfectum, Imperfec-

tum: I, 98. II, 111, 696, 697. IV, 95—97.
Perfection der Verträge unter Abwesenden: IV, 314—320.
Periculum: II, 316.
— im Proceß: I, 269—272. II, 316.
— in Obligationen: II, 315, 316 bis 320, 326, 327; Uebernahme durch Geding: II, 315, 596, 765, 766; durch Aestimation: II, 315, 596. III, 722, 745. IV, 91; durch mora s. perpetuatio obligationis; durch Litiscontestation: I, 354, 355 (mit Modification: I, 662, 663. III, 242); durch Versprechen eines Genus: II, 480, 602—604; Befreiung von P. durch mora accipiendi: II, 309, 480, durch Geding: II, 481.
— beim Kauf: II, 106, 107, 319, 696, 697; beim suspensiv und resolutiv bedingten: IV, 142, 162 bis 164, 177, 179, insbes. bei emtio ad gustum.
— bei der Dos: III, 710, 722.
— bei locatio conductio rei, operis: II, 313, 317—319, 757, 763, 767, 768.
— beim depositum irregulare: II, 602—604.
— beim sine causa datum: II, 518 bis 520.
— beim receptum nautarum s. receptum nautarum.
— in der Societät: II, 317, 785, 786, 788, 789.
— evictionis: II, 733.
Permutatio s. Tausch.
— dotis: III, 723.
Perpetua
— causa der Dos: III, 713; der Servituten: I, 765.
— conductio: I, 237.
Perpetuatio obligationis: II, 117, 247, 252, 253, 301.
Perpetuation
— der Klage: I, 354.
— der querela non numeratae pecuniae: II, 571.
Perpetuität von Rechten: I, 236, 237, 364, 365, 809, 810. III, 21. IV, 217—219; von Vermächtnissen: III, 318, 545.
Persecutio
— als Rechtsverfolgung überhaupt: I, 247, 253, 304, 307.
Persecutio
— rei, poenae, vindictae: I, 278 bis 281.
— personae, rei (pignoris): II, 14 bis 17, 26, 835, 836, 846—850.
Persecutionsrecht: II, 14, 15.
Person, Persona: I, 87—89, 131 bis 208; im Einzelnen: I, 172 bis 193; Begriff: I, 172, 194.
— juristische: I, 172, 196—208. III, 455—460, 490, 492; Einsetzbarkeit: III, 53—55; Untergang: III, 582, 583. S. auch Zweckvermögen, Corporation, Piae causae, Fiction bei der sog. jur. Person.
— interposita: IV, 342—345.
Personae
— exceptae: I, 140, 143. III, 822.
— incertae: III, 70.
— obligatio s. Obligatio personae.
Personales praestationes: II, 674. III, 248.
Personalexecution: I, 256, 257, 263, 267.
Personalservituten: I, 761, 772 bis 786.
Personarum divisio s. Divisio personarum.
Personeneinheit s. unitas personae.
Personengesammtheiten: I, 131—171 202. III, 488—496.
Personificationen: I, 194—208, 451. III, 34, 36, 37.
Persönliche Fassung dinglicher Klagen: I, 690, 712.
Persönliche, ins Zweckvermögen übergehende (sog. anomale) Rechte: I, 234, 235. III, 706, 714.
Persönlichkeit: I, 198, 199.
— juristische, Verleihung: III, 508 bis 510.
Pertinenz: II, 117, 703, 874. IV, 199, 200.
Pertinere ad aliquem, ad aliquid: I, 207. III, 522, 523; s. auch Gehören.
Petere, Petitio: I, 247, 251. II, 292, 453.
Petitionsrecht, -pflicht: III, 852, 853.
Pfändung: I, 254, 257—260, 262, 264, 265, 361. II, 850.
— recht: I, 256. II, 850, 851.
— vertrag: I, 254, 262.
Pfandcontract: II, 613—624.
Pfandgläubiger;
— Vorrecht im Concurs vor dem

chirographarischen Gläubiger: II, 416.
— Retentionsrecht: II, 618, 619.
Pfandhaft, Pfandhaftung s. Obligatio rei.
Pfandklage: I, 397. II, 14, 15, 852, 858.
Pfandlösung
— Klage hierauf gegen den Onerirten: III, 322, 323.
Pfandpriorität: II, 859—863.
— Verzicht auf (Einräumung der): II, 234, 235, 240.
Pfandpotiorität: II, 859, 862, 863; durch Besitz bei gleich starkem Pfandrecht: II, 857.
Pfandprivileg: II, 862, 863.
Pfandrecht: II, 835—882.
— als ius in re (Sachenpfandrecht): I, 756—758. II, 14.
— als obligatio: I, 757, 758. II, 1, 2, 5, 6.
— als Accession der Forderung: II, 402.
— Gegenstand: II, 837—839.
— an Servituten: II, 11, 15, 837, 838, 847.
— an eigener Sache: II, 839, 864, 865.
— Begründung: II, 872—878.
— gesetzliches: II, 876, 877.
— Aufhebung: II, 878—879.
Pfandverkauf: II, 866—871.
Pfandvermächtniß: II, 860.
Pfandvertrag: II, 872—875.
Pfandverzicht: II, 856. IV, 253.
Pfandzuschlag: I, 592, 593. II, 869, 870.
Pfanne (des bergmännischen Vermögens): III, 495.
Pfarrvermögen: III, 504—506.
Pflanze, Pflanzung s. Plantatio.
Pflegeeltern: I, 163.
Pflegschaft s. Cura.
Pflicht, Pflichten (s. auch Officium, officia): I, 444. II, 1. III, 589 bis 591, 602—605.
— zur Dankbarkeit: II, 54.
— des Mannes gegen die Frau: III, 677—679.
Pflichttheil: III, 260.
— Größe: III, 260—262.
— Klagen: III, 262—269.
— Recht: III, 102—113.
— gegenüber der lex Falcidia: III, 335, 338, 339.
Pfründen, Pfründner: I, 200. III, 504—506.
Pia corpora: III, 479, 499.
Piae causae: I, 202, 203. III, 478—480, 497—503, 507.
— Erbeinsetzung: III, 54, 578.
— Concessionirung zur Vermögensfähigkeit: III, 509, 510.
— Aufhebung ihrer selbst und ihres Vermögens: III, 583—586.
— Privilegien in Ansehung ihres Vermögens: III, 578—580.
Pictura: I, 554.
Pietas: III, 591, 592, 604.
Pignoraticia actio s. Actio pign.
Pignoris
— addictio: II, 870.
— capio s. Pfändung.
— causa gegen dominii causa: II, 852, 417.
— distractio: II, 866—871.
— executio s. Pignoris persecutio.
— obligatio: II, 852, 853.
— persecutio: 847—850 (s. auch Persecutio pign.).
— remissio: II, 879. IV, 254.
— solutio: II, 866.
Pignus
— in causa iudicati captum: I, 254, 361.
— manifestarium: I, 254, 361. II, 850.
— nominis: II, 11, 392, 837, 847.
— praetorium: II, 877. III, 420.
— publicum: II, 862.
— tacitum: I, 362.
— testamentarium: II, 877.
Plantatio: I, 558, 560.
Plätze, öffentliche: I, 464—467. II, 820.
Plena
— administratio: III, 810.
— adoptio s. Adoptio.
— possessio: III, 521.
— pubertas: I, 161.
Plenum
— compromissum: I, 388.
— jus: I, 534.
Pluspetitio: I, 271, 321. II, 422.
— loco: II, 332.
Poena (s. auch Buße): I, 278, 279. II, 157.
— dupli s. Leugnen, Litiscrescenz und Dupli poena.

Poena (s. auch Buße)
— secundarum nuptiarum: I, 157. III, 684—689.
— temere litigantium s. Leugnen.
Poenae nomine relicta: IV, 130, 131.
Pönalklagen s. actiones poenales.
— heutige Geltung: II, 802, 803.
— im Erbgang: III, 29, 30.
Pönalstipulation (=versprechen, =convention): I, 385, 388. II, 69, 76, 93. IV, 131, 147, 396.
Poenitentia s. Reugeld, Reurecht und jus poenitendi.
Politianus: I, 9, 32.
Polizei: II, 821.
Pollicitatio: II, 141, 144, 555, 556. III, 529. IV, 91, 254, 297.
Popularklagen s. actiones populares.
Populus: III, 463.
Portio, Portion s. Theil.
— debita s. Pflichttheil.
Portio portioni accrescit, non personae: III, 171.
Positum s. Actio de positis et suspensis.
Positus in condicione non est in dispositione: III, 80.
Possessio (s. auch Besitz)
— justa, injusta: I, 498, 499, 500.
— naturalis, corporalis: I, 495, 500, 501.
— civilis: I, 500, 501.
— vacua: I, 504, 505—507, 507 bis 509.
— ficta: I, 649, 650. III, 221 bis 223.
— iuris: III, 218.
— duorum in solidum: I, 497.
— als res juris: I, 493, 516. IV. 348.
— als Gegenstand der Schätzung: I, 447—449, der Tradition: I, 507 bis 516, 523, der Condiction s. condictio possessionis.
Possessorium: I, 739, 741, 745.
Possidere
— pro emtore, herede, donato, derelicto, legato, dote, soluto, noxae dedito, transacto: I, 618 bis 625.
— pro possessore: I, 553.
— pro suo: I, 618, 619, 622.
— pro herede und pro possessore als Passivlegitimation zur hereditatis petitio: III, 223—230.
Postglossatoren: I, 52, 64, 77, 78, 79, 80, 84.
Postulationsrecht: I, 181.
Postulatoren: III, 829.
Postumus
— Einsetzbarkeit: III, 53, 70, 107.
Potestas (s. auch Macht): I, 211 bis 216.
— alienandi s. Veräußerungsmacht,
— administrandi: III, 560, 568, 816.
— agendi: I, 212.
— obligandi: I, 212.
— manumittendi: I, 212.
— donandi: III, 810, 814.
— patria s. Väterliche Gewalt.
— eheherrliche s. Eheherrliche Gewalt.
— dominica s. Hausgewalt und Hausherrliche Gewalt.
Potestativbedingung: IV, 146, 147; Retrotraction: IV, 166.
Potioris nominatio: III, 855.
Potiorität des Pfandrechts s. Pfandpotiorität.
Präbende: III, 504—506.
Präception der Dos: II, 275, 694, 717, 755.
Präceptionsbefehl (im societatis judicium): II, 792.
Präceptionslegat s. Legatum per praeceptionem.
Praeceptum
— nudum: I, 489. III, 95.
Praecipuum
— des alten peculium castrense: III, 636.
— des älteren Adventizgutes: III, 645.
— der Dos für den erbenden filius familias maritus: III, 275, 694, 755.
— der Dos für die Frau gegenüber den Erben des Vaters: III, 275, 717.
Prädialservituten s. Servituten.
Praedium rusticum, urbanum, suburbanum: I, 765, 766. III, 816.
Praedium praediorumque obligatio: III, 527—529.
Praedo: I, 533. III, 227.
Präjudicialklagen s. Actiones praejudiciales.

Prälegat: III, 385—389.
Praemium
— emancipationis (s. auch Emancipation): III, 645, 651, 652.
Praepositio s. actio institoria.
Praescriptio
— longi temporis sive possessionis: I, 396, 398, 399, 400. Ihr Verhältniß zur Ersitzung: I, 597 bis 601.
— dormiens: I, 403, 404, 637.
— longissimi temporis: I, 601, 602.
— immemorialis s. Zeit, unvordenkliche.
— moratoria: II, 410.
Präsenz des Thatbestandes: IV, 410.
Praestare, Praestatio (s. auch Aestimation): II, 92, 252. IV, 428.
— naturalis: I, 235.
— der culpa, des dolus, der custodia, des casus, der mora, der Eviction, der Mängel der Erfüllung zur rechten Zeit und am rechten Ort s. Culpa, Dolus, Custodia, Casus, Mora, Periculum, Evictionshaftung, Mängel, Zeit und Ort der Leistung.
— unmöglicher Leistungen: II, 127 bis 130. IV, 428—434.
— des Interesses: II, 347—368.
Prästationen zur mittelbaren Umstoßung anfechtbarer Rechtsgeschäfte: IV, 423, 424.
Praestationes personales (in dinglichen Klagen): II, 674. III, 248.
Praesumta voluntas: IV, 277.
Praesumtio
— juris et de jure: I, 142, 143. III, 733.
— juris bei concludenten Handlungen? IV, 277.
— ob Grund der Retrotraction bedingter Geschäfte? IV, 106.
Präsumtionen, einzelne:
— Muciana: III, 775.
— der Proceßvollmacht: III, 775, 777.
— des Todes, der Todespriorität: I, 174.
— der Vaterschaft: I, 140—143. III, 779.
— der Ehelichkeit: I, 142, 164.
— eines Vermächtnisses propter naturalem affectum: III, 328.
Präsumtionen, einzelne:
— bei Vermächtniß einer fremden Sache: III, 314.
— des pfandfreien Vermächtnisses: III, 322.
— bei legatum nominis, liberationis und debiti: III, 327, 328.
— der Zusätzlichkeit eines Codicills zu Testament oder Intestatfolge: III, 393.
— der Bedingtheit des Dotalversprechens: III, 733.
— der Stellvertretung (gegen Vertrag zu Gunsten Dritter): IV, 391.
— der weiblichen Intercession: II, 242, 243.
— der pecunia numeranda statt numerata bei chirographum: II, 572.
— bei Potestativbedingung: IV, 156.
— für Retrotraction der Resolutivbedingung: IV, 171.
— bei der Auslegung: I, 121, 122. III, 316. IV, 291—293.
— der duplex substitutio: III, 93.
— der Uebernahme des periculum s. Periculum in Obligationen, Uebernahme durch Aestimation.
— des Wahlrechts in Obligationen und bei Legaten: II, 109. III, 319.
— für Dotirung aus dem Vatervermögen, nicht aus dem Tochtervermögen: III, 786.
Präteritio: III, 104.
Praetorius tutor: III, 849.
Prävarication: III, 822.
Praktiker: I, 8.
Praxis s. auch Recht, Anwendung des: I, 9, 76—81.
— modificirende: I, 9.
Precarist: I, 517. II, 258.
Precarium: I, 499, 752—756, 796. II, 258, 625. III, 624.
Preis s. Kaufpreis.
Preisgeben s. Jactus und Dereliction.
Preisausschreibung: IV, 254.
Preisbestimmung nach Ermessen s. Kaufpreis.
Pretium
— commune: II, 368.
— singulare: II, 368.
— rei s. Sachwerth.
Principal s. actio institoria.

Priorität
— des Todes: I, 174.
— im Pfandrecht: II, 859—863.
Privation (bei Emphyteusis und Superficies): I, 822, 823, 826.
Privatexecution s. Execution und III, 609.
Privatrecht im obj. Sinn (s. auch Recht im obj. S. und jus): I, 64, 65, 87, 88, 108—110, 134—135, 221, 222.
— internationales: I, 100.
— heutiges internationales: I, 101 bis 108.
Privatrecht im subj. Sinn (s. auch Recht im subj. S. und jus): I, 106, 107, 108 110, 134, 150, 219—221.
Privatstrafen s. Poena, Pönalklagen, Pönalstipulation.
Privattestament; III, 57—62.
Privatvermögen: III, 463, 464, 517.
— des Landesherrn: III, 483.
Privatzweckvermögen: III, 480, 481.
Privileg (im engeren Sinn, wegen Priv. i. w. S. s. Jus singulare und Privilegia): I, 111, 129.
— Begriff: I, 222—224.
— Einzelne: I, 224—227.
— Folgerungen: I, 227—230.
— Verleihung (Concession): I, 227.
— Regeln: I, 230—233.
— affirmative: I, 227.
— negative: I, 227.
— odiose: I, 230.
— gratuita: I, 230.
— personae: I, 231. II, 417.
— causae: I, 231. II, 418.
— rei: I, 231.
Privilegia (als jus singulare, s. auch Jus singulare).
— exigendi (causae und personae): II, 402, 417—419, 658. III, 828, 871.
— der Pfandgläubiger s. Pfandprivileg.
— für Zweckvermögen: III, 578 bis 582.
Probabilis error s. Irrthum, Entschuldbarkeit.
Probatio (s. Beweis)
— diabolica: I, 652.
Proceß der Klage und der Klagsache (formaler und sachlicher): I, 318.
Proceßfrist: IV, 224.
Proceßrecht: I, 109.
Proceßstrafen s. Litiscrescenz.
Proceßualische Consumtion s. Consumtion, proceßualische.
Proceßverjährung: I, 401.
Proceßvollmacht: III, 775, 777, s. auch Mandatum actionis.
Proceßzinsen: II, 118.
Procurator: I, 282, 283, 284, 346, 347. IV, 341, 347—350.
— omnium bonorum, Besitzerwerb durch —: I, 519, 520. IV, 348 bis 350.
— in rem suam: II, 391, 392.
— in litem: III, 895.
— Aufstellung durch Tutoren und Curatoren: III, 812, 895.
Prodigalitätserklärung: III, 886.
Prodigus s. Verschwender.
Professiciencollation: III, 290.
Professio
— apud ecclesiam: I, 150, 152.
Pro herede gestio: III, 184 bis 186. IV, 272.
Prohibition
— des Besitzers: I, 525, 747. II, 762.
Prohibitio
— beim Interdictum quod vi aut clam: s. daselbst.
— als Dejection: I, 747.
Prohibitionsrecht (des Eigenthümers): I, 463, 482; des Condominus: III, 487.
Prohibitivservituten: I, 765, 766, 792, 794.
Prohibitorische Interdicte s. Interdicte, prohibitoria.
Projudicat: I, 255.
Promulgation: I, 113.
Pro non scripto: III, 63, 167. IV, 131, 132.
Protestation
— gegen Mißdeutung: I, 363. IV, 277, 278, 295.
— gegen Verjährung: I, 426, 638.
Protutor: II, 666—668. III, 863 bis 866.
Provinz, Provinziale s. Privatrecht, heutiges internationales.
Provinzialgrundstücke: I, 605.
Provinzialvermögen: III, 481.
Provisorischer Erbschaftserwerb: III, 194—197.
Prozeß u. s. w. s. Proceß.
Pubertas, puberes (impuberes): I, 185—190.

Pubertas
— plena: I, 161.
— pubertati proximus: I, 187, 189.
Publicatio
— bonorum: III, 449, 515, 710.
— von Sachen: I, 646.
Publication (der Gesetze): I, 113.
Publiciana actio s. Actio Publiciana.
Publicität
— des Rechts: I, 221.
— als öffentliche Beurkundung von Geschäften: IV, 278.
Punctation: IV, 322—324, 328.
Pupillarsubstitution s. Substitution.
Pupille: I, 180, 608. III, 800 bis 805, 807—809; als Stellvertreter: IV, 363.
— Contracte von —: II, 47, 48. IV, 416—418.
— Cura pupillorum: III, 876—878.
Purgatio
— morae: II, 302—307.
— der Furtivität: I, 605.
Putativehe: III, 132.
Putativeigenthum s. Bonae fidei possessio.
Putativtitel s. titulus putativus.

Q.

Quae ad agendum sunt temporalia ad excipiendum sunt perpetua: I, 398.
Quaestio, Quästionen: I, 76, 77.
— facti: I, 124.
— juris: I, 124.
— Domitiana: III, 50.
Quanti ea res est: II, 339—341.
Quantitäten s. Fungibilität.
Quart, Quarta
— Divi Pii: III, 143—145, 257, 275.
— der armen Wittwe: III, 145, 146.
— Falcidia: III, 336—370.
— Trebelliana: III, 438.
Quasiaffinität s. Affinität.
Quasiagnation (eines Notherben): III, 107.
Quasibesitz: I, 758, 786—790, 793.
— des Superficiars und des Emphyteuta: I, 818—821.
Quasibürgen: III, 842.
Quasicontract: II, 132, 133, 145 bis 150.
Quasicontractschulden, -obligationen: II, 468—470, 587—590, 631, 632.
Quasidelict: II, 132, 133, 159 bis 161, 815.
Quasidelictsobligationen: II, 801.
Quasipatrimonium: III, 624.
Quasipossessio s. Quasibesitz.
Quasipossessorische Servituteninterdicte: I, 802—806.
Quasipupillarsubstitution s. Substitution.
Quasi-Serviana: II, 853.
Quasipurgatio morae: II, 305, 306.
Quasitradition: I, 792. IV, 302.
Quasiususfructus: I, 778—783, 775.
Quelle, (Quellen)
— im natürlichen Sinn: I, 453; im übertragenen Sinn: I, 6.
— Bearbeitung: I, 30—57; kritische: I, 30—48; exegetische: I, 48—57. Hilfsquellen: I, 24, 32, 35, 41.
— Uebersetzungen: I, 48, 49.
— Erklärung: I, 50—57.
— Interpretation s. Interpretation.
— Verarbeitung: I, 58—81; theoretische: I, 58—76; praktische: I, 76 bis 81.
Quem de evictione tenet actio, eundem repellit exceptio: I, 657, 658.
Querela: I, 261.
— inofficiosi testamenti: I, 211, 235. III, 46, 108—110, 249 bis 259. IV, 422.
— non numeratae pecuniae: II, 568, 569—574. IV, 407, 423.
— inofficiosae donationis: III, 266 bis 268.
— inofficiosae dotis: III, 268, 269.
— nullitatis: IV, 408.
Qui tacet consentire videtur: IV, 276, 277.
Quidquid dare facere praestare oportet: II, 342—344.
Quinquenellen: II, 409.
Quittung: II, 458. IV, 240, 301.

R.

Rangordnung s. Ordo.
Rapina s. Actio vi bonorum raptorum.

Rath (als consilium): II, 775; als nudum praeceptum s. d.
Ratification s. Ratihabition.
Ratihabition: II, 450, 798. IV, 349, 378—384, 439, 447—449.
— in der negotiorum gestio: II, 637—639.
— Arten: IV, 382, 383, 449.
— stillschweigende: IV, 272, 273, 448.
— Zeit: IV, 384.
— ein Mandat? II, 638, 639.
Ratio legis: I, 95, 121, 168.
Raub: II, 805.
Rauch: I, 485, 486.
Realcontract: II, 134—136, 137 bis 139, 591—593. IV, 232. Verhältniß zu einem Vorvertrag: IV, 327, 328.
— ungenannte: II, 624—631.
Realgemeinde: III, 487.
Realisirungstheorie: IV, 317.
Realservituten s. Prädialservituten (Servituten).
Recension: I, 31.
Reception: I, 1—5, 20, 129.
— in complexu: I, 2.
Receptum nautarum, cauponum, stabuliarorum: II, 275, 276, 277, 279, 283, 814.
Rechnungslegung
— des Vaters (wegen des Adventizguts)? III, 654.
— des Vormunds: III, 880.
— ihre letztwillige Erlassung: III, 329.
Recht (im objectiven Sinn) s. auch Jus und Satzung: I, 67, 86, 87, 90—130.
— Begriff: I, 90—92.
— Arten: I, 92—112.
— gesetzliches: I, 92, 93.
— der Wissenschaft: I, 93.
— der Praxis: I, 8.
— Juristenrecht: I, 92, 93. IV, 181.
— gemeindeutsches: I, 5.
— privates s. Privatrecht im obj. S.
— öffentliches: I, 65, 87, 89, 108 bis 110, 221, 222.
— nationales, internationales: I, 99 bis 101.
— allgemein menschliches: I, 99.
— allgemein animalisches: I, 99.
— normales, anomales: I, 110 bis 112.
Recht
— zwingendes, absolutes u. dispositives: I, 104, 105, 110. IV, 184—186.
— geschriebenes: I, 6.
— gewohnheitliches s. Gewohnheitsrecht.
— gesetzliches s. Gesetz.
— Entstehung: I, 112—116.
— Aenderung: I, 129, 130.
— Aufhebung: I, 129, 130.
— Anwendung s. Rechtsanwendung.
— analoge Anwendung s. Analogie.
— Geschichte s. Rechtsgeschichte.
— Philosophie s. Rechtsphilosophie.
Recht, Rechte (im subjectiven Sinn), s. auch Jus und Privatrecht i. subj. S.: I, 87, 88, 205, 213.
— Begriff: I, 209—219.
— Inhalt: I, 209—219.
— Entstehung und Uebertragung: I, 236—247.
— Dauer: I, 236—238. IV, 217.
— Geltendmachung: I, 247—357; ihr Begriff: I, 247—268; ihre Arten: I, 268—310.
— Ausübung: I, 248, 249.
— Sicherung: I, 357—363. II, 565, 566. III, 827—832.
— Aufhebung: I, 364—405 (Definition: I, 364; Gegenstand: I, 364—366; Rechtsquelle: I, 366, 367; Gründe: I, 380—405).
— erworbenes: I, 96, 98, 104.
— private s. Privatrecht im subj. Sinn.
— öffentliche: I, 106, 108—110, 219 bis 221. III, 589.
— gemeine, im Gegensatz zu Privilegien, s. Privilegien.
— rein rechtliche: I, 234—236.
— mehr factische: I, 234—236. II, 53.
— anomalische: I, 234—236, 773. II, 53.
— dingliche: I, 468—470.
— Uebersicht und Schema der Rechte im Einzelnen: I, 443—445.
Rechtlosigkeit als Nichtigkeitsgrund in Rechtsgeschäften: IV, 425, 438, 439.
Rechtsanwendung: I, 76, 92, 93, 110, 114—116, 119, 123—129, 215. IV, 62, 181, 189, 289, 290; s. auch Interpretatio als Rechtsanwendung.
Rechtsfähigkeit: I, 172, 174, 192, 213, 234, 235, 240. III, 845.

Rechtsfähigkeit
— Begriff: I, 175—177.
— Voraussetzungen: I, 177, 178.
— Minderung und Beschränkung: I, 178—184.
— Schmälerung: I, 178—184.
— des Hauskindes: I, 192, 193. III, 598—600.
— in Stellvertretung: IV, 364.
— der Theilnehmer am Testament: III, 48.
Rechtsfall, Rechtsfälle: I, 51, 52, 77, 92, 124, 125, 126.
Rechtsgeschäfte (s. auch Negotium): I, 175, 185, 211, 212, 214.
— Begriff: IV, 3—15.
— Erfordernisse: IV, 15—17.
— Aufkommen: I, 115.
— letztwillige s. Letztwillige Geschäfte.
— familienrechtliche: I, 188. IV, 278.
— zwischen Vater und Kind: III, 599—602, 657—659, 662—664.
— selbständige, unselbständige: IV, 244.
— solenne: I, 188.
— einseitige, zwei-, mehrseitige: IV, 251—256.
— bewegliche, unbewegliche: IV, 239 bis 244, 343.
— causale, formale: IV, 88—95, 239—244, 436. II, 458; s. auch Formalcontract.
— eigene und fremde: II, 637, 638. IV, 335 (Z. 17 u. 18 v. o. sind Anderen und Ersteren zu vertauschen).
— simulirte und in fraudem legis: IV, 23—26, 440.
— unbeding- und unbefristbare: IV, 111, 204, 208, 215, 217, 218 bis 220.
— rechtlich bedingte: IV, 116—127.
— zusammengesetzte und einfache: IV, 241, 242, 243. I, 586.
Rechtsgeschichte: I, 64, 65, 83, 84.
Rechtsinstitut: I, 4, 5, 9.
Rechtsirrthum s. Error juris.
Rechtskenntniß als Pflicht: IV, 63.
Rechtskraft
— des Urtheils s. exc. rei judicatae.
— der Urtheilsgründe: I, 330, 335.
Rechtsphilosophie: I, 65, 66.
Rechtsprechung: I, 114, 115, 116, 124—129.
Rechtssatz: I, 228.
Rechtsverletzung: II, 154, 155.
Rechtsvermuthung s. Praesumtio und Präsumtionen.
Rechtswirkung, Absicht darauf beim Rechtsgeschäft: IV, 17—26, 435.
Rechtswohlthat s. Beneficium.
Rechtszwang s. Zwang.
Recognitionsgebühr: I, 812.
Redemtor (operis) s. Locatio conductio operis.
Redintegratio dotis: III, 732. IV, 272.
Redotation: III, 716, 786.
Regent: I, 607.
Regenwasser: I, 685.
Regreßrecht
— wegen Eviction s. Evictionshaftung.
— innerhalb der Solidarobligation: II, 73, 74, 89, 179.
— des Bürgen: II, 188, 192.
— der Kinder wider den Vater in Adventizsachen? III, 654.
— des Ehegatten wegen entwendeter fremder Sachen: III, 789.
Regula Catoniana: III, 311, 313, 429—431. IV, 412, 445.
Reichsgesetz: I, 5, 8.
Reinschrift s. Mundum.
Reipersecutorisch s. actiones rem persequentes.
Rei uxoriae obligatio, actio s. Dotis obligatio, Actio rei uxoriae.
Rei vindicatio s. Vindicatio rei.
Relative Nichtigkeit s. Nichtigkeit, absolute, relative.
Relocatio: II, 760. IV, 272.
Remedium
— protestationis: I, 426, 638.
— ex lege ultima C. de edicto D. Hadriani tollendo: III, 271 bis 273.
— ex Novella 115: III, 105, 108.
Remissio
— der operis novi nunciatio: I, 703, 704—706.
— des Pachtzinses: II, 757.
— pignoris s. Pfandverzicht.
— debiti s. Erlaß.
Remotion (des Vormunds): III, 861 bis 862, 870.
Rem pupilli salvam fore stipulatio s. Satisdatio rem p. s. f.
Remuneration (des Mandats und libe-

raler Berufe: II, 772—774. IV, 248, 249.
Remuneratorische Schenkung s. Schenkung, remuneratorische.
Renten: III, 317, 318, 437.
— vermächtniß: III, 547.
— schenkung: IV, 280.
Renunciatio s. Kündigung.
Repetitiones: II, 503, 504.
Replicationes: I, 343, 777. II, 240, 459. IV, 58, 71.
Repräsentationsrecht: III, 135, 136.
Repromissio s. Nuda repromissio.
Repudiatio s. Ausschlagung.
Repudium s. Scheidung.
Res
— als (körperliche) Sache: I, 88, 451, 452.
— als Eigenthum: I, 471.
— der rei persecutio: I, 279.
— corporalis, incorporalis: I, 452, 469. II, 753. III, 308, 721.
— im Realcontract: II, 134, 135, 137.
— obligirend im Quasicontract: II, 147, 148.
— als Vermögen: I, 445. IV, 182.
— und possessio als Mittelpunkte der Actionen: IV, 182, 183.
— als Zweck (causa ob quam): II, 505.
— aliena (Verpfändung): II, 874, 875. III, 314, 315; (Vermächtniß): IV, 439.
— furtiva: I, 605, 606. IV, 418.
— vi possessa: IV, 606.
— communis s. Miteigenthum.
— communes omnium: I, 453, 454, 464—467.
— divini juris: III, 476, 482, 566.
— mancipi, nec mancipi: I, 766.
— publicae als usibus publicis destinatae, quae in publico usu habentur: I, 454—457, 464 bis 467. III, 476, 482.
— in pecunia populi: III, 476, 481. I, 455.
— liberae: I, 196, 452. III, 33, s. auch res nullius.
— nullius: I, 196, 200, 201, 205, 452, 454, 565. III, 31, 33.
— sacrae, sanctae, religiosae: I, 207, 457, 460, 464. III, 277, 497, 500, 501, 566.
— ecclesiasticae (ad ecclesiam pertinentes): III, 502, 542.
— extra commercium: I, 458 bis 464, 604. II, 122, 124. III, 310, 565, 566. IV, 413, 429—431.
— extra patrimonium nostrum: I, 452—458.
— quae usu consumuntur: I, 775, 776, 778. II, 594.
— quae pondere, numero, mensura constant (Quantitäten) s. Fungibilitäten.
— dividua, individua s. Theil und Theilbarkeit.
— dubia: I, 382.
— litigiosa: I, 490. III, 247.
— uxoria s. Dos als Frauengut.
Res judicata jus facit: I, 352, 353.
Res judicata pro veritate accipitur: I, 349, 352, 353.
Rescindirbarkeit s. Anfechtbarkeit.
Rescissibilität s. Anfechtbarkeit.
Rescission s. Anfechtung.
Rescissorische Klagen: IV, 422—424, 442—444.
Reservation: I, 363. IV, 277, 278, 295.
Reservatio mentalis s. Mentalreservation.
Resolutivbedingung: II, 709, 710, 716. IV, 146, 137—146.
— Form: IV, 138.
— Fälle: IV, 143.
— Controverse der Alten: IV, 140 bis 142.
— Sinn der recipirten Meinung: IV, 145, 146.
— Wirkung, Retrotraction: IV, 168 bis 180.
— Periculum: IV, 170, 177—179.
— Zwischenverfügungen: IV, 170, 180.
Res perit ei cui debetur: II, 319.
Responsa: I, 8, 214.
Responsum, respondere: I, 124, 125, 126.
Restitutio
— in integrum s. In integrum rest.
— private und magistratische: IV, 79—81.
— Zwang: I, 258—260, 267, 411, 664, 670. IV, 424, 443.
— Befehl: I, 260, 438, 661. IV, 423, 424.
— zur mittelbaren Umstoßung von Rechtsgeschäften: IV, 423—424.

Restitutio
— Naturalrestitution: I, 428, 440. IV, 80, 81.
— der hereditas fideicommissa: III, 442, 443.
— der Dos: III, 756—758, 742 bis 747; Haftung wegen Nichtrestitution: III, 743, 744; wegen vorzeitiger Restitution: III, 744; Restitutionsfrist: III, 743.
Retentiones ex dote: III, 677, 753, 755, 766.
Retentionsrecht
— als bloße soluti retentio: II, 40, 50, 51.
— zu Gunsten von Gegenansprüchen: II, 396.
— wegen Impensen: I, 658—660.
— wegen jus in re: I, 660.
— Verhältniß zur Compensation: II, 421, 424, 425.
— des Pfandgläubigers: II, 618, 619, 857.
— des Onerirten: III, 427—429.
— des Obligirten im negotium claudicans gegenüber dem Pupillen: IV, 416.
— in tauschartigen Geschäften bei ungleichartigen Ansprüchen: II, 429, 430.
— keines des Commodatars und des Depositars: II, 429, 430.
Retrotraction
— der Bedingung: IV, 106—108, 158—180.
— in anderen Pendenzen (incertis): IV, 112—116.
— insbesondere der Ratihabition: III, 798. IV, 378, 379, 381, 447.
— Nichtretrotraction der rechtlich bedingten Geschäfte: IV, 120, 161.
— ausnahmsweise Retrotr. der mortis c. donatio: IV, 125.
Reugeld: II, 709.
Reurecht: II, 539, 540. III, 792 bis 794.
Reverentia: III, 679.
Revocation der Schenkung: III, 689, 790—794. IV, 246, 248.
Rheder s. actio exercitoria.
Rhetoren, Rhetorik: II, 772, 773. IV, 248, 249.
Rivalen: I, 771, 799, 804.
Rivus (Rinnsal, Runzel): I, 453.
Röm. Recht
— reines: I, 1, 2, 6, 8.
— modificirtes: I, 1.
— Modificationen: I, 3, 4, 8, 9.
Rückbürge: II, 190.
Rückfall
— der Dos: III, 759, s. auch Restitutio der Dos.
— des Eigenthums bei Eintritt der Resolutivbedingung: IV, 173, 175, 176.
Rückvermächtniß der Dos s. Dotis relegatio.
Rückwirkung s. Retrotraction.
Rückwirkende Kraft der Gesetze s. Gesetz.
Rückziehung s. Retrotraction.
Ruhende Erbschaft s. Hereditas jacens.
Ruhende Verjährung s. Praescriptio dormiens.
Rustici (Bauern): II, 549. III, 60, 61. IV, 64.

S.

Sacer: II, 158.
Sachbeschädigung: II, 806—816.
Sache, Sachen s. Res.
— herrenlose s. Res nullius.
Sacheinheit: I, 541—546.
Sachenrechte: I, 468—470.
Sachencomplexe: III, 309.
Sacherklärung als Texterklärung: I, 55.
Sachgesammtheit s. universitas rerum.
Sachverbindung s. Verbindung und Vereinigung von Sachen.
Sachwerth: I, 447. II, 340. III, 337.
Säen, Saat s. Satio.
Sacramenta puberum s. Authenticae.
Sacration: II, 158.
Säcularisirung: III, 566, 585, 586.
Sammelgelder s. Geld, gesammeltes.
Sammlungen
— der Novellen: I, 16—20, 33, 35.
— kirchenrechtliche: I, 24, 27—30, 34, 35.
Sanctio, Sanction: I, 93, 94, 239.
— pragmatica: I, 2.
Satio: I, 558.
Satisdatio s. Rechte (im subj. Sinn), Sicherung.

Satisdatio
— rem pupilli salvam fore: III, 827, 828, 843.
Satisfaction: II, 9—12, 436.
— des Pfandgläubigers: II, 878, 879.
Satzung: I, 92.
— Form: I, 93—95.
— zeitliche Beziehung: I, 95—99.
— örtliche Beziehung: I, 101—108.
— absolute, derogirbare: I, 110.
Savigny: I, 13, 14, 17, 83—85.
Schade (s. Damnum und Interesse).
— bei der in integrum restitutio: I, 408—414.
Schadenersatz (s. Interesse, Praestare).
— solidarisch zu prästiren: II, 74, 85, 86.
Schalttag: IV, 225.
Schatz: I, 566, 570—572.
Schätzung (s. Aestimation und Aestimabilität).
— des Besitzes: I, 446—449.
— des Interesses: II, 364—368.
Scheda: IV, 283, 322, 323.
Scheidung: I, 159.
— Gründe: III, 673, 674, 680.
— Strafen: III, 680, 681.
— quoad vinculum, a thoro et mensa: III, 680.
— heutige Gerichtlichkeit: III, 680. IV, 409.
Scheingeschäft: IV, 24.
Scheindelict: IV, 24.
Scheinpreis: II, 707.
Scheinproceß: IV, 24.
Scheinvindication: III, 606.
Scheinwille: IV, 30.
Schenkung (s. auch donatio): III, 307. IV, 245—251, 318, 319, 392.
— Verengerung des Begriffs: IV, 246.
— Unterschied von der mortis c. donatio: IV, 248.
— ein bewegliches Geschäft: IV, 241 bis 243, 245.
— remuneratorische: II, 54, 55. IV, 248, 249.
— zwischen Ehegatten: I, 95. II, 380. III, 790—799. IV, 448.
— zwischen Vater und Kind: III, 658, 662. IV, 448.
— des Vormunds: III, 810, 814.
Schenkung
— des Hauskinds aus dem Peculium: III, 627.
— versprechen: II, 412.
— Insinuation: IV, 279, 280.
— von Todes wegen s. Mortis causa donatio.
— unwiderruflich: III, 790, mit Ausnahmen: s. Revocation.
— Verhältniß zur Dosbestellung: III, 708, 709, 720, 738. IV, 89, 259.
Scherz: IV, 20, 21, 426.
Schiedseidvertrag: I, 386, 387.
Schiedsmann, Schiedsrichter s. Compromiß.
Schiffer s. nauta.
Schiffswurf s. Lex Rhodia de jactu.
Schmerzensgeld: II, 811.
Schöffen: I, 2.
— -stühle: I, 78.
Schrift (als zum Werk gewordenes Wort): IV, 263.
Schriftlichkeit: II, 708. IV, 278, 281—283.
Schuld (als Delictsbestandtheil) s. auch Culpa: II, 155—157.
Schuld (als Passivum) s. auch Debitum: I, 291. II, 33—38, 249, 467, 732, 733.
— als Quelle der condictio: II, 63.
— Erlaß s. Erlaß und pactum de non petendo.
— Uebernahme: IV, 395.
— Initialschulden: II, 468—469.
— Eventualschulden: II, 468, 469.
— Realschulden: II, 472.
Schuldschein: II, 551, 567—574.
— Vermächtniß eines solchen: III, 328.
Schule: I, 3.
— italienische und französische: I, 52, 53.
Schürfrecht: I, 487.
Schwägerschaft s. Affinität.
Schwebe, schwebend s. Pendenz, Pendent.
Schweigen s. Stillschweigen.
Schwiegereltern: I, 144.
Scriptura s. Schrift, Schriftlichkeit und Verbindung von Sachen.
See (lacus): I, 463.
Seitenverwandtschaft: I, 138, 139.
Selbstbeschränkung
— des Eigenthums: I, 483, 484.

Selbſtcontrahiren
— des Vormunds: III, 814—816. IV, 296.
Selbſthilfe: I, 261—268, 746, 748. II, 158, 159. III, 608.
Semel heres semper heres: IV, 220.
Senatus consultum
— de Bacchanalibus: I, 135. III, 584.
— Claudianum: III, 448.
— Hadrianum (Ehen von Römerinnen und Peregrinen): I, 154.
— gegen usucap. pro herede: I, 623, 624.
— Juventianum: I, 623. III, 243.
— Libonianum: III, 63.
— Macedonianum: II, 481—492.
— Neronianum: III, 401.
— Orphitianum: III, 23.
— Pegasianum: III, 332.
— Plancianum: I, 142.
— Tertullianum: III, 23.
— Trebellianum: III, 438, 439.
— über quasi usufructus: I, 775, 782, 783.
— über tutoris datio: III, 848.
— Vellejanum: I, 184. II, 230 bis 244.
Sententia: I, 8.
— recepta: I, 9, 79, 115.
Separatio: III, 491, 492.
— im Concurs: II, 416.
— der Erbſchaftsgläubiger: II, 417. III, 205, 206—209; zu Gunſten der actio funeraria: II, 658.
— als Mittel der deutſchen oder ſächſiſchen Emancipation: I, 169. III, 663.
Sequeſter I, 361, 517. II, 603 bis 605.
Sequeſtration: I, 361.
— der Dos: III, 743.
Servilis cognatio: I, 142, 143.
Servitus in faciendo consistere non potest: I, 763.
Servitus servitutis esse non potest: I, 761, 780.
Servituten: I, 758—806.
— als iura in re: I, 756—758.
— Namen und Verhältniß zum Eigenthum: I, 758—762. III, 321.
— Prädial-: I, 237, 762—772.
— — Begriff: I, 762, 763.
— — Folgen: I, 763—765.
Servituten
— — Nachbarſchaft: I, 764.
— — perpetua causa und Utilität: I, 765.
— — Arten und Fälle: I, 765—772.
— — praediorum rusticorum: I, 765, 766, 768—771.
— — praediorum urbanorum: I, 765, 766, 771, 772.
— — affirmative und prohibitive (negative): I, 765—767.
— — continuae, discontinuae: I, 767.
— Perſonal-: I, 772—786.
— — Begriff: I, 772—774.
— — Arten und Fälle: I, 774—776.
— irreguläre: I, 783, 786.
— Beſitz: I, 786—790.
— Erwerb: I, 790—94.
— Beſtellung: I, 791; sub die: IV, 218; ad diem: IV, 218.
— Erſitzung: I, 792—94.
— Verluſt: I, 794—97.
— Gemeinſchaft und Theilung, Theilbarkeit und Untheilbarkeit: I, 797 bis 801.
— Geltendmachung und Schutz: I, 801, 802.
— als Gegenſtände der Verpfändung: II, 837, 838, 847.
— des Zweckvermögens: III, 513 bis 525.
Servitus altius tollendi: I, 766.
— altius non tollendi: I, 772.
— aquaeductus: I, 767, 770, 771.
— aquaehaustus: I, 771.
— agendi ſ. Actus.
— cloacae mittendae: I, 772.
— eundi ſ. Iter.
— fluminis recipiendi: I, 772.
— fumi, vaporis immittendi: I, 772.
— itineris ſ. Iter.
— luminibus officiendi: I, 766.
— luminum: I, 772.
— ne luminibus officiatur: I, 772.
— ne prospectui officiatur: I, 772.
— oneris ferendi: I, 764, 772.
— projiciendi: I, 772.
— protegendi: I, 772.
— sterculini secundum parietem alterius habendi: I, 772.
— stillicidii recipiendi: I, 772.
— stillicidii non avertendi: I, 766.
— tigni immittendi: I, 771.
— viae ſ. Via.

Servus usufructuarius: IV, 115, 116.
Setzen (beim Spiel): II, 557. IV, 272.
Sicherstellung (s. Caution).
— der Frau für die Dos: III, 756; die donatio propter nuptias: III, 771; die Paraphernen: III, 775.
— der Legatare: III, 418—426.
— der Mündel: III, 827—832, 871.
Siegelung
— des Testaments: III, 57, 61, 62, 64, 98.
— der Annahmeerklärung: IV, 320.
Sigla: I, 11.
Signirung (Markirung): I, 505, 506.
Simulation: IV, 22—26, 87, 284, 426.
Singularsuccession s. Succession.
— in Forderungen s. Cession.
Sitz des Rechts s. Privatrecht, heutiges internationales.
Sklaven s. Servus, Servilis cognatio und Statuliber.
Societas: I, 131. II, 782—794.
— unius rei, negotii, negotiationis, quaestus: II, 783.
— omnium bonorum: II, 783, 786, 787. III, 675; tacita traditio bei derselben: I, 581. II, 786, 787.
— leonina: II, 785.
— vectigalium publicorum: II, 794. III, 495.
Solarium (Bodenzins): I, 809.
Soldaten: I, 608. II, 413, 484, 549. III, 209. IV, 64.
— Testament s. Testamentum militis.
Solennität: III, 47, 56, 57, 98. IV, 265, 266.
Solidarität der Obligation (Solidarobligation): II, 65—90, 209—211, 216, 217, 814.
— Bedeutungen: II, 70, 71.
— Gründe: II, 71—77.
— Unität, Identität, Correalität in der Solidarobligation: II, 79—84, 167.
— Rangordnung der solidarisch Obligirten: II, 89, 90.
— der Rei obligatio: II, 879—882.
— von onerirten Miterben: III, 377.
— der Verwalter von Zweckvermögen: III, 574, 575.
Solutio: II, 18, 19, 114, 434, 435, 439.
Solutionis causa adjecti: II, 449.
Soluti retentio s. Retentionsrecht.
Sondergut: III, 458.
— der Kinder:
— — Geschichte: III, 614—654.
— — im justinianischen Recht: III, 655—660. I, 193.
— — im heutigen Recht: III, 660 bis 664.
Sonderrecht s. jus singulare.
Sondersocius: II, 281, 282, 790.
Sonderzwecke: I, 202.
Sonderzweckvermögen: III, 480, 481, 497, 506, 508.
Spado: I, 161.
Spangenberg: I, 38.
Spatium deliberandi s. Deliberationsfrist.
Specialcuratelen: III, 893, 894.
Specialgeschäfte: IV, 89.
Specialhypothek: II, 838.
Specialisirung (der generellen Obligation): II, 109.
Species: II, 99, 101, 517. III, 308, 318, 721, 722.
Specification: I, 256, 572—580, 605. II, 855.
— ihr Verhältniß zur Accession: I, 559, 560.
Speculation (über die Anfänge des Rechts): I, 65.
Spiel, Spielschuld: II, 499, 556 bis 558. IV, 426.
— im Gegensatz zur Ernsthaftigkeit der Handlung: IV, 20.
— Stiftungen für Spiele: III, 547.
Spoliation s. Actio spolii.
Sponsalia s. Verlobung, Verlöbniß.
— bina: I, 182.
Sponsalium: III, 766, 771, 772, 774.
Sponsio: II, 557.
Sprachlos, -igkeit s. Stumm, -heit.
Sprüche, Spruchcollegien: I, 78.
Spurii: I, 142.
Staat: I, 131—137, 220.
— vermögen: III, 481—484.
Stabularius (s. auch receptum stabulariorum): II, 277, 814.
Stamm: I, 140.
— vater: I, 146.
— tafel s. Stemma cognationis.
Stationes fisci: III, 483.
Statuliber: II, 741, 745.

Status: I, 178, 179.
— bestrittner eines Unmündigen: III, 195, 803.
— =Klagen s. auch Actiones praejudiciales: III, 609. IV, 409.
— =Proceß: III, 857.
— mutatio: III, 684.
Statuta, Statuten
— von Corporationen: I, 116, 136. III, 563, 585.
— Collision s. Privatrecht, heutiges internationales.
— personalia, realia, mixta s. ebenda.
Stellvertretung: I, 176. IV, 332 bis 396.
— Definition: IV, 333—335.
— ob „mittelbare"? IV, 341.
— ob ohne Vollmacht? IV, 366 bis 369.
— Unterschied von Verträgen zu Gunsten Dritter: IV, 385—388, 335 (Z. 17 l. Anderen st. Ersteren; Z. 18 l. Ersteren st. Anderen).
— Unterschied von Unterstützung im Erwerb: IV, 337.
— Unterschied von Zwischenvertretung: IV, 342—344.
— Fehlen im röm. Recht, IV, 355.
— Geschichte und Fälle im röm. Recht: IV, 351—360.
— heutige Geltung: IV, 360, 361.
— Erfordernisse: IV, 361—366.
— durch den Vormund: III, 811 bis 814.
— im Besitzerwerb: IV, 337, 338, 345—350, 351—353 (s. auch Besitzerwerb durch Dritte).
— im Erbschaftsantritt: III, 188, 189.
— im Proceß: IV, 353—355.
Stemma cognationis: I, 139, 140.
Steuer: III, 516, 517.
Stieffinder: I, 144, 145.
Stiefmutter: I, 145.
Stiefvater: II, 876.
Stiftung
— im activen Sinn (Errichtung): I, 207. III, 545—552, 554.
— als Bestehendes (Stiftungsvermögen oder gestiftetes Vermögen), welches in fast allen Fällen des Zweckvermögens vorkommt: I, 204, 466, 467, 491. III, 476, 477, 480, 481, 484, 487.
Stiftung
— Staatsgenehmigung? III, 508 bis 510.
— Substrat? III, 511, 512.
— Aufhebung und Convertirung: III, 582—586.
— Executoren, Vertreter: III, 537, 549, 550, 553—555.
— Verwalter, =Pfleger: III, 556, 558—561, 568.
— Verwaltung: III, 563, 564.
— Rechtliche Bedeutung eines in der Stiftung enthaltenen Veräußerungsverbotes: III, 566, 567.
— inwieweit Stiftungen noch im classischen Recht und Surrogate: III, 546—550.
Stipendienstiftungen: III, 551.
Stillschweigen
— als concludentes Factum: IV, 273 bis 277.
— der Ratihabition gleichstehend: IV, 448.
Stillschweigende Handlungen s. Concludente Handlungen.
Stipes communis: I, 139, 144.
Stipulation: II, 566, 567. IV, 88, 297, 298, 325, 384—388, 390, 395.
— Eintheilung: I, 361.
— erzwungene: IV, 70, 93.
— prätorische: I, 305.
— Aquiliana: II, 373.
— der Dos: III, 738, 741, 742, 753.
Stirps (Stamm): I, 140.
Strafe s. Poena.
Strafklagen s. Pönalklagen.
Strafobligation: II, 158. III, 29, 30; s. auch Pönalstipulation.
Strafrecht, familienrechtliches: III, 595, 596, 604, 674. I, 150.
Strafsatzung: I, 211.
Straße s. Via und Weg.
Streitabstand s. Vergleich.
Streitbegiun, Folgen desselben: I, 354 bis 357.
Strieti iuris actiones, judicia, obligationes, negotia, contractus s. actiones stricti iuris, obligationes strengere, negotium stricti juris, bonae fidei negotia und contractus.
Stumm, =heit: I, 176, 181, 225. III, 49, 885.

Stundung ſ. Moratorium und Pactum de non petendo.
Subject (Rechtsſubj.): I, 201, 204, 451. III, 469—474.
Sublucatio ſ. Baum, überhangender.
Subpignus: II, 615, 838.
Subrogatio: I, 130.
Subſcription: I, 14, 15.
Subscriptor, octavus: III, 62. IV, 339.
Subſidiäres Recht: I, 5.
Subſidiärklagen: I, 410, 411. II, 656, 824. III, 829—832. IV, 79 bis 81.
Subſtitut
— des Mandatars: II, 281, 775.
— des conductor operis: II, 281, 766.
Substitutio
— vulgaris: III, 83—88.
— pupillaris: III, 84, 88—93.
— duplex: III, 92, 93.
— reciproca: III, 93.
— quasipupillaris: III, 93, 94.
— tacita: IV, 272.
— beim Vermächtniß: III, 379 bis 383, 408, 409.
— fideicommiſſariſche: III, 380.
Substitutus substituto est substitutus instituto: III, 85.
Subſtrat (der juriſtiſchen Perſon): III, 508, 511, 512.
Succeſſive Delation: III, 165—167.
Succeſſive Klagenconcurrenz: I, 344.
Succeſſives Vermächtniß: III, 380.
Successio (ſ. auch Ceſſion und Univerſalſucceſſion): I, 237, 240 bis 247.
— translative: I, 241—243.
— conſtitutive: I, 243, 244.
— in usucapionem: I, 634, 635.
— hypothekariſche: II, 399, 842, 843, 863—866.
— in die Gläubigerſchaft von Inhaberpapieren: II, 579.
— ordinum et graduum: III, 136 bis 142; ſ. auch Succeſſive Delation.
— per universitatem: III, 2—4, 439—442.
— in locum defuncti: III, 3.
— in locum parentis bei der Collation: III, 300, 301.
— in querelam inofficiosi: III, 256, 257.
— Singularſucc. in Forderungen ſ. Ceſſion.
Sucessio
— in der exceptio rei judicatae: I, 347.
Sui heredes ſ. Heredes sui ac necessarii.
Sui juris homines: I, 192, 193, 218.
Summa, Summarien, Summirung: I, 51, 58, 59, 61, 62.
Summariissimum: I, 745.
Summenverſprechen: II, 380, 381.
Superficies: I, 237, 807—826; Wortbedeutung: I, 816.
— als ius in re: I, 756—757.
— als Pfandobject: II, 838.
— Beſitz und Recht des Superficiars und des Grundherrn: I, 816 bis 821.
— Verpflichtungen aus Superficies: I, 823.
— Begründung: I, 823—825; ad diem: IV, 219.
— Endigung: I, 825, 826.
Suspecti postulatio: III, 821, 838, 839, 870.
Suſpenſe Verhältniſſe ꝛc. ſ. Pendenz.
Suſpenſivbedingung: IV, 137—146; ſ. auch Bedingung, Conditio, Retrotraction.
Suspensum ſ. Actio de positis et suspensis.
Suſtentation (als Charakter der Beamtenbeſoldung): II, 773, 774.
Suus ſ. Heredes sui.
Symbol: IV, 266, 267.
Symboliſche Gewalt: I, 737, 739, 744.
Synallagma: II, 629, 698, 699. IV, 298.
Syndicatsklage ſ. Litem suam facere.
Syndicus: III, 532, 572.
Syſteme, Syſtematiſirung, ſyſtematiſche Behandlung: I, 58, 61—64, 73—76, 86—89.

T.

Taberna (Waarenlager): II, 874, 838; ihr instrumentum: IV, 200.
Tacitus, a, um, tacite: IV, 269, 271, 272; ſ. auch Stillſchweigen und Concludente Handlungen, ſowie die mit tacitus prädicirten

Thatsachen, z. B. traditio, conditio.
Tag: IV, 223, 224; s. auch Dies und Schalttag.
Taubheit, Taube: I, 176, 181, 225. III, 49. IV, 316.
— stumm: I, 181. III, 49, 55, 56.
Tausch: II, 699—701.
Tempel, Tempelschatz: III, 497.
Temporalis
— actio s. Actiones temporales.
— conductio: I, 811.
Tempus
— utile: I, 394, 431, 432. IV, 225.
— continuum: I, 403, 431. IV, 225.
— hostilitatis: I, 610.
— schismatum: I, 610.
— aquae: I, 770, 771.
Tenne: I, 486.
Tenor legis: I, 95, 121.
Termin s. auch dies.
— beim Vermächtniß: III, 400.
— Anfangs-: IV, 206—216.
— End-: I, 237, 390, 797. IV, 216 bis 221.
— bei Superficies und Emphyteusis: I, 810, 811.
Testament: III, 46, 47, 56.
Testamentarius (Testamentsschreiber): III, 63. IV, 339.
Testamente, Arten: III, 57—63.
— gemeinschaftliche, gegenseitige: III, 64—67.
Testamenti factio (s. auch Jus testandi): I, 105, 106, 155, 156, 175, 176, 177, 181, 225. III, 47—56, 97, 99, 100, 371, 372, 430, 431.
— des filiusfamilias miles: III, 634.
— sog. juristischer Personen: III, 534—536.
Testamentserrichtung: III, 56—71.
Testamentsexecutoren: III, 96, 552, 555, 561.
Testamentsexemplare: III, 64.
Testamentszeugen: III, 50, 51, 55.
Testamentum
— ad pias causas: III, 59, 390.
— apud acta conditum: III, 62.
— desertum, destitutum: III, 100.
— holographum: III, 57.
— imperfectum: III, 98, 99. IV, 94.
— injustum: III, 107.
Testamentum
— inofficiosum: III, 102—113, 604.
— irritum: III, 99, 100.
— judici oblatum: III, 62, 63.
— militis: III, 58, 59, 335.
— mysticum: III, 81.
— nuncupativum: III, 58.
— parentum inter liberos: III, 60, 295, 390.
— principi oblatum: III, 62, 63.
— reciprocum: III, 65—67.
— ruptum: III, 101, 102, 107.
— ruri confectum: III, 60, 61.
— tempore pestis conditum: III, 61.
Testimonium domesticum: III, 50.
Testirfähigkeit s. Testamenti factio.
Testirunfähigkeit der Apostaten, Manichäer: III, 48; der Wucherer: III, 50.
Text des Corpus iur. civ. (s. auch Handschriften desselben): I, 20—24.
Theil (pars, portio) pro diviso, pro indiviso (körperlicher, ideeller oder intellectueller) des Eigenthums: I, 477—479, 707.
— des Besitzes: I, 497, 498.
— der Servitut, der Leistung, Obligation s. Theilbarkeit.
— der Erbschaft (aliquoter): III, 73, 81, 153, 154, 167, 187, 188, 215, 216, 336.
— von Gewinn und Verlust bei der Societät: II, 788, 789. III, 495.
— des Vermächtnisses: III, 384, 385.
— als Pfand: II, 880.
Theilbarkeit der Leistung, der Obligation: II, 65—90; s. auch Solidarität.
— der Servituten: I, 797—801.
— der Bedingung: I, 372. II, 69, 76.
— der Dereliction: I, 646.
Theileviction: II, 738, 739.
Theilzahlung: II, 446, 447, 879.
Theilung
— der Erbschaft bei testamentarischer Erbfolge: III, 73, 74, 81, 82; bei Intestaterbfolge: III, 134—136, 142, 143.
— der Onerirung unter mehrere Erben: III, 376, 377.
— der Honorirung unter mehrere Legatare: III, 384, 385.
— der Tutel: III, 832—840.

Theilung
— der Cura: III, 873.
— der Früchte beim Ususfructus: I, 777; bei Dotis restitutio: III, 745—752.
Theilungsklagen: I, 277, 295, 296, 592, 706—713, 791. II, 670—719.
Theophilus: I, 26, 33, 48.
Theoretiſche Verarbeitung der Quellen: I, 58—76.
Thesaurus ſ. Schatz.
Thiere, wilde: I, 504, 527, 526; ſ. auch Pauperies.
Tignum junctum: I, 404, 557, 609.
Titel, titulus (Beſitz-, Uſucapions-): I, 613—627.
— ſein Verhältniß zur bona fides: I, 615—617.
— pro suo: I, 619.
— pro derelicto: I, 619, 620.
— pro herede: I, 620—625.
— putativus: I, 626, 627. IV, 91.
— — bei der actio Publiciana: I, 678.
— des Beklagten der hereditatis petitio ſ. daſelbſt.
Tod
— Priorität: I, 174.
— bürgerlicher: I, 179.
— als Beſitzverluſtgrund: I, 527, 530.
— als Endpunkt von Rechten: II, 688. III, 29, 30.
— als Erlöſchungsgrund der Offerte: IV, 311, 312; der Vollmacht: IV, 377, 378; nicht der Ratihabirbarkeit: IV, 381, 382.
— als causa und juris conditio: II, 534, 535. IV, 123, 161.
Todte Hand ſ. Amortiſationsgeſetze.
Todtgeborne: I, 172.
Tödtungsrecht des Vaters: III, 594, 596, 604.
Totiens praescribi actioni nondum natae, quotiens nativitas est in potestate creditoris: I, 403.
Tractate: IV, 321.
Traditio: I, 505—507, 580—591. IV, 90, 91, 302, 437, 438.
— tacita: I, 581
— longa manu: I, 505.
— brevi manu: I, 506, 507, 580, 581.
— possessionis und vacuae possessionis: I, 507—516.
— bedingte: IV, 165.
Traditio
— nuda: I, 586.
— erzwungene: IV, 70—72.
— als Rechtsgeſchäft: IV, 11, 12, 264.
Traditionsurkunden: I, 508, 581.
Tränkrecht (pecoris ad aquam appulsus): I, 771.
Transaction ſ. auch Vergleich: II, 389, 390.
Transitus legalis: I, 581, 593, 594. II, 786.
Translatio imperii R.: I, 6, 7, 83, 84.
Translatio des Vermächtniſſes: III, 434—436.
— judicii: III, 813.
— actionum: III, 442.
Transmiſſion (der Erbſchaft): III, 156—164.
— ex iure patrio: III, 158.
— ex capite infantiae: III, 159.
— ex capite suitatis: III, 160, 161.
— Theodosiana: III, 159, 160.
— Justinianea: III, 161—163.
— ex capite in integrum restitutionis: III, 163, 164.
Transmiſſion (des Vermächtniſſes): III, 379, 403.
Tratte: II, 584, 781.
Trauer
— -jahr, -zeit: I, 157. III, 671.
— -pflicht: III, 681—83.
Trebellianiſche Quart: III, 438.
Tres partes: I, 12, 46.
Tridentinum: I, 152.
Trödelcontract: II, 626, 630.
Trug: II, 821—825.
Trunkenheit: I, 190.
Tuitio
— der Tutel: III, 803, 804.
— prätoriſche: I, 781.
Turbatio sanguinis: III, 681—683.
Turinergloſſe: I, 16.
Turpitudo ſ. Infamie.
Tutela: II, 658—670. III, 800—868.
— Definition: III, 802, 803.
— testamentaria, legitima, dativa: III, 846, 847.
— testamentaria imperfecta: III, 853.
— divisa, indivisa: II, 664—666. III, 832—840.
Tutor gerens, non gerens, honorarius: II, 89, 90, 662—665. III, 834—839.
— in notitiam datus: III, 833, 838.

Tutor
— Erben: II, 669, 670. III, 826.
— falsus: II, 667, 668. III, 866 bis 868.
Tutorem habenti tutor non datur: III, 847, 851, 877, 882.
Tutorium: III, 880.

U.

Uebergang durch Singularsuccession s. Succession.
Uebergang durch den Tod
— von Rechten: III, 1; Ausnahmen: II, 688. III, 29, 30; außerhalb und neben der Erbfolge: III, 694.
— von Delictshaftungen: I, 279.
— von tutelarischer Haftung: III, 826.
Uebergang von Zweckvermögen: III, 584–586.
Ueberhang (von Bäumen) s. Baum.
Uebersetzungen der Quellen: I, 48, 49.
Uebertragung
— der Forderung s. Cession.
Uebung: I, 1, 2, 4, 9, 80, 113 bis 117, 123.
Umarbeitung s. Specification.
Umfang
— der Dos: III, 725—729.
— des Pfandrechts: II, 874.
Unabhängigkeit von väterlicher Gewalt
— in der testamenti factio: III, 49.
— behufs Geschäfte mit dem Vater: III, 599, 600, 634, 657—659, 662–664.
Uneheliche Kinder s. Liberi.
Unerlaubte Bedingungen s. Bedingung, unerlaubte.
Ungeborene s. Embryo.
Ungenannte
— Realcontracte: II, 624–631.
— Consensualcontracte: II, 800, 801.
Ungetheiltheit s. Solidarität u. Theilbarkeit.
Ungiltig, Ungiltigkeit (s. auch Nichtigkeit und Anfechtbarkeit): I, 176. IV, 403. 404.
— ihre römische Bezeichnung: IV, 404. I, 369.
Unitas
— personae, personarum: II, 45. III, 600, 601.
— actus: III, 57. IV, 352.
Universalfideicommiß, -vermächtniß: III, 437—448.
Universalsuccession
— systematische Stellung: I, 444.
— des Erben: III, 1—5, 7, 203, 204.
— des Ereptor hereditatis: III, 52, 449, 450.
— des Fiscus, der Corporationen, Kirchen in bona vacantia: III, 450, 537, 538, 586.
— des Fiscus in das Vermögen Lebender s. Confiscation.
— des Universalfideicommissars: III, 439—442.
— gewissermaßen der armen Wittwe und vermöge der Quarta Divi Pii: III, 449.
— antiquirte Arten: III, 448.
Universitas
— personarum: I, 196, 202. III, 478, 511, 531; inordinata: III, 557.
— rerum (corporum, facti): I, 196, 469, 470, 475, 542—545, 558. II, 874. III, 511.
Universitäten: III, 496.
Unmögliche
— Bedingungen s. Bedingungen, unmögliche.
— Leistungen s. Leistung, Unmöglichkeit.
Unmündig, Unmündigkeit s. Pubertas.
— Arrogirter s. Quarta Divi Pii.
Unrecht: I, 92. II, 152, 157.
Unsittliche Bedingungen s. Bedingung, unerlaubte.
Unsittliches: II, 122, 123.
Unterbrechung
— der Ersitzung: I, 637–639, 794.
— der Klagverjährung: I, 354, 400.
Untergang der Sache s. Interitus rei.
Unterlassung: I, 239. II, 153, 154.
— als Grund der zur in integr. rest. berechtigenden Läsion: I, 418, 419.
Unterschlagung: II, 804.
Unterschrift
— der Parteien: IV, 282, 322, 323.
— des Testators, der Zeugen s. Testamentserrichtung.

Untheilbarkeit ſ. Theilbarkeit und Solidarität.
Unübertragbarkeit der Perſonalſervituten: I, 773.
Unus casus (einer Vindication durch den Beſitzer): I, 649, 652.
Unveräußerlichkeit des Zweckvermögens von ſeinem Zweck: III, 475, 476, 563—567; insbeſondere der res extra commercium: III, 565, 566; der res ecclesiasticae: III, 564, 565, 566; ſtiftungsgemäße: III, 566, 567; ſ. auch Veräußerungsverbote.
Unvererblichkeit
— gewiſſer Rechte: I, 235. II, 688. III, 29, 30.
Unvordenklichkeit ſ. Zeit, unvordenkliche.
Unwiderruflichkeit
— der Schenkung ſ. Revocation.
— bedingter Geſchäfte: IV, 149.
Urkunden: IV, 282, 283, 322—324; über Schulden: II, 567—584.
Urkundenexhibition: II, 689.
Urtheil
— formelle Wahrheit: I, 348 bis 353.
— Rechtskraft ſ. Exceptio rei judicatae.
— Obligirung durch U.: I, 326, 327.
Uſualinterpretation: III, 309, 374. IV, 188—195, 295.
Usucapio (ſ. auch Erſitzung): I, 595.
— Verhältniß zur longi temporis possessio: I, 602, 603.
— lucrativa pro herede: I, 621, 623, 625. III, 3, 4, 13, 422.
— pro emtore, derelicto, donato, dote, herede, legato, noxae dedito, soluto, transacto: I, 618 bis 625.
— pro adjudicato: I, 707.
— libertatis: I, 796.
Uſucapionsbeſitz: I, 611—633.
Uſucapionsverbot: I, 605—610.
Uſucapionszeit: I, 633—637. IV, 224.
Usurae (ſ. Zins)
— legitimae ſ. Zinſen, geſetzliche.
— pupillares: III, 818.
Usurpatio: I, 637, 639, 640.
Usus (ſ. auch Gebrauch, Gebrauchsrecht): I, 784—786.
— furtum usus: II, 804.
— modernus: I, 9.
Usus
— modernus Pandectarum: I, 4.
Ususfructus: I, 244, 773—778. Verhältniß zum Quasiusufr.: I, 775.
— an Kleidern: I, 776.
— am ganzen Vermögen (omnium bonorum): I, 782, 783.
— an Forderungen (nominis): I, 469, 778—780.
— an der vermachten Sache: III, 321.
— legalis: I, 483, 760, 777, 791; des Vaters am Adventizgut: III, 649—652.
— separatus: III, 602, 646.
Ususfructus
— als Dos, bei Dotis restitutio: III, 757.
— vermacht: III, 324, 325; Zuſammentreffen von Anfall und Erwerb: III, 404.
— verpachtet, verpfändet ꝛc.: I, 776. II, 697, 838.
— Cedirung: I, 773.
— Heimfall: I, 475, 778. II, 874.
— petitio, vindicatio: I, 801.
— repetitio: I, 795.
Usus juris: I, 792.
Usus publicus ſ. Res publicae.
Uti frui licere: I, 213. II, 755, 757.
Utilis actio ſ. Actiones utiles.
Utilitas: I, 112. IV, 441.
— circa rem ipsam: II, 355, 356.

V.

Valutaverhältniß: II, 381.
Variae causarum figurae: II, 132.
Varianten: I, 30, 31, 36, 40, 41.
Väterliche Gewalt: I, 94, 106, 148, 151, 162, 165, 169, 209, 210, 218, 237. III, 594—664; Weſen und Inhalt: III, 594—605; ſ. auch Adoption, Legitimation, Hausgewalt.
Vatergut: III, 684.
Vaterſchaft: I, 140—143. III, 778 bis 780.
— Negation der V.: I, 293.
Venditio ſ. Kauf und Verkauf.

Venditio
— als Veräußerung: I, 460. II, 128, 694, 700. IV, 430, 431, 440.
Venditiones fiscales (privilegirt): III, 581.
Venia aetatis: I, 226, 418. III, 876.
Ventris in possessionem missio ſ. Missio in poss. ventris nomine.
Veräußerungen Minderjähriger: I, 186.
Veräußerungsbefugniß: IV, 373, 374.
Veräußerungsbeſchränkung: I, 491.
Veräußerungsgebot: III, 818.
Veräußerungsmacht oder **-recht** (alienandi potestas): I, 212, 241. IV, 373, 374.
— des Pfandgläubigers ſ. Jus distrahendi (pignoris).
Veräußerungsverbote: I, 488—492.
— private (durch Vertrag oder Vermächtniß): I, 488—490, 491. III, 380, 381; (durch Stiftung und Statut): III, 563, 564, 566, 567.
— richterliche oder magiſtratiſche: I, 490.
— geſetzliche, imperfecte: I, 212, 490, IV, 280; perfecte: I, 490—492, 515. IV, 440.
— abſolute der res extra commercium: I, 491. III, 564—566.
— zeitweilige bedingte mit perfecter Wirkung: der res litigiosa: I, 490. III, 247; des fundus dotalis: III, 696—698, 758; der res minorum: III, 816, 817; der Vermächtniſſe: III, 424—426; der Adventizgüter: III, 649, 654; der Immobilien einer donatio propter nuptias: III, 771.
— zugleich Uſucapionsverbot: I, 608; die Leiſtung unmöglich machend: II, 122, 123.
Verantwortlichkeit
— des Vaters wegen der Adventizien: III, 653, 654.
— des Vormunds: III, 880.
Verarbeitung ſ. Specifikation.
Verarbeitung der Quellen (als Theil der Literatur): I, 58—81.
Verba (im Gegenſatz zu actum oder voluntas): IV, 258—260.
Verba executiva, obligativa: IV, 365.
Verbietende Geſetze ſ. Verbote, geſetzliche.
Verbindlichkeit: II, 1, 33—38, 467, 587—590.
Verbindung
— als Beſtandtheil oder als Quelle der Rechte: I, 219—221.
— von Perſonen: I, 132, 219, 220.
— von Sachen: I, 554—561.
— rechtliche, als Weſen des Eigenthums: I, 470—472.
— factiſche: I, 492—495.
— von Wille mit Willen ſ. Willenseinigung.
Verbote (ſ. auch Veräußerungsverbote).
— private (als einſeitige Handlungen): I, 214. IV, 251.
— geſetzliche I, 90, 93, 94, 262, 263. IV, 439, 440.
— magiſtratiſche: I, 94, 262, 734, 735—738.
Verdingung ſ. Locatio conductio.
— der Kinder: III, 595, 613.
Vereidigung
— des curator minorum: III, 828.
— des tutor? III, 828.
Vereine: III, 488, 493, 496.
Vereinigung von Sachen: I, 541 bis 546; ſ. auch Verbindung von Sachen.
Verfrachtung: II, 279, 280.
Verführer (Dotationspflicht): III, 785.
Vergewaltigung ſ. Metus und Vis.
Vergleich: I, 382—386.
— als Begleichung ſtreitiger Anſprüche: I, 382—385.
— als Verwandlung von Anſprüchen: I, 385, 386.
— über res judicata: I, 382, 383, 384.
— über Streitigkeiten aus Teſtamenten: I, 384. III, 116, 120.
— über letztwillig erworbene Alimente: I, 386.
— Anfechtbarkeit: I, 383, 384. II, 537, 538.
Verhandlungsprotokolle: I, 120.
Verhinderung als Grund der in integrum restitutio: I, 418—426.
Verirrung ſ. Irrthum.
Verjährung (ſ. Klagverjährung).
— eines Privilegs: I, 233.
— der in integrum restitutio: I, 431—434.

Verjährung
— der Emphyteusis und der Superficies: I, 825, 826.
— im Interdictum Uti possidetis: I, 744.

Verkauf s. Kauf.

Verkaufsrecht s. Veräußerungsbefugniß und Veräußerungsmacht.

Verkürzung
— der Gläubiger: II, 825—834; s. auch Actio Pauliana.

Verletzung über die Hälfte s. Laesio enormis.

Verlobung, Verlöbniß: I, 145, 151 bis 153. III, 596, 597; s. auch Sponsalia, Sponsalium und Arra sponsalicia.

Verlust
— des Besitzes: I, 522—533.
— des Eigenthums: I, 645, 646.
— der Testirfähigkeit: III, 100.

Vermächtniß: III, 306—448; (s. auch Legatum, Fideicommissum, Quarta Falcidia, Sicherstellung der Legatare).
— Begriff: III, 306—308 onus und delibatio hereditatis, donatio: IV, 248, ob nothwendig Bereicherung? III, 307; Uebergang zur Universalsuccession: III, 437 bis 439.
— Arten: III, 397 (legatum und fideicommissum, ein solches neuer Art: III, 394).
— Gegenstand: Sachen extra commercium: III, 310; deren commercium dem Honorirten fehlt: III, 310. IV, 438; aedibus juncta: III, 313, 314. IV, 413; dem Honorirten gehörige: III, 311 bis 313. IV, 413, 433; corporales und incorporales: III, 308; fremde: III, 314, 315; freie und belastete: III, 321—323; Quantitäten, Raten, Renten: III, 316—318; Alimente: III, 318; Einkünfte: III, 324; Species generell, alternativ: III, 318—321; jura in re: III, 324, 325; ususfructus omnium bonorum: I, 782, 783. III, 309, 324, 325; Superficies und Emphyteusis: I, 824; Pfandrecht: II, 877; Obligationen: III, 325—332; Nachlaß der Rechnungslegung: III, 329; Schuldschein: III, 328; Sachencomplexe: III, 309; ganzes Vermögen: III, 309, 332 (Universalvermächtniß).
— Testamenti factio: III, 47, 371, 372, 430.
— Errichtung: 390—400; stets Nebengeschäft: III, 392, 393. IV, 238; auf fremden Willen gestellt: III, 396; mit Irrthum oder Unkenntniß über sich und Andere, s. Irrthum beim Vermächtniß und über die eigene Person; Bedingtheit: IV, 115, 121, 166, 167, 156 bis 158. III, 403, 405, 409 bis 411; captatorisches: III, 400; betagtes: III, 406—408, 437: IV, 214, 215, 220; concludirtes: III, 397; zweideutiges: III, 308, 309, s. auch Auslegung der Willenserklärungen; alternatives: III, 320, 921.
— Onerirung: Wer und wieweit: III, 371—377; Uebergang durch Accrescenz und Substitution: III, 172—175, 357, 358, 437.
— Honorirung: Wer und wieweit: III, 371—374, 377—385, 710; des Erben (Prälegat): III, 385 bis 389; conjunctive, disjunctive: III, 384, 385; s. auch Substitution beim Vermächtniß, Translation des V.
— Recht und Sicherung: III, 400 bis 402, 418—428.
— Erwerb (Anfall, Ausschlagung, Accrescenz): III, 402—418.
— Nichtigkeit: III, 428—431.
— Untergang: mit dem Testament: III, 431, 432; Ausnahmen durch das Edict si quis omissa causa testamenti, durch Codicillarklausel, bei Inofficiosität des Testaments: III, 432, 433; bei Fortbestand des Testaments durch Widerruf (ademptio legati): III, 433—436, s. auch Indignität und Incapacität.

Vermächtnißschulden: II, 553, 554.

Vermarkung (von Grenzen), Klage darauf? I, 709.

Vermögen
— Verhältniß zur Person (Subject): I, 197—201; s. auch Subject.
— Begriff und Bestandtheile: I, 445—452.

Vermögen
— Sachen außerhalb desselben: I, 452—458.
Vermögensfähigkeit: I, 198.
— des Staats, der Gemeinde, Corporation, Kirche, piae causae: I, 202. III, 478—480.
— des suus: III, 598, 599.
Vermögensgemeinschaft
— alte zwischen Vater und Kind s. Hausgut.
— zwischen Mann und Frau? III, 675.
Vermögensherrschaft des Vaters: III, 622, 623, 650.
Vermuthung s. Praesumtio, Präsumtionen.
Vernehmungstheorie: IV, 314—320.
Veronensis (Veroneser Palimpsest) s. Handschriften des Codex.
Verpfändung
— von jura in re: II, 837, 838.
— von Forderungen s. pignus nominis.
— eines Pfandrechts: II, 838.
— künftiger Sachen: II, 839, 873.
Versäumniß s. auch Mora: II, 328 bis 330.
Verschollenheit: I, 174. III, 190, 191, 891.
Verschuldung: II, 248—312.
— Prästation: II, 251, 253—261.
— — Dritter (innerh. einer Obligation): II, 277—286.
— Mora als Art: II, 287, 288.
Verschwender: I, 180, 191. III, 49, 603.
— Vormundschaft über: III, 885 887.
Versehen s. Irrthum.
Versicherung (s. auch Lebensversicherung) II, 559—561.
Versio (in rem) s. actio de in rem verso.
Versio vulgata: I, 17, 20.
Versprechen, Versprechung
— die eine Vertragsform: IV, 297.
— einseitiges: II, 132, 133, 141. IV, 254, 298, 313.
— einer fremden Handlung: IV, 384, 385.
Versteigerung: 329—332.
— Gebot: II, 143.
Vertrag (s. auch contractus): IV, 295—297.
— obligatorischer: II, 132. IV, 297 bis 299; seine Form s. Form.
— aleatorischer: II, 559—561; (gewagter, Glücks-).
— gegenseitiger: IV, 298.
Vertrag
— zu Gunsten Dritter: IV, 335, 350, 384—396. II, 561.
— — gültige: IV, 391—395.
— — principielle Nichtigkeit: IV, 388 bis 391.
— zu Gunsten der Erben: IV, 392, 394.
— liberatorischer: IV, 300, 301.
— dinglicher: IV, 301—303.
Vertragsinteresse s. Interesse.
— negatives s. Interesse, negatives.
Vertragsreproduction: IV, 324.
Vertreter
— im Recht (subj. S.): I, 205, 206.
— stiller: IV, 341, 342.
— für Zweckvermögen: I, 206, 213.
Vertretung
— des Verhinderten, dessen restitutio in integr. ausschließend: I, 421, 423—426.
— in eigenem Namen (stille): IV, 340—342, 370.
Verum rei pretium s. Sachwerth.
Verwaltung
— des Adventizgutes: III, 650, 652—654.
— — des irregulären: III, 653.
— der Paraphernen: III, 776.
— des Mündelguts: s. Administration des Vormundes, der Curatoren.
— des curator bonorum: III, 889, 891.
— des Zweckvermögens: III, 556 bis 577.
Verwaltungsgeschäfte: III, 561, 562, 626—628. 810—816.
Verwaltungsgesetze: III, 562—567, 816—820, 880, 881.
Verwandtschaft (s. auch Agnation): I, 137—144, 168.
— durch Geburt: I, 138.
— durch Zeugung: I, 138.
— — eheliche, uneheliche: III, 778.
— Seiten-: I, 138, 139.
— in aufsteigender, in absteigender Linie: I, 138.

Verwandtschaft
— vollbürtige: I, 138.
— halbbürtige: I, 138.
— mehrfache: I, 138. III, 133.
— Zählung: I, 139.
— Beweis: I, 140—143.
— Rechte: I, 143, 144, 147. III, 776—799.
— Pflichten: I, 143, 144. III, 777 bis 787.
— Immunitäten: I, 143, 144. III, 787—799.
— Einschränkungen des gemeinen Rechts: I, 143, 144, 154.
Verwandtschaftsrechte und **-pflichten** s. Verwandtschaft, Rechte und Pflichten.
Verwendungen s. Impensae und Actio de in rem verso.
Verwirkung
— als Eigenthumserwerb: I, 593, 594.
— der Anzahlung durch lex commissoria beim Kauf: III, 241, IV, 143.
Verzehrbar s. Res quae usu consumuntur.
Verzicht: IV, 253—254.
— auf Privileg: I, 233.
— auf Anfechtung: IV, 449.
— auf in integr. restit.: I, 431, 439.
— auf Servituten: I, 795.
— auf Pfandrecht: II, 856.
— auf die lex Falcidia: III, 370.
— auf Exceptionen: IV, 401, 402.
— stillschweigender: IV, 271.
Verzug s. Mora.
Verzugszinse: II, 300.
Via: I, 769.
— publica s. Wege, öffentliche.
Vindicatio
— rei: I, 647, 648—664. II, 680 684.
— Besitz als Voraussetzung: I, 649 bis 652.
— einer Heerde: I, 653—655.
— incertae partis: I, 656. III, 368.
— von Hauskindern: III, 605, 606.
— servitutis, ususfructus: I, 801, 802.
— utilis: I, 300, 820 (des Emphyteuta und des Superficiars) s. auch actiones in rem, utilis.

Vindicatio
— rescissorische: IV, 421—423.
— pignoris s. Actio hypothecaria.
Vindication widergesetzlich veräußerter Sachen durch den Veräußerer selbst: I, 491, 492. III, 697, 698.
Vindicationslegat s. Legatum per vindicationem.
Vindicationsrecht: I, 313, 316, 317, 472—474, 481, 538.
Vindiciae: II, 346. III, 9, 10.
Vindicta s. actiones vindictam spirantes.
Vis (s. auch Zwang, Gewalt, Furcht): II, 817 (compulsiva, absoluta).
— maior: II, 261—263, 272—274, 283.
— armata: I, 751.
Vitalität s. Lebensfähigkeit.
Vitiosität
— der Sachen: I, 604—607.
— des Besitzes: I, 743.
— des Quasibesitzes: I, 793, 803.
Völkerrecht; I, 100, 103.
Volljährig, -keit: I, 185; s. auch Venia aetatis.
— Berechnung: IV, 223.
Vollmacht: II, 775. IV, 373—378.
— Mangel der V. bei der Stellvertretung: IV, 366—369.
— Ueberschreitung: IV, 366, 367.
Volumen (parvum): I, 15, 46.
Voluntaria novatio: I, 325.
Voluntarius procurator: II, 632, 633.
Voluntas praesumta, tacita: IV, 268, 277.
Voluntatis quaestio: I, 117. IV, 258, 288, 290; s. auch Willensauslegung.
Vorausklagung s. beneficium excussionis.
Voraussetzung (Windscheid'sche): II, 533—535. IV, 227—229, 231, 232.
Vorlesungen: I, 73, 75.
Vormünderin: II, 240. III, 845, 863.
Vormundschaft (s. auch Tutela. Cura, Auctoritas, Administration): I, 185, 186, 444. III, 800—887.
— Haftung daraus: II, 658—670. III, 823—827.
— heutige Altersvormundschaft: III, 878—883.

Vormundschaft
— über Wahnsinnige u. dgl.: III, 883—885.
— über Verschwender: III, 885—887.
Vorstellung, falsche (Irrthum, eine species erroris): IV, 27, 44.
Vorverhandlung: IV, 320—324.
Vorvertrag: IV, 324—329.
Vorvermächtniß s. Prälegat.
Vorzeigung s. Exhibition.
Vorzug, Vorzugsrecht s. Privilegia.
Votum: II, 141, 144, 556. IV, 196, 254, 255.
— als eigenes Geschäft für Zweckvermögen: III, 543.
Vulgarsubstitution: III, 83—88.
Vulgata (lectio): I, 21, 31.
Vulgathandschriften: I, 4; s. auch Handschriften.

W.

Waare: II, 691; s. auch Kaufsache.
— marktgerechte: IV, 441.
Waarenlager s. Taberna.
Währung (Geld): II, 440, 441, III, 316.
Wahlrecht
— bei Alternativobligation: II, 109, 110, 113, 114.
— bei generell vermachter Species: III, 318—320.
— bei alternativ vermachten Sachen: III, 320, 321.
— der Onerirten bei Honorirung Eines von Mehreren: III, 378.
Wahlvermächtniß: III, 319, 320.
Wahnsinn, Wahnsinniger: I, 176, 190, 527. III, 845.
— Vormundschaft über W.: III, 883—885.
Wandausbauchung: I, 485.
Wasser
— fließendes (aqua profluens): I, 453, 455, 461, 770.
— leitung (servitus aquaeductus): I, 770, 771.
— recht: I, 770.
— schöpfrecht: I, 771.
— bezug (als Privileg): I, 224.
Wechsel: IV, 240.
— Acceptation: II, 56, 141, 143.
— Girirung: II, 56, 141.
Wechsellegat: III, 369.
Weg, Wege (s. Iter, Actus, Via).
— öffentliche: I, 224. II, 820.
Werk (im Gegensatz zu Wort): IV, 261—263; sonst s. Opus.
Werth (s. auch Sachwerth):
— gemeiner, Tausch-: I, 445.
Wette: II, 556—558.
— im Proceß: I, 269.
Widerruf (s. auch Reurecht, Kündigung, Revocation).
— des Privilegs: I, 233.
— des Testaments: III, 101.
— des Vermächtnisses: III, 433 bis 436.
— der Offerte: IV, 303—310, 317.
— der Acceptation: IV, 316, 317.
— der Auslobung: IV, 255.
— des Mandats: II, 780. IV, 305, 309.
— der Vollmacht: IV, 378.
— des Peculiums: III, 624.
Widerruflichkeit (Widerrufbarkeit)
— nicht bei bedingten Geschäften: IV, 149.
— ausnahmsweise der Schenkungen s. Revocation.
Wiederauflösung s. Consensus contrarius.
— Pactirung derselben im Gegensatz zu Resolutivbedingung: IV, 175.
Wiedereinlösung des Pfandes,
— pactirte s. Einlösungsvorbehalt.
— gesetzliche: II, 870.
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand s. In integrum restitutio.
Wiederverheirathung: III, 681—689.
Wild (s. auch Jagd): I, 565, 566, 645.
Wille (s. auch Id quod actum est, und Voluntatis quaestio): IV, 16.
— Ausdruck: IV, 257—283.
— Nothwendigkeit des Ausdrucks: IV, 257—260.
— Arten des Ausdrucks: IV, 260 bis 267.
— Inhalt: IV, 180—186.
— Freiheit, Unfreiheit: IV, 16, 17, 66, 67, 426.
— der Einzelnen und gemeiner (des Publicums): IV, 186.
Willensauslegung: IV, 188—195; s. auch Voluntatis quaestio.
Willensbeschränkung: IV, 203, 204.

Willenseinigung: IV, 39, 295—297.
— Form: IV, 297—303.
— Zeit: IV, 314—320.
Willenserklärung: IV, 4, 5, 263 bis 265, 315, 316.
— stillschweigende: IV, 262, 268 bis 272.
Willenslosigkeit (als Nichtigkeitsgrund): IV, 425—427.
Willkür s. Arbitrium.
Willküren: IV, 186, 187.
Wirthe s. Receptum nautarum, cauponum.
Wittwe
— arme: III, 145, 146, 295, 301, 449; s. auch Trauerpflicht und Poena secundarum nuptiarum.
Wittwencasse (Einkauf): IV, 395.
Worterklärung (als Texterklärung): I, 54.
Worte und Werke: I, 94. III, 184. IV, 260, 261.
Würderungseid s. Jusjurandum in litem.

Z.

(hier Vermißtes suche unter C).

Zahlbarkeit: II, 51.
Zahlung: II, 439—457.
— als bewegliches Geschäft: IV, 239—244, 251.
— mit interposita persona: II, 379, 450, 512—515, 544, 550. IV, 344.
— gerichtliche (Hinterlegung): II, 446.
— partielle (Theilzahlung): II, 446, 447.
Zahlungsort: II, 120, 451—457; s. auch Ort der Leistung.
Zahlungsversprechen s. Constitutum debiti.
Zahlungszeit: II, 451, 452; s. auch Zeit der Leistung.
Zeichen (zur Mittheilung): IV, 263, 267.
Zeit
— bei der Ersitzung s. Ersitzung.
— berechnung: IV, 223—225.
— bestimmung (dies): IV, 204—225.
— der Leistung: II, 328—330.
Zeit
— der Willenseinigung (Vertragsschließung): IV, 314—320.
— der Zahlung: II, 451, 452.
— Einfluß auf die Rechte: I, 389—392.
— unvordenkliche: I, 117, 136, 232, 640—644, 686.
Zeitinteresse: II, 329, 330.
Zeitschriften: I, 70, 71, 72.
Zerstörung des Testaments: III, 100, 101. IV, 268.
Zerstreutheit: IV, 28, 287.
Zeugen s. Testamentszeugen.
Zeugnißpflicht: I, 143. III, 787.
Zeugung: I, 138, 139, 146, 147.
Zins, Zinsen (s. auch Usurae und Proceßzinsen): II, 561—565.
— beim Darlehen: II, 478, 479. IV, 237.
— aus Seedarlehen: II, 500.
— aus nudum pactum: II, 53.
— aus Depositum regulare und irregulare: II, 604. IV, 237.
— gesetzliche: II, 115—120; wegen Verzugs: II, 300; für den Fiscus: III, 581; vom Procurator zu leistende: II, 778.
— Rückforderung gezahlter: II, 547, 548.
Zinsmaximum: II, 563.
Zinsprivilegien: II, 119.
Zolldefraudation: II, 159.
Zubehör s. Pertinenz.
Zuchtrecht, väterliches: III, 595, 596.
Zufall s. Casus.
— außer casus: II, 320—327.
Zurechnungsfähigkeit: II, 157.
Zurückforderungen (repetitiones): II, 503—553.
Zuschlag
— des Pfandes: II, 869, 870.
— bei der Versteigerung: IV, 331.
Zwang (s. auch Restitutionszwang, vis, Furcht): I, 91, 262, 268. II, 816—821. IV, 66—95.
— beim Testament: III, 98.
— beim Vermächtniß: III, 400.
— Verhältniß zur Freiheit: IV, 66 bis 68.
— Wirkung nach den Quellen: IV, 69—77; nach der Doctrin: IV, 84 bis 87; Hypothese über den Quellenwiderspruch: IV, 88—95.
— beim Universalfideicommiß (zum Antritt der Erbschaft): III, 444—447.
Zwangscurs: II, 440, 441, 442.

Zwangsrecht (im Eigenthum): I, 480, 690, 708, 712, 764.

Zweck

— der Handlung (im Rechtsgeschäft:) IV, 16—26; s. auch Causa der Contracte, Rechtsgeschäfte und Nebenzweck.

— im Zweckvermögen: I, 200, 201 bis 208, 213. III, 473, 511.

Zweckvermögen:

— auf einer zweiten Gattung des Gehörens (pertinere ad aliquid) beruhend: I, 202, 207. III, 456 bis 457, 470, 522—523; in welchem ebensowohl die universitates personarum als rerum (piae causae und andere gemeinnützige oder Familienzwecke) das Aliquid bilden: III, 478—480; dieses unpersönliche Gehören persönlich behandelt, vermittelst Personification, nicht Fiction: I, 194—197, 201—203. III, 470; — Abstufung in der Intensität dieses Gehörens und darnach Arten des Zweckvermögens: III, 475 bis 477; depositaler und erogativer Charakter desselben: III, 31, 477; — die Fälle nach den Zwecken: III, 478—480.

— Begriff der Personengesammtheit: I, 131—135; der Corporation insonderheit: I, 135—137.

— Staatsvermögen: III, 481—484.

— Gemeindevermögen: III, 484—487.

— Corporationsvermögen: III, 488 bis 496 (Ausscheidung nicht zugehöriger Fälle).

— Cultusvermögen, bis ins justinian. Recht: III, 497—503.

— weltliches Sonderzweckvermögen: III, 506—508.

— Entstehung des Zweckvermögens unabhängig von obrigkeitlicher Verleihung der Vermögensfähigkeit und vom Dasein eines Substrates: III, 508—512.

— zur Begründung von Zweckvermögen führende Geschäfte und sonstige Ereignisse: III, 513—515; gemeine Geschäfte unter Lebenden: III, 516—533; von Todeswegen: III, 534—538; dem Zweckvermögen eigene Geschäfte: III, 538—545; insonderheit die Stiftung (als Geschäft): III, 545—552.

— Vertretung des Zwecks bei der Zweckvermögensbegründung im Allgemeinen: III, 552—556; insbesondere im Besitzerwerb: III, 517, 520; in der Contrahirung: III, 527—531; in Geltendmachung der für die Zwecke begründeten Obligationen: III, 532, 533.

— Verwaltung: III, 556—577; möglicherweise über Vermögensverwaltung hinausgehend: III, 556; berathende, beschließende, vollziehende Stellen der Verwaltung: III, 557, 558; rechtliche und wirthschaftliche Seite: III, 558; insbes. Vertretung gegen Klagen Dritter: III, 559, 560; rechtliche Macht der Verwaltungsorgane beruhend auf eigenem Recht oder munus oder Mandat: III, 560, 561.

— Verwaltungsgeschäfte: III, 561, 562; — Verwaltungsgesetze: III, 562—567 (besonders Erhaltung und Verwendung des Vermögens für den Zweck); — Oberaufsicht und Obervormundschaft: III, 567—570 (nicht beim Staatsvermögen; Oberaufsicht beschränkt bei Corporationen und Stiftungen).

— Haftung der Verwalter, unmittelbar oder mittelbar gegenüber dem Gemeinwesen ꝛc.; Cautionspflicht nicht im heutigen Recht; Verwirkung, Solidarität, Rangordnung: III, 571—575; Haftung der Vertretenen aus den rechtmäßigen und den schuldhaften Handlungen der Vertreter: III, 575—577.

— Privilegien für Zweckvermögen: III, 578—582.

— Untergang des Zweckvermögens lediglich aus dem Untergang des Vermögens: III, 582; Fortbestand bei Aussicht auf Wiedererlangung von Vermögen: III, 583; auch in bloßen Schulden fortbestehend: III, 584.

— außer durch Untergang des Vermögens kein Untergang, sondern nur Uebergang wegen Erreichung oder Unerreichbarwerdens des Zweckes oder Verlustes seiner Vermögensfähigkeit: III, 585; Uebergang der hereditas jacens auf den Erben, sonst als bonum vacans an den Fiscus; des Corporations- und Stiftungsvermögens auf Personen

oder Convertirung auf andere Zwecke oder zuletzt Gelangen an den Fiscus: III, 585, 586.
Zweideutigkeit: I, 117, 118. IV, 270, 277, 288—290.
Zweifel
— des Usucapienten: I, 631.
— des Zahlers für die condictio indebiti: II, 545.
Zweite Ehe s. Parens binubus.
Zwischennutzung s. Interusurium.
Zwischenperson: III, 32. IV, 340 bis 342.
Zwischenräume, lichte s. dilucida intervalla.
Zwischenvertretung: IV, 342—345.
Zwitter s. Hermaphroditen.

Quellenregister.

(Die römische Ziffer bezeichnet den Band, die arabische Ziffer bezeichnet die Seite).

I. Justinianische.

Institutiones.

Liber 1.

Tit. 2: De jure naturali, gentium et civili.
pr.: I, 99.
§ 1: 99.
§ 2: I, 99.
§ 3: I, 113.
Tit. 10: De nuptiis.
pr.: I, 151, 154.
§ 6: I, 145, 156.
§ 7: I, 156.
§ 13: I, 164, 166.
Tit. 11: De adoptionibus.
§ 2: I, 146, 161.
§ 3: I, 143, 144, 160, 162, 167.
§ 4: I, 161.
§ 7: I, 162.
§ 8: I, 163.
§ 10: I, 163.
§ 11: I, 162.
§ 14: I, 161.
Tit. 12: Quibus modis jus potestatis patriae solvitur.
§ 3: I, 167.
§ 6: I, 167.
§ 8: I, 162, 246.
Tit. 14: Qui dari tutores testamento possunt.
§ 2: I, 186.
Tit. 15: De legitima agnatorum tutela.
§ 3: I, 179.
Tit. 21: De auctoritate tutorum.
pr.: I, 188.

Institutiones.

Liber 1. Tit. 21.
§ 1: I, 188.
§ 2: I, 186.
Tit. 22: Quibus modis tutela finitur.
pr.: I, 185.
Tit. 23: De curatoribus.
§ 2: I, 185.
§ 4: I, 191.
Tit. 25: De excusationibus tutorum.
§ 13: I, 186.

Liber 2.

Tit. 1: De rerum divisione.
§ 2: I, 455, 456.
§ 34: I, 300.
§ 39: I, 570.
§ 41: I, 590. II, 693, 694.
Tit. 6: De usucapionibus.
§ 11: I, 613.
Tit. 8: Quibus alienare licet vel non.
pr.: I, 211.
§ 2: I, 188.
Tit. 10: De testamentis ordinandis.
§ 6: I, 190.
Tit. 11: De militum testamento.
§ 6: III, 640.
Tit. 12: Quibus non est permissum testamenta facere.
pr.: I, 242. III, 636—638, 643.
Tit. 14: De heredibus instituendis.
pr.: I, 204.
Tit. 17: Quibus modis testamenta infirmantur.
§ 3: III, 75, 76.
Tit. 20: De legatis.
§ 5: III, 322.
§ 6: II, 461, 463.

Institutiones.
Liber 2. Tit. 22.
§ 11: I, 589.
§ 14: IV, 412.
§ 22: III, 319.
Tit. 23: De fideicommissariis hereditatibus.
§ 1: I. 309.
Liber 3.
Tit. 2: De legitima agnatorum successione.
§ 2: I, 146.
§ 7: III, 157.
§ 8: I, 167.
Tit. 5: De successione cognatorum.
§ 4: I, 138.
Tit. 6: De gradibus cognationis.
§ 7: I, 139.
§ 10: I, 142, 143.
Tit. 15: De verborum obligatione.
§ 2: I, 402.
Tit. 19: De inutilibus stipulationibus.
§ 1: IV, 48.
§ 2: II, 124.
§ 8: I, 190.
§ 9: I, 188.
§ 10: I, 187, 188.
§ 19: IV, 396.
Tit. 23: De emptione et venditione.
pr.: II, 708, 709. IV, 281—283.
§ 5: I, 460. IV, 430, 431.
Tit. 24: De locatione et conductione.
§ 3: I, 237.
Liber 4.
Tit. 3: De lege Aquilia.
§ 16: I, 302.
Tit. 6: De actionibus.
§ 1: I, 249, 273, 276. II, 23.
§ 2: I, 652.
§ 3: I, 297, 298, 725.
§ 4: I, 298.
§ 5: I, 298, 300, 441, 725.
§ 6: I, 298, 300.
§ 7: II, 852, 853.
§ 13: I, 275.
§ 17: I, 278, 281.
§ 20: I, 277.
§§ 21 bis 27: I, 280.
§ 28: II, 630.
§ 30: II, 432, 433.
§ 31: I, 250, 285, 286, 287, 288.
§ 33: I, 271, 322.

Institutiones.
Liber 4.
Tit. 7: Quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicitur.
§ 8: II, 213.
Tit. 8: De noxalibus actionibus.
§ 5: I, 276.
Tit. 12: De perpetuis et temporalibus actionibus.
§ 2: I, 288.
Tit. 13: De exceptionibus.
§ 9: I, 322.
§ 10: I, 310.
§ 11: I, 183.
Tit. 15: De interdictis.
§ 3: III, 269.
§ 6: I, 267, 268.
§ 8: I, 257, 307, 310.
Tit. 17: De officio judicis.
§ 6: I, 290.

Constitutio Deo auctore.
§ 16: I, 7.

Constitutio Tanta.
§ 15: I, 56.

Digesta.
Liber 1.
Tit. 1: De justitia et jure.
l. 1 § 2: I, 108, 109.
l. 1 § 3: I, 99.
— § 4: I. 99.
l. 5: I, 99, 100.
l. 6: I, 99.
Tit. 2: De origine juris.
l. 2 § 38: I, 124.
— § 47: I, 225.
Tit. 3: De legibus senatusque consultis etc.
l. 1: I, 90.
l. 2: I, 91.
l. 7: I, 90.
l. 8: I, 223, 228.
l. 10: I, 128.
l. 11: I, 128.
l. 12: I, 127, 128.
l. 13: I, 127, 128.
l. 16: I, 111.
l. 17: I, 121, 123, 124.
l. 18: I, 121.
l. 19: I, 121.
l. 20: I, 121.
l. 21: I, 121, 122.
l. 22: I, 125.

Digesta.
Liber 1. Tit. 3.
l. 24: I, 56, 124.
l. 25: I, 121.
l. 26: I, 120.
l. 27: I, 120, 127, 128.
l. 28: I, 120.
l. 31: I, 226.
l. 32 § 1: I, 114, 130.
l. 33: I, 114.
l. 34: I, 114.
l. 35: I, 114.
l. 37: IV, 289.
l. 38: I, 115, 119.
l. 39: I, 114.
Tit. 4: De constitutionibus principum.
l. 1 § 2: I, 230.
l. 3: I, 230.
l. 3 § 1: I, 231.
Tit. 5: De statu hominum.
l. 3: I, 172, 196.
l. 9: I, 184.
l. 12: I, 141.
l. 25: I, 349, 352.
Tit. 6: De his qui sui vel alieni juris sunt.
l. 6: I, 141, 142.
l. 7: I, 146.
l. 9: I, 192.
Tit. 7: De adoptionibus.
l. 2 pr.: I, 160.
l. 5: I, 161.
l. 6: I, 162.
l. 8: I, 186.
l. 10: I, 162.
l. 13: I, 162.
l. 14: I, 162.
l. 15 § 1: I, 162.
l. 15 § 2: I, 160—162.
l. 15 § 3: I, 162.
l. 16: I, 160—162.
l. 17 pr.: I, 160—62.
l. 17 § 1—§ 4: I, 162.
l. 18: I, 160.
l. 19: I, 160.
l. 19 § 1: I, 442.
l. 20: I, 160.
l. 31—l. 33: I, 167.
l. 42: I, 161.
Tit. 8: De divisione rerum.
l. 1 pr.: I, 195, 196, 200.
l. 3: I, 452.
l. 4 § 1: I, 455, 456.
l. 6 § 1: I, 200, 204.
Tit. 12: De officio praefecti urbi.
1 § 2: I, 309.

Digesta.
Liber 1.
Tit. 16: De officio procons. et legati.
l. 9 § 3: I, 306, 307.
Tit. 18: De officio praesidis.
l. 8: I, 306.
l. 9: I, 306.
Liber 2.
Tit. 1: De jurisdictione.
l. 1: I, 215.
l. 2: I, 215.
l. 11 § 2: I, 294.
l. 15: IV, 40.
Tit. 4: De in jus vocando.
l. 5: I, 140.
l. 10 § 4: I, 200.
l. 12: I, 236.
Tit. 8: Qui satisdare cogantur.
l. 12: II, 424.
Tit. 10: De eo per quem factum erit quominus quis in judicio sistat.
l. 3 § 1: I, 429, 442.
Tit. 11: Si quis cautionibus in judicio sistendi causa factis non obtemperaverit.
l. 10 § 2: I, 319, 356.
Tit. 14: De pactis.
l. 1 § 3: IV, 296.
l. 7 § 8: I, 275, 381.
l. 7 § 14: I, 381.
l. 12: I, 115, 347.
l. 21 § 5: II, 175.
l. 22: II, 175.
l. 23: II, 175.
l. 25 § 1: II, 175.
l. 27 pr.: II, 175.
l. 27 § 2: I, 371. II, 135.
l. 28 pr.: I, 188.
l. 54: II, 307.
l. 57 pr.: IV, 271.
Tit. 15: De transactionibus.
l. 3: I, 381.
l. 3 § 1: I, 384.
l. 3 § 2: IV, 57.
l. 6: I, 212, 384.
l. 11: I, 383.
l. 12: I, 384.
l. 14: III, 116.
Liber 3.
Tit. 1: De postulando.
l. 1 § 3: I, 190.
l. 1 § 5: I, 190.
l. 1 § 10: I, 226, 227, 230.
l. 1 § 19: I, 226.
Tit. 2: De his qui notantur infamia.
l. 1 pr.: I, 182, 183, 210.
l. 11 § 1: III, 682.

Digesta.
Liber 3.
Tit. 3: De procuratoribus.
l. 8 pr.: I, 234.
l. 16: I, 319.
l. 17: I, 319.
l. 27: I, 347.
l. 27 § 1: II, 395.
l. 40 § 2: I, 328.
l. 43 § 2: I, 236.
l. 43 § 6: I, 324.
l. 44: I, 324.
l. 45 pr.: I, 324.
l. 55: II, 395.
l. 66: I, 347.
l. 70: I, 126.
l. 73: I, 324.
Tit. 4: Quod cujuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur.
l. 1 § 1: I, 135, 248.
l. 7: I, 195.
l. 7 § 1: I, 200.
l. 7 § 2: I, 131.
l. 8—l. 10: I, 195.
Tit. 5: De negotiis gestis.
l. 5 § 2 (6 pr.): II, 645, 649, 650.
l. 5 § 3 (6 § 1): II, 226.
l. 5 § 4 (6 § 2): IV, 394.
l. 5 § 8 (6 § 6): II, 650.
l. 5 § 14 (6 § 12): I, 247.
l. 7 (8) § 2: I, 329, 345.
l. 8 (9): II, 639.
l. 10 (11): II, 652.
l. 14 (15): II, 654.
l. 20 (21) § 3: II, 278.
l. 23 (24): I, 502. IV, 380.
l. 27 (28): II, 286.
l. 29 (30): II, 89.
l. 30 (31) pr.: II, 214, 221.
l. 30 (31) § 1: II, 650.
l. 30 (31) § 7: II, 676.
l. 36 (37): II, 645.
l. 38 (39): IV, 250.
l. 46 (47) § 1: I, 310.
l. 48 (49): II, 635, 636, 646, 647.
Liber 4.
Tit. 1: De in integrum restitutionibus.
l. 3: I, 415.
l. 7 § 1: I, 429.
l. 8 pr.: I, 424.
Tit. 2: Quod metus causa gestum erit.
l. 9 § 1: I, 276. III, 531.
l. 9 § 3: IV, 78.
l. 9 § 4: I, 435. 441. IV, 71.

Digesta.
Liber 4. Tit. 2.
l. 9 § 6: I, 435. IV, 78.
l. 9 § 7: IV, 444.
l. 9 § 8: I, 276.
l. 12 § 1: I, 268.
l. 12 § 2: I, 262, 263, 265, 266.
l. 13: I, 251, 263, 264, 266.
l. 14 § 5: II, 818.
l. 14 § 11: I, 287, 355. II, 352.
l. 14 § 13: I, 344.
l. 21 § 3: IV, 73, 74.
l. 21 § 5: IV, 67, 69.
l. 21 § 6: I, 301, 441.
l. 22: IV, 72.
Tit. 3: De dolo malo.
l. 9 § 4: II, 823.
l. 13 § 1: I, 189.
l. 17 § 1: I, 279.
l. 18 pr.: I, 287.
l. 18 § 4: I, 317.
l. 19: II, 296.
l. 24: I, 350.
l. 26: I, 279.
l. 27: I, 279.
l. 48 pr.: I, 290.
Tit. 4: De minoribus 25 annis.
l. 1 § 3: I, 185, 186.
l. 2: I, 185, 186.
l. 3: I, 226.
l. 7 § 9: I, 430.
l. 7 § 10: I, 441. III, 87.
l. 9 pr.: I, 417.
l. 13 § 1: I, 300, 305, 435, 440, 441.
l. 16 pr.: 410, 411.
l. 19: I, 432.
l. 20 pr.: I, 423.
l. 23: I, 417.
l. 24 § 4: I, 258, 438.
l. 25 pr.: I, 441.
l. 27 § 1: I, 438.
l. 40 pr.: I, 327.
l. 41: I, 258, 442.
l. 49: I, 417.
Tit. 5: De capite minutis.
l. 3 § 1: I, 167.
l. 5 § 2 — l. 10: I, 234.
l. 7 pr.: I, 179.
l. 8: I, 235.
Tit. 6: Ex quibus causis maiores 25 annis in integrum ristituuntur.
l. 2 pr.: I, 305, 306.
l. 2: I, 442.
l. 10: I, 219.
l. 15 pr.: I, 424.

Digesta.
Liber 4. Tit. 6.
l. 16 § 1: II, 92.
l. 18: I, 278, 412.
l. 26 § 1: I, 423, 424.
l. 26 § 9: I, 420.
l. 28 § 5: I, 441.
l. 39: I, 425.
l. 40 § 1: I, 423.
l. 43: I, 441.
Tit. 7: De alienatione judicii mutandi causa.
l. 4 § 2: I, 512.
l. 4 § 3: I, 206.
l. 4 § 6—l. 7: I, 280.
l. 10 § 1: I, 442.
Tit. 8: De receptis: qui arbitrium receperint.
l. 2: I, 388.
l. 13 § 2: I, 328.
l. 32 § 16: I, 328.
l. 34 pr.: II, 175.
Tit. 9: Nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant.
l. 5 pr.: II, 275.
Liber 5.
Tit. 1: De judiciis: ubi quis agere vel convenire debeat.
l. 4: I, 252.
l. 38: II, 453.
l. 41: IV, 150.
l. 50 pr.: II, 453.
l. 56: I, 347.
Tit. 2: De inofficioso testamento.
l. 6 § 1: I, 351.
l. 6 § 2: IV, 257.
l. 8 pr.: I, 235.
l. 8 § 16: I, 351.
l. 17 § 1: I, 351.
l. 31 § 4: IV, 449.
Tit. 3. De hereditatis petitione.
l. 1 § 17: III: 208.
l. 3 § 1: III. 208.
l. 3 § 2: III, 208.
l. 5: III, 208.
l. 5 pr.: III, 246, 247.
l. 5 § 1: III, 238.
l. 7 § 1: III, 252.
l. 11 pr.: III, 224.
l. 13 § 4: III, 229.
l. 13 § 8: III, 226.
l. 13 § 11: III, 229.
l. 16 pr.: III, 256.
l. 17: III, 232.
l. 17 pr.: III, 256.
l. 18 § 2: III, 220, 239.
l. 19: III, 252.

Digesta.
Liber 5. Tit. 3.
l. 19 § 3: III, 218.
l. 20 § 3: III, 220.
l. 20 § 4: III, 218.
l. 20 § 12: III, 244, 246.
l. 24: III, 247.
l. 24 § 7: I, 355.
l. 25 § 11: II, 54.
l. 25 § 17: II, 175. III, 234, 235.
l. 25 § 18: III, 248.
l. 34 § 1: III, 218.
l. 36 § 1: III, 227.
l. 36 § 3: II, 352.
l. 40 pr.: I, 354, 355.
l. 45: I, 356.
l. 49: III, 236.
l. 50: I, 309.
l. 54 § 1: III, 225.
l. 54 § 2: III. 242.
Tit. 4: Si pars hereditatis petatur.
l. 1 § 5: III, 216.
l. 2: III, 216.
l. 3: I, 173.
Liber 6.
Tit. 1: De rei vindicatione.
l. 1 § 2: I, 218, 252, 308. III, 605.
l. 1 § 3: I, 654.
l. 2: I, 653, 654.
l. 5 § 3: I, 300.
l. 8: I, 497, 656.
l. 9: I, 249.
l. 13: I, 662.
l. 14: I, 344, 662.
l. 15 pr.: I, 662.
l. 17 § 1: I, 355.
l. 21: I, 355.
l. 23 § 5: I, 344, 544, 579, 654. II. 647.
l. 27 § 1: 356.
l. 27 § 2: II, 352.
l. 43: I, 309.
l. 48: I, 660.
l. 49 § 1: I, 313, 316, 472, 473.
l. 67: I, 571.
l. 68: I, 259. II, 27.
Liber 6.
Tit. 2: De Publiciana actione.
l. 3: I, 719.
l. 4: I, 719.
l. 5: I, 719.
l. 7 § 2: I, 720.
l. 7 § 9: I, 718.
l. 9 § 3: I, 718.
l. 9 § 4: I, 723.
l. 11 § 1: I, 246, 716.

Digesta.
Liber 7. Tit. 2.
l. 11 § 3: I, 721.
l. 12 § 1: I, 718.
l. 12 § 2: I, 716.
l. 12 § 3: I, 812.
l. 12 § 4: I, 716.
Tit. 3: Si ager vectigalis petatur.
l. 1 § 1: I, 237.
l. 3: I, 811.
Liber 7.
Tit. 1: De usufructu.
l. 3 § 2: I, 236, 244.
l. 9 § 5: I, 567.
l. 12 § 2: I, 246.
l. 12 § 5: I, 126, 548.
l. 15 § 7: I, 314.
l. 17 § 3: I, 303.
l. 32: I, 785.
l. 33 § 1: I, 331.
l. 36 § 1: I, 246.
l. 54: I, 246.
l. 56: I, 774.
l. 62 pr.: I, 568.
Tit. 3: Quando dies usufructus legati cedat.
l. 1 § 2: III, 38.
Tit. 4: Quibus modis usufructus amittitur.
l. 13: I, 538.
Tit. 6. Si usufructus petatur.
l. 1 pr.: I, 249.
l. 5. pr.: I, 244.
l. 5 § 6: I, 249.
Tit. 7: De operis servorum.
l. 2: I, 234.
Tit. 8: De usu et habitatione.
l. 10 pr.: I, 234.
Liber 8.
Tit. 1: De servitutibus.
l. 4 pr.: IV, 208.
l. 4: I, 237.
l. 9: I, 246.
l. 13: I, 246.
l. 14 § 2: I, 224, 227.
l. 16: I, 244.
Tit. 2: De servitutibus praediorum urbanorum.
l. 21: I, 246.
l. 35: I, 246. II, 63.
Tit. 3: De servitutibus praediorum rusticorum.
l. 9: I, 770.
l. 16: I, 569.
l. 27: I, 800.
Tit. 4: Communia praediorum tam rusticorum quam urbanorum.

Digesta.
Liber 8. Tit. 4.
l. 1 § 1: I, 244.
l. 3: I, 246.
l. 5: I, 246.
l. 6 pr. I, 246.
Tit. 5: Si servitus vindicetur.
l. 4 pr.: 249, 250.
l. 4 § 2: I, 670.
l. 4 § 4: I, 249.
l. 6 § 1: I, 250, 694.
l. 6 § 3: I, 250, 253.
l. 8 § 3: I, 669.
l. 8 § 5: I, 665, 737, 738.
l. 8 § 6: I, 486, 665.
l. 10 § 1: I, 253.
l. 11: I, 666.
l. 13: I, 665.
l. 17 § 1: I, 665.
Tit. 6: Quemadmodum servitutes amittuntur.
l. 12: I, 245.
l. 16: I, 800.
Liber 9.
Tit. 1: Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.
l. 1 § 12: I, 276.
l. 4: I, 302.
Tit. 2: Ad legem Aquiliam.
l. 5 § 1: I, 343.
l. 5 § 2: I, 189, 190.
l. 7 § 8: I, 344.
l. 8 § 1: II, 808.
l. 9 § 4: II, 354.
l. 11 § 3: II, 355.
l. 13 pr.: II, 810.
l. 13 § 2: III, 33.
l. 13 § 3: III, 413.
l. 15 pr.: III, 413.
l. 15 § 1: II, 355.
l. 17 pr.: I, 538. II, 810.
l. 18: I, 344.
l. 23 § 8: I, 278, 279.
l. 27 § 9: II, 808.
l. 27 § 32: I, 557.
l. 28 § 1: II, 354.
l. 33 pr.: I, 445. II, 368.
l. 38: I, 538. II, 810.
l. 51: II, 351, 355.
Tit. 3: De his qui effuderint et dejecerint.
l. 4: I, 303. II, 88.
l. 5 § 5: I, 281.
l. 5 § 2: I, 303.
l. 6 § 3: I, 302, 303.
Tit. 4: De noxalibus actionibus.

Digesta.
Liber 9. Tit. 4.
l. 9 § 3: I, 319.
l. 35: I, 326, 327.
Liber 10.
Tit. 1: Finium regundorum.
l. 10: I, 294.
l. 4 § 2: II, 678.
l. 4 § 5: I, 591.
Tit. 2: Familiae erciscundae.
l. 1 § 1: I, 344.
l. 2 § 1: I, 301.
l. 2 § 4: I, 294.
l. 12 § 3: I, 294.
l. 16 § 1: III, 278.
l. 16 § 2: III, 278.
l. 20 pr.: III, 305.
l. 22 § 1: I, 591.
l. 25 § 6: I, 591, 708. III, 276.
l. 25 § 15: II, 673.
l. 29: II, 878, 882. III, 279.
l. 36: I, 327, 384. II. 542, 547.
l. 39 § 1: III, 295.
l. 44 § 4: I, 294.
l. 46: I, 237.
l. 49: I, 303.
l. 51 § 1: III, 284.
l. 52 § 2: I, 294.
Tit. 3: Communi dividundo.
l. 7 § 13: II, 327.
l. 8 pr.: I, 294.
l. 14 § 1: II, 506.
l. 19 § 2: II, 676.
l. 23: II, 672.
l. 29: II. 645.
Tit. 4: Ad exhibendum.
l. 19: I, 121.
l. 3 § 3: I, 276.
— 15: I, 276.
l. 12 § 2: II. 681.
l. 12 § 3: I, 577.
l. 12 § 4: I, 663.
l. 14: III. 797.
Liber 11.
Tit. 1: De interrogationibus in iure faciendis.
l. 15 pr.: I, 195, 204.
l. 18: I, 429, 441.
Tit. 3: De servo corrupto.
l. 1 § 1: I, 538.
Tit. 7: De religiosis et sumptibus funerum.
l. 8 § 1: II, 128. IV, 131.
l. 9: I, 280.
l. 12 pr.: I, 306, 309.
l. 14 § 2: I, 307.

Digesta.
Liber 12.
Tit. 1: De rebus creditis.
l. 2 § 3: II, 473, 474.
l. 5: II, 288, 289, 290.
l. 9 § 3: I, 248, 251.
— § 7: 1, 180.
l. 9 § 8: II, 476. IV, 358, 359.
l. 9 § 9: II, 603.
l. 12: II, 215.
l. 14: II, 49, 489, 490.
l. 17: I, 308.
l. 18 pr.: I, 587. IV, 90, 250, 438.
— § 1: II, 530.
l. 21: II, 302.
l. 23: II, 506, 530, 531.
l. 31: I, 273.
l. 31 § 1: II, 506, 514, 530.
l. 32: IV, 56, 358.
l. 36: II, 475. IV, 151.
l. 40: II, 562.
Tit. 2: De jurejurando.
l. 3 pr.: I, 380.
l. 9 § 4: I, 441.
l. 13 § 2: I, 331.
l. 13 § 6: I, 360.
l. 17 § 2: I, 347.
l. 26 § 2: I, 325.
l. 28 § 4: I, 321, 331.
l. 31: I, 413.
l. 40: I, 387.
l. 42 § 3: I, 347.
Tit. 3: De in litem jurando.
l. 1: I, 290.
l. 2: I, 290.
l. 3: I, 355.
Tit. 4: De condictione causa data causa non secuta.
l. 2 pr.: II, 625.
l. 7 pr.: II, 513, 514.
l. 16: II, 625.
Tit. 6: De condictione indebiti.
l. 11: II, 54.
l. 13 § 1: 48.
l. 14: II, 505.
l. 15 pr.: II, 521.
l. 19 § 1: II, 544.
l. 23 § 1: I, 383, 384.
l. 26 § 1: II, 545.
l. 26 § 12: II, 52, 518.
l. 28: II, 49.
l. 29: I, 180. II, 553.
l. 32: § 2: II, 52.
l. 33: I, 239. II, 506, 509, 511, 512, 667,

Digesta.
Liber 12. Tit. 6.
l. 40 pr.: I, 369.
l. 41: II, 48.
l. 44: II, 544.
l. 51: II, 543.
l. 55: II, 529.
l. 60 pr.: I, 326. II, 50.
l. 61: II, 514.
l. 65 § 1: I, 383, 384.
l. 65 § 8: II, 519.
l. 66: II, 507.
Liber 13.
Tit. 1: De condictione furtiva.
l. 4: II, 525.
l. 7 § 1: I, 344.
l. 18: II, 524, 546.
l. 19: II, 525.
Liber 13.
Tit. 4: De eo quod certo loco dari oportet.
l. 2 § 7: II, 331.
l. 4 § 1: I, 290.
l. 7 pr. I, 288.
l. 8: II, 120, 121.
l. 9: II, 452.
l. 10: II, 120, 121.
Tit. 5: De pecunia constituta.
l. 1 § 4: II, 197.
l. 3 § 1: I, 369, 373, 375.
l. 16 pr.: II, 200.
l. 18 § 1: II, 201.
Tit. 6: Commodati vel contra.
l. 1 § 2: I, 355.
l. 3 § 2: II, 360.
l. 3 § 3: II, 74, 600, 601.
l. 3 § 5: II, 601.
l. 5 § 2: II, 251.
l. 5 § 4: II, 273.
l. 5 § 15: I, 477, 478. II, 81, 86.
l. 7 § 1: I, 344, 345.
l. 17 § 2: II, 600.
l. 18 pr.: II, 257.
l. 19: II, 595.
l. 20: II, 591.
Tit. 7: De pigneraticia actione.
l. 1 § 2: IV, 52.
l. 3: I, 374.
l. 11 § 1: I, 326.
l. 11 § 4: II, 882.
l. 11 § 5: II, 450.
l. 11 § 6: II, 875. IV, 359.
l. 18 § 2: II, 619.
l. 24 § 1: II, 443.
l. 40 § 2: II, 620.
l. 41: I, 302. IV, 446.

Digesta.
Liber 14.
Tit. 1: De exercitoria actione.
l. 1 pr.: II, 225.
l. 1 § 9: II, 225, 226.
l. 1 § 18: I, 306, 308.
l. 1 § 19: II, 227.
l. 1 § 20: II, 227.
l. 1 § 24: I, 321, 347. II, 209.
l. 4 § 1: II, 210.
l. 7 pr.: II, 225, 226.
l. 7 § 1: II, 225, 226.
Tit. 3: De institoria actione.
l. 5 § 8: II, 284.
l. 5 § 10: II, 284, 285.
l. 7 § 2 bis } I, 190.
l. 10: }
l. 13 pr.: I, 320.
l. 15 § 15: I, 359.
l. 16: I, 303.
l. 17 § 4: II, 215.
l. 17 § 5: II, 215.
l. 19 pr.: I, 303.
l. 20: II, 226.
Tit. 4: De tributoria actione.
l. 9 § 1: I, 321.
Tit. 5: Quod cum eo qui in aliena potestate est etc.
l. 4 § 5: I, 319, 321.
l. 8: I, 306, 308.
Tit. 6: Ad Senatus consultum Macedonianum.
l. 1 pr. I, 247.
l. 1 § 1: IV, 108.
l. 1 § 2: IV, 108.
l. 1 § 3: II, 484.
l. 1: II, 481.
l. 3 § 3: II, 485, 486.
l. 7 § 1: II, 164, 171, 188.
l. 7 § 16: II, 491.
l. 8: II, 492.
l. 9 pr.: II, 491, 492.
l. 9 § 1: II, 49, 490.
l. 9 § 3: II, 188.
l. 10: II, 188.
l. 18: II, 188.
l. 20: II, 360.
Liber 15.
Tit. 1: De peculio.
l. 3 § 3: I, 188.
l. 3 § 11: I, 324, 327.
l. 7 § 1: I, 188.
l. 9 § 8: I, 327.
l. 27 § 8: II, 210.
l. 30 pr.: II, 206.
l. 30 § 4: II, 206.

Digesta.
Liber 15. Tit. 1.
l. 32 pr.: II, 212.
l. 49 § 2: II, 44.
Tit. 3: De in rem verso.
l. 3 § 2: II, 219, 220.
l. 7 pr.: II, 220.
l. 7 § 1: I, 24. II, 220.
l. 10 § 2: II, 220.
l. 10 § 3: I, 325.
l. 10 § 7: II, 54.
l. 10 § 10: II, 172.
Liber 16.
Tit. 1: Ad Sc. Vellejanun.
l. 1 § 1: I, 184.
l. 2 § 1: I, 184.
— § 5: I, 125.
l. 4 § 1: II, 236.
l. 5: II, 236.
l. 6: II, 238.
l. 7: II, 238.
l. 8 § 2: II, 232.
l. 8 § 6: II, 378.
l. 8 § 9: I, 369, 442.
l. 8 § 11: I, 252.
l. 8 § 12: I, 442.
l. 16 § 1: II, 185, 187, 188.
l. 17 pr.: II, 232.
l. 17 § 2: II, 172, 231.
l. 19 § 4: II, 231.
l. 23: II, 232.
l. 27 § 2: I, 125.
l. 32 § 2: I, 126. II, 237.
l. 32 § 5: I, 441.
Tit. 2: De compensationibus.
l. 7 § 1: I, 327, 345.
l. 8: I, 326.
l. 10 § 3: I, 305, 362.
l. 14: I, 369.
l. 21: II, 422, 424.
Tit. 3: Depositi vel contra.
l. 1 § 15: I, 189.
l. 1 § 22: I, 402.
l. 1 § 34: II, 603.
l. 1 § 35: II, 257.
l. 1 § 43: II, 86.
l. 7 § 1: II, 74.
l. 9: II, 74, 86.
l. 13 § 1: I, 345. II, 63, 247.
l. 16: II, 286.
l. 17 pr.: II, 604—605.
l. 17 § 1: II, 604—605.
l. 19: I, 236.
l. 22: II, 74, 86.
l. 23: II, 607.
l. 24: II, 602.

Digesta.
Liber 16. Tit. 3.
l. 28: I, 126.
l. 31 § 1: II, 509.
l. 33: II, 684.
Liber 17.
Tit. 1: Mandati vel contra.
l. 5 § 1: II, 777.
l. 6: II, 772.
l. 7: I, 309.
l. 8 § 3: II, 285.
l. 10 pr.: II, 256.
l. 14 pr.: II, 285.
l. 15: IV, 305.
l. 29 § 5: I, 327.
l. 37: II, 360.
l. 49: I, 55, 589, 657. II, 742.
l. 52: II, 105.
l. 54: II, 94—97.
l. 57: I, 300, 304, 441, 722, 723, 726.
l. 59 § 3: I, 327.
— § 5: II, 302.
l. 61: I, 236.
Tit. 2: Pro socio.
l. 1 § 1: I, 240.
l. 2: I, 240.
l. 17 § 2: I, 374.
l. 33 § 1: II, 652.
l. 38 pr.: IV, 150.
l. 38 § 1: I, 321.
l. 47: I, 344.
l. 52 § 2: II, 256.
l. 58 § 2: I, 236.
l. 59: I, 131.
l. 60 § 1: II, 784.
l. 63 pr.: I, 143.
l. 65 pr.: IV, 181.
l. 65 § 11: I, 236.
l. 69: II, 793.
l. 82: II, 221, 785.
l. 84: II, 214.
Liber 18.
Tit. 1: De contrahenda emtione.
l. 1 pr.: II, 440.
l. 4: I, 460.
l. 5: I, 460.
l. 6 pr.: I, 460.
l. 8 pr.: II, 695.
l. 9 pr.: IV, 40.
l. 9 § 2: IV, 44.
l. 10: IV, 45, 46.
l. 11 pr.: IV, 45.
l. 11 § 1: IV, 45, 47.
l. 15 § 2: I, 589.
l. 17: I, 510.
l. 19: I, 590.

Digesta.
Liber 18. Tit. 1.
l. 26: I, 180.
l. 34 pr.: II, 704. IV, 201, 430.
l. 34 § 1: I, 459, 460.
l. 34 § 6: II, 315.
l. 45: IV, 52.
l. 53: I, 590.
l. 57: IV, 48. 431, 432.
l. 60: II, 703.
l. 62 § 1: II, 127, 128. IV, 431.
l. 68 pr.: II, 256.
l. 68 § 2: I, 509.
Tit. 2: De in diem addictione.
l. 1: IV, 143.
l. 2 pr.: IV, 140.
Tit. 4: De hereditate et actione vendita.
l. 1: IV, 432.
l. 2 § 7: I, 327.
l. 2 § 8: I, 252, 325, 327.
l. 4: II, 405, 406.
l. 5: II, 405, 406.
l. 7: II, 130. IV, 432.
l. 8: II, 130. IV, 432.
l. 9: II, 130. IV, 432.
l. 21: II, 353.
l. 23 § 1: II, 394.
Tit. 5: De rescindenda venditione.
l. 5 pr.: IV, 435.
l. 7 § 1: I, 188.
Tit. 6: De periculo et commodo rei venditae.
l. 4 § 1: I, 24. IV, 179.
l. 5: II, 111.
l. 8 pr.: IV, 162, 163.
l. 10: IV, 163.
l. 15 (14) § 1: II, 326.
Tit. 7: De servis exportandis.
l. 6: I, 309. II, 96.
l. 7: II, 95—97.
Liber 19.
Tit. 1: De actionibus emti venditi.
l. 3 § 3: II, 364.
l. 5 § 1: I, 374. II, 546.
l. 10: I, 252.
l. 11 § 2: I, 241.
l. 11 § 6: I, 359.
l. 11 § 12: II, 353.
l. 13 § 8: I, 403.
l. 13 § 9: I, 374.
l. 13 § 29: I, 188.
l. 17 § 1: I, 309.
l. 21 pr.: II, 129. IV, 432.
l. 21 § 2: IV, 46.
l. 21 § 3: II, 354, 355, 356.
l. 23: II, 350, 356.

Digesta.
Liber 19. Tit. 1.
l. 24 § 1: II, 530.
l. 25: I, 374. II, 683.
l. 30 pr.: II, 215, 530.
l. 31 § 2: I, 723.
l. 42: I, 374.
l. 45 § 1: II, 353.
l. 52 § 2: I, 309.
Tit. 2: Locati conducti.
l. 4: II, 754.
l. 9 pr.: I, 246.
l. 9 § 1: IV, 307.
l. 13 § 1: II, 281.
l. 15 § 2: II, 756.
l. 19 § 1: II, 756.
l. 19 § 3: II, 586.
l. 25 § 7: II, 278, 279.
l. 30 § 3: II, 765.
l. 31: II, 603—606.
l. 32: II, 760.
l. 33: II, 756.
l. 40: II, 278.
l. 41: II, 278.
l. 46: II, 707.
l. 54 § 1: II, 428.
l. 60 § 7: II, 280.
l. 61 pr.: I, 374.
Tit. 5: De praescriptis verbis et in factum actionibus.
l. 1 pr.: I, 298.
l. 1 § 4: II, 502.
l. 2 § 1: I, 298.
l. 5 § 3: II, 360.
l. 16 pr.: II, 683.
l. 17 § 5: II, 532.
l. 24: II, 481.
Liber 20.
Tit. 1: De pignoribus.
l. 1 § 2: I, 245.
l. 4: I, 246.
l. 12: II, 15, 837.
l. 13 § 5: II, 856, 857, 873.
l. 14 pr.: II, 855, 856.
l. 16 § 5: I, 328.
l. 16 § 8: II, 862.
l. 17: II, 15.
l. 21 pr.: II, 875. IV, 359.
l. 27: II, 622.
Tit. 2: In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.
l. 9: I, 250, 254.
Tit. 3: Quae res pignori dari possunt.
l. 1 § 2: I, 459.
l. 3: II, 865.

Digesta.
Liber 20.
Tit. 4: Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur —.
l. 3 § 2: II, 880.
l. 7 § 1: II, 861.
l. 9 pr.: II, 836.
l. 11 § 1: IV, 159.
l. 12 § 8: II, 865.
l. 16: II, 866.
Tit. 5: De distractione pignorum.
l. 7 § 2: I, 488. II, 11, 12.
l. 12 § 1: II, 530, 531.
Tit. 6: Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.
l. 3: IV, 180.
l. 4 § 1: II, 869.
l. 7 § 4: II, 880.
l. 8 § 15: IV, 275.
l. 12 § 1: II, 866, 869.
Liber 21.
Tit. 1: De aedilicio edicto.
l. 1 § 1: IV, 424.
l. 19 § 6: II, 728.
l. 23 § 8: II, 353.
l. 28: II, 727.
l. 42: I, 282.
l. 43 § 10: IV, 119.
l. 45: I, 288.
l. 59 § 1: I, 398.
Tit. 2: De evictionibus et duplae stipulatione.
l. 12: IV, 277.
l. 16 § 2: II, 360.
l. 17: I, 492.
l. 23: III, 735, 736.
l. 26: II, 742.
l. 29 pr.: II, 748.
l. 29 § 1: II, 353.
l. 37 § 1: II, 735.
l. 38: II, 285.
l. 39 pr.: I, 258, 442.
l. 39 § 3: I. 460.
l. 43: I, 551.
l. 50: I, 258.
l. 56 § 2: II, 739.
l. 56 § 3: II, 354.
l. 64 pr.: II, 738.
l. 64 § 1: II, 738.
l. 64 § 2: II, 738.
l. 66 § 2: II, 746.
l. 68 pr.: II, 748.
l. 69 § 3: II, 739.
l. 71: III, 715.
l. 72: II, 739.
l. 74 § 1: II, 531.
l. 74 § 3: II, 405, 406. IV, 432.

Digesta.
Liber 22. Tit. 1: De usuris.
l. 3 § 1: I, 273, 288.
l. 4 pr.: I, 509.
l. 24: II, 253.
l. 25 § 1: I, 535, 538, 552, 553.
l. 26: I, 567.
l. 28 pr.: I, 548.
l. 32 § 1: II, 297, 298.
l. 32 § 2: II, 295.
l. 32 § 3: II, 206, 209, 295.
l. 32 § 5: II, 296.
l. 34: I, 273.
l. 35: I, 273.
l. 38 § 1: I, 145.
l. 38 § 7: I. 273.
l. 43: II, 115, 116.
l. 45: I, 552.
Tit. 2: De nautico faenore.
l. 4 pr.: II, 494, 496.
l. 5 pr.: II, 497, 499.
l. 6: II, 494.
Tit. 3: De probationibus.
l. 25 § 4: II, 61.
l. 26: IV, 253.
l. 29: I, 141, 142.
Tit. 5: De testibus.
l. 15 § 1: I, 184.
l. 18: I, 125.
Tit. 6: De juris et facti ignorantia.
l. 7: IV. 65.
l. 8: IV. 65.
l. 9 pr.: IV. 65.
l. 9 § 4: I. 589.
Liber 23.
Tit. 1: De sponsalibus.
l. 1: I. 152.
l. 2: I. 152.
l. 6: I, 152.
l. 7: I. 152.
l. 8: I. 152.
l. 9: I. 152.
l. 10: I. 152.
l. 11: I. 152.
l. 13: I. 152.
l. 14: I. 152, 185.
l. 15: I. 152.
l. 16: I. 152.
l. 17: I. 152.
l. 18: I. 152.
Tit. 2: De ritu nuptiarum.
l. 2: I. 151.
l. 3: I. 151.
l. 5: I. 150.
l. 6: I. 150.
l. 7 pr.: I. 150.
l. 7 § 1: I. 189.

Digesta.
Liber 23. Tit. 2.
l. 9 pr.: I. 151.
l. 9 § 1: I. 151.
l. 10: I. 151.
l. 11 — l. 13: I. 189.
l. 12 § 1: I. 145. 189.
l. 14 pr.: I. 145. 189.
l. 14 § 1: I. 145. 189.
l. 14 § 3: I. 142. 143.
l. 15: I. 145.
l. 19: I. 234. 235. 239.
l. 22: I. 159. IV. 75.
l. 23: I. 155.
l. 24: I. 150.
l. 31: I. 226.
l. 34 pr.: I. 151.
l. 35: I. 151.
l. 42 § 1: I. 156.
l. 44: I. 155.
l. 45 § 4: I. 155.
l. 48 § 1: I. 156.
l. 57 § 1: I. 229.
l. 63: I. 154.
Tit. 3: De jure dotium.
l. 1: III. 713.
l. 33: II. 414.
l. 36: III. 744.
l. 43 § 1: III. 703. 709. 762.
l. 60: I. 186.
l. 61 pr.: I. 186.
l. 66 pr.: I. 186.
l. 67: I. 617. II. 531.
Tit. 4: De pactis dotalibus.
l. 7: I. 381.
l. 26 § 2: I. 125.
l. 26 § 3: I. 303.
Tit. 5: De fundo dotali.
l. 13 § 3: I. 492.
l. 17: I. 491.
Liber 24.
Tit. 1: De donationibus inter virum et uxorem.
l. 1: I. 112.
l. 3 § 1: I. 156. 157.
l. 3 § 2: I. 617.
l. 3 § 4: I. 617.
l. 18: IV. 246. 247.
l. 37: III. 797.
l. 46: I. 512.
l. 55: I. 300.
l. 58: I. 126.
l. 66 § 1: I. 150.
Tit. 2: De divortiis et repudiis.
l. 11 pr.: I. 155. 156.
l. 11 § 2: I. 155. 156.

Digesta.
Liber 24.
Tit. 3: Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur.
l. 2: III. 718. 719.
l. 7 § 1: III. 748. 749. 751.
l. 7 § 9: III. 750.
l. 7 § 10: III. 751.
l. 7 § 11: III. 751.
l. 25 § 2: II. 301.
l. 32: II. 360.
Liber 25.
Tit. 1: De impensis in res dotales factis.
l. 5 pr.: III. 727. 728.
Tit. 2: Rerum amotarum.
l. 1: I. 112.
l. 6 § 3: III. 789.
l. 21 pr.: I. 303.
Tit. 3: De agnoscendis et alendis liberis.
l. 1 § 12—§ 14: I. 142.
l. 1 § 14: I. 142.
l. 1 § 16: I. 350
l. 2: I. 350.
l. 3 pr.: I. 115. 350. 352. 353.
l. 5 § 1: I. 235.
l. 5 § 2: I. 235.
l. 5 § 7: III. 780. 781.
l. 5 § 8: I. 309. 331.
l. 5 § 9: I. 331. 332.
l. 5 § 11: III. 783.
l. 5 § 12: I. 234.
l. 5 § 18: I. 331. 350.
Tit. 4: De inspiciendo ventre.
l. 1 § 1: I. 172.
l. 1 § 11: I. 119. IV. 289.
Tit. 5: Si ventris nomine muliere in possessionem missa etc.
l. 1 § 2: I. 305.
Tit. 7: De concubinis.
l. 1: I. 155.
Liber 26.
Tit. 1: De tutelis.
l. 1 pr.: I. 188. III. 802. 803, 805.
— § 2: I. 190.
— § 3: I. 190.
l. 3 pr.: I. 122. 123.
l. 4 pr.: I. 295.
l. 5 pr.: III. 872.
l. 16: I. 237.
l. 18: I. 229.
Tit. 2: De testamentaria tutela.
l. 14: III. 804.
Tit. 4: De legitima tutela.
l. 7: I. 146.

Digesta.
Liber 26.
Tit. 5: De tutoribus et curatoribus datis etc.
l. 4: I, 260.
Tit. 7: De administratione et periculo tutorum.
l. 1 § 1: I, 239. III, 571.
l. 1 § 2: 185.
l. 5 § 7: II, 256. 260.
l. 12 § 3: III, 804.
l. 16: II, 654.
l. 22: I, 325.
l. 23: I, 347.
l. 32 pr.: III, 877.
l. 37 § 1: II, 654.
l. 39 § 11: II, 663. III, 838.
l. 41: II, 256.
l. 42: I, 222.
l. 43 § 1: III, 710.
l. 45: II, 81.
l. 55 § 2: II, 89.
l. 57 pr.: II, 255, 267.
Tit. 8: De auctoritate et consensu tutorum.
l. 4: III, 837.
l. 5 § 3: I, 628.
l. 9 pr.—§ 4: I, 188.
l. 9 § 2: II, 449.
l. 19: I, 188.
Tit. 9: Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt.
l. 2: I, 300.
Liber 27.
Tit. 1: De excusationibus.
l. 12: I, 22.
l. 13 § 2: I, 122. 123.
Tit. 3: De tutelae et rationibus distr.
l. 1 § 4: I, 329.
l. 1 § 11: II, 664.
l. 1 § 13: II, 88. 664.
l. 1 § 15: II, 665. III, 842.
l. 1 § 21: I, 344, 345.
l. 20 pr.: I, 441.
l. 22: I, 324, 326.
l. 23: I, 321.
l. 24: I, 303.
Tit. 4: De contraria tutelae et utili actione.
l. 1 § 4: I, 345.
Tit. 5: De eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit.
l. 1 pr.: II, 666. III, 864, 865.
l. 1 § 1: II, 666.
l. § 3: III, 864.
l. 3: III, 864.

Digesta.
Liber 27.
Tit. 6: Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur.
l. 9 pr.: I, 303.
l. 11 pr.: III, 867.
l. 11 § 2: III, 867.
Tit. 8: De magistratibus conveniendis.
l. 1 pr.: III, 572.
Tit. 10: De curatoribus furioso dandis.
l. 7 § 3: I, 241. IV, 11, 265.
l. 10: I, 180.
Liber 28.
Tit. 1: Qui testamenta facere possunt et quemadm. testam. fiant.
l. 5: I, 186, 188.
l. 6 § 1: 176, 181.
l. 7: I, 225.
l. 15: I, 212.
l. 16 pr.: I, 176, 181.
l. 16 § 1: I, 176, 181, 190.
l. 17: I, 190.
l. 18: I, 180.
l. 19: I, 212.
l. 20 § 4: I, 176, 181.
l. 20 § 5: III, 50.
l. 20 § 7: I, 177.
Tit. 2: De liberis et postumis heredibus instituendis.
l. 6 § 2: I, 184.
l. 11: I, 150, 240. III, 615—617.
l. 12 § 1: I, 174.
Tit. 3: De injusto, rupto, irrito facto test.
l. 6 § 13: I, 242.
Tit. 5: De heredibus instituendis.
l. 9 pr.: IV, 34.
l. 9 § 2: III, 82.
l. 9 § 3: III, 82.
l. 9 § 5: IV, 288.
l. 9 § 6: IV, 288.
l. 13 pr.: III, 177.
l. 17 § 1: III, 177.
l. 23 § 3: III, 891.
l. 31 § 1: I, 204.
l. 32 pr.: I, 188.
l. 47: I, 303.
l. 93 (92): I, 309.
Tit. 6: De vulgari et pupillari substitutione.
l. 23: III, 87.
l. 30: III, 86.
l. 43: I, 225.
l. 43 pr.: I, 181.
l. 48 § 1: III, 85.

Digesta.
Liber 28.
Tit. 7: De condicionibus institutionum.
l. 13: III. 415.
l. 15: II, 423. IV. 132.
l. 16: IV, 135.
l. 20 § 1: IV, 448.
Tit. 8: De jure deliberandi.
l. 10: III. 150.
Liber 29.
Tit. 1: De testamento militis.
l. 3: I. 111.
l. 4: I. 181.
l. 18 pr.: III. 340.
l. 21: I. 111.
l. 24: I. 222.
Tit. 2: De adquirenda vel omittenda hereditate.
l. 5 § 1: I. 180.
l. 6 § 7: IV, 23, 24, 69, 87.
l. 32 § 1: III, 179.
l. 35 pr.: III, 87.
l. 37: I, 242, 243.
l. 42 pr.: III. 90.
l. 76 § 1: III, 154.
l. 83: III, 171.
l. 98: III, 179.
Tit. 3: Quemadmodum testamenta aperiantur.
l. 1: I. 212.
l. 1 § 1: I, 384.
l. 2 § 1: I, 190.
Tit. 5: De senatusconsulto Silaniano.
l. 3 § 30: I, 442.
Tit. 7: De jure codicillorum.
l. 3 pr.: I, 105.
— § 1: I, 105.
l. 8 § 1: I, 105.
l. 14 pr.: III, 174.
l. 16: III. 393.
Liber 30.
Tit.: De legatis I.
l. 1: I. 310.
l. 4 pr.: IV. 34.
l. 8 § 1: II. 171. 181.
l. 26 § 2: III. 325.
l. 28: I. 371.
l. 20 § 4: III. 407.
l. 37: II. 105.
l. 38 § 1: III. 415.
l. 39 § 2: III. 312.
l. 39 § 8: III. 482.
l. 39 § 10: I. 459.
l. 40: III. 310.

Digesta.
Liber 30.
l. 43 § 2: III. 68.
l. 44 § 2: I. 575.
l. 47 § 2: II. 324.
l. 47 § 4: II. 324. 325.
l. 49 § 4: III. 332.
l. 49 § 5: III. 332.
l. 49 § 6: III. 332.
l. 50 § 1: I. 353.
l. 53 § 3: II. 314.
l. 53 § 4: II. 325.
l. 54 § 2: IV. 157.
l. 54 § 3: III. 376. 377.
l. 57: III. 322.
l. 69 § 2: III. 332.
l. 71 pr.: II. 99. III. 315. 316.
l. 71 § 5: II. 125.
l. 76: III. 328.
l. 77: I. 375.
l. 81 § 4: III, 375.
l. 82 § 5: III. 328.
l. 84 § 4: III. 412.
l. 84 § 5: II. 463.
l. 84 § 13: I. 344.
l. 86 pr.: II. 125. III, 312.
l. 86 § 2: I, 245.
l. 104 § 2: III, 310.
l. 104 § 6: IV, 222.
l. 108 § 2: III. 319.
l. 108 § 4: II. 464.
l. 114 § 14: I. 488. 48
l. 116 § 3: I. 204.
l. 116 § 4: III, 428.
l. 124: III. 376.
Liber 31.
Tit.: De legatis II.
l. 1 pr.: III, 68.
l. 16: II, 181.
l. 41 pr.: III, 418.
l. 49 § 2: III. 310.
l. 55 § 1: III, 40.
l. 66 § 3: II, 100. 104, 105.
l. 66 § 6: II, 125.
l. 66 § 7: I, 774.
l. 67 § 8: III. 315.
l. 69 pr.: III, 75.
l. 75 § 1: III. 387.
l. 77 § 2: III. 369.
l. 77 § 5: I, 492.
Liber 32.
Tit.: De legatis III.
l. 11 § 13: III, 329.
l. 11 § 22: III. 332.
l. 25 § 1: I, 118. IV, 289.
l. 38 § 3: I, 489.
l. 69 pr.: I, 118, 123.

Digesta.
Liber 32. Tit.: De legatis III.
l. 80: III, 384.
l. 89: III, 418.
Liber 33.
Tit. 1: De annuis legatis.
l. 6: III, 547.
l. 7: I, 309, 489. III, 96.
l. 16: I, 234.
Tit. 2: De usu et usufructu.
l. 15 § 1: III, 325.
l. 26 pr.: III, 402.
Tit. 3: De servitute legata.
l. 1: III, 325.
Tit. 6: De tritico, vino vel oleo legato.
l. 4: II, 105.
Tit. 7: De instructo vel instrumento legato.
l. 12 § 12: I, 567.
l. 12 § 13: I, 567.
l. 22: I, 567.
Tit. 8: De peculio legato.
l. 1: IV, 201.
l. 2: IV, 201.
Tit. 10: De suppelectile lagata.
l. 7 § 2: IV, 285, 286.
Liber 34.
Tit. 1: De alimentis vel cibariis legatis.
l. 4 pr.: III, 547, 548.
l. 11: I, 234.
l. 14 § 3: I, 786.
Tit. 3: De liberatione legata.
l. 5 pr. II, 188.
l. 7 § 3: III, 332.
l. 11: III, 330.
l. 13: I, 369, 371.
l. 25: III, 326.
l. 31: III, 327.
Tit. 4: De adimendis vel transferendis legatis.
l. 3 § 1: II, 301, 302. III, 379, 408.
l. 3 § 2: II, 299. 301, 302.
l. 3 § 7: III. 436.
l. 30 § 4: III, 379.
Tit. 5: De rebus dubiis.
l. 10 (11) pr.: III, 436.
Tit. 7: De regula Catoniana.
l. 1 § 1: III, 429.
l. 4: III, 431.
Tit. 8: De his quae pro non scriptis habentur.
l. 3 pr.: I, 234.
l. 3 § 1: I, 234.

Digesta.
Liber 34.
Tit. 9: De his quae ut indignis auferuntur.
l. 5 § 1: III, 118.
l. 18 § 1: I, 252.
Liber 35.
Tit. 1: De condicionibus et demonstrationibus.
l. 5 pr.: I, 190.
l. 15: I, 150.
l. 21: III, 187. IV, 119.
l. 24: IV, 155, 158.
l. 26 § 1: III, 169, 171.
l. 58: IV, 129, 130.
l. 71 § 1: IV, 134.
l. 72 § 3: II, 256.
l. 72 § 5: IV, 215.
l. 72 § 6: IV, 54, 55, 63.
l. 75: III, 407.
l. 89: III, 435.
l. 92: I, 167, 308.
l. 101 § 3: III, 410.
Tit. 2: Ad legem Falcidiam.
l. 1 § 11: III, 368. IV, 29, 30.
l. 1 § 13: III, 359, 360.
l. 9 § 1: I, 172.
l. 10: III, 362.
l. 11 § 5: III, 353—354.
l. 11 § 6: III, 355, 356.
l. 17: III, 340.
l. 21 pr.: II, 48.
l. 21 § 1: III, 366.
l. 22: III, 369.
l. 24 pr.: III, 337.
l. 32: I, 280.
l. 62 pr.: II, 83.
l. 63 pr.: I, 445.
l. 69: I, 782—783.
l. 73 § 1: III, 338.
l. 78: III, 359, 360.
l. 80 § 1: III. 377.
l. 87 § 4: III, 362.
l. 87 § 5: III, 362.
l. 87 § 7: III, 92.
l. 87 § 8: III, 352, 364.
l. 91: III, 341—343.
Tit. 3: Si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur.
l. 3 § 10: II, 542.
Liber 36.
Tit. 1: Ad Sc. Trebellianum.
l. 1 § 2: I, 246.
l. 1 § 6: III, 639.
l. 7: III, 444.
l. 26 (25): III, 408.

Digesta.
Liber 36. Tit. 1.
l. 28 (27) § 1: III, 446.
l. 28 (27) § 2: III, 446.
l. 30 (29): III, 75, 76, 115.
l. 31 (30) § 3: III, 341.
l. 37 pr.: I, 246.
l. 44 (43): III, 171.
l. 52 (50): III, 653.
l. 57 (55) § 3: III, 445.
l. 61 (59) pr.: II, 842.
l. 65 (63) pr.: I, 246.
l. 65 (63) § 7: III, 445, 446.
l. 65 (63) § 9: III, 445.
l. 67 (65) § 3: I, 127. III, 189.
l. 67 (65) § 4: I, 582.
Tit. 2: Quando dies legatorum cedat.
l. 22 pr.: III, 408.
l. 25 § 1: II, 48.
l. 26 § 1: III, 408.
Liber 37.
Tit. 1: De bonorum possessionibus.
l. 3 pr.: I, 243, 315.
l. 3 § 1: III, 6, 16.
Tit. 4: De bonorum possessione contra tabulas.
l. 1 § 4: III, 190.
Tit. 6: De collatione bonorum.
l. 1 § 12: III, 302.
l. 2 § 4: I, 279, 280.
l. 4: III, 715.
Tit. 7: De dotis collatione.
l. 1 § 6: III, 305.
l. 5 § 1: III, 304.
Tit. 12: Si a parente quis manumissus sit.
l. 5: I, 167, 306, 308.
Tit. 14: De jure patronatus.
l. 14: I, 350.
Liber 38.
Tit. 1: De operis libertorum.
l. 37 § 4: II, 382.
l. 37 § 6: I, 327.
l. 44: II, 296.
Tit. 2: De bonis libertorum.
l. 41: I, 308.
Tit. 8: Unde cognati.
l. 1 § 2: I, 143.
l. 1 § 4: I, 143.
Tit. 9: De successorio edicto.
l. 2: III, 87.
Tit. 10: De gradibus et affinibus.
l. 1 pr.: I, 138, 140.
l. 4: I, 138.
l. 4 § 2: I, 146.

Digesta.
Liber 38. Tit. 10.
l. 4 § 3: I, 144.
l. 4 § 5: I, 145.
l. 4 § 7: I, 144.
l. 4 § 8: I, 144.
l. 4 § 10: I, 146, 147.
l. 4 § 11: I, 143.
l. 6 § 1: I, 145.
l. 8: I, 145.
l. 9: I, 139.
l. 10 pr.: I, 145.
Tit. 16: De suis et legitimis.
l. 3 § 11: I, 141.
l. 3 § 12: I, 141.
Tit. 17: Ad Sc. Tertullianum.
l. 1 § 12: I, 99.
l. 2 § 28: I, 122.
l. 2 § 44: III, 877.
Liber 39.
Tit. 1: De operis novi nuntiatione.
l. 5 § 10: I, 668, 693.
l. 5 § 19: I, 705.
l. 15: I, 296, 668.
l. 21 pr.: I, 703.
l. 22: I, 279.
Tit. 2: De damno infecto et de suggerundis.
l. 4 § 7: III, 831.
l. 11: I, 727.
l. 13 § 9: I, 727.
l. 18 § 4: I, 813.
l. 24 § 1: I, 679.
l. 38 pr.: II, 267.
l. 39 § 2: I, 817.
l. 40 pr.: II, 357.
Tit. 3: De aqua et aquae pluviae arcendae.
l. 1 § 12: II, 823.
l. 2 § 5: I, 301, 303.
l. 2 § 6: I, 303.
l. 2 § 9: I, 685.
l. 6 § 1: II, 74.
l. 6 § 5: I, 276.
l. 11 § 3: II, 74.
l. 12: I, 276.
l. 18 § 1: I, 224.
l. 19: IV, 29—31.
l. 20: IV, 29—31.
l. 22 pr.: I, 301.
Tit. 4: De publicanis et vectigalibus.
l. 14: I, 240, 245.
Tit. 5: De donationibus.
l. 2 § 6: IV, 318, 339.
l. 10: IV, 250.
l. 13: I, 520, 521.
l. 19 § 4: II, 48.

Digesta.
Liber 39. Tit. 5.
l. 27: II, 55. IV, 249.
l. 34 § 1: II, 54.
Tit. 6: De mortis causa donationibus.
l. 29: IV, 127, 128.
l. 38: IV, 123.
l. 44: IV, 127.
Liber 40.
Tit. 1: De manumissionibus.
l. 5 pr.: I, 308.
Tit. 2: De manumissis vindicta.
l. 4 pr.: IV, 318.
l. 4 § 1: I, 589.
Tit. 5: De fideicommissaria libertate.
l. 23 § 2: III, 636, 637.
l. 23 § 3: I, 111.
l. 26 § 5: IV, 106.
l. 44: I, 308.
l. 46 pr.: III, 68.
l. 46 § 2: III, 68.
Tit. 7: De statuliberis.
l. 3 § 1: IV, 155.
l. 9 § 2: I, 446. II, 93.
l. 20 § 3: IV, 156, 157.
Tit. 9: Qui et a quibus manumissi liberi non fiunt.
l. 17 § 1: IV, 70.
Tit. 11: De natalibus restituendis.
l. 1: I, 232.
Tit. 12: De liberali causa.
l. 9 § 2: I, 349.
l. 20 § 3: I, 369.
l. 20 § 4: I, 460.
l. 42: I, 349.
Liber 41.
Tit. 1: De adquirendo rerum dominio.
l. 7 § 10: I, 404.
l. 7 § 11: I, 404.
l. 9 § 2: I, 300.
l. 9 § 4: I, 241.
l. 9 § 5: I, 502.
l. 11: I, 188, 512.
l. 13 pr.: I, 522. IV, 349.
l. 13 § 1: IV, 349.
l. 14: I, 465.
l. 20 pr.: I, 212, 241.
l. 20 § 1: I, 237, 245.
l. 21 § 1: I, 502.
l. 23 § 1: I, 537.
l. 31: I, 582—588.
l. 35: I, 589.
l. 36: I, 587. IV, 90, 91, 438.
l. 37 § 6: I, 520, 521.

Digesta.
Liber 41. Tit. 1.
l. 40: I, 537.
l. 48: I, 217.
l. 48 § 1: I, 537, 540.
l. 53: IV, 355, 356.
l. 59: I, 522.
l. 62: III, 310.
Tit. 2: De adquirenda vel amittenda possessione.
l. 1 § 2: I, 217.
l. 1 § 20: IV, 349.
l. 3 § 5: I, 217.
l. 3 § 21: I, 502.
l. 3 § 22: I, 614.
l. 12 § 1: I, 217.
l. 13 § 13: I, 635.
l. 17 § 1: I, 510.
l. 18 § 1: I, 190, 523—525, 591.
l. 18 § 3: I, 751.
l. 26: I, 447.
l. 30 § 1: I, 459.
l. 31: I, 531.
l. 32 § 3: I, 187.
l. 33: I, 509, 510.
l. 34 pr.: I, 503, 523—525.
l. 38 § 1: I, 512.
l. 39: II, 604.
l. 40 § 1: I, 531.
l. 40 § 2: III, 226.
l. 42 § 1: IV, 349.
l. 44 pr.: I, 571.
l. 44 § 2: I, 531.
l. 51: I, 506. IV, 352.
l. 52 § 2: I, 257.
Tit. 3: De usurpationibus et usucapionibus.
l. 4 § 15: I, 605.
l. 4 § 17: I, 605.
l. 4 § 19: I, 548, 551.
l. 5: I, 637.
l. 10 pr.: I, 632.
l. 10 § 2: I, 605, 606.
l. 13 § 1: I, 627.
l. 16: I, 313.
l. 17: I, 241.
l. 21: I, 245.
l. 27: I, 626.
l. 30 pr.: I, 475, 542—545, 558.
l. 30 § 1: I, 497, 543, 558.
l. 30 § 2: I, 545.
l. 32 § 1: I, 627.
l. 32 § 2: I, 477, 498.
l. 33 pr.: I, 606.
l. 42: I, 491, 492.
l. 44 § 5: I, 245, 472.

Digesta.
Liber 41.
Tit. 4: Pro emtore.
l. 2 § 3: IV, 140.
l. 2 § 4: IV, 140.
l. 2 § 5: IV, 140.
l. 2 § 15: I, 627, 628.
l. 2 § 16: I, 628, 719.
l. 6 § 2: I, 634.
l. 7 § 5: I, 628.
l. 7 § 6: I, 628.
l. 8: I, 628.
l. 12: I, 245.
Tit. 5: Pro herede.
l. 2 pr.: I, 245.
l. 2 § 1: I, 530.
l. 3: I, 621.
Tit. 8: Pro legato.
l. 9: I, 616, 618.
Tit. 10: Pro suo.
l. 1 pr.: I, 619.
Liber 42.
Tit. 1: De re judicata et de effectu sententiarum.
l. 1: I, 328.
l. 2: I, 309.
l. 4 § 4: I, 327.
l. 4 § 7: I, 327.
l. 6 § 2: I, 254, 256, 327.
l. 15 pr.: I, 259.
l. 15 § 3: I, 241.
l. 19: II, 411, 412.
l. 31: I, 259, 260.
l. 33: I, 429.
l. 34: I, 219, 303.
l. 54 pr.: I, 424.
Tit. 2: De confessis.
l. 1: I, 255.
l. 5: II, 361.
Tit. 4: Quibus ex causis in possessionem eatur.
l. 7 § 1: I, 255.
Tit. 5: De rebus auctoritate judicis possidendis.
l. 8 § 1: I, 192.
l. 9 § 8: I, 278, 280.
l. 11: I, 278.
l. 28: III, 90, 91.
Tit. 7: De curatore bonis dando.
l. 1 § 2: III, 891.
Tit. 8: Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur.
l. 9: II, 832.
l. 10 § 16: I, 262.
l. 24: I, 266. II, 826.

Digesta.
Liber 43.
Tit. 1: De interdictis.
l. 1: I, 262.
l. 1 § 3: I, 276.
l. 2: I, 262.
l. 2 § 1: I, 210.
l. 2 § 2: I, 279, 729.
Tit. 4: Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit.
l. 3 pr.: I, 305.
l. 3 § 1: I, 303, 306, 307.
Tit. 6: Ne quid in loco sacro fiat.
l. 3: I, 224.
Tit. 8: Ne quid in loco publico vel itinere fiat.
l. 2 pr.: I, 224.
l. 2 § 2: I, 465.
l. 2 § 4: I, 306, 307.
l. 2 § 5: III, 482.
l. 2 § 10: I, 224.
l. 2 § 16: I, 224.
l. 2 § 34: I, 284.
l. 3: I, 463.
Tit. 12: De fluminibus, ne quid in flumine ripave eius fiat.
l. 1 § 4: I, 456.
Tit. 16: Unde vi.
l. 1 pr.: I, 268.
l. 1 § 48: I, 750.
l. 3 § 9: I, 268.
l. 3 § 11: I, 740.
l. 11: I, 736.
l. 12: II, 762.
l. 17: I, 268.
l. 18: II, 762.
Tit. 17: Uti possidetis.
l. 1 pr.: I, 268.
l. 3 § 1: I, 295.
l. 3 § 2: I, 734, 736, 738.
l. 3 § 3: I, 738.
l. 3 § 4: I, 736, 738.
l. 3 § 5: I, 738, 806.
l. 3 § 6: I, 738, 806.
l. 3 § 7: I, 738, 817.
l. 3 § 11: I, 447.
Tit. 18: De superficiebus.
l. 1 pr.: I, 818, 824.
l. 1 § 1: I, 813.
l. 1 § 3: I, 810.
l. 1 § 4: I, 125, 398.
l. 1 § 6: I, 782.
l. 1 § 9: I, 303.
Tit. 19: De itinere actuque privato.
l. 3 § 5: I, 253.

Digesta.
Liber 43.
Tit. 20: De aqua cottidiana et aestiva.
l. 1 § 8: I, 770.
l. 1 § 25: I, 253.
l. 1 § 38: I, 232.
l. 1 § 38—§ 45: I, 224.
Tit. 21: De rivis.
l. 2: I, 453.
Tit. 24: Quod vi aut clam.
l. 1 § 2: I, 265, 267.
l. 3 § 4: I, 224, 227.
l. 3 § 5: I, 698.
l. 5 § 13: I, 277.
l. 7 § 1: I, 277.
l. 7 § 2: I, 698.
l. 7 § 4: II, 352.
l. 11 § 1: II, 94.
l. 13 § 1: I, 236.
Tit. 26: De precario.
l. 1 pr.: I, 246.
l. 2 § 2: I, 754.
l. 19 § 2: I, 756. II, 629—630.
Tit. 30: De liberis exhibendis item ducendis.
l. 2: I, 148.
l. 3 § 3: I, 252, 308.
l. 5: I, 252.
Tit. 32: De migrando.
l. 1 § 2: I, 305.
Tit. 33: De Salviano interdicto.
l. 1 § 1: II, 858.
Liber 44.
Tit. 1: De exceptionibus.
l. 2 pr.: I, 368.
l. 7 § 1: II, 188.
l. 14: II, 370.
l. 15: I, 387.
l. 17: I, 331.
l. 18: I, 344, 551.
l. 22: I, 372.
Tit. 2: De exceptione rei judicatae.
l. 1: I, 331.
l. 5: I, 319, 321, 327.
l. 5 pr.: I, 343.
l. 6: I, 317, 318.
— § 2: I, 340. 341.
l. 7 pr.: I, 328.
— § 1: I, 328, 338.
— § 2: I, 328, 556.
— § 3: I, 328.
— § 4: I, 331, 336, 338, 340, 343.
— § 5: I, 331.
l. 8: I, 331, 374.
l. 9 pr.: I, 342.
— § 1: I, 328, 343.

Digesta.
Liber 44. Tit. 2.
— § 2: I, 328, 347.
l. 10: I, 347.
l. 11 § 1: I, 341.
— § 2: I, 341.
— § 3: I, 328, 341, 347.
— § 4: I, 341.
— § 5: I, 341.
— § 7: I, 347.
— § 9: I, 347.
— § 10: I, 331, 347.
l. 12: I, 336, 338.
l. 13: I, 336, 338.
l. 14: I, 336, 338.
l. 14 pr.: I, 339.
l. 15: I, 328, 329.
l. 19: I, 328, 338, 345.
l. 20: I, 340, 341.
l. 21 pr.: I, 340.
— § 1: I, 328, 655.
— § 2: I, 328.
— § 3: I, 340.
— § 4: I. 347.
l. 22: I, 331.
l. 23: I, 340, II, 115.
l. 24: I, 345.
l. 25 § 1: I, 344, II, 729.
l. 26 § 1: I, 328, 331.
l. 27: I, 336, 339, 340, 342.
l. 28: I, 347.
l. 30 pr.: I, 328, 339.
— § 1: I, 328, 329, 338, 345.
l. 48 § 2: II, 729.
l. 63: I, 347.
Tit. 4: De doli mali exceptione.
l. 2 § 4: I, 381.
l. 2 § 5: I, 298, 368, 373.
l. 1 § 10: IV, 23.
l. 4 § 26: I, 189.
l. 4 § 32: I, 373.
l. 4 § 33: I, 276.
l. 4 § 39: IV, 446.
l. 5 § 6: I, 398.
l. 6: II, 450.
l. 7 § 1: II, 382.
Tit. 7: De obligationibus et actionibus.
l. 1 § 9: II, 127.
l. 1 § 12: I, 190.
l. 3 § 1: II, 472.
l. 3 § 2: IV, 21.
l. 6: I, 404.
l. 9: I, 234. 236.
l. 11: IV, 385.
l. 14: II, 46.

Digesta.
Liber 44. Tit. 7.
l. 25 pr.: I, 273.
l. 28: I, 248.
l. 29: I, 327.
l. 33: I, 356.
l. 34: I, 373.
l. 34 § 1: I, 375.
l. 35 pr.: I, 278, 279, 441, 725, 726.
l. 37 pr.: I, 362.
l. 37 § 1: I, 294, 305.
l. 41 § 1: I, 344, 345.
l. 42 § 1: I, 333, 369.
l. 43: I, 185.
l. 44 § 1: II, 16, 17.
l. 44 § 2: IV, 138.
l. 45: II, 327.
l. 51: I, 248, 251, 252, 311, 315.
l. 53 pr.: I, 344.
l. 60: I, 344.

Liber 45.
Tit. 1: De verborum obligationibus.
l. 1 pr.: I, 190.
l. 2 § 1: II, 77.
l. 5 pr.: I, 361.
l. 6: I, 180.
l. 18: II, 386.
l. 22: IV, 52.
l. 25: I, 369.
l. 29 § 1: II, 306, 378.
l. 35 § 1: II, 124, 125.
l. 38 § 9: I, 249.
l. 38 § 17: IV, 389, 396.
l. 41 § 1: II, 299.
l. 45: II, 353.
l. 49: II, 296.
l. 64: IV, 106.
l. 68: IV, 325, 326.
l. 72 pr.: II, 35, 66, 67, 74, 86.
l. 78 pr.: IV, 159.
l. 83 § 1: I, 324.
l. 83 § 5: II, 124.
l. 91 § 1: II, 321.
l. 91 § 4: II, 296.
l. 96: II, 314.
l. 98 pr.: IV, 412.
l. 101: I, 118, 185.
l. 126 § 2: II, 562.
l. 127: II, 296.
l. 132: I, 163.
l. 135 pr.: II, 562.
l. 137 § 4: II, 325.
l. 140 § 2: IV, 412.
l. 141 § 2: I, 188.

Digesta.
Liber 45.
Tit. 2: De duobus reis.
l. 2: I, 321, 347.
l. 9 pr.: II, 180.
l. 9 § 1: II, 175.
l. 10: II, 165, 166.
l. 11 pr.: II, 177.
l. 17: III, 375, 376.
l. 18: II, 296.
Liber 45.
Tit. 3: De stipulatione servorum.
l. 26: IV, 159.
l. 39: II, 531.
Liber 46.
Tit. 1: De fidejussoribus et mandatoribus.
l. 5: I, 321, 347.
l. 8 § 3: I, 325.
l. 11: II, 188.
l. 16 § 4: II, 51.
l. 17: II, 192.
l. 22: I, 172, 195.
l. 25: I, 180. II, 185.
l. 37: IV, 57.
l. 38 § 4: I, 395.
l. 41 pr.: I, 441.
l. 48 § 1: I, 441.
l. 69: I, 395.
l. 71 pr.: II, 174.
Tit. 2: De novationibus et delegationibus.
l. 3: I, 180.
l. 4: I, 298.
l. 8 § 3: I, 327.
l. 8 § 5: IV, 250.
l. 9: II, 388.
l. 11 pr.: II, 379.
l. 11 § 1: I, 325. II, 229.
l. 12: I, 371.
l. 14 pr.: II, 306.
l. 17: II, 375.
l. 18: I, 326. II, 562.
l. 19: I, 371. II, 232.
l. 24: III, 40.
l. 29: I, 325, 326.
l. 31 pr.: II, 306, 307.
l. 31 § 1: I, 321, 347. II, 79, 166, 169, 170.
Tit. 3: De solutionibus et liberationibus.
l. 1: II, 231, 447.
l. 5 § 2: II, 53.
l. 7: I, 327.
l. 9 § 1: II, 77.
l. 14 § 1: III, 833.
l. 14 § 5: III, 833.

Digesta.
Liber 46. Tit. 3.
l. 16: IV, 159.
l. 23: IV, 250.
l. 30: II, 309, 310.
l. 34 § 6: II, 545.
l. 38 § 4: I, 395. II, 296.
l. 38 § 5: II, 189.
l. 44: II, 48.
l. 49: I, 582.
l. 54: II, 434.
l. 67: II, 105.
l. 71 § 1: IV, 381.
l. 72 pr.: II, 309.
l. 76: II, 392.
l. 78: II, 445.
l. 81 § 1: II, 588. IV, 211.
l. 91: IV, 250.
l. 94 § 1: I, 402.
l. 95 § 2: I, 369, 373.
l. 95 § 3: II, 187.
l. 96 pr.: II, 826.
l. 98 pr.: III, 735, 736.
l. 98 § 8: IV, 444.
l. 102 pr.: II, 310.
l. 108: II, 780, 781.
Tit. 4: De acceptilatione.
l. 18 § 1: I, 247.
l. 19 § 1: II, 552.
Tit. 5: De stipulationibus praetoriis.
l. 1 § 2: I, 305, 362, 363.
l. 1 § 4: I, 361.
Tit. 6: Rem pupilli salvam fore.
l. 4 § 3: I, 239.
l. 7: III, 847.
Tit. 8: Ratam rem haberi et de ratihabitione.
l. 20: I, 305.
l. 22 § 8: I, 321.
l. 23: I, 247.
l. 25 § 1: IV, 381.
Liber 47.
Tit. 1: De privatis delictis.
l. 1 § 1: I, 278.
l. 1 § 2: I, 279.
l. 2 § 3: I, 344.
Tit. 2: De furtis.
l. 1 § 3: II, 804.
l. 12 pr.: II, 275.
l. 14 § 10: II, 275.
l. 16: III, 600.
l. 20 § 1: I, 538.
l. 43 § 1: I, 521.
l. 48 § 5: I, 553, 606.
l. 52 § 21: IV, 57.
l. 54 (53) § 3: II, 267.

Digesta.
Liber 47. Tit. 2.
l. 55 (54) § 1: II, 54.
l. 55 (54) § 5: IV, 351.
l. 57 (56) § 4: IV, 351.
l. 62 (61) § 7: II, 354.
l. 67 (66) § 4: IV, 57.
l. 81 (80) pr.: II, 286.
l. 86 (85): II, 267, 325.
Tit. 7: Arborum furtim caesarum.
l. 6 § 2: I, 665.
l. 7 § 2: I, 126.
Tit. 8: Vi bonorum raptorum et de turba.
l. 2 § 1: I, 263, 265.
l. 2 § 18: I, 265.
l. 2 § 22—§ 25: I, 263.
l. 3 § 18: I, 264.
Tit. 10: De injuriis et famosis libellis.
l. 5 § 6: I, 235.
l. 13 pr.: I, 235, 280.
l. 17 § 13: I, 235.
l. 17 § 22: I, 235.
l. 28: I, 280.
Tit. 12: De sepulchro violato.
l. 6: I, 279.
l. 10: I, 236, 279.
Tit. 19: Expilatae hereditatis.
l. 3: I, 307.
Tit. 21: De termino moto.
l. 3 pr.: I, 283.
Tit. 22: De collegiis et corporibus.
l. 1 § 2: III, 489.
l. 4: I, 110, 116, 131, 134.
Tit. 23: De popularibus actionibus.
l. 1: I, 282.
l. 3 pr.: I, 283.
l. 3 § 1: I, 284.
l. 4: I, 283.
l. 5: I, 283.
l. 7 pr.: I, 281.
l. 7 § 1: I, 281.
l. 8: I, 236.
Liber 48.
Tit. 1: De publicis judiciis.
l. 4: III, 238.
Tit. 6: Ad legem Juliam de vi publica.
l. 3 § 2: I, 264.
Tit. 7: Ad legem Juliam de vi privata.
l. 2: I, 263, 264.
l. 3 § 2: I, 263, 264, 265.
l. 7: I, 261—266.
l. 8: I, 261—264.

Digesta.
Liber 48.
Tit. 10: De lege Cornelia de falsis.
l. 7: I, 308.
Tit. 13: Ad legem Juliam peculatus.
l. 9 § 6: I, 307.
Tit. 15: De lege Fabia de plagiariis.
l. 1: I, 267.
Tit. 19: De poenis.
l. 31: I, 227.
l. 41: I, 130.
l. 42: I, 121.
Tit. 20: De bonis damnatorum.
l. 7 pr.: III, 617—619.
Liber 49.
Tit. 1: De appellationibus et relationibus.
l. 14: I, 351.
l. 28 § 1: I, 260, 286, 287.
Tit. 8: Quae sententiae sine appellatione rescindantur.
l. 1 pr.: I, 327.
Tit. 14: De jure fisci.
l. 3 § 10: I, 570.
l. 10: III, 582.
Tit. 15: De captivis.
l. 7 pr.: I, 104.
l. 12 § 1: I, 146.
Liber 50.
Tit. 1: Ad municipalem.
l. 10: I, 226.
l. 25: I, 136, 172.
Tit. 12: De pollicitationibus.
l. 2 § 2: III, 543—544.
l. 6 pr.: II, 556.
l. 6 § 1: II, 556.
l. 8: I, 309.
l. 9: II, 556.
l. 14: II, 556.
Tit. 13: De variis et extraordinariis cognitionibus.
l. 1: I, 309.
l. 1 pr.—§ 15: I, 307.
l. 1 § 13: II, 323.
l. 3: I, 309.
Tit. 14: De proxeneticis.
l. 3: I, 309.
Tit. 15: De censibus.
l. 1: I, 226.
l. 7: I, 226.
l. 8: I, 226.
l. 8 § 7: I, 230.
Tit. 16: De verborum significatione.
l. 25 pr.: I, 472.
l. 35: I, 355.
l. 43: I, 219.
l. 45: I, 219.

Digesta.
Liber 50. Tit. 16.
l. 49: I, 251, 315, 533, 534. II, 9, 33, 93.
l. 55: I, 333, 369.
l. 71 pr.: II, 515.
l. 102: I, 130.
l. 109: I, 628.
l. 119: I, 243.
l. 129: I, 172.
l. 142: III, 177.
l. 148: I, 121.
l. 149: I, 122.
l. 151: I, 212, 245.
l. 161: I, 172.
l. 178 § 2: I, 247, 248, 307, 315.
l. 179: II, 341.
l. 193: II, 341.
l. 195 § 1: I, 147, 150, 159.
l. 195 § 2: I, 146, 148, 149, 166, 237, 241. III, 593.
l. 195 § 4: I, 138.
l. 195 § 5: I, 147.
l. 198: I, 765.
l. 199: I, 255.
l. 208: III, 2.
l. 215: I, 316, 472.
Tit. 17: De regulis juris.
l. 2: I, 184.
l. 29: IV, 444.
l. 34: I, 114.
l. 40: I, 180.
l. 46: II, 547.
l. 52: I, 255.
l. 56: I, 121.
l. 60: II, 638.
l. 63: II, 288.
l. 66: I, 369.
l. 67: I, 121.
l. 69: I, 233.
l. 73 § 2: I, 264.
l. 77: IV, 111.
l. 80: I, 130.
l. 85 pr.: I, 121.
l. 86: I, 326.
l. 96: I, 120.
l. 101: IV, 225.
l. 112: I, 369.
l. 116 pr.: IV, 72, 73.
l. 127: I, 279.
l. 130: I, 344.
l. 141 pr.: I, 111.
l. 142: IV, 274.
l. 153: I, 522.
l. 155 § 2: I, 121.
l. 156 § 1: I, 398. IV, 406.
l. 161: IV, 155.

Digesta.
Liber 50. Tit. 17.
l. 163: I, 246.
l. 173: II, 411, 412.
l. 176 pr.: I, 261.
l. 196: I, 231.
l. 203: II, 353.
l. 206: II, 505.
l. 207: I, 349, 352.

Codex.
Liber 1.
Tit. 3: De episcopis et clericis.
l. 45 (46) § 4: III, 579.
l. 49: I, 203.
Tit. 14: De legibus et constitut.
l. 5: IV, 440.
l. 7: I, 96, 97, 98.
l. 12: I, 113.
Tit. 17: De vetere jure enucleando.
l. 2 § 12: I, 129.
l. 2 § 15: I, 129.
l. 2 § 23: I, 99, 129.
l. 3 § 15: I, 129.
Tit. 18: De juris et facti ignorantia.
l. 4: II, 542.
l. 6: I, 384.
l. 8: IV, 29—31.
l. 9: IV, 40.
Tit. 19: De precibus imperatoribus offerendis.
l. 2: I, 226.
l. 4: I, 226.
Liber 2.
Tit. 1: De edendo.
l. 3: I, 319.
Tit. 3: De pactis.
l. 5: I, 373.
Tit. 4: De transactionibus.
l. 2: I, 383.
l. 6: I, 385.
l. 13: I, 384.
l. 19: I, 384.
l. 21: I, 385.
l. 22: I, 384.
l. 28: I, 385.
l. 29: I, 384.
l. 32: I, 384.
l. 33: I, 385.
l. 35: I, 384.
l. 38: I, 385.
l. 41: I, 360.
l. 42: I, 384.
Tit. 12 (13): De procuratoribus.
l. 10: I, 347.

Codex.
Liber 2.
Tit. 19 (20): De his quae vi metusve causa gesta sunt.
l. 3: I, 435. IV, 71, 72, 83.
l. 5: I, 435.
Tit. 21 (22): De in integrum restitutione minorum.
l. 3: I, 186.
l. 4: I, 125.
Tit. 24 (25): Si tutor vel curator intervenerit.
l. 4: II, 221.
Tit. 26 (27): Si adversus rem judicatam.
l. 2: I, 308.
Tit. 28: Si adversus venditionem.
l. 1: I, 360.
Tit. 40 (41): In quibus causis in integr. restitutio necessaria non est.
l. 5: I, 395.
Tit. 50 (51): De restitutione militum.
l. 3: I, 441.
Tit. 52 (53): De temporibus in integrum restitutionis.
l. 6 pr.: I, 432.
Tit. 53 (54): Quibus ex causis majores in integrum restituantur.
l. 5: I, 441.
Tit. 55 (56) De receptis.
l. 4: I, 360.
Liber 3.
Tit. 1: De judiciis.
l. 1: II, 115.
l. 8: I, 121.
Tit. 3: De pedaneis iudicibus.
l. 2: I, 259, 260, 305, 306.
Tit. 6: Qui legitimam personam in judiciis habent.
l. 2: I, 186.
Tit. 8: De ordine judiciorum.
l. 1: I, 331, 332.
Tit. 9: De litis contestatione.
l. 1: I, 357.
Tit. 19: Ubi in rem actio exerceri debet.
l. 2: I, 356, 651.
Tit. 28: De inofficioso testamento.
l. 5: IV, 257.
l. 27: I, 183.
l. 36 § 1 b: III, 262.
l. 37 pr.: III, 640, 641.
Tit. 31: De hereditatis petitione.
l. 5: II, 544.

Codex.
Liber 3. Tit. 31.
l. 12 pr.: I, 331.
l. 12 § 1: III, 237.
Tit. 32: De rei vindicatione.
l. 8: I, 300.
l. 24: I, 441.
l. 26: I, 600.
Tit. 33: De usufructu.
l. 12 § 1: IV, 169.
Tit. 34: De servitutibus et de aqua.
l. 11: I, 569.
Tit. 35: De lege Aquilia.
l. 6: II, 808.
Tit. 36: Familiae erciscundae.
l. 18 § 1: II, 673.
Tit. 39: Finium regundorum.
l. 3: I, 397.
Liber 4.
Tit. 2: Si certum petatur.
l. 5: II, 172.
l. 6: II, 478. 480.
l. 8: IV, 422.
l. 10: I, 386.
l. 13: II, 221.
l. 17: I, 98.
Tit. 5: De condictione indebiti.
l. 2: II, 513.
Tit. 10: De obligationibus et actionibus.
l. 1: I, 299. II, 397, 398.
Tit. 15: Quando fiscus vel privatus debitoris sui debitores exigere potest.
l. 5: II, 395, 398.
Tit. 17: Ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur.
l. 1: I, 279.
Tit. 18: De constituta pecunia.
l. 2: II, 198.
Tit. 21: De fide instrumentorum.
l. 17: I, 98. II, 708, 709. IV, 322, 323. IV, 281—283.
l. 19: I, 121.
Tit. 23: De commodato.
l. 4: II, 598.
Tit. 26: Quod cum eo qui in aliena est potestate negotium gestum esse dicitur.
l. 7 pr.: II, 221.
l. 7 § 1: II, 214, 215, 221.
Tit. 28: Ad Senatus consultum Macedonianum.
l. 2: II, 491.
l. 7 § 1: II, 483.
Tit. 29: Ad Sc. Vellejanum.
l. 21: I, 98.

Codex.
Liber 4.
Tit. 30: De non numerata pecunia.
l. 5: II, 572, 573.
l. 13: II, 573.
Tit. 31: De compensationibus.
l. 14: II, 431, 432, 425.
l. 14 § 2: II, 434.
Tit. 32: De usuris.
l. 6: II, 311.
l. 26 § 1: II, 500.
Tit. 33: De nautico fenore.
l. 1: II, 500.
Tit. 34: Depositi.
l. 11: I, 375.
Tit. 35: Mandati.
l. 23 pr.: II, 399, 400.
Tit. 38: De contrahenda emtione.
l. 2: I, 190.
Tit. 39: De hereditate vel actione vendita.
l. 7: II, 393.
l. 8: II, 393.
Tit. 44: De rescindenda venditione.
l. 1: IV, 83.
l. 10: I, 429.
Tit. 49: De actionibus emti venditi:
l. 5: II, 119.
Tit. 50: Si quis alteri vel sibi sub alterius nomine vel aliena pecunia emerit.
l. 6: IV, 387.
Tit. 51: De rebus alienis non alienandis.
l. 1: II, 530.
Tit. 52: De communium rerum alienatione.
l. 1: II, 530.
Tit. 54: De pactis inter emtorem et venditorem.
l. 3: IV, 173.
Tit. 56: Si mancipium ita venierit, ne prostituatur.
l. 1: I, 306, 309.
l. 2: I, 307.
Tit. 60: De nundinis.
l. unica: I, 225.
Tit. 65: De locato et conducto.
l. 13: II, 172.
Liber 5.
Tit. 1: De sponsalibus et arris sponsaliciis.
l. 2: I, 152.
l. 4: I, 152.
l. 5: I, 153.

Codex.
Liber 5.
Tit. 3: De donationibus ante nuptias.
l. 15: I, 300.
Tit. 4: De nuptiis.
l. 9: I, 150.
l. 13: I, 150.
l. 14: I, 159.
l. 22: I, 150.
l. 25: I, 151, 190.
l. 28: I, 155.
Tit. 5: De incestis et inutilibus nuptiis.
l. 3: I, 155.
l. 5: I, 145.
l. 8: I, 145, 150, 155.
Tit. 11: De dotis promissione et nuda pollicitatione.
l. 1: III, 734.
l. 7: I, 252.
Tit. 12: De jure dotium.
l. 1: III, 735—738.
l. 13: III, 736, 737.
l. 28: I, 186.
l. 30 pr.: III, 714, 756.
Tit. 13: De rei uxoriae actione.
l. un.: III, 741, 742, 754—756.
— — § 1: I, 240.
— — § 15: I, 314.
Tit. 17: De repudiis.
l. 11: I, 150, 159.
Tit. 18: Soluto matrimonio.
l. 4: I, 125.
l. 9: I, 261.
Tit. 27: De liberis naturalibus.
l. 5: I, 164, 223, 229.
l. 7: I, 161.
l. 10: I, 164, 166.
l. 11: I, 143, 164.
Tit. 28: De tutela testamentaria.
l. 4: III, 854.
Tit. 30: De legitima tutela.
l. 5: I, 186. III, 847.
Tit. 34: Qui dare tutores vel curatores etc.
l. 10: III, 872.
Tit. 35: Quando mulier tutelae officio fungi potest.
l. 2: I, 229.
l. 3: I, 229.
Tit. 37: De administratione tutorum.
l. 26: I, 186.
Tit. 40: Si ex pluribus tutoribus vel curatoribus etc.
l. 1: III, 833.

Codex.
Liber 5.
Tit. 43: De suspectis.
l. 9: I, 210.
Tit. 56: De usuris pupillaribus.
l. 4: II, 311.
Tit. 59: De auctoritate praestanda.
l. 5: I, 186, 189.
Tit. 70: De curatore furiosi.
l. 6: I, 190.
Liber 6.
Tit. 20: De collationibus.
l. 4: III, 290.
l. 11: III, 294.
l. 17: III, 290—292.
Tit. 22: Qui facere testamentum possunt.
l. 8: I, 190.
l. 9: I, 190.
l. 10 pr.: I, 181.
Tit. 23: De testamentis; quemadmodum testamenta ordinantur.
l. 18: III, 62.
l. 19: III, 24.
Tit. 24: De heredibus instituendis.
l. 13: III, 77, 78.
Tit. 29: De postumis heredibus instituendis.
l. 2: I, 173.
l. 3: I, 173, 174.
Tit. 30: De jure deliberandi.
l. 5: III, 189.
l. 9: III, 150.
l. 18 pr.: I, 185.
— § 4: I, 185.
l. 22 § 14: III, 150.
Tit. 31: De repudianda vel abstinenda hereditate.
l. 6: I, 434.
Tit. 34: Si quis aliquem testari prohibuerit vel coëgerit.
l. 1: IV, 75.
Tit. 37: De legatis.
l. 18: II, 395, 398.
l. 26: I, 237.
Tit. 43: Communia de legatis et fideicommissis.
l. 1: II, 554.
l. 3 § 1: III, 320.
l. 3 § 2: III, 424—426.
l. 3 § 3: III, 424—426.
Tit. 49: Ad Senatus consultum Trebellianum.
l. 7 § 1b: III, 443.
Tit. 51: De caducis tollendis.
l. un. § 3: III, 173.
l. un. § 10: III, 177.

Codex.
Liber 6.
Tit. 53: Quando dies legati vel fideicommissi cedit.
l. 5: III, 408.
Tit. 55: De suis et legitimis.
l. 2: I, 140.
Tit. 56: Ad Senatus consultum Tertullianum.
l. 7 § 1: III, 651, 652.
l. 7 § 2: III, 651, 652.
Tit. 61: De bonis quae liberis.
l. 2: III, 718.
l. 3: III, 647, 648.
l. 5: I, 121, 122, 127.
l. 6 § 2: III, 654.
l. 8 pr.: III, 158, 159.
l. 8 § 1: III, 158, 159.
l. 8 § 2: III, 158, 159.
l. 8 § 3: III, 649, 650.
l. 8 § 5: III, 781, 782.
l. 8 § 6: I, 417.
Liber 7.
Tit. 6: De Latina libertate tollenda.
l. un. § 9: I, 155.
Tit. 10: De his qui a non domino manumissi sunt.
l. 2: I, 522.
Tit. 17: De adsertione tollenda.
l. 1 pr. I, 350.
l. 2: I, 460.
Tit. 25: De nudo jure Quiritium tollendo.
l. un.: I, 540, 541.
Tit. 26: De usucapione pro emtore.
l. 9: I, 188.
Tit. 29: De usucapione pro herede.
l. 4: I, 620, 621.
Tit. 31: De usucapione transformanda.
l. unica: I, 601—603.
Tit. 32: De adquirenda et retinenda possessione.
l. 2: I, 509.
l. 3: I, 187.
l. 7: I, 614.
l. 10: I, 600.
l. 12: I, 510, 531.
Tit. 33: De praescriptione longi temporis.
l. 1: I, 600.
l. 2: I, 600.
l. 4 pr: I, 621.
l. 10: I, 600.
Tit. 10: In quibus causis cessat l. t. praescriptio.
l. 4: I, 622.

Codex.
Liber 7.
Tit. 35: Quibus non obiciatur longi temporis praescriptio.
l. 5: II, 479.
Tit. 39: De praescriptione XXX vel XL annorum.
l. 7 pr.: I, 356.
l. 7 § 1: I, 356.
l. 7 § 5: I, 356.
l. 8 pr.: I, 599.
l. 8 § 1: I, 398, 600, 601.
l. 8 § 2: I, 398.
l. 8 § 3: I, 398.
Tit. 40: De annali exceptione Italici contractus.
l. 2: I, 426, 638.
l. 3: I, 356.
Tit. 45: De sententiis et interlocutionibus omnium judicum.
l. 9: I, 323.
Tit. 47: De sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur.
l. unica: II, 357.
Tit. 53: De exsecutione rei iudicatae.
l. 6: I, 258.
l. 8: I, 258.
Tit. 54: De usuris rei judicatae.
l. 3 pr.: I, 327.
Tit. 56: Quibus res judicata nocet.
l. 1: I, 347.
Tit. 71: Qui bonis cedere possunt.
l. 1: I, 219.
l. 4: I, 192.
l. 7: III, 631.
l. 8: I, 258.
Tit. 72: De bonis auctoritate iudicis possidendis.
l. 10: I, 258.
Liber 8.
Tit. 2. Quorum bonorum.
l. 1: III, 269.
Tit. 4: Unde vi.
l. 1: I, 268.
l. 3: I, 268.
l. 5: I, 748, 749.
l. 7: I, 263, 264, 266, 267, 746.
l. 11: I, 266, 748.
Tit. 5: Si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio.
l. 1: I, 266.
Tit. 6: Uti possidetis.
l. un.: I, 259.
Tit. 9: De precario et de Salviano interdicto.
l. 1: I, 250.

Codex.
Liber 8.
Tit. 10: De aedificiis privatis.
l. 4: I, 245, 306.
l. 14: I, 706.
Tit. 11: De operis novi nunc. s. l. 14 C. de aed. priv. 8, 10.
Tit. 13 (14): De pignoribus.
l. 3: I, 256.
Tit. 17 (18): Qui potiores in pignore habeantur.
l. 5: II, 864.
Tit. 26 (27): Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri.
l. un.: I, 403.
Tit. 29 (30): Si vendito pignore agatur.
l. 1: I, 628.
Tit. 33 (34): De jure dominii impetrando.
l. 3 § 3: I, 241.
Tit. 35 (36): De exceptionibus sive praescriptionibus.
l. 10: I, 373.
Tit. 38 (39): De inutilibus stipulationibus.
l. 2: I, 159.
Tit. 40 (41): De fidejussoribus et mandatoribus.
l. 10 § 1: II, 191.
l. 28: I, 322, 341. II, 168, 170, 171, 189, 191, 192. III, 843. 844.
Tit. 41 (42): De novationibus et delegationibus.
l. 3: II, 383, 384, 392, 394.
l. 8: II, 387.
Tit. 44 (45): De evictionibus.
l. 25: I, 460.
Tit. 46 (47): De patria potestate.
l. 1: I, 308.
Tit. 47 (48): De adoptionibus.
l. 2: I, 160.
l. 5 pr.: I, 163.
l. 6 § 4: I, 163.
l. 10: I, 161, 167.
Tit. 48 (49): De emancipationibus liberorum.
l. 5: I, 167.
l. 6: I, 167, 168.
Tit. 52 (53): Quae sit longa consuetudo.
l. 1: I, 114, 115.
l. 2: I, 114, 130.
l. 3: I, 114.
Tit. 53 (54): de Donationibus.
l. 26: I, 187.

Codex.
Liber 8.
Tit. 54 (55): De donationibus quae sub modo.
l. 1: I, 300.
l. 2: I, 187, 237.
l. 3: IV, 392.
Liber 9.
Tit. 9: Ad legem Juliam de adulteriis.
l. 16: I, 317.
Tit. 12: Ad legem Juliam de vi publica seu privata.
l. 1: I, 263, 264.
l. 5: I, 264.
Tit. 19: De sepulchro violato.
l. 6: I, 262, 280.
Tit. 20: Ad legem Fabiam.
l. 15: I, 267.
Tit. 33: Vi bonorum raptorum.
l. 3: I, 264, 265.
Tit. 51: De sententiam passis et restitutis.
l. 13 § 2: III, 653, 654.
Liber 10.
Tit. 32 (31): De decurionibus.
l. 64: I, 96.
l. 66 (65): I, 97, 98.
Tit. 59 (57): De infamibus.
l. unica: I, 181, 182, 183.
Liber 11.
Tit. 36 (35): Quo quis ordine conveniatur.
l. 1 pr.: III, 575.
Liber 12.
Tit. 30: De privilegiis scholarum.
l. 3 pr.: I, 114.

Novellae.
I. De heredibus et Falcidia.
cap. 2 § 2: III, 324.
IV. De fidejussoribus etc. überhaupt: II, 193.
XVIII. De triente et semisse etc.
cap. 6: III, 295, 296.
XIX. De filiis ante dotalia instrumenta natis.
Praef.: I, 96, 98.
XXII. De nuptiis.
cap. 1: I, 98.
cap. 7: I, 159.
cap. 8: I, 159.
cap. 9: I, 159.

Novellae.
LII. Ut non fiant pignorationes pro aliis etc.
cap. 1: I, 263, 264, 265.
LX. Ne defuncti seu reliquiae eorum etc.
cap. 1 pr.: I, 265.
LXXIV. Quibus modis naturales filii efficiantur legitimi etc.
Praef. § 1. § 2: I, 164.
cap. 2 § 1: I, 165.
cap. 4 § 1: I, 152.
LXXVIII. Ut liberti in posterum non indigeant etc.
Epil.: I, 98.
LXXXIX. De naturalibus liberis.
überhaupt: I, 143.
cap. 9 pr.: I, 164.
— § 1: I, 165.
cap. 10: I, 164, 165.
cap. 12 pr.: I, 165.
— § 3: I, 165.
cap. 11: I, 165, 167.
XCIX. De reis promittendi.
cap. 1 pr.: II, 177, 178.
— § 2: I, 98.
CVI. De usuris nauticis.
überhaupt: II, 500.
CXII. De litigiosis etc.
cap. 1: I, 356.
cap. 3 § 1, § 2: I, 319.
CXV. Ut cum de appellatione cognoscitur etc.
cap. 3—5: III, 102—113, 126.
CXVII. Ut liceat matri et aviae etc.
cap. 2: I, 142.
cap. 4: I, 152.
cap. 7: III, 610.
cap. 8: I, 159.
cap. 10: I, 159.
CXVIII. De heredibus ab intestato venientibus etc.
überhaupt: III, 129—131, 134, 135.
cap. 1: III, 652.
CXXXIV. Ut nulli judicum liceat habere loci servatorem etc.
cap. 7: I, 256, 263, 267.
cap. 8: II, 241.
CXLIII: De raptis mulieribus etc.
am Ende: I 95.

II. Vorjuſtinianiſche.

Gaius, Institutiones.
Liber 1.
§ 1: I, 99.
§ 63: I, 145.
§ 104: I, 163.
§ 119: I, 245.
§ 158: I, 179.
§ 163: I, 179.
§ 178: I, 186.
§ 180: I, 186.
Liber 2.
§ 24: I, 245, 315.
§ 62: I, 314.
§ 64: I, 241.
§ 78: I, 300.
§ 79: I, 579. II, 524.
§ 96: I, 113.
§ 194: I, 313.
§ 195: I, 245.
§ 253: I, 301.
§ 278: I, 309.
§ 279: I, 306.
Liber 3.
§ 8: I, 140.
§ 21: I, 146.
§ 27: I, 179.
§ 77: I, 254.
§ 79: I, 192, 254.
§ 80: I, 254.
§ 84: I, 141.
§ 97: II, 127.
§ 98: I, 317.
§ 116: II, 168.
§ 145: I, 237.
§ 180: I, 319, 325, 326, 327. II, 25.
§ 181: I, 318, 319, 320, 326, 334.
§ 189: I, 218, 278.
§ 199: I, 218.
§ 223: I, 278, 313.
Liber 4.
§ 1: I, 273, 276.
§ 2: I, 273, 274.
§ 3: I, 274.
§ 9: I, 327.
§ 13: I, 269, 271.
§ 14: I, 270.
§ 16: I, 270.
§ 17: I, 270.
§ 20: I, 270.
§ 32: I, 299.
§ 33: I, 298.

Gaius, Institutiones.
Liber 4.
§ 34: I, 243, 298, 299, 301.
§ 35: I, 254, 299.
§ 36: I, 298.
§ 37: I, 298, 299.
§ 38: I, 242, 298, 300, 301, 441.
§ 41: I, 251, 274.
§ 47: I, 236, 287, 297.
§ 50: I, 273.
§ 54: I, 271.
§ 78: III, 600.
§ 91: I, 271.
§ 94: I, 271.
§ 106: I, 319, 320, 334.
§ 107: I, 319, 320, 326.
§ 108: I, 317, 319.
§ 110: I, 373.
§ 114: I, 288, 323.
§ 116: I, 367.
§ 117: I, 313.
§ 118: I, 373.
§ 119: I, 368.
§ 121: I, 320, 334.
§ 123: I, 311, 319, 320.
§ 126a: I, 375.
§ 131: I, 319, 341.
§ 131a: I, 319, 320, 341.
§ 132: I, 341.
§ 139: I, 257.
§ 154: I, 268.
§ 155: I, 268.
§ 160: I, 294.
§ 166: I, 736.
§ 170: I, 736.
§ 171: I, 327.

Pauli receptae sententiae.
Liber 1.
Tit. 7.
§ 1: I, 405.
§ 4: I, 435.
Tit. 9.
§ 1: I, 173.
Tit. 19: I, 327.
Liber 2.
Tit. 5.
§ 2: II, 873.
Liber 3.
Tit. 4a.
§ 7: I, 210.
Tit. 6.
§ 8: III: 323.
§ 22: I, 567.

Pauli receptae sententiae.
Liber 5.
Tit. 2.
§ 1: IV, 345, 346, 349, 351, 352.
§ 2: I, 502.
Tit. 5a.
§ 8: I, 327.

Ulpiani fragmenta.
I, 2: I, 94.
—, 3: I, 130.
V, 2: I, 153.
—, 3: I, 155.
—, 5: I, 155.
VI, 7: I, 234.
XI, 20: I, 186.
XVI, 1: I, 155, 156.
XIX, 5: I, 175.
—, 16: I, 241.
XXII, 5: III, 534.
XXV, 12: I, 309.
XXVI, 1: I, 245.

Collatio legum Mosaicarum et Romanarum.
Tit. 16.
c. 2 § 2: I, 156.
c. 2 § 8: I, 140.
l. 3 § 6: III, 616.

Fragmenta Vaticana.
§ 90: I, 302.
§ 263: I, 325.
§ 283: I, 237.
§ 317: I, 347.
§ 340: I, 283.

Codex Gregorianus.
Liber 3.
Tit. 8: De familiae herciscundae et communi dividundo.
c. 1: III, 77, 78.

Codex Theodosianus.
Liber 2.
Tit. 26: Finium regundorum.
c. 5: I, 711.
Liber 9.
Tit. 5: De privatis carceribus inhibendis.
c. 1: I, 257.

Codex Theodosianus.
Liber 9.
Tit. 10: Ad legem Juliam de vi publica.
c. 3: I, 266.
Tit. 11: De privati carceris custodia.
c. 1: I, 257.
Tit. 21: De falsa moneta.
c. 3: I, 225.
c. 10: I, 225.
Liber 11.
Tit. 36: Quorum appellationes non recipiantur.
c. 22: III, 269.
Liber 15.
Tit. 2: De aquaeductu.
c. 1—c. 9: I, 224.

Novellae Theodosii.
XVII, 1 § 2: I, 172.

Novellae Valentiniani.
Tit. XX c. 1 § 5: III, 24.

III. Nachjuſtinianiſche.

Theophili paraphrasis ad Institutiones.
Liber 2.
Tit. 14 § 2: I, 172.
Liber 3.
Tit. 2 pr.: I, 139.
Tit. 17 pr.: I, 172.

Decretum Gratiani.
Causa 15.
qu. 1.
c. 7: I, 190.
Causa 35.
qu. 5.
c. 3: I, 145.
qu. 10.
c. 1: I, 145.

Liber Extra.
Liber 2.
Tit. 26: De praescriptionibus.
c. 5: I, 400, 537, 602.
c. 13: I, 233.
c. 20: I, 400, 537, 602.
Tit. 27: De sententia.
c. 26: I, 121.
Liber 4.
Tit. 1: De sponsalibus et matrimoniis.
c. 7, 9, 15, 25, 31: I, 151.
Tit. 3: De clandestina desponsatione.
c. 3: I, 158.
Tit. 13: De eo qui cognovit consanguineam.
c. 6, 7, 10, 11: I, 145.
Tit. 14: De consanguineis et affinibus.
c. 4: I, 159.
Tit. 16: De matrimonio contracto contra interdictum ecclesiae.
c. 3: I, 158.
Tit. 17: Qui filii sint legitimi.
c. 6: I, 165, 166.
Tit. 19: De divortiis.
c. 7: I, 159.
Liber 5.
Tit. 17: De raptoribus.
c. 5: I, 279.
Tit. 19: De usuris.
c. 19: II, 500.
Tit. 33: De privilegiis.
c. 9: I, 230.
c. 13: I, 232.
c. 29: I, 232.

Liber sextus.
Liber 1.
Tit. 3: de rescriptis.
c. 5: I, 233.

Concilium Tridentinum.
Sess. 24: Decretum de reformatione matrimonii.
c. 1: I, 152, 158.

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdr.), Naumburg a. S.

Inhaltsübersicht

zum IV. Bande.

Viertes Buch.

Die Handlungen.

	Seite
Übergang. §. 521	1
Die Rechtsgeschäfte. §. 522	3
Erfordernisse der Rechtsgeschäfte. §. 523	15
I. In Ansehung des Willens:	
1. nach Absicht oder Zweck. §. 524	17
2. nach Bewußtsein und Vorstellung. Error.	
§. 525. Überhaupt	27
§. 526. Error in corpore	34
§. 527. Irrthum im Gegenstande. — Error in substantia	44
§. 528. Anderweitiger Irrthum	52
§. 529. Schädlichkeit, Unschädlichkeit, Nutzen, Entschuldbarkeit, Unentschuldbarkeit des Irrthums	58
3. nach Freiheit. Furcht und Zwang.	
§. 530. Standpunkt	66
§. 531. Die Quellen	69
§. 532. Fortsetzung	77
§. 533. Die Doctrin	84
§. 534. Hypothese	88
4. nach Fertigkeit.	
§. 535. Von der Fertigkeit und Unfertigkeit der Geschäfte überhaupt	95
Von bedingten Geschäften insonderheit.	
§. 536. Definition	97
§. 537. Distinction	112
§. 538. Fortsetzung	116
§. 539. Schluß	128
§. 540. Form. Suspensiv- und Resolutivbedingung	137
§. 541. Arten	146
§. 542. Pendenz	148
§. 543. Entscheid	154
§. 544. Retrotraction	158
§. 545. Fortsetzung u. Schluß	168
5. dem Inhalte nach: Essentialia. §. 546	180
Willküren. Überhaupt. §. 547	186
A. Nebenbestimmungen. Überhaupt. §. 548	188
§. 549. 1. Gegenstand: Pertinenzen ꝛc.	199
§. 550. 2. Existenz. Conditio. Dies	202

Seite

§. 551. Fortsetzung. Dies ex quo. Bedeutung 205
§. 552. Fortsetzung. Dies ad quem 216
§. 553. Fortsetzung. Dies. Arten 221
§. 554. Fortsetzung. Dies. Berechnung 223
§. 555. 3. Wirkung 226
§. 556. 4. Absicht 227
B. Nebengeschäfte.
§. 557. Modus. Exceptionen 230
§. 558. Erweiternde, unterstützende Nebengeschäfte 236
§. 559. Die causa. Bewegliche und unbewegliche Geschäfte 239
§. 560. Die Schenkung 245
§. 561. Einseitige, zwei- und mehrseitige Geschäfte 251
II. In Ansehung des Willensausdruckes.
§. 562. Nothwendigkeit des Ausdruckes 257
§. 563. Arten 260
§. 564. Zeichensprache. Stillschweigende Willenserklärungen 267
§. 565. Publicität und Schriftlichkeit. Insinuation der Schenkung 278
§. 566. Formbeliebung 281
III. Verbindung von Wille und Ausdruck.

Seite

§. 567. Falsa demonstratio 283
§. 568. Auslegung 288
IV. Verbindung von Willen mit Willen.
§. 569. Übersicht 295
1. Form und Gestalt der Willenseinigung. §. 570 297
2. Das Offert. §. 571 303
3. Zeitpunkt der Willenseinigung. §. 572 314
4. Die Vorverhandlung. §. 573 320
§. 574. Vorvertrag 324
§. 575. Die Versteigerung 329
V. Stellvertretung.
§. 576. Vorbemerkung 332
§. 577. Definition 333
§. 578. Distinction 336
§. 579. Geschichtliches 351
§. 580. Fortsetzung 356
§. 581. Heutiges Recht 360
Vollmacht und Ratihabition.
§. 582. Vollmacht 373
§. 583. Ratihabition 378
§. 584. Verträge zu Gunsten Dritter 384
§. 585. Fortsetzung 391
VI. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.
§. 586. Begriff 396
§. 587. Arten 409
§. 588. Gründe 425
§. 589. Heilung 444
Sachregister 450
Quellenregister 520

Druckfehler:

S. 335 Z. 17 v. o. lies „Anderen" statt „Ersteren".
S. 335 Z. 18 v. o. lies „Ersteren" statt „Anderen".

114908

Lehrbuch

der

Pandekten

von

Dr. Alois Brinz,
Professor des römischen Rechts an der Universität zu München.

Vierter Band.

1. Lieferung.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

Zweite Auflage,
nach dem Tode des Verfassers besorgt

von

Dr. Philipp Lotmar,
Professor des römischen Rechts an der Universität zu Bern.

Erlangen und Leipzig 1892.

Andr. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.
(G. Böhme.)

Inhaltsverzeichniß, Sach- und Quellenregister werden in der 2. (Schluß-) Lieferung enthalten sein.

Verlag der **Andr. Deichert'**schen Verlagsbuchhandlung Nachf. (Georg Böhme), **Erlangen** und **Leipzig.**

Bechmann, Prof. Dr. A., Der Kauf nach gemeinem Recht. I. Theil 12 Mk. — II. Theil. 1. Abth. 10 Mk.

— —, Das römische Dotalrecht. 11 Mk. 80 Pf.

Bestimmungen, die kirchenrechtl., der Verfassungsgesetze des Königreichs Bayern. Zusammengestellt für den Gebr. der evang. Theologen. 45 Pf.

Brinz, Prof. Dr. A., Lehrbuch der Pandekten, 3. Aufl. I. Bd. 1. Lfg. 3 Mk.; 2. Aufl. II. Bd., 1. u. 2. Abth. III. Bd., 1. Abth. à 8 Mk. III. Bd., 2. Abth. 1. Lfg. 2 Mk. 40 Pf. III. Bd., 2. Abth. 2. Lfg. 7 Mk.

Deybeck, Dr. H., Der Gerichtsstand der Vereinbarung in historischer und dogmatischer Darstellung. 4 Mk.

Eheberg, Prof. Dr. Th., Grundriß der Finanzwissenschaft. Mit Benutzung von L. Cossa's Scienza delle Finanze. 3. Aufl. 3 Mk. 80 Pf.

Fitting, Prof. Dr. Herm., Ueber den Begriff der Rückziehung. Eine civilistische Abhandlung. 1 Mk. 60 Pf.

Gengler, Prof. Dr. H. G., Germanische Rechtsdenkmäler, Leges Capitularia Formulae. 12 Mk., Glossar dazu 3 Mk.

— —, Deutsche Stadtrechtsalterthümer. 10 Mk.

— —, Des Schwabenspiegel's Landrechtsbuch. Zum Gebrauche bei akadem. Vorträgen. Mit einem Wörterbuch. 2. verb. Aufl. 2 Mk. 50 Pf.

— —, Ein Blick auf das Rechtsleben Bayerns unter Herzog Otto I. von Wittelsbach. Zum 16. September 1880. 1 Mk.

— —, Beiträge zur Rechtsgeschichte Bayerns. 1. Heft: Die altbayerischen Rechtsquellen aus der vorwittelsbachischen Zeit. 5 Mk.; 2. Heft: Die altbayerischen Ehehaft-Rechte. 3 Mk. 50 Pf.; 3. Heft: Die Quellen des Stadtrechts von Regensburg (im Druck).

— —, Das Deutsche Privatrecht. 4. verb. Aufl. 13 Mk.

Hanausek, Dr. Gustav, Die Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch nach gemeinem Recht. 3 Mk.

Hartmann, Prof. Dr. G., Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. 5 Mk.

Hölder, Prof. Dr. E., Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts. 3 Mk. 50 Pf.

— —, Die Entwicklungsformen des römischen Privatrechts. Akademischer Antrittsvortrag. 40 Pf.

Hölder, Prof. Dr. E., Ueber den Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches 1889. 60 Pf.

Hruza, Prof. E., zur Lehre von der Novation nach österreichischem und gemeinem Recht. 4 Mk.

— —, Ueber das Lege agere pro Tutela. Rechtsgeschichtliche suchung. 2 Mk.

— —, Beiträge z. Gesch. d. griech. u. röm. Familienrechtes. I. Die Ehebegründung nach attischem Rechte. 3 Mk.

Janka, Dr. Karl, Der strafrechtliche Nothstand. 4 Mk.

— —, Staatliches Klagmonopol oder subsidiäres Strafklagerecht. Eine strafprozessuale Abhandlung. 1 Mk.

Lueder, Prof. Dr. Karl, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafprozeßrecht. 4 Mk.

— —, Grundriß zu Vorlesungen über Deutsches Strafrecht. Mit einer dem System sich anschließenden Wiedergabe des Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich. 2. erweiterte und verb. Aufl. 3 Mk.

— —, Der neueste Codificationsversuch auf dem Gebiete des Völkerrechts. 1 Mk. 20 Pf.

— —, Ueber die kriminelle Bestrafung des Arbeiterkontraktbruches. 75 Pf.

Matthiaß, Prof. Dr. B., Die römische Grundsteuer und das Vectigalrecht. 2 Mk.

Mayer, Dr. Bernh., Die Vereinbarung schiedsrichterlicher Rechtsstreitentscheidung nach früherem und jetzigem gemeinen Recht. 2 Mk.

Menzel, Dr. Emil, Die Privatklage nach dem Reichsstrafprozeßrechte. 2 Mk.

Meyer, Prof. Dr. H, Die Frage des Schöffengerichts geprüft an der Aufgabe der Geschworenen. 1 Mk.

— —, Die Mitwirkung der Parteien im Strafprozeß. Ein Beitrag zur Beleuchtung einer deutschen Strafprozeßordnung. 1 Mk. 20 Pf.

— —, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 4. durchgearbeitete Aufl. 16 Mk.

— —, Die Parteien im Strafprozeß. 1889. 75 Pf.

— —, Hamlet und die Blutrache. Ein Vortrag. 60 Pf.

— —, Die Willensfreiheit und das Strafrecht. Ein Vortrag. 1890. 60 Pf.

Verlag der **Andr. Deichert'**schen Verlagsbuchhandlung Nachf. (Georg Böhme), **Erlangen** und **Leipzig.**

Puntschart, Prof. Dr. P., Die Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer. Auf Grund von Forschungen dargestellt für Juristen, Philologen und Historiker. 8 Mk.

Roesler, Prof. Dr. H., Vorlesungen über Volkswirthschaft. 7 Mk.

— —, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. I. Band: Das soziale Verwaltungsrecht. 1. Abth. Einleitung. Personenrecht. Sachenrecht. 8 Mk. 2. Abth. Berufs- und Erwerbsrecht. 10 Mk.

v. Scheurl, Prof. Dr. A., Das gemeine deutsche Eherecht. 6 Mk.

— —, Lehrbuch der Institutionen. 8. verbesserte Aufl. 6 Mk.

Schling, Prof. Dr. E., Die religiöse Erziehung der Kinder und der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. 90 Pf.

Stammler, Dr. R., Der Nießbrauch an Forderungen. Ein Beitrag zur Lehre von den Rechten an Rechten. 3 Mk.

Tinsch, Dr. H., Das Recht der deutschen Einzelstaaten bezüglich des Abschlusses völkerrechtl. Verträge mit besonderer Berücksichtigung ihrer Stellung im Reiche. 1 Mk.

— —, Die Staatsanwaltschaft im deutschen Reichsprozeßrecht. 3 Mk.

— —, Die Postanweisung civilrechtlich betrachtet. 80 Pf.

— —, Die Pfandbriefsfrage in Deutschland, nach ihrem dermaligen Stande und nach dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches. 80 Pf.

Uebersichtstafeln zur Repetition des röm. und Pandektenrechts 2 Mk.

Wendt, Dr. O., Neurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften. Heft 1: Die contacto ex poenitentia. 2 Mk. — 2: Die Neuverträge. 3 Mk.

Werner, Dr. J., Das Recht des Arrestes im Civilprozesse. 1 Mk.

Wittelshöfer, Dr. M., Das Pfandrecht an einer Forderung (pignus nominis). Nach gemeinem Rechte und den neueren Gesetzen dogmatisch bearbeitet. 2 Mk.

Lehrbuch

der

Pandekten

von

Dr. Alois Brinz,
Professor des römischen Rechts an der Universität zu München.

Vierter Band.

2. Lieferung.

(Schluß nebst Sach- und Quellenregister zum ganzen Werk.)

Zweite Auflage,

nach dem Tode des Verfassers besorgt

von

Dr. Philipp Lotmar,
Professor des römischen Rechts an der Universität zu Bern.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

Leipzig.
Andr. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.
(G. Böhme).
1895.

Notiz für den Buchbinder! Das am Schlusse dieser Lieferung befindliche Inhaltsverzeichnis ist beim Binden hinter dem in der ersten Lieferung des vierten Bandes befindlichen

Bechmann, Prof. Dr. A., **Der Kauf nach gemeinem Recht.** I. Theil 12 Mk. — II. Theil, 1. Abth. 10 Mk.

— —, **Das römische Dotalrecht.** 11 Mk. 80 Pf.

Bestimmungen, die **kirchenrechtl.,** der Verfassungsgesetze des Königreichs Bayern. Zusammengestellt für den Gebr. der evang. Theologen. 45 Pf.

Bezold, Dr. A., **Der Heiratskonsens** der Eltern und Vormünder in Bayern nach dem Reichszivilehegesetz vom 6. Febr. 1875. 1 Mk.

Brinz, Prof. Dr. A., **Lehrbuch der Pandekten.** 3. Aufl. I. Bd., 1. Lfg. 3 Mk. 2. Aufl. II. Bd., 1. u. 2. Abth. III. Bd., 1. Abth. à 8 Mk. III. Bd., 2. Abth., 1. Lfg. 2 M. 40 Pf. III. Bd., 2. Abth., 2. Lfg. 7 Mk. IV. Bd., 1. Lfg. 5 Mk. 50 Pf.

Deybeck, Dr. H., **Der Gerichtsstand der Vereinbarung** in historischer und dogmatischer Darstellung. 4 Mk.

Eheberg, Prof. Dr. Th., **Grundriß der Finanzwissenschaft.** Mit Benutzung von L. Cossa's Scienza delle Finanze. 3. Aufl. 3 M. 80 Pf.

Festgabe der Göttinger Juristen-Fakultät für Rudolf v. Ihering zum 50jährigen Doktor-Jubiläum am 6. Aug. 1892. 4 Mk. 50 Pf.

Hieraus einzeln:

Ehrenberg, Prof. Dr. V., **Die Verantwortlichkeit der Versicherungsgesellschaften für ihre Agenten.** 1 Mk. 20 Pf.

Regelsberger, Prof. Dr. F., **Streifzüge im Gebiete des Zivilrechts.** 90 Pf.

Merkel, Prof. Dr. J., **Ueber die sogenannten Sepulcralmulten.** 1 Mk. 50 Pf.

Frensdorff, Prof. Dr. F., **Die Aufnahme des allgemeinen Wahlrechts in das öffentliche Recht Deutschlands.** 2 Mk.

Fitting, Prof. Dr. Herm., **Ueber den Begriff der Rückziehung.** Eine civilistische Abhandlung. 1 Mk. 60 Pf.

Gengler, Prof. Dr. H. G., **Germanische Rechtsdenkmäler.** Leges Capitularia Formulae. 12 Mk., Glossar dazu 3 Mk.

— —, **Deutsche Stadtrechtsalterthümer.** 10 M.

— —, **Des Schwabenspiegel's Landrechtsbuch.** Zum Gebrauche bei akadem. Vorträgen. Mit einem Wörterbuch. 2. verb. Aufl. 2 Mk. 50 Pf.

— —, **Ein Blick auf das Rechtsleben Bayerns unter Herzog Otto I. von Wittelsbach.** Zum 16. September 1880. 1 Mk.

— —, **Beiträge zur Rechtsgeschichte Bayerns.** 1. Heft: Die altbayerischen Rechtsquellen aus der vorwittelsbachischen Zeit. 5 Mk.; 2. Heft: Die altbayerischen Ehehaft-Rechte. 3 Mk. 50 Pf.; 3. Heft: Die Quellen des Stadtrechts von Regensburg aus dem XIII., XIV., und XV. Jahrhundert. 3 Mk. 80 Pf.; 4. Heft: Die Verfassungs-Zustände im bayerischen Franken bis zum Beginne des XIII. Jahrhunderts. 5 Mk.

Hartmann, Prof. Dr. G., **Die Obligation.** Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. 5 Mk.

Hölder, Prof. Dr. E., **Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts.** 3 Mk. 50 Pf.

— —, **Die Entwicklungsformen des römischen Privatrechts.** Akademischer Antrittsvortrag. 40 Pf.

— —, **Ueber objektives und subjektives Recht.** 75 Pf.

— —, **Ueber den Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches.** 1889. 60 Pf.

Hruza, Prof. Dr. E., **Zur Lehre von der Novation** nach österreichischem und gemeinem Recht. 4 Mk.

— —, **Ueber das Lege agere pro Tutela.** Rechtsgeschichtliche Untersuchung. 2 Mk.

— —, **Beiträge z. Gesch. d. griech. u. röm. Familienrechtes.** I. Die Ehebegründung nach attischem Rechte. 3 Mk. II. Polygamie und Pellikat nach griechischem Rechte. 3 Mk. 60 Pf.

Janka, Dr. Karl, **Der strafrechtliche Nothstand.** 4 Mk.

— —, **Staatliches Klagmonopol** oder subsidiäres Strafklagerecht. Eine strafprozessuale Abhandlung. 1 Mk.

Kähler, Dr. W., **Die Stellvertretung im Gewerbebetrieb.** Eine gewerberechtliche Untersuchung. 1 Mk. 20 Pf.

Lueder, Prof. Dr. Karl, **Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafprozeßrecht.** 4 Mk.

— —, **Grundriß zu Vorlesungen über Deutsches Strafrecht.** Mit einer dem System sich anschließenden Wiedergabe des Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich. 2. erweiterte u. verb. Aufl. 3 Mk.

— —, **Der neueste Codificationsversuch auf dem Gebiete des Völkerrechts.** 1 Mk. 20 Pf.

— —, **Ueber die kriminelle Bestrafung** des Arbeiterkontraktbruches. 75 Pf.

Matthiaß, Prof. Dr. B., **Die römische Grundsteuer** und das Vectigalrecht. 2 Mk.

Mayer, Dr. Bernh., **Die Vereinbarung schiedsrichterlicher Rechtsstreitentscheidung** nach früherem und jetzigem gemeinen Recht. 2 Mk.

Menzel, Dr. Emil, **Die Privatklage** nach dem Reichsstrafprozeßrechte. 2 Mk.

Meyer, Prof. Dr. H., **Die Frage des Schöffengerichts** geprüft an der Aufgabe der Geschworenen. 1 Mk.

— —, **Die Mitwirkung der Parteien im Strafprozeß.** Ein Beitrag zur Beleuchtung einer deutschen Strafprozeßordnung. 1 Mk. 20 Pf.

— —, **Lehrbuch des deutschen Strafrechts.** 5. Aufl. (Im Druck.)

— —, **Die Parteien im Strafprozeß.** 1889. 75 Pf.

— —, **Hamlet und die Blutrache.** Ein Vortrag. 60 Pf.

Müller, Dr. E., **Hat der Staat das Recht, die Standesherren zur Einkommensteuer heranzuziehen?** Eine Untersuchung unter spezieller Berücksichtigung der preußischen und bayerischen Verhältnisse. 1 Mk. 40 Pf.

Puntschart, Prof. Dr. P., **Die Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer.** Auf Grund von Forschungen dargestellt für Juristen, Philologen und Historiker. 8 Mk.

Roesler, Prof. Dr. H., **Vorlesungen über Volkswirthschaft.** 7 Mk.

— —, **Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts.** I. Band: Das soziale Verwaltungsrecht. 1. Abth. Einleitung. Personenrecht. Sachenrecht. 8 Mk. 2. Abth. Berufs- und Erwerbsrecht. 10 Mk.

v. Scheurl, Prof. Dr. A., **Das gemeine deutsche Eherecht.** 6 Mk.

— —, **Lehrbuch der Institutionen.** 8. verbesserte Auflage. 6 Mk.

Sehling, Prof. Dr. E., **Die religiöse Erziehung der Kinder** und der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. 90 Pf.

Stammler, Dr. R., **Der Nießbrauch an Forderungen.** Ein Beitrag zur Lehre von den Rechten an Rechten. 3 Mk.

Tinsch, Dr. H., **Das Recht der deutschen Einzelstaaten** bezüglich des Abschlusses völkerrechtl. Verträge mit besonderer Berücksichtigung ihrer Stellung im Reiche. 1 Mk.

— —, **Die Staatsanwaltschaft im deutsch. Reichsprozeßrecht.** 3 Mk.

— —, **Die Postanweisung** civilrechtlich betrachtet. 80 Pf.

— —, **Die Pfandbriefffrage in Deutschland** nach ihrem dermaligen Stande u. nach dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches. 80 Pf.

Uebersichtstafeln zur Repetition des röm. und Pandektenrechts. 2 Mk.

Wendt, Dr. O., **Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften.** Heft 1: Die condictio ex poenitentia. 2 Mk. — Heft 2: Die Reuverträge. 3 Mk.

Werner, Dr. J., **Das Recht des Arrestes im Civilprozesse.** 1 Mk.

Wirtschafts- und Verwaltungsstudien, Bayrische, herausg. v. Hofrat Professor Dr. G. Schanz.

I. Bd: **Schanz,** G., **Zur Geschichte der Kolonisation und Industrie in Franken** (XVIII u. 426 S. Text u. 354 S. Urkunden). 12 M.

II. Bd.: **Hoffmann,** L., **Ökonomische Geschichte Bayerns unter Graf Montgelas.** 2 M.

III. Bd.: **Zöpfl,** Dr. G., **Fränkische Handelspolitik** im Zeitalter der Aufklärung. Ein Beitrag zur deutschen Staats- und Wirtschafts-Geschichte. Mit 2 Karten. 9 Mk.

Wittelshöfer, Dr. M., **Das Pfandrecht** an einer Forderung (pignus nominis.) Nach gemeinem Rechte und den neueren Gesetzen dogmatisch bearbeitet. 2 Mk.