SYSTEM

DES

HEUTIGEN PANDEKTENRECHTS

VON

ERNST IMMANUEL BEKKER

ZWEITER BAND

FACULTÉ DE DROIT
DE
PARIS
BIBLIOTHÈQUE

WEIMAR
HERMANN BÖHLAU
1889.

BIBLIOTHEQUE CUJAS
D 060 532908 3

31407

SYSTEM

DES

HEUTIGEN PANDEKTENRECHTS

VON

ERNST IMMANUEL BEKKER

ZWEITER BAND

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

WEIMAR
HERMANN BÖHLAU
1889.

WEIMAR. - HOF-BUCHDRUCKEREI

Vorreden pflegen Entschuldigungen zu sein; wer sich frei weiss von aller Schuld, lasse die Hand davon. Trotz dieser längst bekannten Warheit sind aber die Vorreden noch nicht seltner geworden. Jeder Schriftsteller, der nicht aller Unbefangenheit bar ist, muss die Mängel des eigenen Werkes besser kennen als irgend ein Anderer; von Schuld mag er sich dann, je nach seinem Temperament, etwas mehr oder etwas weniger beimessen als in der tat ihn trifft. Dass drei Jare und einige Monate zwischen dem Erscheinen des ersten und des zweiten Bandes liegen, dass dieser die Lehre von den juristischen Tatsachen noch nicht zu ende fürt, dass der Inhalt nicht vollständiger, die Form oft Glätte und Durchsichtigkeit vermissen lässt, dass manches nicht kurz genug, anderes wiederholt gesagt ist, das alles sind Uebelstände, die Niemand lebhafter empfinden wird als ich selber. Dabei liegt der verstrickte Felerkreis zu tage: sollte was ich geben konnte verbessert oder gemehrt werden, so war die Publikation noch weiter hinauszuschieben.

Wie weit überhaupt die Umstände mich zu entschuldigen vermögen, werden Andere besser beurteilen, nur auf ein Moment will ich verweisen, wie mir däucht das wichtigste. Seit langen Jaren beschränken sich meine Pandektenvorlesungen fast ganz auf das Recht der Gegenwart, ein zu diesen Vorlesungen passendes Lehrbuch mir zu schaffen habe ich unterlassen, vornemlich weil in demselben Sommer der mich nach Heidelberg gebracht, die Kommission zur Herstellung eines Entwurfs für das Gesetzbuch des Deutschen Reichs eingesezt wurde. Von dem Fortgang ihrer Arbeiten war weniger zu erfaren, als

anfangs zu erwarten gestanden; im Jar 82 bin ich ans eigne Werk gegangen, um gleich darauf zu hören, nun werde der Entwurf auch sehr bald ans Tageslicht treten. Zum Jubiläum meiner Universität, als Festgrusz für die Ruperto-Carola, habe ich ihr damaliger Prorektor ein erstes Stück der grösztеn Arbeit meines Lebens ausgeben lassen; im vorigen Jar ist der Entwurf zum bürgerlichen Gesetzbuch erschienen, desgleichen der zum Einfürungsgesetz und zu beiden die nachgearbeiteten Motive.

Der Entwurf des Gesetzbuchs ist ein eigenartiges Werk, echt Deutsch, in dem unsre Schwächen noch deutlicher hervortreten als die starken Seiten. Den Gedanken hatte laut geäussert zuerst Thibaut, die Ausfürung aber entspricht eher dem Sinne seines überlegenen Gegners, Savigny. Vor Aller Augen klar liegt jezt die kolossale Schwierigkeit der Aufgabe, und die Unmöglichkeit eine Lösung zu finden, die der Masse der verschiedenen zum teil direkt einander zuwiderlaufenden Anforderungen genug tut und Alle befriedigt; von beidem hatte Thibaut keine Anung gehabt. Viel länger als er für nötig gehalten hat unsre Kommission, die beiläufig auch aus weit mehren Mitgliedern bestanden und von einem auserlesenen Hülfspersonal umgeben gewesen, zusammengesessen und gearbeitet mit höchstem Ernst und Fleiss, dabei aber doch nie (nur das Erbrecht scheint eine Ausname zu machen) das Gefül der Verpflichtung bekommen, als Pfadfinder und Banbrecher vorzugehn; vielmehr tritt das entschiedene Bestreben hervor zu konserviren, alles irgend brauchbare, und vom Dogma noch mehr als vom lebendigen Recht. Wüssten wir nicht das Gegenteil, so könnte man vermuten dass die Kommission aus neun Professoren und zwei Praktikern bestanden, Professoren nämlich wie unsre guten Freunde uns zu zeichnen lieben.

Viele Feler des Entwurfs sind unleugbar, zu den schlimmsten gehören die der Darstellung, die verkünstelte Sprache und das Netz der Verweisungen, in dem einzelne Paragrafen geradezu ersticken. Dadurch ist erreicht, dass das neueste Werk

an Anschaulichkeit hinter allen neuern der Rede werten Deutschen und ausländischen Gesetzbüchern zurücksteht. Auf den ersten Blick kann niemand wissen was der Gesetzgeber eigentlich will, das ist nur eingehender Forschung, komplizirter Berechnung zugänglich; also wird vom Richter eine überflüssige Anstrengung erfordert, die zur vorzeitigen Ermüdung und Abspannung der Kräfte füren muss, wärend andererseits das Beispiel des Gesetzgebers auch den Ausleger zu unnützen und jenachdem gefärlichen Tifteleien verleitet. Das alles wird durch die beigegebenen Motive erst recht schlimm: schon die Verweisungen machen besonders zugeschnittene Ausgaben erforderlich, in denen das worauf verwiesen wird übersichtlich zusammengedruckt steht; die Motive aber sind wie geschaffen dazu, aus ihnen die elendesten Notbrücken zusammenzuflicken. Kein Zweifel daran, dass die Kommission das beste beabsichtigt hat: auf wissenschaftlicher Grundlage beruhendes Recht, dessen Uebung auch mit den Fortschritten der Wissenschaft in steter Fülung bleiben solle. Aber das Gegenteil steht in aussicht: eine Flut von handwerksmäszig hergerichten aus den Motiven excerpirten Kommentaren, die an Seichtigkeit nichts zu wünschen lassen, und ihrer Gemeinverständlichkeit und oberflächlichen Klarheit wegen einstweilen brauchbar ja unentbehrlich scheinen werden, vielleicht dem Gesetzbuch selber für einige Zeit über den Kopf wachsen. Dadurch kann freilich die wissenschaftliche Arbeit nicht gelämt werden, wol aber deren Einfluss auf die Praxis. Jarzehnte mögen vergehn bis die Erkenntnis durchdringt, dass diese für ihre eigensten Aufgaben doch anderer Hülfsmittel bedürfe, als derartiger Kommentare und Motive.

Aber trotz allem Tadel der ihn trifft, der Entwurf ist eine bedeutende Arbeit, nicht blos um der Mühe und Sorgfalt willen die auf ihn verwant worden, sondern auch in seinem Ergebnis, ein Probestück unseres Könnens. Wir mögen uns drehen und wenden wie wir wollen, die Mitverantwortung ist nicht abzulenen, jeder hat seinen Teil daran zu tragen. Der

Entwurf gibt einen Abklatsch der Lehren wie unsre Schriftsteller sie gestaltet haben, wie sie von den Kathedern gewönlich vorgetragen, in den Gerichtshöfen regelmäszig zur anwendung gebracht werden. Es felt bei uns nicht an Opponenten, aber diese haben doch noch nicht verstanden ihr Besserwissen recht geltend zu machen. Was die Einzelnen geleistet können wir in Windscheids Pandekten übersehn, das Gesamtresultat unserer Arbeit steht im Entwurf vor uns; darum ist er ein Deutsches Werk. Und da kaum anzunemen, dass bis zum Erscheinen des neuen Gesetzbuchs gänzlich neue und bisher noch unbekannte Kräfte einen durchschlagenden Einfluss üben werden, so kann das neue Gesetzbuch, (auch wenn darin der Kauf die Miete nicht bricht, und die Praedialservituten der Eintragungen nicht bedürfen, und hundert änliche Dinge zweckmäszig umgestaltet sind) kein wesentlich anderes Gepräge tragen. Der Entwurf bezeichnet einen Durchgangspunkt, den unsere Rechtsentwickelung zu passiren hat; darin liegt seine Bedeutung.

Dass wir nicht mit Stolz auf dieses Spiegelbild unserer Tätigkeit blicken, ist wol ein gutes Zeichen; als die Deutsche Industrie was sie gebracht als "billig und schlecht" erkannt sah, war das auch nicht erfreulich, aber nützlich für sie, der Besserung Anfang. Wir haben Ursach von dem Entwurf und den Kritiken die über ihn ergangen, für unser Wirken ein gleiches zu hoffen. Uebrigens steht uns ein Trost, eine Entschuldigung zur Seite: die Rechtspflege, das ganze Tun und Treiben der Juristen, Praktiker wie Theoretiker, ist kein Lieblingskind unserer Zeit. Ich kann die stiefmütterliche Behandlung die wir erfaren hier nur eben streifen: vor mir liegt eine Reihe von Briefen meiner begabtesten Schüler, überall dieselbe Klage, dass sobald sie ein Amt erhalten sie mit Geschäften dermaszen überlastet worden, dass zu wissenschaftlicher Lektüre geschweige Arbeit keine Zeit verbleibe; die älteren Praktiker aber die mir bekannt sind, meinen dass mit den Jaren und den höheren Stellungen die Arbeitslast keineswegs

abneme. Im seltsamen Kontrast hiezu stehn die Abmanungen der Justizministerien vom Rechtsstudium, da schon viel zu viele Juristen da seien, und Arbeitskräfte zur Verfügung stünden, die man nicht zu beschäftigen wisse, jedesfalls nicht zu bezalen vermöge. Und wieder, dass dieselben Ministerien, die diesen Ueberfluss beklagen, sich nicht entschliessen können, die Schleusen welche den Eintritt in die Praxis beherrschen etwas strammer anzuziehn. Dergleichen wäre einfach unmöglich, wenn das ganze Volk ein wärmeres Interesse für sein Recht und dessen Träger besäsze. Unter diesen Umständen aber ist die Fassung des Entwurfs, von Juristen für Juristen und nur für diese, doppelt zu bedauern.

Aber trotzdem, rechnen wir auf den Beginn einer besseren Zeit. Die Schäden aus unserer Rechtszersplitterung liegen so offen zu tage, wie diejenigen welche wir unserer einstmaligen politischen Vielköpfigkeit zu verdanken gehabt. Die ganze Rechtsentwickelung wird kräftiger fliessen, die Bedeutung der Konzentration für unsere Arbeit bedarf keines Nachweises. Haben wir ein einheitliches Gesetzbuch, so ist es auch bei weitem leichter von diesem aus zum zweiten besseren zu gelangen, als gleich anfangs ein gutes zu schaffen. Richter Anwälte Rechtslehrer, jeder an seiner Stelle wird in Zukunft keine leichte Arbeit, immerhin aber doch, ausser der Aussicht auf gröszeren Erfolg, auch einige Erleichterung zu verspüren haben. Speziell für den Pandektenschreiber, will sagen für denjenigen der das gemeine Recht der Gegenwart schriftstellerisch darstellen will, besteht sie darin, dass der zu bearbeitende Stoff fester, und deshalb besser zu greifen und zu halten sein wird; die Art der Arbeit bleibt dieselbe.

Ueber diese Art der Arbeit noch ein par Worte. Die Kritik ist dem ersten Bande meines Systems sehr freundlich begegnet, freundlicher als ich, ehrlich gestanden, das im Bewusstsein meiner ketzerischen Neigungen erwartet hatte. Ganz besonders möchte ich zweien mir auf anderem Wege nicht zugänglichen Männern nicht sowol Dank sagen, als meine Freude

ausdrücken über unsere Uebereinstimmung in allem Wesentlichen. Der eine ist der namenlose Kritiker im Leipziger Centralblatt, von dem ich eben seiner Anonymität wegen nicht weiss, ob ich ihn kenne oder nicht; der andre, der mir nur litterarisch, aber leider nicht auch persönlich bekannte Carlo Fadda.

Gleichwol gilt es noch einen Kampf. Von den verschiedensten Seiten ist neuerdings gescholten worden auf die "Begriffsjurisprudenz", meist unter Bezugname auf Iheringsche Aeusserungen. Nun liegen aber zwei Dinge weit auseinander: das was Ihering unter den Namen begriffen und mit Scherz und Ernst bekämpft hat, und das was Jüngere die ihm zu folgen glauben, in die Rumpelkammer werfen zu dürfen vermeinen. Und gerade dieses Verworfenen möchte ich mich annemen.

Zwischen Ihering und mir besteht hier kaum eine wirkliche Differenz. Seiner Natur getreu fasst er seine Gedanken originell mit scharfkantigen Ecken, one Licht und Schatten zu sparen, zuweilen an die Karrikatur streifend; kein Wunder wenn Manche darin finden was hineinzulegen er durchaus nicht gesonnen gewesen. Was er im Geist. III § 59 (4. Aufl. S. 321) gegen den "Kultus des Logischen" sagt, "das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da, u. s. w.", das könnte ich fast ausnamslos unterschreiben; denn dies ist nicht viel anderes als das, was ich selber unter der Bezeichnung "naturrechtliche Anschauungen" auf Schritt und Tritt verfolge, irgend welches Menschenwerk, das mit dem Schimmer übernatürlicher Heiligkeit bekleidet erstarrt, und dann der gesunden Fortbildung des Rechts als Pflock im wege steht. Von der Art war der Widerstand wider die direkte Vertretung, die bindende Kraft der Offerte, die Vindikation von Inhaberpapieren, die Begründung von Stiftungen im Testament; lauter Dinge die für unzulässig erklärt wurden, weil sie mit den rezipirten Begriffen unvereinbar erschienen. Den Vorkämpfern in diesem Streite, ich nenne von Rechtslehrern Puchta

und Thöl, von Gerichten das Oberappellationsgericht Celle, gebürt Anerkennung für ihre Klarheit und Gewissenhaftigkeit, dass sie Unverträgliches weder übersehn noch dulden mochten; ihr Feler aber lag darin, dass sie das Feste und das Bewegliche mit einander verwechselt, den Begriff der nie andre Bedeutung haben kann als die einer Hypothese für unwandelbar gehalten, und darum geglaubt den unnachgiebigen Anforderungen des Lebens entgegentreten zu sollen. Gerade in diesem Augenblick, bei der Ausarbeitung unseres neuen Rechts, kann nicht genug vor der Anname solcher widerhariger den Verkehrs- und überhaupt Lebensbedürfnissen sich nicht anbequemender Begriffe, wie allgemein vor doktrinären Versteifungen jeglicher Art gewarnt werden.

Darum aber, weil sie einer angemaszten Bedeutung zu entkleiden waren, die Begriffe selber und ihre Pflege als etwas der Rechtswissenschaft entbehrliches aufgeben, hiesse das Kind mit dem Bade ausschütten, und läge am wenigsten im Sinne Iherings. Ich will nicht anfüren wie er vor Jaren die konstruktive Jurisprudenz gefeiert hat, aber sein neuestes Werk, der Besitzwille beginnt in zweckmäszigster Weise mit "sprachlichen Vorbemerkungen", die in der tat nichts anderes sind, als klare und scharfe Begriffsbestimmungen mit Angabe der für die aufgestellten Begriffe zu verwendenden Bezeichnungen. Die möglichst scharfe Begrenzung aller in frage kommenden Begriffe ist das erste Bedürfnis ebenso der Rechtsübung wie der Rechtslehre; man wird one weiteres den Wert eines Rechts abschätzen können nach der Festigkeit der Begriffe mit denen es operirt. Zerfliessende, schlechtbegrenzte Begriffe, gleichviel ob dieselben auf die Tatbestandstücke oder die Rechtsfolgen sich beziehn, machen es unmöglich gleich und ungleich auseinander zu halten, und ein Recht nach welchem gleiche Fälle ungleich und ungleiche gleich zu behandeln wären, ist einfach ein schlechtes Recht. Vollends würde ein solches Recht für den Unterricht wertlos sein; dass das Römische Recht der Lehrer der modernen Welt geworden, hat es an erster Stelle

der Fülle und Präzision seiner Begriffe zu danken. Denn vom Juristen verlangen wir vollendetes logisches Können, gepart freilich mit der Einsicht, dass damit allein nicht auszukommen.

Die Unterschätzung der Begriffspflege auf dem Gebiet der Jurisprudenz äussert sich in verschiedenen Formen: auf die Begriffe überhaupt komme soviel nicht an. Das würde zu der schon oben angedeuteten breiartigen Verderbnis des Rechtes füren, stehn die Begriffe nicht fest so können auch die Regeln die auf dieselben gebaut sind nicht feststehn, nicht gleichmäszig zur anwendung kommen, jede analoge Anwendung müsste zu potenzirt unsichern Resultaten füren, und so fort. Oder: feste Begriffe seien freilich gut und brauchbar, meinethalben unentbehrlich; aber eben darum solle man sich nicht zuviel mit ihnen beschäftigen, nicht daran rütteln, sondern zufrieden sein mit dem was wir überkommen und übernommen. Eine Empfelung des selbigen Schlendrians, dessen Produkte in unserem Entwurf gesammelt vorliegen und augenscheinlich nicht befriedigen. Noch immer folgt die herrschende Lehre den Spuren Savignys, und steht wie er selber unter dem Banne naturrechtlicher Vorurteile. So suchen wol die Meisten noch in den Römischen Quellen was nicht darin zu finden, wenn nicht absolutes und ewiges Recht, doch das Recht und die Begriffe unserer Gegenwart. Beispielsweise gibt der Entwurf § 112 eine Definition des "anfechtbaren Rechtsgeschäfts" nach der herrschenden Lehre, für welche sich die Beispiele im Römischen Rechte, man gedenke der Anfechtungen mittels in integrum restitutio, bonorum possessio contra tabulas, querela inofficiosi u. a., wol finden lassen. Aber wie viele Fälle gerade dieser "Anfechtbarkeit" sind im Entwurf zu entdecken? Was andere neueste Gesetze z. B. RKO. 22—34 und RG. v. 21. 7. 79 als "anfechtbar" auffüren, ist anderer Art; und wo uns im Entwurf selber eine in dieser Weise "anfechtbare" Ehe begegnet, wird sie "nichtig" vgl. z. B. EBG. 1252 geheissen. Nein, unser Recht, das sicherlich im Römischen wurzelt, ist längst aus den Römischen Kleidern und Schuhen

herausgewachsen, es hat seine Voraussetzungen und seine Rechtsfolgen, seine Gedanken und seine Begriffe, und da es selber unter dem Zwange der bedingenden Verhältnisse noch im raschen Wachstum steht, werden auch seine Gedanken und Begriffe noch vielen Wandlungen unterliegen müssen.

Aus diesen Gründen ist die Begriffspflege mir besonders ans Herz gewachsen. Ich will nicht absprechen über die Leistungen Anderer vor mir auf demselben Wege, oder gar mich berümen selber besonders haltbares geschaffen zu haben; ja ich will mich gern einiger Pedanterei zeihen lassen, glaube aber dass diese immerhin den Vorzug besizt, das was ich selber versehn für Andere leicht kennbar hervortreten zu lassen. Dass ich bei dieser Arbeit zu der Ueberzeugung gelangt bin, dass die Herstellung brauchbarer Rechtsbegriffe doch immer noch leichter ist wo ein Gesetzbuch (und sei es auch nicht besser angetan für diesen Zweck als unser Entwurf) zu grunde liegt, als da wo wie im heutigen gemeinen Recht oft jeder feste Anhalt felt, und die buntesten Kombinationen und Konstruktionen nötig werden um einen leidlich fundirten Bau zu stande zu bringen, das mag man mir einstweilen aufs Wort glauben. Hiernach wird es keiner besondern Rechtfertigung bedürfen, dass ich meine Pandektenarbeit unterbrochen bis zum Erscheinen des Entwurfs, noch auch dass ich vor dem Beginn der offiziellen Ueberarbeitung des Entwurfs ein Stück meiner eignen Arbeit veröffentlichen wollte, die man immerhin als Versuch wird bezeichnen dürfen, eine Brücke zu schlagen, zwischen dem Pandekten- und dem Entwurfsrecht. Damit dürfte denn wol alles gesagt sein, was ich für jezt zu sagen hätte.

Heidelberg im Oktober 1889.

Inhaltsverzeichnis.

Allgemeine Lehren.

IV. Kapitel: Die juristischen Tatsachen.

A. Gemeinschaftliches.

§		S.
80	Begriff, Zerlegung	1
	Beil. I: Tatbestand, Tatbestandstücke	1
81	Verhältnis zu den Rechtsfolgen	3
	Beil. I: Gegensatz zur naturrechtlichen Anschauung	4
	— II: Das Werden der Tatsachen und der Rechtsfolgen	6
	Handlungen:	
82	Begriff und Arten	8
	Beil. I: Die Einheit der Handlung	10
	— II: Willensäusserung	11
	— III: Rechtsmäszige Handlungen, Uebersicht der Arten und der Beteiligten	13
83	Unterlassungen, Schweigen	15
	Beil. I: Rechtsfolgen bei unvollkommenem Tatbestand	18
	— II: Die Wirksamkeit des Schweigens	19
84	Geistiges Verhalten, Irrtum	21
	Beil. I: Ueber den behaupteten Gegensatz des "echten und unechten Irrtums"	25
85	Scheinhandlungen	30
	Zeit:	
86	Rechtliche Bedeutung	31
87	Bestimmung, Messung, Kalender	33
	Beil. I: Der Schalttag	34
88	Berechnung	36
	Beil. I: Gegensatz Römischer und moderner Berechnungsart	38
	— II: Einzelne Auslegungsregeln	41

§ S.

B. Die Rechtsgeschäfte.

89 Begriffsbestimmung 42
Beil. I: Entwickelung des Geschäftsbegriffs 45

I. Tatbestand.

90 Uebersicht der Stücke 49
91 Verfügungsgewalt 51
Willenserklärung
92 Elemente: 54
Beil. I: Feler und deren Wirksamkeit; das Willensdogma 56
— II: Wider Windscheids "Wille und Willenserklärung". 63
— III: Verhalten des EBG. gegenüber dem Willensdogma 65
93 Erklärung, Arten 67
Beil. 1: Gegensatz der ausdrücklichen und der stillschweigenden Willenserklärungen 72
— II: Die Anerklärungen 76
— III: Warscheinlichkeit der stillschweigenden Erklärungen; präsumirte und fingirte Willenserklärungen 77
— IV: Gebiet der stillschweigenden Erklärungen . 81
— V: Rechtliche Bedeutung gekürter Formen . 82
94 Zwei- und mehrseitige Rechtsgeschäfte; Verträge . . 85
Beil. I: Nicht alle mehrseitigen Geschäfte sind Verträge 87
— II: Grund des rechtlichen Schutzes der Verträge 87
— III: Wesentliche Verschiedenheit von Offerte und Anname 88
— IV: EBG. über Offerten 89
95 Gemischte Rechtsgeschäfte 91
Beil. I: Die Realgeschäfte in Rom und in der Gegenwart 95
— II: Rechtsfolgen der Fiktionen und Präsumptionen 100
— III: Gemeinsames Recht der gemischten Geschäfte 102
96 Perfektion der Rechtsgeschäfte 105
Beil. I: Stufen des Werdens eines obligatorischen Vertrags unter Abwesenden 107
— II: Perfektionspunkt der Rechtsgeschäfte, insbesondre der Willenserklärungen 108
— III: Kontroverse über den Abschluss von Verträgen unter Abwesenden 111

§		S.
	Beil. IV: Kritik der Bestimmungen des EBGs. . .	115
97	Geschäftstypen und Geschäftselemente	117
	Beil. I: Geschichtliche Entwickelung der Geschäftstypen	121
	— II: Geschäftstypen des DHGBs. und des EBGs.	127
	— III: Essentialien, Naturalien, Accidentalien . .	131
98	Scheingeschäfte; Mentalreservation und Simulation .	133
	Beil. I: Wirksamkeit simulirter Geschäfte . . .	139
	— II: EBG. über Simulation	141
	II. Inhalt der Rechtsgeschäfte.	
99	Uebersicht	141
	Beil. I: Uebersicht der wichtigsten Hauptbestimmungen	143
	Die Zuwendungen.	
100	Begriffsbestimmungen	145
	Beil. I: Abgrenzung des Zuwendungsgebiets . . .	150
	— II: Bedeutung des realen Elements in den Zuwendungen	152
	— III: Ueber Tauschgeschäfte	153
101	Praktische Bedeutung der Zweckbestimmungen . . .	158
	Beil. I: Feler der Zweckbestimmung füren regelmäszig nicht zur Nichtigkeit der Zuwendungen	165
	— II: Die Kondiktionen nach dem EBG. . . .	167
	Schenkungen:	
102	Begriff, Arten	170
	Beil. I: Begriff der Schenkung, Stellung im System	172
	— II: Minderung des einen und Mehrung des andern Vermögens	178
	— III: Erfordernis der Unentgeltlichkeit	179
	— IV: "animus donandi"	181
	— V: "animus donum accipiendi"	182
	— VI: Schenkungen durch Realakte und änliches	185
103	Singuläres Recht	186
	Beil. I: Insinuation	192
	— II: Das Schenkungsrecht des EBG.	195
104	Abarten	198
	Beil. I: Remuneratorische Schenkungen	203
105	Die Sicherungsgeschäfte	205
	Beil. I: Anwendbarkeit der für die Zulassungen gültigen Rechtsregeln	209
106	Die Ermächtigungsgeschäfte	210
	Beil. I: Die Produkte der Ermächtigungen	215
	— II: Kauf auf Probe	216

§		S.
	Beil. III: Abgrenzung der Ermächtigungen und der Zuwendungen	217
107	Die Ratihabitionen	219
	Beil. I: Geschäftsfürung für Andere	224
	— II: Erfordernisse der Ratihabition	225
	— III: Wirkungen	228
108	Verzicht auf negative Rechte. Bestätigungseid	230
	Beil. I: Die Verzichte in der gegenwärtigen Praxis	232
	— II: Anwendungsgebiet des Bestätigungseides	235
	— III: Schätzung des Werts vom Verzicht auf negative Rechte	236
	Feststellungsgeschäfte:	
109	Anerkennung, Zugeständnis	240
	Beil. I: Ueber die verschiedenen Arten der Anerkennung	246
	— II: Anerkennung zur Unterbrechung der Verjärung	250
	— III: Anerkennung von Tatsächlichem	251
	— IV: Wirksamkeit "echter Anerkennung"	252
	— V: Anfechtung der Anerkennungsgeschäfte	255
110	Vergleich	261
	Beil. I: Vergleich nach rechtskräftiger Entscheidung	266
	— II: Vergleich nach dem EBG.	
111	Erhaltungsakte; Protestationen	272
112	Zwecksatzungen	274
	Beil. I: Die Singularitäten der Zwecksatzungen	281
	— II: Die Sammelgeschäfte	283
	III. Nebenbestimmungen.	
113	Uebersicht; Formen; Klauseln	285
	Beil. I: Begriff der Nebenbestimmung	289
	— II: Inhalt der Nebenbestimmungen	291
	— III: Arbitrium, Arbitratoren	297
	Zeitbestimmungen:	
114	Befristung	299
	Beil. I: Zeitbestimmungen sind nicht immer Nebenbestimmungen	303
	— II: Bedingung ist Spezies der Befristung	305
	— III: Die Rechtsfolgen der Anfangs- und der Endtermine	310
	Bedingungen:	
115	Begriff, Arten, Zulässigkeit	316
	Beil. I: Voraussetzungen	324
	— II: Selbstbeschränkungen	325

§		S.
	Beil. III: "condiciones iuris" und anderes zur geschichtlichen Entwickelung	326
	— IV: Gegensatz der positiven und negativen Bedingungen	328
	— V: Zulässiger Inhalt	329
116	Verlauf	330
	Beil. I: Rechtszustand der Schwebezeit	339
	— II: Rückwirkende Kraft der entschiedenen Bedingung	343
	— III: Beweislast	347
117	Abarten	350
	Beil. I: condicio turpis	352
	— II: Abhängigkeit vom Wollen des Belasteten	354
	— III: Rechtliche Wirksamkeit der uneigentlichen Bedingungen	356
118	Auflagen	358
	Beil. I: Wirkung der Auflage auf das Hauptgeschäft	363
	— II: Bedeutung der Auflagen im Recht der Gegenwart	363
119	Die Voraussetzungen	367
	Beil. I: Windscheids Voraussetzungslehre	374
	— II: Beweisfragen	376

Im ersten Bande noch nicht benuzte Abkürzungen.

EBG. = Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. Deutsche Reich.

Mot. = Motive zu EBG., 5 Bde.

We. = Wendt, Pandekten.

Viertes Kapitel.

Die juristischen Tatsachen.

A. Allgemeines.

§ 80.

Begriff, Zerlegung.

Ar. 57. Ba. 47. De. I 79. Ke. 49. Pu. 48. Sa. S. III 104. Wä. I 68—69, vgl. 70, 90. Wi. I 63, 67—68.

Juristische Tatsachen sind die nach objektivem Recht wirksamen, die unmittelbaren Ursachen der Rechtsfolgen[a. b]).

Jede juristische Tatsache lässt sich zerlegen in Stücke (Elemente, Momente) von verschiedenen Arten; die Summe der einzelnen Stücke, aus denen die einzelne Tatsache besteht, heissen wir Tatbestand. Die Tatbestandsstücke sind

entweder Vorgänge, Bewegungen und Nichtbewegungen, oder s. g. Voraussetzungen dieser Vorgänge, Dinge durch die und an denen die Vorgänge sich vollziehen[c]).

Jeder Tatbestand enthält naturgemäsz Stücke von beiderlei Art.

Beilage I. Der den Kriminalisten längst geläufige Ausdruck "Tatbestand" ist in neuerer Zeit auch von Civilisten immer mehr, aber nicht immer gleich benuzt. Für uns sind "juristische Tat-

---

a) Entstehung Aufhebung, überhaupt Veränderung von Rechtsverhältnissen, einschliesslich der subjektiven Rechte als der wichtigsten von diesen, vgl. I 18 S. 46.

b) Erlass und Aufhebung von Gesetzen sind zweifellos auch rechtlich wirksame Tatsachen; es wird sich aber nicht empfelen diese mit den nach Maszgabe der bestehenden Rvorschriften wirkenden Tatsachen in Einen Begriff zusammenzufassen, da gemeinsame Regeln für beide unerfindlich scheinen.

c) s. Beilage I.

sache" und "Tatbestand" verschieden nur durch die Auffassung, die im "Tatbestande" etwas zusammengeseztes und darum auch wieder zu zerlegendes sieht.

Innere oder geistige Vorgänge sind für sich allein bisher nirgends als juristische Tatsachen angenommen. In der groszen Mehrzal sind die jur. Tatsachen sinnlich warnembare Vorgänge, also Bewegungen oder Nichtbewegungen körperlicher Dinge; neben denen dann jene inneren Vorgänge, so wie anderes das sich unmittelbarer Warnemung entzieht von bedeutung sein kann. Auch das Autorrecht und überhaupt alle Rechte an unkörperlichen Sachen werden immer erst durch körperliche, sinnlich warnembare Akte erworben.

Die einzelnen Tatbestandstücke, Personen und Sachen, Handlungen und Nichthandlungen, ergeben zunächst ein buntscheckiges Bild; um einige Uebersicht zu erlangen ist irgend welche Klassifizirung unentbehrlich. Ausgehend davon dass die grosze Masse der juristischen Tatsachen aus Bewegungsakten besteht, kommt man dahin, die Bewegungen (Ortsveränderungen) selber auf die eine, und die bewegenden und bewegten Körper (Menschen und Sachen) auf die andere Seite zu stellen. Zu den ausgefürten Bewegungen treten die unterlassenen (vgl. § 84), zu den körperlichen die geistigen, zu den Bewegungen im Raum die der Zeit (Zeitablauf vgl. § 86); bei den Menschen und Sachen kommen auch die Zustände derselben, geistige (scientia, mala fides u. s. w.) wie körperliche, tatsächliche wie rechtliche (häufig auch das Dasein von Rechten) in betracht. Hieraus ergibt sich die im Text vorgetragene Gegenüberstellung von "Vorgang" und "Voraussetzung"; doch besteht, wie gesagt, noch keine Einigkeit, weder über den mit dem Worte "Tatbestand" zu verbindenden Begriff, noch über die "Voraussetzungen" und ihren Gegensatz, vgl. u. a. Ihering Geist d. R. Rs III § 53, 2, Karlowa Rechtsgeschäfte S. 2 f., Köppen Jb. f. Dogm. XI S. 144 f., Windscheid Pand. I 67, Zitelmann Irrt. u. Rechtsgesch. S. 225 f. Als richtig kann nur derjenige Sprachgebrauch bezeichnet werden, der sich schliesslich behauptet.

Zu bemerken ist noch dass die "Zustände" (wie zB. minor aetas, Krankheit, Verwantsein, Furtivität) nicht sowol Tatbestandstücke für sich sind, als Eigenschaften derjenigen Rechtskörper, die als "Voraussetzungen" gelten. Diese Zustände aber haben wieder zweierlei Art: die einen sind tatsächliche, in der Gegenwart durch sinnliche Warnemung zu konstatiren, so Krankheit, Beweglichkeit, Vizinität, Schiffbarkeit u. a.; die andern rechtliche, Folgen gewisser Ereignisse denen das Recht solche Wirkung beigelegt hat, in der Gegenwart sinnlich nicht mehr zu greifen, zB. die Furtivität. Zu diesen rechtlichen Zuständen gehören offenbar

auch alle Rechtsverhältnisse (im Sinne v. I § 17 b) und Rechte. Dieser Gegensatz der Zustände ist von praktischer Bedeutung für den Beweis: jene, die tatsächlichen, die durch sinnliche Warnemung festgestellt werden können, fordern wenigstens regelmäszig eben diese; bei allen rechtlichen Zuständen aber ist nur die juristische Tatsache der Entstehung sinnlich greifbar, auf diese spizt der Beweis sich zu, und erfärt seine unentbehrliche Ergänzung durch bereits I § 31 Beil. I besprochene Präsumption der Fortdauer. Es leuchtet hiernach ein, dass diese Präsumption nicht beschränkt werden darf auf die (subj.) Rechte, sondern in gleicher Weise gelten muss für alle Zustände, die in Wirklichkeit nichts sind, als die vom (obj.) Rechte verordneten Folgen gewisser Ereignisse. Der EBG., der nach den Motiven im § 193 die Präsumption anerkennt, enthält nichts dawider.

§ 81.

Verhältnis zu den Rechtsfolgen.

Ar. 57. De. I 79, 80, 82. Wi. I 67, 68.

An welche Tatsachen Rechtsfolgen[a]), und welche Rechtsfolgen an diese angeknüpft werden, entscheiden die rechtsbildenden Potenzen, je nach Ort und Zeit verschieden[b]). Vorzugsweise Berücksichtigung zu finden pflegen Handlungen[c]), ebenso solche von anscheinend verschwindendem, wie solche von ersichtlich bleibendem tatsächlichem Erfolge[d]).

Häufig begreift Ein Tatbestand mehre aus einander liegende Vorgänge in sich[e]), die auch je für sich Rechtsfolgen haben können[f]). Besteht eine juristische Gesamttatsache aus mehren juristischen Einzeltatsachen, so ist das Werden des Gesamterfolgs neben dem der Gesamttatsache zu verfolgen[g]).

Mit der Vollendung jeder Einzeltatsache tritt der zu ihr gehörige rechtliche Einzelerfolg, und mit der Vollendung der

---

a) M. a. W.: welche juristische Tatsachen sind.

b) Beil. I.

c) Vgl. I 31 N. g, II 82 u. f.

d) Reine Willenserklärungen und Realakte, vgl. § 82, 83, 94.

e) So bei jedem Vertrage: Offerte und Accept; bei dem Erwerb der Erbschaft aus Testament: Errichtung des Testaments, Tod des Testators, Antritt u. s. w.

f) Wie namentlich die Offerte nach dem DHGB.

g) Beil. II.

Gesamttatsache ebenso der Gesamterfolg ins leben, nicht früher noch später[h]). Nur scheinbare Abweichungen finden statt, nach beiden Richtungen:

so dass den Folgen (eingetretener) späterer Vorgänge Gestalt und Umfang der Folgen (nicht eingetretener) früherer Vorgänge gegeben wird, und

so dass die normale Verwirklichung der bereits eingetretenen Folgen (Ausübung des Rechts) noch wärend eines gewissen Zeitraums ausgesezt bleibt[i]).

Eine systematische Zusammenstellung aller möglichen Rechtsfolgen ist unausfürbar, aller dem geltenden Recht bekannten[k]) noch nicht ausgefürt.

Beilage I. Gegensatz zur naturrechtlichen Anschauung, von der unten bei der Lehre vom objektiven Recht zu handeln ist, vgl. vorläufig Heidelberger akad. Rede v. 22. Nov. 86. Allerdings beweist die Geschichte dass in der Natur des Menschen nicht nur liegt der Trieb zur Rechtsbildung überhaupt, sondern auch der das Recht systematisch, als einheitliches Ganzes herzustellen. Man kann sagen der Zug geht dahin, gleichen Vorgängen gleiche Folgen zu geben. Dabei aber bleibt es den das Recht, Gewonheiten wie Gesetze, schaffenden Faktoren allezeit unbenommen selbständig zu entscheiden:

welche Vorgänge überhaupt (zB. ob Fidekommiss und formloser Vertrag) Rfolgen haben;

welche Vorgänge unter sich als gleich gelten (zB. ob die Infantia mit dem siebenten Lebensjar abschneidet, und ob die vollkommene Handlungsfähigkeit mit dem 25ten, 24ten oder 21ten Lebensjare beginnt);

---

[h]) Auch dies ist kein Naturrechtssatz, kein allgemeines Soll, sondern ein allgemeines Ist. Denn die Vergangenheit liegt allezeit unabänderlich hinter der Gegenwart, und Folgen, die nicht mit der vollendeten Ursache eintraten sind eben nicht Folgen von allein dieser Ursache.

[i]) Rückziehung und ruhendes Recht (vgl. I § 22 N. h.); da tatsächlich beide nur als Folgen von Rechtsgeschäften vorkommen, ist die nähere Darstellung an der hiedurch bedingten Stelle § 133 gegeben.

[k]) Ueber einige vordem zu wenig beobachtete vgl. Ihering Jb. f. Dogm. X 5: "Die Reflexwirkungen, oder die Rückwirkung rechtlicher Tatsachen auf dritte Personen".

und welche die Folgen der unter sich als gleich geltenden Vorgänge sein sollen (zB. ob Forderungen mittels Schuldhaft zu erzwingen sind).

Selbstverständlich ist diese Entscheidungsfreiheit der genannten Faktoren keine absolut unbeschränkte; sie wird begrenzt und bedingt, einmal durch die Beschaffenheit der Faktoren, d. h. der an dem Orte und zu der Zeit das Recht bildenden Menschen selber, zweitens durch die Aufgabe, ein für den Ort und diese Zeit brauchbares Recht vernunftgemäsz herzustellen. Dagegen sollen die Rechtsbildner sich unabhängig wissen von allen oft behaupteten s. g. naturrechtlichen, durch Ort und Zeit nicht bestimmten Geboten, und zwar deshalb weil die Existenz dieses Naturrechts wissenschaftlich nicht zu erweisen ist, und der Wissenschaft nicht zugemutet werden darf, sich mit Dingen zu befassen die nicht im Kreise ihres Warnemungsvermögens liegen.

Die naturrechtliche und die nichtnaturrechtliche Anschauung stehn in einem Gegensatze, der prinzipiell jegliche Vermittelung ausschliesst; denn entweder sind die Folgen der rechtlich bedeutsamen Vorgänge ein für allemal (durch das Naturrecht) gegeben, oder sie sind nicht ein für allemal gegeben, sondern nach Zeit und Ort verschieden zu bestimmen. Und darum gerade, weil wol die Mehrzal der denkenden Juristen in der Gegenwart bewusst oder unbewusst dieser unmöglichen Vermittelung nachgeht, ist die schroffste Opposition wider alle naturrechtlichen Versuche geboten. Denn offen bekennt sich schon selten Wer zum Glauben an das absolute nur durch Offenbarung dem Menschen zugängliche Recht, desto gewönlicher aber sind gelegentliche Behauptungen deren Kern in Wirklichkeit eben dieser Glaube ist, wo irgend ein Rechtssatz mit Argumenten verteidigt wird, deren Haltlosigkeit der Verteidiger selber bald zugeben möchte, wäre er nicht innerlich durchdrungen von der Ueberzeugung, dass die Sache eben so sein müsse und gar nicht anders sein könne; m. a. W. dass ein naturrechtlicher Zwang bestehe.

Der EBG. entspricht auch hier dem Durchschnitt der Litteratur unserer Tage. Wärend der Text keine prinzipielle Erklärung gibt, sprechen die Motive (I 16) ausdrücklich dawider, dem "s. g. Naturrechte maszgebende Bedeutung einzuräumen", schon darum "weil diesem durch aprioristische Konstruktion gefundenen Rechte, dessen Inhalt nur bildet was der Konstruirende für wahr hält, objektive Rechtsnormen sich nicht entnemen lassen". Dagegen finden sich auch im Texte manche Sätze der ebengezeichneten Art, naturrechtliche Behauptungen mit einiger Umhüllung. Bedenklich ist auch was die Motive (I 17) über die "Natur der Sache" bemerken, der Berücksichtigung derselben sei

dabei [bei der Analogie] nicht ausgeschlossen, aber die Entscheidung dürfe "nicht aus Momenten genommen werden welche ausserhalb des positiven Rechtes liegen". Die "Sache" ist der Vorgang dessen Rfolgen gesucht werden; bestimmt werden können diese Folgen nur entweder durch das positive Recht oder durch das Naturrecht, ist dem lezteren die Wirksamkeit versagt, so kann nur jenes in betracht kommen. Das ist so verzweifelt selbstverständlich, dass man leicht der Versuchung verfällt, in den Worten einen tieferen Sinn zu vermuten, und zu vermeinen der EBG. sehe in der "Natur der Sache" eine eigene Rechtsquelle, wärend sie doch vielmehr nur den Stoff darstellt, auf welchen das aus irgend einer Quelle zu entnemende Recht Anwendung finden soll.

Beilage II. In vielen Fällen erfüllen die Vorgänge bei jur. Tatsachen längere Zeiträume, wie bei allen Ersitzungen und vielen Solutionen wo der Schuldner zu andauerndem Tun verpflichtet wäre. In andern sind es verschiedene Vorgänge, die erst nachdem alle in bestimmter Reihenfolge eingetreten, zusammen einen gewissen Rechts-(Gesamt-)Erfolg nach sich ziehen. Nimt man nur die einfachsten Fälle der Art unter die Lupe, so ergeben sich mannigfaltige Erscheinungen, für die zum teil noch der technische Name felt; vgl. I 29 Beil. III a. E. Ueber das Zustandekommen des Vertrags unter Abwesenden s. § 96. Bei Eingehung einer Ehe nach dem RG. v. 6 2. 75 kommen in betracht: das Aufgebot (§ 44), zwei Fragen des Standesbeamten, die bejahenden Antworten der Verlobten, der bindende Ausspruch des Standesbeamten (§ 52); jedes Stück ist unentbehrlich, an jedes knüpfen sich gewisse Rechtsfolgen, jedes wirkt verändernd auf das Rechtsverhältnis unter den Beteiligten, aber wir sind ausser Stande all diese Aenderungen mit einzelnen Schlagwörtern ausreichend zu bezeichnen. — Herstellung eines Testaments ist schon an sich zuweilen ein komplizirter langwieriger Vorgang. Rfolgen: Verfügung über das Vermögen des Testators nicht sowol in dem jetzigen Bestande als in dem bei seinem Tode, abhängig davon dass der Testator bis zu seinem Tode keine Willensänderung genügend äussere, und wirksam auch erst mit dem Tode; was sich etwa als zukünftige bedingte Gebundenheit des Vermögens, one gegenwärtigen Berechtigten bezeichnen liesse. Tod des Testators: die bedingte Verfügung wird zur unbedingten, gegenwärtigen, die Delation gibt bestimmten Personen Erwerbsrechte. Schlagen diese aus, neue Delation an Andere. Die Antretung erst gibt dem Nachlass seinen neuen Herrn. Damit rücken auch die Vermächtnisse in ein neues Stadium, bei den bedingten gibt erst die Erfüllung der Bedingung den vollen Rechtserfolg, dem Bedachten das ihm vom Testator zugedachte Recht. In all den Zwischen-

stadien war der Bedachte so wenig vollberechtigt wie gänzlich unberechtigt, seine Rechtslage war der Art dass Ereignisse, die sonst für ihn wirkungslos verblieben wären, jezt ihn berechtigen und bereichern, bald eigene Handlungen (Erfüllung der Bedingung), bald fremde (Antretung des Erben), bald Nichthandlungen (Tod des Erblassers).

Es erscheint hiernach angemessen, das Werden der Rechtsverhältnisse d. h. des rechtlichen Erfolgs der juristischen Tatsachen, neben das Werden dieser Tatsachen selber zu stellen, worauf schon Köppen Jb. f. Dogm. XI, 2, § 3 verwiesen hat. Dazu ist zu bemerken:

Dass es keineswegs nur die bedingten und betagten Geschäfte sind, bei denen das Werden, sei es nun der Tatsachen oder des rechtlichen Erfolgs, längere Zeit erfüllt, und jenachdem durch verschiedene Stadien geht.

Dass das Werden der Tatsachen und das Werden der Rfolgen oft nicht parallel laufen. Der tatsächliche Vorgang erscheint nicht selten als allmälich fortschreitende Entwickelung, so bei allen Ersitzungen, auch die Erklärung (unter Abwesenden) braucht Zeit von ihrer Abgabe bis zur Ankunft, desgleichen die Tätigkeit zur Erfüllung einer Bedingung die auf Arbeit des Bedachten gestellt wäre u. s. w.; dabei bleibt die Rechtslage einstweilen unverändert, um sich später, sobald die tatsächliche Entwickelung einen bestimmten Punkt erreicht hat, auf einen Schlag umzugestalten, also dort eine stetig fortlaufende hier eine springende Bewegung. Ganz besonders deutlich tritt dieser Gegensatz bei Fristen, zB. zur Einlegung der Rechtsmittel, hervor: jedes kleinste Zeitteilchen trägt zur Vollendung der vernichtenden Tatsache bei, aber bis zur vollendeten Vernichtung besteht die fragliche Berechtigung im vollen Umfange fort.

Andererseits geschieht das nicht ganz selten, einmal dass derselbe Vorgang mehre verschiedene Rfolgen nach sich zieht, zB. Ein Akt Pfandrecht actio pignoraticia directa und a. p. contraria, Ein Auftrag Vollmacht a. mandati directa und a. m. contraria begründet, oder auch dass ein und derselbe Vorgang ein Stück (Beginn) des Tatbestandes der Eigentumsersitzung und zugleich den vollen Tatbestand des Erwerbs des durch die a. Publiciana geschüzten Rechtes ausmacht.

Handlungen.

§ 82.

Begriff und Arten.

Ar. 58—60. B 2 (I) 311. De. I 79. Ke. 40, 50. Pu. 49. Se. I 68. Si. I 17. Va. I 80, 81. Wä. I 44.

Handlung ist Betätigung[a]) des Willens (= Kraft zu wollen), Wollen[b]).

Die einzelnen Handlungen sind:

an sich, rein innerliche, oder äusserlich hervortretende, Willensäusserungen;

diese lezteren entweder positive Handlungen (auch "Handlungen" schlechthin) die warnembare Veränderungen bewirken, oder negative H., Unterlassungen, die solche Veränderungen nicht bewirken[c]);

in beziehung auf das Recht, entweder von rechtlicher Bedeutung (juristische H.), oder one solche (juristisch indifferente, irrelevante H.)[d]).

Unter den juristischen Handlungen ist zu unterscheiden,

A. nach den wirkenden Momenten:

a. reine Kundgebungen[e]);

---

[a]) Beil. I.

[b]) Beil. II.

[c]) Voraussetzung, dass die Herbeifürung der Veränderung im Bereiche des Willens belegen (dem Wollenden "möglich" gewesen) und dass die Nichtherbeifürung eine gewusste (und somit gewollte) ist. In Fällen dieser Art erscheint die Nichtveränderung als Folge und als Zeichen des Wollens, und diese Unterlassungen sind Handlungen; andere nicht vgl. unten § 83.

[d]) So alle rein innerlichen Handlungen, und von den andern alle diejenigen denen das geltende Recht keine Beachtung geschenkt hat.

[e]) Das sind Handlungen, deren Erfolg sich darauf beschränkt, innere Vorgänge Anderen warnembar zu machen, oder genauer, Aenderungen der Aussenwelt zu bewirken, die sinnlich warzunemen sind, und aus denen auf jene inneren Vorgänge zurückgeschlossen werden kann. Zu diesen Kundgebungen gehören die Urteile der Richter, Gutachten der Sachverständigen, Aussagen der Zeugen, ebenso wie die

b. Handlungen mit bleibender körperlicher Folge (Realakte)[f];

c. gemischte Handlungen, die Kundgebungen enthalten und zugleich bleibende körperliche Folgen nach sich ziehn[g].

B. Nach ihrem Verhalten zum objektiven Recht

a. s. g. erlaubte[h],

b. s. g. unerlaubte, und zwar
unter Strafandrohung oder one solche verbotene.

Willenserklärungen (im e. S.) der Parteien. Uebrigens können die Kundgebungen beabsichtigte (was die Regel) und unbeabsichtigte sein, wie zB. ein im Affekt abgelegtes Geständnis.

[f]) Der Gegensatz gehört zu den wichtigsten, und es ist zu bedauern, dass EBG. auf denselben zu wenig rücksicht nimmt; vgl. hiezu Kohler in Grünhs. Zschr. XIII S. 287 f., wo insbesondere auch die Schwierigkeit unmisdeutlicher Bezeichnung (K. sagt jezt: "Rfolgen, welche sich an den Natureffekt der menschlichen Handlung als puren Natureffekt knüpfen") besprochen wird:

Die Kundgebung hat bleibende Folgen nur soweit das Recht sie ihr beilegt, das Recht kann dieselben allezeit wiederaufheben;

die Realakte haben körperliche Folgen, die das Recht nicht wol ignoriren darf, und die das Recht (wie es sie nicht geschaffen) auch nicht abschaffen kann. Hieher gehören die Verletzungen von Personen und Sachen, Erwerb und Verlust von körperlicher Innehabung, Verbindungen und Stoffänderungen wie bei der Spezifikation, hieher die Zeugung, desgleichen die Produktion des Autors und des Erfinders.

Vgl. hiezu unten § 94.

[g]) Man würde sie am besten "gemischte Realakte" heissen, Kundgebung (vornemlich Willenserklärung) und Realakt treten verbunden auf, und die Rechtsfolgen knüpfen sich an diese Verbindung; so zB. bei den Römischen Realkontrakten, und regelmäszig bei den Solutionen. — Die Vermengung gerade dieser Art der Realakte mit den Formalakten ist in Theorie und Praxis noch sehr gewönlich, man gedenke zB. der Tradition.

[h]) Die Bezeichnung "erlaubte — unerlaubte H." ist gebräuchlich, und dadurch vor manchem Misverständnis geschüzt, an sich aber nichts weniger als scharf zutreffend, trotz der Unterstützung durch fr. 7 de legib. 1, 3 (Mod.): "... permittere ..." Das "Erlaubtsein" ist in wirklichkeit nicht das unterscheidende Moment, zudem ist der Ausdruck zweideutig: alles indifferente ist erlaubt weil nicht verboten,

Beilage I. Danach ist Eine Willensbetätigung Eine Handlung; wozu aber zu erinnern

A. dass "Handlung", als abgeschlossenes nach aussen fest begrenztes Ganzes, kaum mehr ist als ein Schulbegriff; denn im Leben findet solche Handlung sich selten oder nie. Der überhaupt handelnde Mensch ist gewönlich zu einer Zeit mit mehren in einander überlaufenden Handlungen beschäftigt. Reiten und gehen zB. sind an sich schon komplizirte Handlungen, und wärend ich das eine oder das andere tue, oder sonst irgend wie meinen Körper willentlich bewege, laufen gewisse Reihen meines Wollens aus, andere setzen sich fort, wieder andere heben an. Eine sichere klare Sonderung aller einzelnen nebeneinander sich abspielenden Handlungen ist tatsächlich unmöglich. Desgleichen eine ebenso scharfe Scheidung zeitlich auf einander folgender älterer und jüngerer Handlungen; auch hier gehn die Ränder in einander auf, der Auslauf der älteren Handlung ist selber zugleich der Beginn der jüngeren. Unserer Theorie aber ist die abgeschlossene Handlung unentbehrlich; mit einer groszen endlosen Handlung, die abgesehen von gewissen Unterbrechungen ein ganzes Menschenleben erfüllte, vermögen wir einstweilen nicht zu operiren. Dürfen uns aber freilich auch nicht wundern, wenn zuweilen das Leben sich in merklichen Widerspruch sezt zu den aus unserm Schulbegriff der abgeschlossenen Handlung herzuleitenden Konsequenzen; vgl. Krit. Vschr. XXII S. 42.

B. Dass wir gewönt sind auch Komplexe von Handlungen, zweifellos mehre Willensbetätigungen insonderheit mehrer Wollender, als "Handlung" "eine Handlung" aufzufüren, wobei leicht der Gedanke entsteht, dass der ganze Komplex nur Eine Handlung sei. Beispielsweise ist es durchaus gebräuchlich den Ver-

unerlaubt weil die Zulässigkeit auf keiner Erlaubnis (Gestattenserklärung) beruht. Entscheidend ist vielmehr die Erwägung, die den Gesetzgeber (= rechtsbildende Potenz) bestimmt hat, diese und jene Handlungen mit Rechtsfolgen zu bekleiden. Jene scheinen ihm den Interessen zuwiderzulaufen die er zu schützen berufen ist, daher Verbot, Strafe, wenn es sein kann gänzliche Unterdrückung; diese aber entsprechen denselben Interessen, daher Förderung durch die ihm zuständigen Mittel, Anerkennung und Schutz, jenachdem durch Einsetzen seiner Autorität oder fysische Unterstützung. An sich besser wäre die Bezeichnung "rechtliche" oder "rechtmäszige", und "widerrechtliche H.". Ueber die Bedeutung des Gegensatzes ausfürlicheres in der Lehre vom objektiven Recht. Der Versuch einer Systematisirung der "rechtmäszigen" (= erlaubten) Handlungen findet sich in Beil. III.

trag, der mindestens aus einer Offerte des Einen und einer Acceptation der Andern besteht, "eine Handlung" zu nennen. Die daraus, dass Einheit und Mehrheit, das Ganze und seine einzelnen Stücke mit demselben Zeichen versehen werden, erwachsenden Gefaren für die Klarheit des Denkens und die Verständlichkeit des Ausdrucks liegen zu tage. Denselben einigermaszen zu begegnen bemerke ich, dass hier

Rechtsgeschäft bald eine einzelne, bald eine Mehrzal mit einander in einem bestimmten Zusammenhange stehender Handlungen bezeichnet,

Willenserklärung aber stets nur eine einzelne Willensbetätigung (= Handlung) bedeuten soll.

Ich kann also den Sprachgebrauch derjenigen, die wie Savigny, "Rechtsgeschäft" und "Willenserklärung" identifiziren möchten, nicht billigen, und halte es für einen bedenklichen zu Irrungen verleitenden Misbrauch, wenn EBG., wie die Motive I S. 126 angeben "die Ausdrücke Willenserklärung und Rechtsgeschäft der Regel nach als gleichbedeutend gebraucht".

Beilage II. Jedes Wollen, Willensbetätigung ist Handlung. Die Handlung kann ein rein innerlicher Vorgang (innerliche H.) verbleiben, und hat als solche für sich keine rechtlichen Folgen.

Diese erlangt die Handlung erst, wenn sie selber eine äusserliche, Willensäusserung, wird. Im Zusammenhange mit der Willensäusserung können auch rein innerliche Vorgänge, dolus, mala fides, irrtümliche Anname, rechtliche Bedeutung erlangen.

Der Wille äussert sich, d. h. macht sich Andern kenntlich, ausschliesslich durch den Einfluss den er auf den Körper, und zwar die äusseren Körperteile des Wollenden übt, Körperbewegungen, und jenachdem Enthaltungen von übrigens möglichen Körperbewegungen, die von Andern wargenommen werden können, bewirkt. Genau besehn wird in den seltensten Fällen die Körperbewegung selber warzunemen sein, vielmehr sind es die durch die Körperbewegung angeregten Licht- oder Schallwellen, welche die Empfindung der Andern wecken.

An die Willensäusserung oder äusserliche Handlung, Körperbewegung, knüpfen sich naturgemäsz Folgen und Folgefolgen ins unabsehbare, indem die Körperbewegung die sie umgebenden materiellen Dinge in Bewegung bringt, diese andere der gleichen Art u. s. w. Den Juristen interessiren insbesondere zwei Reihen dieser Folgetatsachen:

A. die bereits angedeutete, die zur Warnemung der Andern hinfürt, den Andern ein sinnliches Bild von dem äussern Ver-

halten des Handelnden, und damit zugleich die Möglichkeit verschaft, sich ein geistiges Bild von dem innern Wollen desselben zu machen. Die ganze Reihe der Vorgänge bis zur vollendeten Warnemung der Andern wird nicht selten unter dem Namen "Willensäusserung" miteinbegriffen.

B. Die im Text zu N. f, berürte. Die Körperbewegung zieht nach sich gewisse bleibende Veränderungen der Aussendinge, Zerstörung Verletzung Verbindung u.s.w., denen das Recht selbständige Bedeutung beizulegen gewönt ist, unabhängig davon dass diese Veränderungen gerade von dem Handelnden veranlasst sind, und davon ob die Andern sie warnemen (das Eigentum am Diamanten erlischt wenn dieser verbrennt, unabhängig davon ob dies Verbrennen durch Handlung des Einen veranlasst, und ob es von Andern wargenommen ist). Diese Folgenreihe heissen wir "Real"- oder "Naturalfolgen".

Beide Reihen können auseinanderfallen, es kann ja die eine one die andere bestehn; sie können aber auch wenigstens teilweise zusammenfallen, wenn die Realfolgen wargenommen werden, und von ihnen auf das verursachende Handeln zu schliessen ist.

Trotz den sorgfältigen Gegenausfürungen von Enneccerus Rechtsgeschäft Bedingung und Anfangstermin I § 2 muss es sein Bewenden dabei behalten, dass die Herrschaft des Menschen über seinen Körper anders geartet ist als die über jewelche Aussendinge, körperliche wie unkörperliche (Rechte, unkörperliche Sachen), und demgemäsz dass die von dem Menschen ausgehenden Bewegungsakte des Körpers und der Aussendinge, auch wenn sie mit dem gleichen Namen "Wollen" bezeichnet werden, doch nicht wirklich gleich sind.

In beziehung auf die Körperbewegung ist die Tätigkeit des Handelnden eine relativ einfache: er will sie eben. In beziehung auf die die Aussendinge berürenden Folgetatsachen muss die Tätigkeit eine doppelte sein:

a. Wollen der dahin fürenden Körperbewegung, und
b. eine geistige Beziehung zu dem fraglichen Erfolge, er muss diesen vorausgesehn haben, und durch diese Voraussicht wenn nicht gerade zur Handlung bestimmt, doch zum mindesten von derselben nicht abgehalten sein.

Dieser Zerlegung entspricht der gemeine Sprachgebrauch nicht. Wir sind gewönt das Wort "Wollen" wie auf Körperbewegungen ebenso auch auf die durch diese herbeizufürenden Veränderungen der Aussendinge, ja bisweilen auch auf gar nicht durch unser Tun bewirkte Ereignisse zu beziehn. Ebenso lassen wir die "Handlung" keineswegs mit der Körperbewegung ab-

schneiden, sondern ziehn gewönlich noch so und so viele von den äusseren Folgen mit unter diesen Namen. Freilich sobald gefragt wird: "wie viele Folgen? wo läuft die Grenze dieser Handlung?" wird man sich der Einsicht nicht verschliessen können, dass dieser Sprachgebrauch aus einer sehr laxen Begriffsbildung hervorgegangen ist.

Gleichwol ist derselbe unschwer zu erklären. Schon bei dem Wollen der Körperbewegung ist unser Bewusstsein des Vorgangs ein dumpfes, wir wollen die Bewegung in ihrer Totalität, one irgend wie klar darüber zu sein, welche Nerven Muskeln u. s. w. wir in tätigkeit setzen. Wir nemen die ausgefürte Bewegung zugleich mit ihren nächsten Folgen wahr, diese wie jene erscheinen uns als Produkt derselben Ursache, unseres Wollens. So entsteht das Gefül unsere Umgebungen ebenso wie den eigenen Körper zu beherrschen, ein Gefül das sich bei weiterer Entwickelung auch auf die Objekte unserer rechtlichen Herrschaft erstreckt, und diese wie jene gleichsam zu Stücken des eigenen Ich macht. Wenn wir aber diesem Gefül entgegen daran festhalten, dass Sachen und Rechte, über welche uns die Verfügung zusteht, gleichwol dem Ich nicht zugehören, dieses vielmehr in unserm Körper sein Ende findet, so werden wir ebenso anzuerkennen haben, dass die Handlungen dieses Ich auch über die Bewegungen unseres Körpers nicht hinausgehn, und dass die vulgär "Handlungen" geheissenen weiteren Inhalt in sich begreifenden Vorgänge in Warheit Mischgebilde sind: Handlungen mit einem Zusatz, bestehend aus einer gewissen Menge der von jenen ins leben gerufenen Folgen.

Vgl. hiezu Bekker Theor. d. Strafrs. I 8, 18—20. — Kr. Vschr. III S. 180 f., bes. 192—5. — Zitelmann Irrt. u. Rechtsgesch. S. 29 f.

Beilage III. Alle rechtmäszigen (erlaubten) Handlungen, und jenachdem Handlungskomplexe, vgl. Beil. I B, sind

A. solche die Rechte oder Rechtsverhältnisse schaffen, oder
B. solche die Rechtsverhältnisse und besonders Rechte als vorhanden bereits voraussetzen.

Unter A. gehört die Okkupation, Zeugung, geistige Produktion u. a.; im ganzen aber sind Menge und Gestaltenreichtum der hieher gehörigen Vorgänge viel geringer als derer zu B.

Alle zu B. gehörigen Handlungen sind Akte der "Ausübung" nach der I § 22 gegebenen Definition. Dieselben lassen sich einteilen:

a. der gemeine Genuss; Benutzung der Sachen und Fruchtziehung aus denselben bei den dinglichen Rechten, Anname

der Leistungen bei den Obligationen, Ausnutzung der Geistesprodukte. (— Also wieder einmal ein Versuch dem Begriff des "Genusses" zu brauchbarer Geschlossenheit zu verhelfen, vgl. I § 19 Beil. I A.).

b. Handlungen zum Schutz wider Rechtsverletzungen
   - α. Akte der Selbsthülfe,
   - β. Inanspruchname der Stats-, vorzüglich der Gerichts-Hülfe.

c. Handlungen zur Rechtsbewegung, die Zuständigkeit der Rechte (vgl. I §§ 33, 34) zu beeinflussen. Hieher
   - α. die eigentlichen Zuwendungen, normale Rechtsübertragungen in ihren neun Hauptformen, vgl. § 100,
   - β. die Halbzuwendungen und Halbveräusserungen (vgl. §§ 106—110 und § 112),
   - γ. die nackte Aufhebung eines Rechts, Dereliktion (vgl. § 99 Beil. I).

Der Reichtum der zu betrachtenden Formen aber wird noch viel grösser, wenn wir die juristisch wirksamen Handlungskomplexe in einzelne Handlungen auflösen. Hier stehn sich, zumal bei allen echten Zuwendungen, aber auch bei vielen der diesen verwanten Geschäften, gegenüber,

zwei Hauptpersonen, ein Geber und ein Nemer, jener aus dessen Vermögen gegeben, dieser in dessen Vermögen genommen wird, jeder handelt, anders als sein Widerpart.

Neben diesen

die Gehülfen des Einen und des Andern

entweder Vertreter der Hauptperson, die den Willen dieser ersetzen oder ergänzen

oder gemeine Helfer, Boten Schreiber u. s. w., die nur den Willen der Hauptpersonen oder Vertreter ausfüren.

Und neben diesen wieder

die eigentlichen Nebenpersonen

gebotene ("notwendige") und

gekürte, durch freien Willen der Parteien berufene,

Zeugen (Beweis- und Sollemnitäts-Z.), Gerichtspersonen, Notare, Hypothekenverwalter, Standesbeamte u. s. w., von den Gehülfen dadurch unterschieden, dass sie zu tun haben, was die Parteien nicht auch selber tun könnten.

Schliesslich ist noch zu bemerken, dass diese Aufzälung sich streng beschränkt auf das Gebiet der privatrechtlichen Handlungen.

§ 83.

Unterlassungen, Schweigen.

Ar. 64. Ba. 62. Bz. (I) 354. De. I 98. Ke. 57. Sa. S. III 132. Si. I 18. Wä. I 74. Wi. I 72.

Unterlassung von rechtlicher Bedeutung ist Nichtausfürung einer Bewegung deren Folgen rechtlich bedeutende gewesen sein würden. Handlung ist die Unterlassung nur, wo die Nichtbewegung eine gewollte ist. Schweigen ist allemal Unterlassung, bald Nichthandlung bald Handlung[a]).

Das Recht hat Bedeutung beigelegt: unter gewissen Umständen allen Unterlassungen, unter andern nur den Unterlassungshandlungen. Im einzelnen:

I. bei Entstehung der Rechtsverhältnisse:

A. die Unterlassung bewirkt Unvollkommenheit des Tatbestands, zu dessen wesentlichen Stücken[b]) die entgegengesezte (positive) Handlung gehört. Kein Unterschied ob die Unterlassung gewollt oder ungewollt ist[c]), regelmäszig bleiben die Rfolgen des vollkommenen Tatbestandes aus[c]), wärend die Folgen des eingetretenen unvollkomenen Tatbestands nach Umständen verschiedene[d]) sind. Ausnamsweise vermögen besondere Umstände das

[a]) Daher müssen auch "Schweigen" und s. g. "stillschweigende Willenserklärungen" wol auseinander gehalten werden. Schweigen das Nichthandlung wäre kann niemals Willenserklärung sein, aber Schweigen das Handlung ist kann sowol ausdrückliche (vgl. g,) wie stillschweigende WE. sein; wogegen eine stillschweigende WE. (vgl. § 93) auch durch Reden abgegeben werden kann.

[b]) Da der Tatbestand kein vollkommener, treten selbstverständlich auch die Rfolgen nicht ein, die an die Vollkommenheit desselben geknüpft sind.

[c]) Gleichviel ob die Weglassung des siebenten Zeugen beim Testament, desgleichen von wesentlichen Formalien beim Wechsel gewollt oder nicht gewollt gewesen, es kommt kein Testament kein Wechsel zu stande. Aber auch gleichviel ob der Oblat schweigt weil er die Offerte nicht annemen will, oder ob er eine Annameerklärung abgibt die zum Offerenten nicht hingelangt; beidemal kein Vertrag.

[d]) Beil. I.

Ausfallen eines normalen Tatbestandstücks derartig unschädlich zu machen, dass gleichwol die Rfolgen des vollkommenen Tatbestands eintreten[e]).

B. Die Unterlassung ist selber Stück des vollkommenen Tatbestandes

a. nach Rechtsvorschrift unentbehrlich[f]),

b. als Ersatz positiver Handlung

α. bei Rechtsgeschäften nach Verabredung der Beteiligten[g]),

β. desgleichen nach Brauch und Redlichkeit[h]),

γ. bei Delikten und überhaupt rechtswidrigen Handlungen[i]).

---

[e]) Der sonst erforderliche Konsens des Emancipandus wird nicht erfordert falls dieser infans, c. 5 in f. de emanc. 8, 78: "... nisi infantes sint, qui et sine consensu ... sui iuris efficiuntur"; ebenso nicht der Konsens des Vaters zu den Ehen der Kinder, wo jener wansinnig, c. 25 pr. § 3 de nupt. 5, 4. — Diese Entscheidungen, die erst das kaiserliche Machtwort gegeben, widerstreben analoger Uebertragung.

[f]) Die Servianische Formel ist darauf gestellt "eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse"; das aedilicische Edikt gebietet: ".... palam recte pronuntianto. quodsi mancipium adversus ea uenisset ...", die Voraussetzung der aedilicischen Klagen also dass das "palam recte pronuntiare" unterlassen worden; vgl. übrigens Beil. I B.

[g]) Wenn in einer Versammlung abgestimmt wird durch Aufstehen und Sitzenbleiben, Armerheben und Nichterheben, u. s. w., so erklären die Sitzenbleibenden und Nichterhebenden ihren Willen ebenso ausdrücklich wie die Aufstehenden und Erhebenden. Auch im privatrechtlichen Verkehr kann die Bedeutung des Schweigens oder überhaupt Unterlassens im gegebenen Falle durch Statut oder Verabredung fest gegeben sein, aber nicht durch einseitige Erklärung dem andern Teil aufgezwungen werden. Findet danach das Schweigen oder die anders geartete Unterlassung statt, so hat es kraft des Statuts und der Verabredung die gesezten Folgen. Dafür, dass Schweigen ausdrückliche Willenserklärung sein könne, auch Zitelmann Irrt. u. Rechtsgesch. S. 262, der aber "ausdrückliche WE." anders versteht als der herrschende Gebrauch.

[h]) Beil. II.

[i]) Wie ein Rechtsgeschäft, so kann auch ein Delikt nicht wol blos durch Unterlassungen zustande kommen; dagegen ist es nicht selten, dass ein Komplex von Unterlassungen und positiven Handlungen

Bei a. und b α. alle Unterlassungen gleich wirksam[k]), wogegen bei b β.[l]) und bei b γ.[m]) dieselbe Gleichstellung nicht unbedenklich.

II. Bei der Ausübung von Rechten,

A. dinglicher Art:

a. Unterlassung, gewollte und ungewollte, fürt zum Untergang durch Verjärung[n]), und

b. unterbricht, ebenso one Unterschied nach ihrer Art, die erwerbende Verjärung[o]).

---

den Tatbestand ausmacht. — A. l. Aquiliae SA. III 55, XXIX 237, XXXI 37, XXXV 5; XIII 28 (unterlassene Pflege des Verletzten), XV 129 (mangelnde Warnung, cf. fr. 31 ad l. Aq. 9, 2, § 5 I. de l. Aq. 4, 3), XVI 2, XXXII 238 (Nichtverhinderung); ROHG. XXIII 116 (Schiffskollision durch Unterlassung bewirkt), vgl. noch XVI 4 (Wildschaden). — Wissentliches Verschweigen ist nach Umständen "dolus" fr. 14 § 9 de aed. ed. 21, 1 cf. fr. 37 de dolo m. 4, 3; SA. II 92.

[k]) Ob der Pfandschuldner nicht gezalt hat weil er nicht hat zalen wollen, oder weil er nicht hat zalen können, oder weil er um die Schuld gar nicht gewusst hat, ist für den Bestand des Pfandrechts zweifellos indifferent; u. s. w. — Aenlich wenn unter Geschäftsleuten verabredet wäre "keine Antwort innerhalb gewisser Frist gilt als Anname", oder "one besondere Bestellung ist an jedem Monatsersten so viel zu liefern, Mehr- oder Minderbedarf wird ausdrücklich kundgetan"; gleichviel ob die Unterlassung der ausdrücklichen Antwort, der Mehr- oder Minderbedarfsanzeige Handlung oder Nichthandlung ist, beide wirken gleich. Denn es ist verabredet "wenn das nicht geschieht, soll jenes die rechtliche Folge sein", und nicht "wenn durch jenes Unterlassen der Wille ausgedrückt sein wird, so soll u. s. w."; auf eine solche Ausmachung würde sich ein vernünftiger Erklärungsempfänger nimmer einlassen.

[l]) Vgl. Beil. II.

[m]) Das zum Rechtsverletzungsbestande gehörige Unterlassen muss allemal ein kulposes, regelmäszig also ein gewolltes sein. Es wäre aber auch möglich, dass der Delinquent sich selber kulpos der Willensfähigkeit beraubt hätte; zB. wenn die als Warner aufgestellten Holzknechte (SA. XV 29) sich schwer betrunken haben.

[n]) Extinktivverjärung läuft auch wider den, der von seinem Rechte nichts weiss, und würde anderesfalls viel von ihrer Nützlichkeit verlieren; vgl. auch EBG. der im § 165 zwar Verhinderung durch höhere Gewalt als Hemnis des Verjärung annimmt, aber nicht Unwissenheit des Berechtigten.

[o]) Gleichviel warum ich nicht besessen, one Besitz keine Ersitzung.

B. Obligationen:

a. Unterlassungen des Schuldners,

α. wo die Leistung auf Herbeiführung eines Erfolgs geht, schliessen Unterlassungen one Unterschied die Erfüllung aus[p]);

β. wo der Schuldner zur Diligenz verpflichtet ist, wirken Unterlassungen, die keine Handlungen sind, nur ausnamsweise ebenso[q]);

γ. wo ein non facere geschuldet ist, gilt jegliche Unterlassung als Erfüllung[r]).

b. Unterlassungen des Gläubigers: nach Umständen auch Nichthandlungen wirksam[s]).

Beilage I. Gleichmäszig tritt bei den hergehörigen Fällen durchweg der negative Erfolg ein: kein wirksamer Tatbestand, daher Ausbleiben der an diesen geknüpften Rfolgen. Dieser negative Erfolg kann für sich allein bleiben, an das Unterlassene schliessen sich schlechthin keine, d. h. keine positiven Rfolgen an. Unter Umständen aber bleiben auch die positiven Folgen nicht aus. So

A. wenn die Umstände zu denen gehören, an welche das dispositive Recht Folgen geknüpft. Ist ein Testament nicht zu stande gekommen, so wird die Erbschaft nicht nur nicht ex testamento erworben, sondern es tritt Intestaterbfolge ein, die durch das Testament ausgeschlossen worden wäre. Unterbleiben bei Rgeschäften die von dem Grundtypus abweichenden (auf s. g. accidentalia) gerichteten Nebenbestimmungen, so treten die s. g. naturalia ein (vgl. § 97 u. 113).

B. War der unterbleibende Vorgang selber von vorwiegend negativer, die Wirkung anderer Vorgänge hemmender oder auf-

p) Ist eine Geldsumme nicht gezalt, so ist sie eben nicht gezalt, und die Folgen der Nichtzalung treten ein, gleichviel ob diese eine gewollte oder nicht gewollte gewesen; vgl. SA. IX 273, XI 130.

q) Vgl. SA. XIV 230, XVII 120, XX 204, XXXVI 27; Ausnamen änlich wie in m, angedeutet.

r) Vgl. SA. II 272. Das DHGB. enthält nicht wenige Beschränkungen der Handlungsfreiheit der Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten (A. 56), Handlungsgehülfen (64, 2), Handelsmäkler (69, 1) u.s.w.; überall genügt das Unterlassen zur Erfüllung, gleichviel ob gewollt oder nicht,

s) Vgl. SA. V 148, XIII 156; mora accipiendi wird nicht ausschliesslich durch Handlungen herbeigefürt.

hebender Art, wie zB. Widerruf zumal von Offerte und Annameerklärung, Protestation, Unterbrechung von Verjärung, so kommt Hemmung und Aufhebung nicht zu stande, vielmehr treten die normalen Rfolgen jener andern Vorgänge ein. — Zwischen diesen Fällen und den im Text zu N. f, berürten, bei welchen das Gesetz selber das Unterbleiben als Tatbestandsmoment anfürt oder anzufüren scheint, dürfte eine wesentliche Verschiedenheit kaum bestehn.

Beilage II. Am eingehendsten Heyne, de uoluntate tac. patef. (1840), Sav. S. III 132, Unger Oest. Pr. R. II 85 S. 111 f., Hallwachs, Arch. f. prakt. RW. X S. 225 f.: "D. Stillschw. als Willenserkl. in d. Entsch. d. ROHGs."; aber weder erschöpfend noch durchweg überzeugend.

Nach gemeiner Regel sind auseinanderzuhalten die Fragen: I, nach dem Tatbestande, und II, nach den Rechtsfolgen des Schweigens.

Zu I, a. Bei welchen Geschäften? Bekannte Kontroverse: Heyne Savigny betrachten die Bestimmungen des Röm. Rs als Ausnamssatzungen, die in keine allgemeine Regel zusammenzufassen und demgemäsz auch nicht analog zu übertragen seien; wogegen die herrschende Meinung aus denselben eine Regel etwa des Inhalts herausliest:

> dass überall, wo der Inhalt des Geschäfts es gestattet und besondere Formvorschriften oder sonstige Hindernisse nicht bestehen, Schweigen als Willenserklärung wirken könne.

Für die gemeine Meinung spricht:

α. innerhalb des Röm. Rs, dass die Einzelentscheidungen, im Gegensatz zu den Schenkungsrevokationsgründen der c. 10 de reu. don. 8, 55, den Enterbungsgründen der Nov. 115 und änlichem, Produkte der Juristentätigkeit sind, und nirgends eine Beschränkung auf die im Corp. I. aufgefürten Fälle geboten ist. Zudem ergäbe sich ein bedenkliches systematisches Resultat:

1. Rechtsgeschäfte von festen Formen, Formalgeschäfte;
2. Rgesch. von freien Formen, bei denen aber gleichwol das Schweigen als Willenserklärung ausgeschlossen;
3. Rgsch. v. fr. Formen, bei denen das Schweigen zulässig wäre;

bedenklich darum zumal, weil nicht abzusehen, wie der Gegensatz von 2. und 3. prinzipiell zu begründen und one Willkürlichkeit praktisch durchzufüren wäre.

β. Ausdrücklich widerspricht das kanonische Recht der Ansicht Savignys, c. 43 de R.I. in VI. (5, 13): "qui tacet consentire uidetur".

γ. Das Bedürfnis der Gegenwart fordert relativ einfaches übersichtliches Recht; wo die Römischen Bestimmungen uns zu bunt waren, wie zB. die Spezialisirungen des "id quod uenit in actionem" bei den einzelnen Obligationen, (über die hieher gehörige Behandlung der Culpa vgl. Pernice Labeo II) oder die Wirkungen eintretender Unmöglichkeiten (vgl. G. Hartmann, d. Obligation S. 117f.), haben wir kein Bedenken getragen aus ihnen Durchschnittsregeln abzuleiten, wie sie für unsern Gebrauch passend erscheinen. Dass eine solche einfache Regel auch für die Bestimmung der Fälle wo das Schweigen in Betracht zu nemen, bei uns bereits besteht, das bezeugen neben der Menge der Lehrbücher viele Erkenntnisse, vgl. SA. I 40, IV 211, XI 80, XIV 125, X 255, XII 19 u. s. w., ROHG. I 22 u. weiter; wie auch Unger a. a. O. N. 25, trotz seiner Hinneigung zu Savigny anerkennt.

δ. EBG. gibt keine Entscheidung der Kontroverse. Da aber der § 91, vgl. 72, 74, 77, keinesfalls ein Abweichen gebietet, so wird die Praxis wol tun den bisher eingehaltenen Weg weiter zu verfolgen.

b. Welchen Stücken des Geschäftswillens vermag das Schweigen ausdruck zu geben? Zustimmung Bejahung "consentire" (nach Verordnung oder Verabredung, vgl. N. g, oder sonst; unter besondern Voraussetzungen kann aber das Schweigen auch Verneinung bedeuten) zu immerhin mannigfaltigen und manchmal recht komplizirten Fragen und anderen Vorlagen; also namentlich Annamen von Offerten, Genemigung fremder Verfügungen, Verzicht u. s. w., vgl. die Register zu den Spruchsammlungen.

c. Niemals genügt Schweigen an sich einen Willen kenntlich zu machen, erforderlich daneben stets besondere Umstände (vgl. BE. VIII 153); dass der Beteiligte unter gerade diesen Umständen, wo übrigens geboten gewesen wäre zu reden oder sonst zu handeln, geschwiegen und überhaupt unterlassen hat, das rechtfertigt den Schluss auf sein inneres Wollen. Diese Umstände sind zuweilen in den Gesetzen besonders hervorgehoben, vgl. DHGB. 7, 2; 56, 2; 59, 2; 96, 2; 323, 1; 339, 3, 4; 347, 2—4; 364, 2; RCPO. 38, 39, 43, 77 mit 79, 85, 208 u. s. w., sonst sind dieselben Brauch und Herkommen entsprechend zu beurteilen, ob "nach Treu und Glauben" das Dasein des fraglichen Geschäftswillens anzunemen, vgl. ROHG. I 22.

Zu II. Rechtsfolgen. Wird das Schweigen überhaupt als Tatbestandsstück und als genügender Hinweis auf den Geschäftswillen angenommen, so ist damit auch über die rechtliche Wirksamkeit desselben im wesentlichen entschieden: es wirkt wie andere Willenserklärungen, und zwar bald als ausdrückliche und

bald als stillschweigende WE. Demgemäsz ist auch die Frage, nach der Zulässigkeit eines Gegenbeweises wider die aus dem Schweigen als Willenserklärung auf das Wollen zu machenden Folgerungen, zunächst hier ebenso zu beantworten wie in allen andern Fällen, vgl. § 92. Insonderheit kann kein Zweifel bestehn, dass auch EBG. 97 auf die durch Schweigen abgegebenen WE. zur anwendung zu kommen hätte.

Für das geltende Recht ist noch zu bemerken, dass die gemeinrechtliche restitutio ex generali clausula dem Schweigenden zusteht, der für die im Schweigen liegende Unterlassung einen Rechtfertigungsgrund nachzuweisen vermöchte. Sodann dass gegen diejenigen Rfolgen, welche DHGB. 323, 1; 339, 3, 4; 347, 2—4; 364, 2; RCPO. 39, 43, 208 und andere änliche Bestimmungen verordnen, überhaupt kein Gegenbeweis (des Nichtgewollthabens) zulässig ist.

§ 84.

Geistiges Verhalten, Irrtum[a]).

Ar. 60, 62. Ba. 51. Bz. (1) 315—19. De. I 87. Ke. 56. Pu. 57. Sa. S. III 114—15, Beil. VIII. Se. I 71. Si. I 22 III. Va. I 83. Wä. I 72. We. 43. Wi. I 76—79.

Nächst denjenigen inneren (geistigen) Zuständen, welche die Handlungsfähigkeit aufheben[b]), schenkt das geltende Recht[c]) dem Irrtum am meisten Beachtung.

---

[a]) T. D. de iuris et facti ignorantia 22, 6; T. C. — 1, 18. Richelmann Einfl. des Irrts. auf Vertr. [1837]; Zitelmann Irrt. und Rechtsgeschäft [79]; Leonhard d. Irrt. b. nicht. Vertr. n. RR. [82]. — Voigt Arch. f. civ. Pr. LIII S. 404 f., LIV S. 23 f., 194 f.; Hesse Arch. f. civ. Pr. LVII S. 182 f., Jb. f. Dogm. XV S. 62 f., 206 f. — Krit. Vschr. III S. 180 f. [Bekker über Schliemann L. v. Zwange], XIV S. 561 f. [Hölder d. L. v. error], XXII S. 33 [Bekker über Zitelmann], XXV S. 368 f., XXVI S. 220 f. [Lotmar über Leonhard]. — Exner L. v. R. erw. durch Trad. S. 262. f. — Goldschmidt, Handelsr. I 62. — Unger Oest. Pr. R. II 89, Krainz Oest. Pr. R. I Ausf. zu § 106. Für ältere Litteratur vorzügl. Serafini Pand. del Arndts, § cit. Vgl. dann noch Litteraturangaben zu § 126.

Ein Werk das des Irrtums Wesen und Bedeutung nach allen Seiten behandelte gibt es nicht; die vorgenannten konzentriren sich auf den Irrtum bei Rgeschäften, und streifen die allgemeinen Irrtumsfragen nur gelegentlich. Weitaus den grösten Einfluss auf die spätere Lehre haben trotz handgreiflichen Versehen Savignys Ausfürungen erlangt.

Irrtum "error" ist falsche Vorstellung[d]), notwendig verknüpft mit dem Felen der richtigen Vorstellung, also mit Unwissenheit "ignorantia". Die Unwissenheit kann auch allein bestehn, wird aber gewönlich vom Rechte beachtet nur wo sie mit Irrtum verbunden auftritt[e]).

Die wichtigsten[f]) Unterschiede:

nach dem Gegenstand der Vorstellung, Rechtsirrtum, error iuris, — Irrtum über Tatsachen, e. facti[g]);

nach der Erzeugung, entschuldbarer — nicht entschuldbarer (farlässiger) Irrtum[h]).

---

[b]) Vgl. I § 48—51, und dazu jezt EBG. 25—29, 64—71. Bisweilen sind die Rechtsfolgen an den geistigen Zustand unmittelbar angeknüpft, vgl. EBG. 64: "... sind geschäftsunfähig ... Personen welche des Vernunftgebrauchs, wenn auch nur vorübergehend, beraubt sind ...."; bisweilen mittelbar, wo wegen der vermutlichen geistigen Beschaffenheit besondere Rechtszustände entweder (wie Kindheit Minderjärigkeit u. s. w.) allgemein angenommen, oder für den Einzelnen durch besonderen Akt (Entmündigung) geschaffen werden, vgl. EBG. 28—29.

[c]) Die Fassung soll andeuten, dass durchaus keine naturrechtliche Regel anzuerkennen ist, wonach wenigstens gewissen Fällen des Irrtums allemal gewisse Rfolgen zukämen, sondern dass die gesetzgeberische Gewalt die Folgen des Irrtums, wie die aller andern juristischen Tatsachen nach Zeit und Ort zweckmäszig zu ordnen hat.

[d]) "Vorstellung" ist nicht sowol Akt als Zustand, der Besitz eines bestimmten Bildes von Etwas, der den maszgebenden Willensakt beeinflusst.

[e]) Weil die einfachen Nichtvorstellungen, die dem Wesen der reinen Unwissenheit entsprechen, wie schon Sa. S. III S. 326 richtig bemerkt hat, rechtlich relevante Handlungen nicht zu beeinflussen pflegen.

[f]) Ueber den von Savigny angenommenen Gegensatz des "echten" und "unechten Irrtums" vgl. Beil. I.

[g]) Fr. 1 ht. 22, 6; vgl. Bekker, Bes. S. 35, 36: Irrtum über Gewonheitsrecht ist allemal Rechtsirrtum, gleichviel ob auf falscher Vorstellung der Tatsachen, oder bei richtiger Vorstellung dieser auf falscher Abstraktion beruhend. Falsche Subsumption unter einen Rechtssatz ist weder allemal E. F. (so Savigny S. 328, 338 f., SA. VI 141, XXXVIII 300) noch allemal E. I., sondern je nachdem bald der einen, bald der andern Art; richtig Wä. I § 72 Beil. zu I.

[h]) EBG. 146: Im Sinne des Gesetzes ist unter entschuldbarem Irrtume ein nicht auf Farlässigkeit beruhender Irrtum zu verstehn.

Regelmäszig gilt Rechtsirrtum als nicht entschuldbar, I. über Tatsachen als entschuldbar[i]); Abweichungen von dieser Regel nach der Person des Irrenden[k]), und nach den Umständen[l]) unter denen der Irrtum geworden.

Damit ist auf denselben Gegensatz verwiesen den schon die Römer angenommen, und den Sa. S. III Beil. VIII S. 333 f. eingehend aus den Quellen entwickelt. Vgl. RE. VI 4, 82, VII 1. Bisweilen soll aber nach dem EBG. auch nur die auf "grober Farlässigkeit" beruhende Unkenntnis unentschuldbar sein, vgl. zB. § 1258, 1.

[i]) Das Quellenmaterial bei Sa. S. IV, a. a. O.; und ebendort unter VI—VIII die Widerlegung der Regeln "dass der aus Irrtum entsprungene Wille gar kein Wille sei, also auch nicht als Wille wirke", vgl. fr. 15 de iurisd. 2, 1, fr. 2 pr. de iud. 5, 1, fr. 20 de aqua pl. 39, 3, fr. 116 § 2 de R. I. 50, 17, c. 8, 9, ht., und "dass faktischer Irrtum helfe one Unterschied, ... Rechtsirrtum nur .." um Schaden abzuwenden, vgl. fr. 7, 8 ht., c. 11 ht. — Ueber die geschichtliche Entwickelung im Röm. R. Pernice Labeo II S. 224 f.

[k]) Niemand wird ausnamslos jeglicher Rechtsirrtum verziehn, auch stehen die einzelnen Personenklassen betreffs der ihnen nachgesehenen Irrtumsklassen keineswegs gleich. In betracht kommen:
Minderjärige, fr. 9 pr. ht., c. 11 ht.; — SA. VIII 140.
Frauen, fr. 8, 9 pr. ht. — c. 3, 11, 13 ht. — DHGB. 6., RG. v. 4. 7. 68: § 12, 4, RG. v. 21. 6. 69 § 11, 2, vgl. SA. VI 297.
Soldaten, fr. 9 § 1 ht. — pr. I. de mil. test. 2, 11; cf. fr. 1 pr. de test. mil. 29, 1, c. 22 pr., § 15 de i. delib. 6, 30.
"rustici" d. h. überhaupt solche bei denen ihrer Berufstätigkeit wegen die geringsten Rechtskenntnisse zu erwarten sind, vgl. SA. III 142, XV 173; wogegen XIX 91 (Dresd.) leugnet dass es h. z. T. solche "rustici" gebe. — fr. 2 § 1 si quis in i. u. 2, 5, fr. 1 § 5 de edendo 2, 13, c. 8 qui admitti 6, 9. — SA. VIII 140, 141, IX 232, XXII 149.

[l]) A. Rechtsirrtum entschuldbar, wo der Rechtssatz selber schwer zugänglich vgl. fr. 9 § 3 ht., fr. 10 de B. P. 37, 1, fr. 2 § 5 quis ordo 38, 15, sei es dass die Quellen selber, wie zB. bei Gewonheiten von beschränktem Umfang häufig, versteckt liegen, oder dass die Herleitung des entscheidenden Satzes aus den Gesetzesworten, wie zB. im Falle des fr. 38 pr. de cond. ind. 12, 6, besondern Schwierigkeiten unterworfen zweifelhaft oder bestritten ist. — Vgl. SA. V 291, VI 206, VII 52, 53, XI 203, XIII 254, XV 3, 173, 195, 197, XXX 113, XXXI 40, XXXIV 96.
B. Irrtum über Tatsachen unentschuldbar, wo derselbe auf einer bei dieser Person und unter diesen Umständen als Farlässigkeit erscheinenden Vergesslichkeit, oder eben solchem Mangel an Umsicht beruht. Vgl. RE. VI 4, 82, VII 1. — EBG. 3.

Beachtung findet der Irrtum auf den verschiedensten Rechtsgebieten[m]: auch im öffentlichen, namentlich Straf-, Recht[n], im Prozess[o], gröszere noch im Privatrecht, im Sachenrecht[p], bei den Rechten an unkörperlichen Sachen[q], im Obligationenrecht[r], FamilienR.[s], Erbrecht[t], u. s. w.

Die einzelnen Rfolgen des Irrtums mannigfaltig, bald mit bald ohne[u] Berücksichtigung der Art desselben, unterschieden. Selbstverständlich dass,

wo das Recht Irrtum als Tatbestandsstück fordert, richtiges Wissen den Tatbestand unvollkommen macht, und also auch nur die Rfolgen des unvollkommenen Tatbestands zulässt[v];

und wo das Recht Wissen als Tatbestandsstück fordert, Irrtum und blosze Unwissenheit die gleiche Unvollkommenheit des Tatbestands bewirken[w].

Irrtum und Unwissenheit bringen, wo sie Beachtung finden, regelmäszig dem Irrenden oder Unwissenden rechtlichen Vorteil[x], Schaden nur ausnamsweise[y].

---

[m]) Eine Uebersicht zu geben versucht Sav. S. III Beil. VIII § IX—XXIX.

[n]) Vgl. Liszt Deutsch. Strafr. § 38 V, § 40; auch Entw. BE. 701.

[o]) zB. RCPO. 263.

[p]) zB. EBG. 818; 837, 2; 877; 881, 2.

[q]) zB. RG. v. 11. 6. 70 § 18, 2.

[r]) zB. EBG. 370; 379; 731.

[s]) zB. EBG. 1257; 1258; 1259, 1, 2; 1263.

[t]) zB. EBG. 1780; 1781; 1782; 1784.

[u]) Nicht selten streitig, ob das eine oder das andre; so neuerdings bei dem zur "bona fides" als Ersitzungstatbestandstück erforderlichen Irrtum, vgl. Wächter, d. B. F. insb. bei d. Ersitz., Bruns, d. Wes. d. B. F. b. d. Ers. — Zweifellos dass wo das Recht Wissen als Tatbestandsstück fordert (Fälle zu N. w,) entschuldbarer und nicht entschuldbarer Irrtum gleich wirken.

[v]) Wie beispielsweise bei der cond. indebiti.

[w]) Wie beispielsweise Wissen von dem Tode des Erblassers zur Erbschaftsantretung erfordert wird.

[x]) Die rechtliche Lage des Irrenden pflegt hier nicht so gut zu werden wie sie sein würde, wenn das was er fälschlich annimmt wahr wäre, aber doch besser als wenn er seine Handlung in Kenntnis der

Beilage I. Kein anderer Gegensatz unter den Irrtumsarten als die im Text S. 22 genannten ist von durchgängiger Bedeutung, insbesondere nicht der des "echten und unechten Irrtums" nach Savignys (Syst. III Beil. VIII N. XXXIV vgl. S. 264) Terminologie. Dass diese Bezeichnung nichts tauge ist mir (kr. Vschr. III.) von den verschiedensten Seiten (vgl. u. a. Ar. 62 N. 4; Bz. [I.] S. 1396; Wi. I 76 N. 1 b; Hölder kr. Vschr. XIV S. 561 f. Zitelmann) a. a. O. S. 6 zugegeben, zugleich aber bestritten, dass die Unterscheidung selber hinfällig. Der "unechte Irrtum" wird jezt meist "Irrtum in den Motiven" oder "d. Beweggründen" geheissen, wärend sein angebliches Gegenteil noch keinen festen Namen gefunden hat: Ar. 62 zu 4: ".. wo wegen Irrts. ..... nur der Schein eines bestimmten Willens .... entstanden ist". — Bz. (I) S. 1396: "die Grundpfeiler der Lehre, die qualitative Verschiedenheit des Irrens, ein error der Bewusstlosigkeit hier, und ein error der bloszen Vorstellung dort". — Wi. I 77: "Irrt. der die Erklärung eines nicht wirklichen Willens hervorruft ..." — Bruns Pand. fragm., kl. Schr. II S. 480 f. "Irrt. in den Beweggründen — in den Bestandteilen". — EBG. 102: "Irrt. in d. Beweggründen" — 97: "Irrt. auf dem der Mangel der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen beruht". — Neben der Bezeichnung ist stellenweis auch die Abgrenzung der unterschiedenen Irrtumsarten streitig: vgl. Wi. I 76 N. 1 b. über die Differenz zwischen ihm selber auf der einen, Brinz und Hölder auf der andern Seite; sodann Zitelmann a. a. O. S. 549 f. — Mit mir verwerfen den ganzen Unterschied direkt Leonhard a. a. O. S. XI, indirekt Viele, u. a. O. Bähr, Kohler, Lenel.

Der Streit, der sich hier auf eine Darstellungsfrage zuspizt, ist ebenso praktisch wie theoretisch von Wichtigkeit, die Kluft welche die Gegner trennt nicht zu überbrücken. Nach dem Boden auf dem sie stehen müssen Brinz Windscheid usw. an der

---

Warheit ausgefürt hätte; so bei der bonae fidei possessio (als Ersitzungstatbestandsstück, wie als Grund eines eigenen mit der A. Publiciana geschüzten Rechtes), bei der Putativehe, der indebiti solutio u. a. Einigermaszen verwant, dass die Unkenntnis tatsächlicher Mängel diese naturgemäsz nicht aufhebt, aber Grund der Gewärung von Entschädigung bezweckenden Rmitteln, wie zB. den ädilizischen Klagen, wird.

y) Denn hier gilt meist das "plus in re est quam in existimatione" fr. 9 § 4 ht., § 11 I. de leg. 2, 20, fr. 4 § 1 de man. uind. 40, 2. cf. fr. 2 § 2, (§ 15?) pro empt. 41, 4. Eine etwas weitere Ausdenung desselben Gedankens lent Paulus ab, fr. 20 q. mod. usus fr. 7, 4. — Die Entscheidung des fr. 15, cf. fr. 13 de adq. u. om. her. 29, 2 ist kaum als Widerspruch zu nennen, sondern gehört in die zu N. w, angefürte Gruppe.

Bedeutung dieses Gegensatzes unter den Irrtumsarten festhalten die ich leugne.

Bei jedem Rechtsgeschäft im e. S. haben wir den Geschäftswillen und den Erklärungswillen auseinander zu halten. Irrtum kann die Bildung des einen wie des andern beeinflussen, fälschen. Im einen Falle wird ein gefälschter (d. i. unter Einwirkung des Irrtums gebildeter) wirklich vorhandener Willen erklärt; im andern, lässt die gefälschte Erklärung auf den wirklich vorhandenen Geschäftswillen nicht schliessen, vielmehr auf einen in Wirklichkeit nicht vorhandenen. Beiläufig dass auch andere Ereignisse als Irrtum, Uebermittelungsfeler namentlich, dahin füren können, dass von der Erklärung auf den wirklich vorhandenen Geschäftswillen nicht zu schliessen ist. Aenlich in Kellers, Pand. 56, Darstellung:

Der Irrtum kann bei Rgsch. in doppelter Weise wirksam sein:

a. er kann uns bestimmen einen [Geschäfts-]Willen zu äussern den wir nicht haben ...

b. .... einen [Geschäfts-]Willen zu fassen, den wir sonst nicht fassen würden. Das ist Irrt. im Beweggrunde.

K. bemerkt zu a.: "Das Felerhafte klebt hier ... an der Erklärung. Der vorhandene [Gesch.-]Wille ist nicht erklärt, und der erklärte [G.-]Wille ist nicht vorhanden. Dies Rechtsgeschäft ist also ungültig, unter dem Gesichtspunkt von § 58". § 58 aber fürt aus, dass die "Erklärung der wahre Ausdruck des Willens sein" soll; dass "der allgemeine Grundsatz gilt, dass die wahre Meinung einzig" zu berücksichtigen ist; dass wo "Irrtum ... die Abwesenheit des erforderlichen Willens involvirt" das Geschäft darum ungültig sein muss.

Die Behauptung, dass eine abgegebene Erklärung, die dem Geschäftswillen nicht entspreche, darum auch die Geschäftsfolgen nicht nach sich ziehe, beruht bei Keller, wie bei Savigny, vgl. Syst. III S. 99, 111 f., 257, 263 f. "dass der Wille in der Tat nicht vorhanden .... weshalb auch die rechtlichen Folgen desselben nicht eintreten können" und sonst durchgängig, zunächst auf naturrechtlicher Basis; nicht anders bei Puchta Pand. 57 N. g: ".. was die Natur der Sache mit sich bringt ...". Den Lebenden mag zum teil das Bewusstsein abgehn, in naturrechtliche Deduktionen verstrickt zu sein, immerhin trifft sie der Vorwurf, falls anders sie sich nicht offen zur naturrechtlichen Doktrin bekennen wollen, eine Lehre übernommen zu haben one genügende Prüfung des Fundaments auf welches dieselbe von ihrem Schöpfer gestellt worden.

Dawider:

A. Naturrechtlich. Behaupten die Gegner, dass eine Erklärung die auf einen tatsächlich nicht vorhandenen Geschäfts-

willen wiese die Rfolgen des fraglichen Geschäfts nicht nach sich ziehn könne, so behaupten wir dagegen, dass nach Naturrecht eine Erklärung die dem gutgläubigen und nicht farlässigen Empfänger zugegangen, und von diesem für echt und recht genommen worden, denjenigen binden müsse von dem sie ausgegangen, "per quem stetit" dass die an sich gerechtfertigte Meinung zu stande gekommen. Nun ist one weiteres klar, dass keiner der streitenden Teile in der Lage ist, dem Gegner die Anerkennung der Richtigkeit seiner eigenen These aufzunötigen; was dem Naturrecht entsprechend was nicht, darüber ist kein Beweis zu füren. Und daraus ergibt sich, wenigstens für mich unweigerlich, dass das Naturrecht überhaupt bei allen rechtswissenschaftlichen Untersuchungen aus dem Spiele zu lassen ist.

B. Die Quellen des Römischen Rechts sind von den Gegnern bisher vorzugsweise dekorativ benuzt, um dasjenige, von dessen Warheit vorher schon man überzeugt war, als auch schon von den Römern entdeckt und angenommen darzustellen. Eine wirklich umfassende und korrekte Durcharbeitung des ganzen Quellenmaterials felt bis auf diesen Tag. Das ist nun freilich auch eine schwer zu beweisende Behauptung; indessen: dass bei Savigny viel irrtümliches mit eingelaufen ist von Vielen gesagt, und kaum je geleugnet; Windscheids Wille und Willenserklärung [78] benuzt nur einen kleinen Teil des vorhandenen Materials und auch diesen nicht one Misgriffe; Zitelmann und Leonhard werden wir nicht zu nahe treten, wenn wir sagen dass die gesuchte Quellenverarbeitung auch bei ihnen nicht zu finden sei; dass eine solche überhaupt nicht existire bestätigt ausdrücklich Leonhards Rezensent Lotmar kr. Vschr. XXVI S. 277, der wol unter allen Neueren am sorgfältigsten unter den bezüglichen Römischen Stellen Umschau gehalten. — Man wird sich also dahin zu einigen haben, dass betreffs des Römischen Rechts die Entscheidung zu vertagen sei.

C. Anders für das geltende gemeine Recht; so dass der zukünftigen Entscheidung für das Röm. R. kaum praktischer Wert zukäme. Erstlich erkennen unsere Gerichte nicht so wie sie nach der Savigny-Windscheidschen Meinung erkennen sollten, wie das von Vielen vielfach (vgl. auch kr. Vschr. XXII S. 48 f.) ganz besonders von Bähr hervorgehoben und des weiteren hier, vgl. zB. die Paragrafen 92, 93, 98, 126, 128—30, zu belegen ist. Zweitens können die Gerichte auch gar nicht anders, die gegnerische Theorie ergibt harspalterische (vgl. kr. Vschr. XXII S. 53) praktisch undurchfürbare Resultate. ZB. ich habe irrtümlich bei Franz M. eine Bestellung gemacht; wenn deshalb,

weil ich angenommen dass Franz M. andere Arbeiten von denen ich weiss vorzüglich ausgefürt habe, wärend diese Arbeiten gar nicht von ihm sondern vielleicht von Friedrich M. waren — error im Beweggrunde, gültiges Geschäft; wenn aber durch das Versehen eines Andern mir die falsche Adresse des Franz M. gegeben worden, wärend ich nach der des wirklichen Friedrich M. gefragt, und ich nun an Franz M. geschrieben habe wärend ich an Friedrich M. zu schreiben vermeinte — Felen des Geschäftswillens ungültiges Geschäft (die Schlussbemerkung von Wi. I 76 N. 6, läuft darauf hinaus, dass er im Geschäftsverkehr diesen Fall selber nicht anders entscheiden würde als ich verlange, denn im Geschäftsverkehr pflegt uns auf die "Person" übrigens sehr wenig, vielmehr alles auf die von ihr zu erwartenden "Waaren", d. h. überhaupt die Leistung und die diese bedingenden Eigenschaften der Person Geschicklichkeit Zuverlässigkeit u. s. w. anzukommen). Die beiden Fälle lassen sich noch näher aneinanderrücken, so nahe dass selbst unserer Darstellung Misverständnisse drohten. Ganz änlich wenn es sich um Irrtümer betreffs eines zu erwerbenden oder wegzugebenden Gegenstandes, oder betreffs der Bezeichnung eines solchen handelte. — Dem Richter werden hier geradezu unlösbare Aufgaben gestellt, er soll entscheiden nach Momenten die ihm nicht greifbar vor die Augen treten, welche die Parteien als sie sie erlebt nicht mit der erforderlichen rechtsschulmäszigen Schärfe erfasst haben, über die sie jezt nur relativ unklar zu berichten vermögen, zumal sie früher nie geant dass darauf soviel ankommen könne.

D. EBG. lavirt:

102. Ein Irrtum in den Beweggründen ist, sofern nicht das Gesetz ein anderes bestimmt, auf die Gültigkeit eines Rgesch. one Einfluss.

98. Beruht der Mangel der Uebereinstimmung des wirklichen [Gesch.-]Willens mit dem erklärten [G.-]Willen auf einem Irrt. des Urhebers, so ist die Willenserklärung nichtig.

Das wäre also zunächst eine Reproduktion der hier bekämpften Theorie. Dieselbe erfärt dann aber nicht unwichtige Einschränkungen:

a. § 98 ungültig nur, "wenn anzunemen, dass der Urheber bei Kenntnis der Sachlage die W. E. nicht abgegeben hätte, im entgegengesezten Falle . . . gültig". Präsumptionen für jenes,

"wenn ein Rechtsgeschäft anderer Art",
"die Beziehung des RGs auf einen anderen Gegenstand",
"die Wirksamkeit des RGs unter andern Personen"

beabsichtigt waren.

b. § 99, 1 "... gültig, wenn dem Urheber [der W. E.] grobe Farlässigkeit zur Last fällt".
c. § 99, 2 bei geringerer Farlässigkeit haftet der Urheber der W. E. dem Empfänger für Schadenersatz.
d. § 99, 3 die Ausnamen zu b. und c. fallen fort "wenn der Empfänger den Irrtum kannte oder kennen musste".

Damit ist die naturrechtliche Basis augenscheinlich verleugnet, ein neues Recht geschaffen, das so wenig auf die Stellen des Römischen wie auf die moderne Praxis zu begründen ist, sondern lediglich als Versuch erscheint zwischen zwei Doktrinen eine Mittellinie zu finden anschliessend, aber im einzelnen doch auch wieder abweichend von der von Jhering (Jb. f. Dogm. IV 1) erfundenen Lehre von der "culpa in contrahendo". Ein Recht über dessen eigentlichen Wert erst nach seiner Bewärung im Gebrauch zu befinden sein wird. Unbedenklich aber erscheint es einstweilen keineswegs. Die Harspaltereien zu denen die Savignysche Lehre fürt (vgl. oben C.) sind wenn auch in ihrem Gebiete beschränkt, doch keineswegs beseitigt; und für das ausgenommene Gebiet sollen neue Tifteligkeiten zur Einfürung kommen (vgl. a. b. c.). Beim Irrtum bezüglich Art des Geschäfts, Identität des Gegenstands und der Person, müsste der Erklärungsempfänger nachzuweisen suchen, dass der Erklärer auch bei Kenntnis der Sachlage eine andere Erklärung nicht abgegeben haben würde; in allen andern Fällen, also namentlich bei Irrtum betreffs Quantität und Qualität, desgleichen (nach Wi. I 76 N. 6 a. E.) wo es nicht sowol auf die Person als auf die von ihr gefertigten Waren ankäme, der Erklärer neben dem Irrtum selber dass er one diesen die Erklärung nicht abgegeben haben würde. Und wie lässt sich dies recht beweisen? durch Eid? durch beliebige nach freiestem Ermessen des Richters ausreichende Anfürungen? wird der Richter in die Anschauungsweisen der Parteien, des Bauern, Kaufmanns, des vornemen Herrn, der launenhaften Dame sich versetzen können? Nicht minder schwierig aber könnte oft werden zu entscheiden, ob überhaupt Farlässigkeit, und nun gar ob grobe oder geringe vorlag. — Dagegen scheint die Bestimmung, 99, 3, dass Wissen und Wissenmüssen des Erklärungsempfängers von dem Irrtum auf das Geschäft zerstörend einwirken, ebenso wol durchfürbar wie harmonisch mit der sonstigen Behandlung von Dolus und Culpa.

§ 85.

Scheinhandlungen.

Ar. 61. Ba. 50. De. I 103. Ke. 54. Sa. S. III 114. Se. I 69. Wä. I 72, II 1 87 Beil. Wi. I 80.

Scheinhandlungen sind Nichthandlungen, die als Handlungen erscheinen, Körperbewegungen die nicht von dem Willen des Bewegten ausgehn, sondern durch

entweder innere krankhafte[a]) Vorgänge,
oder äussere unwiderstehliche[b]) Einwirkungen

herbeigefürt werden.

Rechtlich gleich diesen stehn Bewegungen, Handlungen und Nichthandlungen[c]), von Personen in Zuständen an welche das Recht die Unfähigkeit zu Handlungen dieser Art[d]) geknüpft hat; desgleichen diejenigen Handlungen Entmündigter, deren rechtlich wirksame Vorname durch Entmündigung[e]) ausgeschlossen ist.

---

[a]) Gleichviel ob der Kranke bewusstlos ist, wie im Fieberparoxysmus, oder nicht, wie bei Krampfanfällen die das Bewusstein nicht unterbrechen. — Vgl. RStrGB. 51.

[b]) S. g. uis absoluta, "körperliche Ueberwältigung" vgl. fr. 1 § 1 de auct. et cons. 26, 8, SG. 92, 830, 832, 834. Dieselbe braucht nicht von Menschen auszugehn: das Pferd kann überschlagen und mich in die Spiegelscheibe stoszen; das Gerüst brechen von dem herunter ich dem Dritten den Hals abstürze, u. s. w. — Vgl. RStrGB. 52.

[c]) Kind und Wansinniger existiren oft ganz one das, was wir Willen heissen; was sie in dem Zustande tun, sind in Warheit Nichthandlungen. Aber der Wille erwacht, oder wiedererwacht gewönlich nicht auf einen Schlag, und nicht regelmäszig in dem Augenblick des Uebertretens aus dem 7ten ins 8te Lebensjar; darum stoszen wir hier auf Handlungen die nur rechtlich als Nichthandlungen gelten, d. h. an welche die Rechtsfolgen der Handlungen nicht geknüpft sind.

[d]) Im hinblick darauf, dass Kind und Wansinniger als unfähig gelten zu allen rechtsgeschäftlichen und verletzenden Handlungen, Minderjäriger und Verschwender nur zu einigen.

[e]) Entmündigung wegen Geisteskrankheit, EBG. 29, wegen Verschwendung ebenda 30, vgl. RCPO. 593—627. — Bei Entmündigten werden der zu N. c, erwänten Art erst recht häufig sein: dass Vorgänge, die in der tat Handlungen sind, als Nichthandlungen wirken.

Ueberall treten für den, der die Bewegung ausfürt, die Rfolgen der Handlung nicht ein[f]), wogegen derjenige, welcher die Bewegung direkt oder indirekt herbeifürt, nach Umständen[g]) zu haften hat.

Einigermaszen verwante Erscheinungen, wo Jemand als Vertreter handelt one Vertretungsmacht zu besitzen[h]).

Die Zeit.

§ 86.

Rechtliche Bedeutung[a]).

Ar. 87. Ba. 72. Bz. (1) 112. De. I 102. Ke. 76. Pu. 73. Sa. S. IV 177—78. Si. I 26. Wä. I 92. We. 80. Wi. I 102.

Juristische Tatsachen und Rechtsfolgen liegen in der Zeit, und stehn verschiedentlich unter dem Einflusse derselben.

I. Bei den Tatsachen entscheidet

1, die Zeit in die sie fallen regelmäszig über das objektive Recht unter dem sie stehn[b]), und das also auch ihre Rechtsfolgen bestimmt. In den meisten geltenden Rechten finden sich Bestimmungen, nach welchen

2, gewisse juristische Handlungen nur innerhalb gewisser Zeiträume vorgenommen werden können[c]), und

---

f) Das genügt nicht, wo durch den rechtlich unwirksamen Akt tatsächliche (vgl. § 95) Veränderungen bewirkt sind; vgl. über die weiteren Folgen der Ueberwältigung Wä. II 187 Beil. a. E. Die eventuelle Unentbehrlichkeit auch persönlicher Klagen (zB. q. met. causa) gegen den Nemer, und jenachdem auch den gutgläubigen Empfänger, erhellt, sobald man bedenkt, dass vom Handlungsunfähigen auch Geld und Inhaberpapiere weggegeben werden können.

g) Nach EBG. 702 soll für unerlaubtes Tun auch derjenige haften, dessen Vernunftgebrauch durch "selbstverschuldete Betrunkenheit ausgeschlossen war".

h) Die Handlung des angeblichen Vertreters wirkt dann bis auf weiteres (ev. Genemigung) eben als Nichthandlung des Vertretenen; vgl. übrigens § 122, 123.

a) T. D. de feriis et dilationibus et diuersis temporibus 2, 12; T. C. de feriis 3, 12.

b) Vgl. unten in der Lehre vom objektiven Recht.

c) Namentlich gerichtliche Handlungen, zB. "solis occasus suprema tempestas esto".

3, gewisse Handlungen und Nichthandlungen zu rechtlicher Bedeutung nur gelangen[d]), wenn sie innerhalb gewisser Zeiträume (Fristen) statt finden.

4, Bisweilen entscheidet die Zeit über die Intensität der Wirkungen der in ihr liegenden Vorgänge[e]).

Endlich erscheint zuweilen

5, die Zeit selber als Tatbestandsstück, wo

a. ein gewisser Zustand durch einen gewissen Zeitraum hindurch bestanden[f]) haben muss, oder

b. von einem gewissen Ereignis an ein gewisses Zeitstück verflossen sein muss,

um einen gewissen Rechtserfolg herbeizufüren.

II. Betreffs der Rechtsfolgen aber tritt die Bedeutung[g]) der Zeit hervor

1, wenn dieselben nicht unmittelbar aus dem sie zeugenden Tatbestande hervorgehn, sondern mit einem spätern (Anfangs-) Termine[h]) beginnen;

[d]) Z. B. Nachsuchen der B. P., Inventarisation des Nachlasses (um das beneficium inu. zu erlangen, Exkusation des Vormundes, — Geburt des Kindes nach Trennung der Ehe (um die Paternitätspräsumption zu begründen).

[e]) So überall wo das "prior tempore potior iure" gilt, also besonders bei Pfandrechten, und wo die Prävention entscheidet I 24 Beil. II.

[f]) So (5, a.) namentlich bei den Verjärungen, auch die Beschreitung der Altersstufen (der Zustand des Lebens hat so lange angedauert) gehört hieher; jenes (5, b.) wo vom Gesetz oder durch Privatdisposition an den Ablauf einer Frist Rechtsfolgen geknüpft sind. Ueber den Gegensatz der Verjärungen und Fristen vgl. I § 38.

[g]) EBG. 147: In Ansehung der in Gesetzen gerichtlichen Verfügungen und Rechtsgeschäften enthaltenen Zeitbestimmungen gelten die Auslegungsregeln der §§ 148—153. — Die im Text 1—4, (vgl. N. h—m,) hervorgehobenen Einwirkungen der Zeit auf die Rechtsfolgen können ihre Bedeutung ebensowol direkt gesetzlichen Bestimmungen, wie richterlichen Verfügungen und Privatdispositionen zu verdanken haben.

[h]) Gesetzliche Anfangstermine der a. iudicati und der a. de pecunia constituta; Auseinanderfallen des dies cedens und des D. ueniens legati; Suspensivbedingungen und andere rechtsgeschäftliche Anfangstermine.

2, wenn dieselben einen gewissen (End-)Termin[i]) nicht überdauern;
3, wenn dieselben one an sich festen Anfangs- oder End-Termin einen gewissen Zeitraum[k]) nicht überdauern.
4, Wenn der Umfang der Rechtsfolgen bedingt wird durch die tatsächlichen Verhältnisse, die zu einem gewissen Zeitpunkte[l]), oder innerhalb eines gewissen Zeitraumes[m]) bestanden haben.

§ 87.

Bestimmung, Messung; Kalender.

Ar. 38. Ba. 73. De. I 88—89. Ke. 72, 75. Pu. 74; Vorl. Sa. S. IV 179—80, 192—94. Se. I 114, 117. Si. I 26. Va. I 194, 197. Wä. I 93. We. 80. Wi. I 103, 104.

Bestimmt wird ein Zeitpunkt durch Angabe seines Abstandes von einem andern als bekannt anzunemenden Zeitpunkte, gemessen ein Zeitraum durch Vergleichung seiner Dauer mit der eines andern, als bekannt anzunemenden Zeitraumes. — Ein Zeitraum von besonders fester und leicht erkennbarer Dauer aber ist der Tag, der deshalb mit seinen Mehrheiten, Wochen Monaten Jaren, und mit seinen Bruchteilen, Stunden Minuten Sekunden, vorzugsweise zur Messung anderer Zeiträume benuzt wird.

Kalender[a]) ist eine rechtlich anerkannte[b]) Zeitordnung, von gegebenem Anfangspunkte aus, nach Jaren Monaten und Tagen.

---

[i]) Personalservituten überdauern den Tod des Berechtigten nicht, u. s. w.

[k]) zB. Patentrechte nach den Reichsgesetzen, desgleichen Autorrechte bei den Erben des Autors; hier gibt die Zeit das Masz für Umfang und Wert des Rechts.

[l]) zB. Bedeutung des Augenblicks der Litiskontestation nach Röm. R.

[m]) zB. nach Kap. I und III der l. Aquilia.

[a]) Ideler Hdb. d. Chronologie, 2 Bde. [1825—26], Mommsen Röm. Chronol. 2. Aufl. [1859], vgl. Matzat Röm. Chronol. I [83]. — Ueber die allmäliche Verdrängung des Julianischen Kalenders durch den Gregorianischen vgl. Sa. S. a. a. O. S. 323—25, Brinz über d. Zeit im Rechte, Rektoratsrede [82] S. 13 f. "Verbesserter Reichskalender v. 1775."

[b]) Vgl. Brinz a. a. O. S. 4 f.

Die Kalendertage wurden in Rom gezält wie in der Gegenwart, von Mitternacht zu Mitternacht[c]). Auch zälen wir im Tage 24, oder zweimal 12 Stunden wie die Römer, aber mit anderm Ausgangspunkte, und nicht von wechselnder Länge[d]). Schwierigkeiten bot und bietet auch jezt noch die Behandlung des Schalttags[e]).

Beilage I. Der Schalttag. Nach Einfürung des Julianischen Kalenders gilt für den 24. und 25. Februar des Schaltjars in Rom die Regel "biduum pro uno die habetur"; dies Biduum fürt den Namen "ante diem sextum K. M.", und zerfällt in einen "dies prior" (24) und einen "dies posterior (25). Nach fr. § 3 de minor. 4, 4 (Ulp.) scheint das Biduum auch "bisextum" geheissen zu sein, regelmäszig aber bezeichnet "bisextum" oder "bisextus dies" nur den einen eingeschalteten Tag; vgl. Mommsen Röm. Chron. 2. Ausg. S. 279 f., Jb. d. gem. Rs III 14. Als eingeschalteter Tag galt der älteren Lehre der D. prior also der 24. Febr., so noch Sa. S. a. a. O. S. 192; Mommsen hat nachgewiesen, dass vielmehr der 25. Febr. der Schalttag war; für die alte Lehre dann wieder wenig überzeugend Arndts Jb. d. gem. Rs. III 10, civ. Schr. I S. 42 f. Hiernach steht fest dass bei Römischer Zälung

den Februartagen im Schaltjar:	24, 25	26	27	28	29
entsprechen im gemeinen J. die Tage:	24	25	26	27	28

wogegen den

Februartagen des gem. Js.:	24	25	26	27	28
entsprechen im Schaltjar:	24	26	27	28	29

Streitig ob h. z. T. noch ebenso gezält wird.

a. Arndts glaubt dass wenigstens für das heutige Recht an der Einschaltung des 24. Februars festzuhalten sei, wonach die erste der obigen Parallelreihen unverändert bliebe, die zweite aber der Umgestaltung unterläge

Tage des gem. Js.:	24	25	26	27	28
entsprechende T. des Schaltjs.:	25	26	27	28	29.

[c]) Fr. 8 de fer. 2, 12: more Romano dies a media nocte incipit et sequentis noctis media parte finitur. itaque quidquid in his uiginti quattuor horis, id est duabus dimidiatis noctibus et luce media actum est, perinde est quasi quauis hora lucis actum esset. cf. Gellius N. A. 3, 2.

[d]) Ueber die Römische Stundenzälung Savigny a. a. O. S. 332—33. Böcking Pand., 2. Ausg. I S. 438.

[e]) Beil. I.

Zuzugeben dass diese Anschauung bei den Nichtjuristen der neueren Zeit häufiger zu finden ist, wogegen der Nachweis felt, dass auf grund derselben eine neue Gewonheit sich gebildet, oder dass wenigstens die Gerichtspraxis für dieselbe entschieden hätte.

b. Nach Dernburg Preuss. Pr. R. I 70, vgl. Pand. I S. 205, wird "bei uns der 29. Februar" eingeschaltet. Das ist eine Meinung die unklar ausgedacht bei Wächter Pand. I § 93 a. E., und feiner entwickelt, aber auch nicht so scharf präzisirt wie bei Dernburg, zu lesen steht bei Unger Oest. Pr. R. II S. 310—11. Hiernach bekämen wir die Reihenpare:

Februartage des Schaltjars:	24	25	26	27	28	29
entsprechende T. des gem. Js.:	24	25	26	27	28	;

und dagegen

Februartage des gem. Js.:	24	25	26	27	28
entsprech. T. im Schaltjar:	24	25	26	27	28.

Auch bei den ebengenannten Autoren felt jeglicher Nachweis, dass Gewonheitsrecht oder Praxis der Gegenwart ihren Behauptungen gemäsz sich gestaltet haben. Doch muss zugegeben werden, dass dem Laien der 29. als Schalttag mit den daranzuknüpfenden Konsequenzen besser einleuchten und gefallen dürfte, als der 25. oder 24., auch dass die neuere Gesetzgebung hierhin neigt, vgl. u. a. DHGB. 328, 2: ".. felt dieser Tag in dem lezten Monate, so fällt die Erfüllung auf den lezten Tag dieses Monats".

c. Auch EBG. 149 schliesst sich one des Schalttags ausdrücklich zu gedenken, betreffs der Behandlung desselben den andern Reichsgesetzen an, vgl. ausser DHGB. 328, 2 noch DWO. 32, RStraf-GB. 19, 1, RCPO. 200, 1. Danach kann über unser Recht der Zukunft kaum noch ein Zweifel bestehn. Für die Gegenwart aber steht der prinzipiell begründeten und noch nicht als aufgehoben erwiesenen Geltung der Römischen Sätze und der Autoritäten von Savigny Puchta Vangerow Keller u. a. gegenüber dass das Zukunftsrecht den Laienanschauungen näher liegt [ein Argument, mit dem äusserst vorsichtig zu operiren ist, da es sonst zu ebenso weittragenden wie unbrauchbaren Konsequenzen fürt],
dass dasselbe Recht uns bequemer und brauchbarer dünkt [für die sofortige Anwendung dieses Rechts gleichfalls ein sehr bedenkliches Argument],
dass nur so Gleichmäszigkeit ins Recht der Gegenwart zu bringen sei, da eben so und so viele Reichsgesetze die neuen Bestimmungen bereits enthalten [aber auch diese analoge Erstreckung einzelner Bestimmungen der einzelnen Reichsgesetze auf das Gesammtgebiet des gemeinen Rechts droht mit bedenklichen Konsequenzen, vgl. auch Wi. I 103 zu N. 19].

Ausweislich der Register zu unsern groszen Spruchsammlungen hat die Schalttagsfrage die Gerichte der Gegenwart wenig beschäftigt, gleichwol liegt die grosze praktische Bedeutung, welche dieselbe unter Umständen zu erlangen vermöchte, auf der Hand.

§ 88.

Berechnung.

Ar. 89, 90. Ba. 74. Bz. (1) 344. De. I 88—90. Ke. 73, 74. Pu. 75, 76. Vorl. IV. Sa. S. IV 181—91. Se. I 115—16. Si. I 26. Va. I 195—96. Wä. I 94, 95. We. 80. Wi. I 103—4.

"Berechnung der Zeit" heisst man die Auslegung von Angaben, die sich auf Zeitpunkte oder Zeiträume beziehn. Neben ihrem gewönlichen Zwecke, den Sinn von minder klaren[a]) Angaben zu ermitteln, hat die Auslegung hier noch den weiteren, nicht kalendermäszig gefasste Angaben in die Kalenderordnung[b]) zu übertragen.

Nur auf die Berechnung von Zeiträumen[c]) längerer Dauer (von mehren Tagen[d]) mindestens) beziehen sich die Gegensätze:

[a]) Vgl. beispielsweise über DWO. 41: "... am zweiten Werktage nach dem Zalungstage ..." SA. VII 91, VIII 78; "acht Tage" III 14, X 25, XII 181; über die 182 Tage als Minimum der Embryonalperiode XII 36, XXXIX 5; nach "Monaten" angegebene Fristen XIX 119, vgl. XVI 141, auch RE. IV 82, VII 277.

[b]) Die praktische Ausnutzung von Zeitangaben fordert stets die Uebertragung auf Kalenderzeiten, one dass dabei, wenigstens sobald es sich um Vergangenes handelt, allemal auch eine genaue Bestimmung des einzelnen Punktes zu erfordern wäre. Häufig genügt, und muss genügen, festzustellen, innerhalb welches Monats Jares u. s. w. etwas geschehn ist.

[c]) Steht ein einzelner Zeitpunkt in Frage, "wann etwas geschehn", so ist die Zeitberechnung des gemeinen Lebens regelmäszig anzuwenden, nur dass auch hier (vgl. N. b,) häufig (aber nicht immer) abzusehn ist von der Feststellung der Stunde oder gar der Minute des Ereignisses, und jenachdem die Ermittelung des Tages Monats Jares u. s. w. genügt, und genügen muss.

[d]) Ueber die Behandlung kürzerer Zeiträume vgl. SA. XXIV 58: "umgehende telegrafische Antwort".

A. der natürlichen[e]) und der civilen[f]) Zeitberechnung, von denen jene alle Zeitfristen mit den gemeinen Zeitmaszen misst, diese die Kalendertage[g]) als unteilbare Einheiten behandelt[h]), und darum den berechneten Zeitraum allemal mit einer Mitternachtsstunde abschneidet. Ueber die Ausfürung[i]) dieser Berechnung scheinen schon in Rom einige Zweifel bestanden zu haben; gewis, dass die Gegenwart die Römische Berechnungsart nicht unverändert angenommen hat. Gleichwol[k]) ist Civilkomputation die Regel, wie in Rom so bei uns[l]). Innerhalb der Civilkomputation sodann

B. "Tempus continuum" und "T. utile"[m]), bei welchem

[e]) "naturaliter computare" nicht quellenmäszig, wol aber "a momento ad [s. in] momentum computare [s. spectare]", "ad momenta temporum numerare", cf. fr. 3 § 3 de minor. 4, 4, fr. 6 de usuc. 41, 3, fr. 134 de V. S. 50, 16.

[f]) "ciuiliter", "ad dies numerare", vgl. Sa. S. a. a. O. S. 355—57.

[g]) Völlig singulär, und one Bedeutung für das heutige Recht, wird einmal auch das Jar als unteilbare Grösze behandelt, fr. 8 de muner. 50, 4: ".... annus coeptus pro pleno habetur". Wogegen die Entscheidung in fr. 5, 8, 22 de ann. leg. 33, 1 darauf beruht, dass "annua legata" mit dem Beginne jedes Jares fällig werden, und nichts singuläres enthält.

[h]) Vgl. fr. 8 de feriis 2, 12, fr. 15 pr. de diu. temp. pr. 44, 3, fr. 132, 134 de V. S. 50, 16.

[i]) Beil. I.

[k]) Ueber die Rechtfertigung der Civilkomputation Böcking Pand. I 122 § 6, auch De. I S. 202.

[l]) Schon im neuesten Röm. R. ist nur eine Anwendung der Naturalkomputation unbestritten, nach fr. 3 § 3 de minor. 4, 4 (Ulp.) betreffend die Erreichung der Groszjärigkeit. Aber das Resultat ist auch hier nichts weniger als anmutend, da die Geburtsstunde leicht in Vergessenheit kommen, und die Möglichkeit an einem und demselben Tage erst als Minor und dann als Major zu kontrahiren zu Verwirrung und Teuschung Anlass geben kann. Es scheint daher bequem, mit De. I 88 N. 5 anzunemen, dass die Römische Vorschrift durch RG. v. 17. 2. 75 beseitigt sei; s. aber auch Wi. (6) I 103 N. 7; vgl. SA. XXVII 4. — Die Naturalkomputation bei dem früheren decendium appellationis ist aufgehoben durch RCPO. 477, vgl. 199. — Wider eine andere versuchte Naturalberechnung SA. XXXIX 191, und ebenso für eine Anwendung der Civilkomputation RE. III 43.

[m]) Fr. 2 quis ordo 38, 15, fr. 31 § 1 de usuc. 41, 3, fr. 1 de diu. temp. 44, 3, c. 8 de dolo 2, 20; vgl. Sa. S. IV 189—91.

nur die brauchbaren Tage als Zälfaktoren in die Zeitberechnung eingestellt werden; unbrauchbar der Tag, an welchem die Handlungen, auf die es ankommt, nicht vorzunemen[n]) wären. Vom eigentlichen "tempus utile" der Römer sind nur wenig Ueberreste[o]) erhalten; desto häufiger die Anklänge an diese Zeitberechnungsart, bei Fristen[p]), die man zum "T. continuum" zu stellen pflegt. Wie hier auf das Nichtkönnen, so wird oft bei dem Beginne von Fristen auch auf das Nichtwissen[q]) rücksicht genommen.

In den Reichsgesetzen mannigfaltige Spezialvorschriften[r]) über die Auslegung der gebräuchlichsten nicht ganz zweifelsfreien Zeitangaben.

Beilage I. A. Ueber die Zeitberechnung der Römer vgl. ausser den Lerbüchern Rücker de ciuili et naturali temporis computatione [1749], Krüger de tempor. comput. Rom. [1861], Ders. Krit. Versuche [70] S. 59 f., Hölder d. Theor. d. Zeitberechnung n. R. R. [73] mit krit. Litterat.übersicht § 2—16. — Nach den Ausfürungen Hölders können kaum noch Zweifel be-

[n]) Genauer, nicht miteingerechnet werden:
1, Tage wo das Gericht unzugänglich;
2, wo Andere, deren Mitwirkung erforderlich, abwesend, f. fr. 1 § 7—10 quando appell. 49, 4;
3, wo vorübergehende Hindernisse in der eigenen Person bestehn, fr. 11 § 5 ad l. Iul. de adult. 48, 5. Streitig, ob der Irrtum als solches wirke, dawider Sa. S. IV 190, vgl. III S. 403 f. Ar. I 90 a. E., Pr. 76 N. d, dafür Wä. I 95, Wi. I 104 N. 7, Ba. 74 N. 12; vgl. auch N. q.

[o]) Eingänge und kürzere Verjärungsfristen.

[p]) Bei den meisten Arten der Verjärung (pr. definita), werden gewisse Zeiträume nicht miteingerechnet, die Verjärung steht einstweilen still; auch RCPO. 201, der Lauf einer Frist wird durch die Gerichtsferien gehemmt. Der Grundgedanke ist hier derselbe wie beim T. utile, aber auch bei den Bestimmungen des DHGB. 329: "fällt der Zeitpunkt der Erfüllung auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so gilt der nächste Werktag als der Tag der Erfüllung", und der RCPO. 200, 1. — Vgl. EBG. 162—67 Hemmung der Anspruchsverjärung, 865 Hemmung der Ersitzung.

[q]) § 16 I. de excus. 1, 25, fr. 1 § 15 quando app. 42, 4, c. 19, 22 de i. delib. 6, 30, dazu Sav. a. a. O. S. 446—53.

[r]) Beil. II.

stehn, dass die Römische Regel wie überhaupt Rechnung nach vollen Tagen (Civilkomp.), ebenso die Einrechnung des Tages von dem aus zu zälen ist als ersten der fraglichen Frist erforderte. Demnach musste bei den Römern das Schwanken sich darauf beschränken, ob des hiemit gegebenen lezten Tages Eintritt (Mitternachtsstunde des Beginns) oder Ablauf (Mitternachtsstunde der Vollendung) als Endpunkt der Frist zu nemen sei. Ob in beziehung auf diese Frage die Römer zu festen Grundregeln durchgedrungen, und ob diese aus den uns erhaltenen Quellen zu entnemen sind, darüber werden die Ansichten vermutlich noch länger auseinandergehn; vgl. auch Wi. I 103 N. 12.

B. Für die Gegenwart ist ein Umschwung anzunemen, indem wir geneigt sind, zumal bei verabredeten Zeitfristen, doch auch sonst häufig wo von einem bestimmten Ereignisse an zu rechnen ist, den Tag des Ereignisses selber in die Rechnung nicht mit einzustellen, vielmehr den auf das Ereignis folgenden Tag als ersten zu zälen. Diese neuere Anschauung beherrscht die Reichsgesetze, DWO. 32, 1: "... bei Berechnung der Frist wird der Tag an welchem der ..... Wechsel ausgestellt ist ..... nicht mitgerechnet"; ebenso DHGB. 328, RCPO. 190, 200. Die Praxis nimmt wol mit Recht an, dass dieselbe Berechnungsart auch auf die in andern Reichsgesetzen vorkommenden Zeitangaben anwendung finden müsse. SA. XXXIX 290, vgl. XV 243, XIX 63, ROHG. III 26, 86, RE. XI 12. Dem schliesst sich EBG. an, und nimmt die Bestimmungen dieser Gesetze mit groszenteils unverändertem Wortlaut als 148 und 149, 1 in sich auf. Dazu ist noch zu bemerken:

a, Den genannten Paragrafen voraufgeschickt ist 147: "In ansehung der in Gesetzen gerichtlichen Verfügungen und Rechtsgeschäften enthaltenen Zeitbestimmungen gelten die Auslegungsregeln der §§ 148—53". Betreffs der privaten Willenserklärungen (Rechtsgeschäfte) darf hiebei nicht übersehen werden, dass der Entwurf mit dieser Bestimmung, wie auch die Reichsgesetze vor ihm nur nicht im gleichen Umfange, auf das entschiedenste für die Bedeutung des Erklärten und gegen die des Gewollten (vgl. unten § 92, 129) eintritt: "das habt ihr gesagt, darum hat eure Frist diese Dauer, auch wenn ihr bei dem Gebrauch der Worte anderes gewollt haben solltet".

b, EBG. 149, 2 anerkennt auch eine andere Möglichkeit der Zeitberechnung:

> Bildet der Beginn eines Tages den für den Anfang der Frist maszgebenden Anfangspunkt, so endigt die Frist u. s. w.

der Sinn ist kurz: so ist dieser Tag als erster in die Frist miteinzurechnen. In formaler Beziehung ist zu rügen, ausser der

ungeschickten Wiederholung des Wortes "Anfang", die Abteilung der Paragrafen; angezeigt war, die Ausschliessung des nach Römischem Brauche ersten Tages in dem einen, und die Einrechnung im andern Paragrafen zu behandeln; hier wird die eine Berechnungsart in 148 und in 149, und es werden beide Berechnungsarten nach einander in 149 behandelt, was selbstverständlich die Uebersichtlichkeit nicht fördern kann.

c, Sachlich wäre gegen die Unterscheidung des EBG. wenig einzuwenden, nur vielleicht dass damit doch nicht alle Zweifel gehoben werden, zB. hinsichts der Altersstufen. Nach dem EBG. 25 sollen in Zukunft drei Hauptstufen in betracht kommen:

> Kindheit "bis zum zurückgelegten siebenten",
> Minderjärigkeit, "bis zum zurückgelegten einundzwanzigsten Lebensjare",
> Volljärigkeit.

Gewis dass hiernach das Aufhören der Kindheit und das der Minderjärigkeit in gleicher Weise (beidemal "naturaliter" oder beidemal "ciuiliter") zu berechnen, und hoch warscheinlich dass beidemal nach ganzen Tagen ("ciuiliter") zu zälen ist. Fraglich aber, mit welchem Tage die Lebensjare abschneiden. Das erste Jar beginnt doch wol mit dem Ereignisse der Geburt, und würde, wo diese etwa auf den 16. August 27 gefallen wäre, nach EBG. 148 ablaufen erst mit dem 16. Aug. 28, d. h. in der Mitternacht vom 16. auf 17. August, mit dieser Mitternacht also beginnen auch das zweite, und das achte und das zweiundzwanzigste Lebensjar. Das widerspricht aber dem bisherigen Brauch, anscheinend one Grund, aber nicht one die Gefar Verwirrung zu stiften. Denn wer am 16. Aug. geboren, der feiert bei uns allgemein seinen Geburtstag am 16., und der Geburtstag gilt uns ebenso allgemein nicht als Schlusstag eines alten, sondern als Anfangstag eines neuen Lebensjares.

d, Auch für die Berechnung der Verjärungsfristen haben bisher Zweifel bestanden, vgl. ROHG. III 86: ist der Tag der Fälligkeit der erste der Verjärungsfrist, oder ist dieser Tag, wie ROHG. will, nach Analogie der bei Prozessfristen geltenden Regeln, vgl. RCPO. 199, 200, nicht miteinzurechnen. EBG. 158:

> Die Verjärung beginnt mit dem Zeitpunkte in welchem die Befriedigung des Anspruches rechtlich verlangt werden kann (Fälligkeit).

Danach wäre zu unterscheiden:

ist ein gemeiner Schuldvertrag one Zeitangabe, der eine sofort fällige Obligation zeugt, geschlossen, so ist dieser Tag des Geschäftsabschlusses nicht miteinzurechnen;

ist unter einer Suspensivbedingung kontrahirt, und diese erfüllt sich, so ist gleichfalls der Tag der erfüllten Bedingung nicht miteinzurechnen, vgl. EBG. 158, 2,

ist ein Termin gesezt, "zalbar am 1. Mai", so tritt, da wir nicht natürlich zu komputiren pflegen, die Fälligkeit mit einer Mitternachtsstunde, und zwar mit der vom 30. April auf 1. Mai ein, also mit dem "Beginne eines Tages", des 1. Mai's.

Also müsste nach 149, 2 der erste Mai in die Verjärungsfrist eingerechnet werden. Es scheint aber nach 158, 2, Gleichstellung der "Bedingung" und des Eintritts der "bestimmten Zeit", als ob dies doch nicht beabsichtigt sei. Bei einer so streitigen und gar nicht unwichtigen Frage wäre eine präzisere Fassung des Gesetzestextes immerhin wünschenswert.

Beilage II. DHGB. 328, 1: "... ist die Frist auf acht oder vierzehn Tage bestimmt, so werden darunter volle acht oder vierzehn Tage verstanden". Vgl. dazu oben N. a.

Bei Zeitangaben nach Wochen Monaten viertel halben und ganzen Jaren tritt nach DHGB. 328, 2 Berechnung nach dem Kalendertage, und zwar, wie Beil. I S. 39 bemerkt ist, so ein, dass der Tag des Vertragschlusses nicht eingerechnet wird, und so, dass wenn der seiner Zal nach entsprechende Tag im lezten Monate felt, die Erfüllung auf den lezten Tag dieses Monats fällt. Ebenso WO. 32, 2. RCPO. 200, 1; desgl. EBG. 149, 2, auch 150.

DHGB. 328, 3: Der Ausdruck halber Monat wird einem Zeitraum von 15 T. gleich geachtet. Ist die Frist zur Erfüllung auf einen oder mehre ganze und einen halben Monat gestellt, so sind die 15 T. zulezt zu zälen. Ebenso DWO. 32 a. E.; EBG. 150.

EBG. 151 fügt hinzu: "Ist die Berechnung nach dem Datum (Kalendertage) ausgeschlossen, so wird das Jar zu 365, der Monat zu 30 Tagen gerechnet". Auch 153: "Unter Anfang des Monats wird der erste, unter Mitte des Monats der funfzehnte, unter Ende des Monats der lezte Tag des Monats verstanden" vgl. DHGB. 327.

DHGB. enthält noch eine etwas spitzfindige Unterscheidung:

329: Fällt der Zeitpunkt der Erfüllung auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so gilt der nächste Werktag als Tag der Erfüllung,

und

330, 2: Fällt der lezte Tag eines Zeitraumes auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so muss spätestens am nächstvorhergehenden Werktage erfüllt werden,

in ängstlichem Anschlusse an 330, 1: "Soll die Erfüllung inner-

FACULTÉ DE DROIT PARIS BIBLIOTHÈQUE

halb eines gewissen Zeitraumes geschehen, so muss sie vor Ablauf desselben erfolgen". Minder ängstlich ist

> RCPO. 200, 2: Fällt das Ende einer Frist [d. i. eines Zeitraumes] auf einen Sonntag .... so endigt die Frist mit ablauf des nächstfolgenden Werktags.

Zu bedauern dass EBG. keine auf diese Frage bezügliche Entscheidung getroffen hat; denn wenn auch die Bestimmungen von DHGB. und RCPO. für das gemeine Recht nur etwa die Bedeutung von Analogieen haben können, so ist es immerhin unbequem, zwischen einander schroff widersprechenden Analogieen zu stehn; vgl. übrigens Mot. I zu § 153.

B. Die Rechtsgeschäfte.

§ 89.

Begriffsbestimmung[a]).

Ar. 63. Br. 43. Bz. (1) 312—14. De. I 91. Pu. 49. Sa. S. III 104, 140—41. Se. I 73. Si. I 19. Va. I 89. Wä. I 73. We. 37. Wi. I 69.

"Negotium" "actus" "actum" "contractum" "gestum" "factum" bezeichnen alle unserm "Rechtsgeschäft" verwante Dinge[b]), bestehn aber one feste technische Bedeutung, und weisen in

---

[a]) Jhering Geist d. R. Rs. III S. 149 f. — Lotmar üb. d. Causa im R. S. 10 f., Zimmermann stellvertr. Negot. Gestio S. 139, Kohler Patent R. S. 38, Schlossmann Vertr. S. 129 f., Karlowa Rechtsgesch. S. 1 f., Thon Rechtsnorm S. 325 f. 664, Zitelmann Irrtum u. Rgesch. S. 281 f., bes. S. 288. 308—16, Bruns Kl. Schr. II Pand. Fragm. S. 452 f., Leonhard Irrt. bei nicht. Vertr. S. 235 f. 250, Bechmann Kauf II § 99—120, Gradenwitz d. Ungültigk. obl. Rgesch., Einl. u. § 41, 42, Enneccerus Rgesch. Beding. und Anfangsterm. § 2—17, Pininski d. Tatbest. d. Sachbesitzerwerbs II § 12—23 (D. Lehre v. d. jur. Willenserkl.). Ferner Köppen Jb. f. Dogm. XI S. 144 f., Bekker ebenda XII S. 31 f., Kohler desgl. XVI S. 91 f. 325 f., Zitelmann desgl. XVI 357 f., Lenel desgl. XIX S. 154 f., G. Hartmann desgl. XX S. 1, A. Pernice Zschr. f. H. R. XXV S. 77 f., Ders. Grünhs. Zschr. VII S. 465 f., Kohler ebenda XIII S. 287 f., Eisele kr. Vschr. XX S. 1 f., Ders. Jb. f. Dogm. XXV S. 414 f. Vgl. auch die zu § 92 angegebene Litteratur.

[b]) Fr. 19, 20, 58 pr., 225 de V. S. 50, 16, cf. fr. 77, 123 pr. de R. I. 50, 17, fr. 2 § 5 de R. C. 12, 1, fr. 3 § 7 de neg. gest. 3, 5; dazu Pernice Labeo I S. 403 f.

ihrer Mannigfaltigkeit darauf, dass die Römer den einheitlichen Begriff des Rechtsgeschäfts nicht erkannt haben. Ein entfernter Vorläufer von diesem war die Römische "actio"[c]. Das Wort "Rechtsgeschäft" ist relativ jung[d], der Begriff im groben unzweifelhaft, die beste Fassung der Definition lebhaft umstritten[e].

Der Zusammenhang von "Rechtsgeschäft" und "Willenserklärung" wird allgemein anerkannt; die oft wiederholten Versuche aber den Begriff des Rgeschäfts zu deduziren entweder aus dem Wesen von "Willen" und Erklärung"[f], oder aus dem Wort "Rechtsgeschäft"[g] haben wie andere naturrechtliche[h] Spekulationen zu keinem befriedigenden Ergebnis[i] gefürt.

---

[c] Insofern als die Römischen "actiones" anlass geboten haben zur Ausbildung unserer Geschäftstypen (vgl. § 96), und "das Rgeschäft" nichts andres ist als die aus all diesen Typen herzustellende Abstraktion.

[d] Vgl. A. Pernice in Grünhuts Zschr. VII S. 465 f.

[e] Vgl. die in N. a, angefürte Litteratur, und als bequemste Uebersicht derselben Wi. a. a. O.

[f] Hauptvertreter dieser Richtung ist noch immer Savigny dem Brinz Bruns und viele Andere mit mehr oder weniger Selbständigkeit gefolgt sind. Auch Windscheid neigt hieher, bemerkt jedoch treffend (Pand. 6. Aufl. I 69 N. 1, a. E.), "dass Jeder, welcher an der rechtswissenschaftlichen Arbeit teil nimmt befugt ist, diesen Begriff zu gestalten wie er es für zweckmäszig hält, vorausgesezt dass er ..... nicht sprachwidrig wird". Zuzusetzen dürfte nur noch sein, one damit der Bewegungsfreiheit Schranken zu ziehn, dass für den Erfolg der einzelnen Fassung und Begriffsbestimmung auf die praktische Brauchbarkeit am meisten ankommen dürfte.

[g] Vgl. Brinz Pand. (1) § 312: "... wie schon der Name andeutet .... vom Rechte aus ... zur Gründung und Aufhebung von Rechten bestimmt ... Geschäfte des Rechts, seine Geschäfte sind Rechtsgeschäfte". Doch hält Br. selber diese Gedanken nicht recht fest, und lenkt später in das bekannte Farwasser der Willenstheorie ein. — Wie gefärlich es überall ist aus dem von Andern gewälten Zeichen das Wesen des Bezeichneten sich zu erschliessen, braucht hier nicht weiter dargelegt zu werden.

[h] Die Herleitung aus dem Wesen des Willens und der Erklärung drängt daher den Tatbestand des Rgeschäfts und die an denselben zu knüpfenden Rfolgen als aprioristisch gegebene zu betrachten; wie gefärlich das gerade in der Gegenwart erscheint, ist schon oben § 81 Beil. I, gezeigt.

[i] Vgl. den in N. f, zitirten Ausspruch Windscheids; denn hätte

Die entgegengesezte Methode geht aus von der Warnemung derjenigen Erscheinungen des geltenden Rechts[k]), auf welche der Namen "Rechtsgeschäft" angewant zu werden pflegt[l]), und prüft, welche von diesen zur Bildung einer Gruppe geeignet[m]) sind.[n]) Hiernach ist

> Rgeschäft diejenige juristische Tatsache, zu deren Bestande [= Tatbestand] eine Willenserklärung[o]) als unentbehrliches [wesentliches] Stück[p]) gehört;

sodann

> W.erklärung ein sinnlich warnembarer Vorgang, den das [obj.] Recht mit Folgen bekleidet weil derselbe auf ein rechtlich anerkanntes Wollen [= Geschäftswillen] des Erklärenden schliessen lässt[q]).

Diese Definitionen scheinen auch mit dem Sprachgebrauch des EBGs. verträglich[r]). Weder allgemein angenommen noch

die naturrechtliche Methode zu einem befriedigenden Ergebnis gefürt, so müsste dieses als das allein zulässige proklamirt werden.

[k]) Aenlich Pininski a. a. O. S. 287.

[l]) Beil. I.

[m]) D. h. welche denselben Regeln unterliegen; oder ausfürlicher: welche Tatbestandseigentümlichkeiten bei denjenigen Vorgängen erfindlich sind, auf die wir eine gewisse Menge von Rsätzen (= das Recht der Rgeschäfte) angewant sehen.

[n]) Da das R. der Rgeschäfte bisher selber kein fest abgeschlossenes gewesen ist, so wird man auch auf diesem Wege zunächst nicht zu gänzlich zweifellosen Grenzlinien zu gelangen hoffen, und es wird namentlich die Möglichkeit bleiben, engere und weitere Gebiete (vgl. zB. Böcking I S. 346, und Kohler in Grünhuts Zschr. XIII S. 287) als die "rechtsgeschäftlichen" zu bezeichnen. Einige Förderung erfaren diese Abgrenzungsarbeiten durch EBG. I 4 "Rechtsgeschäfte" § 64—143; vgl. übrigens Beil. I.

[o]) Des Zusatzes "oder mehre W.erklärungen" bedarf es nicht, denn es sollen nicht alle Essentialien die bei Rgeschäften vorkommen aufgezält werden, sondern nur das eine das durchgehend anzutreffen ist: "one W.erklärung kein Rgeschäft".

[p]) Es verhält sich also die W.erklärung zum Rechtsgeschäft etwa wie die Erbeinsetzung zum Testament.

[q]) Die genauere Bestimmung des Begriffs und die Rechtfertigung dieser Fassung in den nächstfolgenden Paragrafen 90—92.

[r]) Das wird sich aus der Betrachtung der einzelnen auf die

weiter zu empfelen ist der Brauch, die beiden Ausdrücke "Rgeschäfte" und "W.erklärung" als gleichbedeutend zu benutzen[s]), oder mit dem Namen des Rgeschäfts ausser dem Vorgange auch seine rechtlichen Folgen zu bezeichnen[t]).

Beilage I. Die Rechtsbildung beginnt mit dem Zustandekommen konkreter Geschäfte, Tausche und Leihen, später Käufe Darlehen, Mieten, Gesellschaften u. s. w. Erst nachdem Tausende, oder wol Millionen solcher konkreter Vorgänge sich zugetragen finden die Menschen durch das ihnen einwonende Abstraktionsvermögen die Gleichartigkeit mancher unter denselben heraus, bilden sich danach ihre Begriffe von den Geschäfts-Arten oder Typen, und bezeichnen diese Abstraktionsprodukte mit den vorgedachten Namen. Insonderheit hat die einschlägige Arbeit der Römer viele und dauernd nuzbare Früchte geschaffen (vgl. zunächst § 96).

Aber das Abstraktionswerk musste auch noch weiter vorschreiten, von den einzelnen beobachteten Arten, creditum nexum sponsio u. s. w. zu dem allgemeinen Geschäftsbegriff. Diesen Schritt vorwärts zu tun, haben die Römer kaum versucht; wir sind eben in der Ausfürung begriffen. Die Sache wäre verhältnismäszig leicht, wenn die einzelnen Geschäftstypen völlig festgegebene Dinge wären. Aber gerade der allgemeine Geschäftsbegriff soll erst die Einsicht klären, ob wir gewisse Vorgangsarten

---

Rgeschäfte bezüglichen Sätze des EBG. ergeben; eine Definition des Rgeschäfts enthält derselbe nicht. Die Motive I S. 126 sagen:

> Rgesch. im S. des EBG. ist eine Privatwillenserklärung gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deshalb eintritt weil er gewollt ist.

Sieht man ab von der Ungeschicklichkeit der Fassung, so bleibt bedenklich nur die Identifizirung von Rgesch. und W.erklärung, vgl. N. s.

s) Vgl. Mot. I a.a.O. „Rgesch. ist eine Priv.W.erkl."; auch sagen die Motive auf der zitirten Seite noch:

> Die Ausdrücke WE. und RG. sind der Regel nach als gleichbedeutend gebraucht.

Der Sprachgebrauch des EBG. wäre hiernach ebenso salopp, wie der nicht weniger namhafter Schriftsteller, die, ebenso wie EBG. und überhaupt Allewelt, im Vertrage Ein Rechtsgeschäft aber zwei oder mehre Willenserklärungen sehn.

t) Vgl. De. I 31 a. E. der sich auf Karlowa Rgesch. S. 161 beruft. Ursach und Folge mit demselben Worte zu bezeichnen, ist überall irreleitend, und hat sich namentlich bei der Römischen "possessio" schlecht bewärt, vgl. Bekker R. des Besitzes S. 333.

den Geschäftstypen beizuordnen, oder irgend wo anders hin in unserm Rechtssystem zu stellen haben. So erwächst eine Schwierigkeit, die sicher nicht gering zu achten aber auch wieder nicht zu überschätzen ist, da sie überall einzutreten pflegt, wo das Streben auf die Gewinnung allgemeiner Begriffe sich richtet. Darum begegnen wir derselben mit einer Methode, die sich auf den verschiedensten Gebieten der Wissenschaft bewärt hat. Aus einer kleinen Zal der uns am besten bekannten Fälle suchen wir die eigentliche Natur des Rgeschäfts zu erkennen, und stellen dann alle weiteren Fälle bei denen dieselbe Natur zu entdecken wäre in dieselbe Gruppe, one uns hiebei zu verhelen, dass durch die weitere Ausdenung der Beobachtungen auch unsere Ansicht von jener "eigentlichen Natur" einer Aenderung unterliegen könnte.

Die "eigentliche Natur" einer juristischen Tatsache besteht in ihrer Abhängigkeit von den Rechtsregeln, Tatsachen die unter denselben Rechtssätzen stehn, sind rechtlich gleich. Heissen wir eine gewisse Gruppe von Rsätzen das "Recht der Rechtsgeschäfte", so dürfen wir annemen dass alle Vorgänge die unter dies Recht passen Rgeschäfte, die nicht darunter passen nicht Rgeschäfte sind. Dies Recht der Rechtsgeschäfte kennen wir von den zweifellosesten Fällen der Rgeschäfte her einigermaszen, Korrekturen bleiben vorbehalten.

Jedes Rgeschäft erfordert bei dem der es vornimmt eine bestimmte Art der Handlungsfähigkeit ("Geschäftsfähigkeit" vgl. EBG. I 4, I § 64—71).

Jedes Rgeschäft erfordert ein (inneres) Wollen seines Subjekts und eine Aeusserung dieses Wollens (vgl. EBG. I 4 II—IV). Die bisher bemerkten Erfordernisse finden sich auch bei Delikten. Von diesen aber unterscheidet sich

das Rgeschäft dadurch dass es "erlaubt" ist, genauer gesprochen durch den Inhalt des zu ihm gehörigen Wollens ("Privatwillenserklärung" "Geschäftswillen" vgl. § 90, 92, 99) und durch die angeknüpften Rfolgen, die zwar mit diesem Willensinhalt nicht allemal sich decken wol aber immer in der Richtung desselben liegen. Der typische Inhalt der Rgeschäfte kann durch beigefügte Nebenbestimmungen rechtlich wirksam verändert werden. Sollten sich einzelne Rgeschäfte finden die keinerlei Nebenbestimmungen vertrügen, so bleibt doch immer soviel, dass Nebenbestimmungen überhaupt nur bei Rgeschäften platz finden (vgl. EBG. I 4 X). Bei dem Zustandekommen der Rgschäfte ist regelmäszig die Mitwirkung von Vertretern zulässig (vgl. EBG. I 4 VIII). Aber es kann auch Rgeschäfte geben, welche der Zulassung von Vertretern widerstreben; andererseits kommt eine Vertretung auch bei Rechtsausübungsakten vor; kurzum auf dies Kennzeichen dürften Schlüsse für die Rechtsgeschäftsqualität nur mit Vorsicht zu bauen sein.

Willensmängel (vgl. EBG. I 4 v) und andere Feler im Tatbestande, aber auch störende Elemente welche eine Uebervollkommenheit desselben bewirken (beispielsweise Drohung und Betrug, EBG. § 103), füren Ungültigkeit (EBG. I 4 vii) der Rgeschäfte, Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit verschiedener Art herbei.

Mit diesen Hauptgrundsätzen des Rechts der Rgeschäfte lässt sich die Ausscheidung schon leidlich genau ausfüren. ZB. unter den Zuwendungen (vgl. I § 33—34 und II § 99 und folg.) sind rechtsgeschäftliche und nichtrechtsgeschäftliche. Bei lezteren ist der reale Vorgang, insonderheit die Verbindung (von Beweglichem mit Beweglichem oder mit Unbeweglichem vgl. EBG. 890—92) das ausschlaggebende Moment, der Eigentumsübergang tritt ein gleichviel ob er gewollt oder ungewollt ist; hier ist der Mangel der Handlungsfähigkeit ebenso indifferent wie Drohung und Betrug, es gibt keine Ungültigkeit des Aktes, für Nebenbestimmungen ist platz so wenig wie für Vertretung, u. s. w. Aus gleichem Grunde sind Bearbeitung und Umbildung (vgl. EBG. 893—94) keine Rgeschäfte. Dahingegen werden wir Besitz- und Eigentums-Erwerb durch Ergreifen (Okkupation), wegen des bei beiden unerlässlichen animus possidendi, trotz Lenel a. a. O. S. 168—70 für Rgeschäfte erachten, desgleichen die Dereliktion (auch wider Lenel ebenda S. 170—172); die Konsequenzen sind durchaus nicht abschreckend, Wansinniger und Kind können okkupiren so wenig wie derelinquiren (vgl. EBG. 903—04), wol aber können beide Akte durch Vertreter vorgenommen werden. Da auch der Schatzerwerb nach EBG. 928 "Besitzergreifung" fordert, muss auch dieser Erwerbsakt als Rgschäft gelten, und von Kindern und Wansinnigen nicht vorgenommen werden können.

Auf dem Gebiet des Obligationsrechts sind Rgeschäfte zweifellos alle Kontrakte. Bei den Quasikontrakten dürfte zu unterscheiden sein: die Kondiktionen schaffenden Leistungen "sine causa", vgl. EBG. 737, 742, 745, 747 sind gleichfalls Rgeschäfte, da sie one W.erklärung nicht zustande kommen, also zB. auch von Handlungsunfähigen nicht vorgenommen werden können. Anders die gleichfalls Kondiktionen schaffenden Vorgänge auf welche fr. 12 de R. C. 12, 1, fr. 24 de O. et A. 44, 7; — fr. 11 § 2 de R. C., fr. 30 pr. de A. E. V. 19, 1; — fr. 23 de R. C.; fr. 31 § 1 de R. C., fr. 24 § 1 de A. E. V. — fr. 4 § 2 de R. C.; oder EBG. 748 verweisen. Jene rechtsgeschäftlichen Leistungen sine causa bilden darum eine besonders interessante Gruppe unter den Rgeschäften, weil hier der Willensinhalt und die Rfolgen ungewönlich weit auseinander zu fallen pflegen. — Die negotiorum gestio hat als Rgeschäft zu gelten soweit zu ihrem Tatbestande der "animus negotia gerendi" erfordert wird, nicht darüber hinaus,

also zB. nicht in den von Windscheid Pand. II § 431 zu 4 aufgefürten Fällen, oder in denen des EBG. 761.

Bei Rechten an unkörperlichen Sachen.

a, Gebiet des RG. v. 11. 6. 70. Herstellung von Schriftwerken, von geografischen u. s. w. Abbildungen, musikalischen Kompositionen, fordert durchaus keine "Willenserklärung", man wird "Urheber" u. s. w. darone; folglich sind all diese juristisch relevanten Handlungen für uns keine Rgeschäfte. Das verstöszt nicht wider den gemeinen Sprachgebrauch, der die Tätigkeit unserer Dichter und Komponisten nicht als eine rechtsgeschäftliche zu erfassen pflegt. Auch die juristischen Konsequenzen erscheinen nur angemessen: warum sollte ein Wansinniger, und zumal ein wegen Geisteskrankheit Entmündigter nicht Autorrechte erwerben können? dagegen kann solcher Erwerb nicht unter Bedingungen u. s. w. geschehen, auch gibt es keine Anfechtung desselben wegen Zwangs Betrugs u. s. w.

b, RG. v. 30. 11. 74 über Markenschutz. Die "Anmeldung" der fraglichen Zeichen ist Erwerbswillenserklärung, der ganze Vorgang also Rgsch. Die juristischen Folgen sind durchweg annembare: das Anmelden und Nachsuchen der Eintragung kann nur von Handlungsfähigen, und da hieran die Uebername von Verpflichtungen (a. a. O. § 6, § 7) geknüpft ist, nur von Vollfähigen geschehen; zur Anmeldung sind Vertreter zuzulassen; eine irrtümlich geschehne Anmeldung könnte ungültig sein; u. s. w.

c, RG. v. 9. 1. 76. (Urheberrecht an Werken der bildenden Künste) und RG. v. 10. 1. 76 (Schutz der Fotografieen). — Für beide gilt das zu a, bemerkte.

d, RG. v. 11. 1. 76 (Urheberrecht von Mustern und Modellen). Da der Schutz gegen Nachbildung nur durch Anmeldung zur Eintragung in das Musterregister erworben wird, muss sich die rechtliche Beurteilung im wesentlichen ebenso wie zu b, gestalten.

e, RG. v. 25. 5. 77. Die Erfindung ist kein Rgeschäft, wol aber die Anmeldung behufs Erteilung des Patents; übrigens wie vorstehend zu a—d,.

Schliesslich noch dass die Tatbestände der Verjärungen verschiedener Art regelmäszig Rgeschäfte nicht sind, dass aber gleichwol dem Beginn der Ersitzung, Besitzergreifung, die rechtsgeschäftliche Qualität nicht abzusprechen sein dürfte; Folge davon dass die Ersitzung nur vom Handlungsfähigen begonnen werden kann, wogegen zu ihrer Durchfürung Handlungsfähigkeit so wenig wie zu den andern Bereicherungen durch Verjärung erforderlich ist.

§ 90.

Tatbestand: Uebersicht der Stücke.

Ar. 64, 65. Ba. 61. Bz. (1) 313, 338. De. I 91. Ke. 50. Pu. 49. Se. I 73, 74. Va. I 90, 91. Wä. I 74. We. 37. Wi. I 70, 85.

Voraussetzungen[a]) eines Rechtsgeschäfts sind:

Ein Geschäftsfähiger[b]), oder mehre;

Ein Privatrechtskomplex[c]), oder mehre[d]);

Verfügungsgewalt[e]) der Handlungsfähigen über die Privatrechtskomplexe.

Der Vorgang erfordert:

Eine Willenserklärung[f]), oder mehre; bei jeder W.erklärung sind Form und Inhalt zu scheiden;

zuweilen[g]) neben den W.erklärungen andere sinnlich warnembare Ereignisse[h]) (Real-, Naturalakte),

---

[a]) Ueber die Zerlegung des Tatbestandes in Voraussetzungen in Vorgänge vgl. oben § 80.

[b]) Ueber die verschiedenen Stufen der Geschäftsfähigkeit vgl. I 48—55, und 62, 63 mit EBG. 64—71.

[c]) Jedes Vermögen ist ein Komplex von Privatrechten, aber nicht jeder Komplex von Privatrechten ein Vermögen, und da die Rgeschäfte zum teil auch Nichtvermögensgeschäfte sind (Ehe, Adoption, Legitimation, u. s. w), dürfen auch diese Nichtvermögen nicht ausser betracht bleiben. Uebrigens ist "Privatrechtskomplex" kein schöner Ausdruck, und nur in Ermangelung eines besseren bis auf weiteres zu gebrauchen; vgl. auch § 91 c.

[d]) Die herrschende Lehre kennt diese scharfe Sonderung derjenigen deren Wollen den Inhalt des Rgeschäfts ausmacht, und derjenigen für welche, zu gunsten oder zu schaden derer die Folgen des Rgeschäfts eintreten, nicht; dieselbe dürfte aber den Erscheinungen des wirklichen Lebens besser entsprechen als jene Lehre.

[e]) Vgl. § 91. Dass one besondere Beziehung der "Geschäftsfähigen" zu den "Rechtskomplexen" die Akte derselben keine rechtsgeschäftlichen Wirkungen haben würden, bedarf keines besonderen Nachweises, und eben diese "besondere Beziehung" heissen wir Verfügungsgewalt.

[f]) Vgl. § 92, 93.

[g]) Unsere Aufzälung beschränkt sich nicht auf die bei allen Rgeschäften erforderlichen Tatbestandsstücke, sondern umfasst auch diejenigen die nur bei einzelnen Typen wesentlich sind.

[h]) Zu diesen "anderen Ereignissen" gehören ausser den Real-

zuweilen können auch W.erklärungen durch Realakte ersezt[i]) werden.

Der Typus des einzelnen Rgeschäfts[k]) entscheidet,

α. ob Ein oder mehre Geschäftsfähige mitwirken[l]),

β. ob Ein oder mehre Privatrechtskomplexe[m]) berürt werden,

γ. welche Verfügungsgewalt[n]) erforderlich ist,

δ. über den erforderlichen und den zulässigen Inhalt[o]) der Willenserklärung[p]);

ε. über die Form der Willenserklärung[q]);

ζ. ob Realakte neben der Willenserklärung[r]) erforderlich;

η. ob das Eintreten eines Todesfalls zu den wesentlichen Tatbestandsstücken[s]) zält.

Der Gesamtinhalt der das Geschäft erfüllenden W.erklärungen lässt sich häufig zerlegen in eine Reihe von "Bestimmungen". Unter diesen sind

---

akten der Realgeschäfte, auch die Todesfälle bei den Geschäften auf den Todesfall und andere Naturalakte.

i) Vgl. § 93.

k) Ueber die Geschäftstypen vgl. § 97, auch § 92.

l) Gegensatz der einseitigen und der zwei- und mehrseitigen Rgeschäfte, vgl. § 95.

m) Fällt mit dem vorstehend zu α. bemerkten Gegensatze nicht ganz zusammen; allerdings werden die (zu α.) zweiseitigen Geschäfte allemal auch zwei Komplexe berüren, wogegen die (zu α.) einseitigen bald einen und bald mehre berüren: Okkupation, Dereliktion, Patentanmeldung — Erbeseinsetzung, Vermächtnis....

n) Vgl. § 91.

o) Vgl. das unten über Haupt- und Nebenbestimmungen bemerkte, zu N. t; sodann § 97.

p) "oder der Willenserklärungen", wo das Geschäft ein mehrseitiges, und als solches mehre W.erklärungen erfordert.

q) Zusatz wie in N. p; übrigens entscheidet genau besehn der Geschäftstypus nur darüber, ob den Parteien die Wal der Form entzogen ("feierliche Rgeschäfte") oder belassen ("unfeierliche Rge.") ist, vgl. § 93.

r) § 94.

s) Gegensatz der Geschäfte "auf den Todesfall" "mortis causa" und "unter Lebenden" "inter uiuos". — Die praktische Bedeutung dieses Gegensatzes ist, nach der Entwickelung der Versicherungsgeschäfte, schon für die Gegenwart zweifelhaft, und noch mehr, nach dem Entwurf, für die Zukunft.

"Hauptbestimmungen" die nach dem Geschäftstypus erforderlichen, die lediglich das abstrakte Geschäftsschema mit konkretem Inhalt erfüllen,

"Nebenbestimmungen"[t]) die eine (zulässige) Modifikation dieses Schemas bewirken.

Unvollkommen" nennen wir den einem Geschäftstypus im allgemeinen entsprechenden Tatbestand, dem wesentliche Stücke felen, und der darum die normalen Rfolgen[u]) dieses Typus nicht nach sich zieht; "übervollkommen" denjenigen, der neben allen wesentlichen Stücken eines Geschäftstypus andere demselben widerstrebende Stücke mit in sich begreift, und darum gleichfalls nicht die normalen typischen Folgen nach sich zieht[v]).

§ 91.

Verfügungsgewalt.

Niemand vermag einen Rechtskomplex[a]) durch Rechtsgeschäft[b]) sei es zu vermehren oder zu vermindern, der nicht

[t]) Ausfürlicheres über den Gegensatz der Haupt- und der Nebenbestimmungen in § 97 und 113; die gebräuchlichsten Nebenbestimmungen § 114—119.

[u]) "Normal" sind auch anfechtbare Rfolgen nicht.

[v]) Es liegt nahe wie "unvollkommene" und "übervollkommene Tatbestände", ebenso auch "unvollkommene" (= keine, oder kleinere als die normalen) und "übervollkommene Rfolgen" (die normalen, und negative Rechte dawider) anzunemen. Dann wäre aber von vornherein vor der (naturrechtlichen) Vermutung zu warnen, dass unvollkommene Tatbestände unvollkommene Folgen, übervollkommene aber übervollkommene Folgen nach sich ziehn müssten.

[a]) Vgl. § 90 N. c. — Von all diesen Rkomplexen sind die Vermögen die vererbt, unter Umständen auch sonst übertragen werden können, dem Konkurs unterliegen, das Gebiet ausmachen aus dem die Gläubiger ihre Befriedigung zu suchen haben, u. s. w. weitaus die interessantesten; für die übrigen gelten durchweg keine den eben angefürten vergleichbare Rechtssätze. Daraus erklärt sich das Felen einer technischen Bezeichnung.

[b]) Keine besondere rechtliche Beziehung ist erforderlich um die einzelnen zu dem Komplex gehörigen Rechte, und damit auch den Komplex selber, durch Naturalakt zu erweitern oder zu verkleinern;

zu demselben in bestimmten vom Rechte anerkannten Beziehungen stünde. Diejenigen Beziehungen welche die Befugnis zu irgend einer Verminderung, oder "Veräusserung"[c]), geben werden "Verfügungsgewalt", auch "Verfügung" oder "Disposition" geheissen. In der Verfügung (= Veräusserungsbefugnis) ist regelmäszig die Erwerbsbefugnis mitenthalten[d]), doch kann diese auch für sich allein[e]) bestehn.

Verfügungsberechtigt sind

a. bei Personalvermögen die Herren derselben[f]), bei allen andern[g]) die zur Vorname von Veräusserungen bestellten Organe;

b. diejenigen denen Rechte mit Veräusserungsinhalt an den

---

vielmehr bedarf es hiezu nur der tatsächlichen Möglichkeit auf die Objekte der fraglichen Rechte einzuwirken, beispielsweise diese Objekte zu zerstören oder sonst zu schädigen, oder durch Verbindung besondere Pflege u. s. w. auszudenen und jenachdem zu verbessern. — Dieser Unterschied scheint bei den schon I § 22 f. angefochtenen Untersuchungen von Bierling Krit. d. jur. Grundbegr. II S. 81 unbeachtet geblieben zu sein.

[c]) Zu den Veräusserungen, Komplexminderungen, durch Rechtsgeschäfte zälen zweifellos

die Rechtsaufhebungen, beispielsweise Dereliktion und Aufgeben eines Rs. an unkörperlicher Sache, nicht Erlass von Forderungen oder Verzicht auf ein Ius in re aliena, vgl. I § 34 a. E. ("restitutive Uebertragungen");

unter Zwecksatzung stellen, vgl. § 112;

alle Uebertragungen, Zuwendungen, vgl. § 99—104 auch 105;

aber auch die Ermächtigungen (§ 106), die Ratihabitionen (§ 107), Verzicht auf negative Rechte (§ 108), Feststellungsgeschäfte (§ 109—10), und selbst die Erhaltungsakte (§ 111), denen rechtliche Wirksamkeit zuzuschreiben nur ist, wenn sie von Veräusserungsberechtigten vorgenommen werden.

[d]) Schon deshalb weil von den im Leben auftretenden Veräusserungsakten die meisten Stücke von Tauschgeschäften sind, und eine nackte Veräusserungsgewalt praktisch fast unnütz wäre.

[e]) zB. haben eine solche Sklaven und Hauskinder one Pekulium.

[f]) Doch können dieselben auch durch persönliche Zustände, wie Alter Geisteskrankheit, oder durch Rechtsakte, wie Entmündigung Konkurserklärung, von der Ausübung dieser Berechtigung ausgeschlossen sein.

[g]) Zweckvermögen im w. S., vgl. I § 42.

Vermögen der einen oder andern Art oder an einzelnen Vermögensstücken zustehn[h]);

c. die Vertreter aller zu a. und b. genannten Verfügungsberechtigten;

d. andere (d. h. nicht als Vertreter) zu Veräusserungen Ermächtigte[i]).

Verfügungen die von Nichtberechtigten ausgehn, können durch nachträgliche Genemigung[k]) der Berechtigten wirksam gemacht werden.

Bisweilen haben Nichtverfügungsberechtigte die beschränkte Befugnis die Verfügungen der übrigens Berechtigten zu hemmen, sei es dass die Verfügung one die erklärte Einwilligung[l]) dieser Beschränktberechtigten ungültig sein, oder durch deren Einspruch[m]) ungültig werden würde.

Dass Rechte der Verfügungsgewalt einer und derselben Person unterstehen, begründet einen sehr lockeren vom Gesetz nicht beachteten Zusammenhang[n]) unter denselben, daher auch das Felen eines besondern Namens für derartige nur durch die Einheit des Verfügungsgewaltigen zusammengeschlossene Komplexe von Rechten[n]) nicht zu bedauern ist.

---

[h]) Der Hauptinhalt der meisten Pfandrechte besteht darin, dem Pfandgläubiger nicht zuständige Rechte zum Verkauf zu bringen, vgl. auch DHGB. 348, 5; 407, 4, 5. Der Kern derselben Berechtigung steckt in allen (nicht klaglosen) Obligationen, bedarf aber hier zu seiner Entwickelung, von Ausnamen abgesehn, noch der Bestätigung durch ein rechtskräftiges Erkenntnis.

[i]) Die Beispiele im § 106.

[k]) Vgl. § 107.

[l]) EBG. 127 "Ist die Wirksamkeit eines Rgeschäfts davon abhängig, dass ein Anderer ... in die Vorname desselben einwilligt, u. s. w.".

[m]) Vgl. zB. EBG. 1307, 2, und 3,.

[n]) Ein Gegenstück zu dem Namen "Vermögen". Tatsächlich wird sich der Zusammenhang immerhin geltend machen können, zB. wenn einem vielbenuzten Vertrauensmann, wie das noch in einzelnen Deutschen Provinzen gebräuchlich, die Geldverwaltung von zehn und mehr Vermögen überlassen ist; die Geschäfte unter den einzelnen Vermögen werden dann meist in sehr glatter und bequemer Weise zur Ausfürung gelangen. Aber für die ganze Masse dieser Komplexe gültige Rsätze, wie die über die Vererbung der Vermögen, deren Haftung für Schulden u. s. w., gibt es nicht.

§ 92.

Willenserklärung, Elemente[a]).

Lehrbücher wie zu § 89, auch Ar. 64. Ba. 50. De. I 96, 99. Sa. S. III 114. Se. I 72. Va. I 86. We. 41, Wi. I 75.

Jede Willenserklärung besteht aus
einem innerlichen[b]) Tun, "Willen", und
einem äusserlichen[c]) Tun, "Erklärung",
"Willen one Erklärung"[d]) genügt zum Bestande, und demgemäsz zur Herbeifürung der Rfolgen eines Rgeschäfts, ebensowenig wie "Erklärung one Willen"[e]).

Die Gültigkeit des Willens hängt zunächst ab von seinem Inhalt[f]); die Gültigkeit der Erklärung davon, dass dieselbe der Form entspricht, welche für den von dem Willensinhalt abhängigen Typus des Geschäfts[g]) vorgeschrieben ist.

---

[a]) Litteratur wie zu § 89; ausserdem Regelsberger Civ. Erört. I S. 1 f. [68]; Röver üb. d. Bedeut. d. Willens bei W.erklär. [74]. Schall d. Parteiwille im Rgsch. [77], Windscheid Wille und W.erklär. [Leipz. Univ.-Schr. 82], Fr. Mommsen Erört. II S. 93 f., Scheiff [Bonn. Inaug.-Diss. 79], Thomsen [Kiel. Inaug.-Diss. 82]; Bekker kr. Vschr. III S. 185 f., Ders. ebenda XXII S. 51 f., Hölder ebenda XVIII S. 175 f., O. Bähr Jb. f. Dgm. XIV 393 f., Ders. Urteile d. RGers. mit Bespr. III, Degenkolb Arch. f. d. civ. Pr. LXXI S. 161 f.

[b]) Also direkt von Andern nicht warzunemen.

[c]) Also direkt von Andern warzunemen, und damit das Mittel zur (indirekten) Warnemung des Willens.

[d]) Ueber seine rechtliche Unwirksamkeit kein Streit; die innerliche Tatsache one äusserliche Bekundung liegt ausserhalb unseres Rgebiets.

[e]) Auch hierüber kein Streit, wenn man den Begriff der "Erklärung one Willen" scharf fasst, und darunter nur versteht Vorgänge bei denen auch die "Erklärung" nicht gewollt, und also in Wirklichkeit keine Erklärung wäre, vgl. § 85.

[f]) Vgl. § 99.

[g]) M.a.W.: der Willensinhalt bestimmt den Geschäftstypus (§ 97), gewisse Geschäftstypen fordern besondere Erklärungsformen, andere nicht (vgl. § 93, 5.); im allgemeinen hat nur die diesen Formvorschriften entsprechende Erklärung anspruch auf Beachtung, vgl. auch EBG. § 91, 2.

Ist die Herstellung der Willenserklärung eine felerhafte, so können[h]) die normalen Rfolgen des Geschäfts einer Aenderung unterliegen oder ganz ausbleiben. Als Feler der Herstellung kommen vorzugsweise in betracht:

α. vom Rechte misbilligte Einflüsse auf die Willensbildung[i]);

β. Aeusserungen eines nicht vorhandenen Willens, sei es dass die Aeusserung von vornherein dem vorhandenen Geschäftswillen nicht gemäsz gewesen[k]), oder dass dieselbe erst auf dem Wege[l]) von dem Erklärer zu Dem an welchen sie gerichtet ist[m]), entstellt worden.

γ. Undeutlichkeit der abgegebenen Erklärungen, sei es dass dieselben zu wenige oder zu viele Kennzeichen[n]) des Willens enthalten;

und bei Verträgen insbesondre

δ. Nichtübereinstimmung[o]) von Anerbieten und Annameerklärung.

Für die Regelung der rechtlichen Folgen dieser Feler geben die Römischen Quellen viele brauchbare Andeutungen, aber keine ausreichende[p]) Lehre. In der Litteratur überwog lange die Neigung von den beachtenswerten Momenten einzelne auf Kosten der andern zu überschätzen; in neuester Zeit macht sich mehr und mehr ein Streben geltend dem Verkehr durch Beachtung aller zu dienen, one dass man bisher über Zal und Wert der einzelnen sich zu einen vermocht hätte[q]). Die Praxis

[h]) Beil. I.

[i]) Vgl. § 125—27.

[k]) Vgl. § 128; hieher gehören versprechen, verschreiben, u. s. w.

[l]) Vgl. § 129, zB. falsche Wiedergabe durch Boten, Telegramme, u. s. w.

[m]) EBG. 74, 1 bezeichnet diesen als "Empfänger der Willenserklärung", ein Ausdruck der nur insofern etwas bedenklich ist, als dieser Empfänger unter Umständen auch nichts empfängt, wenn nämlich die an ihn gerichtete W.erklärung zu ihm nicht durchdringt. "Adressat" oder "Destinatär der Erklärung" sind in dieser Beziehung bessere Ausdrücke, die sich vielleicht durch "Anerklärte" ersetzen liessen, vgl. § 93.

[n]) Vgl. § 130 Beil. II.

[o]) Vgl. § 131.

[p]) Beil. II.

[q]) Vgl. Beil. I.

ist der Theorie nicht auf alle Irrpfade gefolgt[r]), übrigens so wenig wie diese in sich einig und fest[s]). Auch die neue Gesetzgebung, einschliesslich des EBG.[t]), ist über die schätzbaren Versuche noch nicht hinaus gelangt. Bis auf weiteres also muss, wo die einzelnen positiven Rechtssatzungen nicht ausreichen, dem Richter und seiner Kenntnis von der guten Sitte und den Anforderungen des Verkehrs überlassen bleiben zu entscheiden, welche von diesen Felern ein Rgeschäft ungültig machen, und welcherlei Ungültigkeit dieselben bewirken[u]).

Beilage I. "So können", damit ist der entscheidende Punkt berürt; nämlich dass von den fraglichen Felern so wenig eine abschliessende Aufzälung zu geben ist, wie deren Wirksamkeit, d. h. der abändernde Einfluss auf die normalen Rfolgen, einfürallemal feststeht. Im Gegenteil muss bis auf weiteres der Beurteilung des Richters anheimgestellt werden, welche Feler er zu beachten, und welche Wirksamkeit er denselben beizumessen hat.

Zur Rechtfertigung dieser Aufstellung für das geltende gemeine Recht (mit dem Recht des Entwurfs befasst sich Beil. III) das folgende.

I. Die gesamte zalreiche Litteratur über die rechtliche Bedeutung von "Wille" und "Erklärung" gibt keinen korrekt quellen-

---

[r]) Man würde vergebens bestrebt sein für alle einzelnen Sätze der Lehre Savignys Belege in den veröffentlichten Spruchsammlungen ausfindig zu machen, und diejenige Rechtsübung die sich der allgemeinen Warnemung nicht dargestellt hätte, dürfte seiner Doktrin noch weniger folgen. Als mein Freund B. eben nach X berufen dort einen gröszeren Möbelkauf bei N. gemacht hatte, wärend er bei O. zu kaufen vermeinte (Sa. S. III § 136, error in persona, vgl. insbesondere N. i "dass Jeder der es gut findet diese Ungültigkeit des Vertrages behaupten kann"), wünschte er in der Tat "diese Ungültigkeit" geltend zu machen, unterliess dies aber weil er selber überzeugt war, dass die Lehre die er selber stets auf dem Katheder vorgetragen, von keinem Gerichte angenommen werden würde.

[s]) Das ergibt sich aus der Litteratur wie aus den Vorarbeiten zum EBG.: Niemand hat noch versucht eine feste Lehre auf unsere Praxis bezüglich der vorliegenden Fragen zu bauen. Auch wäre es gänzlich unfassbar, wie die Praxis hier zum Festen und Fertigen hätte gelangen können.

[t]) Beil. III.

[u]) Beil. I, insbesondere zu III.

mäszig gestalteten Aufbau des gesuchten Rechts. Die grosze Menge der Schriftsteller geht noch immer nach Savignys Vorgang (vgl. unten II A.) von irgend einem willkürlich ("naturrechtlich") angenommenen Prinzipe aus, behandelt die daraus zu entwickelnden Konsequenzen als geltendes Recht, und fürt zur Bestätigung einzelne Römische Texte an die dem entsprechend zu interpretiren sind. Dass dieser Notweg so oft beschritten worden, beweist die relative Unentbehrlichkeit desselben, dass das gesuchte Resultat, ein in sich konsequentes zur Ausfüllung mittels Analogie angetanes Recht,

aus den Römischen Quellen jedesfalls nicht bequem zu ersehen, und vermutlich gar nicht zu entnemen ist;

desgleichen aus sämtlichen andern positiven Quellen des gemeinen Rechts.

Die Quellen ergeben dem gewönlichen Auge nichts als ein Chaos meist halb harmonischer, zum Teil einander direkt widersprechender Entscheidungen. Es liegt auf der Hand, dass dies uns nicht genügt, daher die Versuche die Lehre aus der "Natur der Sache" neu aufzubauen.

II. All diese Versuche sind genau betrachtet naturrechtliche Spekulationen, ausgehend von irgend einer willkürlich angenommenen Prämisse, und deshalb one jegliche zwingende Kraft gegenüber allen Denen welche dieser Willkür sich zu fügen nicht bereit wären.

A. Savigny geht von dem Satze aus:

Die Grundlage jeder Willenserklärung ist das Dasein des Wollens (vgl. Syst. III 130 zu Anfang, und viele andre Stellen).

Dies zugegeben, versteht es sich von selbst, dass die "Erklärung one Willen" keine "Willenserklärung" im technischen Sinne ist, und darum auch keinen Anspruch machen darf, die Folgen einer solchen nach sich zu ziehn,

dass der Wille welcher nach der Erklärung angenommen werden müsste in der Tat nicht vorhanden ist, weshalb auch die rechtlichen Folgen desselben nicht eintreten können (a. a. O. S. 264).

Die ganze Argumentation aber wird hinfällig für den, der jenen ersten Satz nicht zugibt, und "Willenserklärung" anders definirt, zB.

diejenige Erklärung, welche von Dem, an den sie ergeht, nach den Regeln des gewönlichen Verkehrs als Anzeichen vom Dasein des Wollens zu erfassen ist.

Dabei darf nicht unbeachtet bleiben dass Savigny selber bei Gelegenheit der Mentalreservation von der eigenen Definition abgeht, um den Anforderungen eben des Verkehrs gerecht zu werden:

> Nun beruht aber alle Rechtsordnung gerade auf der Zuverlässigkeit jener Zeichen wodurch allein Menschen mit Menschen in eine lebendige Wechselwirkung treten können (a. a. O. S. 258).
>
> Demnach darf ein Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung nur angenommen werden, insofern er für den welcher mit dem Handelnden in unmittelbare Berürung kommt erkennbar ist oder wird (a. a. O. S. 259).

Das ist ein dem voraufgestellten diametral entgegengeseztes Prinzip, welches fordert in gar nicht wenigen Fällen, "wo der Wille, welcher nach der Erklärung angenommen werden müsste, nicht vorhanden ist", gleichwol "die rechtlichen Folgen desselben eintreten" zu lassen. Savigny aber scheint diesen Widerspruch zu übersehn, er versucht keine Versönung, und entscheidet einmal (eben bei der Mentalreservation) nach dem einen, und sonst meist nach dem andern.

B. Unsere Litteratur zum groszen Teile, und die Praxis zu einem nicht viel kleineren, steht noch immer (vgl. zB. Enneccerus Rechtsgesch., insb. § 9) unter dem Banne Savignys, man sucht seine Lehren vielleicht etwas besser zu begründen, gibt gewisse Ausnamen und Modifikationen zu, weiss aber doch aus den von ihm gezogenen Kreisen nicht sich herauszuringen.

a. Das Willensdogma, das von vielen unserer Besten mit bedauernswerter Beharrlichkeit festgehalten ist, kehrt bei Enneccerus in der Formulirung wieder:

> Jede prinzipielle Abweichung von dem Gedanken, dass der Wille des Menschen die Geschäftsfolgen ordnet, von dem Willensprinzip ...., bedeutet eine Entwertung des Rechtsgeschäfts vom Gesichtspunkte höherer Zweckmäszigkeit.

Dawider erstlich, dass die Behauptung dem Privatrecht liege an erster Stelle ob, das geschäftliche Wollen der Einzelnen zur geltung zu bringen, in der tat nichts ist als eine naturrechtliche Erfindung. Zweitens dass wenn wir überhaupt vermögend sind etwas von den prinzipiellen Aufgaben des Rechts zu begreifen, jedesfalls die, die allgemeinen Interessen zu waren, die höchste ist. Die Welt, auf die das Recht zu sehn hat, besteht nicht aus einer Schar eigenwilliger Kinder, welche die Pflege des indivi-

duellen Beliebens über alles andre stellen; wer in diesem Kreise Beachtung zu fordern hat, der soll wissen dass sein individuelles Wollen zur geltung kommen kann nur so weit wie dies mit den allgemeinen Interessen sich verträgt, und muss zugleich bereit sein, alle diejenigen rechtlichen Folgen seines eigenen Tuns zu tragen, welche eben jene Interessen erheischen. (Vgl. auch § 81 Beil. I.)

b. Uebrigens dürfte hier schon zu warnen sein vor dem häufigen Gebrauch derartiger Wendungen "das Recht", oder "das Gesetz" "tut dies und jenes", "dient dem Zwecke", "beabsichtigt das", "stelle dem Publikum gewisse Mittel zur Verfügung um damit gewisse Ziele zu erreichen". Das Personifikationsbestreben tritt noch deutlicher hervor, wenn statt "Recht" oder "Gesetz" gesagt wird "der Gesetzgeber". Die rechtschaffende Potenz aber ist regelmäszig (selbst in strikt autokratisch regirten Staten nur ausnamsweise), nicht eine Person, nicht Ein findender denkender wollender Mensch. Das Recht erwächst aus dem Zusammenwirken Vieler, sehr Vieler, die wol von gemeinsamen Anschauungen Gedanken u. s. w. geleitet werden; aber diese gemeinsamen Stücke schillern in jedem Einzelnen ein klein wenig anders als in jedem Andern, zudem wird der Eine durch diese der Zweite durch jene privaten Motive mitbestimmt, wärend dem Dritten solche und dem Vierten wieder andere Bedenken kommen. Man wird also bei der Aufstellung von Sätzen, welche auf der Personifikation der gesetzgeberischen Gewalt beruhen, nie ganz mit der Warheit im Einklange bleiben, und muss deshalb besonders vorsichtig sein praktische Aufgaben von hieraus zu lösen. — Und gerade betreffs der Rechtsgeschäfte ist oft gesagt, dass Recht habe sie geschaffen, zu diesem, zu jenem Zwecke. Dem gegenüber sind die Fragen am Platz:

warum schaffen die Menschen, sobald sie eine gewisse Kulturstufe erreicht haben, Recht?

warum erscheint der Schutz des Verkehrs als Hauptaufgabe der Rechtsbildung?

warum schafft der Verkehr die Geschäfte? die, nachdem sie rechtliche Anerkennung und Regelung erfaren, nicht unpassend als Rechtsgeschäfte bezeichnet werden?

Wobei freilich kaum zu hoffen steht, dass dieselben bald erschöpfende, oder je in knappe Formeln zu schliessende Antworten finden werden.

C. Gesezt aber einmal, dass die Recht schaffende Kraft arbeite wie ein spekulirender Gelehrter, und darin ihre nächste Aufgabe erblicke, die Rgeschäfte dem "Willensprinzipe" entsprechend aus-

zugestalten, so müsste dieselbe von der Betrachtung des zu behandelnden Stoffes "aus der Natur der Sache" etwa dahin gelangen:

a. Der "Wille" ist ungreifbar, die "Erklärung" greifbar. Da dem Menschen jedes Organ für direkte Erkenntnis des Ungreifbaren (rein innerlichen Vorgangs) im Andern abgeht, so können im Verkehr und vor Gericht Beachtung finden nur Willen die in Erklärungen (Erkl. für jedes greifbare Zeichen des Wollens) verkörpert sind, und es kann denselben auch kein anderer Inhalt beigemessen werden, als der aus den Erklärungen zu entnemende. Hieraus ergibt sich,

α. dass das Beweisverfaren direkt nur auf die Erklärungen, niemals ebenso auf den Willen sich beziehn kann, dieser folglich nie neben den Erklärungen zu beweisen ist, sondern aus den bewiesenen Erklärungen entnommen werden muss. Der Beweis der Erklärung ist der Beweis des Willens.

β. Soll also nach festgestellter Erklärung (dies Wort immer im oben angegebenen Sinne) das Dasein des Willens und damit des Rechtsgeschäfts bestritten werden, so kann dies nur auf dem Wege des Gegenbeweises geschehn, Nachweis von anderem Greifbaren, aus dem auf das Nichtdasein des nach der Erklärung anzunemenden Willens zu schliessen wäre.

Praktisch, d. h. für den Richter, lautet also die gestellte Frage nicht,

> ob Wille oder Erklärung ausschlaggebend,

sondern

> ob dem Beweise (des Willens mittels festgestellter Erklärung) oder dem Gegenbeweise nachzugeben.

Dabei liegt auf der Hand, dass der Gegenbeweis so wenig wie der Beweis, je absolute Gewisheit gibt: der Bote beschwört die Bestellung falsch ausgerichtet zu haben — aber das kann ein Meineid sein; die aufgegebene Originaldepesche wird vorgelegt — aber gerade diese ist nachträglich gefälscht; u. s. w. Sodann ist der Gegenbeweis gewissen materiellen Beschränkungen zu unterwerfen: Allewelt ist einverstanden, dass der Nachweis der s. g. Mentalreservation, auch wenn das Nichtdasein damit so fest wie irgend möglich gestellt wäre, nicht ausreichen würde. Und welcher Grund wäre erfindlich nur gerade diese eine Ausname zuzulassen?

b. EBG. 74 und danach durchgängig unterscheidet

> Willenserklärungen, deren Wirksamkeit davon abhängig dass sie gegenüber einem Beteiligten abgegeben werden,

ich werde sie kurz "Anerklärungen" heissen, von allen übrigen. Dem Gegensatz felt die sachliche Grundlage keineswegs (vgl. § 93

Beil. II). Bei der Entscheidung über die Rfolgen anderer Erklärungen kann nur das Benemen Eines, des Erklärenden in betracht gezogen werden, hier ist auf Zwei den Anerklärer und den Anerklärten zu sehn. Soweit fürt die Natur der Sache; darüber hinaus, welches Benemen des Einen und welches des Andern Beachtung verdiene, und wie die Folgen von diesem und von jenem sein sollen, darüber allgemeine Regeln aufstellen heisst sich in naturrechtliche Spielereien verlieren. Diese Fragen kann nur das positive Recht, und in Ermangelung dieses, das Rechtsgefül des einzelnen Kreises zur gegebenen Zeit entscheiden; auch innerhalb desselben werden die Stimmen über die einzelne Frage lange auseinandergehen, kommt man endlich zur Quasieinigung, so werden vermutlich schon neue Zweifelspunkte am Horizont erschienen sein. Wenn Enneccerus a.a.O. § 9 IV seine Sätze, der Anerklärer hafte dem Anerklärten für die verursachte Schädigung nur ex culpa, und auch aus dieser nur für Entschädigung nie für Geschäftserfüllung, für allgemein gültige (naturrechtliche) ausgeben wollte, so ist darüber nicht zu streiten; irgend ein Anderer braucht nur das umgekehrte gleichfalls als Naturrechtssatz zu behaupten, und beide Gegner stehn einander wehrlos gegenüber. Sollen dieselben nur als Produkte des heutigen Rechtsgefüls, der modernen Aequitas, gelten, so mag es ihm an Zustimmung, aber auch an Widerspruch nicht felen, über diese Frage ist die wünschenswerte Quasieinigung noch nicht erreicht. Insbesondere aber dürfte der Gegensatz

> ist ein Schaden, der nur entweder den A oder den B treffen kann, herbeigefürt durch das Tun des A, one selbständiges Zutun des B, so ist A näher als B den Schaden zu tragen,

so in der Laienwelt wie unter den Juristen bald immer mehr Beifall finden. Dass nur die Schuld, nicht schon das blosze Veranlassthaben verpflichten könne, ist so wenig altdeutsch wie Römisch (in die Lehre von der Mora ist dies sehr zu unrecht hineingetragen), es ist das Produkt einer Doktrin, die das misverständlich aus den Quellen herausgelesene für naturrechtliche Warheit auszugeben sich gewönt hatte.

D. Noch ist an zweierlei zu erinnern:

a. Dass die grosze Mehrzal der Geschäftstypen darauf angelegt ist, neben den gewollten auch ungewollte rechtliche Folgen eintreten zu lassen; das ganze Gebiet des dispositiven Rechts bezieht sich auf solche, und manche (zB. Revokation der Schenkungen) wären auch durch den ausdrücklich erklärten Parteiwillen nicht zu beseitigen. Sagt man bei jenen, sie werden als gewollte fingirt, so ist das nur ein anderer Ausdruck dafür dass sie in wirklichkeit keine gewollten sind.

b. Es gibt gesetzgeberische Gedanken, Ideen, die sich nicht unverändert ins Leben übertragen lassen; um sie praktisch brauchbar zu verkörpern, müssen ihnen feste steife Formen gegeben werden, die dem zu grunde liegenden Gedanken an sich wenig entsprechen, und unter Umständen zu Ergebnissen hinfüren können, welche demselben stracks zuwider zu laufen scheinen. Nach Art. 106 der Preuss. Verf. sind Gesetze verbindlich, sobald sie in der vorgeschriebenen Form bekannt gemacht worden sind; danach könnte wol auch mal ein Nichtgesetz verbindlich werden, nichtsdestoweniger ist die Bestimmung praktisch, obschon das Dasein eines Gesetzes immer noch leichter festzustellen sein wird als das eines Willens. Bei der Fixirung der Altersstufen für die Begrenzung der Handlungsfähigkeit findet der zu grunde liegende gesetzgeberische Gedanke auch nur approximative Erfüllung, und genau besehen ist es vielleicht bei allen gesetzlichen Zeitfristen (zB. den Verjärungen), und bei allen singulären Normen nicht anders: es gibt Weiber für die das Vellejanum und Haussöne für die das Macedonianum keinen Sinn hat. Die Impietät soll geandet werden, und doch gibt es der Gründe für die Revokation der Schenkungen, für die Enterbung der Ascendenten und die der Descendenten nur geschlossene Zalen; wol möglich dass Einer, der keinem der Gründe verfällt, dennoch viel ärgere Impietät bewiesen hätte als ein Anderer den das Gesetz trifft. U.s.w. u.s.w., überall gibt die Idee dem Gesetzgeber nur die allgemeine Richtschnur, bei der Verwirklichung ist rücksicht zu nemen auf das was durchfürbar möglich und das was nützlich ist. Gerade so findet die Idee des Schutzes des Willens ihre zweckmäszige Verkörperung in dem Schutze der Erklärungen.

III. Das Resultat von allem das von den entgegengesezten Seiten vorgebracht worden ist, wenn die feineren Schattirungen unbeachtet bleiben, kurz:

konsequente Durchfürung der reinen Willenstheorie (one Ausnamen) ist schlechthin unmöglich;

ebenso konsequente Durchfürung der reinen Erklärungstheorie wäre nicht unmöglich, aber sie ergäbe ein Strictum ius, das weder dem geltenden Rechte noch dem herrschenden Rechtsgefül völlig gemäsz wäre.

So drängt die neuere Litteratur, vgl. insbesondere Hartmann und Dernburg a. a. O., vorzugsweise auf die Herbeifürung eines Ausgleichs durch Mittelwege. Wer sich keinen Teuschungen hingeben will, wird zugeben müssen, dass wir das ganze beachtenswerte Material, die Menge aller einzelnen Momente die Berücksichtigung fordern könnten, trotz aller verwanten Mühe noch nicht

vollkommen geistig beherrschen. Also dürfen wir auch noch nicht daran gehn, abschliessende Regeln aufzustellen (vgl. unten Beil. III), sondern müssen uns einstweilen genügen lassen, die Lehre ins Gebiet der Bona fides zu verweisen: der Richter mag im einzelnen Falle darüber befinden, ob er dem Willen oder der abgegebenen Erklärung das gröszere Gewicht beizumessen hat, und welche Tatsachen bei dieser Abmessung in die Schale zu nemen sind. Selbstverständlich müssen Praxis und Litteratur in vereinter wissenschaftlicher Arbeit, änlich wie das auch zu Rom geschehen, zu einer festeren, aber doch niemals definitiv abschliessenden Regelung der "ex bona fide", nach dem "was gute Sitte und sicherer Verkehr erfordern" zu berücksichtigenden Einzelheiten allmälich sich hindurchzuringen bestrebt sein.

Ueber die praktischen Konsequenzen dieser Auffassung vgl. Beil. III. Die Formulirung ist von relativ geringer Bedeutung, man könnte diese Meinung bezeichnen:

α. als Negation sowol der Willens- wie der Erklärungstheorie;
β. als Willenstheorie mit Zulassung von Ausnamen;
γ. als Erklärungstheorie, gleichfalls mit Ausnamen.

Die vorher zu II. gegebenen Ausfürungen legen die Gründe dar, warum diese lezte Bezeichnungsart (γ.) den andern vorgezogen zu werden verdient. Insbesondre aber spricht dafür die Betrachtung der Gestalt die ein hergehöriger Fall im Prozess annimmt:

Beweis der abgegebenen Erklärung, an sich ausreichend zur Verurteilung;

Gegenbeweis des Nichtgewollthabens, zulässig nur wenn, und wirksam (d. h. die normalen Erklärungsfolgen abschwächend) nur so weit, wie dies unter Erwägung aller Umstände one Gefärdung der Verkehrssicherheit und Verletzung des Brauchs anständiger Leute geschehn kann.

Beilage II. Das Römische Recht über Willen und Erklärung. Was ich im J. 60 geschrieben, kr. Vschr. III S. 201:

> Richtig haben die Römer erkannt, dass gleicher Irrtum nicht überall gleich wirken dürfe, sondern dass für die Wirksamkeit eine Reihe konkurrirender Momente in betracht zu ziehn sei ...., zu systematischem Abschluss und harmonischer Ausgleichung aber haben sie diese Lehre nicht durchgefürt, u. s. w.

das ist durch die spätere Litteratur, namentlich die Quellenforschungen Zitelmanns und Leonhards keineswegs widerlegt.

Aber freilich felt uns auch noch immer eine unbefangene Sammlung und Bearbeitung des gesamten hergehörigen Materials, vgl. Lotmar in der sehr gründlichen Kritik des Leonhardschen Werks kr. Vschr. XXV S. 368 f., XXVI S. 220 f. insb. S. 277; auch was Pininski und Enneccerus a. a. O. O. aus den Quellen zusammenstellen ist nichts weniger als erschöpfend.

Die zweifellos beste Verteidigung der alten immerhin schon verbesserten Lehre, Windscheids "Wille und Willenserklärung", kann die Vermutung nur unterstützen, dass die s. g. Willenstheorie eben aus den Römischen Quellen nicht hergeleitet werden dürfe. — Unter 1) wird angefürt fr. 3 de reb. dub. 34, 5; W. selber gibt zu, dass die Argumentation mit allgemeinen Aussprüchen dieser Art etwas missliches hat; eine zweifellose Interpretation scheint unmöglich, wogegen nach fr. 4 pr. de leg. I feststeht, dass die Entscheidung nicht im vollen Umfange des Wortsinns galt. — 2) Hier sind zwei Gruppen wesentlich verschiedener Stellen zusammengefasst, die keineswegs angetan sind Ein Gesamtresultat aus denselben zu extrahiren: bei der einen Gruppe fr. 57 de O. et A. 44, 7, § 23 I. de inut. stip. 3, 19, fr. 83 § 1, 137 § 1 de V. O. 45, 1, fr. 9 pr. de C. E. 18, 1, felt der "consensus", "ut aliud sentiat puta qui emit .... aliud qui cum his contrahit", und was daraus zu schliessen ist lediglich, dass Dissens der Parteien durch die Mangelhaftigkeit der abgegebenen Erklärungen wol verdeckt, aber nicht in Konsens verwandelt werden kann; — bei der zweiten Gruppe findet sich Konsens und gemeinschaftlicher Irrtum beider Teile inbetreff des Kontraktobjekts, zweifellos in fr. 14, 41 § 1 de C. E., desgleichen in fr. 45, 57 pr. eod., mangelhaft ist die Relation Ulpians in fr. 9 § 2, 11 § 1 eod., schlecht gefasst fr. 21 § 2 de A. E. V. 19, 1 (Paul.). — 3) c. 5 plus ualere 4, 22: die gutgläubig gegebene Unterschrift bindet nicht, wo sie durch Machination des andern Teils herbeigefürt worden; c. 10 de donat. 8, 53, eine zweite ebenso wol einzuräumende Ausname der Regel dass das Zeichen one Wollen gelte, wobei die Worte "nec specialiter subscripsisti" den Schein erwecken, als ob spezielle Subskription den Unterschreibenden trotz seinem Nichtwollen gebunden haben würde. Fr. 18 § 1, fr. 32 de R. C. 12, 1, fr. 3 § 2 de O. et A. 44, 7 bedürfen nach dem von W. selber dazu bemerkten keiner weitern Beleuchtung. — Dagegen scheinen der ältern Lehre zu widersprechen u. a.: fr. 13 § 2 commod., 13, 6, cf. 54 § 3 de A. R. D. 41, 1 fr. 5 § 7 de neg. gest. 3, 5, fr. 18 § 2 eod.; auch fr. 41 de hered. inst. 28, 5, cf. § 4 I. de uulg. subst. 2, 15.

Nicht warscheinlich dass ein Nachweis, der bei so umsichtiger Benutzung der Quellen mislungen ist, Andern einmal besser gelingen werde; gewis, dass eine wissenschaftliche Rechtfertigung

der Willenstheorie aus den erhaltenen Stücken des Römischen Rechts bisher nicht erbracht ist.

Beilage III. Die Widersprüche der neuesten Litteratur spiegeln sich im EBG., wie die Motive I S. 189—91 ausdrücklich anerkennen. — Das "Willensdogma", die alte Lehre wird beibehalten als "grundsätzlich richtig", d. h. weil es den von Savigny und auch noch von Windscheid festgehaltenen naturrechtlichen Anschauungen entspricht. Zugleich aber ist anerkannt, dass die Anforderungen des Verkehrs damit nicht zu befriedigen sind, und "das Gewicht dieser dem Verkehrsinteresse entommenen Erwägungen ist nicht gering". Darum "durchbricht EBG. das Willensdogma in verschiedenen Richtungen":

> Im allgemeinen ist festgehalten, dass der Erklärende zu seiner Erklärung stehn muss, soweit das Verkehrsinteresse dafür spricht, und das Verhalten des Erklärenden ein solches ist dass man sagen kann, es geschehe ihm nicht zuviel, wenn er bei dem Worte genommen werde. (Mot. I S. 191.)

Wären diese Worte als Gesetz gefasst, so würden sie dem richterlichen Ermessen ziemlich genau eben denjenigen Grad der Beweglichkeit einräumen, den wir für dasselbe fordern. Die Einzelbestimmungen des EBG. entsprechen dem aber nur zum Teil.

Als gesunde Elemente im Recht des EBG. sind anzunemen:

a. die Unterscheidung zwischen Erklärungen welche an einen Empfänger sich richten, und andern, vgl. zB. 95 a. E.; 97, 4; 99, 3; 103, 2; und im nächsten Zusammenhang hiemit,

b. die höhere Bedeutung welche dem Willen, EBG. 1779, und folgeweise auch dem Irrtum, EBG. 1781—82, bei leztwilligen Verfügungen eingeräumt wird;

c. die Unterscheidung, ob der Erklärende des Mangels der Uebereinstimmung von Wille und Erklärung sich bewusst gewesen oder nicht, EBG. 95, 97, 98—101;

d. die Berücksichtigung der Farlässigkeit auf seiten des Erklärers, EBG. 97, 2, 3; 99, 2. Selbstverständlich kann auch gegen die weitere Unterscheidung, ob die Farlässigkeit grob oder nicht, prinzipiell nichts eingewant werden, wol aber muss es bedenklich erscheinen an dieselbe, one Berücksichtigung aller andern Momente, einen festen Gegensatz der Rfolgen

> grobe Farlässigk. — Gültigkeit des Geschäfts,
> nicht grobe F. — Verpflichtung zum Schadensersatz,

anzuknüpfen, zumal der Gegensatz beider Arten der Farlässigkeit ein verschwimmender ist, und für die Abgrenzung dem richter-

lichen Ermessen kein fester Anhalt geboten wird; EBG. 144 und dazu Motive I 280:

> grobe Farl., ... bei welcher die Sorgfalt ... in besonders schwerer Weise vernachlässigt worden ist.

e. Die Berücksichtigung des Verhaltens des Erklärungsempfängers ("Anerklärten"), ob er den Mangel der Uebereinstimmung von Willen und Erklärung gekannt, oder hätte kennen müssen, EBG. 95; 97, 4; 99, 3.

Dahingegen muss die Unterscheidung des "Irrtums in den Beweggründen", EBG. 102, von anderem Irrtum für schlechthin undurchfürbar, so wie die Aufstellung der Präsumptionen im EBG. 98 g. E. für hoch bedenklich erklärt werden, vgl. darüber unten § 119 u. 126. Und wieder sind andere Momente, die im besondern Falle auch einmal von Gewicht sein könnten, nicht mit aufgefürt. So macht mit recht Enneccerus unter Anfürung realer Fälle, aufmerksam, dass bisweilen auch auf die Höhe des Schadens, sowie darauf rücksicht zu nemen sein könne, ob die von der Theorie erforderte Belastung eines Teiles mit unserm Billigkeits- oder auch Gerechtigkeitsgefül in einklang zu bringen sei (a. a. O. S. 76—81). Aber sehr zu unrecht glaubt E. aus diesen Fällen irgend etwas zu gunsten des Willensdogmas wider die Erklärungstheorie herleiten zu können; die Fälle sprechen gleichmäszig wider beide Extreme, und überhaupt wider das doktrinäre Festhalten eines einzigen Gesichtspunktes unter Vernachlässigung aller andern. Ist aber ein Mal an das "Billigkeits- und Gerechtigkeitsgefül" des Volkes appellirt, so muss dies auch ein anderes Mal geschehn dürfen, und damit wäre der Herrschaft der Bonafides Tor und Tür geöffnet. Danach aber würde neben der Höhe des zu tragenden Schadens, auch die Fähigkeit der Parteien denselben zu ertragen, also der Gegensatz von arm und reich, und die Fähigkeit sich vor Schädigung zu schützen, also der Gegensatz der Erfarenheit in Geschäften und der Unerfarenheit, und wol noch manches andre, zB. wie bald die Aufklärung eines etwaigen Irrtums dem Abschluss des Geschäfts folgt, zu einer Zeit wo die Wiederaufhebung noch one namhafte Schädigung eines Teiles ausfürbar oder dafür zu spät, in die Rechnung mitaufzunemen sein.

Aus dem Text des EBG. ist ein solches Eingehn auf die guten Bräuche im Verkehr und die in den Massen lebenden Ueberzeugungen (Aequitas), mit der entsprechenden Freiheit des richterlichen Ermessens nicht herzuleiten. Bedenkt man aber neben der vorher zitirten Stelle der Motive (I 191) viele andre Aussprüche derselben, welche der Wissenschaft einen ungewönlichen Einfluss auf die Rechtsfortbildung zubilligen, und zugleich die voraussichtliche Unmöglichkeit mit den Textbestimmungen allein den An-

forderungen des Verkehrs und der Rechtsprechung genüge zu leisten, so rechtfertigt sich die Vermutung, dass das aus dem EBG. erwachsende Recht früh oder spät zu den hier angedeuteten Grundsätzen hingelangen werde:

> Berücksichtigung aller ex bona fide berücksichtigenswerten Momente, für die Entscheidung nicht blos der Frage, ob gegenüber einer abgegebenen Erklärung der Nachweis der Nichtübereinstimmung des (wahren) "Willens" mit dem aus der Erklärung anzunemenden zuzulassen, sondern auch der andern Frage, wieweit ein solcher Nachweis auf die normalen Erklärungsfolgen im konkreten Falle modifizirend (abschwächend, aufhebend) einzuwirken vermöge.

§ 93.

Erklärung, Arten.

Ar. 64. Ba. 62, 213. Bz. (1) 352—56. De. I 97—98. II 10. Ke. 57. Pu. 64. Sa. S. III 130, 131. Se. I 75. Si. I 18. Va. I 92. Wä. I 73. We. 38, 44. Wi. I 72, II 312.

"Erklärung" "Willenserklärung im w. S."[a]), der sinnlich warnembare Vorgang aus dem der Willen zu erkennen ist, muss ausgehn allemal von dem Wollenden[b]) und durchdringen zu Andern, die der Erkenntnis fähig[c]) sind.

---

[a]) Ueber den Sprachgebrauch betreffs der Wörter "Erklärung" "ausdrückliche — stillschweigende E." Beil. I.

[b]) Vgl. § 82, insbes. Beil. II. Und zwar muss die "Erklärung" allemal von dem Wollenden selber ausgehn, nicht vom Vertreter; dieser könnte nur seinen (des Vertreters) Willen äussern, doch würde diese Aeusserung der des Willens des Vertretenen gleich wirken.

[c]) Es ist eigentlich selbstverständlich, aber gleichwol auszusprechen, dass jede WE. ausgehn und anlangen muss, ausgehn von einem Willensfähigen, und anlangen bei einem Erkenntnisfähigen. Für die Erklärungen an bestimmte Personen (Text 6, dazu Beil. II) erkennt EBG. dies ausdrücklich an, vgl. §§ 74, 66. Aber auch alle andern Erklärungen die niemals einen Erkenntnis- und Verständnisfähigen erreichen, müssen rechtlich wirkungslos verbleiben. Zugleich ist noch zu bemerken

α. dass das Gesagte nur gilt für wirkliche Erklärungen, äussere Vorgänge, deren rechtliche Wirksamkeit darauf beruht dass sie als die Zeichen innerer Vorgänge (Wollen, Geschäftswillen) gelten, nicht für andere

Beachtenswerte Verschiedenheiten:

1, "Erklärung im e. S.", "ausdrückliche Erkl.", die aus dem Wollen den "Geschäftswillen" Anderen kund zu geben ("Kundgebungs-" "Erklärungswillen") hervorgeht — andere Willensäusserungen, s. g. "stillschweigende Erklärungen"[d]), die one Erklärungswillen zu stande kommen. Beruht die Geschäftswillensäusserung nicht ausschliesslich auf dem Erklärungswillen, so wird sie auch "Erklärung mit doppeltem Zweck"[e]) geheissen.

2, Erklärung die mit einer Körperbewegung — mit einer Nichtbewegung des Erklärenden beginnt. Namen: positive — negative (wenig gebräuchlich) E., dafür häufiger "E. durch Nichttun", insbesondere "durch Schweigen"[f]).

3, Erklärung durch gebräuchliche — durch ungebräuchliche Mittel[g]).

4, Erklärung durch deutliche — minder deutliche Zeichen. Die Zeichen können von mangelhafter Gestalt sein, oder hinweisen auf zu viele oder zu wenige Merkmale[h]).

5, "Förmliche, feierliche E." — "unförmliche, unfeierliche Erklärung" jenachdem die Gültigkeit der WE.[i]) abhängt von dem Gebrauche bestimmter Erklärungszeichen ("Form der Erkl."), oder nicht, so dass dem Erklärenden freie Wal der Zeichen

---

juristische Tatsachen, insbesondere Realakte und fingirte Erklärungen (vgl. § 94),

β. dass auch bei Erklärungen die Wirksamkeit beginnen kann bevor sie vernommen und verstanden worden sind (§ 96).

[d]) Beil. I; vgl. auch Stössel d. stillschw. W.Erkl. [1859, Zürich].

[e]) Vgl. Leonhard a. a. O. S. 195—96, der wieder auf Jhering Geist. (3) II § 37 S. 316, N. 473, Lotmar Causa S. 43 f., Karlowa Rgsch. S. 169 f. verweist; — fr. 44 de solut. 46, 3, fr. 3 § 12 de donat. int. u. et u. 24, 1; s. auch Beil. I a. E.

[f]) Vgl. oben § 83.

[g]) Beil. I.

[h]) Alle undeutlichen Erklärungen sind felerhaft, ausfürlich darüber im § 130.

[i]) Undenkbar wäre es nicht, dass auch die Rechtsfolgen von Realakten von den Formen des Vollzugs abhängig gemacht würden; man gedenke der Mancipation.

bleibt. Jedes Rgeschäft zu dessen Tatbestande eine feierliche WE. gehört, heisst selber ein "feierliches" "actus solemnis"[k]). 6, Erklärungen die an einzelne abgegeben werden, und deren Gültigkeit abhängt davon, dass sie denjenigen dem sie bestimmt sind ("Empfänger der Erklärung" "Anerklärte") erreichen — alle andern[l]).

S. g. "stillschweigende Erklärungen" treten bald als Naturalakte[m]), bald one bleibende Spuren[n]) ins Leben. Um als Willenszeichen zu gelten, muss die Form der Erklärung allemal einen zuverlässigen[o]) Schluss auf das Wollen (den Geschäftswillen) gestatten; hat derselbe Schluss eine gesetzliche Anerkennung gefunden, so spricht man auch von "präsumptiven", d. h. auf gesetzlicher Präsumption beruhenden, Willenserklärungen. Wesentlich verschieden von diesen sind die "fingirten" Willenserklärungen, d. h. Vorgänge die tatsächlich keine WEn. sind, aber nach Rechtsvorschrift den WEn. gleich wirken, so wie diejenigen Naturalakte, welche one spezielle Rvorschrift im Verkehr als Surrogate der WEn. behandelt werden[p]). Unzu-

---

k) Böcking Pand. I § 103 k., Pernice Labeo I S. 403 f., vgl. auch Ders. form. Gesetze im Röm. R. (88. Festgabe f. Gneist).

l) Beil. II.

m) Ueber den Begriff des "Naturalakts" § 95, N. b,.

n) Durch bloszes Schweigen aber auch durch positives Tun, vgl. fr. 8 pr. quemadm. seru. 8. 6, fr. 7 de l. comm. 18, 3, auch fr. 26 § 1 de pign. 20, 1.

o) Beil. III.

p) Hieher gehören aus der modernen Praxis insbesondere zwei Gruppen von Fällen:

α. Waaren mit der Offerte übersant, der Verbrauch derselben ersetzt eine Annameerklärung, vgl. SA. X 255, XXIV 60, je nach Umständen schon das blosze Behalten, SA. VIII 36, XI 233, XII 19, XIII 218;

β. RE. II 14 und die daselbst Zitirten (insonderheit Entscheidungen des ROHGs.) über die im Geschäftsverkehr sehr häufigen Fälle, "wo die Effektuirung der Bestellung als stillschweigende Anname den Vertrag sofort zur Perfektion" bringt. Vgl. zu beiden § 95 Beil. II. Nicht ganz gleichartig ist die relocatio tacita, vgl. SA. IV 218, da hier mit dem Naturalakt die Kenntnis des andern Teils konkurrirt, und also auch das Schweigen (Nichtwidersprechen) als Zeichen der Einwilligung auftritt.

lässig sind die stillschweigenden WEn. einmal da wo besondre Formen[q]) vorgeschrieben, und zweitens wo der Inhalt[r]) eine ausdrückliche Erklärung fordert.

Die Feierlichkeit einer Willenserklärung kann auf Rechtsvorschrift[s]) ("gesetzliche Formen"), oder auf einer vorausgehenden W.erklärung der Beteiligten[t]) ("gekürte Formen") beruhn[u]). — Gründe[v]) der Formvorschriften mannigfach: Warnung vor Uebereilung, Konstatirung der Ernstlichkeit des Wollens, Förderung der Präzision der Fassung, Sicherstellung des Beweises, Veröffentlichung des Geschäftsinhalts, Erschwerung des Geschäfts[w]), u. s. w. Ueber den Gesamtwert und Nutzen haben die Ansichten[x]) viel geschwankt[y]). — Vorzugsweise gebräuch-

q) Die stillschweigende WE. ist allemal eine "unfeierliche", und also zulässig nur wo überhaupt unfeierliche WEn. gestattet sind.

r) Beil. IV.

s) Bald gewonheitliche bald gesetzliche Vorschrift.

t) Selbstverständlich einer bindenden, also rechtsgeschäftlichen WE. Solche Bindung ist regelmäszig durch Vertrag zu bewirken.

u) Uebereinstimmend EBG. 91: "... wenn eine solche durch Gesetz oder Rechtsgeschäft bestimmt ist".

v) Vgl. Jhering Geist. d. R. Rs. II § 45—47c.

w) Häufig sind bei Gesetzgebern und Parteien die einzelnen Gründe wenig scharf ausgedacht, so dass sie ineinander verfliessen; daher dass Verständnis der Formen die eingehendsten geschichtlichen Untersuchungen fordert, vgl. Bruns kl. Schr. II 2: die Unterschr. d. Röm. R.urkunden; 3: die sieben Zeugen des R. Rs. Brunner z. Rgeschichte d. Urkunde I, auch Zschr. f. HR. XXII S. 1 f., S. 505 f., XXIII S. 225 f.

x) Vgl. Pernice Labeo I S. 403 f., L. Seuffert Gesch. d. obl. Vertrags, dazu Stinzing kr. Vschr. XXIII S. 489, Karsten L. v. Vertr. b. Ital. Jurist., dazu Böhlau kr. Vschr. XXV S. 337. — A. Pr. L. R. I 5 § 131; DHGB. 317 (über das Verhältnis dieser Vorschrift zu partikulären Normen RE. XIII 2); SG. 100. — EBG. 91 im wesentlichen wie das heutige gemeine Recht, über die Bedenken und Entscheidungsgründe Mot. I S. 178—81.

y) Einzelne Rgeschäfte über deren feierlichen Charakter im gemeinen Rechte Zweifel bestehn:

Novation, gegen die Feierlichkeit RE. XIV 52.

Erbvertrag, ebenso RE. VIII 33 (Entscheidung richtig, der Satz selber hoch bedenklich, da der Erbvertrag noch wirksamer und darum gefärlicher als ein Testament, besser EBG. 1943—44).

liche Förmlichkeiten: mündliche Rede mit Spruchformeln[z]), Schriftlichkeit[aa]), Heranziehung von Zeugen, Mitwirkung von Gericht[bb]) und Notar, von andern Beamten[cc]), des Landesherrn, der Volksversammlung[dd]), u. s. w.; nicht selten kombinirt[ee]), bisweilen alternativ verordnet[ff]).

"Gesetzliche Formen" sind zwingend[gg]) für die Beteiligten. Das one dieselben geschlossene Geschäft wäre "ungültig" wegen unvollkommenes Tatbestandes, und könnte deshalb die normalen Rfolgen nie unverändert nach sich ziehn, braucht aber keineswegs stets "nichtig", aller Rfolgen bar zu sein[hh]). Bisweilen

---

Ehepakten über die Güterverhältnisse der Gatten bedürfen der Publikation nicht, RE. IX 19 (Partikularrechte meist anders).

[z]) So die Römische Sponsion und Stipulation; und wieder kann, wo andere Formen vorgeschrieben, die Wal der Worte frei sein, zB. beim modernen Vermächtnis RE. X 34.

[aa]) Bisweilen Eintragung an bestimmter Stelle (zB. Röm. Hausbuch) und in bestimmten Formeln, bisweilen wie nach Pr. L. R. für die Sachen im Wert von mehr als 50 Thlr. beliebige schriftliche Aufzeichnung; dazwischen viel andre Möglichkeiten.

[bb]) Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Hauptunterschied: ob das Gericht zu prüfen ("causae cognitio") und zu genemigen, oder nur den Parteiwillen zu protokolliren hat.

[cc]) zB. Standesbeamte, nach d. RG. v. 6. 2. 75.

[dd]) Für d. Röm. R. Pernice form. Gesetze im R. R.

[ee]) zB. DHGB. 12—14, Genossensch.-G. v. 4. 7. 68 § 7—8, RG. v. 6. 2. 75 § 1, § 41—55 u. s. w.

[ff]) Gemeinrechtlich für die Testamentserrichtung; DHGB. 41, 2, vgl. 45, für die Bestellung des Prokuristen u. s. w. EBG. 92, 3: "die gerichtliche oder notarielle Form ersezt die schriftliche".

[gg]) Vgl. auch EBG. 91—94. — In der Praxis ist der Satz allgemein anerkannt, und zuweilen so formulirt: "die Formvorschriften gehören zum I. publicum" SA. XV 224 a. E. XXVI 151, vgl. XXII 112.

[hh]) EBG. 91, 2: "... in Folge des Mangels der [gesetzlichen] Form nichtig, sofern nicht ein anderes bestimmt ist". Vgl. EBG. 111; 351, 2.

Realakte, die auf grund solcher "nichtigen" Geschäfte vorgenommen worden, behalten selbstverständlich ihre Naturalfolgen samt den durch diese bedingten Rfolgen; nach EBG. sollen aber auch die Willensfolgen dinglicher Rgeschäfte, trotz etwaiger Ungültigkeit des zu grunde liegenden obligatorischen Rgeschäfts, aufrecht erhalten bleiben (vgl. EBG. 828, 829, 834, 841, 874, 983, 1091, 1106, 1107, 1134, 1144, 1147, 1196). — Bisweilen Anfechtung wegen Formmangels, Bo. I 703.

schliesst die erfüllte gesetzliche Form der Erklärung die Geltendmachung einer behaupteten Nichtübereinstimmung des wirklich vorhandenen Willens mit dem nach der Erklärung anzunemenden aus[ii]). — "Gekürte Formen" können allezeit ebenso wie sie gesezt worden wiederaufgehoben werden. Nichterfüllung gekürter Formen zieht diejenigen Rfolgen nach sich, welche die Beteiligten verordnet haben; manche Rechte bestimmen diese Rfolgen, falls solche Verordnung unterblieben wäre[kk]). — Unvollkommene Erfüllung von Formen ist Nichterfüllung[ll]).

Beilage I. Ausdrückliche — stillschweigende WE. Wenn die Lehre sich gegenwärtig noch in einiger Verwirrung befindet, so

— Bisweilen schafft die Unterlassung der Form mindere Rfolgen: so nach Preuss. L. R. unterlassene Schriftform, die Klagbarkeit des Rgeschäfts fällt aus, die Zalbarkeit bleibt. Vgl. auch DWO. 7: "... entsteht keine wechselmäszige Verbindlichkeit ..."
— Bisweilen volle Geschäftsfolgen, aber daneben (änlich einer alten L. minus quam perfecta) Straffolgen, zB. wegen Verstoszes gegen Stempelvorschriften, Preuss. G. v. 7. 3. 22 § 21; vgl. auch DHGB. 26, nebst 19, 21, 25; 45; 89; Genoss.-Ges. v. 4. 7. 68 § 66—68.

[ii]) So α, wo die Mitwirkung von Volksversammlung Landesherrn u. s. w. das Rgesch. einem Gesetzgebungsakte annähert;
β, wo die Formen dem Zwecke dienen das öffentliche Vertrauen zu begründen, zB. Eintragungen in Handelsregister, Genossenschaftsregister, Grundbücher, vgl. EBG. 826 f., auch Stobbe D. Pr. R. II § 110, obschon auch derartige Eintragungen keineswegs ausnamslos Recht machen, vgl. RE. I 89;
γ, wo, wie beim Alimentenvergleiche, richterliche Sachprüfung und Genemigung zur Form des Geschäfts gehört. Auch hier wäre nur ausnamsweise die Nachweisung des Nichtgewollthabens zu berücksichtigen.
Abgesehen aber von diesen besonderen Gruppen wird die Differenz von Willen und Erklärung bei den feierlichen Geschäften, wie beispielsweise der Römischen Stipulation und dem Preussischen schriftlichen Vertrage, nicht anders zu beurteilen sein als bei den unfeierlichen.

[kk]) Beil. V.

[ll]) Daher möglichst präzise Fassung der gesetzlichen wie der geschäftlichen Formvorschriften zu fordern ist, vgl. EBG. 92—94. Gemeinrechtlich zweifelhaft:
gehört zur Form der Wechselacceptserklärung nur die Niederschrift oder auch die Herausgabe? RE. IX 9 S. 59, vgl. RE. XI 87.

tragen die Mängel des herrschenden Sprachgebrauchs (vgl. unten A.) den nicht kleineren Teil der Schuld hieran. Es widerstrebt dem allgemeinen Sprachgefül:

1, "Erklärung" "Willenserklärung" jede Aeusserung oder Betätigung eines Wollens zu heissen, auch die bei welcher der Aeussernde nicht von der Absicht geleitet ist sein Wollen Dritten kundzutun. Im Diebstal liegt nach diesem gemeinen Sprachgefül wol eine "Willensäusserung" oder "W.Betätigung", aber keine "Willenserklärung".

2, "Stillschweigende Erklärungen" und "Erklärungen durch Schweigen (= Stillschweigen)" zu unterscheiden. Nach der herrschenden Meinung aber kann eine "ausdrückliche WE." durch Schweigen (vgl. § 83 N. g,), und eine "stillschweigende WE." durch Worte (zB. fr. 7 de l. comm. 18, 3) abgegeben werden.

Zugegeben dass dieser Sprachgebrauch Anhalt findet an manchen Quellenstellen und zur Grundlage hat die (in Rom wie bei uns) weitverbreitete Neigung, alle Rfolgen auf Privatgebiet als von den Privaten gewollte zu erfassen, viele Irrungen und Zweifel würden abgeschnitten wenn wir uns allgemein einigen könnten

Willenserklärungen zu heissen nur diejenigen Akte, die bestimmt sind einen Geschäftswillen kundzutun, und also beruhen auf dem Erklärungswillen, und von diesen W.Erklärungen

ausdrückliche zu heissen wo die Kundgebung mittels positiver Zeichen,

stillschweigende wo dieselbe mittels negativer Zeichen, Nichtstun, Schweigen geschieht

Und wenn man bei derselben Gelegenheit dahinkäme, Rfolgen welche das Recht one Rücksicht auf privates Wollen eintreten lässt, anzunemen als das was sie sind, und verzichtete darauf den nicht vorhandenen Willen zu fingiren, und (stillschweigende) Erklärungen in Nichterklärungen zu suchen, so würde auch dies beitragen unser Recht klarer verständlicher und darum brauchbarer zu machen. So weit sind wir aber zur Zeit noch nicht; vielmehr haben wir mit folgenden Faktoren zu tun.

A. Herrschende Meinung: "Willenserklärung" ist "W.Erklärung im w. S." des Textes; "ausdr." — "stillschw." wie ebenda zu 1,. Hauptvertreter Sav. S. a.a.O. S. 242, dem auch Wi. bis zur 5. Ausg. gefolgt ist; De. a.a.O. hält im wesentlichen zur selben Ueberlieferung, stellt aber die Ausdrücke "spezielle — indirekte Erkl." einander gegenüber, von welcher leztern er dann noch die "in bloszem Schweigen" bestehende unterscheidet. Vgl. auch Burckhard d. civ. Präsumt. S. 270 f. und RE. XI 71 betr. die A. Pr. L. R. I 11 § 184 geforderte Ausdrücklichkeit: ". . . bei welcher der [Geschäfts-]Wille zum unmittelbaren [= vom Er-

klärungswillen produzirten] Ausdruck gekommen, und man einer Schlussfolgerung aus Indizien [= Geschäftswillenszeichen die nicht vom Erklärungswillen ausgehn] überhoben ist. Desgl. Bo. II 659, III 421.

Auch De. I 98 hält im wesentlichen an der gangbaren Unterscheidung, bemerkt aber N. 5, dass jeder Schriftsteller das Wort "ausdrücklich" nach Belieben benutzen könne.

Von Wichtigkeit ist, über den Mängeln des herrschenden Sprachgebrauchs den gesunden Kern der beliebten Unterscheidung nicht zu übersehn: dass genügender Grund vorliegt, die beabsichtigten Willenskundgebungen (s. g. "ausdr. WEn.") und die nicht beabsichtigten (s. g. "stillschw. WEn.") als Dinge verschiedener Arten anzunemen und also zu bezeichnen:

a. alle Formvorschriften können sich nur auf "ausdr. WEn." (in diesem S.) beziehen (vgl. unten Beil. IV);

b. Bedingungen Befristungen und sonstige Nebenbestimmungen passen nur zu diesen WEn.

c. Wer den Erklärungswillen hat ("ausdr. WE."), will dass der Andere oder die Anderen das Dasein des Gesch.Ws. bei ihm annemen, wer den Erklär.W. nicht hat ("stillschw. WE.") will eben dies nicht, werden die Andern gleichwol zur Anname des Gesch.Ws. veranlasst, so geschieht das wenn nicht wider, doch one sein Wollen. Hiernach liegen "ausdr. WE." und "stillschw. WE." (in diesem S.) auf dem Gebiet der Rechtsgeschäfte etwa so weit von einander, wie doloses und kulposes Tun auf dem des Unerlaubten. Es scheint unabweislich, dass die absichtliche (ausdr. = dolose) WE. den Erklärenden fester binde als die unabsichtliche (stillschw. = kulpose) WE., und dass ihm die Ablenung der normalen Erklär.folgen bei jener schwerer gemacht werde als bei dieser (vgl. unten Beil. III, C.).

Schliesslich noch dass auch die "WE. mit doppeltem Zweck" dieser Auffassung keine gröszeren Schwierigkeiten bereitet: Eine Körperbewegung samt ihren Folgen (= äusseres Tun) kann zwei Zwecken entsprechen, bestimmt sein zwei Geschäftswillen nebeneinander kundzutun, zB. Versprechen zur Erfüllung einer Bedingung (Verpflichungs- und ErfüllungsW.); sie kann auch bestimmt sein einen GeschäftsW. zu erklären, und nebenher unbeabsichtigt einen andern durchschimmern lassen; in jenem Falle Konkurrenz von zwei ausdrücklichen, in diesem von ausdrücklicher und stillschweigender Erklärung.

B. Dissidenten: es soll weniger auf den Erklärungswillen als auf die Art der Erklärungszeichen gesehn werden. So, untereinander nicht völlig übereinstimmend Schliemann L. v. Zwange S. 103 f.: ausdrücklich in derjenigen Form welcher die all-

gemeine Sitte die Bestimmung zugewiesen hat Ausdruck des Ws. zu sein; stillschweigend in jeder andern. Dem verwant Zitelmann Irrt. u. Rgsch. S. 256 f., Leonhard Irrt. bei nicht. Vertr. § 10, Wi. (6) I S. 199; "ausdrücklich, Aeusserungen welche nach der Verkehrssitte oder kraft besondrer Festsetzung die Bestimmung haben diesen Willen zu erklären"; stillschweigend, wenn sonst "ein Benemen, Tun oder Unterlassen, vorliegt welches auf das Vorhandensein des Willens einen sicheren Schluss gewärt". Durch die Heranziehung der "besonderen Festsetzung" in das Gebiet der ausdrücklichen WE. wird die trennende Kluft zwischen den neueren und älteren Begriffsbestimmungen erheblich verringert. — Aber all diesen Neuerern steht entgegen, dass der Unterschied auf den sie sehen ein verschwimmender und darum schlecht geeigneter ist, rechtliche Differenzen von Bedeutung daran zu knüpfen. Wie oft muss ein Willenszeichen gebraucht sein um "gebräuchlich" zu werden? die Aussprüche der Parteien stehen einander gegenüber, der Richter one eigne Erfarung wendet sich an Sachverständige deren Bescheid lautet: nicht im regelmäszigen Gebrauch, aber doch keineswegs unerhört. Genau besehn ist das "minder gebräuchliche" Zeichen auch ein "minder deutliches" Zeichen. Wer möchte raten "mehr" und "minder deutliche WE." wesentlich verschieden zu behandeln? erst die "ganz undeutlichen" fordern eine besondere Beachtung, nämlich Nichtbeachtung; doch diese Analogie passt für die "stillschweigenden WE." zum wenigsten. — So wenig dem Einzelnen die Berechtigung abgesprochen werden soll, die Bezeichnungen "ausdr. — stillschw. WE." nach Belieben zu gebrauchen, so wird das beliebte Tun doch nur dann von Erfolg begleitet sein, wenn sich herausstellt, dass die fraglichen Namen auf nennenswerte Verschiedenheiten angewant sind.

C. EBG. nimmt eine eigentümliche Zwitterstellung ein:

W.Erklärung ist auch W.äusserung one Erklär.Willen;

"ausdrückliche" und "stillschweigende" WE. unterschieden, aber die Feststellung der Unterscheidung nicht blos im Text unterlassen, sondern in den Motiven I S. 153 ausdrücklich abgelent.

Und doch legt EBG. besondern Nachdruck auf den Gegensatz, der Titel "Willenserklärung" hebt an:

§ 72. Die WE. kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.

An den Gegensatz knüpfen zunächst an:

§ 74, 1: die ausdrückliche "Anerklärung" (vgl. Beil. II) soll dem Anerklärten "zukommen", die stillschweigende "zu seiner Kenntnis gelangen";

§ 74, 3: Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Anerklärers lassen die Wirksamkeit der ausdrücklichen Anerklärung unberürt, sobald diese "behufs der Absendung abgegeben ist", der stillschweigenden, wenn der Anerklärte von derselben Kenntnis erlangt hat.

§ 65, 5, § 123, 3, § 315, 2, § 1288, 1 gilt es als "Verweigerung der Genemigung", falls nicht auf Aufforderung eine "bestimmte und ausdrückliche Erklärung" erfolgt.

§ 1472: "Das Recht des Ehemanns die Ehelichkeit anzufechten erlischt, wenn er das Kind als das seinige durch ausdrückliche WE. anerkennt".

Fast lässt sich vermuten, dass hiernach beide Teile den EBG. als Gesinnungsgenossen in anspruch nemen werden. Was unter A. für die herrschende Meinung und unter B. wider die Dissidenten bemerkt ist, spricht dafür bei der Auslegung der Ausdrücke im EBG. an der älteren Tradition festzuhalten; vgl. Beil. II.

Beilage II. EBG. 74: "Ist die Wirksamkeit einer WE. davon abhängig, dass sie gegenüber einem Beteiligten abgegeben wird (Empfänger der WE.) u.s.w." Gegen die Fassung wäre verschiedenes zu erinnern, die Unterscheidung selber aber ist sachlich begründet; zur bequemen Bezeichnung werde ich, nach Analogie von "ansprechen", ein erklären dieser Art "anerklären" heissen, und dem entsprechend die Ausdrücke "Anerklärung" "Anerklärer" "Anerklärte" verwenden.

Es dürfte nun zunächst darauf ankommen, die einzelnen Stücke der beiden Gruppen von WEn. "Anerklärungen" — "Nichtanerklärungen" ausfindig zu machen, demnächst die besondern Regeln welche für die der einen, und welche für die der andern Gruppe gelten.

Muster von Anerklärungen sind die WEn. beim Vertragsschluss, Offerte und Anname; von Nichtanerklärungen die leztwilligen Testament und Kodizill, dann Zwecksatzung, auch Erbantretung. Auslobung gehört eben hieher, wenn der Anspruch auf das Ausgelobte keine Kenntnis der Auslobung voraussezt (EBG. 581, 2). Aber auch die Anerklärungen schneiden keineswegs ab mit den Vertragserklärungen, Jussus auch in seiner modernen Gestalt, und vermutlich noch anderes gehört dahin. — Eine Zwischengruppe scheinen diejenigen WE. zu bilden, "deren Wirksamkeit davon abhängig, dass sie gegenüber einer Behörde abgegeben" werden; zB. gegenüber

Grundbuchamt: EBG. 834; 872, 1; 960; 965; 977; 1015; 1048; 1061; 1142;

Vormundschaftsgericht: 1537; 1557, 3;

Nachlassgericht: 1266, 2; 1398; 1403, 5; 1475; 1478; 1890; 1892, 2; 1893; 2032; 2040, 2; 2041; 2094, 2; 2104;
Polizeibehörde: 923.

Aber auch unter diesen WEn. sind weitere Artunterschiede warzunemen: bisweilen sind die an die Behörden abzugebenden Erklärungen für sich selbständig wirksam one ein Zutun der Behörde zu erfordern, vgl. zB. EBG. 1537; 1557, 3; in andern Fällen kommt erst durch die Mitwirkung der Behörde (zB. Eintragung oder Löschung in den Grundbüchern) die vollwirksame Haupterklärung zu stande, die Erklärung an die Behörde bildet nur einen unentbehrlichen, und vielleicht auch mit eigenen Rfolgen ausgestatteten Teil derselben, vgl. zB. EBG. 872, 1; 960; 965; 977; 1266, 2.

Gemein mit den andern WE. haben die Anerklärungen:
dass sie ausdrücklich wie stillschweigend geschehn können,
und dass sie, um wirksam zu werden, anlangen und merkbar werden müssen. Eigentümlich, dass sie bestimmten Personen zukommen sollen, daher ihre Wirksamkeit auch durch die Beschaffenheit dieser Personen, der Anerklärten, bedingt wird (EBG. 66). Eine weitere Eigentümlichkeit verordnet EBG. (74, 1), dass von Anerklärungen

die ausdrücklichen nur wirksam werden wenn sie dem Anerklärten zukommen

die stillschweigenden wenn sie zu seiner Kenntnis gelangen.

Diese Entscheidungen sind nach beiden Seiten hin hoch bedenklich, gleichwol ist anzuerkennen dass EBG. mit denselben den Anstosz zu einer wesentlichen Förderung der Lehre von der Perfektion der W.Erklärungen (vgl. § 96) gegeben hat. Uebrigens lässt sich erwarten, dass längere Betrachtung der sachlich verschiedenen Arten von WEn. auch noch weitere Differenzen der rechtlichen Behandlung herausstellen wird. Hier hat EBG. in der Tat auf ein nur durch eingehende wissenschaftliche Arbeit zu bewältigendes Problem verwiesen.

Beilage III. Warscheinlichkeit der stillschweigenden Willenserklärungen; präsumirte und fingirte WEn.

"Facta concludentia" pflegt man Tatsachen zu heissen, deren Nachweis einen Schluss von der erforderlichen Zuverlässigkeit gestattet. Solche Zuverlässigkeit ist keine Gewisheit (diese kann nicht erbracht, darf darum nicht erfordert werden, und wird auch nicht erfordert, wie die Zulassung des Gegenbeweises dartut), sondern nur ein höherer Grad der Warscheinlichkeit (leugnet De. I 98, N. 7 dass "blosze Warscheinlichkeit" genüge, so be-

zeichnet er hiemit irgend einen niedern Grad der Warscheinlichkeit, denn zwischen höchster Warscheinlichkeit und Gewisheit liegt nichts). Zweifellos gehört, wo auf den Geschäftswillen zu schliessen wäre, auch die ausdrückliche WE. zu den konkludenten Tatsachen, und man erfordert bei stillschweigenden WEn. wol darum zumeist Konkludenz, um anzudeuten dass der Schluss aus den bewiesenen Tatsachen auf den zu beweisenden Willen hier nicht minder sicher und zuverlässig sein dürfe, als der von der ausdrücklichen Erklärung. Welche Tatsachen als konkludente anzunemen sind, lehrt Erfahrung aus dem Leben, feste Regeln sind darüber nicht aufzustellen, vgl. Wi. I 72 (6) S. 200. Dazu noch:

A, Die Register zu unsern groszen Spruchsammlungen zeigen dass eben diese Frage, ob aus Nichterklärungen (Erklär. = beabsichsichtigte Kundgebung) im gegebenen Falle ein Geschäftswillen herauszulesen ist, unsere Gerichte überaus häufig beschäftigt hat; vgl. auch Bo. I 654, 657, 659; II 651, 655, 661, 662, 663, 664, 666; III 420, 422, 424, 425; IV 432, 435, 437; V 392, 393. Es liegt nahe derartige Entscheidungen bei späteren Fällen als Vorbilder zu benutzen. Das darf aber nie dahin füren, die besonderen Schattirungen des späteren (zu entscheidenden) Falles ausser acht zu lassen, vielmehr ist allemal, wie das Reichsgericht wiederholt anerkannt hat, die Individualität desselben in ihrem vollen Umfange in betracht zu nemen. Kann sein, dass alle in dem Bericht über den älteren (entschiedenen) angegebenen Momente bei dem späteren wiederkehren, gleichwol aber die Entscheidung anders ausfallen muss, weil zu dieser andere (dem älteren Falle felende) Momente hinzutreten.

B, Wesentlich dasselbe gilt auch für die in Digesten und Kodex enthaltenen Entscheidungen gleicher Art. Allerdings ist der Richter hier etwas fester gebunden, er darf die Folge nicht weigern weil er die vorbildliche Entscheidung für unrichtig hält (Gegensatz der gesetzlichen und der oberrichtlichen Autorität). Aber die Grenzen der Gebundenheit sind hier wie dort dieselben: die Entscheidungen der Quellen gelten auch nur für Fälle, wo neben den dort angegebenen andere beachtenswerte Momente nicht zu entdecken sind, sie gelten nicht, sobald der Richter neue beachtenswerte Momente des ihm vorliegenden Falles findet, und "was beachtenswert" darüber hat Er (der Richter) nach seiner Erfarung von gutem Brauch (ex fide bona) zu entscheiden. Burckhard d. civil. Praesumpt. S. 270f. fürt eine Reihe von Quellenentscheidungen an, bezüglich auf Fälle "wo der Schluss von der Handlung auf den Willen ein so notwendiger, dass es ganz ebenso ist als wäre dieser Wille ausdrücklich durch Worte erklärt worden". Aber auch bei der ausdrücklichen Er-

klärung ist der Schluss von dieser auf den zu grunde liegenden Geschäftswillen kein "wirklich notwendiger", die Möglichkeit des Nichtgewollthabens wird bekanntlich durch die (ausdrückliche) Erklärung keineswegs ausgeschlossen. "So notwendig" ist "relativ notwendig", d. h. eigentlich "nicht notwendig", und bezeichnet nur einen höhern Grad der Warscheinlichkeit.

Dem entsprechen alle von Burckhard a. a. O. zitirten Quellen; durchweg ergeben die angefürten Tatbestandsstücke (der s. g. stillschw. WEn.) einen Schluss auf den fraglichen Geschäftswillen nur unter den Voraussetzungen: dass der Handelnde genügend Kenntnis des ganzen Sachverhalts gehabt, und dass er bei seinen Handlungen keine Bedingungen gestellt, Vorbehalte gemacht u. s. w., von denen in den Stellen nichts zu lesen. Die Zulässigkeit des Gegenbeweises kann s. g. stillschweigender WE. gegenüber so wenig beanstandet werden, wie gegenüber der ausdrücklichen. Danach dürfte es geraten sein, das Erfordernis der "Notwendigkeit" ganz fallen zu lassen: die anzufürenden Tatsachen sollen gerade nur ausreichen die richterliche Ueberzeugung von dem Dasein, richtiger Dagewesensein, des Geschäftswillens zu begründen. Dabei ist ein von Burckhard a. a. O. S. 275 bemerkter Unterschied nicht zu übersehen: häufig reichen die in den Quellen angefürten Momente für sich allein aus, die erforderliche richterliche Ueberzeugung zu begründen, so in all den Fällen auf welche sich die bei Burckhard S. 273—75 zitirten Stellen beziehen; in andern Fällen aber reichen die angegebenen Momente allein nicht aus, die Rückgabe des Schuldscheins allein beweist nicht Erlass der Schuld, Einklagung des Kapitals one Zinsen allein nicht den Erlass der Zinsen, zu dem einen und zu dem andern müssen weitere Momente hinzukommen um die gewünschte richterliche Ueberzeugung ausreichend zu begründen.

C, Inhalt des Gegenbeweises. Gegenüber der ausdrücklichen WE. reicht nach unserer Meinung nicht schlechthin der Gegenbeweis aus, dass Erklärer den fraglichen Geschäftswillen nicht besessen (vgl. § 92 Beil. I a. E. und Beil. III a. E). Hier liegt die Sache anders. Die ausdrückliche WE. beweist

a. das Dasein des Geschäftswillens

b. das Dasein des Erklärungswillens, d. h. der Erklärende will den Schein erzeugen dass er den Geschäftswillen hege.

Der Gegenbeweis der a. zerstört und b. bestehen lässt, kann den Erklärer nicht von der Haftung befreien, die mit b. nach gutem Brauch verknüpft ist.

Die s. g. stillschweigende WE. aber beweist an sich nur das Dasein des GeschäftsWs., und kein Dasein eines ErklärungsWs. Der Erklärer kann also aus einem solchen auch nicht in anspruch

genommen werden, und der Nachweis der Nichtexistenz des Geschäftswillens muss ihn gänzlich befreien (s. auch oben Beil. I A. c.). Indessen darf nicht unausgesprochen bleiben, dass diese Argumentationen nur auf die s. g. stillschweigenden Erklärungen einfachster Bildung sehen,

> äussere Vorgänge, nicht bestimmt einen GeschäftsW. auszudrücken, die aber gleichwol einen solchen als vorhanden erkennen lassen.

In sehr vielen Fällen aber wird der Handelnde, von dem jene äussern Vorgänge ausgehn, zugleich bald wissen und bald wissen müssen (vgl. EBG. 146), d. h. durch sein Tun in Andern die Ueberzeugung zu wecken, dass er den fraglichen Geschäftswillen hege. Ueberall wo diese Momente hinzukommen, kann der nackte Nachweis des Nichtgewollthabens nicht befreien, vielmehr müssen diese Fälle im wesentlichen ebenso wie die s. g. ausdrücklichen WEn. behandelt werden. Hartmann, Werk und Wille (Civ. Arch. LXXII C.), der die vorgetragene Unterscheidung nicht besonders hervorhebt, dürfte dennoch als im wesentlichen übereinstimmend aufzufüren sein.

D. Da nach dieser Auffassung alle stillschweigenden WEn. die Vermutung des Daseins des Geschäftswillens erzeugen, wäre man berechtigt sie ausnamslos auch "präsumptive" oder "präsumirte WEn." zu heissen, würde dann aber auch die ausdrücklichen WEn. aus demselben Grunde mit den gleichen Namen zu nennen haben. Anders wenn unter "präsumirten WEn." nur die auf gesetzlich vorgeschriebener Präsumption (pr. iuris im Gegensatz zur pr. hominis) beruhenden verstanden werden sollten. Hiernach wären augenscheinlich nicht alle "stillschweigenden WEn." auch "präsumptive WEn.", dagegen wäre nicht ausgeschlossen dass "ausdrückliche WEn." gleichfalls zu den "präsumptiven WEn." zälten, wenn einmal die gesetzlich fixirte Präsumptionsbasis von den Beteiligten absichtlich als Wollenszeichen benuzt würde. — Wesentlich verschieden von den stillschweigenden und von den präsumptiven WEn. sind

α, die fingirten WEn.

β, die WEn. ersetzenden Naturalakte.

Bei *α*, legt das Gesetz anderen (im Gegensatz zu den WEn.) Tatsachen, den "Fiktionsbasen", die rechtliche Wirksamkeit der WEn. bei, daher das Danebenbestehn des Willens indifferent, und der Nachweis des Nichtdaseins desselben (s. g. Gegenbeweis), als auf ein nichtsbedeutendes Etwas gerichtet, unzulässig erscheint. Ueber die Naturalakte zu *β*, vgl. § 95, 4.

Beilage IV. Das Gebiet der stillschweigenden WE. ist änlich begrenzt wie das der Erklärungen durch Schweigen (oben § 83, insb. S. 19, 20); wol etwas weiter, da neben dem Schweigen auch andere Mittel als Willenszeichen in betracht kommen. Immerhin bildet das Jasagen auch hier den Hauptanwendungsfall. Einige Beispiele:

Anname von Offerten und was denen gleich kommt, auch die pro herede gestio ist als Bejahung einer dem Delaten vorgelegten Frage zu erfassen, vgl. RE. VI 35;
wissentliche Anname von Alimenten und änlichen Leistungen, die so wenig geschuldet wie geschenkt sind, verpflichtet zur Vergütung, vgl. SA. VIII 130, auch I 57, II 43, VI 36;
die Anname auch von Nebenpunkten und Modifikationen des ursprünglichen Geschäfts, vgl. RE. IV 21, IX 64;
Anerkennung der Rechte Anderer, Billigung empfangener Leistungen und Verzicht auf eigenes Recht, RE. IV 59, und I 67.

Aber auch

bei einer Zuwendung kann die Causa stillschweigend erklärt werden, RE. XIV 55 (dos);

Handelsbevollmächtigte sind stillschweigend bestellt, wenn der Vertretene was geschieht weiss und nicht misbilligt, RE. I 4;

über stillschweigende Erbeseinsetzungen und Vermächtnisse vgl. RE. X 31.

EBG. 72: "Die WE. kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen". Damit ist nicht blos anerkannt, dass überhaupt stillschweigende WE. rechtlich wirksam sein können, sondern des weitern dass der Regel nach, und von Ausnamen abgesehn, alle WE. sogut stillschweigend wie ausdrücklich gemacht werden können. Ausnamen werden gemacht EBG. 65, 5; 123, 3; 315, 2; 1288, 1; 1472; 1918; 1943, 2. Die Motive verweisen noch darauf, dass auch feierliche Formen, und Erklärungen welche an Behörden abgegeben werden, die Ausdrücklichkeit erheischen. Daneben erklärt eine andere Reihe von Bestimmungen die stillschweigenden WE. in besonderen Fällen für zulässig: EBG 81; 86, 3; 116, 1; 127, 2; 290, 4; 354; 667, 2; 684, 2; 742; 1781, 2; 2029. Neben EBG. 72 erscheinen all diese Sätze nicht unentbehrlich. Bedenklich ist

EBG. 86: Die stillschweigende Anname des einem Abwesenden gemachten Antrags ist zulässig wenn der Antragende sie gestattet hat.

Durch EBG. 72 scheint die restriktive Auslegung geboten:

zulässig nur wenn der Antragende u. s w.

Uebrigens kann dieses "gestatten", nach EBG. 86, 2 selber auch stillschweigend geschehen. Aber gerade hiedurch werden Streitigkeiten und Prozesse nahe gerückt: Oblat hat stillschweigend angenommen; dem Offerenten ist die ganze Sache leid geworden, er bestreitet die Gültigkeit des Geschäfts, da er stillschweigende Anname nicht "gestattet" habe; Oblat behauptet dies "gestatten". Zwei Arten stillschweigender Anname hebt EBG. 86, 2 besonders hervor:

> wenn im Antrage sofortige Leistung verlangt;
>
> wenn aus dem Antrage erhellt, dass der Antragende keine Antwort sondern nur Anname erwartet;

aber da diese beiden Arten mit dem Wort "insbesondere" eingeleitet sind, muss es noch andere geben; welche? Darin liegt viel Streitstoff. Minder gefärlich scheint nachstehende Fassung:

> ... zulässig, wo eine ausdrückliche Annameerklärung weder von dem Gesetz oder gutem Brauche geboten, noch von dem Antragsteller gefordert ist.

Aber auch dies könnte fortbleiben, der erfarene Richter weiss soviel onehin.

Beilage V. Parteienerklärungen, welche besondere Formen vorschreiben, finden sich:

1, in Zwecksatzungen (Stiftungsurkunden u. s. w.) für die Verwaltungsgeschäfte des unter die Satzung gestellten Vermögens. Die Wirksamkeit dieser dürfte auch gemeinrechtlich nicht anders zu beurteilen sein als die der gesetzlichen Formvorschriften.

2, In den öffentlich oder doch sonst genügend bekannt gemachten Geschäfts(Betriebs-)Reglements grösserer Unternemen, Eisenbanen, Schiffartsgesellschaften, Bankinstitute u. s. w. — Bedeutung derselben wie zu 1, vgl. RE. I 6.

3, In den Vorverabredungen zu einzelnen Rgeschäften. Der Formverabredung können hier verschiedene Bedeutungen zukommen:

a, dieselbe entbehrt der rechtlich verbindlichen Kraft, bis zur Geschäftsherstellung in den gekürten Formen ist jeder Teil ungebunden und kann beliebig zurücktreten;

b, dieselbe hat die Bedeutung eines verbindlichen "pactum de contrahendo", so dass selbst wenn eine Einigung über alle Einzelheiten noch nicht erzielt wäre, auf Herstellung des Rgeschäfts in der gekürten Form und auf Ergänzung der Einzelheiten durch richterliches Ermessen geklagt werden könnte, vgl. SG. 827;

c, dieselbe enthält den vollendeten Vertrag mit allen Einzelheiten, die feierliche Reproduktion derselben bezweckt nur Sicherung des

Beweises, oder Publikation des Inhalts, oder sonst änliches, hätte aber keinen Einfluss auf die verbindliche Kraft des Rgeschäfts. Da die Parteien häufig diese drei Möglichkeiten nicht genügend auseinanderzuhalten wissen, dazwischen wol noch andere als vorhanden annemen, und sehr oft auch gar nicht wissen was sie wollen, so scheint es nur zweckmäszig wenn die Gesetzgebung hier mit Präsumptionen nachhilft, entweder wie A. Pr. LR. I 5 § 117: "... vermutet, dass nicht blos der Beweis, sondern selbst die verbindliche Kraft von der schriftlichen Abfassung abhängen solle", oder wie SG. 823: "... anzunemen dass die Form blos die Erlangung eines Beweismittels bezwecke".

Im gemeinen Recht verhindert Justinians unglückliche c. 17 de fide instr. 4, 21 (vgl. im rechtsgeschichtlichen Interesse Bruns Syr. Röm. R.Buch, zu § 51 S. 216 f., auch Brunner z. Rgeschichte d. Röm. u. Germ. Urkunde I S. 57 f., 67 f.), nebst pr. I. de empt. uend. 3, 23, cf. c. 15 de C.E. 4, 38, das Zustandekommen einer festen und allgemein befriedigenden Meinung. Man hat versucht diesen Bestimmungen einen harmlosen Sinn zu unterlegen, so besonders Setzer Abh. a. d. CivilR. I [1860], dürfte aber gleichwol mit Keller a. a. O. und Regelsberger Civilr. Erört. I § 28, vgl. auch De. II § 10 N. 2, annemen müssen, dass, nach dem Willen des Kaisers, gleichviel was Parteien, welche die schriftliche Abfassung gekürt ("in scriptis fieri placuit"), damit beabsichtigt haben, die bindende Kraft des Geschäfts stets erst mit vollendeter Form ("per omnia completum et absolutum sit") eintrete; vgl. auch c. 5 plus ualere 4, 22: "neutrum contractum constitisse". — Dies Resultat hat begreiflicher Weise der Praxis, meist auch der Theorie, vgl. Regelsberger a. a. O. § 29, schlecht gefallen, und sie hat sich neuerdings überwiegend dawider entschieden, vgl. SA. I 198, VIII 350, XII 259, XVI 102, XXV 225, XXVII 108, XXXIII 295, one übrigens zu übereinstimmender Auslegung der c. 17 cit. zu gelangen, vgl. Bo. I 682. Die Entscheidung RE. IV 58 scheint im wesentlichen mit der Setzerschen Auffassung übereinzustimmen, enthält aber nichts wodurch dieselbe unterstüzt, oder die Regelsbergersche Widerlegung beseitigt würde. Korrekter wäre wol die richtige Interpretation nicht zu verleugnen, dagegen aber eine derogatorische Gewonheit anzunehmen, wonach c. 17 cit. nur dann noch zur anwendung kommen dürfte, wenn anders nicht zu ermitteln wäre, welche Bedeutung die Parteien der gekürten Form beizulegen beabsichtigten.

EBG. 91, 2 stellt im Zweifel die Wirksamkeit der gekürten Form der der gesetzlich vorgeschriebenen gleich, entscheidet sich also, wie die Motive hervorheben, im wesentlichen wie Pr. L.R. I 5 § 117, Zürch. GB. § 913, Schweiz. G. über Obl. R. 14, und gegen

SG. 823 und Dresd. Entw. 77, und erkennt regelmäszig auch der mündlichen Einigung nicht die Kraft zu, einen Anspruch auf Erfüllung der Form zu begründen, one sich übrigens ausdrücklich wider die Wirksamkeit von Punktationen zu äussern.

Unterschieden von der Frage, welche von den möglichen Verabredungen im besondern Falle anzunemen wäre, ist die andere, was die einzelnen Verabredungen wirken; die Antwort bereitet für die unter 3, a, und b, aufgefürten Fälle keine Schwierigkeit, wol aber für die zu 3 c, gehörigen, vgl. Degenkolb, die Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion, Civ. Arch. LXXI S. 161 f.: bei Differenzen zwischen der (bindenden) Vorverabredung und dem reproduzirten Vertrage, welche Fassung geht vor? Degenkolb a. a. O. S. 164—73 fürt an, wie die Stimmen der Gegenwart in Litteratur und Praxis hierüber auseinandergehn. Keinem Teile ist unbedingt und ausnamslos recht oder unrecht zu geben. Auch die "bindende Vorverabredung" ist doch nicht völlig unlösbar, bindend nur für die einzelne Partei, durch Einigung aller Beteiligten aber stets, insonderheit bei der Vertragsreproduktion wiederaufzuheben; so dass auch betreffs der rechtlichen Möglichkeit, einzelne Vertragsbestimmungen mittels gegenseitiger Einigung durch andere zu ersetzen, kein Zweifel bestehn kann. Selbstverständlich muss in solchen Fällen die Bestimmung der Vertragsreproduktion ausschlag geben, vgl. die bei Bähr, Urteile des Rgerichts unter XI zitirte RE. v. 9. 3. 8 nebst ROHG. II 45, III 45, VII 32, X 18 u.s.w.; wogegen falls one derartige gegenseitige Einigung die Vertragsreproduktion mit der Vorverabredung in widerspruch träte, leztere wider jene aufrecht zu erhalten wäre. Im wesentlichen übereinstimmend Bähr a. a. O., der mit recht bemerkt, dass prozessualisch die Bezugname auf die Vorberedungen "stets eine selbständig zu erweisende Einrede bildet". Vgl. hiezu noch Bo. I 704, 705, III 443, V 408.

§ 94.

Zweiseitige und mehrseitige Rechtsgeschäfte; Verträge.

Ar. 63, 230—32. Ba. 48, 212. Bz. (1) 351, 359. De. I 92, II 11. Ke. 62. Pu. 54, 251. Sa. S. III 140—41. Se. I 73, II 256. Va. I 89, III 603. Wä. I 73, II 185. We. 38. Wi. I 69, II 305–07.

Zwei- und mehrseitige Rgeschäfte sind diejenigen, zu deren typischem[a]) Tatbestande Willenserklärungen von zwei und

[a]) Zwei und mehrseitige Geschäfte liegen also da nicht vor, wo der Geschäftstypus die Erklärung nur Einer Person fordert, die besondern Verhältnisse des Erklärenden aber WEn. von Mehren nötig machen,

mehren Personen gehören. Von diesen Rgeschäften heissen wir Verträge[b]) diejenigen, welche sich auf die Rverhältnisse[c]) der erklärenden Personen zu einander beziehen, sei es dass sie diese Verhältnisse verändern[d]) oder befestigen[e]) sollen. Der rechtliche Schutz der Verträge beruht auf den Bedürfnissen des Verkehrs[f]).

Nach heutigem Rechte[g]) gehören zum Tatbestande der Verträge regelmäszig[h]) zwei wesentlich von einander verschiedene WEn.[i]):

---

zB. wenn die Ehefrau des Konsenses ihres Gatten, Kinder der Genemigung der Eltern, Mündel der Zustimmung ihres Vormunds bedürfen. Macht eine Stadt eine Stiftung, über welche Magistrat und Stadtverordnete sich zu einigen haben, so bleibt die Stiftung dennoch ein einseitiges Rgeschäft.

[b]) Schlossmann d. Vertrag, Eisele kr. Vschr. XX S. 14 f.; vgl. Schott d. oblig. V. unter Abwes., Karlowa Rgsch. § 3. — Ueber den Vertrag im Röm. R. fr. 1 § 2, 3 de pact. 2, 14 fr. 3 pr. de pollic. 56, 12; fr. 5 de pact.; dazu Böcking Pand. I § 106, Pernice Labeo I S. 403 f.; über moderne Definitionen Schlossmann a. a. O. § 11, dazu Pernice in Grünhuts Zschr. VII S. 490 f. — Ueber das Verhältnis des Vertrags zu andern mehrseitigen Rgeschäften Beil. I.

[c]) Und zwar jenachdem völkerrechtliche statsrechtliche vermögensrechtliche familienrechtliche u. s. w. Verhältnisse, wonach wir völkerrechtliche, statsrechtliche, privatrechtliche u. s. w. Verträge zu unterscheiden gewönt sind.

[d]) Das Gewönliche; hieher gehören auf vermögensrechtlichem Gebiete alle Zuwendungen einschliesslich der Sicherungsgeschäfte, Ermächtigungen, Genemigungen, Verzichte auf negative Rechte u. s. w.

[e]) Feststellungsgeschäfte und Erhaltungsakte, vgl. § 109—11. Dass die Grenze zwischen den Aenderung und den Festigung bezweckenden Rgeschäften nicht immer ganz rein zu ziehn ist, wird zuzugeben sein.

[f]) Beil. II.

[g]) Denn auch der Begriff des Vertrages ist nichts weniger als unwandelbar.

[h]) Ueber etwaige Abweichungen von dieser Regel, insonderheit über die mögliche Ersetzung der Annameerklärung durch andre Akte § 95, 4. Für die Anwendung der Regel macht es keinen Unterschied, ob die Beteiligten persönlich zusammen sind (Vertragsschliessung mit Anwesenden oder Gegenwärtigen), oder nicht, wo die Erklärungen dann an "Abwesende" zu ergehn haben. Gleichwol ergeben sich gewisse Differenzen, da bei dem Abschluss mit einem Abwesenden die Bedeu-

"Offerte" "Antrag" "Anerbieten" "Vertragsanerbieten", die an den andern Teil gerichtete Aufforderung[k]) zum Vertragsabschluss mit ausreichender Darlegung des Vertragsinhalts[l]), die einstweilen den Offerenten an sein Wort bindet[m]);

"Acceptation", "Anname", "Annameerklärung", eine der Aufforderung entsprechende Zusage[n]) des Oblaten, die den Vertragsabschluss bewirkt.

Das normale Zustandekommen eines Vertrags fordert ebenso Kenntnis des Oblaten von dem Anerbieten, wie Kenntnis des Offerenten von der Anname[o]).

Selbstverständlich können die Wirkungen eines Vertrags vor dem Zustandekommen desselben nicht ins leben treten, doch bestimmen einzelne Gesetze den Umfang dieser Wirkungen nach den Zuständen eines früheren Zeitpunkts[p]).

---

tung der einzelnen Momente klarer hervortritt, wärend dieselben bei den Verhandlungen unter Gegenwärtigen leichter ineinanderlaufen, vgl. DHGB. 318, und 319—21, EBG. 83, und 84—86. Beiläufig dass bei der Vertragsschliessung durch das Telefon die Verhandlungen als unter Gegenwärtigen gefürte zu betrachten sein dürften, vgl. Meili d. TelefonR. S. 199 f.

i) Beil. III.

k) Die Offerte ist allemal eine Frage, aber eine Frage besonderer Art, indem sie zugleich das Bereitsein des Fragenden, auf ein Rgeschäft von bestimmtem Inhalt (vgl. N. l,) einzugehn, in verbindlicher Weise (vgl. N. m,) ausspricht. — Am ausfürlichsten behandelt von Marsson die Natur der Vertragsofferte [Inaug.-Dissert. Greifswald 79].

l) Die Offerte muss um gültig zu sein vollständig sein, so dass der Vertrag durch bloszes Ja des Oblaten perfizirt werden könnte. Ausdrücklich erklärt EBG. 80 nur denjenigen Antrag für verbindlich, welcher

> die zum Wesen des beantragten Vertrags gehörenden Teile enthält, one die Vereinbarung weiterer Bestimmungen vorzubehalten (vgl. EBG. 78, 1).

Damit ist aber keineswegs gesagt, dass die Offerte wörtlich einen vollständigen Vertragsentwurf enthalten müsse, zweifellos ist eine Bezugname auf Vorverhandlungen gestattet, und für diese Bezugname keine feste Form vorgeschrieben.

m) Beil. IV.

n) Ueber die Fälle wo Anname und Offerte mehr oder weniger auseinandergehn unter § 129.

o) Vgl. § 96 Beil. III.

p) DHGB. 321, änlich EBG. 87; ausfürlich darüber § 96 Beil. IV.

Beilage I. Zweiseitige Rechtsgeschäfte die Verträge nicht seien leugnet u. a. Wächter Pand. I 73: "Die Verträge sind nicht blos Beispiele zweiseitiger Rechtsgeschäfte sondern der einzige mögliche Fall derselben"; auch Wi. (6) I 69 § 189—90: "Das zweiseitige Rechtsgeschäft heisst mit einem geläufigeren Ausdruck Vertrag". Sie übersehen was Sa. S. und Pu. a. a. O. andeuten, Ke. a. a. O. aber scharf betont, "wodurch ein Rechtsverhältnis unter ihnen bestimmt werden soll". Denn wenn die Mitglieder eines Majoritätsverbandes durch ihre übereinstimmenden WEn. beschliessen, so besteht deshalb (wegen dieser erklärten Uebereinstimmung, und abgesehn von dem besondern Falle wo sie sich vorher gegeneinander gebunden hätten, so übereinstimmend zu beschliessen) ein Vertragsverhältnis unter ihnen nicht, so wenig wie unter zwei Miteigentümern die one vorhergehende bindende Einigung unter sich übereinstimmende Dispositionen, Freilassung Belastung des Grundstücks u. s. w. treffen, oder unter dem Disponenten und dem Ratihabenten, Vater und Son, u.s.w. Auch Erbverträge fordern dass die handelnd Beteiligten nicht blos übereinstimmendes, sondern auch dass sie speziell Einer gegenüber dem Andern sich binden wollen. One die Einzelfreiheit in der Wortbenutzung zu beschränken, muss man anerkennen dass der (gemeine) Sprachgebrauch nicht schwankt: im Fall der RKO. 169 zB. schaffen die für den Akkord votirenden Gläubiger durch ihre Abstimmungen ein Vertragsverhältnis sich wol zum Gemeinschuldner, aber nicht unter einander. Sollte auch hier ein Vertrag angenommen werden, so könnte dieser keinesfalls durch Offerte und Acceptation zu stande kommen; daher ich auch nicht glaube mit Windscheid hier in sachlich begründetem Gegensatze zu stehn (vgl. Beil. III).

Beilage II. Der in den Text gestellte Satz muss in einer Zeit welche die naturrechtlichen Regungen noch nicht ganz verwunden hat, und zu groszen gesetzgeberischen Arbeiten berufen ist, nachdrücklichst betont werden. Die entgegengesezte Auffassung tritt beispielsweise sehr deutlich bei Brinz hervor:

> die obligatorische Wirksamkeit des Offertes leidet an innerem Widerspruch, ob sie nun gesetzlich sanktionirt sei oder nicht (Pand. 2. Ausg., II S. 143);

dawider Siegel d. Versprechen [13] und L. Seuffert z. Gesch. d. oblig. Vertr. [81]. Der von Bz. gerügte Widerspruch ist keineswegs ein innerer, sondern kehrt sich wider die aprioristische Anname einer mystischen Wirksamkeit des Konsenses, die der richtigen Wertschätzung so der Willenszeichen wie der einseitigen W.erklärungen im wege steht.

Verträge sind Rgeschäfte, Rgeschäfte sind juristische Tatsachen, was für diese alle gesagt ist, § 81 auch § 92, gilt selbstverständlich auch für die Verträge; aber gerade die Vertragslehre bildet gleichsam den Brennpunkt des Kampfes der gegen die innerlich naturrechtliche äusserlich romanisirende, hier an das vieldeutige Quellenwort "consensus" sich anklammernde Doktrin zu füren ist. So erfreulich der prinzipielle Widerspruch des EBG. (vgl. Mot. I S. 16, 17) gegen diese Doktrin ist, allein genügt er nicht, vielmehr ist zu fordern, dass das Vertragsrecht auch in allen Einzelheiten den Bedürfnissen des heutigen Verkehrs, und dem aus der Warnemung derselben erwachsenden allgemeinen Rechtsgefüle gemäsz gestaltet werde.

Beilage III. Dass Offerte und Anname wesentlich gleichartige nur durch Zeit und Folge unterschiedene WEn. seien, wie ich Jb. d. gem. Rs. II S. 355 f. III S. 116 f. angenommen, ziehe ich trotz der Zustimmung von Hauser Zschr. f. H. R. XII S. 47 und De. II § 11 N. 2, dawider Leonhard Irrtum S. 71, Degenkolb Arch. f. civ. R. LXXI S. 17, hiemit ausdrücklich zurück, und möchte mich eher zu dem von Wi. (6) I 69 S. 189 gebrauchten Bilde bekennen:

> der von dem Einen erklärte Wille muss durch die WE. des Andern ergriffen und festgehalten werden.

Umgestimt haben mich neben der Ueberzeugung, dass die alte Meinung in der tat nur ein Auswuchs naturrechtlicher Gedanken über den "consensus" gewesen, praktische Erwägungen; dazu DHGB. 318—323. Der Fall der sich kreuzenden Offerten ist wol geeignet zur Illustration des Gegensatzes, im Leben wird er selten vorkommen (vgl. aber Girtanner Rechtsf. 217), und wo er vorkommt kann er zu ernsten Differenzen unter den Beteiligten kaum anlass geben. Dagegen knüpfen sich an das Erfordernis einer Acceptation als Vertragsessentiale mannigfaltige Konsequenzen: die WE. welche, beruhend auf vollständiger Kenntnis der Sachlage, bestimmt ist, den Offerenten und dessen Vermögen nach Maszgabe der in der Offerte liegenden Ermächtigung (vgl. § 106) zu binden, und zugleich in beziehung auf das Dispositionsgebiet des Oblaten selber abschliessend verfügt, drängt sich unaufhaltsam zur ersten Stelle hindurch, und erwächst zum Hauptstücke des ganzen Vertragstatbestands, neben welchem alle andern, gleichfalls unentbehrlichen Bestandsstücke, zu der Bedeutung von Vorbereitungsakten herabsinken. Es liegt auf der Hand, wie diese Anschauung die Beantwortung der wichtigsten Detailfragen beeinflussen muss.

EBG. 77: Zur Schliessung eines Vertrags wird erfordert, dass die V.schliessenden ihren übereinstimmenden Willen sich gegenseitig erklären

gibt keine Entscheidung der aufgeworfenen Frage; doch lässt sich eine Antwort in unserm Sinne vermuten aus EBG. 80, der den "Antrag" als notwendiges Stück jeder (erst § 84—86 behandeln die Vertragsschliessung mit Abwesenden) zu betrachten scheint. Die Mot. I S. 164 sagen dagegen: "Die in einem Vertrage sich zusammenschliessenden WEn. erfolgen der Regel nach nicht gleichzeitig". Aber dabei ist vielleicht nur daran gedacht, dass bei der Vertragsschliessung unter Anwesenden die einzelnen Erklärungsstücke so durcheinander gehn können, dass Offerte und Accept tatsächlich nicht sicher geschieden werden können; und welchen Wert hat solcher Ausspruch der Motive?

Beilage IV. Ueber dies "ans Wort binden" Siegel d. Versprechen als Verpflichtgr. § 5, vgl. auch § 3—4, und § 7—8. Dieselbe Gebundenheit anerkennt DHGB. 319, vgl. Pr. L.R. I 5 § 90—103, Oest. GB. 862, Bayr. Entw. II 8—10, Dresd. Entw. 45—47, Schweiz. G. üb. Oblig.R. 3—6; abweichend SG. 816.

Aus den Römischen Quellen dürfte die, von der älteren Lehre geleugnete, bindende Kraft der Offerte kaum zwingend zu erweisen sein, aber für unsere von den Römischen verschiedenen Verkehrsverhältnisse macht sich das praktische Interesse so energisch geltend, dass nachdem das DHGB. durchgegriffen, auch in gemeinrechtlichen Nichthandelssachen für den Richter kaum noch die Möglichkeit besteht abweichend zu entscheiden. Die Gründe, welche die EBGkommission bestimmt haben, dem Vorbild des DHGB. im wesentlichen zu folgen, sind in den Motiven I S. 165 f. ausfürlich erörtert, darin vieles was auch für die Rechtsprechung der Gegenwart durchschlagend erscheint. Der einzig beachtenswerte Gegengrund, dass die Gebundenheit des Offerenten die Spekulation des Oblaten unbillig begünstige, verliert seine Bedeutung, wenn die gesetzlichen Schranken der Geltungsdauer der Offerte eng gezogen, und überdies dem Offerenten frei steht dieselben noch enger zu ziehn, oder gar die Gebundenheit an die Offerte gänzlich auszuschliessen.

Im einzelnen bestimmt EBG.:

§ 80: Allgemeine Verordnung der Gebundenheit des Offerenten, falls die Offerte vollständig und definitiv ["one die Vereinbarung weiterer Bestimmungen vorzubehalten"] ist.

§ 82: Der Antragende kann die Dauer seiner Gebundenheit bestimmen. Diese Bestimmung kann unter Anwesenden

wie unter Abwesenden, ausdrücklich oder stillschweigend geschehn (Mot. I S. 168).

§ 83: Anträge unter Anwesenden sind sofort anzunemen (= DHGB. 318).

§ 84: Anträge an Abwesende sind so bald, wie das unter vernünftiger Beachtung der Verkehrssitten möglich, anzunemen. Genauer

der Antragende bleibt "bis zu dem Zeitpunkte gebunden, in welchem er bei Unterstellung der rechtzeitigen Ankunft des Antrags und der nach der Verkehrssitte als rechtzeitig zu betrachtenden Absendung der Antwort den Eingang der lezteren erwarten darf".

§ 85: Rechtzeitig abgesante Anname, die verspätet eintrifft, verpflichtet den Offerenten, den Oblaten von dieser Verspätung "unverzüglich zu benachrichtigen", und wirkt, falls diese Benachrichtigung nicht rechtzeitig abgesant wird, als gültige [nicht verspätete] Annameerklärung.

§ 88: "Die verspätete Anname des Vertragsantrags gilt als ein neuer Antrag."

§ 81: Der Antragende kann seine Gebundenheit an den Antrag durch WE., ausdrücklich oder stillschweigend ausschliessen.

Dazu:

A, Völlig unbedenklich wird die EBG. 88, 1, verordnete Erweiterung von DHGB. 322 (= EBG. 88, 3) erscheinen.

B, Auch EBG. 85 wird prinzipiell als dem allgemeinen Verkehrsinteresse und dem aus diesem erwachsenden Rechtsgefül entsprechende Bestimmung anerkannt werden müssen; sie befriedigt noch mehr als die Pr. L. R. I 5 §§ 100, 104, 105 und DHGB. 319, 2 versuchten Lösungen desselben Problems, vgl. Mot. I zu § 85. Nur ein praktisches Bedenken bleibt zu erwägen: wie ist die Rechtzeitigkeit der Absendung zu erweisen? Regelmäszig nicht schon durch das Datum des Annameschreibens; denn damit würde dem Oblaten die Versuchung zu einem spekulativen Misbrauch desselben zu nahe gerückt. Also, von Ausnamen abgesehn, nur durch von der Willkür des Oblaten unabhängige Tatsachen, also namentlich durch den Annamestempel des bezüglichen Briefes. Daran muss sich der Wunsch knüpfen, diesen Annamestempeln eine mehr als die bisherige in die Augen fallende Erscheinung zu geben, und sie namentlich von den Ausgabestempeln sei es durch Form oder Farbe besser zu unterscheiden.

C, Die meisten Bedenken knüpfen sich an EBG. 81. Die so den Offerenten nichtbindende Offerte, ist gleichwol Offerte (nicht blos Aufforderung zu einer solchen), die darauf erfolgende Annameerklärung perfizirt den Vertrag; daran kann, so nach dem Text von EBG. wie nach den Motiven, kein Zweifel bestehn, und zwar wäre nach EBG. 74, 1 der entscheidende Augenblick der, wo die Annameerklärung (die auf derartige Offerten regelmäszig nur eine ausdrückliche sein wird) dem Offerenten "zukommt". Nach diesem, da der Vertrag perfekt geworden, wird das Verhalten des Offerenten indifferent: was muss derselbe vorher getan haben um seine Ungebundenheit zu waren und das Zustandekommen des Vertrags auszuschliessen? Den Beschluss gefasst haben von dem Antrag zurückzutreten? oder diesen Beschluss auch zu Papier gebracht haben? Beides Vorgänge deren Zeitpunkt sehr schwer sicher zu erweisen ist, und die deshalb als entscheidende anerkannt leicht zu ungesunder Spekulation verleiten könnten. Man dürfte also zu erfordern haben, dass die Zurückziehung der Offerte vorher bereits abgesant worden. Dadurch wird die Ungebundenheit des Offerenten wesentlich eingeschränkt. Vielleicht entspräche folgende Bestimmung den beiderseitigen Interessen in solchem Falle zum besten:

> trifft die Annameerklärung rechtzeitig bei dem Offerenten ein, so hat dieser den Oblaten unverzüglich zu benachrichtigen, ob der Vertrag gültig zustande gekommen oder nicht, Säumnis hat die Gültigkeit des Vertrags zur folge.

Hiernach bliebe auch in dem Falle, auf den EBG. 81 rücksicht nimmt, die Offerte Offerte, und nur das Widerrufsrecht des Offerenten erfüre eine zeitliche Erweiterung. Das sind klare juristische Gedanken, unter deren Herrschaft die Parteien und Richter sich leicht zurecht finden würden.

§ 95.

Gemischte Rechtsgeschäfte.

Mit der Ueberschätzung des Willensmoments geht in der modernen Doktrin zusammen die Unterschätzung aller andern juristischen Tatsachen[a]). Hier steckt die wissenschaftliche Ar-

[a]) Keine monografische Litteratur, in den Lehrbüchern eine auf gelegentliche beiläufige Erwänungen beschränkte rein oberflächliche Behandlung. Die einzige von all den zu diesem Paragrafen gehörigen Fragen, welche eingehend durchdiskutirt worden, ist die Beil. I C, berürte.

beit, Begriffsbildung und Namensgebung noch in den ersten Anfängen.

Heissen wir also diejenigen Rechtsgeschäfte, deren Tatbestand verschiedene Elemente, neben den Willenserklärungen andere (nicht als Willenszeichen wirksame) Tatsachen, in sich begreift, "Rgeschäfte von gemischtem Tatbestand", kürzer "gemischte Rgeschäfte"; und diejenigen Tatbestandsstücke die keine WEn. sind "Naturalakte"[b]). Den Gegensatz der "gemischten" bilden dann die "reinen Willensgeschäfte".

Die Ursachen der rechtlichen Berücksichtigung der Naturalakte sind nicht immer die gleichen, ebenso wie ihre Bedeutung gegenüber der der WEn. auch nicht überall dieselbe ist. So ergeben sich unter den "gemischten Geschäften" verschiedene Gruppen:

1, "Naturalgeschäfte"[c]), zu deren Bestand "Naturalakte" unerlässlich sind[d]). Diese Naturalakte schaffen ökonomisch wich-

---

[b]) "Naturalakte" und WEn. haben das gemein, dass sie äussere Vorgänge sind, also sinnlich warnembar, nachträglich nie ungeschehn zu machen, und von fysischen Folgen begleitet die wol aufgehoben und ausgeglichen, aber gleichfalls nicht ungeschehn gemacht werden können. Bei der WE. erscheinen die fysischen Folgen, soweit sie nicht zum kund- und verständlich-werden der Erklärung unentbehrlich sind, wertlos, die ganze Bedeutung der WE. beruht darauf, das Dasein eines andern an sich ungreifbaren aber vom Recht als wirksam anerkannten Vorgangs ("des Willens") anzuzeigen. Der Naturalakt kommt auch als Zeichen in betracht, übrigens beruht seine juristische Bedeutung auf ihm selber und seinen fysischen Folgen. Regelmäszig werden daher diese, verglichen mit denen der WEn., von derberer Konsistenz und solcher ökonomischen Bedeutung sein, die im Verkehr nicht wol unbeachtet bleiben kann, beispielsweise körperliche Umgestaltung, auch Zerstörung einer Sache, innige Verbindung zweier Sachen miteinander, Einräumung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache, Zeugung Geburt und Tod des Menschen, Einwirkungen mit bleibenden Spuren auf denselben u.s.w.

[c]) Vielfach werden diese "Naturalgeschäfte" auch "Realgeschäfte" geheissen. Ich habe diesen Brauch auch erst aufgegeben, nachdem ich dieselben von den zu 2, genannten "Realgeschäften" unterscheiden gelernt. Uebrigens würden Testament und Kodizill als "Realgeschäfte" manches Kopfschütteln erregen.

[d]) Keine Perfektion des Geschäfts vor der Vollendung des dazu gehörigen Naturalakts. Die Reihenfolge der zu einem Tatbestande

tige im Verkehr nicht zu übersehende natürliche Folgezustände, und dürften insofern als Hauptstücke des Tatbestands aufgefürt werden, als sie meist auch one hinzutretende WEn. rechtliche Folgen nach sich ziehn. Der Art:[e]) alle Geschäfte auf den Todesfall, Okkupation Tradition Dereliktion, Begründung[f]) des Wonsitzes, u.s.w.

2, "Realgeschäfte" eine Erweiterung des Römischen Begriffs der Realkontrakte[g]). Bei allen diesen handelt es sich um einen Austausch von Leistungen, und zwar kann derselbe ein (gegen-

gehörigen Naturalakte und WEn. ist bisweilen beliebig, zB. bei der Tradition (vgl. auf der einen Seite fr. 46 de R. V. 6, 1 auch EBG. 803, 2, auf der andern fr. 16 pr. de praescr. uerb. 19, 5, fr. 6 de donat. 39, 5), bisweilen festen Regeln unterworfen, wie bei den Geschäften auf den Todesfall.

e) Früher sind einzelne Naturalgeschäfte nicht selten für Formalgeschäfte ausgegeben, zB. die Tradition (dawider Bekker Besitz S. 87 f.) Das Prinzip der Unterscheidung ist einfach: der "Form" geheissene Vorgang wirkt als Zeichen eines andern, der "Naturalakt" für sich, der eigenen natürlichen Folgen wegen. Da aber der Naturalakt zugleich auch Willenszeichen sein kann, so erklären sich die Verwechselungen, denen man entgehn wird, wenn man scharf darauf sieht, ob der fragliche Vorgang das allein zulässige Willenszeichen (Form) ist, oder ob er auch Nichtwillenszeichen sein, und neben ihm ein anderes Willenszeichen das Geschäft perfiziren kann. Einigermaszen zweifelhaft:

das Zusammenziehn der Ehegatten (deductio in domum, und was ihr gleichkommt) bei Eingehung einer Römischen Ehe; Naturalakt, die Konsenserklärung steht daneben, vgl. zB. fr. 5 de ritu nupt. 23, 2;

Herausgabe des Papiers bei der Kreation von Inhaberpapieren, nach der EBG. 686 verworfenen Meinung, ist Geschäftsform, der Wille das Papier mit der Forderung zu bekleiden kann von dem Aussteller nicht anders erklärt werden;

Aushändigung des Wechselaccepts, nach der RE. IX 9 verworfenen Meinung, wäre Form aus gleichem Grunde.

f) EBG. 34, vgl. diese Pand. I 52.

g) Im "re obligari" bezeichnet "res" ursprünglich wol die körperliche Sache die vom Einen auf den Andern kommt; später die Bereicherung, bestehe sie auch blos im tatsächlichen Haben (depositum), oder werde sie one Besitzübertragung bewirkt "facio ut des", "facio ut facias".

seitig) verabredeten oder ein nur einseitig gewollter[h]) sein. Aber nicht alle Tauschgeschäfte sind Realgeschäfte, sondern nur diejenigen, wo die Ausfürung einer Leistung zum Tatbestande (zur Perfektion) des Geschäfts gehört[i]). Die meisten "Realgeschäfte" sind zugleich "Naturalgeschäfte"[k]).

3, Rechtsgeschäfte mit fingirten Willenserklärungen, die in der tat Naturalgeschäfte (1,) sind, aber nicht als solche offen anerkannt[l]) werden.

4, Rechtsgeschäfte, bei denen die normal erforderlichen Willenserklärungen durch Naturalakte ersezt werden. Dies kann überall da geschehn, wo s. g. stillschweigende WEn. zugelassen werden, zumal wo die Zulassung auf einer gesetzlichen Präsumption[m]) beruht.

5, Wo zu den normal erforderlichen Tatbestandstücken durch

---

[h]) Ich rechne also zu den "Realgeschäften"

I. nur entgeltliche, "Leistung um Leistung", oder "Leistung um andern Entgelt" (vgl. II Aβ, Bγ.),

II. mit den dazu gehörigen Willenserklärungen

A. zweiseitigen

α. obligatorische Tauschverträge

β. Zalungs- und Satisfaktions-Verträge (Leistung um Aufhebung der Schuld gegeben und genommen),

B. einseitigen

α. negotiorum gestio,

β. spontane Leistung nicht unentgeltlicher Dienste, vgl. zB. SA. I 354, II 177, IV 216, VIII 259, IX 29, XII 154, 155, XV 135, XVII 256, XX 30;

γ. Zalung durch einseitige Handlungen die, wie beispielsweise die Ausfürung vieler Arbeiten, keiner Anname seitens des Gläubigers bedürfen.

[i]) Beil. I.

[k]) Als Ausnamen kommen diejenigen Fälle in betracht, bei denen die Leistung, wie zB. Cession oder Erlass einer Forderung, selber nicht durch Naturalakte sondern Willenserklärungen zu bewirken ist. Zweifellos dass die Ausfürungsgeschäfte auch dieser Art zu den Realgeschäften zälen, vgl. fr. 5 pr., fr. 9, 16 de praescr. uerb. 19, 5. Ueber die rechtliche Behandlung derselben Beil. III B.

[l]) Beil. II A.

[m]) Beil. II.

Nebenbestimmung (Bedingung im w. S.)[n]) Naturalakte als ausserordentliche Tatbestandsstücke angeschlossen sind.

Gemeinsame Regeln für alle gemischten Geschäfte scheinen nicht erfindlich. Wol aber fordern die zu Tatbestandsstücken gemachten Naturalakte ihr eigenes Recht: ihre natürliche Beschaffenheit verbietet durchgängig sie den für die WEn. als Tatbestandsstücke aufgestellten Regeln ausnamslos zu unterwerfen, reicht aber nicht hin aus ihr (d. h. "aus der Natur d. Akte") andere Regeln herzuleiten, welche statt jener für diese Akte allerzeit und allerorts zu gelten hätten[o]); daher das Uebersehn und Uebergehn derselben im EBG. zu bedauern[p]) ist.

Beilage I. Die Realgeschäfte in Rom und in der Gegenwart.

A, Realkontrakte kennt das Röm. R. die vier benannten (mutuum commodatum depositum pignus) und die unbenannten (do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias), überall Leistung von der einen gegen Leistung von der andern Seite, und dadurch verschieden von den Konsensualkontrakten die auch Tauschgeschäfte sind (emptio et uenditio, locatio et conductio), dass bei ihnen zur Perfektion des Tatbestandes und zur Herbeiführung der rechtlichen Geschäftsfolgen erfordert wird

Verabredung (consensus) und Leistung (Ausführung der übernommenen Obliegenheiten) von einer Seite,

wärend bei den Konsensualkontrakten

Verabredung allein, one Leistung,

eben dazu genügt.

n) Sowol die Bedingung i. e. S. wie der dies incertus quando bewirken eine Erweiterung des Normaltatbestands, vgl. übrigens §§ 114—15.

o) Beil. III.

p) Der Hauptfeler steckt in der Identifizirung von Rechtsgeschäft und Willenserklärung, s. Mot. I S. 126. Damit ist die Möglichkeit unbefangener Durchprüfung des geschäftlichen Tatbestandes, und Herstellung eines demselben entsprechenden Rechts abgeschnitten. EBG. kennt keine Naturalakte, Natural- und Realgeschäfte werden unter Satzungen gezwängt, die für reine Willensgeschäfte erdacht sind, daher bald Lücken bald schiefe Vorschriften an den Stellen wo jene Geschäfte (vgl. Beil. III A. und B.) ihr eigenes Recht fordern. EBG. 742, dazu RE. XIII 3, 43, reicht zur Lösung der auftauchenden Zweifel durchaus nicht aus.

Unser "Realgeschäft" umfasst

1, diese Römischen Realkontrakte, und daneben zwei denselben verwante Gebilde, und zwar

2, diejenigen obligatorischen (Oblig. zeugenden) Tauschgeschäfte, die keine Kontrakte, keine Verträge sind, zu deren Tatbestand, nicht zwei einander entsprechende, sondern nur je eine WErklärung gehört, also die N. h, zu Bα, und Bβ, bemerkten Fälle. Die Frage, ob es auch eine nichtgeschäftliche negotiorum gestio gibt, ist hier nicht zu erörtern, uns interessirt nur die rechtsgeschäftliche, zu deren Tatbestand ein Wollen und dessen Aeusserung gehört.

3, Die liberatorischen Tauschgeschäfte (solutio und satisfactio), Leistung um Lösung einer Obligation, von beiderlei Art, zweiseitig (vgl. N. h, Aβ,) und einseitig (ebenda Bγ,) gewollte.
Alle diese sind Ausfürungsgeschäfte, und wie sehr die Ausfürung gerade den Kern auch der Römischen Realkontrakte bildete, zeigt sich deutlich darin dass sobald bei dem Konsensualkontrakt zum Abschluss (Konsenserklärung) ein Stück Ausfürung hinzutritt, die resultirende Obligation ihren Charakter ändert, und insbesondere betreffs der Aufhebung, vgl. fr. 58 de pact. 2, 14, fr. 7 § 6 eod., fr. 3 de resc. uend. 18, 5, § 4 I. quib. m. obl. toll. 3, 29, den Obligationen aus Realkontrakten sich nähert.

Die Erweiterung des Begriffs der Römischen "Realkontrakte" zu dem eben gezeichneten der "Realgeschäfte" wird kaum ernsten Bedenken unterliegen, dagegen ist die Frage angeregt ob nach der Mehrung von Bedeutung die das Willensmoment im laufe der Jarhunderte erlangt hat, der Gegensatz von "realen" und "konsensualen" oder überhaupt auf reinem Wollen beruhenden Kontrakten und überhaupt Geschäften noch in der Gegenwart als ein beachtenswerter fest zu halten sei.

B, Zunächst von dieser Steigerung der rechtlichen Wirksamkeit des Willens. Offenbar besteht zwischen dem Römischen Recht und dem heutigen gemeinen Deutschen Rechte (zu dem aber auch alle modernen Partikularrechte halten) eine weittragende Verschiedenheit, hinsichts der plastischen (d. i. subjektives Recht schaffenden) Kraft der Willenserklärungen. Man kann sagen der Zug der Zeit dränge nach dieser Mehrung des Vermögens der Parteienwillen; darf aber nicht übersehn, dass wir hier mit einer höchst komplizirten Erscheinung zu tun haben, die auch schon in der Entwickelung des Römischen Rechts selber ihre Vorläufer gehabt hat. Beispielsweise lag in der Einfürung der a. praescriptis uerbis auf Gegenleistung aus den s. g. Innominatkontrakten, gegenüber der ältern Kondiktion der Vorleistung, eine höhere Anerkennung des Willensmoments. Die Komplikationen aber beruhen

zum einen Teil darauf, dass die Minderwirkungen der WEn. im Röm. R. verwachsen sind mit allerlei Gegensätzen in diesem Rechte, die aus dem unsern verschwunden sind, und für die, deshalb weil wir bei uns nichts änliches vor Augen sehn, das richtige Verständnis zu finden uns äusserst schwer fällt:

das wirksame Nebeneinanderbestehn von I. ciuile, I. praetorium, und wol gar noch aequitas;
im unmittelbaren Anschluss hieran der Gegensatz der "ipso iure" und "per exceptionem" wirksamen Rechtsaufhebungsakte;
der "res qua de agitur" und der "actio de aliqua re".

Die Verstärkung der Kraft der WEn. bei uns ist häufig schlechthin Folge des Fortfalls dieser Gegensätze: wir kennen keine WE. mehr, die blos nach prätorischem R. wirksam wäre, die zu ihrer Geltendmachung einer "exceptio" bedürfte, die eine "res" aber keine "actio" schüfe. — Sodann: mag die Erstarkung des Willens vielleicht zu erfassen sein als Gesamtprodukt Eines Triebes, aber dieser Trieb erscheint doch zumeist als ein recht dunkler, nicht als klar erschauter Gedanke:

> dem Willen gebürt die Herrschaft, also ist dies und jenes in unserm Rechte so und wieder so umzugestalten.

Nein, die eigentlich rechtbildende Kraft steckt in den Einzelhandlungen der Individuen, die fast ausnamslos einen eng begrenzten Horizont haben, und nur auf ihre nächsten Interessen sehn. Erst später kommt der Theoretiker dazu, und fasst das Gewordene in die beschreibende Formel, von der Allmacht des Willens. Einzelerscheinungen, in denen die gemehrte Kraft des Parteiwillens ihm entgegentritt:

α, dass Vertrag unabhängig von dem Hinzutreten einer "res" und von der Form der Erklärungen Obligationen jedes überhaupt zulässigen Inhalts zu erzeugen vermag; über die geschichtliche Entwickelung dieses Satzes L. Seuffert z. Gesch. d. oblig. Verträge [81], und dazu Stintzing krit. Vschr. XXIII S. 489 f., auch Karsten d. L. v. Vertr. b. d. Ital. Juristen [82] und dazu Böhlau kr. Vschr. XXV S. 337 f.;

β, dass der obligatorische Vertrag auf beliebige Leistungen an Dritte gehn kann; ein Rsatz der freilich noch immer keine ganz feste Gestalt angenommen, dessen endliches Durchdringen (vgl. EBG. 412—16) aber schon nicht mehr zweifelhaft erscheint; die geschichtliche Entwickelung, die freilich noch nicht ganz klar vorliegt, scheint mit der des zu α, angefürten Satzes in ganz lockerem Zusammenhange zu stehn;

γ, dass Vertrag, unabhängig vom Hinzutreten einer "res" und von seiner Form, alle obligatorischen Forderungen [ipso iure]

aufzuheben vermag; freilich nicht "alle one Ausnamen", man gedenke der Wechsel, Inhaberpapierforderungen, Grundschulden u.s.w.;

δ, in der Wirksamkeit von Umgestaltungsverträgen, die den Inhalt der Obligationen ändern, und doch von den nächstliegenden Römischen Gebilden, Novation Constitutum Pactum de non petendo, oder Verbindungen von diesen miteinander, wesentlich verschieden sind;

ε, in der durchschlagenden Wirkung der Schiedssprüche, vgl. RCPO. 866;

ζ, in der Wirkung der Vergleiche, vgl. EBG. 666 und überhaupt der "plastischen Anerkennungsverträge", s. unten § 109—10;

η, dass auch einseitige WEn., wenigstens Offerte, Auslobung, eine dem RR. unbekannte Gebundenheit schaffen.

Die Reihe dürfte sich noch verlängern lassen. Dahingegen vermag gemeinrechtlich auch heute noch der Konsens one "res" nicht Eigentum zu übertragen, und Forderungen von wechselrechtlicher Wirksamkeit nur unter Einhaltung der wechselrechtlichen Förmlichkeiten zu schaffen.

C, Die für unser Problem wichtigsten Aenderungen sind die vorstehend (B,) zu α, und γ, angefürten:

> der reine Konsens (unabhängig von der Form der Erklärung und von dem Hinzutritt einer Ausfürungstatsache = Res) vermag h. z. T. Obligationen von beliebigem Inhalt zu schaffen und aufzuheben, auch die welche nach Röm. R. nur durch Realakt zu begründen und nur durch Realakt aufzuheben waren;
>
> aber wozu dann noch Realkontrakte? noch reale Aufhebungsakte? sollten etwa die realen Nichtverträge (der einseitige Wille steht ja weit hinter dem Konsens zurück) die N. h, zu II B, genannten die einzigen "Realgeschäfte" der Gegenwart sein?

Vgl. hiezu u. a. Brinz krit. Bl. I S. 18 f, Demelius Jb. f. Dogm. III 5, Unger ebenda VIII 1, Eisele Zschr. f. Schw. R. N. F. III S. 1., auch Wi. (6) II 312 N. 5, Bz. (2) II § 248 N. 24; und über die angrenzende Frage der Bedeutung der Vorverträge Degenkolb, Civ. Arch. LXXI 1, insb. S. 54f. Vor anderen sind die Ausfürungen von Eisele überzeugend. Das Resultat ist kurz:

die Gegensätze der Kontraktstypen sind verwischt, Darlen und Kommodat können als Konsensualkontrakte, so dass die bloszen Willenserklärungen vollständige Gebundenheit beider Teile bewirken, Kauf und Miete als Realkontrakte, so dass die Gebundenheit erst mit einer Leistung beginnt, abgeschlossen werden;

im Leben aber kommen die konkreten Darlene und Kommodate regelmäszig als Realkontrakte zustande, die Parteien wollen dass die Gebundenheit beginne erst mit der "res", ganz änlich wie sie die Aufhebung der Obligationen, die sie durch blosze WE. bewirken könnten, doch regelmäszig erst mit der "res", hier der Zalung eintreten lassen wollen;

aus tatsächlichen Gründen behalten die Depositen erst recht regelmäszig den Charakter von Realgeschäften bei, und beim Faustpfand machen neuere Gesetze zB. SG. 466, vgl. EBG. 1147, die "res", Uebergang des Besitzes auf den Gläubiger, zum Tatbestandsstück;

Kauf Miete Mandat die s. g. Innominatkontrakte kommen als Konsensualkontrakte zu stande, wenn der Wille der Parteien nicht ersichtlich wird dass erst eine Leistung den Abschluss vollende.

D, An diese Entscheidungen knüpft sich die weitere Frage, ob auch heute noch Darlehn Kommodat Kauf Miete u. s. w., trotzdem er konsensuale und reale Geschäfte in sich aufzunemen vermöchte, anzuerkennen wären als je Ein Geschäftstypus, oder ob vielmehr zu sagen ist, dass im heutigen Rechte je zwei Typen nebeneinander bestehn

das reale, und das konsensuale Darlen
der reale, und der konsensuale Kauf
u. s. w. u. s. w.

Es müssten dann, auch abgesehn von der Art des Zustandekommens, andere Rechtsregeln für den einen Typus gelten als für den andern; auch im Prozess, wären Realdarlen und Konsensualdarlen, oder Realkauf und Konsensualkauf, als so verschiedene Dinge zu behandeln wie jezt Kauf und Miete, oder Darlen und Schenkung. Aber das Dasein dieser Paralleltypen ist zu bestreiten, die neuere und neueste Gesetzgebung, einschliesslich des EBG., weiss nichts davon, der Prozess die ganze Praxis kennt sie nicht, und die Masse der Geschäfte-Schliessenden erst recht nicht. Gleichwol hat Bähr, Urt. d. Reichsgs. S. 34, sie behauptet, der beim Kauf (es müsste dasselbe aber ebenso auch bei den andern Geschäften gelten) die konsensuale und die reale Form für typisch verschiedene Geschäfte erklärt, so dass wer das eine gewollt hätte das andere vor Gericht einfach leugnen könnte. Diese Aufstellung ist unhaltbar, weil in geradezu unzäligen Fällen die Parteien selber von dem Gegensatze von Real- und Konsensualkäufen überhaupt nichts wissen, oder auch bei der eben vorliegenden Veranlassung über ihr eigenes Wollen nicht im klaren sind. Wenn ich (vgl. Bähr S. 36) meinem Diener Geld gebe mit dem Auftrage für mich in einem Laden eine Ware zu kaufen, so werde ich (falls ich nicht bereits bei B. in die Schule gegangen

bin) kaum denken, dass dieser Auftrag zwei ganz verschiedene Auslegungen gestatte, und darf mich keinesfalls, wenn der Kaufmann sich klagend auf die eine (Konsensualkauf) stüzt, darauf berufen (dies läuft auch dem zuwider was B. übrigens betreffs der Bedeutung abgegebener WEn. annimmt), dass ich die andere (Realkauf) im Sinne gehabt. Auch hätte ich keinen Grund über die etwaige Schädigung zu klagen, da es doch nur meine eigene Farlässigkeit gewesen, dem Diener das Mitbringen einer Quittung nicht aufzugeben. Hiebei ist aber zu beachten, dass es keineswegs eine rein wissenschaftliche Untersuchung ist, die zu diesen Annamen fürt, Bähr vielmehr dem praktischen Problem (das auch EBG. 269—270 nicht befriedigend löst) nachgeht, eine angemessene Grenze für das Quittungsbedürfnis auf der einen, und die Ausstellungspflicht auf der andern Seite ausfindig zu machen. – Ueber die Differenzen in der praktischen Behandlung der beiden (realen — konsensualen) Unterarten der einzelnen Geschäftstypen, vgl. unten Beil. III B.

Beilage II. Rfolgen der Fiktionen und der Präsumptionen. Bei jeder Fiktion und bei jeder Präsumption kommen zwei Tatsachen in betracht:

die eine heissen wir "Basis" ("Fiktionsbasis" [F] "Präsumptionsbasis" [P]), sie muss in wirklichkeit vorhanden sein, oder genauer als vorhanden erwiesen werden;

die andere wird auf grund dieses Erweises angenommen, fingirt oder präsumirt, "Fiktum" [f] "Präsumptum" [p].

Zwischen der Fiktion und Präsumption ist der Unterschied, dass jene unwiderleglich diese aber durch Gegenbeweis widerleglich ist; d. h. praktisch

die (erwiesene) Fiktionsbasis (F) zieht die Rfolgen (φ) des Fiktums (f) unbedingt nach sich,

die (erwiesene) Präsumptionsbasis (P) zieht die Rfolgen (π) des Präsumptums (p) bedingt nach sich, und zwar negativ bedingt, sie genügt an und für sich die Präsumptumsfolgen ins leben zu rufen, aber diese Wirkung kann durch andere Tatsachen, den gefürten Gegenbeweis, aufgehoben werden.

Dabei ist zu bemerken, dass die Tatsache F zur Fiktionsbasis erhoben nicht aufhört zu sein was sie bisher gewesen, sie behält also ihre ursprünglichen Rfolgen Φ und bekommt zu diesen hinzu φ die Rfolgen des Fiktums f, die Summe ihrer Rfolgen ist daher jezt zu bezeichnen als $\Phi + \varphi$; in ganz gleicher Art wie die Rfolgen der Präsumptionsbasis P als $\Pi + \pi$.

Es ergiebt sich hiernach

A, Bei allen gesetzlichen Fiktionen sind die angeblichen Rfolgen des Fiktums in wirklichkeit Rfolgen der Fiktionsbasis. Ist die Basis ein Naturalakt, das Fiktum eine WE., so sind die Rfolgen die eines Naturalakts, und als solche zu beurteilen. Beispielsweise: die "tacita conuentio" des RRs. steht einer Fiktion gleich, ist der Mietsvertrag gültig geschlossen, die "inuecta" und "illata" werden vom Geschäftsunfähigen in die Wonung gebracht, so entsteht das Pfandrecht des Vermieters an denselben nichts destoweniger. — EBG. ist erfreulicherweise kein Freund der Fiktionen, und wenn er zB. häufig das Wissenmüssen dem Wissen gleichstellt, so kommt das zwar im Erfolg auf dasselbe hinaus wie eine Fiktion, der gesetzgeberische Wille ist aber in einer bessern, unserer ganzen Denkart zusagenderen Form ausgedrückt.

B, Bei einer Präsumption würde sich dies nicht ebenso verhalten; begründete das "inuehere" und "inferre" nur eine Präsumption des Verpfändungswillens, und es würde die Willensunfähigkeit des Inferenten erwiesen, so wäre damit der die Präsumption zerstörende Gegenbeweis gefürt. In Formeln ausgedrückt ist F Naturalakt, so sind alle Rfolgen desselben $\Phi + \varphi$ als Naturalaktsfolgen zu beurteilen, auch wenn f das Fiktum an sich nur Willenszeichen wäre;

ist P Naturalakt, so sind nur seine ursprüglichen Rfolgen Π allemal Naturalaktsfolgen, wärend π, die Rfolgen des Präsumptums p, je nach der Beschaffenheit von diesem p, bald Naturalaktsbald WE.folgen sind.

C, Wird innerhalb des Tatbestandes eines Rgeschäfts eine WE. p auf grund einer Präsumption durch die Präsumptionsbasis P ersezt, so ändert sich damit der Charakter des Rgeschäfts nicht, eine Willenserklärung (im w. S.) tritt an die Stelle einer andern WE. (im gleichen Sinn). Es ändert sich auch dann nicht wenn p an sich den Charakter eines Naturalakts hätte, zB. ein Feuerzeichen, Verbrennen eines Holzstoszes wäre. Man erinnere sich, dass alle Willenszeichen, ausdrückliche wie s. g. stillschweigende WEn., und gleichviel ob das Zeichen Naturalakt oder nicht, immer nur auf dem Wege der Vermutung, Präsumption, zu dem Ziele, der Anname des Geschäftswillens hinleiten. — Dagegen ändert sich bei der Fiktion der Charakter des Geschäfts, sobald die Fiktionsbasis und das Fiktum von verschiedener Beschaffenheit sind, ist die Fiktionsbasis die eine WE. ersezt Naturalakt, so nimmt das ganze Rgeschäft den Charakter des Naturalgeschäfts an.

D, Angewant auf die der modernen Praxis geläufigsten Formen stillschweigender Annameerklärungen (vgl. § 93 N. p), Ausfürung

der in der Offerte begehrten Leistung und Aufzehren der mit der Offerte übersanten Waren, so gibt die erste kaum Grund zu längerem Bedenken, wol aber die zweite. Zwei Fälle:

α, Oblat will die unbestellt übersanten Zigarren nicht behalten, aber er raucht sie auf, indem er sie aus grober Farlässigkeit mit andern verwechselt;

β, unter derselben Voraussetzung zerstört Oblat aus Zorn auf den Uebersender die Waren dolos, oder lässt sie aus grober Farlässigkeit verderben.

Stillschweigende Annameerklärung ist beidemal ausgeschlossen, die Vermutung des Geschäftswillens wäre durch Gegenbeweis zu beseitigen. Eine gesetzliche Entscheidung dieser Fälle kennt das gemeine Recht, auch DHGB. und EBG. nicht; gleichwol wird man geneigt sein, den Oblaten haften zu lassen auf Zalung des in der Offerte bemerkten Preises. Bei dieser Entscheidung steht man vor der Alternative, anzuerkennen dass das vorliegende Rgeschäft

> entweder kein Vertrag, also ein einem Vertrage gleich wirkender Nichtvertrag,
>
> oder dass ein Vertrag auch anders zu stande kommen kann, als durch zwei W.Erklärungen, nämlich durch Eine W.Erklärung und Eine Nicht-W.Erklärung.

Beide hiernach anzunemenden Rechtsgrößen,

> der vertragsgleich wirkende Nichtvertrag (den Römischen Quasikontrakten nicht zugehörig, aber verwant mit ihnen) und die in Verträgen (und wol auch andern Rgeschäften) als Surrogat einer WE. auftretende NichtWE.,

sind Dinge mit denen die moderne Doktrin sich wenig befasst hat.

Beilage III. Gemeinsames Recht der gemischten Geschäfte. — Das charakteristischste Merkmal der gemischten Geschäfte ist negativ, das Nichtausreichen einfacher Willenserklärungen zum Tatbestande. Fassen wir dasselbe positiv,

> dass zu demselben noch Anderes als einfache WEn. erfordert werde,

so erscheint das "Andere", das "was keine einfache WE. ist" als Charakteristikum. Bezeichnet dies "Andere" nur einen reinen, aus gleichartigen Stücken zusammengeschlossenen Begriff? Schwerlich. In dem Andern stecken:

erstlich die Naturalakte, deren besondere Beschaffenheit bereits in N. b, und e, hervorgehoben, und deren rechtliche Wirksamkeit unten zu A, zu besprechen ist; dieselben sind ein unentbehrliches

Tatbestandstück der "Naturalgeschäfte" (1, des Textes), wärend sie in allen "andern gemischten Geschäften" (2,—5, des Textes) entweder dasein oder felen können;

zweitens die "Ausfürungsakte" in dem Beil. I A entwickelten Sinne; diese Ausfürungsakte werden meist sein Naturalakte; sie können aber auch sein Nichtnaturalakte, namentlich Willenserklärungen (N. k,);

drittens alles was als Willenserklärung fingirt und präsumirt werden kann (3, u. 4, des Textes);

viertens alle als Bedingung zu setzenden Tatsachen (5, des Textes).

Diese Uebersicht ergibt one weiteres die Unmöglichkeit, für so verschiedenartige Dinge gemeinsame Regeln ausfindig zu machen. Die fernere Betrachtung wird sich daher auf die in sich gleichartigen Gruppen der Naturalgeschäfte und der Real- (Ausfürungs-Leistungs-)geschäfte zu beschränken haben.

A, Die Eigentümlichkeiten der "Naturalgeschäfte" beruhen selbstverständlich auf den zu dem typischen Bestande derselben gehörigen "Naturalakte", Vorgänge die im Leben nicht zu übersehende Naturalfolgen nach sich ziehn, und die vom Recht eben dieser Naturalfolgen wegen berücksichtigt werden. Es liegt auf der Hand, dass dieselben in vielen Beziehungen rechtlich anders behandelt sein wollen als WEn. deren natürliche Folgen regelmäszig (anders, wo ausnamsweis das Willenszeichen selber ein Naturalakt) unbeachtet bleiben dürften, und die nur wegen der durch sie begründeten Vermutung vom Dasein eines Geschäftswillens mit Rfolgen bekleidet werden. Die Verschiedenheit tritt zunächst an folgenden Punkten hervor

a, WEn. können ausgehn nur von Willensfähigen, Naturalakte auch von Unfähigen, eventuell könnten sie one menschliches Zutun zustandekommen. Im einzelnen Falle anerkannt EBG. 874, 3: es ist bei der Tradition und allen verwanten Rgeschäften gleichgültig wie der Besitzerwerb herbeigefürt wird; Ich kann Dir ein Darlehen bestellen an meinem Gelde das Ich verloren und Du gefunden, oder das Mir gestolen und von dem Diebe zufällig bei Dir hinterlassen ist.

b, Ebenso sind alle "Willensmängel" (vgl. EBG. 95—104) indifferent für das Eintreten und die Wirksamkeit der Naturalakte.

c, Alle WEn., Haupt- wie Nebenbestimmungen, können die Folgen der Naturalakte nicht aus der Welt schaffen; nur die an diese Naturaleffekte übrigens sich anknüpfenden Rfolgen könnten durch den Parteiwillen umgeschaffen werden.

d, Die Perfektion unterliegt andern Regeln, nur bei WEn. kann auf das "zukommen" oder "zur Kenntnis gelangen" Gewicht ge-

legt werden (vgl. EBG. 74); die Naturalakte, dass die Zigarren verraucht, die Flaschen ausgetrunken worden, haben ihre Bedeutung auch darone (vgl. § 96 Beil. IV c,).

e, Bei allen Ungültigkeitsfragen ist es von höchster Bedeutung, ob der Tatbestand des fraglichen Geschäfts nur aus WEn. sich zusammensezt, oder naturale mitenthält. Dort ist leicht zu helfen, eine Erklärung des Gesetzgebers oder des Richters, und was nicht gelten soll gilt nicht, ist dem praktischen Resultate nach aus der Welt geschafft. Aber wenn ein Haus gebaut oder abgetragen, ein Teich gegraben oder zugeschüttet, ein Brillant geschliffen, ein Tier kastrirt ist, u.s.w. u.s.w., so stehn wir vor Tatsachen, die Gesetzgeber und Richter nicht aus der Welt zu schaffen, oder auch nur praktisch gleichgültig zu machen vermögen.

Diese Reihe würde sich unschwer verlängern lassen; aber das angefürte genügt schon, die rechtliche Bedeutung des Gegensatzes auch für das positive Recht zu entnemen. Die ganze Lehre von der Willensfähigkeit und von den Willensmängeln, überhaupt von dem Zustandekommen der Rechtsgeschäfte versagt gegenüber den Naturalgeschäften; entkleidet man auch die in denselben auftretenden WEn. aller rechtlichen Wirksamkeit, so bleiben die leidigen Naturalfolgen, die einen Teil bevorteilen den andern schädigen, soll der ökonomische Erfolg bleiben wie er durch diese "natürlichen" Vorgänge geworden? soll das Recht ihn auszugleichen oder zu verschieben trachten? Dieselbe Frage tritt in allen andern Ungültigkeitsfällen hervor? u.s.w. u.s.w. Bei einiger Aufmerksamkeit wird man sich zwei Warnemungen nicht verschliessen:

einmal dass die "Natur der Sache" hier nicht unbeachtet bleiben kann,

sodann dass dieselbe an sich aber doch nicht ausreicht, die erforderlichen Rfolgen im einzelnen auszugestalten;

nur was Beachtung fordert steht relativ (denn bei genauerer Betrachtung ergeben sich auch hierüber grosze durch Zeit und Ort bedingte Schwankungen) fest, welche Beachtung das Recht dem zu schenken hat, liegt nichts weniger als handgreiflich vor uns — exempla probant. — Beiläufig noch, dass die Eigentümlichkeiten der Naturalgeschäfte, insonderheit das Widerstreben gegen die für einfache WEn. aufgestellten Rechtsregeln, freilich nicht one Modifikationen, wiederkehren bei allen andern Rgeschäften, in deren Tatbestand Naturalakte gleichviel wie (vgl. Text 2,—5,) aufgenommen sind.

B. Die Realgeschäfte teilen, wie eben bemerkt, die Eigenschaften der Naturalgeschäfte, wo die zum geschäftlichen Tatbestande gehörige Leistung ein Naturalakt ist. Wo dies nicht der Fall, die

Leistung also selber durch Willenserklärungen, beispielsweise Versprechen, einschliesslich der Wechselausstellung Anerkennung Cession Schulderlass, bewirkt wird, besteht doch der Tatbestand nicht aus einer "einfachen Willenserklärung", vielmehr sezt dieser sich zusammen aus:

1. der Erklärung des eigentlichen Geschäftswillens, zB. Verabredung eines Quasidarlens, bei der aber die Cession einer Forderung die Hingabe der Darlenssumme ersetzen soll;
2. der die Leistung ausmachenden WE., hier der Cession.

Die praktische Verschiedenheit von einem "reinen Willensgeschäft" ist unverkennbar: das reine WG. könnte durch Eine WE. der Parteien (mutuus dissensus) aufgehoben werden, aber trotz dieser Einen WE. würde die Cession einstweilen in Kraft bleiben. Auch diese könnte durch WE. rückgängig gemacht werden, immerhin wäre der Zustand vor Eingehung des Geschäfts, nicht durch Eine, sondern nur durch mehre WEn. wiederherzustellen. Ganz änlich wenn Gesetz oder Richter ein solches Geschäft für ungültig erklären; damit ist über den weiteren Erfolg der Cession durchaus noch nicht mit entschieden, dieselbe könnte gültig bleiben, anfechtbar oder auch nichtig werden. Hinzukommt dass auch bei reinen Wgeschäften, sobald nach Abschluss des Geschäfts von einer Seite geleistet ist, dieselben Fragen auftauchen wie bei den Realgeschäften; wird ein solches Geschäft für nichtig erklärt, vgl. zB. 216 in Girtanners Pand. Fällen, so ist damit noch keineswegs gegeben, welche weitere rechtliche Behandlung die gemachten Leistungen zu erfaren haben.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

§ 96.

Perfektion der Rechtsgeschäfte.

Ar. 231. Ba. 212. Bz. (1) 362. De. II 11. Ke. 223. Pu. 251. Se. II 256. Si. II 96. Va. III 603. Wä. II 185. We. 199. Wi. II 306.

"Perfektion"[a]) eines Rechtsgeschäfts ist die Vollendung (Abschluss) der zum Tatbestande desselben gehörigen Vorgänge; "Perfektionspunkt" der Zeitpunkt mit welchem der lezte von diesen sein Ende findet, und die aus dem Geschäft erwachsenden vollen[b]) Rechtsfolgen ihren Anfang[c]) nemen.

---

[a]) Dieser jezt noch gebräuchlichste (vgl. die zitirten Lehrbücher) Ausdruck liesse sich leicht durch einen Deutschen "Vollendung" "Abschluss" "Schluss" ersetzen; der Feststellung eines solchen Sprachgebrauchs aber tritt EBG. 87: "Mit dem Zeitpunkt des Anname des Vertragsantrags ist der Vertrag geschlossen" störend entgegen.

Die Perfektion ist daher allemal abhängig von der Tatbestandszusammensetzung, insonderheit den in den Tatbestand des Geschäfts gehörigen Vorgängen, und kann je nach der Beschaffenheit des lezten von ihnen bewirkt werden durch eine Willenserklärung, einen Naturalakt[d]), eine Leistung[e]), oder irgend sonst welchen zum Tatbestandsstück erhobenen Vorgang[f]). Wann die Perfektion des einzelnen Vorgangs eintritt, hängt selbstverständlich ab von der Natur und Beschaffenheit desselben[g]).

Die neueste Litteratur hat sich viel befasst mit der Frage nach dem Perfektionspunkt der Verträge, zumeist der obligatorischen Verträge unter Abwesenden[h]). Auch hier ist die

---

[b]) "vollen" im Gegensatz zu den minderen Rfolgen der einzelnen Tatbestandsstücke beim werdenden Geschäft; vgl. das erläuternde Beispiel in Beil. I.

[c]) Beil. II.

[d]) Beispielsweise den Todesfall bei den "Geschäften auf den Todesfall".

[e]) Uebergabe der Sache bei Kommodat oder Depositum, Auszalung des Geldes beim Darlen.

[f]) Ueber Formalgeschäfte vgl. EBG. 92—94; bisweilen werden solche auch durch die Handlung eines Dritten perfekt, zB. nach dem RG. v. 6. 2. 75 § 52 die Eheschliessung durch die Erklärung des Standesbeamten. Bei allen bedingten Geschäften, durch das zur Bedingung gemachte Ereignis.

[g]) Weshalb hierüber nichts allgemeines zu sagen ist. Da aber EBG. 74—76 daran geht, allgemeine Regeln über die Perfektion der W.erklärungen aufzustellen, zum Ueberfluss Rgeschäft und W.erklärungen zusammenwirft, daher jene Regeln überhaupt für alle Rgeschäfte gegeben zu sein scheinen könnten, so liegt hierin ein Grund, diese sonst meist nur bei dem Zustandekommen der obligatorischen Verträge behandelte Materie in den allgemeinen Teil zu ziehn.

[h]) Vgl. darüber: Serafini il telegrafo in rel. alla giurisprudenza [Pavia 62], Schott d. oblig. Vertrag unter Abwes. [1873], Gardeike d. Verträge mit Abwes. [1882]. — Regelsberger civilr. Erört. I, a. Derselbe in Endemanns Hdb. d. HRs. II § 243—48, v. Scheurl Beitr. I S. 305 f., Ders. Jb. f. Dgm. II S. 248 f., Bekker Jb. d. gem. D. Rs. II S. 342 f., III 116 f., Hauser Zschr. f. HR. S. 34 f., Köppen Jb. f. Dgm. XI S. 139 f., Sohm Zschr. f. HR. XVII S. 16 f., Kühn Jb. f. Dgm. XVI S. 1 f., vgl. auch Stobbe D. Pr. III 168 IV, Marsson d. Nat. d. Vertragsofferte (In.-Diss.) § 9.

Natur des lezten Vorgangs des Vertragsbestandes ausschlaggebend, und es kommt also darauf an, ob dieser

WE., oder Naturalakt, oder Realakt;

falls WE., ob dieselbe

an feierliche Form gebunden, oder unfeierlich;

falls unfeierlich, ob

ausdrücklich, oder stillschweigend abgegeben;

falls stillschweigend, durch welche Willenszeichen[i]). Durch die Vorschriften des EBG. wird hieran nichts geändert, die vorhandenen Zweifel bleiben bestehn, und hinzu kommen neue über die Durchfürbarkeit eben dieser Vorschriften[k]).

Beilage I. Die Stufen des Werdens eines obligatorischen Vertrags unter Abwesenden nach dem DHGB.

1, Vorverhandlungen, s.g. Traktate, an sich bedeutungslos, können nachträglich Bedeutung erlangen, wenn die Beteiligten mit ihren späteren bindenden Erklärungen darauf bezug nemen und gleichsam zum Inhalt derselben machen (Offerte "unter den gestern besprochenen Bedingungen").

2, Abgabe der Offerte behufs Absendung (Entlassung des Boten, dem die mündliche oder schriftliche Offerte anvertraut ist, Einstecken des Briefes in den Postschalter, Bezalung des aufgegebenen Telegramms u.s.w.); entscheidend dass die genügend verkörperte Offerte nach dem Willen des Offerenten die Grenzen seines tatsächlichen Gewaltbereichs überschreitet. Alles vorhergehende, innerliches (zB. Fassen des Entschlusses) wie äusserliches (niederschreiben, adressiren, versiegeln, dem Boten übergeben u.s.w.) an sich indifferent, von Bedeutung wenn daraus die Abgabe behufs Absendung erwächst. Wirkung: doppelt bedingte Gebundenheit des Offerenten an seine Offerte,

α, positive Bedingung, falls Offerte zum Oblaten gelangt,

β, negative Bedingung, falls nicht zuvor oder gleichzeitig ein Widerruf bei demselben anlangt DHGB. 319; 320; vgl. EBG. 80; 74, 2.

3, Anlangen der Offerte beim Oblaten: die bedingte Gebundenheit des Offerenten verwandelt sich in eine unbedingte. Es lässt sich aber noch weiter unterscheiden: "Anlangen in den Besitz" und "in die Kenntnis des Oblaten". Durch das Anlangen in den

[i]) Beil. III.
[k]) Beil. IV.

Besitz wird die Wirksamkeit später anlangender Widerrufe ausgeschlossen; da aber ein Oblat, der den Inhalt der Offerte nicht kennt, auch nicht acceptiren kann, so ist der Offerent auch jezt (nach Anlangen in Besitz) noch nicht definitiv, sondern nur bedingt gebunden,

falls Oblat von der in seinen Besitz gelangten Offerte Kenntnis nimmt, und zwar früh genug um rechtzeitige Annameerklärung an den Offerenten zu senden,

welche Kenntnisname von ihm absichtlich unterlassen, aber auch durch von seinem Willen unabhängige Ereignisse verhindert werden könnte (vgl. hiezu Beil. II B,).

4, Alle möglichen das Zustandekommen des Vertrags störenden Ereignisse bleiben hier unberücksichtigt. Für das Zustandekommen ist der nächste Akt von juristischer Bedeutung die "Abgabe behufs Absendung" der Annameerklärung, in dem zu 2, ausgefürten Sinne der fraglichen Worte. Wirkung: bedingte vertragsmäszige Gebundenheit beider Teile; und zwar wieder unter der Doppelbedingung,

α, possitiv, dass die Annameerklärung dem Offerenten zukomme,

β, negativ, dass kein Widerruf derselben vorher oder gleichzeitig dem Offerenten zukomme.

5, Rechtzeitiges Anlangen der Annameerklärung bei dem Offerenten. Zweifel über den Moment des Anlangens wie zu 2, vgl. dazu Beil. II B. Wirkungen: später eingehende Widerrufserklärungen sind rechtlich bedeutungslos, die zu 4, bedingt eingetretene vertragsmäszige Gebundenheit wird zur unbedingten. Oder kürzer: der Tatbestand des Vertrags ist vollendet, und die vollen Rfolgen des Geschäfts sind ins leben getreten.

Beilage II. Perfektionspunkt der Rgeschäfte, insbesondere der Willenserklärungen.

A, Die im Text aufgestellte Regel, dass mit der zeitlichen Vollendung des Tatbestandes ("Perfektionspunkt") die Vollwirkung des Rgeschäfts beginne, ist eine ausnamslose, da sie nichts sagt, was mit der Definition des Begriffs noch nicht gegeben wäre. Tatbestand ist die Masse der zur Herbeifürung der vollen Geschäftsfolgen erforderlichen Elemente ($\alpha + \beta + \gamma + \delta$); also müssen diese Rfolgen mit der Vollendung von δ, ("Perfektionspunkt") eintreten. Sie können nicht später, nach dem Hinzukommen von ε, eintreten, denn dann wäre der Tatbestand nicht $\alpha—\delta$, sondern $\alpha—\varepsilon$; sie können nicht früher, vor δ, eintreten, denn dann wäre der Tatbestand nicht $\alpha—\delta$, sondern $\alpha—\gamma$. Der Abschluss der Ursache und der Beginn der Folge können hier,

wie sonst überall zeitlich nicht auseinanderfallen. Gleichwol hat der Satz nicht immer die allgemeine Anerkennung gefunden, die hiernach selbstverständlich scheinen sollte. Zu Bedenken und Irrungen haben verschiedene Dinge anlass geboten, u. a.:

a, Die bedingten Geschäfte. Man sezt die Perfektion in die Vollendung der erforderlichen Willenserklärungen, und weiss das die Rfolgen erst mit der erfüllten Bedingung beginnen. Hiebei läuft eine Verwechselung mit; auseinanderzuhalten sind

die Vollwirkungen des vollendeten Geschäfts, zu dessen Tatbestande die Erfüllung der Bedingung als wesentliches Stück gehört, und

die Minder(Vor-)wirkungen, die aus den bloszen Willenserklärungen (vor Eintritt der Bedingung) hervorgehen. Also genau besehn:

zwei von einander verschiedene Rfolgemassen, zwei Tatbestände, zwei Perfektionspunkte (ausfürlicher hierüber § 115—16).

b, Aenlich, wie die Erfüllung einer Bedingung kann auch der Eintritt eines "dies incertus quando" zum Tatbestande des Geschäfts gehören (vgl. § 114); wird dies übersehn, so entsteht derselbe trügerische Schein wie zu a,.

c, Auch bei nichtbedingten und nichtbetagten Rgeschäften löst sich der Gesammttatbestand nicht selten auf in eine Reihe von Einzelbeständen, und gehen der Entstehung der vollen Rfolgen entsprechend vorauf die Entstehungen von verschiedenen anderen kleineren Rfolgen, wie Beil. I dies am Beispiel erläutert. In solchem Falle haben wir nicht mit überhaupt Einem Perfektionspunkte, sondern mit einer Reihe von Perfektionspunkten zu tun, von denen freilich einer der Hauptperfektionspunkt, der eigentliche PP. des ganzen Geschäfts ist, mit welchem die vollen Rfolgen desselben eintreten, und dem die andern als PPe. von minderer Bedeutung, ausschlaggebend nur für einzelne inzwischen wirksame Rfolgen, voraufgehn.

d, Nicht selten ist der Tatbestand vollendet, die vollen Rechtswirkungen sind eingetreten, aber die erworbenen Rechte oder Quasirechte können gleichwol von dem Erwerber nicht sofort ausgeübt werden (zB. betagte Forderungen). Auch dies widerstreitet der Regel nicht; die Zuständigkeit eines Rechts, und die Möglichkeit das Zuständige auszuüben, sind verschiedene Dinge; nicht jedes zuständige Recht kann allezeit seinem Inhalte entsprechend geübt werden (vgl. I § 22 zu g,), und in diesen Fällen bestehn die Vollwirkungen des Geschäfts lediglich darin, das Recht zuständig, nicht auch zugleich ausübbar zu machen (vgl. auch hiezu § 114).

B, Bei allen juristischen Tatsachen, folglich auch bei den W.erklärungen, steht es prinzipiell dem Gesetzgeber zu, den Perfektionspunkt nach Belieben zu bestimmen; d. h. zu bestimmen, welcher wie zusammengesezte und womit abschliessende Tatbestand gewisse Rfolgen hervorrufen soll. Dahingegen, nach dem zu A, bemerkten, es über sein Vermögen geht, zu bestimmen dass die Ausfürung des Tatbestands den Perfektionspunkt (in unserm Sinne) nicht erreiche oder auch überdauere, dass die vollen Rfolgen vor oder nach diesem Perfektionspunkt beginnen, dass die Vollendung des Tatbestandes mit dem Beginn der (vollen) Rfolgen nicht zusammenfalle; und zwar vermag er dies alles auch in beziehung auf Willenserklärungen nicht. Der Gesetzgeber könnte also die Perfektion einer WE. verlegen auf die erste Aeusserung derselben, auf die Aufgabe behufs Absendung, auf das Anlangen u. s. w.; aber er muss falls er dies tut, zugleich die bezüglichen Rfolgen anknüpfen an die erste Aeusserung, oder an die Aufgabe behufs Absendung, oder u. s. w. Dabei aber steht etwa noch das frei: gewisse Rfolgen zu knüpfen an einen ersten Moment in der Entwickelung einer WE., andere an einen zweiten, wieder andere an einen dritten u. s. w. Das DHGB. hat dies getan, EBG. will ihm darin folgen. Beide erfordern übereinstimmend, das Anlangen oder Eintreffen der an einen Abwesenden gerichteten WE., "zugehn", "eingehn" sagt DHGB. 320, "zukommen" EBG. 74, 1. Womit dies Eintreffen, oder wie man es sonst heissen will abschneide, steht nicht über allem Zweifel. Gedacht werden könnte

a, an den Augenblick wo die Verkörperung der WE. (Brief Telegramm u. s. w.) in den Gewaltbereich des Adressaten (zB. Briefkasten) gelangt, one dass dieser irgend darum weiss (womit also der Besitz ausgeschlossen wäre);

b, an den ersten Beginn des Wissens und Besitzwillens. Adressat sieht den Brief und stöszt ihn nicht zurück, obwol er von Absender und Inhalt nichts weiss (Beginn des juristischen Besitzes?);

c, er erkennt die Züge der Aufschrift, weiss nun dass er eine Offerte, oder noch häufiger dass er die Antwort auf seine Offerte in der Hand hat, kennt aber den Inhalt derselben noch nicht;

d, Kenntnisname des Inhalts.

Der Gesetzgeber hat die Entscheidung, welche Folgen an welchen von diesen vier Akten sich knüpfen sollen; die Gesetzgebungspolitik, das Bestreben ein nützlichstes den gegenwärtigen Verkehrsverhältnissen zum besten passendes Recht zu schaffen soll ihn leiten hiebei. Vom Standpunkt des Juristen aus wäre zu wünschen (oder zu verlangen) nur:

1, dass der Gesetzgeber die verschiedenen Möglichkeiten klar überschaue, eine feste Wal treffe, und seinem Wollen unzweifelhaften

Ausdruck verleihe; one dies wären Schwankungen und Widersprüche in der Rechtsübung unvermeidlich.

2, Harmonische Ausgestaltung des Rechts, dass änliche Dinge änlich behandelt werden, da unnütze Buntscheckigkeit nicht nur dem Richter die Arbeit erschwert, sondern auch die Entwickelung eines festen Rechtsbewusstseins im Volk, der zuverlässigsten Grundlage sicheres Verkehrs, verhindert. Beispielsweise also würde es sich empfelen für den Zeitpunkt, bis zu dem der Widerruf eingegangen sein muss um zu wirken, bei Offerten und Annameerklärungen (vgl. Beil. I 3, und 5,) übereinstimmende Normen zu setzen.

3, Die Anerkennung der Bonafides, des unter "guten Leuten gebräuchlichen" ("uti inter bonos bene agier oportet") nach freiem richterlichen Ermessen. Auch neben einem scharf geschnittenen und fein ausgefeilten Rechte ist dieselbe wol zulässig, denn nur scheinbar (es sei denn dass die Richter "in der Uebung dieses ihnen zugewiesenen "nobile officium" sich vergriffen) wird die Gleichmäszigkeit der Rechtsprechung hiedurch gestört, tatsächlich der symmetrische Ausbau des Rechts für die eigen gearteten Fälle, die der Gesetzgeber im voraus weder alle zu sehn noch gar aufzuzälen vermöchte, eingeleitet. In Anwendung auf die vorliegenden Fragen:

das Recht soll scharfe Regeln klar aussprechen bis wann Widerruf wirksam eingehe, womit die Offerte, womit die Annameerklärung perfekt werde, aber diese Regeln sollen nur als solche gelten, nicht Ausnamen ausschliessen, wo diese auf guten Brauch zu stützen sind. ZB. die Widerrufserklärung soll spätestens "gleichzeitig" eingehn, wir müssen im stande sein genau anzugeben bis zu welchem Zeitpunkt (vgl. oben a—d,) dieselbe normal eingelaufen sein müsste; aber dies soll uns nicht verhindern, das "gleichzeitig" aus besondern Gründen auch einmal "*ἐν πλάτει*" auszudeuten.

Beilage III. Kontroverse über den Abschluss von (obligatorischen) Verträgen unter Abwesenden.

A, Drei Hauptmeinungen sind einander gegenüber getreten:

1, Die Anname perfizirt (vgl. EBG. 87), oder, da der Annamezeitpunkt an sich schlecht zu bestimmen ist, besser, die Annameerklärung muss abgesant, oder behufs Absendung abgegeben sein. — Aeusserungs- oder Deklarations-Theorie.

2, Dass Anlangen, "Eingehn" "Zugehn" dieser Erklärung bei dem Adressaten (Offerenten) ist das Entscheidende. Aber wieder kann unter "Anlangen" verschiedenes verstanden werden, vgl.

Beil. II B, a, b, c, so dass es noch der weiteren Entscheidung bedarf, welcher von diesen dreien als der Perfektionspunkt des ganzen Geschäfts angenommen werden soll — Empfangstheorie. 3, Der Offerent, oder ein berechtigter Vertreter desselben, vernimmt den Inhalt der ihm übersanten Annameerklärung (vgl. Beil. II B, d,) — Vernemungstheorie. Aus der Praxis scheinen SA. VII 16, XVI 203, kaum XIV 15 der Aeusserungstheorie zu entsprechen; SA. II 160 der Empfangstheorie; SA. I 194, III 19, 310, V 116, VIII 124 der Vernemungstheorie. Den bedeutendsten Einfluss hat augenscheinlich das Inkrafttreten des DHGB. geübt, damit war die Aeusserungstheorie (trotz DHGB. 321, vgl. EBG. 87) abgetan, und die praktischen Differenzen zwischen der Empfangs- und der Vernemungstheorie sind meist so unerheblich, dass die Gerichte neuerdings wenig Veranlassung gehabt haben sich damit zu befassen. Zur Illustration der Beil. II B a—c, berürten Verschiedenheiten vgl. noch SA. XXXII 213.

B, Die Geschäfte unter Abwesenden haben bei den Römern nicht die gleiche Bedeutung gehabt wie bei uns, aus den Quellen sind daher die Antworten nicht auf alle Fragen die wir stellen möchten zu entnemen. Ebensowenig aus einer aprioristischen (naturrechtlichen) Konstruktion des Vertrags und der Willenserklärung. Mehr und mehr ist die Debatte auf die Erforschung des Nützlichen, dem Verkehr Erspriesslichen eingegangen, wo feste Grenzen zwischen den Untersuchungen de lege lata und denen de lege ferenda kaum noch sich ziehn lassen. Koeppen a. a. O. (vgl. N. h,) hat das Werden der Rechtsgeschäfte, Sohm a. a. O. die Realverträge, insonderheit die Tradition mit in betracht gezogen. Die Motive I zu EBG. 74 erklären die Frage "mit welchem Zeitpunkt eine WE. wirksam abgegeben ist", für eine "allgemeinere", keineswegs auf die Vertragsschliessung beschränkte, "sie erhebt sich in gleicher Weise bei den einseitigen Rgeschäften". Die Vernemungstheorie sei die den "allgemeinen Grundsätzen" eigentlich entsprechende, "den Bedürfnissen des Verkehrs" aber werde dieselbe "nicht gerecht". "Ungleich annembarer" erscheine die ihr zunächst stehende Empfangstheorie

> welcher zufolge eine WE. in dem Zeitpunkte wirksam wird, in welchem sie in die Hände oder zu Gehör desjenigen gelangt u. s. w.

Die drei zu Beil. II B, a, b, c, unterschiedenen Stufen werden hier nicht auseinandergehalten, oder sollte noch eine vierte im Gegensatz zu jenen bezeichnet werden, und das "in die Hände" wörtlich zu verstehn sein? "zu Gehör" ist von "Kenntnisname" also dem Brennpunkt der Vernemungstheorie wol nicht zu unterscheiden. Jedesfalls klären die Motive nicht genügend auf, an

welche Schattirung der Empfangstheorie die Gesetzgebungskommission gedacht hat.

C, Im Text ist die Perfektionsgrenze in der ganzen Ausdenung erfasst, welche ihr nach den Ausfürungen von Koeppen von Sohm und von den Motiven zukommt. Uns interessiren die definitiven Perfektionspunkte (Beginn der vollen Wirksamkeit) bei allen Rgeschäften, und daneben auch die interimistischen Perfektionspunkte (Beginn der einzelnen vorgängigen Rfolgen, zB. derjenigen der Offerte) bei eben diesen. Die Kenntnis der definitiven Perfektionspunkte fällt also zusammen mit der Kenntnis von erstlich all den Vorgängen die zu einem Geschäftstatbestande gehören, und zweitens der Reihenfolge welche diese Vorgänge als Geschäftsbestandstücke einzuhalten haben und den in derselben zulässigen Permutationen. Die Kenntnis der interimistischen Perfektionspunkte aber mit der Kenntnis der rechtlichen Wirksamkeit aller einzelnen zu irgend einem Geschäftstatbestande gehörigen Vorgänge. Die definitive Perfektion tritt allemal ein mit der Vollendung des lezten zum Tatbestande des Geschäfts gehörigen Vorgangs, und sezt voraus, dass alle übrigen in zulässiger Reihenfolge vorangegangen. Allgemein gültiges wird hierüber kaum mehr zu sagen sein.

D, Eine besondre Betrachtung verdient noch die Perfektion der Annameerklärungen. Hiebei sind einander gleichzustellen:

unfeierliche und feierliche Erklärungen wenn die vorgeschriebenen Feierlichkeiten so freie sind wie die Schriftlichkeit des Preussischen Landrechts; anders wo die Feierlichkeiten wie durch EBG. 92—94 auch in den Details fest geregelt wären;

Enderklärungen (das lezte Tatbestandstück) und Zwischenerklärungen die zu interimistischen Perfektionspunkten hinfüren, nur dass bei diesen der Zeitpunktsfrage selten gröszere Bedeutung zukommen wird.

Perfektionspunkt der Annameerklärung kann nur derjenige sein, mit dem der Annameakt seine Vollendung erreicht, nach welchem nichts weiteres erforderlich um die vollen Rfolgen der Anname ins leben zu rufen. Hiernach ist es unmöglich die Perfektion der Annameerklärung auf den Zeitpunkt der ersten Aeusserung des Annamewillens, oder auf die "Abgabe behufs Absendung" (vgl. EBG. 87?) zu verlegen, es sei denn der Gesetzgeber beabsichtige den Vertrag auch dann für geschlossen zu erklären, wenn die Annameerklärung gar nicht zum Offerenten hin gelangt. Ernsthaft in frage kommen können also nur

1, der, oder richtiger die Zeitpunkte (vgl. Beil. II B, a, b, c,) des Anlangens,

2, der Zeitpunkt des zur Kenntnis kommens (vgl. EBG. 74 betreffs der s. g. stillschweigenden WE.).
Gegen den leztgenannten bemerken die Motive I S. 157, als Extrakt der neueren Litteratur:

α, der Abschluss des Vertrags werde damit von dem Belieben des Offerenten in unzulässiger Weise abhängig gemacht, er brauche nur der Kenntnisname der an ihn ergangenen Erklärung sich zu verschliessen;

β, die Tatsache der Kenntnisname seitens des Annameerklärungsempfängers vermöge der Absender nicht wol zu beweisen.

Andererseits kann keine Theorie Billigung finden, die bei Gelegenheit das Resultat ergäbe dass ein Offerent, der one seine Schuld und sein Zutun von dem Eingehn der Annameerklärung nichts erfaren hätte, und also der Meinung sein müsste dass kein Vertrag zustande gekommen, als vertragsmäszig gebunden zu behandeln wäre. Die Empfangstheorie könnte dies wol ergeben wenn man bei ihr den Beil. II zu B, a, angegebenen Punkt zu grunde legt (zB. der Brief ist in den Briefkasten im Hause des Empfängers gesteckt und durch irgend welchen Dummenjungenstreich eines Dritten aus demselben wieder entfernt), auch noch bei II B, b, aber kaum bei II B, c; denn wenn der Offerent einmal weiss dass die entscheidende Erklärung bei ihm eingelaufen, und dann durch einen seltenen Zufall an der Kenntnisname des Inhalts verhindert wurde, so würde er kaum one Farlässigkeit die zur Aufklärung erforderlichen Schritte unterlassen dürfen. Es muss aber zugegeben werden, dass auch die zu II B, b, und c, bemerkten Momente von dem Absender schwer, regelmäszig nur durch Eideszuschiebung zu beweisen sein werden.

Praktisch wird nicht viel darauf ankommen, ob der Punkt zu II B, c, oder ob der der Kenntnisname zum entscheidenden gemacht werde. Beide male sind gewisse Nebenvorschriften vonnöten, noch mehr falls die Entscheidung für II B, a, oder b, ergehn sollte. Am einfachsten dürfte folgende Ordnung sein:

1, Der Augenblick wo die Erklärung zur Kenntnis gelangt, desjenigen an den sie gerichtet ist oder eines Vertreters von diesem, wird allgemein als Perfektionspunkt anerkannt.

2, Hat der Erklärer, insonderheit der Oblat, alles was an ihm getan dem Andern, insonderheit dem Offerenten, die (Anname-) Erklärung (rechtzeitig) zukommen zu lassen, und dieser verhindert absichtlich (dolos) die rechtzeitige Perfektion (Kenntnisname seinerseits), und damit also das normale Zustandekommen des Vertrags, so treten die Rfolgen eben so ein, wie wenn der Vertrag normal geschlossen wäre. Für diese Behandlung des dolosen

Tuns felt es nicht an Analogieen im Röm. R. (zB. doloses Tun des Gewalthabers um die Haftung de peculio einzuschränken) und im EBG. (zB. §§ 95, 97, vgl. auch 704—5). Fraglich könnte nur scheinen, ob nicht noch weiter zu greifen und der Offerent auch dann für haftbar zu erklären sei, wenn er durch Farlässigkeit, namentlich nachdem die Annameerklärung bei ihm angelangt wäre, das rechtzeitige Zustandekommen des Vertrags verhindert hätte; fraglich sodann, ob hiebei zwischen grober und geringer Farlässigkeit zu unterscheiden, und ob etwa bei der einen volle Vertragswirkungen, bei der andern Entschädigungspflicht des Farlässigen (vgl. EBG. 97, 99) zu verordnen wäre.

3, Auch die Beweisfrage ist zu erwägen, dem Erklärer keine erdrückende Beweislast aufzubürden. Dieser Erfolg würde erreicht durch die gesetzliche Präsumption, dass die dem Adressaten zugekommene WE. auch zu seiner Kenntnis gelangt sei. Dagegen wäre der Gegenbeweis: dass diese WE. one seine Schuld (Dolus, grobe, geringe Farlässigkeit?) zu seiner Kenntnis nicht gelangt sei. Aber bedarf es hier der gesetzlichen Präsumption? wir wissen dass in einem leidlich wol geordneten Hausstande gegenwärtig von hundert, vielleicht von tausend Briefen die sei es in den häuslichen Briefkasten gesteckt oder bei dem Beschliesser (Portier) des Hauses abgegeben worden, noch nicht einer verloren geht, und zur Kenntnis des Adressaten nicht gelangt. Also dürfte der Richter auch jezt schon befugt sein, sobald das Zukommen der WE. wirklich bewiesen worden, den Beweis für miterbracht zu achten, dass Adressat von dieser WE. Kenntnis entweder genommen oder abgelent. Dass die Sache sich anders verhalten, müsste als etwas durchaus unwarscheinliches vom Adressaten selber (gegen-)bewiesen werden.

Beilage IV. Für die Kritik der einschlägigen Bestimmungen des EBG. sind im voraufgehenden die Grundlagen gegeben. Im einzelnen:

a, EBG. 87. Mit dem Zeitpunkte der Anname des Vertragsantrags ist der Vertrag geschlossen.

Das könnte als ungeschickte, weil ungenaue Nachbildung des DHGB. 321 erscheinen; aber die Motive I S. 174 lenen nachdrücklichst den Standpunkt des DHGB. und die Vordatirung der Vertragswirkungen ab, und wiederholen dass für das Zustandekommen ausschliesslich die Bestimmungen von EBG. 74, 1, 2, maszgebend seien. Danach wäre EBG. 87 schlechthin überflüssig und irreleitend. Beiläufig dass gegen die Regel von DHGB. 321 gewis sehr vieles spricht, die Uebereinstimmung des Handelsrechts und des gemeinen bürgerlichen Rechts bezüglich der Berechnung der Vertragswirkungen aber doch vor allem erforderlich sein

dürfte; dringen also die Anschauungen der Kommission durch, so muss DHGB. 321 fallen, was wir ihm längst gewünscht haben, vgl. Jb. des gem. D. Rs. II S. 390—403, 410—11.

b, EBG. 74, 1. Schliesst der Vertrag mit einer ausdrücklichen Annameerklärung, so wird diese und damit der ganze Vertrag perfekt sobald sie "ihm zukommt". Die Frage welcher Augenblick hiemit gemeint sei, vgl. Beil. II B, a, b, c, findet auch aus den Motiven keine Aufklärung. Die Vorschrift leidet also an Unbestimmtheit, daher Schwankungen der Praxis zu erwarten stünden. Warum soll ein Gericht nicht den Brief mir "zugekommen" erachten, sobald derselbe in meinen Privatbriefkasten gesteckt, meinem Portier oder auch meinem Diener übergeben worden. Der Nachweis, dass derselbe gleichwol, one jegliche Verschuldung meinerseits, niemals in meine Hände gekommen oder zu meiner Kenntnis gelangt sei, wäre nach EBG. wirkungslos. Aber der erste einigermaszen eklatante Fall dieser Art, dass ein Geschäftsmann, der beim Ausbleiben jeder Antwort auf seine Offerte annemen musste dass der Vertrag nicht zustande gekommen, und im Drange der Umstände (vgl. beispielsweise Bo. V 384) nun seine Ware völlig korrekt an einen Andern verkauft hätte, jenem ersten Käufer aus dem Vertrage, von dessen Zustandekommen er (Offerent und Verkäufer) niemals etwas erfaren, verurteilt würde, hätte zweifellos auch die weitere Folge, die Unhaltbarkeit dieser Vorschrift handgreiflich zu machen.

c, EBG. 74, 1. Noch bedenklicher ist die Vorschrift über die Perfektion der stillschweigenden WE., sobald sie "zu seiner Kenntnis gelangt". Der Grundfeler tritt in den Mot. I S. 157 deutlich hervor:

> allen (stillschw. WEn.) ist die Voraussetzung gemein, dass es sich um eine Willenserklärung handelt welche einem Beteiligten gegenüber abgegeben werden muss, und dieser gemeinsame Gesichtspunkt gestattet und erfordert gemeinsame Regelung.

Das klingt plausibel, und wo die stillschw. WEn. wirklich von der Art und Beschaffenheit die hier als einzig mögliche angenommen, dürfte in der Tat nur auf das "zur Kenntnis gelangen", nicht auf das "Zukommen" (bei stillschweigenden WEn. in dem angenommenen S. ein gänzlich vages Etwas) gesehn werden. Beiläufig, dass § 74, 1 dafür spricht, dass EBG. die "stillschw. WE." in unserm Sinne versteht; warum bei der der Verkehrssitte entsprechenden WE. das Zukommen genügen, bei der der Verkehrssitte weniger entsprechenden WE. (vgl. Wi. (6) I § 72) das "zur Kenntnis gelangen" erforderlich sein sollte, wäre schwer begreiflich. — Aber was man so stillschweigende WEn. heisst,

das sind häufig gar keine wahren Willenserklärungen, nicht das erklärte Wollen der Geschäftswille ist hier das rechtlich wirksame Element, sondern ein Naturalakt (verzehren u. s. w. der übersanten Waren, vgl. § 95, 4) oder ein Realakt (Leistung, totale oder partielle Erfüllung, vgl. ebenda Beil. III).

Mag man immerhin daran festhalten, dass ein Vertrag nur durch zwei einander entsprechende WEn. zustande kommen kann, immerhin wäre dann irgendwie auszudrücken gewesen, dass

vertragsmäszige Rfolgen auch durch gewisse andere Tatbestände (Nichtverträge) ins leben gerufen werden könnten, namentlich durch gewisse Verbindungen von WEn. mit

Naturalakten,
Realakten,
dolosem oder kulposem Tun.

Dass nicht das absichtliche Aufbrauchen der übersanten Waren, sondern erst die Kenntnis welche der Uebersender hievon erhält den Aufbraucher verpflichte, erscheint geradezu als ein auf den Kopf stellen des wirklichen Sachverhalts.

§ 97.

Geschäftstypen und Geschäftselemente.

Ar. 65. Ba. 61. Bz. (1) 338. De. I 93. Ke. 50. Pu. 58. Se. I 73. Si. I 19. Va. I 90. Wä. I 74. We. 37. Wi. I 85.

Neben den bisher[a]) ausgefürten Verschiedenheiten der Rechtsgeschäfte bestehen viele andere[b]), eine bunte Menge von Oberarten Arten Unterarten Abarten[c]) u. s. w. one kanonische

---

a) Feierliche — unfeierliche § 93, ein- — zwei-(mehr-)seitige § 94, Natural- — Real- — reine Willensgeschäfte § 95.

b) Beispielsweise:

Rgeschäfte unter Lebenden — auf den Todesfall;

primäre — sekundäre, nicht "Nebengeschäfte" sondern durchaus selbständige Rgeschäfte die aber das Vorangehn eines andern voraussetzen und lediglich die Regelung der Rfolgen von diesem bezwecken, wie Bestätigung, Widerruf, Protestationen und andere Auslegungserklärungen;

Zuwendungen § 100—05, Halbzuwendungen § 106—08, Nichtzuwendungen § 111—12, § 109—10(?).

c) Man steige zu den Oberarten "vermögensrechtliche — familienrechtliche — gemischte", "privatrechtliche — öffentliche — halböffentliche" "statsrechtliche — völkerrechtliche" u. s. w. hinauf, oder zu den Unterarten "Kauf auf Probe — nach Probe — zur Probe" "depositum — irregulare — miserabile" "Gesellschaften: die verschiedenen Arten des Handels — des gemeinen bürgerlichen Rechts" u. s. w. hinunter.

Ordnung[d]). Unter den verschiedenen Klassenstufen tritt gleichwol als besonders bemerkbar hervor die der "Geschäfte" schlechthin, besser[e]) der "Geschäftstypen". Ihre eigentümliche Stellung verdanken diese der geschichtlichen Entwickelung[f]) des Rechts; der Gegenwart sind sie unentbehrlich[g]). Regelmäszige charakteristische Merkmale:

der besondere Geschäftsname, dem ein festes (gesetzlich oder gewonheitsrechtlich) geregeltes Tatbestandsschema entspricht;

gewisse besondere typische vom Wollen der Beteiligten nicht bedingte Rechtsfolgen[h]).

Jedes geschäftliche Tun muss, um überhaupt rechtlich wirksam zu werden, irgend einem Geschäftstypus[i]) entsprechen. Die Rfolgen erscheinen als Mischprodukte[k])

---

[d]) Und voraussichtlich auch sobald nicht geschaffen werden wird, da die neuesten Forschungen auf den verschiedensten wissenschaftlichen Gebieten die prinzipiellen Grundlagen der Gegensätze von Genus und Spezies, Arten und Unterarten u.s.w. weniger befestigt als erschüttert haben.

[e]) Denn "Geschäft" heissen wir zunächst auch den einzelnen Vorgang, und überall ist es ebenso unbequem wie irreleitend, für das konkrete und das abstrakte nur Ein gemeinsames Zeichen zu haben. Zum Ueberfluss aber ist "Geschäft" daneben noch der Name für das quasi persönliche Etwas, das wir (ebenso vieldeutig) "Unternemen" "Etablissement" heissen. — Zur Besserung unserer Rechtssprache könnte die Gesetzgebung viel tun, wenn sie statt passagèren Moden anzuhängen, dem wirklichen Bedürfnis nachgehn wollte.

[f]) Beil. I.

[g]) Beil. I F, und über die Bedeutung der Typen für die neueste Gesetzgebung Beil. II.

[h]) Näheres hierüber Beil. I E.

[i]) Aber (da das Recht selber in stetem Fluss und Wachstum) möglichesfalls auch einem noch im Werden begriffenen, zur Zeit unfertigen, wie etwa Garantievertrag (vgl. Beil. I F, a. E.), gewisse gesellschaftliche Bildungen die den alten Regeln widerstreben aber ihre rechte Form noch nicht gefunden haben, Geschäfte in Beziehung auf unfertige Rechte zB. das am bürgerlichen Namen u.s.w. — Andererseits erstreckt sich die Typenbildung auch auf Nichtgeschäfte, Delikte, Quasikontrakte u.s.w.

[k]) Es ist ein für die moderne Doktrin und den aus ihr geschöpften EBG. verhängnisvoller Irrtum, zu dem Brinz Pand. (1) S. 1510 mit hochverdienstlicher Offenheit sich bekennt:

des Wollens der Handelnden einerseits,
und der Rechtsvorschriften welche für die Wirksamkeit des diesem Geschäftstypus entsprechenden Wollens bestehn.

Im einzelnen entscheiden die WEn. der Beteiligten über A, den Typus[l]), welchem das konkrete Rgeschäft angehören[m]) soll, und damit[n]) über die besonderen (an den Typus geknüpften) Rsätze[o]) welche für dasselbe zu gelten haben;

B, die individualisirenden Bestimmungen[p]) mit denen der mit

---

Für die Rgeschäfte ... ergäbe sich der Satz, dass sie keinen andern Inhalt und keine anderen Wirkungen haben als gewollte. Anders als bei den Delikten ...

Das Uebersehn der naturalen und realen Elemente in den rechtsgeschäftlichen Tatbeständen steht im innigsten Zusammenhange mit dieser naturrechtlichen Theorie.

l) Diese Entscheidung über den Typus kann verschiedentlich erklärt werden: bisweilen ist ihre Form vorgeschrieben, auf einem Wechsel muss das Wort "Wechsel" DWO. 4, 1, stehn; bisweilen wird sie ausdrücklich (namentlich bei schriftlichem Abschluss) vorangestellt "Kaufkontrakt" "Pachtvertrag", "dieses ist mein lezter Wille" (Testament, Kodizill). Viel häufiger aber tritt sie mit den individualisirenden Parteierklärungen verwoben auf, und ist dann lediglich aus diesen zu entnemen, sei es nun dass bei denselben typische Wörter, kaufen mieten darleihen u.s.w. gebraucht worden, oder dass nur der Inhalt der getroffenen Bestimmungen ausschlaggebend erscheint.

m) Zu den über den Typus entscheidenden Bestimmungen gehört auch die Angabe der Causa bei den Zuwendungen (vgl. § 100 Beil. I.); denn man wird beispielsweise eine konkrete solutio und ein konkretes Darlen von übrigens gleicher Beschaffenheit nicht demselben Typus unterstellen wollen.

n) Wer Wechsel schreibt knüpft an seine Handlung die wechselrechtlichen, wer kauft die kaufrechtlichen Folgen, u.s.w. gleichviel ob er sie kennt oder nicht; und tatsächlich hat die grosze Mehrzal der geschäftlich Handelnden bei uns nur sehr vage Kenntnis dieser Rfolgen. Die dem Handelnden unbekannten Rechtsfolgen gleichwol als von ihm gewollte anzunemen, ist eine Spielerei, aber, ihrer Konsequenzen wegen, keine harmlose. Die Geschäftsfolgen sind, wie im Text gesagt ist, Mischprodukte.

o) Ueber den Inhalt dieser Sätze Beil. I E.

p) Es ist von Wichtigkeit diese individualisirenden Bestimmungen und die Nebenbestimmungen in dem hier angenommenen Sinne, vgl. N. q, sauber auseinanderzuhalten, da die Nebenbestimmungen die Prä-

dem Typus gegebene Ramen (Geschäftsschema) zu erfüllen ist um ein konkretes Geschäft entstehn zu lassen;

C, die Nebenbestimmungen ("accidentalia negotii")[q]), durch welche die dem Typus entsprechenden abänderlichen Rfolgenormen (= Rfolgen des Geschäfts verordnenden Sätze, "naturalia[r]) negotii") abgeändert werden;

D, die Nebengeschäfte[s]), die ausserhalb des Typus liegende Rfolgen mit dem konkreten Geschäft verbinden.

Eine andere Einteilung unterscheidet innerhalb des Tatbestandes eines konkreten Geschäfts:

a, die typisch unerlässlichen, und

b, die typisch erlässlichen Elemente[t]).

Die Rfolgen des konkreten Geschäfts sind

α, von dem Typus unbedingt erforderte,

β, von dem Typus bedingt erforderte,

γ, von dem Typus nicht geforderte[u]) (aber auch nicht abgestoszene)[v]).

---

sumption allemal wider sich haben, die individualisirenden Bestimmungen weder für noch gegen sich, vgl. unten § 114, 115.

[q]) Auch Wi. I 85 identifizirt "Nebenbestimmungen" und "accidentalia", stellt sie aber als "unwesentliche" Bestimmungen den "wesentlichen" gegenüber, und hebt die Selbstbeschränkungen, Bedingung Befristung Voraussetzung, wenigstens als Abart derselben hervor. Eingehende Kritik dieser Auffassung unten.

[r]) Vgl. fr. 11 § 1 de A. E. V. 19, 1: ".... quae naturaliter insunt huius iudicii potestate".

[s]) Ueber den Gegensatz der "Nebengeschäfte" und "Nebenbestimmungen" vgl. auch Bz. (1) S. 1505. Nebengeschäfte in unserm Sinne sind beispielsweise Zinsverträge neben zinslosen Geschäften; pactum distrahendi, p. antichreticum und lex commissoria neben dem altrömischen Pignus, Antichresenausbedingung auch neben dem modernen Faustpfand; p. de retroemendo, p. de retrouendendo, p. protimiseos; überhaupt pacta de contrahendo. Den Nebenbestimmungen näher stehen die lex commissoria bei Kauf und verwanten Geschäften, so wie die in diem addictio. — Vgl. übrigens § 113.

[t]) Diese Einteilung passt nur auf die Tatbestandstücke des konkreten Rgeschäfts; die Tatbestandstücke die der Typus erfordert sind alle unerlässlich, die er nicht erfordert sind eben deshalb keine Tatbestandstücke des abstrakten Rechtsgeschäfts.

[u]) In diesem Sinne liesse sich etwa die Dreiteilung essentialia

Innerhalb des typischen Tatbestandes scheint eine Unterscheidung von unerlässlichen und erlasslichen Stücken kaum angebracht[w]), wogegen die typischen Rfolgen zum einen Teil unerlässliche und zu andern erlässliche[x]) sind.

Beilage I. Die historische Entwickelung der Geschäftstypen ist bisher wenig behandelt. Offenbar sezt die Herstellung derselben neben dem Verständnis der Verkehrsbedürfnisse ein vorgeschrittenes Abstraktionsvermögen voraus. Unsere Geschäftstypen stehen im nächsten geschichtlichen Zusammenhange mit den Römischen Aktionen.

A, Zweifellos gibt es Vorstadien in der Rechtsgeschichte der einzelnen Völker, wo die Befähigung zur Produktion richtiger Geschäfts- und Vergehens-Typen noch nicht vorhanden ist. Aus den Tafeln von Gortyn (vgl. aber auch § 32 der Bernhöftschen Ausgabe) werden sich wenig feste Grundformen herauslesen lassen. Auch bei den Römischen Zwölftafeln (Beachtung verdienen nur die wörtlich erhaltenen Stücke, bei den Relationen der späteren Juristen wirkt die typisch geschliffene Brille mit, durch welche diese zu sehn gewönt sind) scheint die Typenbildung noch in den Kinderschuhen zu stecken: einige Hauptarten der Geschäfte sind freilich schon bekannt, "uti legassit" "cum nexum faciet mancipiumque" "si pater filium uenum duuit" — von Delikten "furtum" "iniuria", aber überwiegend scheint der Blick, änlich wie bei den Gortyner Gesetzen am konkreten zu hängen, wie man es eben vor Augen sieht, "mulieres genas ne radunto, neue lusum funeris ergo habento", für den besondern Fall dass jemand "hostiam emisset nec pretium redderet" wird eine Pignoriskapion eingefürt u. s. w. Und wieder im Sachsenspiegel treten "borgen" "loven" und "dun" (vgl. Ssp. I 7) auch noch nicht als scharf geschnittene Typen auf.

B, Wie weit die Typenbildung innerhalb des Legisaktionsprozesses gediehen ist, wissen wir nicht genau. Die ganz allgemeinen Formeln, "aio rem meam esse ex I. Q." "aio te mihi dare oportere",

(= α), naturalia (= β), accidentalia negotii (= γ) noch aufrecht erhalten; allemal wirklich gewollt von den Beteiligten wären dann nur die Accidentalien, Essentialien wie Naturalien bald gewollt und bald nicht gewollt. Wider diese Benutzung der drei Ausdrücke spricht aber, dass wir bei "Essentialien" mehr an Tatbestandstücke als an Rfolgen zu denken gewönt sind. Vgl. Beil. III.

[v]) Vgl. Beil. I E β,.

[w]) s. oben N. t,.

[x]) Beil. I E γ,.

waren derselben so wenig günstig wie die vorher erwänte ängstlich spezialisirte Pignoriskapion. Gleichwol scheint es, dass man mehr und mehr den Mittelweg zwischen dem verschwimmend allgemeinen und dem eigenartig besondern herauszufinden bemüht war. Wir wissen dass in der Zeit von S. Aelius Paetus Catus bis auf Cicero viele Klag- und Geschäftsformelsammlungen geschrieben sind, freilich auch dass leztere den Schweinekauf und den der Rinder oder Schafe sorgfältig auseinanderhielten. Eine recht brauchbare und darum feste Gestalt nemen all diese Dinge erst in dem auf Formularprozess beruhenden prätorischen Edikte an. Jezt erhält jede wichtigere Gruppe der als rechtlich wirksam anerkannten Vorgänge, Kontrakte Quasikontrakte Delikte u. s. w. ihre eigene Aktionsformel, diese Formeln machen den Kern des Edikts aus, und an sie sezt sich die fruchtbarste Arbeit der Juriskonsulten. Wann darf diese, wann jene "actio" gegeben werden; m. a. W. welches sind die Tatbestände welche diese Aktionen zeugen? Und was ist innerhalb des Ramens der erteilten Aktion zu berücksichtigen, "quid uenit in actionem"; das deckt sich nicht ganz mit den "Rechtsfolgen des Tatbestands", doch sind die Rechtsfolgen hiemit im wesentlichen bestimmt. Steht das "quid uenit in actionem" einmal fest, so kann nur noch die Schätzung in Frage kommen, da jede Kondemnation auf Geld ergeht; und gerade die Abschätzungsregeln sind verhältnismäszig einfach. — Das klassische Römische Recht erscheint ebenso in seiner Hauptquelle, dem prätorischen Edikt, wie in den gröszeren wissenschaftlichen Bearbeitungen, als ein von dem Grundbegriff der "actio" (Recht auf den Gebrauch einer bestimmten Klagformel) aus erdachtes und geordnetes.

C, Im Justinianischen Recht war der rationelle Grund der aktionenmäszigen Gestaltung fortgefallen, der Libellprozess fordert den Gebrauch von spezialisirten Klagformeln nicht mehr. Aber die Macht der Ueberlieferung ist so grosz, und die Kraft zum eignen Schaffen so gering, dass die kaiserlichen Digesten im wesentlichen nichts anderes sind, als eine modernisirte Reproduktion des prätorischen Edikts, und dass auch die Sammlung der Kaisergesetze ("codex") dem Aktionensystem angepasst ist. Die durch Rücksichten auf den Aktionenprozess bedingte Ordnung des Edikts bildet das Grundschema der Pandekten, dem auch die Titelreihe des Kodex zu folgen sucht. Die Rubriken sind nach wie vor überwiegend Aktionen- (nicht Geschäfts-) Namen, der uralten "operis noui nuntiatio" wird nicht gegenübergestellt die prätorische "prohibitio", vielmehr bleibt Interdiktsname "quod ui aut clam" Titelüberschrift; desgleichen heist es nicht "de intercessionibus", sondern nach dem Ursprung der Exception "ad SC. Velleianum". Das allerauffälligste ist vielleicht, dass bei den realen Quasikontrakten die Ansprüche

zeugen, welche im klassischen Recht mit den gleichen Kondiktionsformeln zu verfolgen waren, in Pandekten und Kodex nichtediktsmäszige Titelrubriken gebraucht werden, die auf eine Unterschiedenheit der Aktionen "de condictione causa data causa non secuta", "— ob turpem causam", "— indebiti" u. s. w., nicht der erzeugenden Vorgänge zu weisen scheinen. Nur hin und wieder sind einige nach dem Geschäft rubrizirte Titel beigefügt, zB. "de contrahenda emptione". Auch den Inhalt der Digestenstellen, zumal der aus den Ediktskommentarien geschöpften, ist grösztenteils wirklich so belassen, wie er aus dem aktionsmäszigen Denken der Verfasser erflossen war. In dem Hauptstück von Justinians Gesetzgebungswerk ist durchgängig die Rede von den Voraussetzungen und von den Folgen der Aktionen. Es gibt aber keine Aktionen (Re. auf den Gebrauch einer bestimmten Formel) mehr. Also wird es notwendig, nachdem das verbindende Mittelglied ausgefallen, jene Voraussetzungen und diese Folgen unmittelbar an einander zu schliessen. Selbstverständlich mussten die einen und die andern in vielen Stücken "novirt" werden, um solchen Anschluss zu ermöglichen zunächst, dann haltbar und glatt zu machen. Es hat langer Zeit bedurft, bis man damit zustande gekommen, ganz ist die Arbeit bis auf diesen Tag noch nicht vollendet.

D, Die Italiener und später die Deutschen haben das Römische R. übernommen und zum herrschenden Gesetz gemacht in der Gestalt die Justinian ihm gegeben; also one Aktionen, aber mit sehr vielen auf die Aktionen bezüglichen Bestimmungen. Der erforderliche Novationsprozess wurde erschwert dadurch, dass bis zur Wiederauffindung des Gajus eine präzise Erkenntnis des Wesens der Aktionen unmöglich war. Inzwischen half man sich so gut es ging, vermeinte auch vielfach die Aktionen als Stück des geltenden Rechts noch zu besitzen: manches wolgeschulte gemeinrechtliche Gericht sucht noch heut bei jeder angebrachten Klage vorab sich klar zu werden, welcher "species actionum" dieselbe zugehöre. Seit dem vorigen Jarhundert legen wir grösseres Gewicht auf die Systematik, und empfinden das Bedürfnis, hierin wenigstens über die Römer hinauszuwachsen. Die Römer heissen ihre allgegenwärtigen Aktionen meist nach Entstehungsgründen, und haben auch diese schon in Kontrakte und Delikte, Quasikontrakte und Quasidelikte eingeteilt. Auf die Erkenntnis des Wesens von allen diesen haben wir seitdem mehr Mühe verwant als die Römer je. Wir vermeinten dabei häufig diese Begriffe selbständig aus dem innersten Kern des Rechtsgedankens heraus zu konstruiren, wärend unsre Tätigkeit doch in Wirklichkeit nichts war, als Sammlung und Ordnung eines bestimmten uns überlieferten Stoffes, ein Versuch von der Betrach-

tung des gegebenen konkreten stufenweise aufzusteigen hin zur Erkenntnis des allgemeinen. Wir fragen uns jezt mit Bewusstsein nicht mehr, wie die Vorgänge zur Entstehung der Aktionen und dann diese zu den resultirenden Rfolgen sich verhalten, sondern gleich welche Vorgänge (Tatbestände) welche Rechtsfolgen ins leben rufen; aber bei der Gruppirung der Vorgänge und der Begriffsgestaltung stehn wir doch noch immer unter dem Bann der Römer. Unsre Geschäftstypen sind keine freie Erfindung von uns. Nur zwei Klassen der Rechtstypen überhaupt sind bis auf diesen Tag die (relativ) gut entwickelten und wol gepflegten,

α, die der obligatorischen, d. i. Obligationen zeugenden, Geschäfte, Kontrakte und Quasikontrakte,

β, die der Delikte,

man vergleiche die Register unserer gemein- (auch preussisch- und französisch-) rechtlichen Lehrbücher und unserer Strafgesetzbücher; also gerade diejenigen, an welche die wichtigsten Klassen der Römischen Aktionen sich anschlossen. Der lang festgehaltene Irrtum, dass Verträge allemal obligatorischen Inhalt haben müssten, ist auf demselben Boden erwachsen. Allmälich emanzipiren wir uns: für die dem öffentlichen Rechte zugewiesenen Delikte haben die Römischen Einzeltypen bereits alle Bedeutung verloren; auf dem Felde des Privatrechts steht der Fortschritt mit der Ausbildung des "Rechtsgeschäfts" im innigsten Zusammenhang. Wir streben eine gleiche Gliederung der "Geschäfte" auf allen privatrechtlichen Gebieten an, und bei den Obligationen zeugenden Vorgängen suchen wir zu vergessen welche von den Römern als Quellen einer und derselben (zB. a. locati), und welche als Quellen verschiedener Aktionen (zB. condictio de mutuo — a. depositi [irregularis], a. ex stipulatu — de pecunia constituta) angenommen worden. Wir stehn also noch inmitten der Entwickelung: der Begriff des Geschäftstypus ist noch keineswegs so fest und präzis wie zu wünschen wäre; andererseits lässt sich nicht absehn, wie lang überhaupt derselbe im Gebrauch verbleiben wird.

E, Die mangelnde Festigkeit des Begriffs zeigt sich in der Schwierigkeit der Definition: was sind die charakteristischen Merkmale des Typus? wie unterscheidet dieser Geschäftsartsbegriff sich von andern? beispielsweise ist "Schenkung" Ein Typus? Es ist bekannt wie viel über diese Frage gestritten worden (vgl. § 102); eben damit dass wir darüber streiten, erkennen wir die Berechtigung und Bedeutung derselben an. Solange es Aktionen gab, war die Definition leicht: alle Geschäfte (und Delikte) welche dieselbe "actio" erzeugen, gehören demselben Typus an. Jezt müssen wir versuchen an die Stelle dieses rein äusserlichen, innerliche, will sagen aus der Beschaffenheit der Geschäfte entnommene Kriterien treten zu lassen.

a, Nur Geschäfte von gleichen Hauptfolgen gehören dem gleichen Typus an. Demgemäsz gehören verschiedenen Typen an,

Zuwendungen und Nichtzuwendungen,
unter lezteren beispielsweise Ermächtigungen Feststellungen Zwecksatzungen,
unter den Zuwendungen
die konstitutiven traslativen restitutiven,
ferner die Uebertragungen von dinglichen Rechten, Forderungen, Rechten an unkörperlichen Sachen.

b, Unter den Geschäften mit gleichen Hauptfolgen bilden diejenigen einen besonderen Typus, für welche gewisse besondere Rechtssätze gelten.

Mit diesen beiden Stücken ist die Lehre von der Geschäftstypenbildung sicherlich nicht erschöpft, immerhin dürften sie die haltbarsten Grundlagen derselben sein. Und zwar werden die einen Typus konstituirenden Sätze

α, dem bezüglichen Tatbestande einen gewissen technischen Namen beilegen. Nicht als ob kein Typus one Eigennamen bestehn könnte, und der Eigenname stets auf einen besondern Typus weisen müsste. Immerhin werden der Ausnamen auf beiden Seiten so wenige sein, dass bei fest rezipirten Namen eine starke Vermutung für das Bestehn eines eigenen dem Namen entsprechenden Typus spricht, bei felendem Namen aber nach dem besondern Grunde der Namenlosigkeit des angeblich vorhandenen Typus zu suchen ist.

β, Vorschriften über die Zusammensetzung des Tatbestandes, und zwar

einmal über die unentbehrlichen Stücke (essentialia) desselben,
zweitens über die unzulässigen Stücke, deren Beifügung
entweder einfach ungültig wäre (condicio detrahitur),
oder das ganze Geschäft vernichtete,
oder das Geschäft in einen andern Typus hineinbrächte (dos, bei der ausgemacht ist dass der Ehemann das Empfangene unter allen Umständen behalte, wird donatio).

γ, Ueber die Rfolgen:

Feststellung der unausbleiblichen (I. cogens);
desgleichen der durch besondre WE. der Beteiligten zu beseitigenden (I. dispositiuum).

Damit scheinen die Hauptgrundlagen der Typenbildung angegeben zu sein.

F, Nach dem allen, vgl. auch Beil. II kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Geschäftstypen und (fügen wir im Hinblick auf die mangelnde Uebereinstimmung betreffs Abgrenzung des Rgeschäftsbegriffs hinzu) Quasigeschäftstypen zu dem unentbehr-

lichen Rüstzeug unserer Jurisprudenz gehören. Aber wie die Geschäfts- und anderen Typen einstmals gekommen sind, so können sie dereinst auch wieder gehn, sie gehören durchaus nicht zum eisernen Bestande jeder vorgeschrittenen Rechtswissenschaft. Noch mehr, gerade in der modernen Rechtsentwickelung liegt ein gewisser Zug, der auf die allerdings noch sehr ferne Beseitigung dieser Typen hinzudrängen scheint. Ganz kurz gesagt: das Römische Recht liebt zu spezialisiren, das heutige zu generalisiren. Die Grundbegriffe der Römischen nicht blos deskriptiven sondern vielmehr noch produktiven Jurisprudenz sind die einzelnen "actiones"; bei jeder von ihnen wird das "quod uenit in actionem", will sagen die Momente welche bei eben dieser "actio" in Berücksichtigung zu ziehn sind durchprüft. So kommt es dass die Römer eigentlich keine allgemeine Lehre von der Zurechnung haben, vgl. Pernice Labeo II, dass auch die Unmöglichkeit der Leistung bei den verschiedenen Obligationen (obligatio = actione teneri) verschieden beurteilt wird, vgl. G. Hartmann d. Obligation S. 117—272, dass die Ungültigkeit der Obligationen aus erpressten Geschäften anders ist als die der Obligationen aus Interzessionen von Weibern, und die aus Geschenken unter Ehegatten wieder anders, vgl. Gradenwitz d. Ungültigkeit obligator. Rgeschäfte. All diese Differenzen hat erst die neueste, rein wissenschaftliche Forschung entdeckt; die Warheit der Resultate ist ebenso unbestreitbar wie die Unmöglichkeit dieselben im heutigen Rechtsleben praktisch zu verwerten. Schon der Richter, auch der gemeinrechtliche auf die Römischen Quellen verpflichtete, muss sich über diese Spezialitäten hinwegsetzen; noch weniger dürfte der Gesetzgeber sie beachten. Umgekehrt hat die ältere Forschung aus den Quellen herausgelesen häufig, was genau besehn nicht darin stand, aber was die Gegenwart brauchte. Man kann über solches Tun nicht schlechthin den Stab brechen: die "praktische Rwissenschaft" sollte ein der Gegenwart brauchbares Recht herstellen, und war formell gebunden an die Quellen des Römischen und Kanonischen Rechts. Die Ergebnisse, zu denen sie gelangt ist, beruhn durchaus nicht blos auf dem Misverständnis der Quellen (dieses war s. z. s. nur "condicio sine qua non"), sondern viel mehr noch auf dem Verständnis von den Bedürfnissen der Gegenwart (als "causa efficiens"). Nicht blos das praktische Bedürfnis, über einen immer bunter sich gestaltenden Geschäftsverkehr die Uebersicht nicht zu verlieren, auch die ganze Schulung unseres Denkens macht die Entwickelung von immer mehren immer weiter greifenden (s. g. allgemeinen) Rechtsregeln zur Notwendigkeit. Ist dies System der allgemeinen Rechtsregeln erst ganz ausgebaut, so werden alle einzelnen Typen, deren Wert ja gerade auf den besondern für den einzelnen Typus geltenden Rsätzen beruht, bedeutungslos.

Aber bis dahin wäre der Weg ersichtlich noch sehr weit, und niemand kann vorherwissen ob wir ihn konsequent einhalten werden. Der praktische Wert dieser Betrachtung liegt also nur darin, uns bei der Beurteilung der Erscheinungen in der Gegenwart zu orientiren. Wir haben jezt

so und so viele Rgeschäfts- und überhaupt Rtatsachen-Typen;

die Zal dieser Typen ist keine fest abgeschlossene, wol ebensowenig ist der Begriff des "Typus" im Gegensatz zu andern Artbegriffen der juristischen Tatsachen schon ganz fertig abgegrenzt;

wärend wir jezt an dieser Abgrenzungsarbeit sind sehen wir den Stoff mit dem wir uns befassen in relativ rascher, lebensfrischer Entwickelung, einige der älteren Typen sterben ab, manche verschmelzen mit andern, neue wachsen hinzu, so dass im Augenblick reife überreife und unreife auf den verschiedensten Stufen nebeneinanderstehn;

die ganze praktische und theoretische Typenbildung aber wird, zwar nicht gehemmt doch stellenweis gestört, durch eine widerstrebende Unterströmung, die vielleicht dem ganzen Typenwesen dermaleinst sein Ende bereiten wird.

Die neuere Litteratur steht den Typenfragen anscheinend gleichgültiger gegenüber als die Gesetzgebung, vgl. Beil. II. Eine umfassende monografische Bearbeitung felt, dagegen haben wir eine solche für eine der werdenden Gestalten, den Garantievertrag, Stammler im Civ. Arch. LXIX 1.

Beilage II. In der neuesten Gesetzgebung nimmt das DHGB. eine eigentümliche Stellung zu den Geschäftstypen ein: A. 271 zält vier Klassen von absoluten Handelsgeschäften, A. 272 fünf Klassen von relativen ("wenn sie gewerbemäszig betrieben werden"); nur wer eins von diesen neun Handelsgrundgeschäften gewerbemäszig betreibt ist Kaufmann (DHGB. 2). Damit ist diesen Geschäften eine dem bürgerlichen Rechte fremde weittragende Bedeutung beigelegt. Aber diese neun "Geschäfte" (Handelsgrundgeschäfte) sind keineswegs auch neun "Geschäftstypen" (Goldschmidt Hand.R. I § 42 spricht von 9 "Klassen" der "Grundhandelsgeschäfte", und noch genauer von 4 Klassen von "objektiven Handelsgeschäften" und 5 Klassen von "Handelsgewerben"):

271, 1, und 2, beziehen sich beide auf denselben Geschäftstypus "Kauf";

271, 3, "Versicherung gegen Prämie" dürfte am richtigsten als Ein Haupttypus, mit verschiedenen Unterarten bezeichnet werden;

271, 4 umfasst zweifellos zwei durchweg auseinanderliegende Typen, Seetransportgeschäft und Darlen gegen Verbodmung.

272, 1 "Uebername der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen", eine Unterart der locatio conductio operis, und des "Werkvertrags" (EBG. 567 f.), aber freilich eine Unterart die vielleicht noch einmal zum selbständigen Geschäftstypus erwachsen mag, denn die Geschäfte mit Wäscherinnen Stiefelputzern u. s. w., und die mit Bauunternemern allezeit als juristisch gleichartig zu erfassen, scheint in der tat kaum einen inneren Grund zu haben; 272, 2 "Banken und Geldwechslergeschäfte" gehören wiederum zu mehren durchaus verschiedenen Typen; und änlich umfassen auch 272, 3, 4, 5 ersichtlich je Reihen von verschiedenen Geschäftstypen.

So wenig wir nach alledem berechtigt sind diese "Geschäftsklassen" mit unsern Geschäftstypen" zu vermengen, so hat gleichwol DHGB. auch für die Typenbildung erkleckliches geleistet, namentlich für das "Kommissionsgeschäft" 360—78, "Speditionsgeschäft" 379—89, "Frachtgeschäft" 390—421.

SG. und EBG. stehen zu der Typenfrage fast ganz so wie die neueren Pandektenlehrbücher, nur dass sie von der romanistischen Ueberlieferung etwas weniger beengt sind. Doch haften sie an ihren Vorbildern in der beziehung, dass die Typenbildung konsequent nur für die obligatorischen (also die ehemals Aktionen zeugenden) Geschäfte durchgefürt ist. Speziell im EBG. II. Buch ("R. der Schuldverhältnisse") Abschn. 2 "Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden"; auf Tit. I "allgemeine Vorschriften" folgen

II Schenkung — hieher gehörte nur das Schenkungsversprechen, vgl. § 102.

III Darlehn, dem das Depositum irregulare EBG. 618 nach dem Vorgang von SG. 1274—77 einverleibt worden.

IV Kauf und Tausch. Anscheinend zwei Typen verschmolzen, doch zerfällt der Titel in fünf Unterabschnitte

Kauf — Wiederkauf — Vorkauf — Erbschaftskauf — Tausch; vgl. SG. 1082 — 1137 Kauf mit 6 Unterabschnitten, und § 1138 Tausch

Die Einteilung von SG. ist unweigerlich die besser durchdachte: "Kauf — Wiederk.—Vork. — Erbk. — Tausch" sind nicht einfach zu koordiniren. Die Rubrik von SG. "K. im allgemeinen" ist deutlicher und darum besser als "Kauf" im EBG. "Wiederkauf" und "Vorkauf" stehn durchaus unter den allgemeinen Kaufregeln, aber mit dem übrigens normalen Kaufgeschäft ist ein Nebengeschäft (vgl. § 113) verknüpft. Dahingegen bietet der "Erbschaftskauf" ein gutes Paradigma zur Erläuterung der Frage, ob es angezeigt für uns sei "Ober"- und "Untertypen" der Geschäfte anzunemen. Gegen das Zusammengiessen von Kauf und Tausch

aber dürfte noch allerlei zu erinnern sein: einmal ob es nicht zweckmässiger, manche Fälle des obligatorischen Tausches der Miete mehr zu nähern als dem Kaufe; zweitens dass (änlich wie bei der Schenkung) durchaus nicht jeder Tausch ein obligatorisches Rgeschäft ist, zB.

translative Uebertragung des Rechts das A an irgend einer Sache hat auf B.
gegen ebenso translative Uebertragung eines Autorrechts von B auf A.
(Dieses Rgeschäft besteht, anders als der Kauf, nicht in der Konstituirung und demnächst Erfüllung zweier einander gegenüberstehender Forderungen, sondern einfach im gegenseitigen Geben und Nemen dinglicher und quasidinglicher Leistungen, vgl. § 100 Beil. III.)

V Miete und Pacht. Auch wol am besten als zwei Untertypen eines und desselben bei uns namenlosen Obertypus zu bezeichnen. — Gegen die Zerlegung des, schon im Römischen Recht erst nur durch die Einheit der actio, und dann durch die Erinnerung an diese zusammengehaltenen Lokationstypus, (mit der auch SG. § 1187—1228, § 1229—242, § 1243—253, § 1254—259 [?] vorangegangen) in mehre Einzeltypen, ist sicher wenig zu erinnern; fragt sich nur in welche (vgl. unten VII.).

VI Gebrauchsleihe — unentgeltliches "utendum dare".

VII Dienst- und Werkvertrag — anscheinend als Ein Obertypus, mit den drei Untertypen: Dienstvertrag § 559—566, Werkvertrag § 567—79, Mäklervertrag § 580, fraglich ob die Anordnung von SG., die neben dem "Pacht- und Mietvertrag" den „DienstV." den "VerdingungsV." und den "MäklerV." als durchaus selbständige Typen erfasst, nicht den Vorzug verdient.

VIII Auslobung.

IX Auftrag — mandatum.

X Anweisung — aber nur eine Art der sonst "Anweisung" geheissenen Geschäfte, die mittels Urkunde zur Zalung.

XI Hinterlegungsvertrag — depositum, mit Ausscheidung des dem Darlen zugewiesenen depositum irregulare (s. o. III).

XII Einbringung von Sachen bei Gastwirten — receptum nautarum etc.

XIII Gesellschaft — societas.

XIV Leibrente — inkonsequent ist die Rfolge statt des erzeugenden Akts (Leibrentenvertrag) in die Rubrik gesezt, was auch durch § 663, Ausdenung der in § 660—62 gegebenen Vorschriften auf nicht aus Vertrag geschuldete Leibrenten, keine Rechtfertigung findet.

XV Spiel und Wette — unter dieselben Regeln gestellt, also zu Einem Geschäftstypus verschmolzen, wogegen sich die mannigfaltigsten Bedenken regen, zB. dass für denselben Ein Name und Eine Definition unerfindlich scheinen.

XVI Vergleich — gehört nicht hieher, da seine Wirkungen weit über das Schaffen von Schuldverhältnissen hinausgreifen.

XVII Bürgschaft. — Darüber dass die beiden Typen des Justinianischen Rechts fideiussio und constitutum debiti alieni bei uns ineinander aufgegangen, darüber herrscht seit Vangerows Tode wol nur noch Eine Meinung; fraglicher geblieben ist das Verhältnis dieser modernen "Bürgschaft" zum "Kreditauftrag" und zum einseitig wirkenden obligatorischen Vertrage (vgl. XIX); EBG. hat wenigstens das Verdienst, Stellung genommen zu haben zu diesen Fragen.

XVIII Verpfändungsvertrag — contractus pignoraticius.

XIX Schuldversprechen — Auch hier ist schon der Versuch an die Lösung ebenso schwieriger wie wichtiger Fragen heranzutreten verdienstlich. Das Wort "Schuldversprechen" ist hiebei in einem besondern eng begrenzten Sinne verstanden: Ausstellung einer den Verpflichtungsgrund nicht angebenden Schuldurkunde (cautio indiscreta).

XX Schuldverschreibung auf Inhaber — kein Vertrag sondern ein einseitiger (Kreations-) Akt, dessen Wirkung (die geschaffene Obligation) freilich nicht früher ins leben treten kann bis das kreirte Papier, gleichviel ob mit oder one Zutun des Ausstellers, in die Inhabung eines Andern gekommen.

Hiemit schneiden die obligatorischen Geschäfte, aber keineswegs die obligatorischen Typen des EBG. ab. Die aus dem Römischen Rechte stammenden Deliktstypen werden ersezt durch Tötung § 722—25, Verletzung von "Körper oder Gesundheit (?)" § 726, Entziehung der Freiheit § 727; die Quasidelikte durch

§ 729—32 Tun derer "qui effuderint uel deiecerint",

§ 733 de posito uel suspenso,

§ 734 Farlässigkeit beim Halten von Tieren,

§ 735 desgleichen bei Errichtung und Erhaltung von Gebäuden,

§ 736 Amtspflichtsverletzungen.

Entsprechend den Quasikontrakten zunächst die verschiedenen Fälle der obligatorischen Bereicherung,

§ 737—741 "Leistung von Nichtschuld" — condictio indebiti;

§ 742—44 "Nichteintritt des bei einer Leistung vorausgesezten künftigen Ereignisses oder rechtlichen Erfolges" (als

typischer Name unbrauchbar) — cond. causa data causa non secuta;

§ 745—46 "Wegfall des Rechtsgrunds einer Leistung" — cond. ob causam finitam;

§ 747 "Verwerflicher Empfang" — cond. ob iniustam causam (?);

§ 748 "Sonstiges grundloses Haben" — cond. sine causa (?).

Beiläufig dass schon Wi. II 421—429 damit voraufgegangen, die einzelnen obligatorischen Bereicherungsakte zur Bezeichnung der hergehörigen Geschäfts- oder Quasigeschäftstypen zu benutzen, wogegen De. II 138—43 und We. 288—92 noch an den Römischen Kondiktionennamen festhalten.

Der Bereicherung folgt

§ 749—761 "Geschäftsfürung one Auftrag" — negotiorum gestio;

§ 762—773 "Gemeinschaft" — communio incidens,

§ 774—77 "Vorlegung und Offenbarung" — irrationell, weil "Vorlegung und Offenbarung" nicht die das Schuldverhältnis erzeugenden Vorgänge sind, und lediglich der Römischen, auch die Pandektenlehrbücher noch beherrschenden Bezeichnung, "actio ad exhibendum" nachgebildet.

Beilage III. Die seit längerem gangbare, neuerdings von Einzelnen (s. Wi. I 85 N. 1, auch We. 37 a. E.) schon schärfer aufs Korn genommene Dreiteilung,

essentialia — naturalia — accidentalia negotii,

leidet namentlich darunter, dass nicht recht feststeht was dreigeteilt werden soll:

alle Tatbestandstücke des Geschäfts;

nur ein Teil derselben, die Bestimmungen (die einzelnen Stückerklärungen aus denen sich der gesammte s. g. "Willen" der Beteiligten zusammensezt);

die rechtlichen Folgen des Geschäfts.

So sagt beispielsweise De. I 93:

ess. — dem Geschäfte wesentliche Bestandteile,

nat. — Eigenschaften und Wirkungen eines Geschäftes welche ihm in der Regel zukommen,

acc. — Bestimmungen die ihm im Einzelfalle besonders zugefügt sind.

Die Zusammenstellung von so ungleichartigen Dingen muss unbefriedigend ausfallen.

a, Bestandteile des Geschäfts (Tatbestandstücke):

α, einige von diesen sind unentbehrlich (wesentlich, essentialia), ihr Felen bedingt das Nichtzustandekommen eines Ge-

schäfts von diesem Typus; dazu gehören jenachdem Inhalt (zB. animus dominium transferendi — accipiendi), Form der WEn. (zB. das Wort "Wechsel" u. s. w. auf dem Wechsel), und "andere Tatsachen" (Nichtwillenserklärungen, zB. die verschiedenen Res bei Realkontrakten, vgl. § 94).

Diesen wesentlichen stehen gegenüber die unwesentlichen, also entbehrlichen Tatbestandstücke; man könnte versuchen diese weiter zu teilen,

β, die dem gewönlichen Geschäftsbestande entsprechen (naturalia?),

γ, die dem gewönlichen Bestande nicht entsprechen, abweichend aber zulässig sind (accidentalia).

Aber bei dieser Dreiteilung fallen die "Naturalien" im gewönlichen Sinne (was bei feststehenden Essentialien präsumirt wird, unausgesprochen, ja auch unbedacht und ungewollt gilt) gänzlich aus; man darf das Ungewollte Unerklärte, in der Tat niemals existent gewordene doch nicht als Tatbestandstück auffüren.

b, Bestimmungen, von den Geschäftsbestandstücken scheiden sowol die Formen der Erklärungen wie die andern Tatsachen aus:

α, die unentbehrlichen — essentialia.

Die entbehrlichen liessen sich wie zu a, β, und γ, und mit gleich unbefriedigendem Erfolge in "gewönliche" etwa und "ungewönliche" zerlegen.

Dem herrschenden Gebrauche aber kommt näher,

β, "Naturalien" = Bestimmungen die gleichmäszig gelten, mögen sie getroffen oder nicht getroffen sein (leztere werden aber präsumirt), vorausgesezt dass sie nicht durch ausdrückliche Erklärungen ausgeschlossen sind;

Accidentalien = entbehrliche Bestimmungen, die nur wenn sie wirklich getroffen (gewollt und erklärt) sind gelten.

Es wird kaum nötig sein den Feler dieser Dreiteilung klar zu stellen: Bestimmungen die "nicht getroffen", also "Nichtbestimmungen" sind, gehören nicht in eine Einteilung der "Bestimmungen".

c, Rechtsfolgen:

α, die der Typus unerlässlich fordert — essentialia,

β, die er erlässlich fordert — naturalia,

γ, die er nicht fordert aber verträgt — accidentalia.

Vom Standpunkt der Logik wäre dagegen nicht viel zu erinnern. Aber zu den Essentialien in diesem Sinne dürften nicht gerechnet werden dem Typus wesentliche Formen und "andere Tatsachen". Bei den Naturalien könnte man zweifeln ob "erlässlich fordern" und "präsumiren lassen" ein und dasselbe sei? Begrifflich gewis

nicht; aber man könnte vielleicht sagen, in unserm positiven Rechte sei das nun einmal, der Gesetzgeber sage allemal, wenn er an erster Stelle meint "er wünsche das so", an zweiter "und darum werde er es bis auf weiteres annemen", gerade diese Präsumption sei die Form in welcher er derartige (nicht zwingende) Wünsche zu äussern pflege. Dies läuft auf die auch im Text unter α, β, γ, aufgefürte Einteilung hinaus.

§ 98.

Scheingeschäfte; Mentalreservation und Simulation[a]).

Ar. 60, 237. Ba. 50. Bz. (1) 314, 122. De. I 100. Ke. 58. Pu. 65. Sa. S. III 134. Se. I 87. Si. I 17. Va. I 85. Wä. II 185. We. 45. Wi. I 75.

Scheingeschäft im w. S., jeder Vorgang der als ein Rechtsgeschäft erscheint, aber nicht das ist als was er erscheint[b]), sondern bald überhaupt kein, bald ein anderes Rgeschäft. Hieher gehörig sind unter andern Akte derjenigen, denen das Recht die Handlungsfähigkeit abspricht[c]), sowie Akte der Handlungsfähigen welche als Willenserklärungen erscheinen, aber wegen mangelndes Erklärungswillens WEn. nicht sind[d]).

Scheingeschäft im engern und gewönlichen S., der Akt eines Handlungsfähigen, der den Erklärungswillen hat, den Geschäftswillen aber nicht hat[e]). Vorgenommen werden Scheingeschäfte dieser Art zu verschiedenen Zwecken:

---

[a]) T. C. plus ualere quod agitur quam quod simulate concipitur 4, 22; mehr aber meist wenig brauchbares Quellenmaterial bei Sav. a. a. O. N. k. — EBG. 95–97, dazu Beil. II. — Jhering Geist IV 46, III 58; Schlossmann Vertrag 14; Bechmann Kauf I 18; Kohler Jb. f. Dogmat. XVI 2, und 7.

[b]) Der Schein erfordert Dasein aller erforderlich äusserlichen (= sinnlich warnembaren) Tatbestandstücke; diesem Schein entspricht das Sein nicht, wegen felender innerlicher Tatbestandstücke.

[c]) Vgl. § 90, b,.

[d]) Vgl. § 92, e,.

[e]) Von den innerlichen Tatbestandstücken felt nur der Geschäftswille. Der Erklärende ist verpflichtungs- ("veräusserungs-") fähig, und will dass der Schein eines gegen ihn wirksamen Rgeschäfts ins leben trete. Darin liegt der Grund davon, dass regelmäszig er die ihm zurechenbaren, d. h. von ihm vorherzusehenden Folgen der Scheinerklärung zu tragen hat.

A, um gewisse kleinere Rfolgen[f]) herbeizufüren;
B, one die Absicht Rfolgen zu bewirken, und
a, one die Absicht Andere zu teuschen[g]),
b, mit der Absicht Andere zu teuschen, und zwar
α, darüber, dass überhaupt kein Rgeschäft[h]),
β, darüber, dass ein anderes Rgeschäft[i]) zu stande kommen soll[k]).

---

[f]) Zwei Gruppen sind auseinander zuhalten:
1, Rgeschäfte, die sonst weitergehende Uebertragungen wirken, werden mit solchen Zusätzen (zB. Prokura-indossament) versehen, oder unter solchen Modalitäten (zB. die "Mancipationen dicis causa" bei der alten "datio in adoptionem" und der "emancipatio") vorgenommen, dass auf den Nemer minderes Recht kommt; der "pater fiduciarius" erhält nicht die volle Potestas über den "filius", der Prokura-indossatar nicht "das Eigentum an dem Wechsel" (DWO. 170).
2, Rgeschäfte von normal vollen Uebertragungsfolgen, verknüpft mit obligatorisch wirkenden Nebengeschäften, die den Nemer dem Geber verpflichten von dem übertragenen Rechte nur beschränkten Gebrauch zu machen (zB. die nach aussen unbeschränkbaren Vollmachten des DHGB. wenn der Prinzipal dem Bevollmächtigten Schranken sezt).
Aus der mangelhaften Unterscheidung beider Arten, vgl. auch De. I 100 a. E., ergeben sich Unklarheiten und Zweifel, namentlich in den Fällen des Konkurses von Nemer oder Geber. Ueber den rechtlichen Charakter dieser s. g. fiduziarischen Geschäfte vgl. unten N. n, a. E.

[g]) Der Erklärende erwartet, dass seine "Erklärung one Geschäftswillen" von Allen (die sie erreicht) als solche ("Erkl. one GeschW.") erkannt werden wird. So auf der Büne, im Lehrsal, zum Scherz u.s.w. Die Fälle "aus Scherz" und "im Scherz" durchgängig auseinanderzuhalten und verschieden zu behandeln, halte ich gegen Wi. I 75 N. 2, für praktisch undurchfürbar. — Vgl. fr. 3 § 2 de O. et A. 44, 7, fr. 24 de test. milit. 29, 1, auch noch fr. 3 § 3 de iniur. 47, 10.

[h]) Andere sollen veranlasst werden, den nicht vorhandenen Geschäftswillen für vorhanden zu halten. Diese Andern können sein,
entweder der "Anerklärte" (vgl. § 93 Beil. II) selber, Fall der s. g. Mentalreservation (s. unten, besonders N. r,),
oder Dritte, Fälle der "reinen Simulation" (Erzeugung eines "neg. simulatum" one "neg. dissimulatum"); zB. Ausstellung von Schuldscheinen an Nichtgläubiger, Auflassung von Grundstücken one beabsichtigte Eigentumsübertragung (verwant Kommodat von Geld), nur um den Kredit der Empfänger zu heben; vgl. auch fr. 4 § 5 de in d. add. 18, 2, SA. XX 26; XVII 180, XIX 26.

[i]) Das simulirte Geschäft kann sein anderer Art als das dissi-

Wo solche Teuschung beabsichtigt wird ist weiter zu unterscheiden, ob

der Anerklärte[l]), oder ob

Dritte geteuscht werden sollen[m]).

Jener Fall pflegt als "Mentalreservation", dieser als "Simulation" bezeichnet zu werden. Simulation um ein beabsichtigtes Rgeschäft zu verstecken heisst man besser Verschleierung, und stellt

das verschleiernde Geschäft (neg. simulatum), und

das verschleierte Geschäft (neg. dissimulatum)

einander gegenüber.

Scheingeschäfte im e. S. die unter A, gehören bilden eine besondere Gruppe der feierlichen Geschäfte[n]), und sind auch betreffs ihrer Gültigkeit nach den Regeln dieser zu beurteilen.

---

mulirte, ROHG. XVI 20, zB. Verkauf statt Sicherstellung SA. X 243, XIV 90, cf. RE. II 44, 45, XIII 47, BE. IV 194; Verkauf statt Schenkung SA. XVIII 132; Darlen mit Hypothek und andere entgeltliche Geschäfte statt Schenkung RE. VIII 80, XIII 69, auch XVI 65; andere Art der Cession SA. XXI 43, XXII 34, XXV 124, oder des Giro SA. IX 68, XII 190, XXI 189; — oder die Verschiedenheit betrifft Preis und andere Modalitäten der Leistung SA. VI 82, XXXI 201, vgl. XIV 75, vgl. RE. XIII 62, BE. IV 193, VII 116, 172 — andere Personen SA. V 146, RE. III 100, IV 69, vgl. Bo. III 484, auch Bo. VI 323. Dieser lezte Fall illustrirt die im Text zu h, l, und m, gemachte Unterscheidung, ob geteuscht werden soll auch der Anerklärte, oder nur Dritte, wärend der Anerklärte sich im Einverständnis mit dem Erklärenden befindet.

k) Also Zeugung eines nur scheinbar vorhandenen ("verschleierten") Rgeschäfts, um dahinter ein anderes wirklich vorhandenes ("verschleiertes") Rgeschäft zu verstecken.

l) Beispiele in N. h, und i,.

m) Beispiele in N. h, und i,.

n) Damit ist anerkannt, dass genau besehn die Aenlichkeit dieser Scheingeschäfte (zu A,) mit den übrigen eine überwiegend äusserliche ist: Geschäfte die als Mancipationen Indossamente u. s. w. erscheinen, aber doch die volle Wirksamkeit einer gemeinen Mancipation, des gemeinen Indossaments nicht haben. Der Geschäftswille geht auf beschränkt wirkende Mancipation u. s. w., auch die Erklärung geht (richtig verstanden) auf beschränkt wirkende Mancipation u. s. w., und das einzig absonderliche der ganzen Gruppe ist, dass die Form dieser beschränkt wirkenden Mancipationen u. s. w. ungefär dieselbe ist wie die

Scheingeschäfte die unter B, gehören sind rechtlich wirkungslos,

nach Rechtsregel gegenüber allen denjenigen, die um das Felen des Geschäftswillens wissen[o]),

nach guter Verkehrssitte gegenüber allen denjenigen, die um das Felen des Geschäftswillens wissen müssen[p]).

---

der unbeschränkt wirkenden, und hiedurch (für Den der nicht genau zusieht) der Schein hervorgerufen wird, dass eine unbeschränkt wirkende Mancipation vorgenommen sei. Also, wie im Text angedeutet, Rgeschäfte deren eigentümliche Wirksamkeit von der Benutzung besonderer Formen, Nachbildungen anderer älterer und mehr bedeutender Formen abhängt. — Gänzlich fern liegen, trotz häufigen Verwechselungen, die in N. f, unter 2, aufgefürten "fiduziarischen" (?) Geschäfte den Scheingeschäften: das Hauptgeschäft, und das demselben in gewissem Sinne zuwiderwirkende Nebengeschäft (im w. S.), beide sind Nichtscheingeschäfte, und zu beurteilen nach den Regeln welche für alle andern (Nichtschein-) Geschäfte gelten.

[o]) Die normale Wirkung einer Anerklärung beruht darauf, dass sie den Anerklärten von dem Vorhandensein eines gewissen Geschäftswillens bei dem Anerklärer überzeugt; weiss der Anerklärte dass trotz der scheinbaren WE. der Erklärer den Geschäftswillen nicht hat, so bleiben die wesentlichen tatsächlichen Wirkungen, und darum auch die rechtlichen Wirkungen der abgegebenen Erklärung aus.

[p]) Dieser Fall ist viel komplizirter als der voraufgehende. Die abgegebene WE. wirkt tatsächlich als WE. und bringt dem Anerklärten die Ueberzeugung von dem Dasein des Geschäftswillens im Anerklärer bei: warum soll sie nicht wirken? Weil diese Wirkung dem widerstreben würde, was unserm Gefül nach die guten Sitten fordern. Der Anerklärte glaubt (indem er auf die abgegebene WE. baut) an das Vorhandensein des Geschäftswillens beim Anerklärer, handelt hiernach und vermeint wol entsprechend hiedurch den Anerklärer sich zu verpflichten; aber dass er die abgegebene Erklärung eben so ("wörtlich") versteht, das beruht doch nur auf seiner (des Anerklärten) Farlässigkeit, one konkurrirende böse Absicht oder Farlässigkeit des Anerklärers, und nun widerstrebt es uns, dass jemand ein Recht für sich herleite aus einer Auffassung von Vorgängen, die lediglich auf seiner eigenen Schuld beruht. — Aber zugleich erkennen wir den zusammengesezten Aufbau, das Zusammenwirken mannigfaltiger Momente, wird eins abschattirt, so bekommt der ganze Fall ein anderes Aussehn:

wenn es nun doch nicht reine Farlässigkeit des Anerklärten war, wenn er immerhin einigen Grund hatte zu seiner Anname vom wirklichen Geschäftswillen beim Anerklärer;

Von den one eigene Schuld über das Felen des Geschäftswillens Geteuschten können selbstverständlich nur diejenigen aus der abgegebenen Erklärung Rechte für sich herleiten, die auch bei vorhandenem Geschäftswillen berechtigt sein[q]) würden. Ihnen gegenüber kann der Scheinerklärer sich befreien, nicht durch den Nachweis des felenden Geschäftswillens[r]), wol aber durch den Nachweis besonderer Umstände[s]), welche die one

---

oder wenn dieser auch nicht one alle Schuld gewesen, bei gröszerer Sorgfalt sich hätte sagen müssen, dass seine Aeusserung zu Misdeutungen anlass geben könne, oder gar geben werde.

Es zeigt sich hier eine so lange Reihe nächst aneinanderliegender Möglichkeiten, dass einstweilen kein Gesetzgeber die Scheidelinie (der den Erklärer verpflichtenden und der nichtverpflichtenden WEn.) zur allgemeinen Befriedigung zu ziehn vermöchte.

Wenn in der Praxis (vgl. SA. V 146, XXX 89 und besonders BE. VII 64: "wenn nur Einer der Kontrahenten will, dass seine Erklärung keine rechtliche Wirkung habe, so darf ein Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung nur angenommen werden, insofern er für den andern Kontrahenten erkennbar ist oder wird") häufig nur der in N. o, besprochenen Fälle erwänung geschieht, so ist dies wol eher aus einem Uebersehn zu erklären, als aus der Neigung denjenigen zu helfen die aus eigner Schuld Scheinerklärungen für Vollerklärungen genommen haben.

q) Denn die one Geschäftswillen abgegebene Erklärung kann nicht rechtlich kräftiger sein als die mit Geschäftswillen.

r) Anders c. 26 X de sponsal. 4, 1, das aber nicht mehr als gültig zu behandeln ist. Gegen Schliemanns L. v. Zwange S. 113 f. falsche Aufstellung, dass die Mentalreservation nur dann nicht zu berücksichtigen sei wo derselben Unsittlichkeit zu grunde liege Kohler a. a. O. S. 95. — Die Erklärung one einen weder bekannten noch kenntlichen Feler ist eben eine normale Erklärung, und jener, rein innerliche äusserlich unkenntliche Vorgang für das Recht nicht zu beachten, sonst würde alle Verkehrssicherheit schwinden; vgl. ausser den in N. p, zitirten Entscheidungen namentlich noch BE. VIII 91, Bo. 449.

s) M. a. W.: es ist die Beurteilung dieser Fälle dem freien richterlichen Ermessen "ex fide bona" zu überlassen. In betracht zu nemen wird sein:

α, die etwaige Verschuldung des Erklärers, Aeusserungen zu machen, bei denen er wissen sollte, dass sie anders verstanden werden könnten ("würden") als sie gemeint gewesen;

β, Verschuldung des Anerklärten bei seiner Auffassung der an ihn ergangenen Erklärung (zu α, und β, vgl. oben N. p,);

Geschäftswillen abgegebene Erklärung ihrer verbindlichen Kraft entkleiden[t]).

Hiernach sind

verschleiernde Geschäfte regelmäszig[u]) ungültig,

verschleierte Geschäfte gültig, wenn

der typische Tatbestand derselben erfüllt[v]),

und die Verschleierung selber weder verboten noch wider gute Sitte[w]) ist.

γ, ob die gemachte Erklärung sich auf einseitige Zuwendung oder auf einen Austausch von Leistungen bezieht;

δ, ob in Folge derselben der Anerklärte bereits geleistet hat, und mit welchen Nachteilen für ihn diese Leistungen verknüpft gewesen;

u. s. w. u. s. w. u. s. w.

Eine erschöpfende Aufzälung aller beachtenswerten Momente erscheint zur Zeit schlechthin unmöglich.

[t]) Die Einrede des Scherzes (vgl. zB. Girtanner Rechtsf. 231, auch RE. VIII 63 wo die Entscheidung auf dem Preussischen Recht beruht, ALR. I 4 §§ 32—56) ist also regelmäszig zulässig nur, wo der Scherz erkannt oder doch erkenntlich wäre, doch könnte eine weitere Berücksichtigung durch besondere Umstände (vgl. N. s) gerechtfertigt werden.

[u]) Ausnamsweise gültig, zumal wo das verschleiernde Geschäft ein feierliches und die gewarte Form, trotz dem Felen des Geschäftswillens rechtliche Beachtung fordert. So beispielsweise: 1, bei dem "durch die gerichtliche Währschaft begründeten Eigentumserwerb" SA. XXVI 21, vgl. EBG. 832; 2, beim Eigenindossament, das den Formvorschriften DWO. 17 entspricht; die über diese Frage erwachsene Kontroverse, vgl. SA. IX 68, XII 190, XIX 65, XXI 189, XXII 71, 162—66, XXIII 61, XXIV 74, scheint durch die Energie des ROHG. in diesem Sinne entschieden zu sein, ROH. I 49, IV 38, VI 10, vgl. auch SA. XXV 273; die gegnerische Meinung vertritt am besten Rostock SA. XXII 165; 3, ebenso muss h. z. T. eine Ehe nach Erfüllung der standesamtlichen Formalitäten als unbedingt gültig angenommen werden, vgl. Mot. z. Entw. I S. 193. — Bedenklicher ist der SA. XXVI 211 besprochene Vorgang. Vgl. auch Beil. I.

[v]) Es steht also das verschleierte Geschäft, insbesondre hinsichts seiner Form, Schriftlichkeit Insinuation u. s. w. durchaus unter den allgemeinen Regeln. RE. XV 69 scheint geneigt nach Umständen hievon etwas nachzulassen, doch schmeckt die dort gegebene Auslegung von ALR. I 11 § 1063 etwas nach "cessante ratione legis, cessat lex ipsa". — EBG. 96, 2: "... bestimmt sich die Gültigkeit dieses andern [d. i. des verschleierten] Rgeschäfts nach den für dasselbe geltenden Vorschriften"; also one Nachlass.

Bei Verteilung der Beweislast ist zu beachten, dass der Nachweis der abgegebenen Erklärung regelmäszig auch als Nachweis des vorhandenen Erklärungswillens[x]) angesehn werden muss.

Beilage I. Prozesse über Simulationssachen sind häufig in die lezte Instanz und neuerdings auch vor das Reichsgericht gekommen. Schwierigkeiten bereitet ebenso die Prüfung ob im konkreten Falle Simulation vorliegt, wie die Durchfürung der rechtlichen Bestimmungen bei verwickelteren Tatbeständen, namentlich wo die Berechtigungen Dritter in frage kommen.

1, Das simulirte Geschäft ist nichtig, wirkungslos sobald die Simulation zweifellos feststeht. Eine simulirte Veräusserung bringt also an sich nichts aus dem Vermögen des Scheinveräusserers, und nichts in das Vermögen des Scheinerwerbers, SA. X 243, XIV 90, vgl. XIX 122, RE. II 44, IV 69, BE. VII 64. Dem entsprechend entscheidet BE. IV 194 gegen beide untere Instanzen, dass A seine Sache die er auf B durch Scheingeschäft übertragen von C vindiziren könne, auf den B sie durch Rechts-

w) Weil dabei eine Verkürzung der Gläubiger, Einbehalten geschuldeter Steuern und dergleichen mehr beabsichtigt wäre. In solchen Fällen wird die Ungültigkeit des verschleiernden Geschäfts meist als Ausfluss der Regel "quod in fraudem legis fit, contra legem fit" erscheinen, vgl. O. Bähr Urt. d. Reichsger. IX zu RE. II 44, 45, V 49 und einem Urt. v. 30. März 81, s. jezt auch RE. XIII 47. Ueber die Regel überhaupt unten § 127; die Erstreckung derselben auf einen bedenklichen Fall ist RE. VI 49 zum Schaden des Hessischen Steuerfiskus geleugnet.

x) Die Einrede der Simulation ist nicht schlechthin negative Litiskontestation: denn das Geschäft dessen Nichtigkeit sie behauptet, ist geschlossen durch Erklärungen, welche an sich von ernst gemeinten nicht zu unterscheiden sind; es ist ein ungültiges Geschäft das aber als gültig erscheint, änlich einem solchen für das ein Beweis der Gültigkeit erbracht wäre. Es ist also wer die Einrede erhebt regelmäszig beweispflichtig, und die ihm obliegende Tätigkeit mehrfach als Gegenbeweis bezeichnet: SA. VI 82, XIV 75, XVII 180, XX 26, XXXII 109; hievon weicht XXI 98 wol nur scheinbar ab, im hinblick auf Fälle wo die nämlichen Erklärungen an sich vollen Beweis nicht ergeben. SA. XXXIV 8, vgl. XXXII 109 fordert ausdrücklich "Behauptung eines tatsächlichen ausserhalb der betreffenden Urkunde gelegenen ... Vorgangs", RE. II 44, vgl. II 45 betont dass "das Verhalten der Parteien bei dem Abschlusse des Vertrages und unmittelbar vorher und nachher von besonderer Bedeutung sein würde". — Ueber Benutzung des Eides SA. VI 82, XIV 75, XVII 180, BE. VII 67.

geschäft gebracht. Dagegen erkennt RE. XX 75 den nach Fr. Mommsen Erört. II Anm. 121, 122 auch gemeinrechtlich gültigen Satz nachdrücklich an "dass man sich einem Dritten gegenüber jedenfalls dann nicht auf die Simulation berufen kann, wenn dieser Dritte im Vertrauen auf die Ernstlichkeit des Willen [der Simulanten] gehandelt hat, und nur dadurch beschädigt werden soll dass ein Teil der (scheinbaren) Kontrahenten die Simulation geltend macht". Zweifelhaft ob hiemit gänzlich übereinstimmt Bo. III 485, wo die Aufdeckung des verschleierten Geschäfts von dem interessirten Dritten gefordert wird. Vgl. noch Bo. IV 493, dazu III 567 und I 368, sodann V 448; für die Wirksamkeit gegen Erben III 484, V 452.

2, Einfache Konsequenz würde fordern auch die simulirte Cession für schlechthin ungültig zu erklären, der Cessus bliebe Schuldner des Scheincedenten, und wäre durchweg als solcher zu behandeln. Im Gegensatz hiezu pflegt die Praxis dem Cessus die Einrede der Simulation zu verweigern, es sei denn dass durch sie ein besonderes Recht desselben (insonderheit Kompensationsrecht) aufrecht erhalten würde, SA. XII 337, XXI 43, XXII 34. ROH. I 54 spricht aus dass "der Cessus durch Zalung an den Cessionar, auch wenn die Cession simulirt sei, liberirt werde". Diese Anschauung ist später aufgegeben ROH. XXIV 85: Die Forderung verbleibt dem Scheincedenten. "Zalt der Schuldner an den Scheincessionar, so hat er nicht an den Gläubiger gezalt. Trotzdem kann der wirkliche Gläubiger nicht nochmalige Zalung fordern; aber nur deswegen weil dieser Forderung die Einrede der Arglist entgegenstehn würde". Danach müsste die Einrede der Simulation wider den Scheincessionar, der nicht Gläubiger und überhaupt nicht Berechtigter geworden, stets zugelassen werden.

3, Simulirte Forderungskonstituirung schafft keine Forderung. Cedirt der Scheingläubiger, so darf der bösgläubige Scheinschuldner dem gutgläubigen Cessionar die Einrede der Simulation nicht entgegenhalten, SA. XIX 26. Der Scheinschuldner haftet ex dolo; am korrektesten ist wol diejenige Auffassung, welche dem ausgesprochenen animus simulandi sobald er zugleich ein animus fraudandi ist jede Wirksamkeit versagt, das simulirte ist also hier ebenso voll gültig wie wenn es in bestimmten Formen abgeschlossen wäre, vgl. N. u,.

4, SA. XXXI 201. Für die Höhe des Mäklerlons soll der Betrag des pretium dissimulatum, nicht der des pr. simulatum ausschlaggebend sein; aufrecht zu erhalten nur wo der Mäkler selber bei seinen Verhandlungen um die Simulation und Dissimulation gewusst hat. Aenlich BE. IV 193, vgl. noch X 63.

Beilage II. EBG. § 95—97 sind in der Fassung gewis nicht unverbesserlich, stimmen aber sachlich mit unserer Auffassung der wesentlichen Punkte überein.

1, Die anscheinende WE. ist rechtlich wirkungslos gegenüber Jedem der um das Felen des Geschäftswillens wüsste, oder wissen müsste, EBG. 95 a. E.; 97, 4. Mit dem Hereinziehen des "wissen müssen" ist dem richterlichen Ermessen ein weiter Spielraum gegeben.

2, Gegenüber den one erhebliche eigene Schuld Geteuschten begründet die Scheinerklärung

a, volle Verpflichtung des Erklärers, wenn dieser in dolo (97, 1: "zu teuschen beabsichtigt" = 95: "verhelt hat") oder in lata culpa (97, 2: "wenn dem Urheber grobe Farlässigkeit zur last fällt") sich befunden,

b, Schadensersatzpflicht, falls derselbe in levi culpa (97, 3: "Farlässigkeit welche keine grobe") gewesen.

Ob "grobe", ob "nicht grobe" Farlässigkeit vorliegt, und wie hoch der Schadensersatz anzusetzen, lässt sich (abgesehen von der 97, 3 gezogenen Schranke: nicht über den Betrag der Forderung aus einer gültigen Erklärung gleiches Inhalts) wiederum nur "ex fide bona" ermessen.

3, Demgemäsz ist das verschleiernde Geschäft (96) regelmäszig nichtig, aber, wie die Motive dazu bemerken, gibt es Ausnamen, insonderheit auf dem Gebiet des Grundbuchrechts, vgl. EBG. 832; 834; 841; 1090, 3; 1106, 2; 1107, 2; 1134; 1144.

4, Das verschleierte Geschäft steht unter den allgemein für Geschäfte seiner Art gültigen Regeln, 96, 2.

Inhalt der Rechtsgeschäfte.

§ 99.

Uebersicht.

Inhalt der Rechtsgeschäfte ist Inhalt der zum rechtsgeschäftlichen Tatbestande gehörigen Willenserklärungen. Unter Inhalt einer WE. aber verstehn wir sowenig das Wollen selber wie das konkret Gewollte, sondern dasjenige was als gewollt angenommen wird[a]). Dieser Inhalt deckt sich keineswegs

[a]) Vgl. § 97. Das konkrete Wollen der Beteiligten entscheidet nur über den Geschäftstypus; ist diese Entscheidung getroffen, so ergänzen und ersetzen die typischen Regeln den unvollkommenen und

überall mit der Gesammtheit der Rfolgen[b]) des einzelnen Geschäfts. Wir sind gewönt den Inhalt weiter in "Erklärungen" oder "Bestimmungen"[c]) zu zerlegen, und haben unter diesen "Haupterklärungen" oder "Hauptbestimmungen"[d]) und "Nebenerklärungen" "Nebenbestimmungen" "Nebengeschäfte"[e]) auseinander zu halten.

Nur beschränkte Gültigkeit haben die allgemeinen Regeln über den Inhalt der Rechtsgeschäfte,

dass derselbe nicht wider gesetzliches Verbot[f]) ("contra ius"), und nicht wider den guten Brauch[g]) ("contra bonos mores") verstoszen dürfe;

---

unklaren Parteiwillen. Die wenigsten Käufer und Verkäufer wissen vom Gegensatz des "dare" und "tradere ut haberi liceat", sie wollen also auch nicht der Eine "tradere u. h. l." der Andere "dare"; gleichwol macht die Verpflichtung gerade zum "dare" auf der einen, und zum "tradere u. h. l." auf der andern Seite den wesentlichen Inhalt des Kaufs aus. Und so durchgängig. Der Schutz des Rechtswillens durch das Recht ist eben ein vernünftiger; der Wald soll erhalten werden, nicht die einzelnen Bäume alle.

[b]) Zu den Rfolgen der Schenkung gehört auch das eventuelle Revokationsrecht, zu denen des negotium in fraudem creditorum die a. Pauliana; es widerstreitet unserem Sprachgebrauch, diese und jenes und was den beiden sonst änlich dem "Inhalte" der fraglichen Geschäfte zuzurechnen.

[c]) Die Zerlegung des gesammten "Willens" in einzelne "Bestimmungen" ist ein schulmäsziges Verfahren, das wir anwenden müssen um uns Einsicht und Uebersicht zu schaffen. Man darf aber dabei nicht dem Irrtum verfallen, dass jede einzelne Bestimmung allemal auch das Produkt eines besonderen Willensaktes sein müsse, der Wollende wird häufig Haupt- und Nebenbestimmungen mit Einem Wollen umfassen, one auch nur ein Bewusstsein der einzelnen Stücke zu haben.

[d]) Beil. I.

[e]) All diese Wörter haben bis jezt noch keinen festen technischen Sinn; über die Bedeutungen in welchen sie hier verwant werden sollen § 97 und § 113.

[f]) Denn das Geschäft contra ius kann je nach dem Inhalt des verbietenden Gesetzes bald nichtig sein, bald nicht vollgültig, bald gültig und nur den Kontrahenten strafbar machen, u.s.w.

[g]) Die im RStr.GB. § 302a—d, vorgesehnen Handlungen geschäftlicher Art waren sicher auch schon vor dem RG. v. 24. 5. 80. wider gute Sitte und Brauch, aber darum nicht minder rechtlich wirksam. Vgl. übrigens § 125.

dahingegen kommt durchgängig nur dasjenige Wollen als ein rechtliches in betracht, das irgend einem der rezipirten Geschäftstypen[h]) entspricht.

Beilage I. Vorläufige Uebersicht der wichtigsten Hauptbestimmungen. — Als geschäftliches Wollen auf privatrechtlichem Gebiete macht vor allem der "Wille zu erwerben", und der "Wille fortzugeben" oder "zu veräussern" sich bemerkbar. Aus dem harmonischen Ineinandergreifen dieser beiden erwachsen die gewönlichsten und praktisch wichtigsten von allen privatrechtlichen Geschäften die "Uebertragungen", gemeinhin "Zuwendungen" geheissen, bei den Römern wie bei uns eine besonders grosze mannigfaltig verschiedene Einzeltypen umschliessende Geschäftsgruppe. Auf beiden Flügeln derselbe, im Leben seltener und minder wichtig als die Zuwendungen:

die reinen Erwerbsgeschäfte, Okkupation und dergleichen, und die reinen Veräusserungsgeschäfte, Dereliktion und dergleichen; dort der Wille zu nemen, one entsprechenden Willen zu geben, hier der Wille von sich zu tun und das Fortgetane sich selbst zu überlassen.

Den ZuwendungsGn. zunächst die "Sicherungsgeschäfte"; genau besehn auch selber Uebertragungsgeschäfte, aber von eigner Art, bedingte Zuwendungen, bei welchen das Ob und das Wieviel zur Zeit des Geschäftsabschlusses regelmäszig noch nicht feststeht, sondern erst durch spätere Ereignisse festgestellt wird. Das Römische Recht hat diese Geschäfte in einen Gegensatz zu den gemeinen Zuwendungen gebracht, den das Recht der Gegenwart aufrecht zu erhalten geneigt ist.

Neben den Zuwendungen dann die "Ermächtigungsgeschäfte", gleichfalls Uebertragungsgeschäfte, aber nicht Uebertragungen von bekannten und benannten Rechten, nur von einzelnen Befugnissen die dem Ermächtigten mehr oder weniger ausgedente Verfügung über Vermögensstücke des Ermächtigers geben. Ein durchgreifender Unterschied in beziehung auf den Tatbestand der Zuwendungen und der Ermächtigungen, dass diese regelmäszig durch einseitigen Willensakt des Ermächtigers sich vollziehn, one des konkurrirenden Zugreifens des Ermächtigten zu bedürfen.

Den Ermächtigungen sehr nah verwant erscheinen die Ratihabitionen, meist gleiches Inhalts mit jenen, nur dass was die Ermächtigung im voraus gibt, die Ratihabition nachträglich verleiht. Ratihabitionen kommen aber auch in Anwendungen vor die über das Gebiet der Ermächtigungen hinaus liegen, jedoch nie one den gemeinsamen Zug, schwache (minder gültige) Rge-

[h]) Vgl. § 97.

schäfte durch ihr Hinzutreten stark (vollgültig) zu machen. Mit bezug hierauf liessen sich alle Ratihabitionen "Verstärkungsgeschäfte" heissen, es dürfte dann aber auch nicht übersehn werden, dass es auch andere "Verstärkungsgeschäfte" gibt, die den zu verstärkenden Geschäften rascher zu folgen pflegen als die Ratihabitionen, von denen sie auch sonst noch verschiedentlich abweichen. Die wichtigsten unter diesen sind die Verzichtleistungen auf negative Rechte, mittels deren die Rechtsfolgen der schwachen Geschäfte aufzuheben wären.

Das Dasein der Rechte, und jenachdem ihre Zugehörigkeit zu dem einen oder dem andern Vermögen, kann zweifelhaft sein, und dieser Zweifel durch den Willen der Beteiligten gehoben werden. So erwachsen "Feststellungsgeschäfte", einseitige, Geständnis und Anerkennung, und das gegenseitige, Vergleich. Lezterer gewönlich eine Verbindung von Feststellungsgeschäft und Uebertragung. Aber auch die reinen Feststellungsgeschäfte wirken häufig Rechte bewegend, und sind nicht ganz selten nur eine Form von Zuwendungen.

Eine besondre Gruppe bilden noch die "Zwecksatzungen". Hier felt ganz, aber nicht ganz one Ersatz, der Erwerb und der Erwerbswille. Dagegen ist allemal vorhanden Veräusserungswille, freilich von eigner Art: die Veräusserung und Auslösung eines Rechts aus unserer Rechts- und Willenssfäre soll keine vollständige, das Ausgeschiedene und Abgelöste vielmehr auch nachher noch von unserm in der Zwecksatzung niedergelegten Willen abhängig sein. Eben in der Herstellung dieser bleibenden Abhängigkeit des übrigens Veräusserten besteht der Ersatz des Erwerbs.

Bei einzelnen Vorgängen endlich, die aus dem Bereich der Rechtsgeschäfte kaum zu verweisen sind, felt der eigentliche bewegende Geschäftswille ganz, es soll nichts gegeben oder genommen, überhaupt kein Recht bewegt oder Rechtsverhältnis verändert, im Gegenteil nur etwaiger nicht beabsichtigter Bewegung und Veränderung vorgebeugt werden. Diese Geschäfte haben noch keinen Namen, man würde sie am besten wol "Erklärungsgeschäfte" heissen, weil der alleinige Zweck ist, den Sinn vorabgegebener Erklärungen richtig anzugeben und festzustellen. Und da sie stets nur im Gefolge andrer Rechtsgeschäfte auftreten können, wäre auch der Name "sekundäre RG." nicht one einige Berechtigung.

Die Zuwendungen.

§ 100.

Begriffsbestimmungen.

Ar. 233. Ba. 214. Bz. (1) 346, 349. De. I 95. Pu. 63, 257. Sa. O. II 78. Si. II 96. Wä. II 184. We. 39, 40. Wi. I 97—99, II 319.

Der Name "Zuwendungen" ist bisher mit einem bestimmten Begriffe noch nicht fest verbunden. Im engsten Sinne sind darunter zu verstehen,

a, die Zuwendungsgeschäfte, d. h. Rechtsgeschäfte welche den Uebergang eines Rechts aus einem Vermögen in das andere bewirken; jedes Geschäft der Art erfordert zwei einander entsprechende Willenserklärungen [a]), ein Geben seitens des Verfügers über das zumindernde, und ein Nemen [b]) seitens des Verfügers über das zumehrende Vermögen.

In einem weiteren Sinne,

b, alle Rechtsübertragungen in ein Vermögen, die von dem Uebertragenden beabsichtigt sind, auch wenn sie nicht durch Rgeschäft [c]) bewirkt werden;

noch weiter

c, alle erlaubten Handlungen [d]), mittels deren der Handelnde einem Andern einen geldwerten Vorteil zu verschaffen beabsichtigt und wirklich verschafft.

---

[a]) Die beiden WEn. können wie bei der gemeinen Tradition zeitlich zusammenfallen, oder wie Offerte und Anname, Erbeseinsetzung und Antretung u. s. w. auseinander liegen.

[b]) Ausnamsweise genügt eine WE., Geben one Nemen, zur Zuwendung, wenigstens reicht ein Nichtausschlagen statt des Nemens aus, vgl. zB. EBG. 2025.

[c]) sondern beispielsweise durch satio plantatio inaedificatio bewirkt werden.

[d]) Dahin gehörig auch Tun der verschiedensten Art, das entweder keine Vermögensminderung des Tuenden oder keine Vermögensmehrung des Gegenteils, oder weder Vermögensminderung auf der einen noch Vermögensmehrung auf der andern Seite bewirkt, wie ärztliche geschäftliche künstlerische u. s. w. Dienstleistungen, Erteilung von Unterricht Auskunft gutem Rat, Pflege und Dressur von Tieren, Reinigung und Reparatur von Gebrauchstücken, u. s. w. — Dass diese Vorgänge

Handlungen der Art absichtlich unentgeltlich vorgenommen heissen "Liberalitäten"[e]).

Im einzelnen sind „Zuwendungen im e. S." (zu a, gehörig)[f]):

auf dem Gebiete der dinglichen Rechte,
- translative Uebertragung vorhandener Rechte,
- konstitutive Uebertragung aus bereits vorhandenen neu zu bestellender Rechte ("iura in re aliena"),
- restitutive Uebertragung, durch Aufhebung bestehender iura in re aliena;

auf dem Gebiete der Obligationen,
- translative Uebertragung vorhandener Obligationen,
- konstitutive Uebertragung, durch Bestellung neuer Obligationen (Tochterrechte aus der Gesammtmasse der das Vermögen bildenden Mutterrechte)[g]), aber auch durch Abzweigung kleinerer obligatorischer Berechtigungen aus vorhandenen Einzelobligationen,
- restitutive Uebertragung, durch Aufhebung der ganzen Obligationen, und jenachdem der abgezweigten kleineren Berechtigungen;

auf dem Gebiete der Rechte an unkörperlichen Sachen,
- translative Uebertragung vorhandener Rechte (im vollen Bestande),
- konstitutive Uebertragung durch Bestellung neuer Rechte von relativ beschränktem Umfange aus den vorhandenen Rechten,
- restitutive Uebertragung[h]) durch Aufhebung solcher Rechte von beschränktem Umfange.

---

alle auch noch "Zuwendungen" genannt werden, dafür wird man auf den herrschenden Gebrauch kaum sich berufen dürfen; aber zur Zeit felt auch jeder andere Name.

[e]) Die Liberalitäten können eine Vermögensmehrung (als Zuwendungen im e. S.) oder keine Vermögensmehrung bewirken, die Zuwendungen jeglicher Art aber sowol entgeltlich wie unentgeltlich geschehn.

[f]) Vgl. zu dieser Aufzälung der neun Hauptarten von Zuwendungsgeschäften I § 33—34.

[g]) Vgl. einstweilen I § 25 Beil. II und § 40 Beil. I.

[h]) Konstituirung und Restitution der aus den Rechten an unkörperlichen Sachen abgezweigten Rechte sind von Theorie und Praxis bisher wenig behandelt. Im Leben felen schon die Konstituirungen

Alle diese Zuwendungen können auch auf den Todesfall gestellt werden.

Gerechtfertigt wird der Zusammenschluss der Zuwendungen zu einer groszen Gruppe zumeist durch das eigentümliche Abhängigkeitsverhältnis, in welchem dieselben[i]) zur "Causa" stehn. Rechtsgeschäfte die keine "Zuwendungen" sind, entbehren regelmäszig der "Causa"[k]); aber auch bei gewissen Klassen der Zuwendungsgeschäfte[l]) pflegt die Causa nicht beachtet zu werden, daher die gemeinen Regeln des Zuwendungsrechts auf die hieher gehörigen Geschäfte nur beschränkt anwendung finden.

Die Entwickelung der Lehre[m]) von der Causa[n]) beruht auf der Warnemung, dass im Leben die Zuwendungen gewönlich

---

nicht: was wäre es anders, wenn der Komponist einem Unternemer die Berechtigung zur Auffürung seiner Oper, vielleicht gar zur ausschliesslichen Auffürung in dem Lande oder auf die Zeit einräumt. Mit den Konstituirungen muss aber zugleich auch die Möglichkeit zu restitutiven Uebertragungen gegeben sein.

[i]) Zuwendungen im w. S. so gut wie die im engeren S.; aber freilich ist bei leztern meist die Abhängigkeit noch konsequenter durchgefürt; vgl. Beil. I.

[k]) So die einseitigen Erwerbsgeschäfte, wie Okkupation, und Veräusserungsgeschäfte, wie Dereliktion; ferner die Feststellungs- und die Erklärungsgeschäfte, nur dass beide in misbräuchlicher (?) Anwendung auch als Formen von Zuwendungsgeschäften benuzt werden können, vgl. §§ 109—111. Auch Zwecksatzungen sind keine Zuwendungen, obschon irrtümlich zuweilen dafür genommen, zB. RE. V 37, und darum unabhängig von der Causa. Auf der Grenze scheinen Ermächtigungen und Bestätigungsgeschäfte zu stehn, bei denen es aber auch Regel ist, noch die Causa unberücksichtigt zu lassen.

[l]) So bei den Zuwendungen auf den Todesfall und den Sicherungsgeschäften, § 105.

[m]) Ueber diese Lehre vornemlich: von Meyerfeld, d. L. v. d. Schenkungen, insb. I § 5. Liebe, d. Stipulation, auch Giess. Zschr. XV 3, 10. Gneist, d. form. Verträge. Windscheid, d. L. d. R. Rs v. d. Voraussetz. Bähr, d. Anerkennung. Schlesinger, z. L. v. d. Formalkontrakten. H. Witte, die Bereicherungsklagen, auch kr. Vschr. VI 13, VIII 6, 12, Schletters Jb. X 117. von Salpius, Novation und Delegation. Schlossmann, z. L. v. d. Causa obl. Ventr. Lotmar, üb. Causa im R. R. Karlowa, d. Rechtsgeschäft — auch Bekker kr. Vschr. IX 7, 2.

[n]) "Causa" ist ein so häufig so mannichfach und so oft in einanderfliessenden Bedeutungen gebrauchtes Wort, dass die lexikologische

nicht allein stehn, sondern entgeltlich geschehn mit der erklärten Absicht, durch die Zuwendung dem Zuwender einen rechtlich bedeutenden Vorteil zu erwirken. Der Entgelt aber kann in zwiefacher Weise erreicht werden:

entweder dadurch, dass mit der einen Zuwendung eine zweite in der entgegengesezten Richtung erfolgende verknüpft wird, so dass Wer in der einen Geber in der andern Nemer — "Tauschgeschäfte";

oder so, dass die einzelne Zuwendung zweischneidig wirkt, neben der Bereicherung des Nemers auch eine Bereicherung des Gebers als zweiten Erfolg nach sich zieht.

"Causa" der Zuwendung, besser "Zweckbestimmung"[o]), ist diese über den ersten Erfolg hinausgreifende rechtsverbindlich erklärte Absicht der Beteiligten. Dieselbe kann sich richten:

α, auf Aufhebung irgend einer dem Zuwender obliegenden Verbindlichkeit oder einer sein Vermögen treffenden Belastung ("causa soluendi"),

β, oder auf Begründung einer Forderung oder sonstigen Berechtigung des Zuwenders ("C. credendi"),

---

Behandlung desselben grosze Schwierigkeiten bereitet (vgl. zB. den trostlosen Wirrwarr in Dirksens Manuale, ad h. u.). Anzuknüpfen ist unsere Lehre einmal an Ausdrücke wie "causa" oder "iusta c. possessionis, — traditionis, — usucapionis, — promissionis, — cessionis", andererseits an das Recht der "condictiones sine causa"; wobei aber nicht zu übersehn, dass über die Bedeutung vieler der genannten Ausdrücke noch keine Einigkeit besteht, und dass wir auch nicht zu entscheiden vermögen, ob die Ursachen dieser Differenzen in der mangelhaften Arbeit der Römer, oder in den Mängeln der Ueberlieferung oder in denen unserer Erkenntnis liegen. Ueber die rechtliche Grundlage der "condictiones sine causa" näheres in Beil. II.

[o]) In diesem "Bezwecken" steckt allemal das Anstreben eines zweiten Erfolgs: erster, die Bereicherung des Empfängers die durch die Zuwendung unmittelbar bewirkt wird; zweiter die mittelbar zu erwirkende Gegenbereicherung des Zuwenders, oder jenachdem — die Negation solcher Gegenbereicherung (C. donandi). Ich halte daher die Ausdrücke "erste Absicht" "erster Zweck" als Uebertragungen der Causa, im Gegensatz zu Wi. I 98 N. 1, für irreleitend und wenig empfelenswert.

γ, oder auf einseitige unentgeltliche Bereicherung des Nemers, also Ausbleiben des zweiten Erfolgs ("C. donandi"),
δ, oder auf Mischgebilde[p]) aus den vorgenannten drei Zwecken. Zulässig auch, mehre Zwecke hintereinander[q]) in die Bestimmung der Causa aufzunemen, so wie die Reihe der aus der Zuwendung resultirenden weiteren Bereicherungen auf dritte Personen[r]) zu erstrecken.

Dass bei Vorname der Zuwendung die Absicht auf einen bestimmten Zweck bereits fest gerichtet sei, wird regelmäszig nicht[s]) erfordert; das gänzliche Felen jeglicher Zweckabsicht aber ist so selten, dass demselben der Anspruch auf rechtliche Beachtung oft ganz abgesprochen[t]) wird.

---

[p]) Wie zB. bei der Dos C. donandi (oder bei denen die zur Bestellung verpflichtet sind C. soluendi) und C. credendi, bei Arrha C. credendi und C. soluendi. Lässt man diese Mischungen als solche zu, und beschränkt zugleich die C. soluendi nicht auf Zalung von obligationsmäszigen Schulden, und die C. credendi nicht auf Begründung von ebensolchen Forderungen, so kann es bei der Trichotomie des "credere — soluere — donare" sein bewenden behalten, wodurch der ganzen Lehre ihre Uebersichtlichkeit gewart bleibt; dafür schon Meyerfeld a. a. O. § 5 und neben Andern Bz. und De., dawider besonders Wi. I 98 N. 1,.

[q]) zB. Schenkung mit Auflage, oder Uebertragung einer Forderung zur Einziehung und der weiteren Bestimmung das Eingezogene so oder anders zu verwenden, vgl. RE. XII 61, oder Darlen zu bestimmten Zwecken, auch zum Spiel RE. V 64.

[r]) Hieher gehören besonders Bezalung fremder Schulden, und Versicherungen zu gunsten bestimmter Dritten; über die Wirksamkeit solcher Geschäfte § 101 N. h,. — Als Erster hat hier immer der Zuwender, als Zweiter der Empfänger zu gelten, Dritter ist derjenige dessen Schuld bezalt, oder an Den zu leisten dem Empfänger auferlegt wird.

[s]) So zB. im Kontokorrentverkehr; oder wenn unter Geschäftsleuten, die im Augenblick den Stand ihrer Forderungen und Gegenforderungen nicht zu übersehen vermögen, eine gröszere Zalung gemacht wird, bei überschiessenden Schulden des Zalenden als Abschlag auf diese, anderesfalls ganz oder zum teil als Creditum.

[t]) Windscheid Pand. (6) I 98 S. 315: "... gewis .. dass one alle Absicht Niemand eine Willenserklärung [also auch keine echte Zuwendungserklärung] abgibt". De. I 95 S. 216 sagt vorsichtiger: "Eine Vermögenszuwendung one Zwecke der einen oder andern Art wäre ein sinn- und gedankenloses Handeln". Ueber die Folgen desselben vgl. § 101.

Beilage I. Bei dem Ausbau der Lehre von den Zuwendungen und deren Causa begegnen wir denselben Schwierigkeiten, die uns von andern Stellen her bekannt sind: eine fotografische Reproduktion der Details des Römischen Rechts vermöchte den praktischen Anforderungen der Gegenwart nicht zu genügen; schärfere Ausprägung der Begriffe und konsequentere Durchführung der allgemeinen Regeln sind unerlässlich, um dem Recht einfache und übersichtliche Gestalt zu geben, wie wir für unsern Gebrauch sie fordern zu müssen glauben. Praxis und Theorie drängen nach demselben Ziele, wobei aber selbstverständlich die Meinungen der einzelnen Vertreter so der einen wie der andern weit auseinandergehn. One sanften Nachdruck der Gesetzgebung wird die erforderliche Einigkeit kaum zu gewinnen sein.

Einstweilen aber dürfte schon als gewis anzunemen sein:

A, die Zusammengehörigkeit von "Zuwendung" und "Causa". Wenn De. I 95 von der "causa der vermögen mindernden Geschäfte" handelt, so ist entweder ein augenblickliches Uebersehn eingelaufen, oder nur der Ausdruck ermangelt der Schärfe, denn dass für Dereliktionen und derengleichen die Causa von Bedeutung wäre, wollte De. sicher nicht behaupten.

B, Die mangelnde Festigkeit des Zuwendungsbegriffs, die uns zwingt "Zuwendungen im e. S." "Z. im weiteren S." u. s. w. (vgl. den Text dieses Paragrafen a, — c,) anzunemen. Den Kern der ganzen Gruppe bilden zweifelsone die Uebertragungsgeschäfte,

> deren Tatbestand eine oder mehre WEn. erfordert, und deren Rfolgen in dem Uebergang von Rechten aus dem einen Vermögenskreis in den andern bestehn;

bei diesen ist die Abhängigkeit von der Causa gewis, die bezüglichen Regeln kommen durchgängig zur anwendung. Aber nach zwei Seiten hin kann der Begriff der Zuwendung eine Erweiterung erfaren,

> es können die Folgen der normalen Zuwendung (R.übertragung) auch durch Nichtrechtsgeschäfte (satio, plantatio, inaedificatio) bewirkt werden,
>
> es können durch Rechtsgeschäfte oder durch Nichtrechtsgeschäfte andere (im gegensatz zur Rechtsübertragung) geldwerte Vorteile zugewant werden.

Hier entstehen Zwischengebiete auf denen, ebenso für das geltende wie für das neu zu schaffende Recht, die Herrschaft der Causa und der an sie geknüpften Regeln im Zweifel steht; vgl. darüber die Ausfürungen am Schluss dieser Beilage 1, — 5,.

C, Die Bedeutung der Causa ist keine aus einem klaren Prinzip mit logischer Schärfe entwickelte, vielmehr erklären sich die einzelnen Stücke ihrer Wirksamkeit aus den Bedürfnissen des Lebens,

wie diese in den einzelnen Fällen, keineswegs durchgängig gleich, oder auch nur harmonisch, empfunden worden sind. Es genügt daher nicht allgemein zu prüfen, welche Vorgänge überhaupt zu den Zuwendungen gehören welche nicht, vielmehr ist auch später bei den einzelnen Einwirkungen der Causa noch die Nachprüfung erforderlich, ob diese Art der Wirkung gerade diese Art der Zuwendung trifft, insbesondre welche Zuwendungen im w. S. als Schenkungen behandelt worden sind, um so mehr als höchst warscheinlich auch unter den Schenkungen selber noch wieder Differenzen bestanden haben, und zB. die "dona et munera" der L. Cincia mit der "donatio", die unter Ehegatten verboten gewesen, sich keineswegs gedeckt haben.

Von den Zuwendungsakten der Grenzgebiete erscheinen besonders interessant:

1, satio, plantatio, inaedificatio, und andere Verbindungen die das Eigentum an der Nebensache aus dem Vermögen ihres früheren Herrn in das des Herrn der Hauptsache bringen. An sich sind diese Vorgänge Zuwendungen so wenig wie Rgeschäfte; aber denken wir dass der frühere Herr der Nebensache den Rechtsübergang selber gewollt und darum die Verbindung veranlasst, oder gar dass beide Teile hierüber einverstanden? Solche Vorgänge liegen ersichtlich ganz nahe an den Realgeschäften (vgl. § 94): beim Realgeschäft ist der rechtliche Erfolg angeknüpft an Realakt + WE., hier an Realakt allein, aber tatsächlich ist doch auch WE. vorhanden. Die Grenze zwischen beiden ist keine an sich bestimmte, der Gesetzgeber hat sie gezogen und er hätte sie auch anders ziehn, zB. dem Wurzeltreiben nach der Verpflanzung keine Bedeutung beilegen, und das Einpflanzen selber um den Andern zu bereichern, auch wenn dieser Andere nicht darum wüsste, einer Tradition gleich wirken lassen können, vgl. auch EBG. 890. Sodann unterliegt es keinem Zweifel, dass die genannten Realakte soluendi causa und credendi causa vorgenommen werden, und bei mangelhafter causa jenachdem mit einer condictio indebiti, SA. XXVII 34, oder cond. causa data c. n. s. angegriffen werden können; wieweit sie auch als Schenkungen passiren, s. unten § 102 Beil. V.

2, Nutzbringendes Tun, sei es zweckmäszige Bearbeitung (nur nicht Spezifikation) der Sachen des Andern oder beliebige andere Dienst- und Hülfeleistung, auch Lehre Modellstehn u. s. w. Verschieden von den Fällen zu 1, weil hier die Bereicherung eine rein natürliche von jedem Rechtssatz unabhängige ist, (darum steht die Fütterung fremder Tiere, auch die Alimentirung von Menschen die ein Anderer zu erhalten verpflichtet wäre, diesen Fällen näher als denen zu 1,), und weil sie nichts aus dem Ver-

mögen des Tuenden bringt, wenn schon das lucrum cessans aus der aufgewanten Arbeit und der verlorenen Zeit bei Vielen (die solche Arbeit sich zalen zu lassen gewönt sind) einem Vermögensverlust ökonomisch gleich zu stellen wäre. Auch hier ist die Zulässigkeit der Kondiktionen anerkannt, SA. XXV 28, wogegen derartige Vorgänge als Schenkungen entschieden nicht gelten, vgl. § 102 Beil. II A, a,. — Scharf zu unterscheiden hievon ist der Verzicht (d. h. Aufhebung des Rechts durch restitutive Uebertragung, nicht bloszes Aussetzen der Verfolgung) auf Forderungen die aus solchen Dienstleistungen, oder auch aus den Akten zu 1, als fertige Vermögensstücke bereits erwachsen sind, diese müssen als echte Zuwendungen gelten.

3, Zulassen einer Verjärung, exstinktiver sogut wie Ersitzung, seitens des verlierenden Teils durch absichtliches Unterlassen der Unterbrechung. Steht den zu 1, genannten Fällen am nächsten; kann aber wegen des Erfordernisses der Bonafides nur ausnamsweise vertragsmäszig (nach Verabredung mit dem erwerbenden Teile) geschehn, und darum auch nur selten zu einer Kondiktion (indeb. oder causa d. c. n. s) anlass geben.
fr. 28 pr. de V. S. 50, 16: ". . . uix est enim ut non uideatur alienare, qui patitur usu capi . . ." — Ueber Schenkungen der Art § 102 Beil. VI B,.

4, Aufgeben zu gunsten des Andern, one direkte Uebertragung. So nicht ungewönlich Niederlegung einer Apothekerkonzession, vgl. RE. XIII 62, auch Girtanner Rfälle 208, damit eine eben solche dem Käufer verliehen werde. Verwant Ablenung der deferirten Erbschaft um den Nächstberufenen zu bereichern, Verzicht auf den Vorrang des Pfandrechts, Repudiation eines Vermächtnisses; auf derartigen Fall bezüglich, aber für uns nicht sehr ergiebig RE. III 55, da die Auslegung der Worte "ich verzichte auf den Erbteil zu gunsten des X und schenke ihm denselben" als Antrittserklärung (verbunden mit dem Geschenk des erworbnen Erbteils) nur gebilligt werden kann; ebenso korrekt aber für uns fast noch weniger ergiebig RE. VIII 37 (Verzicht auf den Pflichtteil). Sieh übrigens fr. 5 § 13, 14 de donat. int. u. et u. 24, 1, fr. 6 § 2, 4, 5 q. in fraud. cred. 42, 8.

5, Den echten Zuwendungen am nächsten stehen die Rechtsgeschäfte mit Dritten zur Bereicherung des Zweiten, insbesondere Zalung seiner Schulden und Lebensversicherung zu seinen gunsten RE. XIV 6.; der einzige Unterschied, dass die Bereicherung sich one Wissen und wider Wollen des Zweiten vollziehn kann; vgl. § 102 Beil. V.

Beilage II. Man kann Windscheid und der herrschenden Lehre, (vgl. über die Litteratur Wi (6) II 421 N. *, und wider

L. Jacobi Jarb. f. Dogm. IV 3, H. Witte ebenda V 3) wider W. Sell Versuche I, darin recht geben, dass nicht "schon die Tatsache der Bereicherung aus fremdem Vermögen als solche eine Verpflichtung zur Ausgleichung begründe", sollte daneben aber doch nicht übersehn, dass die ganze Gruppe der "condictiones sine causa" aus Quasirealkontrakten erwachsen ist. Bei allen ist das eigentlich verpflichtende die "res", die freilich nicht unter allen Umständen Obligationen zu lasten des Bereicherten zeugt, aber doch allemal den Stoff zu solchen in sich birgt. Dieser Stoff kann durch vertragsmäszige Einigung zur Erfüllung bestehender Verbindlichkeiten, er kann zu Tausch- und zu Kreditgeschäften aufgebraucht, und ebenso durch Vertrag (Schenkung) auch seiner Wirksamkeit entkleidet werden. Haben die Parteien keine Vereinbarung (Zweckbestimmung) getroffen, oder ist die getroffene felerhaft und darum unhaltbar, so haben wir eine Bereicherung "sine causa", und als deren Folge die Rückforderungsklage "condictio sine causa" im w. S.

> fr. 66 de cond. ind. 12, 6: ". . . . quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, reuocare consueuit." cf. fr. 14 eod.; weiterab fr. 206 de R. I. 50, 17;
> fr. 1 § 3 de cond. s. c. 12, 7: "constat id demum posse condici alicui, quod uel non ex iusta causa ad eum peruenit, uel redit ad non iustam causam".
> cf. fr. 25 de act. rer. am. 25, 2,

die "iusta causa" schliesst die Kondiktion aus, eben darum lässt die "non iusta causa" dieselbe in kraft treten. Noch deutlicher

> fr. 1 § 1 de cond. ind. 12, 6: ". . . . sed si sciens se non debere soluit, cessat repetitio".

Entsprechend die Einzelentscheidungen:
fr. 12 de R. C. 12, 1, fr. 24 de O. et A. 44, 7, Hingabe seitens des Handlungsunfähigen, durch die nach Umständen (bei Geld) eine gültige Rechtsübertragung bewirkt werden kann, bei der aber die Zweckbestimmung allemal nichtig sein muss; vgl. noch fr. 19 § 1 de R. C. 12, 1, fr. 9 § 2 de auct. et c. t. 26, 8, fr. 14 § 8 de solut. 46, 3;
fr. 18 de R. C. 12, 1, fr. 36 de A. R. D. 41, 1, Dissens der Beteiligten über die Causa; darüber keine Meinungsverschiedenheit unter den Juristen, dass sobald die Vindikation des Gebers erlischt ("si consumpserit") die Kondiktion zuzulassen ist;
fr. 32 de R.C. 12, 1; — fr. 11 § 2 eod. fr. 30 pr. de A. E. V. 19, 1, cf. c. 19 de proc. 2, 13.

Auf verwanten Gedanken beruhend: fr. 17 pr. de pact. 2, 14:

> re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.

cf. fr. 11 § 1 de R. C. 12, 1, fr. 11 § 1 de pec. const. 13, 5, fr. 8 § 7 de fidei. 46,1, c. 9 de non num. pec. 4, 30, c. 22 de fidei. 8, 41.

Zu alledem auch Bekker Akt. I S. 116 f.

Ausdrücklich dass das Röm. R. nicht durchgängig Bereicherungen durch Nichtgeben den Zuwendungen gleichstellt: fr. 4 § 2 de R. C. 12, 1, cf. fr. 23, 31 § 1 eod., fr. 24 § 1 de A. E. V. 19, 1 — fr. 33 de cond. ind. 12, 6, cf. fr. 5 pr. de O. et A. 44, 7. Das Römische Recht bleibt ersichtlich hinter den Bestimmungen des EBG. 748 und 897 weit zurück.

Die wirkende "res" kann bei den echten Zuwendungen (Uebertragungs-) Geschäften allemal nur als Kombination einer Vermögensminderung ("damnum emergens") auf der einen mit einer Vermögensmehrung ("lucrum emergens") auf der andern Seite erscheinen; bei den Zuwendungen im w. S. tritt oft ein "lucrum cessans" hier für das "damnum emergens", und drüben ein "damnum cessans" auf, es genügt auch wol ein "facere" das den Zuwender durchaus nichts kostet, und eine Bevorteilung des Empfängers die ebensowenig als Vermögensmehrung aufgefasst werden könnte. Aber trotz dieser nicht zu verleugnenden Weite des vorhandenen Spielraums, scheint Windscheids Pand. II 421 Behauptung bedenklich:

> Bereicherung kann in einer Vermehrung des Vermögens bestehn, oder in einer Nichtverminderung.

"Nichtverminderung" ist ein zweideutiger Ausdruck:

> Nichtherbeifürung einer Minderung — damit dürfte vorstehender Satz nicht aufrecht zu erhalten sein,
>
> Beseitigung einer Minderung — dafür sprechen die von Wi. selber angefürten Stellen, aber damit verliert auch der Gegensatz der "Vermehrung" und der "Nichtverminderung" seine praktische Bedeutung, denn diese "Nichtverminderung" wäre eben nur eine Abart der "Vermehrungen".

Wir folgen Wi.s Zitaten:

a, fr. 22 § 1 de cond. ind. 12, 6, fr. 8 pr. de A. E. V. 19. 1. fr. 35 de S. P. V. 8, 2. Geschuldet ist Uebertragung des Eigentums unter Vorbehalt eines dinglichen Rechts (vergl. I § 34, p, "deduktive Uebertragung"), übertragen wird volles Eigentum one Vorbehalt, mithin zuviel übertragen jenes nicht vorbehaltene Recht, um dessen bestand das Vermögen des Empfängers (hier grundlos) gemehrt ist.

b, fr. 5 § 1 de usufr. ear. r. 7, 5, fr. 7 pr. usufr. q. cau. 7, 9; — fr. 3 § 10 si cui plus 35, 3, fr. 39 de cond. ind. 12, 6; — fr. 40 § 1 eod., fr. 5 § 2 de imp. 25, 1, fr. 58—60

de leg. I 30. — Geschuldet wird Leistung (= x) gegen Gegenleistung, die das eine mal in Kautionsstellung (= y) das andre in Impensenersatz (= z) besteht; gemacht wird Leistung one Gegenleistung, also statt des geschuldeten x — y oder x — z, wird geleistet x one Abzug, daher Vermögen des Empfängers (wiederum grundlos) vermehrt um y oder um z. Berechnung des Betrags dieser Bereicherungen mag uns in einem und dem andern Falle schwierig dünken, unmöglich ist er den Römern nirgends erschienen, da sie durchgängig Aktionen mit darauf gestellter condemnatio pecuniaria gegeben haben.

c, fr. 31 § 10 de don. int. u. et u. 24, 1, fr. 65 § 7 de cond. ind. 12, 6: Sklaven des Andern sind genärt, Quartier ist überlassen; auf ganz änliche Fälle sieht das von W. nicht zitirte

> fr. 9 pr. de donat. 39, 5: in aedibus alienis habitare gratis donatio uidetur; id enim ipsum capere uidetur qui habitat quod mercedem pro habitatione non soluit.

Die Mehrung des Vermögens des Empfängers ist handgreiflich, die Wertberechnung geschieht in diesen Fällen nach den Ausgaben die demselben erspart werden. Ganz änlich

d, fr. 26 § 12 de cond. ind. 12, 6, fr. 50 § 1 de don. int. u. et u. 24, 1, wo beide male über die Mehrung des Vermögens des Empfängers kein Zweifel sein kann, die Kondiktionssumme aber nicht durch den Mehrungsbetrag one weiteres bestimmt wird.

Soviel über die Bedeutung und die Beschaffenheit der Res. Da diese nicht für sich allein als Grundlagen der condictiones sine causa erscheinen, so scheint zu folgen dass Wer eine solche anstrengt, auch die näheren Umstände, Feler oder Felen der Causa, zu erweisen hätte, welche in Verbindung mit der Res im konkreten Falle wirken. Anders, aber trotz der zitirten Autoritäten und den ausgefürten Gründen nicht durchaus überzeugend RE. XIV 55 betreffs der Beweispflicht bei der cond. c. d. c. n. s.; denn das Rückforderungsrecht entsteht als solches nicht schon mit der Zuwendung, mit dieser entsteht der Anspruch auf die s. g. causa futura, und erst die Hinfälligkeit dieses Anspruchs ruft das Rückforderungsrecht ins leben; vgl. § 119 Beil. III.

Beilage III. Der im Text hervorgehobene Gegensatz betreffs des Entgelts der Zuwendungen, dass dieser Entgelt bald in einem neuen Zuwendungs- oder Quasizuwendungsakte in umgekehrter Richtung ("do ut des — do ut facius — facio ut des — facio ut facias"), bald aber in den weiteren Wirkungen ("zweiter Erfolg") der ersten Zuwendung, Befreiung von Lasten oder Erwerb von Rechten für den Zuwender bestehe, ist durchsichtig. Denselben mit der Römischen Causalehre in verbindung zu bringen

liegt darum zumal nahe, weil der "animus credendi — soluendi — donandi" u. s. w. augenscheinlich auf die weiteren Erfolge der ersten Zuwendung gerichtet, die "causa permutandi" aber den Römern gänzlich unbekannt geblieben ist.

Gleichwol sollen die Zweifel und Bedenken nicht unterdrückt werden, einmal daran ob wir die Erkenntnis des Gegensatzes schon bei den Römern annemen dürfen, zweitens wie wir dieselbe für das heutige Recht zu verwerten haben. Vielleicht gelangen Einzelne auch dahin, die logische Grundlage der ganzen Unterscheidung anzufechten: denn die causa soluendi decke sich im wesentlichen mit dem Falle, dass die eigene Zuwendung als Entgelt für eine andere früher empfangene gemacht werde, die C. credendi aber mit dem andern, dass die eigene Zuwendung in Erwartung einer zukünftig von dem Gegenteile zu machenden geschehe. Diese Schüsse gingen über das Ziel: keineswegs stammen alle Verpflichtungen und Lasten, die durch eine "solutio" aufzuheben sind, aus empfangenen Zuwendungen; ebenso wenig gehn alle als "zweite Erfolge" zu gewinnenden Berechtigungen auf vom Gegenteil an den Berechtigten zu machende Zuwendungen; übrigens bedarf es wol nur des Hinweises auf den Gegensatz der "actiones in ius — in factum", um darzutun wie verschiedene Dinge entstehn können, jenachdem die Rechtsbildung anknüpft an geschaffene Rverhältnisse, oder an die dieselben Rverhältnisse schaffenden Tatsachen.

Feststeht, dass das Röm. R. eine besondre "causa permutandi" nicht kennt, nach dem Grunde dieser Erscheinung ist häufig geforscht. Meyerfeld a. a. O. S. 29 f., dem Viele folgen, meint, jede der beiden Leistungen sei ein "credere" und "soluere" zugleich. Die Antwort wäre prinzipiell leichter als historisch zu rechtfertigen, es felen alle Beweisstücke. Augenscheinlich ist das Recht der Causa bei den Römern nicht aus einem Centralgedanken herausgearbeitet. Ihnen felt bis zu allerlezt der Begriff des Tausches im weitesten Sinne. Im Leben kommen in beachtenswerter Zal bei ihnen vor, neben dem gemeinen Sachtausch (theoretisch: translative Uebertragung des Eigentums an einer Sache gegen die translative Uebertragung des Eigentums an einer andern Sache) nur die obligatorischen Tauschgeschäfte, die groszen zweiseitigen Kontrakte, Kauf und Miete, durch deren Abschluss "actio" wider "actio", und folgeweise "obligatio" wider "obligatio", zur entstehung gelangt, und Darlen (Eigentumsübertragung von Fungibilien gegen Konstituirung einer Forderung "actio"). All diese Geschäfte in ihrer normalen Gestalt geben keine Veranlassung zum kondiziren (im Sinne: Bereicherung zurückfordern), blieb ein Teil hinter seinen Verpflichtungen zurück, so ist auf Erfüllung zu klagen. — Dahingegen haben wir uns

die Entwickelung der Kondiktionen und der Lehre von der Causa mit dem allmälichen Werden derjenigen Geschäftsgruppe in allernächstem Zusammenhange zu denken, die wir jezt Innominat- besser unbenannte Realkontrakte zu heissen pflegen. Dieselbe einfachste Klagformel der "actio in personam" ("condictio" in diesem Sinne),

si paret Nm. etc. .... oportere,

früher schon verwant indebite gezaltes und also one genügenden Grund bei dem Empfänger befindliches zurückzufordern, kommt jezt zur anwendung bei beliebigen Tauschgeschäften, nach Vorleistung und vor Gegenleistung, auf Rückleistung "propter paenitentiam", oder "propter rem non secutam", vgl. Bekker Akt. I VI u. Beil. E. Damit war der spekulativen Betrachtung und praktischen Verwertung der Causa ein weites Feld erschlossen. Kondizirt werden können die durch Zuwendung (daneben auch einzelne durch andre Ereignisse) bewirkten Bereicherungen, falls die Zuwendung kurz gesagt "sine causa" geschehn; was heisst "sine causa"? was ist "causa"? "soluere", "credere", "donare" schliesst die "repetitio" aus; aber wenn nur vermeintlich solvirt ist, wenn das kreditiren an sich ungehörig war (zB. "ob rem inhonestam"), oder die bei dem kreditiren gehegte Absicht ihre Erfüllung nicht findet, wenn die Schenkungen die vom Recht gezogenen Schranken überschreiten u. s. w. u. s. w., dann liegen Zuwendungen one ausreichenden rechtlichen Grund vor, die eben darum einer Repetition ("condictio sine causa" = "c. eius quod s. c. apud alterum est") unterliegen.

Inkonsequent einigermaszen erscheint das Röm. R. darin, dass es, nachdem auch bei diesen Realkontrakten auf grund der Vorleistung die Erfüllungsklage zu geben Regel geworden (das fertige Tauschgeschäft besteht hiernach aus Vorleistung gegen Forderungskonstituirung), die Repetition des Vorgeleisteten nicht gleich in wegfall bringt. Die Erklärung liegt zweifelsone in der Geschichte der Einfürung der Erfüllungsklage, die sich nicht mit einem groszen Ereignis sondern tropfenweis, erst "actio in factum", dann auch "a. ciuilis praescriptis uerbis", erst für ganz vereinzelte dann für immer mehre, aber wie es scheint auch zur Zeit der lezten selbständig denkenden Juristen (Ulpian Paulus) doch noch nicht für alle Geschäfte dieser Art, vollzogen hat. Erst die Kompilatoren hätten wol grund gehabt, die Repetitionen hier durchgängig zu beseitigen; aber dazu scheint weder ihre Denkkraft, noch die ihnen belassene Arbeitszeit ausgereicht zu haben.

Wie wir, bei dem unfertigen Zustande des Röm. Rs., unser Recht der Gegenwart auszugestalten haben, darüber können und werden selbstverständlich die Meinungen verschieden sein. Gewis haben wir eine wolbegründete Neigung, unser Recht einheitlich

auszubauen, dazu scheint vor allem eine gewisse Gleichgestaltung der andern obligatorischen Tauschgeschäfte mit den beiden Hauptgeschäften, Kauf und Miete, erforderlich. Aber gegen die entsprechenden Bestimmungen des EBG. ist gleichwol ein Protest eingegangen (Bernhöft, Bekker und Fischer Beitr. XII S. 12—16), der keinesfalls von der Schwelle zu weisen ist. Sodann greift eine andere wichtige (vgl. Bähr, Urt. d. ReichsGs. S 33 f.) und auch noch keineswegs ausgetragene Frage ein: haben wir alle normalen Tauschgeschäfte in das einzige Schema zu zwängen, Forderungskonstituirung gegen Forderungskonstituirung, mit je neunfach (translative, konstitutive, restitutive Uebertragung von dinglichem R., oder Obligation, oder R. an unkörperlicher Sache) verschiedenem Inhalt der Leistung, oder gibt es wirklich fünfundvierzig wesentlich verschiedene und verschiedenen Rechtsgebieten angehörige Tauschgeschäfte, so dass beispielsweise

Sache gegen Sache (transl. Eigentumsübertragung an der einen Sache gegen eine ebensolche Uebertragung an der andern Sache) oder

Sache gegen Autorrecht (transl. Uebertrag. des Eigts an der Sache gegen ebensolche Uebertrag. des Rs. an der unkörperlichen Sache)

verschieden wäre von der Tauschkonstituirung zweier Forderungen

eine Forderung auf Eigentumsübertragung der einen, die andre auf Eigentumsübertrag. der andern Sache, oder

eine Forderung auf Uebertragung des Rs. an der körperlichen, die andre auf Uebertragung des Rs. an der unkörperlichen Sache.

Diese Andeutungen müssen hier vorläufig genügen. Ueber die Versuche die Lehre von der Zweckbestimmung ("causa") der Zuwendungen für die praktischen Anforderungen der Gegenwart auszunutzen vgl. § 101.

§ 101.

Praktische Bedeutung der Zweckbestimmungen[a].

Normale[b] ("felerfreie") Zweckbestimmungen[c] entscheiden über die Art der Zuwendung auf die sie sich beziehen, und

[a] Also ein Versuch nach den im vorigen Paragrafen angefürten Grundanschauungen das Konglomerat der Ueberlieferungen zu einem relativ einfachen für die Gegenwart brauchbaren Rechte auszugestalten. Ueber das Verhältnis unserer Resultate zu EBG. 737—748 unten Beil. II.

[b] Die "normale" Zweckbestimmung braucht eben nur eine spezialisirende zu sein, one Hinweis auf ein individuelles Geschäft, fr. 1

tragen damit bei[d]) zur Feststellung der Rechtsregeln die auf das konkrete Geschäft anwendung[e]) zu finden haben.

Felerhaft ("nicht normal") sind Zweckbestimmungen, welche

α, wider Rechtsvorschriften oder gute Sitten[f]) verstoszen;

β, auf die Aufhebung von Rechtsverhältnissen[g]) gerichtet sind die den Zuwender belasten, wenn diese angenommenen Rechtsverhältnisse entweder nicht bestehen, oder durch die gemachte Zuwendung nicht aufgehoben werden können[h]);

---

de solut. 46, 3: "... quotiens non diximus in quod solutum est..." cf. fr. 2—8 eod.

c) "Normale Zweckbestimmuug" = "iusta causa". Nun sprechen zwar die Römer viel häufiger von "condictiones sine causa", als von "cond. sine iusta c.", pflegen aber unter den Ausdruck "sine causa" das Nichtdasein einer normalen, und das gänzliche Felen (der bei weitem seltenere Fall) einer Causa zusammenzufassen; korrekt gebraucht Ulpian fr. 1 § 3 de cond. s. c. 12, 7 den Ausdruck "iusta causa".

d) Die Zweckbestimmung entscheidet nicht allemal über den Typus des Geschäfts, wol aber über die Art zu welcher dieser gehört, ist also für ihn mitbestimmendes Moment: zB. traditio credendi causa kann Darlens- und kann Tauschgeschäft sein.

e) Wer also Ansprüche herleitet aus dem Recht des besondern durch die Causa bestimmten Geschäftstypus, hat selbstverständlich ausser der Zuwendung auch die Zweckbestimmung zu beweisen.

f) Vergl. unten § 125. Eine solche Zweckbestimmung muss allemal als felerhaft und die Wirkung der Zuwendung gefärdend betrachtet werden, auch wenn sie die Kondiktion des Zugewanten im besondern Falle (vgl. zB. fr. 2 § 2—fr. 4 § 2 de cond. ob turp. c. 12, 5, änlich EBG. 741, Al. 3) nicht begründen sollte; denn der an den die Zuwendung erfolgt wird doch selber keinesfalls klagberechtigt, auch wenn ihn der Grundsatz "possessorem potiorem esse" im einmal erlangten Besitz schüzt, fr. 8 eod. In beziehung auf unsere bevorstehende Rechtsreform wäre wol die Frage an der Zeit, ob es sich nicht empfele, den benachteiligten Gläubigern ein durchschlagendes Anfechtungsrecht auch in den Fällen zu verleihn, wo der Geber durch seinen eigenen Verstosz von der Rückforderung auszuschliessen ist.

g) Eine Erweiterung der Voraussetzuugen der cond. indebiti, Leistung um zu tilgen, ein uns belastendes Rverhältnis irgend welcher Art in wegfall zu bringen. Dasselbe könnte sein:

ein obligatorisches, klagbar oder nicht, auch pietatis officium,
ein Pfandrecht, Hypothek oder Grundschuld,
sonstiges einem Andern an unserer Sache zuständiges dingliches Recht.

γ, auf die Begründung von Rechtsverhältnissen für den Zuwender[i]) gerichtet sind, wenn diese Rverhältnisse nicht zur Entstehung gelangen;

δ, die Herbeifürung eines vorübergehenden Rechtszustandes bezweckt haben, nachdem dieser Rzustand eingetreten und wieder in wegfall[k]) gekommen ist.

Dem Dasein einer felerhaften Zweckbestimmung steht bezüglich der Rfolgen nahe

a, das Nichtdasein[l]) ("Felen") jeglicher[m]) Zweckbestimmung[n]) bei einer Zuwendung,

---

[h]) Belastungen deren Beseitigung dem freien Belieben der Beteiligten entzogen ist, sei es dass dieselben in das öffentliche Recht hinüberspielen, oder dass besondere Vorschriften, wie zB. beim Alimentenvergleich, die Aufhebung einschränken.

[i]) Einschränkung der Voraussetzungen der cond. c. d. c. n. s., nur wo die Zuwendung geschieht, um dem Zuwender ein Recht oder anderes vorteilhafte Rverhältnis zu erwerben. Hat der Rechtserwerb stattgefunden, so ist diese Kondiktionsklage ein für allemal ausgeschlossen, auch wenn das erworbene Recht oder Quasirecht tatsächlich undurchfürbar werden sollte. In Anwendung auf die s. g. Innominatgeschäfte: der vorleistende Teil hat (im Gegensatz zum Römischen R., vgl. aber § 100 Beil. III insb. S. 157) h. z. T. keine Rückforderung, da er das Recht (Klage) auf Gegenleistung (Römische "a. praescriptis u.") erworben hat. Dahingegen würde diese Klage bei dem "condicionis implendae c. datum" zu gewären sein, falls der erwartete Rechtserwerb ausbliebe.

[k]) Tatbestand der condictio ob causam finitam. — Die Causa der Zuwendung kann hier sein Kreditgebung Zalung Schenkung, ein Gemisch aus diesen (wie zB. bei Dos, Arrha), auch Tausch (zB. Schuldschein auf grund empfangenes Darlens), aber all diese Zweckbestimmungen müssen von der Art sein, dass sie dem Erfolge der Zuwendung auf welche sie sich beziehn zeitliche Grenzen setzen, nach deren Ueberschreitung derselbe Erfolg der Causa ermangelt. Es wäre also vielleicht richtiger hier vom Felen, als von einem Feler der Causa zu sprechen; immerhin wird der Vorgang als Uebergangsfall aus dem einen Gebiet ins andre zu betrachten sein. — EBG. 739: "... Leistung aus einem Rechtsgrunde ... welcher später weggefallen ist .."

[l]) Dahin gehören:

1, der § 100 N. u, besprochene Fall;

2, dass die Zweckbestimmung nichtig wegen Handlungsunfähigkeit der Beteiligten, wärend die Zuwendung obschon rechtlich ebenso nichtig,

b, die bei der Zuwendung als Grund derselben erklärte[o]) Erwartung einer genügend bestimmten Handlung des Empfängers[p]), sobald feststeht dass dieser die Handlung nicht vornemen[q]) wird.

Dagegen gilt nicht als felerhaft eine Zweckbestimmung bei welcher der beabsichtigte zweite Erfolg von minderem Wert ist als die Zuwendung[r]) selber, ebenso wie die Gültigkeit eines Zuwendungsgeschäfts nicht darunter leidet,

---

wegen der in ihr enthaltenen realen Elemente tatsächlich bereichernd gewirkt hätte.

3, Nächst verwant: die Zuwendung steht unter den Parteien fest, Jeder behauptet eine andre Zweckbestimmung, und Beide werden beweisfällig.

[m]) "Felen jeglicher Zweckb." d. i. anschliessend an die Ausfürungen des § 100: Felen sowol der auf den zweiten Erfolg der Zuwendung gerichteten Zwb. i. e. S., als auch der Zwb. im w. S. welche die s. g. Causa permutandi (Zuwendung als Aequivalent für bereits Empfangenes oder später Zuempfangendes) mitumfasst. Es bleibt dann nur der § 100 zu N. u, besprochene Fall; vgl. auch unten N. p,.

[n]) Dem Felen gleichzuachten noch erweislicher Dissens über die Zweckbestimmung, sei es dass die Parteien bei der Zuwendung über diesen Dissens sich geteuscht, oder dass sie ihn wargenommen und für unerheblich gehalten, in Erwartung einer späteren Einigung, die dann ausgeblieben.

[o]) One "Erklärung" würde diese Erwartung ebenso gut wirkungslos sein wie irgend ein anderes unerklärtes Wollen; wie die Erklärung zu geschehn habe, muss in beziehung auf die einzelnen Fälle geprüft werden, auch ist kein Grund stillschweigende Erklärungen durchgängig für ausgeschlossen zu erachten.

[p]) Hier kommen wir auf die Fälle, wo eine "Zweckbestimmung im e. S." felt, eine "Zweckbestimmung im w. S." (vgl. N. m,) aber getroffen ist. Die Zuwendung kann geschehn im Hinblick auf voraufgegangene (kein Recht wider den Zuwender zeugende), oder auf zukünftige (von dem Zuwender rechtlich nicht zu begehrende) Vorgänge. Irrtümliche Anname auf der einen und geteuschte Erwartungen auf der andern Seite sind an sich gleich möglich, und könnten vom Recht mit gleicher Wirksamkeit bekleidet werden; das Römische und das heutige gemeine R. kennen aber diese Gleichstellung nicht, sonst könnte die "donatio remuneratoria" (vgl. § 104 I und Beil. I) nicht als Schenkung gelten und gültig aufrecht erhalten werden, auch wenn die Anname, welche den anlass gegeben, sich als eine irrtümliche erweist.

[q]) Voraussetzung der cond. ob rem non secutam (fr. 1 pr., § 1 de cond. ob t. c. 12, 5; vgl. EBG. 742—44).

dass die (zu b,) erwartete Handlung des Empfängers dem Zuwender einen geldwerten Vorteil nicht verschafft[s]), oder dass irgend ein anderes von der Zukunft erwartetes Ereignis nicht stattfindet, oder dass sich herausstellt dass ein als in der Vergangenheit liegend angenommenes Ereignis in Wirklichkeit nicht stattgefunden[t]) hat.

Bei gewissen Rechtsgeschäften ist die ausdrückliche oder gar feierliche[u]) Angabe der Zweckbestimmung Bedingung der Gültigkeit[v]). Andererseits soll bisweilen eben diese Angabe, wo sie offen hervortritt, die Gültigkeit des Geschäfts stören[w]) können.

---

[r]) Eventuell als negotium mixtum cum donatione (vgl. § 104 IV.) gültig.

[s]) Folgt schon daraus dass auch die Zuwendungen zwecks Schenkung gültig sind; nur könnte die Frage entstehn, wie konsistent etwa das Aequivalent sein müsse, um die Anname wirklicher Schenkung auszuschliessen. Ueber das Versprechen der Alimentirung eines im Dienst der Fabrik zu Schaden gekommenen Arbeiters seitens des Fabrikherrn s. RE. II 16; müsste das Versprechen eines Entgelts für moralische Schädigung Schenkung sein? vgl. RE. VII 84? — Hiezu § 102 Beil. III A,.

[t]) Auf diese Fälle ist schon in N. p, a. E. verwiesen. Es ist durchaus die herrschende, auch von EBG. (vgl. Mot. II S. 289) angenommene Meinung, dass die s. g. remuneratorische Schenkung unter den allgemeinen Schenkungsregeln steht; danach ist aber eine Rückforderung deshalb, weil eine irrtümliche Anname bei Bildung der Schenkungsabsicht miteingeschossen, nicht zu gewären, es sei denn dass die Rückname aus solcher Ursach ausdrücklich verabredet worden. Vgl. auch § 119 N. s,.

[u]) So erfordert die cautio discreta dass die Zweckbestimmung in der Urkunde selber angegeben sei.

[v]) Ueber die Bezeichnung dieser Zuwendungsgeschäfte im Gegensatze zu den übrigen, hat noch immer keine volle Einigung stattgefunden. Die eine Zeit lang gangbaren Ausdrücke "formelle — materielle Verträge" oder "Geschäfte" taugen am wenigsten, vgl. Bekker kr. Vschr. IX S. 260, 280, und sind jezt wol meist aufgegeben vgl. Windscheid Pand. (6) II 319 N. 2. — Erfreulich dass das Reichsgericht, RE. XII 21 für die verhältnismäszig guten Namen: "abstrakt" — "individualisirt" sich entschieden hat.

[w]) RE. XII 21 entscheidet, im Gegensatz zur zweiten Instanz (Berl. KammerG.), dass kaufmännische Verpflichtungsscheine ihren durch DHGB. 301 normirten Charakter dadurch nicht verlieren, dass

Feler und Felen der Zweckbestimmung ziehn ausnamsweise Nichtigkeit der Zuwendung[x]) nach sich; gewönlich[y]) erwächst unter Aufrechterhaltung der Zuwendung nur ein obligatorischer Anspruch wider den Bereicherten, auf Restitution der Bereicherung[z]) oder eines verschiedentlich zu berechnenden Aequivalents[aa]) für dieselbe. Bestand die Zuwendung im konstituiren einer Obligation, so kann gegen diese derselbe Anspruch auch exceptionsweise[bb]) verfolgt werden, und nach Umständen, selbst wo solcher Anspruch nicht stattfindet, die Obligation gleichwol nicht zu verfolgen[cc]) sein. — Ist die Zuwendung durch einen Vertreter ausgeführt, so steht die Kondiktion nach den Umständen bald dem Vertretenen und bald dem Vertreter[dd]) zu.

Wird zwischen dem Zuwender und dem Empfänger der Zuwendung bestimmt, dass der zweite Erfolg derselben nicht dem Zuwender sondern einem Dritten zu gute kommen[ee]) soll,

---

dieselben nicht abstrakt gefasst sind, sondern den Verpflichtungsgrund (Darlen) namhaft machen. Vgl. auch BE. XI 169.

x) Beil. I.

y) Vgl. Beil. II über die Gestalt in der das bisher Gebräuchliche im EBG. wiederkehrt.

z) Hiernach sind Wechsel wegen Feler der Zweckbestimmung gültig an sich, aber zu kondiziren, RE. V 7, VIII 24.

aa) Differenz der cond. indebiti, cond. c. d. c. n. s. auf der einen, und c. furtiua, cond. ob t. c. auf der andern Seite; vgl. auch EBG. 731 mit 733.

bb) RE. V 7, VIII 24, bei Wechseln selbstverständlich nur soweit Einreden wider dieselben überhaupt (WO. 82) zulässig.

cc) Beispielsweise im Fall des fr. 3 de cond. ob t. c. 12, 5, vgl. EBG. 741, 3; bestand die ungehörige Zuwendung in der Konstituirung einer Forderung, so kann diese nicht kondizirt aber auch nicht mit Erfolg eingeklagt werden. Ebenso wenn bei einer indebiti solutio durch Promission, falls die Kondiktion durch Wissen des Promittenten vom Indebitum ausgeschlossen, der Promissionsnemer aber gleichfalls um das Nichtbestehn der Verpflichtung gewusst (vgl. EBG. 735, 1), da seiner Klage eine exc. doli entgegenstehn würde.

dd) Vgl. RE. X 30.

ee) Schema: Zuwendung des A an B;
zweiter Erfolg, Bereicherung des C, indem entweder
Bs Forderung an C als durch die Zuwendung getilgt gilt, oder

so sezt dies allgemein weder besondere Beziehungen zwischen dem Zuwender und dem Dritten, noch Wissen und Wollen Dieses[ff]) voraus. Das Zugewante verbleibt dem Empfänger regelmäszig, wenn derselbe einen Anspruch auf eine derartige Zuwendung hatte, insonderheit Gläubiger[gg]) des Dritten war. Ist dem Empfänger der Zuwendung eine Leistung an einen Dritten auferlegt, so wird Dieser jezt meist berechtigt sein auf dieselbe gegen den Empfänger zu klagen[hh]). Die dem Dritten mittelbar zufliessende Bereicherung wirkt, soweit es sich um rechtliche Beziehungen des Ersten (Zuwenders) zum Dritten handelt, nicht durchgängig[ii]) ebenso wie wenn sie unmittelbar gemacht wäre; nach den Umständen sind ihre Wirkungen[kk]) verschieden.

B bei der Zuwendung die Verpflichtung auferlegt ist an C früher oder später (zB. nach dem Tode des A) zu leisten.

Weitere Komplikation: dem B wäre aufgegeben an D zu gunsten des C zu leisten, zB. zu zalen was C dem D schuldet u.s.w. — Nicht hergehörige Fälle: fr. 65 § 9 de cond. ind. 12, 6: "..... si id quod alius debebat, alius quasi ipse debeat soluat." cf. fr. 19 § 1 eod., fr. 31 pr. de H. P. 5, 3.

ff) fr. 53 de solut. 46, 3: ".... licere etiam ignorantis inuitique meliorem condicionem facere". Im einzelnen, durch Schuldzalung fr. 39 de neg. gest. 3, 5, fr. 1 § 24 de exerc. a. 14, 1; Promission fr. 8 § 5 de nouat. 46, 2; Prozessübername fr. 23 de solut. 46, 3, fr. 20 pr. de int. in i. 11, 1.

gg) fr. 44 de cond. ind. 12, 6: "repetitio nulla ab eo est qui suum recepit, tametsi ab alio quam uero debitore". cf. fr. 21 de donat. 39, 5, fr. 5 § 5 de exc. d. m. 44, 4, fr. 1 § 10 quar. r. actio n. d. 44, 5, fr. 12, 13 de nouat. 46, 2. — Abweichend von dieser Regel, bezüglich auf das RG. v. 21, 7, 79, RE. V, 22.

hh) Gültigkeit der Geschäfte zu gunsten Dritter vgl. § 118 N. k, auch Beil. II, und EBG. 412—16.

ii) Gleichstellung zB. in fr. 5 § 5 de dol. m. exc. 4, 4: "... itaque condictione tenetur debitor qui delegauit, uel mulier..." und sonst häufig aber nicht überall; vgl. das Quellenmaterial bei Sa. S. IV Beil. X, das Savigny selber aber keineswegs durchgängig richtig benuzt. Vgl. § 101 Beil. VI C.

kk) Von bedeutung namentlich, ob eine negotiorum gestio des Zuwenders für den Dritten anzunemen ist.

Beilage I. Legislativ möglich wäre es zweifellos, als Folgen des Felens und der Feler der Zweckbestimmung Nichtigkeit der Zuwendung selber zu verordnen. Ein solcher Gedanke schimmert durch bei Ulpian, fr. 18 pr. de R.C. 12, 1: "... magisque nummos accipientis non fieri ..." wegen Dissenses der Kontrahenten über die Causa der Geldhingabe, freilich im Gegensatz zur Meinung des älteren Juristen Julian, fr. 36 de A. R. D. 41, 1. Zweideutig klingt auch

> RG. v. 21. 7. 79, § 7: .... was ... aus dem Vermögen des Schuldners veräussert weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewärt werde.

Doch betrachtet die herrschende Meinung das Rechtsmittel aus diesem RG. nicht als Inintegrumrestitutio sondern als Kondiktion.

Ueberhaupt steht der im Text aufgestellte Satz als Regel im heutigen Recht: die übrigens korrekt vorgenommene Zuwendung gilt an sich, trotz allen Felern ihrer Zweckbestimmung (namentlich also auch, wenn dieselbe als Leistung aus einer nicht vorhandenen, einer verbotenen u. s. w. Obligation vorgenommen wäre); das Zugewante ist zur Zeit kein Stück mehr vom Vermögen des Zuwenders, sondern ein Stück vom Vermögen des Empfängers, zugleich aber steht dem Zuwender ein persönliches Recht (Forderung, Kondiktion) wider den Empfänger zu auf Rückleistung der Bereicherung. Die Differenz zwischen diesen beiden Rechtslagen tritt am deutlichsten bei der Anname auf der einen und auf der andern Seite ausbrechender Konkurse hervor. Die Durchfürung der Regel begegnet einigen Zweifeln; den wenigsten

a, bei allen translativen Uebertragungen, gleichviel ob das zugewante Recht ein dingliches eine Forderung oder ein R. an unkörperlicher Sache (vgl. auch S.A. II 58). Fraglich nur etwa, wenn der Empfänger (jezt Eigentümer) in die Lage käme wider den Zuwender (früher Eigentümer, jezt Kondiktionsberechtigter) Klage erheben zu müssen, weil etwa der Besitz durch irgend einen Zufall zu diesem zurückgekehrt wäre: kann der dinglichen Klage eine Einrede aus dem Kondiktionsrecht entgegen gehalten werden? ZB. Eigentumsübertragungen wider RKO. 24, 1, oder 25, 1, die weggegebene Sache ist durch Zufall wieder in die Hand des Zuwenders gekommen, der danach in Konkurs geraten; kann dem Aussonderungsrecht des (widerrechtlichen) Empfängers gegenüber das Anfechtungsrecht vom Konkursverwalter geltend gemacht werden? und wie, wenn der Empfänger inzwischen gleichfalls in Konkurs geraten, und das Aussonderungsrecht daher für seine Gläubiger zur anwendung käme? Kann die Berufung auf fr. 8 de exc. dol. m. 44, 4 dawider durchdringen? Die

Frage wird kaum zu bejahen aber die bedenkliche Natur dieser Fälle auch schwer zu verleugnen sein; über lang oder kurz dürfte daher das Recht sich hier zu feineren Unterscheidungen als den bisher fixirten hindurchzuarbeiten haben.

b, Forderungskonstituirung und andere konstitutive Uebertragungen schaffen dem Empfänger an sich gültige Forderungen und andere abgeleitete Rechte, dieselben sind aber zu kondiziren, und dies Kondiktionsrecht kann, wo Gelegenheit (vgl. DWO. 82) dazu ist, auch einredeweise geltend gemacht werden. Der Charakter der an sich gültigen aber anfechtbaren Forderung zeigt sich besonders deutlich bei ausgestellten Wechseln, vgl. SA. XXIV 152, 153, (aber auch XXVIII 20) RE. V 7, VIII 24. Wenn RE. V 69, unter Bezugname auf ROHG. X 45, XXIV 102, XXV 64 leugnet, dass von an Zinskupons haftenden Forderungen (wegen Verbots des Anatocismus) wieder Zinsen zu nemen seien, so tritt es hiemit der Anschauung entgegen, als sei die Kuponsausgabe Konstituirung neuer Forderungen "soluendi causa", um die vorhandenen (ersten) Zinsforderungen (aus den Obligationen) damit novationsweise zu tilgen; vielmehr wären jene ersten Obligationszinsforderungen bestehn geblieben, und nur behufs bequemerer Geltendmachung an das Papier, den Kupon als Medium geknüpft. Bei Konstituirung von andern abgeleiteten Rechten als gerade Forderungen wird seltener gelegenheit sein, das Kondiktionsrecht einredeweise geltend zu machen; am besten noch bei bestellten Grundschulden, die in der Hauptsache den Wechseln gleich zu behandeln sein dürften.

c, Restitutive Uebertragungen. Hier könnte kondiktorisch auf Wiederherstellung der erlassenen Rechte geklagt werden. Es muss aber auch nach Umständen als zulässig gelten, die Klage auf das durch Erlass aufgehobene Recht selber zu stützen, und Einrede der Aufhebung mit Replik der Ungültigkeit der Aufhebung wegen Felers ihrer Causa zu beantworten.

EBG. stimmt mit diesen Grundsätzen überein. Das ist im Text nirgends ausdrücklich gesagt aber in den Motiven, II S. 9, bei dem "dinglichen Vertrag":

> Das Verhältnis des dinglichen Vertrags zu dem obligatorischen Geschäfte ist das der Leistung zu dem rechtlichen Motive derselben. Der Vertrag besteht wenn auch das Motiv felt oder wegfällt. Der Verletzte kann die Leistung nur kondiziren. Vergl. §§ 829, 874, 878, 880, 973, 1021, 1147.

Das ist also die durchgängige Regel für alle Zuwendungen und Zweckbestimmungen, Ausnamen selbstverständlich vorbehalten.

Beilage II. EBG. trifft in gewissen Grundzügen mit unserer Auffassung überein, namentlich in dem Bestreben, die Kondiktionenlehre (EBG. 737 — 743) im nächsten Anschluss an das Römische und das heutige gemeine Recht zu gestalten, zugleich aber die reiche Kasuistik der Pandekten mit ihren mannigfaltigen nur aus der Geschichte verständlichen Unebenheiten durch einfachere Regeln zu ersetzen.

Vorbedingung für den Erwerb solcher Regeln aber ist, dass man das Gebiet, auf das sie angewant werden sollen, klar und scharf umrissen vor sich sieht. Zu dem Ende haben wir die Begriffe der "Zuwendung" und der "Zweckbestimmung" (Causa der Zuwendung), deren Felen und Feler zur Rückforderung des Zugewanten füren, nach Kräften genau präzisirt. Zugegeben, dass hiemit nicht das ganze Römische Kondiktionengebiet zu erfüllen ist, aber doch das bei weitem gröszte und wichtigste Stück desselben. Haben wir für dies relativ einfache und entsprechende Regeln gefunden, so können einige Ergänzungsbestimmungen,

> änliche Rückforderungsklagen finden auch unter folgenden Voraussetzungen statt, u. s. w.

kein Bedenken erregen.

Anders EBG. Er vermeidet die Begriffe der "Zuwendung" (vgl. zB. die verwunderliche Definition der Schenkung EBG. 437) und der "Zweckbestimmung" oder "Causa" zu präzisiren. Präzisiren und definiren ist zweierlei: der Gesetzgeber wird in relativ wenigen Fällen zu definiren, d. h. ausdrücklich zu erklären haben in welchem Sinne er gewisse Bezeichnungen gebraucht; dagegen darf er sich das präzisiren nirgends schenken, alle Begriffe mit denen er operirt sollen möglichst fest abgeschlossen sein. Die "ungerechtfertigte Bereicherung" von der EBG. hier ausgeht, vgl. Mot. II 829, ist kein solcher fest abgeschlossener Begriff, man kann sich viel und wenig dabei denken; das natürliche Produkt hievon ist ungesunde Ausdenung des Kondiktionengebiets. Mit Recht bemerkt Bähr (kr. Vschr. XXX S. 413, 414), dass die Worte des EBG. angetan sind "Fälle der Rückforderung hervorzurufen deren siegreiche Durchfürung das natürliche Gefül tief verletzen" müsste, und rügt die auch sonst erkennbare Neigung "extreme Ansprüche" zu begünstigen. Aber diese Neigung selber ist unausbleibliche Folge der Gepflogenheit mit mangelhaft abgegrenzten Begriffen, insonderheit Tatbestandsbegriffen zu arbeiten, die auch die alte gemeinrechtliche Doktrin zu den bekannten Ungestalten der a. spolii, a. L. Aquiliae utilis., a. de in r. uerso utilis, u. s. w. verfürt hat.

Den durchschlagendsten Einfluss auf das Kondiktionenrecht des EBG. hat Windscheids Lehre v. d. Voraussetzung (vgl.

§ 119) geübt, gleichwol ist sie nicht konsequent befolgt, noch weniger als Prinzip (in irgend einem Satze des allgemeinen Teils) ausdrücklich anerkannt. Treffende Kritik des ganzen Machwerks bei Lenel Civ. Arch. LXXIV S. 212—239. Hier kommt es nur darauf an die praktischen Differenzen zwischen dem Recht und unseren eigenen Aufstellungen klar zu legen.

a, Verstosz wider Rechtsvorschriften und gute Sitten; vgl. EBG. 747 anscheinend etwas enger, da statt "Rvorschriften" gesezt ist "öffentliche Ordnung", immerhin erheblich weiter als das Gebiet der Römischen "cond. ob turpem causam". Irgend eine solche Erweiterung (man gedenke auch der Römischen für uns unbestimmbaren cond. ob iniustam c.) scheint aber gegenwärtig unentbehrlich. Auf die speziellen Voraussetzungen und Einschränkungen (vgl. EBG. 747, 3) der Klage ist hier nicht näher einzugehn.

b, Zwecks Aufhebung den Zuwender belastender Rverhältnisse, vgl. EBG. 737—41. Der Entwurf hält sich näher an das Vorbild der cond. indebiti "z. Zw. der Erfüllung einer Verbindlichkeit". Nun erfolgen aber Zuwendungen auch zum Zweck der Aufhebung von anderen Belastungen, zB. iura in re aliena, die wir keineswegs unter die Verbindlichkeiten zu stellen gewönt sind, auch derartige Belastungen können irrtümlich angenommen sein; die auf solchen Irrtum gegründete Zuwendung rief nach Röm. R. sicher eine Kondiktion hervor, zweifelhaft nur welche. Man wird schwerlich bestreiten, dass diese Rückforderung auch den Anschauungen der Gegenwart gemäsz ist, und noch schwerer dürfte es halten nachzuweisen, weshalb Zalung zwecks Ablösung irrtümlich angenommenen Niesbrauchs oder Reallasten unter andere Regeln gestellt werden müssen, als die für irrtümliche Zalung von Hypotheken Grundschulden Wechseln u. s. w. gültigen. Auf die speziellen Voraussetzungen der modernisirten cond. indebiti kann wiederum hier nicht eingegangen werden, auch nicht auf die vom EBG. beliebte Verschiedenheit der Behandlung des indebitum promissum (EBG. 684, 2) und anderer indebite erfolgender Zuwendungen (vgl. einstweilen Lenel a. a. O. S. 217).

c, Zwecks Begründung von Rechten und anderen für den Zuwender wünschenswerten Rverhältnissen. Dem korrespondirt einigermaszen:

> EBG. 742 .... unter Voraussetzung ... eines rechtlichen Erfolges.

Da aber mit diesen Bestimmungen das Gebiet der cond. causa data c. n. s. ersichtlich nicht ausgefüllt wird, füge ich als besondern Kondiktionsfall hinzu "Erwartung einer bestimmten Handlung des Empfängers", wogegen EBG. 742 die

Voraussetzung des Eintritts oder Nichteintritts eines zukünftigen Ereignisses, u. s. w.

sich aneignet. Die angemessene Begrenzung gerade dieser Kondiktionsspezies scheint, nach der reichen Litteratur, besondern Schwierigkeiten zu unterliegen. Im Corpus Juris und in den Entscheidungen unserer höchsten Gerichte werden wenige Fälle zu finden sein, die ausserhalb der von mir angenommenen Kondiktionstypen stünden; wenn doch, so wäre eine Ergänzung auf dem Wege der Analogie nicht schwierig. EBG. aber geht über das Herkömmliche hinaus, und gewärt Klagschutz unter Voraussetzungen, wo derselbe nicht erforderlich und zur Zeit kaum erträglich sein dürfte; vgl. einstweilen Lenel a. a. O. S. 222 f.

d, In Uebereinstimmung mit EBG. 745—46 habe auch ich die cond. ob causam finitam als besondern Kondiktionstypus hervorgehoben; ob meine Definition des Tatbestandes zu eng, ob das "aus einem Rechtsgrunde welcher später weggefallen ist" des Entwurfs zu weit, mag dahingestellt bleiben.

e, Ebenso stimmen EBG. und unsere Annamen darin, dass aus dem Hinblick auf Vergangenheit und Gegenwart eine Kondiktion regelmäszig nur dann herzuleiten ist, wenn die Voraussetzungen der cond. ind. bestehn, vgl. jedoch EBG. 290, 2; 667, 2.

f, Die bedenklich weit greifenden Vorschriften EBG. 748 (vgl. auch 897 und wieder 909) sind hier nicht näher zu prüfen, da sie sich auf Nichtrechtsgeschäfte beziehn. Dahingegen ist noch die Lücke zu bemerken, die sich daraus ergibt, dass EBG. keine Vorschrift über die Fälle des Felens der Zweckbestimmung bei geschäftlichen Zuwendungen (vgl. § 100 u, und § 101 l, m, n,) enthält. Mögen einzelne dieser Fälle bei den denbaren Bestimmungen von EBG. 742 u. 747 Unterkunft finden, immerhin bleiben einige unberücksichtigt, für welche die Entscheidung schon nach Römischem und heutigem Rechte nicht wol zweifelhaft sein kann; zB. Zuwendung ist erfolgt, dann stellt sich ein Dissens der Beteiligten über die Zweckbestimmung heraus, Zuwender wollte schenken, Empfänger den Betrag als Zalung auf eine vielleicht früher vom Zuwender bestrittene Forderung annemen. Zudem ist die Frage von prinzipieller Bedeutung, und die Nichtbeantwortung als Hemnis praktischer Analogienentwickelung zu bedauern.

Schenkungen[a]).

§ 102.

Begriff, Arten.

Ar. 80. Ba. 68—70. Bz. (I) 350. De. II 106. Ke. 63—65. Pu. 68. Sa. S. IV. 142—52, 155—61, Beil. IX, X. Se. II 362. Si. I 33. Va. I 121. Wä. II 196. We. 63—68. Wi. II 365.

Schenkung ("donatio") ist beabsichtigt unentgeltliche Zuwendung. Wie "Zuwendung" wird auch "Schenkung" bald in weiterem und bald in engerem Sinne gebraucht[b]), niemals aber darf die beabsichtigte Mehrung des einen Vermögens aus dem andern[c]), und die auf Unentgeltlichkeit dieser Mehrung gerichtete Absicht des Zuwenders[d]) felen.

Demnach sind Nichtzuwendungen auch Nichtschenkungen[e]), von den Zuwendungen aber Schenkungen nur diejenigen, welche

α, unentgeltlich geschehn[f]), und bei denen

β, die Unentgeltlichkeit von dem Zuwender gewollt[g]) ist.

Zudem wird der Name Schenkung beschränkt meist

γ, auf Zuwendungen unter Lebenden[h]) ("donatio" im Zweifel = "donatio inter uiuos", Gegensatz "don. mortis causa").

---

[a]) T. I. de donationibus 2. 7., T. D. — 39, 5, T. C. — 8, 53 (54); cf. T. D. de don. int. u. et u. 24, 1. — SG. 1049—66. — EBG. 437—52. — von Meyerfeld d. L. v. d. Schenk. n. R. R. I u. II 1. — Aeltere Litteratur bei Arndts-Serafini 80.

[b]) Beil. I.

[c]) Beil. II.

[d]) Beil. IV.

[e]) "Nichtzuwendungen" im gegensatz zu den "Zuwendungen im w. S." § 100 b,.

[f]) Beil. III.

[g]) Beil. IV.

[h]) Die zwischen Erbeinsetzung und Vermächtnis auf der einen und den Schenkungen unter Lebenden auf der andern Seite bestehenden Verschiedenheiten liegen zu tage. Dahingegen scheinen die "mortis causa donatio" und die "donatio inter uiuos" auf den ersten Blick gleichartig, und es hat einer eigenartigen geschichtlichen Entwickelung bedurft, dieselben einander so fern zu rücken, wie sie im Justinianischen Rechte stehn. Die Verwantschaft wird auch im Institutionentitel de donationibus 2, 7, vgl. insbesondre § 1—3, nicht verkannt; aber das

In noch engerem Sinne fordert die Schenkung

δ, dass die Zuwendung durch Rgeschäft[i]) ("Zuwendung i. e. S.")[k]) geschehe, und

ε, dass die Unentgeltlichkeit auch vom Empfänger[l]) gewollt werde.

Auszuführen sind Schenkungen durch alle Arten von Zuwendungen, sowol einzelner Rechte[m]) als von Vermögen und Vermögensquoten[n]), auch in Verschmelzung mit entgeltlichen

---

singuläre Recht der Schenkungen gilt doch zum gröszeren Teil für die M. C. D. nicht mit. Häufig tauchen, auch in der neuesten Praxis noch Zweifel auf, bald ob ein konkretes Geschäft M. C. D. oder D. I. V., bald wieweit die für die einen und die für die andern geltenden Regeln auseinanderlaufen, vgl. zB. SA. III 265, V 131, IX 155, XVIII 37, XXII 45, XXIII 45, XXIV 115, XXVI 130, XXX 46, XXXV 225; RE. XV 51, XVIII 8. — Dass auch eine Schenkung u. L. erst nach dem Tode des Schenkers zalbar sein könne betonen SA. XII 31, XX 34. — Vgl. noch Beil. VI.

i) Vgl. Beil. I C und D a, b,.

k) § 100 a, und ebenda die Aufzälung der neun Hauptarten (zu N. f,).

l) Beil. V.

m) Einiges Bedenken entsteht beim Erlass, wegen fr. 23 pr. de donat. 39, 5 "usuras remittere et minuere" und fr. 31 § 6 de don. int. u. et u. 24, 1, cf. fr. 56 de cond. ind. 12, 6 (die Vorauszalung einer Schuld soll nicht als Schenkung beurteilt werden) und wider fr. 9 pr. de donat. 39, 5. Ueber die warscheinliche Vereinigung der Stellen unten Beil. IV S. 181.
Die Praxis nimmt korrekt den Erlass als Schenkung an, vgl. zB. SA. V 165, VI 39, VIII 133, XVIII 38, XXI 230, XXVIII 224.

n) Donatio omnium bonorum, c. 35 § 4 de donat. 8, 53, c. 11 eod., auch eines ererbten fremden Vermögens, fr. 28 de donat. 39, 5; vgl. Bo. VI 462; dazu Sav. S. IV 159. — Die Praxis lässt diese Geschäfte gelten, SA. XI 106, XXIV 115: auch die Schenkung des gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens ist als solche gültig, und nicht etwa als Erbvertrag (wider Sav. a. a. O., gegen denselben auch Böcking Pand. I 106 N. 23, Hartmann Erbvertr. S. 14 f. Bechmann Dotalr. II 57), vgl. RE. XVI 21, XVIII 37. Die Schenkung bewirkt keine Universalsuccession; über die Uebertragung der dinglichen Rechte c. 35 § 3, 4 de donat. 8, 53, cf. Vat. fr. 263, C. Herm. VII 1, 2., über die der Forderungen c. 33 de donat. 8, 53, — älteres Recht in c. 11 eod., fr. 3 pr. pro socio 17, 2; one Schuldübername keine Klage der Vermögensgläubiger wider den Schenknemer, SA. XXXVI 36, vgl. auch IX 155, XXVI 130, XXXII 320, XXXIII 344, XXXVI 273, RE.

Geschäften[o]), unter Hinzuziehung Dritter, durch Realakte und andere Bereicherungsmedien[p]). Von Ausnamen[q]) abgesehn stehn die Schenkungen unter dem gemeinen Rechte[r]) der Zuwendungen.

Als Spezies gehört die Schenkung nach ihrem Zustandekommen zum Genus der Liberalitäten[s]), und nach ihrem Erfolge zu dem der "lucratiua causa"[t]), die jeden unentgeltlichen Erwerb, gleichviel woher er stamme, in sich begreift. Aber diese beiden Oberbegriffe sind von untergeordneter Bedeutung, da die Liberalitäten den liberal Handelnden nicht durchgängig berechtigen, und unentgeltlicher Erwerb ebensowenig den Empfänger durchgängig verpflichtet.

Beilage I. Begriff der Schenkung; Stellung im System.

A, Die groszen Spruchsammlungen ergeben, dass in der Gegenwart Schenkungen häufig vorkommen, und nicht selten zu Prozessen bis in die höchsten Instanzen füren. Am häufigsten wol auf den Gebieten, wo das Recht, wie das Preussische, die Schenkungen am meisten beschränkt. Was begreiflich, aber sicher nicht dahin auszudeuten, dass diese Beschränkungen ganz aufzu-

---

VI 49, VII 85. — SG. 1053 erklärt Verträge durch die Jemand sein ganzes gegenwärtiges oder zukünftiges Vermögen verschenkt für nichtig, vgl. aber 2500—502. — EBG. schweigt bei der Schenkung über diese Frage, enthält aber die allgemeinen Bestimmungen (EBG. 350), dass ein "Vertrag durch den Jemand sein ganzes künftiges Vermögen oder einen Bruchteil desselben" übertrage nichtig, "das ganze gegenwärtige Vermögen u. s. w." aber gültig; für die Durchfürung EBG. 313, 319; über die Schenkung von Erbschaften noch 349, 440—41, 483—501.

[o]) "Negotium mixtum cum donatione", vgl. § 104 IV.

[p]) Beil. VI.

[q]) Vgl. über diese § 102.

[r]) Die Entscheidungen SA. II 45, XVI 40, auch RE. I 80, IV 23 würden bei anderen Zuwendungsverträgen ebensogut zutreffen wie bei Schenkungen. Uebereinstimmend auch Mot. II S. 289: "Auf die Schenkung als Vertrag finden die allgemeinen Vertragsgrundsätze Anwendung".

[s]) Fr. 1 de transact. 2, 15, fr. 4 § 1 de manum. 40, 1, fr. 15 q. ex c. in poss. 42, 4, fr. 1 § 1, 2 de precario 43, 26, c. 19 pr. de haeret. 1, 5, etc. — Vgl. auch § 100 N. d, e,.

[t]) Fr. 13 § 15 de A. E. V. 19, 1, fr. 4 § 14 de manum. 40, 1, fr. 17, 19 de O. et A. 44, 7, fr. 83 § 6 de V. O. 45, 1, etc.

heben seien; mit gleichem Fuge wäre die Aufhebung des ganzen Rechts und sämmtlicher Gerichte zu empfelen, um allen Prozessen zu entgehn. Entsprechend ergeben die Lehrbücher Streit und Zweifel über die Grundfragen und mannigfaltige Details, kaum dass irgend ein anderer Teil des Privatrechts so schlecht geeignet erscheint, aus einem festen Kerne heraus konstruirt zu werden. Schwankend ist ebenso der Tatbestandsumfang wie die Rfolgen. Bei den meisten der auf die Beschränkungen, überhaupt die Singularitäten der Schenkungen bezüglichen Sätze, kennt man den Zeitpunkt der Einfürung wenigstens annähernd (vorher also hat andres Recht gegolten); viele sind wieder aufgehoben, manche wesentlich umgestaltet, auch EBG. projektirt einige derartige Aenderungen. Bis auf diesen Tag sind es die Römischen Juristen, die mehr als alle Andern Einzelfälle durchprüft haben, nicht darauf ob überhaupt Schenkung vorliege oder nicht, sondern darauf ob Schenkung wider die L. Cincia, ob Verstosz wider das Verbot der Gattenschenkung, der Patrons- oder Gläubigerverkümmerung u. s. w. Ueberall haben sie mit der Masse gleichartiger, einander augenscheinlich sehr nahe stehender, und doch wieder in Kleinigkeiten von einander verschiedener Fälle zu kämpfen. Diese Massen sind in der neueren Zeit nur noch gewachsen: die Vermögensmehrung kann durch dies Geschäft α, (zweifellos eine Zuwendung) bewirkt sein, aber auch durch β, γ, δ, u. s. w.; β, γ, sind wol noch Zuwendungen, δ, kaum mehr, ε, gewis nicht; und doch sehn wir vom Standpunkt der praktischen Erfolge keinen Grund, ε, anders zu behandeln als α, und β,. Aenlich betreffs der erforderlichen Unentgeltlichkeit: sie wird ausgeschlossen durch das Dasein einer Forderung, und durch das Geschehn einer Gegenleistung. Aber die Forderung braucht durchaus keine klagbare, die Gegenleistung sicher keine Zuwendung zu sein. Wieder tauchen wir ein in verschwimmende Massen, bei denen alle Prinzipien der Unterscheidung versagen, und schliesslich alle festen Grenzbestimmungen mehr oder weniger willkürlich erscheinen. — Zuzugeben, dass änliche Warnemungen auch an andern Stellen des Rechtsgebiets zu machen sind, aber doch keineswegs überall: es gibt Ehen und Nichtehen, Wechsel und Nichtwechsel, und zwischen beiden hie und da liegt nichts, die Grenzbestimmung macht keine besondere Schwierigkeit. Und wo die Warnemungen wiederkehren, sind sie meist nicht ebenso schlimmer Art: die Schenkungen liegen gleichsam im Zentrum der verfliessenden Gegensätze.

B, Das Wort "donatio" bezeichnet bei den Römern verschiedene weitere und engere Begriffe. Im weiteren Sinne umfasst es nach Umständen auch das Legat fr. 36 de leg. II. (Mod.), § 1 I. de leg. 2, 20, die Freilassung Gai. I 94, III 20 c. 1, 2 de seruo comm. man. 7, 7, I. de l. Fufia Can. 1, 7, die Emanzipation

c. 6 § 3 de bon. q. lib. 6, 61; als Definition mag etwa gelten Papinians: "donari uidetur quod nullo iure cogente conceditur" fr. 29 pr. de donat. 39, 5, fr. 82 de R. I. 50, 17. Dieser weitere Begriff ist aber kaum von rechtlicher Bedeutung, und der ihm gegenüberzustellende engere erscheint als kein einheitlicher, vgl. fr. 18 de don. int. u. et u. 24, 1; "... donatio ualet." cf. fr. 5 § 8—18, fr. 25, 31 § 1 eod. fr. 23 pr. de donat. 39, 5, fr. 3 pr. pro don. 41, 6, fr. 14 de prec. 43, 26, fr. 14 § 11 de furt. 47, 2, d. h. es gab nicht einen ursprünglichen und dann festgehaltenen Tatbestand der "donatio", mit welchem nach und nach die verschiedenen singulären Donationsrechtsfolgen verknüpft worden wären, sondern je für die einzelnen Rechtsfolgen konstruirte man sich einen besonderen Donationsbestand: was ungültig unter Ehegatten braucht nicht notwendig auch der L. Cincia zu unterliegen, desgleichen umgekehrt, u. s. w. u. s. w.

C, Unzweifelhaft bedarf die Gegenwart eines einheitlichen Schenkungsrechts. Die Romanisten sind bemüht gewesen ein solches, auf einem einheitlichen Schenkungsbegriff auferbautes aus dem Corpus Juris herauszulesen. Mag einzelnen Stellen dabei einige Gewalt angetan sein, und das ganze Streben als ein nicht rein wissenschaftliches erscheinen, unberechtigt ja selbst eigentlich unhistorisch war dasselbe nicht, da diese selben Romanisten ein der Gegenwart brauchbares Recht herstellen sollten. Der einzige Vorwurf der sie träfe wäre, die Zwiespältigkeit ihrer Aufgaben nicht besser erkannt zu haben. Hier ist das rein wissenschaftliche Problem beiseit zu stellen, und allein die praktische Frage zu erwägen, wie wir den Schenkungsbegriff für das geltende Recht zu gestalten haben. Das geltende Recht aber ist zunächst unser gemeines, das noch Jarzehnte in Uebung bleiben könnte. Die Singularitäten des heutigen gemeinen Schenkungsrechts sind in § 103 zusammengestellt: am meisten praktische Bedeutung hat das Anfechtungsrecht der Gläubiger RKO. § 25, RG. v. 27. 7. 79 § 3. Der Ausdruck "unentgeltliche Verfügung" in diesen Gesetzen ist mangelhaft, er lässt den Inhalt der "Verfügung" unbestimmt, und gerade auf den Inhalt kommt es an: Emanzipation Adoption Legitimation, Mandats- und Prokuraerteilungen pflegen "unentgeltliche Verfügungen" zu sein, sind aber sicherlich nicht anzufechten. Begrenzt man den Begriff nach der anzunemenden vernünftigen Absicht des Gesetzgebers, so deckt er sich wol mit dem was wir "Zuwendungen im weiteren Sinne" heissen (§ 100 b,); denn die Schädigung der Gläubiger, die aufgehoben werden soll, bleibt die gleiche, mag der Empfänger Annamewillen gehabt haben oder nicht (vgl. auch Cosack d. AnfechtR. d. Gläub. § 26). Hinzuzufügen wäre noch, dass dieselbe legislativpolitische Berechnung dafür spricht, auch Zwecksatzungen, die übrigens

von den Zuwendungen wol zu unterscheiden sind (§ 112), derselben Anfechtung zu unterwerfen. Alle andern Singularitäten (EBG. beabsichtigt viele davon ganz in wegfall zu bringen, vgl. § 102 Beil. II) mögen sich eine etwas willkürliche Behandlung eher gefallen lassen, für ihre Nützlichkeit kommt weniger an darauf, ob die Tatbestandsumgrenzung enger oder weiter, als darauf dass sie fest und sicher gezogen, und also die Ursache zalreicher Prozesse aus der Welt geschaft wird. Alle Schenkungssingularitäten auf die "unentgeltlichen Zuwendungen im w. S." auszudenen, dafür felt ebenso die legislativpolitische Begründung wie der Anhalt in den Quellen oder in der modernen Aequitas (eine allgemeine Hinneigung zu diesem Resultate ist aus den Lehrbüchern und der Praxis nicht erfindlich). Sonach sind wir genötigt, trotz allem Streben nach Vereinfachung, auch für das heutige gemeine R. bei den Schenkungen (wie bei den Zuwendungen) einen engern und einen weitern Begriff anzunemen, die vielleicht am besten als "Schenkungsgeschäft" und "Schenkung" zu bezeichnen wären.

D, EBG. kümmert sich hier, wie gewönlich, um das ausser ihm stehende Recht sehr wenig. Die "unentgeltlichen Verfügungen" der Reichsgesetze werden durch keinen bessern Ausdruck ersezt, auch wird nichts zur schärferen Begriffsabgrenzung beigetragen. Zudem steht die Schenkungslehre an der falschen Stelle, EBG. 437—52, (im Obligationenrecht, vgl. unten E,), und ist die Schenkungsdefinition, EBG. 437, vielleicht die schlechtestgefasste im ganzen Entwurf (vgl. Bekker in B. u. Fischer Beitr. z. Erl. d. EBG. II S. 38—40). Gleichwol sind die bezüglichen Bestimmungen nicht one alles Verdienst, sie entsprechen der Richtung der Zeit auf Vereinfachung des Rechts. Im einzelnen wird,

a, wenigstens eine von der Wissenschaft anscheinend nicht zu lösende Streitfrage, betreffs des animus donum accipiendi ("der Andere die Zuwendung als Geschenk annimmt"), aus der Welt geschaft, und

b, kein Zweifel daran gelassen, dass fortab alle Schenkungssingularitäten (abgesehn von dem reichsgesetzlichen Anfechtungsrecht) ein und denselben Tatbestand voraussetzen; Beiträge zur Abgrenzung 439. Wenn,

c, dieser Tatbestand ein relativ eng begrenzter und die Singularitäten stellenweis stark beschnitten sind, so wird hierüber verschieden geurteilt werden, jenachdem man überhaupt Singularitäten mehr fürchtet oder liebt, und insbesondere für Schenkungen in der Gegenwart gröszere oder kleinere Einschränkungen angezeigt erachtet.

E, Nach Puchtas (Pand. 68, Inst. II 205) Vorgang stellen die meisten Pandektenlehrer die Schenkung in den allg. Teil, so ausser Ar. Ba. Ke. Sa. Si. Va. We. auch Böcking Pand. I 106, vgl. Unger Oest. Pr.R. II 95, Krainz Syst. d. Oest. P.Rs. 132—33, auch Meyerfeld a. a. O. I § 9 und Pollack der Schenkungswiderruf [86] § 1; dagegen Wi. Wä. De. in den speziellen Teil des Obligationenrechts. Windscheid unternimmt die Rechtfertigung Pand. II 365 N. 18. Das erheblichste Argument, das augenscheinlich ihn selber bestimmt hat, ist die Parallele des Kaufs: Schenkung jegliche Zuwendung bei der die Unentgeltlichkeit beabsichtigt ist, Verkauf dieselben Zuwendungen für Geld (pretium). — Der bestechende Schein ist unleugbar; aber die ganze Argumentation ist eine naturrechtliche, die den Boden des Römischen so wie des gemeinen Deutschen Rs. verlässt; "emptio et uenditio" ist nicht schlechthin der Tausch von Ware und Geld, oder besser von Recht an Ware gegen Recht an Geld, sondern eine vom Römischen Rechte (aber wol nicht dem ältesten) ganz besonders abgestempelte Art des Tauschgeschäfts, die wir dann mit unwesentlichen Aenderungen übernommen haben. Diese Römische "emptio et uenditio" hat die Eigentümlichkeit dass die blosze Verabredung beide Teile, unter gewissen ebenso eigentümlichen Beschränkungen, obligirt. Wenn Parteien wollen, können sie auch heute Ware und Geld one Obligirung tauschen (der Vorleistende behielte Rückforderung bis zur Gegenleistung); es ist das nur nicht recht gebräuchlich. Die "donatio" aber ist weder zu Rom noch bei uns je ebenso abgestempelt und mit obligatorischen Wirkungen ausgestattet worden. Ausschlaggebend für ihre Stellung im System, und zwar für die Stellung in den allgemeinen Teil, dass alle Schenkungen regelmäszig sich vollziehen durch eins der neun grossen Zuwendungsgeschäfte (vgl. § 100), also

translative Uebertragung von dinglichen R., oder v. R. an unkörperlichen Sachen, oder v. Forderung, oder

konstitutive Uebertragung v. dinglichem R., od. R. an unkörperlichen Sachen, od. v. Forderung, oder

restitutive Uebertragung von Rechten derselben drei Klassen.

Dass diese Uebertragungen schenkungshalber geschehn beeinflusst ihren Charakter einigermaszen, zwängt sie aber nicht alle in Einen Geschäftstypus, und am wenigsten in den der Forderungsbegründung. Nur das Schenkungsversprechen gehört als besondrer Geschäftstypus zu den eine Obligation begründenden Geschäften, Cession und Forderungserlass weichen von andern Cessions- und Erlassgeschäften nur in denjenigen Punkten ab, in denen auch die drei Arten der Uebertragung der dinglichen Rechte und der

Rechte an unkörperlichen Sachen schenkungshalber von denselben Arten der Uebertragung zu anderem Zwecke abweichen; und selbst die schenkungsweise Forderungskonstituirung, die durch Ausstellung eines Eigenwechsels oder durch Schaffung einer Grundschuld bewirkt würde, stände zunächst unter dem Wechsel- und dem Grundbuchrecht, ganz ebenso wie die klassische Schenkungspromission unter dem Recht der Stipulationen. Alles dies fordert Behandlung im allgemeinen Teil; nebenher wäre eine Spezialbetrachtung des modernen Schenkungsversprechens unter den einzelnen Obligationen nicht unzulässig. — Die Stellung im System aber ist keineswegs nur für die Lehrzwecke von Bedeutung, sie drängt auch zu praktischen Konsequenzen. So treibt sie Wi. a. a. O. S. 407 (VI. Aufl.) zu der falschen Behauptung: "jede Schenkung erzeugt möglicherweise eine Verbindlichkeit" (im Text von 366, 2 etwas gemildert aber gleichfalls nicht richtig). Welche Verbindlichkeit steckt in den Erlassgeschäften (restitutive Uebertr.) aus den drei Rechtsgebieten? welche in den translativen Uebertragungen: das R. das ich an der Sache habe, das Autorrecht, die Forderung die mir zusteht übertrage Ich auf Dich? Nein eine Verbindlichkeit des Schenkers gehört keineswegs zum Wesen der Schenkung überhaupt, sondern nur zu den einzelnen Arten der Schenkung, und zwar als Folge

des reinen, selbständigen Versprechens,
oder eines accessorischen Versprechens.

Dies accessorische Versprechen kann ausdrücklich und stillschweigend gegeben werden, es ist aber keineswegs selbstverständlich, wie etwa bei dem Pignus die Verpflichtung des Verpfänders dafür zu stehn, dass wirklich ein Pfandrecht zu stande gekommen.

Sehr bedenklich ist dann bei Wi. S. 408 noch "namentlich erzeugt die Schenkung von körperlichen Sachen die Verbindlichkeit zur Tradition", unter bezugname auf c. 35 § 5 de donat. 8, 53, die freilich auf einem ebensowenig klaren Gedanken beruhn dürfte. Diese s. g. Sachschenkung ist allemal

entweder Uebertragung von dinglichem Recht an der Sache; zu deren Vollzug gehört so nach Röm. wie nach heutigem gemeinem R. die Tradition als Besitzübertragung, nach dieser mag die Sache bei dem Schenker als Detentor verbleiben, zur Herausgabe (bei Wi. misdeutlich "Tradition") wäre derselbe obligatorisch nicht verpflichtet, sondern sachenrechtlich, daher bei Konkurs des Schenkers (abgesehn von etwaiger Anfechtung des ganzen Geschäfts, die zB. durch die Länge der Zeit ausgeschlossen sein könnte) der Beschenkte die Sache auf dem Wege der Aussonderung der Konkursmasse entziehn könnte;

oder nichts als Schenkungsversprechen in beziehung auf eine bestimmte Sache, das nichts zeugt als Forderung auf Leistung der Sache, und nach heutigem Reichsrecht beim Konkurse des Schenkers keinerlei Berücksichtigung (RKO. 56, 4) findet. Ein Mittelding zwischen beiden kennt unser Recht nicht; jenes "entweder" zeugt keine obligatorische Verbindlichkeit weder zur Tradition noch zu sonst etwas, doch ist nicht ausgeschlossen, ihm beliebige accessorische Schenkungsversprechen anzuhängen, die dann je nach Umständen wirken mögen.

Beilage II. Keine Zuwendungen und darum keine Schenkungen, wo entweder nichts aus dem Vermögen des Gebers, oder nichts in das Vermögen des Empfängers kommt; die Grenzbestimmungen vielfach zweifelhaft.

A, Nichts aus dem Vermögen des Gebers:

a, Dienstleistungen, auch die sonst bezalt zu werden pflegen (der Lehrer, Aerzte, Advokaten), sind keine Schenkungen, desgleichen nicht Uebername von Mandat oder Depositum, oder negotiorum gestio; aber wol zu unterscheiden hievon der Erlass bereits erworbener Forderungen aus solchen Vorgängen.

b, Ermächtigungen (§ 106) die mit keiner Minderung des Vermögens (= Rechtsbestands) des Gebers verknüpft sind: Einräumung eines Kommodats, Prekariums fr. 32 § 5 de don. int. u. et u. 24, 1, fr. 24 eod., fr. 1 § 2 pro don. 41, 6. — Anders die Ueberlassung von Wonung u. änlichem fr. 9 pr. de donat. 39, 5: "in aedibus alienis habitare gratis donatio uidetur . . .", cf. fr. 27 eod., c. 8 de don. int. u. et u. 5, 16, c. 20 de i. dot. 5, 12 (Vereinigungsversuche Sav. S. IV 146). Dazu auch fr. 6 de donat.: ".... saxum mihi de suo eximere permisit donationis causa ..." fr. 16 § 2 de praescr. u. 19, 5. Das Römische Recht erscheint hier nicht fertig, vielleicht empföle sich de lege ferenda die Unterscheidung: Schenkung sobald in der Ermächtigung die Begründung eines Rechts gegenüber dem Ermächtiger liegt, der Ausschluss sei es der Mitbenutzung oder der beliebigen Zurückname bewirkt. — RE. XI 88 sieht nur auf Franz. R., und leugnet dass nach diesem die Einräumung einer Wonung Kollationspflicht begründe. Vgl. noch Bo. I 921, II 490, III 598.

c, Besitz; das R. R. ist zu keinen festen und befriedigenden Resultaten gelangt, vgl. fr. 26 de don. int. u. et u., fr. 3 § 10, 31, 32, 46 eod., fr. 16 de adq. u. am. p. 41, 2, fr. 1 § 4 § 14, 15 eod., fr. 1 § 2 pro don. 41, 6, fr. 13 § 1 de H. P. 5, 3, und dazu Bekker Bes. S. 95 N. 1,.

d, Aufgeben eines nicht erworbenen Rechts (lucrum cessans), fr. 5 § 13, § 14 de don. int. u. et u., fr. 6 § 2—5 q. in fraud. cred. 42, 8, fr. 1 § 6 si quid in fraud. 38, 5, cf. fr. 31 § 7 de don. int. u. et u., fr. 6, 7 § 3 ad SC. Treb. 36, 1, aber auch fr. 14 § 3 de fundo d. 23, 5. Vgl. noch SA. XXXIV 206. Dazu jezt noch EBG. 439, 2, u. 3,; auch Bo. VI 462: Zulassung eines Nichtberechtigten als Miterben seitens der berechtigten Miterben ist Schenkung.

e, Zuwendung fremder Sachen, fr. 5 § 16, fr. 25 de don. int. u. et u. — Anders wenn der Zuwender das Recht der bonae fidei possessio (R. des Ersitzers) an diesen Stücken hätte und übertrüge; denn hier wären alle Stücke des Schenkungstatbestands vorhanden.

B, Keine Mehrung des Vermögens des Nemers:

a, wo der Empfänger persönliche Ausbildung, Unterricht Lehre u. s. w. empfangen, vgl. SA. XXIII 130. — Anders wenn der Geber durch die Erteilung von Unterricht u. s. w. erst Geldforderungen erworben hat, und nachher auf diese verzichtet.

b, Echte Anerkennung (§ 109), SA. VII 174; dagegen die unechte Anerkennung, die in der Tat nur eine besondre Form der Zuwendung ist, auch als Schenkung zu gelten hat, SA. XXI 230.

c, Sicherungsgeschäfte (§ 105). — Vgl. fr. 1 § 19 si quid in fr. patr. 38, 5, fr. 1 § 1 quib. m. pign. 20, 6, fr. 18 q. in fr. cred. 42, 8, c. 11 ad SC. Vell. 4, 29. — EBG. 436, 1, 2. — Als völlig gewis ist nur anzunemen, dass die Bestellung von Pfand oder Bürgschaft niemals als Schenkung an den Gläubiger zu betrachten ist, vgl. aber auch SA. XXXIII 138; anscheinend konsequent, aber weit bedenklicher, dass auch der Erlass der Sicherheiten nie Schenkung sein soll, vgl. Dernburg PfandR. I S. 169, unbedingt zu verwerfen da, wo die prinzipale Schuld bereits untergegangen. Ist die Sicherheitsleistung für fremde Schuld Schenkung an den dritten Schuldner (s. Beil. VI und § 105)? Jedesfalls würde der Erlass aus den Sicherheitsleistungen erworbener Forderungen (a. mandati, a. neg. gest.) an diesen dritten Schuldner Schenkung sein. Hiezu EBG. 439, 1. — Garantieübernahme gehört nicht zu den Sicherungsgeschäften im e. S., sie gilt auch in ROHG. XII 20 nur wegen der felenden Unentgeltlichkeit nicht als Schenkung (vgl. unten Beil. III B, a. E.).

d, Zwecksatzung ist keine Zuwendung (vgl. § 112 N. 2,), und eben darum auch keine Schenkung, wider RE. V 37.

Beilage III. Die Unentgeltlichkeit wird ebenso ausgeschlossen durch jedwede Verbundenheit des Zuwenders zur Zuwendung, wie

durch irgend einen von ihm zu machenden Gegenerwerb, Entgelt im e. S.

A, Verbindlichkeiten. Zalung und Expromission auf ein "naturale debitum" gelten nicht als Schenkung, fr. 53 de R. I. 50, 17, fr. 9 § 4 de donat. 39, 5; nicht Nichtabzug der Quarta Falcidia, fr. 20 § 1 eod., fr. 19, 20 q. in fr. cred. 42, 8, noch Nichtabzug einer gestatteten Praeception, fr. 5 § 15 de don. int. u. et u. 24, 1. Auch Ersatz von Impensen "quas faceret mulier quo honestius se tueretur" fr. 31 § 8 eod. ist Nichtschenkung. Desgleichen das "subsidium paternum" SA. XII 275, XXXIV 210, so wie Gaben an die Geschwächte wegen der Schwängerung SA. VI 18. Ebenso was "pietate cogente" (vager Begriff) gegeben wird, fr. 33 de neg. gest. 3, 5, cf. fr. 27 de donat. 39, 5 SA. XX 35, und dawider XXIII 129a,. — Auch was gegeben wird, um die in Form der condicio oder des modus auferlegten Verbindlichkeiten zu erfüllen, gilt nicht als Schenkung. — Vgl. auch die Fälle auf welche RE. VI 63 XIV 46, und BO. II 880, 889, 890, III 598, VI 458, sehn.

B, Gegenerwerb: Gegenleistung, oder Begründung der Forderung auf eine solche, schliessen die Schenkung aus, oder bewirken, bei Minderbetrag des Gegenerwerbs, ein "negotium mixtum". Als Abart des Tauschgeschäfts ist auch der Vergleich keine Schenkung, fr. 1 de transact. 2, 15, fr. 65 § 1 de cond. ind. 12, 6. Geht die Gegenleistung vom Beschenkten selber aus, so bewirkt sie zugleich Minderung der durch die Leistung geschaften Bereicherung, und es ist hiebei gleichgültig, ob die Gegenleistung an den Schenkgeber oder an Dritte erfolgt; so mindert beispielsweise was der Schenknemer zur Erfüllung eines Modus, vgl. RE. XVIII 37, oder einer Bedingung an Dritte zu leisten hätte den Betrag des Geschenks. Aber auch Leistungen one Geldwert, für Geber und Nemer, können als Entgelt in betracht kommen, und der Zuwendung den Charakter der Schenkung nemen, zB. fr. 19 § 6 de donat. 39, 5: ". . . . si iurasses te nomen meum laturum, non esse donationem . . ." — Auf geldwerte Gegenleistungen gehn Bo. I 922, 923, III 599, vgl. auch RE. II 16, IV 33. — ROHG. XII 20: Garantieübername für ein Unternemen, dessen Zustandekommen für den Garanten von Interesse ist; andere Zuwendungen zu änlichen Zwecken, zB. Einschüsse à fonds perdu, würden ebensowenig als Schenkungen zu gelten haben. — Aus anderm Grunde wieder ist die Zalung von Spielschulden niemals Schenkung: weil auch wer in Kenntnis seiner Nichtverpflichtung zalt, mit der Hingabe stets das Rückforderungsrecht erwirbt. — RE. XVII 59: Versprechen einer bedeutenden Rente um eine Heirat zustande zu bringen ist Nichtschenkung; vgl. auch Bo.

V 554, Leistung an den Stiefson, dass dieser seine Mutter veranlasse zu ihrem Manne, seinem Stiefvater zurückzukehren, ist keine Sch., aber Bo. V 555, unter der Bed. "wenn ihre Frau das zwölfte Kind gebiert" ist Sch.

Beilage IV. Der normale "animus donandi", (vgl. fr. 1 pr. de donat. 39, 5: ".. propter nullam aliam causam facit quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat; haec proprie donatio est.") erscheint als Absicht des Zuwenders, sein Wolwollen uneigennützig zu betätigen.

Dieser Animus felt gänzlich:

wo gar keine Zuwendung beabsichtigt wäre, zB. bei Verwendungen auf fremde Sachen, die man für eigne hält;

wo die Unentgeltlichkeit nicht in der Absicht liegt, zB. indebiti solutio, datio ob rem inhonestam;

und tritt auch in manchen andern Fällen so weit zurück, dass beabsichtigt unentgeltliche Zuwendungen gleichwol nicht als Schenkungen behandelt werden, so

Gelegenheitsgeschenke die der Brauch fordert (Absicht nicht Wolwollen zu bezeugen, sondern dem Brauche zu entsprechen) fr. 31 § 8 de donat. int. 24, 1, SA. XV 231 N 2, a. E., XXIV 42, XXX 11; — fr. 12 § 3 de admin. tut. 26, 7;

Gaben der Frau an den Mann um Stellung Rang Titel zu erwerben, fr. 40—42 de don. int., cf. c. 21 eod. 5, 16. — SA. XVII 251 nimmt wol zu Unrecht an, dass diese Stellen heut ungültig seien; denn wie in Rom kommt derartiger Erwerb auch bei uns den Frauen zu gute, und die Absicht der Schenkerin braucht nichts weniger als uneigennützig zu sein;

Zuwendungen aller Art der Kaufleute an ihre Kunden, nach kaufmännischem Brauche, im Interesse ihrer Geschäfte.

Hieraus ergibt sich auch wol die Vereinigung (vgl. oben N. m,) von fr. 23 pr. de donat. 39, 5, fr. 31 § 6, cf. § 8, § 10 de donat. int. 24, 1, fr. 26 de cond. ind. 12, 6 und fr. 9 pr. de donat. 39, 5: die unentgeltliche Zuwendung ist dann keine Schenkung, wenn sie sich zugleich als Erfüllung einer geschäftlichen Regel darstellt.

Entsprechend ferner, dass wissentliche Zalung der Nichtschuld, Erlass der Schuld, Eingehung eines ungünstigen Vergleichs (vgl. fr. 1 de transact. 2, 15) und änliches dann Schenkung nicht ist, wenn der Geber diese Geschäfte vornimmt, weil ihm der gerichtliche Erweis seines Rechts zweifelhaft scheint, oder weil er, sei es im Interesse seiner Bequemlichkeit oder seines Kredits, überhaupt Prozesse zu vermeiden wünscht. Doch dürfte den Gläubigern das

Recht, wenigstens einige von diesen Nichtschenkungen als "unentgeltliche Verfügungen" anzufechten, kaum abgesprochen werden. Bleibt der Schein der wolwollenden Uneigennützigkeit gewart, so kommt auf die tiefer liegenden Motive des Schenkers, Eitelkeit Prunksucht kaptatorische Berechnung u. s. w., nichts an. Die Unterscheidung, ob im besonderen Falle, je nach Gestalt der Absicht, Schenkung anzunemen ist oder nicht, kann sicher schwierig werden; doch scheint es nicht als ob derartig schwierige Fälle unsere Praxis häufig beschäftigten.

Beilage V. Die Kontroverse über das Erfordernis des "animus donum accipiendi" des Beschenkten, "Vertragsnatur der Schenkung": Meyerfeld a. a. O. I S. 34 f. mit Sa. Ke. Si. dawider, Ar. De. Pu. Va. Wi. dafür, auch Unger Oest. Pr.R. II 95 und Krainz Oest. Priv.R. I 133 Ausf. (Oest. b. GB. 938: "Ein Vertrag wodurch ..... heisst eine Schenkung"), gehört zu den unerquicklicheren. Die Berufung auf fr. 19 § 2 de donat. 39, 5, fr. 69 de R. I. 50, 17, fr. 55 de O. et A. 44, 7, c. 16 de i. delib. 6, 30, und Cicero Top. 8 beweist nur Mangel an Belesenheit in den Quellen, Unkenntnis von dem was die Römer mit solchen allgemein gefassten Aussprüchen zu geben gedachten: fast ausnamslos keine ausnamslosen Regeln, sondern Bilder des gemeinhin geltenden Rechts, den in fr. 10. de legib. 1, 3 ausgedrückten Gedanken Julians entsprechend. Dem "nec donationem sine acceptatione intelligi posse" liesse sich mit gleichem Recht gegenüberstellen fr. 53 de R. I. 50, 17: "cuius per errorem dati repetitio, eius consulto dati donatio est"; der vermeintliche Gläubiger der gutgläubig die Zalung entgegennimmt hat doch sicherlich keinen "animus donum accipiendi".

Eine Wendung zum bessern liegt darin, dass auch Wi. II 365 N. 5, die Bedeutungslosigkeit dieser allgemeinen Stellen, desgleichen von fr. 44 de donat. int. 24, 1 zugibt. Wenn er noch fr. 18 pr. de R.C. 12, 1 für ausschlaggebend hält, so übersieht er, dass Julian und Ulpian wol sagen, dass wo Jemand mittels Vertrags zu schenken beabsichtigt der Nemer hiemit einverstanden sein müsse, aber keineswegs dass Schenkungen nur durch Vertrag zu machen seien.

Feststeht, dass ich einen Andern one ihn zu fragen unentgeltlich bereichern kann, durch die verschiedenartigsten Verwendungen auf seine Sachen, Futter Pflege Dressur von Pferden Hunden, sähen pflanzen bauen auf sein Land, u. s. w.; dass ich seine Schulden bezalen kann one ja wider seinen Willen; dass ich deswegen keinen Anspruch (a. neg. gestor.) wider ihn erhalte, wenn ich bei jenen Handlungen nicht den "animus negotia gerendi", sondern vielmehr den "a. donandi" gehabt hätte. Daraus ergibt

sich ferner, dass wenn nachträglich der also Beschenkte beabsichtigen sollte, nach dem Masze seiner Bereicherung etwa, eine Rückzuwendung an den Schenker zu machen, dies eine "indebiti solutio" und jenachdem "donatio" sein würde, die dem Bedachten nicht aufgezwungen werden kann (namentlich nach gemeinem Recht nicht durch gerichtliche Deposition — Unger a. a. O. S. 196, N. 29), es sei denn, dass der neue Schenker zu denselben Mitteln griffe, durch welche die Schenkung an ihn selber bewirkt worden ist.

Völlig unabhängig aber hievon, und selbst für das Röm. R. noch nicht erschöpfend durcharbeitet, sind die weiteren Fragen, ob derartige von dem Geber gemachte Zuwendungen,

erstlich wenn der Nemer nachträglich Zustimmung erklärt,
zweitens wenn derselbe Nichtzustimmung äussert,

unter die Singularitäten des Schenkungsrechts zu stellen sind.

Die Praxis hat auch mit diesen Fragen anscheinend wenig Befassung gehabt. SA. II 45 (Münch.) sagt völlig korrekt: "Beruht die Schenkung auf einem solchen Geschäfte, welches die Natur eines Vertrages hat ...." SA. XXVI 129, vgl. XVIII 132, auch ROHG. XVII 4, betont gleichfalls richtig (vgl. unten § 104 N. u,) dass in ein "negotium mixtum" nur die vertragsmäszige Schenkung aufname finden kann. RE. V 37 bezeichnet ein Zwecksatzungsgeschäft (Stiftung), bei welchem seiner Natur nach die Anname (Vertragsnatur) ausgeschlossen ist, als Schenkung und insinuationspflichtig, und spricht sich zugleich in den Gründen dafür aus, dass zur Schenkung Anname gehöre.

EBG. fordert zur Schenkung dass "der Andere die Zuwendung als Geschenk" anneme (§ 437); abgesehn von der schlechten Fassung und der dürftigen Motivirung (Mot. II S. 288 wärmen den naturrechtlichen Spruch wieder auf, "dass es unstatthaft wäre; dem Bereicherten die Bereicherung wider seinen Willen als Geschenk aufzudrängen"; beiläufig "aufdrängen" kann man sie nach wie vor, und fraglich nur ob man dies "aufdrängen" "schenken" heissen, und unter die für anderes "schenken" geltenden Regeln stellen soll), nichts dawider wenn man glaubt wol zu tun daran, das Gebiet des singulären Schenkungsrechts einzuengen. Weit bedenklicher ist EBG. 438, der sich auf die Zuwendungen im w. S. bezieht, die vom Geber als Schenkungen gemeint sind, wegen felendes Annamewillens aber als Schenkungen nicht gelten sollen:

> Hat Jemand einen Andern one dessen Wissen durch eine sein Vermögen vermindernde Zuwendung in der Absicht zu schenken bereichert, so ist der Zuwendende so lange gebunden bis der Andere die Schenkung ablent. Die An-

name der Schenkung wird vermutet, wenn der Andere, nachdem er von der Bereicherung und der Schenkungsabsicht Kenntnis erlangt hat, nicht one Zögern die Ablenung erklärt. Im Falle der Ablenung ist der Zuwendende die Herausgabe der Bereicherung ..... zu fordern berechtigt.

"Hat .... bereichert", der Paragraf sieht also auf Zuwendungen die nicht vertragsmäszig zu stande kommen, wie die oben angefürten, Impensen Verbindungen Schuldenzalung u. s. w.

"ist der Zuwendende solange gebunden bis ..."; schlechter Ausdruck, denn gerade in diesen Fällen ist der Zuwendende überhaupt nicht "gebunden" (obligirt), er hat Rechte aus seinem Vermögen fortgegeben (translative Uebertragung) und diese sind ihm definitiv verloren. "gebunden" kann also nur heissen "er ist dem Bereicherten gegenüber einstweilen nicht ersatzforderungsberechtigt", was er gemeinrechtlich bei vorhandenem animus donandi gleichfalls nicht sein würde, und zwar nicht blos einstweilen, "so lange ... bis", sondern definitiv.

Die wesentliche Aenderung des Entwurfs besteht also gerade in der Einfürung dieser eventuellen, "im Falle der Ablenung" gegebenen Forderung der "Herausgabe der Bereicherung". Im übrigen würden diese Schenkungen durch Nichtvertrag, die one Wissen des Beschenkten gemacht, und danach von diesem nicht sowol angenommen als nicht abgelent sind ("die Anname wird vermutet"), echte Schenkungen sein und unter allen Singularitäten des Schenkungsrechts, namentlich der Revokation wegen Undanks, EBG. 449, stehn.

Ist diese Aenderung eine glückliche? der Zuwender erhält also nach dem Entwurfe zunächst keine Forderung, die man etwa als "a. quasi neg. gestorum" bezeichnen könnte, er erhält dieselbe nie, falls der Bereicherte auf erhaltene Kunde annimmt, oder "nicht one Zögern" ablent. Wie lange Frist hat der Bereicherte hienach zur Ablenung? und "Nichtablenung" ist doch nicht ganz gleich "Anname", sie begründet nur eine Präsumption, also ist Gegenbeweis (wes Inhalts?) zulässig. Findet dann aber die Ablenung "one Zögern" statt, so erhält der Zuwender nunmehr eine solche a. quasi neg. gest. wider den Bereicherten. Warscheinlich aber wird er, der Zuwender, der eben erst die unentgeltliche Bereicherung des Andern gewollt und one dessen Wissen ausgefürt hat, wenig geneigt sein diese Forderung zu verfolgen (noch warscheinlicher, bei der zur Zeit die weitesten Kreise beherrschenden ignorantia iuris, dass er von dieser seiner den eigenen Intentionen zuwiderlaufenden Berechtigung gar keine Anung hat). Warscheinlich wird auch der Bereicherte mit dem Ersatz der Verwendungen, die ihm so unerwünscht gekommen,

es nicht so eilig haben; eine spätere Zurückname der Ablenung, auch stillschweigende, wäre dann auch nicht ausgeschlossen. Kurzum der ganze § 438 macht den Eindruck, Produkt theoretischer Tifteleien zu sein, auf Fälle zu sehn, die im Leben äusserst selten vorkommen, und die wenn sie je nach § 438 entschieden werden sollen, dem Richter zu vielen Bedenken und Zweifeln anlass geben werden.

Ueber den etwa erforderlichen Beweis des Acceptationswillens ist noch zu vergleichen RE. XV 51.

Beilage VI. A, Schenkungen durch Realakte: Gewärung des Unterhalts: fr. 33 de neg. gest. 3, 5: ".... tam filium quam familiam eius exhibuisse .."; fr. 31 § 10 de don. int. u. et u. 24, 1: "... cibaria uxoris familiae iumentisue praestare ...". — Impensen auf die Sachen des Zubeschenkenden: fr. 47 eod.; insbesondre Bauten auf fremdem Boden, fr. 31 § 2, fr. 63 eod., c. 2 de R. V. 3, 32. — fr. 14 de donat. 39, 5: "qui alienum fundum donationis causa excolit ....". — Besorgung fremder Geschäfte donandi animo, durch welchen die (a. mandati oder a. negotiorum gest.) Regressklagen ausgeschlossen werden, fr. 6 § 2 mand. 17, 1, fr. 32 de pact. 2, 14, fr. 9 § 3 de SC. Mac. 14, 6, fr. 1 § 19 si quid in fraud. 38, 5; fr. 4 de neg. gest. 3, 5.

B, Schenkung durch absichtliche Herbeiführung anderer bereichernd wirkender Vorgänge (vgl. auch Sav. S. IV Beil. IX: Sch. durch blosze Unterlassung). Verjärung: fr. 5 § 6 de don. int. u. 24, 1: "si donationis causa .... seruitute non utatur ..., puto amitti seruitutem ...."; fr. 44 eod. wissentliches Zulassen der Ersitzung, fr. 1 § 8 si quid in fraud. 38, 5: "... [actionem] instituere noluit ..." — Falsche confessio in iure, fr. 29 § 1 de donat. 39, 5. Erwirkung eines ungünstigen Urteils oder Schiedsspruchs, fr. 5 § 7 de don. int. u. et u. 24, 1, fr. 1 § 7 si quid in fraud. 38, 5, fr. 3 § 1 q. in fraud. 42, 8; oder allgemein fr. 3 § 2 eod.: "... qui aliquid fecit ut desinat habere quod habet ..."

Einigermaszen verwant, wissentliche Zalung eines Indebitum, da hiernach die Rückforderung ausgeschlossen ist: fr. 53 de R. I. 50, 17: "... consulto dati donatio est.", fr. 50 de cond. ind. 12, 6: ".. sciens indebitum dedit hac mente ut repetere possit, repetere non potest". cf. fr. 1 § 1, fr. 26 § 2, § 3, § 8 eod., fr. 21 § 1 de inoff. test. 5, 2, fr. 7 § 2 pro empt. 41, 4, c. 9 pr. de cond. ind. 4, 5.

C, Heranziehung Dritter in verschiedener Weise: als Boten und Ueberbringer der Gaben des Schenkers, fr. 10 de donat. 39, 5; als "interposita persona" fr. 4 eod., der Schenker kann Dritte (Schuldner oder Nichtschuldner von ihm) anweisen an den Zu-

beschenkenden zu zalen oder zu promittiren. Dies alles fordert Anname seitens des Zubeschenkenden, geradeso wie da wo der Schenker allein handelt.

Etwas anders bei den Geschäften zu gunsten Dritter (= Zubeschenkender): Dotalbestellung an den Mann vom Draussenstehenden vorgenommen ist Schenkung an die Frau, fr. 9 § 1, 33, cf. 43 § 1 de i. dot. 23, 3, fr. 43 § 1 de adm. tut. 26, 7. Auch der in einen Modus oder in eine Bedingung Gesezte ist als entsprechend beschenkt zu betrachten, cf. fr. 9 § 1 de SC. Mac. 14, 6: ".... uideri a donatore profectam protinus ad creditorem ...." Diese Zuwendungen stehn in ihren Folgen einander keineswegs ganz gleich, im allgemeinen aber lässt sich von ihnen sagen, dass sie mehr Nichtablenung als wirkliche Anname des Zubeschenkenden fordern. Ganz anders bei der Tilgung von Schulden des Zubeschenkenden durch Zalung oder Expromission an den Gläubiger desselben, da in beiden Fällen die Zustimmung des Schuldners gleichgültig ist. Zalung: fr. 23 de solut. 48, 3: "solutione et iudicium pro nobis accipiendo et inuiti et ignorantes liberari possumus", fr. 40 eod., fr. 7 § 7, 21 pr., 50 pr. de don. int. 24, 1, c. 12 de neg. gest. 2, 18. — Expromission: etwaige Mangelhaftigkeit der Schenkung hemmt das Recht des "creditor qui suum recepit" nicht, fr. 21 pr. de donat. 39, 5, fr. 5 § 5 de doli m. exc. 44, 4; auch hat der Schenker und Promittent gegen ihn kein beneficium competentiae, fr. 33 de nouat. 46, 2. Durch Expromission kann auch der Gläubiger selber Befreiung und Beschenkung seines Schuldners wider den Willen desselben herbeifüren, fr. 91 de solut. 46, 3: ".... non potest inuitus a te solui. Paulus: immo debitorem tuum etiam praesentem et inuitum liberare ita poteris, supponendo etc." cf. fr. 8 de nouat. 46, 2, fr. 13 § 10 de accept. 46, 4.

In der Gegenwart scheinen Fälle all dieser Arten seltener vorzukommen, und am seltensten zu Prozessen anlass zu geben. Ganz anders Lebensversicherung zu gunsten Dritter, RE. XIV 6, XVI 25.

§ 103.

Singuläres Recht.

Ar. 81. Ba. 69. Bz. (1) 102. De. II 107—8. Ke. 67. Pu. 68. Sa. S. IV 154, 166—67. Se. II 363—64. Va. I 122—23. Wä. II 196. We. 64—66. Wi. II 366.

Schenkungen unter Ehegatten sind verboten[a]), so nach Römischem wie nach gemeinem Deutschem Rechte; wogegen

[a]) Fr. 1 de don. int. u. et u. 24, 1: "moribus apud nos receptum est, ne inter uirum et uxorem donationes ualerent. hoc autem receptum

Römische Satz, dass Schenkungen zwischen dem Gewalthaber und den in der Gewalt Befindlichen nur unter besondern Umständen wirksam, für die Gegenwart seine Geltung verloren[b]) hat.

Gröszere Schenkungen bedürfen der Insinuation[c]). Wem die Verwaltung fremdes Vermögens zusteht, ist zur Vorname von Schenkungen regelmäszig nicht[d]) befugt.

Unter bestimmten Voraussetzungen sind Geschenke zu konferiren[e]).

Beamte Richter Mitglieder der bewaffneten Macht Schiedsrichter Geschworene Schöffen sollen in ihrer amtlichen Tätigkeit nicht durch Schenkungen beeinflusst werden; das Anbieten Versprechen Gewären und jenachdem Fordern Sichversprechen-

est, ne mutuo amore inuicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate". Die praktische Bedeutung des Verbots wird bedingt durch das je zur Zeit herrschende System des ehelichen Güterrechts. — Für die Gegenwart RE. XVI 25. Details der Lehre beim ehelichen Güterrecht; vgl. einstweilen Gradenwitz d. Ungültigk. d. oblig. Rgeschäfte § 25—35.

b) Vergl. RE. XVI 21, aber auch SA. XXVII 38.

c) Beil. I.

d) So Haussöne (und Sklaven) betreffs ihrer Pekulien, fr. 7 de donat. 39, 5, vgl. fr. 28 § 2 de pact. 2, 14; Vormünder und Kuratoren betreffs der Vermögen ihrer Pfleglinge, fr. 22, 46 § 7 de adm. tut. 26, 7, cf. fr. 13 § 2 eod., Ausnamen fr. 1 § 2, § 4, § 5, cf. § 1 de tut. act. 27, 3, fr. 4 uti pup. 27, 2, cf. fr. 56 § 4 de furt. 47, 2; desgl. Prokuratoren fr. 7 de donat. 39, 5, SA. XXII 154 (cura absentis); Konkursverwalter Bo. III 595; Prokuristen, da ihre Vollmacht, DHGB. 42, nur auf die Geschäfte geht "welche der Betrieb eines Handelsgewerbs mit sich bringt", dazu über Schenkungen als Handelsgeschäfte ROHG. XVI 52; in noch weiterem Umfange als die Prokuristen, vgl. DHGB. 114 u. 230, dürfen offene Gesellschafter und Vorstände der Aktiengesellschaften Schenkungen machen, wie der Anstand und das eigene Interesse gröszerer Unternemen sie fordert, an Dienstpersonal und an Kunden (beispielsweise Schenkungen von Feuerversicherungsgesellschaften an die Versicherten zur Beschaffung von Löschapparaten). — Vgl. überhaupt § 102 Beil. IV.

e) Das nähere im Erbrecht; vgl. einstweilen SA. I 356, 357, III 80, 349, IV 127 N. 1, 136, VIII 69, 276, IX 190, X 67, 187, XIV 151, XIX 169, XXV 249, XXXI 153, XXXIII 316; auch RE. XI 88 [Fr. R.]. — EBG. 2158—59.

lassen Annemen macht nach Umständen den Geber und den Nemer strafbar[f]).

Anzufechten sind Schenkungen[g]):
von den Schenkern selber wegen unterbliebener Insinuation[h]), und wegen Undankbarkeit[i]) des Beschenkten; nicht wegen nachgeborener Kinder[k]);

---

[f]) R.Str.GB. 331—35. — Von privatrechtlicher Bedeutung unter den Strafbestimmungen ist besonders 335: "In den Fällen der §§ 331—34 ist im Urteile das Empfangene oder der Wert desselben für dem State verfallen zu erklären". Die Auslegung ist keineswegs unzweifelhaft, doch scheint geboten
α, die Bestimmung nicht auf Sachschenkungen oder überhaupt translative Uebertragungen zu beschränken, sondern sie gelten zu lassen für alle, auch konstitutive und restitutive Uebertragungen die in das Gebiet der Schenkung fallen; denn was rechtfertigte die Einschränkung?
β, Danach bleiben alle diese Zuwendungen (auch die Bestellung einer Forderung) gültig und für den Geber verbindlich bestehn, das erworbene Recht aber würde durch Richterspruch weiterübertragen von dem Nemer auf den Stat, eventuell der Nemer in die Zalung eines Geldaequivalents verurteilt.

[g]) Ueber die Anfechtungen überhaupt Pollack, d. Schenkungswiderruf insb. seine Vererblichkeit [86].

[h]) S. Beil. I.

[i]) Die einzelnen Undankbarkeitsarten zält auf c. 10 pr. de reu. don. 8, 55 (Iust.): ".... ita ut (1) iniurias atroces in eum effundat, uel (2) manus impias inferat, uel (3) iacturae molem ex insidiis ingerat, quae non leuem sensum substantiae donatoris imponit, uel (4) uitae periculum aliquid ei intulerit, uel (5) quasdam conuentiones siue in scriptis donationi impositis uel sine scriptis habitas quas donationis acceptor spopondit, minime implere uoluerit"; jede analoge Erweiterung dieser 5 Gründe ist ausgeschlossen, c. 10 § 1 eod., vgl. SA. XXIX 132, auch V 166, 168. Der Mutter als Schenkerin ist die Revokation versagt: ganz, wenn sie sich liederlichem Leben ergibt, c. 7 § 4 eod.; teilweis, wenn sie zur zweiten Ehe schreitet, Nov. 22 c. 35, und c. 7 cit. nebst Auth. Quod mater filio. — EBG. übernimmt diese Bestimmungen mit geringer Modifikation

> § 449. Eine Schenkung kann wegen Undanks ..... widerrufen werden, wenn der Beschenkte (1) dem Leben des Schenkers nachgestellt, oder (2) demselben die Freiheit zu entziehn gesucht; oder (3) sich einer vorsätzlichen körperlichen Mishandlung, oder (4) schwerer Beleidigung desselben schuldig gemacht, oder (5) wenn er ihm einen bedeutenden Vermögensverlust vorsätzlich zugefügt hat.

von den Erben des Schenkers gleichfalls wegen unterbliebener Insinuation[l]), nur ausnamsweise[m]) wegen Undankbarkeit des

---

Geblieben ist augenscheinlich der Ausschluss der Analogie; herzugenommen der Versuch die Freiheit zu entziehn, fortgefallen die Nichterfüllung übernommener Verpflichtungen als Undankbarkeitsspezies, auch dürfte die Rückforderung des Geschenks bei unterlassener Erfüllung der Zusage nicht aus § 448, Schenkung unter einer Auflage, wol aber aus § 742—44 anzufechten sein. Durch Stillschweigen beseitigt ist die Beschränkung der Mutter, dagegen neu geordnet die Begrenzung des Widerrufs:

§ 451. Das Recht des Widerrufs erlischt:
mit dem Tode des Beschenkten,
mit dem Ablauf eines Jares von dem Zeitpunkt an in welchem der Schenker .... den Undank erfaren hat,
durch Verzeihung des Schenkers.
Auf das Widerrufsrecht kann erst verzichtet werden nachdem der Undank dem Schenker ... bekannt geworden ist.

Diese Fassung gibt zu Zweifeln und Bedenken anlass:
"Verzeihung" und "Verzicht auf das Widerrufsrecht" ist zweierlei, denn sonst müsste es heissen "durch Verzeih. d. Sch. nachdem ihm der Undank u.s.w."; aber wie sind die beiden auseinanderzuhalten? und kann etwa die Verzeihung auch wirksam werden, bevor der Undank dem Schenker bekannt geworden?

[k]) Das Röm. R. kennt ausser der Revokation wegen Undankbarkeit, die des Patrons wegen nachgeborener Kinder, c. 8 de reu. don. 8, 55, cf. Vat. Fr. 272, c. 5 de inoff. test. 3, 29. — Nach der jezt herrschenden Meinung in der Gegenwart antiquirt, dawider vereinzelte Stimmen Pu. 70 N. d, Ar. 72, 3, Ba. 69 · III 2, De. II 108 N. 14; es felt der Nachweis gewonheitsrechtlicher Rezeption und des Beharrens der Praxis bei dem Rezipirten. Auch Pollack a. a. O. § 6 anerkennt, dass dieser Widerruf niemals in das gemeine Recht hätte kommen dürfen, und zitirt keine Erkenntnisse, aus denen auf sein Dasein in der Gegenwart zu schliessen wäre. EBG. übergeht diesen Revokationsfall.

[l]) S. Beil. I.

[m]) c. 10 § 2 de reuoc. don. 8, 55: "... usque ad primas personas tantummodo stare censemus ....": nicht von den Erben, nicht gegen die Erben, nur wenn von dem Schenkgeber oder wider den Schenknemer bereits eingeleitet, gehn die hiedurch begründeten Rechtsmittel auf und wider die Erben über; vgl. Sav. S. IV 169 N. c, insbesondere über das Verhältnis dieser Bestimmungen zu c. 7 eod. — EBG. § 450, wie SG. 1060, gibt den Erben des Schenkers den Widerruf auch dann, wenn der Beschenkte den Schenker getötet hätte; sehr rationell, da sonst diese Tötung gegenüber dem "uitae periculum inferre" als minder strafbarer Grad der Undankbarkeit erschiene.

Beschenkten wider den Schenker, und wegen Pflichtteilsverletzung[n]) durch Schenkungen[o]);

von den Gläubigern des Schenkers[p]), wenn das Vermögen des Leztern zur Befriedigung dieser unzureichend geworden ist.

Durchfürung und Resultate der Anfechtung weichen im einzelnen mannigfaltig von einander ab[q]).

Bei dem einfachen Schenkungsversprechen (promissio donandi c. facta) gelten gemeinrechtlich keine Besonderheiten betreffs der Form der Begründung[r]), der Haftung für Sachfeler[s])

---

n) T. C. de inofficiosis donationibus 3, 29. EBG. 2009—2016.

o) Die Römer kennen noch den Patron als Anfechtungsberechtigten, der seinen Platz bei den Erben zu finden hätte, T. D. si quid in fraud. patroni fact. s. 38, 5, T. C. 6, 5. Die zum teil sehr feinen hierauf bezüglichen Ausfürungen der Römischen Juristen sind auch praktisch noch nicht ganz wertlos, da sie für die Behandlung verwanter Fälle manchen Anhalt geben.

p) T. D. quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur 42, 8; RKO. 22—34 "Anfechtung", RG. v. 21. 7. 79 betr. Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfarens.

q) Darüber allgemein § 141, die Masse der Einzelheiten gehört in das Obligationenrecht und jenachdem in das Eherecht und das Noterbrecht.

r) Im Justinianischen Recht freie, d. h. wider die Regel erleichterte Form, c. 35 § 5 de donat. 8, 53, § 2 I. de donat. 2, 7, Nov. 162 c. 1, dazu L. Seuffert z. G. d. oblig. Vertr. S. 20. Dieselbe Form ist dem gemeinen Rechte verblieben, entspricht aber hier der gemeinen Regel; wogegen EBG. die Einfürung erschwerter Formen beabsichtigt, jedesfalls rationeller als Justinian:

> § 440. Der Vertrag, durch welchen sich Jemand verpflichtet einem Andern etwas schenkungsweise zu leisten ist nur dann gültig, wenn das Versprechen in gerichtlicher oder notarieller Form erklärt ist.
>
> Dies gilt auch im Falle der Erteilung eines die Angabe des Verpflichtungsgrundes nicht enthaltenden Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses.

Demnach würde also der weder gerichtlich noch notariell ausgestellte Schuldschein (Anerkenntnis oder Versprechen) mit Angabe der Schenkung als "Verpflichtungsgrund" nicht "gültig" sein, ein eben solcher Schuldschein one Angabe des "Verpflichtungsgrundes", vgl. EBG. 683—84, (vielleicht auch der Eigenwechsel?) entkräftet werden können durch die Behauptung der causa donandi. Sollte damit nicht wieder etwas

und wegen Eviktion[t]), sowie betreffs der Vererblichkeit[u]); wogegen
der Schenker bei Nichterfüllung der von ihm übernommenen Verbindlichkeiten nur für dolus und culpa lata[v]) zu stehn hat, auch in beziehung auf die Leistung von Früchten und Verzugszinsen begünstigt[w]) ist, und von dem beneficium competentiae unter berücksichtigung des ganzen Bestandes seiner nicht aus Schenkung erwachsenen Schulden[x]) gebrauch machen

---

zuviel des Guten geschehn? vgl. auch unten N. aa,. Ueber Schenkungsversprechen one und mit mangelhafter Angabe der Causa SA. IX 187, 188, XXIV 288, und über Schenkung durch Ausstellung und Uebergabe eines eigenen Wechsels RE. II 3.

[s]) Er haftet nach allgemeiner Regel soweit seine Zusagen reichen und aus etwaigem Dolus, aber nicht nach den auf den Kauf berechneten Regeln des aedilicischen Ediktes, fr. 62 de aed. ed. 21, 1. Auch die Vorschriften c. 35 pr. § 2 de donat. 8, 53, dass nicht gerade Stücke schlechtester Beschaffenheit zu geben seien, erscheint weniger als Singularität, denn als Negation einer Singularität der Schenkungsversprechen. Im wesentlichen hiemit übereinstimmend, aber nicht glücklich gefasst EBG. 444.

[t]) S. Beil. II.

[u]) One Grund angezweifelt SA. XXV 116. Der erklärte Wille des Schenkers entscheidet, eine nicht erklärte Einschränkung desselben ist nicht anzunemen.

[v]) Häufig als Singularität aufgefürt, in der tat keine solche, sondern lediglich Ausfluss der allgemeinen, fr. 5 § 2 comm. 13, 6, fr. 108 § 12 de leg. I 30, fr. 23 de R. I. 50, 17 und sonst ausgesprochenen Regel. Vgl. EBG. 442, wo die besondere Hervorhebung auch auf eine Singularität zu weisen scheint.

[w]) Arg. fr. 41 § 1 de re iud. 42, 1, vgl. Fr. Mommsen Erört. a. d. Obl.R. S. 35 f. — fr. 22 de donat. 39, 5: ".... de mora solutionis pecuniae usuras non debere ..." SA. I 55, V 19, vgl. SG. 742. Wol aber schuldet der Schenker Prozesszinsen, SA. V 19, 284, XVII 220, XXIX 131, vgl. fr. 2 de usur. 22, 1; sein Erbe auch Verzugszinsen SA. V 19. — EBG. 445 ".... hat Verzugszinsen nicht zu zalen, unbeschadet seiner Verpflichtung zum Schadensersatze" ist nicht ganz klar, und angetan unnützen Streit zu zeugen: denn die spätere Leistung ist allemal auch eine kleinere, der später Empfangende also stets geschädigt — aber ersezt werden soll doch nur welcher "Schaden"?

[x]) Fr. 19 § 1 de re iud. 42, 1: "is quoque qui ex causa donationis conuenitur, in quantum facere potest condemnatur, et quidem is solus deducto aere alieno ...." fr. 30, 49, 50 eod.; cf. fr. 33 de i. dot. 23, 3, fr. 54 sol. matr. 24, 3.

darf. Im Konkurse[y]) können jezt Forderungen aus Schenkung nicht geltend gemacht[z]) werden.

Für die s. g. Sachschenkung gelten gemeinrechtlich Besonderheiten so wenig hinsichts der Formen[aa]) wie hinsichts der Rechtsfolgen[bb]). Doch ist bei Sachschenkung unter Vorbehalt des Niessbrauchs[cc]) der Schenker frei von der Verpflichtung zur Bestellung einer cautio usufructuaria[dd]).

Beilage I. Insinuation, vgl. überhaupt Marezoll Giess. Zschr. I 1, J. Bremer, Jb. f. Dogm. XIII 3, S. 89 f., Herbert II Pernice z. L. v. d. Insin. d. Schenk. [In.-Diss. 82] . . — Ueber die geschichtliche Entwickelung und das Verhältnis zur l. Cincia, c. 25—27, 30—32, 34—36 de donat. 8, 53, und dazu Sav. S. IV 165, Ke. 67, H. Pernice a. a. O. S. 1—12.

---

y) RKO. 56, 4.

z) EBG. bringt noch: § 446 "Das Schenkungsversprechen ist im Zweifel an dem Orte zu erfüllen, an welchem der Schenker zur Erfüllungszeit seinen Wonsitz hat" und § 447 "Hat der Schenker dem Beschenkten eine Unterstützung versprochen, welche in wiederkehrenden Fristen zu gewären ist, so ist sein Erbe, sofern nicht aus dem Vertrage ein andres sich ergibt, zur Fortgewährung der Unterstützung nicht verpflichtet". — Sachlich einverstanden; aber empfielt es sich diese Sätze als Singularitäten einzufüren? statt allgemeiner Regeln, welche dieselben Sätze als Konsequenzen in sich trügen?

aa) Vgl. c. 1 de donat. 8, 53: "emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et ipsorum mancipiorum traditionem factam intelligis; et ideo potes aduersus donatorem in rem actionem exercere". cf. fr. 77 de R. V. 6, 1; dazu Brunner Gesch. d. Urk. I S. 113 f. — Uebereinstimmend EBG. 441 dessen Fassung mangelhaft, und um so bedenklicher ist, als sie das Felen klarer und sicher abgeschlossener Rbegriffe bezeugt: kann überhaupt eine Schenkung anders als "durch Veräusserung" vollzogen werden? ist eine "Zuwendung" one "Veräusserung" denkbar? Also muss "Veräusserung" in § 441 in einem engeren Sinne verstanden werden; aber in welchem? Auch die Motive II S. 294 die auf die Frage eingehn, ergeben nur dass der Kommission ein klarer Ueberblick der hergehörigen Fälle gefelt hat. Was die Kommission gewollt zu haben scheint, dürfte am kürzesten und sichersten durch die Streichung von EBG. 441 erreicht werden; wenigstens ergeben die Motive nichts hiewider.

bb) Vgl. Beil. II. C.

cc) Abart der konstitutiven Uebertragung, oben I S. 113 N. p.

dd) Gewonheitsrechtlich, vgl. SA. XXXI 207.

Höhe des die Insinuation erfordernden Betrags: zweifellos 500 solidi, zweifelhaft was in der Gegenwart an deren Stelle getreten. Nach Savigny 1400 Thlr., gleich 4200 Mark, ebenso SA. XVIII 37, 39, XXV 238; nach Francke, Arch. f. civ. Pr. XLVII 18, $1555^5/_9$ Thlr. = 4666,67 Mark, ebenso SA. XXVII 229, XXXIV 119 RE. I 115, V 37, VIII 36, XVIII 8, 37, wieder anders SA. XXXI 137. Bis zu anderweiter gesetzlicher Regelung dringend zu wünschen dass an der durch die reichsgerichtlichen Erkenntnisse gegebenen Feststellung nicht gerüttelt werde, so sehr man übrigens geneigt sein möchte der Kritik Bährs, Urteile d. Reichsgers. mit Besprech. XX, bes. S. 187—88 beizupflichten. — Bei der Berechnung des Werts einer geschenkten Sache dürfen die Früchte nicht als besonderer Posten neben der Sache in rechnung gestellt werden, fr. 9 § 1, fr. 11 de donat. 39, 5. — Bei Geldschenkung zu bestimmtem Zweck entscheidet der gegebene Betrag, nicht der Wert des erreichten Zwecks über die Höhe des Geschenks, Bo. VI 463.

Von der Insinuationspflichtigkeit ausgenommen sind:

a, Schenkungen des Landesherrn und an diesen, c. 34 pr. de donat. 53, 3, Nov. 52, c. 2,

b, des magister militum an Soldaten (unpraktisch), c. 36 § 1 eod.,

c, zum Wiederaufbau von Gebäuden, c. 36 § 2 eod.,

b, zum Loskauf von Gefangenen (zB. bei wilden oder halbwilden Völkerschaften), c. 36 pr. eod.,

e, Dos und Donatio propter nuptias, c. 31 pr. de i. dot. 5, 12. Ferner mehr oder weniger zweifelhaft

f, Schenkung durch Schulderlass. Erfordernis der Insinuation früher oft geleugnet, auf grund von fr. 23 de donat. 39, 5, fr. 47 de O. et A. 44, 7, vgl. Pernice a. a. O. S. 24 f.; neuerdings von der Praxis wol mit recht allgemein angenommen, SA. V 165, VI 39, VIII 133, XI 241, XVIII 38, XXVIII 224, vgl. XXXIV 206.

g, Eine Schenkung an Mehre; insinuationspflichtig nur wenn der Betrag der auf den Einzelnen kommt 500 sol. übersteigt, SA. I 342, VIII 131, 133, XXXII 320.

h, Mehre Schenkungen an Einen: zur selben Zeit, Zusammenrechnung, vgl. SA. XXVIII 224; "si quis autem per diuersa tempora in eandem personam multas faciat liberalitates", dann jede für sich, c. 34 § 3 de donat. 8, 53. Ueber etwaige Ausnamen Pernice a. a. O. S. 39.

i, Rentenschenkung; entscheidend c. 34 § 4 de donat., Uebersicht der wichtigsten Interpretationsversuche bei Pern. S. 47 f. Man wird mit Windscheid auf eine allgemein befriedigende

Auslegung verzichten müssen, und mag für eigenen Bedarf den vom Kaiser ins auge gefassten Unterschied etwa dahin bestimmen: wo Möglichkeit vorliegt, dass die Rente schon nach einem Jare oder noch früher erlösche, also wo dieselbe auf das Leben sei es des Schenkers oder des Beschenkten gestellt ist, kein Zusammenrechnen der einzelnen Jaresleistungen, vgl. SA. XVIII 40, RE. VIII 36; dagegen, wo diese Möglichkeit ausgeschlossen, so namentlich ("beispielsweise") "si heredum ex utraque parte fuerit mentio", kein Zusammenrechnen, und also auch keine Insinuationspflichtigkeit, falls nicht der einzelne Rentenposten schon mehr als 500 sol. beträgt, änlich Briegleb Arch. f. civ. Pr. XXXVIII S. 142 f. — Ergibt die ewige Rente nach Zinseszinsberechnung einen Betrag der allezeit hinter 500 sol. zurückbleibt, so besteht selbstverständlich auch für diese keine Insinuationspflicht. — Vgl. überhaupt noch SA. XI 241, XVIII 40.

k, Schenkungen durch die § 102 Beil. VI A — C, aufgefürten Vorgänge — Wer Schenkung one animus donum accipiendi überhaupt nicht gelten lässt, kann auch hier die Insinuation nur fordern, wenn der Vorgang mit Wissen und Willen des Beschenkten sich vollzogen hat. In denjenigen Fällen aber, wo die Insinuation zu fordern wäre, kann die Unterlassung derselben niemals zu partieller Ungültigkeit des die Schenkung vermittelnden Geschäfts füren, vgl. zB. fr. 31 § 2 de don. int. u. et u. 24, 1: ". . . . insula sine dubio mariti est . .", und es können also die Folgen der versäumten Insinuation auch nur indirekt herbeigefürt werden. Anderer Meinung betreffs der Schenkungen durch Leistungen an Dritte Sa. S. IV Beil. X, der aber bei fr. 5 § 4 de donat. int. u. et u. 24, 1 übersieht, dass der Fall unter dem besonderen Recht der Interzessionen steht, und dass was für "si promiserit uxor" entschieden ist, weder auf "si soluerit uxor" noch "si promiserit maritus" übertragen werden darf. Gerade auf Schenkungsfälle sehn fr. 21 de donat. 39, 5 und fr. 5 § 5 de doli m. exc. 44, 4, und wenn Sa. glaubt wider diese einwenden zu sollen, dass sie im hinblick auf die l. Cincia geschrieben seien, so übersieht er wieder dass diese Stellen doch nur im hinblick auf die Insinuationsvorschriften in die Digesten aufgenommen sein können — Gegen Savigny schon Bremer a. a. O. S. 153 f., Pernice S. 92 f., Wi. II § 367 N. 8,. — Vgl. noch SA. XXI 39, 235.

Ueber die Insinuation bei remuneratorischen Schenkungen, Schenkungen unter Bedingung oder mit Auflage, und bei gemischten Geschäften vgl. § 104, IV. Dass Stiftungen als Nichtschenkungen auch nicht insinuationspflichtig, s. S. 144, 179 und § 112; auch Wi. II 367 N. 14 b, erklärt sich gegen RE. V 37.

Vorgenommen werden kann der Insinuationsakt bei jedem Gericht, one besondre Begründung der Kompetenz, c. 30 de donat. 8, 53, Nov. 127. c. 2., SA. XVI 111. — Was die Ausfürung anlangt, so ist manches zweifelhaft, im ganzen aber das Prinzip der Praxis unverkennbar, dieselbe tunlichst zu erleichtern, vgl. SA. I 343, XVI 111, XVII 242, XXVI 28, XXVII 228. Ferner RE. V 34: "blosze Anzeige der Schenkung bei Gericht genügt nicht, vielmehr ist gerichtliche Vollziehung erforderlich"; VI 49: der Schenkungsvertrag braucht nicht vor Gericht geschlossen zu werden, auch ist keine Mitwirkung des Beklagten zur Insinuation erforderlich u. s. w. "der Beschenkte kann die Acceptation gerichtlich wie aussergerichtlich, ausdrücklich wie stillschweigend vor oder nach der Insinuation erklären" und dazu die kritischen Bemerkungen von Bähr Urt. d. ReichsGs. S. 177 f. Auch noch RE. XIV 46, XVIII 37, 51 (Vertreter zuzulassen), Bo. IV 622, VI 468, 469.

Die Folgen der unterbliebenen Insinuation ordnet allgemein c. 34 § 1 de donat. 8, 53: "si quid autem supra legitimam definitionem fuerit donatum, hoc quod superfluum est tantummodo non ualere, reliquam uero quantitatem quae intra legis terminos constituta est in suo robore perdurare, quasi nullo penitus alio adiecto, sed hoc pro non scripto uel intellecto esse credatur". Ueber die Durchfürung dieser Regel unten § 141.

Beilage II. Die Tendenz des EBG. in beziehung auf das Schenkungsrecht ist im allgemeinen eine die Singularitäten beschränkende: der Tatbestand wird möglichst eng begrenzt, das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten ist aufgehoben, desgleichen das Gebot der Insinuation, u. s. w. Man darf annemen der Gesetzgeber der Gegenwart halte die Schenkungen nicht für so gefärliche Geschäfte wie Andere vor ihm, zB. die Verfasser des Allg. Preuss. Landrechts.

Nur eine Spezies, das s. g. Schenkungsversprechen, Konstituirung einer neuen Obligation zu Schenkungszwecken, soll einem dem älterm Rechte nicht bekannten Formzwang oder Formschutz unterstellt werden, wie die Mot. II 293 angeben, "insbesondre zur Verhütung übereilter Schenkungsversprechen", sodann um allerlei Zweifeln und Irrungen vorzubeugen. Das Schenkungsversprechen gilt der Kommission also als besonders gefärlich; ist es das? Gewis bisweilen, aber nicht immer:

oder wäre das Versprechen Jemand schenkungsweise eine Forderung zu erlassen oder zu cediren, oder demselben Jemand Rechte an unkörperlichen Sachen translativ oder konstitutiv zu übertragen, vielleicht unter der Bedingung dass unser Jemand vorher gar nicht leichte Dinge vollbringen werde in der tat gefärlicher als

sofortiger Erlass, Cession, konstitutive oder translative Uebertragung von Rechten an unkörperlichen Sachen, was gemeinrechtlich alles durch unfeierliche Willenserklärung one weiteres zu bewirken wäre? Offenbar sind die Gefaren denen der Gesetzgeber entgegentreten möchte die gleichen bei allen unfeierlichen Geschäften. Es liegt daher nahe Schutzformen für alle Arten unfeierlicher Geschäfte zu suchen, aber doch wol nur dann wenn dieselbe von bedeutendem Betrage sind. Ein zweckmäszig modernisirtes Insinuationsrecht dürfte hiernach rationeller sein als die alleinige Erschwerung des Schenkungsversprechens, zumal in der vom EBG. 440 verordneten Form, vgl. auch oben N. r,.

Die mangelhafte Gegenüberstellung

"Vertrag ... einem Andern etwas zu leisten" (EBG. 440)
"durch Veräusserung vollzogene Schenkung" (EBG. 441)

ist bereits gerügt (oben N. aa,); der tiefere Grund liegt in dem ungenügend erkannten Wesen der Schenkungsgeschäfte, das diese Lehren an den falschen Platz (vgl. § 102 Beil. I) gedrängt hat. Die Folgen aber machen sich in vielen Einzelheiten geltend, beispielsweise in der ebenso unzweckmäszigen wie inkonsequenten Gestalt, welche die Eviktionsleistungspflicht des Schenkers erhalten hat.

EBG. 370—80, vgl. 298, fürt diese Pflicht allgemein auf den Gedanken zurück, dass ein obligatorisch Verpflichteter mit einer Leistung, die Erfüllung scheint, dem obligatorisch Berechtigten nicht das Quantum Recht geschafft hat (wie die Entwärung zeigt), das zu schaffen er verpflichtet gewesen. In Ermangelung solcher Verpflichtung kann jeder "andere Schenker" (nicht .. Sch.versprecher) nach der Leistung, mit der sich die Sch. vollzieht, für Entwärung u. s. w. nicht zu stehn haben, es sei denn, dass die Haftung besonders begründet worden, durch Nebenvertrag oder Dolus. So nach Röm.R., so nach heutigem gem. R.; übereinstimmend:

> § 443: .... Hat er bei einer anderen Schenkung das Recht des Dritten gekannt und dem Erwerber verschwiegen, so ist er dem leztern zum Ersatze des dadurch verursachten Schadens verpflichtet.

Also Haftung ex dolo auf Schadensersatz bei allen translativen Schenkungen (auch von Forderungen und von Rechten an unkörperlichen Sachen), von konstitutiven Schenkungen mit ausname des Forderungsversprechens (Konstituirung von Rechten an körperlichen und unkörperlichen Sachen), wogegen bei restitutiven Uebertragungen der Satz kaum praktisch werden könnte.

Ebenso klar, aber oft verkannt, ist das Eviktionsleistungsrecht beim Schenkungsversprechen, so im ältern Römischen wie

im heutigen Recht; Unklarheit hatte hineingebracht erst Justinians c. 35 de donat., die das formlose Schenkungsversprechen nicht sowol der Schenkungsstipulation, als der Schenkungsdation gleichzustellen versucht, vgl. Jb. des gem. D. Rs. VI S. 248 f. Diese Singularität ist aus dem heutigen Recht verdrängt durch die Anname des Satzes, dass der gehörig erklärte Wille unter den Beteiligten beliebige Obligationen zu schaffen ausreicht, vorausgesezt nur dass dieselben dem Jus oder der Bonafides nicht zuwiderlaufen. Hieraus ergibt sich als Hauptregel:

> dass der Schenkversprecher gerade so viel zu leisten hat, als er zu leisten versprochen hat;

Schwierigkeiten in der Anwendung könnten blos da erwachsen, wo etwa nicht klar wäre wieviel er versprochen, und hier möchte ein aushilfsweises Eingreifen von Präsumptionen ganz erwünscht sein. Bei allen auf translative Uebertragungen (auch Cession, und Uebertragung von Autorrecht) desgleichen auf konstitutive Zuwendungen von Rechten an körperlichen und unkörperlichen Sachen gerichteten Schenkungsversprechen müsste der Schenker als diligens P. F. wissen was er dem Zubeschenkenden denn eigentlich zusagen will:

α, Uebertragung eines objektiv bestimmten Rechtsquantums?

β, oder Uebertragung und jenachdem Abzweigung nur von dem etwaigen Bestande seines eigenen Rechts, nicht das was ihm nicht selber zustände.

Mit α, würde allemal eine gewisse Entwärungsleistungspflicht übernommen; mit β, im allgemeinen keine, vielmehr treten Rverhältnisse gerade wie bei der Sachschenkung ein.

Gegen diese einfachen, anscheinend selbstverständlichen und EBG. 370 f. entsprechenden Regeln, verstöszt einigermaszen

> § 443: Der Schenker haftet dem Beschenkten wegen eines Mangels in seinem Rechte nach Maszgabe der §§ 298, 370 bis 380, nur dann wenn er einen der Gattung nach bestimmten Gegenstand zu schenken versprochen hat.

Damit sind die ausdrücklichen Schenkungsversprechen, Dir zu schaffen Eigentum (oder Niessbrauch) an dem Grundstück, an dem Pferd, diesem Hunde, eine individuell bestimmte Forderung, das Aufführungsrecht an der Oper u. s. w., trotz ihrer gerichtlichen oder notariellen Form für illusorisch erklärt; der Schenkversprecher käme durch eine Scheinleistung auf grund von Verhandlungen mit einem unberechtigten Dritten frei, und würde bei Entwärung, oder was ihr gleichsteht, nur etwa wegen Arglist heranzuziehn sein. Wir erhalten damit eine durch nichts gerechtfertigte Dissonanz in unser Recht, und kommen namentlich

den Nebenverabredungen bei den s. g. Sachschenkungen gegenüber in eine sehr üble Lage:

ich schenke Dir diese Sache, die ich für die meine halte, sollte sie Dir gleichwol entwärt werden, so verspreche ich u. s. w.;

der Konsequenz nach müsste auch dies pactum adiectum für null und nichtig erachtet werden.

Brauchbar erscheint § 443 cit. nur, wenn man ihn auf eine Auslegungspräsumption beschränkt, wo dann aber deutlichere Fassung zu wünschen wäre. Der Sinn danach: ein Schenkungsversprechen gilt wie es gegeben, mit den Wirkungen zu α, oder mit denen zu β, je nach dem erklärten Willen des Schenkers. Sind diese Erklärungen aber nicht zweifelsfrei, so ist anzunemen

α, wenn das Versprechen sich bezieht auf einen der Gattung nach bestimmten Gegenstand,

β, in allen andern Fällen.

Ueberlegt man aber die praktichen Folgen, so möchte eine andere Gliederung der Präsumption sich noch besser empfelen:

α, wenn das Versprechen gestellt ist auf Uebertragungen aus dem Vermögen Dritter, die Schenker zu bewirken unternimmt,

β, bei beabsichtigten Uebertragungen aus dem eigenen Vermögen des Schenkers.

Vgl. hiezu Jb. des gem. D. Rs. VI S. 245 f., insb. S. 250.

§ 104.

Abarten.

Ar. 83. Ba. 70. Bz. (1) 350. De. II 106, 108. Ke. 70, 71. Pu. 71. Sa. S. IV 153—54, 175. Se. II 366—68. Va. I 125. Wä. II 196. We. 63. Wi. II 368.

Als Abarten der Schenkung sind aufzufüren Geschäfte, in welchen die wesentlichen Stücke des Schenkungstatbestandes mit diesem Tatbestande fremden Stücken[a]) vereint erscheinen. Dahin gehört

I die remuneratorische[b]) Schenkung[c]), eine unentgeltliche und durchaus unerzwingbare Zuwendung, mit welcher der Schenker

---

[a]) Nach dieser Definition ist die Schenkung eines Vermögens nicht sowol Abart, als Art der Schenkung.

[b]) Harburger d. remuner. Schenkung [75], dazu Löwenfeld kr. Vschr. XXI S. 110—18.

[c]) Auf eine andere Bedeutung, bei der die Schenkung in der Remuneration erlischt, weist fr. 25 § 11 de H. P. 5, 3: "nec si dona-

eine Dankespflicht zu erfüllen[d]) beabsichtigt. Seit alter Zeit bestrittenes Gebiet, von dem wenigstens ein Teil dem singulären Schenkungsrecht nicht zu unterstellen ist. Die moderne Lehre und Praxis neigt dahin, diesen Teil möglichst eng einzugrenzen[e]), und auf dem übrigen das Schenkungsrecht unverändert zur anwendung zu bringen[f]).

II Der s. g. "Zwangsvergleich" im Konkurse[g]), der kein "Vergleich"[h]) sondern unentgeltlicher Erlass ist, und zu dessen Anname auch die denselben bewilligende Gläubigermajorität keineswegs zu "zwingen" ist. Nur die etwa widerstrebende Minorität[i]) wird "gezwungen"; bei der bewilligenden Majorität aber wäre Schenkung höchstens wegen geschäftlicher Zweckmäszigkeit[k]) des Erlasses nicht anzunemen[l]).

---

uerint, locupletiores facti uidebuntur, quamuis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligauerunt. plane si ἀντίδωρα acceperunt, dicendum est eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt; uelut genus quoddam hoc esset permutationis". cf. fr. 3 § 7 de cond. c. d. c. n. s. 12, 4, fr. 55 (54) § 1 de furt. 47, 2. Derartige Geschäfte dürften auch nicht zu den "entgeltlichen" im Sinne von RKO. 25, 1, RG. v. 21. 7. 79: 3, 3, zälen.

d) Beil. I.

e) Auf den Fall der Schenkung wegen Lebensrettung, vgl. zB. Wi. II 368 N. 11, De. II 108 N. 19. fr. 34 § 1 de donat. 39, 5: "... haec donatio irreuocabilis est ...", cf. Paull. V 11 § 6.

f) Für Gleichstellung mit gemeinen Schenkungen SA. I 55, IV 118, V 18, XIII 26, XVIII 37, XXII 196, XXV 238, RE. IV 33, V 39 vgl. noch XV 53 (Pr. R.); — mehr oder weniger abweichend SA. I 340, 341, III 265, VI 18, VIII 132, 260, XVIII 38, vgl. auch BE. IX 252 (Pr. R.).

g) RKO. 160—87.

h) fr. 1 de transact. 2, 15: "... qui uero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit". — Was das Gesetz "Vergleich" heisst, ist in wirklichkeit ein zwar nur partieller aber unentgeltlicher Erlass, vgl. RKO. 182; über die Entstehung des Namens auch § 110 N. d,.

i) D. h. hier Alle, für welche der s. g. Zwangsvergleich nach RKO. 178 bindend ist, one dass sie für ihn gestimmt. Diesen ist er aufgezwungen, und kann bei ihnen so wenig als Schenkung wie als "unentgeltliche Verfügung" gelten.

k) Vgl. oben § 102 Beil. IV.

l) Dagegen wird die "unentgeltliche Verfügung" nicht in abrede zu stellen sein. Dass diese wegen der gerichtlichen Bestätigung,

III Schenkungen mit Auflage und unter Bedingung[m]) falls nämlich der Schenknemer zur Erfüllung dieser zusätzlichen Bestimmungen Aufwendungen aus seinem Vermögen[n]), oder sonst Leistungen von Geldwert zu machen hätte. Die Schenkung kann hier den Bereicherungsüberschuss des Beschenkten niemals übersteigen[o]), wogegen die Höhe der unentgeltlichen Veräusserung durch diese Nebenbestimmungen nur soweit verringert[p]) wird, als die Gegenleistungen des Schenknemers den Schenkgeber selber wieder bereichern. Soll die Gegenleistung Dritten einen Vorteil gewären, so gehört die Schenkung mit Auflage zu den Verträgen zu gunsten Dritter[q]), und ist betreffs ihrer

---

RKO. 170, aus RKO. 25, 1 und RG. v. 21. 7. 79 § 3, 3 nicht angefochten dürften (vorausgesezt dass die Umstände des besondern Falles eine solche Anfechtung aussichtsvoll erscheinen liessen), kann nur behaupten wer die Zulässigkeit der Anfechtung auch für die § 102 Beil. VI angefürten Fälle leugnet.

m) T. C. de don. q. sub modo uel condicione ... conficiuntur 8, 54, cf. fr. 3, 19 § 3 de donat. 39, 5.

n) Ueber die innere Verwantschaft der in die Form der Bedingung eingekleideten Auflagen mit andern, als Modus gestalteten, und über die wesentliche Verschiedenheit derselben von andern keinerlei Aufwendung des bedingt Berechtigten erfordernden Bedingungen vgl. § 115.

o) Dass der Betrag der Aufwendung von der Bereicherung des Beschenkten abzuziehn, und nur der verbleibende Rest für die Höhe der Schenkung maszgebend, wird allgemein anerkannt; es kann aber auch für die in Bedingung gestellten Aufwendungen nichts andres angenommen werden: ich gebe dem A 5000 damit er dem B 3000 gebe, und ich gebe dem A 5000 wenn er dem B 3000 gibt, beidemal ist A nur in höhe von 2000 beschenkt; vgl. SG. 1065: "... oder die Schenkung sonst beschränkt ..." und SA. XVIII 37.

p) Die Höhe der "unentgeltlichen Verfügung" und entsprechend des Schadens der den Gläubigern u. s. w. aus ihr erwächst, bleibt die gleiche, ob A (vgl. N. o,) die ganzen 5000 für sich behält, oder an B oder sonstige Dritte 3000 abzugeben hätte.

q) Deren Recht in Rom bekanntlich im ganzen schwach, aber gerade bei der donatio sub modo verhältnismäszig stark entwickelt war: Rückforderung seitens des Schenkgebers mit condictio ob causam datorum c. 2, 38 de cond. ob c. d. 4, 6, auch wegen Undanks c. 10 pr. § 1 de reu. don. 8, 55, unter Umständen auch Vindikation c. 1 de donat. q. s. m. 8, 54., und daneben Klage auf Erfüllung, a. ex stipulatu oder praescriptis uerbis c. 9, 22 de donat. 8, 53.

Rechtsfolgen[r]) nach den für diese geltenden Regeln[s]) zu beurteilen.

IV Gemischte Geschäfte, "negotium mixtum cum donatione"[t]), Tauschgeschäfte im w. S., bei denen nach gegenseitiger Uebereinkunft[u]) die Werte von Leistung und Gegenleistung[v]) aus-

[r]) Ueber die Behandlung dieser Schenkungen in der Praxis, die nicht one Schwankungen ist, SA. I 341, V 168, VI 38, XVIII 136, XXVI 131, XXVII 128.

[s]) Das sagt ausdrücklich EBG. 448, 1. Uebrigens gibt dieser Paragraf dem Schenkgeber der "vorgeleistet hat" Klage auf Erfüllung der Auflage; dem Schenknemer der bereits "Aufwendungen" zur Erfüllung der Auflage gemacht hätte im Fall der Entwärung geschenkter Stücke eine Ersatzklage betreffs des Ueberschusses der Aufwendungen über die "aus der Schenkung entstandene Bereicherung". — Hiernach erhält die Schenkung unter Auflage überraschende Aenlichkeit mit einem klassischen "do ut facias" Kontrakte, bei dem das Klagrecht beider Teile nicht schon aus der Verabredung, sondern erst "ex re" erwüchse.

[t]) fr. 18 pr. de donat. 39, 5.

[u]) Da bei der groszen Mannigfaltigkeit der Momente, welche bei einer Wertschätzung bestimmend mitwirken können, es häufig schwer fällt Sicherheit darüber zu erlangen, ob im besondern Falle eine Schenkung und eventuell zu welchem Betrage dieselbe beabsichtigt gewesen, so empfielt sich daran fest zu halten, dass die eigentümliche Behandlung der negotia mixta cum donatione nur in solchen Fällen platzgreifen darf, wo ebenso der animus donandi der einen und der a. donum accipiendi der andern Seite, wie auch der Betrag, zu welchem das Geschäft nach Absicht der Parteien als Schenkung gelten sollte, nachgewiesen sind. Vgl. ROHG. XVII 4:

> Fälle wo der ausgesprochene oder klar erkennbare Wille der Kontrahenten darauf gerichtet ist, es solle ein gewisser Gegenstand nur für einen Teil geschenkt, für einen andern Teil aber käuflich oder tauschweise übertragen sein;

ebenso SA. XXVI 129. — Felt der übereinstimmende von beiden Seiten erklärte und beiden Teilen bekannt gewordene Willen, dass das Geschäft zu einem gewissen Teile Schenkung sein solle, so liegt einfach ein oneröses Geschäft mit ungleichwertigen Leistungen vor, wie derartige im Leben häufig vorkommen. Dasselbe aber ist auch dann anzunemen, wenn die Erklärungen der Parteien keinen genügenden Anhalt für die Ermittelung der Höhe des geschenkten Betrages geben. Vgl. noch Bo. II 889, IV 617, die auch das entscheidende Gewicht auf die Auffassung der Beteiligten legen.

einanderfallen[w]). Ein solches Geschäft pflegt rechtlich zerlegt zu werden, in ein Tauschgeschäft soweit die Werte der zu machenden Leistungen einander decken, und eine Schenkung[x]) für den überschiessenden Betrag der wertvolleren Leistung.

Einigermaszen verwant sind diesen wieder die Tauschgeschäfte bei denen die Gegenleistung gänzlich in wegfall kommt, weil entweder das Tauschgeschäft überhaupt nur simulirt[y]) ist, um darein eine Schenkung zu verstecken,

[v]) Beispiele: fr. 5 § 5 de don. int. u. et u. 24, 1, fr. 52 pr. eod., fr. 31 § 4 eod. — SA. XXIV 240 Schenkung einer Versicherungspolice; XXX 134 societas leonina.

[w]) EBG. erwänt die negotia mixta nicht ausdrücklich, doch halten Mot. II S. 287 für zweifellos, dass dieselben nach EBG. 437 den Schenkungen beizurechnen seien. In gewisser Weise kreirt EBG. 448, 2 ein neues negotium mixtum, doch tragen auch die hier gegebenen Bestimmungen wenig zur Beseitigung der alten Zweifel bei. Würde EBG. one Ergänzung an dieser Stelle Gesetz, so müsste auch das bisherige Gewonheitsrecht über die negotia mixta, mit seinen Zweifeln und Bedenken in kraft verbleiben.

[x]) SA. VI 38, XVIII 37, 136, XXV 238, XXVI 129, 131, XXVIII 223, XXXI 138.

[y]) fr. 36, 38 de C. E. 18, 1, fr. 5 § 5, 7 § 6, 32 § 25 de donat. int. u. et u. 24, 1, fr. 6 pro don. 41, 6. — RE. XV 69: "Die Verbergung eines Schenkungsversprechens unter der Form eines andern Vertrags erscheint nicht unerlaubt" [n. Pr. L. R., nach gem. D. R. aber wol auch nicht anders]. RE. VIII 80, vgl. X 80 [beide nach Fr. R.; aber unter bezugname auf Röm. R.], fordert dass "die abgegebene Erklärung als gehöriger Ausdruck des vorhandenen Willens angesehn werden kann; [daher] .. die in einer Privaturkunde enthaltene Zusage ein Darlen zu zalen, keine dem Gesetze entsprechende Erklärung sei ... zu schenken". Gemeinrechtlich ist gewis nicht zu fordern, dass der Schenkungswille in dem verschleiernden Geschäft selber erklärt, wol aber dass er überhaupt genügend und unter Warung der gerade für die Schenkung vorgeschriebenen Formen, Insinuation u. s. w., erklärt worden. — RE. XIV 28: zu hohe Deklaration des Vermögens begründet keine Schenkung der danach berechneten Steuern an den Stat. Die Motivirung, weil die Steuerforderungen nicht auf einem Rechtsgeschäft beruhen, ist nicht ganz unbedenklich. Jedesfalls aber ist die Absicht zu schenken nicht erklärt, und auch wol nicht zu präsumiren.

oder nach dem Zustandekommen eines richtigen Tauschgeschäfts ein Teil seinen Anspruch schenkungsweise erlassen[z]) hat.

Beilage I. Die remuneratorische Schenkung hat zu ihrer Voraussetzung Zwittergebilde, Produkte von Vorgängen, welche nach dem Verkehr und den ihn beherrschenden Anschauungen weder gänzlich unbeachtet und wirkungslos zu bleiben haben, noch echte Rechte zu schaffen vermögen. Aus ihnen erwachsen Halbrechte, vgl. I 26 Beil. II und Halbverbindlichkeiten, vgl. § 102 Beil. III A.; was gänzlich unerzwingbar aber "pietate cogente" gegeben worden, gilt nicht als Schenkung. Doch nicht blos die Pietät vermag zu cogiren, es gibt auch Sitten- Anstands- Schicklichkeitspflichten; welche dies sind, und wie weit sie wenigstens indirekte Berücksichtigung seitens des Rechts zu fordern haben, darüber werden naturgemäsz die Köpfe auseinandergehn.

In den Römischen Quellen erscheinen besonders hervorgehoben

α, Lebensrettung, s. N. e,

β, andere wesentliche Dienstleistungen, fr. 19 § 1 de donat. 39, 5: ".... extra causam donationum esse talium officiorum mercedes, utputa si tibi adfuero, si satis pro te dedero, si qualibet in re opera uel gratia mea usus fueris"; fr. 27 (cf. fr. 32) eod., fr. 10 § 13, 12 § 17 mand. 17, 1, cf. fr. 65 § 2 de cond. ind. 12, 6, vgl. auch Bo. II 889, IV 610, 619, V 554, VI 467.

γ, Gaben fordern Gegengaben, vgl. N c,

Was unter solchen Umständen geschenkt wird, heissen wir remuneratorische Schenkungen. Auf ihre Behandlung in Theorie und Praxis hat neuerdings am nachhaltigsten eingewirkt Sa. S. IV 153, der nur im Fall zu α, Irrevokabilität annimmt; Marezoll Giess. Zschr. I S. 30 f., Harburger a. a. O. Va. I 125 wollen die Revokation wegen Undankbarkeit auch in den andern Fällen (zu β, und γ,) ausgeschlossen wissen; Löwenfeld a. a. O. plädirt energisch dafür, die remuneratorischen Schenkungen überhaupt nicht unter das Schenkungsrecht zu stellen. Die Masse der Lehrbücher folgt Savigny; über die Praxis s. N. f,; EBG. schweigt, und Mot. II 289 erklären dies dahin, "dass auch die s. g. be-

[z]) Vgl. fr. 32 § 26 de don. int. 24, 1, 31 § 4 eod. Liegt der Tatbestand unzweifelhaft vor, so ist das onerose Geschäft als solches gültig, und nur der Erlass als Schenkung zu behandeln; es liegt aber auf der hand, dass Fälle dieser Art und Verschleierungsfälle im Leben ununterscheidbar ineinander überlaufen.

lonende Schenkung gleich jeder andern als eine gewönliche Schenkung zu gelten hat".

Schon bei den Römern scheinen Differenzen bestanden zu haben, wenngleich mit Wi. II 368 N. 11 die oft behauptete Antinomie von fr. 27 und fr. 32 de donat. zu leugnen wäre (die Fälle wie sie den beiden Juristen vorgetragen worden, erscheinen denselben nicht ganz gleich). Dass Savigny mit sich selber in Widerspruch, hat Wi. a. a. O. nachgewiesen; dass er zum teil falsch interpretirt, Löwenfeld. Die Harmonie in der Theorie ist also auch mehr scheinbar als wirklich, in der Praxis überhaupt nie vorhanden gewesen, wärend zugleich die ganze Frage eine von denen ist, die häufig vor die Gerichte kommen. Dass dieselbe durch das Schweigen, für das EBG. sich entschieden hat, nicht tot zu machen ist, liegt auf der Hand: den Revokationsklagen der angeblichen "Schenker" wird einfach entgegengehalten werden, dass in wirklichkeit gar keine Schenkung vorliege. Es dürfte also doch zweckmässiger sein, wenn die Gesetzgebung den Versuch machte, den Schenkungsbegriff nach dieser Seite hin besser zu begrenzen; etwa dergestalt:

wo Anstandspflichten bestehn sind Gaben um diesen Pflichten zu genügen keine "Schenkungen".

Damit wäre dem Richter ein gewisser Anhalt gegeben, wenigstens das Gebiet bezeichnet auf das er seine Aufmerksamkeit zu richten hätte, wogegen die feinere Ausfürung durchaus dem freien Ermessen überlassen bliebe, und im einzelnen zu berücksichtigen wären neben dem Vorgang selber, Stellung und Vermögenslage der Beteiligten, die übrigens zwischen diesen bestehenden Beziehungen, u. s. w. Beispielsweise kämen in betracht: neben Lebensrettung andere wichtige und erfolgreiche Hülfsleistungen der Aerzte, Erhaltung des Sehvermögens, Heilung in schwerer Krankheit; Erhaltung auch Mehrung des Vermögens durch Prozessfürung oder durch geschickte Verwaltung; Gaben die der Vormund nachträglich für seine Mühwaltung empfängt; Ausfürung eines groszen Baues one erhebliche Ueberschreitung der Voranschläge seitens des Architekten. In allen diesen und änlichen Fällen entspricht die Gabe dem vernünftigen Egoismus, der "rationabilis comitas singulorum". — Unter Ehegatten werden derartige Pflichten zur Vergeltung kaum entstehen, da hier vielmehr der Anstand eben fordert, alles derartige unentgeltlich zu tun, doch vgl. Bo. IV 610. Schenkungen zur Herbeifürung einer Scheidung können nicht als vom Anstand gebotene erscheinen, RE. V. 39, wol aber zum Zweck der Wiedervereinigung, Bo. V 554. Schenkungen mit Gegenschenkungen, ἀντίδωρα vgl. oben γ, und N. c, zu lonen, dürfte in der Gegenwart kaum als allgemeine Anstandspflicht aufzufassen sein.

Bei allen zur Erfüllung von Anstandspflichten gemachten Gaben wäre die schenkungsmäszige Rückforderung wegen Undanks auszuschliessen, denn der Gebende will selber sich dankbar erweisen, vgl. Bo. IV 619, nicht seinerseits Dank ernten; Insinuation, nach Analogie der negotia mixta, nur zu erfordern wo die Gabe den Betrag des vom Anstand geforderten augenfällig um mehr denn 500 sol. überschritte, vgl. SA. XXV 238. Dasselbe Prinzip müsste maszgebend werden auch für die andere Frage, wieweit derartige Schenkungen als unentgeltliche Verfügungen im Sinne von RKO. 25, 1, RG. v. 21. 7. 79: § 3. zu behandeln wären.

§ 105.

Sicherungsgeschäfte.

Die "Sicherungsgeschäfte" sind Zuwendungen, und zwar konstitutive Uebertragungen[a]), ausgefürt im hinblick auf eine bestehende oder zukünftige[b]) Forderung, die durch sie gesichert werden soll. Die Sicherung besteht in der Herstellung eines zweiten Rechtsmittels[c]) zur Geltendmachung dieser Forderung, und bereichert den Gesicherten rechtlich eigentlich nicht[d]), wol aber häufig tatsächlich[e]).

---

[a]) Pfandartige Abzweigungen von dinglichen Rechten, constitutum debiti proprii, Bürgschaft im weitesten Sinne und Forderungspfand, Pfandrechte aus Rechten an unkörperlichen Sachen. Diese lezte Gruppe z. Z. noch wenig entwickelt, weil die Rechte an unkörperlichen Sachen überhaupt noch juristisch unreif, und die denen sie zustehn in der praktischen Ausnutzung ungewant sind. Beiläufig, dass für diesen Stoff Nachbildungen des Fiduciapfandes häufig empfelenswert sein dürften, etwa nach dem Muster des fr. 12 de pignor. 20, 1: ".... ut talis pactio fiat, ut quam diu pecunia soluta non sit, creditor eis ... utatur". Die Zulässigkeit derartiger Verabredungen muss als zweifellos erscheinen.

[b]) Tritt die zukünftige Forderung nicht ins leben, so bleibt selbstverständlich auch das Sicherungsgeschäft unwirksam.

[c]) Hier gehn Römisches und heutiges Recht auseinander, wo die Sicherung durch Herstellung neuer Aktionen bewirkt wird. Im Röm. R. zwei Möglichkeiten: die neue actio ist mit der zu sichernden entweder "a. de eadem re", wie bei den Adpromissionen, oder sie ist nicht "a. de eadem re", wie beim Kreditauftrag und Konstitut; diese Differenz ist im heutigen Recht gefallen, wir kennen nur noch Eine Rechtsmittelkonkurrenz.

[d]) Insofern als jedes Sicherungsgeschäft kein "lucrum emergens", sondern nur ein "damnum cessans" bewirken soll.

Die bekanntesten Hauptformen[f]) der Sicherungen: Bürgschaften und Pfandrechte, leztere bald vom Schuldner bald von Dritten bestellt. Die Sicherung, die dem Schuldner selber gilt, macht ihn nicht ärmer[g]), wirkt aber oft nachteilig für seine andern Gläubiger[h]). Ist der Sicherer ein Dritter, so wird dieser rechtlich allemal[i]) ärmer, wogegen es einstweilen dahin-

---

[e]) Sie bereichert tatsächlich, wenn
α, die gesicherte Forderung selber nicht oder nicht ganz einzutreiben wäre, und dagegen
β, das Produkt des Sicherungsgeschäfts mit Erfolg zu realisiren ist.

[f]) Sollen Bürgschaften und Pfandrechte das ganze Gebiet der Sicherungsgeschäfte umspannen, so sind die beiden Ausdrücke im allerweitesten Sinne zu verstehn, zB. den Bürgschaften der "iussus" als Grundlage der a. quod iussu beizurechnen, das pactum reseruati dominii (vgl. SA. XXIII 135, XXV 242, RE. VII 46) aber und gewisse Eigentumsübertragungen (zB. RE. XIII 47) den Pfandrechten. — EBG. "Sicherheitsleistung" § 199—205 sieht nur darauf, "wie Sicherheit zu leisten ist, wenn die Verpflichtung dazu durch Gesetz oder Rechtsgeschäft begründet ist". Die einzelnen dort genannten Sicherungsarten, zB. Hinterlegung von Geld, können selbstverständlich auch one voraufgehende Verpflichtung vorkommen. Der Möglichkeit Rechte an unkörperlichen Sachen zu Sicherungsgeschäften zu benutzen, gedenkt EBG. nicht. Die Bestellung einer "Sicherungshypothek" EBG. 1125—34 ist Sicherungsgeschäft so gut wie alle andern Hypothekenbestellungen, die bestellte Sicherungshypothek aber nach EBG. 199 nicht angetan zu einer neuen Sicherheitsleistung benuzt zu werden. Grundschuldbestellung, vgl. EBG. 1135—44, ist selber kein Sicherungsgeschäft, wol aber sind bestellte Grundschulden zur Sicherheitsleistung zu benutzen.

[g]) Trotzdem sie als neues Passivum auf seinem Vermögen lastet, denn der Inhalt dieses Passivums ist kein neuer, sondern einfach Reproduktion einer andern bereits bestehenden Last. Darum ist, abgesehn von andern Gründen, Pfandbestellung seitens des Schuldners niemals Schenkung.

[h]) Vgl. unten N. p,.

[i]) Weil er ein Passivum auf sein Vermögen bringt, dessen Inhalt für dieses stets eine neue Last ist. Gleichgültig hiebei ob der Dritte paritätisch neben, oder subsidiär hinter dem Prinzipalschuldner sich verpflichtet. Dagegen verdient das allerdings Beachtung, ob der Dritte mit der Uebername des Passivums zugleich einen Regressanspruch (a. mandati, a. negotior. gest.) auf Deckung seines etwaigen Schadens sich erwirbt, oder nicht.

gestellt bleibt, ob und wieweit tatsächliche Verärmerung[k]) ihn treffen wird. Vorteilhaft wird das seitens eines Dritten vorgenommene Sicherungsgeschäft dem Schuldner meist sein[l]), bereichert aber wird er nur, wenn das als Sicherung bestellte Recht auch zur tatsächlichen Befriedigung des Gesicherten ausgenuzt wird[m]).

Eigentümlichkeiten der Sicherungsgeschäfte, betreffs des Tatbestandes:

dass neben Verträgen unter Umständen einseitige[n]) Erklärungen zur Herstellung genügen;

betreffs der Rfolgen:

dass sie den Rechtssätzen über Zweckbestimmungen, insonderheit Felen und Feler derselben, wie diese für die übrigen Zuwendungen gelten, nur beschränkt[o]) unterliegen, wol aber wegen Benachteiligung der (anderen) Gläubiger des Sicherers angefochten[p]) werden können.

---

k) Zweifelhaft, ob der Gesicherte auf die Sicherung zu seiner Befriedigung greifen wird; und, falls dies geschähe, welchen Erfolg eine Regressklage hätte.

l) Indem es seinen Kredit hebt.

m) d. h. Zalung oder ein Zalungssurrogat stattfindet.

n) So besonders der "iussus", über dessen Beschaffenheit Salpius Novation u. Delegat. § 9—12, Pernice Labeo I S. 504—14. Sicherungen die accessorisch bei andern Rgeschäften unverabredet zur entstehung gelangen, vgl. DHGB. 313—15, 374, 382, 409 u. s. w., können hier bei den Sicherungsgeschäften ausser betracht bleiben.

o) Beil. I.

p) Gestüzt auf fr. 6 § 6, fr. 22 q. in fraud. cred. 42, 8 hat die Praxis im allgemeinen kein Bedenken getragen, die a. Pauliana wegen Verpfändungen zuzulassen, vgl. SA. II 116. XVIII 287, XXI 187, XXII 286, XXVII 194, XXXIII 355, nicht one Differenzen über die Bedingungen der Zulassung, SA. I 392, II 352, wobei namentlich die Ansicht vertretung gefunden, dass nur wider einen "conscius fraudis" geklagt werden dürfe, SA. IV 274 (Lüb.), VI 124, IX 356 (Celle), anders wieder SA. XX 98 und RE. III 48. Ueber das ältere gemeine R. O. Fischer, Anwendbark. d. A. Paul. auf .... Pfandbestellung [1875] und die andere Wi. II 463 N. 32 zitirte Litteratur. Für die Gegenwart ausschlaggebend

RKO. 23, 1, 2; 24, 1; 25, 2;

RG. v. 21, 7. 79. § 3, 1 und 4;

Prinzipiell gleichzustellen sind den Sicherungsgeschäften diejenigen Rechtsgeschäfte, durch welche bestehende Sicherungen aufgehoben[q]) werden.

Den Sicherungsgeschäften verwant sind Versicherungsgeschäfte[r]) und Garantieverträge[s]); weiterab liegen Strafverabredungen[t]) und Vorverträge[u]).

Die Zulässigkeit der Anfechtung von Pfandbestellungen aus diesen Vorschriften, (insbesondre aus KO. 24, 1 und RG. § 3, 1), ist von dem Reichsgericht konsequent anerkannt, RE. VII 35, XV 6, 15, XVI 7, vgl. IX 21; auch das nach RCPO. 708 durch Pfändung erworbene Recht wäre anfechtbar, RE. X 8; nicht aber die Befriedigung, welche der Gläubiger später aus einer an und für sich unanfechtbaren Pfändung bezogen hat, RE. XVII 6.

[q]) Denn dies sind die den Sicherung schaffenden Konstitutivakten (vgl. N. a,) korrespondirenden Restitutivübertragungen, Verzicht auf Bürgschaft und auf Pfandrecht, vgl. RE. X 42, auch Verzicht auf den Vorrang eines solchen vor andern, vgl. RE. X 30. XII 51, XVI 22, 57. Wenn c. 21 ad SC. Vell. 4, 29 derartige Verzichte der Weiber innerhalb gewisser Schranken für giltig erklärt, so ist dies eine von Justinian verordnete Singularität, wogegen die prinzipgemäsze Entscheidung im fr. 17 § 1 ad SC. Vell. 16, 1 durchschimmert, vgl. auch fr. 7 § 6 de donat. int. u. et u. 24, 1; dass einstweilen an c. 21 wider fr. 17 § 1 festzuhalten, ist mit RE. XVI 22 unbedenklich anzunemen. — Ebenso ist RE. XVI 57 oetreffs der Nichteinwirkung derartiger Verzichte auf die zu grunde liegende persönliche Forderung gewis beizutreten.

[r]) Das Versicherungsgeschäft geht allemal
auf Konstituirung einer Forderung und zwar einer prinzipalen,
die Konstituirung geschieht entgeltlich (das Versicherungsgeschäft ist also ein Tauschgeschäft), und
regelmäszig ist der Schaden der gedeckt werden soll fysischer Natur (kein Ausfall von Rechten, Ausname bei der Hypothekenversicherung).

[s]) Vgl. Stammler Civ. Arch. LXIX 1, auch RE. XIII 12.

[t]) Konventionalstrafe, regelmäszig vom Schuldner selber versprochen, schafft dem Gläubiger ebenso regelmäszig bedingte Vermögensmehrung, sie sichert gegen Nachlässigkeit und bösen Willen des Schuldners bei Ausfürung der Leistung, nicht gegen Unvermögen desselben.

[u]) Nur genannt weil Eisele über Realkontrakte, Zschr. f. Schweiz. Obl. R. III S. 24, gerade diese Geschäfte im hinblick auf ihre ökonomische Bedeutung als "Sicherungsgeschäfte" auffürt.

Beilage I. Anwendung der für die Zuwendungen gültigen Rechtsregeln auf die Sicherungsgeschäfte. — Je unsicherer an sich die zu sichernde Forderung ist, desto mehr schwindet die praktische Verschiedenheit der Sicherungsgeschäfte von andern Zuwendungen; wo überhaupt gar keine Aussicht wäre die prinzipale Forderung einmal zu realisiren, hört dieselbe ganz auf. Gleichwol scheint es nicht, als ob die Sicherungsgeschäfte auch in solchen Fällen den andern Zuwendungen schlechthin gleich zu behandeln wären.

Warum nicht? — Weil das Recht hier, wie sonst gewönlich, nicht in konsequenter Entwickelung aus einfachen Gedanken herausgewachsen, sondern je nach dem empfundenen Bedürfnis, also abhängig von mannigfaltigen Zufälligkeiten, gestaltet ist. Erst in späteren Stadien, der Art etwa wie dasjenige unserer Gegenwart, nachdem die naive Produktion aufgehört, und die Reflexion der Studirten die Arbeit übernommen hat, erweist sich der Zug, das ganze Recht prinzipgemäsz und logisch konsequent aufzuerbauen, als unwiderstehlich. Weshalb die Römer wol ein Masz für die gemeinen Schenkungen fixirt haben, aber keinen "modus modi", kein Masz der Auflagen welche dem Beschenkten so häufig gemacht wurden? höchst warscheinlich weil diese Auflagen auch onedies innerhalb bescheidener Grenzen sich zu halten pflegten. Und neuere Gesetze haben es überflüssig erachtet, die Quarta Falcidia zu reproduziren, weil die Neigung zum übertriebenen Vermachen bereits geschwunden, der Zaum überflüssig geworden war.

Aus der Menge der Sicherungsgeschäfte scheiden zunächst aus die Verpfändungen für eigne Schuld; nur wenn die Schuld eine blos irrtümlich angenommene wäre, könnten Kondiktionsfragen auftauchen, Verpfändung für Nichtschuld ist ein nichtiges Geschäft (cf. fr. 129 § 1 de R. I. 50. 17, fr. 11 § 3 de pign. a. 13, 7), aus demselben könnte der Pfandnemer tatsächlich bereichert sein (Verkauf, Antichrese); warscheinlich dass in diesem Falle eine Kondiktion zugelassen wäre, desgleichen dass derselbe nicht oft vorgekommen; also begreiflich, wenn er im C. J. nicht erwänt wird.

Von den übrigen Sicherungsgeschäften fällt dann, vermutlich um die Zeit wo die Kondiktionen ihre feinere Ausbildung erhalten, die eine Quasihälfte, die Weibergeschäfte, unter das SC. Velleianum. — Bleiben also nur Bürgschaften und Pfandbestellungen der Männer für fremde Schuld. Aus der Bereicherung die hiemit dem Gläubiger wird, kann wider diesen "quia suum recipit" nicht geklagt werden, vgl. auch Bo. VI 466 (freilich, unterliegt die prinzipale Schuld Beschränkungen, so treffen die selben auch die Sicherung, vgl. fr. 33 pr. de donat. 39, 5: "qui id

quod ex causa donationis stipulanti spoponderat solui constituit, actione constitutae pecuniae non in solidum, sed in quantum facere potest conuenitur"); nur wider den Schuldner. Aber wider diesen erwachsen regelmäszig a. mandati oder a. negotiorum gest., die den Kondiktionen im wege stehn. Es bleiben etwa folgende Fälle:

α, Verbürgung oder Verpfändung für einen Andern um nach Verabredung eine vermeintliche Schuld an diesen Andern abzutragen;

β, desgleichen für einen Andern, der uns für unsre Sicherheitsleistung eine spätere Gegenleistung zugesagt hätte (zB. meine Kusine zu heiraten), die dann ausbleibt (zB. weil meine Kusine einen Dritten heiratet);

γ, desgleichen donandi animo, vgl. fr. 9 § 3 de SC. Mac. 14, 6, fr. 6 § 2 mand. 17, 1, RE. I 124.

Bei α, hätte den Römern ein Zweifel über die zu wälende Formel kommen können; bei β, möchte es auch h. z. T. noch einmal bedenklich werden, ob auf Erfüllung oder Entschädigung zu klagen sei; bei γ, erscheint Insinuation zweifellos nicht an der Stelle, dagegen dürfte ein solches Geschäft unter Ehegatten nicht gültig und auch wegen Undanks zu revoziren sein.

Wo auch bei Sicherungsgeschäften platz für Kondiktionen wäre, ist die Gegenwart geneigt sie zuzulassen; hierauf weist schon die Prüfung, ob Pfand- und Hypothekenbestellungen zu den onerosen oder lukrativen Geschäften gehören, vgl. SA. XX 98 RE. III 48, IX 21, und RE. X 30 lässt schon wegen Einräumung der besseren Stelle eine condictio sine causa zu. Immerhin aber wird es wahr bleiben, dass zur Anfechtung von Sicherungsgeschäften die Gläubiger des Sicherers häufiger (vgl. N. p,) veranlassung haben werden als der Sicherer selber.

§ 106.

Die Ermächtigungsgeschäfte.

Die "Ermächtigungsgeschäfte" bilden eine grosze Gruppe durchaus nicht seltener Geschäfte, deren Gleichartigkeit meist übersehn[a]) wird. — Den Zuwendungen stehn die Ermäch-

[a]) Zusammenfassende Bearbeitungen felen gänzlich; der Name "Ermächtigung" ist gebräuchlich, vgl. zB. EBG. 118, "Erm. zur Vertretung"; aber über die Abgrenzung des Gebiets, auf welches dieser Name sich beziehn soll, steht so wenig fest, dass schon bei der nächsten Gelegenheit EBG. 127 zu andern Bezeichnungen "im voraus Ein-

tigungsgesch. darin gleich, dass sie das Vorhandensein eines Rechts[b]) bei dem einen Teile, dem "Ermächtiger", fordern, und dass von diesem Rechte[c]) Etwas auf den andern Teil, den "Ermächtigten", kommt; die wesentliche Verschiedenheit aber liegt zunächst darin, dass das dem Ermächtigten zukommende Etwas keines der allgemein bekannten und benannten Rechte[d]) ist.

Die "Ermächtigung" gibt dem Ermächtigten stets die Befugnis Ausübungsakte vorzunemen; und zwar

A, solche ganz one weitere rechtliche Folgen[e]),

B, solche mit Naturalfolgen welche rechtliche Folgen nach sich ziehn[f]),

C, Veräusserungsakte[g]). Hier ist weiter zu scheiden:

willigung" u. s. w., wodurch die Klarheit und Verständlichkeit dieses zudem sehr holperig gefassten Paragrafen nicht gewinnt.

[b]) Das fragliche Recht muss sich innerhalb des Dispositionsbereichs des Ermächtigers befinden, vgl. RE. VIII 83. Seiner Natur nach wird dasselbe meist, wie bei den Zuwendungen, ein Vermögensrecht sein, doch lassen sich Ermächtigungen auch bei Familienrechten, väterlicher Gewalt zB., denken.

[c]) Die Ermächtigungen stehn daher den konstitutiven Zuwendungsgeschäften am nächsten.

[d]) Beil. I.

[e]) Depositum Berechtigung nur zur Verwarung, Kommodat und Miete zur mehr oder weniger beschränkten Benutzung der Objekte der Rechte des Ermächtigers (beiläufig: wäre der Ermächtiger selber rechtlos, so würde auch das Tun des Depositars und des Kommodatars trotz gutem Glauben widerrechtlich sein). — Nur die rechtlichen Folgen solcher Ausübung wären selbstverständlich nicht fernzuhalten, dass eine Acquisitivverjärung ausgefürt oder Exstinktivverjärung ausgeschlossen würde, vgl. auch fr. 8 § 5 de prec. 43, 26. — Ueber die Benutzung von Wonungen vgl. fr. 5 pr., fr. 27, 32 de donat. 39, 5, fr. 18 de donat. int. u. et u. 24, 1.

[f]) Zwei Gruppen: einmal Berechtigung auch zu einem Gebrauch, der im Aufzehren besteht, wie bei Prekarium betreffs der Früchte, beim Pekulium, der Pacht und änlichem; zweitens Berechtigung zum Steinebrechen und änlichem, das zum Eigentumserwerb auf seiten des Ermächtigten fürt, vgl. fr. 6 de donat. 39, 5: "qui saxum mihi de suo eximere permisit ....., statim cum lapis exemptus est meus fit". cf. fr. 34 de dolo m. 4, 3, fr. 16 § 1 de praescr. u. 19, 5.

[g]) Die Veräusserung gilt uns als Art der Ausübung, vgl. I § 22 e,.

a, Befugnis einzelne im Vermögen des Ermächtigers befindliche Rechte[h]) zu übertragen,
  α, durch Rgeschäfte auf den Namen des Ermächtigers[i]),
  β, durch Rgeschäfte auf den Namen des Ermächtigten[k]).
b, Befugnis das ganze Vermögen des Ermächtigers mit Obligationen zu belasten; zu begründen insbesondre durch
  α, Vollmacht, GeneralV. oder SpezialV.[l]) zur Schuldenbegründung,
  β, Auftrag[m]), von weiterem oder engerem Umfang,
  γ, Vertragsofferte[n]),

[h]) Also Befugnis zu translativen konstitutiven und restitutiven Einzelübertragungen, aber nicht zur Konstituirung von Obligationen.

[i]) Erteilung von Vollmacht (= Befugnis zur direkten Vertretung) zu einer Zuwendung. Diese kann geschehn credendi c., soluendi c., donandi c.; seltener in einem Tauschgeschäft, da die Tauschgeschäfte meist Tauschforderungskonstituirungen sind, und also auch Vollmacht zur Obligationenkonstituirung erfordern würden.

[k]) Zum Vorteil entweder des Ermächtigten oder des Ermächtigers. Diese beiden Gruppen von Geschäften scheinen im Leben ziemlich weit auseinanderzuliegen:

α, A der Berechtigte ermächtigt den B seine (des A) Sachen zu eignem (des B) Vorteil zu verkaufen, zu verpfänden oder sonst zu veräussern; B bezieht also das Pretium für sich, bestellt das Pfand für seine Schuld, u. s. w.;

β, B soll die Sachen des A auf dessen Rechnung (Kommissionsgeschäft) verkaufen oder sonst veräussern. Hieher gehören auch Fälle wie der fr. 21 de nouat. 46, 2: "si debitorem meum iussero tibi soluere ..."

[l]) Beispielsweise zum Abschluss von Tauschgeschäften, vgl. N. i,.

[m]) "Auftrag" soll hier, one rücksicht ob einseitig oder vertragsmäszig erteilt, den Gegensatz zur "Vollmacht", also die Befugnis zu indirekter Vertretung bezeichnen. Auch der "Beauftragte" (in diesem S.) ist befugt den Vertretenen zum Schuldner zu machen, nur nicht des Dritten, sondern zu seinem (des Beauftragten) eignen.

[n]) Der Oblat wird durch die Kontraktsofferte in die Lage versezt, mittels Willenserklärung sich zum Gläubiger des Offerenten zu machen, freilich der Regel nach nicht one sich zu einem Entgelt zu verpflichten. Immerhin ist ihm über das Vermögen des Offerenten eine gewisse Macht gegeben, als Produkt der in der Offerte liegenden Ermächtigung. Neben der Kontraktsofferte kommt aber auch die Solutionsofferte als Ermächtigung in betracht, wie solche zB. in der Benachrichtigung des Gläubigers liegt, dass die geschuldeten Waren da und da zu seiner Verfügung stehn, RE. XIV 36.

δ, Kauf auf Probe[o]),

ε, Blankoskripturen[p]),

ζ, leztwillige Verfügungen[q]).

D, Kombinationen der zu A,—C, genannten Befugnisse[r]).

So verschieden diese Befugnisse von einander erscheinen, haben sie doch alle das gemein, dass der Erwerb derselben an sich nicht schon den Erwerber reicher und den Ermächtiger ärmer[s]) macht.

Ausgefürt werden die Ermächtigungsgeschäfte gewönlich durch einseitige[t]) Willenserklärungen; aber auch die Vertragsform ist bei den meisten[u]) zulässig, bei einzelnen[v]) unentbehrlich.

---

o) Beil. II.

p) Alle Blankogeschäfte, d. h. Uebergaben einer fertigen Unterschrift unter einer unfertigen Geschäftsurkunde zur beliebigen Fertigstellung dieser, sind Ermächtigungen, den Offerten nächst verwant (vgl. auch Sohm Zschr. f. H. R. XVII S. 70 f.); der Nemer der unfertigen Urkunde und seine Rechtsnachfolger werden "ermächtigt" durch Ausfüllung derselben das in aussicht genommene Rgeschäft mit dem Unterschriebenen zum Abschluss zu bringen. Durchweg entsprechend die Entscheidungen des Reichsgerichts, RE. III 19: "In der Hingabe liegt die stillschweigende Ermächtigung des Empfängers zur Ausfüllung", vgl. RE. II 24, 26, VIII 13, XI 2, 52, XII 26, XIV 7, 77 auch XVII 27:

> Wer seinen Namen auf ein leeres Stück Papier schreibt, gibt hiemit noch keine WE. ab. Uebergibt er das Papier einem Andern mit der Ermächtigung eine bestimmte WE. über den Namen zu schreiben ...., so kann auf diese Weise durch Ausfüllung des Blanketts eine beweisende und verpflichtende .... Urkunde hergestellt werden.

q) Die Delation gibt dem Berufenen kein (benanntes) Recht, wol aber die Möglichkeit des Erwerbs eines solchen, änlich wie die Offerte. Vgl. übrigens Beil. III zu B c,.

r) So begreift manche Vollmacht in sich ebensowol die Befugnis zur Veräusserung vorhandener Rechte, wie die zur Begründung von Forderungen wider den Vollmachtgeber; änlich mancher Auftrag. In der concessio peculii liegt neben der Berechtigung zum Benutzen auch die zur Veräusserung, nur nicht donandi causa, u. s. w.

s) Beil. III.

t) Jussus, Offerte, Erbeinsetzung, u. s. w.

u) Es ist durchweg nicht erfindlich, wie die Zustimmungserklärung des Empfängers der Ermächtigung auf diese störend oder abschwächend wirken könnte. Zweifellos haben Empfänger von Prekarien und Pe-

Regelmäszig sind Ermächtigungen widerruflich[w]), einige können auch unwiderruflich[x]), andere nur widerruflich bestellt werden[y]).

Manche Ermächtigungsgeschäfte bestehn als selbständige Rgeschäfte für sich[z]); manche erscheinen als Stücke des Tatbestandes eines anderen Rgeschäfts[aa]).

Vorgenommen werden sie im Interesse bald des Ermächtigers, bald des Ermächtigten, bald Beider, bald Dritter[bb]). Die Rechtssätze über die Bedeutung der Zweckbestimmung unter denen die Zuwendungen stehn, können nur ausnamsweise auf die Ermächtigungen anwendung finden[cc]). Auch die Anfechtung durch die Gläubiger könnte nur bei einzelnen, vor-

---

kulien bei der Entgegenname ihre Zustimmung regelmäszig bekundet, aus manchem Jussus, gleichviel wes Inhalts, ist Mandat geworden, wir kennen einen Delation bewirkenden Erbvertrag, u. s. w. Insbesondre bei der Offerte ist die Zustimmungserklärung wol zu scheiden von der Acceptation: diese macht aus der Offerte einen Vertrag; jene lässt Offerte Offerte bleiben, aber sie ermöglicht zB. eine vertragsmäszige Einigung über die Dauer der Zeit wärend welcher der Offerent an sein Wort gebunden sein soll, oder über den Gebrauch der übersanten Ware der nicht zum Behalten verpflichte; so kommen Kauf und andre Geschäfte "auf Probe" zu stande, vgl. Beil. II.

v) zB. Kommodat, Kauf auf Probe.

w) Prekarium, Pekulium, Mandat u. s. w.

x) Bei Kommodat und Kauf auf Probe sind die vertragsmäszigen Einigungen über die Ausdenung durch einseitigen Widerruf nicht zu brechen; vgl. auch Beil. III zu B b, und d,.

y) So Prekarium fr. 12 pr. de precario 43, 26, fr. 1 § 2, 2 § 2 eod.; ebenso Vollmachtsauftrag, nicht direkt in den Quellen entschieden, vgl. aber RE. III 53, auch ROHG. XXIII 109, EBG. 119.

z) zB. Prekarium, Kommodat, peculii concessio.

aa) So insbesondere die Offerte, als Teil des Vertrags.

bb) Die Beispiele zu allen diesen Möglichkeiten liegen auf der hand, man bedenke nur die verschiedenen Verwendungen des Mandats, Depositum Kommodat Prekarium Tauschgeschäftsofferte. — Der Gegensatz, ob Interesse des Ermächtigten oder nicht, würde von praktisch erheblicher Bedeutung sein, wenn es dabei sein Bewenden behielte, dass nur die in eigenem Interesse ausgeübte Detention die Spolienklage gäbe, RE. V 42; dawider schon c. 1 si per uim 8, 5, dazu Bekker R. d. Besitzes S. 378, und neuerdings EBG. 819.

cc) Diese Fragen stehn im nächsten Zusammenhange mit den in Beil. III behandelten; vgl. dazu auch § 102, Beil. II A b,.

zugsweise unwiderruflich gemachten Ermächtigungen in frage kommen[dd]).

Beilage I. Ueber unbenannte Rechte überhaupt s. I § 29 Beil. III. Dass zwischen den Ermächtigten und den Objekten derjenigen Rechte aus welchen die Ermächtigungen hervorgingen allemal rechtliche Beziehungen, Rechtsverhältnisse also, bestehn, ist eine Tatsache die vernünftigerweise nicht geleugnet werden kann: bei den allerschwächsten Ermächtigungen, wie solche im Depositum und Kommodat stecken, darf der Ermächtigte was der Nichtermächtigte nicht dürfte, sein Tun und Behandeln der deponirten und kommodirten Stücke ist ein erlaubtes, one die Ermächtigung wäre es unerlaubt; bei andern Ermächtigungen, beispielsweise dem Prekarium, Erlaubnis zum Steine brechen, peculii concessio, Generalmandat sind die Berechtigungen des Ermächtigten noch viel handgreiflicher. Ob wir diese Berechtigungen nun "Rechte" heissen oder nicht, das ändert am Wesen und Umfang derselben offenbar nichts, und ein etwaiger Streit bewegte sich ausschliesslich darum, ob wir wol daran täten, das Wort "Recht" (= "subjektives R.") in weiterem oder in engerem Sinne zu gebrauchen. Wohin die Entscheidung falle, darf der bisherige Zustand des Uebersehens nicht weiter andauern. Sind es "Rechte", so ist der Generalbegriff des subj. Rechts demgemäsz festzustellen, es ist diese Art der Rechte von der andern zu unterscheiden,

[dd]) Der Anfechtung bedarf es nicht bei all den Ermächtigungen, die mit Erfolg einseitig widerrufen werden können. Dagegen müssten in betracht kommen

I, Ermächtigungen im Interesse des Ermächtigten, bei denen wie beim Kommodat der freie Widerruf ausgeschlossen wäre; dass diese unter RKO. 25, 1, RG. v. 21. 7. 79 § 3, 3 fallen können, scheint unbedenklich;

II, Ermächtigungen zu Veräusserungen (Verkauf, Verpfändung u. s. w.) von Stücken aus dem Vermögen des Ermächtigers im Interesse des Ermächtigten, sobald der Ermächtigte hievon bereits gebrauch gemacht und durch die Veräusserung sich bereichert, zB. aus dem ihm zur Benutzung überlassenen Steinbruch für 10,000 M. Steine verkauft hätte. Ob dieselben Paragrafen in kraft treten, ist nicht ganz unbedenklich, da der Ermächtiger ärmer geworden ist nicht eigentlich durch eigene "unentgeltliche Verfügung", sondern durch die Veräusserung, die der Ermächtigte vorgenommen; aber doch wol anzunemen, da eben diese Veräusserung ihre Gültigkeit ausschliesslich aus der voraufgegangenen Ermächtigung schöpft, und der Gesetzgeber bei Wal des Wortes "unentgeltliche Verfügung" offenbar von dem Bestreben sich möglichst allgemein auszudrücken geleitet worden ist.

III, Ueber Blankogeschäfte vgl. Beil. III zu B.

und mit Namen zu versehn. Sollen es keine Rechte sein, so sage man was diese den Rechten immerhin verwanten Rechtsverhältnisse sonst sein sollen, und man definire das subj. Recht also, dass schon aus der Definition klar wird, warum diese Rechtsverhältnisse Nichtrechte sein müssen, das "Dürfen" und "Können" von "obj. Rechtes wegen" haben sie augenscheinlich mit den "Rechten" gemein.

Beilage II. Der Kauf auf Probe, DHGB. 339 ist in der tat nichts anderes als das vertragsmäszige Ausmachen einer die normale Frist überragenden Dauer der Wirkungen einer Verkaufsofferte. — Die Natur dieses Geschäfts hat bekanntlich zu sehr gelehrten und in beziehung auf Nebenfragen förderlichen Untersuchungen anlass gegeben, vgl. Goldschmidt Fitting Unger und wieder Fitting in der Zschr. f. H.R. I, II, III, V, auch Fitting (berichtend) Civ. Arch. XLVI, und neuerdings Unger Jarb. f. Dogm. XXV S. 322 f. [1887] — Unger hatte früher, im Gegensatz zu der praktischen Bedeutung des Geschäfts, gestüzt auf die Regel, dass Suspensivbedingungen nicht auf "das blosze Wollen, reine Willkür des Verpflichteten" gestellt werden dürften, behauptet, dass es bei demselben nicht auf das freie Belieben und die von der Beschaffenheit der Ware unabhängige Genemigung des Käufers ankommen könne; dafür aber ausser bei Brinz Pand. (1) I S. 1469 kaum Zustimmung gefunden. Da auch das DHGB. auf das unzweideutigste wider ihn sich entschieden, zieht U. jezt, wenn auch nicht one einiges Bedauern, seine ältere Meinung zurück, beleuchtet die höchst unerquickliche Zerfarenheit der modernen Litteratur über die Erklärung des vorliegenden Problems, und kommt dann nach genauer Prüfung der Quellen zu Resultaten, die im wesentlichen zutreffend, nur durch die etwas künstliche Begründung minder überzeugend erscheinen.—

Schon im J. 73 hatte ich in der kr. V.schr. XV S. 532 f., insb. S. 546, auf eine Inauguraldissertation von Caro verwiesen, die zu dem Resultat kommt, der Kauf auf Probe sei in der tat kein bedingter Kauf, sondern nur das vertragsmäszig fixirte Angebot eines solchen. Erst nachträglich habe ich erfaren, dass Caro diese Konstruktion wol nicht selber gefunden, sondern von einem der ersten Handelsrechtslehrer der Gegenwart, der nur noch nicht dazu gekommen dieselbe litterarisch auszufüren, übernommen hat. Es ist überraschend dass wie Unger auch Windscheid Pand. II S. 479 f., Regelsberger in Endemanns HandelsR. II S 587 f., Bechmann Kauf. II S. 226 f., Hanausek Haft. d. Verkäufers I S. 273 die sehr tüchtigen Ausfürungen von Caro übersehn haben.

Ob die Römischen Juristen die "emptio si res placuerit" schon ebenso angesehn haben, kann dahingestellt bleiben, da konstruktive Jurisprudenz überall ihre Stärke nicht gewesen ist, und namentlich die Lehre von der Offerte nur sehr kümmerliche Pflege erfaren hat. In der Gegenwart aber trifft die vorgetragene Anschauung den Nagel auf den Kopf; sie entspricht dem waren Willen der Parteien, ergibt keine juristische Ungeheuerlichkeit, und gerade die praktischen Konsequenzen welche das Leben fordert, alle "heikeln Streitigkeiten über das effektive Gefallen der Sache" sind abgeschnitten, und es unterliegt keinem Zweifel dass der Kauf "si pretium placuerit", so wie analog gestaltete Miet- und sonstige Tauschgeschäfte ebenso wirksam abgeschlossen werden könnten (vgl. Unger a. a. O. S. 352 — 54.).

Beilage III. Durch zwei Hauptkennzeichen unterscheiden sich die Ermächtigungen von den Zuwendungen:

A, sie übertragen keine benannten Rechte,
B, sie mindern und mehren die Vermögen nicht, sondern bereiten nur andere Akte vor, welche eine Vermögensminderung oder -mehrung bewirken.

Zu A. Welche Rechte benannt sind welche nicht, ist das Produkt einer historischen Entwickelung, d. h. es kommt dabei an nicht sowol auf das wirkliche Vorhandensein von Differenzen, als darauf dass der Lauf der Ereignisse die Menschen zu der Erkenntnis und Berücksichtigung solcher Differenzen gedrängt hat. Zufälligkeiten haben den Prätor bestimmt nur einzelnen Mietern und Pachtern eine utilis R. V. zu geben, und diesen Zufälligkeiten haben wir es zu verdanken, dass wol Superficies und Emfyteusis ("ager uectigalis") als Rechte anerkannt sind, aber nicht die Beziehungen anderer Pachter zum Pachtlande, obschon der Pachter eine viel weiter gehende Herrschaft über dies Land besizt als mancher Servitutenberechtigte. Darum suchen wir nach einem prinzipiell besser begründeten Unterscheidungszeichen, das dann selbstverständlich mit dem prinzipiell schlechter begründeten in den Ergebnissen nicht durchgängig übereinstimmen kann.

Zu B. Die Zuwendungen rücken Vermögensstücke aus einem Vermögenskreise in den andern. Denken wir uns unmittelbar nach ausgefürter Zuwendung Eröfnung des Konkurses über beide Vermögen, des Zuwenders und des Empfängers, kein Zweifel dass das zugewante Stück nicht mehr von den Gläubigern des Zuwenders, wol aber von denen des Empfängers in anspruch zu nemen ist. Derselbe Vorgang unmittelbar nach einer Ermächtigung: regelmäszig ist aus dem Vermögen des Ermächtigers noch nichts ausgeschieden, ins Vermögen des Ermächtigten noch nichts

gekommen, auch wird meist die Ermächtigung nach der Konkurseröfnung erlöschen, und damit auch dem Ermächtigten (und jenachdem seinen Gläubigern) die Gelegenheit zu späterer Vermögensmehrung abgeschnitten sein. Dabei ist zu bedenken, dass die eine Hälfte der Ermächtigungen abzielt, wenn auch auf ein Aermerwerden des Ermächtigers, doch auf kein Reicherwerden des Ermächtigten; so bewirken Jussus und Mandat an sich zweifellos keine Bereicherung des Ermächtigten, vgl. fr. 21 de nouat. 46, 2: "... non statim tu etiam stipulando id nouare possis ...", die Forderung gehört noch zum Vermögen des Ermächtigers, noch kann er, können seine Gläubiger sie zurückziehn.

Bedenklicher sind die Fälle der andern Seite, wo die Ermächtigung abzielt auf einen späteren Erwerb des Berechtigten. Hier stehn wieder über Zweifel alle ausgesprochen frei widerruflichen Ermächtigungen, wie Prekarium Pekulium. Dagegen lässt sich

a, im hinblick auf DHGB. 297, vgl. EBG. 89, verteidigen dass eine Offerte wegen ausgebrochenes Konkurses (also unter Umständen, wo Offerent selber nicht widerrufen dürfte) auch von den Gläubigern des Offerenten nicht widerrufen werden kann;

b, beim Kauf auf Probe desgleichen — In den zu a, gehörigen Fällen dürfte allerdings Oblat kaum selber geneigt sein mit einer Konkursmasse zu kontrahiren, wogegen zu b, die Aufrechterhaltung des Kaufes wol den Interessen des Käufers entsprechen könnte. Aus diesen Entscheidungen folgt keineswegs, dass auch beim Konkurse des Oblaten oder Käufers die Konkursmassen acceptationsberechtigt seien, da in der Regel anzunemen sein wird, dass der Offerent keinen andern Willen erklärt habe als den, mit einem Solventen zu kontrahiren.

c, Die hereditas delata gehört noch nicht zum Vermögen desjenigen an den die Delation erfolgt ist, vgl. § 108 Beil. II 2, seine Gläubiger können ihn so wenig zum Antritt zwingen wie selber antreten, vgl. Köppen Syst. d. heut. R. Erbrechts S. 258, auch § 108 Beil. III a. E.

d, Dagegen werden die Berechtigungen aus einem auf feste Zeit gegebenen Kommodat, ebenso aus Miets- und Pachtkontrakten (man bedenke namentlich die Fälle, wo das ganze Miet- oder Pachtgeld im voraus gezalt wäre), von den Gläubigern des Kommodanten und Vermieters oder Verpachters nicht zu widerrufen, und wol auch von den Gläubigern des Kommodatars und Mieters oder Pachters festzuhalten sein, falls diese Berechtigungen nicht überhaupt blos einer bestimmten Person eingeräumt waren.

e, Am meisten Schwierigkeit scheinen die Blankogeschäfte zu machen, indem diese offenbar nicht alle ein und derselben Regel

folgen wollen. Der mit Blankogiro begebene Wechsel geht aus dem Vermögen des Gebers in das des Nemers über, die Gläubiger Dieses, nicht die Jenes haben anrecht auf ihn. Uebergebe ich denselben Wechsel, oder eine andere ältere Schuldurkunde mit Blankocession, oder einen vorläufig in blanco ausgestellten Schuldschein von mir dem Kommissionär zur Verwertung für mich, so gehören alle diese Stücke bis auf weiteres noch zu meinem Vermögen, nicht zu dem des Kommissionärs. Daraus folgt dass, wenn auch im Blankoschreiben an sich allemal nichts liegt als eine Ermächtigung, oder richtiger der Beginn einer solchen weil die Weggabe hinzukommen muss, die Weggabe des Blankopapiers sein kann bald Zuwendung, bald Ermächtigung.

Gesammtresultat: dass in ihren Grenzgebilden Zuwendungen und Ermächtigungen nahe an einander stoszen; dass gewisse Geschäfte, die wir da sie keine benannten Vermögensrechte übertragen zu den ermächtigenden gestellt haben, eigentlich Zuwendungsgeschäfte sind, vgl. B d,; endlich dass die äussere Form, (zB. Uebergabe eines Blankopapiers) nicht allemal einen sichern Schluss, ob Zuwendung oder Ermächtigung vorliegt, gestattet.

§ 107.

Die Ratihabitionen[a].

Ar. 78. Ba. 66. Bz. (1) 373. De. I 84, 119, 124. Ke. 31. Pu. 51. Se. I 89, II 346. Si. I 18. Va. I 88. Wä. I 84. We. 48, 59. Wi. I 74, 81, 83.

Alle Ratihabitionen[b] sind Rechtsgeschäfte zur Bestärkung anderer voraufgegangener schwach wirkender Geschäfte[c], durch

---

[a] T. D. ratam rem haberi et de ratihabitione 46, 8, cf. TT. C. 5, 16,—5, 74. Girtanner de ratih. neg. gest. [Hab.Schr. 48], Griesinger z. L. v. d. Ratih., L. Seuffert d. L. v. d. Ratih. d. Rgesch., Zimmermann d. L. v. d. stellvert. Negot. gestio, Bertolini l. ratifica degli atti giuridici [Roma 89] I; weitere Litteraturangaben bei Seuffert Zimmermann und Bertolini. — EBG. 127.

[b] Vgl. § 98, Beil. I. — Ueber das Wort "ratihabitio" Seuffert a. a. O. § 1, Bertolini § 2; über die geschichtliche Entwickelung des Instituts Pernice Labeo I 514—18.

[c] "Schwach wirkende Geschäfte": es ist nachdrücklich zu betonen, dass eine Ratihabition zur Wirksamkeit nur gelangen kann, wenn das voraufgegangene Geschäft weder absolut nichtig, noch auch voll wirksam. Lezteres ist zweifellos, aber auch jenes gewis. Ein Geschäft das niemals vorgenommen wäre, "neg. nullum" in diesem Sinne, kann nicht durch Ratihabition ins leben gerufen werden, ebensowenig ein wegen

Willenserklärung Desjenigen den die (neuen) stärkeren Rfolgen treffen[d]).

Der Grund der durch Ratihabition zu beseitigenden Schwäche liegt allemal in einem Tatbestandsfeler[e]) des ersten Geschäfts. So verschieden wie die einzelnen felerhaften Geschäfte, sind auch die einzelnen Arten der Ratihabition; insbesondere kommen in betracht

A, Verfügungen über fremdes Vermögen one die erforderliche Ermächtigung,

a, auf Rechnung des Herrn des fremden Vermögens, und zwar

α, auf Namen desselben[f]),

β, nicht auf Namen desselben[g]),

Formfelers nichtiges. Soll in solchen Fällen doch noch gültig kontrahirt werden, so muss das neue Geschäft mehr als blosze Ratihabition, Vollgeschäft für sich sein. Nun sind wir geneigt Veräusserungen fremder Sachen one Zustimmung des Herren für "nichtig" auszugeben; richtig insofern, als nicht die normalen Veräusserungsfolgen eintreten, falsch, insofern solcher Akt nicht Nichts ins leben ruft, sondern ein Etwas, aus dem durch blosze Ratihabition die Normalfolgen zu machen sind. — Leider sind wir noch nicht darüber hinaus, mit den Ausdrücken "nichtig" u. s. w. nach dem schlechten Römischen Vorgange gar verschiedenartige Dinge zu bezeichnen. — Vgl. noch Beil. IV.

[d]) One weiteres evident bei den Ratihabitionen zu A, a, und b, und zu C, a, und b, aber anzunemen auch bei denen zu B,: wer konsentirt gibt damit sein Verbietungsrecht auf, somit "trifft" ihn die Rfolge seiner Ratihabition.

[e]) Gewisse Arten der Ratih. (zu A, u. B, des Textes) setzen allemal einen unvollkommenen Tatbestand des zu sanirenden Geschäfts voraus, wärend bei den andern (zu C,) nach Umständen übervollkommene wie unvollkommene Tatbestände die Sanirung gestatten.

[f]) Simulirte direkte Vertretung: das Felen der Ermächtigung (Vollmacht) schliesst gleichmäszig Mehrung wie Minderung des Vermögens des Vertretenen durch Rechtsgeschäft aus. Auseinanderzuhalten sind die Fälle, wo dies Felen ein offenes und wo dasselbe ein verstecktes (nur einem, oder keinem der kontrahirenden Teile bekannt) ist; über die praktische Bedeutung des Unterschieds unter N. i, k, auch Beil. II A, B,.

[g]) Indirekte Vertretung, one Befugnis zu derselben: dies Felen ändert an dem Erwerbe den der Vertreter (Kommissionär, Trödler u. s. w.) auf eignen Namen (aber vermeintliche fremde Rechnung) macht nichts, dagegen sind die Veräusserungen aus dem Vermögen des Quasiver-

γ, Verfügungen über eignes Vermögen in Erwartung dass der Herr des fremden Vermögens dieselben auf seine Rechnung übernemen werde[h]);

b, auf eigene Rechnung[i]).

Die Ratihabition hat hier das felende Tatbestandstück "Ermächtigung" zu ersetzen, sie ist also selber ein Ermächtigungsgeschäft[k]), dessen Eigentümlichkeit auf seiner zeitlichen Stellung[l]) beruht. Hiernach entscheidet sich Wer derart zu ratihabiren befugt ist, und in welcher Form diese Ratihabition

tretenen wirkungslos, auch erwächst dem Quasivertreter wider den Quasivertretenen aus etwaigen Auslagen keine a. mandati contraria, vgl. Beil. I.

[h]) Streng logisch gehören diese Fälle, als Verfügungen über nicht fremdes Vermögen, nicht an diesen Platz; praktische Rücksichten empfelen sie im Zusammenhange mit den vorangestellten zu behandeln, vgl. Beil. I.

[i]) Veräusserung (einschliesslich Verpfändung) fremder Vermögensstücke auf eignen Namen und zu eignem Vorteil; auch bei diesen Rgeschäften kann das ware Rverhältnis, dass nämlich ein Dritter der Berechtigte und dass die erforderliche Ermächtigung seitens Dieses zur Zeit felt, bald offen und bald versteckt liegen, und die Veräusserung entweder mit Hinweis auf die zu erwartende spätere Genemigung des Berechtigten, oder darone geschehn. Vgl. fr. 20 pr. de pign. a. 13, 7, fr. 16 § 1 de pign. 20, 1, und etwa noch fr. 165 pr. de R. I. 50, 17, fr. 2 de man. uind. 40, 2, c. 2 si adu. don. 2, 29. In neueren Spruchsammlungen treten derartige Fälle selten auf, vgl. aber RE. IV 72 (Legat einer fremden Sache).

[k]) Bei den Geschäften zu a α, ist noch eine andere Auffassung möglich, zumal wenn der Vollmachtsmangel ein offener, und demgemäsz von den kontrahirenden Teilen (Quasivertreter und Dritten) die nachfolgende Ermächtigung seitens des Quasivertretenen in aussicht genommen ist: der vorläufige Geschäftsabschluss erscheint als Offerte des Dritten an den Quasivertretenen durch Vermittelung des Quasivertreters, die Ratihabition demgemäsz als Annameerklärung. — Etwas gezwungener erscheint dieselbe Auffassung bei verstecktem Vollmachtsmangel: der Dritte würde warscheinlich, wenn er den Vollmachtsmangel gekannt hätte, eine solche Offerte gewollt haben; aber wer weiss ob er, wenn er den Vollmachtsmangel erkannt, auf das Geschäft überhaupt sich eingelassen hätte.

[l]) Dass es dem äussern Geschäftsabschluss durch den Quasivertreter und den Dritten nicht vorangeht sondern folgt.

zu geschehn[m]) hat. Die Zeit[n]) der Zulässigkeit kann gesetzlich und vertragsmäszig beschränkt sein; teilweise Ratihabitionen sind nur unter besonderen Voraussetzungen[o]) zulässig.

B, Verfügungen in beziehung auf das eigne Rechtsgebiet, die des Konsenses Anderer bedürfen, und diesen Konsens nicht gefunden haben. Die Ratihabition beschafft den felenden Konsens[p]) nachträglich.

C, Verfügungen in beziehung auf das eigne Rechtsgebiet die ungültig zu stande gekommen, weil[q])

---

[m]) Beil. II.

[n]) Beil. II B,.

[o]) Teilweise Ratihabition, ausfürlich darüber Bertolini § 15, ist unbedenklich bei reinen Erwerbsgeschäften (Schenkungsanname) und bei reinen Veräusserungen (Hingabe als Geschenk, oder Dos); im Interesse des Dritten bedenklich bei allen Tauschgeschäften im w. S. einschliesslich der Darlensgabe und Darlensname (Geld gegen Forderung). Wenn gleichwol fr. 17, 18 rat. r. hab. 46, 8, vgl. fr. 4 § 1 de V. O. 45, 1 teilweise Ratihabition gestatten, so erklärt sich dies am besten daraus, dass in gerade den Fällen, auf welche diese Stellen sehn, das Interesse des Dritten durch die partielle Ratihabition nicht geschädigt wird, so Zimmermann a. a. O. § 9, etwas anders Seuffert § 15 der aber auch zu dem Resultat gelangt, bei zweiseitigen Geschäften die teilweise Ratihabition für regelmäszig unzulässig zu erklären. Wo teilweise Ratihabition überhaupt ausgeschlossen ist, erscheint auch bei mehren Erben eines Vertretenen das Auseinandergehn betreffs der Genemigung unzulässig. ROH. XII 4 stellt, freilich zunächst für das Pr. R., den Grundsatz auf: dass der D. der das ihm bekannt gewordene Geschäft des N. G. stillschweigend und vorbehaltlos teilweis erfüllt, als ein solcher anzusehn ist, welcher dies Geschäft überhaupt genemigt hat.

[p]) Die Gruppe ist bunt, die Konsensberechtigungen sind mannigfaltig, begründet in den Interessen bald der Konsensbedürftigen, bald der Konsensberechtigten, bald Beider in verschiedenen Schattirungen. Details in den Speziallehren; vgl. einstweilen SA. XIII 114, 273, XVII 88, XVIII 155, ROHG. II 97, IV 62 Fälle des eheherrlichen Konsenses; SA. XI 229 (Darlen), ROHG. XVII 90, RE. III 89 des väterlichen Konsenses; ROHG. XXI 68 Vormund; XXV 298 obervormundschaftliches Dekret, RE. VII 67 S. 236 Kirchenvorsteher.

[q]) Ausdrücklich hervorzuheben, dass von Ratihabition nur in den beiden zu a, und b, gestellten Gruppen zu reden ist, nicht bei andern (von a, verschiedenen) Fällen des unvollkommenen Tatbestandes, zB. beim Felen der Handlungsfähigkeit der Parteien, oder wesentlicher Formen

a, dem Verfüger bei Vorname der Verfügung die erforderliche Dispositionsgewalt felt[r]);

b, die Besonderheiten des Zustandekommens negative Rechte ins leben gerufen[s]) haben.

Die Ratihabition geht aus von dem Verfüger selber; sie erfordert zu C a, dass Dieser die erforderliche Dispositionsgewalt erworben[t]), zu C b, dass die die negativen Rechte begründenden Umstände in wegfall gekommen[u]).

---

des Geschäfts; denn um hier zu einem gültigen Geschäft zu gelangen, muss dasselbe entweder gänzlich neu abgeschlossen werden, vgl. SA. VIII 31, BE. VII 347, oder es muss der bisher unvollständige Tatbestand vollständig gemacht werden, und wenn auch die Ratihabition regelmäszig (ausgenommen C b,) Tatbestandserfüllung ist, so ist doch darum gewis nicht jede Tatbestandserfüllung auch regelmäszig Ratihabition; vgl. Beil. IV.

[r]) Beispiele: M verfügt auf eignen Namen und one Vorbehalt über Vermögensstücke des N, die hiernach die seinen (des M) werden (nur hiedurch unterscheidet sich dieser Fall von den unter A b, gestellten); oder der Herr einer Sache unter Veräusserungsverbot (vgl. I 79), nachher kommt das Veräusserungsverbot in wegfall; verwant, der Gemeinschuldner nimmt Veräusserungen von Stücken der Konkursmasse vor, danach wird der Konkurs aufgehoben. Auf der Grenze zu B, liegt der andre Fall: P bedarf zu den Verfügungen über seine eigenen Sachen des Konsenses des T, und veräussert one diesen gewisse Stücke an Q, nachher hört die Konsensbedürftigkeit des P auf, vgl. EBG. 65, 6: ".... so tritt seine Genemigung an die Stelle der Genemigung des gesetzlichen Vertreters".

[s]) Beispielsweise: exc. doli, quod metus c., exc. SC. Macedoniani, SC. Vellaeani — vgl. Seuffert a. a. O. § 21, 22, und unten § 108 insb. N. o, und Beil. IV.

[t]) Zweifelhaft könnte nur werden, ob nachdem dieser die Dispositionsgewalt erworben es überhaupt noch eines Ratihabitionsaktes bedarf, oder das Geschäft one weiteres Zutun erstarkt. Für das Röm. R. steht fest, dass wenn M (vgl. N. r,) nachträglich Eigentum erwirbt, dies nicht one weiteres auf den N übergeht, dieser vielmehr nur die exc. r. uenditae et traditae gegen die Vindikation des M haben würde. Zugleich steht aber auch fest, dass wenn über beide Vermögen der Konkurs eröffnet würde, das fragliche Stück in die Masse des N gezogen werden müsste. Wäre der Ratihabition des M danach heute noch praktischer Wert beizumessen? vollends bei den gleichfalls in N. r, gedachten Veräusserungen des Kridars, vgl. RKO. 6: ".... den Konkursgläubigern gegenüber nichtig". Anders bei dem ebendort

Alle Ratihabitionen bewirken, dass das ratihabirte Geschäft fortab[v]) einem von vornherein gültig abgeschlossenen gleich wirkt. Dies geschieht in den Fällen zu A, B, und C a, durch eine Mehrung der ursprünglichen Geschäftswirkungen, bei C b, durch Beseitigung der dagegenwirkenden Kräfte. Die Zurückziehung der Ratihabitionsfolgen ist daher bei C b, selbstverständlich und vollständig[w]), in allen andern Fällen ein Kunstprodukt, dessen Umfang der Gesetzgeber beliebig zu bestimmen[x]) hat.

Beilage I. Geschäftsfürung des Einen für den Andern pflegt sich vorzugsweise in drei Richtungen wirksam zu erweisen:

A, Erwerb, in das Vermögen des Andern;

B, Veräusserung aus dem Vermögen des Andern, einschliesslich der Uebername von Verpflichtungen, wie beispielsweise auch durch Entgegenname von Zustellungen, vgl. RE. IX 12 (S. 69);

C, Verwendungen aus eignem Vermögen (aus dem des Andern sieh unter B) zu gunsten des Andern, zB. Zalung von Schulden, Impensen auf Sachen, Uebername von Verpflichtungen.

C, kann für sich allein vorkommen, vgl. zB. fr. 5 § 10, 13, fr. 9 § 1, fr. 40, 44 pr. de neg. gest. 3, 5, aber auch in Verbindung mit A (ausgefürtes Tauschgeschäft); wie ebenso auch A, und B, sowol für sich wie in Verbindung mit einander auftreten.

berürten Grenzfall, hier wäre wenigstens nach EBG. 65, 6 die Ratihabition von unbestreitbarer Bedeutung.

[u]) D. h. nachdem Zwang Betrug u. s. w. in wegfall gekommen, denn die erfolgreiche Beseitigung der negativen Rechte darf nicht selber wieder negative Rechte zeugen. Näheres über gerade diese Art der Ratihabition in dem gleich folgenden § 108.

[v]) Ueber die gemeinhin angenommene Rückziehung s. Beil. III.

[w]) D. h. praktisch macht es keinen Unterschied, ob ein Geschäft von anfang an unangreifbar, oder ob dasselbe anfangs angreifbar gewesen, wenn es zuerst nicht angegriffen und danach unangreifbar geworden ist.

[x]) Nichts wider die gesetzgeberische Omnipotenz; aber der vernünftige Gesetzgeber wird doch Bedenken tragen, Fälle wo Einem gegeben wird was er bisher noch nicht gehabt, und andere wo Einem belassen wird was er schon gehabt, und nur die Gefar der Entziehung in fortfall kommt, in denselben Ramen zu spannen; vgl. übrigens Beil. III.

Alle drei kommen vor mit oder one Ermächtigung des Andern, und mit hienach unterschiedenen Rfolgen, für die es übrigens gleichgültig ist, ob A, B, C, je allein stehn, oder nicht:

A, mit Ermächtigung, die, wenn sie überhaupt wirksam sein soll, Ermächtigung zum Erwerbe auf den Namen des Andern (direkte Vertret.) sein muss; beiläufig dass gerade bei den gewönlichsten Fällen der Art, Erwerb von Besitz und Eigentum, auch die Römer schon direkte Vertretung gekannt haben, vgl. fr. 41 de usurp. 41, 3, fr. 20 § 2 de A. R. D. 41, 1, § 5 I. per q. per. 2, 9,; Wirkung: Erwerb des Andern (des Vertretenen);
— one Ermächtigung: kein Erwerb des Andern, je nach Umständen Erwerb des Vertreters. Die Ratihabition dient also dem Zwecke, das fragliche Recht jenachdem von dem Dritten oder von dem Vertreter auf den Vertretenen zu bringen, vgl. fr. 42 § 1 de adq. u. am. p. 41, 2, SA. XIV 102, ROHG. IX 74, vgl. SA. XV 223, auch XXI 44 (Cession).

B, mit Ermächtigung die hier doppelgestaltet sein kann:

a, auf Namen des Andern zu veräussern (direkte Vertr.);

b, auf eigenen Namen als Kommissionär Trödler u. s. w. zu veräussern; in beiden Fällen geht das Recht des (direkt oder indirekt) Vertretenen unmittelbar auf den Dritten über. Eine Unterart ist die Konstituirung von Schulden des Andern, die aber nur zu a, (dir. Vertr.) vorkommen kann, da die Schulden stets auf den Namen des Vertretenen gestellt werden müssen. Wirkung: Veräusserung aus dem Vermögen (jenachdem obligator. Verpflichtung des Verms.) des Andern;
— one Ermächtigung: zu a, wie zu b, kein Uebergang aus dem Vermögen des Andern (dir. od. indir. Vertret.) in das des Dritten (resultirende Beziehungen zwischen dem Dritten und dem Vertreter interessiren hier nicht). Zweck der Ratihabition, die Veräusserung herbeizufüren; vgl. SA. XIX 229, ROHG. X 86 (Uebername von Verbindlichkeiten), SA. XXV 271 (Verkaufskommission).

C, mit Ermächtigung: Anspruch auf vollen Ersatz, a. mandati contraria;
— one Ermächtigung: Anspruch auf Ersatz nach Umständen, a. neg. gestorum contr.. Zweck der Ratihabition, Vervollständigung des Ersatzanspruchs; fr. 60 de R. I. 50, 17, cf. fr. 8 de neg. gest. 3, 5, fr. 12 § 4 de solut. 46, 3; SA. XI 38. BOHG. I 22.
Dazu Seuffert a. a. O. § 10.

Beilage II. Erfordernisse dieser Ratihabition:
A, Berechtigt zu ratihabiren sind regelmäszig dieselben Personen welche die felende Ermächtigung auch rechtzeitig zu erteilen ver-

mocht hätten (SA. XVI 122 Ratihab. der vom falsus tutor geschlossenen Geschäfte durch einen uerus t.). Ob die Ratihabitionsberechtigung im Falle des Todes auf die Erben, im Falle des Konkurses auf die Gläubiger des ersten Berechtigten übergeht? — Hier ist zu unterscheiden, je nachdem das Felen der Ermächtigung offen oder versteckt geblieben (vgl. N. f,): bei offenem Felen, sind etwa getroffene Verabredungen ausschlaggebend. Wo diese nicht getroffen sind, ist anzunemen, dass im allgemeinen der Dritte kein Interesse hat, die Ratihabition seitens der Erben und Gläubiger auszuschliessen, er färt dabei nicht schlechter als wenn er mit dem Vertretenen selber abgeschlossen hätte, und dieser nachher verstorben oder dem Konkurs verfallen wäre; wo also keine besondern Gründe die Ratihabition durch Erben und Gläubiger verbieten, muss dieselbe zugelassen werden; vgl. Seuffert a. a. O. S. 25—28, Zimmermann a. a. O. § 14—15, auch fr. 18 rat. r. hab. 46, 8, fr. 4 § 1 de V. O. 45, 1, fr. 22 § 6 rat. r. hab., fr. 58 § 1 de sol. 46, 3, dann als Beispiel eines Falles der Unzulässigkeit fr. 7 rat. r. hab. —

B, Zeit der Ratihabition, eingehend behandelt von Bertolini a. a. O. § 16. — Wieder ist zwischen offenem und verstecktem Felen der Ermächtigung zu unterscheiden, und wieder gelten bei jenem zunächst die getroffenen Verabredungen, erst in ermangelung solcher tritt die fr. 13 de solut. 46, 3, fr. 12 § 2 rat. r. hab. 46, 8 gegebene Regel in kraft; vgl. SA. XV 223, BE. VII 34, RE. XVII 18 S. 77. Bei verstecktem Felen dürfte der Fall nach Umständen zu beurteilen sein, die Voraussetzungen von fr. 23 de neg. gest. 3, 5 sind nicht ganz klar, wogegen es nach fr. 58 pr. de solut. 46, 3: ". . confestim condici posse . . ." gewis scheint, dass der Dritte sofort zurücktreten kann, sobald er sich als geteuscht zu betrachten hat. — Ob die Ratihabition von Ausübungsakten der Exstinktivverjärung unterliegender Berechtigungen auch nach Ablauf der Verjärungszeit noch zulässig, darüber vgl. fr. 24 pr. rat. r. hab. 46, 8, fr. 5 pr. quis ordo 38, 15, fr. 25 § 1 rat. r. hab. (verneinend), und wieder fr. 71 § 1 de solut. 46, 3 (anscheinend bejahend), und zu diesen Stellen Seuffert § 6, Zimmermann § 17, 18. Prinzipiell muss man geneigt sein, den Ablauf der Agnitionsfrist bei der BP. und den der Klagenverjärung nicht ganz gleich zu stellen: bei der BP. soll der Erstberufene innerhalb gesezter Zeit sich melden, er hat sich nicht gemeldet wenn er innerhalb dieser Zeit nicht einmal ratihabirt, und die Berechtigung geht danach one weiteres auf die Zweitberufenen über, spätere Ratihabition ändert daran so wenig wie spätere direkte Agnition (fr. 24 pr., fr. 5 pr. citt.); zalt aber der Schuldner an einen Vertreter, den er für bevollmächtigt hält, oder von dem er Nachbringung der Vollmacht er-

wartet, so liegt darin ein Akt der Anerkennung, der den Ablauf der Verjärung unterbricht (fr. 71 § 1 cit.); doch könnte ausdrücklich ausgemacht, oder als stillschweigend ausbedungen anzunemen sein, dass die Ratihabition innerhalb der Verjärungsfrist zu geschehn habe, anderesfalls der zalende Schuldner als rückforderungsberechtigt, und die Anerkennung als ungeschehn gelten solle (fr. 25 § 1 cit.).

C, Genügende Kenntnis von dem um was es sich handelt, vgl. RE. VII 67 S. 236 (betr. Ratihabition der Kirchenvorsteher), und entsprechender Wille zu ratihabiren, der aber ebenso wie beim Vollmachtsauftrag auch ein genereller sein kann und keine Kenntnis aller Details erfordert, ROHG. XV 19. Noch etwas weniger scheint SA. III 141 (Lüb.) in änlichem Falle zu erfordern: "... da Derjenige welcher eine derartige Genemigung erteilt one zu wissen was geschehn .... sich wissentlich und absichtlich einer Verpflichtung von einem ihm unbekannten Umfange unterwirft". Zugegeben dass so weit greifende Ratihabitionen wirksam sein können, so muss doch dem Ratihabenten nach Umständen auch gegen die Misdeutungen einer laxen Fassung zu helfen sein. RE. XIV 77: Kenntnis des Wortlauts nicht erforderlich.

D, Form. Man könnte sich versucht fülen zu unterscheiden: die Rh. sei bald nachträgliche Ermächtigung, bald Anname einer Offerte oder Quasiofferte (vgl. N. k,); danach habe sie bald an den Gestor bald an den Dritten zu geschehn. Da aber die Formen beider Rh.akte keine streng geregelten, stillschweigende Erklärungen ausschliessenden sind, so ist es begreiflich dass die Praxis diese Verschiedenheit meist übersieht, und im wesentlichen übereinstimmend annimmt, dass die Ratihabition an den Gestor und an den Dritten ausdrücklich wie stillschweigend erklärt werden kann; vgl. SA. XI 38, XIX 229, XXV 22, XXX 198, XXXIII 225, ROHG. I 22 X 11, 57, XV 72, auch RE. IV 83, X 72 — BE. X 38; übereinstimmend EBG. 127, 1, 2,. — Noch muss gegen den von dem RE. a. a. O. aus der Uebung des früheren Berliner OT. angenommenen Grundsatz protestirt werden, dass auch wo das Gesetz (was gem. R. nicht tut, aber Pr. LR. tut) bestimmte Formen (Schriftlichkeit) für den Vollmachtsauftrag vorschreibt, die von dem Nichtbevollmächtigten geschlossenen Verträge one Warung derselben Formen "durch eine mündliche oder stillschweigend erklärte Genemigung des Machtgebers dem Dritten gegenüber" vollkräftig gemacht werden können. Denn damit sind die Beteiligten von den gesetzlichen Formalitäten der Vollmachtserteilung entbunden, und auf den übrigens nicht gerade empfelenswerten Weg gewiesen, die Vollmachten erst (sei es auch unmittelbar) nach dem Abschluss der Geschäfte zu erteilen, auf

welche dieselben sich beziehn. Die einzig mögliche Rechtfertigung müsste zu der Quasioffertenanname (s. oben) zurückgreifen, vorausgesezt nämlich dass für diese von demselben Rechte nicht gleichfalls bestimmte Formen verordnet wären. Uebrigens scheint RE. von der Richtigkeit des Grundsatzes auch kaum selbst überzeugt, sondern nur abgeneigt gewesen zu sein die durch Plenarbeschlüsse des O. T. gestüzte ältere, freilich nicht widerspruchslose Praxis über den haufen zu werfen; wogegen kaum erhebliches zu sagen wäre.

Beilage III. Wirkungen der Ratihabition. In den Vertretungsfällen ist es die Verfügung des unermächtigten Gestors die konvaleszirt, selbstverständlich also dass, wo ein Dolus desselben miteingelaufen, dieser auch als Tatbestandstück des ratihabirten Geschäfts wirken muss, RE. IV 7 S. 32. Desgleichen würden Irrtum, guter und schlechter Glaube, u. s. w. des Vertreters zu beachten sein. Ueberhaupt gestalten sich die Rfolgen im wesentlichen ebenso wie wenn der Gestor beim Geschäftsabschluss bereits bevollmächtigt gewesen wäre, SA. XI 38, ROHG. XIII 7, vgl. XX 57. Ueber die s. g. Fiktion der Rückwirkung und das auf dieselbe bezügliche Quellenmaterial, insbesondre c. 25 de donat. int. u. et u. 5, 16 (Bestätigung anfechtbarer Geschäfte, vgl. Text zu u, und § 107) und c. 7 pr. ad. SC. Maced. 4, 28 (one väterliche Genemigung) vgl. nicht unkritisch Seuffert a. a. O. § 13 § 22, Zimmermann a. a. O. § 11—12. Konvalesziren soll das Geschäft des Gestors, mit den Wirkungen die es gehabt haben würde, wenn es sofort von einem Bevollmächtigten geschlossen worden wäre, vgl. SA. XXI 44, RE. VI 84; aber bewirkt wird diese Konvaleszenz durch den späteren Akt der Ratihabition, und diejenigen Rfolgen des früheren Geschäfts, die jezt nicht mehr ins leben gerufen werden können, die bleiben einfach aus. Beispiel: Gestor hat alle Grundstücke eines Freundes ("quae habet", nicht "quae habet habiturusue est") verpfändet, der Freund ratihabirt später; hatte er dazumal ausser α, β, γ, noch δ, und ε, hinzuerworben, so sind diese lezten beiden nicht mitverpfändet, weil die Disposition des Gestors auf sie sich nicht mitbezogen; hatte der Freund aber inzwischen β, und γ, veräussert, so erwächst Pfandrecht nur an α, weil der Genemiger selber bei der Genemigung über β, und γ, keine Disposition mehr hat. Selbstverständlich eben so, wenn der Vertretene in der Zwischenzeit nicht Sachen veräussert (translative Uebertragung), sondern Pfandrechte an denselben bestellt (konstitutive Uebertr.) hätte. Ebenso

> EBG. 127, 4: Durch diese Rückbeziehung werden Rechte nicht berürt welche Dritte vor der Genemigung durch Verfügungen des Genemigenden ..... erworben haben.

Für Tauschgeschäfte irgend welcher Art ist noch zu wiederholen, dass wenigstens derjenige Dritte, der um das Felen der Vollmacht nicht gewusst, und vermeint hätte ein sofort gültiges Geschäft abzuschliessen, nicht an andere Geschäftsbedingungen gebunden zu achten ist, als diejenigen welche er beim Abschluss vor Augen gehabt hat.

Beilage IV. Begrenzung des Ratihabitionsgebiets. Die in N. q, angedeutete Unterscheidung mag spitzfindig erscheinen, ist aber unerlässlich, falls man nicht auf einen leidlich brauchbaren Ratihabitionsbegriff überhaupt verzichten will. Bei allen "Ratihabitionen" muss die Anschauung festzuhalten sein, dass etwas nachkommt was eigentlich schon früher hätte dasein sollen. Felt bei dem Zustandekommen eines Geschäfts noch irgend ein Tatbestandstück, das ebensogut zulezt wie zuerst kommen kann, so haben wir einstweilen ein unfertiges, der Fertigstellung nicht der Ratihabition bedürftiges Geschäft. Das Ratihabendum darf seine Unfertigkeit nicht offen zur Schau tragen: kontrahiren A und B bewusst und offen über Rechte des C, und machen sie die Wirksamkeit ihres Geschäfts abhängig von dem Eintreffen der einzuholenden Genemigung desselben, so ist diese einfach Genemigung Ermächtigung, nicht Ratihabition; soll aber ihr Geschäft sofort zu wirken beginnen, sei es auch unter der ausgesprochenen Voraussetzung der Genemigung, dann darf diese als Ratihabition gelten. One diese Einschränkung wird es unmöglich einen Rechtfertigungsgrund für die Rückziehung, gleichviel wie weit deren Folgen sich erstrecken, der Ratihabition ausfindig zu machen.

So stellen sich drei Klassen von Rgeschäften nebeneinander, denen die normale Wirksamkeit abgeht:

a, die unfertigen, die noch fertig zustellen sind, und deren Wirksamkeit dann mit der Fertigstellung beginnt;

b, die verfelten (zB. Testament vor sechs Zeugen), die unheilbar nichtig sind, deren beabsichtigte Wirkungen nur durch einen vollständigen neuen Geschäftsabschluss ins leben gerufen werden können;

c, die durch Ratihabition heilbaren.

Hiezu ist aber zu bemerken,

einmal dass die Merkmale der Geschäfte zu a, zu b, und zu c, in der gegenwärtigen Praxis keineswegs zweifellos fest stehn; vgl. u. a. SA. XXI 26, XXV 36, XXIX 108, ROHG. XVII 29, RE. III 89; sodann, dass die einzelnen Geschäfte ihren Charakter ändern sobald Naturalakte eingreifen, beispielsweise aus dem unheilbar nichtigen (zu b,) Geschäft geleistet wäre (ein Wansinniger hätte

an einen Gutgläubigen verkauft und die Ware tradirt, der Gutgläubige die Ware verzehrt oder weiterverkauft u. s. w.). Die dergestalt auf grund des nichtigen Geschäfts eintretenden Rfolgen können jenachdem bei veränderten Umständen durch Willenserklärung aus der Welt geschaft werden (der Wansinnige ist genesen, und leistet nun auf alle ihm zuständigen Klagen, Vindikation Kondiktionen u. s. w. Verzicht).

Es scheint nicht unzulässig, in derartigen Fällen eine Quasirathabition und auch eine Art Rückziehung anzunemen.

§ 108.

Verzicht auf negative Rechte. Bestätigungseid[a]).

Ar. 57, 240. Ba. 218. Bz. (1) 351. De. I 121. Ke. 226. Pu. 48, 253. Sa. S. IV 202. Se. I 90—93. Si. I 25, II 99. Va. I 127, 170. Wä. I 69. We. 60. Wi. I 69, 83a.

"Verzicht"[b]) ist ein Rechtsakt der bezweckt die Zuständigkeit von Rechten aufzuheben oder am entstehn zu verhindern[c]). Die einzelnen hiernach mit dem Namen zu bezeichnenden Geschäfte sind unter einander so mannigfaltig verschieden[d]), dass weder über das Zustandekommen noch über die Wirkungen derselben allgemeine Regeln[e]) aufzustellen sind.

---

[a]) Vgl. Böcking Pand. I 108, Unger Oest. Pr. R. II 94, Fritz Arch. f. d. civ. Pr. VIII S. 380 f. Bacher Jb. f. Dogm. I S. 222 f. — Aut: "Sacramenta puberum", cf. c. 1 si adu. uendit. 2, 27.

[b]) Zusammenstellung verschiedener Definitionen bei Bacher a. a. O. S. 222—36. — Einigermaszen befriedigend Puchta a. a. O.: Verz. = Veräusserung "wenn sie one Uebertragung des Rechts auf einen Andern geschieht", änlich Wi. a. a. O., da man translative und konstitutive Veräusserungen nicht Verzicht zu heissen pflegt; aber doch nicht ganz zutreffend, weil die restitutive Veräusserung (Erlass) auch eine Uebertragung bewirkt.

[c]) Der Verzicht bereichert also allemal nur Denjenigen, welchen der Bestand oder die Entstehung der fraglichen Rechte ärmer machte; "Verzicht zu gunsten Anderer" ist als solcher nichtig, und nur als Geschäft anderer Art, "Erwerb und Uebertragung auf den Andern" nach Umständen rechtswirksam, vgl. RE. III 100.

[d]) Beil. I.

[e]) Das ist herrschende Meinung, vgl. auch Wi. a. a. O., der kaum zu widersprechen sein wird, man müsste denn etwa eine solche Regel in dem Satze sehen, dass der Verzicht (jeglicher Art) nicht auf speziell aufgefürte, auch nicht auf dem Verzichtenden speziell bekannte Rechte

Je nach den Rechten die abgetan werden sollen, bilden sich verschiedene Gruppen[f]) der Verzichtsgeschäfte. Unter diesen besonders beachtenswert die der Verzichte auf negative Rechte, da derartige Geschäfte von denen aller andern gröszeren Geschäftsklassen wesentlich verschieden[g]) erscheinen. Zwei Arten:

1, Verzicht bei dem Geschäftsabschluss[h]); um dadurch die Entstehung negativer Rechte wider die normalen Geschäftsfolgen[i]) fernzuhalten. Voraussetzung der Gültigkeit: dass dieselben Tatbestandsfeler, welche die negativen Rechte zeugen, nicht auch einer gültigen Verzichtleistung im wege stehn[k]). Die Formen dieser Verzichtserklärungen sind nach Umständen

---

sich zu beschränken braucht, vielmehr mit einem Einem Erlassvertrage alle bekannten und unbekannten Forderungen und Rechte aufgehoben werden können die Einer wider den Andern hat; vgl. Böcking Pand. I § 108 c, Wächter a. a. O. Beil. III, IV, Unger Oest. Pr. R. II 94 a. E. Gleichwol begreift sich, dass die Praxis gerade diese generellen Verzichte nur beschränkt gelten lässt, vgl. SA. XV 224, XIII 136, XIV 75: die abgegebene Verzichtserklärung soll für das Auge und Verständnis des Richters einen fest begrenzten Umfang haben, auch muss nach derselben anzunemen sein, dass der Verzichtende selber bei deren Abgabe den erforderlichen Ueberblick über ihre Folgen besessen; vgl. noch fr. 4 § 4 si quis caut. 2, 11.

[f]) Vgl. Beil. I a. E.

[g]) Die hieher gehörigen Gebilde sind nicht Zuwendungen noch Ermächtigungen, und von den Feststellungen ebenso verschieden wie von den Erklärungsgeschäften, der Zwecksatzungen gar nicht zu gedenken.

[h]) Auch vor dem Geschäftsabschluss? nicht gerade häufig, aber im hinblick zB. auf die vertragsmäszigen Erbverzichte des heutigen Rechts, vgl. noch SA. XXXVI 134 und Beil. I 9, auch nicht für durchgängig unzulässig zu halten; vgl. übrigens R.Haftpfl.G. § 5, und dazu RE. XVI 8.

[i]) Beispiele Beil. I 12—16. Nicht unberechtigt der Zweifel, ob Verzichte dieser Art Haupt- oder Nebengeschäfte, oder gar nur Nebenbestimmungen sind.

[k]) So würde Wer gezwungen eine Verpflichtung übernommen, und unter dem Drucke desselben Zwanges auf a. q. metus c. und Einrede der Furcht verzichtet hätte, durch diesen Verzicht nicht gebunden werden. Aus änlichem Grunde ist Verzicht des Minor, auch eidlicher, auf die Wiedereinsetzung von einzelnen Gerichten ungültig erklärt, vgl. SA. II 261.

verschieden[l]); eine derselben ist die auch gesetzlich ausgezeichnete eidliche Bestätigung[m]), die bisweilen auch da noch als wirksam angenommen worden ist[n]), wo jeder andre Verzicht erfolglos bliebe.

2, Auf bereits entstandene negative Rechte[o]); nachträgliche Bestätigungen derjenigen Geschäfte, aus welchen die mit den neg. Rn. angreifbaren Rfolgen hervorgegangen, auch "Ratihabitionen"[p]) geheissen.

Auszufüren sind dieselben durch zweiseitige oder durch einseitige Erklärungen, auch durch s. g. stillschweigende, und vertragen Einschränkungen und andere Nebenbestimmungen, änlich wie die Zuwendungen. Bei Tauschgeschäften im w. S. können sie als genügender Entgelt für Zuwendungen auftreten; unterliegen aber, one Entgelt vorgenommen, nicht den gesetzlichen Beschränkungen der unentgeltlichen Zuwendungen[q]). Die Wirkung: revokable Geschäfte zu irrevokabeln zu machen[r]).

Beilage I. In der Praxis ist das Wort "Verzicht" zur Zeit noch sehr beliebt, die Register zu den groszen Spruchsammlungen

[l]) Vgl. SA. IV 45; auch sonst gilt die Erklärung des Bürgen, als Selbstschuldner zu haften, als Verzicht auf die Bürgschaftsprivilegien, vgl. III 167, V 132 u. a.

[m]) Beil. II.

[n]) Vgl. Si. II § 129 N. 102, Wä. II § 222 III; dawider Ke. § 294 c,.

[o]) Auch hier (vgl. oben N. i,) ist Zweck des Verzichts nicht das an sich ungültige gültig, sondern nur das angreifbare unangreifbar zu machen; "Bestätigungen" oder "Ratihabitionen" dieser Art sind eben nichts andres als Verzichtserklärungen. So

SA. XIII 126: "Die ausdrückliche oder stillschweigende Genemigung wirkt nur bei Verträgen, welche an sich rechtbeständig durch eine Klage ... angefochten werden müssen ...";

im wesentlichen übereinstimmend XXXIV 144, (= ROHG. XXIII 96), anders im widerspruch zur zweiten Instanz SA. XXIX 108 (Berl. O.T.). Vgl. auch § 107 Beil. IV. — Ueber einen Verzicht auf Einreden durch constitutum RE. XI 1,.

[p]) Vgl. § 107, C b.

[q]) Beil. III.

[r]) Ueber die hieraus insbesondere für die Rückziehung sich ergebenden Differenzen dieser von den andern Ratihabitionen vgl. § 107 a. E. auch N. w, und x,.

weisen unter dem Rubrum u. a. auf folgende absichtliche Rechtsminderungsakte:

1, Dereliktion des Eigentums, dem hier das Aufgeben von Vollrechten an unkörperlichen Sachen gleichzustellen ist;

2, V. auf Nutzungsrechte an fremden Sachen zB. Niessbrauch, RE. XVI 20, SA. XXXI 310, insbesondre Nachbarrechte XXXIII 202, Servitut RE. XIV 85, analog bei beschränkten Rechten an unkörperlichen Sachen;

3, auf Pfandrechte, oft beschränkt auf das Aufgeben der Priorität, vgl. SA. I 52, III 53, 54, IX 13, XI 31, XVI 17, XVII 243, RE. XV 76, XVI 37; Retentionsrecht RE. XII 20;

4, auf Forderungen, SA. V 165, VI 39, VIII 133, XVIII 38, RE. III 94, XII 34, XVI 8, 57; Ansprüche an eine Erbschaft SA. XXII 224; Gegenansprüche, vgl. SA. IV 220, XIV 221, XV 194; Entschädigung wegen verspäteter Lieferung SA. X 26; Konventionalstrafe SA. XVI 206, XIX 137, XXI 226, XXXIII 215, XXXIV 194, RE. IX 51; Leibzucht SA. V 148; — Verzicht auf Kompensationsrecht SA. I 335, XIV 222; — auf Ansprüche aus dem R.Haftpfl.G. zulässig? RE. XVI 8;

5, auf Erfüllung einer Bedingung SA. II 90;

6, auf Rechte aus Verträgen zu gunsten Dritter SA. III 32, XIV 131, XV 214;

7, auf die ehliche Gütergemeinschaft nach Aufhebung derselben [sic] RE. IX 86 (will sagen: auf die nach Aufhebung der Ehe verbleibenden Berechtigungen aus der früheren GG.), desgleichen auf Gütergemeinschaft RE. XIII 71;

8, des Ehemanns auf Verwaltung und Genuss des mütterlichen Erbteils der Frau RE. II 97.

9, Erbverzicht SA. VI 227, 228, XI 209, XX 142; vgl. auch RE. III 55 (S. 200), 100, XV 81; — auf künftige Erbschaften XI 209, XX 51, ungültig nach Partikularrecht RE. VIII 37, vgl. XV 81; auf Pflichtteil, auch bei Lebzeiten des Erblassers, vgl. SA. XX 150, XXX 47; des Anerben SA. XVI 234, RE. XVIII 40; auf Lehn und Fidekommissgüter RE. XIV 56;

10, auf actio ad supplendam legitimam SA. III 187;

11, auf Quarta Falcidia SA. XI 57, XVII 75;

12, auf Ansprüche wegen laesio enormis, SA. II 356, III 315, IV 213, XIV 219, XV 212, XXIX 128;

13, auf die Privilegien der Bürgen SA. III 167, IV 45, V 132, XI 40, XIV 33, XVII 36, XXII 141;

14, auf die Privilegien der Weiber SA. III 53, VII 178, XV 224;

15, auf das Privileg der l. Anastasiana SA. II 30, XVIII 131;

16, auf in integrum restitutio SA. II 261, XI 209;

17, auf Anfechtung eines Testaments SA. XVII 71, 151;
18, auf Einreden, gegen Wechselforderungen SA. XIV 187; — der Litispendenz XII 310; — der Verjärung SA. XXX 15, ROHG. XXVIII 8, vgl. RE. XI 1;

19, auf Rechtsmittel im Prozess: Berufung SA. IV 193, 269, VI 103, XV 268; — Nichtigkeitsbeschwerde SA. IV 195, VIII 207, XIII 199; — Revision RE. V 105, Berufung RE. XVI 83;

20, auf Ableistung des Schiedseids SA. XXX 289;
21, Ehescheidungsklage SA. VIII 270, XIV 144;
22, Wal des Wonorts SA. XXI 129;
23, auf alle Befugnisse aus Ermächtigungen;
24, auf die eigene Handlungsfähigkeit RE. IV 47;

und hinzu tritt

25, noch eine grosze von allem andern wesentlich verschiedene Gruppe: Ersetzung (vorteilhafter) Naturalien beim Abschluss der Rgeschäfte durch Nebenbestimmungen. Hieher gehört der "Verzicht auf Gewärleistung", der nach der im Resultat richtigen Entscheidung, SA. XIX 221, den "Verzicht auf die Ansprüche aus laesio enormis" nicht mit in sich fasst. Ebenso gehört hieher der "Verzicht auf Zinsen" beim Kaufvertrag ROHG. XXIII 124; und auch der "Verzicht auf rechtliches Gehör" SA. XI 103. Ueber einen unwirksamen Verzicht derselben Art vgl. RE. IX 23.

Versuchen wir diese Fälle verschiedenartiger Vorgänge einigermaszen systematisch zu ordnen:

α, Die Gruppe zu 25, lässt sich als "unechter Verzicht" allen andern gegenüberstellen, denn das Wort "Verzicht" wird in der tat hier in ganz anderm Sinne gebraucht als sonst überall; nicht irgend wie zuständige Rechte irgend welcher Art (zB. auf Erwerb, wie die aus Offerte Delation u. s. w.) werden abgetan, sondern es wird nur eine typische Geschäftssatzung von subsidiärer Geltung (die dem Verzichtenden günstig sein würde) durch die Aufname ausdrücklicher (Demselben minder günstigen) Bestimmungen in den Vertrag ausser kraft gesezt.

β, Verzicht als Unterart der Zuwendungen, denen wir hier auch die Sicherungen zurechnen: restitutive Uebertragungen, vgl. 2—4, 7, 8,; diesen zunächst stehend Dereliktion, 1,.

γ, Verzicht auf Ermächtigungen 23, auch Erbverzicht 9,; diesem zunächst, zur Zeit aber noch etwas zweifelhafter Natur, auf Rechte aus Verträgen Dritter 6, und etwa aus Bedingung 5,.

δ, Verzichte auf negative Rechte, 10—18,.

ε, V. auf prozessualische Berechtigungen 19—20, auch Ehescheidungsklage (?) 21,.

ζ, V. auf Freiheit des eigenen Entschlusses, 22, 24,.

Beilage II. Das Anwendungsgebiet des Bestätigungseides ist bekanntlich nicht zweifellos. Das Römische Recht lässt denselben nur (wider Zulassung fr. 7 § 16 de pact. 2, 14, c. 5 § 2 de legib. 1, 14, cf. fr. 112 § 4 de leg. I 30,) ausnamsweise zu, beim Minor

> c. 1 si adu. uend. 2, 27: "si minor annis uigintiquinque emptori praedii cauisti nullam de cetero te esse controuersiam facturum, idem etiam iureiurando corporaliter praestito confirmasti, nec perfidiae nec periurii me auctorem futurum tibi sperare debuisti".

Daran schlossen die Glossatoren als Autentica das Gesetz von Friedrich I:

> sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis inuiolabiliter custodiantur ...;

über die Entstehung derselben Savigny Gesch. d. R.Rs. im Mitt. A. IV S. 162 f. — Aus dem kanonischen R. treten dazu c. 8, 28 de iurei. 2, 24, c. 2 eod. in VIto 2, 11, c. 2 de pact. in VIto 1, 18, c. 58 in VIto de R. I. 5, 13.

Praxis und Litteratur sind hiernach eine zeitlang geneigt gewesen dem Bestätigungseide weitgreifende Geltung einzuräumen, wobei jedoch zu beachten, dass derselbe, vgl. L. Seuffert z. Gesch. d. oblig. Vertr. [81] und die Rezens. v. Stintzing kr. Vschr. XXIII S. 489 f., niemals benuzt worden zu sein scheint um Ersatz für den Mangel anderer Formen bei Rgeschäften zu bieten, vgl. noch SA. I 344. Die neuere Richtung, vgl. Wi. a. a. O., geht energisch auf Einschränkung aus.

> Als feststehend in der Gegenwart ist anzunemen,
>
> dass der Eid nur noch als Verzicht auf negative Re in betracht kommen kann,
>
> und dass er auch in dieser Bedeutung nur in bestimmten Fällen zuzulassen ist.

Ueber diese Fälle wird noch gestritten:

1, Eid des mündigen Minor, um die Wiedereinsetzung auszuschliessen, SA. XI 209, XIII 13, vgl. aber auch II 261. Wenn De. I 121 N. 5 diesen Gebrauch des Eides wegen R.Str.GB. 301 für unzulässig in der Gegenwart ausgibt, so scheint er das "in gewinnsüchtiger Absicht u. s. w." des zitirten Paragrafen übersehn zu haben, da die I.I.R. dem Minor auch wider Solche zukommt, die nicht "in gew. A." mit ihm kontrahirt haben. Vgl. auch Wi. (6) a. a. O. N. 4.

2, Eid der Ehefrau, gegen Anfechtung aus dem SC. Vellaeanum, SA. VII 178, XIII 249, XX 128; nicht one Zweifel über die Formen des zu leistenden Eides, vgl. auch XV 224.

3, Bei Interzession der Frau für den Ehemann SA. III 53, vgl. auch I 344.

Sollte dem EBG. entsprechend der Bestätigungseid im neuen Recht keine Stelle finden, so dürfte das von den Wenigsten bedauert werden.

Beilage III. Ueber die ökonomische Wertschätzung und die entsprechende rechtliche Behandlung der Verzichtserklärungen auf negative Rechte haben wir noch kein fertiges Urteil; natürliche Folge des überhaupt unfertigen Zustandes unserer Theorie von den negativen Rechten. Um der Untersuchung einigen festen Halt zu geben, sehen wir auf den EBG.; aus den Quellen des gemeinen Rechts und aus der Praxis der Gegenwart alle einzelnen Negativrechte zuverlässig herauszufinden, wäre bei weitem schwieriger. Auch vom EBG. lassen wir Sachenrecht Familienrecht und Erbrecht beiseit, bei denen allen besondre Gesichtspunkte beachtung verlangen, beschränken uns also auf Buch I und II, und innerhalb dieses engen Ramens auf diejenigen Stücke die uns sofort in die Augen springen:

EBG. 103 negative Rechte aus Drohung und Betrug, "er kann die Willenserklärung anfechten", vgl. 104;
— 107 zum Schutz von Veräusserungsverboten;
— 112, 113 allgemeines über Anfechtung;
— 182 "Nach Vollendung der Verjärung steht dem Anspruch eine Einrede entgegen, u. s. w.";
— 191 "Auf diese Wirkung der rechtskräftigen Urteile kann verzichtet werden. Das Gericht darf dieselbe nur berücksichtigen wenn sie geltend gemacht wird."
— 233 ". . Schuldner . . . . zur Zurückbehaltung der schuldigen Leistung berechtigt", vgl. 234;
— 364, 365 "Wer aus einem gegenseitigen Vertrage . . . in anspruch genommen, bevor er die Gegenleistung empfangen hat, kann . . . die geforderte Leistung verweigern u. s. w.";
— 383 f. Wandelungsklage;
— 426—36 allgemeines über den Rücktritt;
— 449—452 Widerruf der Schenkungen, der wenigstens wo die Schenkung in Konstituirung einer Forderung besteht ein negatives Recht zeugt;
— 474—75 vertragsmässiger Rücktritt vom Verkauf;
— 526—27 Recht ein auf längere Zeit abgeschlossenes Mietsverhältnis vor der Zeit zu kündigen;
— 528—29 Berechtigungen des Vermieters und des Mieters das Vertragsverhältnis "one Einhaltung der Kündigungsfrist" zu lösen;

EBG. 557 Berechtigungen des Verleihers ein Kommodat aufzuheben;
— 566 entsprechende Berechtigungen beim Pachtkontrakt;
— 569, 2 beim Werkvertrag;
— 582 Widerruf einer Auslobung;
— 597—98 Widerruf und Kündigung des Auftrags;
— 612 Widerruf einer Anweisung;
— 648 Kündigung einer Gesellschaft;
— 664 Berechtigung Spiel und Wettschulden nicht zu zalen;
— 667, 2 Rücktritt vom Vergleich;
— 671 Berechtigungen des Bürgen die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit zu verweigern;
— 674—75 Einrede der Vorausklage;
— 689 Einwendungen gegen eine Schuldverschreibung auf den Inhaber;
— 703 gegen eine Urkunde die subsidiär auf den Inhaber gestellt ist.

Trotz all den angegebenen Beschränkungen immerhin eine recht bunte Gesellschaft.

Ueber die Natur der negativen Rechte vgl. I § 28, insb. Beil. I. Ueberall zerstört das blosze Dasein eines negativen Rechts das demselben gegenüberstehende positive Recht nicht; gibt aber in manchen Fällen dem Negativberechtigten die Befugnis zu einem das Positivrecht zerstörenden Angriff (Anfechtung). Uebrigens kann das Positivrecht trotz dem Negativrecht geübt werden, die Möglichkeit der Ausübung ist nicht schlechthin aufgehoben, vielmehr steht es in dem freien Belieben des Negativberechtigten, ob er derselben verhindernd entgegentritt, oder sie zulässt. Und wie er immer die Ausübung seines Negativrechts unterlassen kann, so kann er regelmäszig dasselbe durch Verzicht ein für allemal von sich abtun. Welchen Wert hat das abgetane Negativrecht? unter welchen Rechtsregeln steht der Verzicht darauf:

I 28 S. 92 ist der Wert des negativen Rs. dem gleichgesezt, "was das positive Recht durch das Dasein des negativen Rs. von seinem Werte verliert". Da das Positivrecht durch das Negativrecht in gewissem Sinne ausser Kraft und ausser Tätigkeit gesezt wird, könnte man sich versucht fülen, den Wert des neg. Rs. dem des gegenüberstehenden pos. Rs. schlechthin gleichzuschätzen. Scheinbar dafür anzufüren:

fr. 112 de R. I. 50, 12: "nihil interest ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur", cf. fr. 13, 51, 66, 115 § 1 eod., fr. 7 § 8 de dolo m. 4, 3, und

fr. 115 pr. de R. I.: "si quis obligatione liberatus sit, potest uideri cepisse". cf. fr. 2 de calumn. 3, 6, fr. 10 de cond.

c. d. c. n. s. 12, 4, fr. 41 § 2 de I. D. 23, 3, fr. 3 § 10 de donat. int. u. et u. 24, 1, auch fr. 12 de nouat. 46, 2: ". . similis is uidebitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem uidetur"; dem Erfolge nach liegt hier Verzicht auf die Regressklage "condictio in delegantem" vor.

Aber es liegt auf der Hand, dass diese Aussprüche, wie viele andre der Römischen Quellen, nicht in dem vollen mit dem Wortlaute etwa noch zu verbindenden Sinne wahr sind: die Forderung der eine exc. SC. Macedoniani gegenübersteht ist keine Nichtforderung, sondern eine Naturalforderung; selbst wenn ein Weib wider das SC. Vellaeanum zalt, ist dies nicht Schenkung, sondern Schuldzalung; vgl. noch SA. VII 74.

Dem negativen Rechte wird hiernach, im vergleich zu dem positiven Rechte welchem es gegenübersteht, ein minderer Wert zugeschrieben werden müssen, und der Verzicht auf ein solches ist rechtlich nicht der restitutiven Uebertragung eines dem positiven gleichwertigen Rechts einfach gleichzustellen. Bezüglich der Anfechtungsklagen ist hiebei noch folgende Unterscheidung zu machen:

α, die eigentliche Anfechtungsklage, die dahin fürt dass ein vorgenommenes Rgeschäft "in ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehn wird als ob es nicht vorgenommen wäre (EBG. 112)", ist allemal Geltendmachung eines negativen Rechts, und hienach zu beurteilen; beiläufig dass gerade diese echten Anfechtungsklagen, von deren Art in int. restitutio und querela inofficiosi testamenti, in der Gegenwart recht selten sind;

β, die uneigentlichen Anfechtungsklagen, wie die aus RKO. 22—34, RG. v. 21. 7. 79 sind Geltendmachungen von positiven Rechten, Ansprüchen auf Herausgabe eines gewissen Bereicherungsquantums, ebenso wie cond. indebiti, causa data non secuta, sine causa u. s. w.; die grosze Masse der "Anfechtungen" in der Gegenwart sind von dieser Art, obschon es auch gar nicht selten geschieht, dass diesen Gebilden das Anrecht auf den Namen "Anfechtung" überhaupt abgesprochen wird.

So nahe nun beide Gruppen einander häufig zu stehn scheinen, vgl. u. a. fr. 24, 26 § 3, 40 pr. de cond. ind. 12, 6, fr. 34 § 11 de solut. 46, 3, fr. 21 § 1 de inoff. t. 5, 2, so sind sie doch insbesondre betreffs der Verzichtleistung sauber auseinanderzuhalten: der Verzicht auf ein Recht zu β, ist Verzicht auf ein positives Recht, restitutive Uebertragung einer Forderung, also Zuwendung, nach allen Regeln des Zuwendungsrechts zu beurteilen.

Für den Verzicht auf negative Rechte, einschliesslich der eben beregten Gruppe zu α,, entsteht zunächst die Frage, ob sie sämmtlich denselben Rsätzen, oder, wie etwa die Römischen

Naturalobligationen, verschiedenen unterstehen. Allgemein wird angenommen werden müssen, dass jeder Verzicht auf neg. R. "Leistung" oder "Gegenstand eines Schuldverhältnisses" (EBG. 206) sein, und also nach Umständen Grundlage einer cond. indebiti, c. d. c. n. secuta, u. s. w. werden kann. Dahingegen wird die Anwendung der Singularitäten des Schenkungsrechts ausgeschlossen erscheinen; wenigstens dürfte es schwer halten dafür Entscheidungen sei es aus dem Korpus Juris oder aus der modernen Praxis anzufüren. Desto fraglicher wird die Anfechtung wegen böslicher Benachteiligung der Gläubiger:

> fr. 10 § 12, q. in fraud. cred. 42, 8: si cum in diem deberetur fraudator praesens soluerit, dicendum erit in eo quod sensi commodum in repraesentatione in factum actioni locum fore;
> cf. fr. 17 § 2, auch fr. 1 § 2, fr. 3 eod.

Der Schluss liegt nahe, begründet der Verzicht auf die exc. temporalis Rückforderung des Mehrwerts der Vorauszalung, so muss Verzicht auf eine exc. perpetua die ganze Zalung anfechtbar machen. Damit scheint denn aber

> fr. 20 eod.: debitorem qui ex SC. Trebelliano totam hereditatem restituit, placet non uideri in fraudem creditorum alienasse portionem quam retinere potuisset, sed magis fideliter facere,

nicht ganz im einklang zu stehn. fr. 20 cit. weist auf die Bedeutung des subjektiven Moments, und daran wird denn auch für die Gegenwart und nächste Zukunft wol festzuhalten sein, vgl. auch Cosack d. AnfechtR. d. Gläub. § 28, 9. Ueberschlagen wir die aufgefürten negativen Rechte des EBG., so muss bei vielen die Anfechtung eines Verzichts auf dieselben im Interesse der Gläubiger one weiteres als ausgeschlossen erscheinen. Praktisch am wichtigsten ist der Verzicht auf die Verjärungseinrede (EBG. 182); aber gerade hier wird der Verzicht am häufigsten als ein "fideliter" und kein "in fraudem creditorum facere" anzunemen sein. Bedenklicher wird schon die Zalung von Spielschulden (EBG. 664), zumal wenn der Ueberschuldete gerade "in fraudem creditorum" besonders hoch und leichtfertig gespielt haben sollte. Am schwersten aber wird es halten, mit EBG. 191, 2 ins reine zu kommen: keinesfalls kann das Dasein eines sei es auch klaglosen Anspruchs dadurch bewiesen werden dass darüber Klage erhoben und abweisend erkannt ist; mehr davon an andrer Stelle.

Bei einer andern verwanten Frage erweisen sich die Römischen Quellen ausgiebiger. Bei allen Klagen wider Testament ist davon auszugehn, dass nach fr. 28 pr. de V. S. 50, 16 das

Ausschlagen einer Erbschaft überhaupt nicht als "alienare" (Veräusserung) gilt, und folgeweise die Gläubiger niemals miteinzureden haben, fr. 69 § 1 de SC. Trebell. 36, 1, fr. 6 § 2 q. in fraud. cr. 42, 8, fr. 134 pr. de R. I. 50, 17. Einfache Konsequenz hievon, dass auch der Verzicht auf die Klagen wider Testament nicht als Veräusserung aus dem Vermögen des Verzichtenden und als Zuwendung an die Testamentserben in betracht kommen kann. Aus demselben Grunde ist der Verzicht auf die suppletoria a. und auf die Q. Falcidia, Beil. I 10, 11, jeglicher Einwirkung der Gläubiger entzogen.

Feststellungsgeschäfte.

§ 109.

Anerkennung, Zugeständnis[a]).

Ar. 233; 114. Ba. 98. Bz. (2) II 310. De. I 84. Ke. 99. Sa. S. VII 303—6. Va. III 669 a.; I 65. Wä. II 184. We. 233, 235. Wi. II 412 a, 412 b.

Alle bisher (§ 100—108) aufgefürten Rechtsgeschäfte bezwecken die Verschiebung der Zuständigkeit[b]) von Rechten. Die Feststellungsgeschäfte gehn auf Veränderungen anderer Art: zweifelhafte Rechtsverhältnisse[c]) durch unzweifelhafte zu ersetzen. Dabei soll zunächst der bisherige (nicht zuverlässig bekannte) Rechtszustand aufrecht erhalten werden, aber nach

[a]) O. Bähr d. Anerkennung als Verpflichtungsgrund [2. Ausg. 1867], Schlesinger z. L. v. d. Formalkontr., Hesse Jurist. Probleme, Buhl Beitr. z. L. v. Anerkvertr., von Canstein Anerkenntnis und Geständnis [79]. Bruns d. constitutum debiti Zschr. f. RG. 1 S. 28 f., Bähr üb. d. Anerkvertr. Jb. f. Dogm. II S. 283, Unger z. L. v. Anerkvertr. ebenda VIII S. 179 f., Degenkolb Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion Arch. f. d. civ. Pr. LXXI S. 161 f. Mehr Litteratur, insbesondere viele z. t. beachtenswerte Rezensionen zitirt Wi. II 412 a N. *.

[b]) Der Ausdruck passt nur bedingt für die Verzichtleistungen auf negative Rechte (§ 108), die den Uebergang zu den Feststellungsgeschäften bilden.

[c]) Daraus, dass diese festzustellenden Rechtsverhältnisse allen Rechtsgebieten angehören können, ergibt sich die Notwendigkeit die Lehre von den Feststellungsgeschäften im allgemeinen Teile zu behandeln, ähnlich wie die von den Zuwendungen und insonderheit den Schenkungen, vgl. § 102, Beil. I.

der Natur derartiger Vorgänge könnte die beabsichtigte Feststellung des Alten auch einmal tatsächlich zur Verordnung von Neuem[d]) werden.

Diese Feststellungen sind durch die Gerichte auf Anrufen der Parteien "Feststellungsklage"[e]), oder durch diese selber "Feststellungsgeschäft" auszufüren. Kommt eine Feststellung als Rechtsgeschäft für sich allein zustande, so heisst sie "Anerkennung" "Zugeständnis", wenn im vertragsmäszigen[f]) Zusammenhange mit Gegenleistung "Vergleich".

Das Wort "Anerkennung"[g]) bezeichnet verschiedene rechtlich wirksame Vorgänge, die darin übereintreffen, wider den Anerkennenden zu wirken[h]), indem durch dieselben

entweder das Dasein wider den Anerkenner oder sein Vermögen gerichteter Rechte oder anderer ihn betreffender Rverhältnisse[i]) ("positive Anerkennung"),

oder das Nichtdasein ihm zuständiger Rechte oder Rverhältnisse[k]) ("negative Anerkennung"),

jenachdem geschaffen oder befestigt wird. Im einzelnen ist zu unterscheiden:

---

[d]) Das Ideal des Feststellungsgeschäfts ist dasselbe wie das des richterlichen Erkenntnisses: neues (formales) Recht (R. = subjektive Rechte und andere Rverhältnisse) zu schaffen, das sich mit dem alten (materiellen, begründeten aber mehr oder weniger verwischten) Rechte deckt. Aber wegen der allgemeinen Unzuverlässigkeit menschlicher Erkenntnis, darf man sich auch der Möglichkeit des Felgreifens nicht verschliessen. In solchen Fällen wirkt das Feststellungsgeschäft, wie in änlichen auch das richterliche Erkenntnis, tatsächlich den Zuwendungen gleich, verschiebend auf die bisherigen Rechtsverhältnisse.

[e]) RCPO. 231, vgl. unten Kap. VI Rechtsschutz; doch ergibt SA. dass auch vor Einfürung der RCPO. die Klagen auf Feststellung von Rechtsverhältnissen verschiedenster Art nichts weniger als selten gewesen sind.

[f]) § 110.

[g]) Beil. I.

[h]) Niemals kann die Anerkennung (darin der Zuwendung gleich) die Rechtslage desjenigen bessern der sie vornimmt, wol aber (darin von der Zuwendung verschieden) sie nicht verschlechtern.

[i]) Beispiele unten, insbesondere N. t—v, und Beil. III; über eine Servitut aus Anerkennung RE. XX 78.

[k]) Vgl. zB. SA. XVIII 130 [nicht gekauft zu haben], XXVII 214 [von X nicht schwanger zu sein].

A, "Anerkennung" die eine Art von Zuwendung ist, und bei der das Wort "anerkennen" lediglich als Zeichen des Willens, ein Recht oder Rechtsverhältnis gegen den Anerkennenden ins leben[l]) zu rufen benuzt wird;

B, "Anerkennung" zwecks Feststellung, als zweifelhaft angenommenes zweifellos[m]) zu machen, in verschiedenen Abstufungen,

a, provisorische Feststellung, durch den Nachweis dass der wahre Sachverhalt dem Festgestellten nicht entspreche zu entkräften,

b, gleichfalls provisorische Feststellung, aber nur durch komplizirten Gegenbeweis zu entkräften, zB. dass der Anerkennende sich im Irrtum oder auch wol im entschuldbaren Irrtum befunden habe,

c, definitiv, jeder auf die Nichtübereinstimmung des Festgestellten mit dem wahren Sachverhalt basirende Gegenbeweis ausgeschlossen;

C, "Anerkennung" um für Etwas als zweifellos angenommenes ein neues Beweismittel[n]) zu schaffen;

---

[l]) Vgl. die Bemerkungen von Degenkolb Civ. Arch. LXXI S. 181—82 zu N. 22, und 23,. Zweifellos kann mit den Worten

Ich anerkenne [bekenne] ... soviel schuldig zu sein

die fragliche Schuld, zB. schenkungshalber, geschaffen werden. Ebenso zweifellos, wie D. richtig hervorhebt, dass dieser Fall mit der "echten Anerkennung" nur entfernt verwant ist.

[m]) Es bedarf keines besondern Nachweises, dass alle diese drei (a, b, c,) Arten der echten Anerkennung im Leben vorkommen und von den Gerichten angenommen werden, vgl. Beil. II, C; undenkbar wären auch andre Arten nicht, es kommt eben nur darauf an, welcher Gegenbeweis zulassung finden soll. Denn das ist das charakteristische jeder echten Anerkennung (B,), gleichviel in welcher Spielart sie auftritt, dass sie vollen, aber nicht jeder, dass sie unwiderleglichen Beweis ergibt. Zuzugeben noch, dass die zu B c, gehörigen Fälle an die zu A,, und dass die zu B a, gehörigen Fälle an die zu C, grenzen, so nahe dass auch mal Irrungen entstehn könnten. Dabei ist festzuhalten: die Fälle zu A, sind zweifellose und unbedingte, die zu B c, zweifelhafte und bedingte Zuwendungen, bei denen der Grund der Ungewisheit im Ausgangspunkt, in der Zweifelhaftigkeit des festzustellenden Rechtszustandes liegt, vgl. Bo. II 864. Ueber den Unterschied von B a, und C, s. die folgende N. n,.

[n]) Mit vollem Rechte erklärt sich Bruns a. a. O. S. 95 gegen Bährs, auch von Buhl a. a. O. S. 41 zugegebenen Satz,

D, einfache Meinungsäusserung, dass ein Recht oder Rverhältnis bestehe[o]).

Die Anerkennung zu B, heissen wir "echte Anerkennung"[p]); alle Anerkennungen zu A—C, sind Rechtsgeschäfte, die zu D,

---

ein Beweismittel für die Schuld geben wollen, heisst die Schuld wollen,

der nur dann richtig wird, wenn man das "wollen" nach Umständen einmal anders versteht als das andre mal. Wenn ich glaube Schuldner zu sein, vielleicht aus einer Erbschaft, weiss dass mein vermeintlicher Gläubiger einen Schuldschein gehabt und nur durch einen Zufall (zB. Feuersbrunst) verloren hat, so werde ich sehr geneigt sein demselben einen andern auszustellen, aus Anstandsgefül, oder Kündigung vorzubeugen, oder weil überhaupt die Weigerung mir mehr Schaden als Nutzen bringen würde. Was will ich in solchem Falle?

gewis nicht unfestes feststellen;

nur für das, was ich für fest ansehe, dem Andern ein gegen Dritte und namentlich vor dem Richter brauchbares Ueberzeugungsmittel in die hand geben, bei welcher Gelegenheit ich meine eigene Ueberzeugung von dem Bestehn des vermeintlichen Festen allerdings kundgebe.

Nun heisst man freilich die Handlungen zwecks Feststellung (B, des Textes) und die Aeusserung einer Ueberzeugung von dem Bestehn eines Rverhältnisses (Text D,) beide "Anerkennung", es sind aber beides in ihrem Tatbestande wie ebenso in den Rfolgen grundverschiedene Dinge, und auf den Namen "des Wollens" "eine Schuld wollens", hat doch wol nur die "echte Anerkennung", der Feststellungswille gerechten Anspruch. — Noch ist einer praktischen Verschiedenheit zwischen B a, und C, zu gedenken: B a, überhebt jedesmal den Anerkennungsempfänger jedem weiteren Beweise, hat er diese Anerkennung bewiesen so ist genug bewiesen, fragt sich nur noch was Widerpart dagegen beweisen könnte; dagegen brauchen die zu C, an den Anerkennungsempfänger gelangenden Beweismittel durchaus nicht immer vollen Beweis zu ergeben. — Vgl. Beil. I.

o) Mündliche oder schriftliche Erklärungen gegenüber Dem, dessen Recht anerkannt wird, oder gegenüber Dritten, auch andere Handlungen, wie Zalung von Zinsen Abschlagssummen u. s. w. Vgl. SA. I 268, VI 21, XVI 32, 33, ROHG. III 4, 14, V 66, RE. VI 54, X 54, Bo. IV 64; doch haben einzelne O.A.Gerichte (Cassel und Celle) öfters in der Zinszalung auch eine echte Anerkennung der Hauptschuld zu sehn vermeint, SA. IX 148, X 251, XIX 229.

p) Auch Bähr, Anerk. § 20, unterscheidet "echte" und "unechte Anerk.", und grenzt jene, nur etwas weniger scharf, gegen die daneben stehenden Gebilde ab, vgl. Beil. I.

regelmäszig nicht, doch kann auch in einer rechtsgeschäftlichen Erklärung eine Meinungsäusserung liegen[q]).

Die echte Anerkennung kann erklärt werden:
im Prozess vor Gericht[r]), oder
ausserhalb eines Prozesses,
in Vertragsform[s]) oder einseitig[t]),
ausdrücklich oder stillschweigend[u]);
direkt in beziehung auf das Dasein oder Nichtdasein der fraglichen Rechte und Rverhältnisse[v]), oder indirekt in beziehung auf das Stattgefunden- oder Nichtstattgefundenhaben der das Dasein oder Nichtdasein dieser Rechte und Rverhältnisse bedingenden Tatsachen[w]).

Zum Tatbestande echter Anerkennung gehören allemal
α, entweder nach den allgemeinen Regeln anzunemende Aeusserungen[x]) des Anerkennungswillens[y]),

---

q) Beil. II.

r) Darüber Demelius d. Confessio [1880] und Wach Arch. f. d. civ. Pr. LXIV S. 201 f., vgl. RE. III 55 S. 200, IV 102 S. 371, X 111, BE. XI 163; ausfürlicheres hierüber unten in Kap. VI.

s) Vgl. zB. RE. V 99. — Bähr a. a. O. S. 181 möchte zur echten Anerkennung überall Acceptation fordern, gibt aber zu, dass man diese leicht "aus den Tatsachen suppliren können" wird. Gleichwol bleibt das Identifiziren von "Anerkennungsvertrag" und "echter Anerk." bedenklich.

t) Feierlich oder unfeierlich, SA. XVIII 130, RE. V 99, XIII 23, XXII 46, Bo. I 910; vgl. auch die folgende Note.

u) Vgl. SA. VIII 224; XV 122; VIII 43, XVIII 34; IV 23, 78, VI 27, VII 295, XIV 126, und wieder II 274, X 148, XIV 130; ROHG. XV 78, I 47, III 87, IX 92; Bo. II 871, V 544, VI 443.

v) SA. IX 150, XIV 187 II, XV 122 (Schuld); XVIII 210 (Eigentum) u. s. w.

w) Beil. III.

x) Hiermit soll zweierlei gesagt sein:
erstlich dass, trotz allem Nachdruck der auf das Erfordernis der wirklichen Absicht ("animus") vgl. N. y, gelegt werden mag, bei der Ungreifbarkeit des innern Willens, man hier wie sonst überall gezwungen ist, äusserlich greifbare Zeichen für den Willen zu nemen, vgl. Bo. II 874, VI 446;
zweitens, dass diese greifbaren Zeichen je nach Ort Zeit und Gelegenheit verschiedene sein müssen, vgl. RE. I 53, II 87, III 75, XV 37.

y) Vgl. SA. III 115, V 286, VI 21, VII 302, XVII 71, 151, XXI 31, XXII 200, XXVII 14, auch XXIV 23; — XXI 86, XXIII 78, 97,

β, oder Vorgänge an welche besondere gesetzliche oder gewonheitsrechtliche Normen die feststellenden Wirkungen geknüpft[z]) haben.

Beruht das Anerkennungsgeschäft auf wirklichem Wollen (α,), so ist seine Gültigkeit nach den für alle Rechtsgeschäfte maszgebenden Normen[aa]) zu beurteilen, wogegen bei den Anerkennungen kraft besonderer Vorschrift auch Singularitäten betreffs der Gültigkeit[bb]) anzunemen sind.

Die gültige Anerkennung macht Recht[cc]) unter den Beteiligten änlich einer Zuwendung[dd]). Beliebiger Widerruf ist

---

XXIV 101, 175; ROHG. IV 86, 416, XXII 47; RE. II 87, Bo. I 906, 909, II 874, VI 445. BE. VI 166.

[z]) Man kann hier von "legaler Anerkennung" reden. Eine solche hat beispielsweise DHGB. 342, 2: "... so gilt die Ware als genemigt", eingefürt. Andere haben sich gewonheitlich, auch vorzugsweise auf dem Gebiete des HRs., zB. betreffs der Rechnungstellung, Abrechnung, Saldoziehung, entwickelt. — SA. XXIX 261, XXXII 95, cf. XVI 255; ROHG. XV 78, cf. I 47, III 87, XI 92.

[aa]) Konsequenzen: RE. V 33 Anerkennung macht die aus verbotenem Geschäft stammende Schuld nicht gültig, änlich BE. IX 130; nach RE. VI 63 aber eine unter Preuss. R. (selbstverständlich auch eine unter gem. R.) stehende, dagegen nach RE. VIII 82 keine unter Franz. R. stehende Naturalobligation (im strikten Anschluss an die Worte Französischer Juristen) gültig. Vgl. noch Bo. II 863, auch BE. XI 49. Immerhin mag es dahingestellt bleiben, ob die Frage welche Forderungen durch Anerkennung gesichert und jenachdem verstärkt (klagbar gemacht) werden können und welche nicht, bereits eine durchgehend befriedigende Beantwortung gefunden hat.

[bb]) Es ist eben nur darauf zu sehn, ob die Bedingungen welche die singuläre Rnorm vorschreibt erfüllt sind; beispielsweise befreit DHGB. 347, 2 den Verkäufer auch wenn es dem Käufer unmöglich gewesen wäre die erforderliche Anzeige zu machen.

[cc]) RE. II 87: "Es trägt die Anerk. [Abrechnung] one materiell etwas neues schaffen zu wollen, ein formell neues, von dem ursprünglichen Bestande des Forderungsverhältnisses abstrahirendes ... Wollen in sich", vgl. Bo. II 870; aber nicht über die Grenzen des "Ausgesprochenen und Gewollten" hinaus, Bo. II 874; daher die Rüge von Mängeln, die dem Anerkennenden unbekannt geblieben, und auf die er nicht hat verzichten wollen, vorbehalten bleibt, Bo. I 1014, vgl. III 666. — "Unter den Beteiligten" und deren Rechtsnachfolgern; in beziehung auf welche Sachen? s. Beil. IV. — Ueber Anerkennung als Klaggrund auch BE. VI 166, IX 130, XI 25.

ausgeschlossen[ee]), Anfechtung aus bestimmten Gründen[ff]) zuzulassen.

Anerkennungen die sich nicht ausschliesslich auf Schuldverhältnisse unter den Parteien beziehen[gg]), können von Dritten angegriffen werden; aus solchem Angriff erwächst kein Anspruch des Anerkennungsempfängers wider den Anerkenner.

Beilage I. Bähr hat für die beiden von ihm in angriff genommenen Lehren, von der Wirksamkeit der Schuldscheine und von der Anerkennung, in der Theorie wie in der Praxis ungewönliche und gewis nicht unverdiente Erfolge erreicht. Gleichwol ist die Zal der Praktiker und Theoretiker, die schlechthin ihm folgen möchten, verhältnismäszig gering. Abgesehn von dieser nicht weiter in betracht zu nemenden Minorität, überwiegt die Meinung, dass der richtige Kern seiner Ausfürungen schärfer auszuprägen, und von allerlei unnützen Zutaten zu befreien sei.

Worauf es Bähr hauptsächlich ankommt, hat schon Bruns a. a. O. S. 121 f. klar dargelegt: der cautio indiscreta gröszere Bedeutung zu erstreiten, als die Praxis und neuere Gesetzgebung (vgl. zB. Pr. ALR. I 11 § 730, 1,) derselben bis dahin beizulegen geneigt war. Diese gröszere Bedeutung wird abgeleitet,

dd) Beil. IV.

ee) Bo. I 903.

ff) Anfechtungsberechtigte: nicht blos der Anerkennende selber, sondern auch Dritte welche die Folgen der Anerkennung treffen, RE. XXII 46, (Anerkennung des Erzeugers, Anfechtung seitens anderer Verwanten); vgl. übrigens Beil. V.

gg) Also beispielsweise in beziehung auf dingliche Rechte, Re. an unkörperlichen Sachen, Familienrechte, u. s. w.

hh) Der Satz selber unzweifelhaft, vgl. § 110. Für die Lehre der Anerkennung von bedeutung, weil er den Unterschied von Anerkennung und Zuwendung klar hervortreten lässt. Der Zuwender will dem Andern aus dem eignen Vermögen so und so viel geben, etwas übertragen auf den Andern; eine Verpflichtung zur Zuwendung wäre niemals one entsprechende Mehrung des Vermögens des Andern zu erfüllen. Der Anerkenner aber will die Zuwendung nur eventuell, primär will er feststellen was der Andere bereits hat, die Grenzen klar legen die das Recht dieses Andern von dem seinen scheiden; vgl. aber hiezu auch § 110 Beil. A c, α, und β,. Wenn Dritte Stücke aus dem Gebiete das er als ihm selber nicht gehörig, und dem Andern zugehörig anerkannt hat, für sich in anspruch nemen, so felt jeglicher Rechtsgrund ihn hiefür verantwortlich zu machen, und zu einer an den Andern zu zalenden Entschädigung anzuhalten.

aus dem Wesen der Anerkennung die der Schuldschein enthalte, und um dafür festen Boden zu gewinnen, die Römische Stipulation herangezogen.

Sofort erwachen einige Bedenken:

B. urgirt die praktischen Uebelstände aus der Zurücksetzung der C. indiscreta. Aber diese Uebelstände hat doch gerade die ältere gemeinrechtliche Praxis selber gezeugt; was aus dem Korpus Juris zu entnemen, war mindestens zweifelhaft, und banbrechende Theoretiker hatte Deutschland im 17. und 18. Jarhundert kaum gesehn. Wo das Bedürfnis dringend erschien, hatte man ihm bereits nachgegeben, Wechsel, kaufmännische Anweisung u. s. w.; das Heranziehn der Anerkennung drohte die neue Lehre über das Ziel hinaus fortzureissen, da der Begriff, bis dahin wenig behandelt, einstweilen der festen Begrenzung noch ermangelte. Noch bedenklicher war die Begründung durch die Römische Stipulation: diese ist, was B. nicht genügend betont, an erster Stelle ein "actio" schaffendes Etwas, die "actio" aber ein dem Recht der Gegenwart abhanden gekommenes durchaus eigenartig und eigentlich nur im Zusammenhange mit dem Römischen Civilprozess der klassischen Periode zu verstehendes Angriffsmittel. Die Sätze des Röm. Stipulationenrechts lassen sich daher so wenig wie die des Aktionenrechts in Bausch und Bogen, sondern nur mit Vorsicht und Auswal übertragen auf Gebilde der Gegenwart.

Trotz alledem gehn unsre Ansichten betreffs der praktischen Resultate nicht gar soweit auseinander. Für diese sind die Differenzen über die Römische Stipulation one belang. Der Gegensatz *echter*, rechtsgeschäftlicher Anerkennung, die sich ungefär mit A—C, des Textes decken würde, und der *unechten*, "welche nur in ihrer natürlichen Beweiskraft wirkt" (also im wesentlichen gleich D,) findet sich schon bei Bähr (Anerk. 2. Aufl. S. 80). Und fast könnte man vermuten, dass B. jezt in den Entscheidungen SA. IX 148, X 251, XIX 229, vgl. N. o, a. E. zu weit getriebene Konsequenzen seiner eigenen Lehre sieht, bei denen zuviel gewicht gelegt worden darauf, dass das Willensmoment der Anerkennung "durch eine vollendete Vermögensübertragung sich betätige", zu wenig auf den Inhalt des Willens selber. — In schärferen Gegensatz kommen wir zu der gelegentlichen Aeusserung, dass wer einen Schuldschein ausstelle allemal ein und dasselbe wolle, vgl. kr. Vschr. XVIII S. 341:

> Wer einen Schuldschein ausstellt, hat dabei im Sinne, weder "ein Beweismittel schaffen", noch "eine abstrakte Verpflichtung eingehn", sondern er will etwas Praktisches, und dieses Praktische besteht darin: er will durch den Schuld-

schein seinen Gläubiger dergestalt sicherstellen, dass dieser in dem Schuldschein den Rechtsbestand der Forderung gleichsam in händen hält.

Aber gerade "Wer das Leben kennt", weiss dass nicht alle Schuldner bei der Ausstellung von Schuldscheinen dasselbe wollen; sodann ist der von B. allen Schuldnern suppeditirte Gedanke ein so vager, "den Rechtsbestand der Forderung gleichsam in händen halten", dass es unmöglich wird von ihm aus zur Entscheidung all derjenigen Fragen über Gültigkeit und Wirksamkeit der Anerkennungen, oder auch nur der Schuldscheine, zu gelangen, welche das praktische Leben (vgl. Beil. IV, u. V,) stellt.

Auf das entschiedenste halte ich daran fest, dass Wer einen Schuldschein, insonderheit einen solchen one Ausgabe der Causa ausstellt, gleichviel übrigens ob in demselben die Wörter "anerkennen" "bekennen" gebraucht sind oder nicht, hiebei von ganz verschiedenen Absichten geleitet werden kann. Möglich dass er

eine neue Forderung wider sich begründen (Text: A,), oder
eine zweifelhafte Forderung wider sich feststellen, und zwar
unumstöszlich (B c,), oder
schwer (durch komplizirten Gegenbeweis) umstöszlich (B b,), oder
leicht (durch den Gegenbeweis des Falschseins der Feststellung) umstöszlich (B a,), oder auch dass er

blos ein neues Beweismittel herstellen will, für eine Forderung die er augenblicklich als fest ansieht, und die er durchaus nicht weiter zu befestigen beabsichtigt (C,).

Dabei ist einfach zuzugeben: von der einen Seite, dass so verschiedene Absichten im Leben vorkommen; von der andern, dass nicht in allen, auch wol nicht in den meisten hergehörigen Fällen die im Leben vorkommen, die Absichten der Beteiligten völlig scharf geschieden, ausgedacht und ausgedrückt sind: die Parteien wissen sehr oft nicht was sie wollen, und der Richter ist ausser stande zu ermitteln was sie gewollt haben. Aber aus diesen Verwischungen der Grenzen folgt nicht viel, ganz änliche Zweifelsfälle begegnen uns bei dem Abschluss der Anerkennungen nach aussen, zB. gegenüber den Verzichten auf negative Rechte, vgl. RE. III 71, 89, V 33, VI 84, VIII 76, XI 74, XVIII 50. Nicht anders auf andern juristischen Grenzgebieten: daraus dass Fälle leicht erfindlich sind, bei denen die Durchfürung einer Unterscheidung schwierig wird, folgt nirgends dass die Unterscheidung selber aufzugeben sei.

Und gerade die hier vertretene Unterscheidung der Absichten, welche einer ausgesprochenen Anerkennung zu grunde liegen können, ergibt nichts für die Festhaltung einer wesentlichen Ver-

schiedenheit der cautio discreta und der C. indiscreta, aus innern Gründen ist dieselbe, darin müssen wir B. beitreten, nicht zu rechtfertigen. Unser Endergebnis aber wäre:

1, prinzipiell wirkt jede Anerkennung was sie wirken soll, ist der Richter nach den ihm bekannten Einzelheiten des vorliegenden Falles im stande ein genaues Bild von dem Wollen der Beteiligten, insonderheit des Anerkenners selber, sich zu machen, so entscheidet dies über die Tragweite der Anerkennungsfolgen.

2, Gewinnt der Richter kein so bestimmtes Bild, so darf er erkennen immer nur nach dem was bewiesen vorliegt, über das zuverlässig erwiesene nicht hinausgehn. Er wird also zunächst, wenn nichts weiteres festzustellen ist, in der Anerkennung (dem Schuldschein) nur ein Beweismittel (= C) zu sehn haben, vielleicht (zB. wegen besonders mangelhafter Fassung) ein für sich allein nicht vollbeweisendes. Es bedarf eines weiteren Nachweises um die Anerkennung als Feststellungserklärung (= B,) zu erfassen; als solche überhebt sie allemal den Anerkennungsempfänger, der auf sie bezug nimmt, jeder weiteren Beweisfürung für die Richtigkeit des Anerkannten. Dagegen schliesst sie durchaus nicht allemal die Gegenbeweisfürung aus, vielmehr muss diese im Zweifel als zulässig gelten. Also:

steht nichts fest als ein Feststellenwollen, das möglicherweise auch ein provisorisches sein konnte, so ist einfacher Gegenbeweis (das Festgestellte stimmt mit dem waren Bestande des Festzustellenden nicht überein, = B a,) zulässig,

wo einfacher Gegenbeweis unzulässig erklärt wäre, bleibt komplizirter Gegenbeweis (= B b,) zulässig,

nur wo erwiesen dass die Feststellung eine definitive sein sollte (= B c,), erscheint jeder derartige Gegenbeweis ausgeschlossen.

Endlich ist wenn die Ausdrücke "Anerkennen" "Bekennen" gebraucht worden ein reines Zuwendungs- (nicht Feststellungs-) Geschäft (= A,) nur anzunemen, wenn das hierauf gerichtete Parteiwollen übrigens nachzuweisen ist.

3, Dass der zu 1, und 2, gezeichnete Rechtszustand kein in jeder hinsicht befriedigender ist, liegt auf der Hand. Die Recht schaffenden Potenzen, Gewonheit so gut wie Gesetzgebung, mögen also danach trachten, dasselbe brauchbarer, den Verkehrsbedürfnissen besser entsprechend zu gestalten. Das kann nicht erreicht werden, one dem wirklichen Parteienwollen unter Umständen gewalt anzutun: die in dieser Form gegebene Anerkennungserklärung hat durchgängig diese Wirkungen, gleichviel was der Anerkenner, der dieselbe benuzt, hiebei gewollt und beabsichtigt hat. Mehr hierüber in Beil. V.

Beilage II. Die Anerkennung die nur Meinungsäusserung ist (zu D, des Textes, "unechte Anerk." bei Bähr), ist an sich kein Rgeschäft, sie hat also auch weder die Voraussetzungen noch die Wirkungen eines solchen.

Allerdings kann aber auch in dem Abschluss von Rgeschäften die Meinung von dem Dasein oder Nichtdasein von Rechten und Rechtsgeschäften (Anerkennung zu D,) ihren Ausdruck finden, so in der Zinszalung die Meinung dass eine Kapitalschuld bestehe, darin dass ich von X kaufe oder miete die Meinung dass X der Erbe von Y sei u. s. w. Für die Wirksamkeit einer solchen in ein Rgeschäft versteckten Anerkennung zu D, ist es indifferent, ob die Bedingungen der Gültigkeit des versteckenden Rechtsgeschäfts selber erfüllt sind oder nicht, das Rgeschäft könnte ungültig sein, und die darin liegende Anerkennung (zu D,) gleichwol wirksam. Diese Anerkennung ist aber, auch wenn sie in einem Rgeschäft steckt, doch selber kein Rgeschäft, und untersteht ihren eigenen Regeln.

Sie erfordert bei dem Anerkennenden keine besondre Art der Handlungsfähigkeit, nur Zeugnisfähigkeit, die seit der RCPO. so gut wie unbeschränkt ist. Wie das Kind und der Wansinnige h. z. T. vor Gericht als Zeugen vernommen werden könnten, so vermögen sie unter Umstäuden auch aussergerichtlich eine bezeugende Anerkennung vorzunemen; wenn auch nicht mit ganz derselben Wirksamkeit wie Gesunde und Erwachsene. Denn die Wirksamkeit eben dieser Art der Anerkennungen hängt, wie schon Bähr (Anerk. 2, S. 80 f.) richtig bemerkt, von der "Individualität und den Umständen" ab.

Allgemein, vgl. zB. BE. VI 114, 166, wird die wichtigste Wirkung dieser bezeugenden Anerkennung gesehn in ihrer Bedeutung für den Beweis; sehr häufig verschiebt sie die Beweislast, vgl. zB. Bo. IV 603, V 545, genügt auch um guten Glauben auf der andern Seite zu begründen RE. VI 54 S. 196, aber nicht zur Verschiebung der bestehenden Rechtsverhältnisse SA. VI 21, RE. X 54 (weitere Bestätigungen hiefür in N. y,).

Am bestrittensten ist das Verhältnis derselben zur Unterbrechung der Klagenverjärung. Hier stehn vornemlich drei Meinungen einander gegenüber:

1, Bruns Zschr. f. RG. I S. 108 möchte als die Verjärung unterbrechende Anerkennungsakte annemen nur die in den Quellen speziell als solche genannten, Ausstellung eines neuen Schuldscheins oder Pfandbestellung c. 7 § 5 de praescr. XXX a. 7, 39; Abschlagszalung c. 4 pr. de duob. r. 8, 39; Zinszalung c. 19 pr. de fide instrum. 4, 21; übereinstimmend wol De. I 148, von der Praxis anscheinend allgemein verworfen.

2, Savigny Syst. V S. 314, die fragliche Anerkennung müsse die Natur eines Rgeschäfts haben; änlich u. A. Bähr a. a. O. § 47 und SA. XXI 5, XXVI 289, XXXI 6, XXXVII 185.

3, In der Praxis scheint allezeit die Ansicht überwogen zu haben, dass von dem rechtsgeschäftlichen Charakter der Anerkennung abgesehn werden könne, wenn dieselbe übrigens in beachtenswerter Form auftrete, vgl. SA. XVI 91, 92, XX. 188, 197, XXXIV 4 und RE. XV 37: "jede Anerkennung .... selbstredend unter der Voraussetzung dass dieselbe in ernstlicher Weise und in der gehörigen Bestimmtheit erfolgt". Diese Entscheidung entspricht ebenso dem "per alios modos" der c. 7 § 5 cit., wie sie auch von denen als befriedigend angenommen werden könnte, die wie Windscheid zur Verjärungsunterbrechung eine Art der R.übung erfordern möchten, da in der Entgegenname solcher Erklärung immerhin eine Quasiausübung zu finden sein dürfte. — Unzureichend aber kann diese Anerkennung werden durch Spezialgesetz, vgl. DWO. 80 und dazu SA. IV 141, oder durch besondere Vereinbarung unter den Beteiligten, vgl. ROHG. II 88.

> EBG. 169: Die Verjärung wird unterbrochen wenn der Verpflichtete gegenüber dem Berechtigten den Anspruch anerkennt, insbesondre durch Abschlagszalung Zinszalung Pfand- oder Bürgschaftsbestellung;

ist eine ziemlich getreue Wiedergabe der gemeinrechtlichen Vorschriften, und da es im Entwurf an einer Definition des "anerkennens" felt (683, 684, vgl, 440, 2 ergeben nichts hiefür), so lässt sich besorgen dass auch die gemeinrechtlichen Kontroversen damit nicht verschwinden werden.

Beilage III. Beispiele von Anerkennungen die sich nicht direkt auf den Bestand oder Nichtbestand von Rechten beziehn:

vertragsmäszige Feststellung der Grenzlinie von Grundstücken, SA. XX 13;

Anerk. des Faktums der Cession seitens des Cedenten, SA. I 336;

der Erfüllung einer Verbindlichkeit, SA. XV 112, cf. XVI 255, XXV 188;

der guten Beschaffenheit der gelieferten Waren, SA. IV 23, 78, VI 27, VII 295, XIV 126, vgl. II 274, X 48, XIV 130;

der Richtigkeit einer Rechnung, RE. XIII 23;

probatio operis, SA. X 256, XII 153, vgl. VIII 43;

Anerk. dass eine Balkenlage richtig gelegt worden, Bo. I 903, änlich Bo. VI 447;

eines Testaments, SA. V 302, VIII 224, XV 274, XVII 71, 151, XXV 35;

Anerk. des Kindes als eines ehlichen, SA. XIII 232;
der Paternität, SA. XI 199;
eines Kindes als ausserehlich gezeugt, SA. XII 343, RE. V 99, XII 104, XXII 46;
einer Ehe als standesgemäsz, Bo. I 907.

Dem ganzen Gegensatze dürfte änliche Bedeutung zukommen, wie etwa dem der Römischen Formeln, die teils "in ius" und teils "in factum conceptae" sind. Worauf es ankommt, sind allemal die Rechte: anerkenne ich 100 als Darlen erhalten zu haben, so ist das nur eine andere Form der Anerkennung, 100 aus Darlen zu schulden; anerkenne ich die Güte der gelieferten Ware, so anerkenne ich damit, wegen felerhafter Beschaffenheit derselben keine Ansprüche zu haben; u. s. w. Hiemit verträgt sich zum besten, dass solche auf Tatsächliches gerichtete Anerkennungen durchaus nicht immer wörtlich zu nemen sind, vielmehr nach Umständen zu entscheiden ist, wie viele und welche Rechte als mit Ausspruch der Anerkennung aufgegeben zu betrachten seien, vgl. SA. X 256, XII 153, Bo. I 1014, vgl. III 666. In vielen Fällen, zB. SA. XX 13 (Feststellung der Grenzlinien eines Grundstücks), gehn Anerkennung des tatsächlichen und des rechtlichen Bestandes völlig in einander auf.

Hiernach ist eine praktische Verschiedenheit nach der Fassung der Anerkennungen, wider Wetzell Syst. d. Civ.Proc. § 22 und etwas anders Wi. (6) II § 412a, N. 2, nicht anzunemen, auch in den gerichtlichen Entscheidungen nicht angenommen. Namentlich tritt zu der Windscheidschen Behauptung, dass den auf Rechtsverhältnisse gestellten Anerkennungen immer dispositive Kraft einwone, in direkten Gegensatz die Menge der Rechtssprüche, welche dieselbe Kraft, abgesehn von singulären Normen, vgl. N. z,, an den Nachweis des entsprechenden Willens knüpfen, vgl. N. y,. Ein allgemeines äusseres Kennzeichen dieses Willens wird überhaupt nicht erfindlich sein, vielmehr der Richter zur Ermittelung desselben ebenso vorzugehn haben, wie überall sonst wo der Wille als mitbestimmendes Tatbestandstück in frage kommt.

Beilage IV. Jede wirkliche Anerkennung zu B, und C, des Textes, so gut wie die zu D, hat die in Beil. II ausgefürten Wirkungen, freilich in verschiedener, von Personen und Umständen abhängiger Intensität. Die "echte Anerkennung" hat zweifellos daneben andere weitergreifende, deren Gestalt bestritten ist und voraussichtlich noch länger zweifelhaft bleiben wird.

A, Auf eine stattliche Schar von Autoritäten a. a. O. N. 2, gestüzt, formulirt Wi. (6) II 412a, das Produkt des Anerkennungsvertrags, der unserer "echten Anerk." entspricht, dahin:

die Verpflichtung welche . . . übernommen wird hat zum Inhalt

a, wenn etwas als bestehend anerkannt worden ist, sich der prozessualischen Behauptung des Anerkannten unterwerfen . . .

b, wenn etwas als nicht bestehend anerkannt worden ist, . . . [dasselbe] prozessualisch nicht behaupten zu wollen.

Das ist eine künstliche Konstruktion, die den Gedanken der Parteien so fern liegt wie den Entscheidungen der Gerichte. Wer echt anerkennt, der verpflichtet sich nicht zu späterer Unterwerfung oder Unterlassung, er übernimmt kein Soll sondern ein Muss: die Rechte die er sich aberkannt hat, hat er nicht mehr; die Rechte des Andern, die er anerkannt hat, bestehn.

Wider die Wi.sche Formulirung spricht

erstlich die ganze praktische Behandlung der Anerkennungen; niemals Klage auf Erfüllung der angeblich übernommen "Verpflichtung", oder auf Ersatz wegen Nichterfüllung; vielmehr werden die Rverhältnisse von den Gerichten (bis auf weiteres) so angenommen, wie die Anerkennung sie gestaltet hat, vgl. noch Bo. I 905, 907, 908, 910;

zweitens, dass nach DHGB. 294 und der Ansicht der einflussreichsten Gerichte, vgl. Beil. V β, es dem Anerkenner keineswegs verwehrt ist, Einwendungen gegen sein Anerkenntnis wegen Irrtums u.s.w. vorzubringen.

Der richtige Kern der Wi.schen Auffassung aber dürfte darin zu finden sein, dass die feststellende Wirkung der Anerkennung eben nur eine feststellende und keine eigentlich zuwendende ist, vgl. N. hh, und zwar auch eine von der feststellenden Wirkung des Vergleichs verschiedene, schwächere, vgl. § 110.

B, In beziehung auf welche Sachen kann Anerkennung Recht machen? vgl. Bähr Anerk. § 48—68. Ms. Es. ist zu unterscheiden:

a, die vorerwänten Geständniswirkungen, vgl. Beil. II, hat die echte Anerkennung in beziehung auf alle Sachen, die überhaupt der civilprozessualischen Behandlung unterliegen können; dahingegen ist

b, die rechtliche Produktionskraft an dieselben Schranken gebunden, die den Zuwendungen (einschliesslich der familienrechtlichen Uebertragungsgeschäfte) gezogen sind. Das heisst:

ein neuer Rechtszustand, den Jemand nicht durch Zuwendung zu schaffen vermöchte, den kann Er auch durch Anerkennung nicht schaffen; und

wenn ein Zuwendungstatbestand bestimmte Formen und Realakte fordert, so sind die gleichen Zuwendungsfolgen nicht auf dem Wege der Anerkennung one dieselben Formen und Realakte herbeizufüren. Denn es wäre nicht abzusehn, warum unbewusste Zuwendung in ihrer Wirksamkeit der bewussten überlegen sein sollte, vgl. Bo. II 864.

Im einzelnen:

SA. XX 13, wo die Eigentumsübertragung regelmäszig Tradition fordert, ist durch Anerkennung one Tradition Eigentum nicht zu übertragen; vgl. Bo. II 874.

SA. VIII 224, XV 274, XVII 71, 151, vgl. XXV 35, Anerkennung eines Testaments wirksam als Verzicht auf ein Anfechtungsrecht.

SA. XIII 232 Anerkennung eines zu früh geborenen Kindes als ehlichen durch den Ehemann. Aus den Gründen, der oben vorgetragenen Lehre durchaus entsprechend,

> indem solche Anerkennung in beziehung auf einen persönlichen Zustand eines Andern, welcher nicht Gegenstand einer willkürlichen Verfügung von seiten des Anerkennenden ist, nicht als eine Willenserklärung [vgl. b, oben] (Dispositionsakt), sondern eben nur soweit als sie gültiges Geständnis [vgl. a, oben] . . ., als solches wirksam sein kann.

SA. XI 199 Paternitätserklärung eines Minderjärigen. Schwanken der Richter, ob nach dem Tatbestande ein Geständnis das gültig, oder ein Rgeschäft das als das eines Minor ungültig sein müsse, anzunemen.

SA. XXIV 117, VI 201 Anerkennung der Vaterschaft eines am 303. oder 306. Tage nach der Beiwonung geborenen Kindes als Geständnis von etwas Unmöglichem wirkungslos.

RE. V 99 Anerkenntnis der ausserehlichen Vaterschaft wirkt allemal als Geständnis, "gleichviel wem gegenüber es abgelegt wurde, und one Unterschied ob es gerichtlich oder aussergerichtlich, schriftlich oder mündlich, ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen erfolgte". Daneben wird bemerkt, dass das Anerkenntnis auch ein "vertragsmäsziges sein, unter Umständen sogar aus sich selber Rechte und Verbindlichkeiten erzeugen könne, soweit dies bei der Begründung von Zustandsrechten rechtlich möglich ist".

Die durch alle diese Entscheidungen bestätigte Regel, dass jede Anerkennung unabhängig von ihrer Form als Geständnis wirkt so viel, wie eben ein unter solchen Umständen abgegebenes Geständnis zu wirken vermag, und dass die echte Anerkennung zudem als Zuwendung wirkt unter den für diese gebotenen Voraussetzungen und innerhalb der derselben gezogenen Schranken,

erleidet selbstverständlich ausname, wo singuläre Rvorschriften an bestimmte Arten der Anerkennung bestimmte über den Bereich der Zuwendungen hinausgehende Wirkungen geknüpft haben, vgl. RE. III 95 S. 344.

C, Echte Anerkennungen wirken als solche (gleich Zuwendungen) nur gegen die Person der Anerkennenden, nicht wider Dritte, vgl. Bo. I 908, aber wie allgemein zugegeben, auch gegen die Rnachfolger jeglicher Art, auch für den Vater des von der Mutter anerkannten Kindes BE. XI 157. Nicht aber wider Bürgen SA. II 185, IV 224, XV 23 vgl. XXXII 234, es sei denn, dass Bürge speziell auch die Verpflichtung übernommen, für das von dem Hauptschuldner Anerkannte aufzukommen, SA. XVII 35. Wirkt die Anerkennung gegenüber andern Gläubigern des Anerkennenden? von bedeutung namentlich im Konkurse. Wird zu bejahen sein, aber ebenso dass dawider nach Umständen die Anfechtung, wie gegen andre Zuwendungen, zuzulassen ist. Beispielsweise, eine Forderung im wirklichen Bestande von 10 sei auf 100 anerkannt: anfechtbar nicht nur aus RKO. 24, 1 wenn beide Teile im bösen Glauben, sondern auch aus 25, 1 bei gutem Glauben auch des Anerkennenden, denn die auf die überschüssigen 90 bezügliche Anerkennung würde wol unter die "unengeltlichen Verfügungen" gezogen werden müssen; vgl. auch Bo. II 861.

D, Das neue Rechtsgebilde, das die Anerkennung schafft, nimmt den alten Rechtsstoff in sich auf, so dass, von Ausnamen (vgl. C, am ende, auch Beil. V) abgesehn, für die Zukunft nur dies Produkt der Anerkennung rechtlich bedeutend ist, vgl. RE. II 87. Wenn bei einer Abrechnung die ursprüngliche Forderung neben der neuen (aus der Abrechnung) fortbestehn soll, so ist dies ein an sich gültiges Geschäft, aber nicht sowol Anerkennung als constitutum debiti, vgl. SA. VII 302, XXVII 14.

EBG. enthält nichts über das Wesen und die Wirkungen dieser Anerkennungen; das neue Recht würde also auf diesem Gebiete durchweg von der älteren Litteratur und Praxis abhängig sein.

Beilage V. Anfechtung der Anerkennungsgeschäfte. Aus welchen Gründen dieselbe zuzulassen, darüber ist die Praxis nichts weniger als einig, vgl. unten C, S. 258, die Litteratur dürftig, und der Anhalt den die Quellen geben beschränkt, d. h. die wenigsten Fragen finden direkte Antworten (am ergiebigsten sind Quellen für Vergleichsanfechtung), alle andern sind nur durch wissenschaftliche Arbeit, Anpassung der allgemeinen Regeln an die besondere Natur der Anerkennug zu erledigen.

Hiebei ist vor allem diese Natur des Geschäfts genau festzustellen, um falsche Analogieen fernzuhalten:

So darf man sich nicht berufen auf richterliches Erkenntnis und schiedsrichterliche Bescheide, um hiernach die Festigkeit eines Anerkenntnisses zu bestimmen. Die richterliche Sentenz ist kein privates Rechtsgeschäft, ihre bindende Kraft beruht auf Gedanken die in das öffentliche Recht hinüberreichen. Der Schiedsspruch war in Rom nichts weniger als unumstöszlich, erst die RCPO. 851—72 hat ihn dem richterlichen Erkenntnis nahe gerückt, und ihm dabei einen halböffentlichrechtlichen Charakter verliehn. Aber dieselbe RCPO. hat in Beziehung auf Vergleich und Anerkennung nichts änliches verfügt.

Den Zuwendungen erscheint die Anerkennung verwant in manchen Beziehungen; aber auch von ihnen ist sie nicht unwesentlich verschieden:

> nicht jede Anerkennung enthält eine Bereicherung des einen Teils auf Kosten des andern;
>
> und nicht jede Anerkennung (Feststellung) pflegt eines ferneren ausser ihr liegenden Zweckes (Causa) wegen zu geschehn, die Befestigung, Ersetzung der schwankenden und darum unbehaglichen Zustände durch feste und als solche behaglichere, kann sehr wol der lezte Zweck eines solchen Geschäfts sein.

Die Anerkennung ist auch kein novatorisches, etwa einer datio in solutum zu vergleichendes Geschäft: es wird nicht ein alter Rechtszustand abgetan, ein neuer ("aliud") an dessen Stelle geschaffen; nein das alte Recht bleibt ("idem"), verändert nur insofern als es festgestellt, aus einem unfesten zum festen gemacht worden; so bleibt die anerkannte Schuld aus verbotenem Geschäft eine Schuld aus verbotenem Geschäft, aus der Anerkennung kann geklagt werden, aber der Klage steht die Einrede, dass die Forderung aus einem verbotenen Geschäft erwachsen, entgegen, RE. V 33, vgl. BE. IX 130.

Das Feststellungsgeschäft ist eben ein Geschäft eigner Art, und dieser seiner eigentümlichen Beschaffenheit müssen die allgemeinen Anfechtungsregeln angepasst werden.

A, Die allgemeinen Anfechtungsgründe: metus, dolus, error. Ausser allem Zweifel steht die Anfechtung wo die Anerkennung eine erzwungene oder durch Betrug herbeigefürte, vgl. Bo. III 584; bedenklicher wegen Irrtums, da die ganze Lehre, wann Irrtum die Gültigkeit eines Geschäfts ausschliesst, stark ins Schwanken gekommen ist. Einstweilen ist nur zu sagen:

> derjenige Irrtum, der überhaupt jedes Rechtsgeschäft ungültig machen würde, genügt auch zur Anfechtung jeglicher Anerkennung.

Ein solcher Irrtum aber liegt vor (vgl. Leonhard Irrt. b. nicht. Vertr. § 22), wenn beide Teile von derselben irrigen Anname ausgehn, der beide die Bedeutung beilegen, dass mit derselben das ganze Geschäft hinfällig werden solle; was sie wollen, wollen sie nur unter dieser Voraussetzung, und diese Voraussetzung ist falsch. Die Wirksamkeit dieses Irrtums folgt aus den allgemeinen Grundsätzen der Lehre von der Bedeutung des Willens: die Anerkennung ist in der Tat eine nichtgewollte, auch keine als gewollt erklärte, denn die richtige Auslegung der Erklärungen ergibt das von der Voraussetzung bedingte Wollen. Beispiel:

M und N sind Erben, sie vergleichen sich über ein Schuldverhältnis unter den Erblassern, das in den Papieren beider Teile als Darlensschuld bezeichnet ist, nur über die Höhe scheinen die Angaben zu schwanken, zwischen 30 und 50; sie vergleichen sich auf 35. Später ergibt sich dass es eine Spielschuld gewesen.

Hier ist zu unterscheiden:

haben beide Teile das Dasein der Darlensschuld (die nur der Höhe nach, zwischen 30 und 50 zweifelhaft) als feste Grundlage des Vergleichs angenommen, so gilt derselbe nicht; über eine Spielschuld haben sie sich nicht vergleichen wollen; konsequent müsste auch angenommen werden, dass wenn nachher der ware Betrag als über 50 oder unter 30 sich herausstellte, der Vergleich ungültig würde der an die feste Voraussetzung geknüpft war, dass die Grenzen 30 und 50 keinesfalls überschritten würden;

hat überhaupt die ungewisse Forderung die unter den beiden Erblassern bestanden, gleichviel woher wie grosz ja ob überhaupt vorhanden, beseitigt werden sollen, so ist der Vergleich vollgültig. — Vgl. hiezu § 110 N. w, und Beil. II B,.

B, Wird eine Anerkennung, wie irgend eine andre Leistung und namentlich Zuwendung eines bestimmten Zweckes (Causa) wegen vorgenommen, so begründen etwaige Feler der Zweckbestimmung eine Anfechtung der Anerkennung wie die jeder andern Leistung (durch irgend eine der condictiones sine causa). Habe ich anerkannt lediglich darum, weil ich geglaubt habe zu diesem Anerkennungsakt obligatorisch verpflichtet zu sein, und nachträglich stellt sich die angenommene "obligatio ad agnoscendum" als unbegründet heraus, so kommt mir unweigerlich die cond. indebiti zu; über einen Fall der cond. causa data c. n. s. wider eine Anerkennung RE. XIV 55.

C, Bei A, und B, beruht die Anfechtung einer Anerkennung auf Momenten, die ausserhalb des Anerkennungsgeschäfts selber liegen; zweifelhafter ist die Anfechtung aus innern Gründen, wenn die Anerkennung sachlich falsch und die Beteiligten bei dem

Geschäft in Irrtum über das Anzuerkennende verstrickt gewesen. Uebereinstimmend scheinen die Gerichte der Gegenwart eine Anerkennung für sich als genügende Grundlage der Klage gelten zu lassen, und von dem aus der Anerkennung Klagenden keinen Erweis der Richtigkeit des Anerkannten zu fordern (statt aller RE. II 87). Der Nachweis der materiellen Irrigkeit des Anerkenntnisses fällt also dem Beklagten zu; aber hier begegnen wir einem Gegensatz der Auffassungen, bei dem es nicht immer klar wird, ob die Auffassenden sich desselben deutlich bewusst sind:

α, Bisweilen wird im anschluss an die Bährsche Lehre gefordert, dass dieser Gegenbeweis, dem Vorbilde des Beweises bei der condictio indebiti folgend, dahin ergehe, dass der Anerkennende bei der Anerkennung in entschuldbarem Irrtume sich befunden habe, SA. IX 150 (Kass.). ROHG. III 87 S. 431 ("nach den Grundsätzen der Kondiktionen, resp. nach DHGB. 294—?); Bo. II 862.

β, Bisweilen wird nur Nachweis des Irrtums, one Unterschied der Qualität gefordert, wobei zu bemerken dass DHGB. 294 jedesfalls von der Entschuldbarkeit absieht, und wenn man "Irrtums ... in der Rechnung" verbindet, überhaupt keinen Irrtum des Anerkennenden sondern nur objektive Irrigkeit des Anerkannten zur Bedingung macht: ROHG. I 47, XI 92, XV 78, XVI 35. — RE. V 33 lässt Einwendungen zu, obgleich der Anerkennende gewis nicht in entschuldbarem, und vielleicht überhaupt nicht in Irrtum gewesen; vgl. RE. VIII 82, Bo. II 865, 867, 872, III 583.

Noch sind besonders hervorzuheben:

Bo. IV 603 Anerkenntnis das blos als Geständnis wirke, fordere zur Entkräftung nur den Nachweis objektiver Irrigkeit, Anerk. als Rgeschäft aber Nachweis des Irrtums (one Hervorhebung der Qualität) des Anerkennenden. Und über die Ausfürung der Anfechtung der RE. XIV 62 (zunächst f. d. Preuss. R.) angenommene Satz, dass der Rechnungspflichtige, nachdem der andere Teil seine Rechnungslegung als richtig anerkannt, nicht einzelne Posten der von ihm gelegten Rechnung als irrig anfechten könne, sondern nur die ganze Rechnungslegung als solche, und unter Aufstellung einer neuen.

D, Es wären hienach also vier Arten der Anerkennung anzunemen, je nach der zulässigen Anfechtung:

α, es genügt der Nachweis dass das Anerkenntnis sachlich falsch,

β, dazu erfordert der Nachweis dass bei dem Anerkennen der Anerkenner (oder beide Teile) in Irrtum gewesen,

γ, — in entschuldbarem Irrtum gewesen,

δ, jede derartige Anfechtung ausgeschlossen, so zB. bei Vergleich (§ 110 N. w, auch Beil. II B,); oder wenn auf diese Anfechtung verzichtet wäre, Bo. VI 450.

Wie der Richter bei unklarem Tatbestande zu entscheiden haben würde, ist schon oben Beil. I 2, ausgesprochen, aber ebenda auch zu 3,, dass es wünschenswert wäre diesen Abschnitt des Rechts gesetzlich fester geordnet zu sehn. Offenbar beabsichtigt die neuere Gesetzgebung derartiges, vgl. SG. 1398—99, auch 1400, und besonders EBG. 683—84. Für die Anerkennung einer Schuld wäre damit ein fester Boden geschaffen:

ist die Anerkennung vertragsmäszig und in bestimmter Form geschehn (schriftlich, also nach EBG. 92, 1 eigenhändig unterschrieben vom Anerkenner, vom Anerkennungsempfänger in freier Form angenommen, vgl. Mot. II S. 692), "ein besonderer Verpflichtungsgrund" nicht angegeben oder nur im allgemeinen bezeichnet (cautio indiscreta),

so ist eine Anfechtung derselben (einrede- oder klagweise, vgl. EBG. 684, 1) nur zulässig, wenn nachgewiesen

1, dass das Anerkannte falsch, und

2, dass der Anerkenner vom waren Sachverhalt keine Kenntnis gehabt (nach der Analogie des herangezogenen EBG. 737, wobei jedoch zu bemerken, dass die Fassung von 737, 4 keineswegs jeglichen Zweifel darüber ausschliesst, ob der Anfechter seinen Irrtum zu beweisen hat, oder ob die blos auf der Falschheit des Anerkannten beruhende Anfechtung durch die Gegeneinrede, dass der Anerkenner vom waren Sachverhalt Kenntnis gehabt habe, elidirt werden kann).

Also ein Formalgeschäft, mit festen von dem konkreten Wollen der Beteiligten unabhängigen Rfolgen: ist die Anerkennung in dieser Gestalt geschehn, so ist die Anfechtung zulässig (δ, ausgeschlossen, es sei denn dass besonders auf die Anfechtung verzichtet wäre), und zwar nach Schema β, (mit dem so eben berürten Zweifel), weniger (α,) genügt nicht, und eines mehren (γ,) bedarf es nicht. Vollständig gerechtfertigt erscheint hiebei die Gleichstellung von "Schuldversprechen" und "Schuldanerkennung", und durch diese auch die Heranziehung der condictio indebiti, in der Gestalt die EBG. 737—741 ihr geben. Zugleich ist dem mündlichen, oder nicht in der gehörigen Form gegebenen schriftlichen Schuldversprechen oder Anerkenntnis die Gültigkeit abgesprochen; wieder kann dem erklärten Willen der Parteien gewalt geschehn, gleichwol ist die durchschlagende Nützlichkeit

der Bestimmung (vgl. auch Mot. II 688—90) unverkennbar. Selbstverständlich bezieht sich diese Ungültigkeit nur auf die beabsichtigten rechtsgeschäftlichen Folgen, nicht auf die etwaige Bedeutung einer solchen Erklärung als Meinungsäusserung für den Beweis.

E, Viel bedenklicher als die Bestimmungen sind die Auslassungen, dass EBG. keine allgemeinen Sätze über die Behandlung der Anerkennungs- und Feststellungsgeschäfte überhaupt enthält. Die apologetischen Ausfürungen in den Motiven ergeben dass die Kommission diese Fragen wol ins Auge gefasst, die Antworten aber unterlassen, warscheinlich weil sie dieselben einstweilen für zu unsicher gehalten, da das Material von der Rechtsprechung und Litteratur noch nicht ausreichend vorbereitet sei. Das ist ein Standpunkt, aber wol kaum der richtige: neues Recht zu machen ist Aufgabe des Gesetzgebers viel mehr als der Richter und der Gelehrten, die regelmäszig nur das vorhandene Recht zu erkennen und anzuwenden haben. Und gerade bei dem groszen Spielraum den EBG. der Anwendung der Analogie gibt, wird die Aufstellung vereinzelter Vorschriften, die doch nicht einfach generalisirt werden dürfen (denn sonst würden statt ihrer generelle Gebote aufgestellt sein), und die gleichwol zur analogen Ausdenung herausfordern, besonders gefärlich.

Schon bei den individualisirten Schuldanerkennungen ("wo ein besonderer Verpflichtungsgrund angegeben und nicht nur im allgemeinen bezeichnet ist") erwachsen Zweifel: soll es bei den hier unter D, α—δ, angegebenen Anfechtungsmöglichkeiten je nach dem (regelmäszig gar nicht mehr zu ermittelnden) Wollen der Beteiligten sein Bewenden behalten? oder würde auch hier der korrekt gewahrten schriftlichen Form besondere Bedeutung beizulegen sein? jenes stellt einen unbehaglichen Rechtszustand in aussicht, dies steht nicht eigentlich im EBG. — Noch ein par andre Anerkenntnisse werden berürt: EBG. 290, 3, 4, "dass ein Schuldverhältnis ganz oder zum Teil nicht bestehe"; 1472, 1474 der Ehelichkeit eines Kindes; 1701 der vormundschaftlichen Schlussrechnung. Die an diesen Stellen gegebenen Vorschriften erscheinen zur anologen Verwertung noch weniger geeignet, und so dürfte das gesammte Anerkennungsrecht durch die etwaige Einfürung des EBG. eine sehr beschränkte Förderung erfaren.

§ 110.

Vergleich[a]).

Ar. 269. Ba. 101. Bz. (1) 41, (2) I 111. De. II 109, III 96. Ke. 284. Pu. 294. Se. II 371—74. Si. II 107 B. Va. III 668—69. Wä. II 195 c. We. 100. Wi. II 413—14.

Der Vergleich "transactio" ist zugleich Tausch-[b]) und Feststellungsgeschäft.[c]). Voraussetzung ein in irgend welcher Beziehung ungewisses[d]) Recht oder Rechtsverhältnis[e]) das der Disposition der Vergleichschliesser[f]) untersteht. Das Röm. R.

---

[a]) T. D. de transactionibus 2, 15; T. C. — 2, 4. Risch d. L. v. Vergleiche [1855].

[b]) Tauschgeschäft im w. S., das nicht allemal Zuwendung gegen Zuwendung fordert, sondern auch eine dem andern Teile vorteilhafte Nichtzuwendung gegen Zuwendung oder gegen eine Nichtzuwendung derselben Art zulässt.

[c]) § 109 Text zu N. f. Ueber die Begriffsbestimmung und Stellung des Vergleichs im System Risch, a. a. O. § 2—7, Buhl Anerk. S. 74 f., und dazu Wi. II § 413 N. 6 a,. Unsere Meinung über die dem Vergleich im System gebürende Stelle ist im § 109 N. c, ausgesprochen.

[d]) Die Begrenzung dieses "Ungewissen" ist nichts weniger als gewis; Folge, dass bei manchen an der Grenze belegenen Geschäften nicht sicher zu entscheiden ist, ob Vergleich oder nicht. Einerseits soll über die res iudicata der Vergleich unzulässig sein (vgl. Beil. I), weil der Anspruch kein "ungewisser"; andererseits aber genügen zum Vergleich neben der Ungewisheit über den Bestand, die künftige Existenz (cf. c. 11 ht.), oder den Umfang, auch die über die Realisirbarkeit, d. h. über die Solvenz des Schuldners. Nur hieraus erklärt sich dass der s. g. Akkord mit dem Schuldner, und insbesondere der "Zwangsvergleich" im Konkurs (RKO. 121, 148, 160—187), als "Vergleich" und nicht einfach als Nachlass (restitutive Uebertragung, also einseitige Zuwendung) erfasst wird. Vgl. auch Bo. I 880 "einem künftigen Rechtsstreite vorzubeugen"; I 881 "Ungewisheit ... Realisirbarkeit des Anspruchs betr."; II 847 Vereinbarung eines Aversionalquantums statt Berechnung der Erbschaftssteuer nach dem offen gelegten Betrage derselben [was ist hier ungewis?] durfte als Vergleich, ALR. I 16 § 405, charakterisirt werden.

[e]) Alle zum Vermögen gehörigen Rechte einschliesslich derer an unkörperlichen Sachen, familienrechtliche Beziehungen soweit der Wille der Beteiligten darüber entscheidet. Der Vergleich kann sich aber auch darauf beziehn, dass unter den Parteien etwas als geschehn, nicht geschehn u.s.w. anzunemen sei; vgl. § 109 N. w,.

erklärt ungültig den Vergleich über Sachen die durch rechtskräftiges Erkenntnis klar entschieden sind[g]), desgleichen den über Ansprüche aus Testamenten one direkte Kenntnis[h]) der Worte des Testaments geschlossenen.

Jeder Vergleich fordert die vertragsmäszige Bestimmung von Leistung und Gegenleistung (Tauschgeschäft). Die eine Leistung besteht allemal in einer Anerkennung[i]) und jenachdem

---

f) Wer im stande einen Vergleich zu schliessen: Risch a. a. O. § 8, 9. — SA. I 339, ROHG. VI 90 Handlungsreisende; ROHG. VIII 35 der zur Einziehung Bevollmächtigte; ROHG. V 10, VII Inspektoren und Agenten der Versicherungsgesellschaften; SA. XXIX 233 Rechtsanwalt jenachdem; SA. XI 43 Mutter betreffs der Alimentenforderung für ihr unehliches Kind partikularrechtlich zuzulassen, XXX 34 gemeinrechtlich nicht, vgl. auch X 263; RE. XVI 24 der Gewalthaber in beziehung auf die Adventizien, vgl. Bo. IV 899; SA. XXVI 135 bei Gütergemeinschaft nicht der Ehemann allein.

g) Beil. I.

h) fr. 6 ht.: "de his controuersiis quae ex testamento proficiscuntur neque transigi neque exquiri ueritas aliter potest, quam inspectis cognitisque uerbis testamenti". Verständlich durch die Zwillingsstelle fr. 1 pr. § 1 test. quemadm. 29, 3:

> ratio autem huius edicti manifesta est. neque enim sine iudice transigi, neque apud iudicem exquiri ueritas de his controuersiis quae ex testamento proficiscerentur aliter potest, quam inspectis cognitisque uerbis testamenti.

Die Vorschrift gilt also nur für den gerichtlichen Vergleich, in Rom (wenigstens eine zeit lang) den für solche Sachen allein zulässigen. Da das gemeine Recht diese Beschränkung nicht kennt, so ist auch fr. 6 cit. für uns bedeutungslos. In anderer Weise beseitigt dieselbe Stelle Wi. II § 413 N. 12. Die praktische Unbrauchbarkeit des Satzes beruht einmal darauf, dass der Verlust des Testamentes den Vergleich unmöglich machen müsste, und falls das Testament noch existent das "inspectis cognitisque uerbis" (wann? wie? wo? von wem?) zu neuen Häkeleien über die Gültigkeit des Vergleichs anlass böte.

i) Das s. g. ungewisse (vgl. d,) Recht oder Rechtsverhältnis wird
α, entweder in vollem behauptetem Umfange anerkannt, Anerkenner der dem Berechtigten Gegenüberstehende;
β, oder beschränkt anerkannt, Anerkennung seitens beider Teile, der Berechtigte anerkennt dass es nicht über, der Gegenüberstehende dass es bis an die Schranke bestehe;
γ, oder als nicht vorhanden anerkannt, vom Berechtigten.
Eine dieser drei Möglichkeiten steckt in jedem Vergleiche.

Verzichtleistungserklärung[k]), die der andere Teil annimmt, und für die er irgend welchen Entgelt[l]) zusagt. Ein Vergleich kann aussergerichtlich und vor Gericht[m]) geschlossen werden; allgemeine Formvorschriften für jenen kennt das heutige[n]) Recht nicht, doch sollen Vergleiche über Alimente (streitig welche)[o]) der Prüfung und Bestätigung durch den Richter bedürfen.

[k]) In den zu i β, und i γ, gehörigen Fällen ist der Verzicht unverkennbar enthalten, bei denen zu i α, liegt er in dem Aufgeben der Möglichkeit das eben Anerkannte zu leugnen oder anzufechten. Die Gegenleistung für solche Anerkennung wird häufig auch in einem Verzichte, häufig in einem Nichtverzicht bestehn, zB.

A und B streiten um den Nachlass des C. a—z enthaltend:
Vergleich mit gegenseitigem Verzicht: A überlässt dem B m—z, wogegen B dem A überlässt a—l,;
Vergleich mit Verzicht gegen Nichtverzicht: A überlässt dem B a—z, wogegen B dem A aus eigner Tasche 1000 zalt.

[l]) Vgl. SA. XXXV 119, XXXVI 38. — Bo. III 573 kein Vergleich (wegen felender Gegenleistung?).

[m]) RCPO. 702: "Die Zwangsvollstreckung findet ... statt:
1, aus Vergleichen welche nach Erhebung der Klage ..... vor einem Deutschen Gerichte abgeschlossen sind;
2, — welche im Falle des § 471 vor dem Amtsgericht abgeschlossen sind; vgl. noch RCPO. 77, 79, 93, 146.
Vergleich im Prozess braucht sich nicht auf den Klaginhalt zu beschränken, SA. XXXV 119; Vergleich im Läuterungsverfaren RE. XVII 84; Kompetenz der Gerichte SA. XXXVIII 274, XXXX 265; Vergleich ist keine Prozesshandlung im Sinne v. RCPO. 52, Bo. IV 1097. — Vergleiche vor Schiedsmännern Bo. IV 584—5.

[n]) Nach RR. wirkt der Vergleich als einfaches "pactum"; genügt also gegenüber den meisten Obligationen nicht zur Zerstörung ipso iure, die vielmehr durch Acceptilation oder richterliches Erkenntnis auf grund des Vergleichs zu bewirken war. — Ueber die Wirksamkeit beschworener Vergleiche c. 41 ht.

[o]) Fr. 8 § 2 ht., fr. 5 § 2, § 16, § 17 de agn. et al. l. 25, 3, c. 8 ht. — Risch a. a. O. § 13, F. Pfaff Arch. f. prakt. RW. N. F. XIII S. 210 f. — SA. II 285, X 263, XI 39, XVIII 244, XXXIV 207, RE. IV 60: "Gemeinrechtlich bedarf ein Vergleich über noch nicht fällige Alimente die auf grund unmittelbarer gesetzlicher Bestimmung zu verabreichen sind .... zu seiner Gültigkeit der richterlichen Prüfung und Bestätigung". Für leztwillig hinterlassene Alimente ist dasselbe Erfordernis unbestritten. — Verzicht des Vormunds für den Pupillen auf ein Noterbrecht bedarf einer gleichen Bestätigung nicht, SA. XX 147, vgl. XIII 100.

Die im aussergerichtlichen Vergleiche enthaltene Anerkennung wirkt im wesentlichen ebenso wie die für sich stehende aussergerichtliche Anerkennung[p]), auch in beziehung auf Dritte[q]). Desgleichen wirkt die Zusage des Entgelts verschieden je nach der Beschaffenheit dieses Entgelts[r]), und im allgemeinen ebenso wie dieselbe Zusage ausserhalb Vergleichs[s]). — Die Auslegung der Vergleichserklärungen steht unter den allgemeinen Regeln[t]).

Anzufechten ist ein Vergleich wegen Zwanges[u]) und Betruges[v]), auch wegen Irrtums[w]), der aber hier doch nicht die

---

p) D. h. die Wirkungen der Anerkennung im Vergleich gehn nicht weiter als die Wirkungen einer Anerkennung ausser Vergleich auch gehn können. Das verträgt sich sehr wol damit, dass regelmäszig die Anerkennung im Vergleich intensiver wirkt als die Anerkennung ausserhalb des Vergleichs (vgl. § 109 Beil. V β,). Hiezu ROHG. I 47 S. 163: "... sofern nicht über sie ein Vergleich geschlossen ....", VIII 35, RE. V 33, XIII 25, BE. IX 130, aber auch Bo. II 846, V 528, VI 421.

q) Wieweit der Vergleich über ein Testament den Rechten der Erbschaftsgläubiger und der Vermächtnisnemer präjudizirt, ist sehr bestritten; vgl. fr. 3 pr., fr. 14 ht., fr. 29 § 2 de inoff. t. 5, 2. — Dedekind Anerk. ungült. leztw. Verfüg., Bz. (2) III § 379 a, De. III 96, Wi. III 566. — Nachlassvertrag Eines von mehren Korrealschuldnern befreit die Andern, Eines von mehren Solidarschuldnern nicht, ebenso ROHG. XI 34 (im Obligationenrecht näher zu besprechen).

r) So entscheidet der Inhalt der Gegenzusage über die Verpflichtung des Zusagenden für körperliche Mängel der zu liefernden Sache, oder für Eviktion zu stehn, vgl. Bekker Jb. d. gem. Rs. VI S. 238—39. Aus der im Vergleiche liegenden Anerkennung erwachsen diese Verpflichtungen nicht.

s) So würde also beispielsweise, wenn A gegen die Anerkennung seines Rechts von seiten des B Aufhebung seiner (als gewis angenommenen) Forderung wider B zugesagt, und darauf diese Forderung als nichtig sich herausgestellt hätte, B die gemachte Anerkennung nach den Grundsätzen der condictio indebiti, eventuell auch einredeweise anfechten können.

t) cf. fr. 12 ht.; Bo. I 884, 885.

u) c. 13 pr. ht.

v) fr. 9 § 2 ht., c. 4, 19, 30 ht. — SA. XV 128, ROHG. XXIV 44, vgl. Bo. II 845.

w) Der Vergleich wird hinfällig wenn der Irrtum sich bezieht auf dasjenige, was nach dem erklärten Willen der Parteien Voraussetzung und Grundlage des Vergleichs war: zB. A und B vergleichen

gleiche Berücksichtigung findet wie bei andern Fällen der Anerkennung[x]). Unterlassung einer vergleichsmäszig übernommenen Leistung gibt Klage auf Erfüllung oder Entschädigung, und berechtigt nur ausnamsweise zum Abgehn vom Vergleich[y]).

sich über eine Erbschaft die ihnen nach einem Testament vom J. 40 zugefallen, später wird ein Testament von 42 aufgefunden, nach welchem C Alleinerbe; Vergleich des Schwängerers mit der Geschwächten über deren Ansprüche aus der Schwängerung, nachher findet sich dass keine Schwängerung stattgefunden; Vergleich einer Eisenbangesellschaft mit dem Gutsbesitzer wegen Brandes einer Scheune in folge Funkenfalles, später wird festgestellt, dass der Brand nicht durch Funkenfall erzeugt, sondern von den Leuten des Besitzers angelegt worden ist. — Die Wirksamkeit des Irrtums in diesen und allen änlichen Fällen ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen über Kraft und Wirksamkeit des vertragsmäszigen Wollens: die Vergleichsfolgen sind durch die maszgebenden Willenserklärungen an feste Voraussetzungen geknüpft, deren Ausfallen den Nichteintritt der verabredeten Rfolgen bedingt. Diese Bedeutung des Irrtums ist die schon oben § 109 Beil. V A, entwickelte, und sie wäre daher anzunemen, auch wenn sie in den Quellen nirgends ausdrücklich anerkannt würde, sieh aber c. 42 ht. Damit übereinstimmend Praxis, SA. III 323, XIII 142, ROHG. XXIV 44, Bo. V 531, und die Masse der Litteratur, abweichend Bz. a. a. O., Risch § 26 (aus dem ganzen von ihm benuzten Quellenmaterial erzeugt keine Stelle das mindeste Bedenken wider die hier vertretene Lehre, ausnamslos alle beziehn sich auf Fälle des in der folgenden Note x, berürten Irrtums), Regelsberger Civ. Arch. XXXXVII S. 160 f.

x) Die im Vergleich liegende Anerkennung gehört zu den in § 109 im Text unter B c, aufgefürten und Beil. V D *d*, besprochenen. Indifferent daher der Irrtum wenn das Resultat der im Vergleich enthaltenen Anerkennung [d. h. Feststellung des als ungewis angenommenen] nachträglich als falsch [mit dem bisherigen Rzustand nicht übereinstimmend] sich ergibt. Diese Möglichkeit gilt beim Vergleich als vorgesehn, daher ihr Eintritt das Geschäft nicht erschüttern kann. Fr. 65 § 1 de cond. ind. 12, 6, c. 19, 29 ht. [neu gefundenes Beweismaterial]; vgl. auch N. p,. — Ebenso indifferent der s. g. Irrtum in den Motiven, SA. V 304, Bo. I 887.

y) Soweit im Vergleiche neben den Feststellungen auch Zusagen von Leistungen enthalten sind, ist er ein obligatorischer Vertrag, klagbar wie jeder andere der Art; dass dem Berechtigten neben der Klage auf Erfüllung auch die Befugnis vom Vergleiche abzugehn zustünde, wäre gemeinrechtlich nur aus spezieller Verabredung herzuleiten. Anders nach Preuss. R., vgl. ROHG. I 66.

Ab und zu hat die Praxis Anfechtung wegen laesio enormis zugelassen[z]).

Wird ein Vergleich in der Absicht einen Teil zu bereichern mit dem entsprechenden Erfolge abgeschlossen, so liegt ein "negotium mixtum cum donatione" vor[aa]).

Den Vergleich auf die Ableistung eines Eides zu stellen[bb]) (aussergerichtlicher Eid, Schiedeseidsvertrag) war ein in Rom gewönliches Geschäft, das heutzutage zu den seltenen[cc]) zält.

Beilage I. Das RR. bestimmt:

fr. 23 § 1 de cond. ind. 12, 6: ... post rem iudicatam .... transactionem nullius esse momenti ..

cf. fr. 7 pr. § 1, fr. 11 ht., c. 32 ht. — Paul. S.R. I 1 § 5, C. Greg. II 11 c. 1, 3, 4. — Ausnamen:

fr. 11 cit.: ... etiamsi prouocatio non est interposita, tamen si negetur iudicatum esse uel ignorari potest an iudicatum sit .... transactio fieri potest. — cf. fr. 23 § 1 cit.

Risch und die grosze Masse der neueren Litteratur, insonderheit der Lehrbücher, sieht hierin noch geltendes Recht; neuere gerichtliche Entscheidungen der Frage kenne ich nicht. Aber die Ungültigkeit des Vergleichs "post rem iudicatam" steht im schneidenden Gegensatze zu der gleichfalls in den Lehrbüchern angenommenen Zulässigkeit des Vergleichs wegen Ungewisheit der Solvenz des Schuldners, (vgl. oben N. d,), speziell mit dem Zwangsvergleich der RKO., oder sollten etwa bei diesem die Forderungen, über die schon rechtskräftig erkannt worden, eine exceptionelle Rolle spielen? — Und ferner sollte ein Vergleich über rechtskräftig zugesprochene Alimente kein warer Vergleich sein? und darum der richterlichen Prüfung und Bestätigung (N. o,) nicht bedürfen?

Bei der schlechten Brauchbarkeit des Römischen Satzes empfielt sich mit De. II 109 N. 7, in c. 32 ht. zu urgiren die Worte "si non Aquiliana stipulatione et acceptilatione subsecuta com-

[z]) Dafür SA. IV 41, dawider SA. XXXIX 201.

[aa]) Das dann selbstverständlich für seinen schenkungsartigen Teil RKO. 25 und RG. v. 21. 7. 79: § 3, 3, unterliegt.

[bb]) Vgl. Wi. II 418, Wetzell, Syst. d. ord. Civilproc. § 27; für d. Röm. R. jezt Demelius, Schiedseid und Beweiseid im Röm. Civilproc., besonders § 4—6, und § 21.

[cc]) Gegen die Gültigkeit Sav. S. VII 314, De. II 14; dafür Wetzell und Wi. a. a. O., diese wie jene one bezugname auf Entscheidungen aus der heutigen Praxis; vgl. noch Mot. zu EBG. II S. 657.

petentem tibi actionem peremisti ....."; also anzunemen dass im Justinianischen Recht formloser Vergleich wider die res iudicata unwirksam gewesen, und daraus, dass der moderne formlose dem Römischen formellen Vergleiche gleich wirke, zu folgern dass h. z. t. jeder Vergleich auch über rechtskräftig entschiedene Sachen Geltung zu beanspruchen habe.

Beilage II. A, EBG. 666. Als Vergleich gilt der gegenseitige Vertrag durch welchen ein unter den Vertragschliessenden streitiges oder ungewisses Rechtsverhältnis ausser Streit oder Ungewisheit gestellt wird.

Versteht man, entsprechend andern Stellen des EBG., unter "gegenseitigem Vertrage" einen auf Austausch von Vorteilen gerichteten, so scheint die Definition mit unserer Auffassung im wesentlichen übereinzukommen. Eben deshalb einige Bemerkungen hiezu:

a, Muss was "streitig" ist nicht allemal auch als "ungewis" gelten? oder liessen sich "Streit über gewisses" und "Str. über ungewisses" als verschiedene Rechtsbegriffe auseinanderhalten? — Wenn aber dies nicht der Fall, wozu dann die Spezies "streitig", die im Genus "ungewis" mitenthalten, noch besonders hervorheben?

b, Dagegen scheint etwas anderes, darauf es ankommt, nicht gesagt: die fraglichen Rverhältnisse müssen "Rverhältnisse der Vertragsschliessenden", von ihrer Disposition abhängig sein. Wenn A und B streiten über Rverhältnisse die nur C und D angehn, und A und B dann zu einer Auffassung sich einigen, ist das Vergleich? — Nein, weil kein gegenseitiger Vertrag? — Aber wenn sie nun wirklich gegenseitig vertragsmäszig, unter Fixirung von Konventionalstrafen für jeden Verstosz, sich verpflichtet hätten von der acceptirten gemeinsamen Auffassung nie wieder abzugehn?

c, "Ungewisses Rechtsverhältnis ausser Ungewisheit stellen": darf das Rverhältnis über das rechtskräftig erkannt ist noch "ungewis" genannt werden? also kein Vergleich "post rem iudicatam", vgl. Beil. I? aber verzichten kann ich auf mein Recht aus der Sentenz (EBG. 191, 2), und sicherlich auch gegen Entgelt. Das wäre dann "kein Vergleich", sondern Was? und wodurch rechtlich von einem "Vergleich" verschieden?

Sehr bitterböse sind all diese Bemerkungen nicht: "omnis definitio periculosa", gleichwol muss der Gesetzgeber zuweilen definiren, und die Aufgabe einer vernünftigen Interpretation besteht wol darin die Häklein der Definition aufzudecken, aber nicht sie zu benutzen um Ungehörigkeiten daran zu hängen. One also

uns anzumaszen eine unangreifbare der freundlichen Auslegung nicht bedürftige Definition geben zu können, möchten wir noch eine Frage anregen: ist "ungewis" die beste Bezeichnung für den Stoff mit dem der Vergleich sich zu befassen hat, das festzustellende Etwas? A und B sind Miteigentümer eines wertvollen Bildes, das jeder wol gern allein hätte; aber sie streiten nicht darum, denn Jeder ist vom gleichen Anrecht des Andern durchdrungen, auch wissen sie dass der Richter es dem zusprechen würde, der sich erböte zum grösseren Wertbetrage es anzunemen. Sie einen sich: A behält das Bild für sich, und gibt dagegen ein andres aus seiner Gallerie an B. Ist das ein Vergleich? jedesfalls ein gültiges Tauschgeschäft, bei dem kaum etwas "ungewisses" zu entdecken wäre: B tritt dem A sein Miteigentum an dem einen, A dem B sein Eigentum an dem andern Bilde ab. Aber welcher Vergleichsrechtssatz passte hierauf nicht? — Doch wenn nicht "ungewis", von welcher andern Beschaffenheit sollte das Festzustellende sein? "unfest", um festgestellt werden zu können. Danach wäre "unfest" so viel wie abhängig von dem Willen der Feststeller, der Disposition derselben untergeben. Damit erhielten wir den unzweifelhaft richtigen Satz, dass alle Feststellungsgeschäfte nicht weiter tragen, als das Feststellungsvermögen, die Dispositionsgewalt der Beteiligten. Des weiteren wäre zu unterscheiden

α, das Unfeste (festzustellende) ist den Beteiligten gleichmäszig bekannt, folglich auch seine Verschiedenheit von dem Resultat der Feststellung; der Wert eines solchen Rechtsaktes lässt sich übersehn; wir heissen den R.akt "Zuwendung" und unterstellen ihn dem eigentümlichen "Recht der Zuwendungen", das sich auszeichnet vornemlich durch die besondere Bedeutung, welche es der Zweckbestimmung ("causa") bei den Zuwendungen einräumt;

β, das Unfeste ist den Beteiligten nicht gleichmäszig bekannt, Einer oder Beide haben das Bewusstsein den gegenwärtigen Rechtsbestand nicht zu kennen ("ungewis"), oder der Eine sieht ihn so und der Andere anders ("streitig"); erfolgt nun durch den geeinten Willen beider die Feststellung, so ist Umfang und darum auch Wert der hiemit bewirkten Rechtsverschiedenheit von den Beteiligteu nicht genau zu übersehn, wol aber ist anzunemen dass Beide ein Interesse daran haben, von den bisherigen unfesten zu (relativ) festen Rechtsverhältnissen zu gelangen. Dies wie jenes spricht dafür, bei den Feststellungsgeschäften dieser Art (die entweder überhaupt keine Zuwendungen sind, oder Zuwendungen one Zuwendungsabsicht), auf die Zweckbestimmung (Anstreben eines zweiten Erfolges) kein besonderes Gewicht zu legen. Noch mag hervorgehoben werden, dass bei diesen Feststellungen die

Ungewisheiten und Streitigkeiten zu beseitigen bestimmt sind, die Absicht der Beteiligten gehn kann,

einmal auf eine definitive und gänzlich unumstöszliche Neuordnung der Rverhältnisse;

zweitens auf eine nur provisorische Ordnung, ("einstweilen soll dies gelten"), Berichtigung vorbehalten.

B, Bei weitem bedenklicher erscheint:

> § 667. Die Gültigkeit eines Vergleichs wird dadurch nicht beeinträchtigt, dass ein Vertragschliessender in ansehung eines Umstandes geirrt hat, welcher Gegenstand des Streites oder der Ungewisheit war.
>
> Ist jedoch bei der Schliessung des Vertrags von den Vertragschliessenden ausdrücklich oder stillschweigend das Nichtvorhandensein eines Umstandes vorausgesezt, welcher den Streit oder die Ungewisheit ausgeschlossen haben würde, so kann der Vertragschliessende, welcher von einem solchen Umstande erst nach Schliessung des Vergleichs Kenntnis erlangt hat, verlangen dass der Vergleich rückgängig gemacht werde. Auf diesen Anspruch finden die Vorschriften des § 744 entsprechende Anwendung.

insbesondere durch die Bemerkungen welche die Motive hieran knüpfen.

a, Der ganze § soll offenbar das R. des Vergleichs in beziehung auf die Frage der Anfechtung wegen Irrtums ordnen, im wesentlichen ebenso wie die moderne Praxis es annimmt; das wird zu Abs. 1, ausdrücklich bemerkt. Es kam also darauf an, eine haltbare Grenzlinie zwischen dem irrelevanten und dem relevanten (Anfechtung begründenden) Irrtum ausfindig zu machen, und möglichst unmisdeutlich zu bezeichnen. Ist das gelungen?

B glaubt schwanger zu sein von A, und auch A ist überzeugt durch seine Beiwonung die B in diesen Zustand versezt zu haben; nach übermäszigen Anforderungen der B einigen sie sich auf eine passende Abfindung. Nachträglich ergibt sich dass B nie schwanger gewesen. Wer von den Beteiligten hat hier "das Nichtvorhandensein eines Umstandes vorausgesezt, welcher u. s. w."? vorausgesezt haben beide die Schwangerschaft der B; entweder also man sagt:

> Nichtschwangerschaft ist der Umstand "welcher den Streit oder die Ungewisheit ausgeschlossen haben würde", Parteien haben "das Nichtvorhandensein dieses Umstandes vorausgesezt" — darum ist der Vergleich anzufechten;

oder der Vergleich gilt. Dies wäre gegen die herrschende Praxis und das in ihr sich bekundende gesunde Rechtsgefül. Das wollte

auch EBG. schwerlich; aber statt gerade auf das Ziel zu gehn, mutet er dem Richter zu den krummen Weg zu verfolgen, wo das Verirren leichter als das Zurechtfinden. Aber nicht blos die Ausdrucksweise ist mangelhaft, auch der Grundgedanke des EBG. Wir haben betont (vgl. oben N. w,), der Irrtum dürfe beim Vergleiche nur nach den allgemeinen, auch sonst für die Behandlung des Irrtums maszgebenden Grundsätzen beurteilt werden. Wir dachten dabei an den Satz

> dass wenn beide Teile bei einem Vertrage das Gewollte abhängig machen (gleichviel ob durch ausdrückliche oder stillschweigende WE.) von einer Voraussetzung, und diese sich als falsch erweist der Vertrag hinfällig wird,
>
> vgl. vornemlich Leonhard Irrt. b. nicht. Vertr. II § 22.

als zweifelloses Besitzstück des Römischen Rechts und der herrschenden Praxis. Diametral entgegengesezt erklären die Motive II S. 654, dass die für die Anfechtung des Vergleichs angenommenen Grundsätze im EBG. übrigens nicht anerkannt seien. Auch der eben zitirte Satz ist darin nicht ausgesprochen, aber er würde doch auch wol nach dem EBG. gelten, da er sich als unmittelbare Konsequenz der allgemeinsten Regeln über die Gültigkeit der Verträge ergibt. Mit dem Satz aber reichen wir für die Behandlung des Irrtums bei Vergleichen vollkommen aus. Also strebt EBG. 667 ein unnütz buntscheckiges Recht an, und noch dazu mit mangelhaftem Ausdruck.

b, Nicht blos gegen die Voraussetzungen, auch gegen die vom EBG. verordneten Wirkungen der Anfechtung von Vergleichen, kehren sich Zweifel. Wer sich in einem nach EBG. 667, 2 wirksamen Irrtum befunden, und erst "nach Schliessung des Vergleichs" Aufklärung erhalten hat, der

> kann verlangen dass der Vergleich rückgängig gemacht werde. Auf diesen Anspruch finden die Vorschriften des § 744 entsprechende Anwendung.

Dazu Motive: der "erhebliche Irrtum" beim Vergleich
solle nicht nach EBG. 98 behandelt werden,
auch nicht im anschluss an das Anfechtungsrecht, EBG. 108—12, vielmehr sei das Prinzip des Kondiktionenrechts maszgebend und das Wandelungsrecht, EBG. 383, 387 als Vorbild zu nemen;

> EBG. 383 gibt über die Ausfürung der Wandelung keine Auskunft,
>
> EBG. 387: "Auf das R. der Wandelung finden die §§ 427—30, 433 mit folgenden Abweichungen entsprechende Anwendung u. s. w."
>
> EBG. 427—30, 433 aber enthalten die Hauptpunkte der Lehre vom "Rücktritt vom Vertrage".

α, Keinesfalls also ist das was EBG. will klar und deutlich ausgesprochen, daher anzunemen dass verschiedene Gerichte die sich durch diese Reihe von Verweisungen hindurchzuwinden haben, zu verschiedenen Resultaten gelangen werden.

β, A und B, Erben aus dem Testament des H streiten um dessen Nachlass, und vergleichen sich endlich. A nimmt die Stücke a—m, B nimmt n—z; nachher erweist das Testament sich als untergeschoben. H hat gar kein Testament gemacht, A ist sein alleiniger Intestaterbe (vgl. c. 42 de transact. 2, 4); oder, A und B glauben beide Intestaterben zu sein, streiten und vergleichen sich ebenso, nachher wird ein Testament entdeckt in welchem A als Alleinerbe eingesezt ist (gewis ein "Umstand der Streit und Ungewisheit ausgeschlossen haben würde"): soll A hier zur Geltendmachung seines Rechts auf die Kondiktionen beschränkt sein, und also, wenn B inzwischen vielleicht in Konkurs geraten wäre, so gut wie nichts erhalten?

c, In den Motiven II S. 650 findet sich noch eine hochbedenkliche Andeutung, die ebenso auf die Stellung des Vergleichs (im Obligationenrecht des EBG.) wie auf die kondiktionsmäszigen Folgen des ungültigen Vergleichs von einfluss gewesen sein dürfte; "jedem Vergleiche wont ein obligatorischer Karakter bei ... der dingliche Vertrag tritt ... als ... Erfüllung des Vergleichs diesem hinzu". Das ist in der tat nichts andres, als eine partielle Wiedererweckung der alten Lehre vom "Titulus" und "Modus adquirendi", die wir längst tot und begraben geglaubt. Es entspricht so wenig dem geltenden Recht wie dem Bewusstsein der handelnden Parteien, dass der eigentliche Vergleich allemal nur in der Uebername von gegenseitigen Verpflichtungen zum Anerkennen Verzichten u.s.w. bestehe, dem dann die Ausfürungshandlungen als zweiter Akt zu folgen hätten. Oder noch schematischer

> "transactionis causa" übernimmt jeder Teil eine "obligatio", der Eine "ad agnoscendum" (auf Anerkennung und Verzicht irgend welcher Art), der Andere entweder auch "ad agnoscendum" oder auf irgend etwas anderes "ad dandum uel faciendum",
>
> der Verzicht von der einen Seite, und der Gegenverzicht oder die sonstige Gegenleistung geschehn sodann "soluendi causa", um die beiden aus dem Vergleiche zu erfüllen.

Aber dies ist eine nicht blos unnütze sondern auch gefärliche Harspalterei; und wenn wir übrigens one die Lehre vom Titulus und Modus auskommen können, warum nicht auch beim Vergleich?

Schliesslich also würden unsre Wünsche hinauslaufen

I, auf eine Aenderung des Textes von EBG. 667, bei der die zugrunde liegenden waren Gedanken der Kommission aufrecht zu erhalten wären:

gültig bleibt der Vergleich, wenn der Irrtum (eines oder beider sich vergleichenden Teile) sich bezieht auf einen von den Punkten, die als unfest angenommen durch den Vergleich festgestellt werden sollten,

ungültig wird der Vergleich, sobald der Irrtum sich bezieht auf einen von den Punkten die von beiden Teilen als feste Grundlage des Vergleichs angenommen sind (so dass also bei Kenntnis der waren Sachlage dieser Vergleich nicht abgeschlossen wäre);

II, dass die in den Motiven gegebenen Erläuterungen der Vergessenheit anheim fielen.

§ 111.

Erhaltungsakte; Protestationen.

Ar. 75, 110. Ba. 52. De. I 98. Ke. 57. 86. Sa. S. V 243. Se. I 88, 29. Va. I 190. Wä. I 82. Wi. I 72, 108.

Den Feststellungsgeschäften einigermaszen verwant sind die "Protestationen"[a]), Rechtsgeschäfte lediglich[b]) zur Erhaltung eines gegenwärtigen Rechtsbestandes; eine Abart derselben wird auch "Reservationen"[c]) genannt.

Die Protestationen stehn auf einem Flügel der "Erhaltungsvorgänge", am fernsten denjenigen die gar kein Werden und Geschehn, sondern blos ein Sein[d]) voraussetzen; aber auch unter den "Erhaltungsakten" sind manche Nichtrechtsgeschäfte[e]). Andererseits gehen die Protestationen (= erhaltende Rgeschäfte)

---

[a]) "protestari" = palam testari, cf. fr. 1 § 4 q. legat. 43, 3: "... protestati ex altera nos uelle consequi quod nos contingit"; fr. 33 de neg. gest. 3, 5: "... quid enim si etiam protestata est, se filium ideo alere ..." — SG. 139—143 "Verwahrung" — EBG. 844, 845, 1085, 1111, 1128.

[b]) Wärend bei den Feststellungsgeschäften allemal auch die Möglichkeit in betracht kommt, einen neuen vom bisherigen unterschiedenen Rechtsbestand zu schaffen.

[c]) Böcking Pand. (2) I § 116 l, definirt Reservation als Unterart der Prot., und zwar als "Erklärung, dass man ein Recht nicht aufgegeben haben wolle, welchem man bei einer dem Willen des Erklärenden nicht entsprechenden Auffassung einer W.äusserung entsagt zu haben scheinen könnte"; er zitirt dazu fr. 77 de C. E. 18, 1, fr. 4 § 1 q. mod. pign. 20, 6.

[d]) Man denke zB. an die Zustände, deren Andauer bei den meisten Urbanalservituten jegliche zerstörende Verjärung fern hält.

[e]) Bei Wegegerechtigkeiten kann das Tun eines Wansinnigen oder eines Kindes den Nonusus ausschliessen.

fast unmerklich über in gewisse Gruppen der Erwerbsgeschäfte[f]). Allen Protestationen gemeinsam, dass sie nur einseitige Willenserklärungen[g]) enthalten; Zufügung von Bedingungen und anderen Nebenbestimmungen ist wenig gebräuchlich.

Im einzelnen:

Protestation zur Unterbrechung der Klagverjärung[h]):

interpretative Erklärungen, meist "Vorbehalte" geheissen[i]), zu anderen ausdrücklichen[k]) oder stillschweigenden[l]) Willenserklärungen; auch generelle Vorbehalte zulässig[m]); unwirksam

[f]) Vgl. unten N. q,.

[g]) Die Klagenverjärung unterbrechende Anerkennung (vgl. § 109 Beil. II a. E.) und änliches ist wol ein "Erhaltungsgeschäft" aber keine "Protestation".

[h]) c. 2 de ann. 7, 40, vgl. RCPO. 167; SG. 164; SA. IX 249, auch XIX 112.

[i]) Der Sprachgebrauch ist kein fest zuverlässiger, ROHG. XVI 72 bemerkt dass "Protestirung wegen Nichterfüllung" und "Vorbehalt der Rechte" oft leere Frasen seien.

[k]) Vgl. ROHG. VI 78 (Protestklausel zum Konossement).

[l]) Vgl.: fr. 33 de neg. gest. 3, 5, fr. 14 § 8 de religios. 11, 7, fr. 20 § 1 de adq. u. omitt. h. 29, 2; — fr. 16 de SC. Mac. 14, 6, fr. 6 § 2 mand. 17, 1, fr. 12 de euict. 21, 2. etc. Die Praxis hat namentlich mit folgenden Fällen sich befasst:

Hinname von Erbschaftssachen ist nur nach Umständen Erbantretung, diese also durch Vorbehalt auszuschliessen SA. XIV, 146;

ob und wann in Anname der Ware und jenachdem in Leistung der Zalung Verzicht auf verwirkte Konventionalstrafe liegt, ist im einzelnen streitig, nicht jedoch dass der Anspruch auf Konventionalstrafe bei solcher Gelegenheit durch entsprechenden Vorbehalt aufrecht erhalten werden kann; vgl. SA. XXI 226, XXXIII 215, ROHG. III 58, 66, RE. II 9, IX 51, X 54;

Verzicht auf andere Entschädigungsansprüche, der in Anname oder Zalung liegt, desgleichen, ROHG. XI 134, XIII 6, 34, 36, 92, XV 115, XVI 42, XXIV 16, RE. I 9, insbesondre Ausschliessung der Wirkungen von DHGB. 408 durch Vorbehalt BOHG. I;

Unterwerfung unter die von der Verabredung abweichenden Bestimmungen der Faktura durch Anname der lezteren desgl., ROHG. V 7; Vorbehalt aller Rechte bei der Unterwerfung unter die Verfügungen der Baupolizei, RE. VIII 39.

Vgl. EBG. 386, 421, 572, 915, 1191.

[m]) ROHG. XIX 93.

dagegen solche die als mit der abgegebenen Erklärung im widerspruch stehend anzusehn[n]) sind;

verwant dem Vorbehalt durch Parteierklärung ist der durch den Richter im Erkenntnis[o]);

Verlautbarungen zum Schutze der Rechte und Rverhältnisse Dessen, von dem die Verlautbarung ausgeht, wie solche schon dem RR. bekannt[p]) gewesen, viel mehr aber noch durch die groszen öffentlichen Bücher und Register der Gegenwart üblich[q]) geworden; entsprechende vorschriftsmäszige Bezeichnung der Fotografien[r]); desgleichen Patenterwerbungen[s]);

---

[n]) s. g. "protestatio facto contraria", SA. XXXVI 259: "p. f. c. liegt nur vor, wenn die Handlung keine andre Auslegung zulässt, als gerade die welche durch den begleitenden Vorbehalt abgelent wird". S. auch XXII 108, freiwillige Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft seitens des unschuldigen Ehegatten hebt trotz Vorbehalt die Wirkung des demselben bekannten Scheidungsgrundes auf; sodann SA. III 76, XIV 146, XXVI 142, XXXVII 93; dagegen schliesst Anname von Zalungen unter Vorbehalt den Anspruch wegen laesio enormis III 315 (Dresd. gegen die erste Inst.) nicht aus.

[o]) zB. RE. XIV 58, XV 120. Selbstverständlich sind derartige richterliche Entscheidungen, wie alle andern, keine Rgeschäfte: die Verwantschaft ist wie die der richterlichen Feststellungsentscheide (RCPO. 231) mit den Feststellungsgeschäften.

[p]) Fr. 11 § 2—6 de inst. a. 14, 3, fr. 47 pr. de pec. 15, 1, cf. fr. 12 § 2, fr. 32, 34 § 3 de solut. 46, 3, fr. 35 eod. — fr. 7 pr. naut. caup. 4, 9, fr. 31 ad l. Aq. 9, 2. — Vgl. etwa auch SA. XXI 52.

[q]) Auf der hand liegt, dass nicht alle Eintragungen in die Hypotheken- und Grundbücher, Standes- Handels- Muster-Register, desgleichen Erwerb von Patenten und Fotografienschutz einander schlechthin gleich gestellt werden dürfen, so wie dass die Differenzen im einzelnen nur auf grund genauer Detailforschungen klarzustellen sind. Dies ist das Gebiet auf dem vornemlich der schon oben hervorgehobene (zu N. f,) allmäliche Uebergang der Erhaltungsgeschäfte in die Erwerbsgeschäfte statt findet: die Endpunkte liegen weit auseinander, Eintragung in die Geburtsregister schafft keinen Erwerb, und die meisten Eintragungen in die Grundbücher sind ebenso gewis keine Erhaltungsgeschäfte, aber bei vielen Gebilden dazwischen wird es schwer zu entscheiden, ob die Wirkung eher als eine konservirende denn als produzirende zu bezeichnen sei, beispielsweise bei den in die Grundbücher zu nemenden Vorvermerken, vgl. SA. II 236, ROHG. XVI 92, RE. XI 63, XV 62, auch III 85, IV 73. — EBG. 844, 845, auch 1085.

[r]) Vgl. RG. v. 10. 1. 76 § 5.

Wechselproteste[t]);
vorläufige Beweisfürung[u]) zur Beweisessicherung;
Arrestlegungen[v]);
kaum noch Protestation als Erhebung des Widerspruchs gegen die Verfügung einer Behörde[w]).

Die beiden lezten Akte leiten über, jener zu den Sicherungsgeschäften (§ 105), dieser zu den Akten die weniger der Erhaltung als der Verfolgung[x]) des eigenen Rechts bestimmt sind.

§ 112.

Zwecksatzungen[a]).

"Zwecksatzungen" als Rechtsgeschäfte[b]) sind, wie die Zuwendungen Veräusserungen[c]); aber wärend die Zuwendung das

---

[s]) Patentges. § 1—12, 20—33.

[t]) DWO. 18—20, 25, 26, 41—50, 87—90; auch dieser Protest gibt nicht Rechte, sondern erhält nur dem Berechtigten die Ausübung der ihm aus dem Wechsel zuständigen, vgl. insbesondere A. 41. Im wesentlichen gilt hier dasselbe was in anderer Anwendung sagt ROHG. XVI 72: "Der Protest hat die Bedeutung, in sicherer Form den Verzug des Beklagten festzustellen".

[u]) RCPO. 447—55 "Sicherung des Beweises".

[v]) RCPO. 796—822 "zur Sicherung der Zwangsvollstreckung". RE. V 81.

[w]) Vgl. SA. XXXVI 50.

[x]) Wie zB. "operis noui nuntiatio", Prohibition, Privatpfändung, oder gar A. negatoria.

[a]) Bekker Jb. f. Dogm. XII S. 62—75; Demelius ebenda IV S. 113 f., Bz. (1) Vorr., § 226—229, 234—36, (3) I 61—62, (2) III 432—447.

[b]) Das Wort "Zwecksatzung", überhaupt erst von der jüngsten Jurisprudenz technisch verwertet, wird benuzt bald zur Bezeichnung des Vorgangs (Rgeschäft) der Unterstellung von Vermögensrechten unter eine durch den Willen der Dispositionsberechtigten fixirte Regel (L. priuata), bald für eben diese Regel (L. priuata) selber, unter welcher jene Rechte fortab stehn werden. Es ist aber sicherlich vorzuziehn, trotz dem Beispiel das die Römer mit "obligatio" "possessio" und änlichem gegeben haben, die verschiedenen Dinge auch verschieden zu bezeichnen, und die fragliche L. priuata "Satzungsnorm" zu heissen. — Im Band I ist dieser Unterschied der Bezeichnungen nicht genügend durchgefürt.

[c]) Jede Zwecksatzung wirkt vermindernd auf das Vermögen das sie betrifft: entweder als Zuwendung, translativ oder konstitutiv oder

veräusserte Recht[d]) gänzlich aus dem Bereich des Veräusserers bringt und dem Willen des neuen Erwerbers[e]) unterwirft, bleibt dasselbe bei der Zwecksatzung mehr oder weniger abhängig von dem zwecksetzenden Veräusserer, zwar nicht von dessen lebendigem Ermessen und Belieben[f]), aber von seiner ein für allemal abgegebenen Willenserklärung, "Satzungsnorm"[g]), unter der es fortab, für längere oder kürzere Zeit[h]), wie unter einem Gesetze zu stehn hat. Allemal[i]) liegt in der Zwecksatzung solche Unterstellung eines Rechts, oder einer gewissen Masse

---

restitutiv, an ein andres vorhandenes oder erst zu schaffendes Vermögen; oder durch Beschränkung oder Belastung der in dem alten Vermögen verbleibenden Rechte, s. unten N. o,. Das Gemeinsame, dass nach durchgefürter und nicht anzufechtender Zwecksatzung die Masse, aus welcher die Gläubiger ihre Befriedigung zu suchen haben, verringert ist; hierauf beruht die Verwantschaft mit den Zuwendungen.

[d]) Einzelnes Recht, oder Komplex von solchen, Vermögen oder Sondergut.

[e]) D. h. dem Willen Desjenigen dem die Verfügung über das Vermögen, an welches die Zuwendung geschehen ist, zusteht.

[f]) Nur ausnamsweise kann der Zwecksetzer die von ihm gemachte Zwecksatzung beliebig rückgängig machen, und die aufgestellte Satzungsnorm wieder aufheben oder umgestalten; vgl. auch EBG. 58, s. unten N. o,.

[g]) Die verschiedenen Arten der Satzungsnormen unten N. p, q, r,.

[h]) Als Beispiele des Gegensatzes: Stiftung eines Krankenhauses eines Museums oder einer Sternwarte — Sammlung zum vorübergehenden Zweck, Unterstützung von Abgebrannten, Ueberschwemmten u. s. w.

[i]) Der durchgehende Zug bei allen übrigens unter einander sehr verschiedenen Zwecksatzungen: überall ergeben sich eigentümlich beschränkte, oder belastete Rechte (vgl. Beil. I). Womit aber nicht gesagt sein darf, dass so eigentümlich beschränkte Rechte nur aus Zwecksatzungen hervorgehn könnten; im gegenteil hat es dem objektiven Rechte gefallen hier, wie sonst häufig, gleiche Rfolgen bald an gewisse Willensakte und bald an gewisse andre Ereignisse (Entstehungsursachen der s. g. "legalen Rechte") zu knüpfen. Beispiele von durch Nichtwillensakt (W.akt = Zwecksatzung) den gleichen Beschränkungen unterworfenen Rechten finden sich in Menge I § 77—79: die Rechtsverhältnisse der Sachen im Gemeingebrauch und unter Veräusserungsverbot haben alle diesen Charakter (vgl. I S. 335—37, 341—43), der nur bei einem Teile auf vorgängige Zwecksatzung zurückzufüren ist. Im wesentlichen dasselbe sagt, nur von der andern Seite ausgehend, RE. I 65: "Nicht nur durch Natur und Gesetz, sondern auch durch Privatverfügungen können Sachen dem Verkehr entzogen werden".

von Rechten, unter die Satzungsnorm ("lex priuata"), deren Erlass als Ausfluss einer allgemeinen Autonomie[k]) der Herren von Vermögen erfasst werden muss.

Uebrigens ist zu unterscheiden:

A, Das Zwecksatzungsgeschäft schafft neue Vermögensmassen,
a, durchaus selbständige[l]),
b, beschränkt selbständige[m]).

---

[k]) Beil. I.

[l]) Beispiele I 69 "Stiftungen"; vgl. noch über eine Familienstiftung RE. V 35, und über eine Stiftung für "alte arme arbeitsunfähige Männer" die der städtischen Armenkasse in keiner Weise zu gute kommen soll RE. XIX 49, vgl. auch Bo. VI 658; auf Stiftungen überhaupt bezieht sich EBG. 58:

> Er [Stifter] ist verpflichtet der Stiftung das in dem Rgeschäfte [Zwecksatzung] zugesicherte Vermögen zu übertragen; Vermögensrechte, zu deren Uebertragung der Abtretungsvertrag genügend ist, gehen schon durch das die Errichtung der Stiftung bezweckende Rgeschäft auf die Stiftung über, wenn der hierauf gerichtete Wille aus derselben sich ergibt.

Diese Fassung an sich korrekter Gedanken steht noch unter dem schlechten Einfluss der alten Lehre von den Juristischen Personen. Danach nimmt EBG. an:

erstlich schaffe der Stifter eine solche Person, "die Stiftung"; und zweitens übertrage er auf diese (einstweilen ein ganz unklar gedachtes Etwas, dessen Einfürung ins reale Leben stets nur Unzuträglichkeiten bewirkt hat, vgl. I 59 f.) Rechte aus seinem Vermögen.

Wogegen die allein fruchtbringende und den Ansprüchen des Lebens gemäsz durchzufürende Anschauung vielmehr ist, dass die Schaffung der "Stiftung" (der s. g. Jur. Person, die aber tatsächlich nichts anderes ist, als ein materiell selbständiges [Zweck-]Vermögen mit organisirter Verwaltung) eben in dem Rgeschäft, der Zwecksatzung, besteht, durch welche der Stifter gewisse Stücke seines Vermögens unter die Satzungsnorm stellt. Dies kann geschehn ebenso durch translative wie durch konstitutive Uebertragung; ein Fall der leztern, dass eine Forderung wider den Stifter geschaffen und der Stiftung zugeschlagen wird, so dass dieselbe, analog dem Produkt einer promissio dotis, fortab als Stück des Stiftungsvermögens besteht.

[m]) Familienfidekommisse vgl. RE. XIII 53, Vermögen der Handelsgesellschaften und änliches; vgl. auch RE. XII 57, Fonds für die — Ausstellung 1881 zu Frankfurt a. M. betreffend, wobei die juristische Persönlichkeit des Unternemens geleugnet, die beschränkte Haftung der Unternemer aber anerkannt wird.

B, One Schaffung neuer Vermögensmassen,

a, die der Zwecksatzung zu unterstellenden Rechte werden in ein bereits vorhandenes Vermögen übertragen[n]) (Verbindung von Zwecksatzung mit Zuwendung),

b, dieselben Rechte verbleiben in dem Vermögen[o]) des Zwecksetzers.

Desgleichen betreffs der Satzungsnorm, die aufgestellt sein kann:

I. von dem Zwecksetzer selber, und zwar

1, allein[p]), oder

2, in verbindung mit Andern[q]);

---

[n]) Beispielsweise: Uebertragung mit der Verpflichtung den Besuch des Parks [der Sammlung u. s. w.] dem Publikum zu gestatten, von den Beteiligten und den Richtern, RE. XIV 54, fälschlich als Auferlegung einer Servitut erfasst. — Zuwendung eines Vermögensstücks über das dem Empfänger bis zu einem gewissen Termin die Disposition entzogen bleibt, SA. IX 318; — desgleichen dass das Zugewante, nur zur Verpflegung des Empfängers bestimmt, für die Gläubiger unangreifbar sei, anerkannt XV 139 (Münch.) vgl. auch XXX 43, XXXI 251, bezweifelt III 86 (Lüb.), dawider nach Preuss. Recht RE. I 65, XIV 73. Derartige Dispositionen als Zuwendungen, etwa "sub modo" nicht aufrecht zu erhalten, wol aber als Zwecksatzungen: Wer das Majus [Stiftung] kann, muss auch das Minus können; wobei nur zu erwägen bleibt, ob die Formen der Stiftung, vgl. EBG. 58, N. v, w, erforderlich sind. — Wol zu unterscheiden von der Zuwendung mit Unterstellung unter Satzungsnorm ist die Zuwendung mit Verpflichtung zur Gegenleistung, wie zB. RE. XVIII 37.

[o]) Vgl. EBG. 58: "Der Stifter ist an das die Errichtung bezweckende Rgeschäft gebunden, auch wenn nur seine einseitige nicht angenommene Willenserklärung vorliegt".
Beispiel: Park, Sammlung bleiben im Vermögen des Stifters, aber der Zutritt des Publikums ist rechtlich gestattet, diesem Rechte zuwiderlaufende Veräusserung, Ansprüche der Gläubiger sind ausgeschlossen. — Es liegt auf der Hand, dass derartige Dispositionen immer nur auf relativ kurze (etwa Lebens-) Zeit getroffen werden können, oder zur Gründung von Stiftungen Familienfidekommissen und änlichem hinüberfüren.

[p]) Der gewönliche Fall.

[q]) Herstellung des Statuts einer Aktien- oder einer Aktien-Kommandit-Gesellschaft, eines Erbvertrags aus dem die Beerbung Mehrer nach denselben Regeln geschehn soll, eines Stiftungsstatuts das Mehre entworfen haben die demnächst für die Stiftung sammeln wollen, u. s. w.

II. ausschliesslich von Andern, deren Verfügung der Zwecksetzer für das was er beisteuert schlechthin[r]) annimmt.

Zwecksatzungen aus nur einem Vermögen werden ausgefürt regelmäszig durch einseitige[s]) WE. Desjenigen, der über dies Vermögen zu verfügen hat; entsprechend fordern Z.satzungen aus mehren Vermögen die übereinstimmenden[t]) WEn. der Verfüger über diese Vermögen. Steckt in der Z.satzung eine Zuwendung, so ist ausser der WE. des Z.setzers auch die entsprechende Annameerklärung[u]) Desjenigen erforderlich, dem die Vertretung des Vermögens zusteht, an welches die Zuwendung geschehn soll. Formvorschriften von allgemeiner Geltung für die Zwecksatzungen sind dem gemeinen Recht unbekannt[v]).

---

[r]) Jede unentgeltliche Zuwendung an eine Stiftung, oder an ein anderes unter Satzungsnorm stehendes Vermögen ist Zwecksatzung indem damit regelmäszig dies Zugewante der jene beherrschenden Satzungsnorm unterstellt wird; vgl. auch N. z,.

[s]) Erklärungen inter uiuos oder auf den Todesfall, zu leztern RE. V 38, XIX 49; hier wird angenommen dass wenn Erblasser selber nur die Grundgedanken angegeben, die Aufsetzung des Statuts (Satzungsnorm) aber seinen Erben überlassen, den Bedachten oder deren Vertretern (hier der Stadt für die Stadtarmen) Klage wegen felerhafter (den Absichten des Stifters nicht entsprechender) Bestimmungen dieses Statuts zusteht. — Vgl. über EBG. unten v,.

[t]) Bei all solchen Zwecksatzungsgeschäften Mehrer (vgl. q,) hat jeder Beteiligte genau besehn zwei Erklärungen abzugeben, eine VeräusserungsE. betreffs dessen was er selber beiträgt, und eine AnnameE. betreffs der Beiträge aller Uebrigen. Hievon ist des weiteren zu unterscheiden die BilligungsE. der Satzungsnorm, (des Statuts, der Stiftungsregel), welcher die Herrschaft über das zusammengebrachte Vermögen verliehn werden soll.

[u]) Solche Annameerklärung könnte unter Umständen auch gegeben werden von Demjenigen, der Vollmacht nur hätte zum annemen, nicht zum veräussern namens der Stiftung u. s. w.

[v]) EBG. 58 nimmt solche Formen für die "Stiftungen" in aussicht; und zwar werden bei der Errichtung unter Lebenden erfordert Willenserklärungen

in gerichtlicher oder notarieller Form.

Daneben lässt 59 auch die Errichtung durch "leztwillige Verfügung" des Erblassers zu. Weitergehende landesgesetzliche Erfordernisse, insbesondre das der "statlichen Genemigung" sollen nach EBG. 62 bestehn bleiben. Zur statlichen Genemigung vgl. Bo. VI 656, 657, 661, 663.

Nebenbestimmungen lassen sich mit den Z.satzungen[w]) verbinden.

Z.satzungen, welche durch die übereinstimmenden WEn. Mehrer zustande gekommen, sind regelmäszig durch die entgegengesezten WEn. Derselben wieder aufzuheben[x]); dagegen sind Z.satzungen des Einzelnen keineswegs überall auch von Demselben wiederum einseitig[y]) aufzuheben. — Allgemein zulässig ist Anfechtung wegen Zwanges Betrugs und nach Umständen Irrtums.

Die Lehre von der Causa kann auf die Zwecksatzungen, als wesentlich von den Zuwendungen verschiedne Geschäfte, keine Anwendung finden[z]). Wol aber sind Zwecksatzungen regelmäszig als "unentgeltliche Geschäfte"[aa]) zu beurteilen, da

[w]) Condicio, Dies, Modus sind mit den Formvorschriften des EBG. nicht unverträglich; dagegen dürfte die landesgesetzlich zu erfordernde statliche Genemigung nicht leicht einer bedingten Zwecksatzung erteilt werden.

[x]) Nach den allgemeinen Regeln über die Kraft der Verträge; der Aufhebungsvertrag ist manchmal, wie zB. bei den Aktiengesellschaften, besondern gesetzlichen Regeln unterstellt, DHGB. 242, 2. Mehre Mitstifter würden nach EBG. 58 an ihr Werk ebenso gebunden sein wie der Einzelne.

[y]) Dawider zB. EBG. 58, vgl. oben N. o,.

[z]) Gegen RE. V 37 muss daran festgehalten werden, dass nicht blos die Errichtung einer Stiftung selber weil Zwecksatzung darum keine Zuwendung und also auch keine Schenkung sein kann, und keiner Insinuation bedürftig ist, sondern dass auch die Nachstiftung, Zuwendung von Kapital an eine bestehende Stiftung mit Unterstellung unter die Norm der Stiftung, nicht als gemeine Zuwendung und Schenkung erfasst werden darf. Sollte dies Geschäft, das in der tat Zwecksatzung ist, noch unter den Begriff der Schenkung gezogen werden, so müsste es notwendig als "donatio sub modo" gelten, da für die Verwendung des aus dem Vermögen des Quasischenkers ausscheidenden Teils feste Normen in der Stiftungsregel gegeben sind; zur Insinuation aber felte auch bei dieser Auffassung jede Veranlassung, da das Geschenkte gänzlich der Erfüllung des Quasimodus zu dienen hätte; vgl. auch c. 36 de donat. 8, 53, und RE. XVIII 37 S. 180.

[aa]) Demnach zweifellos dass die Gläubiger nach RKO. 25, 1 RG. v. 21. 7. 79 § 3, 3, vgl. den in RE. V 37 vorliegenden Fall, zur Anfechtung berechtigt sind, und ebenso bei leztwilligen Stiftungserrichtungen EBG. 59, oder anderen Zwecksatzungen die Pflichtteilsberech-

für das Veräusserte kein Ersatz in das Vermögen des Zwecksetzers zurückfliesst.

Feststellungs- und Erhaltungsgeschäfte sind auch in beziehung auf die aus den Zwecksatzungen hervorgehenden Rverhältnisse statthaft.

Eine besondere, und in vielem von den übrigen abweichende Gruppe der Z.satzungen bilden die Hingaben an Sammelstellen zu guten Zwecken, die ebenso gebräuchlich wie juristisch vernachlässigt[bb]) sind.

Beilage I. Das singuläre der Zwecksatzungen liegt ebenso darin, dass sie überhaupt gelten, wie in den Produkten die aus ihnen hervorgehn. Singulär, d. h. so wie Exceptionen Restitutionen Fidekommisse u. s. w. auch einst Singularitäten gewesen sind, einem älteren Rechte unbekannte Dinge die Aufname im neuen finden, trotzdem sie augenscheinlich abweichen von der Masse der bekanntesten Rechtsbildungen.

Nicht weil überhaupt (nach naturrechtlicher Regel) dem Vermögensherrn "Autonomie" zusteht, quasigesetzgeberische Gewalt über das Seine, mächtig auch für die Zeiten wo dieses aufgehört haben wird das Seine zu sein, nicht deshalb hat man nach und nach diejenigen WEn. mit Rfolgen bekleidet, und also zu Rgeschäften gemacht, die hier unter den Namen der Zwecksatzungen zusammengefasst sind; sondern umgekehrt, weil und nachdem so und so viele unter sich gleichartige Rgeschäfte aus gleichviel welchen Gründen Anerkennung bereits gefunden haben, müssen wir den Vermögensherrn solche Autonomie zuschreiben. Diese Autonomie erscheint aber zur Zeit nicht blos beschränkt, was vermutlich sie auch stets bleiben wird, sondern zudem unfertig; daher der auffällige singuläre Schimmer. — Uns felt die genaue historische Uebersicht über all die einzelnen Gebilde der Art die im Laufe der Zeit zur entstehung gelangt sind, desgleichen die systematische Uebersicht der gegenwärtig in unserem Rechte vorhandenen; die eine wie die andere sind nur durch umfängliche monografische Arbeiten befriedigend zu erlangen.

Das charakteristische aller hergehörigen Geschäfte, die wir "Zwecksatzungen" heissen, ist die Herstellung einer bindenden "Satzungsnorm"; damit ist zugleich gesagt, dass mit der Zwecksatzung die zu bindenden Rechte von der Satzungsnorm abhängig

---

tigten oder Erben mit Anspruch auf Quarta Falcidia nach Umständen Einschränkungen der erblasserischen Verfügungen erzwingen könnten.

[bb]) Beil. II.

gemacht, derselben unterstellt werden. Demnächst entstehen Rverhältnisse, wie keine Zuwendung, auch kein Komplex von Zuwendungen oder andern Rgeschäften, mit ausname eben der Zwecksatzungen, sie zu zeugen vermag, die aber das Gesetz änlich auch aus andern Tatsachen (Nichtrechtsgeschäften) vgl. N. i, hervorgehn lässt. Wegen dieser Aenlichkeit ihrer Produkte scheinen die Zwecksatzungen den Gesetzgebungsakten verwant.

Die Satzungsnorm bindet nach Umständen:

den Zwecksetzer selber — aber nicht als Verpflichteten, überhaupt keinem Berechtigten gegenüber — auch nicht dass er etwas nicht dürfte, oder etwas anderes sollte — er kann nicht, obschon dieses können innerhalb des normalen Umfanges eines ihm noch zuständigen Rechts liegt; (beiläufig dass die praktische Durchfürung dieses Nichtkönnens nach Umständen verschieden ist, zB. in beziehung auf Geld viel minder streng als in beziehung auf Grundstücke, deren Unveräusserlichkeit u. s. w. ins Grundbuch eingetragen wäre);

den Singularsuccessor des Zwecksetzers; hier stoszen wir auf eine bunte Masse an einander liegender Gebilde: in der Dos, in der Beifügung des Modus kann etwas wie eine Satzungsnorm zur Erscheinung kommen, auch die Geschäfte mit Ausmachungen zu gunsten Dritter grenzen daran; über lang oder kurz wird eine klar durchgefürte Grenzreinigung gerade hier unentbehrlich;

die Erben des Zwecksetzers, — die Produkte der Zwecksatzungen zB. die Familienfidekommisse nähern sich immer mehr selbständigen Vermögensmassen;

das völlig selbständig hingestellte Vermögen (Stiftung);

die mannigfaltigen Produkte mehrer mit einander in verbindung getretener Zwecksetzer (Mitzwecksetzer).

Und hieraus resultiren nun die eigentümlichen Rechtsgestalten, die andern altbekannten Rechten nahe kommen one sie zu erreichen, die beschränkt sind aber nicht durch Rechte Dritter, sondern Beschränkungen unterliegen die gleichsam als Rechtsgröszen für sich bestehn. Ein Eigentümer der nicht verkaufen, nicht verpfänden, nicht verpachten u. s. w. könnte, one dass ein anderer Berechtigter ihm hiebei als Hindernder (und somit auch zur Gestattung Befähigter) gegenüberstände. Hiemit langen wir wieder bei der "objektiven Gebundenheit" an, die wir schon früher, besonders I 77 Beil. III in betracht genommen haben. Dazu nur noch das Eine, dass demnächst die allgemein zur einfürung kommenden Grundbücher das bestgeeignete Mittel sind, solche "objektive Gebundenheiten" als Produkte der Satzungs-

normen Allerwelt kennbar, und damit praktisch durchfürbar zu machen.

Beilage II. Sammelgeschäfte, so häufig sie vorkommen, und so grosze Beträge durch dieselben zuweilen bewegt werden, haben die Tätigkeit der Gerichte bisher nur selten beansprucht, und sind darum auch von der Litteratur vernachlässigt, vgl. aber W. A. Puchta in Hinschius Zschr. f. Gesetzg. u. Rpflege in Preussen II S. 473. Die Prozesse mag neben dem Zufalle und der Ehrlichkeit der Sammler das Bewusstsein der Geber ferngehalten haben, einmal dass derartige Dinge gewis nicht nach den allerstrengsten Rregeln zu beurteilen seien, zugleich aber auch, dass man von den anzuwendenden Regeln so gut wie nichts wisse. Der Ausbildung dieses Teiles unsres Rechtes könnte es nur förderlich sein, wenn die einschlägigen Fragen bald zu wiederholter gerichtlicher Erörterung kämen: selbstverständlich aus der "Natur der Sache" ist hier keineswegs alles.

Nach dem Zweck lassen sich die Sammlungen scheiden:

α, zu gunsten einer, oder einiger individuell bezeichneter Personen;

β, für einen durch das gemeinsame Schicksal begrenzten Personenkreis (Abgebrannte, Ueberschwemmte u. s. w.);

γ, für einen s. g. allgemeinen Zweck (Errichtung eines Denkmals, Verschönerung der Anlagen u. s. w.).

Wenn sich hieraus auch noch keine scharf ausgeprägten juristischen Eigentümlichkeiten herleiten lassen, so ist doch ersichtlich, dass die Produkte der Geschäfte zu γ, den s. g. juristischen Personen meist näher kommen werden als die der andern.

Bei α, und β, hat man stets mit drei Klassen von Personen zu tun: Geber, Sammler, und Bedachte oder Empfänger. Die Geber verbindet regelmäszig mit einander kein Band, desgleichen die Empfänger; dagegen stehen mehre Personen die gemeinschaftlich sammeln jedesfalls unter sich in irgend einem rechtlichen Zusammenhange; wol wieder ein Beleg, dass wir mit den Regeln der Römischen Societas nicht für alle bei uns existirenden Personenverbindungen von rechtlicher Bedeutung ausreichen. Geber und Sammler stehn zu einander wie Mandanten und Mandatare, Geber und Empfänger wie Schenker und Beschenkte etwa.

Die rechtliche Kernfrage scheint zu sein: Wem gehört das Gegebene und noch nicht Empfangene? — Den Gebern selber gewis nicht mehr; bräche über sie Konkurs aus, so könnten die Gläubiger vielleicht daran denken Gaben von gröszerer Bedeutung als unentgeltliche Verfügungen anzufechten, aber gewis nicht das Gegebene one weiteres als Stück der Konkursmasse zu behandeln.

Den Bedachten vor ausgefürter Tradition sicher auch nicht. Also den Sammlern? zB. die Liebesgaben, die sie den Kriegern im Felde zufüren sollen? wenn einstweilen über sie (die Sammler) Konkurs ausbräche, könnten ihre Gläubiger daran sich halten? gewis auch nicht. — Sonach stehen wir gegenüber einem Rechtskomplex one fysischen Herrn (weder Individuum noch Korporation), einem Zweckvermögen (I § 42), das unter der von den Sammlern aufgestellten und von den Gebern acceptirten Satzungsnorm steht. Können auch Schulden daran haften? wir werden gleich sehn.

Sammler kann sein ein Einzelner (zB. Pastor S für die arbeitsunfähige Wittwe R), Zwei und Mehre; bei grószeren Zalen pflegen sie sich als Komité, mit Vorsitzendem auch wol Schriftfürer und Kassenfürer zu organisiren. Die Sammler können erwerben für das von ihnen ins leben gerufene Zweckvermögen; sie können veräussern aus demselben, jedesfalls satzungsmäszig an die Bedachten, auch eingegangenes Geld zB. durch Deposition (kaufmännisches Depositengeschäft = dep. irregulare) bei einem Bankier. Aber könnten sie auch Liebesgaben beliebig ins Eigentum Nichtbedachter bringen? Wol nicht: sie haben nur begrenzte Vollmacht, für eine Aufhebung der Schranken der Vollmacht, wie bei Akt.-Ges.-Vorständen und Prokuristen, liegt hier kein Grund vor. Können sie Schulden kontrahiren für das von ihnen verwaltete Zweckvermögen? obengenannter Pastor schwerlich; aber das Komité, das zur Setzung eines groszen Monuments gesammelt hat, muss mit dem, oder den Künstlern, und mit andern Lieferanten kontrahiren können.

Auf welchen Namen? Zweifellos kann so kontrahirt werden, dass der Künstler berechtigt ist wider den Besteller (als indirekten Vertreter) zu klagen, zweifellos kann aber diese gewönliche Haftung des Bestellers auch durch ausdrückliche Erklärungen ausgeschlossen werden. Im ersten Falle würde der Belangte im Zweifel auch darauf sich nicht berufen können, dass die Sammlung den erforderlichen Betrag nicht voll ergeben habe. Im zweiten aber müsste der Künstler eventuell klagen gegen Wen? hätte die Sammlung als solche Parteifähigkeit? Eine Frage welche von der bisherigen Praxis vielleicht verschieden beantwortet wäre, nach EBG. 58 aber von der Erfüllung der Stiftungsförmlichkeiten abhängig sein dürfte. Oder könnte das Komité auch als Korporation haften, und nach EBG. 42 auf das Landesrecht zurückzugreifen sein?

Noch häufiger ist Veranlassung zu Klagen namens der Sammlung zu erwarten: wider Künstler u. s. w. die Vorschuss erhalten haben und nichts liefern; gegen den ungetreuen Bankier (Depositar), vielleicht beim Konkurs desselben; wider Dritte die zu Unrecht in den Besitz der Sammlung zugehöriger Stücke ge-

kommen; wegen Schädigung von dergleichen Sachen (ex L. Aquilia); u. s. w. Man wird auch hier (vgl. I S. 228) an der Zweischneidigkeit der Parteifähigkeit festzuhalten haben: Klagen können nur auf den Namen desjenigen Etwas (Korporation Stiftung u. s. w.) gestellt werden, das auch verklagt werden könnte.

Weitere Fragen tauchen auf, wenn etwa ein Teil der Sammler gegen den Willen des andern, oder wenn alle Sammler entgegen ihrem eignen Programm, auf das die Sammelgaben eingegangen sind, über das Gesammelte, oder auch nur einen beträchtlichen Teil desselben, verfügen sollten. Wieviel dürfen die Sammler für sich selber, als Lon für Zeit und Mühen behalten?

Je weiter wir uns umsehn, desto mehre zur Zeit nicht gleich sicher zu beantwortende Rechtsfragen tauchen auf. Als Gesammtresultat möchte vorläufig festzuhalten sein:

Wer jezt zu Sammlungen beisteuert, tut dies im Vertrauen auf die ehrliche Zuverlässigkeit der Sammler, die er weder in den Details zu kontrolliren, noch bei etwaigen Abweichungen stets rechtlich zu korrigiren vermag;

besitzen Geber dieses Vertrauen zu den Sammlern nicht, oder hegen einzelne Sammler das selbe Vertrauen nicht andern Mitsammlern gegenüber, und glauben Diese und Jene des Rechtsschutzes nicht entbehren zu können, so sind besondre Akte zur zweifellosen Begründung der gewünschten Rechtsmittel erforderlich, ebenso wie es bei gröszeren und auf längere Zeit berechneten Sammlungen im Interesse der Sammler selber liegen wird, ihre Sammlung zu einer rechts- und parteifähigen zu machen.

Nebenbestimmungen.

§ 113.

Uebersicht; Formen; Klauseln.

Ar. 65. Ba. Vorbemerk. zu 52. Bz. (1) 338. De. I 116. Pu. 58. Wi. I 85.

"Nebenbestimmung", wie "Nebenerklärung" und "Nebengeschäft", der modernen Rechtslitteratur geläufige Ausdrücke one streng technische Bedeutung. Hier[a])

"Nebenerklärung" jede rechtsgeschäftlich wirksame Willenserklärung, die dem an sich ausreichenden Tatbestande eines Rechtsgeschäfts beigefügt wird;

[a]) Beil. I.

"Nebenbestimmung" die Nebenerklärung, welche Naturalien des Hauptgeschäfts durch Accidentalien ersezt;

"Nebengeschäft" die Nebenerklärung, die one Beseitigung von Naturalien an das Geschäft Folgen knüpft, welche sonst nicht eintreten würden.

Weil sie die typische Gestalt der Hauptgeschäfte ändern, verdienen die "Nebenbestimmungen" besondere Beachtung. Die Zal der gebräuchlichen ist nicht anzugeben[b]), eine systematische Zusammenstellung derselben noch nicht versucht[c]); meist lässt man es bei der Betrachtung von Bedingung Befristung und Auflage[d]) bewenden.

Nach dem hier angenommenen Begriffe

α, kann eine Nebenbestimmung niemals allein bestehn, nur im Anschluss an Hauptbestimmungen[e]);

β, ändert die beigefügte Nebenbestimmung den Typus des Hauptgeschäfts nicht[f]);

γ, dagegen beseitigt sie einzelne typische Rfolgen des Hauptgeschäfts[g]),

---

[b]) Jedes Naturale jedes Geschäftstypus kann durch verschiedene Nebenbestimmungen ersezt werden. Daraus ergibt sich eine unzälbare Masse der möglichen; wieviele von diesen gebräuchlich, ist schwer zu sagen, zumal der Gebrauch täglich sich ändern und ausdenen kann.

[c]) Beil. II.

[d]) Bisher noch unbestritten "Befristung" § 114, und "Bedingung" § 115—16, vgl. auch EBG. 128—143; traditionell, aber von Windscheid u. A. als selbständige typische Nebenbestimmung geleugnet, "Modus" § 118, und statt dessen von Windscheid empfolen "Voraussetzung" § 119; beide felen im allgemeinen Teile des EBG. — Vereinzelt, zB. bei Va. I 99, findet sich "Arbitrium", dazu Beil. III.

[e]) "Hauptbestimmung" aber ist eine solche, die für sich allein stehn kann. Durch das angegebene Merkmal unterscheidet sich die "Nebenbestimmung" von allen andern Einzelbestimmungen (= Stück der ein Geschäft erfüllenden Willenserklärung oder Hauptbestimmung). Stückbestimmungen (zB. wer Gläubiger, wer Schuldner, was geleistet werden soll,) vereinigen sich mit andern Stückbestimmungen zu einer Hauptbestimmung; die Nebenbestimmung sezt eine fertige Hauptbestimmung voraus, an welche sie sich abändernd anschliesst.

[f]) Folgt aus dem Begriffe der Naturalien, welche durch die Nebenbestimmungen ersezt werden, vgl. ROHG. XI 26.

δ, und fällt übrigens unter das Recht des Hauptgeschäfts[h]);
ε, wer seine Rechtsbehauptungen auf eine Nebenbestimmung stützt, hat dieselbe zu beweisen[i]).

Geschäfte, welche überhaupt keine Nebenbestimmungen zulassen, kennt das gemeine Recht[k]) nicht; unzulässig sind N.bestimmungen nur wegen ihres Inhalts, wenn dieser den allgemeinen Rechtsregeln[l]) zuwiderläuft, oder mit den Essentialien des Hauptgeschäfts[m]) nicht zu vereinigen ist. Beifügung unzulässiger Nebenbestimmungen zieht bald die Streichung derselben, bald die Ungültigkeit des ganzen Geschäfts[n]) nach sich. — Gleichzeitigkeit der Herstellung[o]), und Einhaltung

---

g) Vgl. beispielsweise SA. XXIX 20, 21.
Ist Angabe der Causa Nebenbestimmung? Nein, sondern Stück der Hauptbestimmung, wesentlich zur Feststellung des Geschäftstypus; das ist von Bedeutung für die Beweislast, vgl. N. i,.

h) Vgl. ROHG. XI 5, XIII 50. — Dass der Nachfolger in das R. aus dem Hauptgeschäft, zB. die Gläubiger im Falle des Konkurses, auch die Nebenstimmungen anzuerkennen haben ist "selbstverständlich", RE. VII 29 (S. 85).

i) Da die durch die Nebenbestimmungen zu verdrängenden Naturalien die Präsumption für sich haben. Andere Einzelbestimmungen einschliesslich der Zweckbestimmungen haben eine Präsumption so wenig für wie gegen sich. Bleibt eine behauptete Nebenbestimmung unbewiesen, so gilt das Hauptgeschäft in seinem normalen Bestande (mit unveränderten Naturalien); kann die Zweckbestimmung nicht bewiesen werden, so bleiben auch über die Natur des Hauptgeschäfts noch Zweifel.

k) Auch von den Römischen "actus legitimi" ist nur bezeugt, fr. 77 de R. I. 50, 17, dass sie "dies" und "condicio" nicht vertragen; doch lässt sich auch eine Formenstrenge, welche alle Naturalien und damit die NBn. ausschlösse, wol denken.

l) Gegen Rechtsvorschrift oder gegen gute Sitten und Bräuche.

m) So beispielsweise verschiedene Nebenbestimmungen bei den Dotalverträgen, D. de pactis dotal. 23, 4 fr. 2, 4, 5, et c.; — bei Sozietäten vgl. fr. 29 § 1 — fr. 30 pro socio 17, 2, Verzicht auf das Kündigungsrecht SA. XVI 45; ebenso Verzicht auf Rückname einer Vollmacht RE. III 53; vgl. noch II 82; auch EBG. 119; 649; 1248„2; 1594; 1615. — BG. v. 14. 11. 67 § 2.

n) Vgl. ROHG. XVII 87, auch RE. VII 29. Ueber die Wirkungen unzulässiger Zeitbestimmungen § 114 N. m, desgl. Bedingungen § 115 N. cc—hh, auch Beil. V und § 117.

derselben Formen, in welchen das Hauptgeschäft hergestellt worden[p]), sind gemeinrechtlich nicht zu erfordern.

Der Ausdruck "Klausel" beschränkt sich nicht auf Rechtsgeschäfte[q]), und ermangelt bei diesen der feststehenden technischen Bedeutung[r]). Zumeist pflegt dabei auf die durch Recht oder Sitte geregelte Fassung[s]) der Bestimmung gesehn zu werden, die Nebengeschäft[t]) Nebenbestimmung[u]) Stück der Hauptbestimmung[v]) und überhaupt von mannigfaltigstem Inhalte[w]) sein kann.

Von allen Nebenbestimmungen verdienen die Zeitbestimmungen[x]) die eingehendste Betrachtung[y]); die Auflage wird ihre bisherige Bedeutung kaum noch lange behaupten[z]) können, die Voraussetzung aber richtig begrenzt an Bedeutung[aa]) gewinnen.

---

[o]) Ein Beispiel des zeitlichen Auseinanderfallens RE. XI 65 (Schiedsvertrag), dazu RCPO. 852. — In Rom war die Gleichzeitigkeit von gröszerer Bedeutung, vgl. zB. fr. 40 de R. C. 12, 1 über "pacta in continenti facta".

[p]) Beil. IV.

[q]) zB. "uti inter bonos bene agier" "ex fide bona" bei den Römischen Klagformeln; "im Namen des Königs" "von Rechts wegen" in modernen Erkenntnissen.

[r]) Vgl. u. a. Mühlenbruch Pand.R. I 112, Böcking Pand. I 116, Pu. 58: "... die übrigen [Nebenbest.] werden unter den allgemeinen Namen der Klauseln zusammengefasst". Charakteristisch dass wärend das Generalregister zu den Entscheidungen des ROHGs. für die ersten X Bde. die "Clausel" für sich auffürt, das für die folgenden Bde. beim Wort "Clauseln" bemerkt "s. Ausdrücke".

[s]) zB. "cif", vgl. RE. XIV 26, XIX 40.

[t]) Vgl. RE. IV 10, VII 10, XI 48, XIII 24.

[u]) RE. IV 24, VI 89, X 38, 43, vgl. XIV 26; Bo. I 899, 901, 902, II 856, 858, 859, III 580—82 (L. commissoria).

[v]) zB. Policeklausel der Selbsttötung, RE. IV 46, durch dieselbe wird das Gebiet der Fälle begrenzt, für welches der Versicherer die Haftung übernimmt; vgl. RE. XVIII 28.

[w]) Vgl. Lexika und Register der groszen Spruchsammlungen.

[x]) D. i. Befristungen einschliesslich der Bedingungen.

[y]) Wegen ihrer Häufigkeit und Bedeutung. In beiden Beziehungen überwiegen sie den Ortsbestimmungen, die auch nur in den seltensten Fällen Nebenbestimmungen im hier angenommenen Sinn, Verdränger von Naturalien sind.

[z]) § 118.

[aa]) § 119.

Beilage I. Die Römer haben keinen Namen für "Nebenbestimmung", keine Definition, überhaupt keine Theorie derselben; heutzutage findet sich der Ausdruck fast in allen Lehrbüchern (nicht in Sa. S. vgl. III 104 und 116, dafür "Selbstbeschränkung des Willens"), der Begriff wird meist als selbstverständlich vorausgesezt, eine besondre Theorie aller Nebenbestimmungen bleibt aus, dagegen werden regelmäszig Bedingung Befristung und Modus, als die wichtigsten Repräsentanten des Begriffs speziell behandelt. Ausnamsweise werden noch andre Spezies aufgefürt, Windscheid hat statt des "Modus" die "Voraussetzung" einzubürgern versucht. Da der Generalbegriff selber der schärferen Ausprägung ermangelt, so bleibt es auch unklar, wie die Meisten das Verhältnis der Zweckbestimmungen (causa credendi, donandi u.s.w.) zu demselben sich denken, sind dieselben Nebenbestimmungen? oder nicht? und zwar was?

Anerkennenswerte Ausnamen mit dem ernsten Streben dem Begriff der Nebenbestimmung zur Fertigkeit zu verhelfen machen Böcking Pand. I § 110 und Bz. (1) 337, 338; beide one aus ihrer Neigung ein Hehl zu machen, das Problem auf dem Wege naturrechtlicher Deduktion zu lösen. Aber es gibt keinen auf die Rechte aller Zeiten und aller Völker anwendbaren Begriff der "Nebenbestimmung"; so wenig wie irgend einen andern absoluten Rechtsbegriff, insonderheit den des "Rechtsgeschäfts". Das allgemeinste zu dem wir gelangen ist nie etwas andres, als eine Abstraktion aus all den Einzelerscheinungen, die uns eben vorliegen. So nahe das Römische und das heutige gemeine Recht einander stehn, die Nebenbestimmungen von jenem müssten anders definirt werden als die unsern. Bei den Römern liegt der Hauptunterschied darin, ob eine gewisse Bestimmung in den Ramen der Hauptklage fällt, will sagen mit der normalen durch den Geschäftstypus gegebenen actio zu verfolgen ist, oder ob es zur Verfolgung besonderer Zusätze zu dieser actio, oder gar noch einer zweiten actio bedürfen würde. Zinsverabredungen müssten neben dem Darlen als "Nebengeschäft", neben den Bonaefideigeschäften als "Nebenbestimmungen" gelten. Jede Ausmachung deren Geltendmachung Aufname einer exceptio in die Formel erfordert "Nebengeschäft", die officio iudicis zu berücksichtigen ist "Nebenbestimmung"; auch hier also könnte es geschehn, dass dieselbe Ausmachung neben dem einen Geschäft (wo das officium iudicis beschränkter ist) als "Nebengeschäft", neben dem andern als "Nebenbestimmung" erschiene. Aber seitdem überhaupt die Formeln und Aktionen aus der anwendung verschwunden sind, lässt sich auch die Grenzlinie, welche die Nebenbestimmungen und die Nebengeschäfte von einander trennt, nicht mehr berechnen

nach dem Verhalten der Aktionen zu den verschiedenen Verabredungen.

Böcking und Brinz erfassen überein die "Nebenbestimmungen" als Abänderungen der Naturalien des Geschäftstypus. Es mag pedantisch klingen wenn ich mich dem anschliesse mit der ausdrücklichen Bemerkung, dass bei dieser Definition nur auf die Naturalien und Nebenbestimmungen unseres heutigen Rechts zu sehn sei. Für diese aber dürfte dieselbe unbedingt den Vorzug verdienen vor dem was Windscheid gibt, Pand. (6) I 85: die "unwesentlichen oder Nebenbestimmungen" haben

> zum Inhalt solche Punkte welche das Rechtsgeschäft wenn auch verträgt doch nicht fordert.

Ws. Definition ist viel weiter als die unsere, sie begreift mit in sich alle entbehrlichen Demonstrationen und alle genaueren Bestimmungen der zu machenden Leistungen oder anderer Rfolgen, zB. dass die Zigarren in Viertelkisten verpackt, der Wein abgezogen in Flaschen, der Frack mit Atlasfutter geliefert werden solle. Es schwindet damit die Möglichkeit die Nebenbestimmungen von den lediglich individualisirenden Bestimmungen zu unterscheiden, und es wird sehr schwer halten, für die ungeheure Masse dieser Nebenbestimmungen (im Wi.schen Sinne) irgend welche allgemein gültige Regeln zu entdecken.

Das ist mit den Nebenbestimmungen in unserm Sinne anders:

dieselben haben nicht blos keine Präsumption für sich, sondern die Präsumption wider sich;

erwiesen geben sie dem Geschäft eine von der regelmäszigen abweichende Gestalt (was keineswegs der Fall wo die Zigarren in Viertelskisten, der Wein in Flaschen, oder der Frack mit Atlasschosz zu liefern wäre);

nicht erwiesen tritt (der entgegenstehenden Präsumption wegen) ein Anderes als Geschäftsfolge ein (wärend bei dem Nichterweise Wi.scher Nebenbestimmungen, dieselben Folgen nur minder scharf umgrenzt auch bleiben könnten).

Hiezu mag gleich hervorgehoben werden, was vielleicht Einigen als Feler der Definition erscheint, dass nach ihr nicht one weiteres aus dem Inhalt einer Bestimmung zu ersehn ist, ob Nebenbestimmung oder nicht; und dass also auch Befristungen und Bedingungen nicht bei allen Geschäften zu den Nebenbestimmungen gezält werden dürfen, sondern nur bei denjenigen wo den Naturalien eine unbetagte und unbedingte Dauer der Rfolgen entspricht. Aber gerade mit diesen Aufstellungen dürfte gewissen Anforderungen der Praxis bestens entsprochen werden.

Die Nebenbestimmungen bewirken Aenderungen (gegenüber der Normalgestaltung) innerhalb des typischen Ramens. Die Nebengeschäfte überschreiten diesen Ramen, sie liegen draussen, und lassen deshalb das im Ramen belegene unverändert. So sind N.bestimmungen und N.geschäfte von einander scharf gesondert. Bei weitem schwieriger wird es Nebengeschäfte und andere gleichfalls in unsern Geschäftsramen nicht hineingehörige Willenserklärungen sauber auseinanderzuhalten: wie muss ein Geschäft mit dem andern zusammenhangen um als Nebengeschäft zu gelten? und wie haben wir den Komplex von Haupt- und Nebengeschäft zu unterscheiden von dem Komplexe zweier gleichberechtigten geschäftlichen Erklärungen die zusammen Ein Hauptgeschäft bilden? zB.:

Vertrag zwischen M und N,

M gibt dem N m, N verpflichtet sich nach dem Empfang eine Leistung n zu machen;

wann ist dies Hauptgeschäft (Schenkung) und Nebengeschäft (Auflage)? wann Ein Tauschgeschäft (im w. S.), und jenachdem Vertrag zu gunsten Dritter?

Offenbar sind die Uebergänge verfliessende; lont es sich die Ausfürung einer Scheidelinie zu versuchen? hat überhaupt die Festhaltung des Begriffs "Nebengeschäft" praktischen Wert?

Beilage II. Die überwältigende Masse der "Nebenbestimmungen" in dem hier angegebenen Sinne entzieht sich einstweilen jeglicher Uebersicht. Eher möchte es gelingen die "Nebengeschäfte" systematisch zu ordnen, und schon der Versuch hiezu dürfte in verschiedenen Beziehungen nützlich, aufklärend wirken.

Alle Nebengeschäfte fügen ein Plus zu den Wirkungen eines Hauptgeschäftes. Erhält ein aus dem Hauptgeschäft Berechtigter und Bereicherter weitere Berechtigungen, so heissen wir diese "Nebenberechtigungen". Kehren sich aber die aus dem Nebengeschäft erwachsenden Berechtigungen gegen einen aus dem Hauptgeschäft Berechtigten oder Bereicherten, so sind sie "Gegenberechtigungen". Bei einseitig wirkenden Hauptgeschäften (Schenkung Legat) sind die Folgen Eines Nebengeschäfts stets nur etweder Neben- oder Gegenberechtigungen; bei allen zweiseitigen Hauptgeschäften aber sind regelmäszig die Nebenberechtigungen zugleich Gegenberechtigungen, es kommt nur auf die Seite an von der die Betrachtung ausgeht: so steht die Konventionalstrafforderung wegen verspäteter Lieferung der Ware als Nebenberechtigung neben dem gemeinen Anspruch aus dem Kaufe (a. empti), und als Gegenberechtigung gegenüber dem Anspruche aus dem Verkaufe (a. uenditi).

Nebenberechtigungen sind

entweder von rein formaler (nur neue Rechtsmittel),
oder (zugleich oder ausschliesslich) von materieller Bedeutung.

Die materiellen NB. unterscheiden sich

a, nach ihrer Abhängigkeit von andern Tatsachen: gewissen und bekannten, gewissen aber unbekannten, ungewissen (zukünftigen);

b, nach der bezweckten Bereicherung: rein suppletorisch, auf damnum cessans allein; oder auch auf lucrum emergens; lediglich auf lucrum emergens.

Gegenberechtigungen, durchgängig von materieller Bedeutung, unterscheiden sich

a, nach der Abhängigkeit von andern Tatsachen: bekannten — unbekannten — ungewissen (wie oben);

b, nach ihrer Richtung (= Person desjenigen dem die Gegenleistung zukommen soll): an den von dem die Hauptleistung ausgeht; an Dritte; one persönlich Berechtigten (Zwecksatzung);

c, nach der Art wie sie den Gegenverpflichteten treffen: die Rechtsfolgen treten one Zutun desselben (dinglich) ein,
sie verpflichten ihn obligatorisch zu einem gewissen Tun, das entweder direkt durch Klage, oder indirekt durch Vorenthaltung anderer Vorteile (condicio, Retentionsrecht) zu erzwingen ist.

Werden diese Unterscheidungen mit einander verbunden, so ergibt sich folgendes System nicht sowol der Nebengeschäfte, als der in den verschiedenen Nebengeschäften enthaltenen Hauptstücke:

A, Nebenberechtigungen

a, formaler Natur. So die Berechtigungen aus Eid, Stipulation (wo diese wie zB. fr. 6 § 1, fr. 7 de nouat. 46, 2 anderweit geschaffenen Ansprüchen einen bestimmten Aktionsschutz schaffen soll), Konstitut (wenn man nachträgliche Nebengeschäfte annimmt). Hieher konnte auch die Nebenverabredung gebracht werden, dass etwaige Streitigkeiten vor ein Schiedsgericht gebracht werden sollen (vgl. RCPO. 852, 871). — Stipulation und Konstitut sind zugleich Beispiele von Nebengeschäften, die nebeneinander formale und materielle Rechtsfolgen haben können.

b, Materielle NB. Nach dem angestrebten Erfolge:

1, auf damnum cessans beschränkt. So die eigentlichen Sicherungsgeschäfte (§ 104). All diese NB. sind bedingte,

abhängig von der Tatsache, dass eine Schuld, nachdem sie fällig geworden, wenigstens zeitweilig ungezalt bleibt.

2, Auf damnum cessans und je nachdem lucrum emergens. Hieher alle Konventionalstrafen, unter diesen die Straf-Arrha, Strafzinsen (vgl. fr. 40 de R. C. 12, 1), die beim Pfandgeschäft verbotene L. commissoria und die dieser verwanten erlaubt gebliebenen Geschäfte. — Ueber die L. comm. bei Kauf und überhaupt Tauschgeschäften s. u. — NB. dieser Art sind stets abhängige, und zwar

α, entweder von zukünftigen ungewissen,

β, oder von gewissen unbekannten Tatsachen. Der Art auch die Zusagen ("dicta et promissa") von Eigenschaften individuell bestimmter Sachen auf welche das Hauptgeschäft sich bezieht, falls nämlich die Absicht der Parteien dahin geht, dass auch beim Felen dieser Eigenschaften das Geschäft bestand behalten soll.

3, Auf lucrum emergens. Hier finden sich

α, feste (unabhängige) Berechtigungen: Zinsforderungen, Antichrese;

β, von gewissen aber unbekannten,

γ, von ungewissen Tatsachen abhängige Berechtigungen. Beispiele zu 2, und 3, kommen im Leben wol nicht sehr häufig vor, am häufigsten noch die Retrotraktionen bei suspensiv bedingten Hauptberechtigungen, die zu 2, ebenso gut passen wie zu 3, vgl. § 116.

B, Gegenberechtigungen; unterschieden zunächst nach ihrem **Inhalt:**

a, der Gegenverpflichtete soll eine Leistung machen an den Hauptverpflichteten. Ursachen überaus zalreich: hieher gehören alle Tauschgeschäfte, benannte wie unbenannte, die Fälle der cond. indebiti, ob rem non secutam, ob causam finitam, u. s. w., u. s. w. Das Objekt der Gegenleistung kann als Aequivalent nach den Anschauungen des Verkehrs gelten, oder von geringerem Werte sein; lezteres bisweilen von Einfluss auf den Rechtscharakter des Hauptgeschäfts, das deswegen als Schenkung und jenachdem "negotium mixtum" zu beurteilen sein könnte (dagegen gelten zB. gewagte Geschäfte keineswegs als schenkungsartig); die Verpflichtung des Gegenverpflichteten aber pflegt darum nicht minder intensiv zu sein, weil der Umfang ein kleinerer ist. Weiter ist hier zu unterscheiden:

1, nach der Abhängigkeit der Gegenverpflichtung. Die G.leist. kann sein

α, fest geschuldet und entweder sofort oder später (ex die certo an et quando) fällig, (aber nicht notwendig "klagbar"),

β, abhängig von gewissen unbekannten (D. cert. an, incert. quando),

γ, von ungewissen Tatsachen (D. inc. an). Beispiele:

zu α, Anspruch aus Tauschgeschäften (ev. nach Erfüllung der eigenen Verbindlichkeit) auf Gegenleistung, aus Darlen auf Kapitalsrückzalung, auf Erfüllung des Modus nach Anname der Schenkung, auf Erfüllung der in die Bedingung gestellten Gegenleistung bei derartig suspensiv bedingten Hauptleistungen;

zu β, cond. indebiti, andere Rückforderungen weil die Hingabe an eine Voraussetzung (cond. in praesens uel praeteritum relata) geknüpft ist, die sich nachträglich als falsch erweist;

zu γ, a. pign. directa auf Restitution des Pfandes nach getilgter Schuld; Rückforderung des sub cond. resolutiua gegebenen bei Eintritt dieser Bedingung, falls der Rückfall nicht ipso iure geschehn kann (wie bei Geld) oder soll; die in der Rückziehung enthaltene Forderung bei allen Resolutivbedingungen; cond. ob rem non secutam.

2, Nach Art des Zwanges:

α, obligationenartig, also durch a. in personam und was dazu gehört; wobei weiter zu unterscheiden wie der Erfolg dieser Aktionen zu berechnen ist,

entweder nach dem Wert der Hauptleistung, Kondiktion des Empfangenen,

oder nach dem Wert der Gegenleistung selber, wie bei der a. praescr. uerbis,

welche beide Grundformen der Berechnung dann weiter mannigfaltige Schattirungen gestatten.

β, Durch Vorenthaltung der Hauptleistung, so wenn die Gegenleistung bestimmt ist eine gestellte Bedingung zu erfüllen. Gewönlich wird hiebei an Suspensivbedingungen zu denken sein "bevor Der nicht gegengeleistet, erhältst Du selber nichts"; gänzlich unbrauchbar aber wäre auch eine echte Resolutivbedingung nicht "hast Du bis dahin nicht gegengeleistet, so erlischt der Dir bestellte Niessbrauch". Scheut man sich nicht vor einer "obligatio in tempus constituta", so gehört auch die L. commissoria beim Kauf und verwanten Geschäften hieher, "hast Du bis dahin den Preis nicht gezalt so erlischt Deine a. empti", vgl. § 110 Beil. II c.

Eine Verbindung beider Arten des Zwanges bei den Tauschgeschäften wo Zug um Zug zu leisten ist, Klage und Retentionsrecht (s. g. exc. non adimpleti contr.).

3, Nach der Art der Verabredung:

α, dieselbe ist vollständig ausgedacht und ausgesprochen;

β, dieselbe ist nicht so vollständig ausgedacht und ausgesprochen, wie zB. bei dem Tatbestande aus welchem die cond. indebiti und die ihr nächst verwanten Kondiktionen hervorgehn, und die Restitution des Empfangenen zwar auch dem Wollen der Beteiligten entspricht, dies Wollen selber aber, wenigstens äusserlich nicht zum abschluss gekommen ist, vgl. Bekker Akt. I S. 114 f. — Den Römern ist es geläufig in solchen Fällen etwas der Verabredung änliches anzunemen, vgl. fr. 2 pr. de cond. ind. 12, 6 ... "negotium enim contractum est inter eos", fr. 33 eod., fr. 16 de cond. c. d. c. n. s. 12, 4.

b, Der Gegenverpflichtete soll an Dritte leisten; der Art Auflage (Modus) zu gunsten Dritter, und überhaupt Verträge zu gunsten Dritter. Hier kehren nur zwei der zu a, beobachteten Verschiedenheiten wieder

1, Die Gegenleistung an den Dritten kann

α, fest sofort, oder ex die certo an et quando geschuldet werden;

β, sie kann abhängig gemacht sein von einer Voraussetzung (cond. in praes. u. praet. rel.);

γ, von einer Bedingung (D. inc. an).

2, Nach Art des Zwanges:

α, obligationenmäszig, und zwar kann die Klage
bald dem zustehn, von dem die Hauptleistung ausgegangen (dem Hauptverpflichteten),
bald dem Dritten, an den die Gegenleistung geschehn soll, beides bei dem Modus ebenso üblich wie bei den Verträgen zu gunsten Dritter.

β, Durch Vorenthaltung der Hauptleistung; die Gegenleistung (von ganz demselben Inhalt der auch in einen Modus zu nemen gewesen wäre) ist zur Suspensivbedingung der Hauptleistung gemacht.

Dass Leistungen an Dritte durch unfertige Verabredungen (vgl. a 3 β,) ausbedungen werden, dürfte kaum vorkommen.

e, Dem Gegenverpflichteten ist ein Tun oder Nichttun auferlegt, das nicht als Leistung an eine bestimmte Person,

den Hauptverpflichteten oder Dritte zu erfassen ist: Bauten auszufüren, zu reisen, Bücher zu schreiben, nach eigner Wal zu heiraten, ein Vermögen in bestimmter Weise zu verwalten, gewisse Stücke nicht zu verkaufen, nicht zu verpfänden, u. s. w. u. s. w. — Auch hier sind

1, die verschiedenen Möglichkeiten anzuerkennen, derartige Verpflichtungen

α, fest, sofort oder von späterem Termin (D. cert. a. et. q.) an,

β, oder abhängig von einer bereits erfüllten Voraussetzung (cond. in pr. u. pr. r.),

γ, oder abhängig von einer Bedingung (D. inc. an) aufzuerlegen.

2, Nach Art des Zwanges. Zulässig wiederum

α, obligationsmäsziger Zwang; wenigstens die nach dem Betrage des Hingegebenen zu berechnende Klage, cond. ob rem non secutam auch im Röm. R. schon für derartige Fälle anerkannt.

β, Ebenso unbedenklich Zwang dadurch, dass das erforderte Tun oder Nichttun zur Bedingung der Hauptleistung gemacht wird.

γ, Wenigstens in betracht zu nemen die dritte Möglichkeit, wonach der angestrebte Erfolg ev. one Wollen ja gegen das Wollen des Gegenverpflichteten (ipso iure) eintreten müsste. Offenbar kann sich diese Möglichkeit aber nicht auf alle Fälle dieser Gruppe erstrecken, namentlich auf die nicht, wo positives Tun des Gegenverpflichteten erfordert wird. Wol aber könnte wo ihm beispielsweise Nichtverkauf Nichtverpfändung u. s. w. auferlegt wäre, in der Nebenbestimmung (die hier in eine Zwecksatzung überginge) verfügt sein, dass im Falle des Ungehorsams die verbotene Veräusserung nichtig sein solle. Auch diese Art von Nebenbestimmungen sezt ein fertiges Bedenken und Erklären der Beteiligten voraus.

C, Nebenbestimmungen one eigentlichen Inhalt, die durchaus keine neuen (nicht onehin schon begründeten) Rechtsfolgen ins leben rufen sollen, sondern vielmehr wegen der äussern Erscheinung der Hauptbestimmung getroffen werden, indem sie

a, dazu dienen sollen, diese fest und klar zu machen, wie zB. schriftliche Aufzeichnungen, vgl. RCPO. 853;

b, oder umgekehrt dazu, das Hauptgeschäft den Augen Dritter zu entziehn: Simulation.

In dem vorstehenden Schema dürften alle wichtigeren Bestimmungen der gangbaren Nebengeschäfte unterzubringen sein.

Selbstverständlich dass beliebige Kombinationen vorkommen: zB. da, wenn Nebengeschäfte nicht zu einseitigen Zuwendungen, sondern zu bunteren Hauptgeschäften, namentlich Tauschgeschäften hinzutreten, wo denn auch die Nebenverpflichtungen sich synallagmatisch verflechten.

Zu beachten sind noch die fliessenden Uebergänge der einzelnen Nebenbestimmungen zu einander, und nach aussen, der Nebenbestimmungen zu den Nebengeschäften, und wieder dieser zu den Hauptgeschäften. Die praktische Bedeutung solcher Uebergänge zeigt sich in Sprüchen wie SA. XXX 152, wo ein Hauptentscheidungsgrund darin besteht, dass "das Dotalversprechen nicht nur ein bedingtes, sondern auch weiter Bestandteil eines zweiseitigen Geschäfts sein" kann.

Beilage III. Die Ausdrücke "Arbitrium" "Arbitratoren", die von der Praxis nicht ganz selten benuzt werden, bezeichnen allemal ein nichtrichterliches Ermessen, von Sachverständigen auch Nichtsachverständigen, eventuell sogar einer Partei; dem unbeschränkten Arbitrium aber pflegt das "arbitrium boni uiri" gegenüber gestellt zu werden, das der Richter zu korrigiren hätte, falls der Arbiter nicht als "uir bonus", nicht gerade wider besseres Wissen aber doch sachlich grob ungehörig sprechen sollte.

Die Nebenbestimmungen die auf das Arbitrium bezug nemen zerfallen in zwei Gruppen.

1, Das Hauptgeschäft wird von den Parteien absichtlich lückenhaft abgeschlossen, mit der Nebenbestimmung wie diese Lücke später durch ein Arbitrium auszufüllen sein wird. Solche Nebenbestimmung kann Bedingung, und kann Nichtbedingung sein, wo das Geschäft sofort als unbedingtes in kraft tritt. Hierüber die ungewönlich genau eingehenden und lehrreichen Ausfürungen ROHG. XVI 109; auch SA. II 284, IV 216, IX 339, XI 233, XVI 41, XVIII 239, XX 218, XXIV 237, XXVI 187; vgl. RE. VIII 58, Bo. I 891, VI 428.

2, Dem an sich lückenlosen Hauptgeschäft wird die Nebenbestimmung beigefügt, dass über als möglich vorhergesehne Streit- oder Zweifelspunkte betreffs der Rechtsfolgen ein Arbitrium zu entscheiden habe. In diese Kategorie gehört der Schiedsvertrag, wo derselbe als Nebengeschäft mit dem Hauptgeschäft verbunden wird, RCPO. 852. Neben dem eigentlichen Schiedsvertrage stehn andere Ausmachungen, über deren Verschiedenheiten von jenem SA. XXVI 29 (BOHG.), sodann XXVI 187, RE. I 123, 128, II 82, VI 201, X 38; Bo. I 889—92, II 848—49, III 575, V 532—34.

Beiden Klassen gemein, dass die Präsumption für das "arbitrium boni uiri", und wider die Zulassung rein willkürlicher Entscheidungen streitet.

Beilage IV. Gemeinrechtlich gilt noch "codicillis hereditas neque dari neque adimi potest", § 2 I. de codic. 2, 25; änlich unterliegen die Nebenbestimmungen bei Wechsel- Inhaberpapier- Buchgeschäften Beschränkungen. Aber abgesehn von solchen ausgezeichneten Geschäften ist die Praxis geneigt, ebenso von der äussern Gleichartigkeit wie von der Gleichzeitigkeit der Neben- und Hauptbestimmungen abzusehn, und namentlich mündlichen Nebenabreden neben schriftlichen Hauptverträgen nicht alle Wirksamkeit abzusprechen, vgl. SA. III 30, 154, IV 178, VI 19, X 248, XIV 75, XV 12 a. E., 13, XVI 255, XVII 125, XIX 23, XX 217, XXIV 129, XXV 263, XXXI 214, 215, auch (nicht durchgängig auf gem. R. bezüglich) ROHG. II 45, III 45, IV 31, X 18. Gleichwol scheint die Angemessenheit davon, die Wirksamkeit mündlicher Nebenabreden irgend wie einzuschränken, meist nicht verkannt zu werden, one dass über diese Einschränkungen Uebereinstimmung bisher zu erreichen gewesen wäre; vgl. noch SA. VI 82, XVII 162, XX 272, XXVI 116, und wider XIII 216, XVIII 221, — XXI 33, XXV 14, — XX 216. Strenger als die Durchschnittspraxis wider die mündlichen Nebenabreden sind die neueren Partikulargesetze: Pr. L.R. I 5 § 127—29, dazu RE. II 78, Oest. BG. 887, SG. 826. — Dass der gegenwärtige Zustand des gemeinen Rechts an dieser Stelle kein befriedigender ist, scheint unverkennbar. — EBG. enthält weder in dem Abschnitt "Form der Rgeschäfte" § 91—94, noch bei den Nebenbestimmungen "Bedingung und Befristung" § 128—143 eine auf diese Frage bezügliche Vorschrift; Mot. I S. 183—84:

> Vermutung der Vollständigkeit des Inhalts der über den Vertrag aufgenommenen Urkunde ... also bis zum Beweise des Gegenteils [anzunemen] .... dass die Parteien sich schliesslich über dasjenige was die Urkunde ergibt geeinigt, und alle andern Abreden aufgegeben haben,

übrigens könne der Rechtswissenschaft anheimgestellt bleiben zu entscheiden, welche Bedeutung formlosen Nebenverabredungen zukomme, wo die Parteien Schriftform für die Haupterklärungen erkoren. — Da die Praxis schwankt und die Wissenschaft den festen Anhalt noch nicht gefunden hat, muss eine ausdrückliche Entscheidung im Gesetzestext als wünschenswert bezeichnet werden.

§ 114.

Zeitbestimmungen, Befristung[a]).

Ar. 73. Ba. 59. Bz. (1) 340—44. De. I 113—14. Ke. 52. Pu. 62. Sa. S. III 125—27. Se. I 80. Si. I 21. Va. I 97. Wä. I 79. We. 57. Wi. I 96—96a.

Zeitbestimmung, Befristung, Betagung, Termin, Ziel, dies, tempus, im weiteren Sinne jede den Rechtsfolgen eines Vorgangs Zeitschranken setzende Bestimmung[b]); im engeren Sinne nur diejenige Bestimmung dieses Inhalts, welche der Wille der Kontrahenten einem Rechtsgeschäft einfügt[c]). Jenachdem der Typus dieses Geschäfts die Aufstellung solcher Zeitschranken als normalen Geschäftsbestandteil erfordert oder nicht erfordert, hat diese Bestimmung die Bedeutung bald einer individualisirenden Erklärung, bald einer wirklichen Nebenbestimmung[d]).

Die Bestimmung kann so getroffen sein, dass

a, der Eintritt und die Zeit des Eintretens des gesezten Termins gewis[e]) ("D. certus an et quando"),

[a]) Vgl. von Scheurl, Beiträge II 2 [z. L. v. d. Nebenbestimmungen — 1871] S. 22—69; Schulin Resolut. Beding. u. Endtermine [1875]; Enneccerus Rechtsgesch. Beding. u. Anfangstermin [1888] — EBG. 141—43.

[b]) Also ausser den Zeitbestimmungen im e. S. (N. 1,) Zeitschranken aus nachträglich hinzutretenden Geschäften (pactum de non petendo); aus der Natur des Hauptgeschäfts (dass die Hypothek mit der prinzipalen Forderung, die Personalservitut mit dem Leben des Berechtigten erlischt u. s. w.); aus richterlichem Erkenntnis (vgl. fr. 2 de re iud. 42, 1, über Prorogation fr. 31 eod. — "richterliche Fristen" in der RCPO. 85; 105; 217, 3; 221, 2; u. s. w.); s. g. "gesetzliche Fristen" (zB. Anfangstermine bei der a. iudicati fr. 7 de re iud., beim Konstitut fr. 21 § 1 de pec. const. 13, 5, Endtermine bei den prätorischen Annalklagen; vieles der Art in der RCPO.).

[c]) Die Zeitbestimmung in diesem e. S. zerfällt in
Befristungen (D. certus an)
Bedingungen (D. incertus an)
s. unten, vornemlich Beil. II.

[d]) Beil. I.

[e]) So bei kalendermäszigen Angaben, wie zB. fr. 21 pr. quando dies 36, 2.

b, der Eintritt gewis, die Zeit des Eintretens ungewis[f]) ("D. certus an, incertus quando"),

c, der Eintritt ungewis, aber falls er stattfindet die Zeit desselben gewis[g]) ("D. incertus an, certus quando"),

d, Eintritt und eventuell Zeit des Eintretens ungewis[h]) ("D. incertus an et quando").

Alle Zeitbestimmungen, bei denen der Eintritt des gesezten Termins ungewis ist, heissen "Bedingungen"; bei denen er gewis, "Befristungen" im engsten Sinne dieses Worts[i]).

Nach der Beziehung zu den Rfolgen, die entweder beginnen oder aufhören sollen, sind zu unterscheiden

Anfangstermin ("D. a quo, ex quo"),

Endtermin ("D. in quem, ad quem")[k]),

Fristsetzung i. e. S., das ist Bestimmung der Dauer[l])

---

[f]) So der Todestag eines Lebenden.

[g]) zB. der Tag wo Jemand lebend eine gewisse Altersgrenze überschreitet, oder einen andern kalendermäszig fixirten Termin erreicht. Eine also gefasste Bestimmung kann sein Bedingung, "falls Du den Tag erlebst", oder Befristung (D. certus) "an dem Tage, gleichviel ob Du denselben erlebst oder nicht"; beide Auslegungen haben in verschiedenen Fällen auch die Anerkennung der Praxis gefunden. Aenlich wie Bestimmungen der Art "wann Du das tust", (anscheinend reine Bedingung) auch den Sinn haben können, "spätestens bei Deinem Tode (also Deinen Erben zalbar), früher wenn Du das tust" (D. certus an incertus quando). Hiezu fr. 49 pr. — § 3 de leg. I 30, fr. 26 § 1 quando dies 36, 2, fr. 48 ad SC. Treb. 36, 1, c. 5 quando dies 6, 53, auch fr. 21, 22 pr. quando dies 36, 2; SA. XIII 125, XV 190, 191, XXXII 12; RE. VIII 35, Bo. III 467, I 714, V 432 auch 365. Gibt die Fassung keinen sichern Anhalt, so ist zunächst aus den Modalitäten des konkreten Falles zu folgern, und nur wo diese sich indifferent erweisen, dürfte als "minus" die bedingte (D. inc. an) Zuwendung anzunemen sein.

[h]) Beispiele unten bei den Bedingungen § 115.

[i]) Beil. II.

[k]) Ueber die in den Quellen gebräuchlichen Ausdrücke vgl. Lexika; EBG. gebraucht "Anfangstermin — Endtermin".

[l]) Verpachtung eines Gutes auf 18 Jare; Miete einer möblirten Wonung auf einen Monat, u. s. w. Gewönlich wird hiemit auch eine direkte Feststellung des Anfangstermines (kalendermäszig, nur ausnamsweise als D. incertus quando "Reisestipendium auf 2 J. vom Tage

einer Rfolge, also der Entfernung ihres Endtermins von dem Anfangstermin.

Die meisten aber nicht alle Rgeschäfte vertragen zeitsetzende Nebenbestimmungen; die Beifügung unzulässiger Zeitbestimmungen fürt bald zur Vernichtung des Geschäfts bald zur Streichung der Bestimmung[m]). Zulässige Zeitbestimmungen können nach dem Willen der Beteiligten gröszere und geringere Wirkungen[n]) haben, doch stimmen

alle aufschiebenden Befristungen überein in der Herbeifürung gewisser Rfolgen vor dem Beginn der vollen Geschäftswirksamkeit, und

alle aufhebenden Befristungen in der Herbeifürung anderer Rfolgen vor dem Erlöschen der vollen Geschäftswirksamkeit[o]).

---

des bestandenen Examens"), und folgeweise indirekte des Endtermins verbunden.

[m]) Fr. 77 de R. I. 50, 17, vgl. fr. 8 de auct. tut. 26, 8, fr. 4 de seru. 8, 1, und zwar macht die beigefügte unzulässige Zeitbestimmung (Befristung wie Bedingung) das Geschäft nichtig; anders fr. 34 de hered. inst. 28, 5: "hereditas ex die uel ad diem non recte datur, sed uitio temporis sublato manet institutio". — Auch h. z. t. widerstreben Adoption, Legitimation, Emanzipation, Abschliessung der Ehe, Erbschaftsantritt jeder Zeitbestimmung. Nach EBG. 1615 macht jegliche Zeitbestimmung die Anname an Kindesstatt unwirksam, und nach 870, 871 soll die Auflassung unter Beifügung eines Anfangstermins unwirksam, unter Beifügung eines Endtermins wirksam, und dieser Termin aufrecht zu erhalten sein; im gegensatz zum klassischen Röm. R. Vat. Fragm. 283, c. 2. de pact. int. empt. 4, 54, — c. 2 de don. q. s. modo 8, 54, c. 26 de legat. 6, 37. — Ueber die Wirkungen unzulässiger Bedingungen § 115 S. 323, § 117 I A—D, auch Beil. I u. II.

[n]) Beil. III.

[o]) Bei dem Endtermin werden gewönlich nur die Wirkungen nach dem Eintritt in betracht gezogen; es kann aber keinem Zweifel unterliegen dass derselbe auch seine Vorwirkungen hat, so gut wie der Anfangstermin. Sehr häufig wird das Recht, das dem Einen bis zum Endtermin zusteht, mit dem Endtermin dem Andern zukommen, also der Endtermin für den Einen zugleich Anfangstermin für den Anderen sein, und als solcher schon vorwirken müssen. Wir dürfen dem Andern die entsprechende vorläufige Berechtigung nicht vorenthalten, und diese Berechtigung beschränkt notwendig das Rechtsgebiet des Einen (bis zum Termin Berechtigten). Unter hinweis auf die Beilagen I und III ist nur noch anzudeuten, dass diese Beschränkungen jenachdem

Eine allgemeine Vermutung über den Umfang der Rfolgen, und besonders ob Bedingung oder andere Befristung anzunemen, besteht nicht[p]).

Rechte von unterbrochener Dauer gelten bald als Ein, bald als mehre Rechte[q]).

---

von sehr verschiedenem Umfange sein, und namentlich bei dinglichen Rechten sich denjenigen Beschränkungen änlich gestalten können, denen der Ehemann bei der Verwaltung der Dos unterliegt.

p) Vor Gericht wird oft gestritten, ob gewisse Dispositionen als Bedingung (= D. incertus an) oder als Befristung (= D. certus an inc. quando) zu erfassen seien. Die Entscheidungen stimmen nicht völlig mit einander, vgl. die verschiedenen Sprüche desselben Gerichts, SA. II 316, auch SA. XV 190 und SA. XIII 125, XI 261, und scheinen mehrfach schwach begründet, wofür vor allem die ungenügende technische Sprache verantwortlich zu machen ist; dennoch kann über das Gesammtresultat (vgl. noch SA. I 268, VII 277, XV 38, XXX 12, 60, auch SA. VIII 150, X 275, weiterab XV 191, XVII 227, und etwa X 76 und dagegen XI 267) kein Zweifel bleiben, dass im allgemeinen so wenig für die Befristung wie für die Bedingung eine Präsumption streitet, der Richter vielmehr nach den Umständen des besonderen Falles für dasjenige zu entscheiden hat, was sich als beabsichtigt darstellt, one an den nächstliegenden Wortsinn gebunden zu sein (zB. SA. XV 190). Wesentlich ebenso RE. VIII 35.

q) Fr. 13 de usu et u. 33, 2: "cum usufructus alternis annis legatur, non unum sed plura legata sunt", offenbar aus demselben Grunde wie bei den Niessbrauchslegaten "in singulos dies" "in singulos menses" "annos", vgl. fr. 1 pr. § 1 quando d. ususfr. 7, 3, fr. 1 § 3 q. mod. ususfr. 7, 4, fr. 28 eod., fr. 13 de usu et usufr. 33, 2. Ist das Recht nicht Ein Niessbrauch, so kann es konsequent auch nicht durch Eine Verjärung erlöschen, fr. 28 quib. m. ususfr. 7, 4: ".... quia plura sunt legata". Andererseits gibt es unterbrochene Prädialservituten, deren einheitliche Verjärung von den Römischen Juristen wenn auch nach Streit anerkannt, und deren Einheitlichkeit im übrigen anscheinend nie in frage gestellt worden, fr. 7 quemadm. seru. 8, 6, c. 14 pr. de seruit. 3, 34. Also muss die Möglichkeit von zwei Geschäftsarten anerkannt werden: die einen schaffen zeitlich unterbrochene aber gleichwol einheitliche Rechte; die andern eine Mehrheit gleichartiger auf einander mit oder one Unterbrechung folgender Rechte. Da der usufructus legatus das einzige Beispiel der lezteren ist, und bei seiner Konstruktion offenbar besondere Rücksichten zu nemen waren, so wird im Zweifel die Herstellung zeitlich unterbrochener einheitlicher Rechte als beabsichtigt gelten müssen. Vgl. hiezu noch Beil. III B b,.

Beilage I. Nebenbestimmungen haben wir definirt als die Naturalien ersetzende Bestimmungen; hiernach können Zeitbestimmungen Nebenbestimmungen nur sein, wenn die Naturalien

α, Zeitschranken überhaupt ausschliessen,
β, dieselben anders ordnen als die fragliche Nebenbestimmung.

Wo hingegen die Naturalien weder Zeitschranken überhaupt ausschliessen, noch selber Zeitschranken ziehn, sind die Zeitbestimmungen der Parteien keine Nebenbestimmungen, sondern wie tausend andere Bestimmungen lediglich dazu da, den Inhalt des Geschäfts abzugrenzen, "individualisirende Bestimmungen". Diese Bedeutung möchten wir den Zeitbestimmungen vornemlich bei Miets- und Pachtgeschäften (auch beim Kommodat) zuschreiben; denn es ist weder gebräuchlich derartige Geschäfte "für immer" abzuschliessen, noch liegen bei den meisten derselben Zeitschranken von fester Dauer (für ein Jar, sechs Monate) in ihrer Natur. Hier tritt die praktische Bedeutung der Unterscheidung (Nebenbest. — individualisirende Best.), und zugleich die der angenommenen Definition der Nebenbestimmungen evident heraus, betreffs der Beweislast:

sind Zeitbestimmungen bei Miets- und änlichen Geschäften "individ. Bestimm.", so hat wer eine solche behauptet dieselbe zu beweisen, und wer eine andere behauptet desgleichen, und ganz desgleichen auch wer behauptete dass das Geschäft one Zeitschranken, also "für immer" geschlossen wäre;

sind sie hingegen Nebenbestimmungen, so muss zwar auch wer eine solche behauptet sie beweisen, wogegen wer das Felen jeglicher (den Naturalien angeblich zuwiderlaufender) Zeitschranke behauptete, nichts zu erweisen hatte.

Nach dieser zweiten Auffassung würden Mieter und Pachter welche behaupteten ein Haus oder Gut "für immer" gemietet oder gepachtet zu haben gar nichts als überhaupt den Abschluss des Kontrakts (und gerade den wird ihr Widerpart zu leugnen kaum in der Lage sein) zu beweisen haben, jede Zeitschranke müsste allemal von dem Verpachter und Vermieter erwiesen werden. Umgekehrt aber würden auch Vermieter und Verpachter nichts als den Kontraktsabschluss zu beweisen haben, wenn der Mieter leugnete für mehr als fünf Jare gemietet, der Pachter für mehr als zwölf Jare gepachtet zu haben, können diese die Miets- oder Pachtgrenzen nicht beweisen, so müssen sie weiter und weiter zalen, so lange der Lokator die Sache zu ihrer Verfügung lässt, und keine Aufhebung des Kontrakts stattgefunden hätte. Es scheint auf der Hand zu liegen, wieviel praktischer und brauchbarer das Resultat ist, das aus der Auffassung der Zeitbestimmungen als Nichtnebenbestimmungen bei Miete Pacht u.s.w. sich

ergibt. Ebenso betreffs des Anfangstermins: heute pachte ich, morgen verlange ich Uebergabe des Gutes, Verpachter behauptet erst zu Michaelis verpflichtet zu sein: nach unserer Auffassung muss Pachter beweisen, dass der Vertrag auf den Tag abgeschlossen ist. Wer auch hier den Dies ex quo für Nebenbestimmung (in unserm Sinne) ausgibt, muss dem Verpachter den Beweis desselben (Ausschluss der Naturalien) auferlegen. — Dagegen wird man bei Kauf und änlichen Geschäften, bei denen wir gewönt sind gleich fällige Obligationen entstehn zu sehn, auf keine Ungeheuerlichkeiten stoszen, wenn man, unserer Anschauung entsprechend, die behaupteten Zeitbestimmungen als Nebenbestimmungen behandelt.

Mit den hier vorgetragenen Anschauungen stimmt überein RE. I 136, Bo. V 1136, 1154, doch hat das Reichsgericht bisher unsere Prinzipien nicht völlig klar und deutlich anerkannt. Noch weniger lässt sich dies von der älteren Praxis behaupten, vgl. SA. III 222, IV 162, V 239, VI 29, XVIII 184, XX 268, XXI 258, XXIII 268, XXXIII 341, XXXIV 161; im gegenteil finden sich hier einzelne Sprüche, die uns geradezu falsch erscheinen. Dieser Praxis ist aber darum nicht viel gewicht beizulegen, weil sie in sich durchweg zerfaren erscheint, Ober- und Untergerichte entscheiden denselben Fall verschieden, ebenso differiren die verschiedenen höchsten Gerichte bei der Beurteilung analoger Fälle; selten dass auf allgemeine Prinzipien zurückgegangen wird; am meisten Beachtung noch verdient die Auffassung, dass in der längern Zeit allemal ein plus tempore liege, und daher wer diese für sich beanspruche auch die Beweislast hinsichts der dasselbe begründenden Tatsachen zu tragen habe. Aber gerade dieser Wirrwarr der Praxis beweist die Notwendigkeit zu einfachen Grundregeln sich durchzuringen. Dieselben fliessen aus unserer Auffassung; zugleich aber bedingt diese eine viel genauere Feststellung sämmtlicher Naturalien der einzelnen Geschäftstypen als bisher beschafft ist.

> EBG. 196: "Wer Rechte aus einem Rgeschäft geltend macht, hat zu beweisen, dass dasselbe in der von ihm behaupteten Weise zu stande gekommen ist, auch wenn der Gegner die Errichtung zugesteht, jedoch behauptet dass das Rgeschäft .... unter Beifügung eines Anfangstermines oder Endtermines errichtet worden sei.

Das entspricht durchaus der Anschauung, dass das zeitlich begrenzte ein Minus gegenüber dem unbegrenzten sei, ein Zugeständnis des Minus kann den Behaupter des Plus nicht der ihm one dies obliegenden Beweispflicht überheben. Aber ist dies durchfürbar? Einer Darlensklage hält Beklagter eine angebliche

Verabredung entgegen wonach das Darlen erst 100 Jare nach der Hingabe, also etwa 1980 rückzalbar sein solle, alles andre gibt er zu. Welcher Beweis ist nun dem Kläger aufzuerlegen:

dass frühere Rückzalung verabredet worden? es ist aber über den Termin der Rückzalung überhaupt nichts ausgemacht;

dass die vom Beklagten behauptete Terminsetzung nicht stattgefunden? das wird sich one Eideszuschiebung kaum beweisen lassen.

Da wäre es für den Kläger noch besser, ein solches Geständnis als gar nicht gemacht (vgl. Code civ. 1356, 3) zu betrachten. Mit RCPO. 262 droht EBG. 196 häufig in Konflikt zu kommen. Vgl. § 116 Beil. III.

Beilage II. Dass "jedes ungewisse Ereignis [= D. incertus an] schon seinem Begriffe nach eine wahre eigentliche Bedingung" vertritt Sa. S. III S. 207, vgl. 208—9, unter Bezugname zunächst auf fr. 22 pr. quando dies 36, 2: ". . quoniam non solum diem sed et condicionem in se continet"; ihm folgt die Mehrzal der Schriftsteller, vgl. Wi. I § 96a, N. 5, We. S. 151. Uebereinstimmend auch

> EBG. 143: "Der einem Rechtsgeschäft beigefügte Termin von welchem ungewis ob er eintreten werde ist als Bedingung anzusehn."

Aber Schriftsteller und Entwurf unterlassen es gleichmäszig, diesen einfachen Gedanken konsequent durchzuführen. Statt zuerst von der Zeitbestimmung überhaupt zu handeln, und dann die beiden Spezies

> gewis ob — Befristung,
> ungewis ob — Bedingung,

in ihren Details darzulegen, ist es durchgängige Regel, zuerst eingehend die Bedingungen zu besprechen, dann kürzer die Zeitbestimmungen, und bei diesen gelegentlich die Bemerkung einzuflechten, dass der eine Teil von diesen in der tat Bedingungen, dieser Teil also auch schon bei den vorangestellten "Bedingungen" miterledigt, und hier bei den nachhinkenden "Befristungen" eigentlich nichts mehr darüber zu sagen sei. Dieser Feler der Systematik findet seine Strafe darin, dass der vorangestellte an sich einleuchtende Satz wieder und wieder in frage gezogen wird, scheint es doch als ob auch die welche äusserlich sich zu ihm bekennen, nicht wirklich an ihn zu glauben vermöchten.

Von den Varietäten des Römischen Sprachgebrauchs ist hier gänzlich abzusehn, vgl. über dieselben Durand étude s. l. dies incertus [Lyon 84]; für uns fragt sich nur ob im heutigen Rechte

irgend eine Verschiedenheit von Bedingung und "dies incertus an" erfindlich ist:

A, In Entscheidungen sieht man manchmal die Frage aufgeworfen, ob Bedingung und "dies incertus an" sich decken; meist geben unklare tatsächliche Verhältnisse anlass zu einer nichtkorrekten Fragstellung, vgl. zB. SA. XV 190, 191, wo der Streit in wirklichkeit nur um den Tatbestand, nicht die Rechtsregeln sich bewegt. Etwas bedenklicher ist RE. II 38, wo auf die Autorität von Wi. (5) I 91 S. 256 behauptet wird, "im Zweifel" liege in jeder aufschiebenden Bedingung zugleich eine Befristung. Das Reichsgericht hat entweder nicht klar sich ausgedrückt, oder das Wesen der Rückziehung verkannt. RE. VIII 35, richtige Entscheidung durch alle drei Instanzen mit mangelhafter Motivirung: die entscheidende Bestimmung

fällig zur Zeit der Verheiratung oder selbständigen Besetzung derselben

wird von den Richtern richtig ergänzt

spätestens aber bei dem Tode des Abzufindenden;

mithin liegt gar kein "dies incertus an" und folglich auch keine Bedingung vor.

B, In der Litteratur stoszen wir auf verschiedene Theorieen die einen durchgreifenden Unterschied der Bedingungen von den Befristungen annemen. Der gemeinsame Ausgangspunkt ist die bei den Bedingungen mehr oder weniger, darüber gehn die Ansichten weit auseinander, gebräuchliche Rückziehung der Wirkungen ihrer Erfüllung. An das Wort wird ein real unmöglicher Begriff, der einer Wirkung in die Vergangenheit zurück, angeknüpft und demnächst zur theoretischen Erklärung vorgegangen: als Ursache von Unmöglichem erhält die "Bedingung" freilich eine Gestalt die sie aus dem Kreise der real wirkenden Befristungen weit hinaus rückt. — Nach der Ansicht der Einen, dawider auch Enneccerus a. a. O. § 19, soll das Wollen selber ein bedingtes sein; d. h. ein zukünftiges Ereignis soll entscheiden über das was in der Gegenwart vor sich geht. Das ist schlechthin unmöglich. Es ist aber auch handgreiflich unwahr. Ich will, und zwar so fest dass dies gegenwärtige Wollen mich für die Zukunft bindet, zweierlei:

sobald mein Neffe die X heiratet, sein Schuldner sein auf 10,000 M.; bis das geschehn, eventuell in alle Ewigkeit, so obligirt nicht sein.

Aber nicht besser ist die Aufstellung mit der Enneccerus a. a. O. § 22, gleichfalls im Anschluss an hochachtungswerte Vormänner, s. unten C, die Verschiedenheit der Bedingung vom Dies zu rechtfertigen sucht: man habe es hier nicht mit wirklich

existirenden Dingen, sondern mit nur gedachten Rechten zu tun. "Ein Recht aber kann als ein von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängiges gedacht und folglich auch gewollt werden". Aber, erstlich ist ein Recht nichts blos gedachtes, sondern etwas wirklich wenn auch nicht materiell und greifbar existirendes, wie ein Gedicht eine Komposition oder irgend eine andere unkörperliche Sache, deren Werden und Sein unter gewissen Naturgesetzen steht welche jede actio in praeteritum ausschliessen; und zweitens ist auch in der reinen Gedankenwelt die Wirkung der Gegenwart auf die Vergangenheit, oder der Zukunft auf die Gegenwart nichts als trügerischer Schein. Dass die Römische Dogmatik bisweilen die Sache anders aufgefasst zu haben scheint, "proprietarii ex post facto fuisse uidetur" (fr. 43 § 2 de A.R.D. 41, 1 vgl. fr. 12 § 5, 25 § 1 de usufr. 7, 1, fr. 86 § 2 de leg. I 30) beruht entweder auf einem Versehn der Römischen Juristen, die dem Irrtum gerade ebenso ausgesezt gewesen sind wie alle andern Dogmatiker; oder die Worte sind bildlich gemeint, beziehn sich auf das was zu sein scheint nicht auf das was ist, und es mag nur dahin gestellt bleiben ob solche irreleitende Darstellungen nicht besser unterlassen wären. Ueber die tatsächliche Rechtsentwickelung im Fall des fr. 43, 2 cit., analog in denen der andern Stellen, kann kein Zweifel sein:

bis zur Zalung aus einem der beiden Pekulien richtige Schwebe (vgl. I § 35 Beil. I d,);

sobald Zalung erfolgt, kommt das Eigentum auf den aus dessen Pekulium gezalt ist, und zwar werden von jezt ab die Rfolgen für ihn (soweit dies möglich) so hergestellt als ob er schon zuvor, seit der Tradition ex empto, Eigentümer des Sklaven geworden wäre.

Aenlich in dem von Enneccerus selber komponirten Falle:

B zalt an C 100, entweder, falls A das gutheissen werde, zur Tilgung einer Schuld des A an C, sonst als Darlen des B an C. — Das ergibt

bis zur Erklärung des A, Schwebe,

danach, entweder Befreiung des A oder Forderung des B,

beides zurückdatirt, d. h. es soll nicht, was schlechthin unmöglich, eine Korrektur der Vergangenheit vorgenommen werden, sondern es sollen von jezt ab die Rfolgen des Darlens und jenachdem der Solution so gestattet werden, wie sie sein würden, wenn diese oder jenes gleich anfangs one Schwebe zu stande gekommen wären.

C, Da die Fittingschen Ausfürungen über Schwebe und Rückziehung mit bestechendem Scheine selbst die Tüchtigsten bestrickt und fast eine "communis opinio" geschaffen haben, scheint es geboten diesen älteren Vertretern der unhaltbaren Lehre beson-

ders entgegen zu treten. Brinz, Pand. (I) § 326, übernimmt "das bedingte Geschäft sei von den incertis eines, bei denen ungewis ist nicht ob sie sein werden, sondern ob sie sind, deren Existenz also durch ein künftiges Ereignis "post factum", nicht erst geschaffen, sondern nur offenbar wird". Das ist unklar zunächst: wäre "ungewis (d. h. objektiv ungewis) ob sie sind", dann nuzt späteres "offenbar" werden wenig, es könnte eben nur das offenbar werden, dass sie ungewis gewesen sind. Das Offenbarwerden müsste also zugleich die frühere Ungewisheit in Gewisheit umwandeln (was dann aber erstlich kein bloszes Offenbarwerden, und zweitens unmöglich wäre, weil ein "post factum" das "ante actum" an sich überall nicht mehr umzugestalten vermag); oder es müsste früher gar keine wirkliche (objektive) Ungewisheit, sondern nur (subjektive) Unwissenheit der Beteiligten betreffs der Existenz des Geschäfts bestanden haben, da genügte das Offenbarmachen wol, aber gerade die Unwissenheit bezüglich des eignen Wollens scheint unannembar, die Parteien sollten bis zum Eintritt des aufklärenden Ereignisses nicht gewusst haben was sie wollen — und das Wollen desjenigen der nicht weiss was er will sollte rechtlich wirksam sein? Eine einzige Anname könnte diese Aufstellungen retten: es gibt überhaupt keine objektive Ungewisheit, an sich steht alles fest, vom Anfang aller Welten an ist gewis gewesen, wie viele Blätter entstehn, und wann jedes fallen wird. Aber mit dieser Anname fällt auch die ganze Lehre von den Bedingungen die wir haben, und die "condiciones in futurum relatae" müssen sich denselben Regeln fügen die für die "in praesens uel praeteritum relatae" gelten.

Unger Oest. Pr. R. II S. 65 fasst die bekämpfte Meinung also:

> weder die S. noch die R.Beding. schieben etwas hinaus, dagegen ist in beiden Fällen etwas in suspenso, im ersten Fall die Existenz, im zweiten die Nichtexistenz des Rechtsgeschäfts.

Damit ist der Gegensatz von SB. und RB. mangelhaft bezeichnet, man sollte meinen, ist die Existenz nicht "hinausgeschoben" aber "in suspenso", so müsse zugleich die Nichtexistenz nicht "hinausgeschoben" aber "in suspeso" sein, und ebenso umgekehrt. Der Hauptfeler aber liegt wol darin, dass U. den Tatbestand und die Rechtsfolgen nicht genügend auseinandergedacht hat. Der Tatbestand ist "in beiden Fällen" nicht in suspenso, vielmehr ist er bei RB. wie bei SB. nach Abschluss des Geschäfts und vor Entscheidung der Bedingung ein unfertiger, der erst nach seiner Fertigung voll zu wirken vermag. Dahingegen sind die Rechtsfolgen bei jeglichem bedingten Geschäft nicht blos "in

suspenso", sondern hinausgeschoben: wem gegeben ist unter einer SB. der hat einstweilen nicht; wem gegeben ist unter einer RB. der hat einstweilen. Und hieran kann auch der Eintritt der Bedingung nichts rückwärts ändern, der Eintritt kann nicht aus dem Nichtgehabthaben nachträglich ein Gehabthaben, nicht aus dem Gehabthaben nachträglich ein Nichtgehabthaben machen. Auch die s. g. Rückwirkungen sind Folgewirkungen und liegen als solche in der Nachzeit: die erfüllte SB. (mit Rückziehung) gibt uns, aber erst von dem Augenblick der Erfüllung, soviel wie wir haben würden wenn die Bed. gar nicht beigefügt gewesen wäre; die erfüllte RB. (mit Rückziehung) aber versetzt uns, auch erst von dem Augenblick ihrer Erfüllung an, in einen Zustand wie wenn das bed. Geschäft nie geschlossen worden wäre. Beidemal handelt es sich um die Herstellung von Surrogaten, über deren Umfang Fiktionen zu entscheiden haben.

Diese unmittelbaren und durchaus zweifellosen Warnemungen können nicht erschüttert werden durch die Berichte von dem was Andere von diesen selben Dingen wargenommen zu haben vermeinen, und wären diese Andern auch die Römischen Juristen. Finden sich bei denselben abweichende Anschauungen, so könnten uns diese nur historisch interessiren: was hat den Anstosz gegeben zu diesen schiefen, nur aus Nebenrücksichten zu erklärenden Aussprüchen.

Uebrigens ist aus den Worten von Paulus fr. 8 pr. de per. et comm. r. u. 18, 6: .... "si quidem defecerit condicio nulla est emptio sicuti nec stipulatio" gewis nicht zu entnemen, dass für den Fall der Deficienz das Dagewesensein des Tatbestands, dass Parteien mit einander ein bedingtes Geschäft geschlossen, zu negiren sei: "nulla est emptio" heisst nur, die Rechtsfolgen eines Kaufgeschäfts sind nicht vorhanden; vgl. noch fr. 37 de C. E. 18, 1, fr. 19 de her. uend. 18, 4, fr. 19 de usurp. 41, 3, fr. 21 de solut. 46, 3.

D, Trotz Reichsgericht und Windscheid muss hiernach behauptet werden, dass die Bedingung nicht nur "im Zweifel" sondern ausnamslos als Befristung wirkt. Anzuerkennen ist nur die Verschiedenheit, dass

Befristung im e. S. (= dies certus an) one Rückwirkung aufzutreten pflegt (ihm rückwirkende Kraft beizulegen, ist nicht unmöglich aber ungebräuchlich),

Bedingung (= D. incertus an) bald mit Rückwirkung bald one dieselbe auftritt. Da die Wal der Zeichen freisteht, kann die Bedingung mit rückwirkender Kraft auch "Bedingung one Befristung" heissen. Der Ausdruck ist aber, weil irreleitend, durchaus nicht empfelenswert; denn er legt den Glauben nahe, dass die Rück-

ziehung eine Aufhebung des Hinausschiebens sei, wärend ihr in der tat nur die Wirksamkeit einer Fiktion zukommt, Folgen ins leben zu rufen die annähernd (so gut wie das eben geht) denjenigen gleichkommen, die ein gewisser anderer Tatbestand (der sich nicht erfüllt hat) gehabt haben würde.

Beilage III. — A, In neuester Zeit ist die Frage viel behandelt, ob der Anfangstermin die Entstehung des Rechts hinausschiebe, oder nur seine Ausübung; man pflegt mit einer Unterscheidung zu antworten, bei dinglichen Rechten Hinausschiebung der Entstehung, bei Obligationen der Ausübung, und diese Unterscheidung soll "durch die Quellen selbst unzweifelhaft bestätigt" werden, vgl. zB. Hartmann, d. Obligation S. 43. Aber die Frage selber ist falsch gefasst, genau besehn löst sie sich auf in vier:

1, welche R.folgen zieht das suspensiv betagte Geschäft von Eintritt des Termins nach sich, und zwar
   a, nach Römischem,
   b, nach heutigem Rechte;

2, mit welchem Namen haben diese Rechtsverhältnisse
   a, die Römer bezeichnet,
   b, wir zu bezeichnen.

Zu 1 a,. Auseinanderzuhalten sind Obligationen und andere, also vorzüglich dingliche Rechte. Betreffs der Obligationen enthalten die Quellen relativ viele Bestimmungen: Zulässigkeit der Zalung und Retention des gezalten, fr. 10 de cond. ind. 12, 6, cf. fr. 1 § 1 de condic. 35, 1 (anders bei dem "sub condicione", d. h. unter einem dies incertus an geschuldeten, fr. 16, 17 eod.); Zulässigkeit der Acceptilation, fr. 12 de acceptil. 46, 4, (ebenso bei dem "sub cond." geschuldeten, vgl. auch fr. 21 eod., fr. 16 de solut. 46, 3); Zulässigkeit des Konstituts, fr. 3 § 2, fr. 4 de pec. const. 13, 5, ("sub cond." zulässig aber mit verschobener Wirksamkeit, fr. 19 pr. eod.); genügende Grundlage für Pfandbestellung, fr. 9 pr. qui pot. 20, 4; kann wie vererbt ebenso verkauft werden, fr. 17, 19 de her. uend. 18, 4, ("sub cond." ebenso); nimmt teil am beneficium separationis, fr. 4 pr. de separat. 42, 6; wird in eigentümlicher Weise berücksichtigt bei Sozietätsteilung, fr. 28 pro socio 17, 2 cf. fr. 27 eod.; berechtigt zum Angriff einer Veräusserung in fraudem creditorum, fr. 27 pr. qui et a quib. 40, 9 ("sub cond." gleichfalls vgl. auch fr. 8 pr. eod., nur legatum sub cond. nicht); gibt aber keine Klage, auch nicht Kompensationsbefugnis, fr. 7 pr. de comp. 16, 2 (anders bei der richterlichen oder gesetzlichen Stundung der Judikatsklage, fr. 16 § 1 eod.); doch nimmt das Reichsgericht

an, dass wenn die bei der Klagerhebung noch nicht fällige Forderung im Laufe der ersten Instanz fällig geworden, der Richter zu verurteilen habe, Bo. I 710; vgl. noch über den Unterschied von "Fälligkeit" und "Zalbarkeit" Bo. III 464. — Sehr viel weniger erfaren wir von den dinglichen Rechten in gleicher Lage: wie die Römer überhaupt nicht mit dem generellen Begriff des dinglichen Rechts zu operiren pflegen, haben sie offenbar auch die Frage nach dem Verhalten des dinglichen Rechts "sub die" nie gestellt. Die Einzelentscheide aber sind häufig als Analoga kaum zu verwerten, weil sie unter dem ersichtlichen Einfluss absondernder Momente stehen, so namentlich Stellen die den Statuliber betreffen. Im einzelnen: die "sub die" bestellte Hypothek datirt von dieser Bestellung, fr. 12 § 2 qui pot. in p. 20, 4, entsprechend bei der Verpfändung zuerwerbender Sachen, fr. 16 § 7, 15 § 1 de pignor. 20, 1; alle veräusserlichen Rechte kann der Legatar, nach dem D. cedens und vor dem D. ueniens wie vererben so verkaufen, verschenken u. s. w.; der Eigentümer "sub D." der zugleich Fruktuar ist braucht dem gegenwärtigen Eigentümer nicht zu kaviren, fr. 9 § 2 usufr. q. cau. 7, 9. Andererseits spricht die Unzulässigkeit des D. ex quo bei Erbeseinsetzungen im Pagantestament dafür, dass dieser Dies nicht blos die Ausübung, sondern auch die Entstehung des Rechts des Erben nach Römischer Auffassung hinauszuschieben pflegte.

Zu 1 b,. Es darf keinem Zweifel unterliegen, dass das heutige Recht den Beteiligten (Testator, Kontrahenten) betreffs der in rede stehenden Vorwirkungen viel mehr Freiheit gibt als das Römische. Wenn hier der gekürte Dies anders wirken musste als der gesetzliche, der D. certus (an) anders als der D. inc. (an), beide anders als das pactum de non petendo; so wird für das heutige die Regel an die Spitze zu stellen sein, dass jede durch den Willen der Beteiligten betagte Obligation, gleichviel ob dieses Wollen von vornherein oder nachträglich erklärt ist, in der Zwischenzeit, bis zum Eintritte des Termins, so viel wirkt wie sie nach jener Erklärung wirken soll (dass dem Dies auch sonst verschiedene Bedeutungen zukommen können, ist schon von Andern hervorgehoben, vgl. J. A. Seuffert, Blätt. f. RAnwend. in Baiern, I S. 5 — 6, ROHG. XIV 13), insonderheit dass es den Beteiligten zusteht die Kompensabilität zuzulassen oder auszuschliessen. Die bezüglichen Vorschriften des Römischen Rechts können h. z. T. nur subsidiär, in Ermangelung näherer Bestimmungen der Beteiligten zur anwendung kommen. Analog bei den andern Rechten.

Zu 2 a. Ob die allgemein lautenden Stellen des C. I. ciu. über betagte Obligationen einander widersprechen, ist bekanntlich streitig,

vgl. Brinz Pand. (1 Ausg.) § 341, 2 auch Windscheid Pand. I § 96 N. 5. Die Entscheidung ist filologisch und historisch interessant, praktisch irrelevant, da die allgemeinen Aussprüche nicht mehr vermuten lassen, als was nach den Spezialentscheiden (oben 1a,) feststeht. Für die dinglichen Rechte aber felen zuverlässige generelle Aussprüche gänzlich; fr. 1 § 2 q. mod. usus fr. 7, 4, das häufig vorangestellt wird, schliesst schon wegen des "quod benigne dici poterit" jede scharfe Konsequenz aus, und bei den Entscheidungen über den "usus fructus in dies singulos legatus", wie sie sich fr. 1 pr. quando d. usus fr. 7, 3 und sonst finden, ist wol anzunemen dass der Jurist die Vorwirkungen je des einzelnen Usus frukts durchaus nicht bedacht hat, aber nicht dass er das Erfordernis des Daseins von all den einzelnen Usus frukten vorauslaufenden Rechten bedacht und negirt hätte.

Zu 2 b. Die moderne Konstruktion ist unabhängig, ebenso von den Versuchen wie von den Unterlassungen der Römischen Dogmatik. Dass wir Grund hätten eine wesentliche Verschiedenheit zwischen Obligationen und dinglichen Rechten hier anzunemen, muss geleugnet werden. Windscheid meint "wer sagt: Du sollst Eigentümer sein vom 1. k. Ms., der sagt nun einmal nicht, Du sollst sogleich Eigentümer sein"; gewis richtig und ebenso gewis nicht entscheidend: wer am 1. k. Ms. soll klagen können, der ist heut auch noch nicht Klagberechtigter. Zufällig ist "Gläubiger" ein mehrdeutiges Wort, das einen Klagberechtigten und einen Nichtklagberechtigten bezeichnen kann; "Eigentümer" ist relativ eindeutig. Die Frage ist nicht, ob jener schon vor dem 1. k. Ms. Eigentümer, sondern ob ihm überhaupt schon irgend ein Recht zusteht, das mit dem 1. k. Ms. in Eigentum sich wandelt. Karlowa, Rgesch. S. 109—110 betrachtet den dies a quo als "mitwirkende Tatsache, Koeffizienten für die ins auge gefasste Rechtswirkung", m. a. W. als Teil des das post diem zur entstehung kommende Recht erzeugenden Tatbestandes. Nicht unrichtig, aber gleichfalls ungenügend für die Erkenntnis des von dem Geschäft bis zu dem Dies hin bestehenden Rechtsverhältnisses: wandelt der Dies ein Vorrecht (vorläufiges Nichtvollrecht, aber immerhin doch auch schon Recht) in ein Vollrecht? oder schafft er das Vollrecht direkt aus einem Nichtrecht? und: wirkt er bei Obligationen und dinglichen Rechten gleich? oder, wie die neuere Lehre will, verwandelt er bei den Obligationen ein Vorrecht, bei den dinglichen Rechten aber ein Nichtrecht in das Vollrecht? — Bedenkt man nun einerseits, dass das anzunemende "Nichtrecht" (Vorläufer des dinglichen Rechts) stets ein Ding von einer gewissen rechtlichen Bedeutung sein muss, und dass diese Bedeutung durch den Willen der Beteiligten beliebig gesteigert werden kann, so dass beispielsweise der zukünftige (ex die) Eigen-

tümer berechtigt wäre dem gegenwärtigen (ad diem) Eigentümer überall einzureden sobald Dieser irgend etwas täte wodurch die Interessen Jenes bedroht erschienen, dass er befugt wäre (änlich der Ehefrau betreffs ihrer Dos) bald Kautionsleistung und bald Ueberlassung zu eigner Verwaltung zu begehren; andererseits dass umgekehrt die vorläufigen Berechtigungen des Gläubigers "ex die" sehr heruntergesezt werden können; nimmt man dazu dass unsere ganze Lehre überall zu einheitlichen Gestaltungen drängt, so ergibt sich das Resultat:

jedes betagte Geschäft wirkt zweierlei:

α, schafft es ein Rechtsverhältnis (Vorrecht, vorläufiges Recht u. s. w.) das mit dem Eintritt des Termins Vollrecht wird, und bis dahin gewisse durch den Willen der Beteiligten zu mehrende oder zu mindernde Wirkungen äussert;

β, gibt es einem an und für sich indifferenten zukünftigen Ereignis (eben dem als Termin gesezten) die Bedeutung aus dem zu α, genannten Rechtsverhältnis ein Vollrecht zu machen.

Ob ein solcher Vorgang besser "Hinausschiebung der Entstehung" oder "nur der Ausübung des entstandenen Rechts" zu heissen ist, lässt sich allgemein gar nicht entscheiden, zumal beiden Ausdrücken fest abgeschlossene Begriffe nicht entsprechen, und auch kaum allgemeine Regeln dafür erfindlich scheinen, welche von den vielen im Leben auftretenden Varietäten in den Bereich des einen und welche in den des andern zu verweisen wären.

B. Betreffs der Endtermine bedarf eine andere Differenz der Beleuchtung. Windscheid, der hier unweigerlich die herrschende Lehre vertritt, (vgl. Pand. I § 96 N. 2, § 86, N. 6) meint die Wirksamkeit der "auflösenden Befristung" stehe der "auflösenden Bedingung" im wesentlichen gleich, und sei "die einer andern Willenserklärung hinzugefügte Willenserklärung mit aufschiebender Befristung", gerichtet "auf Wiederaufhebung der Wirkungen der Hauptwillenserklärung" (vgl. auch Thibaut civ. Abh. XVII). Aber W. anerkennt auch das Dasein abweichender Stimmen, mit denen er ms. Es. sich nicht genügend auseinandergesezt hat.

a, Zunächst ist überhaupt nicht abzusehn, wenn dem Zuwender und dem Ermächtiger im allgemeinen freisteht ihre Zuwendungen und Ermächtigungen durch Grenzbestimmungen, und insonderheit auch Zeitgrenzbestimmungen zu individualisiren, warum er gerade eine abschliessende Zeitbestimmung dieser Art nicht treffen dürfte. Sie ist nicht "contra ius", nicht "contra bonos mores", und wird vom Verkehr gefordert. Ich verdinge meine Arbeit auf eine Stunde, einen Tag, einen Monat: heisst das vielleicht, ich ver-

pflichte mich erstens zeitlebens zu arbeiten, und zweitens mache ich daneben aus, dass dieser Vertrag nach einer Stunde, nach einem Tage, einem Monate wieder ausser kraft gesezt werden soll? Und wenn ich mein Pferd vermiete auf dieselben Zeiten, wäre diese Auffassung nicht minder verzwickt. Ganz dasselbe wenn ich meine tote bewegliche oder unbewegliche Sache vermiete verpachte, gleichviel auf wie lange Zeit. Die Zeitbestimmung ist und bleibt schlechthin das individualisirende Masz der zugesagten Leistung. Wenn ich aber Besitz und dingliche Klage wider Dritte auf Mieter und Pachter bringe, d. h. Superfizies oder Emfyteuse bestelle, so liegt auch hier nicht der mindeste Grund vor an der Bedeutung zu ändern. Und wenn ich dem kalendermäszigen Endtermin einen D. incert. an substituire: "für die Dauer einer Reise" "bis Ostern nach meiner Rückkehr", "bis zu meiner Verheiratung"; wäre das eine wesentliche Umgestaltung unseres Falles?

b, Dass die Windscheidsche Theorie von den Römern auf gewisse Verhältnisse, vielleicht auf alle echten Resolutivbedingungen (mit Rückziehung) anwendung gefunden, scheint unleugbar, vgl. zB. fr. 2 pr. de in d. add. 18, 2: "pura emptio est, sed sub condicione resoluitur". Unerwiesen aber ist, dass sie alle Fälle betagter Rechte unter diese Anschauung gezwängt; fr. 16 § 2 fam. erc. 10, 2

> ususfructus et ex certo tempore et usque ad certum tempus et alternis annis adiudicari potest — cf. fr. 6 quib. m. pign. 20, 6., c. 12 pr. de usufr. 3, 33,

ist schwer damit zu vereinen, Anfangs- und Endtermin sind augenscheinlich als gleichartig erfasst; über den "ususfr. alt. annis" oben N. p,. Sodann: das Vermächtnis des Niessbrauchs "in singulos dies", "in menses" "in annos" gilt bekanntlich nicht als Ein Vermächtnis, sondern als so viele Vermächtnisse wie Tage Monate u. s. w. in frage kommen, fr. 1 pr. § 1 quando d. usufr. 7, 3, fr. 1 § 3 q. mod. usufr. 7, 4, fr. 28 eod., fr. 13 de usu et usufr. 33, 2. Die Konstruktion ist an und für sich nicht ganz einfach, erklärt sich aber aus ihrer praktischen Bedeutung, gegen die Einwirkungen der capitis deminutio. Nach W. enthielte jedes Einzellegat einen durchgängigen Niessbrauch, der Bedachte hätte am 100sten Tage eigentlich 100 Niessbräuche an derselben Sache, von denen aber 99 bereits durch ihre pacta adiecta ausser kraft gesezt wären; zudem scheint der Anfangstermin gleiche Berücksichtigung zu fordern wie der Endtermin, die 100 oder 1000 Niessbräuche entstehen also auch alle zugleich und werden dann nur durch pacta adiecta hinausgehalten, der eine je einen Tag länger als der andere, oder wir müssen einen

Grund erfinden, warum die Zeit auf der einen Seite (am Anfang) wahre Grenze sein kann an der andern (am Ende) nicht. Zu vermeiden aber sind diese monströsen Konstruktionen nur, wenn man auf beiden Seiten die Zeit als echte individualisirende Grenze annimmt; dass die Römer jene monströse Konstruktion angenommen, ist gänzlich unbewiesen, und darum zu vermuten, dass auch ihnen die Zeitbestimmung hier einfach als Grenzbestimmung gegolten. — Dass die Wirkung des Endtermins vielfach nur per exceptionem geltend gemacht werden konnte (vgl. zB. fr. 4 de seruit. 8, 1, fr. 44 § 1 de O. et A. 44, 7, fr. 56 § 4 de V. O. 45, 1) ist, wie schon von Andern richtig bemerkt worden, lediglich von historischem Interesse, und one Bedeutung für die Struktur des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses.

c, Um zu sichern Antworten zu gelangen, muss die aufgeworfene Frage zerlegt werden:

α, ist der Endtermin, und als Abart von ihm die Resolutivbedingung ein abgesondertes Tatbestandstück?

β, wie gestalten sich die Rfolgen des Eintritts?

Zu α, Windscheid sieht vornemlich auf das Verhältnis der Resolutivbedingung und des Endtermins zum übrigen Tatbestande, seine Ausfürungen kulminiren in der Verteilung der Beweislast: weil "Nebenwillenserklärung", darum zu beweisen von dem der auf sie sich beruft ("in der Tat ist es nicht die Bedingung welche auflöst sondern die Willenserklärung welcher die Bedingung hinzugefügt ist" Wi. 6. Aufl. S. 268; nicht ganz scharf: in der tat wirkt das Ereignis [= Bedingung] auflösend, dem der Parteiwillen mit der bezüglichen Erklärung [= Bedingung i. anderem S.] die auflösende Kraft verliehen hat). Dawider ist zu erinnern an das schon § 99 N. 6 bemerkte, vgl. jezt auch Enecceru s a. a. O. § 19: unsere ganze Zerlegung des "Willens" in einzelne "Bestimmungen", "Haupt"- "Nebenbest." u. s. w. ist eitel Schulweisheit; im Leben kommen die Dinge bald so, bald anders vor. Einmal ist dies Ein konkretes Wollen: "ich will das Eintreten eines rechtlichen Erfolgs bis dahin" (gleichviel ob D. certus oder incertus); und materiell dasselbe könnte auch das Produkt zweier Willensakte sein, erster "ich will das Eintreten dieser Erfolge", zweiter "ich will das Aufhören desselben sobald das geschehn sein wird". Es fürt zu Ungeheuerlichkeiten wenn man diese Verschiedenheiten übersehn, und das Ungleichartige unter dieselben Regeln bannen will. Darum sind auch betreffs der Beweislast die verschiedenen Endtermine verschieden zu behandeln, s. oben Beil. I.

Zu β, Auch betreffs der Rfolgen ist zu unterscheiden, Beispiele unter a, und b, oben. Der Endtermin kann schlechthin Grenz-

setzung sein, mit seinem Eintritt erlischt das Recht one weiteres. Oder, mit dem Endtermin entsteht ein negatives Recht, erst die Geltendmachung von diesem vernichtet das betagte Recht. Des weiteren liesse sich vielleicht noch unterscheiden, ob dem negativen Rechte dingliche oder blos obligatorische Anfechtungskraft zukäme. Was im einzelnen Falle anzunemen, darüber entscheidet an erster Stelle der Wille der Beteiligten. Ist dieser unklar in sich oder ungenügend erklärt, dann ist auf das bei Geschäften der Art Gebräuchliche zu sehn. Beispielsweise wird es keinem Zweifel unterliegen dass, wenn in einem Grundbuche ein Recht für Jemand auf zehn Jare eingetragen steht, dies Recht mit Ablauf des zehnten Jares one weiteres zu bestehn aufhört, wogegen bei einer L. commissoria, falls nicht andres ausdrücklich ausgemacht wäre, fr. 2, 3 de l. commiss. 18, 2 noch immer maszgebend sein würden.

Bedingungen[a].

§ 115.

Begriff, Arten, Zulässigkeit.

Ar. 66—68. Ba. 52, 53, 56, 58. Bz. (1) 326—31, 340. De. I 105, 106, 109, 112. Ke. 51. Pu. 59. Sa. S. III 116, 117. Se. I 76, Si. I 20. Va. I 93. Wä. I 75, 76. We. 50—52. Wi. I 86, 87, 95.

Zuwendungen und andere geschäftliche Veräusserungen werden selten ihrer selbst wegen gewollt, häufig wegen eines mit denselben zu erreichenden ferneren Zweckes[b]. Die Er-

[a]) v. Scheurl z. L. v. d. Nebenbestimmungen bei R.geschäften (Beitr. II 2), Wendt d. L. v. bedingten R.geschäft, Ders. d. bed. Ford.R., Adickes z. L. v. d. Bedingungen, Eneccerus üb. Begr. u. Wirk. d. Susp. Bed. u. d. Anf.termins, Ders. R.gesch. Beding. u. Anfangsterm. [1888], Czyhlarz z. L. v. d. Resol. Bed., Schulin üb. Res. Bed. u. Endterm.; — Fitting üb. d. Begr. d. Rückziehung, Windscheid d. L. d. R. Rs. v. d. Voraussetzung, Ders. d. Wirk. d. erfüllt. Bed.; — Karlowa d. R.geschäft § 13—19; vgl. noch Mühlenbruch Forts. v. Glücks Komm. XLI S. 45—276. Böcking Pand. I 110—15, Unger Oest. Pr. R. II 82—84.

[b]) Bei den Zuwendungen beruht hierauf die Lehre von der Causa; Sicherungsgeschäfte sind Zuwendungen zwecks Sicherung, sehr häufig werden aber auch noch weitere Zwecke damit verfolgt, Verbindlichkeiten zu erfüllen, oder Andere uns zu verpflichten, oder zu schenken; auch Ermächtigungen und Ratihabitionen kommen selten one draussen

reichung des Zweckes hängt niemals von dem Wollen der Handelnden allein ab, ausnamslos auch von andern Dingen, die "Umstände", und soweit sie von den Handelnden erkannt und bedacht worden, "Voraussetzungen"[c]) des angestrebten Erfolgs heissen mögen. Solche Voraussetzungen liegen bald in der Vergangenheit bald in der Zukunft, und können in beiden Fällen von den Beteiligten entweder als gewis oder als ungewis angenommen werden[d]). Sieht der Veräusserer genügend klar darüber,

einmal dass die Veräusserung wertlos für ihn, falls nicht durch dieselbe ein bestimmter Zweck erreicht wird,

zweitens dass der Zweck nur zu erreichen, falls gewisse Voraussetzungen existiren[e]),

so ist es rationell, die eigene Veräusserung von der Existenz dieses Vorausgesezten abhängig[f]) zu machen. Der die Ab-

---

liegenden Zweck vor, desgleichen Anerkennungen in denen Zuwendungen stecken. Dagegen können "reine" Anerkennungen wol auch ihrer selber wegen vorgenommen werden, lediglich um der Warheit die Ehre zu geben. Zwecksatzungen aber gehören zweifellos zu den "Veräusserungen" in dem hier angenommenen Sinne. — Schliesslich mag noch daran erinnert werden, dass das Veräusserungswollen und Zweckwollen im Leben zu einem Willensakte zusammenzufliessen pflegt, vgl. auch § 114 Beil. III Bc, zu «,.

c) An sich selbstverständlich; das Wollen eines Menschen allein kann nie weitere Erfolge bewirken als Bewegungen seines Körpers, und auch diese *setzen* gewisse Beschaffenheiten dieses Körpers *voraus*. Ueber die sonst mit dem Namen "Voraussetzung" zu verknüpfenden Begriffe § 119, insb. N. a,.

d) Bei der steten Flüssigkeit der "Gegenwart" scheint es nicht vonnöten, neben den beiden Kategorieen der in der Vergangenheit und der in der Zukunft liegenden, noch eine dritte der "gegenwärtigen" Voraussetzungen anzunemen. — Gewönlich wird man geneigter sein Zukünftiges als ungewis zu betrachten; gleichwol bedarf es keiner Beispiele um die Berechtigung des Zweifels über Vergangenes zu belegen, wie andererseits Niemand darauf verfallen wird, die Notwendigkeit eines zukünftigen Todes aller lebenden Wesen ernsthaft in Zweifel zu ziehn.

e) "existiren", es wird schwer möglich sein, mit einem andern Ausdrucke das "dasein" der der Vergangenheit und das "eintreten" der der Zukunft angehörigen Voraussetzungen ebenso deutlich zusammenzufassen.

hängigkeit bewirkende Wille kann in verschiedenen Formen erklärt werden[g]); die Abhängigkeit selber gestaltet sich verschieden[h]), je nachdem die Voraussetzungen in die Vergangenheit oder in die Zukunft gehn, und das Vorausgesezte als gewis oder ungewis angenommen wird.

Allen diesen Voraussetzungen gemeinsam ist, erstlich dass dadurch das Vorausgesezte[i]) zu einem Tatbestandstück[k]) für die beabsichtigte Rechtsfolge erhoben wird; daher die Rfolgen bei Voraussetzungen die in die Zukunft gehn auch selber

---

[f]) Die Abhängigkeit kann verschieden gestaltet sein: die gewollten Rfolgen (Veräusserung) treten ein erst mit der Existenz der Voraussetzung (suspensive Wirkung der Vorauss.), sie treten sofort ein, erlöschen aber mit der Existenz der Voraussetzung (resolutive Wirkung d. V.). Hiemit ist aber nur der Hauptgegensatz gezeichnet, auf beiden Seiten findet sich reiche Fülle der Schattirungen. Tritt die Hauptmasse der Rfolgen bei suspendirenden Voraussetzungen auch erst mit der Voraussetzung ein, so können dieser Hauptwirkung mehr oder weniger kleinere Rfolgen ("Vorwirkungen") vorangehn; und auch die Hauptwirkung selber kann mannigfach umgrenzt sein, mit oder one Retrotraktion sich vollziehn, und die Retrotraktion in diesem oder jenem Umfange zur ausfürung kommen. Bei der resolutiv wirkenden Voraussetzung aber ist zunächst zu unterscheiden, ob die Resolution "direkt" vor sich geht (das übertragene Recht geht dem Erwerber one weiteres verloren), oder indirekt (es treten negative Rechte hervor, auf Aufhebung der Uebertragung, oder auf Entziehung der aus dieser erwachsenen Bereicherung); in beiden Fällen kann die Resolution one oder mit ausgedenterer oder beschränkterer Rückziehung der Rfolgen geschehn.

[g]) "Ausdrücklich" "stillschweigend" "direkt" "indirekt"; diese und andere gebräuchliche Ausdrücke reichen aber keineswegs aus um nur die schon aus dem Römischen Recht bekannten Gestaltungen (vgl. Beil. III,) ausreichend zu charakterisiren.

[h]) Beil. I.

[i]) "Voraussetzung" pflegt in den beiden Bedeutungen vorzukommen: Tun des Voraussetzenden, und das worauf das Tun sich richtet. Zur Vermeidung von Misverständnissen empfielt sich "Voraussetzung" und "Vorausgesezes" auch durch die Namen auseinanderzuhalten.

[k]) Hierauf beruht die Verwantschaft der bedingten und sonst von Voraussetzungen abhängig gemachten Geschäfte mit den Real- und Naturalgeschäften, vgl. § 95, 5.

nicht vor der Erfüllung der Voraussetzung eintreten können[1]). Zweitens dass die Wirksamkeit des Wollens dadurch eingeschränkt wird, genau besehn in zwei Beziehungen:

was rechtliche Folge auch allein des Wollens sein könnte, tritt nun ein als gemeinschaftliche Folge des Wollens und anderer Umstände (Tatbestand = Wollen + Vorausgesetztem);

die rechtlichen Folgen sind kleinere, verglichen mit denen des an keine Voraussetzung geknüpften Wollens, sie sind entweder zeitlich beschränkt, oder sie treten nur für gewisse Fälle ein

[1]) Es handelt sich hiebei nicht darum, die logischen Konsequenzen eines dogmatischen Begriffs andern Rücksichten zu opfern (was überall zulässig), sondern um eine natürliche Notwendigkeit: das Spätere kann auf das Frühere nicht zurückwirken, die Folge nicht vor der Ursache, insonderheit die volle Folge (auch die rechtliche) nicht vor der vollendeten Ursache (Tatbestand) eintreten. Wirkliche Rückwirkung ist unerhört; gewesenes unabänderlich überall. Daran kann keine Macht, weder die des Gesetzgebers noch die des Richters oder Gelehrten ändern. Wo wir solche Aenderungen zu sehn vermeinen, teuschen wir uns einfach. Die Teuschungen bei bedingten Geschäften werden begünstigt dadurch, dass den Voraussetzungen bald suspensive bald resolutive Wirksamkeit zukommt, ferner dass neben die bedingten unbedingte Rfolgen treten, dass die einzelnen Tatbestandstücke mit ihrer Existenz schon gewisse Folgen fest nach sich ziehn, wärend noch ungewis ob auch der ganze Tatbestand existent werden wird, und darum die Folgen des vollendeten Totaltatbestandes einstweilen noch in der Schwebe sich befinden. Sabinianer und Prokulianer (Gai. II 20) stritten über die Rverhältnisse des bedingten Vindikationslegats: dem Legatar fällt es erst zu mit erfüllter Bedingung, die Erfüllung gehört zum Tatbestande seines Erwerbs, darüber sind beide einig; die Sabinianer belassen bis dahin das Eigentum den Erben, das bedingte Legat ist also nach ihrer Ansicht vor der Erfüllung unwirksam; nach Prokulianischer Lehre befindet sich das Eigentum vom Erbfall an in der Schwebe, nach ihrer Meinung also genügt auch dies bedingte Legat die Sache vorläufig dem Erben fernzuhalten, es ist nicht unwirksam, erzeugt für sich allein vor der Erfüllung gewisse mindere Rechtsfolgen. Möglich ist das eine gerade so gut wie das andre, von einer "actio in praeteritum" beidemal keine Rede. Zu dem gleichen Resultat gelangt man bei jedem andern Quellenentscheid, den man richtig unter die Lupe stellt. — Vorstehendes Beispiel ist gewält im hinblich auf Karlowa a. a. O. S. 85, 86; über die ganze Frage vgl. § 114 Beil. II B, und § 116 Beil. II.

für andre nicht, oder unterliegen auch beiden Beschränkungen[m]) nebeneinander.

Im Römischen Recht sind aus diesen Anknüpfungen der geschäftlichen Verfügungen an Voraussetzungen erwachsen teils besondere Hauptgeschäfte, teils typische Nebengeschäfte, sodann mit den meisten Hauptgeschäften zu verflechtende Neben- und Individualisirungsbestimmungen[n]). Nur auf einen Teil dieser Neben- und Individualisirungsbestimmungen pflegt im entwickelten Rechte der Name "condicio" "Bedingung"[o]) angewant zu werden, das häufige Vorkommen und die besondere Sorgfalt, welche die Römischen Juristen[p]) auf dieselben verwant, hat der Art zu besonderer Ausbildung verholfen.

"Condicio", vieldeutiges Wort. Die weiteren Bedeutungen entsprechen ungenügend ausgedachten und deshalb wenig brauchbaren Begriffen[q]); die engeren decken sich mit denen

[m]) Beil. II.

[n]) Beil. III.

[o]) Ausgeschieden sind alle Voraussetzungen die anknüpfen an etwas in der Vergangenheit oder Gegenwart liegendes, einschliesslich der "condiciones in praesens uel praeteritum relatae, vgl. § 119, sowie die von zukünftigen als gewis angenommenen Ereignisse, "dies certus an" gleichviel ob "certus" oder "incertus quando", vgl. § 114, desgleichen von zukünftigen als ungewis angenommenen Ereignissen, wenn die Anknüpfung nicht durch ausdrückliche Nebenerklärung geschehn, sondern aus dem Inhalt der Haupterklärung selber zu entnemen wäre, "condicio quae tacite negotio inest", jezt auch "cond. iuris" geheissen; fr. 1 pr. § 3, fr. 21, 99 de condic. 35, 1, fr. 38 de i. dot. 23, 3, fr. 25 § 1 quando d. leg. 36, 2; dazu SA. XVII 238.

[p]) Es pflegen zitirt zu werden T. Dig. de condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum quae in testamentis scribuntur 35, 1, — de condicionibus institutionum 28, 7; T. Cod. de institutionibus uel substitutionibus seu restitutionibus sub condicione factis 6, 25, — de condicionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus 6, 46 — de donationibus quae sub modo uel condicione uel ex certo tempore conficiuntur. Aber wenigstens T. T. D. de statu liberis 40, 7, de in diem addictione 18, 2, de lege commissoria 18, 3 sind ebenso beachtenswert.

[q]) Ueber diese am besten noch Brissonius de V. S., u. "cond." 6—12, vgl. auch Dirksen Man., h. u. 1—4,.

der Deutschen "Bedingung", mit "si" "wenn" einzuleitende rechtliche Nebenerklärung[r]). Im engsten[s]) Sinne[t]) diejenige Nebenerklärung[u]) welche die Rfolgen der Haupterklärung abhängig macht von einem zukünftigen ungewissen[v]) Ereignis[w]).

[r]) Diese "Bedingung" umfasst also, neben der im streng technischen Sinne, die "cond. in praesens uel praeteritum relata" und die ausgeprägte Voraussetzung § 119. Vom "dies certus an" ist sie prinzipiell geschieden, läuft aber gleichwol bisweilen auch in diesen über, zumal wegen der Deutschen Unsitte "wenn" und "wann" nicht immer scharf auseinanderzuhalten.

[s]) "technischen" S., vgl. u. a. Papinian fr. 37, 39 de R. C. 12, 1.

[t]) In diesem engsten S. ist die "Bedingung" das "Schosz- und Sorgenkind der neuesten Pandektenrechtswissenschaft" (Mandry kr. Vschr. XIV S. 384), das aber doch noch immer unter dem Banne der durchsichtig klaren Darstellung in Savignys System steht. Soviel im einzelnen an dieser Lehre gebessert worden, der ungesunde naturrechtliche Grundgedanke, als ob Bedingung (= condicio) ein absolut gegebener Begriff wäre, aus dem alle quellenmäszigen generellen und speziellen Sätze des Bedingungsrechts sich deduziren liessen (vgl. auch Adickes a. a. O. S. 2), ist noch nicht überwunden, und die hieraus erwachsende Vernachlässigung der geschichtlichen Forschung hemmt auch die praktische Entwickelung der Lehre, namentlich die Erkenntnis der Abweichungen welche auf der von dem heutigen Rechte angenommenen gröszeren Bedeutung des Parteiwillens beruhn.

[u]) "Nebenerklärung", da die Bedingungen nicht alle "Nebenbestimmungen" sind (vgl. § 113 Beil. I). Durch dieselbe kann nicht blos das Ob der Leistung aus dem Hauptgeschäft, sondern auch deren Umfang von dem bedingenden Ereignis abhängig gemacht werden, RE. XX 3 (DB. hat sich verpflichtet alle Pfandbriefe von M. einzulösen, für welche die Inhaber die von M. proponirte Konvertirung nicht annemen; bedingtes Ankaufgeschäft für jeden einzelnen Pfandbr.— Analog: X kauft zu fest verabredetem Preise all die Waren die Y zur Industrieaustellung nach Australien sendet, für den Fall dass sie bei dieser Gelegenheit nicht abgesezt würden).

[v]) "zukünftigen ungewissen", so die herrschende Lehre, vgl. Sa. S., Wi., De. a. a. O.O. Wenn Enneccerus a. a. O. § 18 dawider urgirt, nicht "objektiv ungewis" sondern durch ihre Natur dem menschlichen "Erkenntnisvermögen" entzogen, so droht die Untersuchung auf transscendentes Gebiet hinüberzutreten. Grosze praktische Wichtigkeit legt er selber der Frage nicht bei, und dass der Gegensatz des "objektiv ungewissen" und des "nur für unser Erkenntnisvermögen unzugänglichen" von den Römischen Juristen scharf erkannt sei, ist auch nach

Verschiedenheiten:

I. nach der Fassung, positive, affirmative — negative[x]);

II. nach der Beschaffenheit des bedingenden Ereignisses,

a, potestative — gemischte — kasuelle[y]);

b, die eine Leistung des bedingt Bedachten erfordern — die keine solche Leistung erfordern[z]);

III. nach dem Einfluss auf die Rfolgen, Suspensivbedingung, aufschiebende[aa]) — Resolutivbedingung, aufhebende[bb]).

---

den von ihm angefürten Stellen (fr. 36 de solut. 46, 3 (Iul.), fr. 38 de R. C. 12, 1 (Scaeu.), fr. 28 § 5 de iud. 5, 1 (Paul.) stark zu bezweifeln, wogegen das Gewicht das sie auf das "künftige" legen, in fr. 39 de R. C. 12, 1, fr. 10 § 1 de cond. inst. 28, 7 u. a. unverkennbar hervortritt.

[w]) Auch dies bedingende Ereignis wird nicht selten "Bedingung" geheissen. Dirksen Man. h. v. definirt "cond. 5" geradezu als "factum futurum". Gleichwol werden die Stellen im C. I. ciu. selten sein, in denen der Autor mit "condicio" das Ereignis und nur dieses hat bezeichnen wollen, viel häufiger wo er an die Erklärung gedacht, aber diesen Gedanken nicht scharf begrenzt hat.

[x]) Beil. IV.

[y]) C. 1 § 7 de cad. toll. 6, 51; Code civ. 1169—1171. Die Digesten kennen diese Dreiteilung noch nicht, wol aber Zweiteilungen, vgl. fr. 2, 11 § 1, 78 § 1 de condic. 35, 1. Doch darf auch nicht übersehn werden, dass keine scharfe Abgrenzung zwischen c. potestat. und c. mixta möglich ist: es gibt kein facere (einschliesslich "uelle", da zu diesem auch die Aeusserung gehört, wenn es wirken soll), das nicht durch Umstände verhindert, kein "non facere" das nicht durch Umstände erzwungen werden könnte.

[z]) Diese oft nicht genügend gewürdigte (vgl. jedoch De. (2) I. S. 242) Verschiedenheit ist von besonderer Bedeutung da, wo das Hauptgeschäft aus einer einfachen Zuwendung besteht. Wird keine Leistung des Bedachten erfordert, so bleibt das Geschäft was es onehin ist, "unentgeltliche Zuwendung" und jenachdem Schenkung; wird Leistung erfordert, so besteht der Entgelt in ihr, schon die Beifügung der Bedingung macht das Hauptgeschäft zum entgeltlichen. Vgl. hiezu Beil. V.

[aa]) "Sub — ex condicione contractum", "quod condicione suspenditur", "condicionalis emptio" etc. § 2 I. de V. O., fr. 2 de in d. add. 18, 2, fr. 1 de l. commiss. 18, 3, fr. 15 § 4 de test. mil. 29, 1.

[bb]) "In condicionem" fr. 15 § 4 de test. mil. 29, 1; "sub condicione resolui" fr. 2 pr., 4 § 5 de in d. add. 18, 2, fr. 1 de l. comm. 18, 3.

Die Zulässigkeit der Bedingungen ist zu verschiedenen Zeiten verschieden[cc]) geregelt: anfangs vornemlich formale Bedenken[dd]) welche die Zulassung hemmen; später fast ausschliesslich sachliche[ee]). Auch im heutigen Recht ertragen gewisse Geschäfte gar keine[ff]) Bedingungen,
gewisse andre nicht Bedingungen gewisser Art[gg]), und
gelten gewisse Abarten der Bedingungen für durchweg[hh]) unerträglich.

Beilage I. Im einzelnen. Die Rfolgen, die ebensowol in der Herbeifürung wie in der Aufhebung eines gewissen Rechts-

cc) Vgl. u. a. Gai. 3, 146, c. 6 pro soc. 4, 37 (Iust.). Ueber die einzelnen Bedingungsverbote am eingehendsten Enneccerus üb. Begr. und Wirk. d. Suspens.Bed., S. 9—84, v. Scheurl a. a. O. § 79—88.

dd) Fr. 77 de R. I. 50, 17; auch das "expressa nocent", vgl. Beil. III A, a. E., gehört hieher.

ee) "Sachliche Bedenken" hegt die Zeit, deren Anschauungen die Durchfürung des Hauptgeschäfts mit den in der Nebenerklärung gesezten Schranken, zB. Ehe "sub die uel condicione", widerstrebt. Hieher gehören auch die Fälle wo die Erfüllung einer Bedingung unter den Umständen der Gegenwart unmöglich, unter veränderten Umständen möglich sein würde; darf man die Aussicht auf solche Aenderung mit in betracht ziehn? fr. 34 § 2 de C. E. 18, 1: "... nec enim fas est eiusmodi casus exspectare". cf. fr. 35 § 1, 83 § 5, 137 § 6 de V. O. 45, 1; und dagegen fr. 58 de condic. 35, 1: "... quia possit manumissa nubere". Beides ist analog auf moderne Tatbestände zu übertragen, und das herrschende Anstandsgefül als ausschlaggebend anzunemen.

ff) Vgl. EBG. 282, 2 (Aufrechnung), 870 (Auflassung), 1137 (Grundschuld), 1248, 2 (Ehe), 1472 (Anerkenn. d. Ehlichkeit), 1594 (Ehlichkeitserklärung), 1615 (Anname an Kindesstatt), 1629, 5 (desgl. Aufheb.), 1873, 3 (Anname u. Ablenung v. Vermächtnis), 1892, 2 (desgl. v. Amt als Testamentsvollstrecker), 2035 (desgl. v. Erbschaft), 2094, 3 (Verzicht auf Inventarrecht).

gg) zB. sollte bei der Einsetzung des suus heres nur Potestativbedingung zulässig sein, fr. 4, 5 de her. inst. 28, 5, bei allen Einsetzungen die nicht im Soldatentestament geschehn nur Suspensivbedingungen, (über die Wirksamkeit von Resolutivbedingungen bei Einsetzungen Eisele Jb. f. Dogm. XXIII S. 144—47); über die Zulässigkeit von Bedingungen bei der Einsetzung eines Noterben RE. XVII 30. — Wieweit sind RsB. bei restitutiven Uebertragungen zulässig? jedesfalls nicht durchgängig vollwirksam.

hh) Vgl. EBG. 138 und unten § 117.

verhältnisses (im Sinne v. I § 17 b,) bestehn können, werden abhängig gemacht

A, von Voraussetzungen die in der Vergangenheit, und folgeweise Gegenwart, bereits existent geworden sind:

a, Die Beteiligten betrachten diese Existenz als zweifellos; sie haben deshalb kaum Veranlassung die Rfolgen für den Fall der Nichtexistenz der Voraussetzung genauer zu bedenken und zu verabreden. Der bekannteste Fall der Art: Zalung einer vermeintlichen Schuld, deren Dasein von beiden Teilen angenommen wird. Hier und in änlichen Fällen der Voraussetzung suspensive Kraft beizulegen, felt jeder vernünftige Grund. Desto mehr hat die Nichtexistenz der Voraussetzung anspruch resolutiv zu wirken. Wenn die Parteien dieselbe für möglich gehalten, so hätten sie vernünftigerweise auch deren Folgen geordnet, und zwar wäre dies in vielen verschiedenen Weisen auszufüren gewesen, zB. durch

α, Aufhebung der Zuwendung, also Wiederherstellung des früheren Rzustandes, von dem Augenblick der erkannten Nichtexistenz der Voraussetzung an (d. h. one Rückziehung),

β, dieselbe Aufhebung mit Rückziehung,

γ, Fortbestand der Zuwendung und Rückforderung nur der Bereicherung im Augenblick der erkannten Nichtexistenz der Voraussetzung,

δ, desgleichen, aber Rückforderung der Bereicherung im Augenblick der Zuwendung.

Wo aus dem oben angegebenen Grunde keine Verabredung getroffen ist, hilft das aus der Erfarung und Uebung erwachsene Recht dem Geschädigten bekanntlich nach Schema γ, (cond. indebiti).

b, Die Beteiligten hegen selber Zweifel über den Bestand der Voraussetzung. Hier sind zweiseitige Verabredungen sachgemäsz, und zwar können dieselben ebensowol auf die Suspendirung wie auf die Wiederaufhebung der fraglichen Rfolgen gestellt werden — "condicio in praesens uel praeteritum relata". Die Details der Rfolgen hängen, wenigstens nach heutigem Rechte zweifellos, wieder ganz von dem Willen der Beteiligten ab, was sie ausdrücklich verabreden das gilt, sei es für die Suspension sei es für die Resolution. Allgemeine Vorschriften, wie EBG. 137, 1, 2, haben nur subsidiäre Geltung (ausserdem scheint dieser Paragraf eine Teuschung der Beteiligten vorauszusetzen, die über eine "Bedingung" i. e. S. zu verhandeln meinten).

B, Die entscheidenden Umstände liegen in der Zukunft:

a, Ueber den Eintritt kein Zweifel, "dies certus an" Anfangs- oder Endtermin;

b, über den Eintritt besteht Zweifel, "dies incertus an" Suspensiv- oder Resolutivbedingung.

Rfolgen im einzelnen durchgängig von dem erklärten Parteiwillen zu bestimmen, subsidiär wenigstens stellenweis gesetzlich geregelt; vgl. hiezu die entsprechenden Ausfürungen im § 119.

Beilage II. Selbstbeschränkungen. — Aus den im Text zu N. m, aufgefürten Betrachtungen erklärt sich der Name "Selbstbeschränkung", für dessen Verbreitung Savigny verantwortlich zu machen ist, der wie es scheint einer Definition der Nebenbestimmungen aus dem wege gehn wollte. Wunderbar dass der Ausdruck so vielen Beifall gefunden, da die Einfürung im "System" viel zu wünschen lässt:

> Der Umfang des Willens kann modifizirt werden durch Beschränkungen die er sich selber gibt. Diese möglichen Selbstbeschränkungen sind: Bed., Zeit, Mod. — III § 114 S. 99.
>
> In der Willenserklärung kann der Wille einen eigentümlichen Charakter dadurch annemen, dass er sich selbst beschränkt, und so den Umfang den er ausserdem haben würde vermindert. Dieses geschieht durch Hinzufügung v. B. Z. M. u. s. w. — III § 116 S. 120.

Um diese Definitionen nicht für widersinnig zu halten, müsste man annemen, dass das wollende Subjekt mit dem erklärten Wollen wirklich identisch, in noch ganz anderer Weise als Mutter und Kind etwa, da wenn durch Zutun der Mutter das Kind kleiner geraten wäre, die Mutter doch nimmer "sich selber" beschränkt hätte. Halten wir uns diesem Mysticismus fern, so bleibt kein anderer Ausweg als Savignyn einer groben Verwechselung zu zeihen. Weil unsere Anschauungen vom "Willen" überall nicht die klarsten, und weil wir uns gewönt haben, Produzenten und Produkt mit demselben Namen zu bezeichnen, indem wir beide (das wollende Etwas und das Gewollte) bei gelegenheit Willen heissen, darum sagt S. der "Wille" beschränke "sich selber"; nicht besser als wenn man sagte, der Soldat der einen andern Soldaten erschossen, habe sich selber getötet. Nein, beschränken kann nur das wollende Etwas, beschränkt wird nur das Gewollte, und diese zwei werden darum nicht "unum idemque", weil der Sprachgebrauch sie beide, in recht wenig löblicher Weise, mit denselben Zeichen belegt. Uebrigens wird, wie der Augenschein lehrt, auch der wollende Wille, mögen wir darunter nun den wollenden Menschen verstehn oder irgend ein besonderes Vermögen desselben, durch bedingte befristete u. s. w. Erklärungen keineswegs in hervorragender Weise

"beschränkt", vielmehr würde der Wollende, wenn er dieselben Erklärungen unbedingt oder unbefristet abgegeben hätte, in noch höherem Grade belastet und insofern "beschränkt" sein.

Beschränkt wird hier und kann werden allein das Willensprodukt; "Selbstbeschränkung" möchte also etwa den Sinn haben, dass die Beschränkung ausgehn müsse von dem Produzenten selber, und sonach einen Gegensatz bilde zu andern nicht von diesem ausgehenden Beschränkungen des Gewollten, die Legalbeschränkungen genannt werden könnten. Aber auch so gedeutet, empfiehlt sich das Wort "Selbstbeschränkung" nicht: "Selbstbeschränkungen" dieser Art gibt es in unermesslicher Menge, es ist "SB." wenn der Eigentümer nicht Eigentum sondern nur Niessbrauch u.s.w. auf den Andern überträgt, wenn Wem das Ganze gehört nur den Teil veräussert, Wer 1000 M. hat nur 100 M. ausgibt u.s.w., jedes weniger wollen (minus uelle) Desjenigen der auch mehr wollen könnte, würde Selbstbeschränkung in diesem Sinne sein. Zweitens passt wol die Zeitsetzung, die stets eine zeitliche Einschränkung ist, gut unter diesen Begriff, die Bedingung aber sobald sie über die einfache Zeitsetzung hinausgeht und der Modus nicht ebensogut, in diesen steckt noch anderes als blosze "Selbstbeschränkung", häufig ein Anrecht auf Gegenleistung. — Die "Selbstbeschränkung" ist von den meisten Diadochen des S.schen Systems acceptirt; Wi. (6) I 85 sagt richtig: "die dem erklärten Willen nach seinem Inhalt an und für sich zukommende Wirkung kann von dem wollenden Subjekt selbst beschränkt werden"; er lässt unerklärt warum dies nur "durch Hinzufügung einer Bedingung Befristung Voraussetzung" nicht durch andere Nebenbestimmungen (= Beseitigungen von Naturalien) ebensogut geschehen könne, auch weshalb die beschränkenden Nebenbestimmungen, im gegensatz zu den erweiternden, vorzugsweise Berücksichtigung verdienen. Die "Selbstbeschränkung" vermeiden one dawider zu polemisiren, Böcking vgl. Pand. I § 110—15 und Brinz vgl. Pand. (1. Ausg.) § 325—35, 338—47, der das selbe Wort ebenda S. 184 u. 286 in ganz anderm Sinne gebraucht.

Beilage III. A, Alle leztwilligen positiven Verfügungen, Erbeinsetzungen wie Legate, sind stets bedingt gedacht, "wenn der Bedachte bei meinem Tode noch am Leben sein wird"; ob einstmals auch entsprechend gefasst gewesen, wissen wir nicht. Ebenso bedingt sind alle Pfandverträge, und zwar kommen hier zwei Bedingungen in betracht, "wenn die fällige Schuld ungezalt bleibt" und "wenn die Schuld durch Zalung oder andere Befriedigung getilgt sein wird". Zweifellos sind die Folgen beider anfangs ausdrücklich verabredet worden, L. commissoria, pactum

de distrahendo, und wieder das die a. fiduciae zeugende pact. de remancipando; auch das pact. antichreticum haben wir uns resolutiv bedingt zu denken. Der spätere Pfandkontrakt hat die gebräuchlichsten Bedingungen in sich aufgenommen, mit erklärtem Verpfändungswillen gilt als gesagt: "wenn dies, dieses; wenn das, jenes". Desgleichen ist die Dotalbestellung bedingt, suspensiv wenn Dotalstücke vor Eingehung der Ehe hingegeben wären, resolutiv sobald die Ehe gelöst würde. Viele von den hergehörigen Einzelbestimmungen sind in den alten cautiones rei uxoriae ausdrücklich aufgefürt, wärend sie dem späteren Dotalvertrag als selbstverständlich inhaeriren. Hier können nicht alle Geschäfte aufgefürt werden denen "tacite inest condicio"; uns interessirt vornemlich der Hinweis auf die sachliche Gleichartigkeit und geschichtliche Zusammengehörigkeit dieser und aller andern Bedingungen. — Beiläufig, dass die Lehre (vgl. Wächter a. a. O. I 75 Bl. I A, Unger Oest. Pr.R. II S. 59—60, Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 312 f) von der Wirksamkeit der cond. iuris weder für das Römische noch für das heutige R. erschöpfend ausgearbeitet ist. Auch die C. I. hat als Bedingung Wirksamkeit, die aber nicht durchweg mit der der gekürten Bedingung übereinkommt, vgl. fr. 21, 99 de cond. 35, 1. Ausdrückliche Wiederholung des Inhalts derselben ist regelmäszig indifferent, und macht die Geschäfte nicht bedingter als sie onehin sind, vgl. fr. 19 § 1 eod.; die Worte "nisi forte hoc animo fuerat testator ut faceret condicionem" sind einigermaszen zweifelhaft, aber wol schon bei Windscheid a. a. O. I § 87 N. 8 richtig interpretirt. In einigen Fällen aber gilt bei den Römern "expressa nocent, non expressa non nocent" fr. 195 de R.I. 50, 17, fr. 69 de her. inst. 28, 5, und infolge hievon schädigt die ausdrückliche Beifügung der C. I. die ganze Disposition, fr. 69 cit. fr. 77 de R.I. 50, 17; indessen sind dies Spitzfindigkeiten die mit der gröszeren Kraft welche das heutige Recht dem Willen der Beteiligten beilegt kaum noch zu vereinen sein dürften, vgl. auch Sav. S. III S. 124—5; ausdrücklich anerkannt EBG. 140.

B, Eine zweite grosze Gruppe bilden die bedingenden Nebengeschäfte, die im Laufe der Zeiten, falls sie nicht ganz in die Hauptgeschäfte aufgehn (vgl. A,), eigene typische Gestalten anzunemen streben. Die wichtigsten Nebengeschäfte der Pfandkontrakte sind schon erwänt. Noch mehre, und vermutlich zum teil nicht jüngere stehn neben den Kaufgeschäften. Die alte a. auctoritatis beruht höchst warscheinlich auf einer nuncupatio bei dem Mancipationskauf; an deren Stelle tritt später die stipulatio duplae "habere licere". Aber nicht blos für den Fall der Entwärung wird die Dupla versprochen "erronem — fugitiuum non esse", "noxis furtisque solutum esse"; es braucht auch nicht gerade

allemal die Dupla zu sein die in aussicht steht "iuuencum sanum recte et de pecore sano esse" "iumenta esse bibere ut oportet" u. s. w. Manche von diesen Ausmachungen werden allmälich überflüssig, denn "quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei iudiciis debent uenire" (fr. 31 § 20 de aed. ed. 21, 1); bei andern dürfte wenigstens die Fassung als Bedingung aufgegeben sein, "fundum uti optimum maximum uendere", hatte der Verkäufer das Dasein guter oder das Nichtdasein schlechter Eigenschaften zugesagt, so wusste Jeder dass dies ein bedingtes Versprechen war, im entgegengesezten Falle den Wertunterschied in Geld zu vergüten. Zu beachten wie hier die Möglichkeit, "condiciones in futurum" und die "in praesens uel praeteritum relatae" sicher auseinanderzuhalten, stellenweis ganz zu schwinden scheint. Dem Kauf und verwanten Geschäften gemein sind die "in diem addictio" und "lex commissoria".

C, Dritte Gruppe, wo der Haupterfolg selber von einer ausdrücklich beigefügten Bedingung abhängig gemacht wird. Dergleichen war sehr gebräuchlich bei Freilassungen "fiunt statu liberi uel condicione expressa" (fr. 1 § 1 de statu lib. 40, 7, die Häufigkeit ergibt sich aus der Reichhaltigkeit des Titels). Sodann waren weitere Bedingungen (neben der des Ueberlebens) bei den Erbeseinsetzungen und Legaten sehr gebräuchlich. Es darf nicht übersehn werden, dass bei allen leztwilligen Gaben, die Rückziehung besondere Bedeutung erhält, um eine unmittelbare Berürung des Gebers mit dem Nemer, so gut wie das nachträglich sich machen lässt, zu ermöglichen. Aber auch Stipulationen werden oft bedingt geschlossen, und zwar nicht blos Straf- oder andere Sicherungssponsionen, sondern auch selbständige Hauptgeschäfte; in dem Titel de V. O. 45, 1, desgleichen in dem "de nouationibus et delegationibus" 46, 2, und sonst zerstreut in den Digesten finden sich viele Beispiele.

Beilage IV. Savigny Syst. III S. 127 bestimmt den Gegensatz positiver und negativer Bedingungen nach "der logischen Form der bedingenden Tatsache", d. h. also nach der Fassung, Puchta Pand. § 59 nach der sachlichen Verschiedenheit, "Geschehen — Nichtgeschehen"; die andern Lehrbücher sprechen sich meist minder entschieden aus, von den traditionellen drei Stellen, fr. 7 pr., fr. 67 de cond. et dem. 35, 1, fr. 7 de V. O. 45, 1 scheint zumal die erste "in condicionibus quae in non faciendo sunt conceptae" Sav.s Auffassung zu unterstützen. Bei der Umschau ergibt sich bald, dass einige Bedingungen one Künstelei nur positiv, andere ebenso nur negativ, nicht wenige aber gerade so gut positiv wie negativ gefasst werden können: "wenn ich das erlebe = vor dem nicht gestorben sein werde",

"wenn Du dann noch Junggesell = nicht verheiratet sein wirst" u. s. w. Soll also dem Gegensatz praktische Bedeutung zukommen, und wäre es auch nur für die cautio Muciana, so genügt die Berücksichtigung der Fassung nicht, es genügt aber auch nicht (mit Windscheid) das "Sein oder Geschehen" dem "Nichtsein oder Nichtgeschehn" gegenüber zu stellen, da zB. das Junggesellsein ein "Sein" gerade so gut ist wie das Verheiratetsein. Sehn wir aber mit Puchta ausschliesslich auf den sachlichen Gegensatz des "Geschehens = Eintreten einer Veränderung" und "Nichtgeschehens = Nichteintreten von Veränderungen, Andauern", so wäre im Widerspruch zum gemeinen Sprachgebrauch "wenn ich dann noch lebe" eine negative, und "wenn ich dann kein Junggeselle mehr bin" eine positive Bedingung. — Danach würde die ganze Unterscheidung von pos. und neg. Bedingungen kaum zu halten sein.

Beilage V. Zulässiger Inhalt der Bedingungen.

Das bedingende Ereignis kann sein:

A, eine Handlung des bedingt Berechtigten, und zwar

a, Leistung an den bedingt Belasteten,
b, desgleichen an bestimt bezeichnete Dritte,
c, zum Vorteil beliebiger Dritter,
d, one dass dadurch überhaupt Jemand, oder Jemand mit ausname des Handelnden selber Vorteil hätte;

B, keine Handlung des Berechtigten sondern

a, andere Aenderungen, Vorgänge,
b, Nichtänderungen des bisherigen Zustands, mit oder one Zeitgrenze.

Dieser Gegensatz, der sich nicht ganz deckt mit dem im Text zu II b, bemerkten, ist von Bedeutung, weil nur bei A, die Bedingung zur c. turpis werden kann, und besondere Regeln für die Erfüllung (vgl. § 116 N. i — o,) gelten. Nur hier stehen Modus und Condicio dicht zusammen unter dem Satz: die Bedingung schiebt auf und zwingt nicht, der Modus zwingt und schiebt nicht auf.

Zu A a, Das Leisten des bedingt Berechtigten wird echte Gegenleistung die den ökonomischen Wert der Hauptleistung erreichen und selbst übersteigen könnte. Dennoch bleibt die bedingte Zuwendung von den gemeinen Tauschgeschäften scharf unterschieden, durch das Felen direktes Zwanges. Hieher u. a. "dass dieselbe beständig bei ihm bliebe" SA. XI 242; auch wol "dass H. von demselben Tabak nicht billiger verkaufen dürfte" ROHG. XII 64, wo freilich Parteien bei dem Kontraktsschluss unklar entweder

gedacht oder wenigstens gesprochen haben. Die Wichtigkeit gerade dieser Klasse von Bedingungen für die Anwendbarkeit von DHGB. 301 betont ROHG. XXIV 61.
Zu A c, Diese Bedingungen berüren sich mit den Zwecksatzungen: als SuspB. sind sie one von dem bedingt Berechtigten ausgehende Zwecksatzung oft nicht zu erfüllen; als ResB. sind sie selber Zwecksatzungen änlich, zB. "Du behältst die Nutzungen dieses Kapitals so lange wie Du dem Publikum den Besuch Deiner Gallerie, u. s. w. gestattest".

§ 116.

Verlauf.

Ar. 69—71. Ba. 53—56, 645. Bz. (1) 332—35. De. I 109—112, III, 82, 83. Ke. 51, 491. Pu. 60, 61, 475. Sa. S. III 118—120. Se. I 77—79, III 537—38. Si. I 20. Va. I 94—96, II 434—36. Wä. I 77, 78, II 291. We. 53—56, 352. Wi. I 88—92, III 554.

Bei allen bedingten Geschäften sind zwei Zeitpunkte von ausschlaggebender Bedeutung:

der Abschluss des Geschäftes[a]),

die Entscheidung in betreff des bedingenden Ereignisses[b]); bei leztwilligen Verfügungen meist zwischen beiden auch der Todestag des Verfügers[c]).

---

[a]) Regelmäszig verschmelzen Haupterklärung und bedingende Nebenerklärung zu einem Geschäfte. Zulässig auch nachträgliche Beifügung der Nebenerklärung, vgl. Bo. I 715, die alsdann selbstverständlich auch nicht an die Formen der Haupterklärung gebunden ist. Weit unbedenklicher noch, die Nebenerklärung dem Abschluss des Hauptgeschäfts voranzuschicken. "Abschluss des bedingten Geschäfts" überall erst nachdem beide Erklärungen (Haupt- und Neben-) abgegeben sind.

[b]) Zeitpunkt wann die Gewisheit an stelle der bisherigen Ungewisheit tritt, unabhängig davon wann die Beteiligten hievon Kenntnis erlangen.

[c]) Die Bedeutung des Todestags beruht auf zwei Gedanken:
einmal dass durch den Tod des Verfügers die leztwillige Verfügung erst völlig fest, und gleichsam zum lezten Abschluss gebracht wird, daher der Zweifel, ob Eintritt des bedingenden Ereignisses vor dem Todestage rechte Erfüllung sei, nicht unbegründet, und eine positive Entscheidung, wie EBG. 1762 sie gibt, wol an der stelle;
zweitens dass die Römische Anschauung einen unmittelbaren Anschluss wenigstens des Erben an den Verstorbenen für unerlässlich hält, und beispielsweise den beim Tode des Erblassers konzipirten, aber nicht

Die Entscheidung bringt entweder
der Eintritt, Existenz[d]), Erfüllung, oder
der Ausfall, Deficienz[e]),
der Bedingung. Den Ausfall bewirkt regelmäszig nicht schon das Ausbleiben der Erfüllung[f]), sondern erst ein Vorgang welcher Gewisheit[g]) schafft, dass der Eintritt des bedingenden

---

den nachher doch vor Erfüllung der Bedingung konzipirten als erbfähig annimmt.

Die Besonderheiten der Bedingungen bei leztwilligen Dispositionen haben den meisten Pandektenlehrbüchern anlass gegeben denselben einen eigenen Abschnitt im Erbrecht zu widmen; die Bedeutung eben dieser Besonderheiten für die Rückziehungslehre ist nicht immer richtig erkannt.

[d]) "condicio exsistit", — "expleta", — "impleta", und zwar die negative Bedingung so gut wie die positive. Bei leztwilligen Verfügungen sind "condiciones promiscuae", die ein wenig schweres tun des bedingt Berechtigten fordern, nach dem Tode des Verfügers zwecks der Erfüllung ("in hoc ut testamento pareatur") zu erfüllen, vgl. fr. 11 de cond. et dem. 35, 1, fr. 45 § 2 de leg. II 31, c. 8 de inst. et subst. 6, 25. Dazu EBG. 1762, 2:

> .... wenn das zur Bedingung gemachte Ereignis in einer solchen Handlung des Bedachten besteht, deren Wiederholung von der Willkür des Lezteren abhängt.

[e]) "cond. deficit", — "defecta", — "exstincta", Die Deficienz der negativen kommt vielfach mit der Existenz der positiven Bedingung überein, und entsprechend auf der andern Seite.

[f]) Also hat auch bei Potestativbedingungen der Bedachte die Wal, ob er sie früher oder später erfüllen will. Dawider stellt Puchta Vorles. I § 60, 2, unter voller Zustimmung von Goldschmidt, Zschr. f. H. R. I S. 94, und halber von Brinz, a. a. O. S. 1481, die Regel auf "sobald es geschehn kann, sonst wird sie als deficirt betrachtet". Aber soviel, zumal was die Deficienz anlangt, steht in den angeblich allgemein redenden Stellen fr. 29 de cond. et dem. 35, 1, fr. 174 pr. de R. I. 50, 17 (??) nicht, und wäre one stringenten Quellenbeweis nicht anzunemen. Aus fr. 1 § 8 ad L. Falc. 35, 2, fr. 20 § 5, 6 de statu lib. 40, 7, fr. 115 § 2 de V. O. 45, 2 aber folgt nur, dass unter besonderen Umständen Schranken der Erfüllungszeit anzunemen sein können, deren Nichteinhaltung aber keineswegs notwendig die Bedeutung der Deficienz zu haben braucht.

[g]) So beispielsweise, wo die Erfüllung binnen gesezter Zeit zu geschehn hätte, der Ablauf dieser Frist one Erfüllung; wo eine Handlung von einer bestimmten Person vorzunemen wäre, der Tod dieser Person, vgl. § 4 I. de V. O. 3, 15, fr. 73 de condic. 35, 1.

Ereignisses, und damit die Erfüllung der Bedingung für immer ausgeschlossen[h]) ist. Bisweilen aber gelten auch nichterfüllte Bedingungen als erfüllt, namentlich[i]) durch

1, Verzicht des durch die Bedingung Bevorteilten[k]),

2, absichtlich ungehörige Verhinderung der Erfüllung seitens des bedingt Verpflichteten[l]),

[h]) Ist die Bedingung auf eine Handlung des Bedachten gestellt, so ist die Erklärung "nicht erfüllen zu wollen" nach Römischem und gemeinem R. dem Ausfall der Bedingung noch nicht gleichzuachten, wol aber nach SG. 892. Es ist zu bedauern, dass diese zur Verkürzung zweifelhafter Zustände nützliche Vorschrift nicht in EBG. aufgenommen worden, etwa mit der Einschränkung, dass jene Erklärung nicht gelegentlich, sondern gegenüber dem bedingt Verpflichteten und so abgegeben werden müsse, dass dieser von dem Ernst des Erklärers sich überzeugt halten dürfte.

[i]) Ueber verschiedene auf diese Fragen bezügliche Vorschriften der Deutschen Partikulargesetze vgl. Mot. I S. 262, 263.

[k]) Nach EBG. 1763 zu beschränken auf leztwilligen Zuwendungen beigefügte Bedingungen, an welche auch die Römer vorzugsweise gedacht zu haben scheinen; vgl. fr. 5 § 5 quando dies 36, 2: ... pro impleta habetur, ut puta si iussus sim heredi decem dare, et ille accipere nolit ..." Vlp. 2, 6, ebenso für Setzung von Bildsäulen fr. 14 de cond. et dem. 35, 1, Arrogation fr. 11 de cond. inst. 28, 7, Heirat fr. 23 eod., fr. 31 de cond. et dem. 35, 1, c. 1 de his q. s. modo 6, 45. — Nicht im widerspruch hiemit SA. XI 242: Leistung des bedingt Verpflichteten vor erfüllter Bedingung ist an sich noch kein Verzicht auf die Erfüllung.

[l]) Die Regel selber zweifellos, die Umgrenzung derselben nicht: fr. 85 § 7 de V. O. 45, 1, "quicunque sub condicione obligatus curauerit ne condicio existeret, nihilo minus obligatur"; fr. 3 § 9 de cond. c. d. c. n. s. 12, 4, fr. 50 de C. E. 18, 1, fr. 66, 81 § 1 de cond. et dem. 35, 1, fr. 5 § 5 quando dies 36, 2, fr. 3, 23 § 1, 34 § 1 de statu lib. 40, 7, fr. 161 de R. I. 50, 17, cf. fr. 24 de cond. et dem. 35, 1; vgl. SG. III. Dazu SA. IV 97, X 128, XXIII 13, XXVIII 104, XXXII 300, vgl. XVI 24; ROHG. XXI 40: ".. gilt die Bedingung als erfüllt, wenn der bedingt Verpflichtete durch Verhinderung ihres Eintritts der Tendenz des Vertrags bewusst zuwider handelt, mag auch der nächste Zweck seines Handelns ein anderer als der sein, die bedingte Verpflichtung unwirksam zu machen". — RE. II 38, X 86, XIV 38: "... ein bewusst pflichtwidriges [Verhalten] ... ein dem Sinne des Vertrags zuwiderlaufendes Eingreifen in den Gang der Bedingung". Bo. II 721, 722, auch III 471. EBG. 136: "... in einer dem Inhalte des Rechtsgeschäfts zuwiderlaufenden Weise verhin-

3, gewisse andere Erfüllungshemnisse bei Erfüllungsbereitschaft des bedingt Berechtigten[m]),

4, Kautionsleistungen[n]);

seltener nicht ausgefallene Bedingungen als ausgefallen[o]).

dert ..." (vgl. noch EBG. 134). Das ist keine glückliche Wiedergabe der Auffassungen von RE. und ROHG., denn manches, das wider die "Tendenz" und den "Sinn" des Rgeschäfts verstöszt, läuft doch dem "Inhalt" desselben nicht zuwider; der "Inhalt" könnte viel unnütze Prozesse ins leben rufen.

[m]) Dass c. 66 de R. I. in VIto 5, 13: "cum non stat per eum ad quem pertinet quominus condicio impleatur, haberi debet ac si impleta fuisset", cf. fr. 23 de cond. inst. 28, 7, in dem ihrem Wortlaute entsprechenden allgemeinen Sinne nicht aufrecht zu erhalten ist, darüber sind Litteratur und Praxis einig, vgl. SA. III 152, 153, X 150. Ueber die Verwertung des sehr reichen Römischen Quellenmaterials, vgl. Sa. S. III S. 142—48, Wi. (6) I 92 S. 290—91; für die Gegenwart herrscht endloser Streit. Gewis nur, dass die Entscheidungen der Römischen Juristen auch mit einander nicht ganz harmoniren, und dass dieselben teils als Folgerungen aus dem mutmaszlichen Willen des Bedingungssetzers, teils als Begünstigungen leztwilliger Verfügungen überhaupt und insonderheit der leztwilligen Freilassungen auftreten. Ein Ausgleich der Meinungen wird kaum zu erhoffen sein, zumal die Praxis unter dem Widerstreit nicht so arg zu leiden scheint. EBG. schweigt. Für Gegenwart und Zukunft muss gelten, dass an erster Stelle der Wille des Verfügers, vgl. fr. 19 pr., 101 pr. de cond. et dem. 35, 1, und jenachdem der Verfüger entscheidet; und wol anzunemen dass, wie bei der Auferlegung obligatorischer Verpflichtungen ganz ebenso bei der Stellung von Bedingungen, von dem Der leisten soll oft nicht erfordert wird dass er einen gewissen Erfolg herbeifüre, sondern nur dass er tue was an ihm diesen Erfolg herbeizufüren. Hat der Leistungspflichtige, d. i. hier der bedingt Berechtigte, dies getan, so ist damit die Bedingung erfüllt (die Erfüllung ist eine reale, keine fingirte). Auf die weitergehenden Fiktionen, oder Präsumptionen, der Römer dürfte unser neues Recht verzichten; wobei nur noch zu erwägen bliebe, was besser, dies (wie im EBG.) durch schweigendes Uebergehn, oder mit Worten zu sagen, etwa durch eine präzisere die Beschränktheit der Fiktion schärfer betonende Fassung.

[n]) So namentlich die cautio Muciana, deren Details in das Erbrecht gehören. EBG. 1764 erscheint auch betreffs des Erlasses der Kautionsbestellung als zweckmäszige Weiterbildung des R. Rs. Dagegen dürfte sich de lege ferenda fragen, ob in andern änlichen Fällen, d. h.

bei nicht leztwilligen Verfügungen,

wo die Erfüllung der Bedingung nicht vor dem Tode des bedingt Berechtigten zu erwarten stünde,

Von dem Abschluss bis zur Entscheidung dauert die Schwebe, Pendenz der Bedingung[p]). Die Rfolgen dieses Schwebezustands sind bei Suspensivbedingungen wesentlich anders als bei Resolutivbedingungen[q]); beidemal an erster Stelle[r]) geregelt durch den genügend erklärten Willen der Ver-

---

dieser bedingt Berechtigte da wenigstens wo er selber Kautionsstellung zu fordern hätte, nicht auch seinerseits zur Kautionsleistung für spätere Restitution zuzulassen wäre, und hiernach wie bei der Muciana die Erfüllung der Bedingung fingirt würde. Das hierauf zu gründende Verfaren dürfte sich häufig zuverlässiger und bequemer zugleich erweisen, als das EBG. 133, vgl. RCPO. 796, 797 vorgesehne.

o) Vgl. Bo. I 713. — Allg. Pr. LR. I 4 §§ 104, 117, 119. Nach gemeinem Recht muss eine vernünftige Willensinterpretation (one gesetzliche Fiktionen) in allen derartigen Fällen (vgl. auch oben N. d, und f,) zu brauchbaren Resultaten hinfüren. — Noch ist zu bemerken dass das Dasein gewisser nicht notwendig dauernder Hindernisse des Eintritts der Rfolgen im Augenblick der erfüllten Bedingung als Deficienz gilt, wärend es im Augenblicke des Geschäftsabschlusses indifferent gewesen wäre, fr. 61 de C. E. 18, 1, fr. 41 § 2 de leg. I 30, fr. 3, 4 de reg. Cat. 34, 7, fr. 31, 98 pr. de V. O. 45, 1, fr. 14, 31 pr. de nouat. 46, 2; cf. Gai. II 244; aber auch fr. 26 de stip. seru. 45, 2, und dazu fr. 40 eod., fr. 78 de V. O. 45, 1. — Dass bei leztwilligen suspensiv bedingten Verfügungen der Bedachte die Erfüllung erleben müsse (anderesfalls trotz Erfüllung die Zuwendung ausfalle) EBG. 1761, soll nur als Auslegungsregel gelten.

p) "pendet condicio", "pendente c." — Ueber Schwebezustände allgemein I § 35.

q) Gleichwol können suspensiv und resolutiv bedingte Geschäfte in der äusseren Erscheinung einander so nahe treten, dass die Römischen Juristen es ernster Mühe wert gehalten haben zu prüfen, welchem Typus das einzelne Geschäft entspreche, so insbesondre bei Kaufgeschäften mit "in diem addictio" (fr. 2 pr. de in d. addict. 18, 2, Vlp.) und mit "lex commissoria" (fr. 1 de l. comm. 18, 3 Vlp.), vgl. auch ROHG. II 21, VII 5, RE. XIV 66. Das zeigt einmal wie neben dem eben genannten Gegensatze noch eine Reihe von andern maszgebenden Momenten (s. N. s,) besteht, und vor allem das konkrete Wollen der Beteiligten, "quid actum sit" den Ausschlag gibt.

r) Die das Geschäft abschliessenden Personen (gleichviel ob eine ob mehre) können die Rfolgen für die Schwebezeit (desgleichen nach entschiedener Bedingung) nach ihrem Belieben bestimmen; nur nicht ganz unvernünftig und widersinnig, vgl. EBG. 139. Dabei liegt es nahe (abgesehn von dem beabsichtigten suspensiven oder resolutiven Effekte) Unterscheidungen zu machen: jenachdem eine einseitige Zu-

füger[s]), danach durch verschiedene aushelfend eingreifende Rvorschriften[t]). Mit der Entscheidung hören die eigentümlichen Schwebefolgen auf; das Rgeschäft ist jezt ein perfektes geworden, und wirkt demgemäsz. Summarisch sind

die Rfolgen bei erfüllter Suspensivbedingung und bei ausgefallener Resolutivbedingung denjenigen des unbedingten Geschäfts[u]),

---

wendung, und diese unter Lebenden oder auf den Todesfall, oder ein Tauschgeschäft (im w. S.) zustande kommen soll; jenachdem die gewollten Uebertragungen konstitutiv oder translativ oder resolutiv, bezüglich auf dingliche Rechte oder auf Rechte an unkörperlichen Sachen oder auf Forderungen, u. s. w.

[s]) Beil. I. — Durch Parteiwillen können beispielsweise beliebige Mittelgebilde zwischen suspensiv und resolutiv bedingten Geschäften geschaffen werden, und zwar wie die Digestentitel "de in d. addict." und "de l. comm." erweisen nicht erst nach heutigem Recht. Ueber die Möglichkeit einer Uebertragung des Eigentums an verkaufter Sache wärend der Kauf selber noch von einer Bedingung abhängt vgl. RE. XIV 66, Bo. IV 474. Es könnte ausdrücklich verabredet sein dass Acceptilation oder Zalung wärend der Pendenz dem Existentwerden der Forderung nach erfüllter Bedingung so wenig schaden solle, wie vorzeitige Restitution dem Rückforderungsrecht der Frau nach gelöster Ehe. Zulässig wäre auch dem bedingt Verpflichteten zu gestatten, die Erfüllung der Bedingung nach Kräften zu hindern:

die X ist abhängig von mir, sie wird nicht wagen one meine Genemigung sich zu verloben. Gelingt es dir, trotzdem ich alles aufbieten werde sie daran zu verhindern, sie zum öffentlichen Verlöbnis zu bewegen, so zale ich dir 10,000 M.

Ueber andere wirksame Verabredungen RE. VII 46, 57, IX 39, Bo. I 713, auch V 435.

[t]) Fr. 18 pr. de peric. 18, 6. Erst jezt ist der Tatbestand voll ins leben getreten, das Geschäft "geschlossen" die Verfügung "vorgenommen". Das ist von Bedeutung überall da, wo die Gültigkeit des Geschäfts abhängt von dem Zeitpunkt des Abschlusses, wie namentlich nach der RKO. 24—26, RG. v. 21. 7. 79. § 3, 2—4,. Eine Rückziehung, behufs besserer Schädigung der Gläubiger, auf den Termin der abgegebenen Willenserklärung wäre nicht zu rechtfertigen.

[u]) Vom Augenblick der erfüllten Susp.Bed. und der ausgefallenen Res.Bed. liegt jedesmal ein unbedingtes Rgeschäft vor, das die normalen Folgen eines solchen von eben diesem Augenblicke (vgl. EBG. 128, auch 131, 2) an begründet. Die Abweichungen beider von dem von anfang an unbedingten Geschäfte, so wie des einen von beiden von dem andern, beruhn auf dem voraufgegangenen Schwebezustand,

und die Rfolgen bei ausgefallener Suspensivbedingung und erfüllter Resolutivbedingung denjenigen des nicht geschlossenen[v]) Geschäfts zu vergleichen.

Insbesondre kann beim Eintritt der Resolutivbedingung die aufhebende Wirkung sich gestalten als

a, Wegfall des bisherigen Rzustandes[w]) ("echte Res.Bed."), oder als

---

und den im zusammenhange mit diesem bewirkten rechtlichen und tatsächlichen Veränderungen. — Bei erfüllter Susp.Bed. wird der bis dahin "bedingt" Berechtigte "voll berechtigt", fr. 8 pr. de peric. 18, 6, fr. 26 de cond. inst. 28, 7, fr. 2 § 5 de donat. 39, 5, fr. 29 de mort. c. d. 39, 6; ist der der Vollberechtigung entsprechende Zustand (zB. Inhabung) schon wärend der Schwebe eingetreten, so behält es dabei sein Bewenden, anderesfalls wäre derselbe jezt, eventuell unter Anwendung von Rmitteln herbeizufüren. — Am glattesten pflegen die Folgen der ausgefallenen Res.Bed. sich zu regeln: aus dem revokabeln Recht ist ein irrevokables geworden (I § 37), die tatsächlichen Verhältnisse bleiben meist wie sie gewesen.

[v]) Vom Augenblick der ausgefallenen Susp.Bed. (vgl. EBG. 131, 1, auch SA. XXVIII 196) und der erfüllten Res.Bed. (vgl. EBG. 129) besteht kein rechtlich wirksames Geschäft, es können also von jezt ab auch keine neuen Folgen irgend welcher Art aus einem solchen hergeleitet werden; zugleich sind die aus der Schwebezeit stammenden Folgen, grosze oder kleine, also bald viel bald wenig, wieder aus der Welt zu schaffen. Bei den suspensiv bedingten Geschäften mag es zu den Ausnamen, aber keineswegs zu den unerhörten oder auch nur ganz seltenen (vgl. zB. die N. u, zitirten Stellen) zälen, wenn schon wärend der Schwebe Zustände hergestellt sind, wie sie dem Dasein des unbedingten Rechts entsprechen; bei den resolutiv bedingten ist dies geradezu die Regel, daher der Eintritt solcher Bedingungen fast immer gröszere, nach Bedürfnis rechtlich zu erzwingende Veränderungen des tatsächlichen Zustands erheischt.

[w]) Dass die Römer schon so energisch wirksame Resolutiv-Bed. gekannt, ergeben fr. 41 pr. de R. V. 6, 1, fr. 4 § 3 de in d. add. 18, 2, fr. 8 de l. comm. 18, 3, fr. 31 de pign. 20, 1, c. 2 de donat. q. s. m. u. cond. 8, 54: "si . . proprietatem dono dedisti ita ut post mortem eius ... ad te rediret ... ualet" u. a. (über die Dissentienten Wi. (6) I § 90 N. 1,). In jeder echten Resolutivbedingung steckt eine Suspensivbedingung, es wäre inkonsequent nur die eine "ipso iure" wirken zu lassen, vgl. fr. 2 § 5 de donat. 39, 5, fr. 29 de mort. c. don. 39, 6. Bedenklicher ist, ob die Römer ein völlig klares Bewusstsein des Gegensatzes gehabt, und die verschiedenen Rfolgen stets sauber auseinandergehalten; so sagt noch Ulpian fr. 6 pr. de in d. add. 18, 2: "... fructus

b, Entstehung eines negativen Rechts[x]) ("unechte RBed."); gerichtet darauf

α, durchweg den Zustand vor dem Geschäftsabschluss wiederherzustellen[y]), oder nur

β, den aus dem Geschäft Bereicherten zur Herausgabe dieser Bereicherung zu verpflichten[z]).

---

refundere priorem debere ....", und gleich dahinter § 1: "... utrum fructus ipse habeat ..... an uero uenditoris sint ..."; und derselbe gibt, anscheinend in einem Falle nebeneinander, die Vindikation und die a. in factum gegen den Sachkäufer, fr. 13 pr. de pign. a. 13, 7 (vgl. auch Wi. a. a. O. N. 4,). — Für das heutige Recht kann bei der anerkannten höheren Kraft des Willens kein Zweifel bestehn, und völlig korrekt sagt

> EBG. 129: ... so endigt die .... rechtliche Wirkung mit dem Zeitpunkte in welchem die Bedingung erfüllt ist, dergestalt dass der frühere Zustand von rechtswegen wieder hergestellt ist. — (Entsprechend 871, 4.)

[x]) Die wesentliche Verschiedenheit die b, von a, trennt ist deutlich ausgesprochen in

> fr. 2 de l. comm. 18, 3: .... ita accipitur fundus inemptus esse, si uenditor inemptum eum esse uelit, quia id uenditoris causa caueretur.
>
> cf. fr. eod.: .. si uolet uenditor exercebit, non etiam inuitus.

Derartige Geschäfte bleiben selbstverständlich auch nach Einführung des EBG. zulässig; genau genommen sollten diese Res.bedingungen gefasst werden "wenn Das geschieht und der andre Teil dann das Geschäft aufheben will".

[y]) Das dem Widerpart des bedingt Berechtigten eingeräumte Anfechtungsrecht kann zwiefacher Art sein, und entweder "in rem" oder "in personam" wirken. Wenn von jener, wird das Geschäft selber aufgehoben, "fundus inemptus fit", und es sind danach, wie bei einer in integrum restitutio, die Folgen sowol gegen den bisherigen bedingt Berechtigten als auch gegen Dritte zu bemessen; vgl. EBG. 112: "... Rgeschäft wird .... so angesehn als ob es nicht vorgenommen wäre", aber auch EBG. 426—36 vertragsmäszig vorbehaltenen Rücktritt vom Vertrage betreffend.

[z]) Genau besehn sind auch hier noch zwei Unterarten zu scheiden: Rückforderung des Geleisteten selber, vgl. z. B. fr. 15 de cond. c. d. c. n. s. 12, 4, fr. 2 de cond. ind. 12, 6, fr. 12 de praescr. u. 19, 5; oder eines irgend wie zu berechnenden Geldaequivalents; zwischen denen nach RCPO. 769 f. wesentliche Verschiedenheit besteht.
Die Zulässigkeit all dieser verschiedenen Resolutivbestimmungen ist nicht zu bezweifeln, um so weniger als jegliche Anfechtungsberech-

Andere Verschiedenheiten der an die Entscheidung geknüpften Rfolgen beruhen darauf[aa]),

ob dieselben der s. g. Rückziehung unterliegen,

und welche Rückziehungsfolgen angenommen werden sollen.

Auch über alle diese Fragen entscheidet an erster Stelle der Wille der Verfüger[bb]), danach die aushelfenden Rvorschriften[cc]).

Sind Parteien uneinig über Zufügung einer Bedingung, so ordnet sich die Beweislast, den allgemeinen Regeln entsprechend, vornemlich nach den Momenten[dd]):

wer die Aenderung des gegenwärtigen Zustands fordert;

wann und wie die Bedingung zustande gekommen;

ob dieselbe einer Rvermutung zuwiderläuft.

Steht die Zufügung fest, so ist dass und wie die Entscheidung gefallen, zu behaupten und zu beweisen von demjenigen, dessen rechtliches Verlangen hierauf beruht[ee]).

---

tigung auch an die entgegengesezte Suspensivbedingung geknüpft werden könnte.

aa) Beil. II.

bb) EBG. 130: "Ergibt sich aus dem Inhalt des Rgeschäfts dass .... auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden soll, u.s.w."

cc) EBG. 135 ist eine solche nur zur aushelfenden (dispositiven) Geltung bestimmte Vorschrift. Der Paragraf ist schwerfällig und ungenau (als ob das "belasten von Recht und Sache" etwas andres wäre als "übertragen" und zwar konstitutives übertragen eines Rechts) gefasst, darum wenig übersichtlich; der Sinn kurz, dass eine Verfügung die der "bedingt Verpflichtete" (beiläufig kein glücklicher Ausdruck für den Widerpart des bedingt Berechtigten, da dieser Widerpart in sehr vielen Fällen durchaus nicht "verpflichtet" ist) wärend der Schwebezeit getroffen, mit Erfüllung der Bedingung unwirksam wird, "soweit sie die mit Erfüllung der Bedingung eintretende rechtliche Wirkung vereitelt oder beeinträchtigt". Das sind also die Beil. II unten behandelten Fragen, beschränkt auf das Feld der Suspensivbedingungen. Es ist aber durchaus nicht abzusehn, warum hier dem Inhalt von EBG. 135 zuwiderlaufende Ausmachungen nicht gültig sein sollten, zumal nach dieser Anname der Paragraf einen direkten Widerspruch zu EBG. 130: "Ergibt sich aus dem Inhalt u.s.w." enthielte.

dd) Beil. III.

ee) EBG. 197 gibt dieselbe Regel, EBG. 425, 434, Ausnamen. Beispiel: Auflassung unter Res.Bed. nach EBG. 871; verlangt der bedingt Berechtigte Löschung der Bedingung und des dem Veräusserer zuständigen Rückfallsrechts, so hat er den Ausfall, verlangt Veräusserer

Beilage I. Rzustand der Schwebezeit.

A, Trotz all den im Text und den Noten r — t, bemerkten Verschiedenheiten gelten für den Rzustand der Schwebezeit, gleichviel ob er durch den besondern Parteiwillen oder die subsidiären Rvorschriften geordnet ist, allgemein folgende Sätze:

a, Derselbe ist in allen seinen Details Folge der voraufgegangenen Tatsachen, d. i. der den Geschäftsabschluss bewirkenden Haupterklärung und der (bedingenden) Nebenerklärung. Es ist dies in der tat durchaus selbstverständlich, und hervorzuheben nur gegenüber den aufgestellten Irrlehren:

dass die Wirksamkeit des suspensiv bedingten Geschäftsabschlusses erst nach erfüllter Bedingung beginne (was im wesentlichen auch Savignys Meinung);

und dass die besondre Gestaltung des Schwebezustandes eine Folge nicht sowol des Vorhergeschehnen als desjenigen sei, was

---

Ausfürung seines Rückfallsrechtes, so hat dieser den Eintritt der Bedingung zu beweisen.

Diese Regel hat in der Praxis des Reichsgerichts keine durchweg gleichmäszige Anerkennung gefunden. Entsprechend sind

> RE. VII 56, 57: Zalung mit Vorbehalt ist Zalung unter Resolutivbedingung, "der Kläger hat bei der Zurückforderung den Eintritt der Res.B. geltend zu machen und den Beweis desselben zu füren. Aenlich Bo. IV 238.

Nicht dawider auch RE. IV 46: nach unserer Regel läge der Versicherungsgesellschaft ob, den Eintritt der Bedingung ihres negativen Rechts (zur Zalungsweigerung) zu beweisen; aber der Vertrag § 12 enthält eine Praesumption der "Selbsttötung", und diese haben Kläger durch den ihnen auferlegten Beweis zu widerlegen; vgl. auch Bo. II 1612.

Abweichend aber

> RE. V 7, Vorauszalung durch Wechselaccept: "Diese Pränumeration in der Erwartung dass der Empfänger entsprechende Forderungen erwerben werde hat nicht die Wirkung, dass der Zalende . . . für die Kondiktion des Gezalten den Beweis der Nichterstehung der Forderungen [= Eintritt der Res.Bed.] zu füren hätte". Unter Berufung auf ROHG. II 42, VI 62, VII 61, XI 25, XV 218.

Hiemit übereinstimmend Bo. V 1153, VI 1037. RG. und ROHG. scheinen nicht erwogen zu haben, dass die Beweislast betreffs der korrekten Ausfürung von Leistungen anders zu normiren ist wenn der Leistende Zalung begehrt, als wenn von ihm Rückgabe des Vorausgezalten begehrt wird. Die begreifliche Abneigung Negativen zum Beweise zu verstellen, (s. besonders Bo. VI 1037) mag im Hintergrund mitgewirkt haben. — Vgl. hiezu auch § 119 Beil. II.

erst nachträglich sich zutragen solle: gegen diese mystische "actio in praeteritum" (vgl. § 114 Beil. II B, und C,).

b, Dass dieser nächste Folgezustand des (suspensiv oder resolutiv) bedingten Geschäftsabschlusses nicht ein für allemal aus dem Begriff der Bedingung herzuleiten:

das ist Bedingung,
also sind dies die Rfolgen pendente,
jenes die Rfolgen impleta condicione.

Das ist eine auch heute noch sehr beliebte Anschauung; aber ein derartig prinzipieller Bedingungbegriff ist nicht festzustellen, die Deduktion daraus logische Teuschung, zu widerlegen schon dadurch, dass jedem also etwa zu gewinnenden Resultate entgegenzuhalten wäre "aber es kann auch anders sein". Die Geschichtsbetrachtung fürt zu den entgegengesezten Anschauungen: zuerst kommen die konkreten Rgeschäfte mit ihren auch für die Schwebezeit konkret gewollten Folgen;

dann entwickelt sich die juristische Theorie, man lernt bedingte und unbedingte Geschäfte unterscheiden, bei jenen Schwebe und Gewisheit,

dann bilden die rechtsbildenden Potenzen, erst (und zwar beginnend zu Zeiten wo auch die Theorie noch in den allerersten Kinderschuhen steckt) die Gewonheit danach das Gesetz, feste Regeln für die Behandlung der bedingten Geschäfte in den Fällen wo die Beteiligten selber nicht alles erforderliche bestimmt hätten; und diese Regeln schöpfen sie (die Gewonheit allezeit, die Gesetzgebung solange sie ihre Naivetät bewart, und nach dem Erwachen der Reflexion wo sie nicht auf naturrechtlich spekulative Abwege geraten ist) nicht aus dem Prinzip eines erfundenen Grundbegriffs, sondern indem sie die Augen offen halten, sehn was im Leben zu geschehn pflegt, und nach der Erfarung dem Rechtsgefül der Zeitgenossen, für die sie das Recht machen, entspricht.

c, Bei bedingten Uebertragungen, von Eigentum, andern übertragbaren dinglichen Rechten, Forderungen, Rechten an unkörperlichen Sachen, entsteht meist (ausnamsweise könnte andres verabredet werden, namentlich wenn in die Bedingung etwas von Zwecksatzungsgedanken einflösse) ein eigentümliches an das Miteigentum erinnerndes Gemeinschaftsverhältnis unter den Beteiligten, dem bedingt Belasteten und dem bedingt Berechtigten: keiner von beiden ist zur Zeit Alleinherr des bedingt übertragenen Rechts, Jeder wird durch die dem Andern zustehenden Befugnisse beschränkt, aber Beide zusammen vermögen gerade soviel wie sonst ein Alleinherr. Ist A der bisherige Eigentümer der sein Eigentum sub cond. susp. übertragen, B der neue Erwerber dessen Recht aber einstweilen noch bedingt ist, so vermögen nicht A nicht B

für sich allein das Eigentum sofort unbeschränkt und unbedingt auf C zu bringen, ebensowenig diesem ein in jeglicher Richtung unbedingtes ius in re aliena zu bestellen; kein Zweifel aber dass A und B zusammen unbedingtes Volleigentum und beliebige iura in re auf den C bringen, ihren Sklaven manumittiren könnten u. s. w. Dasselbe würde bei bedingten Cessionen gelten: pendente cond. kann nicht der alte A und nicht der neue Gläubiger B für sich allein die fragliche Forderung sofort unbeschränkt und unbedingt durch Cession auf den C bringen, oder dieselbe durch Novation oder Erlass gänzlich aufheben; durch gemeinsame Akte aber können A und B zusammen dies alles.

d, Von untergeordneter Bedeutung, aber für den Unterricht zumal, und um mit Andern sich zu verständigen, nicht bedeutungslos ist die Bezeichnungsfrage:

α, Ist die Summe von Befugnissen, vgl. SA. XXVI 40, die pendente condicione bei suspensiv bedingten Geschäften zustehn dem eventuellen Erwerber, bei resolutiv bedingten dem eventuellen Rückerwerber, zu heissen "Recht"? — Soviel über Natur und Namen dieses Rechts auch noch gestritten wird, von der groszen Mehrzal der Schriftsteller angenommen, desgleichen von EBG.

β, Darf man ein solches "bedingtes R." nennen. Vornemlich dafür Wendt, dawider Wi. (6) I § 89 N. 13 a, "denn ein bedingtes Eigentums- ForderungsR. u. s. w. ist doch nun einmal ein Eigt.- FordrR. u. s. w. welches als dieses Recht noch nicht entstanden ist, und vielleicht nie entstehn wird". Eben darum nennen wir es nicht wie "dieses R." Eigt. oder FordrR. schlechthin, sondern "bedingtes Eigt. u. s. w.", und deuten damit glücklich an, erstlich dass in ihm doch schon manches gerade vom Eigt. oder FordrR. u. s. w. steckt, und dass die volle Entwickelung zu diesen Rechten von der Erfüllung einer Bedingung abhängig ist. Sehr erfreulich dass EBG., vgl. zB. 132, sich für "bedingte Rechte" und "bedingte Verpflichtungen" entschieden hat.

γ, Ob das "bedingte R." ein "anderes" als das nach erfüllter Bedingung vorhandene, oder nicht, darüber ist lediglich auf Wi. (6) I § 89 N 13 a, 2, zu verweisen, da das Recht sowenig wie das gemeine Leben feste Grundsätze über die Ausdenung der Identität kennt.

B, Die gesetzliche Regelung der Rfolgen wärend schwebender Bedingung behandelt am eingehendsten Wendt in den beiden § 115 a, citirten Abhandlungen, vgl. auch W. Sell üb. bedingte Tradition (1839).

a, Von translativen Uebertragungen berücksichtigen die Quellen zumeist die Tradition:

den Besitz mit Interdiktenschutz kann Geber so gut haben wie Nemer, usukapiren kann Dieser nicht, vindiziren einstweilen nur Jener (vgl. aber auch Gai. II 200), doch ist er in den Veräusserungen beschränkt: fr. 29 de mort. c. don. 39, 6, fr. 12 § 2 fam. erc. 10, 2; — fr. 2 § 1 de in d. add. 18, 2, fr. 8 pr. de per. et comm. 18, 6. fr. 2 § 2 pro empt. 41, 4, fr. 1 § 2 pro dote 41, 9; — fr. 11 § 1 quemadm. seru. 8, 6, fr. 34 de relig. 11, 7, fr. 105 de cond. et dem. 35, 1, fr. 11 de manum. 40, 1. — Die Gebundenheit des Erben, dem eine Eigentumsübertragung sub. cond. auferlegt ist, geht zweifellos auf die Erbeserben über; ob die entsprechende Gebundenheit die durch Vertrag übernommen ist ebenso übergeht, scheint unter den Römischen Juristen streitig gewesen und in Justinians Sammlung unentschieden gelassen zu sein: fr. 2 § 5 de donat. 39, 5, — fr. 9 § 1 de I. D. 23, 3. — Ein Fall der bedingten Tradition, der die Praxis viel beschäftigt hat, findet sich bei dem pact. reseruati dominii, das in den jüngsten Entscheidungen SA. XXV 241—43 und RE. VII 46 richtig erfasst wird; über die Zweifel des Rgerichts ob Suspensiv- oder ResolutivBed. vgl. unten S. 349.

b, Unter den bedingten konstitutiven Uebertragungen ist die Forderungskonstituirung weitaus die gebräuchlichste. Die bedingte Forderung ist zweifellos noch nicht klagbar, vgl. Wendt a. a. O. § 13, auch nicht kompensabel fr. 7 § 1, 16 § 1 de comp. 16, 2, das daraus Gezalte kann nach Umständen kondizirt werden fr. 16, 18, 56 de cond. ind. 12, 6. Aber die bedingte Stipulation schafft doch einen "creditor" (das bedingte Legat nicht) fr. 42 pr. de O. et A. 44, 7, darum stehen dem Stipulator (aber nicht dem Legatar) Rechtsmittel gegen Fraudationen zu fr. 27 pr. qui et a quib. 40, 9, über den Unterschied bedingter Legate und Promissionen s. auch RE. VIII 49; der bedingte Schuldner kann sich nicht einseitig lösen, seine Verpflichtung geht auf seine Erben über, wie die entgegenstehende Berechtigung auf die Erben des bedingten Gläubigers § 25 de inut. stip. 3, 19, fr. 36 § 1 de usufr. 7, 1, fr. 57 de V. O. 45, 1; die Römer kennen Novation einer solchen Forderung fr. 8 § 1, 14 § 1 de nouat. 46, 2, desgleichen Acceptilation fr. 12 de accept. 46, 2, fr. 77 de R. I. 50, 17, und Zalung fr. 16 de solut. 46, 3, desgleichen Pfandbestellung für eine solche fr. 13 § 5 de pign. 20, 1, fr. 9 § 1, 11 § 1 qui pot. 20, 4; nach Umständen kann aus der bedingten Forderung Kautionsleistung erzwungen werden, cf. T. D. ut legat. 36, 3, T. C. 6, 54, fr. 18 de cond. et dem. 35, 1, fr. 6 de B. P. S. T. 37, 11, fr. 27 pro socio, 17, 2, fr. 4 pr. de separat. 42, 6, vgl. SA. XXII 7; Berücksichtigung im Konkurse SA. XXXIV 258, vgl. XXI 181, RKO. 60. Diese Berechtigungen können als Vermögensstück nicht blos auf Erben,

sondern auch durch Cession übertragen werden fr. 17, 19 de her. uend. 18, 4; über besondere Fälle der Art ROHG. XXIV 61 (Anwendbarkeit des DHGs. 301) und RE. VIII 49 (Cessibilität von bedingten Legaten). Ueber Versuche der Wertabschätzung fr. 73 § 1 ad L. Falc. 35, 2.

c, Wo zweiseitige Rechtsgeschäfte unter Suspensivbedingung abgeschlossen sind, treten im allgemeinen dieselben Rechtsfolgen nur komplizirt ein. Die Quellen beschäftigen sich vorzugsweise mit dem bedingten Kauf, vgl. T. D. de in d. addict. 18, 2, insb. fr. 2 pr., dazu fr. 1 de l. comm. 18, 3. Eine Eigentümlichkeit gerade des suspensiv bedingten Kaufes, dass wärend der Schwebe Käufer nicht die Gefar des Untergangs wol aber die der Verschlechterung trägt, fr. 8 pr. de per. et comm. 18, 6.

C, Im Entwurfe sind nur einzelne der Pendenzfolgen ausdrücklich behandelt. EBG. 132 erkennt die Vererblichkeit der bedingten Rechte und der bedingten Verpflichtungen an; desgleichen 133 die Ansprüche auf Sicherheitsleistung so wie die Möglichkeit bedingte Forderungen im Konkurse zu verfolgen, schränkt sie jedoch ein, und nimmt die Fälle aus (Abs. 3):

> wenn das bedingte Recht, wegen der entfernten Möglichkeit der Erfüllung der Bedingung als ein gegenwärtiger Vermögensbestandteil sich nicht betrachten lässt.

Korrekt, und namentlich die Anerkennung der bedingten Forderung unter normalen Verhältnissen als "gegenw. Verm.bestandteil" erfreulich. EBG. 134 ist eine Ergänzung zu EBG. 136, und gibt einem auch schon für das gemeine R. behaupteten Gedanken, den die neuere Gesetzgebung wiederholt aufgenommen hat, bestimmte Form. Ob die Fassung: "hat der bedingt Verpflichtete .... das von der Bedingung abhängige Recht vereitelt oder beeinträchtigt" wol gelungen, mag dahingestellt bleiben, zweckmäszig war den bedingt Verpflichteten ausdrücklich für sein Tun wärend der Schwebezeit verantwortlich zu machen, und die erforderliche Sorgfalt "durch das aus dem Rgeschäfte sich ergebende Rverhältnis" [schwerfällig] bestimmen zu lassen.

Beilage II. Rückwirkende Kraft der entschiedenen Bedingung. Die neuere Litteratur über die einschlägigen Fragen Wi. (6) I § 91. Man könnte sich versucht fülen, der ganzen Kontroverse geringe Bedeutung beizulegen. Es steht fest:

dass in manchen Fällen Rückziehung stattfindet in anderen nicht;

dass wo Rückziehung stattfindet, dieselbe bald so bald anders ausgefürt wird;

und da nun der eigentlichen Streitfälle, wo die eine Seite Rückziehung annimmt die andere leugnet, oder wo über die Ausfürung

der Rückziehung Differenzen bestehn, wenigstens in der modernen Praxis so gar viele nicht vorzukommen scheinen, so liegt die Auffassung nahe, dass überhaupt nur um Worte, um die Formulirung gestritten werde. Ob

> Rückziehung Regel, Nichtrückziehung Ausname, oder
> Nichtrückziehung Regel, Rückziehung Ausname,

was käme darauf noch an, wenn schon die wichtigsten Details feststehn?

Der Kernpunkt der Sache liegt aber doch tiefer. Die eine Seite betrachtet die Rückziehung als notwendige Folge des Wesens der Bedingung, und dieses Wesen selber als etwas fest gegebenes, daher eine Bedingung one Rückziehung eigentlich keine Bedingung. So musterhaft klar

> Böcking Pand. I § 113: Die ... durch die Bedingung hervorgebrachte Wirkung bestimmt sich von selbst durch deren Begriff, u. s. w.
>
> Die auflösende Bedingung des Pr. L. Rs. I 4 § 115 [one Rückziehung] ist wirklich nicht Bedingung, sondern Endtermin;

abgeblasster

> De. I 111: Die Theorie der Bedingungen verliert ihren Halt, wenn man .... die Rückziehung leugnet.

Das ist "Begriffsjurisprudenz" der bedenklichen Art. Erst konstruirt man sich einen Bedingungsbegriff um die Rückziehungserscheinungen, anscheinend eine "actio in praeteritum" zu erklären (so Fitting Brinz und viele andere, vgl. oben § 114 Beil. II); dann, wie die Konsequenzen der Rückziehung in vielen Fällen versagen, in andern fraglich werden, glaubt man doch von der Rückziehungsregel nicht lassen zu dürfen, da sonst ja die Bedingungstheorie, d. h. der angenommene Bedingungsbegriff sammt seinen logischen Konsequenzen hinfällig würde. In der tat, ein unlösbarer Zirkel.

Gewis ist es leidlich gleichgültig, ob man die Rückziehungserscheinungen als Regel [= das gewönliche, häufigere], oder als Ausnamen [= das ungewönliche, seltenere] bezeichnet, auch ob unter "Bedingung" verstanden werden soll jeder "dies incertus an", oder nur der mit gewissen Rückziehungswirkungen ausgestattet ist; aber nicht genug zu warnen vor der Anname solcher als Naturnotwendigkeiten auftretender Begriffe. Sie schädigen die Lehre und gefärden Rechtssprechung und Gesetzgebung, zB. in beziehung auf das Anfechtungsrecht der Gläubiger das bei konsequenter Durchfürung der Rückziehungslehre leicht gänzlich illusorisch zu machen wäre (vgl. N. t,).

Zur richtigen Bemessung der s. g. Rückwirkungen:
A, Zuzugeben dass die schädliche Doktrin zum teil von den Römischen Juristen verschuldet ist, vgl. u. a. fr. 8 de R.C. 12, 1, fr. 26 de cond. inst. 28, 7, fr. 16 de solut. 46, 3 (Pomp.), fr. 11 § 1 qui pot. 20, 4, fr. 72 de fideiuss. 46, 1 (Gai.), fr. 8 de per. et comm. 18, 6. Gegen eine zu weit gehende Ausnutzung von diesen und allen änlichen Stellen aber ist zu erinnern einmal daran, wie überhaupt die Römer bei Aufstellung ihrer allgemeinen Rechtsregeln vorzugehn pflegen (die Regel soll durchaus nicht für alle Fälle gelten, nur für viele, vielleicht nur für die an welche Wer sie aufstellt eben denkt), sodann dass rein dogmatische Auslassungen (Konstruktionsversuche) überhaupt keine gesetzliche Kraft zu erlangen vermögen, wenn auch Justinian und Konsorten hierüber vielleicht anderer Meinung gewesen sein sollten. — Unumstöszlich dass die Tatsache der entschiedenen Bedingung (praktisch wichtig besonders die der erfüllten, gleichviel ob susp. oder resol. Bed.) nur auf die Zeit nach ihr zu wirken vermag, für diese Zukunft aber lassen die Rfolgen sich verschieden gestalten. Dass die Römer selber keineswegs der Ansicht gewesen, es solle von nun ab gerade so gehalten werden wie wenn das Geschäft gleich (bei dem Abschluss mit Bedingungsbeifügung) unbedingt zustande gekommen wäre, zeigen beispielsweise fr. 61 de C. E. 18, 1, fr. 8 de per. et comm. 18, 6, fr. 41 § 2 de leg. I 30, fr. 3, 4 de reg. Cat. 34, 7 fr. 98 de condic. 35, 1, fr. 98 de V. O. 45, 1 (wären die Geschäfte "gleich" unbedingt zustande gekommen, so müssten sie wegen der damals obwaltenden Umstände ungültig sein, wärend die Umstände bei der Bedingungsentscheidung für die Gültigkeit oder Ungültigkeit ausschlaggebend sind). Auch lassen sie keineswegs alle aus der Schwebezeit stammenden Rfolgen, insonderheit alle Konsequenzen des "bedingten Rechts" in wegfall kommen, nachdem das "bedingte Recht" selber durch die Entscheidung der Bedingung aufgehoben worden; vgl. u. a. fr. 6 § 1 de C. E. 18, 1, fr. 4 § 4, fr. 16 de in d. add. 18, 2, fr. 4 pr., fr. 5 de l. comm. 18, 3, Vat. Fr. 14, die Geschäfte sind aufgehoben, die Aktionen aus den Geschäften dauern fort, und werden zur tatsächlichen Durchfürung des Resolutionswillens ausgenuzt "nec conturbari debemus, quod inempto fundo facto dicatur actionem ex uendito futuram esse". — Man wird also mit der Fiktion, welche nach entschiedener Bedingung das bedingte Geschäft dem unbedingt und jenachdem dem gar nicht geschlossenen gleichstellt, jedesfalls nur sehr vorsichtig operiren dürfen.

B, Als Rückziehungserscheinungen kommen besonders in betracht: a, sind wärend der Schwebezeit seitens des bedingt Berechtigten oder seitens seines Widerparts Dispositionen (insonderheit trans-

lative oder konstitutive oder restitutive Uebertragungen) in beziehung auf das schwebende Recht vorgenommen, so bewirkt die Entscheidung der Bedingung dass die des Einen konvalesciren, die des Andern evanesciren, und dass die konvalescirten von jezt ab so gelten, als ob sie gleich anfangs vollgültig bestellt gewesen wären (d. h. wo es auf den Zeitpunkt der Entstehung ankommt, mit dem Datum der Bestellung), vgl. fr. 16 de solut. 46, 3, fr. 1 § 1 quemadm. seru. 8, 6, fr. 69 § 1 de leg. I, c. 3 comm. de leg. 6, 43. — EBG. 135 — Es liegt auf der Hand, dass diese Erfolge durch besondre Verabredungen ausgeschlossen werden können, (zB. dass die bis zum Entscheid der Bedingung zu treffenden Verfügungen des Einen unbedingt gelten, die des Andern ebenso nicht gelten), so wie dass gerade diese Bestimmungen dem mutmaszlichen vernünftigen Willen der Beteiligten bestens entsprechen.

b, Es sind nur spezielle Anwendungen der zu a, entwickelten Regel, dass die Gültigkeit der verschiedenen (vgl. Beil. I B b,) Rgeschäfte, die bezüglich eines bedingten Forderungsrechts zulässig sind, gleichfalls von der Entscheidung der Bedingung abhängt. Ueber die Rückziehung des für solche Forderung bestellten Pfandrechts bestehn Zweifel. Es liegt nahe das Alter desselben von dem Termin der Bestellung an zu berechnen, fr. 11 § 1 qui pot. 20, 4. Nach fr. 9 § 1 eod., dazu zunächst fr. 3 quib. m. p. solu. 20, 6, s. auch fr. 11 pr. § 4 qui pot. 20, 4, fr. 4 q. res pign. 20, 3, wird es fraglich, ob die Konvalescenz in gleicher Weise eintritt, "si ea condicio sit quae inuito debitore impleri non possit", vgl. einerseits Sav. a. a. O. III S. 151 f., Arndts a. a. O. § 71 N. 7 (Serafini N. 8), andererseits Wächter a. a. O. I § 78 Bl. III, Windsch. a. a. O. I § 89 N. 15 bei denen die weitere Litteratur zu finden. Eine vollständig befriedigende Lösung ist noch nicht entdeckt, und direkt wider fr. 9 § 1 cit. zu entscheiden, dürfte einstweilen kaum sich rechtfertigen lassen.

c, Wer zum Erben eingesezt ist unter einer Bedingung, die erst nach dem Tode des Testators sich erfüllt, gilt als Erbe vom Tode des Testators an. Notwendige Folge des unmittelbaren Anschlusses des Erben an die Person des Erblassers nach Römischem Rechte, vgl. auch fr. 54 de adquir. u. amitt. 29, 2.

d, Es ist oft ausgesprochen dass Vorteile die ein Teil wärend der Schwebezeit bezogen demselben verbleiben müssen, insofern es über menschliches Können hinausgeht geschehnes ungeschehn zu machen (vgl. auch Bo. VI 352 u. 604 = RE. XXI 63); desgleichen kann nicht geschaffen werden, dass der andre Teil gehabt habe was er nicht gehabt. Sehr wol zulässig aber, dass dem Einen die Verpflichtung auferlegt werde ein Geldäquivalent zu

zalen für die tatsächlich aber nach der Entscheidung der Bedingung in gewissem Sinne zu unrecht bezogenen Vorteile, und dass damit der Andre eine Entschädigung erhalte für das was ihm entgangen. Ob die Entscheidung der Bedingung auch in diesem Sinne rückzuwirken habe oder nicht, steht unter der Regel "intererit quid actum sit". Derartiges kann ausdrücklich verordnet oder ausgeschlossen sein, es könnte dasselbe auch aus den Umständen, oder nach dem Geschäftsschema anzunemen sein, fr. 38 § 2, 3 de usur. 22, 1 fr. 11 § 10 q. ui aut cl. 43, 24. Allgemein ist anzunemen, dass diese Art der Rückziehung eine Mehrwirkung in sich schliesst, die in jedem Falle der besondern Rechtfertigung bedarf; desgleichen dass wo die Restitutionspflicht dergestalt Früchte der Zwischenzeit mit ergreift, da auch umgekehrt dem Pflichtigen Ersatz für die von ihm gemachten Aufwendungen zu gewären ist, fr. 16 de in d. add. 18, 2.

Beilage III. Wer die Beweislast zu tragen habe wenn Zufügung der Bedingung von einer Seite behauptet von der andern geleugnet wird, ist anscheinend die schwierigste und zugleich wichtigste Frage der ganzen Besitzlehre, zweifellos diejenige welche unsre höchsten Gerichte weitaus am meisten beschäftigt hat. Streitig die Behandlung der Susp.Bed. für sich, ebenso der Res.Bed. für sich, sodann ob suspensive und resolutive Bedingungen prinzipiell gleich (so SA. VIII 311, vgl. EBG. 196), oder prinzipiell ungleich (so ROHG. II 21, vgl. Wi. I 86 N. 4 — 6,) zu stellen. Aenlich zerfaren ist die Gesetzgebung: Cod. civ. 1356, RCPO. 262, EBG. 194, 196.

Vorab einige relativ unbedenkliche Fälle:

a, Kläger stüzt sein Verlangen auf die Behauptung eines bedingten Geschäftes, Beklagter behauptet dass dasselbe unbedingt gewesen; zB. Beklagter besizt eine Sache die unbestritten früher im Eigentum des Klägers gestanden hat und von diesem dem Beklagten übergeben worden ist, wie Kläger sagt entweder auf grund eines suspensiv bedingten Geschäfts dessen Bedingung jezt defizirt, oder auf grund eines resolutiv bedingten dessen Bedingung jezt eingetreten — Beklagter behauptet unbedingte Uebertragung. Für den Kläger spricht die Präsumption der Fortdauer des einmal erworbenen Eigentums; Beklagter hat zu erweisen dass dasselbe für Kläger erloschen, und hat also unbedingte Uebertragung auf sich, oder falls die Bedingung feststünde jenachdem Existenz oder Deficienz darzutun. Analog. SA. XXXIII 272: pignoraticia directa wegen eines für eine angeblich suspensiv bedingte Forderung bestellten Pfandes, nach Deficienz der behaupteten Bedingung. In der Klage liegt Anerkennung des Pfandrechts des Beklagten, dessen Untergang hier Kläger, folglich auch Zufügung der Bedingung

und nach Bedürfnis dann Deficienz zu beweisen hat; cf. fr. 11 § 2 de pign. a. 13, 7.

b, Kläger will ein unbedingtes Recht geltend machen, Beklagter beruft sich auf Bedingung (schwebende Susp.B., eingetretene Res.B.), die entweder nachträglich, vgl. SA. II 330, oder sonst formal getrennt von dem Hauptgeschäft aufgestellt worden, SA. XXV 81, XXVII 269, Bo. II 1010, VI 1035. Gibt Beklagter das für sich unbedingt zustande gekommene Hauptgeschäft zu, so liegt darin die ausreichende Anerkennung des klägerischen Rechts; Beklagter hätte die Bedingung zu beweisen.

c, Beklagter beruft sich auf eine (res. od. susp.) Bedingung, die Nebenbestimmung im e. S. ist, selbstverständlich dass auch hier Beklagter allemal zu beweisen hat, da die Praesumption für die Naturalien, und also wider die Nebenbestimmung spricht. Die Regel selber unleugbar; desto schwieriger die Bestimmung der Fälle, auf welche sie anzuwenden ist. Falsch wäre aus dem "omnis obligatio praesens" eine allgemeine Praesumption wider alle Bedingungen anzunemen (zu demselben Resultat füren die Auffassungen dass die Bedingung überall Ausname vom Regelmäszigen, oder eine zufälligc Zutat zum Hauptgeschäft das darone auch für sich bestehn könne, vgl. SA. VIII 311, I 370, XXXI 287). Hiezu auch RE. I 136, behauptet Beklagter Abweichung von den "gesetzlichen" Fristen, so hat er zu beweisen.

d, Der Beklagte beruft sich auf Suspensivbedingung deren Beweis ihm weder nach c, noch b, zufällt: was er zugibt deckt sich nicht mit dem vollen Tatbestande der zur Erzeugung des vom Kläger behaupteten Rechtes erforderlich wäre, vielmehr würde lediglich nach diesem Zugeständnis das Recht des Klägers ein geringeres (beschränktes statt des beanspruchten unbeschränkten) sein: also hat Kläger zu beweisen. Das ist die jezt herrschende Ansicht SA. II 330, III 222, IV 162, V 239, VIII 311, X 300, XIV 173, 252, XVII 294, XXI 82, XXVI 186, XXX 152, 283, XXXII 83, 361, XXXIII 271, XXXIV 76; ROHG. I 64, IV 23, XI 113; Bo. I 1756, II 1610, IV 1236, VI 1096. In einzelnen Erkenntnissen, zB. SA. XVII 108 (Lübeck), ROHG XII 64 wird ausgesprochen, es genüge wenn Kläger beweise, dass das Geschäft "rein" geschlossen sei,

> die Negative dass der Kontrakt nicht unter der vom Beklagten angegebenen Bedingung geschlossen sei, brauche Kläger nicht besonders zu beweisen;

von Bedeutung nicht für die Beweislast, sondern für die Fassung des Beweissatzes. Gewis richtig, dass dieser auf "reinen" Abschluss des Geschäftes gestellt werden kann; andererseits aber darf es dem Kläger auch nicht verwehrt werden, seinen Beweis

gerade darauf zu beschränken, dass nur eben die von dem Beklagten behauptete Bedingung nicht zugefügt sei (Parallelfall: Kläger fordert einen Fundus X, gleichviel ob mit R.V., a. empti u.s.w., Beklagter behauptet dass ein locus ex fundo x nur dem Kläger nicht zustehe, Kläger kann entweder sein Recht am ganzen X, oder sein Recht gerade an x erweisen, beides genügt). Vgl. hiezu noch Bo. VI 1096.

e, Viel weniger als Susp.Bedingungen haben Res.Bedingungen die Gerichte beschäftigt, gleichwol gehn auch hier die Meinungen auseinander. Sieht man ab von den zu b, und zu c, gehörigen Fällen, so wird zu unterscheiden sein nach der Art der Res.Bedingungen:

α, gehören sie zu den im Text zu a, vgl. N. w, dargestellten "echten" RBed., so ist kein Grund erfindlich warum diese anders als andere Zeitbestimmungen (Endtermine s. § 114 Beil. III) behandelt werden sollten, vgl. noch SA. XVIII 184;

β, wogegen bei "unechten" RBed., Text zu b, *α*, und a, *β*, N. x — z, überall das Zustandekommen eines negativen Rechts in frage steht, und Wer auf solches sich berufen will den Tatbestand seiner Entstehung zu behaupten und jenachdem zu beweisen hat. Auf diese Fälle beschränkt erscheinen die Entscheidungen ROHG. II 21 [das "Fixgeschäfte" ausdrücklich ausnimmt], VII 5, XIV 68 Bo. I 1757 völlig zutreffend.

Der einzige leidlich plausible Einwurf, dass der Richter nicht immer mit Sicherheit werde unterscheiden können ob die Beteiligten echte oder unechte Res.B. beabsichtigt, schwindet, wenn man sieht dass moderne sogut wie klassische Richter im konkreten Falle auch darüber in Zweifel geraten sind, ob das Geschäft als ein suspensiv oder als ein resolutiv bedingtes anzunemen sei, und bedeutet, dass Wer entweder nicht scharf gedacht oder nicht klar gesprochen, überall dem Glück zu danken hätte, wenn der Richter sein wahres Meinen und Wollen erkennt.

In EBG. 196 ist die prinzipielle Gleichstellung der aufschiebenden und [echten] auflösenden Bedingung, und die Belastung des Klägers mit dem Beweise in den zu a, d, und e *α*, gehörigen Fällen, anzuerkennen; die Ausnamen b, c, e *β*, sind durch den Entwurf weder geboten noch ausgeschlossen, sie erscheinen fast selbstverständlich und besonders geeignet EBG. 196 mit RCPO. 262 in einklang zu bringen.

§ 117.

Abarten.

Ar. 72. Ba. 57, 58. Bz. (1) 329. De. I 107. Ke. 51. Pu. 60. Sa. S. III 121—24. Se. I 79. Si. I 20 I, III. Va. I 93. Wä. I 75. We. 50. Wi. I 87, 93, 94.

Zu den "Abarten der Bedingungen" oder "uneigentlichen Bedingungen" zälen wir

I. die unzulässigen Bedingungen, die wegen ihres absonderlichen Inhalts nicht die gemeinen Rechtsfolgen der Bedingungen nach sich ziehn,

A, die unsittliche Bedingung[a]), "cond. turpis", bei welcher das als bedingendes Ereignis von dem bedingt Berechtigten erforderte Tun

a, an sich wider Recht oder gute Sitte verstöszt,

b, erlaubt an sich, aber one Verstosz wider gute Sitte nicht zum Inhalt einer Bedingung gemacht werden kann;

B, die unverbindliche Bedingung[b]), wo die Entscheidung der Willkür des Belasteten sinnlos preisgegeben ist;

C, die widersinnige Bedingung[c]), "cond. perplexa", wo Eintritt des bedingenden Ereignisses und Erfüllung der bedingten Zusage einander ausschliessen;

[a]) Beil. I.

[b]) Beil. II.

[c]) Der Eintritt des bedingenden Ereignisses und die Ausfürung der bedingten Leistung schliessen einander aus, fr. 16 de cond. inst. 28, 7, fr. 88 pr. ad L. Falc. 35, 2, fr. 39 de man. test. 40, 4. Da eine solche Bedingung sich nie erfüllen kann, fürt die nächstliegende Interpretation dahin anzunemen, dass die an die Erfüllung geknüpften Rechtsfolgen, ebenso bei susp. wie bei res. Bedingungen, nie eintreten sollen, fr. 188 pr. de R.I. 50, 17. Erwägt man aber dass dasselbe Resultat kürzer zu erreichen gewesen wäre, wenn der Erblasser (oder die Kontrahenten) die ganze Disposition gar nicht getroffen hätten, so wird man wo irgend möglich andere Auslegungen vorziehn, welche der Disposition einige Bedeutung belassen, vgl. fr. 88 ad L. Falc. 35, 2, fr. 48 § 1 de uulg. et pup. 28, 6, fr. 13 § 3 de reb. dub. 34, 4, fr. 9 de V.O. 45, 1. — EBG. 132:

> Ist einem Rgesch. ... eine widersinnige Bed. beigefügt so ist dasselbe ungültig,

D, die (wegen mangelhafter Fassung) unverständliche Bedingung[d]).

II. Scheinbedingungen (= Nichtbedingungen), Nebenerklärungen welche die Rfolgen der Haupterklärung abhängig machen von gewissen[e]) Tatsachen:

A, von Geschehenem[f]), "c. in praesens uel praeteritum relata", das den Beteiligten als solches bekannt oder nicht bekannt;

B, von Unausbleiblichem[g]), "c. quae omnimodo exstitura est", "notwendige Bedingung";

C, von dem was nie geschehn kann, "c. impossibilis" "unmögliche[h]) Bedingung" mag die Unmöglichkeit eine natürliche[i]) oder rechtliche[k]) sein.

---

beabsichtigt glattes dem Richter bequemes hartes Recht zur einfürung zu bringen. Fragt sich, ob eingehendere Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse, namentlich ob der Widersinn dem Bedingungssetzer bei der Beifügung einleuchten musste, oder etwa erst durch spätere Aenderung der Umstände herbeigefürt worden, der Anschauung der Gegenwart nicht besser entspräche. Bleibt der Satz unverändert, so werden die Gerichte die "widersinnige Bedingung" restriktiv zu interpretiren haben.

[d]) Zweckmäszig dass EBG. 139 auch auf diesen Fall gesehn, da leicht Zweifel über die Behandlung entstehn könnten. Hier ist die Härte besser am platz, da Wer sich undeutlich (i. e. S.) ausgedrückt hat, nicht klagen darf wenn er misverstanden wird.

[e]) "gewissen", im Gegensatz zu den ungewissen, an welche die Bedingungen anknüpfen.

[f]) Diese Anknüpfungen vgl. EBG. 137 gehören zu den "Voraussetzungen" des § 119.

[g]) Ist "D. certus an", und wirkt als solcher, vgl. fr. 17 de cond. ind. 12, 6, fr. 9 § 1 de nou. 46, 2, fr. 51 § 1 de her. inst. 28, 5, denn die "in non faciendo impossibilis c." gehört gleichfalls hieher.

[h]) Unmöglich im Augenblick des Geschäfts; erst später eintretende Unmöglichkeit wäre Deficienz einer möglichen Bedingung, fr. 72 § 7, 94 pr. de cond. 35, 1, fr. 19, fr. 20 § 3 de statu lib. 40, 7, fr. 23 § 2 ad L. Aquil. 9, 2.

[i]) Den faktisch unmöglichen gleich die "unerschwinglichen", vgl. Savigny a. a. O. S. 165, fr. 6 de cond. inst. 28, 7, fr. 4 § 1 de statu l. 40, 7.

[k]) Adoption seitens einer Frau oder eines zu jungen Mannes, Ehe unter Personen desselben Geschlechts, Uebername der Vormundschaft durch einen Unfähigen u. s. w.

Scheinbedingungen haben aus sachlichen Gründen keine Schwebezeit[l]; bei unzulässigen Bedingungen erkennt das Recht die vorhandene nicht an. Daher alle "uneigentlich bedingten" Geschäfte von vornherein

entweder unbedingt gültig "condicio detrahitur"
oder ungültig, nichtig.

Wann das eine und wann das andre, ist nicht durchgängig nach dem Meinen und Wollen der Bedingungssteller zu entscheiden, da dieses oft nicht zu ermitteln, in andern Fällen rechtlicher Anerkennung unwürdig. Das Römische Recht kennt viele hierauf bezügliche Einzelvorschriften[m]), die das heutige Gemeinrecht übernommen hat; viele derselben kommen wegen felender Veranlassung mehr und mehr ausser Gebrauch[n]).

Beilage I. Damit eine Bedingung als turpis (ungehörig, unerlaubt, unsittlich) gelte, muss ihr Inhalt eine "turpitudo" (Unsittlichkeit Ungehörigkeit) des bedingt Berechtigten in sich begreifen, wogegen eine "turpitudo" des Belasteten oder eines Dritten indifferent wäre, die Bedingung zu keiner unzulässigen machte, fr. 121 § 1 de V. O. 45, 1, fr. 50 de pact. 2, 14, c. 1, 2 si manc. ita uen. 4, 56. Also nicht schlechthin der Inhalt entscheidet über den Charakter (ob "turpis" oder nicht) der Bedingung, sondern das Verhältnis dieses Inhalts zur bedingten Verfügung, die Gesamterklärung darf kein dem Reeht oder der guten Sitte zuwiderlaufendes Resultat ergeben. Als "turpe" in diesem Sinne aber gilt:

I, alles das an sich, und also auch unter andern Umständen, contra ius oder contra bonos mores wäre; die Aufname in eine Bedingung entschuldigt objektiv Ungehöriges niemals; aber umgekehrt erscheint

II, manches an sich nicht ungehörige dennoch ungehörig (= turpe) als Inhalt einer Bedingung.

[l]) Auch bei der "cond. in praeteritum relata", kann es wol eine Periode der (subjektiven) Unwissenheit, aber keine der (obj.) Ungewisheit geben; übrigens lassen einige besondere Rfolgen der Schwebe auch an diese Quasischwebezeit sich anknüpfen, vgl. EBG. 137, 2.

[m]) Beil. III.

[n]) Die Register zu den groszen Spruchsammlungen ergeben dass, abgesehn von den in den Beilagen I und II behandelten Fällen, die Gerichte der höchsten Instanz, und also vermutlich auch die niederen, mit den "uneigentlichen" Bedingungen selten Befassung gehabt haben.

Zu I a, Alles das an sich contra ius, d. h. nicht gegen die Verbote des Justinianischen Rechts, zB. die auf Ketzereien und andere Religionsvergehn bezüglichen, sondern gegen die Verbote des h. z. t. geltenden Rechts, Strafgesetzbuch, andere Reichsgesetze u. s. w.

b, An sich contra bonos mores, d. h. wiederum nicht wider die guten Sitten und Gebräuche der Römisch-Byzantinischen Gesellschaft, sondern wider die der Gegenwart, wobei insbesondre auch die heutige Lebensart besonderer Stände, der Offiziere Geistlichen Beamten u. s. w., in betracht zu nemen ist.

Zu II a, Was nach positiven Rechtsvorschriften, obschon es an sich nicht ungehörig, nicht zum Inhalt von Bedingungen gemacht werden soll, was nach den Quellen obschon an sich erlaubt dennoch die Bedingung zur cond. turpis macht. Die beste Uebersicht der bezüglichen Vorschriften bei Sav. S. III § 122—23. So wenig nun viele von diesen, zB. fr. 71 § 2 de cond. 35, 1 (Verbot des Domizilwechsels) und die auf die cond. iurisiurandi bezüglichen Sav. a. a. O. S. 185—90, den Anschauungen unserer Tage entsprechen, sind sie doch nach der Regel "cessante ratione legis non cessat lex ipsa" aufrecht zu erhalten, bis ihre Aufhebung durch Gewonheit oder Gesetz nachgewiesen werden kann; vgl. SA. XXIV 131, das übrigens die wider fr. 72 § 1 cit. erhobenen Bedenken nicht teilt, vielmehr den Römischen Satz in sehr fragwürdiger Weise ausweitet, da bei dem hereingezogenen Falle die innere Begründung nicht zutrifft, "für den Dritten entsteht kein Zwang"; anders wenn die Auflage auf Weib Kinder Erben des Berechtigten sich bezöge, der hier als indirekt gebunden erscheinen könnte.

b, Was nach dem heutigen Sittlichkeits- und Schicklichkeitsgefül nicht zum Inhalt einer Bedingung gemacht werden darf, obschon es an sich nicht unsittlich und nicht unschicklich ist. Hierüber lassen sich kaum allgemeine Regeln aufstellen, da alles auf die Besonderheiten des einzelnen Falles ankommt, die Stellung und sonstige Beschaffenheit der Beteiligten, der Kreise innerhalb deren er sich abspielt u. s. w.; dem Offizier kann eine Bedingung auferlegt werden, die beim Geistlichen cond. turpis wäre, und ebenso umgekehrt. So kann namentlich die vielbesprochene Bedingung die Religion zu wechseln oder nicht zu wechseln bald gültig und bald cond. turpis (hiefür one Unterschied SA. XII 277, desgleichen RE. XXI 51 aber nur für Preussisches Recht und mit ausschliesslich dem Allg. Pr. L.R. angehörigen Argumenten) sein, änlich Unger Oest. Pr.R. II. S. 86, 87, Wächter a. a. O. I 375: unerlaubt wo schlechthin Eigennutz zum Motiv des Wechsels oder Nichtwechsels würde; ganz anders wenn Wer im Herzen bereits

einem andern Glauben angehört, durch die Rücksicht auf Frau und Kind aber gezwungen wäre bei dem alten zu verbleiben da er sonst seinen Unterhalt verlöre, ein bedingtes Geschenk erhielte das ihn diesen Narungssorgen zu überheben bestimt wäre. Vor anderm werden es zwei Gedanken sein, auf welche die grosze Mehrzal der hieher gehörigen Fälle zurückzufüren ist: dass es unwürdig (für diesen Mann, unter diesen Umständen) die Freiheit des Entschlusses überhaupt zu verkaufen; und ebenso unwürdig für gerade solches Tun (Ausfürung des Gebotenen, Unterlassung des Verbotenen) noch Bezalung zu nemen. Beide werden uns zu manchen den Römern unbekannt gebliebenen Konsequenzen drängen — SA. XIII 34 (cond. stupri) dürfte mehr zu I b, als hieher gehören.

Beilage II. Es scheint in dem Begriff rechtlicher Gebundenheit zu liegen, dass dieselbe unabhängig von dem Wollen des Gebundenen bestehe; gleichwol können die Anforderungen des Lebens auch diese Regel zu erheblichen Konzessionen zwingen, wie beispielsweise bei einer Interzession "contra SC. Vell.", wo die Frau stets die Möglichkeit behält jede Inanspruchname abzulenen, gleichwol aber aus solcher Obligation verurteilt und der Exekution ausgesezt werden kann (cf. fr. 11 de SC. Maced. 14, 6).

Handelt es sich um Bedingungen die einseitig verpflichtenden Geschäften beigefügt sind, so darf der vorstehenden Regel entsprechend der Inhalt der Bedingung kein solcher sein, der die Erfüllung ausschliesslich von dem Belieben des bedingt Belasteten abhängig machte, fr. 8 de O. et A. 44, 7, fr. 17, 46 § 3, 108 § 1 de V. O. 45, 1 — fr. 43 § 2 de leg. I 30, fr. 11 § 7 de leg. III 32, fr. 46 § 3 de fid. lib. 40, 5. Dagegen tritt die Regel nicht ein, sobald trotz dem einem Teile eingeräumten Belieben ein vernünftiges den Ansprüchen des Verkehrs gemäszes Geschäft zu stande käme. So

a, wenn das Belieben ein begrenztes ist, und zwar

α, arbitrium boni uiri, fr. 11 § 7 de leg. III, fr. 46 § 3 de fid. lib. 40, 5, cf. fr. 7 pr. de C. E. 18, 1 — ROHG. XVI 109 (mit eingehender Berücksichtigung der gemeinrechtlichen Quellen), RE. I 132, II 82;

β, nur auszudrücken wäre in bestimmten (immerhin wenig schwierigen) Handlungen, so dass also der Belastete bestimmtes zu tun oder zu unterlassen hätte um sich frei zu erhalten. Mit Recht berufen sich die Vertreter der herrschenden Lehre, Savigny Wächter Windscheid a. a. O. O., hiefür auf die allezeit anerkannte Gültigkeit der Konventionalstrafverfügungen, neben denen dann noch

fr. 3 de leg. II 31, fr. 27 § 1, 115 § 1 de V. O. 45, 1 in betracht kommen. Dawider macht auch der allgemeine Ausspruch in fr. 43 § 2 de leg. I 30, cf. fr. 52 de condic. 35, 1, fr. 68 de her. inst. 28, 5 wenigstens für das Justinianische Recht keine Schwierigkeit, zumal wenn man bedenkt wie der Begriff des "in uoluntate poni" überhaupt der festen Schranken ermangelt; ob ursprünglich eine Differenz zwischen Paulus und Ulpian bestanden, mag dahingestellt bleiben — Ueber die dissentirende Litteratur Windsch. a. a. O. I § 93 N. 1—6.

b, Bei Tauschgeschäften (im w. S.) ist die Zulassung der Einwirkungen des Beliebens eines Teiles dann wenig bedenklich, wenn mit der Abweisung der eigenen Verpflichtungen das Aufgeben der eigenen Berechtigungen verknüpft ist. Dennoch vertragen auch zweiseitige Geschäfte nur eine umschränkte Zulassung des Beliebens eines Teiles, vgl. fr. 7 de C. E. 18, 1, c. 13 eod. 4, 38. Als vernünftige Ausnamen sind zugelassen:

α, Kauf auf Probe, § 4 I. de empt. 3, 23, DHGB. 339, s. § 106 Beil. II. Nah verwant die Fälle auf die SA. XI 134 (Versteigerung, bei welcher der Bieter für einige Tage gebunden bleibt, wärend der Abschluss im freien Belieben des Versteigerers steht), und SA. XXIX 216 (gültiges Geschäft mit der Klausel "wenn Käufer es verlange") sehn.

β, pactum displicentiae, das aber um nicht zu unerträglicher Geschäftsunsicherheit zu füren, der zeitlichen Begrenzung bedarf, fr. 3 de C. E. 18, 1, fr. 6 de resc. u. 18, 5, c. 4 de aed. act. 4, 58 etc., cf. fr. 31 § 22 de aed. ed. 21, 1 (die Bedeutung dieser Stelle für das p. displic. ist bestritten, vgl. Goldschmidt Zschr. f. H. R. I S. 126, der aber die Notwendigkeit zeitlicher Einschränkung gleichwol anerkennt), vgl. auch SA. VIII 120. Beiläufig mag an das freie Rücktrittsrecht des Socius Mandanten und Mandatars erinnert werden.

Es kann keinem Zweifel unterliegen dass auch weitere Ausnamen zugelassen werden müssen, sobald die Nützlichkeit derselben nachzuweisen ist; vgl. ROHG. XVI 109, Bo. III 469, V 435.

c, Anders wenn Leistung von einer Seite bereits erfolgt wäre, und Nebenverabredungen, von vornherein oder nachträglich beigefügte, anscheinend die Leistung in das Belieben des Schuldners stellten "wie es ihm passe und in seinen Kräften stehe", "nach Gelegenheit" "sobald er dazu im stande sein werde" "dass Gläubiger nicht klagen werde auch wenn Schuldner noch so lange schuldig bleibe" u. s. w. Fast ausnamslos laufen die Entscheidungen darauf hinaus, dass Schenkungen und Quasischenkungen

nur wo voll bewiesen angenommen werden dürften, und derartigen Zusätzen im Zweifel nur eine sehr beschränkte Wirksamkeit zukomme; vgl. SA. IX 15, X 128, XI 131, XIV 121, XV 7, 218, XVI 23, 24, XVII 18, XX 111, 112, XXIV 226, XXX 11, 12, 127, ROHG. VII 10, vgl. XXIV 89. Ueber die Bedeutung der entgegengesezten Verabredung "sobald Gläubiger Geld brauche" SA. VIII 240, vgl. XVII 227. Etwas günstiger dem Schuldner Bo. IV 470.

Im übrigen steht die Auslegung der Bedingungen unter den allgemeinen Regeln; fr. 101 pr. de cond. et dem. 35, 1: "... cum in condicionibus testamentorum uoluntatem potius quam uerba considerari oporteat ..." cf. fr. 19 pr. eod., weist auf Eigentümlichkeiten nicht sowol der Bedingungen als der leztwilligen Verfügungen.

d, Dass die Bedingung in das Belieben des bedingt Berechtigten gestellt werden kann (cond. potestatiua) ist allgemein anerkannt; aber auch hieraus dürfen sich nicht für den Verkehr unerträgliche Verhältnisse ergeben, wie sie zB. eintreten würden wenn der sub cond. pot. auf einen groszen Nachlass gesezte Erbe nicht gewillt wäre innerhalb der ersten 10 Jare sich zu entscheiden. In nahe liegenden Fällen haben die Römer verhältnismäszig früh abhülfe zu schaffen gewusst, vgl. Gai. II 167; in der gegenwart dürfte RCPO. 231 als Handhabe zu benutzen sein.

e, EBG. 138: "Die Bedingung kann in einer Handlung bestehn, deren Vorname von der Willkür des Verpflichteten abhängt. Besteht die aufschiebende Bedingung in dem bloszen Wollen des Verpflichteten, so ist die Verpflichtung unwirksam." Das ist zwar keine neue, aber keine ausreichende, und auch für ein beschränktes Gebiet keine glückliche Lösung der vorhandenen Schwierigkeiten. Der betonte Gegensatz ist ein doktrineller: das "blosze Wollen" ist für Dritte ungreifbar, es muss also allemal eine Handlung des Verpflichteten hinzukommen, um es greifbar zu machen. — Für leztwillige Dispositionen ist die vernichtende Kraft in EBG. 1765 dahin erweitert, dass dem "bloszen Wollen des Beschwerten" das "eines Dritten" gleichgestellt, und die Beschränkung auf "aufschiebende Bed." weggefallen ist.

Beilage III. Dass Scheinbedingungen nicht wirken wie wirkliche, unzulässige nicht wie zulässige Bedingungen, scheint selbstverständlich; aber durchaus nicht selbstverständlich ist, welche Rfolgen im einzelnen Falle an die Beifügung von scheinbaren und von unzulässigen Bedingungen gebunden sind. Gewis ist, dass die Römischen Juristen die verschiedenen Möglichkeiten

ebenso wol gesehn haben wie wir, und dass über die Folgen der einzelnen Fälle Meinungsdifferenzen unter ihnen bestanden haben, zB. Gai. III 98; zweifelhaft ob das Justinianische Recht zu festen Resultaten gelangt ist, und zu welchen? welche Zweifel übrigens die Litteratur (vgl. noch Fitting, civ. Arch. LVI 12, und Ravit., ebenda LVIII 1) mehr beschäftigt haben als die Praxis. Im einzelnen:

1, cond. imposs. bei Geschäften unter Lebenden vernichtet die Hauptbestimmung der sie beigefügt ist: § 11 I. de inut. stip. 3, 19, fr. 9 § 6 de R. C. 12, 1, fr. 1 § 11, fr. 31 de O. et A. 44, 7, fr. 7, 137 § 6 de V. O. 45, 1, fr. 29 de fidei. 46, 1. Bei leztwilligen Dispositionen soll im gegenteil dieselbe Bedingung als nicht beigefügt behandelt werden: § 10 I. de her. inst. 2, 14, fr. 16 i. f. de iniusto 28, 3, fr. 1, 6, 20 pr. de cond. inst. 28, 7, fr. 104 § 1 de leg. I 30, fr. 3, 6 § 1 de cond. et dem. 35, 1, fr. 5 § 4 quando d. leg. 36, 2; cf. Gai. III 98. Mit der herrschenden Lehre ist leztere Vorschrift zu beschränken auf suspensiv bedingte leztwillige Verfügungen (die Röm. Juristen scheinen an andere nicht gedacht zu haben, bei denen auch die Ratio "leztwillige Verfügungen wo möglich aufrecht zu erhalten" nicht zuträfe), one weiter zu unterscheiden, ob der Erblasser um die Unmöglichkeit gewusst hat, oder nicht. Dahingegen wird nach fr. 4 § 1 de statu lib. 40, 7: .... "quia nec animus dandae libertatis est", vgl. auch fr. 37 de cond. et dem. 35, 1: ... "quoniam .. testator ... uoluisset", anzunemen sein, dass wenn übrigens das Wollen des Erblassers zu ermitteln und festzustellen ist, die Beifügung der cond. imposs. lediglich die Form gewesen um ein Nichtbedenkenwollen auszudrücken, und eben dieses Wollen zur Ausfürung gebracht werden müsse.

2, cond. turpis bei Geschäften unter Lebenden wirkt der cond. imposs. gleich, und wird bei leztwilligen Dispositionen ebenso unberücksichtigt gelassen: fr. 123, 137 § 6 de V. O. 45, 1 — fr. 9, 14, 15 de cond. inst. 28, 7. Die am Schluss von 1, bemerkte Ausname wird sich von der cond. imposs. auf die cond. turpis nicht wol übertragen lassen; andere Details gehören ins Erbrecht.

3, Ist die Erfüllung der Bedingung teilweis möglich teilweis unmöglich, so ist überall jener (mögliche) Teil als gültige Bedingung, der andere (unmögliche) als nicht geschrieben zu behandeln, fr. 46 de her. inst. 28, 5, fr. 6 § 1 de cond. et dem. 35, 1. Analog wenn mehre Bedingungen kumulativ nebeneinander beigefügt, und von diesen die eine möglich und die andere unmöglich, oder cond. turp. wäre. Sind aber mehre Bedingungen alternativ beigefügt, und eine von diesen wäre als cond. imp. oder c. turp.

zu streichen, so wird die Hauptverfügung dadurch zur unbedingten, daher es auch der Erfüllung der andern (an sich erfüllbaren) Bedingung nicht mehr bedarf, vgl. fr. 8 § 5 de cond. iust. 28, 7. 4, Unter Hinweis auf EBG. 105, 106 erklären Mot. I 267 alle besondern Bestimmungen über unsittliche Bedingungen für überflüssig, desgleichen Mot. I 265 die über notwendige und unmögliche Bedingungen.

§ 118.

Auflagen[a]).

Ar. 74. Ba. 60. Bz. (1) 347. De. I 115, III 84. Ke. 53. Pu. 63. Sa. S. III 128—29. Se. I 81. Si. I 21. Va. I 98, II 438. Wä. I 80. We. 58. Wi. I 97—100.

"Auflage", gleich "modus" i. e. S.[b]) ist Nebenerklärung und Nebengeschäft, nie Nebenbestimmung[c]). Gebräuchlich besonders bei Schenkungen und Vermächtnissen[d]); wieweit zulässig bei andern Rgeschäften, umstritten[e]).

---

[a]) T.D. de condicionibus et modis eorum q. in test. scribuntur 35, 1. T.C. de his q. s. modo legata u. fid. relinquuntur 6, 45; de donationibus q. s. modo ... conficiuntur 8, 54.

[b]) Ueber "modus" im w. S. Böcking Pand. I 115 § a; derselbe ebenda § d Mutmaszungen, nach Hugo, wie das Wort zur engeren Bedeutung gekommen: "die Liberalitäten vermindern sich [um den Betrag der Auflage und bleiben also innerhalb des gesetzlich [L. Furia, L. Cincia] bestimmten Maszes [= modus]".

[c]) Denn es werden keine Naturalien des Hauptgeschäfts beseitigt, (vgl. § 97 und 113). Auch steht dies Nebengeschäft der Zweckbestimmung ("causa") bei einer Zuwendung keineswegs durchgängig gleich: streichen wir die Causa einer Zuwendung, so bleibt ein Etwas das, von Ausnamen abgesehn, keinen anspruch mehr hat als selbständiges ernstgemeintes Rechtsgeschäft zu passiren; wohingegen nach Streichung des Modus allemal ein zweifelloses selbständiges und keiner Ergänzung bedürftiges Hauptgeschäft zurückbleibt.

[d]) In Rom ausserdem bei testamentarischen Freilassungen, vgl. Sav. S. III S. 228—29; Böcking a. a. O. zu N. 14 nur bei "fideikommissarischer Freilassung". — Heutzutage zweifellos Auslobungen, zB. "Stipendien zur Reise nach Rom".

[e]) *α*, Erbeinsetzung: dafür Savigny, Wächter, SA. VII 74; dawider mit ängstlichem Anschluss an die Gesetzesworte Böcking, Pand. I 115 N. 10,.

β, Entgeltliche Zuwendungsgeschäfte: fr. 21 § 4 § 6 de A.E.V. 19, 1, fr. 58 § 2 locati 19, 2. TC. si mancipium ea lege uenierit ne prosti-

Abzuschliessen regelmäszig durch ausdrückliche Erklärung des Gebers[f]) und stillschweigende Unterwerfung des Empfängers, durch Anname des Gebotenen in Kenntnis der Auflage und one Protest wider dieselbe[g]).

Inhalt[h]):

a, Verpflichtung des Empfängers zu Leistungen

---

tuatur 4, 56, si manc. ita fuerit alien. ut manumittatur uel contra 4, 57; SA. XXVIII 105 (mit Quellenzitaten); hiernach wird einzuräumen sein, dass bei all diesen Geschäften (einschliesslich Darlens) diejenigen Vertragsbestimmungen die als Modus zu erfassen wären, einerseits zu erzwingen sind wie andere Vertragsbestimmungen (mit der Kontraktsklage), andererseits aber auch dem ganzen Geschäft einen besondern Charakter verleihn können, es bleibt im alten Typus, repräsentirt aber eine besondre Unterart desselben. — Ueber den Modus bei

γ, Privilegienerteilung ROHG. X 3.

EBG. lässt Auflagen ausdrücklich zu nur bei Schenkung (§ 448) Erbeseinsetzung und Vermächtnis (§ 1757, bei diesen mit einschränkender Definition, vgl. N. k,), doch dürften dieselben darum bei Auslobung, und wo sonst sie erforderlich werden, nicht für ausgeschlossen zu halten sein.

[f]) Gangbare Formen derselben: "ut", "damit", oder besser "er solle aber u. s. w."; selbstverständlich auch beliebig andre zulässig. — In Rom musste die Auflage sofort gemacht werden, c. 4 de donat. q. s. modo 8, 54: "perfecta donatio condiciones postea non capit", vgl. SA. V 167. — Unterwirft h. z. T. der Nemer sich einer nachträglich gemachten Auflage, so ist, bei der jezt allgemein angenommenen verbindlichen Kraft des Wollens, nicht abzusehn warum dies minder gültig sein sollte.

[g]) In Rom konnte man im Zweifel sein, ob der Nemer mehr "re" oder "consensu" zur Ausfürung des Modus verpflichtet werde. H. z. T. reicht man damit nicht aus, die Auflage als Spezies des obligatorischen Vertrags zu erfassen, vgl. Beil. 11.

[h]) Die Auflage darf nicht gehn auf unmögliches, rechtswidriges, unsittliches: fr. 8 § 6, § 7 de cond. inst. 28, 7, fr. 113 § 5 de leg. I 30, fr. 16 de usu leg. 33, 2, fr. 37 de cond. 35, 1, c. 8 de cond. ob c. 4, 6, c. 1 de his q. sub m. 6, 45. Diese Stellen ergeben keineswegs völlig glatte Resultate: wo möglich Ersetzung der unzulässigen durch eine zulässige Auflage (fr. 16 cit., auch fr. 6 de adm. rer. 50, 8); ist das nicht zu ermöglichen und Nemer hat bereits tatsächlich erhalten, so darf er keinesfalls gezwungen werden das unzulässige zu tun, also auch keine condictio c. d. c. n. s. wider ihn; anders wenn die Zuwendung noch nicht zur vollen tatsächlichen Ausfürung gekommen

α, an den Geber, nur ausnamsweise[i]),
β, an bestimmte Dritte[k]),
γ, zum Vorteil unbestimmter Dritter[l]);

---

wäre, vielmehr der Nemer zur Geltendmachung des auf ihn übertragenen Rechts klagbar werden müsste, hier ist zu unterscheiden:
α, der Nemer dringt durch, indem er die Einrede der unerfüllten Auflage mittels einer replica doli beseitigt,
β, der Nemer dringt nicht durch, die Replik versagt wenn auch in der Anname der Gabe sub modo eine "turpitudo" lag, "in pari turpitudine melior est condicio possidentis".
Auch EBG. 1886, 1853 kehrt sich bei leztwilligen Auflagen ausdrücklich gegen das was unmöglich und was verboten ist sowie gegen was wider die guten Sitten verstöszt; Unwirksamkeit der Auflage soll aber im Zweifel die Ungültigkeit der Zuwendung nicht nach sich ziehn.

i) Eine Gegenleistung an den Zuwender selber? Die Gültigkeit einer solchen Auflage, sei es an den Schenker selber (donatio sub modo) oder an den belasteten Erben (legatum sub modo), an sich ist unzweifelhaft, fraglich nur ob dann noch von Schenkung oder Vermächtnis "sub modo" zu reden wäre, oder ob vielmehr ein Tauschgeschäft, und jenachdem negotium mixtum cum don., oder Vermächtnis eines Austausches anzunemen wäre. Denkbar sind solche von Kauf und Verkauf unterschiedene Tauschgeschäfte auch heute noch:

ich gebe Sache in Erwartung einer Preiszalung von der Gegenseite, und mit der Ausmachung bei ausbleibender Zalung nach meinem Belieben klagen zu können, auf Sache oder auf Preis; und umgekehrt,

ich gebe Geld in Erwartung der Gegenleistung einer Sache, und mit der Ausmachung bei ausbleibender Gegenleistung nach Belieben auf Geld oder Sache klagen zu können.

Im Zweifel wird man bei derartig verabredeten Gegenleistungen die Zuwendung "sub modo" ausgeschlossen, und echtes Tauschgeschäft als vorhanden anzunemen haben, wobei aber zu bemerken, dass der Begriff der "Gegenleistung" selber noch kein ganz präziser ist, man denke an die Auflagen von Unterlassungen, zB. dass der Empfänger kein Konkurrenzgeschäft gründe, oder auch dass er das bestehende aufgebe, Stadt und Land verlasse, u. s. w. Hingabe einer Geldsumme "mit der Zweckbestimmung oder Auflage", sie solle zur Befriedigung des Nemers und anderer Gläubiger des Gebers dienen, betrachtet auch ROHG. IX 46, S. 158 gemeinrechtlich nicht sowol als "datio sub modo" denn als unbenannten Realvertrag. Dahingegen erfasst SA. XI 106 die "donatio omnium bonorum", unter der Auflage Alimente und Taschengeld dawider zu erhalten, als echte nach fr. 17 § 1 quae in fraud. 42, 8 anzufechtende Schenkung.

b, Verpflichtung des Empfängers zu anderem Tun[m]);
c, Regelung der Verwaltung des Gegebenen[n]).
Danach ist die Zuwendung unter Auflage bald entgeltlich bald unentgeltlich[o]).

Zweifellos zulässig und als Auflagen zu beurteilen sind leztwillige Verfügungen welche die Bedachten verpflichten im Interesse des Verstorbenen tätig zu werden, gleichviel ob denselben dabei Geldausgaben (zB. für Leichenfeierlichkeiten, Errichtung eines Monuments) angesonnen werden oder blos Arbeiten (zB. Uebername einer Vormundschaft, der Testamentsvollstreckung, der Herausgabe litterarischer Arbeiten).

[k]) Im Röm. R. von besonderem Interesse, durch die freilich erst spät dem Dritten eingeräumte Klagberechtigung; c. 1 pr. de his q. s. m. 6, 45, c. 3 § 1 de donat. q. s. m. 8, 54, dazu Sav. S. III S. 236.— EBG. nimmt zwei verschiedene Umgrenzungen der Auflage an: bei Schenkungen kann dieselbe auf Zuwendungen an Dritte gehn (vgl. § 448, 1: ... "gereicht diese zu gunsten eines Dritten .."), bei leztwilligen Verfügungen wird die Auflage definirt, als "Verfügung one Zuwendung an einen Andern" (§ 1757, über die seltsame Fassung unten N. q,).

[l]) Dem Bedachten ist auferlegt "dem Publikum" den Zutritt zur Gallerie, zum Park, u.s.w. zu gestatten, "an die Armen" zu geben u.s.w.; über "die Armen" in leztwilligen Verfügungen EBG. 1776; vgl. auch Beil. II B,.

[m]) Auflagen ausschliesslich im Interesse des Empfängers. Dass dieselben stets ungültig, kann aus den Stellen die dafür angefürt werden, fr. 13 § 2 de don. int. u. et u. 24, 1, fr. 3 de donat. 39, 5 nicht gefolgert werden. Ebenso wenig, dass die leztwilligen Verbote zu verkaufen oder zu verpfänden von den Römern für nichts geachtet wären, aus fr. 114 § 4 de leg. I 30, fr. 38 § 4, 93 pr. de leg. III 32; und wäre dies wirklich die Römische Ansicht gewesen, so stände derselben modernes Gewonheitsrecht entgegen. Richtig ist nur, was schon Sav. a. a. O. III S. 232 bemerkt, dass ein der Zuwendung beigefügter guter Rat oder bloszer Wunsch des Zuwenders kein Modus ist und überhaupt keine verbindliche Kraft hat, vgl. fr. 13 § 2 cit. fr. 71 pr. de cond. et dem. 35, 1, fr. 2 § 7 de donat. 39, 5 und auch fr. 7 de ann. leg. 33, 1. — Es kommt eben alles darauf an, ob der Geber, bei Geschäften unter Lebenden wie bei leztwilligen, bestimmt gewollt, und seinem Willen genügend Ausdruck gegeben hat, um sich die N. p, α, angefürten Rmittel zu sichern; nach SA. VII 74 kann der Empfänger gültig verpflichtet werden andere Erbschaften nicht anzunemen, nach SA. V 167 keine Schulden zu machen.

[n]) Ueber die Wirksamkeit einer "lex dationis" bei den Römern A. Pernice hr. Vschr. X S. 295 f., Labeo I S. 475 f., aus der neueren Praxis SA. III 86, IX 313, X 324, XV 139, XXX 43, XXXI 251.

Zwang zur Ausfürung:
nach Römischem Recht bunt und teils singulär[p]);
nach dem Recht der Gegenwart (und Zukunft) den allgemeinen Rechtsnormen entsprechend[q]).

---

o) Beil. I.

p) α, Rechtsmittel des Zuwenders und seiner Erben:
Kondiktion, und zwar des ganzen Zugewanten, c. 3, 8, cf. c. 2. de cond. ob r. d. 4, 6, vgl. SA. V 168, VII 74;
unter Umständen auch Vindikation, c. 1 de don. q. s. m. 8, 54;
Klage auf Erfüllung c. 3 § 1 eod., bei Miterben untereinander iud. familiae erciscundae, fr. 18 § 2 fam. erc. 10, 2, fr. 7 de ann. leg. 33, 1;
Klagen auf Kaution zu deren Bestellung der Vermächtnisnemer auch durch Einbehalten des Vermachten gezwungen werden kann, fr. 19 de leg. III 32, fr. 40 § 5, 71 pr. § 2, fr. 80 de cond. et dem. 35, 1.
β, Rechtsmittel der Dritten zu deren gunsten der Modus,
c. 1 pr. § 1 de his q. s. modo 6, 45, c. 3 § 1 de don. q. s. m. 8, 54
γ, obrigkeitliches Einschreiten,
fr. 50 § 1 de H. P. 5, 3, cf. fr. 7 de ann. leg. 33, 1, fr. 92 de cond. 35, 1, auch fr. 44 de manum. test. 40, 4.
δ, Wirkungen "in rem",
c. 2 de donat. q. s. m. 8, 54, fr. 42 pr. de mort. c. don. 39, 6, TT. Cod. 4, 56 et 4, 57.

q) EBG. 448, 1 verweist bei den Schenkungen beigefügten Auflagen zu gunsten Dritter auf die allgemeinen Bestimmungen über Verträge zu gunsten Dritter (§ 412—16), und sieht in leztwilligen Auflagen, die Zuwendungen an Dritte bedingen, Vermächtnisse; denn

> EBG. 1757 Ein Erbe sowie ein Vermächtnisnemer kann durch leztwillige Verfügung one Zuwendung an einen Andern mit der Verpflichtung zu einer Leistung beschwert werden (Auflage).

Dass mit dieser etwa an c. 27 de euict. 8, 44 erinnernden Fassung gesagt sein soll,

> dass die Verpflichtung zu einer Leistung one Zuwendung an einen Andern eine Auflage sei

erklären die Mot. V S. 10 ausdrücklich; die Auflage einer Zuwendung an Dritte ist danach bei leztwilligen Geschäften (s. oben N. k,) keine "Auflage" im technischen Sinn.

EBG. 1888 fürt Diejenigen auf, welche auf die Vollziehung leztwilliger Auflagen (in dem durch § 1757 bestimmten Sinne) klagen, oder dieselbe (als Behörden) verlangen können; die ihnen zustehende Befugnis soll aber nur formaler Natur sein, da ihr kein "Forderungsrecht von materiellem Vermögenswert" zu grunde liegt, vgl. Mot. V S. 214, Kondiktionen des Empfangenen sollen wider den welcher die Auflage unerfüllt lässt nicht stattfinden, ebenda S. 216.

r) Beil. II.

Daher im hinblick auf die Mannigfaltigkeit des Inhalts[r]) fraglich wie lange die "Auflagen" als besondere Gruppe der Nebengeschäfte zu behandeln sein werden.

Beilage I. Wirkung der Auflage auf das unter der Auflage geschlossene Geschäft. Da durch die Auflage niemals Naturalien ausgeschlossen werden, wirkt die Beifügung derselben auf das Hauptgeschäft niemals so energisch wie Zeitbestimmungen (Befristungen wie Bedingungen) die zugleich Nebenbestimmungen (i. e. S.) sind. Gleichwol ist die Bedeutung, die der Modus nach Umständen erlangen kann, nicht gering:

fr. 24 § 1 de reb. auct. iud. 42, 5, fr. 25 de R.C. 12, 1; fr. 1 § 1—12, fr. 7 § 1, 2 de exerc. act. 14, 1, vgl. DHGB. 497;

wobei zu beachten, dass diese "Wirkungen" keineswegs von dem schwierigen Beweise abhängen, dass das creditum zur restitutio aedificiorum, zur refectio nauis, zur mercis comparatio wirklich verwendet sei (SA. XXVIII 105).

Ueber die Insinuation der Schenkung sub modo gehn die Stimmen der Praxis auseinander, vgl. SA. I 341, VI 38, XVIII 136. Mit SA. XXVI 131 wird angenommen werden müssen, dass überhaupt eine genaue Berechnung der maszgebenden Werte möglich, und danach die reine Bereicherung des Beschenkten das gesetzliche Masz überschreite; mit SA. XXVII 128, dass die Beweispflicht dem Anfechter obliegt.

Wo nach RKO. 25, 1 und RG. v. 21. Juli 79, § 3, 3 "unentgeltliche Verfügungen" anfechtbar sind, muss diese "Unentgeltlichkeit" vom Standpunkt der Gläubiger welche die Verfügung schädigt, beurteilt werden. Es kommt also nicht darauf an wieviel dem sub modo Beschenkten verbleibt, sondern wieviel durch die Auflage in das Vermögen des Gebers zurückkehrt. Lässt sich dies berechnen, und ergibt sich dass der Betrag dem der Zuwendung nicht gleich kommt, so liegt eine (sei es auch nur teilweis) "unentgeltliche Verfügung", und somit grund zur Anfechtung vor. Dass es widersinnig wäre, Gaben sub modo durchweg den "entgeltlichen Verfügungen" beizuzälen, leuchtet sofort ein wenn man an Auflagen wie die in N. n, erwänten denkt.

Beilage II. Die Frage, ob "Auflage", oder "Modus", anspruch hat ihre Stellung im Rsystem zu behaupten, wird neuerdings angeregt durch die Behandlung welche ihr der EBG. angedeihn lässt: Uebergehung im allgemeinen Teil, Bezugname flüchtige bei den Schenkungen, eingehendere bei den leztwilligen Verfügungen, mit einer Definition die mit der "Auflage" bei den

Schenkungen nicht ganz übereinkommt (vgl. N. k, und q,), ein Teil der Auflagen bei Schenkungen verwiesen unter die Regeln der Verträge zu gunsten Dritter, Auflagen bei leztwilligen Verfügungen in vielen Hauptpunkten den Vermächtnissen gleichgestellt (s. insbesondre EBG. 186). — Nichts zu schaffen hat die Frage mit der praktischen Bedeutung der Einzelerscheinungen die wir als "Auflagen" bezeichnen für die Zukunft; diese steht ausser Zweifel, bedenklich allein, ob weiter Ein Rechtsbegriff unter dem Namen sich wird behaupten können, ob wir ein "Recht der Auflagen" behalten, eine Reihe von Rsätzen welche für alle "Auflagen" und nur für diese gelten.

Dabei ist dem "Modus" eine gewisse Zähigkeit nicht abzusprechen. Nachdem die mutmaszlich erste Bedeutung (N. b,) schon seit der L. Falcidia sich verloren hatte, bleibt der Ausdruck im gebrauch, und bezeichnet einen Begriff, der nicht schlechter abgeschlossen ist als andre der klassischen Jurisprudenz und der Justinianischen Gesetzgebung. Theorie und Praxis haben sich vielfach mit ihm befasst (wobei sehr wenig darauf ankommt ob der alte Name "Modus" oder der neuere "Auflage" benuzt wird), und die Wenigsten scheinen noch geneigt mit Windscheid ihn der Voraussetzung zu opfern. Zugleich scheint er bestimmt im Recht der Gegenwart noch einer besondern Aufgabe zu dienen. Schon einmal hat gerade der Modus als Brücke sich bewärt, dem neuen Gedanken, dass Verträge auch Dritte berechtigen können, Eingang ins Römische Recht zu verschaffen. Jezt wieder wird er benuzt, dem modernen Gedanken der Zwecksatzungen zu Schirm und Stütze zu dienen. Aber eben diese Warnemung verstärkt eher die obigen Zweifel: sollte es nicht geraten sein, den neuen Gedanken unvermengt und unverhüllt anzupacken und auszudenken? mögen Zwecksatzungen und Auflagen sich berüren hie und da, die Zwecksatzungen haben sicherlich anspruch auf eignes Recht, und die Herstellung von diesem ist gehemmt und beinah unmöglich gemacht, so lange ein beträchtlicher Teil der Zwecksatzungsgeschäfte unter falscher Flagge färt, und deshalb bei der Herstellungsarbeit unbeachtet verbleibt.

Die Antwort wird hiernach keine einfache sein dürfen; wir unterscheiden nach dem Inhalt der Auflagen:

A, Zuwendungen an bestimmte Personen (Text a α, u. β, N. i, k, auch p α,),

a, auf den Todesfall, gleichviel an Wen (Erben des Auflegers, andre Belastete, Dritte), solche Auflage wäre nach EBG. 1756 "Vermächtnis", nach 1757 keine "Auflage", steht also durchweg unter dem Recht der Vermächtnisse, vgl. EBG. 1842—85, 85;

b, unter Lebenden, ist nach EBG. 448, 1 "Auflage",

α, an den Geber selber,

β, an Dritte, steht nach 448, 1 unter dem R. der Verträge zu gunsten Dritter, EBG. 412—16.

Für α, und β, gilt EBG. 448, 1; wird das Geschenkte dem Beschenkten nach Erfüllung der Auflage entwärt, so hat dieser vom Schenker Ersatz der auf die Auflage gemachten Aufwendungen zu verlangen, soweit diese eine aus der Schenkung (trotz der Entwärung) etwa verbliebene Bereicherung übersteigen. Man wird danach annemen, Entwärung vor Erfüllung der Auflage (selbstverständlich mit derselben Einschränkung) hebt die Verpflichtung zur Erfüllung auf; und die zugrunde liegende Regel dahin formuliren dürfen, "der unter Auflage Bedachte hafte ex re, nicht ex consensu". Damit harmonirt zum besten was EBG. für Vermächtnisse und leztwillige Auflagen aufstellt: der Belastete haftet den Bedachten nur soweit wie das was er selber erhalten reicht (§ 1881, vgl. Mot. V zu § 1888). Aber dieselben Sätze passen augenscheinlich nicht auf alle Auflagen (im gemeinrechtl. S.), namentlich nicht auf die bei entgeltlichen Geschäften (N. e β,), und noch weniger auf alle Verträge zu gunsten Dritter, von denen eine grosze und praktisch vornemlich wichtige Gruppe (Lebensversicherungen) den Charakter der gewagten Geschäfte gar nicht abstreifen kann. Wir gelangen von hieraus zu dem Gegensatz rein konsensueller und real zu begründender Auflagen, zu erfüllen jene lediglich nach der Verabredung, und one Rücksicht darauf was der Erfüllungspflichtige selber erhalten habe oder behalten werde, diese nur nach Maszgabe der eigenen Bereicherung des Pflichtigen.

B, Zuwendungen an unbestimmte Personen, insonderheit Konstituirung eines gewissen Gemeingebrauchs an Sachen die im Privateigentum verbleiben sollen (Text $\alpha\gamma$, N. 1, auch I § 78 N. p,). Der Unterschied, ob die Bestellung unter Lebenden oder auf den Todesfall geschieht, ist hier von geringerer Bedeutung, beidemal schlägt die entscheidende Verfügung in das Gebiet der Zwecksatzungen. Bekanntlich ist EBG. über diese Fragen (Zwecksatzungen, Gemeingebrauchsberechtigungen) vorzugsweise unausgiebig, mit der ausgesprochenen Absicht dieselben den Landesgesetzgebungen zu überlassen. Einen kleinen Beitrag zur Herstellung des erforderlichen Rechts gibt

> EBG. 1888 . . . . . Ist die Vollziehung im öffentlichen Interesse, so kann sie auch von der zuständigen Behörde verlangt werden; die Zuständigkeit bestimmt sich, in Ermangelung einer reichsgesetzlichen Vorschrift nach den Landesgesetzen.

Aber wie, wenn die Landesgesetze hier ebenso lückenhaft wären wie die Reichsgesetzgebung?

C, Anderes Tun des Verpflichteten, das nicht den Charakter einer Leistung hätte, indem es weder bestimmten noch unbestimmten Dritten irgend welchen Vorteil bringen sollte (der Empfänger soll Reisen machen, Examen bestehn, Namen annemen, keine Schulden machen u. s. w. vgl. Text b, N. m). Wer kann die Erfüllung fordern?

bei Geschäften unter Lebenden, wenn er sich leidlich vorgesehn, der Geber EBG. 742; d. h. er kann das auferlegte Tun nicht direkt erzwingen, aber indirekt durch Rückforderung des Gegebenen (selbstverständlich dass hiebei, analog den Bestimmungen zu A, von dem Zurückzuleistenden in abzug gebracht werden könnte was für die Erfüllung der Auflage verausgabt wäre);

bei leztwilligen Auflagen nach EBG. 1888 "der Testamentsvollstrecker der Erbe der Miterbe sowie Derjenige welchem der Wegfall des mit der Auflage Beschwerten zu statten kommen würde". Dazu Mot. V S. 214: "die beigelegte Befugnis ist mehr eine formale, [den bezeichneten Berechtigten] wird nicht ein Forderungsrecht von materiellem Vermögenswert zugewendet, da die Leistung aus der Auflage für sie one unmittelbares vermögensrechtliches Interesse ist." — Nimmt man RCPO. 774 hinzu, so dürfte man zu der Ueberzeugung gelangen, dass derartige Auflagen unerfüllt zu lassen ein für den Verpflichteten meist recht ungefärliches Spiel sein wird. Sicherlich würden Rückforderungsrechte auch hier zweckmässiger sein.

D, Normsetzungen für die Verwaltung des auf den (sub modo) Bedachten übertragenen Vermögensstücke (Text c, N. n,). Zwecksatzungen, doch anderer Art als die zu C,. EBG. enthält nichts darüber, als die aus den §§ 58—62 zu entnemenden fernab liegenden Analogieen. Die über Fälle dieser Art in der Praxis vorhandenen Meinungsverschiedenheiten werden voraussichtlich bestehn bleiben.

Alles zusammengenommen fürt zu folgenden Endergebnissen: Auflagen im weiten S. Was jezt "Auflagen" geheissen wird sind ausnamslos Nebengeschäfte, aber Nebengeschäfte von verschiedenem Inhalt und überhaupt von verschiedener Art, manche von ihnen stehen manchen andern Nebengeschäften (die keine Auflagen sind) ja Hauptgeschäften (wie zB. Geschäften zu gunsten Dritter, Zwecksatzungen) näher als manchen Auflagen. Es scheint schon jezt unmöglich

einen praktisch brauchbaren Begriff "Auflage", und ein Recht der Auflagen

festzustellen. Durch die Einfürung von EBG. würden die einzelnen Geschäfte einander nicht näher gerückt, und die Herstellung eines Gesamtbegriffs und des entsprechenden alle umfassenden "Auflagenrechts" nicht gefördert.

Auflagen im engen S.; so könnte man etwa die unter A, besprochenen Realverpflichtungen heissen, und sie als festen Kern einer abschliessbaren Gruppe von Nebengeschäften erfassen. Das charakteristische Merkmal bliebe dann die Verpflichtung ex re:

keine Gebundenheit über empfangene Bereicherung hinaus, kein Zwang als durch Entziehung der Bereicherung.

§ 119.

Die Voraussetzungen.

Ar. 74. Ba. 60. Bz. (1) 346, 347. De. I 115. Pu. 63. Wä. I 80. We. 39, 58. Wi. I 97—100.

"Voraussetzungen" eines geschäftlichen Willens[a]) heissen wir[b]) dasjenige denken und meinen des Wollenden bezüglich auf das was ist und das was geschehn ist ("annemen"), sowie auf das was geschehn wird ("erwarten")[c]), one welches er diesen Willen nicht gefasst haben würde[d]). Also ergibt die falsche Voraussetzung auch einen gefälschten[e]) Willen:

a) Das Wort "Voraussetzung" wird hier gebraucht in einem engeren Sinne als dem § 80 angegebenen; nach diesem würde der Handelnde selber, nicht blos sein "denken und meinen", als Voraussetzung in betracht kommen. Dagegen knüpfen wir an das im § 115 zur Einleitung der Lehre von den Bedingungen Bemerkte, und versuchen die Begriffe, die Windscheid und seine Anhänger benutzen, mit den unsrigen in Einklang zu bringen.

b) Ueber die diesen Sprachgebrauch begründenden Untersuchungen Windscheids Beil. I.

c) Den Gegensatz der beiden Arten der Voraussetzungen, "annemen" — "erwarten" betont W. nicht; die Bedeutung desselben tritt in dem zu A, und B, des Textes (insb. N. s,) Bemerkten hervor.

d) Windscheid (da näheres Eingehn hier ausgeschlossen beschränken wir uns auf die Darstellung in der 6. Ausg. der Pandekten) definirt die Voraussetzung zunächst als "unentwickelte Bedingung". In diesem "unentwickelt" soll anscheinend zweierlei liegen:

α, "er geht nicht dazu über das Dasein der Wirkung von dem [vorausgesezten] Zustande der Verhältnisse abhängig zu machen"; — aber wäre die Wirksamkeit solcher Voraussetzung wesentlich verschieden von dem gewisser Resolutivbedingungen?

der Wille entspricht der Erklärung,
beruht auf irrtümlicher Anname oder Erwartung,
läuft dem zuwider was der Handelnde one den Irrtum gewollt haben würde,
und zieht Folgen nach sich, welche der Vorstellung des Handelnden von den Folgen seines Wollens nicht entsprechen[f]).

Von den Voraussetzungen dieser Art betreffen

A, die Annamen

a, die Person des Andern[g]) auf den der Wille sich bezieht;

β, "die Voraussetzung ... kann auch one ausdrückliche Erklärung ... sich als gewollt ergeben"; die Vorauss. (= unentwickelte Bed.) kann also auch ausdrücklich erklärt sein.

Diese negativen Definitionsstücke werden ergänzt durch das positive will dass die gewollte rechtliche Wirkung nur bei einem gewissen [vorausgesezten] Zustande der Verhältnisse bestehn soll.

Danach dürfte es immer noch möglich sein
entweder den Hauptgeschäftswillen und den Voraussetzungswillen als zwei getrennte Dinge zu erfassen, von denen lezterer dem ersten eventuell entgegenwirkt (änlich wie Wi. I S. 268 die "auflösende Bed." zu einer "auf Wiederaufhebung der Wirkungen der Haupt-WE. gerichteten aufschiebenden NebenWE." macht),
oder man betrachtet den tatsächlichen Erscheinungen des Lebens entsprechend das "voraussetzende Wollen", wie das im Text geschehn, als nur Einen Willen, und die Voraussetzung als "condicio sine qua non" der geschäftlich wirksamen WE. — Dass "Erwartungen" und "Annamen" die vielleicht irgend mitbestimmend gewirkt, denen aber doch die Bedeutung einer "cond. s. q. n." nicht zukäme, anspruch auf rechtliche Beachtung hätten, muss, auch wenn sie ausgesprochen wären, geleugnet werden Bo. II 725. — Lenel a. a. O. S. 222: "Jede Vorstellung die für die Partei wirklich entscheidendes Motiv gewesen ist, ist Voraussetzung in Ws. Sinne".

e) "Gefälschter Wille" ist der "fälschlich", d. h. auf grund falscher Voraussetzungen zustandegekommene, und bildet einen Gegensatz zu dem "falsch erklärten" und "falsch übermittelten"; was nicht ausschliesst, dass die rechtliche Wirksamkeit der einen Art dieser Fälschungen mit der der andern vielfach zusammentrifft.

f) Das spricht Wi. I S. 313—14 so aus:
die gewollte rechtliche Wirkung besteht und fortbesteht, auch wenn die Voraussetzung ermangelt. Aber dem wahren dem eigentlichen Willen des Urhebers der WE. entspricht das nicht, u. s. w.

b, das Objekt der gewollten Leistung[h]), der zumachenden oder der zuempfangenden;

c, die Rfolgen des mit der Willenserklärung geschlossenen Geschäfts:

α, die ersten, unmittelbaren[i]);

β, die zweiten, mittelbaren[k]), in die Zweckbestimmung (Causa) aufgenommenen;

d, die ökonomischen Folgen des Geschäfts, insbesondre

α, die Vermögenslage überhaupt die ökonomische Tüchtigkeit und Kreditwürdigkeit des Andern[l]) (namentlich bei Tauschgeschäften),

β, die Eigenschaften der Objekte[m]) der zumachenden oder zuempfangenden Leistungen;

---

g) Trifft diese Anname nicht zu, so tritt "error in persona" (vgl. EBG. 98: ".... unter andern Personen ..") ein.

h) Im Fall des Nichtzutreffens "error in re" (EBG. 98: "... auf einen andern Gegenstand ...").

i) Eventuell Irrtum betreffs der rechtlichen Wirksamkeit der abzugebenden WE. (EBG. 98: "... ein Rgeschäft anderer Art ..."?) RE. II 34, XIX 24, vgl. Bo. III 476.

k) Der Fall der im Leben wol am häufigsten vorkommt und den auch die Römer schon am eingehendsten bedacht haben, vgl. § 100—1. Die Zuwendung und ihr nächster ("erster") Erfolg ist gewollt so wie sie stattfindet; aber durch dieselbe soll ein "zweiter" rechtlicher Erfolg herbeigefürt werden (Causa, Zweckbestimmung), und dieser bleibt aus und muss ausbleiben weil der Sachverhalt anders als der Zuwender "vorausgesezt" oder "angenommen". So vornemlich wenn die Zuwendung geschieht um Schuld zu zalen (soluendi c.), und die vorausgesezte Schuld nicht besteht, RE. I 72, VI 28, VII 56, XIII 11, XIX 65, XXI 36, Bo. I 456, III 309, 310, V 261—64, VI 217—19, vgl. 355; einigermaszen verwante Fälle auch RE. III 94, 95 XVIII 66, und etwa Bo. II 872. — In diese selbe Klasse gehört aber auch die Kondiktion welche eintritt, wenn eine Zuwendung gemacht ist um ein Recht zu erwerben (credendi c.), und der Rechtserwerb ausbleibt, zB. weil die Auszalung an ein Kind einen Wansinnigen oder Entmündigten geschehn wäre.

l) zB. einem Konsortium gegenüber habe ich mich in rechtsverbindlicher Weise, vielleicht unter Konventionalstrafe, verpflichtet, besonders wertvolle Sachen (Kunstwerke) zu einer Ausstellung zu überlassen, dann zeigt sich dass dies Konsortium aus einer Schwindlergesellschaft besteht.

e, was sonst den Entschluss zu einem Rgeschäft zu bestimmen[n]) vermag;

B, die Erwartungen,

a, Handlungen des Andern[o]) (dem wir eine Zuwendung zukommen lassen), Leistungen an uns, an Dritte, Nichtleistungen,

b, beliebige andre zukünftige Ereignisse[p]).

Derartige Voraussetzungen kommen vor bei leztwilligen Verfügungen[q]) wie bei Geschäften unter Lebenden[r]). Hier ist zu unterscheiden:

[m]) S. g. "error in substantia" "in qualitate", vgl. zB. RE. III 26, XIX 50, XXI 31, etwa noch IX 6, und Bo. III 475, V 390, 466, 673.

[n]) zB. dass der andre Kontrahent das gleiche Geschäft noch nicht mit Dritten geschlossen habe, vgl. Bo. V 478; oder dass bei einem abzuschliessenden Akkorde Andern nicht mehr gewärt werde als uns, Bo. IV 581; Forderungserwerb um einen Akkord herbeizufüren Bo. III 761. Dieser lezte Fall liegt auf der Grenze der Annamen und Erwartungen: ich "neme an" dass ich durch das Geschäft in die Rechtslage komme einen mir erwünschten Erfolg herbeizufüren, und "erwarte" dass dann eben dieser Erfolg eintreten wird.

[o]) Hier berüren wir das Gebiet des Modus, vgl. § 118 Text a, α—γ, und b,; nicht hiehergezogen werden können die ebendort zu c, behandelten Fälle. Die eintretende Klage ist condictio causa data c. n. s.

[p]) Die cond. c. d. c. n. s. ist nicht ausschliesslich an die Voraussetzung (= Erwartung) einer Handlung des Empfängers geknüpft, vgl. zB. fr. 1 § 1, fr. 2, 7, 8, 13 de cond. c. d. c. n. s. 12, 4. Auch in der Gegenwart laufen Fälle beider Arten (Ba, und Bb,) nicht selten in einander über, und vermengen sich auch wol mit Annamefällen, vgl. RE. II 118, V 7, VII 56, XIV 55, Bo. I 456, II 724, III 474, IV 292, 293, 579, V 478, VI 559, 577.

[q]) Dass wir allen Grund haben falschen Voraussetzungen bei leztwilligen Verfügungen viel mehr gewicht beizulegen als bei Verträgen, ist von den Römern und auch von manchem modernen Juristen längst erkannt, vgl. Wi. I S. 317, auch Lenel a. a. O. S. 220, 221; das Nähere hierüber gehört ins Erbrecht.

[r]) Es ist wol der Hauptfeler der Windscheidschen Voraussetzungslehre dass die Menge der einzelnen Momente, von denen die Wirksamkeit der Voraussetzungen bei Geschäften unter Lebenden abhängt, nicht genügend berücksichtigt ist; hier straft sich die Einseitigkeit des "Willensdogmas".

1, Voraussetzung ausdrücklich erklärt, Rfolgen des Nichtzutreffens derselben, gleichfalls ausdrücklich ausbedungen[s]);

2, Voraussetzung ausdrücklich erklärt, Rfolgen des Nichtzutreffens nicht ausbedungen[t]);

---

[s]) Das ergibt

I für alle "Annamen" die "condicio in praesens uel praeteritum relata"; vgl. fr. 3 § 13 de bon. lib. 38, 2: ... aut enim impleta est et pure institutus est, aut non est nec heres institutus est, cf. fr. 16 de in i. test. 28, 3, fr. 10 § 1 de cond. inst. 28, 7; § 6 I. de V. O. 3, 15, fr. 37—39 de R. C. 12, 1 fr. 100, 120 de V. O. 45, 1. — EBG. 137 scheint nur auf den Fall zu sehn, wo die Parteien eine wirkliche Bedingung beizufügen vermeinen, diese aber vor der Beifügung schon entschieden ist. Aber auch der andere Fall verdient Beachtung, wo die Parteien richtig erkannt haben, dass die Sache an sich schon entschieden, und nur ihnen noch das Wissen wie entschieden abgehe, und nun für beide Möglichkeiten ihre Verabredungen treffen; selbstverständlich tritt das Verabredete auch hier mit dem Augenblick der Verabredung in kraft. In dem Bo. V 458 entschiedenen Falle ist die Voraussetzung, dass der andere Teil Geschäfte gewisser Art, "nicht abgeschlossen habe oder fortbestehn lasse", also genau besehn Verschmelzung von Anname und Erwartung (cond. in pr. und cond. im e. S., und zwar wol c. suspens. "nur beim Zutreffen dieser Voraussetzung wollte X sich binden", d. h. nicht eher als bis das "Fortbestehn" aufgehört habe —?).

II Für "Erwartungen" verschiedene Möglichkeiten:

1, die beabsichtigten Geschäftsfolgen werden (suspensiv oder resolutiv. abhängig gemacht von dem Erwarteten, aufschiebende und auflösende Bedingungen;

2, die beabsichtigten Geschäftsfolgen treten unbedingt ein, andere werden bedingt für den Fall der geteuschten Erwartung daneben gestellt; und zwar nemen diese regelmäszig die Gestalt einer obligatorischen Verpflichtung an:

α, "Du wirst das tun", im Fall der Unterlassung soviel mindestens Entschädigung zalen;

β, "Du stehst dafür", ergibt sich das Erwartete nicht, so zalst Du, mindestens ein Geldäquivalent für den Ausfall.

[t]) Nach W. müsste in allen Fällen der Art die Voraussetzung ihre eigentümliche Wirksamkeit behaupten, er erfordert bei Geschäften unter Lebenden durchgängig nur, "dass die Voraussetzung nicht blos überhaupt ..... sondern auch von Demjenigen zu gunsten dessen die WE. abgegeben worden ist, habe erkannt werden können (Wi. I S. 317). Das ist zweifellos zu wenig verlangt, vgl. Beil. I; sehr richtig Bo. II 725:

3, Voraussetzung nicht ausdrücklich erklärt, gleichwol als dem andern Teile bekannt anzunemen[u]);

4, Voraussetzung weder erklärt noch als bekannt anzunemen[v]).

In den Fällen zu 1, regelmäszig[w]) Rechtsfolgen wie ausbedungen;

in denen zu 2, und zu 3, Rfolgen nach den Umständen verschieden[x]), von Bedeutung namentlich

---

weil nicht erhellt dass die Parteien den Bestand des Geschäftes von der Richtigkeit [der vorausgesezten] Tatsache abhängig gemacht.

Vgl. übrigens auch Bo. IV 477, 478.

Weiss mein Widerpart, dass ich den "Bestand des Geschäftes" von dem Vorausgesezten "abhängig mache", und hat sich derselbe hiemit einverstanden erklärt, so liegt in wirklichkeit vor eine condicio, oder jenachdem cond. in pr. relata, vielleicht in etwas freier Form, vgl. Bo. III 475: "... weil die Voraussetzung als Bedingung gemeint ist".

[u]) Dass unter Umständen auch nicht ausdrücklich erklärte Voraussetzungen wirken können unterliegt keinem Zweifel, wenn der andre Teil diese gekannt, und beide Teile über die Wirksamkeit derselben einverstanden gewesen; eventuell auch wenn der andre Teil sie hätte kennen müssen, hier wird die Interpretationsfrage entscheidend; Bo. IV 426, 427, vgl. IV 581.

[v]) Bo. IV 477, 478: Voraussetzungen die beim Abschluss des Vertrages "keinen Ausdruck gefunden", "oder nicht beiden Teilen erkennbar gewesen" sind bedeutungslos, vgl. Bo. IV 293. Dem widerstreitet die alte Lehre, wonach gewisse falsche Voraussetzungen, und zwar Annamen, der s. g. error in persona, — re, — negotio, — substantia, das Geschäft allemal nichtig machen sollen, auch wenn solcher Irrtum dem Widerpart weder bekannt noch kenntlich gewesen; was nur "unter Umständen" richtig (vgl. § 126).

[w]) Ueber unzulässige und darum der regelmäszigen Wirksamkeit entbehrende Voraussetzungen Wi. I § 100, EBG. 743.

[x]) Also gemeinrechtlich in diesen Fällen Rfolgen des Ausfallens der Voraussetzungen überhaupt (vgl. N. t, und v,) nur da,

α, wo dieselben in den Gesetzen ausdrücklich vorgeschrieben,

β, wo dieselben nach den Regeln der Analogie im anschluss an die gesetzlichen Vorschriften anzunemen,

und folgeweise

zu α, so beschaffen, wie die Gesetze dies vorschreiben,

zu β, so wie die Analogie gebietet.

Bei ausfallenden Annamen muss vorzugsweise die cond. indebiti in betracht kommen, bei der wol zu beachten dass ihr Erfolg nach Um-

die Art der Voraussetzung (A a—e, B a—b,),
wie weit das unter solcher Voraussetzung geschlossene Geschäft schon zur ausfürung[y]) gekommen;

---

ständen verschieden, und insbesondre durch das Benemen (mala fides) des Empfängers (s. g. condictio furtiua) gesteigert werden kann. — Bei ausfallenden Erwartungen aber entsteht nicht nur eine cond. causa data c. n. s., sondern in sehr vielen Fällen wird der Geschädigte auch die Berechtigung haben, das Geschäft bestehn zu lassen und auf Erfüllung, und jenachdem Entschädigung wegen Nichterfüllung zu klagen (vgl. auch § 118 N. p,). Im Röm. R. ist das Nebeneinanderbestehn der a. praescr. u. und der condictio historisch zu erklären, leztere ist geblieben einfach weil sie bei und nach dem Aufkommen der Erfüllungsklage nicht aufgehoben worden. Auch unser Recht verträgt änliche Konkurrenzen (vgl. zB. DHGB. 355), aber sie erregen immerhin einige Bedenken, und wo Erfüllungs- und Entschädigungsklagen zustehn, wird man one ganz festen Anhalt an den Quellen auch die Rückforderung zuzulassen wenig geneigt sein: habe ich credendi c. (im w. S.) gegeben, und eine Forderung ist mir (oder Andern) erwachsen, so ist die Voraussetzung wenigstens nicht ganz ausgefallen (Wi. I § 99 N. 1, scheint der Rückforderung etwas günstiger zu sein).
Ueber die Bestimmungen des EBG. vgl. § 101 Beil. II.

[y]) Kondiktionen sind erforderlich namentlich wo
α, eine Naturalleistung stattgefunden;
β, eine Realleistung one Naturalfolgen im S. von § 95 Beil. III B;
γ, wenn Eintragungen in öffentliche Bücher gemacht sind;
δ, wenn der Empfänger in den Besitz von Uebertragungs- oder auch nur Beweispapieren (Inhaberpapiere jeglicher Art, Wechsel, aber auch gemeine Schuldscheine, Quittungen u. s. w.) gekommen.
In all diesen Fällen hat der Geschädigte zweifellos neben der Rückforderung auch die gelegentliche Möglichkeit einredeweiser Verteidigung seines Rechts. Zweifelhaft aber ob überall wo die Einrede begründet wäre, zB.
1, beim einfachen mündlichen Schuldversprechen,
2, desgleichen mündlichen Schulderlass,
3, bei mündlicher Gewärung eines Rechts an meinen Sachen one Besitzeinräumung,
auch Rückforderungsklage gewärt werden müsse. Bei 2, und 3, hätte diese im Interesse meiner Rnachfolger vielleicht einigen Sinn; bei 1, höchstens den, dass ich besser als diese in der Lage wäre den erforderlichen Beweis zu füren. — Die Analogie des Röm. Rs., dass der Schuldner der eine exceptio hat auch auf Acceptilation klagen könnte, schlägt nicht durch, weil in Rom praktische Verschiedenheiten zwischen der "ipso iure" aufgehobenen und "ope exceptionis" zu beseitigenden

in denen zu 4, Rfolgen nur ausnamsweise[z]).
Wo wegen nichtzutreffender Voraussetzung Rückforderung des Geleisteten stattfindet, bestehn Zweifel[aa]) über die Verteilung der Beweislast.

Beilage I. Die "Voraussetzung" in dem hier angefürten Sinne hat Verbreitung erlangt erst durch Windscheid L. d. Röm. Rs. v. d. Voraussetzung [50]. In den Pandekten (6) I § 97 N. 1, nennt er jezt als solche "die für die [von W.] vertretene Auffassung sich ausgesprochen" haben Rudorff, Bähr, Unger, Baron, Förster, Hruza, Bechmann, Brinz, Hesse, Buhl, Lotmar, Leonhard; dann als Gegner des Modus Hartmann, Adickes, Wendt [s. aber auch Pand. 58]; als erklärte Gegner der Voraussetzung aber Erxleben, Witte, Voigt, Zimmermann, Adickes, Wendt, Pfersche, Gradenwitz, Dernburg. — Böcking Pand. I § 110 N. α,:

> Seine [Wi.s] eigene Darstellung zeigt wie verschieden in Begriff und Wirkungen die mannigfachen Willensbestimmungen [?] seien die wir als "Voraussetzung" bezeichnen, und wofür weder unsre Rquellen, noch die Lateinische Sprache überhaupt einen entsprechenden Ausdruck hat.

Neuerdings hat Lenel Civ. Arch. LXXIV S. 213 f. in scharfer Kritik der Wi.schen Lehre (im hinblick auf EBG.) eine Reihe von Fällen aufgefürt (S. 225), wo nach Wi. "Voraussetzung" anzunemen wäre, gleichwol aber die von Wi. behaupteten Rfolgen der Voraussetzung zweifellos nicht eintreten, und nicht eintreten könnten one die Sicherheit des Verkehrs bedenklich zu erschüttern. Dahingegen dürfte eine andere Aufstellung Lenels,

> eine Lehre die, so wie sie ihr Urheber ausgebildet hat, nur ganz und gar richtig, oder ganz und gar unrichtig sein kann — denn sie ist auf ein einheitliches Prinzip gebaut,

trotz dem Scheine logischer Richtigkeit nicht unbedingt anzunemen sein. Sei's drum, dass so wie Windscheid sie ausgebildet hat die Lehre, weil zu unhaltbaren Konsequenzen hindrängend, selber unhaltbar sei; das schliesst nicht aus, dass in dieser vielleicht nicht ganz richtig "ausgebildeten" Lehre, doch ein richtiger haltbarer und zu brauchbaren Konsequenzen aus-

---

Forderungen bestanden; ebenso wenig fr. 9 § 3 q. met. c. 4, 2: ".... ut siue perfecta siue imperfecta res sit, et actio et exceptio detur ...". Dahingegen würde der Benutzung der Feststellungsklage nach RCPO. 231 nichts im Wege stehn.

[z]) S. oben N. v,.

[aa]) Beil. III.

zunutzender Kern steckt. So haben schon Wä. I 80 und Ba. 60 die Voraussetzung mit wesentlichen Einschränkungen angenommen.

Dem entspricht die Stellungsname der Praxis, zunächst in der Richtung, dass wirkliche Bedingungen die mangelhaft erklärt sind, trotz dem formellen Mangel unter dem Namen der Voraussetzung als wirksam angenommen worden: SA. VI 22 (aus dem J. 52, one wörtliche Bezugname auf W., also vielleicht selbständig), XII 21, XVI 6. Die lezte Entscheidung ebenso interessant wie zweifelhaft: Schulderlass unter der "Voraussetzung" dass der Befreite etwas tun werde; er tut das nicht, und das Gericht erklärt wegen ermangelnder Voraussetzung die Schuld für bestehend. Das wäre also die Wirksamkeit entweder einer echten Resolutivbedingung (der res. bedingte Schulderlass hebt die Forderung auf, die bei dem Eintritt der Res.Bed. ipso iure ins Leben zurückspringt), oder Susp.Beding. (Erlass nicht eher vollwirksam bis das getan ist). Aber solche Susp.Bed. war doch schwerlich beabsichtigt; wäre eine echte Res.Bed. dieses Inhalts zulässig? und dürfen wir der "Voraussetzung" als "unentwickelter Bedingung" eine Wirksamkeit zuschreiben, die der entwickelten Bedingung nicht zukäme? SA. XXIV 36, wiederum eine nicht genügend erklärte echte Resolutivbedingung, bei der es zweifelhaft bleibt, ob Parteien die Wiederaufhebung auch nur gewollt haben. Vgl. noch XVI 103 (auch in der Beurteilung des tatsächlichen sehr bedenkliche Entscheidung), XVII 59, XXXIV 46 (richtige Entscheidung one Bezugname auf Wi.). Zu XVIII 224 bemerkt Wi. es sei die Entscheidung irrtümlich, statt auf ermangelnde Voraussetzung, auf einen wesentlichen Irrtum gegründet; die Entscheidung ist aber auch im Resultat nicht ganz zweifellos, vgl. XXXIV 268, das auf einen änlichen, keinen gleichen Fall sieht. — Das Reichsoberhandelsgericht hat sich mehrfach der W.schen Auffassung entsprechend ausgedrückt, s. besonders VII 112, XIX 15. Desgleichen benuzt das Reichsgericht den Ausdruck "Voraussetzung" häufig im Wi.schen Sinne vgl. Bo. II 719, 872, 1091, III 474—76, IV 477—78, u. s. w.

es hebt ausdrücklich hervor dass der Französische Code diese Voraussetzung nicht kenne Bo. II 724, V 437, hat aber gleichwol die Wi.sche Theorie auch keineswegs mit allen ihren Ausläufern, vgl. zB. RE. II 34, IX 6, XIX 24, angenommen.

Ueberhaupt erscheinen Freunde und Gegner Windscheids bei dieser Frage nicht als zwei einander schroff gegenüberstehende Parteien. Beispielsweise werden auch die nächsten Freunde (und vielleicht W. selber) nicht geneigt sein folgende Fälle nach seiner Lehre zu entscheiden:

X kauft ein nur für seine Person gültiges Eisenban-Rundreisebillet, in der auch für den Schalterbeamten unverkennbaren

"Voraussetzung" dasselbe persönlich zu benutzen; bevor dies geschehn kann, erkrankt er so schwer, dass dies unmöglich wird.

Y kauft Papiere beim Bankier in der erklärten Voraussetzung dass diese Papiere bald erheblich steigen würden; der Bankier hat gesagt, das sei auch seine Meinung; dann fallen die Papiere.

Z mietet eine Wonung in der gleichfalls erklärten Voraussetzung diese selber zu beziehn; Gründe aus seiner Person machen dies danach unmöglich. Nun kann man bekanntlich "ex iusta ac probabili causa" fr. 55 § 2 locati 19, 2, cf. fr. 24 § 2, fr. 61 § 1 eod. vom Mietskontrakt zurücktreten, aber Allewelt ist einverstanden, vgl. zB. SA. XXVII 23, auch Wi. (6) II 402 S. 547, dass darunter nur gewisse äussere auf den Mieter wirkende, aber nicht etwa aus ihm selber, seinem Befinden u. s. w., stammende Ursachen zu verstehn seien.

Wol möglich dass, wie Lenel a. a. O. S. 226—27 bemerkt, der Ausgangspunkt dieser Voraussetzungslehre gelegen habe in Ws. "Bestreben, die Bedeutung des Parteiwillens für den rechtlichen Erfolg der Rgeschäfte" zu urgiren; auch ms. Es. geht W. in dieser Richtung viel zu weit, und berücksichtigt nicht genügend die gerade in dieser Beziehung wesentliche Verschiedenheit der rein einseitigen (insonderheit leztwilligen) Geschäfte und der Verträge. Andererseits aber wird man anzuerkennen haben, dass ein Bestreben, minder vollkommene W.erklärungen den formell vollkommenen nach Umständen gleich wirken zu lassen, der Richtung unserer Zeit nicht zuwiderläuft; es wären nur eben die "Umstände" sorgfältiger in betracht zu nemen gewesen. Geradezu sympathisch aber berürt uns, dass Ws. Lehre front macht gegen die alte Doktrin, von der durchgängigen Verschiedenheit des Irrtums "in den Motiven" (s. auch Lenel a. a. O. S. 222) und desjenigen der sich auf Person Objekt u. s. w. bezieht, vgl. RE. XIX 50; denn so hoch steht die Bedeutung des Inhalts der Irrtümer nicht, dass sie irgend wo als allein ausschlaggebender Faktor angenommen werden darf. Endlich wird man auch dem Angriff auf die drei überlieferten Nebenbestimmungen, in denen Manche die (naturrechtlich) einzig möglichen zu sehn geneigt waren, und die hiemit angebante korrektere Auffassung des Modus, als verdienstlich anzuerkennen haben.

Beilage II. Beweisfragen. Die wichtigsten der einschlägigen Entscheidungen des Reichsgerichts sind schon § 116 N. ff, angefürt und besprochen. Hinzukommt noch

RE. XIV 55: "... Empfänger der Leistung den Beweis der Erfüllung der Voraussetzung zu füren hat.."

in welchem Falle das OLG. Celle als zweite Instanz dieselbe Frage diametral entgegengesezt entschieden hatte.

Das Gesammtergebnis der reichsgerichtlichen Sprüche würde etwa lauten:

bei Rückforderung wegen vorgeblich falscher Annamen hat der Rückforderer dies Vorgeben (dass die Anname falsch) zu beweisen, womit die Beweisregel der cond. indebiti übereinstimmen würde,

bei Rückforderung wegen vorgeblich geteuschter Erwartungen hat der Empfänger zu beweisen, dass die Erwartungen erfüllt worden.

Aber diese Rechtsübung ist nichts weniger als unbedenklich, man sieht das Warum der Unterscheidung nicht, und fragt wie die Fälle zu behandeln wären, wo Annamen und Erwartungen in einander übergehn, zB. bei Kontokorrentzalungen.

Die Gerichte trifft der geringere Vorwurf; der Feler liegt im Recht, und wird aus unsern Römischen Quellen kaum mit voller Sicherheit zu bessern sein. Die Natur der Rückforderung ("unde nascitur actio") bleibt einigermaszen zweifelhaft:

aus der Hingabe unter Voraussetzung (Erwartung), "ex re" wie die Ansprüche auf Gegenleistung, beim Darlen so gut wie bei den Innominatkontrakten? oder

aus dem Ausfallen der Erwartung, geteuschter Erwartung, "ex commisso"?

die herrschende Meinung, vgl. § 100 Beil. II, dürfte im ganzen mehr für dieses als für jenes sein. Aber die Abweichungen des REs. wie des ROHGs. zeigen, dass dieselbe durchaus nicht über allen Zweifeln steht.

Leider hilft auch EBG. über diese Schwierigkeiten nicht fort; § 193: "Wer einen Anspruch geltend macht hat die zur Begründung desselben erforderlichen Tatsachen zu beweisen". Gehört nun das Ausfallen der Erwartung zu den "zur Begründung des Rückforderungsrechts erforderlichen Tatsachen"? Man möchte es fast meinen; vergleiche

§ 737 Wer .... eine Leistung bewirkt hat, kann wenn die Verbindlichkeit nicht bestanden hat ... zurückfordern

mit

§ 742 Wer ... eine Leistung bewirkt hat, kann wenn die Voraussetzung sich nicht erfüllt ... zurückfordern.

Das "wenn u. s. w." des § 742 kann füglich keine andere Bedeutung haben als das "wenn u. s. w." des § 737; dieses leztere muss

der Rückforderer beweisen, es ist "eine zur Begründung des Anspruchs erforderliche Tatsache", also auch das "wenn u. s. w." des § 742. Keinesfalls scheint EBG. der Uebung des RGerichts zuzustimmen, aber doch wäre zu wünschen, dass er die Frage, ob die Rückforderung wegen geteuschter Erwartung "ex re" oder "ex commisso" stamme, noch deutlicher entschieden hätte, was er gibt wird schwerlich ausreichen die Differenzen der Praxis dauernd fernzuhalten.

9321

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

WEIMAR — HOF-BUCHDRUCKEREI.